



## فقه و حقوق اسلامی

پدیدآورنده (ها) : زینلی پور، فاطمه؛ رمرودی، اعظم

فقه و اصول :: نشریه فقه، حقوق و علوم جزا :: پاییز ۱۳۹۷، شماره ۹ - جلد ۱

صفحات : از ۱۰۸ تا ۱۲۲

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1874132>

تاریخ داندود : ۱۴۰۲/۰۵/۱۰

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



## مقالات مرتبط

- هزینه یابی بر مبنای فعالیت: روشی اثربخش در مدیریت هزینه
- هزینه یابی بر مبنای فعالیت
- سحر خیزی
- بازنمود آموزه‌های تعلیمی اخلاقی قرآن در اشعار مولوی با تکیه بر موضوع صلح و آشتی
- شخصیت حضرت زهرا علیه السلام در قرآن از منظر منابع اهل سنت
- فلسفه احکام
- شخصیت حضرت زهرا (س) در قرآن از منظر تفاسیر اهل سنت
- تعریف فقه سیاسی و موضوع آن به منزله نخستین مسئله در فلسفه فقه سیاسی
- فلسفه احکام در قرآن
- مقایسه چند معنایی در تفسیر الکشاف و مجمع البیان

## عناوین مشابه

- تبیین حقوق بشر و هم‌گرایی مسلمانان از منظر فقه و حقوق اسلامی
- اصل علنی بودن دادرسی در حقوق ایران، فقه اسلامی و حقوق انگلیس
- بررسی سنّ مسئولیت کیفری اطفال و عدالت حقوقی از منظر فقه و حقوق اسلامی
- قاچاق مواد مخدر به عنوان یکی از مصادیق پولشویی: بررسی دیدگاه فقه مذاهب اسلامی و حقوق
- جایگاه قصد قربت در وقف از دیدگاه فقه اسلامی و حقوق ایران
- واکاوی حقوق غیرمالی زوجین و بازتاب این حقوق در فقه پویای اسلامی
- رابطه فقه و حقوق در الگوی کلان نظام اسلامی از منظر فقه نظام
- حقوق اقتصادی در فقه مذاهب اسلامی (مطالعه موردی زکات و احتکار)
- تحلیل و واکاوی قلمرو و آثار معاملات غرری در فقه اسلامی و حقوق ایران
- افزایش مهر پس از عقد نکاح در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران

## فقه و حقوق اسلامی

### فاطمه زینلی پور<sup>۱</sup>، اعظم رمرودی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> کارشناسی الهیات.

<sup>۲</sup> دانشجوی کارشناسی ارشد دانشگاه سیستان و بلوچستان

نام نویسنده مسئول:

فاطمه زینلی پور

### چکیده

فقه یکی از علوم اسلامی است که برگرفته شده از متون اسلامی می باشد. از طرفی فقه در شریعت و نظام اسلامی همان قوانین و حقوقی است که بعد از تیوری پردازی 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. در این مقاله، تلاش می شود به اندازه توان، فقه و مکتب حقوقی اسلام معرفی گردد و در مقایسه با آن مکاتب حقوقی وضعی، تعریف شده است و سپس تاثیرگذاری و تاثیر پذیری و ابواب و منابع و منشای قدرت و دسته بندی های مکاتب، مورد ارزیابی قرار گرفته است. فقه و حقوق دانان به صورت پراکنده مطالبی را در تاثیر پذیری این دو علم از هم گفته اند ولی به صورت مدون تا هنوز کار مهمی انجام نشده است. اگر گفته شود که حقوق تواناییهایی است که صاحب حق نسبت به من علیه الحق دارد و به حکم تقابلی که بین حق و تکلیف وجود دارد بطور طبیعی باید علم حقوق، آگاهی از علل تکالیف و احکام باشد و علم فقه که علم به احکام است، آگاهی از معالیل (چرا که احکام یابطور مستقیم همان تکالیف است یا وضعیاتی است که به نحوی با احکام تکلیفی در ارتباط است)، بنابراین رابطه بین فقه و حقوق از قبیل رابطه بین معالیل است و علل؛ در پاسخ گفته می شود که این درست است در صورتی که علم حقوق به نفس تواناییها باشد، اما در صورتی که علم به آثار تواناییها باشد، یعنی علم به دستوراتی که از تواناییها سرچشمه گرفته است یا علم به عللی باشد که تواناییها از آن ناشی شده است، در این صورت، بنا بر فرض اول علم حقوق هرچه بیشتر به علم فقه نزدیک می شود و بنا بر فرض دوم بیش از پیش از آن دور می شود 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 به تعریف فقه و حقوق و جنبه های اشتراک و افتراق آن دو می پردازد..

واژگان کلیدی: فقه - نظام اسلامی - علم حقوق - مکتب حقوقی اسلام - شریعت اسلام.

**مقدمه**

فقه آگاهی از احکام و دستوراتی است که فقیه بر حسب استنباط خود آن را احکام شارع می داند، و حقوق در یک معنا، در واقع امتیازی است که قوانین برای اشخاص به رسمیت شناخته است؛ در این معنا، رابطه آنها از قبیل علل و معالیل است. برای دانستن رابطه بین دو چیز در آغاز باید خود آن دو چیز را شناخت؛ فقه در لغت خوب فهمیدن چیز و در اصطلاح چنانکه پیشینیان گفته اند: «به دست آوردن احکام شرعیه فرعیه است از راه دلیلهای جداگانه هر کدام». «مقصود از «علم» در تعریف، خصوص علم متعارف که معمولاً در مقابل ظن، شک و وهم بکار می رود نیست، چرا که بدست آوردن آگاهی صد در صد در همه مسائل فقهی امکان پذیر نیست، به علاوه فقیه در مقام بدست آوردن حجت بر حکم شرعی است و حجت به علم اختصاص ندارد. مقصود از «علم» در تعریف بدست آوردن آگاهی از راه علم یا علمی است. بدیهی است در صورت دوم حتی حصول ظن شخصی هم ضرورت ندارد، مانند استناد فقیه در مقام استنباط به خبر ثقه. مقصود از «احکام» کلیه مقرراتی است که شارع مقدس برای موضوعات مختلف وضع کرده است اعم از موضوعات شرعیه مانند: نماز و روزه، یا غیر شرعیه مانند: کذب، غنا، غیبت، خرید و فروش و غیره، اعم از احکام تکلیفیه و وضعیه، اعم از آن که موضوع آن مستقیماً فعل و ترک مکلفان باشد، مانند: احکام تکلیفی و وضعی نماز و روزه، بیع و اجاره و غیره یا اینکه مستقیماً فعل و ترک نباشد اما بطور غیر مستقیم به فعل و ترک مکلف مربوط باشد مانند: شرطیت بلوغ و عقل برای احکام، پاکی و نجسی اعیان طاهره و نجسه، زوجیت زوجین و مانند اینها که مستقیماً به بلوغ و عقل، اعیان طاهره و نجسه، زوج و زوجه تعلق گرفته اما بطور غیر مستقیم به درستی و نادرستی، وجوب و حرمت افعال مکلفین مربوط می شود و آنچه بین فقها شهرت دارد که موضوع فقه افعال مکلفین است اگر مقصود اعم از مستقیم و غیر مستقیم باشد، درست است؛ ولی چنانچه مقصود به نحو مستقیم باشد به یقین درست نیست، چراکه مانند بلوغ و عقل، اعیان نجسه، زوج و زوجه و مانند اینها موضوع احکام شرعیه است در حالی که فعل و ترک مکلف نیست؛ به عبارت دیگر، چنانچه آن در خصوص احکام تکلیفیه بپذیریم، به یقین نمی توان آن را در مورد احکام وضعیه مانند شرطیت و مانعیت و مانند آنها پذیرفت. احکام یا تکلیفیه است یا وضعیه. احکام تکلیفیه احکامی است که به فعل یا ترک مکلف تعلق می گیرد و منظور از آن ابراز طلب الزامی یا غیر الزامی، زجر و تنفر الزامی یا غیر الزامی، یا ابراز ترخیص و تخیر در فعل و ترک است. حقوق جمع حق است و برای حق در لغت معانی عدیده ای شمرده شده که چه بسا بازگشت همه یا لاقلاً بیشتر آنها به یک معنی است و آن یک معنی، ثبوت است به اعتبار وجه مصدری حق و ثابت است به اعتبار وجه وصفی آن، چه چنانکه از کتب لغت به دست می آید لفظ حق هم به عنوان مصدر بکار رفته است و هم صفت مشبه و چه بسا غالباً حق در وجه وصفی بکار رود، یعنی: شیء دارای حقیقت و ثبوت. بنابراین، اگر برای حق در کتب لغت معانی دیگری هم ذکر شده، از قبیل: واجب، مال، ملک و غیره، این نه از آن جهت است که حق دارای مفاهیم عدیده است بلکه از این جهت است که چون مصادیق حق، مصادیق این معنی هم قرار گرفته اند، اهل لغت تصور کرده اند که چنانکه حق به معنای شیء ثابت است، به معنای این مفاهیم هم هست؛ در حالی که چنین نیست بلکه این تصور به اصطلاح از قبیل اشتباه مفهوم به مصداق است، مثل این که اگر فرض شود مصادیق برادر مصادیق دایی و عمو و غیره هم هستند، در این صورت، نمی توان گفت که برادر به معنای دایی و عمو هم هست، بلکه باید گفت که برادرانی هستند که مصداق دایی و عمو هم قرار گرفته اند. به هر حال، حق به معنای شیء ثابت است؛ نهایت این که ثبوت اعم است از ثبوت واقعی و اعتباری. چنانکه می شود گفت که خداوند، زندگی و مرگ، حق است، میتوان گفت که مالیکت وارث یا مشتری از قبیل مورث یا بایع، حق است. فقها برای حق اصطلاح شرعی خاصی قائل شده و آن را به تعبیرات گوناگون تعریف کرده اند لیکن، بر حسب ظاهر، مقصود همه از آن تعبیرات مختلف یک چیز است و آن توانایی خاصی است که کسی نسبت به چیزی یا شخصی یا عقدی دارد که به مقتضای آن توانایی می تواند در آن چیز یا شخص یا غیره تصرفی بکند یا بهره ای برگیرد»، مانند: حق حضانت، حق خیار، حق قصاص و غیره.

