

## درآمدی بر ارتباط فقه و حقوق\*

دکتر حسین ناصری

استادیار دانشکده الهیات، دانشگاه فردوسی

E-mail: naseri 1962 @ ferdowsi.um.ac.ir

### چکیده

فقه و حقوق دو دانش همگن و هر دو از دانش‌های رفتاری و دستوریند و در بسیاری از نقاط مانند بخش‌هایی از اهداف، مسایل، متدولوژی، منابع و ... تقارب و تجانس دارند. با این همه، تمایزهای آن دو نیز کم نیست. فقه، ساحتی آسمانی و حقوق، آستانی زمینی دارد. فقه، نیکبختی عاجل و آجل را طلب می‌کند و حقوق به کامیابی عاجل بسنده می‌کند. فقه، بر متون و نصوص دینی تکیه می‌کند و حجیت را در استناد به خداوند ویژه می‌سازد و حقوق بر قانون و عرف پای می‌فشرد.

در گذشته، این دو یار قدیمی، داد و ستد بسیار داشته‌اند که در تکامل و بالندگی‌شان اثر افرین بوده است. اما امروزه که سایه حقوق و شاخه‌های انبوه آن در جای جای زندگی ما گسترانیده شده و فقه اسلامی را به چالش جدی کشیده چه باید کرد؟ آیا باید فقه در مواجهه با حقوق به محاق رود؟ یا حقوق وضعی در هماوردی با فقه رنگ بازو؟ یا می‌توان فقه اسلامی را - لافل در بخش‌های مهمی از آن - نظام‌مند ساخت؟ نوشته حاضر مبادی و پیش‌انگاره‌های این مبحث را بررسی می‌کند تا مجال برای پژوهش‌های پسین فراهم آید.

**کلیدواژه‌ها:** فقه، حقوق، شریعت، قانون.

---

\* - تاریخ وصول: ۸۳/۴/۱۸، تاریخ تصویب نهایی: ۸۳/۶/۸۳. سرانجام پس از تلاش‌های فراوان، طرح پیشنهادی بازنگری در رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی در گروه آموزشی مربوط در دانشگاه فردوسی مشهد فراهم آمد. بر اساس این طرح که امید است در مراحل بعدی نیز با اهتمام پیگیری و اجرا شود، برخی از درس‌های مشترک کاهش یافت و مقدار قابل توجهی درس‌های تخصصی به ویژه حقوقی افزوده گردید. به همین بهانه، نوشته حاضر که از مبادی اولیه طرح بازنگری است در باب رابطه فقه و حقوق به خامه درآمد.

## مقدمه

در شماره ۵۷ همین نشریه<sup>۱</sup> گران‌سنگ گفته شد که یکی از عناصر بیرونی بازسازی و پویاسازی دانش فقه که خود از موضوعات و مسائل دانش فلسفه فقه به شمار می‌آید، مقوله مهم ارتباط فقه و دیگر علوم است. یکی از شاخه‌های این مبحث، بررسی ارتباط دو دانش فقه و حقوق است که از بسیاری جهات به هم نزدیکند. آن دو در بسیاری عرصه‌ها و پهنه‌ها، اشتراک و همسازی دارند. ولی شگفت آن که گروهی، وجود هر گونه ترابطی میان آنها را انکار کرده‌اند، به این دلیل که حقوق، ساخته و پرداخته آدمیان است؛ ولی فقه از خداوند سرچشمه می‌گیرد، یا احکام و گزاره‌های فقهی فراگیر و ثابتند؛ ولی قوانین حقوقی، زمان‌مند و متغیرند (عوده، صص ۱۸ و ۳۰).

باید متفطن این حقیقت بود که این موضوع امروزه در جوامع اسلامی به صورت کاملاً جدی رخ نموده است. چه، با حضور و سیطره فراع حقوق در غالب شئون زندگی، به طور طبیعی فقه اسلامی را که او نیز - لاقلاً - در قرائت عمومی - متصدی پاسخ‌گویی به تمامی جوانب زندگی آدمی است، به چالش فرا می‌خواند. این تصادم و هم‌وردی نه در روزگاران پیشین برای ما مطرح بوده، زیرا جوامع اسلامی بیشتر با قوانین و قواعد شریعت‌گذاران زندگی می‌کردند و نه اینک در جوامع غیر اسلامی که آنها را دستگاه فقهی الزام‌آور نظیر فقه اسلامی نیست یک مسأله به شمار می‌آید.<sup>۲</sup>

دانش‌های فقه و حقوق هر کدام موطن و خاستگاهی ویژه دارند. فقه دانشی است اصیل که زادگاهش فرهنگ و تمدن اسلامی است و سده‌ها به عنوان دژری استوار، مناط

۱. مقاله «گنج در آستین»، ص ۱۸.

۲. البته نظام‌های مسیحی و به ویژه کاتولیک در قرون وسطی گاهی با چالش‌هایی از این دست مواجه می‌شدند. مانند ناهمگون بودن حقوق رومی که زاینده جهان کفر بود با تعالیم مسیح و انجیل (داوید، صص ۳۸ و ۳۹).

و ملاک عمل و رفتار در جوامع اسلامی قرار می‌گرفت و آنها را از دیگر نظام‌های حقوقی بی‌نیاز می‌کرد. اما حقوق را فقط یک موطن نبود. خیلی پیش از ظهور اسلام، چیزی که ما امروز حقوقش می‌نامیم - البته در شکل مجموعه قوانین ساخته بشر با غرض ایجاد امنیت و عدالت و بقاء جامعه - در بسیاری جوامع و حتی در جامعه عرب جاهلی وجود داشت. حقوق رومیان که بعدها پایه و اساس تأسیس نظام حقوقی رومی - ژرمنی گردید قرن‌های متمادی مورد پذیرش بخش‌های وسیعی از اروپا بود. پیش از قرن سیزده میلادی مجموعه‌های ژوستین در شرق و تا حدی در ایتالیا و مجموعه معروف به قانون رومی یا کتاب آلاریک مصوب ۵۰۶ میلادی در فرانسه و اسپانیا از لحاظ نظری معرف حقوق روم بود. قوانین بربر از قرن ششم به بعد برای اغلب قبایل ژرمنی نوشته شد (داوید، صص ۳۲ و ۳۳).

فقه اسلامی و نظام‌های حقوقی دیگر، سده‌های متمادی به مثابه دو خط موازی و با کمترین اصطکاک راه خود را پیموده‌اند. اما با پیدایش دوران جدید و سایه گستری دنیای مدرن بر جهان سنت، فقه و حقوق نیز به نقطه تلاقی و تصادم رسیدند.

بدون تردید دانش حقوق با گستره و دامنه فراخش در یکی دو سده اخیر جان تازه گرفته و شاخه دوانده است و جوامع اسلامی نیز خودآگاه یا ناخودآگاه، به تدریج تفوق حقوق را در عرصه‌های مختلف آن پذیرا شده‌اند. پیش از آن که ساحل‌نشینی حقوق در بستر جوامع اسلامی امری مبارک و ارجمند یا گسستی سوکناک تلقی شود، نظر در وضعیت کنونی این دو دانش لازم است و ضمن بررسی میزان، محدوده و بسامد تأثیر و تأثر آنها نسبت به هم باید به ارائه راه حل پرداخت. این مطالعات که در مرحله نخست عمدتاً نظری و تحلیلی هستند می‌توانند مطالعات پسینی را در باب نظام‌سازی و ارائه سیستم حقوقی منسجم اسلامی در برابر نظام‌های رایج، یاری کنند.

