

رابطه فقه و حقوق

علی اکبر فیاض *

هدف: معرفی دو علم فقه و حقوق، لزوم شناخت این دو علم که یکی مبنای دینی دارد و دیگری به دست بشر وضع شده است. این پژوهش تعریف فقه و حقوق و جنبه های اشتراک و افتراق آن را بیان کرده است.

کلید واژه: فقه، حقوق، حق، قانون، شریعت، قاعده فقهی، قاعده حقوقی، نظام حقوقی، نظام حقوقی اسلام.

سوال اصلی: علم فقه و حقوق چگونه علمی هستند؟ چه نهاد و یا عملی تعیین کننده قواعد و ضوابط اجتماعی و عبادی مردم است؟ آیین زندگی انسان را کی تعیین و مدون می کند؟

جملات کلیدی میانی: جنبه علمی و نظری فقه و حقوق، کیفر در نظام حقوقی، حقوق ملی، حقوق بین المللی، نظریه کلی علم حقوق، عرف، عقل، رویه قضایی، حق الله و حق الناس. عدالت در نظام حقوقی اسلام، قضاوت، شرایط قاضی.

مقدمه :

فقه از برترین علوم اسلامی است که در متون اسلامی از آن به نیکی یاد شده است. از طرفی فقه در شریعت و نظام اسلامی همان قوانین و حقوقی است که بعد از تئوری و استنباط به مرحله اجرا درمی آید. فقه تعیین کننده بخشی از آیین زندگی است که در شریعت اسلام معین شده، بخش دیگر را فلسفه و کلام و تفسیر معین می کند. لذا شناخت فقه و مکاتب فقهی و در مقایسه با آن دانستن مکاتب حقوقی وضعی معاصر، ما را در برداشت از متون اسلامی و زندگی اجتماعی آگاه تر می سازد. و در این تحقیق تلاش شده به اندازه توان، فقه و مکتب حقوقی اسلام معرفی گردد و در مقایسه با آن مکاتب حقوقی وضعی، تعریف شده است. و سپس تأثیر گذاری و تأثیر پذیری، وابواب و منابع و منشاء قدرت و دسته بندی های مکاتب مورد ارزیابی قرار گرفته است. فقها و حقوقدانان به صورت پراکنده مطالبی را در تأثیر پذیری این دو علم از هم گفته اند ولی به صورت مدون تا هنوز کار کاملی انجام نشده است.

*دانش پژوه دوره کارشناسی ارشد جامعه الرضا (علیه السلام)

معنی لغوی فقه:

«فهمیدن چیزی را و دانستن، دریافتن»^۱ و در فرهنگ فارسی معین آمده: «دانستن، عالم بودن به چیزی»^۲. لغتنامه ها در عین اینکه معنی لغوی فقه را بیان کرده اند به معنی اصطلاحی فقه نیز اشاره کرده اند: «فقه علم احکام شرعیه از روی ادله تفصیلیه است» (جرجانی)

«فقه علمی است که از فروع عملی احکام شرع بحث می کند و مقصود آن تحصیل ملکه اقتدار بر اجرای اعمال شرعی است» و فقها در این اصطلاح «دانشمندان علم شریعتند»^۳

«فقه در معنی اعم؛ علم شرع است و فقها صاحبان نظر، در فقه هستند، در صدر اسلام قراء، فقها بودند.»^۴

معنی لغوی حقوق:

«حقوق، جمع حق؛ حقها، جزاها، سزاها و پاداش ها»^۵

حقوق در صورتی که جمع حق باشد لازم است، معنی لغوی حق را ذکر کنیم.

«حق؛ ثابت، ثابتی که انکار آن روا نباشد» معنی دیگر حق؛ «راست کردن سخن، درست کردن، وعده، تعیین نمودن، درست و صحیح»^۶

حق: (law or droit)

حق سلطه است: «و من قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً.»

«حق عبارتند از توانایی که شخص بر چیزی یا کسی داشته باشد.»^۷

از طرف دیگر واژه حقوق که به معنی «سجذ» گرفته شده در معانی زیر به کار رفته است:

«۱- جمع حق خواه حق جزئی باشد خواه کلی، خواه حق الله باشد یا حق الناس، خواه حقوق

فردی باشد و یا حقوق عمومی. ۲- مواجب و یا اجرت کارمندان ۳- ترجمه سرخرجه یعنی مجموعه

قوانین یک کشور که ضمانت اجراء دارد. ۴- اموالی که به صورت اعیان، منافع و حق انتفاع باشند،

مانند حق تحجیر، حق خیار، پروانه کسب.»^۸

وقتی معنی اصطلاحی حق مطرح می‌گردد بیشتر در حقوق و فقه کاربرد پیدا می‌کند: «حق نوعی از سلطنت، سلطه و قدرتی است بر چیزی که متعلق به عین خارجی است مثل حق تحجیر، حق الرهانه، حق طلبکاران در ترکه میت یا جز اینهاست از قبیل حق خیار متعلق به عقد و یا برای شخص است مثل حق قصاص حق حضانت، حق قسم و امثال و نظایر آنها. حق نوعی از ملک و مالکیت است. حکم نیز گاهی به معنای حق استعمال شده است، مثلاً در عقود جایزه به مجرد رخصت و اجازه است در انجام دادن و یا انجام ندادن چیزی یا حکم به بار کردن اثر است بر فعلی یا ترک فعلی. عکس این نیز ممکن است یعنی ممکن است آنچه حق است به صورت حکم و آن چه حکم است در عقود جایزه به صورت حق، قانون گذاری شود.»^۹

از جانب دیگر: «طبیعت حق چنین اقتضا دارد که صاحب آن بتواند آن را ساقط کند و یا به دیگری منتقل سازد، زیرا که وی مالک و مسلط بر آن است، مگر اینکه کیفیت حق از جهت قانونگذاری اقتضای نقل و اسقاط را نداشته باشد مانند حق شخص و یا عنوان خاص از قبیل «تولیت در وقف»، «حق ولایت حاکم»، «حق مضاجعت»، «حق شفعه» نسبت به غیر شریک»^{۱۰}

اگر بخواهیم به صورت اصطلاحی و روشن تر از حقوق بحث کنیم، می‌توان گفت: «حقوق به مجموعه مقررات حاکم بر یک جامعه گویند. با کلمه جمع، ولی به مفهوم اسم جمع است.»^{۱۱} در اصطلاح حقوقی که تعریف آن را ذکر کردیم به قاعده قانونی «قاعده حقوقی» و به علم قانون «علم حقوق» و به شخص قانون دان «حقوقی» یا «فقیه قانون» یا «عالم قانون» می‌گویند.^{۱۲}

تأثیر فقه بر علم حقوق

«سابقه ۱۴۰۰ سال ارتباط حقوق با فقه اسلام، رابطه قهری فقه و حقوق را در بلاد اسلامی توجیه می‌کند هر چند که طبع حقوق جدید بسیاری از مباحث موجود در کتب فقهی را قبول نمی‌کند اما بسیاری از مسایل طرح شده در فقه که از عرف و عادات و اندیشه صالح و فاسد الهام

می گیرند، می تواند نهال حقوق جدید را بارور نمایند و در غنی ساختن حقوق جدید سهم به سزا داشته باشند»^{۱۳}

رابطه فقه و حقوق

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 هم یک حکم شرعی صفات یک قاعده حقوقی را پیدا می کند و دارای تمامی عناصر لازم در قاعده حقوق می گردد... فقه ممکن است بالقوه این توانایی را داشته باشد که مانند حقوق یا گسترش در تمام زمینه ها به مرور زمان یک نظام حقوقی واحد ایجاد کند که در آن صورت، بخش عظیمی از فقه؛ نظامی در کنار دیگر نظام ها خواهد بود و در این صورت لازم می آید روشی دیگر در نظر گرفت.

جنبه عملی و نظری فقه و حقوق

- الف) مرحله نظریه پردازی و به کارگیری متد و ابزار استنباط و تقنین.
- ب) مرحله استنباط و وضع حکم شرعی و قانون.
- مراحل دیگر که در فقه و حقوق یکسان بودن فقه و حقوق را نشان می دهد عبارتند از:
 - الف) مرحله نظریه پردازی و تحلیل علمی.
 - ب) مرحله استنباط و وضع.
 - ج) مرحله اجرا و عمل.^{۱۴}

فصل دوم: قواعد فقه و حقوق

«در بعضی موارد علم فقه و حقوق روش مشترک دارند مثلاً «مباحث الفاظ» مانند مفاهیم، مباحث حجت مانند قیاس و بحث نسخ و الغاء احکام سابق. البته اصول فقه در این زمینه غنی تر از حقوق است»^{۱۵}

تفاوت قاعده فقهی با قاعده حقوقی

یکی از مواردی که می تواند ارتباط بین دو علم فقه و حقوق را مشخص کند بررسی قواعد فقه و حقوق می باشد.

