

## تحریر نوین از حجیت شهرت بر اساس نظریه حقوق دانان (دکترین)

دکتر محسن رهامی\*

دکتر محمدرسول آهنگران\*\*



از جمله اموری که برخی آن را جزء منابع فقه دانسته و در کنار ادله اربعه از آن یاد کرده‌اند عبارت است از شهرت فتوایی، که مقصود از آن، حجت بودن حکم مشهور در نزد فقها است هر چند استناد به دلیلی نداشته باشد. اما به نظر اکثر محققین تمام وجوهی که برای اثبات حجیت آن مورد تمسک قرار گرفته خدشه پذیر است.

ادعای ما در این مقاله این است که اگر اثبات شد مرجع بودن نظریه حقوق دانان (دکترین) در فرض نقد و یا اجمال مواد قانونی در حد یک سیره مستمر و دایمی عقلاست آن‌گاه حجیت شهرت بر اساس آن در فقه قابل اثبات است.

**واژگان کلیدی:** شهرت، شهرت فتوایی، شهرت عملی، نظریه حقوق دانان (دکترین)، سیره عقلا، عدم ردع، ادله رادعه، حجیت، منابع فقه.

## مقدمه

در یک تقسیم بندی بر اساس آنچه که در علم اصول معمول است، شهرت به سه قسم فتوایی، روایی و عملی تقسیم می شود و مقصود از شهرت مورد بحث در این مقاله شهرت فتوایی است و تعریف آن این است که: حکمی از احکام، مورد فتوای مشهور فقهای امامیه باشد و مستند آن فتوا هم معلوم نباشد. البته ممکن است مطابق آن فتوا روایت و یا دلیلی باشد ولی مشهور فقها در افتای خود بدان استناد و اعتماد نکرده باشند. این خصوصیت، این نوع شهرت را از شهرت عملی ممتاز می سازد، زیرا که در شهرت عملی مستند معلوم است ولی در شهرت فتوایی شرط است که مستندی در بین نباشد و فتوایی مشهور به حکمی از احکام در اختیار باشد.

حال بحث این است که آیا چنین شهرتی برخوردار از وصف حجیت هست یا نیست. به بیان دیگر، در این نوع شهرت بحث در این است که آیا صرف فتوا دادن مشهور فقها به حکمی از احکام، اثبات می کند که آن حکم برای دیگران حجت است؛ یعنی چنان است که گویی دلیلی قطعی بر حجیت آن قائم شده باشد؟ اما فریبگی در اهمیت این بحث کافی است شمار زیادی از احکام که مستندی جز شهرت ندارند را ملاحظه نمود، که عدد آن در نقلی از مرحوم آیه الله العظمی بروجردی به نود و در نقلی به چهارصد مسئله می رسد (جلالی، ۱۴۱۵ ق، ص ۱۴۵) و اهمیت آن زمانی بیش تر معلوم می شود که می بینیم فقها تا جایی که امکان دارد سعی دارند از فتاوی مشهور تعدی نمایند.

## نیم نگاهی به ادله شهرت

حجیت شهرت فتوایی مورد اختیار عده‌ای از فقها نظیر شهید اول و بعضی که وی از آنان حکایت می‌کند، می‌باشد (شهید اول، ۱۴۱۹ ق، ص ۵۲ و ۵۱). از معاصرین نیز مرحوم آیه‌الله العظمی بروجردی سخت بر آن پافشرده است (حجتی بروجردی، ۱۴۱۲ ق، ص ۹۷-۹۲). عمده ادله‌ای که تاکنون برای حجیت شهرت مطرح شده و همگی مورد خدشه و ایراد قرار گرفته به این قرار است:

۱- مقبوله عمر بن حنظله (منتظری، ۱۴۱۵ ق، ص ۵۴۴-۵۴۱)؛

۲- مرفوعه زراره (منتظری، ۱۴۱۵ ق، ص ۵۴۴-۵۴۱)؛

۳- ادله اعتبار خبر واحد بر اساس مفهوم موافقت (انصاری، بی تا، ص ۶۵)؛

۴- روایات عامه که بعضی از آنها طرق خاصه نقل گردیده و مضمون آن لزوم هماهنگی و همراهی با جماعت و اکثریت است (اصفهانی، ۱۴۲۱ ق، ص ۴۴۶ و ۴۴۵)؛

۵- حصول وثوق و اطمینان از فتوای مشهور با توجه به عدالت بالای فقها و بالطبع

احتیاط تام ایشان در نسبت دادن به شارع مقدس (شهید اول، ۱۴۱۹ ق، ص ۵۱)؛

۶- فتاوی قدما، متون روایت است (منتظری، ۱۳۶۲ ش، ص ۸-۱۰)؛

۷- حجیت شهرت بر اساس قوت ظنی که از آن حاصل می‌شود (شهید اول،

۱۴۱۹ ق، ص ۵۲)؛

۸- فقها حتی با وجود خبر دالت کننده بر خلاف رأی مشهور، جرأت مخالفت با

مشهور را به خود نمی‌دهند (مجاهد طباطبایی، بی تا، ص ۵۰۳).

این‌ها عمده وجوهی است که تا به حال برای اثبات حجیت شهرت فتوایی مورد استناد قرار گرفته و چون در جای خود مسلم و قطعی است که با شک در حجیت، موضوع عدم حجیت ثابت می‌شود، از این رو برای اثبات حجیت به ناچار باید دلیلی در اختیار باشد تا بر اساس آن بتوان حکم بر حجیت، کرد و اگر امکان اثبات حجیت نبود مرجع، عموماً ناهیه از عمل به ظن و حرمت و عدم جواز اسناد و استناد به خبر و دلیل غیر قطعی است و هر چند در ادله تلاش و کوشش صورت گیرد نمی‌توان بر اساس آن حکم به خروج این دلیل و ظن حاصل از آن از تحت عموماً ناهیه از عمل به ظن کرد. از

طرف دیگر، نمی توان با نگرش ساده و با ملاحظه عدم تمامیت ادله فوق بی درنگ حکم به عدم اعتبار شهرت نمود و این در حالی است که از مرحوم علامه حلی (ره) نقل شده که وی در مواضع و موارد مختلفی از کتاب مختلف الشیعه خود به شهرت فتوایی استناد کرده و دلیل بر برخی احکام را به جهت وجود شهرت دانسته است (مجاهد طباطبایی، بی تا، ص ۵۰۳). از مرحوم محقق ثانی - علامه کرکی - نیز نقل شده که وی نیز مستند برخی از احکام را در کتاب جامع المقاصد خود شهرت دانسته است (مجاهد طباطبایی، بی تا، ص ۵۰۳) علاوه بر این که اگر شهرت فتوایی برخوردار از وصف حجیت نبود چطور شخصی مانند شهید اول و عده ای که وی از ایشان نقل می کند، حجیت و اعتبار آن را قریب می دانستند.

