



The Duai Challenges Between Legal Principel and Eslamic Jurisprudential Ruling in The Constition of The Republic of Iran

Mohammad Javad Sami*

Assistant Professor, Department of Law, and
PhD Graduate, Shiraz University, Shiraz, Iran

Abstract

Despite the close relationship between legal concepts and jurisprudential issues in the functioning of Iranian courts, the emergence of numerous dualities may at times assist judges and lawyers in the proper interpretation of rulings and in mounting sound legal defenses, while at other times creating difficulties for them. The encounter between legal opinions and jurisprudential rulings has, since long ago in Islamic lands, given rise to multiple theories concerning the nature of this relationship. Among the most prominent of these theories are the supervision of jurists over the legislature after the Constitutional Movement and Principles 4 and 5 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran. In the course of this interaction, both legal and jurisprudential disciplines have experienced divergent intellectual tendencies, including libertarianism and authoritarianism. The various approaches to this relationship have at times led to an inference of equivalence, at other times to a characterization in terms of absolute generality and particularity, and in some instances to a relation of partial overlap, complementarity, or even conflict. Following the Constitutional Movement, such discussions increasingly attracted the attention of jurists and legal scholars. Using a library-based research method and offering a comprehensive analysis, this article argues for the precedence of law over fiqh in accordance with social necessity, and undertakes a comparative and case-based examination of the two terms *bay'* (sale) and *'aqd* (contract). The principal obstacle to these discussions is the partisanship of prominent scholars on each side. Religious scholars argue for the comprehensiveness of fiqh and its self-sufficiency in the implementation of rulings without recourse to law, while legal scholars emphasize the autonomy of law as a discipline and its independence from fiqh in securing the authority of governments among different nations. Drawing upon Principles 4 and 5 of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, the article, while emphasizing the minimally complementary role of fiqh, examines the various views concerning the relationship between the two and the scholarly status of law, with particular reference to the maximal precedence of law over fiqh in Iranian society. Finally, it argues, by way of concrete example, that the general nature of the various forms of *bay'* and the diversity of this term in social custom, together with the gradation and limitation of the concept of *'aqd* within the redefinition of nominate binding and non-binding contracts, support this position.

Keywords: *bay* (sale), law, contract, fiqh, Constitution

Received: 10/May/2026

Accepted: 08/June/2026

eISSN: 2783-4204

ISSN: 2783-3631

چالش‌های دوگانه حقوق با احکام فقهی در قانون اساسی ایران

محمدجواد سامی* | استادیار بخش حقوق و دانش‌آموخته دکتری تخصصی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

چکیده

با وجود ارتباط مفاهیم حقوقی و مسائل فقهی در کارکردهای محاکم قضایی ایران، بروز دوگانه‌های متعدد می‌تواند قاضی و وکیل را در استنباط صحیح از حکم قانون و گاه در دفاع مؤثر از آن با مشکلات و چالش‌هایی مواجه سازد. مواجهه‌ی آرای حقوقی با احکام فقهی، از دیرباز در سرزمین‌های اسلامی، نظریه‌های متعددی از این روابط را به وجود آورده است؛ از مطرح‌ترین این نظریه‌ها، نظارت فقه بر مجلس بعد از مشروطه و اصول ۴ و ۵ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد. در این تعامل هر کدام از علوم حقوقی و فقهی اندیشه‌های متفاوتی از قبیل آزادی‌خواهی و استبداد را تجربه کرده‌اند. رویکردهای مختلف این رابطه، گاه استنباط تساوی، گاهی عموم و خصوص مطلق و در پاره‌ای از موارد عموم و خصوص من‌وجه و مکمل و معارض قلمداد گردیده است. پس از نهضت مشروطه‌خواهی، این‌گونه مباحث بیشتر از پیش مورد نظر حقوق‌دانان و فقیهان قرار گرفته است. پژوهش حاضر ضمن ارائه‌ی تحلیلی جامع، به روش کتابخانه‌ای از تقدم حقوق بر فقه به فراخور نیاز اجتماعی سخن می‌گوید و به مقایسه‌ی تطبیقی و مصداقی دو واژه‌ی بیع و عقد می‌پردازد. مانع اساسی پیش روی این مباحث، تعصب هر کدام از صاحب‌نظران مشهور است؛ دین‌داران بر تمامیت فقه و بی‌نیازی از حقوق در اجرای احکام سخن می‌گویند و حقوق‌دانان بر استقلال این علم و بی‌نیازی از فقه در اقتدار حکومت‌ها در میان ملل مختلف نظر می‌دهند. این پژوهش با استفاده از اصول چهارم و پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ضمن تأکید بر مکمل بودن حداقلی فقه، در بیان آرای مختلف رابطه و جایگاه علمی حقوق پیرامون تقدم حداکثری حقوق در جامعه‌ی ایران نسبت به فقه را مورد بحث قرار می‌دهد و در پایان نمونه‌ی مصداقی عام بودن انواع بیع و تنوع این واژه در عرف جامعه و تشکیک انواع عقد و انحصار آن در بازتعریف عقود جایز و لازم را دلیل می‌آورد.

کلیدواژه‌ها: بیع، حقوق، عقد، فقه، قانون اساسی

مقدمه

در سال ۱۳۵۷ پیش‌نویسی از قانون آینده‌ی ایران در پاریس تهیه شد و با تصویب هیأت دولت، توسط شورای انقلاب در دولت موقت با تشکیل مجلس خبرگان در فضای انقلابی ایران مطرح گردید، سپس در ۲۸ مرداد ۱۳۵۸ در دوازده فصل، شامل ۱۷۵ اصل قانون اساسی ایران، به تصویب نهایی رسید. در بازنگری سال ۱۳۶۸ ضمن تجدید و تکمیل بعضی موارد، به ۱۷۷ اصل تغییر یافت. این اصول اغلب حقوقی، فقهی، اخلاقی، اقتصادی، آموزشی هستند؛ درصد کمتری از این اصول بار فقهی داشته و بیشتر مفاهیم حقوقی و یا مشترک هستند، در این میانه تعدادی از این اصول اجتماعی و اخلاقی و یا شعاری هستند.

به‌عنوان نمونه، اصل ۱۴ قانون اساسی، مستند به آیه‌ی ۸ سوره‌ی ممتحنه، مسلمانان را به دوستی امر کرده و از مقاتله‌ی بی مورد نهی می‌کند؛ "لاینهاکم الله عن الذین لم یقاتلوکم فی الدین": آیه تأکید دارد که نسبت به غیر مسلمانان با اخلاق حسنه رفتار نمایند. اصل ۳۰ نیز دولت را موظف به آموزش و تحصیل رایگان برای اقشار ملت می‌نماید؛ بی‌آنکه به این نکته توجه شود که اجناس رایگان، در بازار مکاره، به‌مثابه‌ی شاهی بازاری، دست‌مایه‌ی ناهلان و سرمایه‌ای برای پرده‌نشینان، گوهری ارزشمند تلقی خواهند شد. این مجموعه قوانین در اصول ۴۳ و ۴۴، ضمن پرداختن به چگونگی اداره‌ی کشور در بیان مسائل اقتصادی، با رویکردی آینده‌نگر، منع اضرار به غیر را مطرح کرده و از مالکیت سه بخش عمده‌ی کشور سخن رانده است. در اصل ۵۰، حفاظت محیط زیست را برای نسل امروز و فردا وظیفه‌ی همگانی می‌داند و حیاتی اجتماعی و رو به رشد را برای ملت به‌عنوان اصلی بسیار مرفعی آرزو می‌کند. از طرفی برخی اصول جنبه‌ی شعاعی دارند؛ از جمله اصل ۵۶ درباره‌ی حاکمیت مطلق خدا بر جهان و نیز تکرارها و تأکیدهایی در اصول ۴، ۷۲، ۸۵ و ۹۶ که هم‌پوشانی قابل توجهی دارند.