« قاعده فقهی عبارت است از حکمی کلی که در ابواب مختلف فقه یا موضوعات متعدد به کار می رود ، مثلاً لا ضرر قاعده ای است فقهی.»^{۱۶}

« قاعده فقهی بر قاعده ای اطلاق می شود که از ادله شرعیه استخراج و استنباط گردیده و بر مصادیقش که مجموعه ای از احکام فقهی است منطبق می گردد ، همچون انطباق کلی طبیعی بر افراد و مصادیقش ، مثل قاعده طهارت که هر جا شک در طهارت شی داشته باشیم این قاعده جاری می گردد.»^{۱۷}

ظاهراً این تعریف از قاعده فقهی، ترجمه تعریف عربی در کتاب القواعد الفقهیه آقای سید محمد کاظم مصطفوی می باشد .

« بین قواعد فقهی و قواعد حقوقی از نظر منطقی رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار است، قواعد فقهی عام هستند و قواعد حقوق خاص. هر قاعده حقوقی قاعده ای است فقهی ولی تمام قواعد فقهی قاعده حقوقی نیستند. مثلاً قاعده فراغ و تجاوز قاعده ای است فقهی ولی قاعده حقوقی نیست، ولیکن قاعده ضمان ید یا قاعده علی الید هم حقوقی است و هم قاعده فقهی در ابواب مختلف وجود دارد که از نظر محدوده شمول با یکدیگر متفاوتند. برخی از قواعد فقهی صرفاً در ابواب عبادات کاربرد دارند؛ مثل قاعده فراغ و تجاوز، قاعده لا تعاد، قاعده لا شک لکثیر الشک ... و برخی دیگر از قواعد فقهی به مسایل اجتماعی و حقوقی مرتبط است، مثل قاعده «البینه علی المدعی» و «الیمین علی من انکر» ، قاعده « اتلاف » ، قاعده « غرور » ، قاعده « اقرار العقلاء علی انفسهم جایز و ... »^{۱۸}

کاربرد قواعد فقه در حقوق

قواعد فقهی کاربرد وسیعی در حقوق دارد، از جمله این قواعد، قاعده عسروجرح که در حقوق زیاد به کار رفته است، با این وجود، جایگاه واقعی و دامنه اعمال و کاربرد آن به درستی روشن نشده است. قاعده نفی عسر و حرج مانند «قاعده لا ضرر» از قواعد مهمی است که آراء بسیاری پیرامون آن از دادگاهها و شعب دیوان عالی کشور ایران صادر شده و کاربردی ترین قاعده فقهی است که در روبه قضایی و حقوقی موضوعه می باشد. قانونگذار نیز در مواردی مانند طلاق و اجاره به صراحت این قاعده را وارد قوانین مدون نموده در حالی که گستره اعمال آن هیچگاه محدود به موارد مصرّحه نیست.^{۱۹}

موارد اعمال قاعده فقهی در حقوق مدنی ایران

موارد اعمال قاعده فقهی در حقوق مدنی ایران زیاد است اما در موارد زیر کاربرد بیشتری دارد:

الف) قاعده عسروجرح در طلاق .

ب) قاعده عسر و حرج در اجاره

ج) اعمال عسر و حرج در حقوق تعهدات.

ماده ۱۱۳۳ قانون مدنی ایران بیان می دارد: «مرد می تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق بدهد.» مبنای این حکم در فقه، آیات متعددی از قرآن کریم شامل: آیات ۲۲۶ و ۲۳۳ سوره بقره و ۱ و ۲ سوره طلاق و روایت مشهور «الطلاق بید من اخذ الساق»^{۲۰} می باشد.

مصادیق خارجی عسر و حرج در طلاق:

- ۱- امتناع زوج از انجام وظایف خاص زناشویی .
- ۲- سوء مباشرت و بدرفتاری شوهر .
- ۳- مرض ساری و صعب العلاج .
- ۴- ترک خانواده و زندگی خانوادگی توسط مرد .

۵- اعتیاد مضری که دوام زندگی زناشویی را طاقت فرسا نماید.

۶- جنون هر یک از زوجین در مواردی که فسخ نکاح ممکن نباشد.

قاعده عسر و حرج در اجاره، ماده ۹ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۶۲: «در مواردی که دادگاه حکم تخلیه ملک مورد اجاره را به لحاظ کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج موجر نباشد می تواند مهلتی برای مستأجر قرار بدهد.»^{۲۱}

چون اصل این مقاله بر اختصار و تبیین مطلب است لذا از توضیح و شرح بیشتر خودداری می کنیم. برای فهم بهتر ارتباط و یا تفاوت علم فقه و علم حقوق، شناخت قواعدی که در این دو علم مورد بحث است و در عمل کاربرد پیدا می کند لازم است.

تقسیم بندی قواعد فقهی

قواعد فقهی ممکن است از جهاتی به موارد متعددی تقسیم گردد؛ در این جا صرفاً به دو تقسیم معروف اشاره می گردد.

۱- تقسیم بندی شهید اول در کتاب «القواعد و الفوائد» که بر اساس موضوعات و ابواب مختلف

فقهی می باشد، این تقسیم بندی عبارت است از: *مطالعات فقهی*

الف) قواعد مربوط به اجتهاد. ب) قواعد جاری در حقوق خانواده و مناکحات.

ج) قواعد مربوط به ابواب قضا. د) قواعد باب جنایات.

ه) قواعد مربوط به عقد. و) قواعد مربوط به ارث.

ز) قواعد باب حدود. ح) قواعد ابواب عبادات.

ط) قواعد مربوط به دیات. ی) قواعد باب قصاص.^{۲۲}

اصولاً نگارش و تدوین قواعد در ابتدا نزد اهل سنت آغاز شد و اولین کسی که در این زمینه

کتاب نوشت فردی به نام «ابوطاهر دباس» از فقیهان مذهب حنفی در قرن چهارم هجری بود.^{۲۳}

« قواعد نویسی در مذهب شیعه از محمد بن مکی معروف به شهید اول (م سال ۷۸۶ هـ . ق) با نگارش کتاب القواعد و الفوائد آغاز و گسترش یافته است. »^{۲۴}

۲ - تقسیم بندی شهید صدر، ایشان قواعد فقهی را به چهار دسته تقسیم نموده اند :

الف - قواعدی که به معنای اصطلاحی و فنی در فقه، قاعده محسوب نمی شوند، همچون قاعده لاضرر؛ چه اینکه قاعده بودن چیزی در فقه به دو مورد بستگی دارند: اولاً باید امر کلی باشد و در محدوده وسیع و گسترده کاربرد داشته باشد. ثانیاً: نکته ثبوتی در آن وجود داشته باشد و به حقیقت واحدی برگشت نماید. این معنا در احکام شرعی و قواعدی که شرعاً جعل شده، به همان وحدت جعل بر می گردد. مثل قاعده علی الید و حجیت خبر واحد در فقه. اما قواعدی مثل لا ضرر از مجموعه تشریحات عدمی است که در عبارت لا ضرر و یا لا حرج جمع گشته است.

ب - آنچه به معنای اصطلاحی قاعده فقهی است و مستقلاً بر حکم واقعی مجعول دلالت دارد. مثل قاعده « ما یضمن » که بیانگر ضمان ید بوده و فی نفسه دلالت بر حکم شرعی واقعی دارد و از ادله اجتهادی کتاب، سنت، اجماع و عقل استخراج می گردد. این قبیل قواعد گرچه دلالت بر حکم شرعی واقعی دارند. اما این گونه نیست که ابزار استنباط حکم شرعی باشد. بلکه حکم شرعی دیگری از این گونه قواعد استخراج می شود؛ مثل حکم ضمان در عقد فاسد که به عنوان مصداق قاعده ما یضمن است.

ج - قواعدی که بر حکم ظاهری دلالت می کنند و بوسیله آنها صغرای قیاس در استدلال به حکم شرعی حاصل می شود. همچون قاعده فراغ ، این قسم هم در طریق اثبات حکم شرعی قرار نمی گیرند. بلکه در طریق اثبات متعلق و مصداق حکم شرعی واقع می شود.

