

پژوهشهای حقوقی

فصلنامه علمی - ترویجی

شماره ۳۵

هزار و سیصد و نود و هفت - پاییز

۷	• توسعه نسل‌های حقوق بشر در تصمیمات دیوان بین‌المللی دادگستری حسین یزدانی - دکتر حسین آل کجیاف - دکتر سید قاسم زمانی - دکتر حسن سواری
۳۳	• انتقال مالکیت و اجاره اشیاء فضایی موجود در مدار در پرتو حقوق بین‌الملل فضایی حسنا خالوندی - دکتر سید هادی محمودی
۵۵	• ارتباط حق بر غذا و سیاست‌های تجارت جهانی کشاورزی: تعامل یا تقابل؟ دکتر فرهاد طلائی - علی رزم‌خواه
۸۳	• تحلیل حقوقی - اقتصادی ماده ۲۱ قانون بیمه اجباری خسارات واردشده به شخص ثالث در اثر حوادث ناشی از وسایل نقلیه مصوب ۱۳۹۵ دکتر فیصل عامری - مسلم حاج‌محمدی
۱۱۳	• دگردیسی مفهوم نظریه تفکیک قوا به مفهومی کارکردی دکتر محمدرضا ویژه - زهره‌سادات امیرآفتابی
۱۴۵	• برابری و عدم تبعیض در نظام حقوق بشر علی سالاری
۱۷۱	• اعتراض ثالث به رأی ورشکستگی در آیینۀ روبه قضایی دکتر نعمت‌اله حاجعلی - ابوذکر کوهنورد
۱۹۹	• ترور هدفمند: نقض اصل عدم تقابل در تعهدات بنیادین حقوق بشر و حقوق بشردوستانه دکتر هاله حسینی اکبرنژاد - دکتر حوریه حسینی اکبرنژاد
۲۴۳	• گسترهٔ مسئولیت محقق در برابر خسارات زیست‌محیطی ناشی از تحقیقات دانشگاهی کوثر فیروزپور
۲۶۳	• راهکارهای برون‌رفت از بن‌بست‌های مذاکراتی و حل تعارض مسائل نفتی دکتر محمد علیخانی
۲۸۷	• تأثیر فقه اسلامی در شکل‌گیری حقوق کامن‌لا برهام محمد عطاءالله - ترجمه: حمزه امینی‌نسب





تأثیر فقه اسلامی در شکل‌گیری حقوق کامن‌لا

برهام محمد عطاءالله*

ترجمه:

حمزه امینی‌نسب**

چکیده:

میان برخی قواعد حقوق کامن‌لا و فقه اسلامی شباهت زیادی وجود دارد. بررسی این قواعد در پرتو احکام فقه اسلامی، رابطه بین این دو نظام را آشکار می‌سازد و نشان می‌دهد که پیدایش این قواعد نتیجه تأثیرپذیری حقوق کامن‌لا از قواعد فقه اسلامی می‌باشد. در این تحقیق، شرایط و زمینه‌های تاریخی این تأثیرپذیری و قلمرو آن در موضوعات مختلف، مورد بررسی قرار گرفته است.

کلیدواژه‌ها:

فقه اسلامی، حقوق کامن‌لا، نظام حقوقی، حقوق تطبیقی، تاریخ حقوق.

مقدمه

کسی که حقوق تطبیقی را بررسی کرده باشد، به خوبی می‌داند که شباهت‌های زیادی بین قواعد فقه اسلامی و قواعد نظام حقوقی انگلو آمریکایی معروف به کامن‌لا^۱ وجود دارد. حتی برخی پژوهش‌های جدید از این هم فراتر رفته و نشان می‌دهند که حقوق کامن‌لا در دوران شکل‌گیری خود^۲ در قرن دوازدهم، از برخی قواعد فقه اسلامی به ویژه در زمینه نظریه عقد و دعوی حمایت از تصرف و ملکیت تأثیر پذیرفته است.^۳ حتی این پژوهش‌ها نشان می‌دهند که نهاد تراست^۴ از نهاد وقف اسلامی به حقوق کامن‌لا منتقل گردیده است.^۵ به علاوه نظام تدریس حقوق انگلیسی در مدارس حقوق^۶ در لندن، برگرفته از نظام مدرسی هستند که در مساجد بزرگ وجود داشتند و به تدریس مذاهب فقهی اسلامی اختصاص یافته بودند.^۷ همچنین نظام مبتنی بر تجزیه و تحلیل حقوقی، از نظام فتوا، قواعد بحث و جدل و روش‌های اصول فقه اسلامی الهام گرفته است.^۸

این پژوهش‌های جدید نیاز به اهتمام و توجه بیشتری دارد. چراکه در نیمه اول قرن بیستم این ادعا مطرح بود که شریعت اسلامی از حقوق رومی تأثیر پذیرفته است! در حالی که ما اکنون می‌بینیم که حقوق انگلیسی که خود معروف است به اینکه از حقوق رومی تأثیر پذیرفته، اما در دوره شکل‌گیری خود از شریعت اسلامی تأثیر پذیرفته است. بررسی میزان تأثیرپذیری حقوق کامن‌لا از فقه اسلامی در دوران شکل‌گیری‌اش از اهمیت علمی زیادی

۱. در خصوص عبارت «حقوق مشترک» به عنوان ترجمه‌ای برای Common Law بنگرید: برهام محمد عطاءالله، «قاعده الزامیه السابقه القضائیه وافولها فی القانون الانجلیزی الحدیث»، *مجله الحقوق للبحوث القانونیه و الاقتصادیه*، چاپ دانشکده حقوق، دانشگاه اسکندریه ۱ (۱۹۷۰ م)، ۱۳۹.

