

رابطه فقه و حقوق

دکتر ابوالقاسم گرجی*

تأثیرپذیری حقوق اسلامی از فقه، امری غیرقابل انکار است و بعد از انقلاب اسلامی ایران حرکت حقوق به سوی جامعه‌ای اسلامی و بر اساس فقه مدون بوده و هست. با این وصف، بررسی همه‌جانبه دو علم فقه و حقوق نیاز به مباحث فراوانی دارد که این مقاله تلاش مختصری است در جهت برآورده ساختن این مقصود. نوشتار حاضر که در دو بخش فقه و حقوق تنظیم شده است با تبیین موضوع، هدف و غایت هر کدام از فقه و حقوق با مقایسه آن دو، حقوق را منشأ تکالیف و تکالیف را قسمتی از احکام معرفتی و از لحاظ منطقی رابطه بین آن دو را بنابراین اعتبارها و احتمال‌های مختلف، تفاوتی، یا عموم و خصوص مطلق و یا عموم و خصوص من وجه تلقی می‌کند.

پرتال جامع علوم انسانی

مقدمه

مقصود مادر این نوشته از «رابطه فقه و حقوق» تعریف هر کدام، بیان موضوع و هدف و غایت آن‌ها است. بدیهی است در این صورت جامع و مایز آن‌ها، خود به خود، به خوبی روشن خواهد شد و نیازی به تکرار نخواهد بود. اینک بحث خود را در دو بخش و یک نتیجه که همان رابطه فقه و حقوق است دنبال می‌کنیم:

*: استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

بخش اول: فقه

الف) تعریف فقه

تعریفی که از قدیم الایام برای فقه بین فقیهان مشهور و معروف بوده، و هم اکنون نیز همان تعریف ورد زبان‌ها است، این است که: «الفقه هو العلم بالاحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة؛ فقه عبارت است از آگاهی از احکام شرعی فرعی (یعنی احکام عملی اسلام) از روی دلیل‌های هر کدام، جدا جدا.» البته، بدیهی است که منظور معرّف تعریف علم فقه است، نه خود فقه؛ یعنی آن چه در کتب فقهی مدوّن و مسطور است، و الا «العلم» را قید نمی‌کرد.

۱- بررسی عناصر موجود در تعریف فقه

۱- «العلم»: منظور از علم، معنی لغوی آن، یعنی مطلق آگاهی، یا حتی معنی اصطلاحی آن، یعنی آگاهی صد در صد از واقع (در مقابل ظن، شک و وهم) نیست، و نیز منظور آگاهی، ولو به نحو غیر معتبر، و یا حتی آگاهی صد در صد از احکام واقعیّه نیست؛ علم به احکام واقعیّه، آگاهی از شرع اسلام است نه علم فقه. منظور از «علم»، همان است که فقیهان، خود در این باب اعتبار می‌کنند؛ یعنی دانستن از راه حجج معتبره، اعم از حجج عقلی ذاتی، که به آن قطع یا علم گویند؛ مانند: آگاهی از اصول احکام چون وجوب نماز و روزه، صحت بیع و اجاره، انتقال مال متوفاه به ورثه او و یا حجت شرعی جعلی، که أحياناً به آن علمی گویند؛ مانند: آگاهی از فروع احکام از راه اخبار آحاد، ظواهر ادله، اجماع کاشف از رأی معصوم و ...؛ و به طور خلاصه، آگاهی از راه علم و علمی.

۲- «الاحکام»: احکام مقرراتی است که شارع مقدس برای موضوعات مختلف جعل فرموده، و به وسیله پیامبر ﷺ و جانشینان او همه به ما ابلاغ شده است؛ مانند: وجوب واجبات، حرمت محرّمات، جزئیّت اجزای موضوعات احکام، شرطیّت شرایط و شارع یعنی مقنن، و مصداق حقیقی آن خود خداوند است که مقنن قوانین اسلامی است؛ چنان که وقتی به پیامبر ﷺ اطلاق شود، اطلاق است مجازی، به این اعتبار که وی مبلغ

احکام، و أحياناً به اذن خداوند، مقنن برخی از قوانین بوده است .

۳- «الشرعیه»: تقیید احکام به شرعی در تعریف فقه، برای اخراج احکام غیر شرعی است؛ از قبیل: احکام عقلی و غیر عقلی.

۴- «الفرعیه»: تقیید احکام شرعی به فرعی، ممکن است برای اخراج مسائل اعتقادی باشد، یعنی مسائل کلامی، و ممکن است برای اخراج مسائل اصول فقه، یا برای اخراج هر دو. و چه بسا اقتضای مناسبت حکم و موضوع آن باشد که منظور را اخراج مسائل اصول فقه بدانیم؛ بلکه می توان گفت که اگر هدف، اخراج مسائل کلامی بود، تعبیر «عملی» اولی بود، نه «فرعی».