د - قواعد فقهی استدلالی که فقیه در مقام استنباط به آنها استناد می کند و به ابواب خاصی اختصاص دارد، بر خلاف قواعد اصولی که اختصاص به باب معینی ندارد. مثل قاعده غرور و قاعده

فصل سوم: نظام حقوقی

« قاعده حقوقی کلی است و اختصاص به فرد و حادثه ای معین ندارد، بلکه اشخاص و حوادث معین، هر یک با صفات و ویژگیهای خاص، مخاطب و مورد نظر در قاعده حقوقی هستند. و هر فرد یا واقعه ای که جامع ویژگیهای و اوصاف لازم و مورد نظر باشد، قاعده حقوق شامل آن می گردد. تجرید و رها بودن از قید در قاعده حقوقی، یعنی اینکه قاعده حقوقی در قالب و ساختاری ارائه و تنظیم می شود که متعلق به شخص واقعه معینی نباشد. دو ویژگی عمومیت و تجرید در قاعده حقوقی، دو امر متلازم است؛ که تجرید به تکوین و پیدایش قاعده حقوقی و عمومیت به اجراء آن مربوط می گردد.»^{۲۶}

« نظام حقوقی؛ شیوه های رفتاری است که تخطی از آن ها موجب تنبیه متخلف از سوی مراجع ذی صلاح جامعه شود. یعنی مجموعه قوانین و احکام - به صورت فروع و مقررات - که از سوی « مراجع صلاحیت دار» به منظور ایجاد نظم عمومی و حفظ منافع حقیقی یا موهوم جامعه یا هیأت حاکمه وضع شده و ضمانت اجراء داشته باشد.»^{۲۷}

ارکان و عناصر نظام حقوقی

«ارکان و عناصر هر نظام حقوقی چه مبتنی بر شرع (الهی) یا مبتنی بر طبع (بشری) باشد، عبارت است از: « کلیت شمول قوانین آن نسبت به همه افراد، ایجاد تکلیف برای اطاعت از قانون و در نهایت ضمانت اجراء در صورت تخلف از آن.»^{۲۸}

نظام حقوقی اسلام

« نظام را همانطور که در دو سطر پیش ارکان و عناصرش را معین کردیم، تعریف می کنیم: مجموعه ای از عناصر به هم پیوسته و هدفمند که هدف واحدی را تعقیب می کند. و قانون (سچ) به

مفهوم عام خود؛ مجموعه قواعدی است که نظام معیشت و زندگی جامعه را تنظیم می کند، قواعدی که دولت و ملت، ملزم به رعایت و احترام به آن هستند، اگر چه به پشتوانه قدرت و استفاده از زور باشد.^{۲۹}

« اسلام آخرین دین خداوند، دین فطرت و زندگی، دین دانش، عدالت، انصاف و ارزشهای اخلاقی، دینی که سراسر آن نظام است، نظام اعتقادی صحیح و پیراسته از خرافات، نظام عبودیت و بندگی خداوند، نظام حکومت و سیاست، نظام سرمایه و اعتقاد، نظام ازدواج و خانواده و احوال شخصی، نظام تعلیم و تربیت مترقی، نظام قضاوت و دادرسی، نظام حقوق و قراردادهای، نظام جنگ و صلح و نظام تمامی امور و در یک کلام اسلام، عقیده، شریعت، سیاست، و حکومت است.»^{۲۰}

نظام حقوقی در اسلام، همان شریعت اسلام است که مجموعه ای است از عناصر به هم پیوسته که یک کل را تشکیل می دهد و عهده دار سعادت و کمال انسان است. این شریعت دارای مبادی، منابع و مکتب حقوقی خاص است. فقه اسلامی با توجه به مجموعه های فقهی و تألیفات ارزشمند و علوم متعددی که دارد، قابل قیاس با هیچ نظام حقوقی یا شریعت دیگر نیست؛ شریعت اسلام مستقل از حقوق روم است.^{۲۱}

با توجه به اینکه واژه « شریعت » مورد بحث قرار گرفت، لازم است که به عنوان مکتب حقوقی دین مورد ارزیابی قرار بگیرد، مخصوصاً شریعت اسلام.

« شریعت در لغت به معنای راه و روش آشکار می باشد: « شرعت له طریقاً » « راه را برای او روشن کردم. »^{۲۲} و در اصطلاح فقها: مجموعه ای از احکام شرعی است که خداوند آن را برای بندگان خود سنت قرار داده است و از طریق پیامبران ابلاغ گردیده و در بردارنده احکامی است که اولاً: رابطه انسان را با خودش و ثانیاً رابطه او را با پروردگارش و ثالثاً رابطه او را با همتوعانش تنظیم می کند. و شریعت اسلام یعنی مجموعه ای از احکام، مقررات و قواعد شرعی که خدای عز و جل آن را برای بندگان خود تشریح کرده و برگزیده است، این احکام توسط خاتم پیامبر حضرت محمد بن عبدالله (ص) ابلاغ گردیده است.»^{۲۳}

حقوق و شریعت

در شریعت اسلام، علمای دینی از مصدر الزام آور قاعده شرعی در علم کلام، اصول فقه و تفسیر بحث کرده اند، اما مکاتب حقوق در این زمینه به دو قسم اصلی تقسیم می شود: ۱- «مکتب حقوقی طبیعی» و ۲- «مکتب حقوقی وضعی و اجتماعی» که هر یک از این دو، پس از وحدت نظر بر این مسأله که حقوق، ساخته دست انسان است، در درون خود به مذاهب و گرایشهای دیگری تقسیم می شود، اما فقهای دین و شریعت، بر این مطلب که قواعد شریعت مبتنی بر پایه و اساس الهی و ربانی است و نیز حقوق و قانون امری وضعی و از ساخته های دست انسان است اتفاق نظر دارند.

یکی از مباحث مهم شریعت و فقه و قانون و حقوق، کیفر و جزاء می باشد که برای کنترل امور دنیوی و اخروی انسان وضع می گردد، جزا در شریعت یا ثواب است، مانند: پاداش قانونی و یا عقاب است، مانند: واکنش منفی در برابر قانون. جزا یا مادی است که به جسم انسان برمی گردد مانند قتل، رجم، شلاق، و بریدن، یا به مال او برمی گردد مانند: دیه و یا جزای معنوی است که در خوف و رجاء یا دوستی و محبت خدا ظاهر می شود. همین جزای معنوی، بزرگترین ضمانت اجرا برای اطاعت از قانون است. اما جزا در قواعد حقوقی همیشه و در همه جا دنیوی و مادی است که از سوی قدرت حاکم تعیین و تنفیذ می گردد.

با توجه به مقایسه کیفر و جزا در حقوق و فقه (شریعت) بهتر خواهد بود که انواع کیفر در حقوق جزایی اسلام را مورد بحث قرار بدهیم:

کیفر در حقوق جزایی اسلام

«در زمینه حقوق جزایی، عمده مجازات ها در اسلام عبارتند از:

الف) حدود: حد کیفری است که اندازه آن در شرع معین شده است مانند: رجم برای زنان

و مردان محصنه، و صد تازیانه برای زنان و مردان غیر محصنه که مرتکب زنا می گردند و بریدن چهار انگشت برای سرقت اموال دیگران.

ب) تعزیرات : عبارت است از کیفری که اندازه آن در شرع تعیین نشده است و تعیین آن بر حسب اوضاع و احوال به نظر قاضی موکول شده است.

ج) قصاص : هرگاه یک شخص، دیگری را به عمد و ناحق بکشد: اولیای دم مقتول می توانند پس از ثبوت جرم، قاتل را بکشند یا با او صلح کنند و دیه بگیرند.

د) دیه : هرگاه کسی به خطا بدون داشتن قصد، موجب قتل دیگری گردد، باید دیه بدهد.^{۴۳} در قواعد حقوقی، حوزه تغییر اجتماعی در یک منطقه نمود می یابد و آن، عدم اهتمام اجتماعی از سوی قانونگذار است که فعل و ترک فعل در آن مساوی است. این در حالی است که قواعد شرعی، حوزه تغییر اجتماعی انسان را به مستحب، مکروه و مباح تقسیم می کند، مستحبات و مکروهات در حد یک سلسله سفارشات حقوقی است.

انجام مستحبات و پرهیز از مکروهات در شکل گیری شخصیت و هویت مادی و معنوی فرد و جامعه اثر گذار است و تنظیم رفتار اجتماعی را متناسب با اهداف مورد نظر قانونگذار اسلامی آسان می سازد، واجب یا مستحب عبارت است از هر آن چه مطلوب شارع بوده و در کمال و قرب آدمی به خداوند مؤثر و دارای مصلحت است. از سوی دیگر هر آنچه مبعوض شارع است و آدمی را از حوزه ایمان و تقوا دور می سازد حرام یا مکروه است.

احکام تکلیفی را می توان به دو قسم اقتضایی و تخییری تقسیم کرد، مراد از احکام اقتضایی در علم اصول احکامی است که اقتضای فعل یا ترک آن را دارد و شامل وجوب، حرمت، استحباب و کراهت می گردد و مراد از احکام تخییری احکامی است که از جهت ترک یا انجام فعل اقتضای رجحان ندارد که همان مباحات می باشد. همچنین مستحب، مکروه و مباح را به معنی اعم مباحات گویند. اباحه نیز در حوزه حقوق وجود دارد، مانند حکم به جواز ورود کالا، این حکم انشای جدید و حکم وجودی است در قبال حکم وجودی سابق نه اینکه نسخ و فسخ حکم سابق باشد.