پس به ناچار باید تلاش نمود تا مشخص شود آیا واقعاً دلیلی برای اثبات حجیت شهرت فتوایی وجود دارد یا نه و یا چه بسا بتوان به وجهی از وجوه تمسک جست و از برای آن اثبات حجیت کرد. وجهی که در موارد ذکر شده بالا مورد اشاره قرار نگرفت عبارت است از تمسک به سیره عقلا به منظور اثبات حجیت شهرت فتوایی و چون سعی ما که در این نوشتار تقریر دیگری از تمسک سیره عقلا محسوب می شود، از این رو ابتداءً به تحقیقات قابل ذکری که در این زمینه صورت گرفته اشاره نموده و سپس شیوه و روشی که ابتکار این نوشته است از نظر خواهد گذشت، چون اگر تلاش های انجام شده در این زمینه ابتداءً مطرح نشود مقصود این نوشتار به درستی معلوم نمی گردد.

### استدلال به سیره عقلا

سیره عقلا که عبارت است از روش و شیوه عملی عقلا در امری، می تواند دلیل بر اثبات حکمی از احکام باشد و آن در صورتی است که چنین سیره ای دایر و سایر بوده و در مرأی و منظر شارع مقدس تحقق یابد و با این حال از آن ردع و منعی صورت نگرفته باشد. چنین سیره ای که اولاً اصل تحقق آن ثابت شده و ثانیاً عدم ردع شارع نسبت به آن هم به اثبات رسیده می تواند دلیل و مستند بر حکمی از احکام باشد.

مرحوم آیه الله العظمی بروجردی برای اثبات حجیت شهرت به این وجه تمسک

نموده است که ذیلاً نظر ایشان طرح و سپس مورد نقادی قرار می‌گیرد:

و يمكن ايضا التمسك بطريقة العقلا، فان بنائهم مستقر على الرجوع الى اصحاب  
رئيس يتحرزون عن القول برأيهم ولا يتخطون عن رأي رئيسهم ولا يخترعون من  
عند انفسهم شيئاً ولا يقولون ولا يعملون الا ما قال وعمل الرئيس. فالعقلا يتكلون على  
آرائهم واقوالهم من جهة اعتقادهم بان هؤلاء لا يقولون ولا يعملون من تلقاء انفسهم  
شيئاً فافهم وتأمل (حجتی بروجردی، ص ۹۶).

بیانی که مرحوم ایشان از این وجه دارند این است که اگر عده‌ای تحت ریاست رئیسی  
بودند و هیچ‌گاه به نظر خود عمل نمی‌کردند و تعدی از گفتار رئیس نمی‌نمودند بلکه تمام  
گفتار و کردار ایشان بر اساس گفتار و کردار رئیس بود، در این صورت عقلاً برای پی بردن  
به مرام رئیس و اطلاع از مسلک وی، اعتماد به رأی و گفته این عده از مرئوسین  
می‌نمودند، چون می‌دانستند که ایشان، بنا به فرض، چیزی نمی‌گویند و عملی انجام  
نمی‌دهند مگر بر اساس دستور رئیس. در آنچه که در صدد اثبات آن هستیم، یعنی  
شهرت فتوایی، هم چون می‌دانیم فقهای مشهور چنان گوش به فرمان رئیس خود - که  
شارع مقدس است - می‌باشند که هیچ‌گاه حکمی که صادر می‌نمایند جدا از دستور شارع  
مقدس نیست و عدالت و تقوا و انقیاد آنان ایجاب می‌کند که تمام گفتار و عمل افتایی آنان  
بر اساس دستور صادره از ناحیه شرع باشد، بنابراین به حکم سیره عقلاً حجیت آن قابل  
نتیجه‌گیری خواهد بود. به بیان دیگر، اصل صغرای این دلیل که عبارت از تحرز فقها از  
قول به رأی خود و عدم تخطی و تجاوز از رأی شارع مقدس می‌باشد را از مطالعه سیره  
عملی ایشان ثابت می‌کنیم که با مطالعه و اثبات عدالت فوق‌العاده و تقوای زاید الوصف  
ایشان در می‌یابیم که تمام گفتار و کردار آنها برگرفته از دستور شارع مقدس است و  
کبرای دلیل که عبارت است از حجیت رأی فقها و کاشفیت آن از رأی و نظر شارع مقدس  
به سیره غیر مردوعه ثابت می‌شود، که نتیجه آن، حجیت شهرت فتوایی خواهد بود.

سیره که در علم حقوق مطرح و مورد عمل است و از آن تعبیر به دکترین می شود. به نظر می رسد این شیوه می تواند به عنوان تحریری نوین از حجیت شهرت بر اساس سیره عقلا تلقی گردد. بنابراین، این استدلال در واقع بیان و توجیهی دیگر برای اثبات شهرت فتوایی بر اساس سیره عقلا است که ابتداءً باید مقصود از دکترین یا نظریه علمای حقوق معلوم گردیده و پس از آن، مبادرت به طرح استدلال بر اساس آن گردد.

### مفهوم نظریه علمای علم حقوق (دکترین)

در ذیل چند تعریف از این اصطلاح مطرح می گردد و با اشاره به اختلاف ناچیزی که ممکن است در مورد آن وجود داشته باشد، به طور فشرده و گذرا به بررسی آن در یک بستر تاریخی می پردازیم.