با توجه به تازه بودن مباحث مربوط به فلسفه فقه و نگاه‌های برون فقهی مانند مسأله ارتباط فقه و علوم، متأسفانه کارهای قابل قبولی در این عرصه، دیده نمی‌شود.

## عرصه‌های ارتباط فقه و حقوق

سنجش دانش‌های فقه و حقوق در وضعیت کنونی‌شان، در عرصه‌های زیر امکان‌پذیر است:

۱. موضوع؛ ۲. هدف؛ ۳. روش؛ ۴. مبانی (مکاتب و نظریه‌ها)؛ ۵. منابع؛ ۶. تقسیم‌بندی و شاخه‌ها.

در این نوشته، تلاش می‌شود به طور خیلی گزیده در عرصه‌های مزبور، میان فقه و حقوق مقایسه صورت گیرد و سپس در مقام داوری، نظریه‌مختار عرضه شود.

### ۱. موضوع

الف) موضوع فقه: چند منظر درباره موضوع دانش فقه<sup>۱</sup> وجود دارد که کم‌اشکال‌ترین آنها چنین است: رفتار مکلفان و موضوعات خارجی که به نوعی در زندگی آنان تأثیر گذارند از آن جهت که حکمی شرعی برای آنها ثابت می‌شود (صدر، ص ۹۹).

ب) موضوع حقوق: گرچه گستردگی و تنوع موضوعات در دانش حقوق، تا اندازه‌ای گزینش موضوعی واحد را دشوار می‌سازد؛ ولی با قدری تساهل می‌توان موضوع و رشته پیوند دهنده همه شاخه‌های حقوق را روابط اجتماعی انسان‌ها با هم دانست.

مقایسه: نسبت موضوع کلی فقه و حقوق بدون در نظر داشتن زیر شاخه‌ها، عموم

۱. منظور از فقه در همه جای این نوشتار، دانش فقه است که در تعریف آن گفته‌اند: علم به احکام شرعی فرعی از روی دلیل‌های تفصیلی آنها (شیخ حسن، ص ۲۲). در این معنا، همه ویژگی‌های یک دانش مانند موضوع، مسائل، غرض، مبانی و ... وجود دارد. البته برای فقه افزون بر معنای لغوی‌اش - یعنی فهم دقیق - معانی دیگری هست که چندان با این بحث در ارتباط نیست (مانند دانستن گزاره‌ها و احکام شرعی).

و خصوص من وجه است. نقطه اشتراک آن دو مباحثی است که هم جنبه فقهی دارند و هم صبغه حقوقی مانند قوانین مربوط به ارث. اما پاره‌ای از مباحث مانند احکام عبادی نظیر نماز و روزه موضوع فقه قرار می‌گیرند؛ ولی نشانی از آنها در حقوق نیست. البته ممکن است برخی امور عبادی نیز به لحاظ انطباق عناوین دیگری بر آنها، موضوع حقوق قرار گیرند. مانند این که واجب عبادی امر به معروف، می‌تواند به عنوان یک قانون حقوقی از سوی قوه قانون‌گذاری، وضع شود. از دیگر سو، در حقوق به مواردی می‌توان برخورد که جنبه فقهی ندارند مانند مقررات مربوط به راهنمایی و رانندگی یا شهرداری‌ها.

**نکته مهم:** این که گفته شد نسبت موضوع فقه و حقوق عموم و خصوص من وجه است، بنابر فقه موجود و بر اساس دیدگاهی است که به ما اجازه می‌دهد در تهی‌گاه‌های قانونی - منطقه الفراغ - دست به جعل قوانین بزنیم. اما بنابر مبنای گروهی از فقیهان که اولاً فقه می‌تواند و باید در مواجهه با همه رخدادهای موضوع اتخاذ کند و ثانیاً وضع و جعل مقررات حتی در منطقه الفراغ نیز صبغه فقهی و شرعی پیدا می‌کند، قهراً مقررات و موضوعات حقوقی نیز رنگ و بوی فقهی می‌گیرند و در نتیجه نسبت فقه و حقوق عموم و خصوص مطلق می‌شود (یعنی هر موضوع حقوقی، می‌تواند یک حکم شرعی داشته باشد) (گرچی، ص ۲۳).

یکی دیگر از نقاط افتراق فقه از حقوق، احکام غیرالزامی مانند مستحبات و مکروهات است که در حقوق جایی ندارند.

## ۲. هدف

**الف) هدف فقه:** غایت دانش فقه را نخست آگاهی به احکام و قوانین شریعت و دوم دستیابی به نیکبختی انسان در همه وجوه زندگی عاجل و آجل او گفته‌اند.

در حقیقت، دانش فقه مدعی است که آدمی را در وصول به مصلحت‌های پنج گانه<sup>۱</sup> یاری می‌کند.

**ب) هدف حقوق:** باید اعتراف کرد که درباره هدف حقوق، اختلاف نظر بسیاری وجود دارد که از دیرباز شروع شده و هنوز ادامه دارد. یکی از محورهای اصلی نزاع، آن است که گروهی، هدف قواعد حقوق را فرد می‌دانند (مکتب حقوق فردی) و دسته‌ای دیگر، اجتماع را هدف و غرض حقوق می‌شمارند (مکتب حقوق اجتماعی و دولتی) و پاره‌ای دیگر از نظریه‌پردازان کوشیده‌اند تا نظریه‌های معتدلی برگزینند (کاتوزیان، کلیات حقوق، ص ۱۱۷). با این همه، می‌توان قدر مشترک همه آراء و نظریه‌هایی را که درباره هدف حقوق ابراز شده است در سه عنصر گرد آورد: ۱) امنیت حقوقی؛ ۲) تحقق عدالت؛ ۳) پیشرفت و توسعه جامعه و مدنیت (همان، ص ۱۴۲).

مقایسه: گرچه در نگاه اولیه اهداف فقه و حقوق هم سو و هم خوان هستند و هر دو به دنبال ایجاد امنیت و تأمین مصلحت‌های فردی و اجتماعی، اما با قدری ژرف‌نگری در غایات این دو علم، به برخی تمایزات جوهری بر می‌خوریم.

نخست آن که بخش بزرگی از احکام فقهی با غرض تزکیه و تهذیب انسان‌ها جعل و تشریح شده است. این عنصر یعنی ماهیت اخلاقی در احکام عبادی کاملاً هویدا است (ر. ک: بقره/۱۸۳؛ عنکبوت/۴۵). ولی حتی در برخی احکام غیر عبادی نیز جنبه‌های اخلاقی و تربیتی قابل مشاهده‌اند. به عنوان نمونه، در باب احکام جزایی گاهی کفاره یک رفتار (مانند کشتن عمدی مؤمن<sup>۲</sup>) افزون بر مجازات، انجام یک عمل عبادی مانند روزه گرفتن، قرار داده شده است که قطعاً یک هدف تربیتی در خود نهفته دارد و نمی‌تواند در زمره قوانین حقوقی به شمار آید. بر اساس این نگرش، بازخورد

۱. مصلحت دین، عقل، نفس، عرض و مال (جعفری لنگرودی، مکتب‌های ...، ص ۱۵۸).

۲. که افزون بر قصاص یا اخذ دیه، کفاره جمع هم واجب می‌شود. (ر. ک: لعمره، کتاب کفارات).