اسلام با تمام شئون خود یک دین اجتماعی است. تمامی قوانین شریعت اسلام با ابعاد فردی و اجتماعی خود عهده دار ایجاد و تشکیل جامعه اسلامی و آبادانی مادی و معنوی است. قواعد شرعی در عرصه تنظیم رفتار انسان، فرد و جامعه را به طور یکسان مخاطب خود قرار می دهد و از این نظر، حوزه وسیع تری از قواعد وضعی دارد. از آن جایی که شریعت مجموعه ای است به هم پیوسته که اجزای آن یکدیگر را تکمیل می کند. عبارت (worship) از سایر قواعد و اجزای شرعی جدا نمی باشد، عبادت که تقرب به خداوند است، روح مسوولیت و آگاهی را نسبت به ضرورت انجام تکالیف شرعی و امور مهم در زندگی به طور کلی و بدون تفاوت و به طور یکسان در وجدان افراد برمی انگیزاند.

حقوقی بودن عبادت در حکومت و مقررات حکومتی، تنها در این حد نیست که صرفاً عهده دار احترام نهادن به این قواعد باشد، بلکه از نظر فقهی اگر مردم از انجام حج امتناع ورزند، وظیفه حاکم است که مردم را بر انجام این کار وادار کند و نیز اقامه نماز با نصب از سوی حاکم صورت می گیرد و اگر ترک نماز و مانند آن عبادات در دادگاه شرعی ثابت گردد حاکم شرع می تواند شخص را به خاطر ترک نماز تعزیر کند.

از جانب دیگر در شریعت و فقه اسلامی، حقوق یکی از عوامل صدور حکم در بین مردم و جامعه است. حقوق را از لحاظ نقل و انتقال و اسقاط، چنین تقسیم کرده اند:

۱- حقوقی که با مرگ صاحب حق به دیگری منتقل نمی شود و اسقاط و نقل آن به دیگری صحیح نمی باشد، چون حق پدری، حق ولایت حاکم، حق استمتاع از زوجه، حق وصایت و ...

۲- حقوقی که اسقاط آن جایز است ولی نقل آن به دیگری صحیح نمی باشد و با مرگ صاحب حق به طور قهری نیز به دیگری منتقل نمی گردد، مانند: حق غیبت، حق دشنام، حق اذیت و آزار به وسیله اهانت. در این موارد راضی کردن صاحب حق، حتمی است و توبه کفایت نمی کند.

۳- حقوقی که با مرگ صاحب حق به ورثه منتقل می گردد و اسقاط آن نیز جایز است ولی نقل آن به دیگری جایز نیست.

- ۴- حقوقی که نقل و انتقال و اسقاط آن جایز است؛ حق خیار، قصاص، حق تحجیر و غیره.
- ۵- حقوقی که نقل و انتقال آن بدون عوض جایز است چون حق قسم.
- ۶- حقوقی که اسقاط و نقل و انتقال آن مشکوک است، حق رجوع در عده رجعیه، حق نفقه اقارب چون والدین و اولاد، حق فسخ نکاح در عیوب مجوز، حق مطالبه در قرض، ودیعه و عاریه .

تقسیم کلی حقوق:

- ۱- حق الله محض: حقی را که قانونگذار اسلام در رابطه با کل جامعه اسلامی و امت اسلام قانونگذاری کرده است اصطلاحاً «حق الله» گویند. حق الله بدین معنی است که جانب اجتماعی جرم، تأثیر منفی و نامطلوبی بر روی جامعه می گذارد، مانند: حد ارتداد و محاربه.
- ۲- حق الناس: حقی است که آن را قانونگذار برای فرد خاص یا افراد خاص معین و مقرر داشته که در پرتو آن سودی بدست می آید که فقط عاید شریک مال غیرمنقول می گردد و به کسی دیگر مربوط نیست. مانند: قصاص، که صرفاً اختصاص به ولی یا اولیاء دارد، فقط صاحب یا صاحبان خون می توانند از این حق استفاده کنند. و از حاکم شرع بخواهند که قاتل را قصاص کند»^{۳۵}

تقسیم دیگر علم حقوق:

- ۱- حقوق ملی، که آن را حقوق داخلی گویند. این حقوق خود دارای دو قسم است:
- الف) حقوق ملی خصوصی: که به موجب آن رویداد خصوصی افراد که اعم از روابط شخصی و مالی آنان است، طبق قوانین به نظم در می آید. از قبیل تجارت، حقوق مدنی و غیره.
- ب) حقوق ملی عمومی: یک رشته از قوانین و مقرراتی است که چگونگی تشکیلات دولت را معین می کند و روابط میان افراد ملت و دولت را نظم و سامان می بخشد.
- ۲- حقوق بین الملل، که حقوق خارجی نیز نامیده می شود.

«حقوق بین الملل عبارت است از یک رشته قوانین که مربوط به روابط بین ملتها مختلف و

دولتهای حاکم است.»^{۳۶}

و اما در نظریه کلی علم حقوق، این علم از جهات دیگر مورد بحث قرار می گیرد. در پژوهشهای حقوقی رایج، مباحث حقوقی در دو سطح جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد:

الف) بررسی تفصیلی احکام و مسایل حقوقی: در این سطح تمام تفصیلات قواعد حقوقی در رشته های مختلف آن، در طول سالهای درسی در دانشکده های حقوق بررسی می گردد. همانند فقه که تمام مسایل فقهی، مسأله به مسأله از کتاب طهارت تا دیات بحث می شود.

ب) بررسی کلی احکام و مسایل حقوقی: این سطح از بحث حقوق، به بررسی مبادی، منابع، تقسیمات، طبیعت قاعده حقوقی، بیان مکاتب حقوقی، دیدگاهها و نظام های حقوقی اختصاص دارد. در دانشکده های حقوق این بحث به دیدگاه و نظریه کلی علم حقوق مشهور است، و گاهی نیز به آن «علم اصول حقوق» گویند. در مدارس دینی «علم اصول فقه» مدخل و مقدمه ای برای مباحث استدلالی و تفصیلی در علم فقه، و به همین دلیل به آن «اصول استنباط» نیز گویند.^{۳۷}

فرق اصول فقه و اصول علم حقوق

« برخی ممکن است فکر کنند که علم اصول فقه و علم اصول حقوق هر دو ماهیتاً یکی است، چون هر دو، مدخل و مقدمه ای برای علم فقه و علم حقوق است، چنان که هر دو، بحثهای مشترکی نیز دارند»^{۳۸} اما بین علم اصول فقه و علم اصول حقوق، تفاوت وجود دارد زیرا علم اصول حقوق، معطوف به نظریات پیشین و احکام حقوقی است که هم اکنون در جامعه در حال اجراست و با این علم، انسان به اصول این آراء و احکام آشنایی می یابد. اما در علم اصول فقه چنین آراء و احکامی از قبل پذیرفته شده و مفروض نیست تا این علم، معطوف به آراء باشد. بلکه پژوهشگر در این علم، در پی آشنایی با مبادی و منابعی است که در استنباط احکام مورد استفاده قرار گیرد و با توجه به این جهت است که در تعریف علم اصول گفته اند: « علم به کبرویات و اصولی است که در صورت ضمیمه شدن به صغرویات و فروع، نتیجه اش حکم شرعی است»^{۳۹}

منابع علم حقوق

این منابع عبارتند از: «اصل تاریخی و قدرتی که بتواند قانون وضع کند و از منابع رسمی به حساب آید، مانند: شریعت، عرف، قانون طبیعی، قواعد عدالت و احیاناً دین، فقه و قضا که مصدر تفسیری احکام هستند و از منابع صدور احکام در علم حقوق به حساب می آیند.»^{۲۰}

منابع فقه و حقوق؛ اشتراک و افتراق:

منابع فقه از درجات و اهمیت متفاوت برخوردارند، در نظر همه ی مکاتب و مذاهب فقهی، قرآن و سنت از ارزش والایی برخوردار است و در نزد بعضی، عقل نیز در کنار این ها قرار می گیرد. منابع دیگری هم مانند اجماع، عرف، بنای عقلا، استحسان، قیاس و ... در درجه بعد از اهمیت قرار دارند. قرآن: اساسی ترین منبع فقه اسلامی است و از نظر اهمیت در درجه اول قرار دارد.

سنت: یکی از منابع مهم فقه است که اکثر احکام شرعی از آن طریق استنباط می شود. سنت در نزد اهل سنت به قول و فعل تقریری اطلاق می شود که از نبی اکرم (ص) صادر شده باشد و بعضی از ایشان نسبت به صحابه رسول اکرم (ص) نیز همین نظر را دارند. اما سنت در نزد امامیه عبارت است از آنچه که از معصومین (ع) به صورت قول و فعل و تقریر به اثبات رسیده و حجیت آن با شرایطی خاص که در فقه به تفصیل بحث شده است، ثابت شده است.

