

آیت‌الله عباسعلی عمید زنجانی*

مقدمه‌ای بر حقوق اسلامی تطبیقی^(۱)

«حقوق اسلامی تطبیقی» همچون معادل عربی آن «الفقه المقارن» گرچه در محافل علمی و دانشگاهی عنوان جدیدی تلقی می‌شود، ولی با توجه به تاریخ علوم اسلامی در حقیقت امتداد رشته علمی آشنایی به نام علم‌الخلافا محسوب می‌گردد که از بخشهای پرسابقه علوم اسلامی به طور عام و مباحث فقه اسلامی به طور خاص به شمار می‌آید و در گذشته در ایجاد جو آزاد علمی و گسترش و تعمیق فقه استدلالی و حقوق اسلامی تأثیر شایان توجهی داشته است.

بررسی و مقایسه منطقی آراء و اندیشه‌های مختلف در هر زمینه علمی، اجتماعی، تاریخی و دینی که باشد، نه تنها عامل تشدید اختلافات و منافعی با وحدت و تقارن ایده‌های بشری نیست، بلکه اصولاً خود زمینه‌ساز تفاهم و تقارب اندیشه‌های انسانها

* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

۱- لازم به ذکر است که منابع در پانویسهای این مقاله، برخی به عنوان مأخذ و مستند آورده شده‌اند و برخی صرفاً به منظور ارجاع در مواردی که مطلب نیاز به توضیح داشته، ذکر گردیده‌اند.

محسوب می‌گردد.

بسیاری هستند که با مشاهده آثار نامطلوب و پیامدهای مصیبت‌بار تاریخی که از اختلافات مذهبی^(۲) و تشتت آراء و جدال دینی ناشی شده است، از طرح هرگونه بحثی که به نوعی این اختلافات را دامن بزند، هراسناکند و حتی از بحث علمی و مستدل در زمینه نقد آراء و نظرات مخالف، هر چند مستند و منطقی باشد، گریزانند.

اگر به دیده انصاف بنگریم بخشی از اختلافات در زمینه مسائل دین و مذهب با احساسات تند و تعصبات کور و برخوردهای غیر منطقی همراه بوده است، ولی این شیوه ناپسند هرگز عمومیت نداشته و شامل هر بحث و همه کس نبوده است. روند تاریخ علم در جوامع اسلامی حاکی از دامنه گسترده‌ای از فضای باز و برخورد منطقی آراء و اندیشه‌ها می‌باشد.

علم‌الخلاف یکی از موارد برجسته فضای باز و برخوردهای منطقی و سازنده

۲- در بررسی اولیه ماهیت اختلافات مذاهب اسلامی چنین به نظر می‌رسد که بخشی از اختلافات در اصول (اعتقادی) و برخی دیگر در فروع (فقهی) بوده و این دو نوع، کاملاً از یکدیگر جدا می‌باشد؛ در حالیکه در تاریخ اختلافات مذهبی، همواره رابطه‌ای بین آن دو وجود داشته و در شرایط مختلف هر کدام به نوبه خود در دیگری اثر گذارده است و گاه با وجود اتفاق نظر در مسائل اعتقادی، مثلاً در میان فقهای اهل سنت در مسائل شریعت اختلاف نظر رخ داده است و نیز علی‌رغم اختلاف نظر در مسائل اعتقادی، اتفاق نظرهای قابل توجهی دیده شده است، مانند نظرات فقهی مشترک بین شیعه و اهل سنت.

از سوی دیگر، اختلاف در هر کدام از اصول و فروع در درون خود اختلافاتی را شامل می‌شود که دارای اصول (مبانی) و فروع (نتایج) خاص خود می‌باشد. در مورد بحث ما که از نوع فروع (شریعت) است، فقها در دلیل بودن هر کدام از قیاس، استحسان، مصالح مرسله، سد ذرایع، استصلاح، اصول عملیه و نیز در شرایط حجیت کتاب و سنت و دیگر ادله ذکر شده و استظهار از ادله و شرایط و حجیت دلالات و تعارض ادله و مرجحات آنها که اکثراً مربوط به اصول فقه می‌باشد، اختلاف نظر دارند و این همه اختلافات پیچیده را نمی‌توان با تحلیلهای تاریخی و احیاناً سیاسی یکنواخت و فرموله شده ارزیابی کرد. بی‌شک، یکی از عوامل عمده این اختلافات، تفاوت دید و نظر اجتهادی بوده که امری قهری در زندگی انسانها می‌باشد و از این رو تبدیل اختلاف به اتحاد هم ناگزیر باید با استفاده از همان عامل انجام گیرد.

صاحبان آراء مختلف در تاریخ اسلام بوده که برای جوامع اسلامی از نقطه نظر توسعه و ارتقاء علمی و رشد و تعمیق آگاهیهای اجتماعی همواره پربرکت و سازنده بوده است و مسلمانان را در طول تاریخ پر فراز و نشیب خود علی‌رغم عوامل تفرقه به تفاهم و تقارب نزدیک کرده است.

در یک دید کلی، همه محاسن و معایب مطالعات تطبیقی را در حقوق اسلامی تطبیقی می‌توان مشاهده کرد. از آنجا که در مطالعات تطبیقی، دامنه مباحث، وسیع‌تر و آزادی نظر، بیشتر است، همواره خطر دور ماندن از واقعیتها بر سر راه محقق وجود دارد^(۳) مگر آنکه در این گونه مطالعات، واقعیتها همچون دلایل نظری مورد توجه قرار گیرند. به عنوان مثال، ملحوظ کردن عواملی چون زمان، مکان، عقاید، مبانی نظری و شرایط محیطی، از ضروریات مطالعات تطبیقی به شمار می‌رود؛ بویژه اگر این مطالعات، هدفدار باشد و محقق بخواهد از این رهگذر به نتایجی در زمینه حق و باطل بودن آراء و یا بدست آوردن فرمولها، تکنیکها و راه‌حلهای مشترک، برسد که در این صورت، کار محقق خالی از مشکل نخواهد بود و دستیابی به این نتایج باید با دقت و وسعت نظر انجام گیرد.

اهمیت مطالعه تطبیقی در حقوق اسلامی

قرآن به طور کلی در همه مسائل که به اندیشیدن نیاز دارد، مطالعه تطبیقی را توصیه کرده و آن را زمینه راهیابی به هدایت الهی دانسته و رهروان این طریقه را به عنایت خاص الهی بشارت داده است.^(۴)

دقت در سخن تابناک و تاریخی امام علی (ع): کسی که به استقبال آراء و اندیشه‌ها بشتابد، به آسانی می‌تواند به نقطه ضعفهای افکار خویش و دیگران واقف گردد،^(۵) مبین

۳- حسن افشار، کلیات حقوق تطبیقی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ص ۱۲.

۴- فبشّر عبّادی الذین یستمعون القول فیتبعون احسنه (به کسانی که سخن را از هرکسی که باشد،

می‌شنوند و سپس بهترین را انتخاب می‌کنند، بشارت بده) سوره زمر آیه ۱۸.

۵- نهج البلاغه، بخش سوم، کلمات قصار، شماره ۱۱۶۵ (من استقبل وجه الراء عرف مواقع

الخطاء).

اهمیت مطالعات تطبیقی است.

برای روشن تر شدن جایگاه مطالعات تطبیقی در اندیشه اسلامی باید روی این سخن امام صادق (ع) نیز تأمل کرد که فرمود: آن کس که آگاه به زمانش است، هرگز در گرد باد حوادث دامن به گمراهی نیالاید.^(۶)

یکی از معانی آگاه بودن به زمان، اطلاع از اندیشه ها و آراء مشابه در مسائل علمی است و فقه و حقوق اسلامی از مهمترین مسائل زمان، و آراء و نظرات فقهی نیز از عمده ترین مباحث علمی است.

تردیدی نیست که از جمله عوامل مهم و مؤثر در ایجاد وحدت اسلامی که امروز برای یک میلیارد و دویست ملیون مسلمان در سراسر جهان آرمانی مقدس محسوب می گردد، تحقق تفاهم بین مذاهب اسلامی و صاحب نظران مذاهب مختلف است که دستیابی بدان جز از طریق مطالعات تطبیقی در آراء فقهی مذاهب اسلامی امکان پذیر نیست.

تجربه چند ساله دارالتقریب که به همت دانشمندان دلسوز شیعه و اهل سنت در مصر تأسیس گردید و همچنین واقعه تاریخی کم نظیر تغییر فتوا در دهه ۱۳۳۰ شمسی از طرف مفتی بزرگ مصر در مورد یک مسئله مهم اختلافی که همواره بین فقه شیعه و مذاهب اهل تسنن مورد اختلاف و جنجال برانگیز بود، در حقیقت یکی از آثار ماندنی تفاهم علمی و مطالعات تطبیقی محسوب می گردد.