۵- «عن ادلتها»: چنان که معروف است ادله احکام در تعریف فقه، عبارت است از کتاب (قرآن مجید)، سنت (فعل، قول و تقریر پیامبر ﷺ و جانشینان او)، اجماع (اتفاق نظر فقها که کاشف از رأی معصوم علیه السلام تلقی می شود) عقل (که مقصود عقل عملی است). ذکر این قید برای اخراج علومی است که از این راه حاصل نیامده است؛ اعم از آن که از راه های غیر معتبر باشد، مثل قیاس (از نظر شیعه) و با از راه معتبری مانند وحی و الهام.

البته فقها به ادله دیگری هم استناد می کنند؛ یا بدین جهت که کاشف از نظر معصوم است، مانند خبر عدل یا ثقه و سیره متشرعه، و یا بدین جهت که بازگشت آن به عقل عملی است، مانند بنای عقلاً. بعضی سنت، علاوه بر این ادله، به امور دیگری نیز استناد می کنند؛ از قبیل: قیاس فقهی، استحسان، مصالح مردم، فتنه و سد ذرایع و عرف؛ اما از نظر شیعه برخی از این امور، دلیل خاص معتبر بر عدم اعتبار آن دلالت دارد مانند قیاس فقهی، برخی دیگر هم گرچه دلیل خاص بر عدم اعتبار آن دلالت ندارد، اما حداکثر مفید ظن به واقع است، و ظن هم از نظر شیعه حجت نیست، لذا وجه صحیحی برای استناد به آن ها وجود ندارد. در هر حال آن چه به طور کلی درباره این امور می توان گفت، این است که این امور چنان چه کاشف قطعی از حکم الله یا دلیل معتبر باشد خدشه ای در اعتبار آن وجود ندارد، و الاً دلیل معتبری بر اعتبار نیست .

۶- «التفصیلیه»: مقصود از این قید در تعریف، دلیل های خاص هر مسئله است، بنابر این، شاید برای اخراج علم «مقلد در احکام» باشد که همه، از راه یک دلیل اجمالی

است.

تا این جا بحث در اطراف تعریف فقه بود. شاید، به طور خلاصه، بتوان گفت که فقه، علم به کلیه وظایف عملی انسان است که در مقابل حقوق دیگران، اعم از شخصیت های حقیقی یا حقوقی، دارد، البته به شرط این که مستند به دلیل معتبر باشد.

در پایان بحث تعریف، بار دیگر اشاره به این نکته ضرورت دارد که: احکام فقهی را نمی توان مرادف احکام الله، احکام شرع، احکام اسلام و مانند این تعبیرات دانست، در نتیجه، چنان چه آثار خاصی بر این عناوین مترتب باشد، نمی توان آن را بر احکام فقهی مترتب دانست، چون مقصود از آن عناوین، حکم الله واقعی است؛ یعنی آن احکام که در لوح محفوظ ثبت است، نه احکامی که، بر حسب استنباط فقیه، حکم خداوند دانسته می شود (احکام فقهی). بنابراین، مسئله ارتداد بر احکام فقهی و حتی بر ضروریات فقه مترتب نخواهد بود؛ البته، چنان چه مسئله ای، نه بر حسب استنباط فقیه، بلکه بر حسب ضرورت دین، حکم خداوند بوده و هیچ گونه استنباطی در آن راه نداشته باشد، مانند وجوب نماز و زکات، منکر آن به یقین مرتد بوده و احکام خاصه مرتد بر او مترتب خواهد بود.

۲- تقسیمات احکام

احکام به اعتبارات مختلف دارای تقسیمات متعددی است که به برخی از آن ها اشاره می شود:

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۲-۱- احکام تکلیفی و وضعی

احکام تکلیفی، احکامی است که به منظور الزام مکلف به فعل یا ترک عمل، زجر مکلف از فعل یا ترک و یا ترخیص در آن به فعل یا ترک تعلق گرفته است. قسم اول را وجوب، قسم دوم را حرمت و قسم سوم را اباحه به معنای اعم نامند؛ یعنی: چنان که امر به فعل را وجوب گویند، امر به ترک فعل را هم باید وجوب نامید؛ منتها قسم اول، وجوب فعل است و قسم دوم، وجوب ترک؛ و نیز چنان که نهی از فعل را حرمت نامند، نهی از ترک را هم باید حرمت نامید؛ منتها قسم اول، حرمت فعل است و قسم دوم حرمت ترک. اباحه یا ترخیص چنان چه با رجحان توأم باشد، استحباب نامیده می شود، اعم از آن که متعلق آن فعل باشد، یا ترک، اما یکی استحباب فعل نامیده می شود و دیگری استحباب