اجماع: یکی از منابع فقه است؛ از نظر امامیه، اجماع فقط از این جهت که اتفاق علما در فتوایی باشد ارزش ندارند، مگر اینکه کاشف از قول معصوم (ع) باشد. «در نزد امامیه اجماع به عنوان یک دلیل مستقل در مقابل کتاب و سنت نیست بلکه حجیت آن در واقع از قول معصوم است که اجماع آن را کشف می کند.»^{۲۱} اهل سنت در حجیت اجماع نظر واحدی ندارند و هر کدام بخشی از آن را قبول دارند: مثل اجماع صحابه، اجماع علمای عصر، اجماع اهل مدینه، اجماع اهل کوفه و ...»^{۲۲}

در سایر سیستم های حقوقی جهان اساساً چیزی به عنوان اجماع دیده نمی شود و در واقع آن ها نیز مخالف اجماع هستند، توجیه اجماع از نظر علمی مقدور نیست به همین جهت امامیه در دو قرن

اخیر به خوبی متوجه نقص اجماع‌ها شده است.^{۴۳}

قیاس و استحسان دو منبع دیگر علم فقه است و در مورد حجیت آن اختلاف نظر است در مورد قیاس گفته اند: « عبارت است از سرایت دادن یک حکم از موضوعی به موضوع دیگر که مشابه آن است.»^{۴۴} و استحسان: « عبارت است از دلیلی که در نزد مجتهد پسندیده آید ولی مجتهد از توصیف یافته ی ذهنی خویش ناتوان باشد.»^{۴۵}

اما قیاس و استحسان از منابع امامیه نمی باشد، قیاس مورد نهی شرعی واقع شده و استحسان دارای دلیل شرعی قابل پذیرشی نمی باشد.

منابع حقوق به ترتیب اهمیت آنها در دو مکتب حقوقی: « کا من لا » (Common Law) و « رومی - ژرمنی » به شرح ذیل است:

الف) در نظام حقوقی « کا من لا »: رویه قضایی (Judicial)، قانون (Act ; code)، عرف و عادت (custom)، عقل (Reason) و دکترین (Doctrine).

ب) در نظام حقوقی « رومی - ژرمنی »: قانون، عرف و عادت و سنت، رویه قضایی و دکترین و اصول کلی.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

منابع مشترک در فقه و حقوق

۲۱ عرف: « قاعده ای است که به تدریج و خود به خود میان همه مردم یا گروهی از آنان به عنوان قاعده ای الزام آور، مرسوم شده است.»^{۴۶} حقوق دانان عرف را جوهر و شالوده همه قوانین دنیا به حساب آورده اند. « اصولاً همه نظام های حقوقی دنیا یک زادگاه و خاستگاه عرفی و عامی و هیجانی دارند و کم تر در آن ها عقل و علم بدون دخالت انگیزه های دیگر ریشه دارد.»^{۴۷} « در بخشهای متعدد فقه به تناسب مقام مطالبی گفته شده است و تقسیماتی چون عرف عام، عرف خاص، عرف مقارن، عرف مسلم، عرف مطرد، عرف متأخر و ... وجود دارد.»^{۴۸}

عرف برای تشخیص و تبیین موضوعات احکام در مواردی نقش دارد اما اینکه تا چه اندازه ای عرف در نظام حقوقی اسلام معتبر است، جای تحقیق دارد. «در اطلاق الفاظ معاملات، اگر شارع در مقام بیان باشد، لفظ بر آن چه عرف آن را مؤثر می داند حمل می شود؛ زیرا اگر مؤثر در نزد شارع چیزی جز مؤثر در عرف بود باید آن را بیان می کرد. پس اطلاق مقامی اقتضای تمسک و رجوع به چیزی را دارد که در نزد عرف مؤثر است.»^{۲۹}

«در الفاظ معاملات می توان تمسک به اطلاق کرد؛ زیرا معانی معاملات مستحدثه نمی باشد، و شارع در مقابل این الفاظ و معانی مثل یک نفر از اهل عرف است. پس اگر شارع این الفاظ را استعمال کند؛ حمل بر ظاهر معانی نزد عرف می شود، مگر آن که قرینه ای بر خلاف نصب نماید.»^{۳۰}

«در بعضی موارد ما آن چه را که در آیات و روایات آمده است مثل: اوفوا بالعقود و احل الله البيع و تجاره عن تراض و یا قول پیامبر اکرم (ص): النکاح سنتی و الصلح جایز و امثال آن را بر مفاهیمی که در نزد عرف مستقر بوده است، حمل می نمائیم، همان چیزی که عادت ایشان بر آن مبتنی بوده و پیامبر اکرم (ص) در این الفاظ هیچ گونه تصرف لفظی و معنوی نکرده است.»^{۳۱}

عقل: یکی دیگر از منابع فقه و حقوق که فی الجمله به صورت مستقیم و غیرمستقیم مورد استفاده قرار گرفته و به کمک آن قواعد حقوقی وضع می شود، عقل است و آن چه مورد نظر است مستقالات عقلیه است نه الزامات عقلی که لوازم عقلی یک قانون را بیان می کند.

رویه قضایی: رویه قضایی و یا آرائی که از طرف قضات صادر می شود و لازم الاجرا است، حقوق کشور انگلیس که از مهمترین اعضای نظام حقوقی کامن لا (Common Law) است، و محل نشو و نمای آن است، حقوقدانان به هنگام شمارش منابع حقوقی، رویه قضایی را در صدر منابع ذکر می کنند. «حقوق انگلیس یک حقوق عرضی نیست و Common Law یعنی تصمیمات قضایی.»^{۳۲}

«تصمیم قضایی یا رویه قضایی در حقوق فرانسه به معنی تفسیر و تفقه در حقوق آمده که دادگاه‌ها در آرای خود به عمل می‌آورند که وسیله عملی است برای رفع کاستی‌های قانون از قبیل اجمال و ابهام و نقص»^{۵۳}

یکی از کسانی که معتقد است در اسلام و فقه اسلامی رویه قضایی وجود دارد دکتر جعفری لنگرودی می‌باشد، وی در کتاب «مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام» می‌نویسد:

«ابن حزم می‌نویسد که عبدالله بن مسعود به مردم گفت: هر گاه خواستید به قضا بپردازید به قرآن مراجعه کنید، اگر مورد قضا را در آیات قرآن نیافتید به قضای پیامبر(ص) مراجعه کنید و اگر مورد نیاز قضایی را در آن هم ندیدی به قضا (آرای قضایی) صالحین و شایستگان مراجعه کنید و ابن قیم حنبلی همان مطلب را که ابن حزم ذکر کرده است در کتاب خود تأیید می‌کند و در جای دیگر می‌نویسد: علی رضی الله عنه به قضات خود گفت: آن طور که قبلاً رای می‌دادید رای بدهید و خوش ندارم که بین شما اختلاف نظر و تغییر رویه‌هایی که به وجود آمده است پدید آورم.»^{۵۴} «رویه قضایی در اسلام و استفاده از آن سابقه طولانی داشته است. رویه قضایی با مشخصات خاص آن عصر را مسلمانان خوب می‌شناختند و آن را طرف توجه و استفاده قرار می‌دادند، لکن بعداً به علت گسترش فراوان قلمرو اسلامی و بروز جنگها و تجزیه طلبی‌ها و نبودن سازمان اداری منظم ضبط رویه قضایی میسر نگردیده و این پدیده حقوقی نوحاسته در حقوق اسلامی مجال رشد و بقاء نیافت.»^{۵۵} «رویه قضایی که از طرف ائمه معصوم (ع) ثابت شده باشد، از قبیل حجیت سنت در نزد امامیه مطلقاً حجت می‌باشد. متبع مستقلی شمرده می‌شود و برای رفع ابهام و اجمال دیگر موارد سنت و قانون مورد استفاده قرار گیرد. این شبیه به همان عملی است که در نظام حقوقی رومی - ژرمنی با رویه قضایی می‌شود.»^{۵۶}

تقسیم ابواب حقوق و فقه

تقسیم ابواب حقوق در درجه اول ناشی از تنوع و تعدد روابطی است که در زمینه‌های مختلف زندگی اجتماعی به وجود می‌آید و به رابطه فرد با خدا کاری ندارد.

از آن جایی که دو مکتب حقوقی معروف می باشد ، به تقسیمات این دو مکتب اشاره می کنیم تقسیمات حقوق در این دو نظام بزرگ حقوقی معاصر متفاوت می باشد ، این دو نظام حقوقی که « نظام رومی - ژرمنی » (room - German) و « کا من لا » (Common Law) می باشند. یکی از تقسیمات عمده حقوقی مکتب رومی - ژرمنی تقسیم حقوق به حقوق خصوصی (Private Law) و عمومی (Political Law) است. در حقوق خصوصی ، هدف قانونگذار در نظر گرفتن منافع فردی جامعه در مقابل یک دیگر است ولی در حقوق عمومی آن چه مد نظر قانونگذار است تأمین منافع ملی و عمومی جامعه می باشد.