#### تعاریف

##### ۱- تعریف اول:

مجموعه الآراء الصادرة من رجال یشتغلون بدراسة القانون و هم الفقهاء اورجال القانون (بخارا، ۱۹۸۸، ص ۱۰۵).

##### ۲- تعریف دوم:

رأی عمیق عموماً لمن یدرسون القانون حتی لمن یکتبون فی القانون بدون تدریسه، یتعارض الفقه بهذا المعنی مع الاجتهاد (کور نو، ۱۹۹۸، ص ۱۲۱۰).

##### ۳- تعریف سوم:

یقصد بالفقه مجموعة الآراء التي تدین بها الغلیبة الفقهاء او الشراح (سلطان، ۱۹۸۳، ص ۱۵۸).

##### ۴- تعریف چهارم:

الفقیه هو کل متخصص فی البحث عن القواعد القانونية بحثاً حراً مجرداً و ثمره هذا البحث تكون آراء الفقیه الخاصه فی تحلیل القواعد القانونية و تفسیرها و یقصد باصطلاح الفقیه [الفقه] مجموع الآراء التي يستخلصها الفقها من دراستهم (سعد، بی تا، ص ۳۹۸).

بنابر تعاریفی که از نظر گذشت و حد دلالت آن‌ها به نحو اشعار و اشاره است نه تصریح و تنصیح، به نظر می‌رسد اختلافی اندک در مورد این اصطلاح وجود دارد و آن این‌که بنابر تعریف اول و ظاهرتر بنابر تعریف دوم، در تحقق این اصطلاح شرط نیست که رأی صادر، از مجموع و یا اکثر علما باشد ولی بنابر تعریف سوم و چهارم، صدور آن از اکثر شرط شده است، چنان‌که در تعریف چهارم تصریح شده که اگر رأی یک نفر باشد اصطلاحاً این مفهوم بر آن صدق نمی‌کند بلکه در تحقق این مفهوم به حسب اصطلاح شرط است که رأی علما به هم انضمام پیدا کند و مجموعه‌ای را تشکیل دهد. در این‌که لازم نیست در تحقق این اصطلاح رأی از آن مجموع یا اکثر علما باشد بلکه حتی با رأی یک عالم هم این مفهوم تحقق می‌یابد برخی صاحب نظران معاصر اظهار داشته‌اند:

نفوذ عقاید علما در رأی دادگاه به حدی است که گاه نظر استاد معروفی به کلی رویه محاکم را دگرگون می‌سازد (کاتوزیان، ۱۳۶۲، ص ۱۲۸).

و نیز اشاره به این مطلب در کلام برخی دیگر از حقوق دانان معاصر آمده است: بی جهت نیست که بکار یا را پدر حقوق جزای مدرن نامیده‌اند زیرا افکار و نوشته‌های او موجب این تحولات گردیده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۱، ص ۶۰).

بنابراین اظهارات، گویی دکترین یا نظریه حقوق دانان حتی نظری از یک صاحب نظر معروف قابل تحقق است ولی از برخی تعاریف که از نظر گذشت معلوم گردید که نظریه مزبور باید حاصل نظر جمعی از حقوق دانان باشد و اساساً دکترین نتیجه اتفاق آرای عده‌ای صاحب نظر است و به نظر می‌رسد با یک بررسی کوتاه تاریخی که در ذیل از نظر خواهد گذشت روشن شود که دکترین غالباً حاصل اتفاق آرا یا رأی اکثر علما است؛ یعنی به صورت غالب، در دکترین انضمام رأی چند صاحب نظر دخالت دارد هر چند به

ندرت اثر مزبور حتی بر نظریه یک صاحب نظر در صورتی که از معروفیت و شاخصیت برخوردار باشد نیز مترتب است.

## نقش نظریه حقوق دانان در مواد قانونی در یک بستر تاریخی

در گذشته نظریه حقوق دانان به عنوان یکی از منابع و مصادر رسمی قانونی مطرح بود، چنانکه نظام قدیم حقوقی رم و نظام قدیم حقوقی فرانسه گویای آن است و نیز در شریعت اسلامی قبل از انسداد باب اجتهاد در فقه اهل سنت، در دوره‌ای نظریه علما و فقها از چنین نقشی برخوردار بود (انور سلطان، ۱۹۸۳، ص ۱۵۸).

در نظام حقوقی رم حقوق دانان به جایگاه بلندی راه پیدا کردند و از برای برخی از ایشان حق صادر کردن فتواهای الزام آور بود و آرای علمای معروف منبع رسمی قانون رم شمرده می‌شد و زمانی که جستیان به امپراطوری رسید مجموعه‌های مشهوری جمع آوری گردید که در آن آرای حقوق دانان معروف منعکس بود و آن مجموعه‌ها به عنوان اهم مراجع [قانونی] مورد اعتماد قرار گرفت.

چنانکه فقهای مسلمان مخصوصاً در عهد دولت عباسی اقدام به انجام چنین کاری کردند، زیرا ایشان براساس قرآن و سنت به استنباط قواعد می‌پرداختند و در یکی از عصرها اجماع فقها و علمای مجتهد در مسئله‌ای منبع رسمی قانون در کنار مصادر دیگر مانند کتاب، سنت و قیاس به حساب آمد [بر اساس فقه اهل سنت] (فضلی، ۱۹۸۷، ص ۸۰).

در تاریخ نظام حقوقی رم آمده که در سال ۴۳۶ قبل از میلاد قانونی صادر شد که به موجب آن قضا و دادرسی بر اساس نظرات پنج نفر از حقوق دانان انجام می‌گرفت و نظرات آن پنج حقوق دان به عنوان منبع رسمی قانون مطرح بود و اعتبار آرای ایشان تنها در حد تفسیر مواد قانونی نبود بلکه علاوه بر آن، نقشی مهم‌تر که عبارت از مصدر رسمی قانون بودن است را دارا بود (نجیده، بی‌تا، ص ۱۵۰).

