

دکتر علی شیخ موحد

عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز

## تقابل فقه و حقوق در اجرا

### چکیده

امروزه یکی از زمینه‌های قابل بررسی، رابطه‌ی علوم دینی سنتی با علوم جدید به ویژه علوم انسانی است و این که در برخی زمینه‌ها تشابه و گاه ارتباط وثیق مبنایی وجود دارد که حوزه‌ی فقه و حقوق از آن جمله است. بخش اعظمی از فقه کاملاً مرتبط با حقوق است و شاید بعضی مواد قانونی دقیقاً برگرفته از فقه باشد، بنابراین رابطه‌ی مبانی و مسائل این دو علم از جمله مباحثی است که نیاز به بررسی دارد و شاید تعارض آن دو باید به گونه‌ای علمی بر طرف گردد.

پیشینه‌ی ۱۴۰۰ ساله‌ی ارتباط حقوق با فقه اسلام، رابطه‌ی قهری فقه و حقوق را در سرزمین‌های اسلامی توجیه می‌کند؛ هر چند که چاپ حقوق جدید، بسیاری از مباحث موجود در کتاب‌های فقهی را به گونه‌ای که هم اکنون در فقه مدون شده و با توجه به این که در زمان تدوین، محلی برای اجرا نبوده است، قبول نمی‌کند اما بسیاری از مسایل فقهی که از عرف و عادات الهام می‌گیرند، می‌تواند نهال حقوق جدید را بارور نمایند و در غنی ساختن حقوق جدید سهم به‌سزا داشته باشند، مشروط بر آن که مشکلات اجرا در آن دیده شده باشد.

فقه و حقوق با آن که از جهاتی با یکدیگر تفاوت دارند، اما در واقع دو علم مجزای از هم نیستند و مشترکات فراوانی دارند، گاهی حکم شرعی صفات یک قاعده‌ی حقوقی را پیدا می‌کند و دارای تمامی عناصر لازم در قاعده حقوق می‌گردد. فقه چنانچه شرایط زمان و مکان و مشکلات اجرا در آن دیده شود ممکن است بالقوه این توانایی را داشته باشد که مانند حقوق با گسترش در تمام زمینه‌ها به مرور زمان یک نظام حقوقی واحد ایجاد کند که در آن صورت، بخش بزرگی از فقه؛ نظامی در کنار دیگر نظام‌ها خواهد بود و در این صورت لازم است روشی دیگر در نظر گرفت و می‌تواند یک نظام جدید قضایی به عنوان فقه حکومتی پدید آورد.

فقه یکی از علومی است که برگرفته از متون اسلامی می‌باشد. از طرفی فقه در شریعت و نظام اسلامی همان قوانین و حقوقی است که بعد از چالش و استنباط به مرحله اجرا درمی‌آید. فقه تعیین‌کننده‌ی بخشی از آیین زندگی است که در شریعت اسلام معین شده، بخش دیگر را فلسفه و کلام و تفسیر معین می‌کند. پس شناخت اهداف اجرای فقه و حقوق اسلامی، فقه و مکاتب فقهی و در مقایسه با آن دانستن مکاتب حقوقی وضعی معاصر، ما را در برداشت از متون اسلامی و زندگی اجتماعی آگاه‌تر می‌سازد.

## واژگان کلیدی

فقه اسلامی، فقه حکومتی، قاعده‌ی حقوقی، حکم شرعی، مصالح فردی و اجتماعی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## مقدمه

رابطه‌ی فقه و حقوق تا آن زمان که وارد مرحله‌ی اجرایی نشده است چندان مورد بحث نیست اما از آنجا که در آخر این دو منبع در مرحله‌ی اجرایی با هم تلاقی کرده، می‌بایست مورد بررسی قرار گیرد و نکته‌های مبهم روشن گردد. تأکید نگارنده در این مقاله بر توضیح هرچه بیشتر قوانین شکلی و تبیین جایگاه آن در فقه بوده، که البته جهات مختلف دارد و عمده آن جهات به شرح زیر است:

۱- بعضی از فقهای مسلمان در این‌گونه مسائل به اظهار نظر و اثبات و نفی می‌پردازند که گویی قوانین شکلی عملی از فقه اسلامی است، بنابراین به همان گونه که در قوانین ماهوی بحث می‌کنند در این‌جا نیز شروع به استنباط و استنتاج می‌کنند.

۲- بی‌توجهی به تقسیم قوانین به شکلی و ماهوی در فقه، به واسطه‌ی این‌که حکومت بر اساس فقه نبوده، مجتهد، مقلد، حکومت و جامعه را در مقابل سؤالاتی بسیار قرار می‌دهد که مقداری توجه به آن بسیاری از مسائل را به راحتی حل کرده و از بروز مشکلاتی جلوگیری می‌کند.

۳- برخی از شبهات درباره‌ی کارکرد عملی فقه در جهان اسلام در واقع به کیفیت قوانین شکلی نظر دارد، مثل انحای مختلف دبه و یا طرق مختلف قصاص و حدود در بعضی از مجازات‌ها.

۴- بخشی از اشکالاتی نیز که درباره‌ی خلأهای قانونی در فقه مطرح است مربوط به قوانین شکلی است.

حال با توجه به نکته‌های بالا، این سؤال مطرح می‌شود که آیا می‌توان گفت اسلام دارای یک سیستم قضایی و آیین دادرسی و قوانین اثباتی خاص خود است؟ برخی از حقوق‌دانان گفته‌اند:

عده‌ای می‌گویند: سیستم قضایی اسلام این نیست که باز پرس باشد، دادستان باشد، تحقیق بکنند و یا کیفر خواست صادر بشود، بلکه این است که مردم بیایند پیش قاضی مشکلشان را بگویند؛ یعنی همان‌گونه که حضرت امیر(ع) در دکه القضاء می‌نشست و هر کس دعوایی داشت نزد ایشان می‌آمد و پس از تحقیق و بررسی حکم صادر می‌شد، الان هم به همان ترتیب باشد. اما آیا می‌توان جامعه‌ی پیچیده‌ی امروزی را با همه‌ی مسائل

مختلف و جرایم پیچیده کلاهبردای و سرقت و... با جامعه‌ی بسیط در زمان حضرت امیر(ع) مقایسه کرد و به همین سادگی گفت که همه صلاحیت‌ها و تشکیلات باید تغییر کند چون هیچ کدامش اسلامی نیست. (مهرپور، ۱۶)

برداشت‌های افراطی، سطحی و بدون توجه به زمان از فقه، سبب بروز چنین مشکلاتی شده‌است. چنین اظهار نظرهایی نه تنها به نفع فقه نیست، بلکه به ضرر آن‌هم تمام می‌شود؛ چون گرچه در ظاهر امر مشکلی را حل می‌کند، ولی از آن طرف فقه را با سؤالات و مشکلاتی مواجه می‌کند که پیروی از آن بسیار مشکل و سخت است.