۲. درباره تاریخ شکل‌گیری حقوق انگلیس بنگرید:

Frederic Pollok and Frederic William Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I, A Concise History of the Common Law* (London: Cambridge, 1998), Volume I, Second Ed.

۳. لازم است اشاره کنیم که مهم‌ترین این تحقیقات توسط جان مقدسی (استاد حقوق و رئیس سابق سه دانشکده حقوق در ایالات متحده آمریکا) انجام گرفته است.

John Makdisi, "The Islamic Origins of the Common Law," *Law Review, North Carolina* 77 (June 1999): 1635-1738.

4. Trust.

5. Monica M. Gaudiosi, "The Influence of Islamic Law of Waqf on the Trust in England: The Case of Merton College," *Law Review, University of Pennsylvania* 136 (1988): 1231.

6. Inns of Court.

7. George Makidisi, "The Guides of Law in Medieval Legal History: An Inquiry into the Origins of the Inns of Court," *Clev.St.L.Rev.* 34(3) (1985-1986).

8. George Makdisi, "The Scholastic Method in Medieval Education: An Inquiry into its Origins in Law and Theology," *Speculum* 49 (1974): 640-648.

برخوردار است. به ویژه اینکه بسیاری از قواعد حقوق کامن‌لا وجود دارد که در زمان حکومت هنری دوم^۹ (۱۱۵۴-۱۱۸۹ م) پدید آمده‌اند؛ اما دقیقاً خاستگاه و منشأ تاریخی آنها شناخته‌شده نیست. همان‌طور که خواهیم دید این قواعد را نمی‌توانیم به دوران انگلو ساکسونی قبل از قرن یازدهم یا قوانین کلیسایی و یا حقوق رومی مربوط بدانیم. همچنین نمی‌توان آنها را به قواعدی که نورمن‌ها هم‌زمان با اشغال انگلستان از سال ۱۰۶۶ م. به بعد، با خود آوردند، مربوط دانست.

تحقیقات جدید نشان می‌دهد که به مجرد بررسی این قواعد مجهول‌الاصل در پرتو احکام فقه اسلامی، رابطه بین این قواعد و فقه اسلامی روشن می‌شود و به خوبی پی می‌بریم که پیدایش این قواعد همانا نتیجه تأثیرپذیری حقوق کامن‌لا از قواعد فقه اسلامی می‌باشد؛ اما این سؤال مطرح می‌شود که چگونه این تأثیر و تأثر صورت پذیرفت؟ پاسخ به این سؤال را در اشغال هم‌زمان جزیره سیسیل در جنوب ایتالیا (۱۰۶۱ م) و جزیره بریتانیا (۱۰۶۶ م) توسط نورمن‌ها، می‌یابیم. وقتی که نورمن‌ها در سیسیل تمدن شکوفای اسلامی را مشاهده کردند که در آن قواعد شریعت اسلامی اجرا می‌شد طبیعی بود که از آن تأثیرپذیرند و این قواعد به انگلیس منتقل گردد آن هم در دورانی که حقوق انگلیسی یعنی کامن‌لا در حال شکل‌گیری بود. بنابراین جا دارد که در ابتدا بحث خود را با بررسی این شرایط تاریخی آغاز کنیم که در آن، فقه اسلامی با نظام حقوقی کامن‌لا تلاقی پیدا کرد و سپس قواعد و نظریاتی را عرضه می‌کنیم که حقوق کامن‌لا این قواعد و نظریات حقوقی را به تأثیر از قواعد فقه اسلامی بنا نهاده است.

۱- شرایط و زمینه‌های تاریخی تلاقی فقه اسلامی با نظام حقوقی کامن‌لا

شکل‌گیری نظام حقوقی کامن‌لا به دوره استیلای نورمن‌ها برمی‌گردد. اصل نورمن‌ها نیز به وایکینگ‌ها برمی‌گردد.^{۱۰} آنها در قرن نهم و دهم میلادی در شمال غرب فرانسه و در سال ۱۰۶۶ م. در بریتانیا ساکن شدند. این سال، مقارن با اعلام پادشاهی ویلیام فاتح بر سرزمین

9. Henry II.

۱۰. اصل نورمن‌ها (یعنی اهل شمال)، وایکینگ‌ها Viking هستند. اینان ساکنان مناطق اسکاندیناوی بودند. در قرن نهم میلادی حملات وایکینگ‌ها به اروپا گسترش پیدا کرد. آنها به سواحل انگلیس و فرانسه هجوم آوردند تا اینکه در زمان شارل سوم پادشاه فرانسه، در سال ۹۱۱ م. معاهده‌ای مشهور بین طرفین منعقد گردید که به موجب آن اقلیم ساحلی در امتداد سوم Somme تا بریتانیا به وایکینگ‌ها واگذار می‌شد. این منطقه که به شمالی‌ها (یا نورمن‌ها) نسبت داده شد، از آن تاریخ به نام نورماندی یا سرزمین نورمن‌ها شناخته شد.