همان طوری که بین حقوق عمومی و حقوق خصوصی تفاوت است ، بین حقوقی که ساختار سیاسی قدرت در جامعه و حقوقی که روابط افراد را تنظیم می کند تفاوت هایی وجود دارد. تقسیمهای دیگری نیز در علم حقوق وجود دارد مانند تقسیم حقوق به داخلی و بین المللی و هر کدام از این تقسیم ها زیر مجموعه هایی دارند که چندان مورد اتفاق حقوق دانان نمی باشد. عمده تقسیم ها در حقوق عبارتند از:

- ۱- حقوق اساسی (Constitutional Law)
- ۲- حقوق اداری (Administrative Law)
- ۳- حقوق بین الملل عمومی (Law of nations)
- ۴- حقوق بین الملل خصوصی (Law of confiets)
- ۵- حقوق مدنی (Civil Law)
- ۶- حقوق جزا (Criminal Law)
- ۷- حقوق تجارت (Commercial Law)
- ۸- حقوق کار (Labor Law)
- ۹- آیین دادرسی مدنی (civil procedure)
- ۱۰- آیین دادرسی کیفری (Criminal procedure)

رابطه فقه و حقوق در تقسیم ابواب

یکی از تقسیم‌های مهم حقوقدانان تقسیم حقوق به حقوق عمومی و حقوق خصوصی است، این نکته مورد توجه فقها نیز بوده است، فقها معنی این دو اصطلاح را به خوبی تمییز داده‌اند گرچه در جداسازی ابواب صراحتاً از آن نام نبرده‌اند، آنها به جای اصطلاح حقوق عمومی «حقوق عامه» را به کار برده‌اند و گاهی هم «حق شارع» یعنی قانونگذار را به کار برده‌اند، مانند: ابوحنیفه که چنین گفته است: هر گاه مرد، زن خود را به شرط عدم نفقه و سکنی طلاق خلع دهد، شرط عدم نفقه صحیح است و طلاق خلع واقع می‌شود، اما زوجه حق سکنی دارد و این حق ساقط نمی‌گردد، زیرا نفقه حق زوجه است (حق خصوصی) لکن سکنی حق شارع است (حق عمومی) و قابل اسقاط نمی‌باشد. علاوه بر این مورد در متون فقهی به «حق الله» و «حق الناس» برمی‌خوریم که تا اندازه‌ای تبیین‌کننده حق خصوصی و حقوق عمومی است. در مباحث قبل ما حقوق را در اسلام و متون اسلامی تقسیم کردیم. از طرفی فقه از گستردگی زیادی برخوردار است، صرفاً مباحثی که در فقه سیاسی مطرح است به صورت زیر می‌باشد.

«چگونگی انعقاد امامت و خلافت، تولی و تبری، اختیارات ولی فقه یا خلیفه، نحوه انتخاب ولی امر، سقوط ولایت، شورا و اهمیت آن، بیعت و ماهیت آن، حقوق انسانها و رعیت، آداب جنگ و تقسیمات آن، تعریف محارب و فرق ذمی، تقسیم غنائم و اموال عمومی، امور حسبه، ماهیت خلافت و امامت و...»^{۵۷}

موضوع فقه

هرچند به صورت مختصر از فقه صحبت کردیم ولی باید دانست که در فقه رفتار، گفتار و رابطه فردی و عمومی در کل امور زندگی انسانها مورد بحث می‌باشد، در علم فقه از احکام خمس (وجوب، ندب، کراهت، اباحه و حرمت و از صحت و بطلان بحث می‌گردد، چرا که این عناوین بر فعل کسی که از طرف خداوند مکلف است عارض می‌گردد، لذا موضوع علم فقه «افعال مکلفین» است.^{۵۸}

قلمرو فقه

فقه که همان حقوق اسلامی است و یا شریعت که تکلیف مکلفین را معین کرده است، به عنوان یک علم در طول زمان با کوشش اصولیین و فقها، دارای آن چنان قدرت و توان بالقوه ای شده است که می توان به عنوان یک نظام حقوقی زنده و فعال، و مکتب حقوقی دارای مبانی خاص و یا مشترک با دیگر مکاتب، در صحنه اجتماع ظاهر شود و معضلات حقوقی جامعه را حل کند. می توانیم به علم فقه به عنوان علمی که در مقایسه با دیگر نظام های حقوقی چیزی کم و کاست ندارد و چه بسا از جهاتی برتری نیز داشته باشد نگاه کنیم.

آن چه در بخش معاملات فقه مطرح است عمدتاً تقریر و امضای همان اموری است که در بین مردم رواج داشته است. فقها در برخورد با موضوعات و پدیده های جدید حقوقی در زمان خود از گذشته مانند هر حقوقدانی در هر مکتب حقوقی، شروع به استنباط کرده اند، مثلاً وقتی در جامعه پدیده ای حقوقی جدید مانند بانک داری، سرقفلی، بیمه و غیره بوجود می آید و نیاز مردم به مبادلات اقتصادی در این زمینه شیوه های جدید را ابداع می کند، فقیه مثل هر حقوقدانی آن را با قواعد و معیارهای نزد خود تطبیق می کند

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

تاریخ تکوین و تدوین فقه

مکتب حقوقی امامیه عقیده دارد که فقه آنها پس از تدوین حدیث مدون گردیده و اهل سنت عقیده دارد که نخست فقه مدون گردیده و سپس احادیث تدوین شد. اختلاف این دو مکتب حقوقی ریشه ی تاریخی دارد. از طرف دیگر با سقوط خلافت اموی و سر کار آمدن خلفای عباسی در بغداد، همزمان با پاگرفتن حکومت های نیمه مستقل و مستقل ترک و فارس در سرزمین های شرقی (ایران، افغانستان و تاجیکستان) نهادینه شدن فقه اهل سنت آغاز گردید.

سقوط خلافت عباسی به دست مغول ها سبب متوقف شدن نظام شرع (فقه اهل سنت) و تحمیل نظام اداری و دیوانی مغول ها موسوم به « یاسای چنگیز » و « یاسای غازانی » از یک سو و

« تزوکات تیموری » توأم با عرض اندام رسمی فقه شیعی در برابر فقه اهل سنت و توسعه تدریجی فقه شیعی از سوی دیگر انجامید و در نهایت تأسیس سلسله صفوی که با اعلان مذهب رسمی تشیع به عنوان مذهب رسمی ایران، فقه شیعه را برای اولین بار به طور کامل در سراسر ایران با ضمانت اجرای قانون به مرحله اجرا در آورد و نظام قضایی متمرکزی بر اساس تفکیک صلاحیت های شرعی از عرفی ایجاد کرد که با تغییرهای اندک تا اواسط قاجاریه ادامه یافت»^{۴۹}

فقه و عدالت در نظام حقوقی اسلام

گرایش خیلی از ملت ها به دین اسلام، به دلیل رعایت قسط و عدل و فرمان آیات الهی به آن بوده است. پاره ای از روایات و آیات را در این زمینه ذکر می کنیم.

۱- « یا داود! انا جعلناک خلیفه فی الارض فاحکم بین الناس بالحق »^{۶۰} ای داوود ما در روی زمین تو را خلیفه قرار دادیم، پس میان مردم بر اساس حق داوری کن.

۲- « فاصلحوا بینهما بالعدل و اقسطوا ان الله یحب المقسطین »^{۶۱} اگر دو گروه از مؤمنان درگیر شدند، میان آنها آشتی برقرار کنید، میان آنان به عدل آشتی کنید، دادگری کنید که خداوند دادگران را دوست می دارد.

۳- « فان جانوک فاحکم بینهم او اعرض عنهم... و ان حکمت فاحکم بینهم بالقسط ان الله یحب المقسطین »^{۶۲} اگر غیر مسلمانان نزد تو به داوری آمدند، اگر خواهی میان آنان داوری بکن و اگر خواهی داوری نکن... اگر داوری کردی به داد داوری کن، خداوند دادگران را دوست دارد.

۴- « لقد ارسلنا رسلنا بالبینات و انزلنا معهم الکتاب و المیزان ليقوم الناس بالقسط »^{۶۳} پیامبران خود را با ادله روشن فرستادیم و کتاب و ابزار اندازه گیری همراه ایشان نازل کردیم تا مردم به دادگری برخیزند.

۵- «ان الله يأمر بالعدل والاحسان»^{۶۲} خداوند به دادگری و نیکوکاری فرمان می دهد.

در احادیث و اخبار که دومین منبع ادله فقه است بر عدالت و دادگستری و احقاق حقوق مردم بسیار تأکید شده. «الملك یبقی مع الکفر و لا یبقی مع الظلم»^{۶۵}

پیامبر گرامی اسلام مکرر به تساوی حقوق و برابری مردم در پیشگاه قانون و در محضر قاضی حکم فرموده اند.

«در اسلام مبنای حقوق و نظام قضایی، شریعت الهی و احکام دینی است که نه تنها همه افراد جامعه از صدر تا ذیل بلکه حکومت هم از آن اطاعت می کند، به ویژه، شیعیان از نظر اعتقادی، «عدلیه» و معتقد به «حقوق فطری» اند. در آیین تشیع، عدل از اصول پنجگانه دین (توحید، عدل، نبوت، امامت و معاد) به شمار می رود.»^{۶۶}

تقسیم ابواب فقه

تقسیمی از قدیم در میان فقها رایج بوده، تقسیم ابواب فقه به عبادات و معاملات است. «غزالی از فقهای اهل سنت، فقه را یا مربوط به امور اخروی می داند یا دنیوی، قسم اول را عبادات و قسم دوم را در سه بخش معرفی می کند. ۱- آن چه مربوط به حفظ نسل بشر است. ۲- آن چه مربوط به تنظیم روابط بشر با یکدیگر است. ۳- آن چه مربوط به بقاء فرد در جامعه است.»^{۶۷}

برخی از حقوقدانان معاصر فقه را به حقوق مدنی، خانواده و اساسی، جنایی، مالی، اقتصادی و بین الملل تقسیم می کنند.