نهایی رفتار و سلوک انسان عامل به احکام شرعی، باید در خدمت تقرّب به خداوند و در جریان کمال مطلوب باشد و حتی مصلحت‌های مادی و این جهانی نیز باید در همین مسیر معنا شوند. نتیجه این رویکرد آن است که تطبیق رفتار در امور توصلی<sup>۱</sup> با احکام شرعی اگر بدون توجه به استناد حکم به خداوند باشد و صرفاً وصول به مصلحت منظوی در کار را نشانه رود، همه غایت و غرض، استیفا نمی‌گردد. در برابر این دیدگاه، گروهی بر این باورند که در غیر عبادیات یعنی معاملات به معنای اعم آنچه جاودانه و غیر قابل تغییر است «اصول ارزشی» ای است که از ضرورت‌های سلوک توحیدی انسان نشأت می‌یابد. بنابراین قوانین و مقررات حقوقی که در ساختار نظام اجتماعی، به نوعی تأمین‌کننده این سلوک توحیدی و اصول ارزشی می‌باشند نیز در کنار احکام شرعی جریان می‌یابند (مجتهد شبستری، ص ۲۹۶ تا ۳۰۰).

**نیروی الزام‌آور در فقه و حقوق:** یکی از مباحث مرتبط با مسأله هدف در فقه و حقوق، بحثی است که حقوق‌دانان در ذیل مبانی و اهداف حقوق، تحت عنوان «نیروی الزام‌آور قانون» می‌آورند.<sup>۲</sup> آنان به دنبال پاسخ به این پرسشند که در قانون، چه نیرویی نهفته است که فرد و جامعه را وادار به تبعیت می‌کند؟ آنان در پاسخ، به چند امر اشاره می‌کنند:

**الف) فطرت:** مثلاً در حقوق اساسی یا اداری، اصل عدالت، مساوات، عدم ولایت افراد جامعه بر هم و ... مبتنی بر فطرت آدمی است (جعفری لنگرودی، مقدمه ...، ص ۳۱).

**ب) عرف:** بسیاری از مقررات حقوقی از عرف نشأت می‌گیرند. بیشتر مقررات

۱. امور توصلی به عکس تعدّیات اموری هستند که تنها تحقق خارجیشان مهم است و لو بدون قصد قربت باشند مانند نجات فرد در حال غرق.

۲. البته این بحث که کاملاً نظری است با مسأله ضمانت اجرای قانون که یک مبحث اجرایی است تفاوت دارد.

قراردادها، ایقاعات و تعهدات، خاستگاه عرفی دارند (همان، ص ۳۲).

ج) مصالح: مصلحت‌هایی در مقاطع زمانی خاص که منشأ وضع قوانین خاصی می‌شوند، الزام آن قوانین را تضمین می‌کنند (همان، صص ۳۲ و ۳۳).

د) عقل: روشن است که برخی از قوانین به طور مستقیم تحت تأثیر نیروی الزامی عقل است. مانند مردود شمردن اصل تبعیض نژادی (همان، ص ۳۳).

ه) عدل<sup>۱</sup>: حقوق‌دانان می‌گویند اگر قانونی بر اساس عدالت وضع شود، یقیناً همه را دعوت به اطاعت و گردن‌گذاری می‌کند (همان، ص ۳۴).

اما فقیهان به این ترتیب، از مسأله نیروی الزام‌آور سخن به میان نیاورده‌اند؛ اگر چه برخی از عناصر الزامات قانونی نظیر عقل، عرف و مصلحت در لابه‌لای مباحث آنان چه در باب منابع فقه و یا در مبادی فقه و اصول، مورد توجه قرار گرفته است. به نظر می‌رسد منشأ الزام در احکام شرعی از انتساب احکام به خداوند سرچشمه می‌گیرد. یعنی در پس هر گزاره شرعی (مانند «گرفتن ربا حرام است») کبرایی وجود دارد که از انضمام آن به گزاره مزبور، الزام متولد می‌گردد («هر چه خداوند حرام کرده است باید از آن اجتناب کرد»). البته این کبری که فرآورده علم کلام است و نه فقه، خود به مسأله ترس از کیفر الهی و امید به پاداش او بر می‌گردد. روشن است که نکته‌ای که پیش از این در باب تمایز قایل شدن گروهی میان احکام عبادی و غیرعبادی طرح کردیم اینجا نیز مصداق دارد و جای این پرسش هست که آیا الزام عبادیات با غیر عبادیات همگن و متجانس است یا خیر؟

### ۳. روش

الف) روش فقه: به نظر می‌رسد عمده‌ترین تمایز روش فقه و حقوق به مسأله

۱. روشن است که این مبحث بسیار عمیق و پردامنه است و می‌تواند محل جرح و تعدیل‌های فراوان قرار گیرد، مانند مفاهیم عقل و عدل که معرکه آراء و اقوال است.

«حجیت» بر گردد که بخش مهمی از مسائل دانش اصول را به خود اختصاص داده است. حجیت یعنی انتساب یک حکم به خداوند. به عنوان نمونه اگر گفته شود: «این روایت حجیت دارد.» یعنی فرد مکلف، در صورت تطابق رفتارش با آن، فرمان بردار به شمار می‌آید و او را باز خواستی نیست. فقیه در همه مراحل استنباط به دنبال این آرامش قلبی و سکون نفسانی است. یعنی نقطه انتساب دلیل و رفتار به ذات باری. این رویکرد درباره مقلدان نیز به گونه‌ای دیگر وجود دارد، یعنی آنها هم، و لو به نحو اجمالی، رفتار خود را به خداوند منتسب می‌سازند. این عبارت درباره علم اجمالی مقلد به حکم خداوند مشهور است: «هذا ما افتی به المفتی، کلّ ما افتی به فهو حکم الله فی حقّی، فهذا حکم الله فی حقّی.»

یقیناً این نگرش در قوانین حقوقی وجود ندارد و حقوق‌دان همواره به دنبال تطبیق قانون با مبانی آن و نیز تطبیق رفتارهای اجتماعی با قوانین است.

به هر روی، مباحث روش شناختی فقه گاهی در بُعد معرفت شناسانه مطرح می‌شود مانند دلالت عقل، میزان مداخلت حس، مراتب آگاهی از واقعیت (علم، ظنّ و شک) و ... و گاهی در سطح مباحث عام فلسفی و غیرفلسفی در دانش‌هایی نظیر اصول فقه، تفسیر، زبان‌شناسی و ... عنوان می‌گردد. فقیهان با یک رشته عملیات که «اجتهاد» نام دارد تلاش می‌کنند تا به حکم شرعی دست پیدا کنند. در حقیقت، اجتهاد از منظر آنان، فرآیندی است که ایشان را در کشف حکم شرعی یاری می‌کند؛ نه وضع و جعل آن. نقش عقل و حس نیز در روش‌شناسی فقهی دارای اهمیت است. بیشتر فقیهان دلالت عقل را - چه به عنوان مرجع و منبع و چه به مثابه طریق و ابزار - در چارچوب قاعده ملازمه<sup>۱</sup> می‌پذیرند. (مظفر، ۲۲۶/۱ تا ۲۳۰) و گروهی<sup>۲</sup> نیز یا در اصل

۱. کَلَّمَا حَكَمَ بِهِ الْعَقْلُ حَكَمَ بِهِ الشَّرْعُ.

۲. اشاعره که منکر حُسن و قبح عقلی‌اند.

ادراک عقلی خدشه می‌کنند یا پس از آن که ادراک عقل را ممکن می‌شمارند، در حجیت آن تردید می‌دارند<sup>۱</sup> (همان، ۱۱۵/۲ تا ۱۲۶).

