

## الدراسات الفقية المقارنة

سنة الثاني، رقم الرابع، الخريف و الشتاء ١٤٠١ ش

10.22034/FIQH.2023.385992.1141

# نظرية التحليل النقدي للفكر الفقهي الإسلامي من وجهة نظر لويس ميليوت

سعيد جازاري معموني<sup>١</sup>

[تاريخ الاستلام: ١٤٠١/٠٧/١٢؛ تاريخ القبول: ١٤٠١/١٢/١١ هـ ش]

## المستخلص

يعتقد لويس ميليوت، المستشرق الفرنسي وأستاذ القانون البارز في جامعة باريس والخبير في الفقه السني، أنه يجب الاعتراف بالإسلام باعتباره حضارة وثقافة شاملة، وهذا الاعتراف ممكن فقط من خلال فهم الأسس الفقهية لهذا الدين. في رأيه، للفقه الإسلامي ثراء وتألق خاصين ظل بعيداً عن معرفة الفقهاء الغربيين والأوروبيين. في فكرة لويس ميليوت، العلم في المدرسة الإسلامية شجرة يُعد القرآن والسنة ثمارها الرئيسية، والفقه هو جذعه وبنيتة الأساسية. يعتقد أن دين الإسلام مع القرآن والسنة، له أداتان فكريتان رائعتان، وهما القياس والإجماع. القياس أو المقايضة الشريعة هو إحدى أدوات الفقه التي جعلت القواعد الإسلامية مرنة نسبياً لقرون وهي بمفردها أداة رائعة التي من خلالها تمكن النظام القانوني الإسلامي من تدفق الحياة، الحقائق التجربة والتاريخية. الإجماع أيضاً هو أداة عقلانية أخرى مشتقة من القرآن والسنة التي يتشكل من خلال عملية جماعية من الفقهاء للتنبؤ بالبنية الفكرية الناتجة عن اجتهاد شخصاً ما بطريقة خاصة. يعتقد ميليوت أن نظام الفقه الإسلامي، على عكس الكنيسة والنظام التشريعي الأوروبي، يتمتع بأناقة خاصة في مجال وضع القواعد وانطباقها مع العادات والظروف الاجتماعية. في هذا النظام، يمكن للفقيه أن يجد عناصر جديدة بمساعدة الأدوات العقلية العملية، أي القياس والإجماع، مع مراعاة المبادئ التقليدية والقديمة. هو يعتقد أن النظام الفقهي والقانوني للإسلام التي يشمل إصلاح العادات القديمة وتنظيمها ووضع قواعد جديدة مرنة لا يصبح تحليله مع طريقة الدراسة والاستدلال الشائعة في أوروبا.

**كلمات المفتاحية:** الفقه، القانون، الإسلام، القياس، الإجماع، القرآن، السنة.

١. دكتور في قسم الفقه والقانون، جامعة الأديان والمذاهب، قم، إيران jazari\_saeed@yahoo.com

## نظری تحلیل نقادانه بر اندیشه فقهی اسلام از منظر لویی میلیوت

سعید جازاری معمولی<sup>۱</sup>

[تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۱]

### چکیده

لویی میلیوت، مستشرق فرانسوی و استاد برجسته حقوق دانشگاه پاریس و متخصص در فقه اهل سنت، معتقد است که باید اسلام را یک تمدن و فرهنگ جامع شناخت و این شناخت جز با درک مبانی فقهی این دین ممکن نیست. به نظر وی، فقه اسلام از غنا و درخشش خاصی دارد که از دایره دانش غربیان و حقوق دانان اروپا دور مانده است. از نظر لویی میلیوت، دانش در مکتب مسلمانان مانند درختی است که قرآن و سنت ثمره اصلی آن است و فقهت تنه مهم و ساختار مبنایی آن. وی معتقد است که دین اسلام در کنار قرآن و سنت، دو ابزار فوق العاده عقلی، یعنی قیاس و اجماع، را در اختیار دارد. قیاس یا مقایسه شرعی یکی از ابزارهای فقهت است که قرن‌ها است قواعد اسلام را دارای نوعی انعطاف‌پذیری نسبی کرده است و به تنهایی ابزار بزرگی است که سیستم قانون‌گذاری مسلمانان توانسته است از طریق آن، جریان زندگی، حقایق تجربه و واقعیت‌های تاریخی را در نظر بگیرد. اجماع نیز یک ابزار عقلایی دیگر است که از قرآن و سنت حاصل می‌شود، در یک فرایند جمعی فقها شکل می‌گیرد تا به سبکی خاص، ساختار فکری ناشی از اجتهاد فردی را پیش‌بینی کند. میلیوت بر آن است که نظام فقهت اسلامی، برخلاف سیستم قانون‌گذاری کلیسایی و اروپایی، از ظرافت خاصی در عرصه قاعده‌سازی و انطباق این قواعد با عرف و شرایط اجتماعی برخوردار است. در این نظام، فقیه می‌تواند در عین رعایت اصول سنتی و متقدم، عناصر جدیدی را با کمک ابزارهای کاربردی عقل، یعنی قیاس و اجماع، بیابد. به نظر لویی میلیوت، تحلیل نظام فقهی و حقوقی اسلام که با اصلاح و ساماندهی عرف متقدم و تأسیس قواعد انعطاف‌پذیر جدید همراه است، با شیوه مطالعاتی و استدلالی رایج در اروپا اشتباه است.

**کلیدواژه‌ها:** فقه، حقوق، اسلام، قیاس، اجماع، قرآن، سنت.

۱. استادیار گروه فقه و حقوق، دانشگاه ادیان و مذاهب، قم، ایران jazari.saeed@yahoo.com

## مقدمه

لویی میلیوت،<sup>۱</sup> متولد ۱۳ آوریل ۱۸۸۵م در بوگد فرانسه و درگذشته اکتبر سال ۱۹۶۱م در وزلای آن کشور، حقوق دان برجسته و استاد دانشگاه حقوق پاریس است. او آثار مهمی در زمینه معرفی حقوق اسلام به جهان غرب تألیف کرده است؛ مقدمه‌ای بر فقه اسلامی،<sup>۲</sup> پژوهشی درباره شرایط زن مسلمان در مغرب،<sup>۳</sup> مزارعه و مساقات در فقه و اراضی در فقه اسلامی برخی از این آثار هستند.

از نظر میلیوت، اسلام تنها یک دین نیست، بلکه یک تمدن و فرهنگ است که بخش بسیار مهمی از آن را فقه و حقوق اسلامی تشکیل داده است؛ به همین دلیل نمی‌توان بدون آشنایی با نظام فقهی اسلام، شناختی از ساختار جامعه آن داشت. وی در یکی از آثار خود با عنوان اندیشه فقهی اسلام، شناخت جامعه علمی غرب از اسلام را در عصر خود، بسیار دور از واقع و فاقد جامعیت دانسته است. وی با بیان اینکه مجامع علمی در اروپا بر محور گسترده ادبیات حقوقی حرکت می‌کنند، عنوان کرده است که رساله‌های دانشمندان مسلمان مسائل حقوقی را به طور کامل و با جزئیات بیان کرده‌اند و بر اساس این رساله‌ها، پزشکی، قاضی دادگستری، وکیل، تاجر و دیگر مردمان راه حل مشکلات عینی خود را خواهند یافت. میلیوت این نظام حقوقی را دامنه دار و با کیفیت توصیف می‌کند. او معتقد است که در دوران معاصرش برخی جنبه‌های این نظام حقوقی را دانشمندان فرانسوی، انگلیسی، آلمانی، ایتالیایی، پرتغالی و روس به غربیان معرفی کرده‌اند و حاصلش یک نظریه ویژه درباره فقه و حقوق اسلام است که افرادی مانند ایگناز گلدزیهر،<sup>۴</sup> مستشرق یهودی تبار مجارستانی (۱۸۵۰-۱۹۲۱)، کریستیان

---

1. Louis Milliot

2. Introduction à l'étude du droit musulman

3. Étude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb

4. Ignaz Goldziher

سنوک هرگرونیه،<sup>۱</sup> مستشرق هلندی (۱۸۵۷-۱۹۳۶) و ادوارد لامبرت،<sup>۲</sup> مستشرق فرانسوی (۱۸۶۶-۱۹۴۷)، ارائه کرده‌اند. این گفت‌وگوی نظری و علمی میان دانش غربی و اسلام از یک قرن و نیم گذشته تا عصر میلیوت ظهور یافته و توانسته است پیشرفت ارزشمندی را در شناخت برخی عرصه‌های مبانی اسلام فراهم آورد. او معتقد است نتایج این تحقیقات بیش از آنکه علمی باشد، تکنیکی است (Milliot, 1954: 443).