این تجربه بسیار مهم تاریخ معاصر به دنبال برقراری یک رابطه کوتاه مدت بین مرحوم آیه الله بروجردی، مرجع تقلید وقت شیعیان و مرحوم شیخ محمود شلتوت مفتی وقت مصر، با تبادل نقطه نظرات فقهی به سهولت انجام پذیرفت و منجر به تجدید نظر شیخ شلتوت^(۷) در زمینه ترجیح فتوای فقهای شیعه مبنی بر بطلان سه طلاق که با

۶- علی بن شعبه، تحف العقول، ص ۲۶۱ (العالم بزمانه لا تهجم علیه اللوابس).

۷- نامبرده طی فتوای رسمی تحقق سه طلاق را که موجب تحریم زوجین می گردد، طبق فتوای فقهای فقهای شیعه به تعدد طلاق تعبیر نمود و رأی مذاهب اهل تسنن را در تحقق سه طلاق با یک صیغه ایقاع نادرست اعلام کرد.

این فتوا در زمان خود تحولی بزرگ در ایجاد زمینه اجتهاد آزاد در فقه تسنن به شمار می آمد که بر اساس

یک صیغه ایقاع و در یک مجلس انجام می‌گیرد، شد که به نوبه خود می‌تواند گواهی گویا بر نقش وحدت آفرین تفاهم ناشی از مطالعات تطبیقی باشد.

بر اساس منطق و تجربیات گذشته نباید تردیدی به خود راه داد که بررسی تطبیقی در فقه و حقوق اسلامی هموارترین راه برای ایجاد تفاهم بین مذاهب فقهی و مناسب‌ترین عامل زمینه‌ساز تقارب آنها و مانعی بزرگ برای جلوگیری از تعصبات کورکورانه و طریقه‌ای منطقی برای دستیابی به امکان قبول آراء مخالف و خالص کردن مبانی حقوق اسلامی از پیرایه‌های تاریخی و بازکردن راه اجتهاد آزاد از طریق آشنایی با آراء و ادله مخالفین می‌باشد.

از سوی دیگر در قانون اساسی اکثر کشورهای اسلامی^(۸)، «شریعت اسلام» به

یک سلسله شرایط سیاسی و فرهنگی خاص تحقق یافت. مشابه این تحول یک بار دیگر در زمان مرحوم سید شرف‌الدین جبل‌آملی، طی مکاتباتی که وی با رئیس دانشگاه الأزهر مصر برقرار کرد، در زمینه مسائل اعتقادی بوجود آمد و کتاب سودمند المراجعات را به بار آورد.

۸- در کشورهای اسلامی که اسلام به عنوان دین رسمی در قانون اساسی آنها معرفی شده است، رابطه دین و دولت به طور عام و رابطه قوه مقننه با اسلام و شریعت به طور خاص، به صورتهای مختلف در قانون اساسی مشخص گردیده که معمولاً به یکی از شکل‌های ذیل است:

الف- الاسلام دین الدوله (اسلام دین رسمی دولت است)، مانند قانون اساسی سومالی مصوب ۱۹۷۹، ماده ۳.

ب- الاسلام هو احد مصادر التشريع (اسلام یکی از منابع قانونگذاری است)، مانند قانون اساسی امارات متحده عربی، ماده ۷.

ج- الشريعة الاسلامیه مصدر رئيسی للتشريع (شریعت اسلام منبع اصلی قانونگذاری است)، مانند قانون اساسی سوریه ماده ۳ و قانون اساسی کویت ماده ۲ و قانون اساسی مصر ماده ۲.

د- الشريعة الاسلامیه هی المصدر الوحید للتشريع (شریعت اسلام تنها منبع قانونگذاری است).

ه- الشريعة الاسلامیه مصدر القوانين جميعاً (شریعت اسلام منبع همه قوانین کشور است)، مانند

قانون اساسی جمهوری عربی یمن، ماده ۳.

و- کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها

عنوان یکی از منابع حقوقی و یا تنها مأخذ حقوقی به رسمیت شناخته شده و نهادهای قانونگذاری مکلف شده‌اند که احکام و موازین شرعی را رعایت کنند و یا حداقل مصوباتشان مخالفت صریح با احکام مسلم اسلام نداشته باشند.

وقتی نظام حقوقی اسلام در چنین عرصه وسیعی مطرح می‌گردد که باید از دل آن هزاران قانون استخراج و در مراکز قانونگذاری مورد تحلیل و تصویب قرار گیرد، ناگزیر باید قواعد و آراء فقهی شریعت به طور سنجیده و مستدل با توجه به همه آراء فقهی در اختیار این مراکز قرار گیرد؛ بویژه آنکه در اکثر کشورهای اسلامی، مردم به مذهب واحدی گرایش ندارند و از پیروان دو یا چند مذهب تشکیل شده‌اند. در چنین کشورهایی با بافت خاص مذهبی، برای رعایت حقوق مردم و از میان بردن حساسیتهای مذهبی، حقوق اسلامی تطبیقی مدون و تحقیق شده از ضروریات اجتناب ناپذیر سیاسی و فرهنگی و مذهبی محسوب می‌گردد.

تقارب آراء فقهی صاحب نظران در مذاهب فقهی می‌تواند در شکل‌گیری قوانین متقن با امکانات اجرایی هرچه بیشتر و کارآیی و جامعیت قابل توجه‌تر، مفید و مؤثر باشد.

این تقارب و کاربردهای آن نه تنها در بعد داخلی کشورهای اسلامی، بلکه در قلمرو فراملی و بین‌المللی هم می‌تواند کارساز باشد.

مبادله اطلاعات حقوقی بین کشورهای اسلامی بالاخص در سطح پارلمانی و مجالس مقننه و همچنین تبادل نظر بین حقوقدانان کشورهای اسلامی و ارتباطات علمی در زمینه‌های حقوقی بین دانشگاههای کشورهای اسلامی و محافل و حوزه‌های علمیه فقهی که از ضروریتهای اجتناب‌ناپذیر در سرنوشت مشترک ملت‌های مسلمان است، همه و همه از آثار سودمند و کاربردهای حقوق تطبیقی اسلامی محسوب می‌گردد.

اتخاذ رویه واحد و داشتن نقطه نظرات مشترک حقوقی در برابر مجامع بین‌المللی

باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است، قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل ۴.

برای کشورهای اسلامی که به دلیل داشتن منافع مشترک، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است جز از طریق گسترش و تعمیق حقوق اسلامی تطبیقی میسر نخواهد بود.

تردیدی نیست که نه تهاجم همه‌جانبه غرب نسبت به جهان اسلام و نه مصالح عمومی امت اسلامی و نه حقوق مشترک مسلمانان جهان هیچ کدام اختصاص به مذهب خاصی نداشته و هرگز بازتاب یک مذهب مشخص به طور یکجانبه نخواهد توانست تهاجم یکپارچه دشمنان اسلام را دفع و مصالح مشترک جهان اسلام را تأمین کند؛ حتی خصومت کینه‌توزانه کنونی دنیای غرب با تشیع نیز به معنای آن نیست که دشمن در دراز مدت با سایر مذاهب سرستیز نخواهد داشت و آنها از گزند کینه‌توزیهای استکبار در آینده در امان خواهند بود.

در حالیکه دنیا در اندیشه دستیابی به نظام حقوق جهانی است و حقوق‌دانان با گسترش مطالعات تطبیقی در صدد برداشتن مرزهای ملی از نظامهای حقوقی هستند، چرا امت اسلامی به فکر نزدیک‌تر کردن آراء و مذاهب فقهی و حقوقی خویش نباشد. تنها در نیمه دوم قرن نوزدهم میلادی بود که قدمهای اولیه مطالعات حقوق تطبیقی در پاریس و انگلستان برداشته شد و بر اثر فعالیت مراکزی چون مجمع مقررات تطبیقی در پاریس و لندن عملاً از سال ۱۹۰۰ میلادی، حقوق تطبیقی تولد یافت. این در حالی است که حداقل دوازده قرن قبل از تولد حقوق تطبیقی در غرب، تاریخ علم شاهد رواج این رشته حقوقی در اسلام بوده است.

یکی از انگیزه‌های گرایش به حقوق تطبیقی در اروپای قرن نوزدهم اندیشه وحدت سیاسی اروپا بود که اختلاف قوانین کشورهای اروپایی مانع بزرگی بر سر راه آن تلقی می‌شد و از سوی دیگر عقد قراردادهای بین‌المللی مستلزم مطالعات تطبیقی بود و عامل اقتصادی نیز به نوبه خود در ایجاد زمینه‌های ضرورت مطالعات تطبیقی نقش مؤثری داشت.