انگلیس بود. در همین زمان استیلای نورمن‌ها بر جزیره سیسیل (سال ۱۰۶۰ م) آغاز گردید و در سال ۱۰۹۱ م. کل جزیره را تحت سیطره خود درآوردند.^{۱۱} آنان به مسلمانان سیسیل اجازه دادند که بر احکام شریعت اسلامی باقی بمانند. مسلمانان در طول دو قرن یعنی قرن نهم و دهم میلادی تمدنی با شکوه در جزیره سیسیل بنا نهاده بودند.^{۱۲} نورماندی‌های مهاجر در پی تبادل تجارب برای برپایی نظام سیاسی، اداری و حقوقی جدیدی بودند تا با استفاده از آن، از کاستی‌ها و مشکلات نظام ابتدایی و بسیطی که با خود از سرزمین‌های شمال آورده بودند، رهایی یابند. از طرفی، وجود فقهای مسلمان در سیسیل و استمرار اجرای احکام شریعت اسلامی بر مسلمانان شرایط مناسبی را فراهم کرد تا با تمدن مسلمانان آشنا شدند^{۱۳} و

۱۱. در همین زمان که نورمن‌ها انگلستان را اشغال کردند، جزیره سیسیل را اشغال نیز نمودند، حتی اشغال جزیره سیسیل پنج سال زودتر از اشغال انگلیس توسط نورمن‌ها آغاز شد. چراکه ویلیام فاتح، انگلیس را در سال ۱۰۶۶ م اشغال کرد در حالی که عموزاده‌های او به رهبری تانکرد دی هاوت‌ویل TanCred de Hauteville در سال ۱۰۶۰ م شروع به اشغال سیسیل نمودند و در سال ۱۰۹۱ به طور کامل بر کل جزیره سیطره پیدا کردند.

۱۲. معروف است که مسلمانان، سیسیل را هم‌زمان با سیطره بر جنوب ایتالیا در سال ۲۱۲ هـ / ۸۲۷ م. به فرماندهی اسد بن فرات فتح کردند. این فتح در زمان حکومت زیاده‌الله بن اغلب، سومین امیر بنی اغلب صورت گرفت. بنی اغلب به فرماندهی ابراهیم بن احمد، نهمین امیر بنی اغلب به طور کامل بر جنوب ایتالیا و سیسیل سیطره یافتند. (۲۸۹-۲۶۱ هـ / ۹۰۲-۸۷۵ م). (دکتر حسین مؤنس، *اطلس تاریخ اسلامی* (چاپ الزهراء للاعلام العربی)، ۱۸۰، نقشه شماره ۸۵) پس از انقراض دولت بنی اغلب و برپایی دولت فاطمیان در سال ۲۹۶ هـ / ۹۰۹ م. دوره‌ای از هرج‌ومرج و آشفتگی آغاز شد تا اینکه دولت کلیون که از طرف فاطمیان به مدت ۹۵ سال بر سیسیل حکومت کردند، ثبات و امنیت را در سیسیل برقرار ساختند و تمدن سیسیل شکوفا گردید. کلیون در زمان ابوالفتح یوسف کلی ملقب به ثقه‌الدوله به اوج قدرت رسیدند (۳۸۸-۳۷۹ هـ / ۹۹۸-۹۸۹ م) (منبع قبلی، ۲۹۳). البته وحدت و یکپارچگی حکومت اسلامی طولی نکشید و سیسیل به سه جزیره تقسیم گردید که هر بخشی فرمانروای مستقلی داشت که با یکدیگر نزاع و اختلاف داشتند حتی برخی از آنان از نورمن‌ها کمک طلبیدند. نورمن‌ها نیز که چشم طمع به استیلاء بر ایتالیا داشتند، این فرصت را غنیمت شمرده و برای سیطره بر دژهای سیسیل تحت رهبری رابرت جسکار رئیس نورمن‌ها و برادرش راجرز اول در سال ۱۰۶۰ میلادی، اقدام نمودند. استیلای کامل نورمن‌ها بر سیسیل در سال ۱۰۹۱ م. صورت گرفت. در دوره راجرز دوم بر شکوفایی سیسیل افزوده شد. وی با مسلمانان با تسامح رفتار می‌کرد، لباس عربی می‌پوشید و شیفته تمدن اسلامی بود. او خود را به علما و فرهیختگان مسلمان نزدیک ساخت. به نحوی که از «ادریسی» دانشمند معروف مسلمان درخواست نمود تا کتاب مشهورش را در علم جغرافیا بنگارد. این دانشمند در همان سالی که راجرز دوم فوت کرد (۵۴۹ هـ / ۱۱۵۴ م) تحریر کتابش را به پایان رساند که همان کتاب معروف یعنی «الروجری» (منسوب به راجرز) می‌باشد.