**معنای لغوی فقه**

«فهمیدن چیزی، دانستن و دریافتن». لغتنامه دهخدا، ج ۱۱، ص ۱۷۱۹۲. در فرهنگ فارسی معین آمده: «دانستن، عالم بودن به چیزی». (فرهنگ فارسی، محمد معین، ص ۲۵۶۰، ج ۲). لغتنامه ها در عین این که معنای لغوی فقه را بیان کرده اند به معنای اصطلاحی آن 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». (لغتنامه دهخدا، ج ۱۱، ص ۱۷۱۹۳). «فقه در معنای اعم؛ علم شرع است و فقها صاحبان نظر، در فقه هستند، در صدر اسلام قراء، فقها بودند». (مبسوط ترمینولوژی حقوق، ج ۴، ص ۲۸۱۴). الف - معنای لغوی فقه به معنای دانستن یا فهمیدن است. در معجم المقاییس اللغه می خوانیم: فقه دلالت می کند بر ادراک چیزی و علم نسبت به آن. (ابن فارس، معجم مقاییس اللغه، ج ۴، ص ۴۴۲) و زمخشری می گوید: شهادت دادم بر تو به فقه یعنی به فهم و زیرکی تو. (زمخشری، اساس البلاغه، ص ۳۴۶) و در معجم البحرین آمده است: قوله تعالی (ولکن لا تفقهون تسبیحهم) (اسراء (۱۷) آیه ۴۴). ای: لا تفقهون. (فخرالدین طریحی، مجمع البحرین، ج ۶، ص ۳۵۵). با توجه به معانی مذکور چنان

که از کتب دیگر لغت مثل لسان العرب پیدا است، (ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۰، ص ۳۰۵). معنای فقه فراتر از مطلق دانستن است و منظور از فقه علم و دانستنی است که همراه با دقت نظر و استنباط باشد، چنان که در مجمع البحرین آمده است: فقه عبارت است از رسیدن به یک مجهول از یک معلوم (فخر الدین طریحی، همان). و طبرسی می‌گوید: برخی گفته‌اند: فقه عبارت است از فهم معانی مستنبطه و لهذا به خداوند فقیه نمی‌گویند. (ابی علی الفضل طبرسی، مجمع البیان، ج ۳، ص ۷۸). بعضی از موارد استعمال کلمه فقه در قرآن کریم نیز مؤید این معناست که در این کلمه نوعی دقت نظر و ریزبینی ملحوظ است، مانند: (قد فصلنا الآيات لقوم يفقهون). (انعام (۶) آیه ۹۷). ب - معنای اصطلاحی فقهدر اصطلاح، فقه به معنای ذیل آمده است: علم و آگاهی دقیق نسبت به علوم دین: کلمه فقه از نظر لغت معنای عامی دارد که متعلق آن هر نوع علمی می‌تواند باشد، ولی در فرهنگ آیات و روایات تدریجاً معنای خاص و ویژه‌ای را پیدا کرده است؛ مثلاً در سوره توبه کلمه تفقه در دین آمده است (توبه (۹) آیه ۱۲۴) و یا در روایتی از امام باقر (ع) آمده است: «الکمال کل الکمال التفقه فی الدین ...» (محمدبن یعقوب کلینی، اصول کافی، ج ۱، ص ۸۰). این موارد و موارد دیگر هنوز استعمال کلمه فقه در همان معنای لغوی است چون قید فی الدین را به همراه دارد، ولی در بعضی از استعمال‌ها دیگر این قید همراه کلمه فقه و یا مشتقات آن نیست و گویا به خاطر شدت ارتباط بین این دو کلمه، از کلمه تفقه، تفقه در دین متبادر می‌شود؛ مانند روایت امام صادق (ع) که فرمودند: «لوددت أن اصحابی ضربت رؤسهم بالسیاط حتی یتفقّھوا.» (همان، ص ۷۹). و روایت نبوی که در آن می‌خوانیم: «الفقهاء اماناء الرسل ما لم یدخلوا فی الدنیا...» (محمد رضا حکیمی و دیگران، الحیاء، ج ۲، ص ۳۳۵). فقه به معنای علم و آگاهی نسبت به احکام دینی: با گذشت مدت زمانی نه چندان طولانی فقه در موارد زیادی به بخشی از علوم دینی، یعنی بخش احکام عملی و دستوره‌های رفتاری دین، اطلاق شد. شاید کثرت نیاز مردم به مسائل رفتاری و دستوره‌های دینی موجب انصراف معنای فقه از معانی سابق شده است. (مرتضی مطهری، آشنائی با علوم اسلامی، ص ۵۵). گرچه به درستی معلوم نیست به کار بردن فقه در این معنا از چه زمان شروع شده ولی گفته شده است: قدیمی‌ترین مورد استعمال فقه در این معنا که به نظر رسیده، خطبه خلیفه دوم در اردوگاه حباییه است که مردم را در امور دینی به اهل فن رجوع داده است و در مورد معاذ بن جبل گفته: «هر کس از فقه سؤالی دارد سراغ معاذ برود» و نظر به این که معاذ بن جبل عالم به حلال و حرام و از اصحاب فتوا بوده است پس منظور از فقه همین رشته است و چون مردم از سخن وی همین معنا را فهمیده‌اند لابد پیش از آن رواج داشته است، پس خطبه نمی‌تواند آغاز این اصطلاح باشد. (واعظ زاده خراسانی، مقاله «کلیات تاریخ فقه» (نشریه دانشکده معارف اسلامی مشهد، شماره ۳۰، ص ۴۸) چنین به نظر می‌رسد که همان زمان نیز تنها به یک فرد مسئله‌دان اطلاق فقیه نمی‌شده است، بلکه به افرادی فقیه می‌گفتند که خود نیز دارای نظر و استنباط بوده‌اند. به هر حال در بعضی از روایات کلمه فقه به همین معنای علم به احکام شرعی به کار رفته است، چنان که حضرت علی (ع) فرمود: هر کس بدون علم فقه و اطلاع از احکام شرعی تجارت کند حتماً در ربا واقع خواهد شد. (عبدالواحد آمدی، غرر الحکم، ج ۲، ص ۶۵۳). بنابراین، اطلاق فقه به احکام عملی دین در لسان روایات امری است که کم و بیش دیده می‌شود و همین اطلاق هنوز هم ادامه دارد. فقه به معنای علم فقه: در این که آیا در زمان حیات رسول خدا (ص) و دسترسی به نص، اجتهادی هم از طرف صحابه صورت می‌گرفته است یا نه، اختلاف است، ولی بعد از فوت رسول خدا (ص) عامه به دلیل فقدان نص و عدم اعتقاد به امامت و زعامت ائمه (ع) به عنوان جانشینان پیامبر، و از طرفی نیاز به جواب‌گویی به مسائل مستحدثه فراوان، شروع به اجتهاد به معنای مصطلح در نزد خود کردند. در این میان خاصه نیز گرچه دسترسی به ائمه (ع) داشتند، ولی به دلایل مختلف که از جمله آن آمادگی برای غیبت کبرا بود به تشویق و ترغیب خود ائمه (ع) شروع به اجتهاد کردند که خود حدیث مفصل دارد. (سید عبدالرسول شریعتمداری، مقاله «الاجتهاد و الاخبار» (سلسله مقالات کنگره جهانی شیخ مفید، ش ۲۳)، در میان خاصه اجتهاد عبارت بود از کشف حکم شرعی با توجه به منابعی که حجیت آن قطعی باشد، مثل قرآن، سنت و عقل، و استنباط احکام در واقع کشف حکم شرعی بود نه تشریح آن. در حالی که عامه منظورشان از اجتهاد تشریح حکم بود، و این همان معنایی از اجتهاد است که سبب شد بعضی از علمای خاصه به مخالفت با آن بپردازند. (محمدباقر صدر، دروس فی علم الاصول، الحلقة الاولى، ص ۴۶) به مرور زمان در میان اهل سنت و امامیه ضرورت ایجاب می‌کرد که عملیات استنباط در محدوده‌ای با ابعاد و حدود مشخص انجام شود، لذا فقها به صورت مستقل و یا ضمنی به تحدید و تعریف موضوع علم فقه، منابع و مبانی و روش‌های اجتهاد و استنباط شروع کردند و علم فقه تعریف خاص و مشهور خود را یافت که عبارت است از: «علم به احکام شرعی از ادله تفصیلی». در این معنا از فقه، دیگر صرف احکام فقهی یا اطلاع و علم نسبت به آن‌ها مراد نیست، بلکه فقه علمی است که مانند دیگر علوم ابزار و اهداف و موضوعات خاص خود را دارد. در زمان حاضر فقه اکثراً در دو معنا استعمال می‌شود: یکی به معنای مجموعه احکام عملی دین و دیگری به معنای علم فقه. در این تحقیق منظور از فقه، دو معنای اخیر است و منظور از رابطه فقه و حقوق بررسی آن به صورت دو علم می‌باشد، ولی در مواردی قوانین و احکام به دست آمده از علم فقه و علم حقوق را نیز با هم مقایسه نموده و یا به آن‌ها استناد می‌کنیم. نکته دیگر آن که منظور از فقه نیز، فقه اسلامی به معنای عام آن می‌باشد که شامل همه مذاهب اسلامی است، البته سعی می‌شود که در هنگام بحث، موارد تفکیک فقه خاصه و عامه را متذکر شویم.

