



تعامل فقه و حقوق

پدیدآورنده (ها) : انوری، حسن علی

علوم اجتماعی :: نشریه جامعه فردا :: پاییز ۱۳۸۵ - شماره ۲

صفحات : از ۲۴۳ تا ۲۵۹

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/716675>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۰۵/۱۲

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

- رابطه فقه و حقوق
- بررسی جایگاه و قلمرو فقه و قرآن از دیدگاه حقوق موضوعه
- نسخ در قرآن از دیدگاه آیه الله معرفت رحمه الله
- کاوشی در مفهوم و اوصاف قانون
- بررسی اصول حاکم بر قوانین کارآمد از منظر تحلیل اقتصادی حقوق
- شناخت و تفکیک آرای وحدت رویه معتبر از منسوخ
- جایگاه قانونی شواری عالی انقلاب فرهنگی و مرتبه مصوبات آن
- هم زبانی فقه بومی با حقوق جهانی
- تکامل حقوق بزه دیدگان از منظر مقررات موضوعه دیوان کیفری بین المللی
- کارل پوپر و اندیشه حکومت قانون
- ادغام احکام محکومیت متعدد
- نقد عدالت کیفری ترمیمی در گفتمان جرم شناسی غربی از منظر سیاست جنایی قرآن کریم

عناوین مشابه

- عفو بین الملل، دیده بان حقوق بشر و وضعیت حقوق بشر در جمهوری اسلامی ایران : یک ارزیابی از تعامل دوجانبه
- بررسی مبانی فقهی احوال شخصیه اقلیت های دینی از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه
- بررسی مواد ۱۱۰۴ و ۱۱۷۸ قانون مدنی ایران در خصوص تربیت اولاد از دیدگاه فقه و حقوق با مطالعه ی تطبیقی
- تبیین حقوق بشر و هم‌گرایی مسلمانان از منظر فقه و حقوق اسلامی
- سیر تحولات و مبانی کیفرزدایی از دیدگاه فقه و حقوق جزایی ایران
- تمکین زوج، مفهوم، احکام و آثار آن در فقه و حقوق موضوعه
- اجرای علنی مجازات‌ها در فقه و حقوق کیفری افغانستان
- وضعیت آثار مالی طلاق در شرایط ابتلای زوج به بیماری مشرف به موت در فقه امامیه و حقوق ایران
- دفن اموات بدون مجوز قانونی و اخفای جسد در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه
- موجبات نشوز زوج در فقه امامیه و حقوق ایران

تعامل فقه و حقوق

حسن علی انوری*

درآمد

فقه در کشورهای مسلمان دارای جایگاه ویژه در عرصه تنظیم روابط اجتماعی بوده و از منابع مشروعیت ساز تعامل و قواعد حاکم بر زیست جمعی و مشترک گروه‌های انسانی سرزمینی محسوب می‌شود. *تعمیر علم مردمی*

از این رو حضور قواعد فقهی در ساختار تنظیم روابط حقوقی جوامع مسلمان حضور قوی و قدرت‌مندانه‌ای بوده است. ولی از آن جا که تحولات علمی، اقتصادی و تکنولوژیک جامعه بشری نیازمندی‌های جدیدی را موجب شد و از سوی دیگر گزاره‌های فقهی مورد سوء استفاده‌های کلان علیه بشریت واقع می‌شد، سیستم‌های جدید حقوقی به وجود آمد که به صورت چشم‌گیری حضور مقررات فقهی را محدود کرده است لذا ضرورت یافت که حضور فقه در عرصه ایجاد قواعد حقوق نقش جدی‌تری را به عهده بگیرد. در نوشته حاضر تلاش شده است که حضور فقه را با ویژگی‌های روزآمدی و بستن راه‌های سوء استفاده در فرایند قانون‌گذاری مدرن برجسته نماید.

*. دانشجوی کارشناسی حقوق.

تعامل فقه و حقوق

ورود فقه به حوزه قانونگذاری و نقش آن در ساماندهی و ایجاد قاعده حقوقی به نحوی است که هیچ قاعده حقوقی برخلاف آن مجال تصویب و اجرا نمی‌یابد. بدین جهت نوشته حاضر تلاش می‌ورزد تا نحوه تعامل فقه و حقوق را بررسی و به این پرسش پاسخ دهد که چرا فقه نتوانسته است به صورت قاعده حقوقی درآمده و مستقیماً در جامعه پیاده شود. و سرانجام باز خواهیم خواند تاوان‌هایی را که جامعه اسلامی از رهگذر فتاوی‌ای فقهی متحمل گردیده و قواعد فقهی صرفاً محملی برای بهره‌وری و سوء استفاده قرار گرفته است. این بررسی‌ها نیازمند مقدمات است که به شناخت اجمالی از فقه و حقوق می‌پردازد.

۱. فقه

به طور معمول، کلمه فقه در فرهنگ واژه‌ها مطلق فهم و درک معنا شده است ولی وقتی در برخی لغت‌نامه‌های معتبر عربی مانند لسان العرب و مجمع البحرین نشان می‌دهد که دقت نظر و استنباط نیز در مفهوم آن لحاظ شده است. در لسان العرب آمده است که مراد از فقه، علم و دانستن است که همراه با دقت نظر و استنباط باشد. در مجمع البحرین نیز می‌گوید: «فقه عبارت است از رسیدن به یک مجهول از طریق معلومی» که توأم با تأمل و استدلال است.^(۱)

فقه در ادبیات شرعی عبارت است از علم مبتنی بر مبانی و استدلال تفصیلی فقهی به احکام شرعی فرعی؛ زیرا قواعد شرع اسلام به سه دسته تقسیم می‌شود:

۱. قواعد عقاید دینی.
۲. قواعد اخلاقی.
۳. قواعد عملی.