میلیوت معتقد است یکی از دلایل کاستی مطالعات غرب در عرصه فقه اسلامی، محدود شدن دایره این بررسی‌ها در آثار فقهی کشورهای مستعمره‌ای مانند الجزایر، تونس و مصر است و این محدودیت موجب فراگیر و عمیق نشدن دانش محققان غربی در شناخت تنوع و تکثر اندیشه فقهی اسلام بوده است. طبق بررسی‌های میلیوت، مطالعات حقوقی غرب در فرهنگ اسلام، در ابتدا بر آثار عربی در سرزمین‌هایی صورت گرفته است که ظاهراً نظام فقهی اسلامی در آن حاکمیت دارد؛ از جمله این بررسی‌ها تلاش بزرگ اندیشمندان اروپایی در ترجمه و تفسیر رساله‌های عملیه<sup>۳</sup> (المختصر) است که به خطا معادل کد قانون<sup>۴</sup> غربیان در نظر گرفته شده‌اند. به این ترتیب در این دوره، بزرگ‌ترین مشکلات مربوط به فقه اسلامی فراموش شد، نظم قانونی فقه اسلامی جز در توده خود توصیف نشد و صرفاً از زاویه‌ای بیرونی به آن توجه شد (Milliot, 1954: 445).

میلیوت در بررسی نظام فقهی اسلام، به صورت متمایز به سه مسئله اجرای قواعد، تشریح و قضا توجه می‌کند و می‌نویسد:

نقش مهم این تکنیک حقوقی درباره فقه و حقوق به سه صورت شناخته شده است: اجرای امور، تشریح و کار قضایی. تکنیک حقوقی و فقهی تمام ابعاد زندگی را در بر می‌گیرد و قدرت‌های رازآلودی را در اختیار دارد که جوامع انسانی از آن تبعیت می‌کنند

1. Christiaan Snouck Hurgronje

2. Édouard Lambert

3. ouvrages mnémotechniques

4. codes

و به واسطه آن با یکدیگر مرتبط می‌شوند. این فقه و حقوق است که آشتی می‌بخشد، آرامش می‌دهد و اهلی می‌کند. این همان معجزه حقوق است که افلاطون را متحیر کرده است: «همه زندگی در عدالت است» (Ibid).<sup>۱</sup>

این مقاله مروری نقادانه بر نظریات و یافته‌های میلیوت در طی بررسی‌ها و تحقیقاتش در حوزه فقه و حقوق اسلامی است که با روش کتابخانه‌ای و بر اساس یافته‌هایی از آثار مکتوب لویی میلیوت گردآوری شده است.

### پیشینه دانش حقوق در غرب و اسلام

طبق بررسی‌های میلیوت، دانش حقوق در غرب مولود عصر جدید است و در حقیقت، قدمت آن به سال ۱۸۱۴ و ۱۸۱۵م بازمی‌گردد؛ دورانی که فریدریش کارل ون ساوینی<sup>۲</sup> (۱۸۶۱-۱۷۷۹) حقوقدان و مورخ آلمانی از نسل پروتستان‌های فرانسه و مهاجر به نانت،<sup>۳</sup> با ابراز نظریه‌ای جدید از ضرورت استفاده از روش تاریخی برای اجرای نظم حقوقی حمایت کرد. در اروپا تا به آن دوره، حقوق فقط یک هنر محسوب می‌شد. اول از هر چیز، هر زمان که افراد در جامعه گرد هم می‌آمدند، روابط حقوقی با گروه‌ها و افراد شکل می‌گرفت و باید این روابط تنظیم می‌شد؛ چیزی که اروپا آن را دانش حقوق نامید و اساس آن، تفسیر و بیان متون و صرفاً یک تکنیک بود. پس از این دوران و در پایان قرن نوزدهم و ابتدای قرن بیستم، شیوه‌های علمی با ظهور آثاری مانند دانش و تکنیک در حقوق موضوعه خصوصی<sup>۴</sup> به قلم فرانسواژنی<sup>۵</sup> (۱۸۶۱-۱۹۵۹) و مفاهیم اساسی حقوق خصوصی اثر رنه دموگ<sup>۶</sup> (۱۸۷۲-۱۹۳۸) پدید آمد.

1. "Toute vie tient dans la justice".

2. Friedrich Carl von Savigny

3. Nantes

4. Méthode d'interprétation ET sources en droit privé positif: essai critique

5. François Gény

6. René Demogue

به نظر این مستشرق فرانسوی، در اسلام دانش بر اساس درختی شکل گرفته که قرآن و سنت اصل آن یا به عبارت دیگر، منبع و اصول اساسی و ریشه هستند. شاخه‌های آن یا فروع، وابسته و مرتبط با نظامات شناخته شده و متعلقات متکی به قرآن و سنت است و فقه تنه مهم این درخت و ساختار مبنایی و قانون آن است. اشکالی که می‌توان در مطالعات وی دید، فقدان تتبع در آثار مهم فقهای شیعی و گرایش‌های مختلف فکری آن است. او در بخش‌های مختلف قاعده‌شناسی فقهی به منابع مشهور اهل سنت نظر دارد و از مستندات و رویه فقیهان شیعه بهره نبرده است؛ از این رو در نظر میلیوت، سنت در صحاح و مسندات اهل سنت ترسیم شده است.

میلیوت با نقلی از ابن خلدون مبنی بر اینکه «قرآن جمله به جمله و سوره به سوره بنا به شرایط خاص خود، خواه برای صرف حقوق و خواه برای اوامری که بنده در این جهان ملزم به تبعیت از آن است، نازل شد» (Milliot, 1954: 441-454)، سنت را اعمال، گفتار، سکوت و رفتاری می‌داند که از راه نقل قول یا حدیث به مسلمانان رسیده است و در مواقع مورد نیاز، ابهامات را رفع می‌کند.

به نظر میلیوت، قرآن و سنت نوشتار مقدس و شریعت به شمار می‌روند. قرآن فعل است و سنت همان تقلید از محمد مصطفی پیامبر اسلام (ص) که تفسیر و اولین شرح قرآن را خود او بیان کرده است. البته این مجموعه یک نظام تشریحی کامل برقرار نمی‌کند که مقررات قانونی قابل اعمال در همه موارد را به صراحت بیان کند. این مجموعه کپی الواح قانون موسی و قوانین دوازده‌گانه و در حد یک کد یا مجموعه قوانین نیست (Ibid: 449). او تأکید می‌کند که مفهوم پیکره قضایی، که آن را مدیون تجربه و نبوغ رم هستیم، با آثار محمد (ص) بیگانه است. آیات و احادیث عموماً، همان‌طور که هست، راه حل به شمار می‌روند. یک یا دو قرن بعد بود که فقهای بزرگ و بنیان‌گذاران، مکاتب تئوری فقهی را بنیان نهادند.

### منابع تشریح در اسلام از منظر میلیوت

میلیوت، برخلاف انتقادش از دیگر محققان غربی مبنی بر تمرکز مطالعاتشان بر آنچه از اسلام در برخی مستعمرات وجود دارد، کشور مراکش و نظام فقهی آن را یکی از منابع اصلی مطالعاتش انتخاب کرده است و به همین دلیل، نزد وی تجسم نظری منابع تشریح و فقهت مکتب مالکی بیشتر از دیگر مکاتب بوده است؛ از این رو میلیوت در بخشی از مطالعاتش درباره بررسی منابع تشریح، کتاب، سنت، فتاوی صحابه، اجماع، قیاس، استحسان، مصالح مرسله، استصحاب و عمل اهل مدینه را منابع استنباط احکام و قواعد فقهی اسلام قلمداد کرده که در فقه مالکی جایگاه و رسمیت دارند.

وی در ارائه فهرستی از منابع تشریح در اسلام، قرآن، سنت یا مجموعه روایی، اجماع و قیاس و مواردی چون استحسان، مصالح مرسله را برمی شمرد و معتقد است که تا آن زمان هیچ کس در اروپا این منابع را از درون، با جزئیات و با تجزیه و تحلیل عناصر آن، بررسی نکرده است. به همین دلیل معتقد است مفهوم، تعریف و جایگاه قانون اسلام سؤالات فراوانی را تشکیل می دهند که پاسخ کافی ندارند و جواب های رایج به آنها ذهن را قانع نمی کند. در اینجا میلیوت اگرچه به اندیشه اجتهادی شیعه و نقد آن بر برخی از این منابع تشریحی اهل سنت دسترس یا التفاتی نداشته، اشاره هایی اجمالی به تمایز این منابع در میان مکاتب فقهی اهل سنت و ابهام برخی از این اصول و فنون اجتهادی کرده است. بعدها برخی از شاگردان وی، همچون پل اسمین، نیز این نقد را مطرح کرده اند (Esmein, 1963: 185-186).

میلیوت می گوید که نمی توان ادعا کرد در اسلام راه اجتهاد مسدود شده است، اسلام و تشریح در هم تنیده اند و اسلام بدون شارع مانند بدن بدون روح یا روح سرگردان در جست و جوی کالبد است. وی تأکید می کند به دلیل همین پویایی باید فقه و حقوق اسلام مستقیماً در معرض دید غرب قرار گیرند و در پی آن، مفاهیم اساسی مشخص شوند. وی هدف تلاش خود

برای توسعه اندیشه فقهی اسلام در زمینه تاریخی و تعریف عناصر این اندیشه با مقایسه نظام حقوقی اروپایی تلاش را همین مهم دانسته است.

