

جامعه‌شناسی حقوق

ماکس وبر

ترجمه یدالله موقن *

قانون اسلامی (تسنن):

در اسلام، لااقل در حرف، هیچ قلمروی از زندگی نیست که قانون سکولار (secular law) بتواند در آن مستقل از موازین مقدس احکام شرعی شکل بگیرد. در واقع، حقوق هلنی و رومی به‌طور گسترده ای به قوانین اسلامی راه یافتند و پذیرفته شدند. اما رسماً ادعا می‌شود که تمامی مجموعه حقوق خصوصی یا تفسیری از قرآن اند و یا از طریق قوانین عرفی تدوین شده‌اند. پس از سقوط خلافت امویان و استقرار حکومت عباسیان اصول نظریه شاه – موبد (Caesaro- papist) آیین زردشتی دوره ساسانیان به نام بازگشت به سنت مقدس به اسلام انتقال یافت. منزلت قانون مقدس در اسلام مثال بارزی است از اینکه قانون مقدس [= شرع] به چه شیوه ای در درون دین مرسله که کتاب آسمانی دارد عمل می‌کند. در خود قرآن قواعدی (البته نه چندان زیاد) از قوانین تشریحی وجود دارند (مانند الغای منع ازدواج مرد با زن پسرخوانده اش، آزادیی که [حضرت] محمد خود را از آن برخوردار کرد). اما منشأ مجموعه دستورات عملی‌های حقوقی متفاوت است. یکی از آنها «حدیث» نام دارد که فرازهایی از اعمال و اقوال پیامبران که اصالت هر یک از آنها متکی به سلسله روایان شناخته شده است و نهایتاً به نقل شفاهی معاصران پیامبر منتهی می‌شود. (زنجیره اسناد حدیث بویژه باید به صحابه راستین [حضرت] محمد ختم شود). همه دستورات عملی‌ها، به سبب همین سلسله روایان حدیث، به طور شفاهی انتقال یافته یا ادعا می‌شود که به‌طور شفاهی منتقل شده‌اند. این دستورات عملی‌ها سنت را تشکیل می‌دهند که این سنت، تفسیری از خود قرآن نیست بلکه در کنار قرآن قرار می‌گیرد. قدیمی‌ترین بخش‌های این سنت عمدتاً از دوره پیش از اسلام و به ویژه از قوانین عرفی مدینه استخراج شده‌اند و جمع‌آوری و تدوین آنها رادر قالب سنت به مالک بن انس نسبت می‌دهند. اما نه قرآن و نه سنت هیچ یک به خودی خود منبع قوانینی نیست که قاضیان به کار می‌بندند. منبع مورد استناد قاضیان عمدتاً فقه است که این فقه نتیجه تلاش‌های نظری مکاتب حقوقی است و مجموعه احادیثی است که یا طبق مُسند (مؤلف) یا طبق موضوع (مصنف) مرتب شده‌اند. کارشش تن از این