نتیجه آن‌که، نیاز به قوانین شکلی در فقه و حقوق، لازمه اجرای احکام این دو است، ولی نباید از خلطی که در مباحث فقهی انجام گرفته‌است غفلت شود. البته ذکر این نکته بسیار ضروری است که به نظر می‌رسد برخی از قوانین شکلی در فقه، جزو جدا ناشدنی قوانین ماهوی باشد<sup>۱</sup> و یا این‌که چه زمانی نوبت به حلف و نکول می‌رسد. مسائلی از این قبیل، در فقه، ما را بر آن می‌دارد که از اظهار نظرهای عجولانه در معرفی قوانین شکلی فقه و دم زدن از جدایی آن از قوانین ماهوی به صورت مطلق پرهیز کنیم.

### گفتار اول: جایگاه قوانین شکلی در فقه و حقوق

اولین چیزی که در هنگام اجرای<sup>۲</sup> قواعد فقهی و حقوقی مطرح می‌شود، قوانینی است که از نحوه‌ی اجرا بحث می‌کنند؛ یعنی برای اجرای قواعد و قوانین فقهی و حقوقی که موضوعی از موضوعات حقوقی را بیان می‌کنند و اصطلاحاً قوانین ماهوی یا ماهیتی نامیده می‌شوند، (جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ۵۲۱) از قوانین شکلی استفاده می‌شود.

در تعریف قانون شکلی چنین گفته می‌شود:

قانون مربوط به منازعات از جهت رسیدگی و اثبات وقایع حقوقی، مانند قانون آیین دادرسی مدنی و کیفری و مانند این‌ها. فقها به آن قانون اثباتی می‌گفتند. (همو، همان، ۵۲۰)

۱- مانند «البینه علی المدعی و الیمین علی من انکر»

۲- منظور از اجرا در این‌جا همان معنایی است که به عنوان فن حقوق در این علم متداول و معروف است؛ یعنی اجرای حقوق به‌دست قاضی، وکیل، بازپرس، و تمام مسؤولان اجرایی در رده‌های مختلف. برای اجرای مقدمات، اهداف، ضمانت اجرا و مسائل دیگر است.

آمیختگی قوانین شکلی و ماهوی در فقه آن‌چنان است که جدا کردن آن‌ها از یکدیگر در مواقعی بسیار مشکل می‌نماید و این آمیختگی نه تنها در ابواب معاملات (به معنای اعم)، بلکه در ابواب عبادات نیز وجود دارد و در عباداتی مثل حج و نماز، شکل انجام آن‌ها قابلیت انفکاک از نفس نماز و حج ندارد و این دو، چیزی جز همان اعمال خارجی با توجه به مراتب اختلاف در کیفیت انجامشان نیستند.

باید توجه داشت ایجاد و وضع قوانین برای اجرا، در جوامع و کشورهای مختلف، متفاوت است. همه‌ی هدف حقوق‌دانان و مصادر قانون‌گذاری در کشورها، اجرای بهتر و عادلانه‌تر قواعد ماهوی حقوق است و برای رسیدن به این هدف وضع قوانین شکلی متناسب با هر جامعه، امری بس مهم و حیاتی تلقی می‌شود.

آیین دادرسی مدنی و کیفری از روشن‌ترین موارد قوانین شکلی هستند که در آن‌ها از نحوه‌ی رسیدگی به جرایم، صلاحیت دادگاه‌ها، تقسیمات محاکم قضایی و شکل اداره‌ی جلسات آن‌ها، طریقه‌ی اقامه دعوا و رسیدگی و صدور حکم و اجرای آن بحث شده‌است. تغییرات زمان و اختلاف در مکان ممکن است موجب آن شود که دو قاعده‌ی ماهوی شبیه به هم، به دو طریق کاملاً مختلف رسیدگی و اثبات شود و معمولاً آن‌چه در حقوق بیش‌تر در معرض تحول و تغییر قرار می‌گیرد، همین قوانین شکلی و اثباتی است.

از این نکته‌ها، به خوبی روشن می‌شود که شرط اساسی تحقق قوانین شکلی وجود حکومت و دولت است و اگر این عنصر نباشد، قاعده‌ی حقوقی شرط اصلی تحقق خود را از دست می‌دهد. در فقه نیز هر جا که بحث از اجرای آن به میان آمده است فقها قوانین شکلی را هم متذکر شده‌اند. کتاب القضاء و آداب و کیفیت صدور حکم در فقه جزایی، مملو از مسائل شکلی است و این عجین بودن قوانین شکلی در فقه مدنی و جزایی به شکل چشم‌گیری در روایت‌ها هم وجود دارد. خلاصه‌وار فهرستی از قوانین شکلی در فقه اسلامی را قبل از مقایسه‌ی نهایی با حقوق، در زیر می‌آوریم:

- چگونگی اجرای احکام قصاص و دیات؛
- چگونگی اقرار متهم و شرایط نفوذ آن؛
- تعداد شهود و شرایط آن‌ها؛
- کیفیت تعارض بینه‌ها؛

- آدابی که واجب است قاضی در هنگام رسیدگی به دعوا رعایت کند؛
- کیفیت قسم خوردن شخص گنگ؛
- کیفیت مجازات در برخی از موارد؛
- و صدها قاعده و قانون دیگر.

چنان که در مباحث حقوق اداری و مقایسه آن با فقه وجود دارد، بخشی از قواعد و قوانین موجود در حقوق اداری مربوط به علوم خارجی از حقوق است و بعضاً در دسته‌ی علوم مدیریتی و کاربردی قرار می‌گیرد. از دلایل عمده این ویژگی در حقوق اداری وجود قوانین شکلی در آن می‌باشد. بنابراین از طرفی قوانین شکلی ممکن است ارتباط مستقیم با علم حقوق نداشته باشند و از دیگر علوم استخراج گردند و از طرفی این قوانین به صرف تئوری‌پردازی و استنباط به دست نمی‌آید، بلکه وقایع خارجی است که آن‌ها را می‌سازد و نیاز به آن را تشدید می‌کند و همراه با تحولات خارجی متحول می‌سازد.

بارها در طول تحقیق از تقسیم‌بندی قوانین به شکلی و ماهوی سخن به میان آورده و فواید این تقسیم‌بندی را متذکر شده‌ایم، اما متأسفانه کمتر به این نحوه‌ی تقسیم در مباحث فقهی توجه می‌شود. نگارنده معتقد است اگر این تقسیم‌بندی با دقت و ظرافت و به دست صاحب‌نظران و فقهای متضلع انجام شود بخش عظیمی از شبهات درباره‌ی فقه برطرف می‌شود، چه این که قدری از شبهات موجود به قوانین و مقررات شکلی در فقه مربوط است و به قواعد ماهوی آن ربطی ندارد؛ برای نمونه طریقه‌ی رسیدگی به دعاوی به دلایل مختلف زمانی و مکانی در قدیم الایام به نحو خاصی انجام می‌گرفت همه‌ی دعاوی به یک قاضی ارجاع می‌شد، قوانین مدون وجود نداشت، رجوع به مسائل کارشناسی در موارد پزشکی قانونی به این گستردگی و دقت نبود و صدها ویژگی دیگر. همه این قوانین شکلی برای اثبات یک قاعده‌ی ماهوی به کار گرفته می‌شود.