ترک؛ چنان که اگر ترخیص با مرجوحیت توأم باشد کراهت نامیده می‌شود؛ اعم از آن که متعلق آن فعل باشد، یا ترک، نهایت این که، یکی کراهت فعل است و دیگری کراهت ترک. و چنان که ترخیص، خالی از رجحان و مرجوحیت باشد، اباحه (به طور مطلق) یا اباحه به معنای اخص نامیده می‌شود؛ اعم از آن که متعلق ترخیص فعل باشد، یا ترک. بنابراین، آن چه بین برخی از اصولیین انتشار دارد - که «امر بر طلب فعل دلالت می‌کند و نهی بر طلب ترک» - درست نیست؛ بلکه، درست این است که امر بر طلب دلالت می‌کند، اعم از آن که متعلق آن فعل باشد یا ترک، نهی هم بر زجر و منع دلالت می‌کند، اعم از آن که متعلق آن فعل باشد، یا ترک. امر از مصلحت در متعلق ناشی شده است، چه فعل و چه ترک، و نهی از مفسده در متعلق ناشی شده، چه فعل و چه ترک.

احکام وضعی، احکامی است که می‌تواند به فعل یا ترک متعلق باشد، و یا به امور دیگر، اعم از اشیا یا اشخاص، و در هر حال، بر طلب یا زجر یا ترخیص دلالت نمی‌کند، بلکه بر مجعولات دیگری مانند: شرطیت، مانعیت، جزئیت، سببیت، طهارت، نجاست، ملکیت، زوجیت، حجیت، ولایت، ضمان و... دلالت دارد؛ و برخلاف آن چه تصور شده، در عدد خاصی محصور نیست.

بنابراین، آن چه برخی تصور کرده‌اند که: «احکام تکلیفی به فعل و ترک تعلق می‌گیرد، و احکام وضعی به امور دیگر»، نیز درست نیست، بلکه معیار همان است که ذکر شد؛ و در حقیقت، قسمت اعظم احکام فقهی را احکام وضعی تشکیل می‌دهد؛ نه تنها احکام عقود و ایقاعات، بلکه بخش عظیمی از احکام عبادات و دیگر احکام که در مقام بیان جزئیت اجزا، شرطیت شرایط، مانعیت موانع و مانند این‌ها است، همه احکام وضعی است؛ و می‌توان گفت که قسمت بزرگی از آن‌ها، مانند احکام ولایات و حکومتات، تا زمان تشکیل حکومت اسلامی مهجور بوده است.

۲-۲. احکام تأسیسی و امضایی

احکام تأسیسی، احکامی است که شارع مقدس، خود، آن‌ها را بنیان نهاده است؛ مانند: احکام عبادات از قبیل: نماز، روزه، حج، جهاد و...، و همین‌طور سایر احکام تکلیفی از قبیل: احکام اطعمه، اشربه، صید، ذباحت و نیز قسمت بزرگی از احکام موارد، سیاست، قضا و شهادت و...

احکام امضایی، احکامی است که شارع مقدس خود بنیان نهاده، بلکه، عقل، عقلا، عرف خاص آن زمان، عرف عام، شرایع سابق و حتی دیگر اقوام و ملل آن را تأسیس کرده‌اند و شارع مقدس آن را تصویب، و از آن‌ها پذیرفته است؛ مواردی از قبیل: وجوب شکر منعم، وجوب اطاعت از خدا، رسول و اولی الامر (که امضای حکم عقل است)، حجیت خبر موثق، ظهور و ... (که امضای حکم عقلا است)، ضمان جریره و چه بسا ضمان عاقله و مانند این‌ها (که امضای احکام تعاونی و تأمینی همان عصر تشریع است)، احکام عقود و ایقاعات، قاعدهٔ ید^۱، علی الید^۲، غرر^۳، غرور^۴ و ... (که امضای احکام عرف عام و أحياناً، احکام عقلا است)، قرعه و مانند آن (که چه بسا امضای احکام شرایع سابق است) و ...

بنابراین تعصبات جاهلانه‌ای، که برخی به آن مبتلا هستند و تصور می‌کنند که «اسلام همهٔ احکامش تأسیسی است و شایسته نیست که اسلام برخی از احکام خود را از دیگر ادیان یا سایر اقوام و ملل بگیرد» درست نیست، بلکه بر عکس، اگر نگیرد خلاف روش عقلا و حتی خلاف ادلهٔ قطعیه است (الذین یستمعون القول فیتبعون احسنه)^۵؛ و از این جاهلانه‌تر تصور برخی از روشنفکران است، که حتی در مورد مسائل قطعی اسلام، سعی دارند مطلب را از دیگر اقوام و ملل بگیرند؛ احمقانه‌تر این که چیزهایی را، که در صدد ابطال آن هستند، به ادیان مستند می‌کنند و آن چه را در مقام اثبات آن هستند، به ملل مترقی نسبت می‌دهند؛ نه که در اسلام و یا دیگر ادیان الهی.