قواعد عملی شامل عبادات و معاملات است که به آن فقه اطلاق گردیده و علمی را که از آن بحث می‌کند علم فقه می‌گویند.

۲. حقوق

واژه حقوق دارای معانی متعدد است که هر کدام کاربرد خاص خود را دارد. مراد

از حقوق در بحث ما عبارت است از مجموعه قواعد کلی حاکم بر رفتار اشخاص که در جامعه زندگی می‌کند و یا حاکم بر ارتباط ارگان‌های حاکمیت با یکدیگر و ارتباط افراد با ارگان‌های حکومت و واحدهای سیاسی دیگر که اجرای آن از سوی دولت تضمین شده است، این یک تعریف فراگیر است که تمام رشته‌های حقوق را تا حدی پوشش می‌دهد ولی به طور فشرده می‌توان گفت که حقوق مجموع مقرراتی است که بر روابط اشخاص از این جهت که در اجتماع هستند حکومت می‌کند.^(۲)

۳. موضوع فقه

از آن جایی که بحث در علم فقه از احکام خمسه یعنی وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه است و نیز از صحت و بطلان از آن رو که بر اعمال و رفتار انسان‌ها عارض می‌شود موضوع فقه را افعال و رفتار انسان‌ها (مکلفین) قرار داده‌اند. در نتیجه آن چه موضوع فقه را درست می‌کند به صورت مستقیم و غیر مستقیم اعمال و رفتار انسان‌ها است به این بیان که اگر موضوع فقه را افعال مستقیم انسان‌ها محسوب نماییم تعریف جامعیت خود را از دست داده و بسیاری از موضوعات فقه که فراتر از اعمال مکلفین قرار دارند همانند طهارت، نجاست، بلوغ، زوجیت و... از چارچوب تعریف بیرون خواهد ماند. شهید صدر(ره) با توجه به همین معنی توضیحی داده که: حکم شرعی همیشه متعلق به افعال مکلفین نیست بلکه گاهی مرتبط به ذوات یا اشیای دیگری است که مربوط به او هستند، زیرا هدف از حکم شرعی تنظیم حیات انسان است و این هدف هم چنان که با خطاب متعلق به افعال مکلفین حاصل می‌شود مانند نماز خواندن و روزه گرفتن و نظیر آنها، با خطایی که متعلق به خود مکلفین است یا به اشیای دیگری که دخالت در حیات وی دارند نیز حاصل می‌شود.^(۳)

در این صورت حوزه کار کردی فقه فراتر از دایره افعال مکلفین و بیش از آن چه که هست خواهد بود و انتظار می‌رود انوار فقه تمام زوایای تاریک و مبهم زندگی انسان را احتوا نماید و او را در زندگی فردی و اجتماعی رهنمون شود.

۴. موضوع حقوق

همانطور که ذکر شد موضوع حقوق عبارت است از تنظیم روابط میان انسان‌ها و

جلوگیری از بی‌نظمی و رفع مخاصمات، به دلیل که روابط اجتماعی انسان بیش از گذشته رشد و توسعه پیدا کرده است، حقوق نیز همگام با گسترده روابط انسان‌ها به قانون گذاری می‌پردازد به نحوی که در همه زمینه‌های مورد نیاز انسان امروز همانند دولت‌ها، سازمان‌های بین‌المللی و به طور کلی اشخاص حقیقی و حقوقی از جهات ملی و فراملی قانون گذاری کرده است.

۵. روابط فقه و حقوق از حیث موضوع

این رابطه را می‌توان به دو گونه ترسیم نمود:

الف - رابطه‌ای که فعلاً بر حوزه فقه و حقوق سیطره دارد رابطه چند سویه‌ای است که می‌توان برای آن نقطه اشتراک جستجو کرده و نقاط اختلاف فراوان نیز پیدا نمود زیرا فقه دارای احکامی است که هم مربوط به روابط اجتماعی انسان است و هم وظایف فردی را در مقابل خداوند جهت می‌دهد به عبارت دیگر فقه هم اعمال فردی و هم اجتماعی انسان را تبیین می‌نماید. علاوه بر این برجستگی اختلاف فقه با حقوق وجود موضوعات عبادی است که بخشی از فقه را به خود اختصاص داده است در حالی که دانش حقوق به روابط عبادی انسان با خدا هرگز نپرداخته است. از سوی دیگر تعدد و تنوع موضوعات نوین حقوقی در جامعه و تعیین وظایف و حد و مرز آنان همانند وظایف سازمان‌های داخلی و خارجی، منطقه‌ای و بین‌المللی، ادارات، وزارت خانه‌ها، اتحادیه‌ها و امثال شان مواردی است که فقط دانش حقوقی به آنان می‌پردازد. گرچه باید پذیریم که عناوین مذکور به نحوی در فقه تحت عناوین مختلف مثل جهاد، امر به معروف و نهی از منکر، امور حسبی، حاکمیت و غیره مورد توجه قرار گرفته است.^(۴)