شاید آیین دادرسی کیفری در آن زمان برای اثبات کردن یا نکردن جرم کافی بود، ولی مسلماً اعمال همه آن طرق هم اکنون امکان ندارد. در واقع طرق رسیدگی به دعاوی در بسیاری از موارد گرچه در کتاب‌های فقهی آمده است، ولی اثبات این که آن‌ها یک سری قواعد شرعی همیشگی و ثابت هستند مشکل است، چنان که آیین دادرسی که شهید ثانی در مسالک و شرح لمعه از آن بحث کرده، کاملاً متناسب با جامعه آن روز

بوده‌است و حالا نیز وظیفه‌ی ما است که متناسب با جامعه‌ی خود، قوانین شکلی را استنباط و وضع نماییم، گرچه فقه از احکام شرعی بحث می‌کند اما قابل اجرا بودن آنها دقیقاً مربوط به قوانین شکلی است و حکم شرعی بدون ظرف اجرا یقیناً مورد نظر شارع مقدس نبوده است.

### گفتار دوم: کیفیت تعارض حکم شرعی با قاعده‌ی حقوقی در زمان اجرا

قواعدی که در یک کشور اسلامی به عنوان قواعد حقوقی لازم‌الاجرا شمرده می‌شود، مجموعه‌ای است از قوانین شرع و عرف و عادات که به تصویب مراجع ذی‌صلاح در هر کشور رسیده‌است. از بزرگ‌ترین مشکلاتی که در کشورهای اسلامی در زمان اجرای قواعد حقوقی پیش می‌آید، تعارض آن قواعد با فقه و احکام شرعی است. این تعارض معمولاً دو صورت دارد:

اول: ماده یا اصل قانونی متخذ از شرع نبوده، بلکه خلاف شرع و نظریه مشهور فقها باشد؛ برای نمونه، اگر در شرع اجازه‌ی ولی در نکاح دختر باکره شرط صحت عقد باشد ولی در قانون شرط نباشد، اگر طبق قانون، نکاحی صورت گیرد، آن عقد شرعاً مشکل دارد، گرچه از نظر قانون صحیح است و یا این‌که دادگاه بدون رضایت شوهر، به طلاق دادن زوجه اقدام کند که شرعاً دست‌کم در مواردی- جایز نیست ولی قانوناً طلاق جاری می‌شود و نمونه‌هایی دیگر...

چنان‌که عکس این موارد هم صادق است؛ برای نمونه قانون تشریفات خاصی را برای طلاق و نکاح قانونی وضع می‌کند که آن تشریفات در نزد شرع، لازم و ضروری نیست، گرچه برای حقوق از جهت حفظ نظم اجتماعی و تحقق عدالت لازم باشد. این تعارض همان مسأله در نظر نگرفتن ظرف اجرا برای قانون شرع است، مانند این‌که در نظر گرفته نشود که اجازه‌ی ولی در نکاح در چه شرایطی بوده و یا می‌باشد. نمونه‌ی دیگر در فقه این‌که بعضی فقها می‌گویند می‌توان در گرفتن پول ربوی شرطی را که صاحب پول می‌کند (پرداخت سود)، به صورت ظاهری قبول و در واقع همان اصل پول را به عنوان قرض و دین خود قبول کند، این مسأله به‌جز این‌که تدلیس است با قوانین شکلی در بانک‌ها تضاد دارد و به نظر می‌رسد راه حل همان در نظر گرفتن ظرف اجرا است.

دوم: قانون و قاعده حقوقی خلاف شرع نیست ولی از دسته مسائلی است که فقها در آن اختلاف دارند و در حقوق به دلیل ماهیت خاص خود که وظیفه‌ی حل مشکل جامعه را دارد از میان اقوال متفاوت فقها قولی که با مصالح عمومی سازگارتر است برگزیده شده است. حال در زمان اجرای این قانون در مورد شخصی که مجتهدش این نظر را نپذیرفته است فرد دچار مشکل می‌شود و تعارض بین فقه و حقوق به وجود می‌آید؛ برای نمونه، معامله‌ای از نظر قانون درست است ولی فتوای مجتهد این شخص، آن را باطل می‌داند، حال اگر از طریق این معامله‌ی مالی به دست آید، قانوناً قابل تصرف است ولی شرعاً تصرف در آن را جایز نمی‌داند و فرد مسلمان تابع قانون و مقلد را دچار مشکل می‌کند، در واقع گویا این فرد دو مرجع قانون‌گذاری دارد: یکی به اعتبار این که تبعه‌ی کشور است و دیگری به اعتبار این که مقلد یک مجتهد است. مانند این تعارض‌ها بین فقه و حقوق کم نیست و در هم‌سنجی این دو در مرحله اجرا نباید آن‌ها را از ذهن دور داشت.

در مقام حل هر یک از تعارض‌های بالا ممکن است راه‌حل‌های مختلف ارائه شود؛ مانند:

الف- در صورتی که مورد قابل مصالحه باشد خود فرد باید به گونه‌ای با طرف مقابل مصالحه و رضایت او را کسب کند.

ب- هرکس باید به مجتهد خود مراجعه کند و طبق دستور العمل وی ادای وظیفه کند که این امر در مواقعی، مستلزم هرج و مرج است و خلاف نظم عمومی تلقی شده و پی‌آمدهای خاص خود را دارد.

ج- چون مصالح اجتماعی مقدم بر مصالح فردی است پس در هر صورت قوانین حقوقی مقدم است.

د- در یک کشور اسلامی دارای نظام حقوق اسلامی، چون همه قوانین به نحوی به قدرت‌های اجرایی و قانون‌گذاری مربوط هستند که تحت نظر ولی فقیه قرار دارند پس همانند احکام حکومتی بر احکام اولیه و ثانویه مقدم هستند. یا این که گفته شود این قوانین خود، احکام حکومتی هستند. (رک، صرامی، مقاله‌ی احکام حکومتی و مصلحت) یا این که بگوییم احکام مربوط به مسائل اجتماعی حتماً به ولی فقیه مراجعه و از او تبعیت گردد و احکام شخصی به مجتهد و مقلد هر فرد مراجعه شود و مواردی از این قبیل.