۲-۳. احکام مولوی و ارشادی

احکام مولوی، احکامی است که شارع مقدس به عنوان شارعیت، یعنی ولایتی که بر عباد خود دارد، آن احکام را جعل کرده است، و به اصطلاح، مافوق نسبت به مادون دستوراتی صادر کرده است، چرا که «العبد و مافی یده کان لمولاد»، البته، بیش تر احکام از همین قبیل است.

احکام ارشادی، به خلاف احکام مولوی، شارع، در این احکام، ما را به حکم عقل هدایت کرده، مقتضای طبیعت و فطرت را گوشزد نموده، و به روش عاقلانه رهبری فرموده است. علمای علم اصول در «باب اوامر» و در بحث «دلالت ماده امر بر وجوب»، به روایتی اشاره کرده‌اند که در آن روایت، پیامبر اکرم ﷺ به خانمی به نام بریره، که

روابط او با شوهرش به سردی گراییده و خانه شوهر را ترک کرده بود، امر فرمود تا به خانه شوهر بازگردد، زن گفت: «اتأمرنی یا رسول الله؛ آیا دستور مولوی صادر می‌فرمایید؟» (کنایه از این که: اگر چنین است، بی چون و چرا بازگردم). حضرت فرمود: «لا، بل انما أنا شافع؛ نه، هدفی جز میانجیگری ندارم» (منظور حضرت این بود که: نه، امر مولوی صادر نکرده‌ام، هدف وساطت و حفظ روابط خانوادگی است).^۶ و نیز از این قبیل است امر اطاعت از خدا و رسول و اولوالامر، نهی از عصیان و طغیان، دستورات اخلاقی، تربیتی و اجتماعی و مانند این‌ها.

۲-۴-۲-۴ احکام واقعی و ظاهری

احکام واقعی، احکامی است، که چه مکلف آن را بداند و چه نداند، چه موضوع آن را بشناسد و چه نشناسد، برای موضوعات واقعی خود ثابت است؛ مثلاً شارع مقدس فرموده است: «انما الخمر... رجس من عمل الشیطان فاجتنبوه؛^۷ خمر (آن چه واقعاً شراب است، خواه مکلف بداند که مصداق شراب است، و خواه نداند)... پلیدی‌ای، از کار شیطان است از آن اجتناب کنید.» آیه شریفه وجوب اجتناب را، چه از لحاظ حکم و چه از لحاظ موضوع، به علم و جهل مقید نکرده است. این حکم را حکم واقعی خوانند؛ البته، ممکن است مرتکب شرب خمر، به علت جهل معذور باشد، ولی این بدان معنا نیست که خمر واقعی حرمت ندارد، بلکه بدین معناست که وی در ارتکاب این فعل حرام، معذور است.

احکام ظاهری، این احکام برای کسی جعل شده است که حکم واقعی را به علت جهل به حکم یا به علت جهل به موضوع، نمی‌داند؛ مثلاً: کسی که نمی‌داند غنا حرام است (شبهه حکمیه)، یا می‌داند غنا حرام است، ولی نمی‌داند که این صدای بخصوص غنا است یا خیر (شبهه موضوعیه)، و به موجب اصل حلیت مرتکب حرام واقعی می‌شود، این حلیت را، که در مورد جهل به حکم واقعی جعل شده است، حکم ظاهری نامند.

۲-۴-۱-۲-۴-۱ اقسام حکم واقعی

حکم واقعی اولی حکمی است که به عنوان اولی شیء تعلق گرفته و هیچ یک از عناوین ثانویه بر آن عارض نشده باشد. مقصود از عنوان اولی، همان معرف و عنوانی است که ما

هر چیز را، در وضع عادی، به آن می‌شناسیم؛ مانند: خمیریت خمیر، زوجیت زوج، حیوانیت حیوان و، اعم از آن که ذاتی باشد یا عرضی. بنابراین، هر حکم که بر این نوع عناوین مترتب است، حکم واقعی اولی نامیده می‌شود؛ مانند: احکام خمیر، صلوة، صوم و

حکم واقعی ثانوی حکمی است که به موضوعات واقعی تعلق گرفته، با تقید به عروض عناوین ثانویه بر آن، یعنی عناوینی از قبیل: ضرر، حرج، خطا، نسیان، اکراه، اضطرار و؛ مثلاً عدم وجوب صوم رمضان، در صورتی که متضمن ضرر یا حرج باشد، عدم مبطلت اکل و شرب نسبت به صوم، در صورتی که از روی نسیان انجام شده باشد، عدم صحت بیع، در صورتی که از روی اکراه انجام گرفته باشد و ...