هدف از نگارش این مقدمه، روشن ساختن جایگاه فقه و تمیز آن از حقوق در استنباط احکام شرعی و استفاده از آن در تدوین قوانین اجرایی و اساسی می‌باشد. به‌عنوان مثال، جاری کردن اصل براءت و استفاده از قاعده‌ی دراء (ادروا الحدود بالشبهات) در محاکم توسط قاضی، اقدامی مناسب و مؤثر در جامعه برای متهم است. همگان بر این مسئله نیک واقف هستیم که با استناد و اجرای اصول مطرح شده در قانون اساسی، می‌توانیم شاهد کمترین خسارت و آرامش و امنیت در جامعه باشیم.

بحث مشخص این پژوهش، بازیابی تأثیر الفاظ و عبارات حقوقی در نحوه‌ی انشای آرا و تبیین نقش آن در اصول، متون و قواعد فقهی، جزایی و یا مدنی است. با عمل به این اصول، کارشناسان حقوقی توانایی بهره‌وری حداکثری را به دست می‌آورند و با درک صحیح واژگان حقوقی و کاربرد درست آن، امکان اشتباه در آرا و صدور احکام توسط محاکم به حداقل خواهد رسید؛ به‌عنوان نمونه، قاضی در مواجهه با متهم مضطر اصل "الضرورات تبيح المحظورات" را و در تردید از صدور حکم قطعی قصاص، احتمال خطای در عفو را با خاطری آرام پذیرفته و جامعه را به امنیت حقوقی می‌رساند.

پیشینه‌ی این مباحث نشان می‌دهد که پژوهش‌های متعددی در این باره انجام شده است؛ اساتید برجسته‌ی دانشگاهی به دلیل اهمیت و ضرورت درک رابطه‌ی فقهی و حقوقی، توجه ویژه‌ای به این بحث مبذول نموده‌اند. تفاوت این پژوهش با دیگر پژوهش‌ها در نوع گفت‌وگو و هدف آن است. اکثر آثار گذشته، از یک منظر و توسط متخصص، به یکی از دو موضوع فقه و یا حقوق پرداخته‌اند، در حالی که این پژوهش تلاش می‌کند تا با اطلاع یافتن از مباحث میان‌رشته‌ای به مقایسه‌ی تقریبی پرداخته و در نتیجه، تحقیق دقیق‌تری ارائه دهد و در نهایت، نتایج حاصل ضمن تحلیل مناسب ملاک عمل قرار گیرند.

هدف اصلی تهیه‌ی این اثر، آشکار نمودن توان عملیاتی دو رشته‌ی سرنوشت‌ساز فقه و حقوق در مجامع قانونی است. برای نمونه، باور عام بودن بیع و خاص شمردن واژه‌ی عقد، یکی از آن موارد است. در این تمثیل مشاهده می‌شود که عقد بیع یک اصطلاح ترکیبی و از استعمال خاص عرفی بهره‌مند است. در قانون مدنی ایران هم در مواد ۳۴۶ و ۳۹۹ این واژه به صورت ترکیبی "عقد بیع" به کار رفته است، در حالی که در مواد ۱۹۱ و ۳۹۷ از لفظ "عقد" به تنهایی یاد شده است. قانون‌گذار در شش ماده از قانون مدنی، مواد ۳۳۸، ۳۳۹، ۳۴۰، ۳۴۸، ۳۴۹ و ۳۶۶، از لفظ بیع استفاده کرده است که می‌توان گفت مقنن در کاربرد اصطلاحات، مفهوم بیع را عام و عقد را خاص تلقی کرده و این استعمال را مناسب تر یافته است. لذا، این مقاله منحصراً متکفل بیان چرایی عموم و خصوص مطلق و یا من وجه فقه و حقوق نبوده، بلکه تلاش می‌کند ضمن دفاع از دستاوردهای عملی دادخواهی، مسائل قابل استفاده‌ی قضات، وکلا و کارشناسان این رشته را مورد توجه قرار دهد.

شیوه پژوهش

این پژوهش در رشته‌ی حقوق، به عنوان یکی از رشته‌های علوم انسانی، به روش کتابخانه‌ای از منابع متعدد جمع‌آوری شده و بر اساس گردآوری داده‌ها به تحلیل پرداخته است.

سؤالات اصلی مقاله، بدون پرداختن به پاسخ آن‌ها:

- ۱- کدام نهاد تعیین‌کننده‌ی اجرای ضوابط و قواعد اجتماعی و حقوقی مردم است؟
- ۲- جامعه‌ی امروز بر اساس کدام الگوی رفتاری ارتباط حقوقی خود را تعریف می‌کند؟

پیشینه بحث

گر جی (۱۳۶۵) در مقاله‌ی "رابطه حقوق و فقه" چاپ دانشگاه تهران، معتقد است که رابطه‌ی فقه و حقوق از دیرباز در کشورهای مسلمان مطرح بوده و قابلیت طرح بحث آن دیرینه‌ای طولانی دارد. برای اولین بار در تدوین قانون اساسی ایران، در عصر مشروطه با طرح انتخاب نمایندگان فقیه ناظر بر مصوبات مجلس، این نظریه به قانون تبدیل شد. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، رویکرد فقهی به طور جدی مطرح شده و پژوهش‌های متعددی در این زمینه انجام گرفته است. در دانشنامه‌ی بزرگ اسلامی، ذیل لفظ بیع مقاله‌ی شماره‌ی ۵۳۸۸ به طور مفصل از این مقایسه بحث شده است.

لنگرودی (۱۳۹۲، ص ۶۰) در آثار متعدد خویش، به خصوص ترمینولوژی حقوقی، ذیل لفظ فقه و حقوق از تفاوت این دو واژه سخن رانده است.

اردبیلی (۱۳۹۶) در کتاب "حقوق جزای عمومی دوره ۴ جلدی" این مباحث را مطرح می‌نماید.

تنها نکته‌ای که در این پژوهش‌ها مطرح نشده است، تبیین عملی و کاربردی این رابطه در موارد و مفاد حقوقی و قانونی و مصداقی کردن نمونه‌های مصوب و تطبیق این اصول می‌باشد که در این پژوهش دنبال می‌شود.

جایگاه فقه و حقوق از نظر لغوی

فقه: در تعریف اولیه، آگاهی از احکام و دستوراتی است که فقیه بر حسب استنباط خود آن را احکام شارع می‌داند. حقوق: تعریف مختصر علم حقوق حاکی از امتیازاتی است که قوانین برای اشخاص به رسمیت شناخته‌اند (گر جی، ۱۳۷۵).

حقوق مدون: در طول سالیان متمادی این تعریف نوین به دست آمده که مجموع قواعد حاکم بر روابط اشخاص در جامعه با یکدیگر و دولت را حقوق جدید می‌نامند.

فقیه: اشخاص مستنبط را که در به دست آوردن احکام شرعیه و فرعیه از راه دلیل‌های جداگانه تلاش می‌کنند، فقیه و مطالب کلی و مفصل این علم را فقه می‌گویند؛ مقصود از علم در استنباط فقهی مخصوص علوم متعارف نیست که معمولاً در مقابل شک و ظن و وهم به کار می‌رود، بلکه علم، مترادف آگاهی مدنظر است (لنگرودی، ۱۳۹۲).

نیک می‌دانیم که برای فقیه به دست آوردن آگاهی قطعی در همه‌ی مسائل فقهی امکان‌پذیر نیست. فقیه به دنبال کسب حجت بر حکم شرعی است. حجت به علم اختصاص ندارد، در حالی که کلیت علم با توجه به موضوع حجت ذاتی دارد اما امارات همواره حجت کسبی دارند (گرگی، ۱۳۷۵). از این رو، برای فقیه مصداق عملی قضاوت، علم به معنای یقین است؛ در صورتی که این علم به منزله‌ی یقین نبوده و در حد آگاهی قابل استنباط است. در نتیجه، مجتهد در کمتر حکمی می‌تواند ادعای رسیدن به یقین نماید. لذا، بر همین اساس است که در فتاوی فقها کلماتی چون احوط و اولی و اقرب بسیار مشاهده می‌شوند؛ این الفاظ نشانگر رعایت جنبه‌ی احتیاط در عمل برای مقلدین هستند که در امر قضاوت و اجتهاد مورد استفاده قرار نمی‌گیرند، چرا که علم در آنجا به منزله‌ی اطمینان واثق می‌باشد که برای فقیه دست نیافتنی است (بجنوردی، ۱۳۸۹).