آن مقدار که نگارنده به تتبع و تحقیق در متون مختلف پرداخته، نتوانسته است یک جواب کلی، دقیق و مستدل برای پاسخ به تعارضات فقه و حقوق بیابد، ولی از میان پاسخ‌های فوق پاسخ اول و دوم به دلیل عدم ارائه یک راه‌حل کلی و عام و فراگیر از ضعف بیش‌تری برخوردار است و راه حل آخر از همه به نظر بهتر می‌رسد. البته در بعضی از کشورها بخشی از این تعارض‌ها را حل کرده‌اند؛ یعنی رنگ و بوی شرعی به قوانین حقوقی داده و به صورت واجب و حرام در قوانین موضوعه وارد کرده‌اند؛ برای نمونه؛ پس از تأسیس ادارات ثبت اسناد و املاک در کشورهای اسلامی برخی از فقیهان حنبلی و حنفی فتوا دادند که معاملات اموال غیر منقول مادام که ثبت نشده‌باشد، موجب انتقال عین یا منفعت آن به خریدار و منتقل الیه نیست. این فتوا نیز بر اساس رعایت مصلحت و جلوگیری از معاملات معارض و تولید اختلاف میان مردم صادر شده‌است. (نجومیان، ۱۴۴)

گمان می‌رود ریشه‌ی این تعارض‌ها بیش‌تر به تلقی ما از فقه، و نبودن فقه در مقام اجرا یا به عبارت دیگر نبودن حکومت براساس فقه پیش آمده، بنابراین فقها توجهی به این تعارضات نکرده‌اند و برای پیش نیامدن عوارض منفی این تعارضات مانند دست زدن به حیل شرعی باید فقها اکنون دست به یک تحول فقهی متناسب با اجرا بزنند.

### گفتار سوم: جایگاه و اختیارات قاضی از نظر فقه و حقوق

اختیارات قاضی در هر جامعه به نظام حقوقی حاکم بستگی دارد و براساس توقعی که از قاضی انتظار می‌رود و جایگاهی که برای او در نظر گرفته شده‌است، محدوده اختیارات تعیین می‌گردد. در حقوق معتقدند قاضی مفسر قانون و کاشف حق است. در مقابل، عده‌ای دیگر می‌گویند: قاضی حق را می‌آفریند. (همو، همان‌جا)

در کتاب مبانی قانون‌گذاری و دادرسی می‌خوانیم:

مونتسکیو پیرو دسته اول است و قاضی را دهانی می‌داند که گفتار قانون را کشف و بیان می‌کند و جز این برایش نقشی نمی‌شناسد. این گونه تفکر، مکتب فرانسوی نامیده می‌شود؛ زیرا بیشتر پیروان آن از فرانسه هستند و طرف فکر دوم که معتقد است: قاضی حق را می‌آفریند و پدید می‌آورد به مکتب انشا و یا مکتب آلمانی موسوم است؛ زیرا که

خاستگاه آن این کشور بوده است. مکتب کشف، در واقع از مکتب تاریخی الهام گرفته است که تکامل حقوق را مانند زبان امری خود به خودی می داند. زبان را کسی وضع نمی کند، بلکه قواعد آن را کشف و شاخه بندی می کنند به همین دلیل مجسمه ی عدالت را در فرانسه به مانند فرشته ای چشم بسته و شمشیر به دست نشان می دادند؛ یعنی که قانون بی طرف است و همه در برابر آن یکسانند.

به هر تقدیر، این مظهر و عدالت چشم بسته با شمشیری در دست، زاده ی انقلاب کبیر فرانسه و حاصل اوضاع سیاسی قرن هیجدهم بود، و در واقع نشان رهایی از ستم حکومت های خودکامه و بی قانون بود که این گونه بازتاب و افراط بیش از اندازه را در حفظ و حراست قانون تجویز می کرد، در حالی که پس از خاموش شدن آتش انقلاب متوجه شدند که قاضی نباید چشم بسته و بی هدف و بی اراده در برابر قانون باشد. او باید اطراف و جوانب و کیفیت قضیه را برای کشف حقیقت قضایی در نظر بگیرد و جای خالی قانون را پر کند. برای قانون امکان پیش بینی همه موارد وجود ندارد، زندگی رویدادهای تازه دارد که هرگز در قانون قابل پیش بینی نیست و اگر قاضی تنها بیان کننده چشم بسته قانون باشد چگونه می تواند وظیفه ی اصلی خود را که تحقق عدالت است ایفا کند؟

در این مکتب، حکم قاضی یک قیاس منطقی را نشان می داد که در آن قانون، کبریا، قضیه مورد دعوا، صغرا و حکم قاضی که حمل قانون بر قضیه مورد دعوا بود، نتیجه این قضیه را نشان می داد و بنابراین حقوق از شاخه های علم منطق بود. در حالی که در مکتب آلمانی حقوق، جزو علوم تجربی و قضایی، یک مهندس اجتماعی تلقی می شد. (نجومیان، ۲۶)

ذکر فرق بین دو دیدگاه به صورت مفصل برای روشن شدن صورت مسأله لازم به نظر می رسد آن هم با توجه به مقایسه ای که باید با فقه انجام شود.

هم اکنون نظریه مکتب آلمانی در حقوق طرفداران بیشتری دارد و حتی در فرانسه هم جنبه افراطی مکتب کشف، تعدیل شده است. (همو، ۲۷)

این مطالب نشان از حدود و اختیارات فراوانی است که به قاضی داده شده است. اندیشه ی حقوقی که هم اکنون در محافل علمی و اجرایی حقوق حاکم است، نظریه گسترش اختیارات قاضی در کیفیت قضا با محدوده ای تعریف شده می باشد.

در فقه درباره‌ی صفات و ویژگی‌ها و اختیارات قاضی در کتاب القضاء مطالب فراوانی گفته شده است که ذکر همه آن‌ها چندان وجهی ندارد، ولی دو مسأله‌ی بسیار مهم در این جا وجود دارد که از مطابقت نظریه‌ی اسلام با نظریه‌ی غالب حقوقی در تعریف قاضی حکایت دارد:

الف- اجتهاد قاضی؛

ب- مجازات تعزیری.

در کتاب‌های فقهی بسیاری از علما می‌آورند: قاضی خود باید مجتهد باشد و قدرت استنباط و تمیز در احکام شرعی را داشته باشد و حتی قائل هستند که اجتهاد باید به صورت مطلق باشد؛ مثلاً شهید ثانی در مسالک می‌نویسد:

این که گفته می‌شود قاضی باید عالم به جمیع چیزی باشد که نسبت به آن ولایت پیدا کرده است، این است که وی مجتهد مطلق باشد و اجتهاد در بخشی از احکام کفایت نمی‌کند این حرف در صورتی است که تجزی در اجتهاد را قبول کنیم...<sup>۱</sup> (۱۳/۳۲۸)

شرط اجتهاد قاضی از نظر فقه اسلامی بیانگر این نکته است که در اسلام قاضی، فقط عنوان مجری قانون را ندارد، بلکه خود وی صاحب نظری است که باید با توجه به اوضاع و احوال و شرایط، حکم مقتضی را صادر کند، چنان که تعزیرات نیز که به دست قاضی است و حدودش دقیقاً معلوم و مشخص نشده در حمایت از همان روش، تشریح شده است.

قاضی در تشخیص جرم و در پاره‌ای از موارد در تعیین مجازات باید اجتهاد کند و با توجه به مبانی، منابع و روش‌های خاص خود به اجتهاد بپردازد و این مطابق با نظریه‌ای است که هم اکنون در حقوق طرفداران زیادی دارد.