### معنای لغوی حقوق

«حقوق، جمع حق؛ حق‌ها، جزاها، سزاهای و پاداش‌ها» (فقهی‌الارب). «حق؛ ثابت، ثابتی که انکار آن روا نباشد» معنای دیگر حق؛ «راست کردن سخن، درست کردن، وعده، تعیین نمودن، درست و صحیح» (لغتنامه دهخدا، ج ۶، ص ۹۱۴۹). حق سلطه است: «و من قتل مظلوماً فقد جعلنا لولیه سلطاناً» «حق عبارت از توانایی است که شخص بر چیزی یا کسی داشته باشد». «مبسوط در ترمینولوژی حقوق - جعفری لنگرودی، ج ۳، ص ۱۶۶۹». اگر بخواهیم به صورت اصطلاحی و روشن از حقوق بحث کنیم، می‌توان گفت: «حقوق به مجموعه مقررات حاکم بر یک جامعه گویند. کلمه جمع، ولی به مفهوم اسم جمع است.» (تطبیق نظام حقوقی اسلام، فصلنامه تخصصی اهل بیت، ش ۳۶). 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. (همانجا، ص ۱۰۸).

### تعریف شریعت

از کلمات و اصطلاحاتی که در متون حقوقی و فقهی از آن زیاد یاد می‌شود کلمه شریعت و مشتقات آن چون تشریح و شارع است. استعمال فراوان این کلمه خصوصاً در میان حقوق‌دانان عرب زبان، موجب پیدایش این سؤال شده است که آیا فقه اسلامی معنایی مرادف با شریعت دارد یا نه؟ صاحب کتاب «معجم مقاییس اللغه» که از قدیمی‌ترین کتب لغت می‌باشد شریعت را به معنای «مکانی که از آنجا آب می‌نوشند» ترجمه کرده است و می‌گوید از این معنا «شریعت در دین مشتق شده است» (ابن فارس، معجم مقاییس اللغه، ج ۳، ص ۲۶۲). در مجمع البحرین می‌خوانیم: «(شرعاً و منهاجاً) الشرع بالکسر الدین» و اضافه می‌کند: شرع و شریعت مثل شرع هستند و شریعت عبارت است از جایی که برای آشامیدن مردم قرار داده شده و به این جهت به دین شریعت می‌گویند چون دین هم مثل موضع آشامیدن آب روشن و واضح است. (فخرالدین طریحی، مجمع البحرین، ج ۴، ص ۳۵۲). بعضی دیگر گفته‌اند: شریعت در لغت به راه راست اطلاق می‌شود و از این باب است قول خداوند: (ثم جعلناک علی شریعاً من الامر فاتبعها...) (جائیه (۴۵) آیه ۱۸). و به دین شریعت می‌گویند به خاطر استقامت و عدم انحرافش از راه راست چنان که از طرفی شبیه موضع آشامیدن آب هم است؛ زیرا دین عقول را زنده می‌کند و آب اجساد و بدن‌ها را (سمیر عالی، علم القانون والفقه الاسلامی، ص ۴۶). در توضیح معنای اصطلاحی شریعت بعضی گفته‌اند: شریعت عبارت است از آنچه خداوند برای مردم تشریح می‌کند، خواه مربوط به عقاید باشد یا اخلاق یا افعال مکلفین از عبادات و معاملات (شبلی محمد مصطفی، المدخل فی الفقه الاسلامی، ص ۲۷). بنابراین معنا، شریعت مفهومی عام دارد که همه ابعاد دین را در بر می‌گیرد. علامه طباطبائی می‌گوید: شریعت یک طریق و راه آماده شده‌ای است برای همه امت‌ها، لذا شریعت ممکن است نسخ شود ولی دین نه ... پس به هر حال شریعت اخص از دین است... خداوند مردم را اجبار نکرده مگر برای تسلیم در مقابل دین واحد و آن اسلام به معنای تسلیم است، جز آن که وی برای رسیدن به آن راه‌های مختلف قرار داده است. بنابراین به دلیل تفاوت استعدادها، طرق متفاوتی که همان شرایع نوح و ابراهیم و موسی و عیسی و محمد -صلی‌الله‌علیه و آله و علیهم- می‌باشد قرار داده است... (سید محمدحسین طباطبائی، المیزان، ج ۵، ص ۳۵۰). شریعت در لسان حقوق‌دانان معاصر فقط به بخش احکام عملی دین اطلاق می‌شود، چنان که محقق حلی نیز نام کتاب فقهی خود را «شرایع الاسلام» گذاشته است و مشتقات آن مثل تشریح، مشروع و شارع در محاورات فقهی کاربرد فراوان دارد. شاید بتوان گفت: اطلاق کلمه شریعت بر احکام عملی، به دلیل نیاز عملی و خارجی است که مردم معمولاً به این بخش از احکام و دستورهای دینی دارند، چنان که این مطلب در معنای فقه هم گذشت. البته در این که آیا می‌توان از این کلمه برای قوانین ساخته دست بشر استفاده کرد یا نه، اختلاف است. بسیاری از حقوق‌دانان در نام‌گذاری قوانین وضعی، کلمه «تشریح وضعی» و در قوانین الهی «تشریح سماوی» به کار می‌برند. (سمیر عالی، علم القانون والفقه الاسلامی، ص ۴۶). ولی عده‌ای دیگر می‌گویند: تشریح فقط باید برای قوانین الهی به کار برده شود و اطلاقش بر غیر آن درست نیست. (همان، ص ۴۷).

### تعریف حقوق

واژه حقوق دارای معنای متعددی است که مهم‌ترین آن‌ها عبارت‌اند از: جمع حق یعنی راستی‌ها، بهره‌ها، مواجب، اموال و... (فرهنگ معین، ج ۱، ص ۱۳۶۴). همین معنای لغوی در علم حقوق و فقه کاربرد فراوان دارد، چنان که گفته‌اند: امتیاز و قدرتی که یک فرد در مقابل دیگران در زندگی اجتماعی دارد و از آن می‌تواند استفاده کند، مثل حق آزادی، حق مالکیت، حق رأی و... حقوق در این معنا معادل کلمه انگلیسی Rights و واژه فرانسوی Droits subjectife می‌باشد. (رضا علومی، کلیات حقوقی، ص ۳). فقها در توضیح و تبیین این معنا و تعیین مصادیق خارجی آن مطالب بسیاری گفته‌اند که پرداختن به آن از حوصله این تحقیق خارج است، (درآمدی بر حقوق اسلامی، ج ۱، ص ۴۶). ولی با نظری گذرا به متون فقهی اصطلاحاتی چون حق الله و حق الناس، حق عام و حق خاص، حق عینی و حق ذمی، حق انتفاع و حق اختصاص را می‌بینیم که در بخش‌هایی از این علم به صورت زیاد مورد استعمال قرار گرفته است. یکی دیگر از معنای حقوق عبارت است