نقطه اشتراک این دو موضوع در پاره‌ای از احکام معاملات، بخشی از حقوق جزا و قسمت عمده از موضوعات حقوق مدنی و عمومی است که در هر دو دانش فقه و حقوق مورد بحث قرار گرفته است. گرچه باید گفت که در نقاط اشتراک، گستره و محدوده موضوعات کاملاً به هم دیگر انطباق ندارد، مانند فردی که مرتکب قتل عمد و یا خطا شده است فقه علاوه بر احکام و کیفر مشترک، روزه کفار را برای قاتل واجب نموده است. ولی از آنجا که حقوق صرفاً مربوط به نظم اجتماعی و ارتباط انسان‌ها با یکدیگر می‌باشد از پرداختن به آن صرف نظر کرده است.

ب - رابطه‌ای که می‌تواند بین فقه و حقوق وجود داشته باشد.

عده‌ای معتقدند که فقه با تمام ظرفیت‌شان به میدان نیامده و توان بالقوه فقه بیش از آنچه که هست می‌باشد. در این رویکرد فقه دارای قلمروی است که تمام موضوعات حقوق را شامل می‌شود و رابطه‌شان در مقیاس منطق رابطه دو سویه است زیرا قلمرو تمام مسایل حقوقی را فرا می‌گیرد ولی حقوق تنها برخی موضوعات فقه را قانون‌مند می‌سازد.

در توضیح این رابطه یکی از حقوق‌دانان معاصر می‌گوید: فقه را فهم احکام شرعی فرعی بر بنیاد ادله تفصیلی آن تعریف کرده است که این تعریف از لحاظ ظهور بدوی شامل مسائل حقوقی نمی‌شود و فقط احکام تکلیفی عبادی و غیر عبادی و احکام وضعی شرعی را شامل می‌شود لیکن از این جهت که احکام شرعی فقط به احکام تأسیسی اختصاص ندارد بلکه احکام امضایی را هم بیان می‌کند. اگر رویه عرف با منطق شرع همخوانی نداشته باشد آن را به نقد می‌کشد و اگر مخالف با مبانی اسلام نباشد شرع آن را تأیید و امضاء می‌کند بنابراین احکام شرعی گستره و قلمرو بیشتر پیدا می‌کند و کلیه وظایف عقلایی را اعم از مدنی، کیفری، ملی، فراملی و امثال آنها را شامل می‌شود. که در این صورت نسبت میان فقه و حقوق دو سویه می‌گردد زیرا فقه همه مباحث حقوق را شامل می‌شود ولی حقوق بسیاری از مباحث فقهی را در بر نمی‌گیرد.^(۵)

به نظر می‌رسد ادعای حقوق مربوط به پایستگی فقه است نه آنچه که فعلاً وجود دارد. در نتیجه آنچه که از فقه انتظار می‌رود این است که عالمان و فرهیختگان دینی تمام احکام و مسائل فردی و اجتماعی انسان را از فقه استنباط نمایند، زیرا فقه چنین ظرفیت و عمق را دارد. خداوند متعال عالم به تمام مصالح و مفاسدی است که مرتبط به حیات انسان است از سوی دیگر عدم درک همه آنها به وسیله کاستی‌های دانش بشری موجب می‌شود به دلیلی لطفی که خداوند نسبت به مخلوقاتش دارد به نحو احسن و برتر قانونگذاری نماید و از هیچ حکمی که انسان بدان نیازمند است فروگذار ننماید لذا اصول و مبانی تمام احکام در قرآن و سنت بیان شده است و نصوص بسیاری از ائمه (ع) به ما رسیده است که می‌فرماید:

«همانا هیچ واقعه‌ای خالی از حکم نمی‌باشد.» بنابراین اگر فقه را در همه ابعاد

زندگی حاکم نماییم بایسته است شرایط و زمینه‌های لازم به وسیله عالمان و اندیشمندان مهیا شود تا تعریف دقیق و روشنی از فقه قلمرو و اهداف آن ارائه شود، و به نیازمندی‌های عصر جدید پاسخ دهد.

اهداف فقه و حقوق

از دیرباز اندیشه حاکمیت احکام اسلامی در میان کشورهای عربی و اسلامی وجود داشته و دارد. بدین منظور تلاش‌های صورت گرفته است تا احکام فقه به صورت قانون، مدون و مرتب شود و ضمانت اجرا یابد یا قانون موضوعه شان را با شرع انطباق دهند.

در این راستا عربستان سعودی خود مدعی حاکمیت قوانین مذهبی است. ایران نیز بعد از پیروزی انقلاب اسلامی تلاش‌های جدی را برای اسلامی کردن قوانین شان به عمل آورده است. حقوق جزای شان که بعد از انقلاب مدون شده است بر اصول و مبانی فقه استوار گردیده به عبارت دیگر قانون جزای جمهوری اسلامی ایران در واقع همان فقه است که به صورت ماده‌های قانونی درآمده است.