اما عکس العمل فقیهان در مورد تأثیر حسن در احکام شرعی نیز متفاوت است. از پذیرش نقش حسن در فهم موضوعات خارجی و مصادیق احکام که صرف نظر شود، عمده فقیهان امامیه، بر مطلق بودن گزاره‌های فقهی تأکید می‌کردند و نقش چندانی برای تحولات خارجی و شرایط محسوس، قایل نبودند. البته در دهه‌های اخیر چند چهره فقهی که شاخص‌ترین آنها امام (ره) بود، مسأله تأثیر زمان و مکان بر تغییر و تبدل احکام فقهی را به طور جدی مطرح ساختند.<sup>۲</sup> در مقابل، برخی از مکاتب فقهی اهل سنت ره افراط پیموده و با دخالت دادن بیش از حد محسوسات در احکام شرعی، پای نسبی‌گرایی را در بسیاری از قواعد و احکام شرعی باز کردند.<sup>۳</sup>

یکی دیگر از مباحث روش شناختی، بحث‌های معرفت‌شناسانه‌ای است که درباره مراتب آگاهی انسان مطرح می‌شود. در دانش اصول فقه و فلسفه فقه، همواره این موضوع یعنی میزان و نوع آگاهی لازم در باب احکام شرعی، گرمی بخش قسمتی از مسائل بوده است. فقیه در برابر این پرسش روشی باید موضعی اتخاذ می‌کرد: در طی فرآیند وصول به حکم شرعی چه زمانی باید قانع شد و از تلاش باز ایستاد؟ این موضع را در میان اصولیون امامی، شیخ انصاری به کمال رساند. او بر این باور بود که بالاترین نوع آگاهی، قطع و یقین است که نه نفیاً قابل جعل است و نه اثباتاً و حجیت آن ذاتی است (فرانده الاصول، ۱/ ۴). نزاع او با اخباریون که قطع انسان قطاع (زود باور) را حجّت نمی‌دانستند معروف است. شیخ معتقد بود: هر قطعی برای صاحب آن حجّت

۱. اخباریون که قاعده ملازمه را نمی‌پذیرند.

۲. نک: مجموع آثار کنگره بررسی مبانی فقهی حضرت امام خمینی «ره» (زمان و مکان)

۳. طرفداران قیاس، استحسان و مصالح مرسله.

است و هیچ کسی را به خاطر پیروی از قطعش نمی‌توان مواخذه کرد. تنها می‌توان در مقدمات و مبادی که او را به قطع رسانده است خدشه و تشکیک کرد (همان، ص ۲۰). شیخ انصاری درباره‌ی حالتی که فقیه به قطع دست پیدا نکند می‌گوید: اگر نسبت به حکم شرعی، ظن داشته باشد، بنابر اصل اولی - حکم عقل و نقل - نباید آن را پیروی کند، اما از باب اجبار یا به خاطر آسان گرداندن امور، خداوند برخی از ظنون (اسباب ایجاد ظنون) را حجت قرار داده است مانند خبر واحد (همان، مبحث ظنون). و در مواردی که برای فقیه نسبت به حکم شرعی، شک (حالت تساوی دو طرف) پیدا شد، باید به اصول عملیه پناه ببرد. این اصول که همانند قطع و ظن، جنبه‌ی طریقت به واقع را ندارند، تنها تأمین‌کننده‌ی وظیفه‌ی عملی مکلف و بیرون آورنده‌ی او از حالت تردیدند. چهار اصل مهم عملی عبارتند از: استصحاب، برائت، تخییر و احتیاط (همان، مبحث شک).

ب) روش حقوق: حقوق‌دانان چندان به بحث معرفت‌شناسی و مراتب آگاهی به صورت یک پیشین‌فرض دانش حقوق نپرداخته‌اند. ولی در لابه‌لای برخی فصل‌ها به گونه‌ای به این مقوله اشاراتی کرده‌اند. مانند مبحث تفسیر قانون که طبعاً، میزان آگاهی و فهم نوع فهم از قانون، اهمیت دارد و یا در مباحث آیین دادرسی که میزان و کیفیت آگاهی دادرس از وقوع یا عدم وقوع جرم یا حق دارای اهمیت است. در این میان برخی حقوق‌دانان که از آبخور فقه و اصول اسلامی سیراب گشته‌اند بر این باورند که در حقوق و فقه نمی‌باید به یقین، ظن و شک به دیده‌ی فلسفی و عقلی محض نگریست. ایشان ضمن تقسیم مراتب آگاهی به ظن اطمینانی، علم عرفی، ظن متأخم (نزدیک) به علم و اطمینان، مرتبه‌ی چهارم یعنی اطمینان را، علم عادی نام می‌نهد و می‌گوید: علم عادی را مردم حجت می‌دانند و قانونگذاران ناچارند آن را بپذیرند (جعفری لنگرودی، *مکتبهای حقوقی*، صص ۳۹ و ۴۰). بیشتر حقوق‌دانان، عقل را یکی از مبانی تشکیل دهنده‌ی حقوق می‌پذیرند. عقل‌گرایان در حقوق، عقل را مبانی برای به کرسی نشاندن حقوق طبیعی فرض کرده‌اند. در این نگرش، حقوق طبیعی، حقوق جاودانه و

تغییرناپذیر و گزارشگر عقلند و در برابر قانون اثباتی (تحقیقی) یعنی بیانگر اراده خود رایانه قوه مقننه می‌نشینند (میراحمدی‌زاده، ص ۱۳۱).

اما درباره نقش حسّ در حقوق، مکاتبی پیدا شد که ضمن پذیرش ادراکات حسّی، در ادراکات عقلی به دیده تردید نگریستند و در اشکال افراطی آن - در قالب پوزیتیویست‌ها - حق را فقط آن دانستند که توسط قانون وضع گردد، آن هم با توجه به واقعیات خارجی نه مفاهیم عقلی محض (همان، ص ۱۳۴).

حقوق دانان چیزی را که فقیهان، اصول عملیه می‌نامند، «فرض قانونی» نام می‌نهند که در نیم قرن اخیر توسط مترجمان حقوق فرانسه در زبان فارسی پیدا شده است. فروض قانونی عمدتاً دادرسان را به هنگام فقدان علم عادی، برای تعیین تکلیف مجهولات قضایی یاری می‌کنند (جعفری لنگرودی، همان، ص ۴۵).

مقایسه: سنجش متدولوژی فقه با حقوق دشوار و پیچیده است. زیرا اولاً با توجه به اختلاف جوهری فقه و حقوق در هدف غایی و ثانیاً با وجود تفاوت در پارادایم‌های ذهنی فقیه و حقوق‌دان، کار تطبیقی روش‌شناسی دو علم را با دشواری روبه‌رو می‌سازد. با این همه، فقه و حقوق از این جهت که در روش‌های مورد عمل خود، معمولاً یکی از دو هدف اساسی ذیل را پی می‌گیرند، تجانس‌هایی نیز دارند:

الف. استنباط حکم و قانون بدون وجود متن یا عدم استفاده از متن؛

ب. تفسیر متن که خود اهداف متعددی دارد:

۱. رفع ابهام و اجمال از متن؛ ۲. تطبیق آن با موارد مشابه؛ ۳. تطبیق موارد مختلف به متن؛ ۴. تنقیح مناط<sup>۱</sup> قطعی یا ظنی برای تسرّی به موارد دیگر (میراحمدی‌زاده، ص ۱۲۸). البته همان گونه که پیش از این آمد، گرچه در حقوق نیز کار استنباط وجود

۱. تنقیح مناط بحثی است در باب علل احکام که فقیهان امامی به قطعی آن و اهل سنت به ظنی و قطعی آن، عمل می‌کنند.

دارد؛ اما همیشه برای کشف نیست. بلکه غالباً نقش آن، وضع و جعل است و گاهی نیز تفسیر.