### توصیف میلیوت از نظام فقهی - حقوقی اسلام

میلیوت می‌گوید که قرن اول هجری از سه طبقه و نسل مسلمانان، یعنی صحابه و تابعین و یاران، شکل گرفت تا درخشش اثر رسول خدا را منتقل کنند. به اعتقاد او، دو مسئله مهم در مسیر پژوهش وجود دارد:

۱. مطالعه منبع و دلیل قانون و استوارسازی متن آن. این امر به نگارش رسمی قرآن و مجموعه‌هایی از سیره نبوی و مسندهای نقل روایات انجامید. اینها داده‌های مقدس از قانون اسلام است؛

۲. همزمان با مشروعیت بخشی، نهادهایی جدید از توسعه اسلام در سرزمین‌های تازه فتح شده ظهور کردند.

متأسفانه در اینجا میلیوت با تمرکز بر تاریخ سیره در قالب و منظر مورخان خاص اهل سنت، نتوانسته به تحلیل جامعی از جریان صحابه‌شناسی و مکتب‌های فقهی عصر تابعین دست یابد؛ از این رو از طبقات مهم فقهای مدینه که در آثار شیعی نیز مورد توجه قرار گرفته‌اند، نامی نمی‌برد. مکتب جعفری و نقش مهم امام صادق (ع)، شخصیت اثرگذار و اندیشمند بزرگ جریان معقول و اجتهادی آن دوران، در مطالعات او جایی نیافته است؛ موضوعی که در همان دوره و کمی قبل‌تر مورد توجه جدی لویی ماسینیون قرار گرفته بود (Corbin, 1962: 30-39).

### تفسیر متون و ابزارهای آن

میلیوت در توصیف یافته‌های خود می‌گوید در طی دوره‌ای، یک تلاش بزرگ برای وسعت بخشی و جهت‌دهی به قانون از طریق توضیح متن یا همان تفسیر قرآن و سنت،



به واسطه اجماع و موافقت نظری فقها جریان یافت. وقتی قانون فقهی با تأیید صحت صدور منابع صورت پذیرفت، تنها تعیین دایره حکم و دامنه آن باقی ماند. در این دوره، شیوه دقیق و ابتکاری و ظریفی جلوه کرد که مواد آن به سختی فراهم می‌شوند. آیات و احادیث عموماً به شکل خبری نگارش یافته بودند و از این رو کمتر ارزش قانونی ظاهری و رسمی داشتند. یک کار دقیق و بردبارانه روی تفسیر متن قرآن و احادیث، آن را به ماده‌ای ضروری برای شکل دهی قانون تبدیل می‌کرد. میلیوت برای توضیح این عمل دقیق در جهت تفسیر متون برای استخراج یک قاعده حقوقی آیه ۳۸ سوره مائده را مثال می‌زند: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ» دست زن و مرد دزد را به کیفر اعمالشان ببرد، این عقوبتی است که خدا مقرر کرده و خدا مقتدر و به مصالح خلق دانا است». این آیه در خصوص دزدی طعمه بن ابیرق نازل شده که زهری را از چادر سربازی دزدیده بود. بنا بر روایتی مرتبط، مجازات دزدی این شیء در غنیمت، شلاق است؛ چرا که قصد خلاف و عمل قبیح به وضوح ثابت نشده و این سرباز ادعا کرده که از حق خود برای مبارزه استفاده کرده است. اینجا اجرای مفاد دو حدیث به میان می‌آید: «عمل تابع نیت است» (حر عاملی، بی تا: ۳۴/۱؛ مسلم، ۱۴۱۹: ۱۲۰۴/۳) و «دست دزدی را نبرید جز آنجا که ارزش مال سرقت شده برابر یا بالاتر از بیست درهم باشد» (مسلم، ۱۴۱۹: ۱۰۶۱/۳). حال با توجه به آیه و احادیث ذکر شده، ابتدا باید این متون بررسی شوند که طبق نتیجه آن، دزدی عبارت است از تصرف متخلفانه مال فرد دیگر با ارزش حداقل بیست درهم که از مکانی بسته صورت گرفته باشد. این تفسیرها با جابه‌جا کردن اصطلاحات و ادغام آنها با یکدیگر، فرمولی تولید کردند که عناصر آن امکان شناسایی تمام موارد و مصادیق سرقت را فراهم می‌کند (see: De Waël, 1989).

به نظر میلیوت، قاعده فقهی کلی وضع شده، از نظر حقوقی همان ارزش متنی را دارد که بر اساس آن بنا شده است، اما ابزار قانونی بسیار پیچیده‌تری است. این یک اصل، یک مفهوم اساسی و فرمولی است که قادر به دریافت تعداد زیادی برنامه است؛ نوعی پیش‌بینی در مورد

استدلال جبری که اعراب در اروپا در قرون وسطا معرفی کردند. «اصل»، یعنی محصول نهایی استنباط منطقی، به عنصری اساسی از استدلال و قیاس و یک فرایند فنی برای توسعه سایر هنجارهای قانونی تبدیل می‌شود. معادله فرمول شناخت موارد مجهول را امکان‌پذیر می‌کند. تفاسیر شرایطی را برای توسعه متن مقدس قرآن و سنت فراهم می‌آورند تا مواردی که در ابتدا در آن دو پیش‌بینی نشده بودند، در محدوده مقررات آن قرار گیرند.

## اجماع

میلیوت اجماع را یک منبع عقلایی به دست آمده از قرآن و سنت می‌داند که در یک فرایند جمعی از سوی فقها شکل می‌گیرد و به یک مجتهد کمک می‌کند که ساختار فکری ناشی از اجتهاد فردی را پیش‌بینی کند. به باور میلیوت، این روش استنباط در طول قرن یازدهم و دوازدهم جریان یافت. این دوره بهترین عصر دانش فقه اسلامی به شمار می‌رود و چهار مکتب فقهی حنفی، شافعی، مالکی و حنبلی نتایج آن هستند. سال ۳۰۰ هجری، اجتهاد با هدف ایجاد نظام فقهی ظهور یافت. در این فاصله، منصور دوانیقی (۹۵-۱۸۵ق)، هارون الرشید (۱۴۸-۱۹۳ق) و مأمون عباسی (۱۷۰-۲۱۸ق) با اهداف سیاسی خود، مطالعات فقهی و حقوقی را، به‌ویژه در عرصه حقوق عمومی، تشویق کردند. از سوی دیگر، یک جریان و ذائقه علمی اسلامی تحت تأثیر روابط اسلام و مسلمانان با حقوق رومی، حقوق ایران و حقوق عبری شکل گرفت. افرادی مانند ابوحنیفه، مالک و شافعی نظام فقهی کشورهای همسایه را نادیده نگرفتند، بلکه در آثار خود به آن توجه کردند. این کار چنان به‌خوبی صورت گرفته که بسیار سخت می‌توان در دوران حاضر روابط متقابل این جریان‌ها را مورد نظر قرار داد؛ اما مسلم است که این جنگ، برای تمام مدت، باعث یک مبارزه طولانی و سرسختانه بین حقوقدانان غرب، نمایندگان آموزه‌های ناب مسلمانان و حامیان متافیزیک‌آرایی‌شد. چهار مجتهد با مشارکت

یکدیگر در طول یک قرن، ارتدوکسی (مجموعه دکترین مورد اعتبار و قبول درباره نظام فقهی و حقوقی اسلام) را بنیان نهادند؛ البته آنان علمای ساده‌ای بودند که وظیفه دولتی و حکومتی و مسئولیتی سیاسی بر عهده نداشتند. هر یک از آنان دکترین خود را در شرایط مختلفی به شیوه خاص خود و با عناصر مسلک اجتهادی شرح و بسط داد.

ابوحنیفه استدلال منطقی را در سبک خود وارد کرد و مالک نظام خود را بر اساس سنت پیامبر بنا نهاد. شافعی، شاگرد این دو مکتب، از آن دو دکترین وام گرفت و البته موضعی برخلاف ابوحنیفه داشت. ابن حنبل حرکت جدیدی به مطالعات حدیثی داد. پس از وی، توجه به صداقت متن و تأیید محتوای آن به یک علم خاص تبدیل شد. همین فقها خود را محدود به ایجاد قواعد قانون موضوعه لازم برای عملکرد نهادها نکردند. آنان اصولی را برای منابع یا ریشه‌های درخت تشریح، یا همان متون مقدس قرآن و حدیث، تأسیس کردند. این نهادهای فقهی و فروع مربوطه نیز از شاخ و برگ آن به شمار می‌روند.