۲-۴-۲- اقسام حکم ظاهری

امارات یا ادله اجتهادی دلیل‌هایی است که به طور نوعی، از مؤذای خود کشف می‌کند؛ یعنی برای اشخاص طبیعی و معمولی، که در حد اعتدال بوده و به افراط و تفریط دچار نیستند، موجب ظن به حکم یا موضوعی، که کاشف از آن‌ها است، می‌شود؛ مانند احکامی که از خبر واحد، ظواهر الفاظ و اجماع منقول حاصل آمده،^۸ یا موضوعاتی که از طریق بینه، ید مسلم، سوق مسلمین و مانند این‌ها به دست می‌آید. پس معلوم می‌شود که امارات بر دو نوع است: حکمی و موضوعی؛ امارات حکمی در شبهات حکمی جاری می‌شود و امارات موضوعی در شبهات موضوعی جاری می‌شود. اصول عملیه قواعدی عملی است که برای فردی که در حکم واقعی شک دارد (شاک) وضع شده و هیچ‌گونه کاشفیتی از واقع ندارد؛ و بر فرض این که کاشفیتی نیز داشته باشد، اعتبار آن‌ها ناشی از جهت کاشفیت آن‌ها نیست. احکامی که از این اصول به دست می‌آید احکام اصول نامیده می‌شود. اصول عملیه عبارت است از: اصل برائت، استصحاب، تخییر و اشتغال.

البته، امارات و اصول عملیه، هر دو، در مورد شک جعل شده‌اند، ولی در دلیل امارات، جهل یا شک به واقع اخذ نشده، اما در موضوع دلیل اصول، این شک یا جهل به واقع اخذ شده است؛ مثلاً در ادله حجیت خبر عادل، که مفاد آن وجوب تصدیق عادل است، این نکته بدیهی است که وجوب تصدیق عادل در صورتی است که انسان واقع را

ندانند؛ اما در عین حال، در ادله حجیت خبر عادل به هیچ وجه به این اشاره نشده است که تصدیق عادل به این مشروط است که کسی که خبر برای او نقل شده، حکم واقعی را نداند، در حقیقت، خبر عادل از حکم واقعی خبر می‌دهد؛ و همین طور است ادله سایر امارات. اما در ادله اصول عملیه، این قید اخذ شده است که کسی که حکم واقعی را نمی‌داند، می‌تواند از این اصل استفاده کند. تعبیر «کل شیء لک حلال، حتی تعلم انه حرام»، بر این دلالت دارد که اصل حلیت اشیا در صورتی جاری است که شخص حرمت واقعی آن را نداند؛ و نیز همین طور است ادله استصحاب و سایر اصول، که سرّ تقدم امارات بر اصول عملیه نیز همین است.

۵-۲ احکام خصوصی و احکام عمومی

متأسفانه این تقسیم بندی به علت انزوای سیاسی شیعه به فراموشی سپرده شده بود؛ این انزوا نیز خود معلول علل متعددی بوده که به نظر این جانب، مهم ترین آن علل برخورد خشن سنی و شیعه است. پس از رحلت پیامبر گرامی اسلام ﷺ، تفوق اهل سنت نسبت به شیعه، هم از لحاظ عده و هم از لحاظ عده، به شکلی بود که در طول تاریخ، هیچ گاه نگذاشتند پیشوایان شیعه توانی کسب کنند، و پیروان آنان را هم، از همین راه، پیوسته در ضعف و زبونی قرار می‌دادند تا این که در قرون اخیر، به علت ناتوانی در مقابل جهانخواران، خود نیز قدرت را به آنان سپردند، و همگی در مقابل آنان به تسلیم و ادار شدند. همین امر سبب شد که شیعه، به کلی، فکراً حکومتی را از سر بیرون کند، به طوری که حتی فقهای آنان ذکر احکام آن را این از یاد بردند.

خوشبختانه پس از تشکیل جمهوری اسلامی، به خواست خداوند و همت امام خمینی علیه السلام توازن به نفع شیعه به هم خورد، و از این رو شیعه در فکر بیان احکام حکومتی افتاد. اما، متأسفانه حتی در نام گذاری این احکام نیز دچار تشتت شد؛ برخی، بدون این که برای بقیه احکام ذی ربط نامی برگزینند، از این جهت که این نوع احکام به حکومت مربوط است، آن را احکام حکومتی نامیدند. گروهی آن را، در مقابل احکام الهی، به مناسبتی، احکام ولایی نامیدند؛ با این که، با توجه به وجه دیگری، می‌توان هر دو قسم را ولایی یا الهی نامید. ولی، این جانب، به مناسبتی که در تعریف روشن خواهد شد، علاوه بر این که این دو اصطلاح به زبان حقوقی نزدیک تر است، این دو قسم را احکام

خصوصی و احکام عمومی نام نهاده‌ام:

احکام خصوصی احکامی است که افراد، به عنوان خاص خود، به انجام آن مکلف اند؛ یعنی خصوصیت شخص مکلف در حکم دخالت دارد، یا بدین وجه که هر فرد، مکلفی است مستقل - از قبیل عموم افرادی - مانند تکالیف عینی؛ و یا بدین وجه که هر فرد جزئی است از مجموعه‌ای - از قبیل عموم مجموعی - مانند افرادی که از طرف پیامبر ﷺ به «سرایا» ارسال می‌شدند؛ و یا بدین وجه که تنها برخی، به نحو لا علی التعمین، مکلف‌اند، مانند واجبات کفایی. البته، این قسم از احکام دارای تقسیمات بسیار دیگری نیز هست، که در ادامه به برخی اشاره خواهد شد.