اگر ما به انگیزه‌های معنوی و اعتقادی هم، که قرآن صریحاً بدان تأکید ورزیده است، توجه نکنیم، همین سه عامل مادی که سرانجام اروپا را به این گونه مطالعات وحدت‌آفرین کشاند، برای وادار کردن جهان اسلام به سوی مطالعات تطبیقی به منظور زدودن آثار مرگبار و ویرانگر اختلافات مذهبی کافی است.

سابقه تاریخی مطالعه تطبیقی در فقه

حقوق اسلامی تطبیقی که امروز به پیروی از اصطلاح و رشته جدید حقوق تطبیقی، در مورد بررسی و مقایسه آراء فقهی و حقوقی مذاهب اسلامی بکار می‌رود، در گذشته‌های دور تاریخ فقه اسلامی تحت عنوان علم الخلاف و بخشی از علم الفقه مطرح بوده و از رشته‌های مهم علم فقه به شمار می‌آمده است که خوشبختانه امروز نیز پس از مدتها متروک ماندن، بار دیگر در محافل علمی و دانشگاهی عربی به نام «الفقه المقارن» و در حوزه‌های علمی و دانشگاهی ما تحت عنوان حقوق اسلامی تطبیقی مورد توجه فقها و محققین قرار گرفته است.

تاریخ تکوین و تدوین این رشته از فقه اسلامی را نمی‌توان از تاریخ مذاهب فقهی جدا دانست؛ زیرا از همان اوایل نیمه دوم قرن دوم هجری که مذاهب فقهی شکل گرفت و به تدریج آراء فقهی مذاهب مدون گردید، علم الخلاف نیز بنا به شرایط و ضرورت‌های حاکم نشأت یافت و در کنار مباحث فقهی رشد کرد و آغاز اختلاف بین دو مکتب فقهی «اهل رأی» و «اهل حدیث»، بر او جگیری این علم تأثیر بسزائی گذارد.^(۹) رواج «علم الخلاف» بیشتر در میان طبقه اول و دوم فقهای اسلام بود و بتدریج مورد بی‌مهری قرار گرفته، نامش فراموش و علمش خاموش گردید و به تاریخ علم پیوست.

در زوال و افول علم الخلاف چند عامل زیر را می‌توان دخیل دانست:

۱- گسترش دامنه اختلافات مذهبی و پرهیز دانشمندان و فقها از دامن زدن به عوامل تفرقه.

۲- ضعف تدریجی برخوردارهای منطقی پیروان مذاهب فقهی و رواج احساسات متعصبانه و مقابله‌های جاهلانه در میان آنها.

۳- نزدیک شدن دو مکتب فقهی اهل سنت یعنی «اهل رأی» و «اهل حدیث» که توسط مذهب شافعی انجام گرفت و برای مدتی از شدت اختلافات کاست.

در قرن چهارم و پنجم هجری یک بار دیگر علم الخلاف ارزش و اهمیت خود را بازیافت و فقها به منظور تثبیت مذهب دلخواه خود و تضمین بقای آن در شرائط «تنازع

۹- رجوع شود به: محمد زحیلی، مرجع العلوم الاسلامیه، چاپ بیروت، ص ۷۳۶.

بقای مذاهب» که بر این دو قرن حاکم بود، رو به این علم آوردند و هر کدام برای تأیید مذهب انتخابی خود و آراء و مستندات آن به اقامه ادله و حجج شرعیه پرداخته، به دفاع از مذهب و امام خود برخاستند و به تبیین مبانی و روشهای اجتهادی و قواعد استنباط و شیوه اجتهاد و استدلال آن همت گماردند و تلاش کردند شبها و مناقشات مذاهب دیگر را در رابطه با خود دفع و متقابلاً سستی مبانی آراء آنها را برملا سازند. بدین لحاظ از فنون جدل و مناظره بهره گرفتند و تا آنجا که در توان داشتند، در نقد آراء مذاهب دیگر تلاش نموده، و جو تشکیک و شبهه را برانگیختند و هر کدام، مذاهب مخالف خود را بی اعتبار قلمداد کردند.^(۱۰)

در اوایل عصر شکل‌گیری مذاهب فقهی و شرایط تنازع بقای مذاهب بود که شیخ طوسی از فقهای بزرگ شیعه امامیه در قرن چهارم هجری قمری برای اثبات ارجحیت و حقانیت و جایگاه اصیل فقه شیعه دست به تألیف کتاب *الخلافا* زد و این اثر گرانقدر و جاویدان را به میراث فقهی شیعه افزود.

گرچه این ادعا که کتاب *الخلافا* شیخ طوسی (متوفای ۴۶۰ هـ.ق) نخستین اثر متقن در *علم‌الخلافا* است،^(۱۱) دور از واقعیت است و کتاب *اختلاف الفقهاء* تألیف محمد بن جریر طبری (متوفای ۳۱۰ هـ.ق) نمونه‌ای از کتابهای علم *الخلافا* است که قبل از شیخ طوسی به رشته تحریر درآمده و قبل از آن دو نیز کتاب *اختلاف ابی حنیفه* و ابن ابی لیلی از محمد بن ادریس معروف به امام شافعی (متوفای ۲۰۴ هـ.ق) و اسبق بر وی حسن بن محمد بن علی بن ابیطالب (ع) (متوفای سال ۱۰۰ هـ.ق) است که وی را به عنوان داناترین عالم به علم *الخلافا* معرفی کرده‌اند.^(۱۲)

ولی آن گونه که از مقدمه شیخ طوسی در کتاب *الخلافا* استنباط می‌شود، این فقیه

۱۰- رجوع شود به: مقدمه ابن خلدون چاپ بیروت، ص ۴۵۶ و ابن خلکان، *وفیات أعیان*، ج ۲، ص

۲۵۱.

۱۱- محمود شهابی، *مسائل هامه من کتاب الخلافا*، چاپ دانشگاه تهران، ص ۱۳.

۱۲- رجوع شود به: علی بن سلیمان مرداوی، *الانصاف فی بیان اسباب الاختلاف*، چاپ قاهره،

ص ۱۶.

بزرگ و جلیل‌القدر به سبب درخواست مکرر علاقمندان به مکتب فقهی اهل بیت دست به تألیف کتاب الخلاف زده و خواسته است که از این رهگذر جایگاه اصیل فقه اهل بیت را در برابر مذاهب دیگر فقهی به اثبات برساند و این گام بزرگ و مؤثر در آن عصر بدان جهت ضرورت داشته است که فقه شیعه در شرایط تنازع بقای مذاهب فقهی در بحران مذهبی آن عصر که منجر به آتش کشیدن خانه و کتابخانه معظم وی و مهاجرتش به نجف اشرف گردید، دچار سرنوشت مذهبی چون اوزاعی، بصری، زفر، السدی و ظاهری نگردد و در برابر مذاهبی پرطرفدار مانند مذاهب چهارگانه بتواند پایدار بماند.

شیخ طوسی در این اثر جاوید خود که شامل چندین هزار مسئله از همه ابواب فقهی است، دامنه مطالعات تطبیقی را به آراء و مذاهب رسمی متداول زمان، محدود نکرده و به نقطه نظرات مذاهب متروک و شاذ نیز پرداخته است که امروز می‌تواند در تاریخ فقه و مذاهب اسلامی و ریشه‌یابی فقهی بکار آید.

تعریف حقوق اسلامی تطبیقی

ملاحظه سابقه تاریخی علم‌الخلاف و ارتباط اصطلاح حقوق تطبیقی اسلامی با آن، ایجاب می‌کند که در تعریف حقوق اسلامی تطبیقی همان تعبیری بکار گرفته شود که قدما در تعریف علم‌الخلاف بکار می‌بستند: «جمع‌آوری آراء مختلف فقهی و تقسیم‌بندی آنها و بررسی دلایل فقهی هر کدام و ترجیح برخی از آنها به صورت مستند به ادله مقبول».^(۱۳)

قدما «علم‌الخلاف» را بخشی از صناعت جدل منطقی می‌دانستند^(۱۴) و روش بحث آن را منحصر در ارائه مستندات و ادله قابل قبول برای مخالف می‌شمردند و به همین لحاظ در تعریف علم‌الخلاف به طور صریح این نکته را منظور می‌داشتند:

علم يعرف به کیفیت ایراد الحجج الشرعیه و دفع الشبهه و قوادح الأدله الخلافیه بإيراد

۱۳- رجوع شود به: محمدتقی حکیم، الاصول العامه للفقهاء المقارن، چاپ نجف اشرف، ص ۱۳.