ضرورت نهاد فقاقت قطعی است؛ چراکه دوران تشریح اسلامی اساساً محدود به حیات پیامبر اسلام (ص) بود، ولی این دوران با توافق و اجماع صحابه و نسل سوم یا تابعین تمدید شد. در این دوران که چهار یا پنج نسل از حیات پیامبر اسلام (ص) گذشته، بی‌شک نظام اجماع یا قاعده توافق اجازه می‌داد که یک سیستم اجرایی فقهی ظهور یابد، اما با نبود یک قدرت محدودکننده، این روند توسعه سیستم قانون‌گذاری از نظم خاصی برخوردار است. البته این نظام را باید بررسی کرد، اما وقتی موضوع، اجرای قانون و حکم فقهی بر اعمال انسان باشد، لازم می‌آید که در جهت تعیین حقوق و تکالیف او برای تبیین مسئولیتش در این عرصه، به مواردی متوسل شویم که در متون مقدس پیش‌بینی نشده، اما در روح آن درک شده است. پس دانش علم اصول فقه در ابتدا یک شیوه قانون‌گذاری است، اما تمایز این شیوه از برداشت‌های مختلف از مشروع بودن، ما را مجبور می‌کند مشکل رابطه بین عقل و ایمان را مطرح کنیم. از نظر

ابن خلدون، این رشته از معرفت اهمیت والایی دارد؛ زیرا اجازه می‌دهد متن مقدس، قواعد فقه و حقوق و نسخه‌های دین بازشناسی شوند.

اشکال مهمی که بسیاری بر این تحلیل میلیوت وارد کرده‌اند، بی‌توجهی او به متون مستشرقان قبل از دوران خود او است که بررسی مکاتب آن دوره را در آثارش ضعیف نمایان کرده است. شخصیت‌هایی مانند آمده کری (۱۸۲۵-۱۹۰۰) سال‌ها قبل از او به معرفی مکتب فقهی امامیه در مراکز علمی و شرق‌شناسی غرب اهتمام داشته‌اند. آمده کری که در سال‌های ۱۸۴۴ تا ۱۸۵۵ در مقام دیپلمات در مملکت عثمانی و ایران حضور یافته بود، با فقه شیعه آشنا شد و کتاب ارزشمند شرایع الاسلام محقق حلی را با حواشی خود به زبان فرانسه ترجمه کرد که مورد توجه جمع قابل ملاحظه‌ای از محققان غربی قرار گرفت (see: Query, 2011).

## قیاس

در نخستین دوران رشد اسلام و اسلام‌گرایی، دانش فقه فقط متکی بر سنت بود؛ برای نمونه مالک کتاب موطأ خود را با سیصد حدیث نگاشت. نوشته او برای ثبت اصول اساسی سنت‌های مورد قبول کفایت می‌کند و همانند رساله‌های حقوقی در فصول و عناوین مختلف و خاص دسته‌بندی شده است؛ اما وقتی علم قرآن توسعه یافت، عمل استنباط قیاسی یا مبتنی بر قیاس به هنری قابل اجرا و علمی قابل تعلیم تبدیل شد. استفاده از متون با مشکلات متعددی مواجه است. هر اصطلاح معانی مختلفی را شامل می‌شود. سنت پیامبر اسلام کمتر قطعی است، به‌گونه‌ای که ابوحنیفه از هر پنجاه روایت، هفده مورد را صحیح دانسته است. رفتار پیامبر، عادت او و افعالش نیز از دیگر منابعی

---

1. Recueil de Lois concernant les Musulmans Schyites: droit musulman, [publié par Barbier de Meynard] Muḥaqqiq al-Ḥillī, Ġa'far ibn al-Ḥasan (1205-1277), Auteur du texte Date d'édition: 1871-1872.

هستند که در آنها اختلافات بسیاری وجود دارد (Milliot, 1953: 222). صرف اتکا به متون قرآن و حدیث، برای حل مسائل جدید کفایت نمی‌کنند و لازم است تصمیمی بر اساس آیه یا روایتی اتخاذ شود که ربطی نسبتاً دور با موضوع دارد. در چنین وضعی دو دکتربین با دو گرایش متمایز شکل گرفت:

۱. مکتب عراق که تحت زعامت ابوحنیفه و فقهای پیرو او دارای سبک خاصی از اجتهاد قیاسی بودند؛

۲. مکتب مالک و شافعی دکتربین خاص خود را، که در آن قیاس کمتر نقش داشت، ترویج می‌کردند.

در عین حال، این مکاتب فقهی با وجود اختلاف‌هایی در جزئیات، بر مدار اصول اساسی مشترکی حرکت می‌کردند. این سازش مورد توجه فقهای آن عصر قرار گرفت و به واسطه شاگردانشان حمایت و ترویج شد و نسل‌های بعدی بدون چون و چرا به همه سیستم‌های آنها ارزش اجماعی بخشیدند. بنابراین هر یک از قوانینی که آنان تدوین کردند به یک قاعده جزمی هم‌ارزش با آیه‌ای از قرآن یا حدیثی معتبر تبدیل شد و بر همین اساس، اسلام تعریف ارتدوکسی خود را یافت.

این وقایع در قرن دهم میلادی اتفاق افتاد و ابن‌خلدون در ضمن دیگر سخنانش به وقایعی اشاره می‌کند که از این دوره به بعد تا قرن چهاردهم رخ دادند. مکتب هر یک از این فقها برای شاگردانش موضوع یک دانش خاص شد. البته این مکاتب‌ها نمی‌توانستند با مسلک استنباطی خود و بر اساس اصول ابداعی بنیان‌گذاران آن به سؤالات جدید پاسخ لازم بدهند، بلکه باید در هر مسئله به دنبال موضوع مشابه یا متفاوتی می‌بودند که بتوانند حکم آن قبلاً تعیین شده بود را به مسئله جدید مرتبط کنند و تسری دهند. این عمل ادغام و تمایز همان دانش دکتربینی فقه است.

فقه‌های این دوران برای شرح و بسط سیستم خود از قیاس،<sup>۱</sup> استحسان،<sup>۲</sup> مصالح مرسله،<sup>۳</sup> استدلال<sup>۴</sup> و ضرورت<sup>۵</sup> بهره گرفتند؛ ولی شاگردان اصلی این فقها آزادی نسبی داشتند. آنان مجتهد مکتب بودند و این امور از مسائل آن به شمار می‌آمد؛ بنابراین نیازی به بررسی مجدد سیستم فقهی مسلمانان احساس نمی‌شد. قرار بود استادان قدیمی همه سؤالات را پیش‌بینی کرده و دقیق‌ترین راه‌حل‌ها را ارائه دهند. اصول تعیین شده برهان قیاسی اجازه می‌دهد که به درستی هر نکته بحث برانگیز قابل حل باشد؛ بنابراین ابزار فقاقت عبارت است از قیاس یا مقایسه شرعی؛ یعنی ادغام یک مسئله جدید یا شناخته شده که البته هنوز تعیین حکم نشده با قانون. در نتیجه قیاس، یک واقعیت فاقد حکم با واقعیت مشابهی که دارای حکم معین است، مقایسه می‌شود و پس از هماهنگی آن دو، حکم به آن سرایت می‌کند. این همان اوج تکنیک مقایسه و میوه نهایی اجتهاد و تلاش در ابداع فقهی است. فقط تعیین کیفیت مشترک میان دو مسئله باقی می‌ماند که همان علت است؛ یعنی جست‌وجوی دلیل وجود و هدف حکم (شرعی) یا به عبارت دیگر، علت اولیه و علت نهایی.

در مجموع، اصطلاح قیاس تصمیمی از جانب خدا، پیامبر یا جامعه (اجماع فقها) است که فقط راه حل یک پرونده را ارائه می‌کند و باید به یک گزاره کلی و به یک «اصل» تبدیل شود که از آن شاخه‌ها و فروع بسیاری ریشه بگیرند. شافعی می‌گوید:

فقیه نیست، به عبارت دیگر هوشیار به منابع نیست، آن که دستورات را از قانون و سنت جمع‌آوری کند به این هدف که در میان آنها با توسل به ادغام و قیاس حکمی بیابد؛ اما فقیه آن کسی است که روایات زیادی بشناسد و با استنباط یک اصل بتواند صدها احکام عملی و فرع را استخراج کند.

---

1. L'analogie

2. La préférence juridique

3. L'intérêt général

4. La démonstration logique

5. La nécessité

میلیوت معتقد است روش قیاس قرن‌ها است که یک انعطاف‌پذیری نسبی را در اختیار اسلام قرار داده و به تنهایی ابزار بزرگی است که سیستم قانون‌گذاری مسلمانان توانسته از طریق آن (جریان) زندگی، حقایق تجربه و واقعیت‌های تاریخی را در نظر بگیرد. از سوی دیگر، قیاس با تأکید بر مقایسه، جز احتمال را بیان نمی‌کند؛ زیرا فقیه در قیاس همواره مراتب مختلفی را در نظر می‌گیرد. به بیان دیگر، در این تشبیه‌ها نوعی تردید و عدم قطعیت حکم وجود دارد. پس قیاس ابزاری ناقص و اعتقادی ساده است که برای تبدیل شدن به حقیقت جزمی به اجماع نیاز دارد (Bleuchot, 2000: 121).