پاکستان و کشورهای دیگر نیز بدین سو در حرکت اند. «حقوق اصلی پاکستان براساس تفسیر آزاد منشانه‌ای از مبانی و منابع فقه اسلامی که قرآن، سنت، احادیث، اجماع و عقل است استوار گردیده است». به موجب ماده ۱۹۸ قانون اساسی پاکستان کمیونی در سال ۱۹۵۷ برای تطبیق قوانین موجود با شرع مأموریت یافت ولی به دلیل که قانون اساسی کشور پاکستان تغییر یافت کار کمیسیون هم متوقف شد.^(۶)

در این میان مردم افغانستان به خاطر فقدان حاکمیت قانون در دهه‌های اخیر تشنه برقراری امنیت و نظم اجتماعی از هر طریق ممکن می‌باشد ولی این که امنیت و صلح در پرتو چه نظام حقوقی تأمین شود سؤالی است زود هنگام که در آینده به آن پاسخ خواهند داد. گرچه مردم ما علی‌رغم تلخی‌ها و ناخوشی‌های سال‌های جهاد گزینه دیگری را غیر از اجرای احکام شرعی نخواهند برگزید.

شریعت اسلامی دارای قلمرو و موضوعات گسترده‌ای است که در هر موضوع اهداف خاص خود را دنبال می‌کند. گاه هدف تزکیه معنوی و قرب الی الله است این هدف معمولاً در بخش عبادات فقه نهفته است. چنان که در قرآن کریم می‌خوانیم: «و اقم الصلوة ان الصلاة تنهى عن الفحشاء و المنکر»^(۷) و گاهی هدف اقامه عدل در

جامعه است همانطور که در کتاب آسمانی قرآن آمده است:

«و لا یجرمنکم شنآن قوم علی ان لاتعدلوا، اعدلوا هو اقرب للتقوی.»^(۸) و گاهی تحقق، و رفع خصومت و رعایت مصلحت در زمره اهداف قرار می‌گیرد، ولی آنچه در احکام فقهی پر رنگ‌تر به نظر می‌آید توجه به تهذیب و تعالی روح انسان است. توجه به این مهم موجب شده است که حرمت تکلیفی در برخی موارد موجب بطلان معاملات و قراردادهای انسان گردیده و اثر حقوقی آن زایل شود. به عنوان نمونه فقها در مورد روایت «اذا حرم الله شیئاً حرم ثمنه.» وقتی خداوند چیزی را حرام کند پولش نیز حرام می‌شود.» مباحثی را تحت عنوان مکاسب محرّمه بر شمرده‌اند که آثار وضعی دارد و چنین معامله را فاسد و بی‌اثر می‌داند در حالی که نظام‌های حقوقی دیگر به عنوان مسائل صرفاً اخلاقی به آن نگریسته است.

بنابراین تزکیه روح و تأمین سعادت انسان و کسب کمالات ارزشمند و معنوی از اهداف مهم و فراگیر احکام فقهی است و به مسائل مادی و دنیوی تنها به عنوان زمینه و مقدمات توجه نموده است. زیرا هر جا مسائلی چون حلال و حرام فاسد و صحیح و... مطرح است این هدف برجسته می‌گردد.

مثلاً اگر فردی مال غیر را به صورت غاصبانه و یا عناوین دیگر تصرف نماید که متضمن خسارت به غیر باشد فرد متصرف علاوه بر جبران خسارت توبه نیز انجام دهد. چون خلاف مقررات الهی رفتار نموده و عمل خلاف به هر نحو که صورت بگیرد گناه است و فرد باید خود را از چنین آلودگی پاک نماید پاکسازی میسور نیست جز در سایه توبه در حالی که نظام‌های حقوقی دیگر فرد را فقط مکلف به پرداخت خسارت می‌کند. بنابراین در نظام فقهی اسلام علاوه بر رعایت بعد اجتماعی و نظم جامعه به تزکیه روح نیز شدیداً توجه شده است.

هدف حقوق

از آنجا که حقوق با مسائل اجتماعی و سیاسی در آمیخته، وصف اجتماعی به خود گرفته است لذا در مورد هدف حقوق چند نظر پدید آمده که به آن اشاره می‌شود:

۱. نظریه حقوق فردی یا اصالت فرد

طبق این نظر، فرد بزرگترین هدف قانون است و اصولاً وضع قوانین برای حمایت از

افراد صورت می‌پذیرد زیرا فرد موجودی در خدمت جامعه نیست بلکه جامعه برای خدمت به فرد می‌باشد.»^(۹)

۲. نظریه مکتب اصالة الاجتماع

این مکتب در مقابل اصالت فرد قراز دارد که هدف قواعد حقوقی را تأمین سعادت جامعه و ایجاد نظم در زندگی مشترک افراد می‌داند در نتیجه حقوق محصول زندگی اجتماعی انسان می‌شود.

۳. نظریه ترقی خواهانه

مکتب سومی که در این عرصه عرضه اندام کرده پیروان نظریه‌های معقول است که مسیر معتدل را پیموده و هدف حقوق را پیشرفت تمدن و ترقی ملت‌ها می‌دانند. لازمه این ترقی حفظ نظم در جامعه است خواه این نظم با تأمین آزادی فرد به دست آید یا در اثر حاکمیت دولت. به هر حال همه صاحب نظران متفق‌اند که عدالت و تأمین نظم و امنیت سرلوحه اهداف قواعد حقوقی است.