۱۳. مطابق با بررسی‌های پژوهشگران رابرت جسکار و راجرز اول، زمانی که منطقه پالرم (Palerma) در سال ۱۰۷۲ به آنان واگذار شد، با شرایط مورد نظر مسلمانان، موافقت نمودند و آن اینکه قوانین مسلمانان یعنی شریعت اسلامی به هیچ‌وجه کنار گذاشته نشود و مسلمانان مجبور به پذیرش قوانین غیرعادلانه نشوند و مقررات جدیدی به آنها تحمیل نشود. این پژوهشگران می‌گویند: تمامی مدارکی که از آن زمان باقی مانده نشان می‌دهد که همه مسلمانان سیسیل این خصیصه و جایگاه را در طول فرمانروایی نورماندی حفظ کردند. یعنی تا سال ۱۳۰۱ م که

کارآمدی و انعطاف‌پذیری قواعد فقه اسلامی در تسهیل امور دولت و تنظیم معاملات بین افراد برای آنان ثابت گردید.^{۱۴} این دوران هم‌زمان با آغاز حملات صلیبی‌ها بود و تا آنجا پیش رفت که نورمن‌ها به امارت انطاکیه واقع در ساحل شمالی شام رسیدند. تا اینکه یکی از پادشاهان نورمن در کنار حکومتش بر آلمان و ایتالیا بر بیت‌المقدس نیز سیطره پیدا کرد و او همان فردریک دوم است که به نقل تاریخ با ملک کامل بر سر بیت‌المقدس صلح کرد. در همین دوران، فاطمیان در شمال آفریقا و مصر ظهور کردند. سپس شاهد ظهور صلاح‌الدین ایوبی و ریچارد شیردل و حمله لوییس نهم به دمیاط و منصوره هستیم. به هر تقدیر با پایان جنگ‌های صلیبی، صلیبیون از اراضی اسلامی رخت بر بستند در حالی که تمدن ما را با خود می‌بردند تا دوران نهضت و تمدن جدید در نزد آنان آغاز شود و از این طرف شعله تمدن اسلامی در نزد ما به خاموشی گراید؛ اما حقیقت این است که نقش تمدن اسلامی روزبه‌روز آشکارتر می‌شود؛ هرچند اکثر کسانی که خود از این نقش مؤثر استفاده کردند یعنی غربی‌ها، منکر آن هستند. به هر حال ما در اینجا به بیان برخی نظریات که حقوق کامن‌لا از فقه اسلامی عاریه گرفته است، اکتفاء می‌کنیم:

۲- نظریات حقوقی که حقوق کامن‌لا، تحت تأثیر قواعد فقه اسلامی پایه‌گذاری کرده است:

۲-۱- نظریه عقد ناقل ملکیت و Writ of Debt

در فقه اسلامی ملکیت به مجرد تبادل ایجاب و قبول منتقل می‌شود؛ این امر به تعبیر فقهاء همان حکم عقد است؛ اما حقوق عقد همان آثار عقد میان متعاقدين است. مثلاً در عقد بیع، مشتری ملتزم به دفع ثمن و بایع، ملتزم به تحویل مبیع می‌گردد. این در حالی است که حقوق کامن‌لا در عصر هینری دوم که دوره آغاز شکل‌گیری حقوق کامن‌لاست، از طریق وارد

فرمانروایی نورمن‌ها به پایان رسید. همچنین محققان به آنچه که ابن جبیر (از جهانگردان مسلمان) گفته است استناد می‌کنند. وی که گذرش به سیسیل افتاد و چند روزی در شهر پالرم ماند (۱۱۴۸ م) ذکر کرده که مسلمانان در شهر پالرم قاضی مسلمان دارند که به اختلافات آنان رسیدگی کرده و حکم صادر می‌کند.

۱۴. در عصر راجرز دوم سیسیل به پشتوانه تمدن شکوفای مسلمانان در آن، جایگاه بی‌نظیری در دریای مدیترانه پیدا کرد و توجه کشورهای مختلف اروپایی را به خود جلب نمود. در سال ۱۱۹۸ م فردریک دوم (نوه راجرز دوم) پادشاه سیسیل شد. او شیفته تمدن و فلسفه اسلامی بود و اگرچه یک مسیحی متعصب نبود اما سیاستمداری توانا به شمار می‌رفت. صلح وی با ملک کامل در سال ۱۱۲۹ م. پیرامون شهر قدس معروف است.

ساختن مفهوم دعوای دین^{۱۵} به این نتیجه دست یافت.^{۱۶} دعوای دین مانند سایر دعاوی است که به موجب آن ذی‌حق با پرداخت مبلغی در وجه دیوان سلطنتی، امریه‌ای به دست می‌آورد و آن را در دادگاه علیه مدیون به کار می‌گیرد. همان‌طوری که بایع، مطالبه ثمن یا مشتری، مطالبه تسلیم مبیع را می‌کند. این پدیده یکی از وجوه تمایز بین شریعت اسلامی و حقوق رومی است. در حقوق رومی و حقوق انگلوساکسونی قبل از جنگ نورماندی، ملکیت به مجرد تبادل ایجاب و قبول منتقل نمی‌شد. برعکس در فقه اسلامی نقل ملکیت مستقیماً بر ایجاب و قبول مترتب می‌شود و نقل مستقیم ملکیت به مجرد ایجاب و قبول اقتضاء می‌کند که اگر تسلیم مبیع صورت نگیرد، بایع در تسلیم مقصر است و با او مانند غاصب در فقه اسلامی برخورد می‌شود. همچنین، نتیجه دیگری که بر آن مترتب می‌شود این است که اگر مبیع پیش از تسلیم از بین رود برعهده بایع بوده و از کیسه او رفته است. همان‌طوری که اگر غاصب بود، مسئولیت تلف برعهده او می‌بود و در صورت تلف، بر بایع لازم است که ثمن را به مشتری برگرداند. این تحلیل نشان می‌دهد که چگونه دعوای دین از جمله دعاوی به شمار می‌رود که به دادگاه‌های پادشاهی اختصاص دارد؛ که آغازی برای تأسیس دادگاه‌های حقوق عمومی بود از این جهت که این دادگاه‌ها به هر آنچه که با صلح و نظم عمومی در ارتباط بود، اختصاص داشتند و به همین خاطر این دعاوی در صلاحیت دادگاه‌های بخش وارد نگردید.