از مجموع قواعد الزامی حاکم بر روابط افراد جامعه. در تبیین این معنا از حقوق گفته‌اند: حقوق مجموع مقرراتی است که بر اشخاص از این جهت که در اجتماع هستند حکومت می‌کند. (ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱). این معنا از حقوق را حقوق دانان با توجه به جایگاه آن، روش استنباط و منابع و مبانی به صور گوناگون تعریف کرده‌اند، ولی در هر حال خصایص و ویژگی‌های یک قاعده حقوقی یعنی الزام، ضمانت اجرا، کلی و عمومی، و قید روابط اجتماعی در همه آن‌ها لحاظ شده‌است، لذا قواعدی که الزامی نباشند مثل توصیه‌های اخلاقی یا مباحات و مکروهات و مستحبات شرعی و عرف و عاداتی که مربوط به نظم و تنظیم روابط اجتماعی نباشند چون دارای خصایص قاعده حقوقی نمی‌باشند جزء آن قواعد محسوب نمی‌شوند. از معانی دیگر حقوق، علم حقوق است، چنان‌که گفته‌اند: انسان به صورت جدا از هم نوع خود زندگی نمی‌کند و برای زندگی با هم نوع روابطی را بر اساس نیازهایی که هست برقرار می‌کند، پس این نیازها پدیده‌های طبیعی و واقعی هستند. شناسایی نیازها و روابط ناشی از آن‌ها در زندگی اجتماعی انسان علمی را تشکیل می‌دهد به نام حقوق، پس حقوق یک علم انسانی و یک علم اجتماعی است، زیرا از روابط انسان اجتماعی صحبت می‌کند. علم حقوق از علومی است که از جهان دانش به مرحله عمل می‌تواند درآید. مرز بین علم و عمل این علم، مرز بین علم حقوق و فن حقوق است. (محمدجعفر جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ص ۱۳). در کتاب کلیات حقوق می‌خوانیم: حقوق مانند سیاست و جامعه‌شناسی و اقتصاد از مصادیق علوم اجتماعی است و عنوان علم حقوق درباره آن به کار برده می‌شود. (رضا علومی، کلیات حقوق، ص ۷). بنابراین علم حقوق مانند هر علم دیگری دارای ویژگی‌ها، تاریخ، فلسفه، هدف، روش، منابع و مبانی مخصوص به خود دارد. باید توجه داشت مطالعه و بررسی علم حقوق، مجزا از مکاتب حقوقی و نظام‌های حقوقی امری غیر ممکن است؛ زیرا چنان‌که گذشت علم حقوق از علوم انسانی است که مرتبط با مسائل اجتماعی می‌باشد و در هر بخش از آن آرای متفاوت وجود دارد که همین آرا موجب پیدایش مکاتب و نظام‌های حقوقی شده‌است، به طوری که مطالعه حقوق بدون توجه به این نکته که بستر تولد و رشد آن پیوستگی عمیق با نظام‌ها و مکاتب آن دارد امری بسیار مشکل است. بنابراین، در این تحقیق گرچه منظور ما از حقوق، علم حقوق است، ولی در مواردی ناگزیریم از حقوق، معنای دوم آن را اراده کنیم، چنان‌که همین مسئله در مورد فقه نیز صادق است و بررسی علم فقه بدون توجه به مذاهب و مکاتب و نظام‌های فقهی امری ناشدنی است، لذا در بررسی رابطه فقه و حقوق در هر قسمت از تحقیق به تناسب مقام بحث لازم است این دو علم در یک نظام و یا مکتب حقوقی و فقهی مخصوص به خود مورد بحث و مقایسه قرار گیرند.

### تعریف قانون

قانون، یکی از اصطلاحاتی است که در حقوق کاربرد زیاد دارد که لازم است قدری درباره آن صحبت کنیم تا موضوع تحقیق روشن‌تر شود. قانون را در کتب لغت چنین معنا کرده‌اند: رسم، قاعده، روش، آیین؛ امری است کلی که بر همه جزئیاتش منطبق می‌گردد و احکام جزئیات از آن شناخته می‌شود؛ قاعده‌ای است که مقامات صلاحیت‌دار آن را وضع و ابلاغ می‌کنند. (فرهنگ معین، ج ۲، ص ۲۶). در لسان العرب آمده‌است: قانون هر چیزی، راه و طریق سنجش آن است... و این کلمه عربی نیست. (ابن منظور، لسان العرب، ج ۱۱، ص ۳۲۸). دکتر صبحی محمسانی در کتاب «فلسفه التشريع» می‌گوید: آغاز استعمال این کلمه در حقوق از زمان دولت عثمانی در هنگام تنظیم «المجله» بوده است که به احکام غیرشرعی اطلاق قانون می‌کردند مثل «الربا محرم شرعاً و لكن الفائدة مباحة قانوناً» چنان‌که عنوانی به نام «قانون مباحه عثمانی» را تصویب کردند. (صبحی محمسانی، فلسفه التشريع فی الاسلام، ص ۱۷). در زمان حاضر استعمال این کلمه در حقوق بسیار گسترش یافته است به گونه‌ای که اگر این کلمه مطلق و بدون مضاف الیه آورده شود معنای حقوقی آن به ذهن متبادر می‌شود، و برای استعمال در غیر موارد حقوقی باید مضاف الیه آن آورده شود، مثل قانون جاذبه، قانون تنازع بقا و... آن‌چه که از معنای حقوقی قانون فهمیده می‌شود عبارت است از قواعد لازم الاجرا و دارای ضمانت اجرایی مشخص در هر جامعه و به عبارت دقیق‌تر: قانون به معنای عام کلمه (Lato Sensu) مجموع قواعد الزام‌آور مصوب مقامات صلاحیت‌دار است و شامل تصویب نامه‌ها، آیین نامه‌ها، نظام‌نامه‌ها، مقررات خلافی و کلیه مسائلی می‌شود که درباره آن مقامی به نام جامعه مقرراتی را وضع نموده‌است. قانون به معنای خاص کلمه (Sensu Stricto) مفهوم فنی و مخصوص به خود دارد و در رژیم‌های مبتنی بر قانون اساسی به مفهوم مصوبات پارلمان است. (رضا علومی، کلیات حقوق، ص ۱). طبق این معنا، قانون شبیه معنای دومی است که از حقوق ارائه دادیم، ولی در عین حال دو فرق نیز مشاهده می‌شود: اولاً: معمولاً زمانی که گفته شود حقوق تجارت یا حقوق مدنی یک معنای عام همراه با تحلیل و استدلال به ذهن متبادر می‌شود، ولی اصطلاح قانون تجارت یا قانون مدنی فقط نص موارد قانونی را می‌رساند. شاید منشأ این تبادر عدم استعمال کلمه قانون به معنای علم قانون است، گرچه در متون عربی استعمال اصطلاحاتی چون «علم القانون» رایج و متداول است. ثانیاً: گرچه کلمه حقوق به مجموع قواعد الزام‌آور اطلاق می‌شود، ولی این اطلاق در زمانی است که آن مجموعه از گستردگی نسبتاً زیادی برخوردار باشد. در صورتی که در استعمال کلمه قانون محدودیت وجود ندارد؛ مثلاً می‌توان گفت قانون راهنمایی و رانندگی یا قانون دیات و... ولی اصطلاح حقوق راهنمایی رانندگی یا حقوق دیات متداول نیست.