۴. نظریه اسلام

اسلام در مقابل نظام‌های فردگرا و جامعه‌گرا راه میانه را برگزیده و طرفدار آن است که هم فرد و هم جامعه اصالت دارد و هریک باید بخشی از حقوق و اختیارات خود را به نفع دیگری واگذار نماید اما در مواردی که تعارض بین منافع فرد و اجتماع به وجود آید باید منافع جامعه مقدم شود تا نظریه اکثریت محترم شمرده شود.

بدون شک فقه اسلامی نقش مهمی در ساختن قواعد حقوقی کشورهای اسلامی داشته است ولی منظور ما از رابطه فقه و حقوق این نوع تأثیر نیست بلکه مراد این است که بدانیم فقه به عنوان یک مکتب حقوقی در مکاتب و نظام‌های حقوقی دیگر چه تأثیراتی گذاشته و تا چه اندازه متأثر شده است. به طور کلی برخی اعتقاد دارند که فقه از حقوق تأثیر پذیرفته ولی در مقابل عده‌ای دیگر بر این باورند که فقه در حقوق اثرگذار بوده است هریک دلایلی برای خود ارائه کرده‌اند که در جای خود با مطالعه و نقد شود. ولی به نظر می‌رسد که یک نظام حقوقی زنده و پویا اشکال ندارد در مسیر تکاملی اش هم اثر گذارد و هم متأثر شود تا به رشد و بالندگی برسد.



با توجه به آن چه ذکر شد اگرچه فقه با حقوق از جهاتی تفاوت دارند ولی مشترکات بسیار فراوان دارد. نظام حقوقی اکثر کشورها به ویژه کشورهای اسلامی یا الهام گرفته از فقه اسلامی است یا به گونه‌ای است که با شرع مخالفت صریح ندارد. این قسمت در واقع نقاط اشتراک فقه و حقوق است که هر دو قابل جمع است. مواردی نیز وجود دارد که یا فقهی خاص است یا حقوقی صرف، زیرا فقه از جهاتی با نظام‌های حقوقی ناسازگاری دارد.

از جهت قلمرو و موضوع

قواعد حقوقی لزوماً به نظم اجتماعی می‌پردازد و به جنبه‌های فردی انسان کاری ندارد. به همین جهت فردی که در یک جزیره به تنهایی زندگی می‌کند پای حقوق به آنجا کشیده نمی‌شود. زیرا که نظم اجتماعی و مقررات عمومی در آن جا معنی ندارد ولی فقه برای فرد مذکور احکام و دستوراتی دارد، زیرا فقه علاوه بر معاملات مشتمل بر احکام عبادی است که بازتاب دهنده روابط انسان با خدا است که یک رابطه‌ای فردی است. امور شرعی پدید آورنده سه نوع رابطه است رابطه‌ای انسان با خدا، رابطه‌ای انسان با دیگران و رابطه‌ای انسان با خود. حقوق فقط یک بخش آن را پوشش می‌دهد که همان رابطه انسان با دیگران است. بدین جهت حقوق عمدتاً به رفتار خارجی افراد که مربوط به نظم عمومی است توجه دارد و به فکر اصلاح درون و یا تعیین مجازات برای کسانی که سوء نیت دارد به مرحله ظهور و عمل نرسانده نیست. ولی فقه و اخلاق بر نیات و افکار باطنی نیز حکومت می‌کند تنها بر رفتار ظاهری و بیرونی افراد اکتفاء نمی‌کند. از سوی دیگر حقوق فقط تنظیم کننده روابط دنیوی انسان‌ها است ولی نظام اسلامی و دنیوی دو بعدی است همانطور که به زندگی دنیوی نگاه می‌کند از جنبه اخروی نیز غفلت نمی‌ورزد.

از جهت ماهیت حکم

مقررات حقوقی همگی دارای الزام است. در ماهیتشان باید‌ها و نباید‌ها نهفته است ولی فقه غیر از احکام واجب و حرام در امور مستحبی، مکروه و مباح فاقد جنبه الزامی است. همه مستحبات، مکروهات و مباحات اجتماعی از دایره حقوق خارج است تا چه رسد به مستحبات، مکروهات و مباحات فردی.^(۱۰)

از جهت ضمانت اجرا

بهترین ویژگی و خصیصه حقوق این است که دارای ضمانت اجرای دولتی است، طبیعت منطقی حقوق اقتضا می‌کند که در ورای هر قاعده حقوقی یک عامل اجبار نهفته باشد. این ضمانت اجرا به طور کلی یا کیفری است یا مدنی. ضمانت اجرای مدنی مانند عدم نفوذ، بطلان، جبران خسارت فروش کالا و یا تسلیم آن و... و ضمانت اجرای کیفری به صورت غرامت، مصادره اموال، زندان، قصاص و امثال آن‌ها در خارج مصادق پیدا می‌کند. در حالی که بخشی از مقررات فقه از چنین ویژگی بهره مند بوده و بسیاری از واجبات و محرمات خارج از قلمرو ضمانت اجرای دولتی است.