اجماع علاوه بر اینکه یک ابزار فقاقت و قانون‌گذاری است، از زاویه‌ای دیگر، راه‌حلی الهیاتی برای مسئله سازش عقل و ایمان قلمداد می‌شود که مکتب‌شناسان مسلمان در اوایل قرون وسطا درباره آن بحث کرده‌اند. این موضوع به این سؤال می‌رسد که در اسلام و نظام شریعت آن، چه جایگاهی برای عقل و عقلا در نظر گرفته شده است. اینجا است که بحثی طولانی میان اسلام الهیاتی و اسلام فلسفی به میان می‌آید. معرفت از امر الهیاتی و ماورای طبیعی بهره می‌برد و بر حکمت طبیعی و اکتسابی فلسفه اسلامی پیروز می‌شود. خداوند به هیچ قانون طبیعی مقید نیست، پس طبیعتی ثابت و دانشی قطعی و عقلی منطقی برای واقعیت‌های طبیعی وجود ندارد. عقیده در قرآن و سنت است و گسترش این عقیده نتیجه عقل نیست. فقیهان دارای صلاحیت و مجتهدان آن را با تلاش خویش ارائه می‌کنند و قاعده مطرح‌شده با توافق فقها و معرفی جامعه به قانون مبدل می‌شود. به بیان دیگر، جامعه‌ای که مجتهد را می‌شناسد و به او اعتبار می‌دهد، این حکم و قانون را می‌پذیرد.

طبق بررسی‌های میلیوت، اجماع به توافقی غیر معصوم جامعه و خرد به دست آمده از پروردگار تداوم می‌بخشد و الهام پیامبر را کامل می‌کند، همان‌گونه که متن قرآن را تثبیت، حدیث صحیح را معین و ارتدوکسی اسلامی را تعریف می‌کند. این اجماع اساس اسلام می‌شود.

البته در اینجا نیز محققانی همچون ژولین پلیسیه (متولد ۱۹۷۸) ضمن معرفی اجماع از منظر شیعه و نظریه مشهور فقها، گویا به این تعبیرات میلیوت گوشه می‌زند. به عبارت او، نقش معصوم در اجماع مسئله‌ای کلیدی و محوری شمرده شده که به اختلاف بیشتر در تعیین دایره عصمت و شخص معصوم بازمی‌گردد.

میلیوت معتقد است که اسلام ضمن رد عقیده مرجعیتی که بین دین و عقل قرار گرفته، تا حدی قضاوت جامعه (امت) را (در تصمیمات تشریحی) آشکار می‌کند. استفاده از عقل محدود به قیاس و، به عبارت دیگر، نوعی استدلال غیرمستقیم به عقل است. تعبیراتی که مستقیماً با استنباط از یک علت به یک نتیجه دیگر منتهی می‌شود. دیگر مستشرقانی که با مکتب فقهی اهل بیت (ع) آشنایی دارند و می‌دانند که تعادل بین عقل و شرع از اصول اجتهادی فقه جعفری به شمار می‌رود، این بیان میلیوت را نقد کردند.

به گفته میلیوت، چنانکه تفاسیر قرآن آشکار می‌کنند، این سبک توسل به عقل قیاسی از روش مسلمانان در تفاسیر قرآن، در استنباط قوانین ترجیحی یا عدالت (استحسان)، از منافع عمومی و مصالح عمومی (مصالحه) و نیز از ضرورت (قاعده الضروره) تبعیت نمی‌کند. میلیوت معتقد است که در اواخر قرون وسطا علم حقوق به کمال رسید و یک نظام منسجم را تشکیل داد. تفاسیر قرآن و سنت متون شریعت را توضیح دادند. مبانی علم اصول با تجزیه و تحلیل منابع، اهمیت و نقش هر یک از آنها در گسترش نظام فقهی و حقوقی را مشخص کردند و اصول مشروع و قانونی بودن تعریف شد. این نهادها موضوع رساله‌های عملیه یا مجموعه‌هایی با عنوان المختصر هستند که در ابتدا مجموعه قابل توجهی بودند و پاسخ استادان به شاگردان اول خود را در بر داشتند، سپس تبدیل به رساله‌های مختصری شدند. میلیوت خاطر نشان می‌کند که عناصر حقوقی در فروع اهمیت بالایی دارند. تمام



کتاب‌ها و آثاری که به فروع اختصاص دارند، با فصلی تحت عنوان عبادات آغاز می‌شوند که نظامی شبیه به نوعی حقوق تشریفاتی دارند. پس از آن، کتاب‌ها فصل‌های مربوط به نظامات حقوقی مانند ازدواج، معاملات و قراردادها را مطرح می‌کنند.

یک تقارن میان فقه و شریعت یا دین وجود دارد که باید توضیح داده شود. دین، اخلاق و فقه رشته‌هایی هستند که تخصص ما آنها را از یکدیگر متمایز می‌کند، در حالی که برعکس، اسلام از نزدیک با آنها ارتباط برقرار می‌کند. واقعیت مسلمانی تنها در دین خلاصه نمی‌شود، بلکه فقه، تاریخ و سیاست را نیز در بر می‌گیرد. به بیان عام، عقیده عبارت است از هر چه در قرآن، سنت و اجماع پوشش داده شده است. حقیقت فقهی که قرآن ارائه کرده، تماماً در نوع خود از جنس و حقیقتی عقیدتی برخوردار است. وحی با رحلت پیامبر اسلام (ص) متوقف شده است و نمی‌توان عقیده جدیدی ابداع کرد و عقاید نازل شده نیز تغییرناپذیرند. این عقاید فقط از عباراتی انسانی و مصطلحات انسانی برخوردارند که می‌توانند از برخی جهات، به لطف معرفت و شناخت الهیدانان، پیشرفت و ارتقا یابند. طبیعی است که توسعه چنین عقیده‌های مختلفی، در گونه‌های مختلف و حتی در یک گونه، نابرابر باشند (بر اساس اندیشه متفاوت الهیدانان). البته تنها منبع عقاید و مسائل کلامی، بعد از قرآن و سنت، اجماع است. بدیهی است که اجماع، یعنی توافق فقها، به تنهایی می‌تواند با یک قاعده هنجاری که یک فقیه واجد شرایط یا مجتهد وضع کرده، ارزش آیه یا حدیث را بیان کند؛ اما تأیید و تبیین یک مسئله با طبیعت فقهی و حقوقی قطعاً آسان‌تر از یک موضوع اعتقادی است.

نکته دیگری که میلیوت به آن اشاره می‌کند این است که احکام و قواعد فرعی وابستگان منطقی متن یا همان اصول به شمار می‌روند. در حقیقت، نهادهای سابق دارای نظام و قواعد

خاص خود بوده‌اند. توجیه و تأیید آنها با متن کتاب مقدس پیشین یا همان قرآن ارائه شده است (Charnay, 2008: 128).

بر اساس اسلام، اجتهاد به مراتب بالاتر از یک نظام ابداعی فقه است و به معنای واقعی کلمه، یک کشف واقعی است. ذهن مبتکر آدمی کاری ندارد جز پرده برداری از آنچه مانع از مشاهده واقعیت شده است. در قرآن و سنت تمام داده‌ها ابتدایی به نظر می‌رسند و کاربردشان تغییر یافته است. آفریدگار استفاده از آن را به انسان واگذار کرده و آن را به صورت قدرت ذکر نکرده است (تشریح به پروردگار منتهی می‌شود). تمام آنچه به این شکل با هوش آدمی یا فقیه به وجود می‌آید، چیزی نیست جز انجام آنچه پروردگار تصمیم به انجامش گرفته است.

می‌توان این نظریه را چنین بیان کرد: «مجتهدان فقه و حقوق را پدید نیاورده‌اند، زیرا فقه و حقوق نتیجه ارتباط میان بشر در گروه‌های اجتماعی هستند، اما آنان با کشف ریشه‌ها و مبانی و مشاهده و تقریر و تحلیل دلایل نامحسوس و زوایای پنهان این مسائل و امور، پدیدآورنده دانش فقه اسلام به شمار می‌روند. آنان با توجیه و استدلال بر تصمیمات و بیان گرایش خود، اهداف و مقصود خویش را ارائه می‌کنند».

مجتهدان با دنبال کردن یک سیاست فقهی - حقوقی که انگیزه‌های اساسی آن دور از نظر مانده، ابتدا با مواد خام، یعنی آیات و احادیث، یک خانه قابل سکونت ساخته و به عبارتی، نهادهای جدیدی را ثبت و فهرست بندی کرده‌اند؛ تلاشی ضروری و غالباً دشوار که نادیده گرفتن واقعی آن ناسپاسی واقعی خواهد بود.

در قرن یازدهم و دوازدهم و پس از تلاش‌های مؤسسان مکتب‌های فقهی، نظام فقهی اسلام باید با وقایع حقوقی مواجه و توأم می‌شد. این همان دوره‌ای بود که رهبران این مکاتب با بهره‌گیری از استدلال انسانی و با استفاده از شیوه اجتهاد (قیاس، مصالح مرسله، استحسان، استنباط عقلی، قاعده ضرورت و مانند آن)، رژیم واجبات و حقوق اموال را بررسی کردند.

