

# رابطهٔ فقه و حقوق

مصطفی میراحمدی زاده

مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی  
پژوهشکده فقه و حقوق

مرکز اشارات و فتربلیغات اسلامی حوزهٔ علمیه قم ۱۳۸۰

## فهرست مطالب

سخنی با خواننده.....	۱۱
مقدمه.....	۱۳

### بخش اول: کلیات

فصل اول: تعاریف.....	۱۹
گفتار اول: تعریف فقه.....	۱۹
الف - معنای لغوی فقه.....	۱۹
ب - معنای اصطلاحی فقه.....	۲۰
گفتار دوم: تعریف شریعت.....	۲۳
گفتار سوم: تعریف حقوق.....	۲۵
گفتار چهارم: تعریف قانون.....	۲۷
فصل دوم: مفهوم رابطه فقه و حقوق.....	۲۹
بررسی و نقد نظریه فائلین به عدم رابطه فقه و حقوق.....	۳۲

بخش دوم: رابطه فقه و حقوق در مرحله نظریه پردازی و تحلیل علمی

فصل اول: قلمرو فقه و حقوق.....	۳۷
--------------------------------	----

۴۰	گفتار اول: موضوع فقه و حقوق
۴۰	الف - موضوع فقه
۴۲	ب - موضوع حقوق
۴۳	ج - رابطه فقه و حقوق از حیث موضوع
۴۴	گفتار دوم: تقسیم‌های فقه و حقوق و رابطه آنها
۴۵	الف - تقسیم‌ها در فقه
۴۶	ب - تقسیم‌ها در حقوق
۴۸	ج - رابطه فقه و حقوق از جهت گستره تقسیم‌ها
۵۰	۱ - حقوق اساسی
۵۲	رابطه حقوق اساسی و فقه
۵۴	۲ - حقوق اداری
۵۵	رابطه حقوق اداری و فقه
۵۷	۳ - حقوق کار
۵۹	رابطه حقوق کار و فقه
۶۰	۴ - حقوق مدنی
۶۱	رابطه حقوق مدنی و فقه
۶۴	۵ - آیین دادرسی مدنی و فقه
۶۵	۶ - حقوق تجارت
۶۶	رابطه حقوق تجارت و فقه
۶۷	۷ - حقوق جزا
۶۸	رابطه حقوق جزا و فقه
۶۸	۸ - حقوق بین‌الملل عمومی
۶۹	رابطه حقوق بین‌الملل عمومی و فقه
۷۱	فصل دوم: منابع فقه و حقوق
۷۲	الف - منابع فقه

۷۲	ب - منابع نظام حقوقی کامن لا
۷۳	ج - منابع نظام حقوقی رومی - ژرمنی
۷۳	گفتار اول: منابع مشترک در فقه و حقوق
۷۳	۱ - عرف
۸۰	مقایسه جایگاه عرف در فقه و حقوق
۸۳	۲ - عقل
۸۵	مقایسه جایگاه عقل در فقه و حقوق
۸۷	۳ - رویه قضایی
۸۹	مقایسه جایگاه رویه قضایی در فقه و حقوق
۹۰	۴ - دکترین
۹۴	مقایسه جایگاه دکترین در فقه و حقوق
۹۴	گفتار دوم: منابع غیر مشترک (خاص)
۹۵	۱ - قرآن کریم
۹۶	۲ - سنت
۹۶	۳ - اجماع
۹۷	۴ - قیاس
۱۰۰	۵ - استحسان
۱۰۲	۶ - مصالح مرسله
۱۰۴	تذکر یک نکته
۱۰۷	فصل سوم: مبانی فقه و حقوق
۱۰۸	گفتار اول: مبانی حقوق
۱۰۹	۱ - مکتب حقوق فطری یا طبیعی
۱۰۹	الف - خدا منشأ و مبنای قوانین طبیعی
۱۱۰	ب - عقل انسان منشأ و مبنای قوانین طبیعی
۱۱۲	ج - نظریات جدید درباره حقوق فطری