۲-۲- احکام مطالبه حق در فقه اسلامی و دعوای اثبات سلب مالکیت^{۱۷}

انگلیس در دوره قبل از حمله نورماندی، با دعوای سلب مالکیت آشنا نبود. در عصر هنری دوم - که همان‌طور که قبلاً گفتیم، دوران آغاز شکل‌گیری حقوق کامن‌لا در قرن دوازدهم محسوب می‌شود - دعوای اثبات سلب مالکیت پدید آمد که از طریق مراجعه به پادشاه و گرفتن دستور سلطنتی^{۱۸} یا از طریق دیوان پادشاهی که از حقوق مالکان در برابر غصب مالکیت آنها حمایت می‌کرد، انجام می‌گرفت.^{۱۹}

15. Writ of Debt.

۱۶. نگاه کنید به کتاب مهمی که در این خصوص وجود دارد:

F.W Maitland, *The Forms of Actions at Common Law* (Cambridge, 1965).

در رابطه با تاریخ نظریه عقد در حقوق انگلیس بنگرید:

A.w. Simpson, *A History of Common Law of Contract* (Oxford, 1975).

17. Assize of Novel Desseisin.

18. Writ.

19. Assize of Novel Desseisin.

به اعتقاد «جان مقدسی» اصل این دعوا به دعوی مطالبه حق در فقه اسلامی - به ویژه در فقه مالکی - برمی‌گردد که تصرف را قرینه‌ای بر ملکیت می‌داند. لذا شخص مالک در صورتی که تصرف او مورد تجاوز واقع شده، این حق را دارد که مال مورد تصرفش را برگرداند. جان مقدسی اضافه می‌کند که نظام‌های حقوقی رومی، کلیسایی و انگلوساکسونی قبل از عصر نورمن‌ها با این مفهوم آشنا نبودند چراکه این نظام‌ها، از تصرف فی‌ذاته حمایت می‌کردند حتی اگر متصرف، مالک حقیقی نباشد. در حالی که این امر در دعوی استحقاق اسلامی برعکس است زیرا اولاً و بالذات از خود مالک حمایت می‌کند.^{۲۰}

همچنین تفاوت عمده‌ای که بین فقه اسلامی و حقوق رومی وجود دارد این است که حقوق روم مقرر می‌دارد متصرفی که مالک نیست، در صورتی که تصرف او برای مدت معینی ادامه پیدا کند، مال مورد تصرف به ملکیت او درمی‌آید. در حالی که در شریعت اسلامی متصرفی که مالک نیست، هرچقدر هم که تصرف او ادامه پیدا کند، مالک نمی‌شود. همان‌طوری که شیخ محمد ابوزهره در کتاب خود^{۲۱} می‌گوید: «شریعت اسلامی وضع ید (تصرف) را در مدت طولانی موجب ملکیت نمی‌داند همان‌طوری که ترک مطالبه حق را برای یک مدت طولانی، مسقط حق نمی‌داند. زیرا حق هرچقدر هم که زمان بگذرد، زائل نمی‌شود؛ بنابراین گذشت زمان به متصرف حقی اعطاء نمی‌کند و حق ذی‌حق را نیز ساقط نمی‌گرداند. نهایت چیزی که شریعت اسلامی برای مدت طولانی در نظر می‌گیرد این است که در صورت انکار، آن را سببی برای عدم استماع دعوا، به شمار می‌آورد اما در صورت اقرار، حق به وسیله آن ثابت می‌شود و به این ترتیب دعوا مسموع می‌گردد».

بنا بر نظر مورخان، پادشاه هنری دوم دعوی اثبات سلب مالکیت را در فاصله سال‌های ۱۱۵۵ و ۱۱۶۶ م. به رسمیت شناخت تا مالکینی که ملک آنها قهراً و بدون رضایتشان گرفته شده بود، امکان بازپس‌گیری مایملک خود را پیدا کنند؛ و این یک روش حقوقی بود که کاربرد زیادی داشت و به مراتب از به کارگیری روش مبارزه که افراد را در معرض مرگ قرار می‌داد، بهتر بود (یعنی بین افراد جنگ و مبارزه به راه می‌انداختند تا ذی‌حق که پیروز میدان مبارزه بود، شناخته شود)؛ اما روش جدید یعنی دعوی سلب مالکیت بر پایه شهادت و سوگند افراد بود^{۲۲} که به نظر جان مقدسی برگرفته از نظام اسلامی در زمینه اثبات حق بود و در

20. John A. Makdisi, "The Islamic Origins of the Common Law," *Law Review, North Carolina* 77 (June 1999): 1635-1665.

۲۱. شیخ محمد ابوزهره، ملکیت و نظریه عقد در شریعت اسلامی (لبنان: دارالفکر العربی، ۱۹۷۶ م)، ۱۶۰.

22. Jury.

شمال آفریقا با نام شهادت لفیف شناخته می‌شد (لفیف هیئتی است متشکل از مردمی که در یک منطقه زندگی می‌کنند). به هر حال شباهت بین Jury و نهاد لفیف در فقه اسلامی، امر جدیدی است که نیاز به پژوهش و بررسی بیشتری دارد.