مؤلفان پیکره احکام شرعی سنتی را تشکیل می‌دهد. فقه شامل احکام اخلاقی و نیز دستورالعمل‌های حقوقی است و با تدوین قانون، بخش عمده آن کهنه و منسوخ شده است. تدوین قوانین اسلامی بر پایه این اعتقاد صورت گرفت که رسماً نیروی کارزمایی یعنی نیروی پیامبری قضایی (juridical prophetic power) در تفسیر قرآن [= اجتهاد] پس از قرن هفتم یا هشتم هجری (که مطابق است با قرن سیزدهم یا چهاردهم میلادی) از میان رفته است. این اعتقاد با اعتقاد کلیسای مسیحی و یهودیت که مبتنی بر اختتام عصر پیامبری است مشابیه است. پیامبران قانون (the prophets of the law) [= مجتهدان] عصر کارزمایی هنوز هم به مثابه آلت وحی قضایی (agents of juridical revelation) شناخته می‌شوند. اما فقط مؤسسين چهار مکتب حقوقی (یا مذهب) [= ائمه‌ی چهارگانه اهل سنت]، بر حق (orthodox) شناخته شدند و رسمیت کامل به دست آوردند. پس از اختتام عصر اجتهاد فقط مقلدان باقی ماندند و قانون شکل کاملاً ثابت و تغییرناپذیری یافت. اختلاف میان مذاهب چهارگانه فقهی در وهله نخست بر سر اجزای تشکیل‌دهنده سنت و نیز روش‌های تفسیر بود و همین که قانون، شکل ثابتی یافت این اختلاف‌ها بیش از پیش شکل متحجرانه‌ای پیدا کردند. فقط مذهب حنبلی که پیروان اندکی داشت هرگونه بدعتی را مردود می‌شمرد یعنی هر قانون جدید، هر حدیث جدید و هرگونه طرحی را برای تفسیر عقلی [قرآن و احادیث] رد می‌کرد. از این رو - و نیز به علت اصل تشریحی *Cogere intrare* (1) - مذهب حنبلی از دیگر مذاهب [اهل سنت]، که در اصل نسبت به یکدیگر مدارا نشان می‌دادند، جدا شد. اختلاف این مذاهب به نقش علم حقوق در پیدایش قانون جدید مربوط است. مذهب مالکی برای زمانی دراز در آفریقا و عربستان غلبه داشته است و چون در مدینه که قدیمی‌ترین مرکز اسلام است ظهور کرد، همچنان که انتظار می‌رود، برای تلفیق قوانین پیش - اسلامی مدینه با قوانین اسلامی مانعی در برابر خود نمی‌دید. اما مذهب مالکی بیش از مذهب حنفی پایبند سنت است. مذهب حنفی در عراق ظهور کرد و به همین سبب عمیقاً متأثر از حقوق بیزانسی است. نقش مذهب حنفی به ویژه در دربار خلفای عباسی حائز اهمیت بوده و هنوز هم مذهب رسمی ترکیه و مذهب غالب در مصر است. به نظر می‌آید مذهب حنفی که با افکار دربار خلیفه از نزدیک تماس داشته است، کار عمده‌اش در علم حقوق توسعه فنون تجربی حقوقدانان اسلامی باشد که از طریق به کارگیری قیاس حاصل می‌شود. اصحاب ابوحنیفه را اصحاب رأی نیز می‌گویند؛ زیرا اعتقاد دارند که در کنار تفسیری از قرآن که مورد قبول قرار گرفته است حقوقدان به خاطر تعلیماتی که دیده است می‌تواند رأی خود را منشأ مستقلی برای [ابداع] قانون بداند (2). مذهب شافعی که در بغداد ظهور کرد و در عربستان جنوبی و مصر و اندونزی شیوع یافت نه فقط با این خصوصیت مذهب حنفی مخالف است، یعنی مخالف نقشی است که مذهب حنفی برای رأی مجتهد قائل است، بلکه مخالف اخذ قوانین خارجی نیز هست. مذهب شافعی همچنین مخالف روش انعطاف پذیر مذهب مالکی نسبت به سنت است، از این نظر مذهب شافعی به سنت وفادارتر است؛ اما به خاطر پذیرفتن تعداد زیادی از

احادیث ضعیف، خود به نتایجی مشابه مذهب مالکی رسیده است. نزاع میان اصحاب حدیث، یعنی سنت پرستان محافظه کار، و اصحاب فقه، یعنی حقوقدانان خردگرا، در سراسر تاریخ قانون اسلامی ادامه داشته است.