در حقوق وضعی هیچ ثباتی در قوانین فرض نمی‌شود، در حالی که بسیاری از احکام فقهی ثابت و همیشگی تلقی می‌شوند. با این همه شاید یکی از نقاطی که بتوان در مرحله نظریه‌پردازی، فقه را به حقوق نزدیک ساخت همین مباحث روشی باشد. فقیه و حقوق‌دان می‌توانند در مراحل استنباط قانون و حکم و نیز در روند تفسیر متون و نیز اجرای احکام و قوانین، از روش‌های هم بهره‌گیرند. گرچه لزوم بازنگری و تحول در برخی روش‌های فقهی انکارناپذیر است. به عنوان نمونه بحث وثاقت متون مقدّس که در علوم رجال و درایه و قدری هم در اصول مطرح می‌شود باید دوباره، بازخوانی شود. یا تقسیم‌بندی‌های نوین در باب ادراکات مانند تقسیم قطع به دو نوع روان‌شناختی و معرفت‌شناختی مورد توجه قرار گیرد.

#### ۴. مبانی

ساده‌ترین مفهومی که از حقوق داریم این است که رعایت قواعد آن اجباری است و ایجاد الزام می‌کند. پس، نخستین پرسشی که به ذهن هر اندیشمند کنجکاو می‌رسد این است که نیروی الزام آور حقوق از کجا سرچشمه می‌گیرد و چه مقامی ارزش قواعد آن را تأمین می‌کند؟ این منبع پنهانی و نیرومند را که پایه همه قواعد و توجیه‌کننده الزام ناشی از آنها است در اصطلاح، مبنای حقوق می‌گویند (کاتوزیان، *فلسفه حقوق*، ۲۳/۱).

**الف) مبانی فقه:** فقیهان چندان به طور روشن و دقیق از مبانی - به معنایی که توضیح داده شد - بحث نکرده‌اند؛ اما می‌توان در لابه‌لای برخی مباحث اصولی مانند: حُسن و قبح، تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی، ملاکات احکام، مباحث حجّیت، اجتهاد و تقلید به بخشی از آنها دست یافت. فقیهان امامیه بر این باورند که هر حکم

شرعی صادر از خداوند، بر یک مصلحت مُلزمه (در واجبات) یا مفسده مُلزمه (در محرّمات) مبتنی است گرچه ادراک آدمی آن را در نیابد (نائینی، *فوائد الاصول*، ۵۹/۳). همین مضمون در مبحث ملاکات احکام هم مطرح شده است. به عکس فقیهان اهل سنت، فقیهان امامیه در مواجهه با مسئله ملاکات و علل احکام شرعی با احتیاط بیشتری برخورد می‌کنند. آنها میان علت و حکمت تفاوت قائلند. از نظر آنان «علت» چیزی است که حکم دائر مدار آن است؛ ولی حکمت چنین نیست. همچنین، علل شرعی، معرفات هستند نه علت‌های واقعی (حکیم، صص ۲۲۰ و ۳۱۱). از نظر آنان، «ملاک» یا مناط، چیزی اعم از علت و حکمت است گرچه به معنای علت، بیشتر استعمال می‌شود. فقیهان امامی، در امور عبادی و کشف ملاکهای آنها، برای عقل سهمی قائل نیستند (حتی برخی از فقیهان اهل سنت نیز در این قلمرو، عقل را قادر به شناخت احکام نمی‌دانند: شلبی، ص ۱۴۳). اما در غیر عبادیات، آنها بر این باورند که اگر علت حکم احراز شود می‌تواند منشأ حکم شرعی در موضوعات دیگر باشد و احراز علت یا به واسطه وجود علت در متن دلیل است (منصوص العله) یا قطع به ملاک از طریق عقل (تفیح مناط قطعی) یا الغای خصوصیت (جعفری لنگرودی، *دانشنامه حقوقی*، ۴۹۸/۴، ۴۹۹).

گرچه این گونه مباحث با آن چه حقوقدانان از آنها تعبیر به «مبانی» می‌کنند تا اندازه‌ای بیگانه است اما، با دقت در مباحث فقهی، می‌توان فهمید که آنان نیز در حقیقت به دنبال کشف خاستگاه‌های الزام در احکام و قوانین شرعی می‌باشند. همچنین در باب اجتهاد و تقلید، بحث وجوب تقلید از مجتهد، یکی از مباحث مبتنی بر مبانی الزامات شرعی می‌باشد.

(ب) **مبانی حقوق:** خاستگاه آغازین بحث، این پرسش کلیدی است که:

آیا حقوق تنها به منظور نگهداری اجتماع و تضمین بقای حکومت است یا باید متکی بر عدالت باشد و برای هر کس حق و تکلیفی بشناسد که شایسته و سزاوار

است؟ در پاسخ همین پرسش است که آرمان گرایان از واقع‌گرایان فاصله گرفته‌اند. آرمان گرایان به وجود قواعد طبیعی و فطری اعتقاد دارند که عقل و تجربه آن را در می‌یابد. این قواعد، برتر و حاکم بر حقوق وضع شده است. دولت‌ها وظیفه دارند که قواعد فطری را به دست آورند و در لباس حقوق از آنها حمایت کنند. ولسی طرفداران مکتب تحققی و تاریخی، حقوق را منغیر و ناشی از وضع حکومت و سیر تاریخی هر جامعه می‌دانند. به همین جهت، نظر گروه نخست را مکتب حقوق فطری یا طبیعی و گروه دیگر را مکتب مادی و تحققی نامیده‌اند (کاتوزیان، کلیات حقوق، ص ۲۰). در حقیقت، طرح این بحث، علت اصلی بروز مکاتب و نظام‌های حقوقی گردیده است.<sup>۱</sup>

**مقایسه:** به نظر می‌رسد برخی از مبانی فقه با مکاتب حقوق طبیعی و فطری و برخی نیز با مکاتب حقوق تحققی، تقارب دارند. دور از واقعیت نیست اگر ادعا شود که یکی از مبانی و بنیان‌های اساسی فقه اسلامی، فطرت و گوهره ناب آدمی است که منشأ بسیاری از احکام قرار می‌گیرد. از این جهت، فقه به مکتب فطری نزدیک می‌شود، به ویژه آن که یکی از شاخه‌های مکتب فطری، خداوند را منشأ و مبنای قوانین طبیعی می‌داند (ساکت، ص ۱۴۶).

از دیگر سو می‌توان شواهدی یافت که فقه اسلامی، رویکردی تحققی هم می‌تواند داشته باشد، خصوصاً نظر به این که در مکتب‌های تحققی و تاریخی با هر گونه قواعد ذهنی و برتر از حقوق موضوعه مخالفت شده است و توانایی عقل انسان در دریافت بهترین راه حل‌ها، یک سره انکار گردیده است (کاتوزیان، فلسفه حقوق، ص ۵۳). چنین نگرشی با دیدگاه بسیاری از فقیهان که احکام شرعی را دور از دسترس فهم و ذهن آدمی و صرفاً کلیشه‌های از پیش تعیین شده قلمداد می‌کنند، بسیار نزدیک است به ویژه در قرائت اخباریان که عقل را بر نمی‌تابند و فقط بر ظواهر نصوص تکیه می‌کنند.

۱. از ذکر شاخه‌های هر کدام از این دو مکتب حقوقی صرف نظر شد.

با توجه به مبانی گسترده و متنوع فقه اسلامی با رویکرد اشعری - عدلیه و اصولی - اخباری بسیار دشوار می‌توان میان آنها با مکاتب و مبانی حقوقی، تطابق برقرار کرد. به عنوان نمونه، مکتب حقوق فطری که منشأ قوانین را هم خداوند می‌داند با نگرش عدلیه و اشاعره هر دو قابل تأویل است. یا مکتب تحقیقی از حیث آن که عرف و عادات را معتبر می‌شمرد به فقه اسلامی نزدیک می‌شود. اما از جهت نفی و طرد عقل و واقعیات نفس الامری (ورای جعل و انشاء مقنن) از دیدگاه‌های اسلامی به خصوص عدلیه دور می‌شود گرچه به نوعی با اشاعره و اخباریون، هم داستان می‌گردد.