از نظر لغوی، فقه به معنی فهمیدن و درک کردن (دهخدا، ۱۳۶۲) و حق به معنی روشنگری است. حق اگر ثابت باشد انکار آن روا نیست، ولی اگر حق به اعتبار سلطه تعریف شود به مجموعه مقررات حاکم بر یک جامعه اطلاق می‌شود. نزد اهل لغت، جویندگان این علوم را حقوق دان، قانون دان و فقیه قانون می‌دانند (معین، ۱۳۶۲).

تعاریف و هدف رابطه حقوق و فقه

هدف اصلی مقاله، بیان نسبت منطقی میان مسائل فقه و حقوق و دستاوردهای مورد بحث در این دو دانش است. لازم به ذکر است که نسبت فقه و حقوق ضمن عام و کلی بودن، هر کدام به صورت انفرادی از الفاظ مترادف مطرح در علم حقوق هستند، گاه عام است و کلی و در مواردی خاص و جزئی؛ در تقسیمی کلی و در موضوعی دیگر جزئی اضافی خواهد بود. به طور اجمال، رابطه‌ی حقوق و فقه، با در نظر گرفتن ارتباط و اشتراک فراوان از نظر عرفی و در لسان اهل قلم و در نزد فقها، از تقدم لفظ فقه بر حقوق حکایت می‌کند (محقق، ۱۳۷۷).

نزد کارشناس، لفظ حقوق عام و کلمه‌ی فقه جایگاهی خاص دارد. این رابطه همواره عموم و خصوص من وجه است. اما، از لحاظ لغوی و اصطلاحی میان آن‌ها تفاوت فاحشی وجود دارد (گرگی، ۱۳۷۵). در اصطلاح حقوقی، شاخه‌هایی چون تجارت بین‌الملل و بازرگانی و کسب و کار اقتصادی در عین کلی بودن، عام هستند و از حیث کاربردی، خاص. سابقه‌ی حقوق کسب و کار دیرینه‌ای ویژه دارد، در حالی که حقوق بازرگانی و حقوق تجارت بیشتر از صد سال سابقه ندارد. واژه‌ی تجارت بین‌الملل برای اولین بار در گزارش ۱۹۶۶ دبیر کل سازمان ملل استعمال شده است (شیروی، ۱۳۹۶). همچنین، این اصطلاح برای اولین بار در نوشته‌های پرفسور اشمیتوف استفاده شده است (اشمیتوف، ۱۹۹۰).

در یک نگاه عرفی، کسب و کار و بازرگانی عام‌اند و تجارت خاص است؛ در حالی که میان هر کدام از این الفاظ حقوقی، با وجوه اشتراک متعدد، ارتباط معینی حاکم است. به طور مثال، میان حقوق اقتصادی و حقوق بازرگانی عموم و خصوص من وجه برقرار است. وجه افتراق آن‌ها در این است که مباحث حقوق خصوصی در حیطه‌ی بازرگانی قرار دارد که خارج از گروه حقوق اقتصادی می‌باشد و حق حاکمیت دولت‌ها و تحریم‌ها در گروه حقوق اقتصادی مطرح است که از حیطه حقوق بازرگانی خارج می‌باشد. مباحث صادرات، ارز و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی نیز از

مباحث مشترک میان دو گروه است. از طرفی، میان حقوق کسب و کار، به دلیل گستردگی در موضوع، در مقایسه با حقوق بازرگانی رابطه‌ی عموم و خصوص مطلق برقرار است. در حقوق کسب و کار علاوه بر تولید، توزیع، مصرف مسائل حقوق بازرگانی از مسائلی چون شرکت‌ها، رقابت، ورشکستگی و حقوق قراردادهای هم بحث می‌شود. بنابراین، کسب و کار نسبت به حقوق بازرگانی گستره‌ی عام‌تری دارد. از این رو، نسبت عموم و خصوص مطلق میان آن دو برقرار است. به طور مثال، میان افراد شاغل در امریکا و انگلستان، در واژه‌ی کسب و کار دو تلقی متفاوت وجود دارد (شیروی، ۱۳۸۱). میان این دو تلقی متفاوت، برداشت مشخصی را می‌توان مشاهده کرد که می‌تواند یکی عام و دیگری خاص اطلاق گردد. در امریکا حقوق کسب و کار شامل کسبه و بازرگانان آموزش ندیده می‌باشد، در حالی که در انگلستان این لفظ معنایی کاملاً متفاوت دارد؛ در انگلیس حقوق کسب و کار شامل تجار و بازرگانان آموزش دیده و حرفه‌ای است که با رویه‌های تجاری معین استحکام یافته است (شیروی، ۱۳۹۵).

با توجه به موارد مذکور، جایگاه حقوق در صدر مسائل اجتماعی قرار گرفته و فقه از این اصول به کلی دور افتاده است. این توجه و نیاز باعث شده است که نظریه‌های متنوعی در این مقایسه مطرح گردند؛ نظریه‌هایی همچون:

- ۱- جدائی ناپذیری فقه از حقوق،
- ۲- رابطه‌ی فقه و حقوق عموم و خصوص مطلق،
- ۳- رابطه‌ی فقه و حقوق عموم و خصوص من وجه.

عموم و خصوص مطلق (نظریه فیاض)

رابطه‌ی دو مفهوم که یکی بر همه‌ی مصادیق دیگری صدق کند و دومی بر پاره‌ای از مصادیق اولی، آن را عموم و خصوص مطلق گویند. همچون الفاظ بیع و عقد که می‌توان گفت هر بیعی عقد است اما هر عقدی بیع نیست؛ باوجود آنکه هر دو لفظ بیع و عقد، کلی و عام هستند اما بیع می‌تواند عام و عقد خاص باشد و این نوع را عموم و خصوص مطلق می‌نامند (فیاض، ۱۳۷۸). در این نظریه، برتری علم حقوق بر علم فقه از فحوی کلام فیاض متجلی می‌گردد. هر چند زمان طرح این مباحث به دلیل صبغه‌ی حضور فقها در مجامع مردمی در رفع تخاصم امکان مخالفت با آرای آنان امری بعید به نظر می‌رسید تا آنجا که در میان تدوین کنندگان قانون مدنی، غالب حاضرین در مجلس افراد حوزوی بوده و امثال پرفسور عدل بسیار در اقلیت بوده‌اند.

عموم و خصوص من وجه (نظریه دکتر گرجی)

عموم و خصوص من وجه، رابطه‌ی دو مفهوم است که هر یک از آن‌ها نسبت به دیگری از جهتی عام و از جهتی خاص باشد. در مقایسه‌ی بیع و اجاره، بیع را عام می‌دانند. بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم (ماده ۳۳۸ ق.م)؛ در این صورت، اجاره اعم از بیع تلقی می‌گردد. با این تعریف، عقد شامل بیع و اجاره هم می‌شود (ولایی، ۱۳۸۷). در ماده (۴۶۶ ق.م) که موضوع اصلی بحث اجاره است، وجه تملیک منافع بیشتر مطرح است. برای نمونه، در اجاره‌ی معدن که متضمن تملیک عین است، اساس آن انتفاع است با آن که حداکثر منافع لحاظ شده اما تعارض بین آن‌ها غیر قابل انکار است؛ در اجاره‌ی معدن نوعی تسلط و تملک بر عین نهفته است (لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۵۰۴). در حقوق موضوعه، کلیت امر اجاره همواره بر اصل منفعت استوار بوده و این اصل از جایگاهی ویژه برخوردار است. با وجود این که الفاظ بیع و اجاره کلی و عام هستند، دو وجه اشتراک و یک وجه افتراق مطرح است که در اصطلاح منطقی به این دستاورد عموم و خصوص من وجه گویند (محقق داماد، ۱۳۹۶). دکتر گرجی و به تبع آن دکتر محقق داماد در بیان این نظریه بر تقدم علم حقوق بر فقه تأکید می‌نمایند.