قانون مقدس اسلام سراسر «قانون قاضیان» [= فقه] است. اعتبار آن بر اجماع عام متکی است که در عمل عبارت است از موافقت پیامبران قانون یا حقوقدانان بزرگ [= فقها] با یکدیگر. به غیر از معصومیت پیامبر، فقط مجموعه اجماع رسماً معصوم [یا لغزش ناپذیر] شناخته می‌شوند. قرآن و سنت صرفاً منابع تاریخی اجماع به شمار می‌آیند. اما [در امور قضایی]، قاضیان نه به قرآن و سنت بلکه به مجموعه اجماع رجوع می‌کنند و اجازه ندارند که مستقلاً متون مقدس یا سنن را تفسیر کنند. حقوقدانان اسلامی در وضعی مشابه حقوقدانان رومی قرار داشته‌اند و به ویژه سازمان مدارس آنان یادآور سازمان حقوقدانان رومی است. فعالیت‌های قضات اسلامی، هم مشاوره در امور قضایی را شامل می‌شود و هم تعلیم به طلاب. چون فقها، هم با احتیاجات عملی مراجعان [و اصحاب دعوا] آشنا می‌شده‌اند و هم با نیازهای عملی تدریس، از این رو طبقه بندی منظم [مسائل] را ضروری یافته‌اند. اما از زمانی که دوره اجتهاد به سر رسیده، حقوقدانان موظف بوده‌اند که از روش‌های تفسیری ثابت و تغییرناپذیر که ائمه مذاهب [چهارگانه اهل سنت] برقرار ساخته‌اند، و نیز از شروحاتی که مرجع شناخته شده‌اند پیروی کنند؛ و این دو، هرگونه آزادی در تفسیر را از آنان سلب می‌کند. در دانشگاه‌های رسمی مانند دانشگاه الازهر قاهره که در مدارس آن نمایندگان هر چهار مذهب [اهل سنت] حضور دارند، تحصیل به از برکردن طوطی‌وار عقاید ثابت و تغییرناپذیر محدود می‌شود. بعضی از خصوصیات اساسی تشکیلات اسلامی – مانند فقدان شوراهای کلیسایی [و نیز نبودن مرجعیت معصوم] یا خطاناپذیر [مانند آنچه کاتولیک‌ها] برای مقام پاپ قایل‌اند – سبب شده است که قانون مقدس اسلام در جهتی پیش برود که به متحجر شدن «قانون فقها» بینجامد. اما در عمل، کاربرد مستقیم قانون مقدس [= شرع] فقط به بعضی از نهادهای اساسی محدود می‌شد که در حوزه‌ی قانون ماهوی قرار داشتند و این قانون از قانون شرعی قرون وسطای [مسیحی] کمی جامع‌تر بود. اما ادعای سنت مقدس مبنی بر جهان‌شمول بودن منجر به این شد که یا با گرفتن فتوا از بدعت‌های اجتناب‌ناپذیر حمایت شود – که تقریباً در هر مورد خاصی می‌توان آن را به دست آورد، گاهی اوقات از روی حُسن نیت و بعضی مواقع نیز با نیرنگ و حيله، و یا آن‌که برای مشروعیت بخشیدن به بدعت‌ها از مجادله چهار مذهب رقیب اهل سنت بر سر یافتن راه حلی برای مسائل در قالب شرع سود جست. نتیجه این عوامل به اضافه نارسایی عقلانیت‌صوری اندیشه حقوقی منجر به این شد که وضع قوانین به شیوه‌ای منظم که هدف آن یکدستی و سازگاری [دستورالعمل‌های] حقوقی باشد، در اسلام غیرممکن شود. قانون مقدس را نه می‌شد به رسمیت شناخت و نه می‌شد به رغم جرح و تعدیل‌های بسیاری که در آن صورت گرفته بود، به مرحله اجرا گذاشت. در اسلام مانند نظام [قضایی] روم، قاضیان یا اصحاب دعوا، اگر وضع ایجاب می‌کرد، می‌توانستند از مفتی‌ها که در رأس آنان شیخ‌الاسلام قرار

داشت، بخواهند که حکم کنند و آنها نیز رسماً اجازهٔ چنین کاری را داشتند. احکام صادره از سوی آنان لازم-الاطاع بود. اما حکم هر مفتی با حکم مفتی دیگر فرق می‌کرد؛ و مانند مطالبی که غیبگویان بدون ارائهٔ دلیل و برهان بر زبان جاری می‌کنند، مفتیان نیز برای احکام صادره خود هیچ‌گونه دلیل عقلی اقامه نمی‌کردند. بدین ترتیب، آنان به جای آن که قانون مقدس را اندکی عقلانی تر کنند، غیرعقلانی بودن آنرا واقعاً تشدید می‌کردند.

قانون مقدس اسلام به منزلهٔ قانونِ یک گروه دارای مقام و منزلت [= امت اسلامی] فقط در مورد مسلمانان به کار می‌رود نه غیر مسلمانانِ مطیعِ مسلمانان. به همین علت، قوانینِ خاص به حیات خود ادامه داده‌اند. قوانینِ خاص، نه فقط قوانینِ اقلیت‌هایی است که وجودشان تحمل شده است [مانند اهل کتاب]، که این امتیاز-هم جنبه‌هایی مثبت دارد و هم جنبه‌هایی منفی- بلکه این قوانینِ خاص شامل قوانینِ محلی و شغلی نیز می‌شوند. گرچه ادعا می‌شود که این قاعده کلی دارای اعتبار مطلق است که «قانونِ خاص بر قانونِ عمومی غالب است»، اما هر جا و هر وقت که این قوانینِ خاص مغایر با موازین مقدس اسلام بودند کاربردشان مورد تردید قرار می‌گرفت. از این گذشته خود موازین مقدس شرع نیز همواره دستخوش تفسیرهای متعارض بودند. قوانین اسلامی در مورد تجارت از قواعدِ دوره متأخر باستان که متشکل از دستورالعمل‌های مختلف است تحول یافتند و مغرب زمین نیز تعداد نه چندان زیادی از آنها را مستقیماً اخذ کرد. اما در خود اسلام اعتبار این موازین [یا دستورالعمل‌های] تجاری از اجرای اصول محکم نظام قضایی عقلانی ناشی نمی‌شدند. ضامن [اجرای] موازین تجارت چیزی جز شرافت بازرگان و نفوذ و اعتبار او در بازار نبود. سنت‌های مقدس به جای آن که موجب پیشبرد این نهادهای خاص گرایانه شوند آنها را تهدید می‌کردند. وجود این نهادها و عرف‌ها برخلاف شرع بود.