۱۴- رجوع شود به: حاجی خلیفه، کشف الظنون، چاپ بیروت، جلد اول، ص ۴۷۲.

البراهین القطعیه. (۱۵)

علم‌الخلاف علمی است که با آن، چگونگی ارائه ادله شرعی و پاسخ به شبهات و اشکالات وارده بر ادله مخالفین به استناد براهین قطعی شناخته می‌شود. بی‌شک تعبیر به «براهین قطعی» در این تعریف به قرینه موضوع بحث به معنای همان تعبیر قبلی یعنی ادله شرعیه است، با این تفاوت که این ادله باید برای مخالف مقبول باشد.

برخی، از این تعبیر به «علم‌الخلافات» کرده‌اند و آن را از علوم پرفائده دانسته و برای احراز صلاحیت^(۱۶) در این علم شرایطی را لازم شمرده‌اند.

از آن جمله است دانستن قواعد و ادله استنباط احکام فقهی به همان گونه که هر مجتهدی بدان نیازمند است، با این تفاوت که نیازمندی مجتهد به دانش و قواعد و ادله استنباط، به منظور دستیابی به احکام فقهی است ولی در علم خلافت هدف آن است که مسائل استنباط شده در برابر ادله مخالفین و مناقشات آنها مصونیت داشته باشد.

با مقایسه تعاریفی که برای علم‌الخلاف و علم‌الخلافات ارائه گردیده است،^(۱۷) چنین به نظر می‌رسد که این دو اصطلاح در فقه استدلالی در دو معنای متفاوت بکار می‌رفته‌اند و شیوه بحث در علم‌الخلاف چنین بوده است که ادله اقوال بررسی و مقایسه شده و نهایتاً به ترجیح رأی مستند به دلیل راجح می‌انجامیده است، ولی در علم‌الخلافات رأی مورد نظر خلافتی با توجه به آراء دیگر مورد بحث قرار گرفته و ادله کافی برای آن ارائه می‌گردیده است، بدون آنکه خلافتی ادله معارض را ذکر کرده، به نقد و بررسی آنها پردازد.

برخی نیز^(۱۸) در فقه مقارن و حقوق تطبیقی اسلامی به شیوه^۴ معاصر، روش سومی را پیش گرفته‌اند که تنها به جمع‌آوری آراء مذاهب مختلف و تقسیم‌بندی آنها

۱۵- همان.

۱۶- رجوع شود به: مقدمه ابن‌خلدون، چاپ بیروت، صص ۴۵۱-۴۵۷.

۱۷- همان، همچنین رجوع شود به: محمد زحیلی، پیشین، ص ۷۳۶.

۱۸- رجوع شود به: شیخ طوسی، مقدمه الخلاف، چاپ جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ص ۲۴.

اکتفا کرده و به ارائه نقطه نظرهای مذاهب مختلف فقهی بسنده کرده‌اند. این شیوه گرچه می‌تواند نوعی پیروی از شیوه متداول در روشهای تطبیقی باشد، ولی ریشه در شیوه‌های سنتی فقها و روشهای بازمانده از قدما دارد.

نویسنده کتاب «کشاف اصطلاحات الفنون» از برخی از فقها نقل می‌کند که به نظر آنان علم‌الاجتلاف در جایی بکار می‌رود که برای هر نظریه‌ای دلیل و مبنای خاص آن ذکر شود؛ ولی علم‌الاجتلاف گاه در موردی اطلاق می‌گردد که تنها به نقل اقوال اکتفا گردد.^(۱۹) بنابر این نظریه، علم‌الاجتلاف می‌تواند ریشه سنتی فقه مقارن یا حقوق تطبیقی اسلامی محسوب گردد.

جایگاه علم‌الاجتلاف

علم‌الاجتلاف را بنابر ماهیت مسائل آن می‌توان بخشی از فقه به شمار آورد؛ زیرا اساس این علم بر پایه ادله فقهی و قوت و متانت و اتقان مبانی آراء فقها استوار می‌باشد و عمده‌ترین مقدمات علمی و علوم مقدماتی آن، آشنایی با علم اصول فقه و ادله فقهی است و دانستن سایر علوم مانند فنون جدل و منطق در علم‌الاجتلاف جنبه فرعی داشته، در بهره‌بری بیشتر از این علم تأثیر دارد.^(۲۰)

نویسنده کشف‌الظنون پس از ارائه تعریف علم‌الاجتلاف می‌گوید: علم‌الاجتلاف را می‌توان بخشی از علم جدل و مناظره دانست که خود بخشی از علم منطق محسوب می‌گردد؛ نهایت آنکه این بخش از علم جدل در علم‌الاجتلاف در راه مقاصد مذهبی بکار گرفته می‌شود.^(۲۱)

به عقیده امام فخر رازی در کتاب *العالم* گرچه علم‌الاجتلاف وابسته به علم جدل است، ولی از آنجا که بیشترین مبانی آن از علم اصول فقه مایه می‌گیرد، باید آن را ملحق به علم

۱۹- رجوع شود به: محمدبن عبدالحمید سمرقندی (متوفای ۵۲۲ هـ. ق)، *طریقه الاجتلاف بین*

الاسلام، بیروت: دارالکتب العلمیه، ص ۲۱.

۲۰- رجوع شود به: محمد زحیلی، پیشین، ص ۷۳۵.

۲۱- حاجی خلیفه، پیشین، جلد ۱، ص ۴۷۲.

اصول فقه و یا بخشی از آن دانست. (۲۲)

اگر دو شاخص اصلی تمایز علوم را که مسائل و اهداف هر علم است، معیار در تشخیص جایگاه علم‌الخلافا قرار دهیم، بی‌شک به این نتیجه می‌رسیم که علم‌الخلافا جدا از فقه نیست و بخشی از آن محسوب می‌گردد؛ زیرا مسائل علم‌الخلافا چیزی جز آراء فقهی و مستندات اجتهادی آن و مقایسه و ترجیح مستندات و ادله فقهی نیست و هدف اصلی علم‌الخلافا نیز اثبات اتقان ادله یک نظریه و پاسخ به شبهات و مناقشات آن و ارائه نقاط ضعف ادله آراء دیگر و مناقشه در استحکام مستندات نظرات مخالف می‌باشد.

علل و عوامل اختلاف در آراء فقهی

با وجود اینکه قرآن و سنت، به عنوان دو منبع اصلی استنباط احکام فقهی و آراء حقوقی، مورد اتفاق نظر همه فقها و صاحب‌نظران در فقه اسلامی است، جای این سؤال هست که چرا این همه اختلاف نه تنها در فروع فقهی، حتی در مبانی و قواعد کلی و اصول عامه‌ای که استنباط فقهی بر اساس آنها انجام می‌گیرد، در چنین سطح وسیعی در میان مذاهب اسلامی دیده می‌شود؟

بررسی و تحلیل عوامل چنین اختلافی می‌تواند ما را به حقیقت و کنه و عمق اختلافات مذاهب فقهی آشنا و در پیدا کردن راه حل مناسب یاری دهد. برای رسیدن به چنین تحلیل راه‌گشایی ابتدا باید اختلافات مذاهب فقهی را دسته‌بندی و سپس به عوامل عام و عوامل خاص آن پرداخت.

تقسیم‌بندی مذاهب فقهی

گرچه اختلافات موجود در میان مذاهب فقهی در این امر مشترکند که همه آنها منشأ تعدد آراء فقهی و تشتت نقطه نظرات حقوقی در تبیین قوانین اسلامی می‌باشند، ولی بسیاری از این اختلافها از نظر ماهیت و منشأ اختلاف با یکدیگر متفاوتند.

هنگامی که اختلاف فی‌مابین مذهب اهل رأی، مانند فقهای حنفی و مذهب ظاهری، مانند حنابله و ابن حزم را در فقه اسلامی مورد بررسی قرار می‌دهیم، می‌بینیم این دو مذهب گرچه دارای اختلافاتی در مبانی استنباط فقهی هستند، فی‌المثل اهل رأی به قیاس به صورت یک قاعده و اصل عام عمل می‌کنند، و اهل ظاهر در آن متوقف و یا ممتنع می‌باشند، ولی در اصول اعتقادات اسلامی وحدت نظر دارند و به همین دلیل در بسیاری از مبانی استنباط متفق‌القولند^(۲۳) و سنت به معنای اخبار نقل شده توسط صحابه را حجت می‌شمارند.