تفاوت قاعده فقهی و حقوقی

به طور معمول و در عرف عموم، قواعد فقهی عام هستند و قواعد حقوقی خاص. هر قاعده‌ی فقهی می‌تواند قاعده حقوقی هم باشد. هر قاعده‌ی حقوقی قاعده‌ای فقهی است، در حالی که تمام قواعد فقهی حقوقی نیستند. برای نمونه، قاعده‌ی فراغ و تجاوز فقهی هستند اما حقوقی نیستند و قاعده‌ی ضمان ید، حقوقی و فقهی است (محقق داماد، ۱۳۹۶).

موارد پرکاربرد اعمال قاعده فقهی در قانون اساسی و حقوق مدنی ایران

۱- قاعده عسر و حرج در طلاق و اجاره و تعهد حاصل از این قاعده، از مصادیق پر کاربرد نظام حقوقی ایران است. برای نمونه، در ماده‌ی ۱۱۳۳ ق.م.مصوب ۱۳۱۴ آمده بود: «مرد می‌تواند هر وقت که بخواهد زن خود را طلاق دهد». این عبارت از کتب فقهی چون لمعه دمشقیه تألیف شهید اول اتخاذ شده بود. در واقع، این حکم غیر حقوقی از متون فقهی قرون گذشته برداشت شده بود (مکی عاملی، ۱۳۷۸). اگر با دقت به این مفهوم کلی توجه شود، مرد حاکم مطلق است. به مرور زمان و غلبه‌ی مفاهیم قضایی توسط اندیشمندان حقوقی، مواد این مصوبه اصلاح شد.

در تکمیل همین ماده، نظام جمهوری اسلامی تصریح می‌نماید: «مرد می‌تواند با رعایت شرایط مقرر در موارد ۱۱۱۹، ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ این قانون از دادگاه تقاضای طلاق نماید.» (اصلاحیه ۱۳۸۱) صراحت این اصلاحیه در این است که تسلط یک جانبه‌ی مرد در طلاق را نه تنها از میان برداشته بلکه طلاق را که در زمره ایقاعات بود، عملاً از ایقاع که یک عقد یک طرفه است خارج کرده است. در نتیجه، سلطه‌ی مرد را با دو قید «رعایت شرایط مقرر» و «مراجعه به دادگاه» که به قانون مصوب ۱۳۱۴ اضافه شد، ناکارآمد نمود و اختیارات مرد را محدود و از کلی بودن، یک جانبه‌نگری و مطلق‌انگاری این ماده‌ی قانونی به طور کلی کاست و زن را برای رسیدن به حقوق اولیه کمک نمود و در نهایت، مرد را از افتادن در ورطه‌ی تحکم و زورگویی نجات داد.

استنباط حاصل از این فرایند عمل به اصل ۲۱ قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ است. این ماده ضمن رعایت حقوق زنان تصریح می‌کند که دولت موظف است زمینه‌ی مساعد رشد شخصیت مادی و معنوی زنان را فراهم سازد. این فرمان قانون اساسی باعث شده است که طلاق را که از جمله عقود یک طرفه بود، به عقد طرفینی بدل سازد.

این نوع عملکرد قانون اساسی را در بند سوم اصل ۲۱ مشاهده می‌کنیم که دولت را ملزم به ایجاد دادگاه صالح برای حفظ کیان و بقای خانواده نموده است. اثر عملیاتی این فرمان باعث تغییر در نگاه اصولی و عمل به شیوه‌ای ظاهراً فقه‌ای در مسائل مطرح در دادگاه‌های حقوقی و خانواده و در عمل برآمده از روح حاکم بر قوانین حقوقی و عدول از احکام فقهی گردیده است. در این دستورالعمل، قضات کارآزموده‌ی هر رشته در محاکم و دادگاه‌های صالح، اختیار امور طلاق را به دست گرفته‌اند. در زمینه‌ی صدور احکام طلاق، نفقه، اجرت المثل و حتی اجرای قاعده‌ی تنصیف و اعمال شروط ضمن عقد، هیچ حکمی بدون نظر قاضی قابلیت اجرا ندارد. تا آنجا که پس از پرداخت، تسویه و تعیین تکلیف تقسیت مهریه نیز صدور حکم طلاق منوط به تصمیم مقام قضایی است. لازم به ذکر است که آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های متعددی، قاضی را حتی‌المقدور مکلف به صدور طلاق رجعی نموده‌اند که بدون شرکت زوجین در جلسات مشاوره حکم طلاق نه‌تنها صادر نمی‌شود بلکه پس از ختم دادرسی جایگاه محضر طلاق هم با نظر و دستور قاضی اجرا مشخص می‌شود.

الگوهای مطرح در رابطه فقه و حقوق

تا قبل از صدور فرمان مشروطه مسائل مراعات حقوقی عموم مردم ایران و عراق، هر دو کشور، با مرجعیت شیعی توسط روحانیون مساجد که متأثر از فتاوی مراجع تقلید بودند، حل و فصل می‌شد. بعد از ظهور نهضت مشروطه

دیدگاه‌های متنوعی توسط بزرگان حوزوی، امثال مرحوم نایینی و آخوند خراسانی که هر دو از شاگردان شیخ مرتضی انصاری بودند، مطرح گردید. در این میان، عقاید شیخ فضل‌الله نوری طیف مخالف افکار مشروطه‌خواهان را رهبری می‌کرد و همین اندیشه در طول یک قرن به میراث غیر قابل تغییر حوزه‌ی علمیه عصر انقلاب ۵۷ بدل شد. از جمله‌ی آن نظریه‌ها می‌توان به موارد زیر اشاره نمود.

۱- کفایت فقه از حقوق و اصالت آن،

۲- مکمل بودن فقه در مجاورت قانون،

۳- اصالت حقوق در برابر فقه.

در بیان نظریه‌ی اول، یعنی کافی بودن فقه و بی‌نیازی آن از حقوق، شیخ فضل‌الله نوری در مشروطه مجلس را بی‌نیاز از احکام شرع می‌دانست. سیدمحمدکاظم طباطبائی می‌گفت: به این علت با مشروطه مخالف هستم که قلمرو کار قضات شرع را محدود می‌کند. علما به دلیل شرط اجتهاد قاضی، تبعیت قاضی را از مجتهد دیگر جواز نمی‌دانستند. سیدمحمدکاظم (یزدی) این تبعیت را قبول داشت و راه را برای درک وحدت رویه در آرای قضایی باز نمود (طباطبائی، ۱۳۱۷). در کتاب ولایت فقیه، مجلس قانون‌گذاری در حکومت اسلامی در واقع قانون‌گذاری نمی‌کند. قانون ما همان حکم خدا و شرع است که مجتهد و فقیه استنباط می‌کند و وظیفه‌ی مجلس تدوین آیین‌نامه‌ها توسط نمایندگان است که صورت می‌گیرد (خمینی، ۱۴۰۳).

مومن از فقهای شورای نگهبان در کتاب ولایت الهیه می‌نویسد: حاکم در تمامی امور خداوند است، نهاد قانون‌گذاری محلی از اعراب ندارد و فقیه می‌تواند در مواردی چون تلقیح مصنوعی استنباط کند (مومن، ۱۳۹۶). لازم به ذکر است که تلقیح یک امر ژنتیکی و از اختصاصات علم طب است و به‌طور معمول، در تخصص فقیه نمی‌باشد. فقیه در صورت نیاز بر اساس اصل عرفی‌سازی احکام می‌تواند به عرف جامعه، که در مثال مذکور پزشکان متخصص‌اند، مراجعه کند و در این موارد در هیچ صورتی فقیه و یا مجتهد به یقین نخواهد رسید، در نهایت به مرحله‌ی آگاهی خواهد رسید. این آگاهی نوعی از اطلاع است که از علم و یقین مطرح در اصول فقه برای مجتهد فاصله دارد. استنباط فقیه در نهایت نقل از یک پزشک و یا شیمی‌دان و علوم طبیعی است که یقین مورد نیاز مجتهد و فقیه را در استنباط فقهی نه تنها تأمین نمی‌کند، بلکه نافی آن بوده و آن را رد می‌کند. در این صورت، نقش حقوق‌دان متبحر و آشنا در تحمل دیگر متخصصان مرتبط با موضوع حقوقی خودنمایی کرده و از تسلب و زورگویی می‌کاهد.