چنین مانعی در راه یکدست و به سامان کردن قوانین، نتیجه طبیعی وضعی است که در آن اعتبار قانون مقدس یا سنت تحول‌ناپذیر جدی گرفته می‌شود؛ مانند وضعی که در چین و هند و کشورهای اسلامی وجود داشته است. در اسلام حتی حقوق شخصی فقط در مورد [پیروان چهار] مذهب بر حق به کار می‌رود؛ به همان شیوه‌ای که زمانی حقوق شخصی به منزلهٔ بخشی از قوانین عوام (folk laws) در امپراتوری کارلوون ژنی (Carlovingian) به کار بسته می‌شد. در اسلام کاملاً غیرممکن بوده است که قانون سرزمین (lex terrae) آفریده شود؛ مانند مقامی که قانون عرفی (Common law) از زمان کشورگشایی نورمن‌ها به دست آورده و از زمان سلطنت هانری دوم قانون رسمی شده است. در واقع، در عصر حاضر در همه امپراتوری‌های بزرگ اسلامی دو نظام قضایی دوشادوش یکدیگر وجود دارند، یکی شرعی و دیگری عرفی، هم حاکم شرع وجود دارد و هم دادستان؛ و احکام شرع در جوار قوانین عرفی قرار دارند. همچنان که مجموعه قوانین عرفی در سلسله پادشاهان کارلوون-ژنی شیوع یافت و غالب شد. قانون عرفی هم از زمان خلفای اموی شروع به گسترش کرد و هرچه قانون مقدس

[= شرع] متحجر تر می‌شد قانون عرفی نسبت به آن اهمیت بیشتری کسب می‌کرد. دادگاه‌های عرفی موظف بودند که قوانین عرفی را به کار ببندند. این دادگاه‌ها در همه امور حق قضاوت دارند مگر آنهایی که به قیومیت، ازدواج، ارث، طلاق و تا حدودی زمین‌های دایر و بعضی جنبه‌های دیگر قوانین ارضی مربوط می‌شوند. دادگاه‌های عرفی به هیچ وجه طبق منهیات قانون مقدس قضاوت نمی‌کنند بلکه طبق عرف محل حکم می‌کنند؛ زیرا، بر اثر مداخله مداوم موازین شرعی حتی از تدوین و تنظیم قوانین عرفی ممانعت به عمل آمده است. از این رو، تدوین قوانین ترکیه که در سال 1869 آغاز شد، تدوین قوانین به معنای واقعی نیست بلکه فقط گردآوری موازین فقه حنفی است. بعداً ملاحظه خواهیم کرد که چنین وضعی چه پیامدهای مهمی برای سازمان اقتصادی در برداشته است.

قوانین ایران (شیعه)