۲-۳- الغای نظام اثبات به وسیله شکنجه با آتش و آب جوش

به نظر ما روش فقه اسلامی از طرق و وسایل اثبات و اینکه بینه برعهده مدعی است، اساس الغای نظام اثبات از طریق شکنجه^{۲۳} در انگلستان و سایر بلاد مسیحی بود. به دست گرفتن آهن گداخته، قرار دادن دست در آتش یا آب جوش، یا مبارزه بین طرفین دعوا^{۲۴} نمونه‌هایی از نظام اثباتی در مغرب‌زمین به شمار می‌رفتند. تمام این طرق منجر به هلاکت و نابودی شخص می‌گردند. این روش‌های ابتدایی و سرشار از بربریت بر این عقیده استوارند که اگر شخص صادق باشد آتش یا آب جوش بر روی او اثر نمی‌کند. زیرا خداوند او را نجات می‌دهد؛ اما در صورتی که کاذب باشد هرگز نجات نمی‌یابد و در مبارزه از طرف خداوند یاری نمی‌شود و جان خود را از دست خواهد داد!

هنگامی که نورمن‌ها به جزیره سیسیل که در سیطره مسلمانان بود، آمدند در آنجا با یک نظام انسانی و پیشرفته در زمینه اثبات دعاوی مواجه شدند و در طول جنگ‌های صلیبی، صلیبی‌ها با میزان پیشرفتگی طرق اثبات اسلامی آشنا شدند. این امر منجر به الغای نظام اثبات از طریق شکنجه توسط مجمع کلیسایی (مجمع لاتران چهارم) در سال ۱۲۱۵ م. گردید. در این خصوص داستان رئیس جنبش راهبان فرنسیسکان، شنیدنی است. وی می‌خواست ملک کامل را (در اثنای جنگ پنجم صلیبی) تحت تأثیر افکار مسیحی خود قرار دهد و در این راستا از او درخواست کرد که روش آتش یا آب جوش را امتحان کند ولی ملک کامل درخواست او را رد کرد. این قضیه درست در همان زمانی بود که مجمع لاتران برای الغای نظام اثباتی مذکور، تشکیل شده بود.^{۲۵}

23. Ordeal.

24. by Battle.

25. John Tolan, *La Rencontre de Francois, le Saint chez le Sultan* (Paris: d'Assise et de l'Islam, 2007), Edition du Seuil.

۲-۴- نهاد تراست^{۲۶} و اوقاف

از میان نهادهایی که دیگر شکی پیرامون منشأ تاریخی آن وجود ندارد نهاد تراست در نظام انگلوآمریکایی است. این نهاد که در سایه قواعد انصاف^{۲۷} در انگلستان شکل گرفت، خاستگاه آن، نهاد وقف اسلامی است. مسیحیان اروپا در خلال جنگ‌های صلیبی در قرن‌های ۱۲ و ۱۳ میلادی به سرزمین‌های اسلامی هجوم آوردند و با آن آشنا شدند. در یکی از مطالعاتی که در دهه هشتاد منتشر گردید، تأکید شده که نهاد وقف، اساس نهاد تراست است. در این پژوهش سندی ارائه شده که به موجب آن دانشکده مرتون^{۲۸} در دانشگاه کمبریج تأسیس گردیده است. سند مزبور در قرن سیزدهم میلادی نوشته شده و بسیار شبیه به اسناد وقفی است که جامعه اسلامی با آن آشنایی داشتند. مرتون، مؤسس این دانشکده در عصر خود در انگلیس شخص مهمی بود و در جنگ‌های صلیبی نیز شرکت داشت. پژوهش مذکور اضافه می‌کند: «جای شگفتی است که اعتراف کنیم نهادی که موجب تأسیس دانشکده مرتون گردید تا مرکزی برای مبارزه با مسلمانان باشد، خود برگرفته از نهادی اسلامی است!»

نهاد تراست بر پایه انتقال ملکیت مالی است که به امری خیر یا هرگونه غرض مشروع دیگر مانند خانواده و فرزندان اختصاص می‌یابد. این مال به شخصی که امین نامیده می‌شود، منتقل می‌گردد و اهل و اولاد یا هدف خیر، ذی‌نفع می‌باشند^{۲۹} شخص امین مالک قانونی یا رسمی و اهل و اولاد یا هدف خیر نیز منتفع می‌گردند.

به تدریج بر اهمیت تراست افزوده شد و قواعد آن برای حمایت از اشخاص ذی‌نفع گسترش پیدا کرد به ویژه این قاعده که مقرر می‌دارد شخص امین^{۳۰} نمی‌تواند به ضرر اشخاص ذی‌نفع از مال تراست به نفع خودش استفاده کند لذا حمایت از اشخاص ذی‌نفع بزرگ‌ترین التزامی است که برعهده امین می‌باشد و محاکم مهم‌ترین وظیفه امین را حمایت از اشخاص ذی‌نفع می‌دانند. امروزه نهاد تراست از اغراض اولیه‌ای که به خاطر آنها شکل گرفت، فراتر رفته و به منزله ابزاری برای سرمایه‌گذاری دولتی گردیده است. همچنین وسیله‌ای برای حمایت از ذی‌نفع در برابر ظلم حکام و روشی برای مصونیت اموال آنان از دست‌اندازی قدرت‌های حاکم به شمار می‌رود.