نظریه (اصالت فقه)

در این نظریه که اکثر علمای فقیه حوزه‌های علمیه به آن معتقد هستند، نزد این گروه با وجود علم به نیازمندی انسان به قانون مدون، رکن اساسی تعیین‌کننده و منبع اصلی قانون، فقه است. این مورد نظریه‌ی غالب و حاکم میان علمای شیعه است که قلمرو حقوق و قانون را تضعیف و مخدوش می‌کند؛ البته، در جمع عالمان این حوزه امثال شیخ مرتضی انصاری، مرحوم نایینی و آخوند خراسانی، دیدگاه‌های تفصیلی و اجتماعی و اصول دیگری هم مطرح است (انصاری، ۱۳۷۴) که از حوصله‌ی این مقاله خارج است.

این دیدگاه معتقد است که قانون‌گذاری از شئون حکومت نبوده، بلکه از شئون حاکم است. حاکم حق دارد بر حسب صلاحدید این وظیفه را به هر شخص دیگری موکول نماید. پر واضح است که این دیدگاه در عمل با بعضی از اصول قانون اساسی موافق (اصل ۴ و ۵) و با بعضی از اصول قانون اساسی فعلی جمهوری اسلامی ایران چون اصل (۸۵) مخالفت دارد. در اصل (۸۵) قانون اساسی آمده است که مجلس حق ندارند وظیفه‌ی قانون‌گذاری خود را به دیگری محول نماید مگر در امور کمیسیون‌ها که این امر قابل تفویض است.

نظریه دوم، مکمل بودن فقه در کنار حقوق

در این دیدگاه، فقه و حقوق کارکردی مؤثر و مکمل دارند و هر کدام نیاز جامعه و دیگری را می‌پوشانند. با آنکه ماهیت فقه و حقوق متفاوت است، اما نیازهای قانون توسط فقه بر طرف می‌شود و نیازهای مردم و خلأ ناشی از منازعات و مراعات توسط حقوق دانان بر طرف می‌گردند. البته، هر چند این نظریه به نظریه‌ی تساوی حقوق و فقه بسیار نزدیک است، اما این باعث نمی‌شود که آن را یک نظریه با دو نام متفاوت بنامیم.

نظریه‌ی تساوی را کمتر عالم فقیه یا حقوقی مطرح کرده است. جا دارد که در فرصتی مغتنم با تکیه بر اصول قانون اساسی به این نظریه توجه شود؛ زیرا روح حاکم بر قانون اساسی و اصلاحیه‌های سال ۱۳۶۸ از نظریه‌ی تساوی بیشتر برخوردار است، هرچند که قول مکمل بودن احکام حقوقی و فقهی مشهورتر است. به عنوان مثال، اصل ۳۷ قانون اساسی، اصل برائت را بدون کم و کاست مطرح می‌کند و تا آنجا پیش می‌رود که تشخیص اصولی بودن و یا حقوقی بودن آن برای حقوق‌خوانان بسیار مشکل و نزد حقوق‌دانان هم آسان نیست. می‌توان به حدود چهل اصل از اصول قانون اساسی تمسک نمود که فقهی و یا اصولی و در نهایت سرشار از احکام شریعت می‌باشند.

این مسئله درباره‌ی نویسندگان قانون مدنی ایران هم صادق است؛ می‌توان گفت که از جمع ۱۲ عضو این مجمع فقط یک نفر پرفسور مصطفی عدل درس‌خوانده‌ی حوزه‌ی علمیه نبود (سامی، ۱۳۷۱). این مورد در تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران هم حاکم است، افرادی چون محمدجعفر لنگرودی، ریاست دانشکده حقوق دانشگاه تهران، از صاحب‌نظران پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است. متون حقوقی و فقهی موجود در دانشکده‌های حقوق و علوم انسانی و الهیات و ادبیات از سیدحسن امامی، دکتر گرجی، استاد بدیع‌الزمان فروزانفر، علامه سیدجعفر شهیدی، ناصر کاتوزیان و دکتر محقق داماد مملو است؛ این افراد، عالمان و حقوق‌دانان دانشگاهی هستند که در ابتدا در حوزه‌های علمیه تلمذ نموده و بر فقه و اصول و قواعد مدنی و جزایی مسلط بوده و در نهایت به خدمت علوم انسانی و حقوقی و اجتماعی در دانشگاه و یا محاکم حقوقی مشغول شدند.

نظریه سوم، اصالت حقوق در برابر فقه

بین عالمان و اساتید حقوق مطرح است که علوم حقوقی نیازهای خود را از منابع متعددی اخذ می‌کند. این نیازها از منابع اصیلی همچون قانون، معاهدات بین‌المللی، رویه قضایی، مصوبات و آیین‌نامه‌های دولت، مصوبات مجلس، عرف و عادت و دکرین تأمین شده است (اردبیلی، ۱۳۹۲).

اجرای این قوانین در سرزمین‌های مختلف و بر اساس یک شیوه‌ی کلی متداول با اسلوب مشخص به آن عمل می‌شود و در واقع قضات و عالمان حقوق نیازهای خود را از این منابع متعدد تأمین می‌کنند که یکی از آن منابع می‌تواند فقه باشد. آنچه در نظام اجتماعی تعیین‌کننده است فقط وجود منابع فقهی نبوده، بلکه شرایط نشان می‌دهد که جامعه‌ی امروز ایران به مرور به این سمت در حرکت است که جای خود را از نظریه‌ی فقه مطلق به سمت کاربردی کردن علم حقوق متمایل نماید. می‌توان چنین استنباط نمود که نقش ویژه‌ی آثار و عملکرد قانون اساسی ایران در رویکرد به این نظریه کمتر از صاحبان اندیشه و مؤلفان کتب حقوقی و اساتید دانشکده‌ی حقوق و علمای حوزه‌ی علمیه نبوده است. امروزه مردمان، علی‌الخصوص ایرانیان، در جایگاه‌های متعدد زندگی فاصله از امور شرعی و هر آنچه منتسب به شرع است را در یک قرن بعد از مشروطه و نیم قرن اخیر تجربه می‌کنند؛ گویی به نوعی از پلورالیسم رفتاری رسیده‌اند. در مغرب‌زمین این تحول ناشی از اندیشه‌ی پروتستانسیم در طول سه قرن در مواجهه با حاکمان کلیسا به یک فرهنگ بدل شده است. این پدیده را در میان کشورهای مسلمان که ناشی از ایدیولوژیک شدن روابط اجتماعی بود، در کمتر از نیم قرن شاهد بودیم. سؤالی که مطرح می‌شود این است که با حاکمیت این نظریه در جامعه، سرانجام احکام الهی

و شرعی چه خواهد شد، آیا به مرور و با تدوین و تصویب قوانین جدید همواره توسط مجلس کشورهای اسلامی به قوانین حقوقی اضافه می‌شود و باتوجه به مجتهد نبودن اغلب قضات، دستاوردهای فقهی کم‌رنگ و حقوق پربارتر نخواهد شد؟

نکته‌ای که جامعه‌ی ایران را تهدید می‌کند، علاوه بر فرهنگی نشدن عمل به قوانین و مقررات، کثرت مصوبات قانونی است که بی‌رویه رو به تزاید هستند. لذا، بهتر آن است که مجلس قسمتی از وظیفه‌ی قانون‌گذاری خود را در بازسازی، بازنگری و حذف قوانین دست‌وپاگیر متعدد و متکثر اختصاص داده و این امور را در دستور کار خود قرار دهد، باشد که با این کار از کثرت مراجعه به محاکم و سردرگمی مراجعین کاسته شود. مصادیق مجرمانه در کشور ایران با استاندارد حقوقی دیگر کشورهای صاحب سبک تناسب منطقی ندارد؛ چراکه خیلی از موارد مجرمانه در امور جزئی، زندگی هر ایرانی را ناخواسته در جمع مجرمین قرار می‌دهد.