میلیوت می نویسد که صلاحیت فقها در فاصله زمانی قرن نهم تا چهاردهم محدودیت بیشتری می یابد که چندان در نظر نویسندگان غربی منظور نشده است. بی وفایی به فقیهان سابق بیشتر است و فقیه اعلا لزوماً اندیشمند بزرگ تر نیست، بلکه صرفاً کسی است که آشنایی اش با آرای پیشینیان بیشتر است. حنبلی سازش ناپذیر، اعتبار اجماع را انکار کرد و مدعی شد که به قرآن و سنت بازمی گردد و فراموش می کند که فقه و حقوق فرایندی برگشت ناپذیر را دنبال می کنند.

در اینجا میلیوت اشاره غیر صریح و مجملی به مکتب فقهی عقل گرا در مکتب جعفری می کند، اما از زوایای آن تعریف و تبیینی ارائه نمی دهد. این را بیشتر باید ناشی از توجه او به فقه مالکی و جغرافیای حضور فقیهان آن دانست. شاید اگر مانند دیگر مستشرقان منطقه عثمانی و ایران در آثار این بلاد تبعی داشت، می توانست به تغییر و تحول فقه شیعه عصر شیخ طوسی به بعد اشاره ای داشته باشد.

به بیان میلیوت، این همان آرزوی سپرده شده به صدر الشریعه حنفی (متولد ۷۴۷ ق) در قرن چهاردهم بود که می تواند بنیان گذار مکتب پنجمی به شمار رود. او نیاز به اصلاح در این نظام فقهی را اعلام کرد. اما اسلام از قرن یازدهم متحول و دگرگون شده و در هرج و مرج حمله مغولان، معنای اموال عمومی، تعلق خاطر به امر عمومی و همبستگی از بین رفته است. شریعت باقی ماند، ولی تکنیک فقهی بی استفاده شد. ساختار اسلامی یک شکل خاص از فهم و بیان است در جایی که حریم مرزبندی بین واقعیت و خیال به وضوح مشخص نشده بود. فقه و حقوق به طور قطع منجمد نشد؛ اکثر فقها می توانند یک نظریه حاکم تعیین کنند، مفهومی که از آن با عنوان شهرت یا مشهور یاد می شود.

اما این راه حل (شهرت) نمی تواند اعتبار شرعی و فقهی که یک فقیه جامع تدوین کرده را داشته باشد. این امر با اجماع ممنوعیت یافته است؛ مانند هر راه حل جدیدی که به شکل امر

غیر جزمی اعتباری غیر قطعی دارد. در شرح و بسط این بخش گویا میلیوت به منظر فقه امامیه نیز توجه داشته است.

فقه قضات در برخی کشورها اعمال حقوقی جدید را محدود، آنان را از تداوم آن مطمئن و تأثیری دائم را بیان می‌کند؛ بنابراین باید دانست که تنها در پرتو عرف و حواشی شرعی می‌توان تحول فقه و حقوق را دنبال کرد.

اصلاح حقوقی در اسلام از قرن شانزدهم آغاز شد. جریان فقهی و حقوقی در عصر خلفای ترک شکل یافت و به حکم حاکم (حکم حکومتی) تبدیل شد. تاریخ اسلام دوباره آغاز شد؛ به این معنا که هنوز سرمایه مشترک عقاید و عادات، که قبلاً پیامبر اسلام (ص) در قرن نخست هجری تشریح کرده بود و بنیان‌گذاران مکاتب تقریر و سازماندهی کرده بودند، در قرن هجدهم مورد استفاده قرار گرفت. عرف سابق تأیید و عرف جدید محکوم شد. چنان‌که در مجلات ترکی دیده می‌شد، در ابتدا نگارش عرف وجود داشت تا قانون‌نویسی و کدگذاری؛ نظام فقهی جدید ادعای جایگزین شدن با شریعت نداشت، بلکه تنها قصد اصلاح و تکمیل آن در موارد خاص را داشت و سرمایه قانون اسلامی همواره مورد احترام ماند.

با وجود این، قانون چیز دیگری غیر از راه‌حل‌های دقیق است و از احکام سابق دور می‌شود. آنها اصول جدیدی را در قوانین مسلمانان وارد می‌کنند که حوزه‌های قضایی جدید، اثر کامل آنها را به قانون می‌دهد. این فقط تغییر مسیر راهنمایی و هدایت نیست، بلکه بر هم زدن تعادل در نظام سنتی اسلام است. گسترش قانون‌گذاری که وضعیت قانونی کشورهای اسلامی را پیچیده خواهد کرد، باید دقیقاً مورد تأمل و تتبع قرار گیرد. در این مرحله نیاز به ساده‌سازی است. این پدیده جدیدی است که بعدها بررسی خواهد شد. ابتدا باید اندیشه حقوقی اسلام را تعریف، تلفیق و مشخص کنیم.

## اندیشه حقوقی اسلام

میلیوت اظهار می‌کند: اندیشه حقوقی اسلام از همان هسته عقلانی که ما در نظام حقوقی خویش به کار بردیم، شکل گرفته است. با شروع از همان قله و پایین آمدن بر روی همان شیب در یک مسیر پیشرفت متفاوت از آن جدا می‌شود تا در انتهای دره، در رودخانه بزرگ تجربه بشری، در ترکیبات اصلی به آن پیوندد. برای درک آن، ذهن غربی باید با عبور از آستانه جدا شدن آن از جریان اسلامی، خود را تا حدودی در فرهنگ لغات و روش خود با اسلام شناسایی کند، رشته مشترک استدلال مسلمانان را بشناسد و با حوصله دنبال کند تا راه خود را بیابد. به جای اینکه مستقیماً مفاهیمی که برای ما آشنا هستند را به اسلام منتقل کنیم، باید به آن نفوذ کنیم، ترجمه کنیم و آن را به برنامه غرب منتقل کنیم. سپس می‌بینیم که مفاد قوانین موضوعه مسلمانان در یک سیستم حقوقی کامل، هماهنگ و ساخته شده، متناسب با سیستم اجتماعی که برای تنظیم آن ادعا می‌کند، نیازهای عمیق محیط مسلمان را بیان کرده است. اما برای آغاز این پژوهش لازم است سخن گفتن از شیوه را متوقف کنیم. قانون و حکم در اسلام با قرآن و سنت، که متون مقدس به شمار می‌روند، فراهم آمده است.

از این داده‌های کتاب مقدس، ابتکار تحقیقات انسانی به دنبال فرایندهای استدلال منطقی، مقابله‌ای، قدرتمند و به‌ویژه با قیاسی که نقطه اوج فنی بودن فقه اسلامی است، به دست می‌آید. اما شباهتی (در دل این استنباط همراه با قیاس) وجود دارد که در بردارنده درجات مختلف، روش مقایسه‌ای توأم با عدم قطعیت، مفهوم هنجار تشریحی و شخص فقیه است.

اکنون عناصر مختلفی می‌کشند مفهوم «ظنی» را تبیین و تصحیح کنند: توافق اجتماعی که اختصاص به عرف دارد، توافق متفق القول اکثریت علما که همان اجماع مشهور است و جایگزین متن مقدس شده و مورد موافقت فقها است و با تکرار قضایای فقهی تبیین شده

است. در نهایت، سلسله مراتب اعتبار فقهای دارای صلاحیت درباره وضع جداگانه قاعده اعتقادی دارای ارزش مفروض، برای تبدیل شدن به حکم قطعی و رسمی با اجماع با دقت بسیار لحاظ می‌شود. تمام ابداعات فقهی و حقوقی به‌طور واضح در مرحله توافق گروهی کم‌وبیش گسترده خلاصه می‌شود (Milliot, 1911: 169).

میلیوت معتقد است با توجه به مسائل ذکرشده، تحلیل نظام فقهی و حقوقی اسلام با شیوه مطالعاتی و استدلالی غربیان امری اشتباه خواهد بود. این همان خطای ابتدایی است که خطاهای دیگر محققان غربی، سلسله‌وار بر آن مبتنی شده است. از همه نگران‌کننده‌تر آن است که در فرمول‌های مناسب و پیچیده بیان می‌شوند، اما قابل بهره‌برداری نیستند؛ مانند مدال می‌درخشند، اما مانند نشانه‌های نادرستی هستند که باید از چرخه مطالعات خارج شوند (Milliot, 1922: 35).

میلیوت تأکید می‌کند که نباید به دنبال تصدیق‌های بدون تأملی مانند عدم تحرک و ثبوت فقه اسلامی و عجزین شدن آن با دین رفت که بر پایه آنها حقوقدانان اروپایی عمر خود را سپری کردند. وی در ادامه می‌گوید:

من به نوبه خود یک حقوق نسبی منعطف را می‌شناسم که بیش از اندازه زنده است و طرفین دعاوی آن را اجرا می‌کنند و برای او واقعیت حقوقی، امید انسانی در کنار امید دینی است. کلام و عقاید اسلامی برای آن بخش از فقه عبادی بیان شده که فهم و معرفت آن یک پایه فقهی و حقوقی است.

به بارو میلیوت، اگر در اینجا اختلاط و ترکیبی به نظر می‌رسد، همان اختلاط فقه و دین است، نه اینکه کاملاً متفاوت از فقه و دین باشد؛ اما این اختلاط جز در روح غربیان به نظر نمی‌رسد. مسلمانان به خوبی مقدس را از نامقدس می‌شناسند و از یکدیگر متمایز می‌کنند.