- ۲- مکتب‌های تحقیقی ..... ۱۱۲
- الف - مکتب تاریخی ..... ۱۱۳
- ب - مکتب‌های تجربی ..... ۱۱۳
- ج - مکتب اتحاد حقوق و دولت ..... ۱۱۵
- د - مکتب تحقیقی مبتنی بر جامعه‌شناسی ..... ۱۱۶
- گفتار دوم: مبانی احکام فقهی ..... ۱۱۷
- الف - الزام در احکام شرعی و رابطه آن با منابع فقه ..... ۱۱۷
- ب - الزام در احکام شرعی و رابطه آن با قلمرو این احکام ..... ۱۱۸
- ج - الزام در احکام شرعی و رابطه آن با مصلحت و مفسده ..... ۱۲۰
- د - الزام در احکام شرعی نسبت به مسلمان و غیر مسلمان ..... ۱۲۱
- گفتار سوم: مقایسه فقه و حقوق از جهت مبانی ..... ۱۲۲
- فصل چهارم: روش شناسی فقه و حقوق ..... ۱۲۷
- مباحث و گزاره‌های روش‌شناسی در فقه و حقوق ..... ۱۳۰
- ۱- عقل‌گرایی ..... ۱۳۰
- ۲- حس‌گرایی ..... ۱۳۳
- ۳- جایگاه یقین، ظن و شک ..... ۱۳۷
- ۴- روش تفسیر متون ..... ۱۴۰

### بخش سوم: رابطه فقه و حقوق در مرحله استنباط حکم و وضع قانون

- فصل اول: تقنین فقه ..... ۱۴۹
- گفتار اول: تاریخچه تقنین فقه ..... ۱۵۰
- الف - تقنین فقه در دوران بنی عباس ..... ۱۵۱
- ب - تقنین فقه در دوران عثمانی ..... ۱۵۳
- ج - مخالفت‌ها با تقنین فقه ..... ۱۵۴
- گفتار دوم: جایگاه فقه در نظام قانون‌گذاری کشورهای اسلامی ..... ۱۵۶

فصل دوم: تأثیرگذاری و تأثیرپذیری فقه و حقوق از یکدیگر.....	۱۵۹
گفتار اول: نظریات قائلین به تأثیر حقوق در فقه.....	۱۶۰
گفتار دوم: نظریات قائلین به تأثیر فقه در حقوق.....	۱۶۲
نقد و نتیجه.....	۱۶۴

### بخش چهارم: رابطه فقه و حقوق در مرحله اجرا

فصل اول: جایگاه قوانین شکلی در فقه و حقوق.....	۱۷۱
دلایل تأکید بر تبیین این جایگاه.....	۱۷۴
فصل دوم: کیفیت تعارض حکم شرعی با قاعده حقوقی در زمان اجرا.....	۱۷۷
فصل سوم: جایگاه و اختیارات قاضی از نظر فقه و حقوق.....	۱۸۱
فصل چهارم: اهداف اجرای احکام و قانون در فقه و حقوق.....	۱۸۵
گفتار اول: اهداف در حقوق.....	۱۸۶
گفتار دوم: اهداف در فقه.....	۱۹۰
کتابنامه.....	۱۹۷

## سخنی با خواننده

یکی از ویژگی‌های مهم مکتب تشیع، استفاده از عنصر اجتهاد در گسترهٔ نصوص دینی است. این ویژگی، سبب پویایی و تحرک هر چه بیش‌تر مکتب و نیز کسب توان مناسب در پاسخ‌گویی به موضوعات نوپیدا بوده و هست. تکامل و گسترش رشته‌های مختلف علوم اسلامی، از جمله دانش فقه، در پرتو همین عنصر اجتهاد و نیز تلاش دانش‌مندان و فقیهان بزرگ و زمان‌شناس صورت پذیرفته است.