نظریه قانون اساسی ایران

در قانون اساسی احکام فقهی بر همه‌ی اصول ۱۷۷ گانه حاکم است و به هیچ اصلی بدون نظر شرع نمی‌توان استناد نمود. به‌طور نمونه، در جرائم سیاسی، مسئله‌ی علنی‌بودن محاکم و حضور هیأت منصفه با حکم شرعی مقید می‌شود. در اصل چهارم قانون اساسی ایران آمده است که «تمام قوانین و مقررات اعم از مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و هر چه جز اینان بایستی بر اساس کتاب و سنت الهی باشد.» لازم به ذکر است که در ادامه‌ی این اصل تأکید می‌شود که این اصل بر اطلاق یا عموم همه‌ی اصول قانون اساسی و مقررات دیگر حاکم بوده و نحوه‌ی تشخیص این حاکمیت به‌عهده‌ی فقهای شورای نگهبان گذاشته شده است.

در اصل پنجم قانون اساسی، ولایت مردم بر عهده‌ی فقیه عادل قرار گرفته است. می‌توان گفت قانون اساسی یک اصل کلی دارد که همان اصل چهارم است و بقیه‌ی اصول حول آن اصل قرار می‌گیرند و به منزله‌ی اصول اجرایی این قوانین در نظر گرفته شده‌اند. مطابق قانون اساسی ایران، در صورت نیاز و به درخواست رئیس‌جمهور بازنگری قانون اساسی با گذشت ده سال یک‌بار ممکن خواهد بود که متأسفانه در این نیم قرن فقط یک‌بار آن هم بسیار محدود صورت گرفته است؛ اگر به این اصل مثل بسیاری از اصول ارزشمند آن توجه می‌شد، شرایط امروز کشور بسیار متفاوت بود.

جایگاه مکاتب فقهی در مقایسه با مکاتب حقوقی

فقه علمی درون دینی و تعیین‌کننده‌ی بخشی از آئین زندگی است (فیاض، ۱۳۷۸، ص ۳۶). جهت درک جایگاه علم فقه، مقایسه‌ی مکاتب فقهی در مقابل مکاتب حقوقی امری لازم و قابل توجه است. فقه علم احکام شرعی از ادله‌ی تفصیله است. (جرجانی، ۱۳۳۲) فقها دانشمندان علم شریعت هستند (دهخدا، ج ۱۱) که در صدر اسلام، فقها همان قراء بودند (لنگرودی، ۱۳۹۲). علم فقه در غنی‌سازی حقوق جدید سهم به‌سزایی دارد (لنگرودی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۶). نظریه‌ی جدائی‌ناپذیری فقه از حقوق امری محرز قلمداد می‌شود و کاربرد قواعد فقهی در حقوق مثل قاعده‌ی عسر و حرج و قاعده‌ی لاضرر امری بدیهی است. بر این اسلوب، رابطه‌ی علم فقه با حقوق تبیین‌کننده‌ی مسائل اساسی این دو دانش است.

می‌دانیم که بیع تابع شرایط کلی قرارداد است. همچنین، نیک باور داریم که در علم فقه الفاظ و مفاهیمی مانند بیع و عقد بار معنایی خاص خود را دارند که قابل تفکیک به لغوی، معنایی و حقوقی می‌باشند. در همین راستا، لفظ بیع در علم فقه از مفاهیم عرفیه است و نزد عموم کاربران این رشته و در علوم انسانی برای امور متکثر استعمال می‌شود و

نوعی وحدت تشکیکی را در خود نهفته است. برای نمونه و درک ساده‌ی این امور، فقها بیع را مالکیت عین و منافع مستحدثه آن فرض کرده‌اند.

قانون‌گذار در ماده (۳۳۸ ق.م) بیع را عبارت از تملیک عین به عوض معلوم دانسته و این عبارت را مانع از تداخل مفهوم بیع به عقد اجاره می‌داند؛ زیرا بیع اعم از عقد است و عقد یکی از مصادیق آن می‌باشد، بیع کلی است و عقد به اعتباری جزئی اضافی می‌باشد. بیع اعم از معاوضه و عقدی لازم و دو طرفه گاه در قانون با ترکیب واژه (عقد بیع) به کار رفته است. در ماده‌ی ۳۴۶ قانون مدنی (عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین باشد) و در ماده‌ی ۳۹۹ ق.م (در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معینی اختیار فسخ معامله برای طرفین باشد) این استفاده از لفظ ترکیبی عقد بیع همراهی با عرف تجارت و استفاده از مفهوم مترادف است که در چند مورد خاص استفاده شده است. اما، همواره لفظ بیع اجلای از معاملات مالی محسوب می‌شود. در برخی اصول، بیع الگوی بسط احکام قرار گرفته و دارای ارکان معین و احکام خاص است.

برای وضوح نقش بیع از نظر لغوی، لازم به ذکر است که بیع در زبان سامی از ثلاثی بعا به معنای «ستاندن و خواستن» و بیعت از مصادر آن است که عموماً با شراء به معنای فروختن همراه بوده است. (ابن منظور ذیل واژه بیع؛ شیخ انصاری، ۱۴۰۸) بیع، عقدی معاوضی و بر غیر منافع اعیان تعلق می‌گیرد (عقد نکاح). صاحب جواهر در تملیک عین به عوض معلوم اصل مسئله بیع بودن است (نجفی، ۱۳۲۶). شیخ انصاری بیع را حقیقت تملیکی عین به عوض معلوم می‌داند (انصاری، ۱۳۷۴). گاه تملیک به عوض هست اما بیع نیست، بلکه یک عقد رضائی بدون تشریفات است (یزدی، ۱۳۲۸).

برای آشنایی با پیشینه‌ی این مباحث و توجه به نیاز جامعه به این تفکیک، می‌توان در میان ملل مختلف به متونی اشاره نمود که بیانگر طرح این گونه مباحث تفصیلی در گذشته‌ی دور بوده‌اند. به عنوان مثال، در قانون حمورابی تنازع مرافعات مربوط به بیع را فصل می‌گفتند (ترمذی، ۱۴۱۹) واژه‌ی بیع در قرآن در قالب افعال دو طرفه (مبايعه) به کار رفته است. در سوره‌ی جمعه عبارت «ذرو البیع» به صراحت مفهوم مستقل این واژه‌ی حقوقی را مطرح کرده و اصل حلیت بیع در مقابل حرمت ربا «احل الله البیع و حرم الربا» (بقره ۲۷۵) را تفصیل و در تبیین «قالوا انما البیع مثل الربا» را تفسیر می‌کند؛ ضمن این که این نظریه که قبل از اسلام ربا را نوعی بیع می‌دانستند، رد می‌کند (الذین یا کلون الربا). ابن عربی در احکام القرآن ۵۶ نوع بیع را از زبان پیامبر (ص) نام می‌برد (ابن عربی، ۱۴۰۸). ماوردی در کتاب الحاوی کبیر این نظریه را تصریح می‌کند (ماوردی، ۱۴۱۴). از نظر قرآن، بیع شایع‌ترین مصداق تجارت است؛ «رجال لا تلهیهم تجاره ولا بیع» (نور ۳۷) بیع از عقود لازم و وفای به آن واجب است، وفا به پیمان فاجران و ستمکاران به گفته‌ی امام صادق (ع) هم واجب است (کلینی، ۱۳۸۷). از این رو، لفظ بیع اعم از واژه‌ی عقد که اصطلاحی مشترک و مترادف در علم فقه و حقوق است، می‌باشد. عقد هرگاه با ترکیب (عقد بیع) به کار رود، معنایی یکسان با هر عقد و یا هر بیع را در ذهن تداعی می‌نماید و می‌تواند در مصداقی معین به کار رود. چنانچه در آیه‌ی اول سوره‌ی مائده «او فوا بالعقود» به گفته‌ی اکثر مفسرین «او فوا بالعهود» معنا شده است؛ چنانچه، نام دیگر سوره‌ی مائده را سوره‌ی عهد یا عهود نامیده‌اند. وجود انواع بیع ربوی، غرری، ملامسه، بیع اعاجم و بیع معاطاتی باعث می‌شود که بیع را اعم از عقد بدانیم. از دیگر تقسیمات بیع در علم فقه، بیع مساومه، مرابحه، مواضعه، تولیه، نقد و نسیه، کالی به کالی، حیوان، صرف و ثمار است. اگر حقوق‌دان از این دستاوردهای مفهوم کلی بیع در علم فقه بی‌اطلاع باشد، موفق به استنباط صحیح حکم نخواهد شد. در نظر اهالی حقوق، عقد تعهد یک طرف بر قبول امری است که مورد قبول طرف دیگر باشد (۱۸۳ ق.م) و در اصطلاح غرب قرارداد به معنای contract معادل واژه‌ی فارسی پیمان است.