## مفهوم رابطه فقه و حقوق

فقه و حقوق با آن که از جهاتی با یکدیگر تفاوت دارند، ولی در واقع دو علم جدای از هم نیستند و مشترکات فراوان دارند. در کتاب مقدمه علم حقوق می‌خوانیم: هر چند که از نظر چند و چون بین مسائل فقه (در اسلام) و حقوق (در سایر کشورهای غیر اسلامی) تفاوت هست، اما از نظر طبع و ماهیت فرقی بین فقه و حقوق نیست، از این رو که هر دو از جنس واحد هستند. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۳. گاه یک حکم شرعی صفات یک قاعده حقوقی را پیدا می‌کند و دارای تمامی عناصر لازم در قاعده حقوقی می‌گردد. همین ارتباط وثیق و در کنار آن نقاط افتراق این دو علم، این سؤال را پیش می‌آورد که رابطه این دو به چه نحو است؟ قبل از توضیح این معنا لازم است گفته شود: فقه ممکن است بالقوه این توانایی را داشته‌باشد که مانند حقوق با گسترش در تمام زمینه‌ها، به مرور زمان یک نظام حقوقی واحد ایجاد کند که در آن صورت، بخش عظیمی از فقه - البته با شرایطی - نظامی در کنار دیگر نظام‌ها خواهد بود و در این صورت لازم می‌آید روشی دیگر در این تحقیق پیش گرفته شود که با روش فعلی متفاوت باشد. اما آنچه در این جا مورد نظر است رابطه فقه و حقوق موجود است نه آن چه در آینده ممکن است اتفاق بیفتد، بنابراین تحقیق مبتنی بر فرضیات نیست، بلکه بررسی مواردی است که به عنوان فقه و حقوق در خارج موجود می‌باشد. به هر جهت فقه و حقوق هر یک دارای دو ویژگی جدا و در عین حال مترتب بر یکدیگرند که آن دو، جنبه نظری و علمی، و جنبه فنی و عملی می‌باشند. با تحلیل دقیق‌تری می‌توان گفت: جنبه نظری و علمی فقه و حقوق خود دارای دو مرحله است: الف - مرحله نظریه‌پردازی و به کارگیری متد و ابزار استنباط و تقنین؛ ب - مرحله استنباط و وضع حکم شرعی و یا قانون. بنابراین به طور کلی می‌توان گفت سه جهت معمولاً در فقه و حقوق ملحوظ است: مرحله نظریه‌پردازی و تحلیل علمی؛ مرحله استنباط و وضع؛ مرحله اجرا و عمل (فن). برای این که بتوانیم معنای رابطه فقه و حقوق را از ابهام خارج کنیم ناگزیریم هر یک از این سه مرحله را در این دو علم متقابلاً مقایسه نماییم که در نتیجه روال منطقی بحث نیز محفوظ می‌ماند. اما قبل از بیان مفهوم رابطه فقه و حقوق این سه مرحله را به صورت مختصر و کوتاه توضیح می‌دهیم: مرحله اول (نظریه‌پردازی و تحلیل علمی: در این مرحله فقیه و حقوق‌دان با توجه به مبانی، منابع و روش‌هایی که دارد شروع به تحلیل‌های فقهی و حقوقی می‌نماید. صور مختلف یک مسئله را بیان کرده و استدلال‌ها را ذکر می‌کند. بحث‌های فقهی و حقوقی ممکن است در این مرحله کاملاً رنگ علمی داشته باشند و دقت‌های فراوان، بدون توجه به پی‌آمدهای ناشی از اجرای استنباطات به دست آمده، انجام شود که کتب مستدل فقهی سرشار از این نوع مباحث است، چنان که حقوق‌دانان نیز در کتب و جزوات و مباحث آزاد علمی خود گنجینه‌های ارزشمندی را فراهم آورده‌اند. مجموعه این نظریات همراه با قوانین موجود در یک نظام حقوقی بر روی هم ایجاد یک سیستم حقوقی مستدل و قوی می‌نماید، چنان که گفته‌اند: هر سیستم حقوقی مرکب از دو بخش است: قوانین و نظرات حقوق‌دانان. حقوق اسلامی هم مرکب از این دو بخش است. (محمدجعفر جعفری لنگرودی، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، ص ۳). مرحله دوم (استنباط حکم و وضع قانون: نتیجه تلاش و به کارگیری روش‌ها و منابع در مرحله قبل، منجر به استنباط یک حکم در نزد فقیه می‌گردد، چنان که مباحث حقوقی در مرحله اول نیز به صورت مستقیم و غیرمستقیم در وضع قانون و یا ایجاد رویه مؤثر هستند. ایجاد قاعده حقوقی در کشورهای مختلف براساس نوع رژیم سیاسی و حقوقی متفاوت است. وضع قانون از طرف مقام‌های صلاحیت‌دار زمینه را برای اجرای آن فراهم می‌کند، در حالی که استنباط حکم شرعی توسط فقیه هر چند در زمان‌های گذشته، امکان اجرا را نیز برای او ایجاد می‌کرد، اما به مرور زمان و ایجاد قدرت‌های مرکزی در بلاد اسلامی دیگر نه فقیه می‌توانست به صورت شخصی به حل و فصل دعاوی بپردازد و نه احکام مستنبط وی منبع قانون‌گذاری شمرده می‌شد. بنابراین برای اجرای فقه در جامعه نیاز به یک مرحله به نام تقنین فقه است که در مباحث آینده مفصلاً درباره آن سخن خواهیم گفت. مرحله سوم (اجرای احکام شرعی و قواعد حقوقی: قوانین و قواعد حقوقی بعد از وضع از طرف مقامات صلاحیت‌دار و با توجه به حمایت دولت و ضمانت اجرا، آمادگی پیاده شدن در جامعه را دارند، اما در مورد فقه باید گفت این بحث از دو جهت قابل توجه است: الف - اجرای فقه قبل از تقنین آن و مقایسه فقه با حقوق، به این بیان که آیا در جوامع اسلامی با توجه به حکومت‌های مرکزی و ایجاد قوای سه‌گانه امکان اجرای فقه به همان روش سنتی وجود دارد؟ آیا این عمل معارض با بعضی از مبانی حقوق نیست؟ آیا این عمل به تعدد مراکز قانون‌گذاری نمی‌انجامد؟ ب - اجرای فقه بعد از تقنین آن که البته بعد از تقنین فقه، در واقع احکام شرعی، جزئی از قوانین جامعه می‌شوند و مقایسه بین یک چیز با خودش معنا ندارد، ولی در عین حال مباحث علمی در همین جا نیز قابل طرح است، مثل ضمانت اجرا در فقه و حقوق و هدف از اجرای قواعد شرعی و حقوقی و... نتیجه آن که منظور ما از رابطه فقه و حقوق معنای عامی است که می‌تواند مفاهیم ذیل را در بر گیرد: در مواردی منظور از رابطه، صرف مقایسه این دو علم است، یعنی یک معنای تطبیقی و هم‌سنجی؛ در مواردی از رابطه مرز جدایی و نقاط افتراق این دو علم را اراده می‌کنیم؛ گاهی هم مراد ما از رابطه فقه و حقوق تأثیر و تأثیری است که این دو علم بر یکدیگر داشته‌اند؛ در مواردی نیز به تناسب مقام بحث از کلمه رابطه، یکی از چهار نسبت منطقی را اراده می‌کنیم.



### بررسی و نقد نظریه قائلین به عدم رابطه فقه و حقوق

در میان حقوق دانان مسلمان عده‌ای قائل به عدم رابطه هستند و به اصطلاح مقایسه فقه و حقوق را قیاس مع الفارق می‌دانند. عمده دلایلی که این گروه برای مدعای خود اقامه کرده‌اند عبارت‌اند از: حقوق ساخته انسان‌ها است و شریعت از نزد خداست و این دو را نباید با هم مقایسه کرد. (عبدالقادر عوده، التشریح الجنائی الاسلامی، ص ۱۸). شریعت هیچ نقضی ندارد و کامل است (همان، ص ۳۰). و روایات دال بر وجود جامعه علی (ع) که در آن همه احکام مذکور است (حتی الارش فی الخدش) ما را از پرداختن به حقوق که کامل نیست، بی‌نیاز می‌کند؛ چه این که هدف اساسی از پرداختن به این موضوعات رسیدن به یک سری راه‌های عملی و کشف قواعد جدید و غنا بخشیدن به فقه است و این همان مصادره به مطلوب است. قوانین و احکام شرع، فراگیر و تبدیل‌ناپذیر است، ولی قواعد حقوقی متغیر و وضعی است. (همان). احکام شرع پیوند ناگسستنی با اخلاق دارد، ولی حقوق چون خواهان نظم اجتماعی است در نتیجه هنگام تعارض بایک قاعده اخلاقی چه بسا آن‌را نادیده بگیرد. و موارد دیگری از این قبیل. (مصطفی رافی، تاریخ التشریح و القواعد القانونیه الشرعیه، ص ۴۱). چون امثال این گونه اشکال‌ها، اصل موضوع مورد تحقیق را زیر سؤال می‌برد و با پاسخ‌گویی به آن‌ها محور اصلی بحث روشن‌تر می‌شود، لذا جواب‌هایی هر چند مختصر را در این‌جا آورده و تفصیل آن با آمدن مباحث بعدی بیان خواهد شد. بدیهی است که خالق و مخلوق در یک سطح نیستند، ولی احکام شرعی خصوصاً در بخش معاملات برای سالم نگاه داشتن زندگی اجتماعی انسان‌ها - آن‌ها را رعایت مصالح - امضایی است، و شارع فقط در مواردی حدود و ثغور آن‌ها را بیان کرده است، چنان‌که فقها خود اذعان دارند که معاملات اموری عرفی عقلایی هستند و از ماهیات مخترع شارع نمی‌باشند. این ماهیات را عقلاً قبل از نظام حقوقی اسلام برای تنظیم زندگی خود درست کرده بودند پس از آن که پیامبر اکرم (ص) آمدند با این طریقی که در نزد عقلاً مستقر و تثبیت شده بود مخالفت نکرد. و حتی تصرف اساسی هم نکرد بلکه آن‌ها را همان‌طور امضا نمود. (محمداسحاق الفیاض، محاضرات فی علم الاصول، تقریرات درس آیت‌الله خوئی، ج ۱، ص ۱۸۴). بخش احکام اجتماعی خصوصاً در ابواب معاملات دارای اسراری نیست که بندگان متوجه نشوند و بپذیرش تعبدی آن نتوانند آن را با دیگر نظام‌های حقوقی مقایسه کنند، چنان‌که گفته‌اند: معاملات برای تبادل حاجات عقلایی تشریح شده‌اند و این‌طور نیست که دائر مدار تعبد محض و دارای مصالح خفیه‌ای باشند که ما متوجه نشویم، مثل آن‌چه در احکام عبادی است. (حسینعلی منتظری، دراسات فی المکاسب المحرمه، ج ۱، ص ۵۰). با یک بررسی اجمالی در حقوق و فقه می‌توان منبع بودن عقل را در هر دو به صورت گسترده دید. از طرفی قواعدی چون «اصالة الاباحه» و امثال آن بسیار شبیه منابع و ابزاری است که حتی در نظام‌های حقوقی لائیک نیز می‌توان از آن سراغ گرفت و امثال این نقاط مشترک است که امکان مقایسه فقه و حقوق را برای ما فراهم می‌کند. پذیرش جامعه علی (ع) و روایات «حتی الارش فی الخدش» مانع از مقایسه فقه و حقوق نیست. آن‌چه مجتهدین و حقوق دانان مسلمان را در قرون متمادی ناگزیر به استنباط قانون کرده است در دسترس نبودن آن جامعه است، چنان‌که خود ائمه (ع) نیز به امر اجتهاد ترغیب می‌کردند. تعبیراتی چون قوانین شرع، ثابت و لایتغیر است و نظایر آن، جوابش از مباحثی که خصوصاً در دهه‌های اخیر در حوزه‌های علمی و دینی مطرح شده است به دست می‌آید. گرچه بسیاری از احکام الهی خصوصاً در ابواب عبادات ثابت و لایتغیر است، ولی از صفات یک قانون پایدار و شریعت خاتم، داشتن انعطاف لازم در پاسخ‌گویی به نیازهای متغیر و جدید است. (سلسله مقالات نقش زمان و مکان در اجتهاد، ش ۸ و ۱۰). مذهب و اخلاق همواره در ایجاد قواعد حقوقی در هر نظام حقوقی به صورت مستقیم و غیر مستقیم نقش مهم و اساسی داشته‌اند، لذا در بررسی پایه‌های اولیه حقوق و تاریخ آن، نقش این دو همیشه مد نظر فلاسفه حقوق بوده است و این‌طور نیست که حقوق به طور کلی از اخلاق و مذهب بیگانه باشد. از طرفی طرح بعضی از مسائل در فقه - مثل حیل شرعی در ابواب معاملات، صدور حکم از ناحیه قاضی طبق قسم و بینه، هر چند واقع امر، خلاف مدلول ادله اثبات دعوا باشد و امثال این امور - عدم ارتباط قوی میان فقه و حقوق را به نحوی که مدعی بیان کرده است، زیر سؤال می‌برد.