اسامی این پنج حقوق دان که آرای همه یا اکثریت ایشان به عنوان مصدر رسمی قانون



مطرح بود عبارت است از:

۱- جایوس یا کایوس؛<sup>۱</sup>

۲- ایمیلوس پاپینیان یا پینیانوس؛<sup>۲</sup>

۳- جولیس پولس؛<sup>۳</sup>

۴- دومیتوس اولیپانوس؛<sup>۴</sup>

۵- هیرنیوس مودستینوس.<sup>۵</sup>

به موجب حکم امپراطور، آرای این پنج عالم جنبه رسمی گرفت و مقرر گردید که آرای ایشان که گاه در قالب اتفاق و گاه به نحو اکثریت بود به عنوان قانون رسمی محسوب شود و چون نظام حقوقی رم بر مواد قانونی فرانسه و آلمان نیز تأثیرگذار است، موجب شد تا در مواد قانونی این دو کشور نیز آرای علما و حقوق دانان - به تبع نظام حقوقی رم - جایگاه ویژه و مهمی را به خود اختصاص دهد و در مقابل، چون نظام حقوق انگلیس کم تر تأثیرپذیر است، از این رو در این نظام نقش علما در تدوین مواد قانونی به میزان کم تری به چشم می خورد، چنان که اظهار گردیده که در تدوین مجموعه قوانین ناپلئون و یا قانون مدنی فرانسه نظرات حقوق دانان به خصوص دو عالم نامدار بواتیه و دو ما نقش به سزایی داشته به طوری که نظرات ایشان موجب هموار شدن مسیر تدوین متن مزبور گردید و چون مجموعه یاد شده با آنچه عملاً بدان نیاز بود تا از آن برای اداره جامعه استفاده شود فاصله زیادی داشت به تدریج نظرات علما و حقوق دانان از متن قانون خارج و به عنوان شرح و تفسیر و تطبیق مورد استفاده قرار گرفت؛ ولی در شریعت اسلامی، چنان که قبلاً نیز بدان اشاره شد، در دوره ای یعنی اوایل حاکمیت دولت عباسی، آرای فقها در شکل دهی متون قانونی نقش به سزایی داشت، به طوری که قوانین شرعی در نظر علمای اهل سنت، بر اساس اجتهادهای مجتهدین تدوین می گشت

1. Gaius or Caius.
2. Aemilius Papinianns.
3. Julius Paulus.
4. Domitus Ugpanu.
5. Herennus Modestinus.

(البزاز، ۱۹۵۴، ص ۱۵۵ و ۱۶۰).

بنابر آنچه گذشت، معلوم گردید که در بسیاری از نظام‌های حقوقی قدیم مانند رم و فرانسه قدیم و نیز در شریعت اسلامی بنا بر فقه عامه، مواد و متون قانونی و شرعی چیزی جز انعکاس آرای علما و حقوق‌دانان که غالباً به صورت اجماعی و اکثریت مطرح می‌شد، نبود.

## جایگاه نظریه حقوق‌دانان در نظام‌های حقوقی معاصر

امروزه همه حقوق‌دانان بر این مسئله اتفاق دارند که نظریه علمای علم حقوق در حد یک منبع و مصدر رسمی قانون مطرح نیست ولی نقشی که در غالب نظام‌های حقوقی ایفا می‌کند این است که به طور غیر مستقیم و در مواردی اندک به طور مستقیم بر قانون‌گذار تأثیر گذاشته و عمل قضات در محاکم را نیز متأثر می‌سازد. مهم‌ترین نقش‌ها در چهار نقش خلاصه می‌گردد که عبارت است از:

۱- نقش تحلیلی و تفسیری دکترین: از آن جهت که علمای علم حقوق اقدام به شرح مواد قانونی می‌نمایند و آنچه که به عنوان قانون وجود دارد را تفسیر می‌کنند و مراد از بندهای آن را معلوم کرده و موارد تطبیق را با تحلیل و تفسیر معین می‌سازند و نیز همین اعمال را نسبت به حکم‌های قضایی انجام می‌دهند، بنابراین اولین نقش عبارت است از تحلیل، تفسیر و تعیین موارد تطبیق مواد قانون.

۲- ریشه‌یابی شدن قوانین دومین نقش است که به وسیله نظریات حقوق‌دانان ایفا می‌شود. در این زمینه نظریات حقوق‌دانان موجب می‌شود تا فکر کلی و جهت‌دهنده‌ای که در ماورای قانون‌گذاری و حکم‌های قضایی وجود دارد مشخص شود، که در انجام آن نسبت به جمع قوانین و یک سو سازی آن اقدام می‌شود و نتیجه‌ی این یک سو سازی این است که قوانین و احکام قضایی صادره دارای یک جهت مشخص و یک سؤال معین می‌شود.

۳- در سومین نقش، نظریات حقوق‌دانان موجب می‌شود تا مواد قانونی و همه بندهای آن توسط ایشان مورد نقد و نظر قرار گیرد تا اشکالات مختلف آن معلوم و امکان اصلاح

آن فراهم آید.

۴- آخرین نقش مربوط است به تأسیس اصول کلی از بین قوانین تفصیلی که در واقع، سیری از فروع به اصول و از تفصیل به تعمیم است و بدین ترتیب امکان استنتاج قوانین جدید از قوانین قبلی فراهم می‌آید (الغار، ۱۹۹۹، ص ۹۶ و ۹۵).

به طور خلاصه، این چهار نقش عبارت‌اند از: شرح، ریشه‌یابی، نقد و تعمیم. البته نقش‌های دیگری از قبیل: دادن طرح‌های قانونی، تدوین قوانین، ارایه تعاریف، ساختن زبان حقوقی، یافتن راه حل مصادیق مشتبه، صورت علمی دادن به مواد پراکنده، مطالعات تاریخ حقوقی، ترجمه متون حقوقی خارجی، مطالعات تطبیقی، تهیه غلط‌نامه علم حقوق و مبارزه با آفات حقوقی نیز از سوی برخی صاحب نظران مطرح شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۱، ص ۷۷-۶۳).