البته چنان که روشن است مطابقت بین فقه و حقوق در این جا از همه جهات نیست و فقط اثبات این نکته است که در فقه نیز قاضی، نابینایی نیست که شمشیر عدالت را به دست گرفته باشد. هم چنان که بارها گفته‌ایم کارهای تطبیقی ما را با نقاط ضعف و قوت خود بهتر آشنا می‌کند و در معرفی آنچه داریم آن هم به صورت زبان روز یاری‌مان می‌نماید.

۱- ... و المراد بكونه عالماً بجمع ما ولیه كونه مجتهداً مطلقاً، فلا یكفی اجتهاده فی بعض الاحكام دون بعض علی القول بتجزی الاجتهاد...

این که بدون هیچ مقایسه و تطبیقی گفته شود شرط قضاوت در اسلام اجتهاد است، در بدو امر برای خیلی‌ها امری عجیب و غیر منتظره است، ولی با تطبیق و مقایسه، اصالت این فکر و اندیشه در سیستم قضایی اسلام روشن‌تر می‌شود. البته تذکر دو نکته در آخر این گفتار لازم است:

الف - تدوین قانون با اجتهاد قاضی هیچ تضادی ندارد زیرا اجتهاد در کنار قانون اسلام است، با وجود این که قانون در اسلام تدوین شده اجتهاد قاضی دقیقاً نحوه استفاده از قانون را مشخص می‌نماید. بنابراین الزام قاضی در عمل به قانون با شرط اجتهاد منافاتی نداشته، بلکه اجتهاد مکمل اجرایی کردن قانون است. همین مسأله در تعزیرات و اختیارات قاضی در انتخاب نوع تأیید می‌نماید.

ب - این که دیده می‌شود بیشتر قضای‌ها در سرزمین‌های اسلامی، مجتهد نیستند و شرایط فقهی ندارند، مسأله‌ای است که ضرورت اقتضای آن را داشته‌است و ربطی به حکم اولیه - دست کم نزد بسیاری از فقها - ندارد، گرچه امروز، دست کم یک قاضی مجتهد در هر جا هست، به اذن او قضات غیر مجتهد حکم می‌دهند.

#### گفتار چهارم: اهداف اجرای احکام و قانون در فقه حکومتی و حقوق

یکی از مباحثی که در فلسفه حقوق درباره‌ی آن مطالب فراوانی آمده، گفتار هدف حقوق است. این مسأله به‌ویژه در میان فقهای شیعه کمتر بدان توجه شده‌است و در میان عامه نیز مباحث زنده و جدیدی به چشم نمی‌خورد، با این که تعیین اهداف در فقه مطمئناً تأثیر به‌سزایی در تلقی و برداشت فقهی و استنباط احکام خواهد داشت. فقیه‌ی که فقه را تعبداً در تمام زمینه‌ها پذیرفته و هدف از اجرا و وضع احکام را رسیدن به ثواب اخروی و تأمین سعادت برای آخرت می‌داند، می‌گوید: ما موظفیم هر چه خدا فرمود بدون کم و کاست اجرا کنیم، هر چند در صورت ظاهر دچار مشکلاتی شویم، و فقیه‌ی که فقه را - در بخش احکام اجتماعی - برای تأمین سعادت دنیوی افراد لازم می‌داند مسلماً به هنگام استنباط، روشی دیگر اتخاذ خواهد کرد و در این بین فقیه‌ی که نظری بنیابین را قبول داشته‌باشد کلامی دیگر خواهد گفت.

بنابراین فقیه‌ی که در تعارض مصالح، رعایت مصالح فردی را می‌کند، استنباطش

به‌گونه‌ای است و فقیه‌ی که رعایت مصالح اجتماعی را می‌کند استنباطش به گونه‌ای دیگر خواهد بود، در لابه‌لای متون فقهی از تأثیر هدف، در استنباط فقها شواهد فراوانی می‌توان پیدا کرد. حال با این‌که اهمیت این گفتار بسیار روشن و مهم است فقها چندان علاقه‌ای به این گونه از مسائل نشان نمی‌دهند.

در زیر به هدف‌های فقه و حقوق پرداخته می‌شود:

### ۱- اهداف در حقوق

تصور قواعد و قوانین حقوقی بدون وجود اجتماع، ضمانت اجرا، دولت و حکومت معنا ندارد، پس قواعد و مسایل این علم آمیخته‌ای از حقوق و سیاست است و جدایی این دو در مواردی بسیار مشکل می‌باشد. در گفتار پیش آوردیم؛ حقوق هم جنبه‌ی علمی و تئوری دارد و هم جنبه‌ی فنی و اجرایی. اجرای حقوق به دست حکومت‌ها و سیاست‌مداران انجام می‌گیرد، ولی تأثیر خواسته‌های آنان در وضع و استنباط و نظریه‌های حقوقی رایج در جامعه کم نیست. اندیشه‌ها را در جوامع، متفکران و فلاسفه و متکلمان می‌سازند، ولی این اندیشه‌ها در دست حاکمان به صورت ابزاری مستقیم و یا غیر مستقیم قرار می‌گیرد؛ به عبارت دیگر، همراه با به وجود آمدن هر اندیشه‌ی فلسفی، نمودهای حقوقی و سیاسی و اقتصادی آن نیز کم‌کم پدیدار می‌گردد و هر وقت آن اندیشه در دست قدرت حاکم قرار گیرد، رشد بیش‌تر و فزاینده‌ای خواهد داشت؛ زیرا حکومت می‌کوشد آن اندیشه‌ها را پایه قوانین و دستورالعمل‌های خود قرار دهد. خلاصه آن‌که، باید نوشت:

پرسش مربوط به این‌که حقوق برای رسیدن به کدام هدف باید وضع شود بیشتر جنبه‌ی سیاسی دارد؛ زیرا پاسخ همین پرسش است که مسیر سیاست اقتصادی و اجتماعی دولت‌ها را معین می‌سازد. (کاتوزیان، فلسفه حقوق، ۳۰۶)

به هر حال درباره‌ی اهداف حقوق تمام صاحب‌نظران گفته‌اند عدالت و تأمین نظم و امنیت سرلوحه‌ی اهداف قواعد حقوقی است، ولی به قول برخی دیگر معلوم نیست این مفاهیم مجرد و کلی را چگونه باید با حقایق خارجی تطبیق کرد و معیار تشخیص عدالت چیست؟ آیا هدف تمام قواعد باید آسایش و آزادی فرد باشد یا غرض تأمین نیازمندی‌های اجتماع است و فرد به عنوان جزیی از آن مورد توجه است یا سرانجام باید

امر سومی را هدف اصلی قرار داد؟. (همو، همانجا)

در این جا هر یک از سه نظریه را به اختصار معرفی می‌کنیم:

۱ - نظریه‌ی حقوق فردی یا اصالت فرد می‌گوید:

فرد بزرگ‌ترین هدف قانون است، پس قانون نمی‌باشد مگر برای حمایت از فرد و تمکین افراد برای استفاده از آن؛ زیرا فرد موجودی در خدمت جامعه نیست، بلکه جامعه برای خدمت فرد می‌باشد... (سمیرعالیه، علم القانون و الفقه الاسلامی، ۱۲۱) در مکتب حقوق فردی همه‌ی افراد در مقابل قانون برابر بوده و قانون باید سعی کند در هنگام تعارض حقوق افراد با رعایت عدالت این تعارض را حل کند، چون حقوق هر فرد تا جایی محترم است که به دیگران لطمه‌ای وارد نیاید. در این مکتب عدالت هم معنای خاص خود را دارد، چنان که گفته‌اند:

عدالت مفهومی جز برابری و تناسب سود و زیان ناشی از معاملات ندارد؛ یعنی حقوق، بدون توجه به شایستگی و نیازمندی افراد، باید تعادل، بین اموالی که مبادله می‌شود، فراهم سازد. دولت هیچ سهمی در توزیع ثروت و سنجش لیاقت‌ها ندارد و عدالت به مفهومی که ارسطو و دیگران گفته‌اند عدالت معاوضی است. (کاتوزیان، ۳۱۲)

این نظریه با همه محاسن و نکته‌های برتری که دارد از جهاتی دارای ضعف است. افراط در پذیرش این نظریه موجب ایجاد سرمایه‌های بزرگ در دست سرمایه‌داران، کاهش قدرت دولت و حکومت مرکزی و... خواهد بود. این نظریه با توجه به این که تحت تأثیر پایه‌گذاران مکتب حقوق فطری یا طبیعی ریشه در مکتب‌آرمانی دارد دچار همان تحولات و دگرگونی‌ها و مقابله‌هایی گردید که در مباحث مبانی حقوق مطرح کردیم. (سالک، نگرشی تاریخی به فلسفه حقوق، ۲۷)

۲- مکتب اصالت اجتماع، مکتب دیگری است که در مقابل مکتب اصالت فرد قرار دارد. مکتبی که در آموزش‌های خود تقدم را به اجتماع می‌دهد. به این مکتب نام‌های دولت سازواره‌ای،<sup>۱</sup> اجتماع‌گرایی در دولت<sup>۲</sup> امپراتوری خودکامه<sup>۳</sup> و دولت تک حزبی<sup>۴</sup> و... داده‌اند، ولی اصطلاح اصالت اجتماع<sup>۵</sup> بهترین این‌ها است. (همو، همان، ۲۸)

<sup>۱</sup> . Organicism

<sup>۲</sup> . Etatism

<sup>۳</sup> . Cesarism

<sup>۴</sup> . Totalitarianism

<sup>۵</sup> . Socialism

در توضیح مبانی این مکتب آورده‌اند:

پیروان این نظریه در انتقاد از مبانی حقوق فردی توافق دارند و هدف قواعد حقوق را تأمین سعادت اجتماع و ایجاد نظم در زندگی مشترک افراد می‌دانند. به نظر اینان حقوق محصول زندگی اجتماعی فرد است؛ یعنی به خاطر نظم و عدالت در روابط اجتماعی است که وجود این‌گونه قواعد ضرورت پیدا می‌کند. پس اگر حقوق فقط به زندگی و تأمین آزادی فرد توجه داشته باشد و نیازمندی‌های زندگی مشترک او را با دیگران فراموش کند، چگونه می‌توان ادعا کرد که به هدف نهایی خود رسیده‌است؟ (کاتوزیان، ۳۲۰)

مفهوم عدالت هم به ناچار در این مکتب با آنچه در مکتب حقوق فطری گفتیم فرق دارد، گرچه در روابط بین مردم و دولت علمای حقوق دو نوع عدالت قانونی و توزیعی قائل شده‌اند، ولی علمای حقوق (در این مکتب) هر دو را عدالت توزیعی می‌گویند؛ زیرا در هر حال قواعد عمومی است که در تقسیم عواید و تکالیف بین افراد اجتماع دخالت می‌کند و در این راه باید عادلانه رفتار کند. (رک، همو، ۳۲۳)

به هر حال این نظریه از جهاتی مثبت بوده و مقداری نظریات گروه مقابل را تعدیل می‌نماید، اما از آن طرف افراط در پذیرش این نظریه‌ی موجب قدرت بی‌حد و حصر دولت و عدم رعایت حقوق فردی خواهد شد. به طور کلی نظریه اصالت حقوق فردی و اصالت حقوق اجتماعی در دو طرف افراط و تفریط واقع شده‌اند، پس در این بین، نظریه‌های معتدلی داده شد و عده‌ای کوشیدند تا با تلفیق دو نظریه‌ی سابق راه سومی درست کنند.

۳- پیروان نظریه‌های معقول که میان دو مکتب حقوق فردی و اجتماعی قرار گرفته‌است، همه خواسته‌اند که به خودبینی و سودپرستی، به هر صورت که باشد پایان دهند و هدف حقوق را پیشرفت تمدن و ترقی ملت‌ها بدانند، اما در این راه نیز مانند سایر مسائل فلسفی و حقوقی اتفاق نظر وجود ندارد؛ (همو، ۳۳۳) مثلاً گوروویچ<sup>۱</sup> هدف قواعد حقوق را ایجاد زندگی برتر و تمدن عالی‌تر می‌داند و روبیه می‌نویسد:

لازمه‌ی ترقی هر اجتماع حفظ نظم در آن است خواه این نظم با تأمین آزادی فرد به دست آید یا در اثر حاکمیت دولت و نظریه نفع مشترک را مطرح می‌کند.... (کاتوزیان،

<sup>۱</sup> . Gurvitch .J .

همان، ۱۲۶)

نویسنده دیگری با توضیح یک نمونه، صورت خارجی نظریه فوق را بیان می‌کند و به توضیح مبنایی نمی‌پردازد، وی می‌آورد:

بحث به کارگیری حق وقتی موجب ضرر به غیر شود مکتب اصالت فرد می‌گوید: مالک آزادی مطلق دارد که هر طور خواست از حق خود استفاده کند، حال هر نتیجه‌ای که بر آن مترتب شود، بشود و مکتب اصالت اجتماعی می‌گوید: وی هیچ حقی و سلطه‌ای ندارد، بلکه باید حق خود را در راه مصلحت اجتماع به کار گیرد و لکن راه مناسب آن است که بین دو نظریه جمع شود. (سمیر عالی، علم القانون و الفقه الاسلامی، ۱۲۶)

## ۲- اهداف در فقه

اهداف و مقاصد شریعت و احکام اسلامی دارای قلمرو گسترده‌ای است که خود مقاله و تحقیق جداگانه‌ای می‌طلبد. مکلفین در بخش عبادات فقه دنبال این هستند که اوامر الهی را انجام و محرمات را ترک کنند، حال دو سؤال مطرح است: یکی آن که هدف شارع از تشریح این احکام چه بوده است؟ و دیگری آنکه مسلمانان چه هدفی از انجام آن تکالیف تعقیب می‌کنند؟ معمولاً در این بخش، اهدافی چون پرورش انسان و نزدیک شدن به خدا و تزکیه‌ی معنوی مورد نظر شارع است و مکلفان به خاطر ترس از خدا یا اشتیاق به بهشت و یا صرف اطاعت خدا و برای کسب رضایت او اعمال را انجام می‌دهند. به نظر می‌رسد هدف، تطبیق انسان با جهان منسجم ماده است، زیرا خداوند متعال جهان را به صورت دقیق و منسجم خلق کرده، انسان هم که عضوی از این جهان است اگر بخواهد با جهان منسجم گشته و فساد پیش نیاید، باید عبادت کند.