26. Trust.

27. Quity.

28. Merton.

29. Beneficiaries.

30. Trustee.

وجه شباهتی که بین تراست و وقف وجود دارد، نقل مالکیت مال موقوف یا مال موضوع تراست به شخص دیگری است که به نفع اشخاص ذی‌نفع در آن تصرف می‌کند. ذی‌نفع هم می‌تواند اشخاص باشد و هم جهتی از جهات خیر مانند بیمارستان، مدرسه، مسجد، کلیسا و ... وقف که در شمال آفریقا حبوس نامیده می‌شود، در واقع حبس مال در ذمه حکم الله است. به این ترتیب ملکیت از واقف به حکم ملک خداوند وارد می‌شود و در نتیجه مال غیرقابل تصرف می‌گردد مگر به موجب شرایط وقف. در تراست نیز ملکیت به دیر، کلیسا یا مؤسسه منتقل می‌شود و سرمایه‌گذاری و دخل و تصرف و اداره مال موضوع تراست به موجب سند تراست انجام می‌پذیرد.

حقیقت این است که اگر نهاد وقف اسلامی منشأ تاریخی نهاد تراست باشد، باید اعتراف کنیم که به نهاد وقف اسلامی ضربات محکمی توسط دولت‌های استعمارگر در قرون ۱۹ و ۲۰ وارد آمد. این در حالی بود که نهاد تراست در نظام انگلوآمریکایی رشد پیدا کرد و قواعد آن گسترش یافت. از آنجایی که حقوق رومی - ژرمنی با نهاد تراست آشنا نبود، لذا مشابه آن در نظام‌های عربی معاصر دیده نمی‌شود چراکه آنها از حقوق فرانسه متأثر هستند و در حقوق فرانسه نیز نهاد تراست وجود ندارد. بنابراین شایسته است که به احکام وقف اسلامی رجوع کنیم و این نهاد را احیاء کرده و گسترش دهیم چراکه جوامع اسلامی بی‌نیاز از آن نیستند.

۲-۵- قراض و شرکت‌های تضامنی ساده (کامندا)^{۳۱}

از جمله نهادهای اسلامی شناخته‌شده، نهاد قراض است، قراض که با قرض متفاوت است، همان شرکت مضاربه اسلامی می‌باشد که به موجب آن صاحب مال مبلغی به شخص دیگری می‌دهد تا آن سرمایه را به کار گیرد و به وسیله آن به تجارت بپردازد و در نهایت سود حاصل برحسب سستی که بر آن توافق می‌کنند، بین آنها تقسیم می‌شود. اکنون در حقوق غربی گفته می‌شود که قراض (مضاربه) منشأ تاریخی نهاد «کامندا» می‌باشد که نوعی شرکت تضامنی ساده محسوب می‌شود.^{۳۲}

31. Commenda.

۳۲. اثر مهمی که در خصوص این موضوع تألیف شده کتابی است که ابراهام یودو ویتچ نگاشته است: Abraham L Udovitch, *Partnership and Profit in Medieval Islam* (1970).

۲-۶- قواعد حقوق دریایی در خصوص جزیره آلیرون^{۳۳}

از جمله اولین قوانین مربوط به تجارت، مجموعه قوانین آلیرون به شمار می‌رود. این مجموعه توسط ملکه یانور همسر هنری دوم (پادشاه انگلستان) جمع‌آوری شده است. جزیره آلیرون که به ملکه تعلق داشت در نیمه غربی ساحل فرانسه واقع شده بود و اسکله مهمی محسوب می‌شد. همچنین استراحتگاه مناسبی برای صلیبی‌ها بود که هنگام برگشتن به سرزمین خود به آنجا می‌رفتند. مجموعه قوانین آلیرون، مشتمل بر همه قواعد دریایی بود که در طول جنگ‌های صلیبی در دریای مدیترانه بین مسلمانان رایج بود. یعنی هنگامی که تجارت مسلمانان در شمال و شرق دریای مدیترانه دوران شکوفایی خود را سپری می‌کرد. قواعد این جزیره از قواعد اسلامی در زمینه تجارت دریایی اقتباس شده است که سند تاریخی آن به انگلیسی ترجمه و تحت عنوان قواعد آلیرون^{۳۴} منتشر شده است.

نتیجه

موضوع تأثیر حقوق کامن‌لا از فقه انگلیسی در قرون وسطی موضوع جدیدی است که نیاز به بررسی و تحقیق هرچه بیشتر دارد و چه‌بسا از حیطة توان یک نفر به تنهایی خارج باشد. لذا بر مؤسسات آموزشی و دانشگاهی لازم است که به طور جدی به این موضوع بپردازند و دانشجویان نخبه خود را به آن تشویق کرده و موضوع پایان‌نامه‌های ارشد و دکترای خود را به طور تفصیلی به حقوق تطبیقی بین شریعت اسلامی و حقوق کامن‌لا اختصاص دهند. حتی به نظر ما باید افق‌های این پژوهش‌ها را گسترش داد تا حقوق سایر کشورهای غربی از جمله آلمان را نیز دربرگیرد. چراکه می‌دانیم فردریک دوم، امپراتور آلمان و پادشاه سیسیل، از فلسفه اسلامی تأثیر زیادی پذیرفت و لاجرم تحت تأثیر فقه اسلامی نیز قرار گرفته است؛ و همان‌طوری که می‌دانیم، وی لایحه قانونی خاصی را صادر کرد، همچنان که راجرز دوم، پادشاه سیسیل، چنین لایحه‌ای صادر نمود که خواه‌ناخواه متأثر از فقه اسلامی بوده‌اند. به هر حال این مقاله دعوتی است برای اتکای مجدد به فقه اسلامی و توجه به نقش اساسی آن در شکل‌گیری نهضت اروپا در دوران معاصر.