در نظام‌های حقوقی انگلیس، آمریکا، مصر و لبنان از نظریه حقوق دانان چنین دانسته می‌شود که: چون قوانین کشور انگلیس بیش‌تر برگرفته از واقعیات جامعه و به دور از مباحث نظری و منطقی است، از این‌رو نقش نظریه حقوق دانان در آن چندان پررنگ نیست و جایگاه قابل‌ذکری نمی‌توان برای آن یاد نمود، ولی در مواد قانونی و نظام حقوقی آمریکا برای نظریه حقوق دانان جایگاهی بس بلند در نظر گرفته شده که بارزترین آن، اثبات نوعی حق حیات است که اصل آن به مقاله‌ای مربوط می‌شود که در اواخر قرن قبل به چاپ رسید. با چاپ این مقاله قضات چنان تحت تأثیر قرار گرفتند که به وجود چنین حقی اعتراف نمودند.

اما در متون و مواد قانونی و حقوقی مصر و لبنان نقش دکترین به عنوان یک منبع رسمی منتفی است و نقش آن بیش‌تر به تفسیر و جهات غیر مستقیم دیگر مربوط می‌شود. در نظام حقوقی و مواد قانونی کشور مصر مسایل مربوط به احوال شخصیه و حقوق خانواده که قوانین در این زمینه‌ها با کاستی مواجه است بر اساس ارجح اقوال در مذهب حنفی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و نیز چنین است نظام حقوقی لبنان در مسایلی از این قبیل که بر اساس فقاهت طوایف مربوط، حل و فصل می‌گردد (منصور، ۱۹۹۵، ص ۲۲۲-۲۲۱).

اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مقرر داشته است:  
قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با  
استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به  
بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور  
حکم امتناع ورزد.

که به نظر می رسد مقصود از فتاوی معتبر عبارت است نظریه مشهور فقها نه آن که  
مقصود این باشد که هر قاضی غیر مجتهد در فرض نبود قانون باید به فتوای مرجع تقلید  
خود رجوع کند، چنان که برخی به اشتباه چنین پنداشته اند، چون اگر این مقصود باشد،  
حل اختلاف و فصل خصومت با مراجعه به فتوای مرجع قاضی انجام نمی گیرد زیرا چه  
بسا نظریه او با فتوای مرجع مورد تقلید محکوم علیه و محکوم له فرق کند. پس مراد از  
فتاوی معتبر عبارت است از فتاوی مشهور فقها که بدین ترتیب معلوم می شود که قانون  
اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز بر مرجعیت فتاوی مشهور در فرض نبود قانون صحه  
گذارده است.

## نظریه حقوق دانان و استفاده از آن در اثبات حجیت شهرت

چنان که تا به حال روشن شد، امروزه در کم تر نظام حقوقی ای جایگاه نظریه علما و  
حقوق دانان نادیده انگاشته می شود و در بسیاری از آن ها نقش تعمیمی پذیرفته شده  
است، چنان که حتی برای آن، نقش تدوینی هم در نظر گرفته شده است. در این مورد  
یکی از حقوق دانان معاصر اظهار می دارد:

در تهیه و ایجاد قوانین جدید، مقنن از نظریات آنان [ علمای علم حقوق ] کمک گرفته  
و با الهام از این نظریات به تدوین قانون جدید اقدام می نماید، کما این که در تنظیم  
قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ ش. مقنن ما از نظریات دانشمندان استفاده های  
فراوان برد. گاهی مقنن از دانشمندان دعوت می نماید که در تنظیم قانون جدید شرکت  
نمایند (محسنی، بی تا، ص ۵۶ و ۵۵).

هم چنین برای این نظریه نقشی در حد تحول رویه قضایی ذکر گردیده که بنابه اظهار

برخی این نقش تا حدی است که:

گاهی انتقادات یک یا چند مؤلف و عالم ذی نفوذ موجب تحول رویه قضایی می‌شود و در برخی کشورها حتی قانون‌گذار توصیه می‌کند که قضات در مقام ابهام قانون یا عرف و عادت از دکترین الهام‌گیرند (ماده اول قانون مدنی سوئیس): (علوم، ۱۳۴۸، ص ۱۸۷).

بنابراین، با روشن شدن نقش و اهمیت نظر علمای علم حقوق و با توضیحی که در مورد نقش آن در قوانین عرفی گذشت آیا می‌توان ادعا کرد که سیره عقلا از دیر باز بر این استقرار یافته که در موارد نبود قانون و یا اجمال آن، به نظریه حقوق دانان رو می‌آورند؟ آیا شیوع و غیر قابل انکار بودن آن در حدی هست که از وجود چنین سیره‌ای در زمان شارع مقدس خبر دهد؟ چون تا اثبات نشود که چنین سیره‌ای در زمان شارع و در مرأی و منظر او بوده نتیجه گرفته نمی‌شود؛ حال سؤال این است که آیا واقعاً چنین سیره‌ای در زمان شارع هم جریان داشته که عقلا در موارد نبود و یا اجمال قوانین، به نظریه علما رو آورند یا خیر؟

قبل از آن‌که به بررسی این سیره در زمان شارع بپردازیم لازم است نکته‌ای در این باب تذکر داده شود و آن این‌که اگر ثابت شد عقلا در زمینه قوانینی که مربوط به امور زندگی ایشان است این طور عمل می‌کنند که برای دکترین و نظریه علما نقش قایل‌اند، بدین ترتیب که دست‌کم در موارد اجمال مواد قانونی به آرای علما رجوع می‌کنند، طبعاً ممکن است در مورد قوانین الهی نیز حداقل این مقدار دخالت را برای نظریه علما قایل شوند و اگر شارع مقدس به این امر راضی نیست می‌بایست از آن منع کند. البته تصور نشود که رجوع به آرای مشهور در مورد قوانین الهی هم باید جنبه عقلایی پیدا کرده باشد، بلکه همین قدر که یک عملی عقلایی بود و امکان سرایت آن به دستورات دینی وجود داشت، در صورت عدم رضایت باید از آن منع شود و اگر این مسئله در میان دین‌داران مورد عمل قرار می‌گرفت عنوان سیره متشرعه را پیدا می‌کرد و حال آن‌که مدعا عبارت است از سیره عقلا به ما این‌که عاقل هستند نه آن‌که متشرع می‌باشند.