از آن چه ذکر شد به دست می‌آید که فقه و حقوق وجوه اشتراک فراوانی دارد ولی در برخی موارد به خاطر ویژگی‌های خاص خودش در تعارض قرار می‌گیرد. گاهی به خاطر منافع عمومی مقرراتی به تصویب می‌رسد در حالی که همخوانی با شرع ندارد. همانند مسأله «مرور زمان» اگر فردی نسبت به حقی یا مالی ادعایی دارد اگر در واقع نیز حقی داشته باشد هرگاه در موعد مقرر در قانون برای مرور زمان اقدام به استیفای آن نکند محاکم قضایی از استماع و رسیدگی به دعوی مدعی خودداری خواهد کرد و در نتیجه راه وصول به حق برای آن فرد بسته خواهد شد مگر اینکه خواننده و مدیون خود به پرداخت حق خواهان مبادرت ورزد این در حالی است که در مورد مذکور شرع اسلام حق مطالبه را برای طلبکار محفوظ می‌دارد و از مطالبه آن حمایت می‌کند. عنصر زمان را در آن زمینه دخالت ندارد.

مسأله ازدواج دختران ایرانی با مردان مسلمان خارجی مورد دیگری است از تعارض فقه با حقوق موضوعه این کشور. ازدواج‌های مذکور با وجود که دارای عناصر و شرایط لازم شرعی است از لحاظ حقوق ایران غیر قانونی به حساب می‌آید زیرا چنین ازدواج‌ها منوط به کسب اجازه از مقامات دولتی و ثبت در دفاتر رسمی است و حال آنکه ازدواج‌های موصوف فاقد شرایط و تشریفات قانونی طبق حقوق موضوعه ایران است. چنین تعارض‌هایی همواره در مقام اجرا برای فقه و حقوق به وجود می‌آید ولی چنین اصطکاک‌کی مانع همکاری و روابط گسترده فقه و حقوق نمی‌تواند باشد.

تقنین فقه

اگر فقه در جامعه حاکم و اجرا شود باید تشریفات و مراحل طرح و تصویب را طی نماید و به صورت قواعد درآید. برخی فرقه‌ها و نحله‌های فکری تقنین فقه را جایز نمی‌دانند و آن را خلاف شرع قلمداد می‌کنند. مثلاً طرفداران مکتب اصالة الخطر انجام هر عملی را منوط به اذن و اجازه شارع می‌دانند و می‌گویند که در شرع اجازه صریح و حتی بالکنایه برای قانونگذاری نداریم بلکه از مجموع آیات و روایات به دست می‌آید که شارع فقط خداست و کسی حق وضع قانون را ندارد. طرفداران این دیدگاه در مقابل جریان عظیم قانونگذاری و تحولات حقوقی نتوانستند مقاومت کنند سرانجام تسلیم واقعیات شدند.

طرفداران فرقه‌های ظاهریه، اخباریه و حنابیه نیز از دخالت دادن عقل در مسائل فقهی پرهیز داشتند و لازمه تقنین را وارد کردن این عنصر در سطح وسیعی از احکام فقهی می‌دانستند لذا علم مخالفت برافراشتند. این‌ها نیز در مقابل مکاتب اصولی و عقل‌گرا نتوانستند مقاومت کنند و کم‌کم اندیشه تقنین در میان کشورهای اسلامی رشد یافت.

عده دیگر که حصر مذاهب اسلامی را در چهار مذهب اهل سنت از علل بسته شدن باب اجتهاد می‌دانستند نگران این مسأله بودند که فقه مدون و کلاسیک علی‌رغم مزایایی که دارد ممکن است کم‌کم اندیشه اجتهاد را در میان فقها ضعیف ساخته انگیزه آنان را برای اجتهاد سست نماید چون ثمره عملی زیادی بعد از تقنین فقه برای این مباحث قایل نبودند.^(۱۱)

نحله‌ها و دسته‌های مذکور به خاطر ضعف بنیادهای فکری و استدلالی نتوانستند در مقابل موج عظیم قانون‌گذاری تاب بیاورند لذا بی‌ریزی حقوق بر مبانی فقه همچنان به روندشان ادامه دادند.

بنابراین فقه می‌تواند به صورت روزآمد به عنوان یکی از منابع قوی ماهوی حقوق موضوعه قرار گیرد و به صورت قواعد حقوقی در دانش حقوق ظهور و تجلی پیدا کند. در نتیجه ضرورت دارد مراحل و تشریفات زیر پیموده شود:

۱. از میان اقوال، آراء و استدلال‌های فقهی و اصولی و مباحث تئوری یک نظر را

که به منافع و مصالح جامعه نزدیک تر است انتخاب شود.

۲. به تصویب مراجع ذی صلاح قانونی برسد.

۳. دارای ضمانت اجرای خاص از طرف قدرت حاکمه باشد.

۴. محاکم قضایی ملزم به رعایت آن باشند.

در صورتی که فقه مراحل فوق را سپری نماید تقنین آن امکان پذیر می شود تجربه و شواهد تاریخی نیز گواه این مدعاست. در زمان های نه چندان دور احکام فقهی به شکل سنتی در محیط های روستایی و نیمه شهری به دست فقها و مجتهدین اجرا می شد. فقیه، خود قضاوت می کرد و خود نیز آن را اجرا می نمود. اصحاب دعوا و مردم نیز آن حکم را لازم الاتباع می دانستند. به طوری که می توان گفت مرز خاصی میان فقه و حقوق وجود نداشت و رابطه ای آنها تساوی بود. ولی با پیشرفت سریع علمی و تکنولوژی جوامع بشری فقه چنین روندی را به دلایل زیر نتوانست برای خود نگه دارد:

۱. نداشتن پشتوانه و ضمانت اجرا از سوی مقامات اجرایی و حکومتی. هر مقرراتی

تا از سوی مقامات دولتی اجرای شان تضمین نشود به صورت کامل عملی نخواهد شد.