از سوی دیگر وقتی اختلافات فقهای مذاهب اربعه را با فقهای شیعه بررسی می‌کنیم، مشاهده می‌کنیم که اختلافات دامنه بیشتری یافته، تنها در قلمرو آراء فقهی و یا در قواعد استنباط منحصر نمی‌شود بلکه به ادله اجتهاد نیز سرایت کرده و بخش عمده ادله مذاهب، مانند بسیاری از احادیث نبوی که توسط برخی از صحابه نقل شده و همچنین قیاس و استحسان و مصالح مرسله و نیز ذرایع اربعه، از نظر مکتب فقهی شیعه بی‌اعتبار و متقابلاً قسمت عظیمی از مستندات فقهی شیعه که از طریق ائمه اهل بیت علیهم‌السلام نقل شده، از دیدگاه مذاهب اربعه اهل سنت قابل قبول نمی‌باشد.

این نوع اختلاف را نمی‌توان با عوامل عمومی حاکم بر اختلافات مذاهب فقهی اهل سنت تحلیل کرد، در اینجا باید به دنبال علل و عوامل خاصی گشت که منشأ اصلی این گونه اختلاف در تاریخ اسلام بوده‌اند.

با توجه به این نکته ابتدا باید عوامل مؤثر در ایجاد اختلافات بین همه مذاهب فقهی را مورد بررسی قرارداد و سپس به علل اختلاف بین مذاهب فقهی شیعه از یک سو و مذاهب فقهی اهل سنت از سوی دیگر پرداخت.

ناگفته نماند که اختلافات موجود در میان مذاهب فقهی شیعه، مانند اختلاف فقه شیعه امامیه و شیعه زیدی، خود شکل دیگری از اختلافات فقهی است که احتیاج به تحلیل جداگانه‌ای دارد؛ فی‌المثل در مکتب فقهی شیعه امامیه قبول مذهب یکی از ائمه چهارگانه اهل سنت به صورت یک اصل کاملاً مردود و با مبانی تشیع ناسازگار می‌باشد

۲۳- رجوع شود به: محمد زحیلی، پیشین: ص ۷۳۹.

ولی در فقه برخی از فرق شیعه مانند برخی از زیدیه پیروی از مذهب ابوحنیفه مقبول می‌باشد، در حالیکه مذهب زیدی و مذهب حنفی دارای فارقه‌های اصولی و اختلافات ریشه‌ای و عقیدتی می‌باشد.

مذاهب فقهی اهل تسنن اعم از مشهور و غیر مشهور عبارتند از: مذاهب ثوری، اوزاعی، بصری، سعید بن مسیب، ابو ثور، شعبی، ابو عبیده، زهری، داود، اسحاق، نخعی، زفر، لیث بن سعد، احمد، ابوسلمه، ابن مغیره، جاهد، عکرمه، ابن جریج، ابن ادریس، طاوس بن کیسان یمانی، مکحول، ابن یزنی، حارث اعور، ابن ابی لیلی، ابن سیرین، قطاده، ابوحنیفه، شافعی، مالکی و احمد بن حنبل،^(۲۴) از این مذاهب اهل سنت، تنها چهار مذهب اخیر دارای شهرت و پیروان بسیار می‌باشد و سایر مذاهب تحت یک سلسله شرایط خاص تاریخی نفوذ و پیروان خود را از دست داده و به تدریج رو به زوال نهاده‌اند.^(۲۵)

عوامل اختلاف مذاهب فقهی اهل سنت

هرکدام از علل و عوامل زیر به نوعی در ایجاد اختلافات فقهی و توسعه و تشدید آن مؤثر بوده‌اند.

۱- آراء فقهی، مبتنی بر استدلال و اجتهاد است و در حقیقت نوعی قضاوت و ماهیتاً امری نظری بوده، اختلاف در مسائل نظری و استدلالی امری قهری و عمومی است و اجتهاد فقهی نیز از این قاعده خارج نیست؛ بنابراین نظری بودن مباحث فقهی خود عامل اصلی پیدایش و توسعه اختلاف در آراء فقهی بوده است.

۲- شدت اهتمام و احتیاط در امر شریعت، به نحوی که بسیاری از فقها را از تقلید و پیروی بدون دلیل از دیگران باز می‌داشت و همین اهتمام شدید بود که فقهای بزرگ را

۲۴- اکثر این مذاهب از کتاب *تخلاف* شیخ طوسی استخراج شده و شیخ در لابلای این کتاب به نظرات فقهی اکثر این مذاهب استناد کرده است. ایضاً رجوع شود به: ابی اسحاق شیرازی، *طبقات الفقهاء*، چاپ بیروت، صص ۳۸-۳۲ و *طبقات الفقهاء*، تألیف علی بن انجب ساعی متوفای ۶۷۴ هجری قمری.

۲۵- رجوع شود به: شیخ آغا بزرگ تهرانی، *حضرالاجتهاد*، چاپ نجف اشرف، صص ۱۵-۸.

بر آن می‌داشت که خود با تمام توان فکری و علمی حجت خویش را باز یابند.

۳- زبان قرآن و حدیث، که دو منبع اصیل و اساسی در استنباط فقهی هستند، عربی است و لغت عربی همواره در حال تحول بوده و ضبط معانی حقیقی و مجازی کلمات عربی و وجوه فصاحت و بلاغت و قواعد ادبی اعم از صرف و نحو و اسالیب دلالت در این زبان، پس از سالها تتبع و استقراء تدوین گردید. کلیه اختلافات مربوط به این گونه زمینه‌های لغوی و ادبی که حتی شامل حروف نیز می‌گردید، موجب اختلاف فهم و استنباط در زمینه قرآن و حدیث گردید. (۲۶)

۴- میزان دستیابی به قرائن معتبر در فهم معانی: با توجه به تنوع دلالتها و تنوع شیوه‌های تفهیم معانی مقصود خواه ناخواه امکان برداشت صحیح بسیاری از مدلولها و مقاصد کلامی به عهده قرائن گذارده می‌شود. در اینجا است که میزان دستیابی مخاطب و مجتهد به این نوع قرائن و میزان اعتبار و اعتماد به آنها موجب اختلافی عمیق و همه‌جانبه در فهم کلام می‌گردد.

این عامل در مورد فهم صحیح احادیث و برداشت درست از آنها که معمولاً با یک سلسله قرائن مقالیه و حالیه همراه می‌باشند، بیشتر صادق است.

۵- شرایط زمانی و مکانی که گاه با یک سلسله عوامل سیاسی نیز همراه بوده است، از عوامل قابل توجهی است که در ایجاد و تشدید اختلافات فقهی و در نتیجه ایجاد مذاهب متعدد فقهی اثر شایانی داشته است.

دخالت خلفا، حکام و امرا در امور شریعت و انتظاراتی که از شریعت در جهت استقرار نفوذ سیاسی و تداوم حکومتشان داشتند از یک سو، و هوای تقرب به سلطان و بهره‌وری از خان گسترده خلافت و حکومت که برخی از فقها در سر می‌پروراندند از سوی دیگر، از جمله شرایط زمانی و مکانی قابل توجهی بوده که در اختلافات فقها تأثیر بسزائی داشته‌اند.

سخن به مقتضای حال گفتن، چه به جبر و چه به اختیار، همواره آفت تاریخی علم بوده که گریبانگیر فقه اسلامی نیز گردیده است.

تقسیم‌بندی طبقات فقها بر حسب مناطق مختلف سرزمینهای اسلامی که در اکثر کتابهای مربوط به طبقات فقها^(۲۷) دیده می‌شود و غالباً آنها را به فقهای مکه، فقهای مدینه، فقهای بصره، فقهای حجاز، فقهای عراق، فقهای مصر، فقهای مغرب و نظایر آن تقسیم‌بندی کرده و از نظر آراء فقهی آنها را در برابر هم قرار داده‌اند، گواهی بر تأثیر محیط زیست فقها در تکوین آراء فقهی آنها می‌باشد.