در این مورد دو روایت وجود دارد که شاید بتوان به آن‌ها برای تأیید این‌که در عصر

شارع هم چنین سیره‌ای معمول بوده استناد نمود، که اگر چنین چیزی ثابت شود نتیجه که عبارت از حجیت شهرت فتوایی است حاصل می‌شود و بر اساس آنچه گذشت می‌توان در کنار منابع چهارگانه، از منبع و مصدری دیگر یاد کرد که بر اساس آن بتوان احکام شرعی که مستندی جز شهرت ندارد را ثابت کرد و حجیت آن‌ها را به استناد شهرت فتوایی نتیجه گرفت. در ذیل ابتدا به آن دو روایت اشاره شده و سپس از کیفیت تأیید مدعی به و نقایصی که در این بین وجود دارد بحث خواهد شد.

روایت اول:

عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر و عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن ابن ابی عمیر عن جمیل بن دزاج عن سلمة بن محرز قال: قلت لابی عبدالله علیه السلام، ان رجلاً مات و اوصی الی بترکته و ترک ابنته قال: اعطها النصف، قال: فاخبرت زواره لذلک فقال لی اتقاک، انما المال لهما قال: فدخلت علیه بعد قلت: اصلحك الله ان اصحابنا زعموا انک اتقیتنی فقال: لا والله ما اتقیتک و لکنی اتقیت علیک ان تضمن فهل علم بذلک احد؟ قلت: لا، قال: فاعطها ما بقی (حر عاملی، ۱۴۱۴، ص ۱۰۱).

روایت دوم:

عن حمید بن زیاد عن الحسن بن محمد بن سماعة عن عبدالله بن حیلہ عن عبدالله بن بکیر عن حمزة بن حرمان عن عبدالحمید الطائی عن عبدالله بن محرز بیاع القلانسی قال: اوصی الی رجل و ترک خمس مائه درهم او ست ماه درهم و ترک ابنته و قال لی عصبه بالشام، فسالت ابا عبدالله علیه السلام عن ذلک فقال: اعط الابنة النصف و العصبه النصف الاخر فلما قدمت الکوفه اخبرت اصحابنا فقالوا اتقاک. فاعطیت الابنة النصف الاخر. ثم حججت فلقیت ابا عبدالله علیه السلام فاخبرته بما قال اصحابنا و اخبرته انی دفعت النصف الاخر الی ابنه فقال احسنت، انما اتقیتک مخافة العصبه علیک (همان، ص ۱۰۴).

وجه استشهاد به این دو روایت چنین است که در روایت اول گویی در ارتکاز راوی این بوده که گفتار امام به تنهایی مثبت حکم شرعی نیست بلکه برای برداشت مراد جدی

و این که امام علی<sup>علیه السلام</sup> در گفتار خود در صدد بیان حکم واقعی بوده باید مسئله را در میان اصحاب مطرح کرد و این اصحاب اند که باید در صورت مجمل بودن دلیل و یا احتمال اراده خلاف از ظاهر عبارتی، حکم واقعی و مراد جدی را تعیین و تبیین کنند، از این رو راوی پس از آن که حکم مسئله را از زبان امام معصوم<sup>علیه السلام</sup> شنید آن را بر اصحاب عرضه می دارد و این که آیا مراد جدی امام علی<sup>علیه السلام</sup> همان ظاهر فرمایش اوست یا نه را از ایشان جویا می شود.

البته جای این اشکال هست که طبق روایت اول اگر مرتکز راوی بنا بر سیره عقلایی که مدعی بحث است چنان بود که بیان شد، دیگر جای این که راوی احتمال خلاف بدهد و مجدداً به محضر امام علی<sup>علیه السلام</sup> تشریف پیدا کرده و حکم مسئله را بنا بر آنچه که اصحاب بیان داشتند جویا شود وجود نداشت.

به بیان دیگر، اگر مدعی این است که بنا بر روایت اول، در ارتکاز عقلا و راویان حدیث این بوده که در صورت اجمال دلیل و یا احتمال اراده خلاف، به رأی اصحاب رجوع کنند، چرا در روایت اول راوی پس از آن که از حکم مسئله - با طرح آن در میان اصحاب - مطلع شد و نظر اصحاب را دانست و پی برد که مراد امام علی<sup>علیه السلام</sup> آن چه که ظاهر عبارت حضرت می رساند نیست، دوباره مسئله را در محضر امام علی<sup>علیه السلام</sup> طرح نمود؛ گو این که راوی با عمل خود خواست اثبات کند که رأی اصحاب و نظر ایشان مرجعیت ندارد و اظهار نظر ایشان در بیان مراد واقعی از یک حدیث دخالتی ندارد، زیرا که اگر به نظر او حکم اصحاب حجیت داشت وجهی برای این که مسئله را بار دیگر نزد امام علی<sup>علیه السلام</sup> مطرح کند وجود نداشت. این اشکال بر استدلال به روایت اول وارد است و در روایت دوم این اشکال وجود ندارد، چون بنا بر روایت دوم، راوی پس از آن که حکم مسئله را از زبان امام علی<sup>علیه السلام</sup> شنید آن را در میان اصحاب مطرح نمود و چون اصحاب حکم کردند که امام علی<sup>علیه السلام</sup> در بیان خود در صدد بیان حکم واقعی نبود بلکه لزوم تقیه مانع از بیان حکم واقعی شده و مراد جدی همان که از ظاهر روایت استفاده می شود نیست، بلافاصله عمل را بر طبق حکم اصحاب قرار داد و طبق ظاهر روایتی که معصوم<sup>علیه السلام</sup> برایش نقل فرمود، عمل نکرد. بنابراین از روایت دوم به خوبی پیداست که این ارتکاز و این سیره در

زمان شارع مقدس هم بوده است و در آن زمان هم متداول بوده که در پی بردن به احکام واقعی و فهم مراد معصوم علیه السلام و در موارد اجمال روایت یا احتمال خلاف ظاهر دادن آن، امر را به اصحاب موکول کرده و برای آرای ایشان دخالت قائل بودند.