۲. با توجه به رشد فزاینده جمعیت و گسترش ارتباطات اگر فقه مستقیماً اعمال شود

یکی از پیامدهای آن ایجاد تعدد مراکز قانونگذاری در یک جغرافیای سرزمینی است

که آن را جامعه امروزی بر نمی تابد.

۳. دلیل دیگر عدم تغذیه کامل تمام رشته های حقوقی از سوی فقه است. عالمان

دین نتوانسته اند از تمام ظرفیت فقه بهره گیرند. توان بالقوه فقه بیش از آن چیزی است

که امروز وجود دارد.

در واقع احکام فقهی کامل ترین احکامی است که خداوند به بشر عرضه داشته است.

اصول و کلیات احکام به نحوی در قرآن و سنت بیان شده است و یا قابل دریافت به

وسیله عقل بشری است که یکی از منابع استخراج احکام اسلامی است. چنانچه در

روایتی از امام (ع) همین معنی منعکس شده است که می فرماید: «علینا القاء الاصول و

علیکم التفریع»^(۱۲) بیان اصول و القاء آن وظیفه ماست ولی تفریع وظیفه شماست.

بنابراین عدم بهره وری کامل از فقه در راستای خواسته ها و نیازهای حقوقی اعم از

داخلی و بین المللی خصوصی و عمومی با زیر مجموعه های شان باعث گردید

حقوقدانان سراغ قوانین عرفی بروند و از فقه تنها به عنوان یکی از منابع مهم حقوقی بهره گیرند.

۴. اگر فقه قانون مند شود قانونگذار ناگزیر است از میان آراء فقهی یک نظر را گزینش نماید. در چنین روشی باز زمینه تقابل فقه و حقوق در مرحله اجرا به وجود می‌آید، زیرا حقوق به خاطر ماهیت خاص خود که حل مشکل جامعه است یک راهکار و نظر را قاطعانه مورد حمایت قرار می‌دهد. حال در زمان اجرای این ماده قانونی فردی که مجتهدشان آن را نمی‌پذیرد دچار مشکل می‌شود. ممکن است معامله از نظر حقوقی صحیح باشد ولی طبق فتوای مرجع فرد مذکور باطل باشد مالی که از طریق این معامله به دست آمده قانوناً قابل تصرف است ولی شرع تصرف در آن را مجاز نمی‌داند. در این حالت گویا این افراد دو مرجع قانونگذاری دارد از طرفی باید تابع قانون کشور متبوع خود باشد از سوی دیگر الزامات شرعی او را به انقیاد از فتوا فرامی‌خواند. چنین تعارضاتی همواره در اجتماع قابل پیش بینی است. باید راه برون رفت از آن را یافت و به حل مشکل پرداخت. راهکارهای چندی ارائه شده است:

۱. در صورتی که مورد قابلیت مصالحه را داشته باشد به یک نحوی با طرف مصالحه کند و رضایت او را کسب نماید.

۲. هر کس طبق نظر مجتهد خود و یا مذهب خود عمل کند که این راه حل گاهی نظم عمومی را به هم می‌زند.

۳. از آنجا که مصالح عمومی بر مصالح فردی برتری دارد طبق قوانین موضوعه عمل شود.

۴. در برخی کشورها به قوانین حقوقی رنگ و بوی مذهبی داده و به صورت واجب و حرام در آورده است مثلاً برخی از فقیهان حنبلی و حنفی فتوا داده‌اند که معاملات اموال غیر منقول تا زمانی که ثبت نشده باشد موجب انتقال عین و یا منفعت به خریدار و منتقل الیه نمی‌شود که این فتوا در راستای مصالح عمومی و جلوگیری از معاملات معارض بعدی صادر شده است.

۵. یکی از راهکارها این است در جای که قانون ساکت است و یا ابهام دارد به منابع معتبر اسلامی استناد شود اگر قانون صراحت دارد باید از اجتهاد و فتوا خودداری شود. خوشبختانه این راه حل در قانون مدنی افغانستان در ماده ۱ به وضوح بیان شده و

می‌گوید: «در مواردی که حکم قانون وجود داشته باشد، اجتهاد جواز ندارد.» (۱۴) بدون شک این ماده قانونی در راستای یکسان سازی و اجرای عدالت در جامعه تدوین شده و نقش مهمی در کاهش تنش و التهاب جامعه دارد. حقوق محصول تلاش‌ها، دقت‌ها و کنکاش‌های حقوقدانان است که بعد از طی مراحل پیچیده و تشریفات قانونی به تصویب رسیده سپس به مرحله اجرا در می‌آید. ولی این مراحل و تشریفات در اجتهاد وجود ندارد. به همین جهت حاکمان و سلاطین جور در ادوار مختلف تاریخی در جهت تحکیم و بسط قدرت و سلطنت از فتوا استفاده ابزاری نموده است. در این راستا افغانستان بزرگترین تاوان تاریخی خود را از رهگذر فتوای مفتیان درباری پرداخت نموده است.