تأثیر این عامل در برداشتهای مختلف و احیاناً ضد و نقیض از شریعت به قلمرو تشخیص مصلحتها و استحسانات و شیوه برخورد با ضرورت‌های حاکم خلاصه نمی‌شد، بلکه سرانجام به این قاعده منتهی گردید که بسیاری از فقهای اهل سنت این اصل را پذیرفتند که «لاینکرتغییر الاحکام بتغییر الزمان»^(۲۸) تغییرپذیری احکام بنابر تغییرات زمان امری منکر و ناشناخته نیست و شافعی که عملاً تحت تأثیر عامل شرایط مکانی اجتهاد خود را در حجاز و عراق و مصر به صورتهای کاملاً متفاوت ارائه داد، این نوع تحول را جایز شمرده است.^(۲۹)

۶- کلیه مذاهب فقهی اهل سنت در ریشه و اساس به آراء صحابه پیامبر(ص) و احادیثی که توسط آنان نقل شده، مستند هستند و از آنجا که همه صحابه از نظر علم به شریعت و میزان بهره‌وری از مصاحبت پیامبر(ص) یکسان نبوده‌اند، خواه ناخواه پس از رحلت پیامبر(ص) که بنابر ضرورتها اکثر صحابه به مناطق دور و نزدیک سرزمینهای اسلامی مهاجرت نمودند و در اماکن مختلف سکنی گزیدند و مردم هر شهر و منطقه به یکی از آنها مراجعه و معالم دین و احکام شریعت را فرا می‌گرفتند، ناگزیر هرکدام فقط آنچه را که می‌دانست و شنیده بود، نقل می‌کرد. از اینرو زمینه اختلافات فقهی و ایجاد

۲۷- مانند *طبقات الفقهاء والمحدثین*، تألیف هیثم بن عبدی (متوفای ۲۰۷ هـ. ق) و *طبقات الفقهاء*، تألیف حسن بن احمد بغدادی و *طبقات الفقهاء*، تألیف ابی اسحاق شیرازی (متوفای ۴۷۶ هـ. ق) و *طبقات الفقهاء*، تألیف ابی عبدالله محمد بن عبدالملک همدانی (متوفای ۵۲۱ هـ. ق) و *طبقات الفقهاء*، تألیف علی بن انجب ساعی بغدادی (متوفای ۶۷۴ هـ. ق).

۲۸- محمد زحیلی، پیشین، ص ۷۴۰

۲۹- همان.

مذاهب مختلف توسط خود صحابه فراهم گردید و احکام شریعت در مدینه به گونه‌ای و در عراق به گونه دیگر و در شام و مصر با حال و هوای دیگر پا گرفت.

۷- اختلاف در مبانی نظری اجتهاد و قواعد و اصول استنباط به نوبه خود از عوامل مؤثر در ایجاد و تشدید اختلافات فقهی به شمار می‌آید.

سراسر مباحث فقهی آکنده از اختلاف‌نظرهایی است که از اختلاف در زمینه قواعد مربوط به قیاس، استحسان، مصالح مرسله، اجماع، دلالت‌های نقلی، ناسخ و منسوخ، مشترکات، تخصیص و تقیید، مجمل و مبین، مالانص فیه و شرایط و حدود اعمال قواعد مربوطه و موانع آن نشأت گرفته است.

نویسنده کتاب *اختلاف الفقهاء والقضايا المتعلقة به فی الفقه الاسلامی المقارن کلیه* اختلافات مربوط به این قواعد اصولی را با ذکر مثالهایی از ابواب مختلف فقه آورده است که نشان دهنده گسترش اختلافات فقهی ناشی از قواعد و مبانی علم اصول فقه می‌باشد. (۳۰)

۸- عدم اعتقاد و استناد به یک مرکزیت علمی، در اختلافاتی که به هر دلیل در میان مذاهب فقهی بوجود آمده است، از آنجا که شاخص قرارداد کتاب و سنت هرگز اختلافات ناشی از برداشتهایی متفاوت از کتاب و سنت را حل و فصل نمی‌کند، ناگزیر برای پایان دادن به اختلافات باید مرجع ثالثی وجود داشته باشد که از میان برداشتهای مختلف، برداشت صحیح را از کتاب و سنت تشخیص و به همگان اعلام کند.

این مرکزیت علمی به معنای بستن باب اجتهاد نیست، بلکه بدان معنی است که از گسترش اختلافات در مسائل اصولی و کلیدی ممانعت شود و همان طور که شأن انبیاء در فیصله دادن به اختلافات مذهبی بوده، این مرکزیت نیز آن گونه که از جمله: *ما ان تمسکتُم بهما لن تضلوا ابداً* (۳۱) در حدیث معروف غدیر فهمیده می‌شود، مصونیت

۳۰- رجوع شود به: احمد محمد حسری، *اختلاف الفقهاء والقضايا المتعلقة به فی الفقه الاسلامی*

المقارن، چاپ قاهره: مکتبه الکلیات الازهریه، صص ۵۲۰-۱۳۹.

۳۱- ترجمه: هرگاه که به کتاب و عترت من تمسک جستید، هرگز گمراه نخواهید شد. مأخذ حدیث:

مسند احمد بن حنبل، جلد سوم صص ۱۷-۱۴ و سنن ترمذی، جلد پنجم، ص ۶۶۲ و صحیح مسلم،

امت را در راستای تمسک به عروة الوثقی و اجتناب از تفرقه بنیانکن تضمین کند.

اختلاف مذاهب فقهی شیعه و اهل سنت

از آنجا که شیعه از روز نخست رحلت پیامبر (ص) پیروی از امام علی بن ابیطالب (ع) را به عنوان تنها مرجع و حجت و امام در اصول و فروع اسلام پذیرفت، خط فقهی شیعه در امتداد تبعیت از ائمه اهل بیت (ع) از خطوط دیگری که بین اصحاب پیامبر (ص) فرقی قایل نبود و همه آنها را نجوم هدایت^(۳۲) می‌شمرد، جداگردید و مبانی فقهی اختلاف آن دو در یک اصل اعتقادی (امامت) به مرور زمان تعمیق بیشتری یافت و موجب گردید که در مسائلی چون مشروعیت متعه، عدم مشروعیت سه طلاق در یک مجلس و با یک ایقاع، عول، تعصب و ده‌ها مسأله دیگر، نظرات فقهی شیعه در مقابل اجماع مذاهب اربعه قرار گیرد.

در تحلیل اختلاف فقهی بین شیعه و اهل سنت باید به چند نکته اصولی توجه داشت:

الف: اکثر آراء فقهاء شیعه با مبانی قابل قبول فقه اهل تسنن قابل اثبات می‌باشد، آن گونه که نمونه‌هایی از این قلمرو وسیع در کتاب الخلاف شیخ طوسی و همچنین در کتابهای فقهی مرحوم سید شرف‌الدین آملی و در آثار بعضی از علمای نجف اشرف در تألیفات علامه معاصر جناب آقای عسگری مشاهده می‌شود.

ب: آراء فقهی شیعه - جز در چند مورد استثنایی - معمولاً با یکی از مذاهب فقهی اهل سنت تطابق داشته، نظریه جداگانه‌ای محسوب نمی‌شود. در این مورد نیز کتاب الخلاف شیخ طوسی و نیز الفقه علی المذاهب الخمسه مرحوم شیخ محمدجواد مغنیه گواه آشنا و گویایی می‌باشد.

ج: دامنه اختلافات بین فقهای مذاهب چهارگانه حتی در یک مذهب، بسی گسترده‌تر از اختلاف فیما بین شیعه و مذاهب چهارگانه است.

جلد چهارم، ص ۱۸۷ و سنن دارمی، جلد دوم، ص ۴۳۱ و مستدرک حاکم، جلد سوم، ص ۱۰۹.

۳۲- رجوع شود به: ابی اسحاق شیرازی، پیشین، ص ۳۵.

قدمای علم الخلاف

در میان فقهای شیعه، شیخ طوسی (متوفای ۴۶۰ هـ.ق) نخستین فقیه بزرگی است که با تألیف کتاب ارزشمند الخلاف^(۳۳) جلوه تابناکی از آزادی فکر، تقوای علمی، اجتناب از تعصبات کور و تصویری درست از یک بحث منطقی را در فقه شیعه ارائه داده است. اما در میان فقهای اهل سنت، محمدبن ادریس شافعی (متوفای ۲۰۴ هـ.ق) مؤلف اختلاف ابی حنیفه و ابن ابی لیلی، اختلاف ابی حنیفه و الاوزاعی، اختلاف الشافعی مع محمدبن الحسن و اختلاف الشافعی مع مالک آن گونه که در آخر کتاب الام تألیف شافعی به صورت ضمایم آمده است، نخستین فقیهی است که از وی آثاری در علم الخلاف بجای مانده است.

ابن جریر طبری (متوفای ۳۱۰ هـ.ق) مؤلف کتاب اختلاف العلماء را نیز باید از قدمای این علم به شمار آورد و همچنین محمدبن علی بن اسماعیل القفال الشاسی (متوفای ۳۳۶ هـ.ق) و محمدبن احمد معروف ابن شویز منداد (متوفای ۳۹۰ هـ.ق) و محمدبن عبدالله ابن عمروس (متوفای ۴۵۲ هـ.ق) و احمدبن حسین بن علی بیهقی (متوفای ۴۵۸ هـ.ق) و ابوالحسن ماوردی (متوفای ۴۵۰ هـ.ق) از پیشوایان و مؤلفان پیشین این علم محسوب شده و برخی از آنان به امام در علم الخلاف شهرت یافته‌اند.