آسان است که برای مثال نشان داده شود که نماز یک منفعت زمینی (مادی) را بیان می‌کند و اینکه یک بیع صحیح می‌تواند برای طرفین معامله ثوابی برای جهان دیگر (آخرت) به همراه داشته باشد. وی در ادامه با اشاره به دو بُعد اعمال و رفتار آدمی مطابق فقه اسلامی یا همان ثنویت منافع، می‌گوید: آیا در ازدواج کاتولیک غریبان، قداستی که همسران برای خود (با شکل ثبتی) اجرا می‌کنند، قراردادی پر از ارزش‌های دنیوی نیست؟ برای توضیح این ثنویت (دوگانگی) منافع کافی است به نظریه دوسوگرایی توجه کرد. هر عملی از دو ارزش برخوردار است: روبه‌رو و معکوس (Milliot, 1930: 556).

میلیوت تأکید می‌کند که در دنیای اسلام جامعه‌ای ریافته که انحطاطی نیست و تمدنش در طول زمان جا به جا شده و با سرعت کمتری از تمدن غرب تحول یافته است. میلیوت معتقد است فقه اسلام می‌تواند نقش پل ارتباط علمی و قانون‌گذاری بین غرب و شرق را ایفا کند. فهم عناصر زمان و مقتضیات که در فقه اسلام جریان دارد می‌تواند به کمک حقوقدان غربی بیاید؛ بنابراین تمدن اسلام ذخیره جدید بشریت به شمار می‌رود که در تقاطع دو قاره قرار گرفته است. این تمدن فراخوانده شده تا در شرایط و مقتضیات نقشی مهم و ارزشمند میان غرب و شرق ایفا کند.

### نقاط ضعف و قوت نظام فقهی - حقوقی اسلام

میلیوت در پی بررسی‌هایش در نظام فقهی و حقوقی اسلام به نتایج جدیدی رسیده و البته با نقاط قوت و ضعف و نیز مناطق آسیب‌پذیر این نظام آشنا شده بود؛ به همین دلیل در آثار خود به آنها اشاره و پیشنهاداتی را به اندیشمندان مسلمان ارائه می‌کند. در ادامه این نوشتار، به برخی از این امور به دلیل اهمیتشان اشاره می‌شود (Milliot, 1918: 85).

### تأثیرپذیری از دیگر فرهنگ‌ها، آسیب‌ها و راهکارها

از قرن نوزدهم، تأثیر غرب کم‌وبیش در کشورهای اسلامی مانند دیگر کشورها آشکار شد و در ابتدا در عرصه‌های سیاست، فرهنگ، اقتصاد، سپس در نهادهای فقهی و حقوقی و نظام‌های قانون‌گذاری ظهور کرد (Milliot, 1954: 452). میلیوت در جایی اندیشه برخی مسلمانان که معتقدند فقه اسلام از دیگر ملت‌ها و تمدن‌ها بهره‌نگرفته و مستقل است را نقد می‌کند. از نظر او، عرف مشترک جوامع و عناصر فرهنگی و اجتماعی دوران قبل از اسلام، چه در شبه جزیره عربستان و چه در دیگر مناطق، در تشریح اسلامی مؤثر بوده است:

ما فقه را بر مدار توسعه فرهنگی، فاصله زمانی قرن دهم و شانزدهم در نظر گرفتیم. رساله‌های دفاع‌شده‌ای از دانشمندان مسلمان موجود است که به نظر آنها اسلام هرگز از نفوذ و تأثیر عوامل خارجی در گذشته و حال خود تبعیت نکرده و چیزی از امپراتوری اروپا نگرفته است. این همان جایگاه عقیده است. البته این نظریه یک عقیده مورد احترام، اما در عرصه حقیقت علمی ابتدایی غیرقابل دفاع است (Milliot, 1954: 452).

وی معتقد است که در گذشته به‌طور جدی امکان دفاع از این نظریه وجود نداشت که سیستم جدید اسلام توانسته بدون در نظر گرفتن عرف پیشین توسعه یابد و برعکس، از قرن هشتم تا قرن نهم میلادی، کار بزرگی در خصوص ادغام عناصر وارده از اروپا صورت پذیرفت که در ساختار نظم ارتدوکس اسلام قرن دهم جای گرفت (Charles, 1965: 88).

وی در ادامه پیشنهاد می‌کند که دانشمندان مسلمان اگر به کمال نخستین این دین باور دارند، تحول اسلام را جز در پرتو تلاش‌هایی برای بازیابی کمال اولیه صدر اسلام طراحی نکنند؛ چراکه در غیر این صورت، برای آنان هیچ پیشرفتی ممکن نخواهد شد. میلیوت می‌افزاید که البته در آن دوره که اسلام مسیر خود را تغییر داد، یک نوع قدرت‌گریز از مرکز وجود داشت که فعالیت خود را به شکل عرف، فقه و حکم حاکم اجرامی کرد؛ بنابراین مقاومت دانشمندی که فقط قاعده



وقوع اعدا می بیند و از هویت انسان غفلت می کند، بی فایده است. ظهور امور تازه، مانند وضعیتی که در پایان دوره خلافت اتفاق افتاد، شاهی است بر تلاش گسترده ای که علیه امور قدیم (سنت سابق) هدایت می شود. این تغییر عمیق در اندیشه های بنیادین، انقلاب است به معنایی که پتر آلکسیویچ کروپوتکین<sup>۱</sup> (۱۹۲۱-۱۸۴۲)، جغرافیدان انقلابی و نویسنده و فیلسوف آنارشیت روس، در اصطلاحش به کار برده است. این چنین است که تکنیک های جدید و فرهنگ های اروپایی در برابر فقهای مسلمان همان مشکلاتی را قرار می دهند که در قرن نهم و هجدهم مشاهده می شد.

### جریان مستمر روح اسلام

میلیوت با تأکید بر ضرورت جریان مستمر روح اسلام می گوید:

باید به سمت فقه برویم. این وظیفه فقه است که صراحتاً به دنبال راه حلی برای مشکلات برود. آخرین کلام منازعات در خصوص استقبال از نهادهای غربی در اینجا احتمالاً اسلامی شدن دوباره آنها خواهد بود. آیات قرآن نازل شده از گفتار الهی، احادیث و خطاب های فقهی مملو از ارزش های تقلیدی، نقاط قوت حقوق اسلام هستند (Milliot, 1954: 451).

مهم ترین توصیه میلیوت به شاگردانش، قرآن شناسی است. وی معتقد است که فهم قرآن تنها از طریق فهم فرهنگ و ادبیات اسلام ممکن می شود. نمی توان قرآن را از لابه لای کلمات صرف و معانی لغوی و معادل سازی ادبی شناخت:

شناخت متن مقدس (قرآن) همواره برای ما یک ضرورت است. این شناخت حتی بیش از فقیهان و ادیبان، برای انسان ضرورت دارد. اما باید چگونه خواندن (فهم عمیق قرآن) را دانست و اتکا به ادبیات غربی و ترجمه لغوی کلمات قرآن با معادل های غربی کافی نیست؛ زیرا کلمات مانند بطری، فنجان و فلاسک، با روغن های اساسی

1. Pierre (Piotr) Alexeïevitch Kropotkine

به دست آمده از کیمیاگری سزای روح به شمار می‌روند و دارای تأویل و باطن هستند. در ادبیات قرآنی، معنای لغوی تنها مورد نظر نیست و تعبیر قرآنی مفاهیمی غیر از معانی ظاهری را در خود دارند. به همین علت، کلمات غربی عاجز از بیان آنها است. ژان ژاک روسو (۱۷۱۲-۱۷۷۸) معتقد بود که اکثر افعال شایسته آن‌اند که به آنها اعتماد کنیم و اینکه اراده عمومی نمی‌تواند خطا کند (Milliot, 1954: 451).

### اصل عدالت در فقه اسلام

از نظر میلیوت، در فقه اسلام، چه در مقام کلام و عقیده و چه در مقام تشریح و قانون‌گذاری، عدالت مقدم بر هر اصل و اساسی است. قضاوت باید مبتنی بر عدالت باشد. قضا و اجرای قاعده فقهی نیز باید مبتنی بر عدالت باشد. در تأسیس قواعد نیز عدالت در نظر گرفته می‌شود. به نظر او، حتی اجماع هم فرع بر عدالت است:

به نظر می‌رسد تعریف اجماع بر اساس فقه اسلامی پس از تعریف «عدالت» باشد. اسلام با سختی و صبر، دو ابزار دشوار فوق‌العاده در اختیار دارد که راز آن مانند اهمیت فولاد در قرون وسطا است.

در بحث عدالت می‌توان گفت که میلیوت تحت تأثیر اندیشه امامیه، این نکته را پروراند است؛ چراکه پیش از او، این سبک مطالعات تطبیقی مستشرقان در عرصه فقه و نظام حقوقی اسلام و تمایز دو مکتب اهل سنت و شیعه ظهور یافته بود (Botiveau, 1993: 254).