روزگاری عبدالرحمن خان در نهایت سفاکی در راستای حذف فیزیکی اقلیت‌های قومی به خصوص هزاره‌ها از جغرافیای کشور از هیچ جنایتی دریغ نکرد. برای نیل به مقاصدش از حربه مذهب سود جست به گونه‌ای که در هر فرمان خود مهر تأیید علمای متعصب را حکم می‌کرد که به یک نمونه از آن اشاره می‌شود: «عبدالرحمن در قلع و قمع بنیاد هزاره‌های شیعه که اثری از ایشان در آن محال و خلال و جبال نماند و املاک ایشان در بین اقوام پشتون غلجایی و روانی تقسیم شود. چنین تجویز فرموده‌اند که سپاه نظامی و اولوسی (ملی‌شا) از هر سمت و جانب مملکت آن چنان در مناطق طوایف هزاره جمع شوند که نفری از آنها جان به سلامت نبرد و رها نشود و کنیز و غلام از طوایف مذکور به دست هر نفری از اقوام افغانستان بوده باشد... و قتل و تاراج آنها نیز لازم است... دفع و قتل اشرار کفار موافق شرع شریف غراء بر هر نفری از مسلمان لازم است.» (۱۵)

شگرد خاص عبدالرحمن در طرح براندازی هزاره‌ها از صفحه سیاسی و جغرافیایی استفاده از فتوای مفتیان درباری بوده است تا بتواند انگیزه و روحیه قوم پشتون را در نبرد با قومیت‌های دیگر بالا نگه دارد.

در تاریخ معاصر نیز نسلی از تبار عبدالرحمن به نام جنبش طالبان از آبتن حوادث و نزاع‌های خونین متولد شد. و شعار تند اسلامی حکومت خدا در زمین خدا وارد عرصه سیاسی و نظامی افغانستان گردید.

طالبان از بدو ظهور با شعار حاکمیت اسلام و تأمین صلح و امنیت سنگرهای

مجاهدین را به سرعت فتح کرد ولی دیری نپایید رویکرد اقتدارگرایانه آنان بر محور مذهب و قوم خاص نشان داد که در راستای اهداف تعریف شده خود از منابع فقه گزینش هدفمندی را صورت می‌دهد تا بتواند ترور شخصیت‌های جهادی، قتل عام‌ها، کوچ دادن‌های اجباری و ده‌ها ظلم و ستم‌شان را در ایام سلطه خود توجیه شرعی سازند و گرنه برداشت متحجرانه آنان از شرع همخوانی با منطق اسلام نداشته و ندارد. ذکر دو مورد فوق که تنها نمونه است از هزاران حق‌کشی‌ها و نامردی‌ها که در طول تاریخ به نام اسلام صورت گرفته و خواهد گرفت ضرورت قانون‌مندی فقه را بیش از پیش به نمایش گذاشت و روشن ساخت که عدم توجه به قانون موضوعه کشور و استنباط کج مدارانه و سلیقه‌ای از فقه اسلامی چه آثار ویرانگری بر جای خواهد گذاشت.

برآیند آنچه ذکر شد نشان می‌دهد که با وجود ظرفیت و توان‌مندی‌های فقه آن چنان که بایسته است آن را در عرصه‌های مختلف زندگی وارد نساخته ایم به همین جهت در برخی مسائل سیاسی و اجتماعی فقه به چالش کشیده می‌شود. ولی عالمان و فرهیختگان دینی می‌توانند با تعمق و کنکاش بیشتر راهکارهای نوینی را برای نیازمندی‌های عصر حاضر بیابند و فقه را در متن زندگی فردی و اجتماعی انسان امروز وارد سازند.

پی نوشتها

۱. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين، ج ۶، مكتبة الهلال، بیروت، ص ۳۵۵.
۲. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، انتشارات مدرس، ۱۳۷۴، ص ۱.
۳. صدر، محمد باقر، المعالم الجديدة للاصول، مكتبة النجاح، تهران، ص ۹۹.
۴. میر احمدی زاده، مصطفی، رابطه فقه و حقوق، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، حوزه علمیه قم، ۱۳۸۰، ص ۴۳.
۵. گرجی، ابوالقاسم، مجله دانشگاه انقلاب، میزگرد علم حقوق، اوضاع کنونی و راهبردها، ش ۱۰۵، ص ۲۳.
۶. علی پاشا صالح، سرگذشت قانون، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۵، ص ۶۲۹ و ۶۳۱.
۷. عنکبوت / ۴۵.
۸. مائده / ۸.
۹. عالیہ سمیر، علم القانون و الفقه الاسلامیة، چاپ دوم، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، ۱۴۱۶هـ، بیروت، ص ۱۲۱.
۱۰. دانش پژوه، مصطفی و قدرت الله خیروشاهی، فلسفه حقوق، پژوهشکده فقه و حقوق، ص ۱۳۸۰، ص ۳۵.
۱۱. میر احمدی زاده، همان، ص ۱۵۵.
۱۲. شیخ حرعاملی، حر، وسائل الشیعه، ج ۱۸، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، ح ۱۵.
۱۳. قانون مدنی افغانستان، ماده ۱.
۱۴. کاتب، فیض محمد، سراج التواریخ، ج ۳، چاپ کابل، ص ۷۸۱.



▪ دیدگاه:

دو تروی سکه جهالت
مرکز تحقیقات و پژوهش‌های علمی