33. Oleron.

34. Oleron Rules.

فهرست منابع

الف) منابع عربی

- ابوزهره، شیخ محمد. الملكية و نظریه العقد فی الشریعه الإسلامیه. لبنان: دارالفکر العربی، ١٩٧٦ م.
عبدالفتاح عاشور، سعید. أوروبا العصور الوسطی - الجزء الأول التاریخ السیاسی. مصر: مكتبة الأنجلو
المصریة، ٢٠٠٧ م.
عطاءالله، برهام محمد. «قاعدة الزامیه السابقه القضائیه وافولها فی القانون الانجلیزی الحدیث». مجله
الحقوق للبحوث القانونیه و الاقتصادیه، کلیة الحقوق فی الجامعه الإسكندریه العدد الأول (١٩٧٠ م).
مؤنس، حسین. اطلس تاریخ الإسلام. مطبعة الزهراء للاعلام العربی.

ب) منابع لاتین

- A.w. Simpson. *A History of Common Law of Contract*. Oxford, 1975.
F.W. Maitland. *The Forms of Actions at Common Law*. Cambridge, 1965.
Gaudiosi, Monica M. "The Influence of Islamic Law of Waqf on the Trust in England: The Case of Merton College." *Law Review, University of Pennsylvania* 136 (1988).
L Udovitch, Abraham. *Partnership and Profit in Medieval Islam*. 1970.
Makdisi, George. "The Guides of Law in Medieval Legal History: An Inquiry into the Origins of the Inns of Court." *Clev.St.L.Rev* 34(3) (1985-1986).
Makdisi, George. "The Scholastic Method in Medieval Education: An Inquiry into its Origins in Law and Theology." *Speculum* 49(4) (1974): 640-648.
Makdisi, John A. "The Islamic Origins of the Common Law." *Law Review, North Carolina* 77 (June 1999)
Pollok, Frederic, and Frederic William Maitland. *The History of English Law before the Time of Edward I, A Concise History of the Common Law*. Volume I, Second Ed. London: Cambridge, 1998.
Tolan, John. *La Rencontre de Francois, le Saint chez le Sultan d'Assise et de l'Islam*. Edition du seuil. Paris, 2007.

The Influence of Islamic Jurisprudence in the Formation of Common-Law

Author:

Borham Mohammad Ataollah

Professor at the University of Alexandria, Egypt

Translator:

Hamzeh Amininasab

Ph.D. Student in Private Law, The University of Qom, Qom, Iran

Email: h.amininasab@gmail.com

There are a lot of similarities between some common-law rules and Islamic jurisprudence. The survey of these rules in the light of Islamic jurisprudence, reveals the relationship between the two systems and shows that the emergence of these rules is the result of impact of common-law from Islamic jurisprudence rules. In this study, the historical circumstances and backgrounds of this influence and its scope in various issues investigated

Keywords: Islamic Jurisprudence, Common-Law, Legal System, Comparative Law.

Journal of LEGAL RESEARCH

VOL. XVII, No. 3

2018-3

- **Development of Human Rights Generations in Decisions of the International Court of Justice**
Hossein Yazdani - Dr. Hossein Al-e-Kajbaf - Dr. Seyed Ghasem Zamani - Dr. Hassan Savari
- **Transfer of Ownership and Lease of Space Objects in Orbit in the Light of International Space Law**
Hosna Khalvandi - Dr. Seyed Hadi Mahmoudi
- **Relation between the Right to Food and Agricultural World Trade Policy: Cooperation or Confrontation?**
Dr. Farhad Talaie - Ali Razmkhah
- **A Legal-Economic Analysis of Article 21 of the Law Amending the Compulsory Insurance Act: Civil Liability of Motor Vehicle Owners**
Dr. Faysal Ameri - Moslem Haj Mohammadi
- **Transformation of the Meaning of the Theory of Separation of Powers to the Functional Concept**
Dr. Mohammad Reza Vjeh - Zohreh Sadat Amiraftebi
- **Equality and Non-Discrimination in Human Rights System**
Ali Saalari
- **Third-party Protest in Bankruptcy Order from a Judicial Perspective**
Dr. Nematolah Hajali - Abouzar Kohnavard
- **Targeted Killing: Violation of Non-Reciprocity in Fundamental Obligations of Humanitarian Law and Human Rights**
Dr. Haleh Hosseini Akbarnezhad - Dr. Hoorieh Hosseini Akbarnezhad
- **Researcher's Liability in term of Damages to Environment Associated with Scientific Investigations**
Kosar Firouzpour
- **The Methods for Breaking Negotiating Impasses and Solving Petroleum Conflicts**
Dr. Mohamad Alikhani
- **The Influence of Islamic Jurisprudence in the Formation of Common-Law**
Author: Borham Mohammad Ataollah - Translator: Hamzeh Amininasab



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law
Research & Study