احکام عمومی احکامی است که افراد، به عنوان خاص خود، مأمور به اجرای آن نیستند و خصوصیت شخص مکلف در حکم دخالت ندارد، بلکه مکلف و مأمور به اجرای این نوع حکم، عامه افراد، یعنی جامعه است و افراد به این عنوان که عضو جامعه‌اند، به آن مکلف‌اند. متأسفانه، فقها، به هیچ وجه، در مقام استنباط آن بر نیامده، و چه بسا لاقلاً بسیاری از آنان نتوانند این نوع از احکام را استنباط کنند، زیرا منابع استنباط این نوع احکام، تنها ادله اربعه نیست، بلکه منابع دیگری نیز برای استنباط آن‌ها لازم است، و چه بسا بتوان «قیاس فقهی»، «استحسان»، «فتح و سد ذرایع»، و خصوصاً «مصلح و مفاسد عمومی» را نیز از جمله منابع استنباط این نوع از احکام دانست. البته، جماعتی از حقوق دانان شیطان و دیگر حقوق دانان در مقام استنباط این نوع از احکام بر آمده، و آثار بسیار سودمندی در این ابواب از خود به یادگار گذاشته‌اند، لذا اگر این افراد از تمام منابع لازم آگاهی داشته باشند، می‌توان آنان را نیز مجتهدی متجزی دانست.

احکام عمومی، کلیه احکام و مقرراتی است که حکومت‌ها موظف به ترتیب دادن مجالس تقنینی برای وضع آن‌ها و نیز تنظیم و ترتیب و مدیریت اجرایی آن‌ها هستند. در این جا ذکر چند نمونه از این احکام، به جز مواردی که فقها هم در آن دخالت دارند، مناسب است؛ مواردی از قبیل: احکام و مقررات سیاسی، اقتصادی، فرهنگی، مخابراتی، دارایی، بازرگانی، روابط خارجی و بین‌المللی، صنعت، هنر، اطلاعاتی و تبلیغاتی، جنگ، صلح، معادن و ...

در پایان، اشاره به این نکته نیز ضرورت دارد که جامعه (موضوع این قسم از احکام)،

غیر از مجموع من حیث المجموع، یعنی یکی از موضوعات قسم سابق است. جامعه عنوانی است انتزاعی که از افراد انتزاع شده؛ البته نه از این جهت که فردند و دارای خصوصیات فردی اند، بلکه از این جهت که جامع مشترکی دارند، لذا چنان که افرادی هم مرتکب عملی خلاف احکام عمومی شوند، دیگران موظف اند به آن احکام عمل کنند. اما مجموع من حیث المجموع (عام مجموعی) چیز دیگری است؛ مجموع عبارت است از همه افراد، از این جهت که فردند، و چنان چه برخی از افراد از انجام تکلیف مجموعی سرباز زنند، ضرورت ندارد دیگران به آن اشتغال ورزند، چرا که مفروض این است که مصلحت حکم، قائم به انجام فعل توسط مجموع است و در صورت تخلف برخی از افراد، موضوع تکلیف - که مجموع است و مصلحت تکلیف نیز به آن قائم است - از بین می رود و در این صورت، تکلیفی تحقق نخواهد یافت.

نکته دیگر این که: احکام عمومی، همه احکامی الهی است، که فقها باید در مقام استنباط آن نیز باشند، ولی متأسفانه، چون کار از دست آنان خارج شده بود، به تدریج این نوع احکام به دست فراموشی سپرده شده و کسی در مقام استنباط آن بر نیامده است، لذا دیگران جای خالی آنان را پر کرده اند.

البته احکام، تقسیمات بسیار دیگری نیز دارد؛ از قبیل: تقسیمات واجب به تعیینی و تخییری، عینی و کفایی، تبعدی و توصلی، موقت و غیر موقت، و تقسیم موقت به موسع و مضیق، تقسیم غیر موقت به فوری و غیر فوری و غیر آن، که تفصیل آن را به جای مناسب دیگری موقوف می کنیم.