در این جا اشکال دیگری به نظر می رسد که وجه تأیید و استشهاد به روایات مزبور را تضعیف می کند و آن این که، به فرض که قبول کنیم در زمان ائمه علیهم السلام مرتکز بین روایت حدیث، رجوع به آرای اصحاب ائمه بوده، اما این امر تنها در نقل حدیث جریان داشته و حال آن که مدعی اعم از آن است، زیرا ادعا این است که آرای اصحاب مرجعیت داشته باشد حتی با این فرض که بدانیم آرای ایشان مبتنی بر اجتهاد بوده؛ زیرا به طور قطع می دانیم آن چه در مورد شهرت های بعد از زمان ائمه علیهم السلام حقیقت و واقعیت دارد استنباط حکمی است بر اساس اجتهادات ایشان و آن چه در زمان امام معصوم علیه السلام بوده مرجعیت اصحاب و اعمال آرای ایشان در نقل احادیث بوده است نه در آن چه که به اجتهاد ایشان مربوط می شده است و اساساً در زمان ائمه علیهم السلام جا برای اجتهاد اصحاب وجود نداشته است، چون اجتهاد در جایی مطرح می شود که راه کشف قطعی که از راه سؤال از امام علیه السلام حاصل می شود، مسدود باشد.

در زمان حیات و حضور ائمه علیهم السلام امکان کشف قطعی وجود داشت، پس به دست آوردن حکمی از احکام مبتنی بر اجتهاد و استنباط نبوده است، ولی فرض و مدعا عبارت است از اثبات حجیت شهرت بعد از ائمه اطهار (ع) که قطعاً نظر مشهور مبتنی بر اجتهاد ایشان است؛ اجتهاد در قرینت یک قرینه، در تقدیم دلیلی متعارض بر دلیل دیگر، بیان مراد جدی از حدیثی مجمل، اجرای اصول عملیه و تعیین مصب هریک از آنها و اجتهادات دیگر. حال چطور می شود با آن دو روایت اثبات کرد که در صورت پذیرش این که امروزه سیره ای مبنی بر عمل به قول مشهور وجود دارد هر چند مبتنی بر اجتهاد باشد، این سیره در زمان ائمه علیهم السلام محقق بوده، چون تا ثابت نشود که این سیره تا زمان ائمه علیهم السلام امتداد داشته عدم ردع آن از ناحیه شارع اثبات نمی شود.

به نظر می رسد راه اثبات امتداد این سیره، در آن چه گذشت قابل جست و جو است و با دو روایت مورد اشاره امکان اثبات آن وجود ندارد، زیرا طبق آن چه در زمینه تاریخچه



نظریه حقوق دانان از نظر گذشت، روشن گردید که از قرن‌ها پیش از طلوع خورشید اسلام نظریه حقوق دانان به عنوان یک منبع قانونی مطرح بوده و اساساً قوانین بر اساس نظریات علما تدوین گشته است، ولی رفته رفته این نقش کم رنگ شده و آنچه امروزه قابل کتمان نیست این است که در موارد نبود قانون و یا اجمال آن، عقلا به نظریه حقوق دانان مراجعه می‌کنند و اگر این امر را به عنوان یک سیره دایر بین عقلا قبول کنیم، در آن صورت، اثبات حجیت شهرت فتوایی این گونه خواهد بود که عقلا در قوانین عرفی خود برای نظریه علما نقش قایل‌اند و اگر این عمل مورد رضایت شارع نبود می‌بایست عدم رضایت خود را اعلام کند، در غیر این صورت، مردم به واسطه ارتکاز عقلایی خود همان رفتاری با دستورات شرعی خواهند داشت که با قوانین عرفی خود داشته‌اند.

## نتیجه

چنان‌که در ابتدا تذکر داده شد، فروع فقهی فراوانی وجود دارد که مستندی برای آن وجود ندارد ولی با این وصف، در میان فقها از شهرت برخوردار است. سؤال این بود که آیا صرف مشهور بودن برای اثبات حجیت کافی است یا خیر. در این بین ادله زیادی مطرح است که همگی آن‌ها از سوی محققین مورد خدشه قرار گرفته است. با کنکاش فراوانی که به عمل آمد سعی گردید دلیل دیگری برای اثبات حجیت شهرت فتوایی مطرح شود تا چه بسا بر اساس آن بتوان شهرت فتوایی را حجت دانست. دلیل ارایه شده عبارت بود از تحریر نوینی از سیره عقلا، نه چنان‌که در عبارات برخی علمای معاصر دیده می‌شود بلکه تقریر ارایه شده مختص این نوشتار است. خلاصه آن تقریر این بود که عقلا در قوانین عرفی خود برای نظریه علما نقش قایل‌اند که این نقش در گذشته پر رنگ بود ولی به تدریج از اهمیت آن کاسته شد. میزان نقشی که امروزه از برای دکترین غیر قابل کتمان است عبارت است از مرجعیت آرای حقوق دانان در صورت اجمال و یا فقدان مواد قانونی که اگر این عمل عقلایی بود و احتمال می‌رفت که چه بسا مردم بر اساس ارتکاز عقلایی خود با دستورات شرعی هم چنین عمل

نمایند، بر شارع بود که اگر راضی بدان نیست، آن را مورد ردع و منع قرار دهد تا این شیوه به قوانین الهی سرایت نکند و با عدم ردع آن از سوی شارع، حجیت ثابت می شود. اشکالی در این بین مطرح شد و آن این که چگونه این سیره تا زمان شارع ثابت می شود، که برای پاسخ به این اشکال دو روایت مورد بررسی قرار گرفت و ثابت شد که استدلال به آن دو روایت برای اثبات مقصود، عقیم است و تنها راه اثبات امتداد عبارت است از اثبات عقلایی بودن عمل مزبور، که اگر بپذیریم نظریه علما در حد یک سیره مستمره در قوانین عرفی نقش دارد چون در صورت عقلایی بودن، از عمل یاد شده علم و اطمینان عرفی حاصل می شود دیگر آیات نهی کننده از عمل به ظن رادع این سیره باشد چون فرض کلام حصول اطمینان از عمل عقلا است و وقتی عمل عقلا مفید علم عادی بود مصداق ظن نیست و به عبارت فنی، خروج مورود از تحت وارد به نحو تخصصی است نه تخصیصی.