در ایران که مذهب شیعه، مذهب رسمی است غیرعقلانی بودن قانون مقدس بیشتر است چون تشیع حتی فاقد پایه‌های محکمی است که سنت [در چهار مذهب تسنن] ارائه می‌دهد. اعتقاد به امام غایب که در نظریه رسمی معصوم شناخته می‌شود جانشین ضعیفی برای سنت است. شاه که از دیدگاه مذهب شیعه فرمانروایی غاصب و جایر⁽³⁾ است، قضاوت را «تأیید» می‌کند و ناچار است که به توقعات متنفذین محلی توجه فوق‌العاده‌ای مبذول دارد. «تأیید» قضاوت از سوی شاه به معنای «نصب» آنان از طرف وی نیست بلکه بیشتر اعلام قبولی داوطلبان [مسند قضا] است که در مدارس دینی درس خوانده و فارغ‌التحصیل شده‌اند. حوزه‌های قضایی وجود دارند اما حدود اموری که قاضی صلاحیت قضاوت در مورد آنها را دارد مشخص نیست و به همین علت اصحاب دعوا می‌توانند از میان قاضیان که رقیب یکدیگر به شمار می‌آیند هرکس را که بخواهند برگزینند. بدین ترتیب خصلت کاریزمایی این پیامبران قضایی (Juridical Prophets) [= فقها] به‌وضوح آشکار می‌گردد. فرقه‌گرایی (sectarianism) شدید شیعه - که بر اثر میراثی که از تعصب زردشتی بدورسیده شدیدتر نیز شده است - هرگونه داد و ستدی را با غیرمسلمان، که او را نجس می‌داند، حرام می‌شمرد. اما این قرنطینه دینی که قانون مقدس می‌طلبد سرانجام از طریق «کلاه شرعی» تقریباً به طور کامل کنار گذاشته شده است و بدین ترتیب نفوذ قانون مقدس در قلمرو همه فعالیت‌هایی که به نوعی پیامد اقتصادی و سیاسی در بر دارند به طور فزاینده‌ای کم می‌شود. در قلمرو امور سیاسی عقب‌نشینی قانون مقدس بدین طریق صورت گرفته است که مراجع شیعه با صدور فتاوی و با استناد به آیاتی از قرآن، مشروطیت را توجیه کرده‌اند. اما به رغم این‌ها، حتی امروزه نیز نفوذ

تئوکراسی در حیات اقتصادی جامعه کم نیست. گرچه حیطة نفوذ تئوکراسی کاهش یافته است اما هنوز هم نفوذ عنصر تئوکراتیک به اضافه ویژگی‌های عجیب و غریب پاتریمونیال شرقی در فعالیت‌های اقتصادی حائز اهمیت بسیار است. در این جا نیز مانند جاهای دیگر این امر کمتر به محتوای تشریحی (positive) موازین قانون مقدس ارتباط می‌یابد تا به رویه‌های حاکم بر نظام قضایی شیعه که نظرش معطوف به ماده (material) دادرسی است نه به مقررات صوری (formal regulation) منافع متنازع. قاضی حتی در مواردی که موضوع دادرسی مربوط می‌شود به مایملک واقعی که جزو حق قضاوت او قرار دارد بر پایه عرفیات و رسوم محل (equity) رأی می‌دهد و حکم صادر می‌کند. وجود چنین ملاحظاتی [یعنی در نظر گرفتن عرف و رسم محل]، در جاهایی که قانون تدوین نشده، همیشه محتمل است. از این رو پیش‌بینی احکام صادره از سوی قاضی دادگاه ممکن نیست. تا زمانی که دادگاه‌های شرع در خصوص مسائل ارضی حق قضاوت داشته باشند بهره‌گیری سرمایه‌دارانه از زمین غیرممکن است؛ مانند وضعی که در تونس وجود دارد. گرچه منافع سرمایه دار برای از میان بردن این شیوه قضاوت موفق بوده است؛ اما کل این وضعیت نمونه نوعی شیوه ای است که در آن نظام قضایی تئوکراتیک در امور اختلال ایجاد می‌کند و باید ضرورتاً در عمل نظام اقتصادی عقلانی نیز اختلال ایجاد کند. فقط حدود دقیق این اختلال از محلی به محل دیگر فرق می‌کند.

پی‌نوشت‌ها:

* این مقاله بخشی از «جامعه‌شناسی حقوق» ماکس وبر است که آن نیز بخشی از کتاب *اقتصاد و جامعه* است. مشخصات متن آلمانی آن:

Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Fünfte Rividierte Auflage, 1975, S. 474-477.

و مشخصات ترجمه‌ی انگلیسی آن از این قرار است:

Max Weber, *Economy and Society*, University of California Press, 1978, pp. 818-823.

۱. یعنی اهل دین، حق دارند که بر ضد بی‌دینان و یا پیروان ادیان و مذاهب دیگر به زور متوسل شوند و آنان را به کیش خود درآورند. (م)

۲. حقوقدان، تحصیل وجهی از قیاس کرده و می‌تواند معنایی از احکام استنباط کند و آن را اساس قرار دهد و اگر لازم شد قیاس جلی را بر آحاد اخبار مقدم دارد. (م)

۳. جایر یعنی کسی که بدون رعایت قوانین شرعی شیعه قدرت را به دست گیرد و حکومت کند. (م)

برگرفته از ماهنامه ناقد (تهران، شماره 4، 1383)