### تأثیر فقه بر علم حقوق

« سابقه ۱۴۰۰ ساله 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 الهام می‌گیرند، می‌تواند نهال حقوق جدید را بارور نمایند و در غنی ساختن حقوق جدید سهم به سزا داشته باشند. » (دانشنامه حقوقی ج ۱ ص ۶، لنگرودی).

### رابطه فقه و حقوق

فقه و حقوق با آن‌که از جهاتی با یک دیگر 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 می‌کند و دارای تمامی عناصر لازم در قاعده حقوقی می‌گردد ... فقه ممکن است بالقوه

این توانایی را داشته باشد که مانند حقوق با 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. (رابطه فقه و حقوق، مصطفی میر احمدی زاده، ص ۳۰).

### 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 الغای احکام سابق. البته اصول فقه در این زمینه غنی تر از حقوق است.» (الاصول العامه للفقهاء المقارن، محمدتقی حکیم، طبع دوم، ص ۵۱).

### 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.» (قواعد فقه، محمدی ۱۳۸۳، ص ۱۳). «قاعده فقهی بر قاعده ای اطلاق می شود که از ادله شرعی 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.» (قواعد فقه مدنی، دکتر اسدالله لطفی، ص ۳). 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 تعدا، 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 العلاء علی انفسهم جایز و ...» (قواعد مدنی فقه؛ لطفی ص ۱۱؛ قواعد فقه، محمدی، ص ۱۹).

### کاربرد قواعد فقه در حقوق

قواعد فقهی کاربرد وسیعی در حقوق دارد، از جمله این قواعد، قاعده عسرو حرج 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 دادگاه ها و شعب دیوان عالی کشور ایران صادر شده و کاربردی ترین قاعده فقهی است که در رویه قضایی و حقوقی موضوعه می باشد. قانون گذار 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 مصرحه نیست.» (کاربرد قواعد فقه در حقوق، عیسی کشوری، ص ۱۳).

### 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 عسرو حرج 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» (کاربرد قواعد فقه در حقوق، عیسی کشوری، ص ۱۲۹ تا ۱۰۱). می باشد. مصادیق خارجی عسر و حرج در طلاق: امتناع زوج از انجام وظایف خاص زناشویی، سوء مباشرت و بدرفتاری شوهر، مرض ساری و صعب العلاج، ترک خانواده و زندگی خانوادگی توسط مرد، اعتیاد مضر که دوام زندگی زناشویی را طاقت فرسا نماید. 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 می‌تواند مهلتی برای مستأجر قرار بدهد.» (وسایل الشیعه، حر عاملی، ج ۱۵، ص ۲۶۸).

### تقسیم بندی قواعد فقهی

قواعد فقهی ممکن است از جهاتی به موارد متعددی تقسیم گردد؛ در این جا صرفاً به دو تقسیم معروف اشاره می‌گردد. ۱- تقسیم بندی شهید اول در کتاب «القواعد و الفوائد» که بر اساس موضوعات و ابواب مختلف فقهی می‌باشد، این تقسیم بندی عبارت است از: الف) قواعد مربوط به اجتهاد (ب) قواعد جاری در حقوق خانواده و مناکحات (ج) قواعد مربوط به ابواب قضاء (د) قواعد باب جنایات (ه) قواعد مربوط به عقود (و) قواعد مربوط به ارث (ز) قواعد باب حدود (ح) قواعد ابواب عبادات (ط) قواعد مربوط به دیات (ی) قواعد باب قصاص (ش) شهید اول؛ القواعد و الفوائد. 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. (ندوی، علی احمد؛ القواعد الفقهیه، ص ۹۹). 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. (۲) قواعد فقه مدنی، دکتر اسدالله لطفی، ص ۱۵). - 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 نمی‌شوند، همچون قاعده لاضرر؛ چه این که 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 می‌گردد. مثل قاعده علی البید و حجیت خبر واحد در فقه. اما قواعدی مثل لاضرر از مجموعه تشریعیات عدمی است که در عبارت لاضرر 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 می‌گردد. 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 می‌شود؛ مثل حکم ضمان در عقد فاسد که به عنوان مصداق قاعده ما یضمن است. ج) قواعدی که بر حکم ظاهری دلالت می‌کنند و به وسیله آنها صغرای قیاس در استدلال به حکم شرعی حاصل می‌شود. همچون قاعده فراغ، این قسم هم در طریق اثبات حکم شرعی قرار نمی‌گیرند. بلکه در طریق اثبات متعلق و مصداق حکم شرعی واقع می‌شود. د) قواعد فقهی استدلالی که فقیه در مقام استنباط به آنها استناد می‌کند و به ابواب خاصی اختصاص دارد، بر خلاف قواعد اصولی که اختصاص به باب معینی ندارد. مثل قاعده غرور و قاعده ائتلاف. (قواعد فقه مدنی - اسدالله لطفی، ص ۱۲).

### نظام حقوقی

«قاعده حقوقی کلی است و اختصاص به فرد و حادثه‌ای 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 واقعه‌ای که جامع ویژگی‌ها و اوصاف لازم و مورد نظر باشد، قاعده حقوق شامل آن می‌گردد. تجرید و رها بودن از قید در قاعده حقوقی، یعنی این که قاعده حقوقی در قالب و ساختاری ارایه و تنظیم می‌شود 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 اجرای آن مربوط می‌گردد.» (فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، تطبیق نظام حقوقی اسلام با حقوق معاصر، صص ۱۲۵ و ۱۲۴). «نظام حقوقی؛ شیوه‌های رفتاری است که تخطی از آن‌ها 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 هیات حاکمه وضع شده و ضمانت اجراء داشته باشد.» (تاریخ حقوق ایران؛ سید حسن امین، ص ۲۰).