با دقت در آنچه گذشت، معلوم گردید که اشکال عدم ارتباط میان دکتربین و شهرت فتوایی وارد نیست؛ چون اولاً، دکتربین حاصل نظریه یک حقوق دان است ولی شهرت فتوایی نتیجه نظر عده ای از فقهاست و ثانیاً، دکتربین امروزه الزام آور نیست ولی شهرت فتوایی در صورت حجیت، الزام آور است؛ پس ارتباط بین آن دو منتفی است.

در جواب باید گفت: اولاً این که گفته شد دکتربین نتیجه نظر یک حقوق دان است صحیح نیست، چون در طرح تعریف های مربوط به آن، گذشت که برخی جمع بودن و انضمام آرا را در تحقق مفهوم دکتربین دخیل می دانند. به علاوه، اگر در تعریف گفته شود که دکتربین حاصل نظریه یک حقوق دان است معنای آن این نیست که انضمام نظرات دیگر به آن مضر به تحقق مفهوم آن است، بلکه معنای آن این است که برای تحقق مفهوم مورد نظر وجود یک نظر کافی است و به عبارت فنی، نظریه یک نفر لا به شرط از انضمام آرای دیگران خواهد بود، ثانیاً اگر امروزه دکتربین الزام آور نیست دست کم در صورت اجمال یا فقدان مواد قانونی، در بسیاری از بلاد مرجعیت دارد و اگر پذیرفته شد که این امر در میان عقلا جاری و ساری است در آن صورت، ادعای ما این است دست کم در این حق می توان برای نظریه مشهور فقها بر اساس این سیره عقلایی نقش و دخالت در

احکام شرعی و فروع دینی قایل بود.



## مآخذ

- ۱- اصفهانی، محمد تقی، هدایه المسترشدين (چاپ اول: قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۲۱ ق).
- ۲- البزاز، عبدالرحمان، مبادئ اصول القانون (بغداد، مطبعة العاني، ۱۹۵۶ م).
- ۳- الغار، عبدالقادر، المدخل لدراسة العلوم القانونية (چاپ اول: عمان، دارالثقافة، ۱۹۹۹ م).
- ۴- انصاری، مرتضی، فرائد الاصول (چاپ سنگی، بی تا).
- ۵- بخار، بدوی، شلالا، ابراهیم، احمد، یوسف، القاموس القانوني، ج ۲ (چاپ دوم: بیروت، مکتبه لبنان، ۱۹۸۸ م).
- ۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق (چاپ سوم: تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۱).
- ۷- جلالی مازندرانی، محمود، المحصول (تقریرات درس آیه الله شیخ جعفر سبحانی)، ج ۳ (قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۵ ق).
- ۸- حجتی بروجردی، بهاء الدین، الحاشیة علی کفایة الاصول (تقریرات درس مرحوم آیه الله العظمی بروجردی)، ج ۲ (چاپ اول: قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۲ ق).
- ۹- حر عاملی، محمد، وسائل الشیعه، ج ۲۶ (چاپ دوم: قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ ق).
- ۱۰- دوانی، غلامحسین، مجموعه قوانین اساسی - مدنی (چاپ چهارم: تهران، انتشارات کیومرث، ۱۳۷۹).
- ۱۱- سعد، نبیل ابراهیم، مبادئ القانون (دارالمعرفة الجامعية الاسكندرية، بی تا).
- ۱۲- سلطان، انور، المبادئ القانونية العامة، ج ۱۲ (چاپ چهارم: بیروت، دارالنهضة، ۱۹۸۳ م).
- ۱۳- شهید اول (مکی عاملی)، محمد، ذکرى الشیعه (چاپ اول: قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۹ ق).
- ۱۴- طوسی، محمد، العدة فی اصول الفقه (چاپ اول: قم، چاپ ستاره، ۱۳۷۶).

۱۵- طوسی، محمد، تهذیب الاحکام، ج ۱ (چاپ چهارم: تهران، دارالکتب الاسلامیة، ۱۳۹۰ ق).

۱۶- علمی، رضا، کلیات حقوق (تهران، مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۴۸).

۱۷- فضلّی، جعفر و الفضل منذر، عبدالحسین، المدخل للعلوم القانونیه، ج ۲ (چاپ اول: جامعه الموصل، ۱۹۸۷ م).

۱۸- کورنو، جیرار، معجم المصطلحات القانونیه، ترجمه منصور قاضی، ج ۲ (چاپ اول: بیروت، المؤسسة الجامعیة للدراسات و النشر و التوزیع، ۱۹۹۸ م).

۱۹- مجاهد طباطبایی، محمد، مفاتیح الاصول (قم، چاپ آل البیت (سنگی)، بی تا).

۲۰- محسنی، مرتضی، کلیات حقوق جزا، ج ۱ (تهران، انتشارات دانشگاه ملی، بی تا).

۲۱- منتظری، حسینعلی، نهاية الاصول (تقریرات درس آیه الله العظمی بروجردی) (چاپ اول: قم، انتشارات قدس، ۱۴۱۵ ق).

۲۲- منصور، محمد حسین، المدخل الی القانون (بیروت، دارالنهضة العربیة، ۱۹۹۵ م).

۲۳- نجیده، علی حسین، المدخل لدراسة القانون (قاهره، دارالفکر العربی، بی تا).