این اهداف به همراه تحقق عدالت نیز از اهدافی است که در بخش معاملات فقه مطرح است. این اهداف به فقه، از جهاتی رنگ و بوی اخلاقی داده و مسائل فقهی را با مسائل اخلاقی ممزوج ساخته و تشخیص مرز بین فقه و اخلاق را دچار مشکل کرده است. اصلاح فرد و جامعه در جای جای قرآن کریم از اهدافی است که به انحای و تعبیرات مختلف از آن سخن به میان آمده است. تمییز دقیق مقاصد و اهداف قوانین فقهی در تشریح احکام و اجرای آن مسلماً در برداشته‌های فقهی مؤثر است. آنهایی که هدف از تشریح احکام را رعایت مصالح عبادت گرفته‌اند، نوعی پندار از فقه دارند که



دیگران ندارند. این عده، گرچه تعبد را در بخش عبادات می‌پذیرند، ولی در ابواب معاملات- به معنای اعم- تعبد را همان مصلحت جامعه می‌دانند.

غزالی در تعریف مصلحت چنین نوشته‌است:

مصلحت عبارت است از جلب منفعت و دفع ضرر. او این نظریه را نمی‌پسندد و نظر خود را چنین بیان می‌کند: مصلحت عبارت است از تأمین هدف شارع؛ هدف شارع عبارت است از مواظبت دین و حیات انسان و عقل و نسل و اموال. (جعفری لنگرودی، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، ۱۵۸)

به دلیل تنوع بحث در اهداف حقوق، نکاتی چند را به صورت دسته‌بندی متذکر

می‌شویم:

۱- در این که بخشی از احکام فقهی برای تهذیب روح و تزکیه‌ی نفوس افراد وضع شده است، جای هیچ‌گونه گفت‌وگویی نیست، چنان‌که در قرآن کریم آمده است.<sup>۱</sup>

و دربارهی شراب و قمار آمده‌است:

این اهل ایمان، شراب و قمار و بت‌پرستی و تیره‌های گرو‌بندی (که رسمی در جاهلیت بود) همه‌ی این‌ها پلید و عمل شیطان است، از آن دوری کنید تا رستگار شوید.<sup>۲</sup>

نمونه‌هایی از این قبیل در قرآن و روایات فراوان است که مقاصد و اهداف شریعت را تزکیه افراد دانسته است. سؤال مهم و اساسی در این جا آن است که این هدف آیا در همه‌ی احکام اسلامی تعقیب می‌شود؟ به نظر می‌رسد هر جا که بتوان از مسائلی مانند حلال و حرام، فاسد و صحیح و... صحبت کرد جای طرح این هدف نیز می‌باشد. برای نمونه تصرف در مال غیر به صورت غصب یا اتلاف و یا هر نوع تصرف دیگری که متضمن یک حرمت تکلیفی است، فرد باید علاوه بر جبران خسارت در صورت اضرار به غیر، توبه نیز انجام دهد؛ یعنی خلاف مقررات الهی به هر نحو که باشد گناه است و فرد باید خود را از آن پاک کند. در دیگر نظام‌های حقوقی در صورت مذکور فرد را فقط به پرداختن خسارت مکلف می‌سازند، ولی در نظام حقوقی اسلام علاوه بر آن که جهت

۱- «ان الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنکر...» (عنکبوت/۴۵)؛ «کتب علیکم الصیام کما کتب علی الذین من

قبلکم لعلکم تتقون» (بقره/۱۸۳)

۲- مائده، آیه‌ی ۹۰.

اجتماعی و بعد جامعه و نظم آن را در نظر دارد به تزکیه‌ی روح نیز توجه دارد. چنان که در کفاره‌ی قتل عمد- یکی از موارد سه گانه‌ی کفاره‌ی جمع- روزه دو ماه پشت سر هم، قرار داده شده‌است (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲/۶۸)، در حالی که روزه یک امر عبادی و صحت آن بستگی به نیت روزه‌دار دارد و به عبارتی فعل و ترکش به دست شخصی خارج از خود فرد نیست که گفته شود قاضی وی را مکلف به روزه می‌نماید، بلکه عبادتی‌است بین عبد و خدا که باید به صورت صحیح انجام شود تا اثر معنوی خود را داشته باشد، بنابراین هدف از مجازات به اصلاح باطنی خود فرد نیز باز می‌گردد. از نظر حقوق، این مجازات، یک قاعده‌ی حقوقی می‌تواند باشد، زیرا چنان که پیش از این آمد، عبادت تطبیق دادن انسان با نظم جامعه است، روزه‌ی این انسان خاطی را با نظم جامعه مطابقت می‌دهد و از نظر حقوق نظم جامعه یک قاعده‌ی حقوقی است.

۲- علاوه بر نکته‌ی پیشین اقامه‌ی عدل در جامعه نیز از اهداف فقه اسلام می‌باشد، چنان که در آیه‌ها و روایت‌های فراوانی بر این نکته تأکید شده و عدالت در تشریح، چون عدالت در تکوین و خلقت، مهم شمرده شده‌است. در قرآن کریم می‌خوانیم:

البته نباید دشمنی گروهی شما را بر آن دارد که عدالت نکنید.<sup>۱</sup>

ای کسانی که ایمان آورده‌اید پیوسته به عدالت قیام کنید و برای خدا گواهی دهید

هرچند به زیان خودتان یا (به زیان) پدر و مادر و خویشاوندان (شما) باشد.<sup>۲</sup>

۳- رعایت مصالح در تشریح احکام و اجرای آن نیز از مسائلی است که در فقه اهمیت فراوان دارد، اگرچه در تعریف حسن و قبح و رد آن بین مذاهب فقهی اختلاف است، ولی در این که همه‌ی احکام تابع مصالح و مفاسد هستند اختلافی نیست. از این مسأله به تعبیر گوناگونی چون «مقاصد الشرع» در نوشته‌ها یاد شده و تقسیماتی صورت گرفته است که تقریباً همه آنها به تقسیم مشهور غزالی باز می‌گردد که مصالح را به سه قسم تقسیم کرده‌است:

الف- ضرورت‌ها، مانند قوانین درباره‌ی جرم شمردن قتل و مجازات قاتل و جرم شمردن راه زنی و مجازات آن و مانند این‌ها؛

۱. مائده، آیه‌ی ۸.