### 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 اجرا در صورت تخلف از آن.» (همان، ص ۲۲).

## نظام حقوقی اسلام

«نظام را همان طور که در دو سطر پیش ارکان و عناصرش را معین کردیم، تعریف می‌کنیم: مجموعه‌ای از عناصر به هم پیوسته و هدفمند که هدف واحدی را تعقیب می‌کند. و قانون (Law) به مفهوم عام خود؛ مجموعه قواعدی است که نظام معیشت و زندگی جامعه را تنظیم می‌کند، قواعدی که دولت و ملت، ملزم به رعایت و احترام به آن هستند، اگر چه به پشتوانه قدرت و استفاده از زور باشد.» (همان، ص ۱۰۲، شماره ۳۶). «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.» (لطف الله صافی، احکام الشریعه الثابتة لا تتغیر، ص ۵). نظام حقوقی در اسلام، همان شریعت اسلام است که مجموعه‌ای است از عناصر به هم پیوسته که یک کل را تشکیل می‌دهد و عهده دار سعادت و کمال انسان است. این شریعت دارای مبادی، منابع و مکتب حقوقی خاص است. فقه اسلامی با توجه به مجموعه‌های 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.» (فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، شماره ۳۶، ص ۱۰۳). با توجه به این که 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 می‌باشد: «شرعت له طریقیاً» «راه را برای او روشن کردم.» (راغب در مفردات، ص ۳۷). و در اصطلاح فقهها: مجموعه‌ای 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 همنوعانش تنظیم می‌کند. و شریعت اسلام یعنی مجموعه‌ای 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.» (فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، ش ۳۷، ص ۱۹).

## 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 می‌شود: ۱- «مکتب حقوقی طبیعی» و ۲- «مکتب حقوقی وضعی و اجتماعی» که هر یک از این دو، پس از وحدت نظر بر این مساله که حقوق، ساخته دست انسان است، در درون خود به مذاهب و گرایش‌های دیگری تقسیم می‌شود، 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 جزا می‌باشد که برای کنترل امور دنیوی و اخروی انسان وضع می‌گردد، جزا در شریعت یا ثوابست، مانند: پاداش قانونی و یاعقاباست، مانند: واکنش منفی در برابر قانون. جزا یا مادی است که به جسم انسان برمی‌گردد مانند قتل، رجم، شلاق، و بریدن، یا به مال او بر می‌گردد مانند: دیه و یا جزای معنوی است که در خوف و رجاء یا دوستی و محبت خدا ظاهر می‌شود. 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 می‌گردد. 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 مجازات‌ها 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 غیرمحصنه که مرتکب زنا می‌گردند 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 می‌توانند 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. (تاریخ حقوق ایران - پرفسور سید حسن امین، ص ۱۷۴). در قواعد حقوقی، حوزه تغییر اجتماعی در یک منطقه نمود می‌یابد و آن، عدم اهتمام اجتماعی از سوی قانون گذار 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 می‌کند، 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 قانون گذار اسلامی آسان می‌سازد، واجب یا مستحب عبارت است از هر آن چه مطلوب شارع بوده و در کمال و قرب آدمی به خداوند موثر و دارای مصلحت است. از سوی دیگر هر آنچه مبعوض شارع است و آدمی را از حوزه ایمان و تقوا دور می‌سازد حرام یا مکروه

است. احکام تکلیفی را می‌توان 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 می‌گردد و مراد از احکام تخییری احکامی است که از جهت ترک یا انجام فعل اقتضای رجحان ندارد که همان مباحات می‌باشد. همچنین مستحب، مکروه و مباح را به معنای 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 این که نسخ و فسخ حکم سابق باشد. اسلام با تمام شوون 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 می‌دهد و از این نظر، حوزه وسیع تری از قواعد وضعی دارد. از آن جایی که شریعت مجموعه‌ای است به هم پیوسته که اجزای آن یک دیگر را تکمیل می‌کند. عبادت (worship) از سایر قواعد و اجزای شرعی جدا نمی‌باشد، 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 برمی‌انگیزاند. 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 می‌گیرد و اگر ترک نماز و مانند آن عبادات در دادگاه شرعی ثابت گردد حاکم شرع می‌تواند 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: حقوقی که با مرگ صاحب حق به دیگری منتقل نمی‌شود و اسقاط و نقل آن به دیگری صحیح نمی‌باشد، چون حق پدری، حق ولایت حاکم، حق استمتاع از زوجه، حق وصایت و... حقوقی که اسقاط آن جایز است ولی نقل آن به دیگری صحیح نمی‌باشد و با مرگ صاحب حق به طور قهری نیز به دیگری منتقل نمی‌گردد، مانند: حق غیبت، حق دشنام، حق اذیت و آزار به وسیله اهانت. در این موارد راضی کردن صاحب حق، حتمی است و توبه کفایت نمی‌کند. حقوقی که با مرگ صاحب حق به ورثه منتقل می‌گردد و اسقاط آن نیز جایز است ولی نقل آن به دیگری جایز نیست. حقوقی که نقل و انتقال و اسقاط آن جایز است؛ حق خیار، قصاص، حق تجحیر و غیره... حقوقی که نقل و انتقال آن بدون عوض جایز است چون حق قسم... 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

حق الله محض: حقی را که قانون گذار اسلام در رابطه با کل جامعه اسلامی و امت اسلام قانون گذاری کرده است اصطلاحاً «حق الله» گویند. حق الله بدین معنا است که جانب اجتماعی جرم، تاثیر منفی و نامطلوبی بر روی جامعه می‌گذارد، مانند: حد ارتداد و محاربه. حق الناس: حقی است که آن را قانون گذار برای فرد خاص یا افراد خاص معین و مقرر داشته که در پرتو آن سودی به دست می‌آید که فقط عاید شریک مال غیرمنقول می‌گردد و به کسی دیگر مربوط نیست. مانند: قصاص، که صرفاً اختصاص به ولی یا اولیا دارد، فقط صاحب یا صاحبان خون می‌توانند از این حق استفاده کنند. و از حاکم شرع بخواهند که قاتل را قصاص کند (مقارنه و تطبیق در حقوق جزایی عمومی اسلام؛ دکتر علی رضا فیض، صص ۴۸ و ۴۷).

### تقسیم دیگر علم حقوق

۱- حقوق ملی، که آن را حقوق داخلی گویند. این حقوق دارای دو بخش 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 می‌آید. از قبیل تجارت، حقوق مدنی و غیره. ب) حقوق ملی عمومی: یک رشته از قوانین و مقرراتی است که چگونگی تشکیلات دولت را معین می‌کند و روابط میان افراد ملت و دولت را نظم و سامان می‌بخشد. ۲- حقوق بین الملل، که حقوق خارجی نیز نامیده می‌شود. «حقوق بین الملل عبارت است از یک رشته قوانین که مربوط به روابط بین ملت‌ها مختلف و دولت‌های حاکم است». (همانجا، صص ۵۲ و ۵۱). و اما در نظریه کلی علم حقوق، این علم از جهات دیگر مورد بحث قرار می‌گیرد. در پژوهش‌های حقوقی رایج، مباحث حقوقی در دو سطح جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد: الف) بررسی تفصیلی احکام و مسایل حقوقی: در این سطح تمام تفصیلات قواعد حقوقی در رشته‌های مختلف آن، در طول سال‌های درسی در دانشکده‌های حقوق بررسی می‌گردد. همانند فقه که تمام مسایل فقهی، مساله به مساله از کتاب طهارت تا دیات بحث می‌شود. 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 نظام‌های حقوقی اختصاص دارد، در دانشکده‌های 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 مقدمه‌ای برای مباحث استدلالی و تفصیلی در علم فقه، و به همین دلیل به آن «اصول استنباط» نیز گویند. (فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، شماره ۳۶ ص ۱۰۴).

### 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 مقدمه‌ای برای علم فقه و علم حقوق است، چنان که هر دو، بحث‌های مشترکی نیز دارند.» (جعفری لنگرودی، مقدمه علم حقوق، صص ۱۱ و ۳). 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 آرا و احکام آشنایی می‌یابد. اما در علم اصول فقه چنین آرا و احکامی از قبل پذیرفته شده و مفروض نیست تا این علم، معطوف به آرا 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.» (فصلنامه تخصصی فقه اهل بیت، تطبیق نظام حقوقی اسلام با نظام حقوقی معاصر؛ شماره ۳۶ ص ۱۰۴).

### 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 می‌آیند.» (همانجا ص ۱۶۴).

### 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 می‌گیرد. 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 می‌شود. سنت در نزد اهل سنت به قول و فعل تقریری اطلاق می‌شود 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 این که 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 می‌کند.» (اصول الفقه، محمدرضا مظفر، ج ۲، ص ۸۷؛ محمد ابراهیم جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۱۸۲). 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 ... (جعفری لنگرودی، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام، ص ۹۷). 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 اجماعات شده است.» (همان، ص ۱۰۲). 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.» (رابطه فقه و حقوق، احمدی زاده ص ۹۸). و استحسان: «عبارت است از دلیلی که در نزد مجتهد پسندیده آید ولی مجتهد از توصیف یافته ی ذهنی خویش ناتوان باشد.» (محمد ابراهیم جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، ص ۱۴۹). اما قیاس و استحسان از منابع امامیه نمی باشد، قیاس مورد نهی شرعی واقع شده و استحسان دارای دلیل شرعی قابل پذیرشی نمی باشد.