## ۵. منابع

تفاوت منابع با مبانی در این بحث آن است که منابع جنبه شکلی و صوری حقوق است و مبانی، بُعد مادی و ماهوی آن. بنابراین منابع، خود مبتنی بر مبانیند.

**الف) منابع فقه:** خوشبختانه منابع فقه به صورت ژرف و پردامنه در دانش اصول و فقه تحت عنوان ادله فقه در مبحث موضوع فقه مطرح شده است. اکثر فقیهان امامی (جز اخباریون) منابع و ادله احکام را به چهار امر، منحصر می‌سازند: ۱. کتاب (قرآن کریم)؛ ۲. سنت (مجموع اقوال، افعال و اقساریر معصومان «ع»); ۳. اجماع (کاشف از قول یا موافقت معصوم «ع»); ۴. عقل (شامل مستقلات عقلیه و غیرمستقلات عقلیه).

درباره کیفیت و دامنه پذیرش این منابع، اختلاف بسیاری وجود دارد (انصاری، بخش ظن). فقیهان اهل سنت ضمن برخورد متفاوت با منابع فوق، معمولاً هر کدام، منبعی دیگر را مانند قیاس، استحسان، مصالح مرسله، سدّ ذرایع، عرف، شرع پیامبران پیشین، مذهب صحابی و ... (نک: حکیم، جاهای مختلف) به منابع یاد شده افزوده‌اند.

**ب) منابع حقوق:** حقوق‌دانان، ضمن پرداختن کامل به مبحث منابع، آنها را در دو دسته منابع عمومی و مشترک و منابع اختصاصی گرد آورده‌اند. از نظر آنان منابع

عمومی حقوق عبارتند از: ۱. قانون؛ ۲. عرف؛ ۳. رویه قضایی؛ ۴. دکترین.

مقایسه: منابع موجود در فقه، برخی خاصند و برخی با حقوق مشترکند. منابع خاص عبارتند از قرآن و سنت که اساس و پایه فقه اسلامی را تشکیل می‌دهند.<sup>۱</sup> منظور از منبع خاص بودن قرآن و سنت آن است که نظام‌های حقوقی متداول و غیرمتداول، برای وضع و جعل قوانین خود یا تفسیر آنها، به قرآن و سنت مراجعه نمی‌کنند. البته این بدان معنا نیست که هیچ بخشی از قرآن و سنت، حاوی و واجد موضوعات قابل استفاده برای حقوق‌دانان نیست، زیرا بسیاری از مقررات و احکام کتاب و سنت بر مبنای عقلانیت جمعی بشر تشریح شده و یا در پاره‌ای موارد، عرف و عادت مردمی تلقی به قبول گردیده و بر اساس یک نظریه راجح، غالب احکام اسلامی در ابواب معاملات، امضایی هستند نه تأسیسی.

اما جز قرآن و سنت، سایر منابع فقه و حقوق اشتراک دارند. این سخن بر نظریه‌ای استوار است که منابع اصلی احکام را در قرآن و سنت منحصر می‌کند و دیگر منابع را به نوعی به این دو، راجع می‌سازد. در این بینش، حتی دلیل عقل، منبعی مستقل و اصیل شمرده نمی‌شود و صرفاً از آن به عنوان ابزاری برای کشف احکام شرعی که در کتاب و سنت به صورت کلی یا جزئی آمده، یاد می‌گردد (مفید، ص ۲۸؛ صابری، ص ۶۲۵ و ۶۲۶). در این دیدگاه، عرف، مصلحت، قیاس و ... نیز همین داستان را دارند.

از دیگر سو، رویه قضایی و دکترین در منظر فقیه بنا بر تئوری کشف، همین وضعیت را خواهند داشت. اما اگر منبع بودن غیر قرآن و سنت پذیرفته شود و گفته آید که عرف، مصلحت، اجماع، عقل، رویه قضایی و ... خود به گونه‌ای مستقل می‌توانند به جعل و وضع حکم شرعی بپردازند، آن‌گاه، مقایسه این منابع - و نه ابزار کشف - در

۱. البته در نظام حقوقی کامن لا و رومی - ژرمنی، اندک تفاوت‌هایی وجود دارد.

۲. خصوصاً بنا بر باور گروهی که اجماع و عقل را به ادله نقلی (کتاب و سنت) بر می‌گردانند.

فقه و حقوق امکان‌پذیر خواهد بود. مثلاً نقش و سهم عرف هم در فقه و هم در حقوق بسیار گرامی داشته شده است. حقوق‌دانان در تعریف عرف گفته‌اند: قاعده‌ای است که به تدریج و خود به خود میان همه مردم یا گروهی از آنها به عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است (کاتوزیان، مقدمه، ص ۴۱۲). عناصر تشکیل دهنده عرف را چنین به شمار آورده‌اند: ۱. وجود عمل معین؛ ۲. تکرار آن عمل به وسیله گروه معین؛ ۳. انجام عمل از روی اراده باشد؛ ۴. باید پایه‌ای در اندیشه نیک داشته باشد؛ ۵. از سوی شخص صلاحیت‌دار، تصریح به خلاف آن نشده باشد.

فقیهان و اصولیون نیز قریب به همین مضامین را در تعریف، عناصر اصلی و چگونگی دلالت عرف آورده‌اند. آنها درباره کارایی و کاربرد عرف گفته‌اند:

۱. در مواردی که نصی در آنها وجود ندارد می‌توان از عرف، در کشف حکم شرعی بهره برد.

۲. عرف، گاهی برای تشخیص برخی مفاهیمی که خداوند، تحدید آنها را به عرف واگذار کرده است به کار می‌رود مانند لفظ انا و صعيد.

۳. گاهی عرف برای استکشاف مُراد متکلم به کار می‌رود (حکیم، ص ۴۲۲ و ۴۲۳).

به هر حال بدیهی است که فقیه و حقوق‌دان برای دست یافتن به حکم شرعی یا مقررات حقوقی، گاهی دست به دامن عرف می‌شوند، گرچه پیش‌فرض‌های آنها و نیز شرایط مراجعه‌شان با هم متفاوت باشد.

اما درباره رویه قضایی<sup>۱</sup> در فقه تحت این عنوان چیزی نیامده است، گرچه

۱. حقوق‌دانان می‌گویند اگر در مسأله‌ای مشابه همه یا بیشتر محاکم قضایی و دادرسی به یک گونه عمل کنند، این خود تبدیل به یک قانون حقوقی می‌شود اگر چه در جایی، متن قانون مشخصی هم نداشته باشد.

شواهدی از پذیرش آن در نصوصی دینی در دست است (جعفری لنگرودی، *مکتبهای* ...، ص ۱۸۱ تا ۱۸۲). همچنین مشابه این بحث را می‌توان در مبحث اجماع و شهرت عملی نیز پی جست.

دکترین<sup>۱</sup> یا فعالیت دانشمندان حقوق را که یکی دیگر از منابع حقوق شناخته می‌شود، می‌توان در مبحث اجماع، شهرت فتوایی و سیره علماء در فقه و اصول پیدا کرد. به هر روی فقیهان امامی - آنان که به حجیت این امور قائلند - به شرطی آنها را مورد عمل قرار می‌دهند که کاشف از قول یا موافقت معصوم (ع) باشند. اما فقیهان اهل سنت بلاصالحه برای آنها ارزش قائلند.