۲- نساء، آیه‌ی ۱۳۵.

ب- حاجت‌ها، مانند ایجاب نفقه زوجه به زوج؛

ج- متمم و مکمل، مانند قانون درباره‌ی نفقه‌ی اقارب دیگر. (جعفری‌لنگرودی، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، ۱۶۰)

مصالح در مرحله‌ی اجرا نیز رعایت شدند، بدان معنا که اگر احکام تابع مصالح و مفاسد هستند باید با رعایت‌الاهم فالاهم، مهم را فدای اهم کرد. تقیه در اجرای احکام در بعضی از موارد که از واجبات مذهب امامیه است از همین قبیل می‌باشد، چنان‌که وضع احکام ثانوی و حکومتی نیز به دلیل رعایت مصالح اهم است. سؤالی که ممکن است پیش آید آن است که بدین گونه آیا مفاهیمی چون عدالت، نسبی شده و دامنه‌ی آن، آن قدر پیش می‌رود که به سودجویی و منفعت‌طلبی کشیده می‌شود؟ باری این امر خود جای تحقیق و تأمل بیشتر دارد.

۴- توجه به تهذیب و تعالی روح در احکام اسلامی موجب می‌شود که در مواردی حرمت تکلیفی موجب ابطال معاملات شود و اثر حقوقی مشخص و روشنی داشته باشد، برای نمونه؛ فقها تحت عنوان روایت وقتی خداوند چیزی را حرام کرد، پولش نیز حرام می‌باشد<sup>۱</sup> گفت‌وگوهایی را مطرح کرده‌اند و مکاسبی را به عنوان مکاسب محرمه برشمرده‌اند که برخی از آن‌ها حرمت وضعی نیز دارد، یعنی فاسد و بی‌اثر است. (رک، انصاری، مکاسب، ۴-۶ و ۱۵ و...) این گفت‌وگوها در دیگر نظام‌های حقوقی چندان جایگاهی ندارد و این موارد را دستورات صرفاً اخلاقی تلقی می‌کنند.

۵- در عین توجه به نکته‌های بالا باید در نظر داشت، فقه وقتی به عنوان وسیله‌ای برای تحقق و رفع خصومت به کار برده می‌شود جدای از وضعیت درونی افراد چیزی بیشتر از هر قاعده‌ی حقوقی دیگر اثبات نمی‌کند؛ مثلاً آنچه به وسیله‌ی شهود و ایمان و بینات ثابت می‌شود لزوماً مطابق با واقع نیست و قاضی نیز برطبق مدلول، همان ادله‌ی حکم را صادر و خلاف واقع عمل می‌کند، مانند هر نظام حقوقی دیگر. بنابراین باید بین اهداف دین و اهداف فقه از جهتی تفاوت قائل شد، چون در مرحله اجرا و قضاوت باید دعوا خاتمه پیدا کند و امنیت قضایی برقرار گردد هرچند در واقع عدالت واقعی هم رعایت نشود، چنان‌که رسول اکرم (ص) فرمود:

من با بینات و ایمان در بین شما قضاوت کردم و چه بسا شخصی با زیرکی بر

دیگری در آوردن حجت و دلیل غلبه کند و من حکم کنم، حال هر کس در حقی واقعاً مدیون است باید ادا کند. (حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ابواب کیفیت حکم، باب ۲، ح ۱)

۶ - مواردی که در بین اهل سنت و فقهای امامیه به عنوان حیل‌های شرعی پذیرفته شده، باز بین اهداف فقه و اهداف دین جدایی می‌اندازد و فقه را به یک نظام حقوقی عمل‌گرا نزدیک‌تر می‌کند.

### نتیجه‌گیری

چنان‌که در اهداف حقوق متذکر شدیم مکاتب اصالت فرد و اجتماع، اهداف مختلفی را برای حقوق ذکر کرده‌اند، در حالی که در فقه، هم مصالح فردی و هم مصالح اجتماعی مورد توجه قرار گرفته‌است. در آیه‌ها و روایت‌های زیادی انسان مورد تکریم قرار گرفته (ر.ک، اسراء، ۷۰) و به عقیده و آزادی او در انتخاب دین احترام گذاشته شده است.<sup>۱</sup> حق مالکیت انسان محترم شمرده شده و از تجاوز دیگران به حق او نهی گردیده است. از طرفی به حقوق اجتماعی نیز توجه شده و به همین دلیل برای سلامت جامعه نه تنها کشتن فرد جایز، بلکه واجب قلمداد گردیده است<sup>۲</sup> و این‌جا از مواردی است که بعضی از سیستم‌های حقوقی به دلیل ترجیح مصالح فردی بر اجتماعی در حقوق، مجازات اعدام را لغو کرده‌اند.

بنابراین گمان می‌رود در نظام فقهی اسلام، توازنی بین مصالح فردی و اجتماعی برقرار است. هر چند باید گفت در عمل و در مرحله‌ی اجرای قواعد فقهی، فقه نیز دچار همان افراط و تفریط‌های حقوقی شده است و گفتن این‌که نظام فقهی نظامی معتدل در مصالح فردی و اجتماعی است جز بیان یک آرمان مطلوب چیزی بیش نیست؛ به عبارت دیگر، بین آنچه نظام فقهی اسلام دارد و آنچه باید باشد، تفاوت است، مگر آن‌که افراد خود خواهان تبعیت از احکام شرعی و رعایت حلال و حرام و صحیح و فاسد شرعی باشند که این امری خارج از ضمانت اجرایی خاص به معنای حکومتی است.

۱- «لا اکراه فی الدین» (بقره/ ۲۵۶)

۲- «ولکم فی القصاص حیاة یا اولی الالباب»

## فهرست منابع و مآخذ:

\* قرآن کریم

۱. انصاری، مرتضی، مکاسب، انتشارات علامه، قم.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، انتشارات میزان، تهران ۱۳۷۵.
۳. \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، ترمینولوژی حقوق، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۹.
۴. حرعاملی، محمدبن حسن، وسائل الشیعه، مؤسسه نشر اسلامی قم.
۵. سمیر عالی، علم القانون و الفقه الاسلامی.
۶. ساکت، محمدحسین، نگرشی تاریخی به فلسفه حقوق، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۴.
۷. شهید ثانی (زین‌الدین الجبعی العاملی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، مؤسسه معارف اسلامی قم.
۸. صرّامی، سیف‌الله، مقاله «احکام حکومتی و مصلحت»، راهبرد، ش ۴، پاییز ۱۳۷۳.
۹. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، انتشارات میزان، تهران ۱۳۸۰.
۱۰. مهرپور، حسین، میزگرد علم حقوق و بررسی راهبردهای کنونی، مجله‌ی دانشگاه انقلاب، شماره‌ی ۱۰۵.
۱۱. نجومیان، حسین، مبانی قانون‌گذاری و دادرسی، انتشارات گنج دانش، تهران ۱۳۷۶.