ب) موضوع فقه

معروف است که موضوع فقه، عمل مکلفین است. لیکن، اگر مقصود این باشد که: «موضوع فقه، هر چه باشد، بالاخره به عمل مکلف منتهی می شود»، این درست است و اشکالی بر آن مترتب نخواهد بود، ولی اگر مقصود این باشد که: «موضوع فقه، مستقیماً عمل مکلف است»، یقیناً درست نیست، چرا که بسیاری از موضوعات در مسائل فقه، مستقیماً عمل مکلف نیست؛ مانند: نجاست بول، خون، منی و غیره، یا اشتراط تکلیف به بلوغ، عقل و غیره، و یا زوجیت زوج و زوجه برای یکدیگر و ...

ج) غایت فقه

چنان که گفته‌اند هدف و غایت فقه، همان رستگاری در دنیا و آخرت است که غایت حکم الله واقعی است.

بخش دوم: حقوق**الف) تعریف حقوق**

حقوق، گرچه در حال حاضر در معنای مفرد هم به کار می‌رود، اما در اصل، جمع حق است و حق، در لغت، به معنای ثبوت، یا شئی ثابت است، و در اصطلاح، توانایی ای است که کسی نسبت به چیزی، یا کسی و یا عقد و مانند آن دارد؛ مثلاً حق حیات (که عبارت است از این که هر کس می‌تواند مباحثات اولیه را به دست آورد)، حق تحجیر (که عبارت است از این که هر کس می‌تواند اراضی بی مالک را، با وجود شرایط، برای تملک یا استفاده، مرزبندی کند)، حق قصاص (که ولی مقتول می‌تواند قاتل را قصاص کند، یا به تعبیر صحیح‌تر، قصاص قاتل را از دادگاه بخواهد)، و یا حق خیار (که بر اساس آن، صاحب حق می‌تواند عقد را فسخ کند).

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

ب) موضوع و متعلق حق بر مال جامع علوم انسانی

چنان که اشاره شد، موضوع حق می‌تواند انسان، عقد، و یا هر چیز دیگر باشد، اما متعلق حق پیوسته عملی است که صاحب حق می‌تواند نسبت به موضوع حق انجام دهد.

ج) منشأ اعتبار حق و معطی آن

منشأ اعتبار حق، گرچه گاهی عرف و گاهی طبیعت یا فطرت است، ولی معطی و اعتبار کننده حق، پیوسته شرع یا قانون است. اگر شرع یا قانون، کسی را صاحب حق نشناسد، به هیچ وجه نمی‌تواند تصرفی در موضوع حق انجام دهد.

د) حق، حکم ترخیصی و ملک

حق، با هر کدام از احکام ترخیصی و ملک جامع مشترکی دارد؛ یعنی، هم در موارد حق و هم در موارد حکم ترخیصی یا ملک، کسی بر عملی توانایی دارد. اما بین آن‌ها فارق‌ی هم وجود دارد؛ مثلاً، در مورد حق، صاحب حق می‌تواند قدرت خود بر آن عمل را ساقط کند، اما در حکم ترخیصی، کسی که بر عملی توانایی دارد، نمی‌تواند توانایی را از خود سلب کند. همین‌طور، در مورد حق و ملک، گرچه هم مالک و هم صاحب حق، می‌توانند نسبت به چیزی تصرفی را اعمال کنند؛ اما، تفاوت میان آن‌ها در این است که، چنان‌که اشاره شد، حق پیوسته به عمل تعلق می‌گیرد، ولی متعلق ملک می‌تواند عین، منفعت و غیر آن باشد.

ه) صاحب حق

صاحب حق، گاه خداوند است (در موارد حق الله) و گاه بشر (در موارد حق الناس). اما در مقابل هر حق، پیوسته وظایف و تکالیفی وجود دارد که «من علیه الحق» موظف است آن را انجام دهد؛ مثلاً خداوند بر بشر حقوقی دارد؛ او را وجود داده و صاحب کمالات وجود ساخته، و نعمت‌های بسیاری به او عطا فرموده است، لذا بشر هم در مقابل این نعمت‌ها، باید تکالیفی را که خداوند صادر فرموده، انجام دهد؛ هم چنین شوهر نسبت به زن، یا زن نسبت به شوهر حقوقی داشته، و طرف مقابل در برابر این حقوق، تکالیفی را نسبت به دیگری دارد که باید انجام دهد.

نتیجه

حقوق منشأ تکالیف است، و تکالیف هم قسمتی از مطلق احکام، زیرا دانسته شد که بخشی از احکام، تکالیفی است و آن نیز خود بر دو قسم است: قسمی از عبادات و قسمی هم از دیگر ابواب فقه؛ مانند: تکالیف در باب اطعمه، اشربه، صید و ذباحت و غیر آن؛ و بخش دیگر احکام وضعی است؛ مانند: غالب احکام معاملات. این قسمت هم، هر چند مستقیماً حکم تکلیفی نیست، لکن هر یک، به طور غیر مستقیم، مستلزم یک یا چند

حکم تکلیفی خواهد بود.