## ۶. تقسیم‌بندی و شاخه‌ها

**الف) دسته‌بندی فقه:** گرچه تشریح احکام در کتاب و سنت تابع اقتضانات زمانی و مکانی بود و از نظم خاصی پیروی نمی‌کرد؛ اما خیلی زود فقیهان تلاش کردند تا موضوعات شرعی را در ابواب خاصی گرد آورند. در آغاز، ابواب فقهی بر اساس نام رفتار و گنشی بود که در موردش، آیه یا روایتی وارد شده بود مانند: نماز، روزه و ... اما پس از مدتی، چارچوب‌های فراختری برای طبقه‌بندی احکام، پیشنهاد شد. تقسیم فقه به مجموعه عبادات و معاملات، در همین جهت بود. در میان فقیهان شیعه، ماندگارترین تقسیم‌بندی متعلق به محقق حلی است که تا امروز، معتبر شمرده شده است. او فقه را به چهار بخش تقسیم کرد: ۱. عبادات؛ ۲. عقود؛ ۳. ایقاعات؛ ۴. احکام. مجموعه مباحث و موضوعات فقهی از طهارت تا دیات، در این چهار بخش گنجانده شده‌اند. مبنای این دسته‌بندی سبب و تقسیم عقلی است. او معتقد است: حکم شرعی یا باید به قصد قربت تحقق یابد یا خیر. صورت اول عباداتند مانند نماز، حج و زکات. اما اگر قصد قربت لازم نباشد، یا پیمانی است که میان دو نفر قرار داده

۱. دکترین یعنی عقاید و نظرات دانشمندان علم حقوق که گاهی به آن به عنوان منبع مراجعه می‌شود.

می‌شود یا خیر. صورت دوم، احکام است (تقریباً شبیه به امور وضعی که مستقیماً تکلیفی در خود ندارند) مانند ارث، قصاص و دیات. اما اگر پیمان باشد، یا نیاز به دو لفظ از طرفین دارد که عقود است مانند بیع و نکاح، و یا فقط از یک سو نیازمند لفظ است که ایقاعات می‌باشد مانند طلاق و ابراء.

در سال‌های اخیر دسته‌بندی‌های دیگر که عمدتاً از تبویبات حقوقی و دیگر دانش‌های جدید الهام گرفته‌اند نیز ارائه شده است مانند تقسیم فقه به امور اقتصادی، اجتماعی، سیاسی، خانواده، قضایی و ...

**ب) شاخه‌های حقوق:** امروزه در رایج‌ترین تقسیم، حقوق به دو بخش عمومی و خصوصی تقسیم می‌شود. در حقوق عمومی، روابط افراد جامعه با دولت (واحد سیاسی) یا با مؤسسات عمومی مانند ادارات و نیز روابط بین دو یا چند دولت مورد بررسی قرار می‌گیرد. شعبه‌های حقوق عمومی عبارتند از:

حقوق اساسی؛ حقوق اداری؛ حقوق کیفری (آیین دادرسی کیفری)؛ آیین دادرسی مدنی؛<sup>۱</sup> حقوق بین‌الملل عمومی.

اما حقوق خصوصی، عبارت است از قوانین و مقررات روابط افراد جامعه با هم و شامل این شاخه‌ها است: حقوق مدنی؛ حقوق تجارت؛ حقوق بین‌الملل خصوصی (کاتوزیان، مقدمه ...، ص ۸۶ تا ۸۸).

**مقایسه:** نباید و نمی‌توان از فقه سنتی انتظار داشت که تابع تقسیم‌بندی امروزه دانش حقوق بشود. زیرا فقه با پیش‌فرض‌های خاص خود و با اوضاع و شرایط حاکم بر اعصار مختلف تدوین و طبقه‌بندی شده است و حقوق معاصر نیز فرآورده دوران مدرن است. اگر نظری اجمالی به دسته‌بندی مرسوم فقیهان افکنده شود، به سادگی، تفاوت نگاه و نگرش فقیه با حقوقدان آشکار می‌گردد. همان گونه که پیش از این نیز

۱. البته مرسوم است که آیین دادرسی مدنی را در زمره حقوق خصوصی می‌آورند. (کاتوزیان، مقدمه، ص ۹۸).

گفته آمد، فقیه چون هدف غایی خود را در اسناد و انتساب حکمش به خداوند منحصر می‌سازد، ناگزیر در تقسیم اولیه، به وجه عمل و قصد قربت در رفتار توجه می‌کند (عبادات). ولی حقوق‌دان که به روابط اجتماعی می‌نگرد، گاهی از زاویه آحاد جامعه به این روابط می‌نگرد (حقوق خصوصی) و زمانی از جنبه روابط آحاد با دولت و یا دو دولت با هم، مورد ملاحظه قرار می‌دهد (حقوق عمومی). ناگفته نماند برخی تلاش کرده‌اند رد پای تقسیم حقوق به عمومی و خصوصی را در فقه نیز بیابند و اثبات کنند (جعفری لنگرودی، *مکتب‌های ...*، ص ۷). با این همه، تقریباً بیشتر موضوعات فقهی (غیر از عبادات) در شاخه‌های حقوق به طور پراکنده مطرح شده است، گرچه برخی از طبقه‌بندی‌های فقه نیز با موارد مشابه در حقوق، هم‌پوشانی دارند (مثلاً برخی از مباحث عقود معین در حقوق تجارت مطرح شده است).

**پرسش نهایی:** آیا می‌توان یک نظام حقوق اسلامی مدرن تأسیس کرد؟

پاسخ این پرسش چندان آسان نیست. زیرا بر بسیاری از مطالعات، ارزیابی‌ها و نگرش‌های بنیادین در علوم مختلف مبتنی است. فقه اسلامی که یک دستگاه معرفتی است نمی‌تواند به طور کامل، در دل حقوق معاصر که آن هم یک دستگاه معرفتی است هضم گردد. زیرا در خلال مباحث هم گفته شد که فقه در اهداف، موضوع و روش، تفاوت‌های اساسی با حقوق دارد. اما این امکان وجود دارد که همین دستگاه معرفتی بازسازی و کارآمد شود. متأسفانه کاری که تاکنون انجام شده، صرفاً یک کار تطبیقی و مونتاژی بوده است. یعنی سیستم حقوق مدرن اتخاذ شده و بر مبنای آن، از فقه موجود، مصادیق و مشابهاتی اخذ گردیده است و در مواردی که تصادم و تباین کلی بوده است، حق را به فقه داده‌اند (همان‌گونه که این لغزش در دیگر علوم که به آنها پسوند اسلامی نیز افزوده‌اند مانند اقتصاد اسلامی، روان‌شناسی اسلامی و ... تکرار شده است).

ما امروزه نیازمند یک نگاه سیستمی به فقه هستیم نه صرفاً یک نگرش موضوعی و مسأله‌ای. در این نظام حقوق اسلامی، باید در هستی‌شناسی، انسان‌شناسی،

معرفت‌شناسی، فلسفه احکام، قلمرو دین، جامعیت دین، عرصه‌های احکام، متدولوژی فقه و دسته‌بندی و تبویب فقه، بازنگری کرد.