شهید مطهری در تقسیم بندی خود از فقه چنین بیان می کند:

«احکام شرع یا رابطه مردم با خدا را بیان می کند که «عبادات» نام دارند، یا رابطه مردم با یکدیگر را سامان می دهند که اگر امور اقتصادی و قراردادهای مالی باشند، «احکام اقتصادی» نامیده می شوند و اگر امور غیر اقتصادی باشند دو گونه اند: یا روابط مردم با یکدیگر را در حال

عادی بیان می کنند که به آن « احکام شخصیه » یا « احکام خانواده » گویند و یا وظیفه ای را در حال نزاع و کشمکش و رویداد و جنایتی بیان می کنند که آن را « احکام قضایی » می گویند یا روابط دولتها را با یکدیگر بیان می کنند که « احکام سیاسی » نام دارند.^{۶۸} در این تقسیم به ماهیت و طبیعت هر یک از ابواب فقه توجه شده، و ضمن جای دادن تمام کتب رایج فقهی در تقسیم، زمینه پذیرش مسایل جدید که به مرور زمان بر اثر تحولات اجتماعی و صنعتی پدید می آیند را نیز دارد. از اصطلاحات رایج روز استفاده شده که برای گسترش فقه و امکان بهره وری افراد، امری لازم و گریز ناپذیر است. آن چه تا کنون از فقه و حقوق مورد بحث و ارزیابی قرار گرفت، ارتباط عمیق با قضا و قضاوت پیدا می کند، لازم می دانم که قضا و قاضی در آیین فقهی روشن گردد. قبل از تبیین مطلب بهتر است اصول حقوق دادرسی را در مکتب اسلام ذکر کنیم .

اصول حقوق دادرسی در مکتب اسلام

« اصل عدالت قضایی، اصل برتری نظام شرع، اصل بی طرفی قاضی و تساوی طرفین دعوا، اصل علنی بودن دادرسی، اصل لزوم اثبات دعوا از سوی مدعی و کفایت سوگند برای منکر.»^{۶۹}

قضاوت در اسلام : قضاوت، داوری بین مردم است. که قبلاً گفتیم اساس آن بر قسط و عدل است. البته « در صورتی که امام علیه السلام حاضر باشد حق قضاوت با امام معصوم (ع) و یا کسی که از طرف امام معصوم تعیین می گردد، می باشد. کسی را که امام در منطقه ای تعیین کند بر او لازم است که این وظیفه را قبول کند.»^{۷۰}

« قضاوت در عصر غیبت امام معصوم (ع) مربوط به فقیه جامع الشرایط فتوا می گردد و شرایط آن عبارتند از: بلوغ، عقل، مذکر بودن، ایمان، عدالت، از نظر ولادت طهارت داشته باشد و بنا بر قول مشهور قدرت نوشتن داشته باشد و برده نباشد و نابینا نباشد »^{۷۱}

شرایط قاضی در اسلام : این شرایط عبارت است از :

۱ - ذکوریت: قاضی باید مرد باشد، هیچ زنی ولو مجتهدترین فقیهان عصر خود شود، حق تصدی شغل قضا را ندارد. «لا یصلح قوم ولتھم امراء» گروهی که سرپرستی آن را زن داشته باشد روی صلاح نخواهند دید. این حدیث منسوب به رسول اکرم (ص) است و نیز حدیثی از پیامبر اکرم (ص) خطاب به امام علی علیه السلام: «یا علی! لیس علی النساء جمعه ولا جماعه ولا تولی القضا» زنان نمی توانند امام جماعت و جمعه شوند و نمی توانند شغل قضایی داشته باشند.

۲- بلوغ: یعنی به سن تکلیف شرعی رسیده باشد؛ بنابراین اگر طفل غیر بالغ - هر چند مراقب که نزدیک به سن بلوغ است - از جهت استنباط احکام به درجه اجتهاد هم رسیده باشد، حق قضاوت ندارد.

۳- عقل: سلامت فکر؛ بنابراین مجنون اعم از دیوانه اطباقی و ادواری حق قضاوت ندارد.

۴- اسلام: باور داشتن نبوت و خاتمیت پیامبر اسلام (ص)، بنابراین به قاعده «الاسلام یعلو ولا یعلی علیه» نه تنها هیچ نامسلمانی نمی تواند در میان مسلمانان قضاوت کند، بلکه به قول اکثر ائمه فقه (به استثناء ابوحنیفه) شخص نامسلمانی حتی حق قضاوت در میان نامسلمانان را نیز ندارد.

۵- عدالت: عدم ارتکاب گناهان بزرگ (گناهان کبیره) مطلقاً و عدم اصرار بر گناهان کوچک (صغائر) به طور عادی. شخص فاسق نمی تواند متصدی امر قضاوت شود.

۶- طهارت مولد: حلال زاده باشد، زنازاده حق تصدی شغل قضا را ندارد.

۷- حریت: آزاد باشد، بنده و برده حق قضاوت ندارد.

۸- سلامت اعضاء: سلامت جسمی و روانی داشته باشد.

۹- تخصص در احکام قضا: مجتهد باشد، یعنی آگاه بودن به قوانین اسلام به طور عام و دانا بودن به احکام قضایی به طور خاص به طوری که شخصاً قدرت استنباط احکام فرعی را به استناد ادله اربعه فقهی (کتاب، سنت، اجماع و عقل) داشته باشد.^{۲۲}

حقوق اساسی در فقه و حقوق

مباحث حقوق اساسی در میان اهل سنت بیشتر مطرح شده است و این امر به دلیل ارتباط آنها با حکومت بوده است. نیاز حکام وقت به فقها، علمای عامه را بر آن داشته است. که از قدیم الایام در کتب خویش مباحث حقوق اساسی را تحت عناوین مانند: «الاحکام السلطانیه»، «فقه الخلافه»، «نظام الحکم فی الاسلام» و... طرح نمایند. فقهای امامیه نیز به صورت پراکنده و در لابلای مباحث فقهی نیز مطالب فراوان گفته اند.

منشأ قدرت سیاسی در فقه و حقوق

حقوق دانان منشأ قدرت را یا اجبار می دانند یا اعتقاد، و منشأ اجبار را فشار اجتماعی و الزام مادی و تبلیغات بر می شمارند. در مورد اعتقاد که گاه با اجبار نیز همراه است سرچشمه آن را آداب و رسوم و خلیقات، مذهب، گذشت زمان و... می دانند. در میان حقوقدانان مسلمان از قدیمی ترین موضوعات، بحث از منشأ قدرت سیاسی بوده است که به صورت دو دیدگاه متفاوت خلافت و امامت عرضه شده است منشأ قدرت را حقوق دانان مسلمان، خداوند می دانند.^{۲۳}

در کشورهای اسلامی امروز منبع قانون اساسی آنها اکثراً متخذ از مبانی فقهی، کلامی و فلسفی اسلام است به خصوص قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول مختلف خود با تعابیر متنوع، معیارها و ضوابط اسلامی را یادآوری کرده است. در اصل ۱۰، حقوق و اخلاق اسلامی را پایه قرار داده است. و در اصول ۲۰ و ۲۷ و ۱۰۵، رعایت موازین با مبانی اسلامی را ضروری دانسته است، و در اصول ۷۲ و ۹۹ بر عدم مغایرت قوانین با اصول و احکام مذهب تأکید کرده است.

قوانین اساسی محل تلاقی فقه و حقوق و نقطه مرکزی پیوند استوار و ارتباط مستحکم میان فقه و حقوق است. هر چند قانون اساسی با تمام فصول و اصولش بر فقه استوار است ولی باز هم در تدوین و تصویب قوانین دیگر، با صراحت، لزوم رعایت موازین و مبانی اسلامی را تذکر داده است. با

توجه به این اهمیت، فقها هستند که در عرصه تدوین قانون اعم از قانون اساسی و عادی ظاهر می‌شوند. فقه از منابع مهم حقوق در جمهوری اسلامی ایران است که می‌تواند در پویایی قوانین، مقررات و حقوق قضایی نقش موثری داشته باشد.^{۷۴}

مکتب‌های حقوقی در اسلام

در این مجال مکاتب حقوقی اسلام نام برده می‌شود، هر چند این چند مکتب، تمام مکاتب حقوقی در اسلام نمی‌باشد. توضیح و تحلیل پیرامون هر یک از این مکاتب در کتب حقوقی ذکر شده که در این مختصر جای آن نمی‌باشد.