### نتیجه گیری

یکی از ویژگی‌های مهم مکتب تشیع، استفاده از عنصر اجتهاد در گستره 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 کرده‌است. 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 باز سازی نمایند تا از ره‌گذر این تلاش، دین و فقه را در عرصه 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 مجموعه 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.



## منابع و مراجع

- [۱] قرآن کریم
- [۲] ابن منظور، لسان العرب، ۲۰ جلد، چاپ اول: بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۱۶ ق/ ۱۹۹۶ م.
- [۳] احمد بن فارس بن زکریا، معجم المقاییس اللغة، ۶ جلد، چاپ اول: قم، مرکز النشر - مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴ ق.
- [۴] آشتیانی، میرزا محمد حسن، بحر الفوائد، چاپ اول: قم، کتابخانه آیتالله مرعشی، ۱۴۰۳ ق.
- [۵] انصاری، مرتضی، المکاسب، چاپ دوم: تبریز، ۱۳۷۵ ق.
- [۶] فرائد الاصول، ۲ جلد، چاپ اول: قم، انتشارات جامعه مدرسین (بی تا).
- [۷] تبریزی غروی، میرزا علی، التنقیح فی شرح العروة الوثقی (الاجتهاد و التقليد)، تقریرات درس آیتالله خوئی، چاپ سوم: قم، دارالهادی للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
- [۸] جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، چاپ چهارم: تهران، گنج دانش، ۱۳۶۸.
- [۹] جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، چاپ سوم: تهران، گنج دانش، ۱۳۷۱.
- [۱۰] جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام، چاپ دوم: تهران، گنج دانش، ۱۳۷۰.
- [۱۱] جناتی، محمدابراهیم، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، چاپ اول: تهران، مؤسسه کیهان، ۱۳۷۰.
- [۱۲] حائری، عبدالکریم، درر الفوائد، چاپ پنجم: قم، مؤسسه النشر الاسلامی (بی تا).
- [۱۳] حبیبی، حسن، منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی، چاپ اول: تهران، انتشارات اطلاعات، ۱۳۷۳.
- [۱۴] الحر عاملی، محمدبن الحسن، وسائل الشیعه، چاپ سوم: قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ۱۴۱۶ ق.
- [۱۵] حکیم، محمدتقی، الاصول العامه للفقہ المقارن، چاپ سوم: قم، مؤسسه آل البيت (ع) (بی تا).
- [۱۶] حکیمی، محمدرضا؛ محمد حکیمی و علی حکیمی، الحیاء، چاپ سوم: قم، دفتر انتشارات تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۰.
- [۱۷] خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، ۲ جلد، چاپ اول: قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ ق.
- [۱۸] دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، درآمدی بر حقوق اسلامی، چاپ اول: قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۴.
- [۱۹] رنه داوید، نظامهای بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفایی، محمد آشوری؛ چاپ سوم: تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۷۵.
- [۲۰] زمخشری، محمود بن عمر، اساس البلاغه، قم، دفتر تبلیغات اسلامی (بی تا).
- [۲۱] ساکت، محمدحسین، نگرشی تاریخی به فلسفه حقوق، چاپ اول: تهران، انتشارات جهان معاصر، ۱۳۷۰.
- [۲۲] شلبی، محمد مصطفی، المدخل فی التعریف بالفقہ الاسلامی، چاپ اول: بیروت، دارالنهضة العربیة، ۱۴۰۱ ق.
- [۲۳] صدر، محمدباقر، الفتاوی الواضحه، چاپ دوم: نجف مطبعة الآداب، ۱۳۹۶ ق.
- [۲۴] صدر، محمدباقر، المعالم الجدیده، چاپ دوم: تهران، مکتبه النجاج، ۱۳۹۵ ق.
- [۲۵] صدر، محمدباقر، دروس فی علم الاصول، چاپ اول: بیروت، دارالکتب اللبنانی، ۱۹۷۸ م.
- [۲۶] طباطبائی، محمدحسین، المیزان فی تفسیر القرآن، چاپ اول: قم، انتشارات جامعه مدرسین (بی تا).
- [۲۷] طبرسی، ابی علی الفضل، مجمع البیان، چاپ اول: تهران، انتشارات ناصر خسرو، ۱۳۶۵.
- [۲۸] الطریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، ۶ جلد: چاپ اول: تهران، انتشارات کتابفروشی مرتضوی، ۱۳۸۶ ق.
- [۲۹] عالیخانی، محمد، حقوق اساسی، چاپ اول: تهران، انتشارات دهقان، ۱۳۷۳.
- [۳۰] عالیه، سمیر، علم القانون و الفقہ الاسلامی، چاپ دوم: بیروت، المؤسسة الجامعیة للدراسات و النشر و التوزیع، ۱۴۱۶ ق/ ۱۹۹۶ م.
- [۳۱] عاملی، ابی عبدالله، القواعد و الفوائد، ۲ جلد، چاپ اول: قم، مکتبه المفید (بی تا).
- [۳۲] عاملی، جمال الدین الحسن، معالم الدین و ملاذ المجتهدین، چاپ اول: قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۵.
- [۳۳] . علومی، رضا، کلیات حقوق، چاپ اول: تهران، میهن، ۱۳۴۸.
- [۳۴] . عمید، حسن، فرهنگ عمید، ۲ جلد، چاپ پنجم: تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۳.
- [۳۵] . عمید زنجانی، عباسعلی، فقہ سیاسی، ۳ جلد، چاپ اول: تهران، امیرکبیر، ۱۳۶۶.
- [۳۶] . عوده، عبدالقادر، التشریع الجنائی الاسلامی، ۲ جلد، چاپ سیزدهم: بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۱۵ ق/ ۱۹۹۴ م.
- [۳۷] . فیاض، محمد اسحاق، محاضرات فی اصول الفقہ، تقریرات درس آیتالله خوئی، چاپ سوم: قم، دارالهادی للمطبوعات، ۱۴۱۰ ق.
- [۳۸] . قاضی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
- [۳۹] . القطن، مناع، تاریخ التشریع الاسلامی، چاپ اول: ریاض، مکتبه المعارف، ۱۴۱۳ ق.
- [۴۰] . کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، چاپ دهم: تهران، بهنشر، ۱۳۶۸.



- [۴۱] . العالمی، زین‌الدین (شهید ثانی)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الإسلام، چاپ اول: قم، مؤسسه معارف اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- [۴۲] . کلینی، محمد، اصول الکافی، چاپ اول: بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۱ق.
- [۴۳] . کوویلیه، ارمان، حقوق و جامعه‌شناسی، ترجمه مصطفی رحیمی، چاپ اول: تهران، امیرکبیر، ۱۳۵۸.
- [۴۴] . گورویچ، ژرژ، حقوق جامعه‌شناسی، ترجمه مصطفی رحیمی، چاپ اول: تهران، امیرکبیر، ۱۳۵۸.
- [۴۵] . مجله دانشگاه انقلاب، شماره ۱۰۵، قم، بهار و تابستان ۱۳۷۴.
- [۴۶] . محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه (بخش مدنی ۳)، چاپ اول: تهران، سمت، ۱۳۷۴.
- [۴۷] . محمصانی، محمد، فلسفه قانون‌گذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، چاپ دوم: تهران، امیرکبیر، ۱۳۵۸.
- [۴۸] . مصباح، محمدتقی، آموزش فلسفه، چاپ اول: تهران، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۶۴.
- [۴۹] . مطهری، مرتضی، آشنائی با علوم اسلامی، چاپ اول: قم، انتشارات صدرا(بی تا).
- [۵۰] . مظفر، محمدرضا، اصول الفقه، چاپ اول: قم، نشر دانش اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- [۵۱] . مکرمی، جزوه نظام‌های حقوقی معاصر ۲، مجتمع آموزش عالی قم، سال تحصیلی ۷۴-۷۳.
- [۵۲] . منتظری، حسینعلی، دراسات فی المکاسب المحرمه، قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵ق.
- [۵۳] . نهایتاً الاصول، تقریرات درس آیتالله بروجردی، چاپ اول: قم، نشر تفکر، ۱۴۱۵ق.
- [۵۴] . نبهان، محمد فاروق، المدخل للتشريع الاسلامی، چاپ اول: بیروت - کویت، دارالقلم، وكالة المطبوعات، ۱۹۷۷م.
- [۵۵] . نجومیان، حسین، مبانی قانون‌گذاری و دادرسی، چاپ اول: مشهد، بنیاد پژوهشهای اسلامی آستان قدس، ۱۳۶۶.
- [۵۶] . نشریه دانشکده الهیات و معارف اسلامی، شماره ۳۰، مشهد، تابستان ۱۳۷۴.