### خلاصه و جمع‌بندی مباحث

فقه اسلامی که سده‌های متمادی یگانه مرجع مسلمانان در قوانین و مقررات فردی و اجتماعیشان بود، از حدود قرن نوزدهم میلادی به بعد، تحت تأثیر تحولات مغرب زمین و تأسیس نظام‌های حقوقی نوین، وادار به اتخاذ موضع گردید. این موضع‌گیری گاهی به شیوه سلبی و نفی محض و گاهی نیز به صورت تلاشهای اصلاح طلبانه آشکار شد. در بیشتر کشورهای اسلامی، دو جریان به صورت موازی شکل یافت:

الف) شریعت اسلامی در قالب دانش فقه در مدارس و حوزه‌های دینی، کم و بیش با همان سبک و سیاق پیشین به عنوان استمرار بخش سنت گذشتگان و حافظ احکام اسلامی، راه خود را تداوم بخشید.

ب) حقوق جدید را که در حقیقت، میراث کهن را در قالب و ظرف حقوق متداول ریخته بود، اکثر دولتهای اسلامی به رسمیت شناختند و بدین ترتیب حقوق اسلامی متولد گردید. البته در این میان برخی از اندیشمندان غربی، تمایل داشتند که این حقوق اسلامی را مانند همتای غربی آن بررسی کنند و طبیعتاً آنچه را به نظرشان ارتباطی به حقوق نداشت حذف کردند. این حرکت با مخالفت محافظه‌کاران سنتی مواجه شد. حتی برخی از اسلام‌شناسان غربی نیز در ردّ این یکسان‌نگری به بیان تفاوت‌های این دو پرداختند. از نظر آنها، حقوق اسلامی، نظریه تکالیف (اخلاقی) بود و ماهیت دینی داشت و بدین سبب، ثابت و غیرقابل تغییر به شمار می‌آمد (شاخه از طرفداران این نظریه است. ر. ک: خالد مسعود، ص ۲۷ تا ۴۵).

در کشور ما نیز در صد سال اخیر دقیقاً این دو جریان موازی دیده می‌شود. در یک سو، فقه سنتی در حوزه‌ها و برخی مراکز دیگر ادامه حیات داد و هم زمان، نظام حقوقی عمدتاً در محافل دانشگاهی پذیرفته شد و در ساختار دولت به اجرا درآمد و البته تلاش شد در حد امکان از احکام فقهی تأثیر پذیرد (قانون مدنی ما گواه زنده این مدعاست).

متأسفانه هیچ گاه فقه ما در این چالش به وجود آمده، به دنبال تأسیس نظام حقوقی منسجم نبوده است، بلکه تنها از آن سو، نظامهای حقوقی دولت‌مدار، هر جا خواسته‌اند یا توانسته‌اند، بخشهایی از فقه را در رگهای خود، تزریق کرده‌اند که گاهی، نتایج غیرقابل قبولی را به دنبال داشته است.

در انجام سخن، باید به صراحت گفت اگر فقیهان قانون‌دان و حقوقدانان فقه‌آشنای ما به دنبال برپایی یک نظام حقوقی اسلامی اصیلند، باید تکلیف خود را در برابر بسیاری از پرسشهای اساسی معین سازند. برخی از آنها به این قرارند:

۱. آیا برای وضع یک نظام حقوقی اسلامی باید واژگان کلیدی حقوق را دوباره تفسیر و تعریف کرد؟ ۲. نظام حقوقی اسلامی، نظریه‌ها و اصول آن در چه علومی باید پیگیری شوند؟ ۳. آیا اگر در نگرشهای سنتی، به انسان از آن جهت که موجودی تکلیف‌مدار است، نگرسته می‌شد، می‌توان او را موجودی محقّ نظاره کرد؟ ۴. آیا موضوعات کاملاً حقوقی در منابع اسلامی آن اندازه فراوان هست که یک نظام حقوقی را پی ریزد؟ ۵. آیا حقوق اسلامی یک نظریه اخلاقی است؟ ۶. آیا مفهوم حقوق اسلامی در نهایت، بی‌چون و چرایی است؟ ۷. اگر هدف حقوق اسلامی مصالح انسانها است، می‌تواند از هر تحوّل اجتماعی که در خدمت این هدف باشد، استقبال کند؟ ۸. چه رابطه‌ای میان نظریه حقوقی اسلامی و تحولات اجتماعی برقرار است؟ ۹. عناصر عقلانی چقدر در شیوه معرفت‌شناسی حقوق اسلامی مدخلیت دارند؟ ۱۰. آیا اثبات‌گرایی حقوقی (Legal Positivism) در این نظام حقوقی، ممکن است (ر. ک: خالد مسعود، ص ۲۵۵)؟

امید است پژوهشگران ارجمند در بسط و تعمیم این مباحث بنیادی، بر اهتمام مبارک خود بیفزایند.

## منابع

- ابن‌الشهید الثانی، شیخ حسن؛ معالم‌الدین و ملاذالمجتهدین، مکتبه علمیه اسلامیة، ۱۳۷۸ق.

- انصاری، شیخ مرتضی؛ *فرائد الاصول*، ۲ جلدی، مؤسسه نشر اسلامی، وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ *دانشنامه حقوقی*، تهران، ۱۳۷۴ش.
- \_\_\_\_\_: *مقدمه عمومی علم حقوق*، گنج دانش، ۱۳۷۶ش.
- \_\_\_\_\_: *مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام*، انتشارات ابن سینا، ۱۳۵۳ش.
- حکیم، محمدتقی؛ *الاصول العامه للفقہ المقارن*، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۹۷۹م.
- خالد مسعود، محمد؛ *فلسفه حقوق اسلامی*، گروه مترجمان، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی قم.
- داوید، رنه؛ *نظامهای حقوقی معاصر*، گروه مترجمان، مرکز نظر دانشگاهی، ۱۳۷۵ش.
- دل وکیو، جورجو؛ *فلسفه حقوقی*، ترجمه جواد واحدی، نشر میزان، ۱۳۸۰ش.
- ساکت، محمدحسین؛ *نگرشی تاریخی به فلسفه حقوق*، انتشارات جهان معاصر، ۱۳۷۰ش.
- شبلی، محمدمصطفی؛ *تعلیل الاحکام*، دار النهضة العربية، بیروت، ۱۴۰۱ق.
- صابری، حسین؛ *عقل و استنباط فقهی*، بنیاد پژوهشهای اسلامی، ۱۳۸۱ش.
- صدر، محمدباقر؛ *المعالم الجدیدة للاصول*، دار التعارف للمطبوعات، بیروت، ۱۴۰۱ق.
- عوده، عبدالقادر؛ *التشريع الجنایی الاسلامی*، مؤسسه الرساله، بیروت، ۱۴۱۵ق.
- کاتوزیان، ناصر؛ *فلسفه حقوقی*، انتشارات به نشر، ۱۳۶۶ش.
- \_\_\_\_\_: *کلیات حقوق (نظریه عمومی)*، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۹ش.
- \_\_\_\_\_: *مقدمه علم حقوق*، به نشر، تهران، ۱۳۶۸ش.
- گرجی، ابوالقاسم؛ *در میزگرد «علم حقوق، اوضاع کنونی و راهبردها»*، *مجله دانشگاه انقلاب*، شماره ۱۰۵.
- مجتهد شبستری، محمد؛ *مجله نقد و نظر*، سال دوم، شماره ۵، ۱۳۷۴ش.
- مدنی، سید جلال الدین، *میانی و کلیات علم حقوق*، نشر همراه، ۱۳۷۰ش.
- مظفر، محمدرضا؛ *اصول فقه*، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی قم، ۱۳۷۷ش.
- مفید، محمد بن نعمان؛ *التذکره باصول الفقه*، دار المفید، بیروت، ۱۴۱۴ق.
- میراحمدی زاده، مصطفی؛ *رابطه فقه و حقوق*، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی قم، ۱۳۸۰ش.
- نایینی، میرزا محمد حسین؛ *فوائد الاصول*، تقریرات محمدعلی کاظمی خراسانی، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.