عصر حاضر به جهت ظهور عقاید و مکاتب مختلف بشری، تحولات چشم‌گیر علمی و صنعتی و نگاه نقادانه به دین و گسترش ارتباطات، مسئولیت عالمان دینی را دو چندان کرده است. عالمان و فقیهان باید به نیکی چالش‌های نوین را دریابند، شیوه‌های استنباط را مهذب کنند، موضوعات جدید را پاسخ در خور دهند و میراث کهن فقه شیعه را به زبان روز و متناسب با فهم و انتظار انسان سرگشته و نقاد امروز بازسازی نمایند تا از ره‌گذر این تلاش، دین و فقه را در عرصهٔ زندگی اجتماعی جوامع بشری زنده و بالنده نگه‌دارند و مسئولیت دینی و تاریخی خویش را به بهترین وجه ایفا نمایند. انجام این وظیفه، نیازمند نگاه بیرونی به مجموعهٔ فقه، آشنایی با شیوه‌های مشابه استنباط و بررسی دقیق علوم وابسته به فقه، نظیر اصول، رجال، درایه و ... می‌باشد و بدون تردید تلاشی به این وسعت نیازمند بسیج جمعی محققان زبده و زمان‌شناس است.

پژوهشکده فقه و حقوقی مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی «پژوهش‌گاه» هدف

## ۱۲ □ رابطه‌ی فقه و حقوق

اساسی خویش را تحقق بخشیدن به این وظیفه بزرگ قرار داده است، و در این راستا تحقیقات متعددی را در زمینه‌های مختلف فقهی - حقوقی و دانش‌های وابسته به آن در دست انجام دارد.

امروزه یکی از زمینه‌های قابل بحث رابطه‌ی علوم دینی سنتی با علوم جدید به ویژه علوم انسانی است، چه این که در برخی زمینه‌ها تشابه و گاه ارتباط وثیق مبنایی وجود دارد که حوزه‌ی فقه و حقوق از آن جمله است. از بخش عبادات فقه که بگذریم بخش‌های دیگر فقه کاملاً مرتبط با حقوق است و احیاناً بعضی مواد قانونی دقیقاً برگرفته از فقه می‌باشد، لذا رابطه‌ی مبانی و مسائل این دو علم از جمله مباحثی است که نیاز به بررسی دارد.

به همین منظور، تحقیق حاضر توسط محقق گرامی جناب حجة الاسلام مصطفی میراحمدی زاده - با کمی منابع مستقل تحقیقی - به رشته تحریر در آمده است تا از ره گذر آن زمینه‌ی ارائه تحقیقات تطبیقی فقه و حقوق برای دانشجویان و طلاب محترم فراهم آید.

پژوهشکده فقه و حقوق ضمن تشکر از زحمات ایشان، امیدوار است که این تحقیق گامی در جهت شفاف‌تر شدن حوزه فقه و حقوق و رابطه آن دو محسوب گردد.

پژوهشکده فقه و حقوق

مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی «پژوهش‌گاه»



## مقدمه

بخش عظیمی از سرمایه‌های مادی و معنوی در جهان اسلام برای استنباط احکام شریعت هزینه شده است و هم‌اکنون، علاوه بر آن که علوم دینی از پشتوانه و گنجینه‌ای غنی از فقه و اصول برخوردارند عملاً نیز گرایش غالب حوزه‌های دینی ما به همین دروس معطوف است.

وارد شدن فقه در نظام قانون‌گذاری کشورهای اسلامی، خصوصاً در دهه‌های اخیر، فقه را در برابر سؤال‌های جدی قرار داده است که عمده‌تأریشه در مباحث فلسفه فقه دارد. عالمان دین هم‌گرچه مباحثی را به طور پراکنده در علم اصول مطرح کرده‌اند که به نحوی با مباحث فلسفه فقه مرتبط هست، ولی در مجموع کاری منضبط و منسجم ارائه نشده است.