فقه‌ها عقد بدون لفظ را تراضی می‌گویند. لفظ قرارداد، اصطلاحی مترادف با عقد است که ملاک در تحقق آن توافق دو طرف می‌باشد؛ از این رو، وصیت تملیکی عقد نیست بلکه ایقاع است. ماده‌ی ۱۹۰ (ق.م) در بیان شرایط صحت عقد، جهل قدرت تسلیم را که موجب بطلان بیع خواهد شد، پیش‌بینی نکرده است (لنگرودی، ۴۵۶). ترمینولوژی حقوق صد مورد متنوع از انواع و شرایط عقد را مطرح می‌کند (لنگرودی، ۳۶۱۴ تا ۳۷۱۴) که در هیچ کدام از این موارد از کلمه‌ی عقد بیع بهره نبرده است؛ گویی بیع را عقد می‌داند اما همه‌ی عقود را بیع تعریف نمی‌کند. حقوق‌دانان آشنا با علوم فقهی رابطه‌ی بیع و عقد را برخلاف گروهی که آن را عموم و خصوص مطلق می‌دانند، آن را عموم و خصوص من وجه دانسته‌اند. در نتیجه، دو وجه اشتراک و یک وجه افتراق با یکدیگر پیدا می‌کنند.

گروهی از فقها و حقوق‌دانان نام‌آشنا در بیان تفکیک مفاهیم واژه‌های فقه و حقوق و در تأکید بر عام بودن علم فقه و دارا بودن موضوع واحد که همان استنباط فقیه است، علم به قوانین اسلامی شامل مقررات عبادات، عقود، ایقاعات، دادرسی، جزا، امور اداری، جهاد، امر به معروف و نهی از منکر را فقه می‌دانند (خادمی، ۱۳۹۳). لازم به ذکر است که فقه در ابتدا با علم کلام آمیخته بود (طوسی، ۱۳۸۹). فقه‌های مسلمان ایرانی میراث عظیمی از فرهنگ ایران را که به مراتب مهم‌تر از ادبیات است، به وجود آورده‌اند. از آنجا که علم حقوق از علوم دشوار است اندیشه‌های مطرح‌شده فرصت آزمون نیافته‌اند (لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۵۵).

این پژوهش به دنبال آن است که نکات مغفول رابطه‌ی فقه و حقوق را با ذکر مواد قانونی، تحلیل و برای دانش‌پژوهان در رویکردی میان‌رشته‌ای ارائه نماید. بر همین اساس، نمونه‌ی مصداقی رابطه‌ی بیع و عقد را مطرح نمودیم، باشد که در قدم‌های پیش رو به دیگر مفاهیم مورد نیاز حقوق چون اصول فقه و منطق و کلام بپردازیم. برای روشن شدن بحث لازم است به منابع قابل استفاده این علوم توجه بیشتری مبذول شود؛ برترین این منابع را در آثار حکیمان و فقیهانی باید یافت که عمری را در احیای فرهنگ فقه‌های سپری کرده‌اند. می‌توان گفت که نادیده گرفتن زحمات علمای هزاره‌ی گذشته امری ناموفق و خاموش کردن چراغ نورانی فقاها و مصداق آیه‌ی هشتم سوره‌ی صف «یریدون لیطفوا نور الله» است. باید توجه نمود که مجموعه مطالعات فقهی دانشمندان امامیه امثال شیخ طوسی، محقق صاحب شرایع (۱۴۰۹) و تذکره الفقهاء علامه حلی (۱۴۱۱) را می‌توان در کنار فقه عامه (اهل سنت) در آثار الاوزاعی و شیخ شلتوت از نظر دور نداشت.

فقه و حقوق در حوزه‌ی علوم اسلامی، از مشترکات متعددی برخوردار هستند، مانند احکام عقود، ایقاعات و احوال شخصیه، اما با وجود نقاط اشتراک چندین وجه افتراق هم دارند. وجه اختصاصی فقه، احکام عبادات و قواعد فقهی هستند، مانند قاعده فراغ و تجاوز و لاتعداد، از وجوه اختصاصی علم حقوق نیز قوانین مدون جدید، حقوق اداری و حقوق بین‌المللی می‌باشند. بر همین اساس، قواعد فقهی با حقوقی ضمن مشترکات فراوان تفاوت‌هایی دارند. چنانچه در کارکردهای عملی و نظری آن، مراحل ۱- نظریه، ۲- استنباط، ۳- وضع و ۴- اجرا همواره یکسان هستند. مباحث الفاظ، مفاهیم، قیاس، نسخ و الغای احکام سابق هم از دیگر مشترکات این مباحث می‌باشند. می‌توان گفت که هر قاعده‌ی فقهی می‌تواند قاعده‌ی حقوقی باشد اما هر قاعده‌ی حقوقی فقهی نیست. اکثر قواعد فقهی حقوقی نیستند. برخی قواعد فقهی به مسائل اجتماعی و حقوقی مربوطه‌اند؛ از جمله، «البینه علی المدعی»، «الیمین علی من انکر» و «قاعده اتلاف، غرور، اقرار العقل علی انفسهم جایز» نیز بر همین روال است.

قانون‌گذار قواعد عسر و حرج و لاضرر را در مورد طلاق و اجاره وارد متون حقوقی کرده و از آن‌ها به‌عنوان قواعدی حقوقی بهره برده است؛ امری که همانند قاعده ضمان ید، ماهیتی دو وجهی برای این قواعد ایجاد کرده است. این مماثلت و یکسانی در عمل تا آنجا پیش رفته که گویی تفاوتی بین حقوقی و یا فقهی بودن آن مشاهده نمی‌گردد. برای رسیدن به یک نتیجه‌ی اجمالی از این مباحث می‌توان گفت که اکثر حقوق‌دانان آشنا با فقه، رابطه‌ی حقوق و فقه

را عموم و خصوص من وجه می‌دانند و در رد این نظریه چنین استدال می‌کنند: اگر حقوق بین‌الملل را در حیطه‌ی استنباط فقهی فقیهان قرار دهیم، شاید بتوان رابطه‌ی این دو را تساوی یا عموم و خصوص مطلق دانست، در حالی که چنین نخواهد بود (گرگی، ۱۳۷۵). لازم به ذکر است که بگوییم تصور نسبت تساوی بین پدیده‌های متعدد این دو علم حداقل در فضای اجتماعی، میان مسلمان حاضر قابل طرح نیست. به نظر می‌رسد که این نظریه‌ی تقدم حقوق بر فقه و رابطه نسبت تساوی میان فقه و حقوق را دکتر گرگی در مقاله‌ی رابطه‌ی حقوق و فقه در سال ۱۳۷۵ در نشریه‌ی حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران مورد توجه قرار داده و برای اولین بار مطرح نموده و از آن دفاع می‌کند. حاصل نتیجه‌ی به دست آمده از نظر نویسنده‌ی این مقاله این است که نسبت در حداقل موارد مکمل است. در بیان انواع این روابط نسبت تساوی را تاکنون کمتر مطرح کرده‌اند.

نتیجه

با فرض تقدم حقوق بر فقه، اصالت منابع و قواعد فقهی، حضور فعال و مستمر این اصول در جوامع حقوقی و با وجود عرفی شدن این نظریه، طرح این بحث را لازم می‌دانیم که بیان رابطه فقه و حقوق، بهانه‌ای است بر به دست آوردن حقوق مشترک از پایین‌ترین مراحل اجتماعی همچون خانواده که سرآغاز و شروعی مناسب برای این تعامل است. پس از بررسی و دقت لازم در ایده‌ها و نظریه‌های حقوق‌دانان و فقیهان نام‌آشنا بر این باور هستیم که قدمت علم حقوق نسبت به فقه نه تنها فزونی دارد، بلکه از گذشته‌های دور نیاز بشر به قانون امری بدیهی و از اولیه‌ترین اصول زیستی و اجتماعی قلمداد گردیده است.