«مکتب شاکان، مکتب تخطئه و تصویب، مکتب جبر و اختیار، مکتب قیاس و مخالف قیاس، مکتب امامیه، مکتب اهل سنت، مکتب حدیث، و مکتب استحسان»^{۷۵}

رهبران این مکاتب فقهی عبارتند از «الامام زید بن زین العابدین، الامام جعفر الصادق علیه السلام، ابوحنیفه النعمان، مالک ابن انس، اللیث بن سعد، الامام الشافعی، الامام احمد بن حنبل، الامام بن حزم، عزالدین عبدالعزيز بن عبدالسلام»^{۷۶}

آن چه مشخص گردید این بود که علم فقه و حقوق هر دو برای نظم اجتماعی وضع شده‌اند و قوانین و احکام آن در این راستا می‌باشد. اما فقه فی نفسه از گستردگی و کمال بیشتری برخوردار است و رابطه انسان با خدا را نیز با قواعد و احکام خویش برقرار می‌سازد. قوانین حقوقی به رابطه انسان یا امور دنیا کار دارد. لذا حقوق به تنهایی نمی‌تواند نیازهای انسانی را مرتفع سازد و فقه در صورت بیرون آمدن از حالت تنوری، در محل اجرا نیازهای دنیوی و اخروی انسان را رفع می‌کند.

- ۱- لغتنامه دهخدا، ج ۱۱، ص ۱۷۱۹۲.
- ۲- فرهنگ فارسی، محمد معین، ص ۲۵۶۰، ج ۲.
- ۳- لغتنامه دهخدا، ج ۱۱، ص ۱۷۱۹۳.
- ۴- مبسوط ترمینولوژی حقوق، ج ۴، ص ۲۸۱۴.
- ۵- فقهی الارب.
- ۶- لغتنامه دهخدا، ج ۶، ص ۹۱۴۹.
- ۷- مبسوط در ترمینولوژی حقوق - جعفری لنگرودی، ج ۳، ص ۱۶۶۹.
- ۸- همانجا، ص ۱۷۱۷.
- ۹- مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، صص ۴۵ و ۴۴.
- ۱۰- کنزالعرفان، فاضل مقداد، ج ۲، ص ۳۵۸.
- ۱۱- تطبیق نظام حقوقی اسلام، فصلنامه تخصصی اهل بیت، ش ۳۶.
- ۱۲- همانجا، ص ۱۰۸.
- ۱۳- دانشنامه حقوقی ج ۱ ص ۶، لنگرودی.
- ۱۴- رابطه فقه و حقوق، مصطفی میر احمدی زاده، ص ۳۰.
- ۱۵- الاصول العامه للفقهاء المقارن، محمدتقی حکیم، طبع دوم، ص ۵۱.
- ۱۶- قواعد فقه، محمدی ۱۳۸۳، ص ۱۳، چاپخانه مطالعات فقهی.
- ۱۷- قواعد فقه مدنی، دکتر اسدالله لطفی، ص ۳.
- ۱۸- قواعد مدنی فقه؛ لطفی ص ۱۱؛ قواعد فقه، محمدی، ص ۱۹.
- ۱۹- کاربرد قواعد فقه در حقوق، عیسی کشوری، ص ۱۳.
- ۲۰- وسایل الشیعه، حر عاملی، ج ۱۵، ص ۲۶۸.
- ۲۱- کاربرد قواعد فقه در حقوق، عیسی کشوری، ص ۱۲۹ تا ۱۰۱.
- ۲۲- شهید اول؛ القواعد و الفوائد.
- ۲۳- ندوی، علی احمد؛ القواعد الفقهیه، ص ۹۹.
- ۲۴- قواعد فقه مدنی، دکتر اسدالله لطفی، ص ۱۵.
- ۲۵- قواعد فقه مدنی - اسدالله لطفی، ص ۱۲.

- ۲۶ - فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، تطبیق نظام حقوقی اسلام با حقوق معاصر. صص ۱۲۵ و ۱۲۴.
- ۲۷ - تاریخ حقوق ایران: سید حسن امین، ص ۲۰.
- ۲۸ - همان، ص ۲۲.
- ۲۹ - همان، ص ۱۰۲، شماره ۳۶.
- ۳۰ - لطف الله صافی، احکام الشریعه الثابتة لا تتغير، ص ۵.
- ۳۱ - فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، شماره ۳۶، ص ۱۰۳.
- ۳۲ - راغب در مفردات، ص ۳۷.
- ۳۳ - فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، ش ۳۷، ص ۱۹.
- ۳۴ - تاریخ حقوق ایران - پرفسور سید حسن امین، ص ۱۷۴.
- ۳۵ - مقارنه و تطبیق در حقوق جزایی عمومی اسلام: دکتر علی رضا فیض، صص ۴۸ و ۴۷.
- ۳۶ - همانجا، صص ۵۲ و ۵۱.
- ۳۷ - فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، شماره ۳۶، ص ۱۰۴.
- ۳۸ - جعفری لنگرودی، مقدمه علم حقوق، صص ۱۱ و ۳.
- ۳۹ - فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، تطبیق نظام حقوقی اسلام با نظام حقوقی معاصر: شماره ۳۶، ص ۱۰۴.
- ۴۰ - همانجا، ص ۱۶۴.
- ۴۱ - اصول الفقه، محمدرضا مظفر، ج ۲، ص ۸۷؛ محمد ابراهیم جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۱۸۲.
- ۴۲ - جعفری لنگرودی، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام، ص ۹۷.
- ۴۳ - همان، ص ۱۰۲.
- ۴۴ - رابطه فقه و حقوق، احمدی زاده، ص ۹۸.
- ۴۵ - محمد ابراهیم جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۱۴۹.
- ۴۶ - مقدمه علم حقوق: ناصر کاتوزیان، ص ۱۰۹.
- ۴۷ - مبانی قانونگذاری و دادرسی، حسین نجمیان، ص ۱۵۷.
- ۴۸ - جعفر لنگرودی، دانش نامه حقوقی، ج ۲، ص ۵۷ به بعد.
- ۴۹ - خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول؛ ج ۱، ص ۳۳.

- ۵۰ - محمد رضا مظفر، اصول الفقه، ج ۱، ص ۳۸.
- ۵۱ - محمد اسحاق فیاض: محاضرات فی الاصول الفقه؛ ج ۱، ص ۱۸۴.
- ۵۲ - رابطه فقه و حقوق، احمدی زاده، ص ۸۷ و مبانی قانونگذاری و دادرسی، حسین نجمیان، ص ۶۷.
- ۵۳ - حقوق تطبیقی، مکرمی، ص ۷۳.
- ۵۴ - مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام، جعفری لنگرودی، ص ۱۸۱.
- ۵۵ - همان، ص ۱۸۲ و رابطه فقه و حقوق احمدی زاده، ص ۸۹.
- ۵۶ - همان، ص ۹۰.
- ۵۷ - رابطه فقه و حقوق، میر احمدی زاده، ص ۵۲.
- ۵۸ - معالم الدین، جمال الدین، ص ۲۷.
- ۵۹ - تاریخ حقوق ایران، سید حسن امین، ص ۲۹.
- ۶۰ - سوره ص، آیه ۲۶.
- ۶۱ - سوره مائده، آیه ۴۲.
- ۶۲ - سوره حجرات، آیه ۹.
- ۶۳ - سوره حدید، آیه ۲۵.
- ۶۴ - سوره نحل، آیه ۹۰.
- ۶۵ - عدالت و قضا در اسلام، صدرالدین بلاغی، ۱۳۴۵، مطالعات فقهی.
- ۶۶ - تاریخ حقوق ایران، حسن امین ص ۱۷۰.
- ۶۷ - رابطه فقه و حقوق، میر احمدی زاده، ص ۴۶.
- ۶۸ - نگاهی به دسته بندی بابهای فقه، یعقوب علی برجی و جزوه کارشناسی ارشد درس فقه سیاسی ص ۱۰، استاد ولی پور.
- ۶۹ - تاریخ حقوق ایران، حسن امین، ص ۱۷۱.
- ۷۰ - شرح لمعه، ج ۱، کتاب القضاء، ص ۲۷۶، چاپ دو جلدی.
- ۷۱ - همان، ص ۲۸۲ تا ۲۷۶.
- ۷۲ - تاریخ حقوق ایران، سید حسن امین، ص ۱۷۳ به استناد: ماوردی، ادب القاضی، چاپ محی هلال الشرحان، بغداد، رئاسه دیوان الارواق، ج ۱، صص ۳۴ تا ۲۱، ۱۹۷۳ م.

- ۷۳- فقه سیاسی، عمید زنجانی، سه جلدی چاپ اول ۱۳۶۶.
- ۷۴- حقوق در آیینه فقه، جمعی از نویسندگان، ص ۱۸.
- ۷۵- مکتب های حقوقی در اسلام، ص ۳۳۱.
- ۷۶- الاثمه الفقه التسعه، عبدالرحمن الشرقاوی، ص روی جلد.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 پرتال جامع علوم انسانی