توجه به مباحث مختلف فلسفه فقه، با ارائه نگرشی کاملاً متفاوت در دراز مدت موجبات تحولات جدی خواهد شد. در این صحنه است که با شنیدن حرف‌های دیگران و نقاط ضعف و قوت هر علمی روشن می‌شود. ما هر نوع ادعایی نسبت به قلمرو و کارایی فقه در جهان امروز داشته باشیم نمی‌توانیم خود را از آن چه در اطرافمان می‌گذرد مستغنی بدانیم و باید به یکی از مباحث مهم فلسفه فقه که بررسی رابطه این علم با علوم دیگر است با دیده واقع‌بینی بدان بنگریم. در این میان بررسی رابطه فقه و حقوق که ماهیتاً دو علم نزدیک به هم هستند در اولویت قرار دارد؛ چه آن که با کارهای بزرگی که در فلسفه حقوق انجام شده زمینه پژوهش و

هم‌سنجی آن موضوعات را در فقه فراهم کرده است. آن چه طرح این‌گونه مباحث را ضروری می‌نماید مشخص کردن جایگاه فقه در دنیای قانون‌گذاری فعلی است. با این مقایسه می‌توان داشته‌ها و سرمایه‌های غنی خود را به نمایش گذاشت و با ضعف‌های خویش آشنا شد و حتی می‌توان به بخشی از سؤال‌ها و شبهه‌های قلمرو فقه پاسخ داد و یا حداقل آن که سؤال و شبهه را فهمید و لمس کرد. اشکال مربوط به نوع ابزار و یا روش استنباط در فقه را نمی‌توان بدون آشنایی با چگونگی ابزار و روش استنباط در حقوق جواب گفت و یا حتی آن را پذیرفت، چون در ظرف واقعیات و تحقق خارجی است که هر نظریه‌ای امکان پاسخ‌گویی را می‌یابد. هم‌چنان که بحث از مبانی احکام شرعی (یعنی الزام در آن‌ها و چگونگی آن)، بدون در نظر گرفتن و آشنایی با مکاتب حقوقی که به صورت گسترده این بحث را مطرح کرده‌اند، بحثی ابر و خام است، در زمینه‌های دیگر نیز موضوع از همین قرار است. آن چه هدف اصلی این نوشتار است، آشنا کردن علاقه‌مندان به فقه و حقوق در حوزه و دانشگاه با مباحث و اصطلاحات و اندیشه‌های یک‌دیگر است (با توجه به این نکته که نقاط اشتراک بسیار زیادی وجود دارد). آشنا شدن با نقاط ضعف و قوت هر دو علم، استفاده از تجارب یک‌دیگر و نرفتن راه‌های رفته شده و جلوگیری از سوءظن‌ها و مطلق‌گرایی‌ها، از دیگر اهداف این تحقیق است.

خوش‌بختانه پژوهشکده فقه و حقوق مرکز تحقیقات و مطالعات اسلامی با توجه به اهمیت همین نکات این‌گونه مباحث را با عنایت خاص در دستور کار خود قرار داده است که بررسی رابطه فقه و حقوق از این جمله است.

اختلاف بین این‌که حقوق یک فن است یا یک علم - که به تعبیری نیز هر دو صحیح است - ما را بر آن داشت که تحقیق را در دو مرحله مقایسه علم فقه و حقوق و فن این دو به انجام رسانیم که مرحله اول نیز قابل تقسیم به دو مرحله نظریه‌پردازی، و اجتهاد و قانون‌گذاری است. بنابراین مباحث مجموعاً در چهار بخش ارائه می‌گردد: بخش اول اختصاص به کلیات تحقیق دارد و در سه بخش دیگر به مقایسه فقه و حقوق و مرحله‌های نظریه‌پردازی و استنباط و قانون‌گذاری و