### تأکید اسلام بر علم‌آموزی

در نگاه میلیوت، اسلام تأکید حیرت‌انگیزی بر علم‌آموزی دارد؛ امری که در فرهنگ سنتی غرب همگانی نبوده است. در نظر او، اسلام علم را مقدم بر جغرافیا، نژاد و دین می‌داند. وی

در این باره به این روایت از امام علی (ع) اشاره می‌کند که: «علم گمشده مسلمان است؛ آن را پس بگیرید، حتی اگر نزد کافران (یا اهل نفاق) باشد» (نهج البلاغه، حکمت ۸۰؛ مجلسی، ۱۴۰۳: ۹۹/۲) و می‌افزاید: درک این مسئله برای اروپا دشوار است و جز با تتبع دقیق ممکن نمی‌شود؛ چنانکه شاعر گفته است: «این موارد سخت است برای فهم آن باید تحقیق کرد» (Milliot, 1954: 454).

در اینجا وی در میان انبوه روایات تحریض بر علم و تعلم صحاح و مسانید، با تکیه و ذکر روایتی از علی (ع)، به نوعی از اهمیت ایشان در متون مقدس اسلامی پرده برمی‌دارد.

## نتیجه

لویی میلیوت اسلام را تمدن و فرهنگ جامعی می‌داند که شناخت صحیح آن در گرو درک مبانی فقهی این دین است؛ مسئله‌ای که به نظر او تا آن دوران که مشغول کار علمی بوده، اندیشمندان و مستشرقان غربی از آن غفلت کرده‌اند. او با مطالعه در نظام فقهی اسلام، دریافته است که فقه و پویایی آن در طول زمان حفظ شده و به عبارتی، اسلام و تشریح درهم‌تنیده و اسلام بدون شارع مانند بدن بدون روح یا روح سرگردان در جست‌وجوی کالبد است. این جریان حیات به این دلیل است که در این دین راه اجتهاد مسدود نشده است. میلیوت با تحقیق در نظام فقهی اسلام رایج در مراکش و طبعاً مکتب مالکی، به فهرستی از منابع تشریح در اسلام رسیده که آن را شامل قرآن، سنت یا مجموعه‌های روایی، اجماع، قیاس و مواردی همچون استحسان و مصالح مرسله می‌داند. او قرآن و سنت را در مقام عرف و قانون سنتی، منابع کامل، شامل و اصلی فقه و حقوق در اسلام یافته و تمسک و توسل به این

دورا در طول تاریخ این دین، حاضر و موجود می‌داند. وی تأکید دارد با توجه به اینکه این دو منبع در زمانه و دوره‌ای خاص شکل گرفته‌اند و مفسران اصلی آنها، یعنی پیامبر اسلام (ص) و صحابه نزدیک به عصر او و تابعین، دیگر حضور ندارند، دین اسلام در کنار قرآن و سنت، دو ابزار فوق‌العاده عقلی، یعنی قیاس و اجماع، را در اختیار انسان قرار داده است.

از طرف دیگر، آیات و احادیث عموماً به شکل خبری نگارش یافته‌اند و از این رو کمتر ارزش قانونی ظاهری و رسمی دارند. بنابراین فقیهانی در طول تاریخ حضور داشته‌اند که با تمسک به ابزار عقلی این دین، با یک کار دقیق و نظام‌مند، اقدام به تفسیر متن قرآن و احادیث کرده و آن را مطابق با زمان و نیازها و ضرورت‌های آن، به ماده‌ای برای شکلدهی قانون تبدیل کرده‌اند. این همان نظام فقهاتی جاری و پویا در میان مسلمانان است که می‌توان آن را وجه تمایز نظام فقهاتی اسلام و سیستم قانون‌گذاری کلیسایی و اروپایی دانست؛ زیرا این نظام از ظرافت خاصی در عرصه قاعده‌سازی و انطباق این قواعد با عرف و شرایط اجتماعی در هر زمان و هر مکان برخوردار است. در این نظام، فقیه می‌تواند با کمک ابزارهای کاربردی عقل، یعنی قیاس و اجماع، در عین رعایت اصول سنتی و متقدم که به صورت مستقیم از قرآن و سنت گرفته شده‌اند، عناصر و قوانین و احکام جدیدی را کشف کند (Milliot, ۱۹۱۰: ۵۷۸).

به نظر میلیوت، در طول تاریخ، قیاس به عنوان یکی از ابزارهای فقهات، قواعد اسلام را دارای نوعی انعطاف‌پذیری نسبی کرده و سیستم قانون‌گذاری مسلمانان توانسته به مدد آن، جریان زندگی، حقایق تجربه و واقعیت‌های تاریخی را در نظر بگیرد و مطابق با آن، قانون وضع کند. اجماع، دیگر ابزار فقهات، نیز از دل قرآن و سنت برآمده و در یک فرایند جمعی فقها شکل می‌گیرد تا به سبک خاصی، ساختار فکری ناشی از اجتهاد فردی را پیش‌بینی کند. به همین دلیل، لویی میلیوت معتقد است که تحلیل نظام فقهی و حقوقی اسلام که با اصلاح و

ساماندهی عرف متقدم و تأسیس قواعد انعطاف پذیر جدید همراه است، با شیوه مطالعاتی و استدلالی رایج در اروپا اشتباه است.

میلیوت تأثیرپذیری بی چون و چرا از مکتب های غربی را از آفت های نظام پویای فقاقت می داند و معتقد است برای مصون ماندن از این آسیب، عالمان دینی باید برای بازیابی کمال اولیه صدر اسلام تلاش کنند. او تأکید اسلام بر علم آموزی و اصالت داشتن عدالت در تمام آموزه های این دین را از ویژگی های نظام فقاقتی اسلام می داند و رفت و آمد و کندوکاو در آموزه های فقه را موجب استمرار روح اسلام می خواند؛ چراکه این دین مدعی برنامه ریزی برای تمام انسان ها در تمام اعصار است و این وظیفه فقه است که راه حل مسائل و مشکلات اعصار مختلف را بیابد.

با تمام این تفصیل به نظر می رسد که میلیوت به درک و شناختی نزدیک به واقع درباره ماهیت و خصایص فقه و نظام فقاقت در جامعه اسلامی رسیده، ولی ناآگاهی یا مراجعه نکردن او به آموزه های تشیع که اصلی ترین مدعی پویایی فقه در جهان اسلام است، موجب نقصان و وجود اشکالاتی در اثبات فرضیات او شده است؛ چراکه در نظر شیعیان، امامان معصوم (ع) عامل تشریح پس از پیامبر اسلام (ص) شناخته می شوند، پس منابع تشریح در نظر این مذهب بسیار گسترده تر و دارای عمری طولانی تر است. از طرف دیگر، در جامعه شیعه نظام اجتهاد و دریافت های فقهی منحصر به رؤسای مذاهب، چنانکه در مذاهب چهارگانه اهل سنت است، نیست و هر مجتهدی در هر عصری می تواند دریافت هایی متفاوت با پیشینیان خود، از منابع تشریح داشته باشد.

## کتاب نامه

- قرآن
- نهج البلاغه
- حر عاملی، محمد بن حسن (بی تا)، وسائل الشیعه، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- مجلسی، محمد باقر (۱۴۰۳ق)، بحار الأنوار، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- مسلم بن حجاج (۱۴۱۹ق)، صحیح مسلم، بیروت: دار ابن حزم.
- Botiveau, B (1993), LOI ISLAMIQUE ET DROIT DANS LES SOCIÉTÉS ARABES, Institut de recherches et d'études sur les mondes arabes et musulmans, Karthala, Aix-en-Provence.
- Charles, Raymond (1965), Le Droit musulman, éd. Presses universitaires de France.
- Charnay, Jean-Paul (2008), Esprit du droit musulman, éd. Dalloz. collection L'Esprit du droit.
- Corbin, Henry (1962), "Louis Massignon (1883-1962)", Annales de l'École pratique des hautes études Année, vol 71, pp. 30-39.
- De Waël, Henri (1989), Le droit musulman: nature et évolution. éd. C.H.E.A.M.
- Bleuchot, Hervé (2000), Droit musulman, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- Esmein, Paul (1963), "Le professeur Louis Milliot", in Revue internationale de droit comparé. n° 1.
- Gleave, Robert (2012), "La charia dans l'histoire: ijihad", Épistémologie ET "tradition classique", La charia aujourd'hui, pp. 23 à 34.
- Milliot, Louis (1910), Étude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb, Paris, J. Rousset.
- Milliot, Louis (1911), L'association agricole chez les musulmans du Maghreb, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence.
- Milliot, Louis (1918), Démembrements du habous, Paris, E. Leroux.
- Milliot, Louis (1922), Les terres collectives (Blâd Djem'â): étude de législation marocaine, Paris, Leroux.
- Milliot, Louis (1930), L'œuvre législative de la France en Algérie (en collab. avec Marcel Morand, Frédéric Godin, Maurice Gaffiot), Paris, libr, Félix Alcan.
- Milliot, Louis (1953), Introduction à l'étude du droit musulman, Paris, Sirey.
- Query, Amédée (2011), "Droit musulman" (Préface Julien Pélissier), Albouraq, pp. 7-62.