روشهای علم الخلاف

شیوه متداول در بحثهای علم الخلاف معمولاً به این صورت بوده است که مؤلف، نخست به نقل آراء و اقوال پرداخته، و سپس ادله و مستندات آنها را ذکر کرده و با تأکید

۳۳- مشهور در ضبط نام این اثر جاویدان شیخ طوسی «کتاب الخلاف» است، ولی مؤلف کتاب الذریعه الی تصانیف شیعه در جلد ۷، ص ۲۳۵ نام آن را «الخلاف فی الاحکام» نقل کرده و افزوده است که به آن «مسائل الخلاف» نیز گفته‌اند و وی از حسن بن علی بن داود حلی صاحب کتاب رجال معروف که به ابن داود شهرت دارد، کتابی به نام خلاف المذاهب الخمسه فی الفقه نقل کرده که حایز اهمیت است. کتاب الخلاف فی اصول الفقه تألیف سیدمرتضی علم الهدی (متوفای ۴۳۶ هـ.ق) گرچه در خلافت اصول فقه نگاشته شده است، ولی مبین توجه خاص فقهای شیعه به علم الخلاف می باشد.

بر رجحان یک رأی، به رد سایر اقوال و ادله آنها پرداخته و در نهایت پیش فرضی را به اثبات می‌رسانده است؛ لکن برخی از مؤلفین و محققین این علم از روشهای دیگری نیز بهره می‌گرفته‌اند که در حقیقت ناشی از صعوبتهای علم‌الخلافاً بوده است. برای توضیح بیشتر ناگزیریم به برخی نکات مهم در این زمینه اشاره نماییم:

۱- فقه شامل مباحث مختلفی است که شیوه مطالعه تطبیقی در مورد هر کدام باید متناسب با خصوصیات آن مورد انجام گیرد. ویژگیهای موردی می‌تواند به لحاظ ادله و یا موضوع باشد؛ به عنوان مثال در بخشی از مباحث فقه مانند اکثر ابواب معاملات از ادله فقهی^(۳۴) استفاده می‌شود و در برخی دیگر مانند ابواب عبادات بیشتر به ادله اجتهادی^(۳۵) استناد می‌گردد و در برخی هم از هر دو نوع دلیل بهره گرفته می‌شود و پیچیدگی آنگاه بیشتر نمایان می‌گردد که در یک مورد خاص، فقهی و یا مذهبی به نوع اول و فقیه و یا مذهبی به نوع دوم استناد می‌کند.

گاه در استناد به یک نوع دلیل هم، اختلاف وجود دارد؛ بدین ترتیب که در یک فرع فقهی، برخی به عمومات کتاب یا سنت استناد می‌کنند و برخی دیگر به ادله خاص (آیات و روایات خاص) که در رابطه با مورد است، متوسل می‌شوند.

۲- موضوعات فقهی از نقطه نظر ماهوی یکسان نیستند و در همه موارد آن نمی‌توان به قدر مشترک رسید، حداقل، در برخی از موضوعات، مطالعه تطبیقی آسان‌تر از موارد دیگر است. به عنوان مثال اتخاذ یک روش تطبیقی در مورد مسائل مربوط به معاملات که هیچ گونه ارتباطی به مباحث اعتقادی ندارد، آسانتر از مطالعه تطبیقی در مسائل عبادی می‌باشد که به نحوی در رابطه با مسائل خاص مذهبی و اعتقادی است.

۳- در مطالعات تطبیقی، روشها باید متناسب با اهداف باشد و تفاوت اهداف

۳۴- ادله فقهی عبارت از آن نوع ادله فقهی است که در نبود ادله اجتهادی مورد استناد قرار می‌گیرد و حالت واقع‌نمایی نداشته، صرفاً راهنمای عمل در موارد عدم دسترسی به امارات و ادله اجتهادی و بیانگر احکام ظاهری می‌باشد؛ مانند اصول عملیه (استصحاب، براءت، احتیاط و تخییر).

۳۵- عنوان ادله اجتهادی به ادله‌ای مانند کتاب و سنت اطلاق می‌شود که حالت واقع‌نمایی داشته و بیان‌کننده احکام واقعی می‌باشد و همواره بر ادله فقهی مقدم است.

موجب اختلاف روشها است. اگر هدف از مطالعات تطبیقی، صرفاً تشریحی باشد، الزاماً باید اطلاعات کافی در مورد نقطه نظرات دو یا چند فقیه یا مذهب فقهی در زمینه یک یا چند موضوع، جمع آوری و مدارک و مستندات لازم گردآوری شود و بدون آنکه ارزیابی و نقد و ترجیحی صورت پذیرد، مقایسه صوری انجام گیرد. در این شیوه مطالعه تطبیقی، همه مسائل فقهی می‌توانند موضوع تحقیق و بررسی تطبیقی قرار گیرند.

ممکن است هدف در مطالعات تطبیقی، بالا بردن سطح آگاهی به صورت صرفاً علمی باشد؛ در این فرض، پس از جمع آوری اطلاعات و مستندات آراء مختلف، مقایسه و ارزیابی ادله و نقد آراء و تجزیه و تحلیل صورت می‌گیرد، اما نتیجه‌ای از آن همه مطالعات گرفته نمی‌شود. در این روش، تنها موضوعاتی می‌تواند مورد بحث مطالعات تطبیقی قرار گیرد که بار علمی داشته و از نظر علمی حایز اهمیت باشد.

اگر در مطالعات تطبیقی، به دنبال یافتن راه حل مناسب می‌گردیم، خواه ناخواه باید به گونه دیگری عمل کنیم تا به نتیجه مطلوب دست بیابیم. گرچه در این روش هم مهمترین کار علمی، بررسی و ارزیابی و مقایسه ادله و مستندات و نقد آنها است، ولی در این روش، بررسی و مقایسه تا آنجا ادامه پیدا می‌کند که با استفاده از بهترین راه‌حلهای و مستندترین آراء و متقن‌ترین ادله هدف مورد نظر بدست آید و در نتیجه در هر مورد، یک نظریه نهایی و مقبول حاصل گردد.

منابع علم الخلاف

منابع علم الخلاف را به دو دسته می‌توان تقسیم کرد:

الف - منابع عام که به عنوان خاص علم الخلاف تألیف نیافته، ولی مؤلفان این آثار فقهی عملاً به ارائه آراء و اقوال و بررسی و مقایسه آنها پرداخته و در قلمرو مذاهب فقهی مطالعات تطبیقی انجام داده‌اند که در اینجا به بخشی از آنها اشاره می‌کنیم:

۱- کتاب الخلاف تألیف شیخ طوسی از فقهای بزرگ شیعه امامیه (متوفای ۴۶۰

هـ. ق): شیوه مؤلف این کتاب آن است که ابتدا در هر مسئله‌ای رأی فقهای شیعه را مطرح و سپس به آراء موافق دیگر مذاهب و فقها اشاره کرده، و آراء مخالف را یاد می‌کند. سپس به ادله مخالفین نیز پرداخته، آن را با دلیل رد می‌کند. این کتاب شامل همه

ابواب فقه بوده و در سه جلد به قطع و زیری توسط دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم به چاپ رسیده است.

۲- تأسیس النظر تألیف عبیدالله بن عمر دبوسی (متوفای ۴۳۰ هـ. ق): مؤلف در این اثر که به نوبه خود از قدیمی‌ترین کتب مستقل در علم‌الخلاف در میان اهل سنت به شمار می‌رود، هفت قسمت از هشت قسمت کتاب را به بیان آراء مختلف فقهی و ادله آنها به طور عام اختصاص داده و در قسمت هشتم آن تنها به مسائل خلافی بین دو مذهب حنفی و شافعی پرداخته است و در هر مورد، اصل و قاعده کلی را مطرح کرده و سپس در زمینه فروع فقهی مبتنی بر آن اصل و قاعده، با توجه به ادله آن بحث مختصری را ارائه نموده است. این کتاب توسط دارالفکر لبنان در سال ۱۳۹۹ هـ. ق به چاپ رسیده است.

۳- الافصاح تألیف یحیی بن محمد بن هیبره حنبلی (متوفای ۵۶۰ هـ. ق): این کتاب که برخی آن را از دقیق‌ترین کتابهای علم‌الخلاف اهل سنت معرفی کرده‌اند،^(۳۶) در اصل به عنوان جزئی از کتاب الافصاح صحیح بخاری و صحیح مسلم تألیف شده و سپس این بخش که مربوط به علم‌الخلاف بوده، به صورت جداگانه متداول گشته است. کتاب الافصاح یک بار در حلب به سال ۱۳۶۶ هـ. ق (۱۹۴۷ میلادی) و بار دیگر در ریاض به سال ۱۳۹۸ هـ. ق به چاپ رسیده است.