بر اساس نیازمندی جوامع بشری به علم حقوق، با بیان این دیدگاه به کاربردی کردن این اصول کمک کرده و از طرح نظریه‌های جزئی و ناکارآمد پرهیز خواهد شد. مسئله‌ی اعم بودن حقوق نسبت به فقه ما را بدان وامی‌دارد که حقوق را بستر گسترده‌ی حل و فصل مخاصمات و مراعات بدانیم و ایده‌ی منحصر بودن امور فقهی در جوامع اسلامی و اجرای احکام جزایی، چون حدود و قصاص و دیات، حصر و تبعید، را مورد انتقاد قرار دهیم و با الگوبرداری، اصل برائت را پررنگ و شعار قرآنی «الصلح خیر» را سرلوحه‌ی عمل و اجرای احکام خود قرار دهیم. اصل عفو و قاعده‌ی درء را از منابع مورد نیاز اصول و قوانین فقهی به جامعه‌ی حقوقی عرضه کرده و برای حضور فقه از میان نظریه‌های مطرح، رابطه‌ی حقوق و فقه را عموم و خصوص من وجه دانسته و سپس این نتیجه را که بیع عام است و عقد خاص و حقوق عام است و فقه خاص، یادآوری کنیم. در راستای این که با تأکید و اصرار بر اثبات این روابط چه مشکلی از مسائل جامعه حل و کدام معضل برطرف می‌شود، می‌توان گفت که تعصب ناشی از عدم تحمل قول مقابل، مشکل بزرگ جامعه‌ی حقوقی، علی‌الخصوص دانشمندان علوم انسانی، است.

طرح مباحثی چون بیع و عقد با وجوه اشتراک فراوان از نظر عام و خاص بودن و رابطه‌ی حقوق و فقه با وجود اشتراک و افتراق، باید دلیل حل مسئله‌ی حقوقی و اجتماعی ما گردند. آیا وقت آن نرسیده است که این عنوان مسائل ابتدایی، عام‌ترین مسئله‌ی مسلمانی، را که عدم درک صحیح از نقش بیش از یک میلیارد مسلمان در قالب فرق و ملل مختلف انسانی است را در نظر آوریم. قوانین عام ادیان توحیدی را در مقایسه با ادیانی همچون یهود، مسیح و زرتشت به اشتراک مساعی بگذاریم و بر مشترکات قضایی و حقوقی، اقلیمی و توحیدی ادیان بزرگ ابراهیمی چون اسلام تأکید کنیم و به جای بیان نظریه‌ی مکمل بودن حقوق و فقه و یا تساوی فقه و حقوق بر شناخت نیاز جامعه‌ی حقوقی پای فشاریم که نه فقط بحث‌های نظری بلکه کاربردی کردن این امور در محاکم موجبات گسترش علم حقوق را فراهم خواهد کرد. امید آن است که با تخصصی کردن محاکم در مراکز استانی و آموزش و فرهنگ پیشگیری جرم

از مقاطع پایین تحصیلی و آشنا کردن جامعه با مسائل قضایی و حقوقی و واگذاری اموری از سیستم قضا به بخش خصوصی در عمل محاکم قضایی را در برگزاری دادگاه‌هایی ارزشمند یاری نماییم.

منابع

- قرآن کریم (ترجمه بهاءالدین خرمشاهی).
- ابن عربی، محمد. (۱۴۰۸). *احکام القرآن* (جلد ۱، عبدالقادر، محقق). بیروت: دار احیاء التراث.
- ابن منظور، محمد. (۱۴۰۸). *لسان العرب*. بیروت: دار التراث العربی.
- اردبیلی، محمدعلی. (۱۳۹۶). *حقوق جزای عمومی* (دوره چهارجلدی). تهران: میزان.
- انصاری، مرتضی. (۱۳۷۴). *مکاسب محرمة*. قم: مصطفوی.
- بجنوردی، میرزا حسن. (۱۳۸۹). *القواعد الفقهیه*. نجف اشرف: مطبعة آداب.
- ترمذی، محمد. (۱۴۱۹). *سنن* (فؤاد عبدالباقی، محقق). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- جرجانی، میرشریف. (۱۳۳۲). *ترجمان القرآن* (محمد دبیرسیاقی، محقق). تهران: امیرکبیر.
- حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی). (۱۴۱۱). *شرایع الاسلام فی حلال و الحرام* (دوره چهارجلدی). بیروت: چاپ سنگی.
- حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی). (۱۴۱۴). *تذکره الفقهاء*. قم: مکتبه آل‌البیت.
- خادمی کوشا، محمدعلی. (۱۳۹۳). *استاد راهنمای پایان‌نامه / امیر مرادی*. نراق: دانشگاه آزاد اسلامی.
- خمینی، روح‌الله. (۱۴۰۳). *تحریر الوسيله* (کتاب البیع). قم: اعتماد.
- دانشنامه بزرگ اسلامی. (بی‌تا). بیع. تهران: مرکز دائرةالمعارف بزرگ اسلامی. (مقاله شماره ۵۳۸۸)
- دهخدا، علی‌اکبر. (بی‌تا). *لغت‌نامه دهخدا*. تهران: سازمان لغت‌نامه، انتشارات دانشگاه تهران.
- ساکي، محمدرضا. (۱۳۹۶). *حقوق کیفری اقتصادی*. تهران: جنگل.
- سامی، محمدجواد. (۱۳۷۱). *اولیا عقد نکاح* (پایان‌نامه). قم: مرکز مدیریت.
- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۸۱). *قراردادهای الحاقی با تأکید بر حقوق انگلستان و آمریکا*. قم: مجتمع آموزش عالی قم.
- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۶). *حقوق تجارت بین‌الملل*. تهران: سمت.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۳۱۷). *حاشیه مکاسب*. تهران: چاپ سنگی.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمد کاظم. (۱۳۲۸). *عروه الوثقی*. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۵۱). *المبسوط فی الفقه الامامیه*. تهران: مکتبه مرتضویه.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۹). *عده الاصول* (محمدرضا انصاری، محقق). قم: بوستان کتاب.
- فیاض، محمداسحاق. (۱۳۷۸). *منهاج الصالحین* (دوره سه‌جلدی). قم: مکتبه فیاض.
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. (۱۳۶۸). *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (با اصلاحات سال ۱۳۶۸)*.
- کاتوزیان، ناصر. (بی‌تا). *قواعد عمومی قراردادها* (جلد ۱). تهران: به‌نشر.
- کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۳۸۷). *اصول کافی* (دوره چهارجلدی). تهران: کتابفروشی علمیه اسلامی.
- گرگی، ابوالقاسم. (۱۳۷۵). *رابطه حقوق و فقه*. تهران: نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
- لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۲). *ترمیم‌ولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- ماوردی، علی بن محمد. (۱۴۱۴). *الحاوی الکبیر* (علی محمد عوض، محقق). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- محقق حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۰۹). *شرایع الاسلام* (سیدصادق شیرازی، مصحح). بیروت.
- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۷۷). *اصول فقه* (چاپ ۸). تهران: دفتر نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۹۶). *قواعد فقه*. (چاپ ۳۴). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- معین، محمد. (۱۳۶۲). *فرهنگ فارسی معین* (دوره شش‌جلدی). تهران: امیرکبیر.
- مکی عاملی، محمد بن جمال‌الدین. (۱۳۷۸). *اللمعه الدمشقیه* (غروی‌ان، مترجم). تهران: دارالفکر.

مؤمن، محمد. (۱۳۹۶). *الولایه الالهیه الاسلامیه* (چاپ ۲). قم: مجمع جهانی اهل بیت.
نجفی، محمدحسن. (۱۳۲۶). *جواهر الکلام* (دوره ۴۳ جلدی، قوچانی، محقق). بیروت: دار احیاء التراث.
ولایی، عیسی. (۱۳۸۷). *فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول* (جلد ۱). تهران: نشر نی.

استناد به این مقاله: سامی، محمدجواد. (۱۴۰۵). چالش‌های دوگانه حقوق با احکام فقهی در قانون اساسی ایران. *فصلنامه تحقیقات نوین میان‌رشته‌ای حقوق*، ۶(۲)، ۶-۲۰.



Modern Interdisciplinary Research in Law is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.