اگر بگوییم «فقه به طور کلی، به طور مستقیم و یا به طور غیر مستقیم از تکالیف بحث می‌کند و تکالیف، همه از حقوق ناشی می‌شود»، سخن به گزاف نگفته‌ایم؛ در این صورت، اگر علم فقه از حقوق (مناشی تکالیف) بحث کند، این بحث، به یقین، بحثی است استطرادی.

اما، اگر حقوق - یعنی دانش های حقوقی - واقعاً از «حقوق» بحث می‌کرد، که مناشی احکام است، در این صورت نسبت منطقی بین «علم فقه» و «علوم حقوقی»، نسبت تباین بود، چرا که در این صورت علم فقه، از آن چه از حقوق ناشی می‌شود - یعنی نواشی - بحث می‌کند، و علوم حقوقی از منشأهای آن‌ها - یا مناشی. ولی واقعیت این گونه نیست؛ دانش‌های حقوقی هم از همان چیز بحث می‌کند که موضوع بحث علم فقه است؛ یعنی احکام و دستوراتی که از «حقوق» ناشی می‌شود، نه از مناشی آن، علاوه بر حسب معمول، علوم حقوقی شرح‌ها و استدلالی است بر مقررات و مواد قوانین مصوب. در این صورت تفاوت بین علم فقه و علوم حقوقی، از نظر کلی، از دو جهت خواهد بود:

۱- علم فقه در مقام استنباط احکام الله است و این احکام را شرح و بسط و تبیین می‌کند، اما علوم حقوقی این عمل را نسبت به قوانین مصوب انجام می‌دهد.

۲- استدلال فقهی، اشتغال از دلیل به مدلول است (تقریباً دلیل ائی)، اما استدلال حقوقی از قبیل استدلال از علت به معلول است (تقریباً دلیل لمی).

بنابراین تفاوت بین آن‌ها تفاوتی اساسی و ماهوی نیست؛ هر دو از احکام و دستورات بحث می‌کنند و موضوع هر دو نیز، هر چند به طور غیر مستقیم، عمل افراد است، هدف آن‌ها نیز به هم نزدیک است، و آن عبارت است از «آشنایی مکلفان و افراد ملت با حقوق و وظایف خود»، که انتظام امور و فوز و فلاح دنیا و آخرت را به دنبال دارد. اما اگر بخواهیم رابطه بین علم فقه مدون و علوم حقوقی موجود را از لحاظ موارد یعنی مسائل مطروحه در نظر بگیریم، پیدا است که نسبت بین آن‌ها عموم و خصوص من وجه است؛ موارد اجتماع آن‌ها احکام عقود، ایقاعات، احوال شخصیه و مانند این‌ها است، و موارد افتراق از ناحیه فقه، احکام عبادات و سایر احکام تکلیفی است، و از

ناحیه علوم حقوقی، مسائل شاخه‌هایی از حقوق است، از قبیل «حقوق بین‌المللی، تجارت، کار، ثبت، دریایی و فضایی و غیر آن».

البته، اگر ادعا کنیم: مسائلی که باید در فقه مطرح شود، بسیار وسیع‌تر از آن است که در فقه مدوّن آمده، و همه یا بیش‌تر انواع حقوق را شامل می‌شود؛ و یا این‌که ادعا کنیم مسائلی که در علوم حقوقی باید مطرح شود، وسیع‌تر از آن است که در انواع حقوق آمده و بگوییم: اگر حقوق از احکام عبادات و مانند آن بحث نمی‌کرد، به این علت بود که اسلامی نبود، و اکنون که اسلامی شده از این‌ها هم باید بحث کند و همه انواع مسائل تکلیفی را - که در رابطه با حقوق خداوند مطرح است - نیز شامل می‌شود؛ چنان‌چه تنها حذف یکی از مابه‌الامتیازها را بپذیریم، نسبت بین آن‌ها عموم و خصوص مطلق می‌شود، و چنان‌چه حذف هر دو مابه‌الامتیاز را بپذیریم، نسبت بین آن‌ها تساوی می‌شود؛ و چنان‌چه قسمتی از مابه‌الامتیازها را حذف کنیم، ممکن است نسبت همان عموم و خصوص من وجه باقی بماند، اما با تمایز کم‌تر.



پی نوشتها:

۱. «اليد كاشفة عن الملكيد».
۲. «على اليد ما أخذت حتى تؤدى».
۳. «نهى النبي عن (بيع) الغرر».
۴. «المغرور يرجع الى من غره».
۵. زمر (۳۹) آیه ۱۸.
۶. سنن ابی داود، ج ۲، ص ۲۷۰، کتاب الطلاق، حدیث ۲۲۳۱ باب.
۷. مانند (۵) آیه ۹۰.
۸. این نوع احکام را احکام امارات گویند.