۴- بدایة المجتهد و نهایة المقتصد تألیف محمد بن احمد بن رشد (متوفای ۵۹۵ هـ. ق): مؤلف در این کتاب هر بابی را با خط مشی خاصی آغاز و مسائل آن باب را مطرح می‌کند و سپس ادله اقوال را ذکر و به موارد اتفاقی و اختلافی به طور جداگانه متعرض می‌شود و دلیل هر مذهب را نقل و مورد بررسی و نقد قرار می‌دهد. ولی از آنجا که مبنای فقهی مؤلف بر مذهب مالکی است، بیشترین دقت نظر را در مورد آراء مقبول بکار می‌گیرد و نقل و نقد سایر مذاهب را از آن دقت محروم

۳۶- رجوع شود به: حاجی خلیفه، پیشین، ج ۱، ص ۱۲۷ و وفیات الاعیان، جلد ۵، ص ۲۷۴ و

مرجع العلوم الاسلامیه، ص ۷۴۸.

می‌سازد. (۳۷) این کتاب در بسیاری از مدارس علمی اهل سنت تدریس می‌شود و بارها در مصر و بیروت به چاپ رسیده است.

۵- المغنی تألیف عبدالله بن احمد معروف به ابن قدامه (متوفای ۶۲۰ هـ. ق): این کتاب که در حقیقت یک مجموعه بزرگ فقهی در مذهب حنبلی و شرحی بر مختصر خرقی است و حاوی آراء فقهی مذاهب مختلف از صحابه تا مذاهب اربعه می‌باشد، به دلیل استدلالی بودن و اجتناب مؤلف از تعصب مذهبی مورد قبول فقهای مذاهب مختلف واقع شده است.

کتاب المغنی اخیراً توسط وزارت اوقاف کویت به صورت معجم و ترتیب الفبایی به چاپ رسیده که به نام «معجم الفقه الحنبلی مستخلص من کتاب المغنی لابن قدامه» انتشار یافته است.

۶- المیزان الکبری تألیف محمد بن عبدالوهاب شعرانی (متوفای ۹۷۳ هـ. ق): مؤلف در این کتاب ابتدا به مسائل اتفاقی پرداخته، سپس آراء اختلافی را مطرح و به ادله آنها می‌پردازد.

شعرانی در این کتاب روش فقهی خود را بر این اساس که به وحدت نظر علاقمند و از اختلاف‌گريزان است، قرارداد و بر این فرض ملتزم شده است که همه ائمه مذاهب بر ادله متقن اعتماد نموده و آراء آنها چون شاخه‌های روئیده بر تنه درخت اصول دین می‌باشد. وی در مقدمه کتاب به علل اختلاف فقها پرداخته و سعی کرده است در نقل آراء و ادله آنها و نقد و بررسی، بیطرف و بدور از تعصبات مذهبی باشد.

این کتاب در سال ۱۳۵۲ در مصر به چاپ رسیده و در حاشیه آن، کتاب رحمت الامه فی اختلاف الائمة تألیف شیخ محمد بن عبدالرحمان دمشقی نیز به طبع رسیده است.

۷- کتاب المختلف تألیف علامه حلی از فقهای معروف شیعه در قرن هفتم هـ. ق که وی در تسلط بر آراء مذاهب فقهی شهرت بسزایی داشته است.

ب- منابع خاص که صرفاً در زمینه علم الخلاف و فقه‌المقارن تألیف شده و موضوع آنها مطالعه تطبیقی در آراء مذاهب اسلامی است که به جهت اختصار به برخی از آنها

اشاره می‌شود.

- ۱- التجريد تألیف احمد بن محمد بن احمد حنفی متوفای ۴۲۸ در هشت مجلد.
- ۲- تعليق فی الخلاف تألیف محمد بن عبدالله ابن عمروس متوفای ۴۵۲.
- ۳- الخلاف الكبير تألیف ابويعلى فراء متوفای ۴۵۸.
- ۴- الخلاف الكبير تألیف ابو الخطاب كلوذاني متوفای ۵۱۰.
- ۵- التعليقه فی مسائل الخلاف تألیف محمد بن ابويعلى صفيير متوفای ۵۶۰.
- ۶- تذكرة الخلاف تألیف ابی اسحاق شیرازی متوفای ۴۷۶.
- ۷- شفاء المسترشدين تألیف ابی الحسن کیا الهراسی متوفای ۵۰۴.
- ۸- حليه العلماء فی اختلاف الفقهاء تألیف ابی بکر شاشی متوفای ۵۰۷.
- ۹- اختلاف الفقهاء تألیف محمد بن جریر طبری متوفای ۳۱۰.
- ۱۰- مختلف الروایة تألیف علاء الدین محمد سمرقندی متوفای ۵۵۲.
- ۱۱- عيون الادله تألیف ابو الحسن بن قصار متوفای ۳۹۸.
- ۱۲- المأخذ تألیف محمد غزالی متوفای ۵۰۵.
- ۱۳- الخلافیات تألیف احمد بن حسین بیهقی متوفای ۴۵۸.
- ۱۴- الاشراف علی مذاهب الاشراف تألیف ابن هبیره متوفای ۵۶۰.
- ۱۵- الاسالیب فی الخلافیات تألیف امام الحرمین جوینی متوفای ۴۸۷.
- ۱۶- تأسیس النظر تألیف عبیدالله ابو زید الدبوسی متوفای ۴۳۰، نخستین کتابی است که در علم الخلاف به صورت مستقل و ممتاز به رشته تحریر درآمده است. در این کتاب به اختلافات فقهای یک مذهب نیز پرداخته شده است.

منابع جدید فقه مقارن

با تجدید حیات فقه استدلالی در مراکز و مدارس فقهی اهل سنت و نیز با اوجگیری شعار وحدت بین علمای اسلام در یک قرن اخیر، علم الخلاف در لباس جدید الفقه المقارن و حقوق تطبیقی اسلامی در محافل علمی اهل سنت و شیعه رواج یافت که ذیلاً به برخی از مؤلفات در این زمینه اشاره می‌شود.

الف - منابع جدید الفقه المقارن:

- ۱- الفقه الاسلامی المقارن مع المذاهب، تألیف دکتر محمد فتحی که در دمشق سال ۱۴۰۶ به چاپ رسیده است.
- ۲- محاضرات فی الفقه المقارن، تألیف دکتر محمد سعید رمضان البوطی که در دمشق به سال ۱۴۰۱ انتشار یافته است.
- ۳- مرجع العلوم الاسلامیه، تألیف دکتر محمد زحیلی که فصل نهم آن به فقه مقارن اختصاص یافته و توسط دارالمعرفه در دمشق منتشر شده است.
- ۴- الفقه الاسلامی المقارن، تألیف احمد محمد حصری که در مصر به سال ۱۴۰۹ به چاپ رسیده است.
- ۵- الفقه الاسلامی و ادلته، تألیف دکتر وهبه زحیلی که در هشت جلد در دمشق طبع شده است.
- ۶- الفقه الاسلامی فی ثوبه الجدید، تألیف مصطفی احمد الزرقاء که در سه جلد در دمشق به سال ۱۹۶۷ انتشار یافته است.
- ۷- الفقه علی المذاهب الاربعه، تألیف عبدالرحمن جریری چاپ مصر.
- ۸- الفقه علی المذاهب الخمسه، تألیف شیخ محمد جواد مغنیه چاپ بیروت.

ب - منابع فارسی حقوق تطبیقی اسلامی:

- ۱- فقه تطبیقی، ترجمه الفقه علی المذاهب الخمسه، تألیف شیخ محمد جواد مغنیه که توسط کاظم پور جوادی ترجمه و به نام علوم اسلامی آن را به چاپ رسانده است.
 - ۲- راهنمای مذهب شافعی با بیان آراء سایر فقها، تألیف محمد شیخ الاسلام، انتشارات دانشگاه تهران.
 - ۳- مساحه الوفاقیات و الخلافیات فی الفقه الاسلامی، از این قلم که در مجله التوحید به چاپ رسیده است.
- امید است حوزه‌های علمیه شیعه و محافل دانشگاهی کشور به این امر مهم علمی و حیاتی توجه بیشتری مبذول داشته و در راستای اهداف انقلاب جهانی اسلامی و آرمانهای مقدس کشور اسلامیمان که در اصل دهم قانون اساسی متبلور شده است،

گامهای مؤثرتری در احیای علم الخلاف در شکل جدید آن (حقوق تطبیقی اسلامی) بردارند و میراث عظیم فقهی حقوق اسلام را غنی‌تر سازند.