

بررسی رابطه تعاملی فقه و حقوق

مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات (سال هفتم)
شماره ۲۴ / تابستان ۱۴۰۰ / ص ۳۵-۴۳

سیدمجتبی جلالی^۱، مائده صفیان بلداجی^۲

^۱ استادیار دانشگاه شهرکرد

^۲ دانشجوی رشته ژنتیک مولوکولی دانشگاه شهرکرد

نویسنده مسئول:

مائده صفیان بلداجی

چکیده:

مسئله اصلی پژوهش ارتباط میان فقه و حقوق می باشد؛ فقه به معنای علم فقه که همان اجتهاد مصطلح است و حقوق که همان علم حقوق و دانش قانون است، هر کدام موطن و خاستگاه بخصوصی دارا می باشند. قضیه ی فقهی با قضیه ی حقوقی رابطه ی عموم و خصوص من وجه دارد؛ به بیانی دیگر بعضی قضایا مشترک بین فقه و حقوق می باشند، نظیر احکام عقود، ایقاعات و احوال و احکام شخصیه و بعضی از آنها فقط مربوط به فقه می باشد، نظیر احکام عبادات و برخی قضایا به حقوق اختصاص دارد مانند مسائل جدید حقوقی از قبیل حقوق بین الملل، تجارت های جدید، مسائل فضایی و ... که می توانند منشا موضوع ها و مسائل فقهی متعددی برای فقها و همچنین محل تضارب آراء برای حقوقدانان قرار بگیرند و سبب اعتلا و ارتقاء دو دانش فقه و حقوق گردد.

کلید واژه: فقه، حقوق، قضیه فقهی، قضیه حقوقی، رابطه فقه و حقوق

مقدمه

فقه و حقوق دو دانش همگن هستند و هردو از دانش های رفتاری و دستوری به حساب می آیند و در بسیاری از موارد مانند بخش هایی از اهداف، مسائل، متدولوژی، منابع و غیره.. با هم تقارب و تجانس پیدا می کنند، با این همه، تمایزهای موجود بین آن نیز کم نمی باشند. فقه ساحتی آسمانی و حقوق گستره ای زمینی دارد این یکی نیکبختی عاجل و آجل را طلب می کند و دیگری به کامیابی عاجل بسنده می کند؛ این بر متون و نصوص دینی تکیه دارد و حجیت در استناد به خداوند را شرط قانونگذاری می داند و آن بر قانون و عرف تکیه کرده و چنین شرطی را لحاظ نمی نماید. در گذشته این دو یار قدیمی داد و ستد بسیاری داشته اند که در تکامل و بالندگی شان موثر بوده است (آخوندی، ۱۳۸۹).

اخلاق فردی در جای جای زندگی ما گسترانیده شده است و فقه اسلامی تا حدود زیادی به چالش و در پاره ای موارد حتی به انزوا نیز کشیده شده است! بخصوص این مورد که پای این نحوه تفکر در قوانین بسیاری از کشورهای اسلامی نیز باز شده است. (رنه داوید نظام های بزرگ حقوقی معاصر)، (اردبیلی، ۱۳۹۵). در کشور ایران نیز پس از انقلاب اسلامی رویکرد مضاعفی به حضور فقه در قوانین حقوقی کشور در همه ابعاد و زوایای آن، شکل گرفت چرا که جمهوری اسلامی که تکیه گاه اصلی آن قرآن و سنت است، این انتظار را به وجود می آورد که تمامی حقوق آن باید مستند به شرع باشد و فقه داعیه دار و متولی چنین مطالبه ای را دارد (افتخار جهرمی، ۱۳۹۵).

- ۱) حال پرسش اساسی بدین صورت مطرح می شود که، اساسا چه رابطه ای بین حقوق معاصر و فقه برقرار است؟
 - ۲) آیا اسلام هر گونه قانون بشری را نفی می کند یا نه در پاره ای موارد قوانین جاری در اجتماع را امضا و تائید می نماید؟
 - ۳) آیا حقوق معاصر نسبت به دیدگاه شرع اساسا بی توجه است؟
- یا او نیز در برخی مسائل به حکم شرع گردن می نهد و یا اینکه هر کدام راه خود را در پیش گرفته و جامعه ای جدید، انسانی جدید با روابطی جدید را بیان می کند؟ پژوهش حاضر به واکاوی رابطه قضیه فقهی با قضیه حقوقی و همچنین اشتراکات، افتراقات و ملاکات تشخیص آنها در حالات خاص می پردازد (امامی، ۱۳۷۷).

بیان مساله

دانش های فقه و حقوق هر کدام به گونه ای خاستگاه بخصوصی را از آن خود کرده اند. فقه دانشی اصیل است که زادگاهش فرهنگ و تمدن اسلامی می باشد و قرن ها تحت عنوان دژ استوار مناط و ملاک عمل و رفتار در جوامع اسلامی به حساب می آمد و آنها را از سایر نظام های حقوقی بی نیاز می گرداند. زمان زیادی پیش از ظهور اسلام چیزی که امروزه علم حقوق نامیده می شود - البته در شکل مجموعه قوانین ساخته بشر با هدف ایجاد امنیت و عدالت و بقاء جامعه - در بسیاری جوامع و حتی در جامعه عرب جاهلی موجود بود، حقوق رومیان که بعدها پایه و اساس نظام حقوقی رومی رژمنی اطلاق گردید قرن های متمادی مورد پذیرش بخشهای وسیعی از اروپا قرار گرفته بود. پیش از قرن ۱۳ میلادی مجموعه های ژوستین در شرق و تا حدی در ایتالیا و مجموعه قانون رومی یا کتاب آلاریک مصوب در فرانسه و اسپانیا از لحاظ نظری معرف حقوق روم بودند. (رنه داوید صص ۳۲ و ۳۳).

پیشینه تحقیق

فقه اسلامی با پیدایش دوران جدید و سایه گستری دنیای مدرن بر جهان سنت با سایر نظامهای حقوقی مخصوصا نظام حقوقی غرب به نقطه تلاقی و تصادم دست پیدا کرد، چیزی که قرنهای در موازات آن به حیات خود ادامه می داد. امروزه و با توجه به وضعیت کنونی این دو دانش ضروری است، ضمن بررسی میزان محدوده و بسامد تاثیر و تاثر آن ها نسبت به هم، راه حل های منطقی و محوری برای سامان بخشیدن به نظم خانواده، اجتماع و جهان و حتی بالاتر از این، رابطه انسان با هستی و خالق هستی، اندیشیده شود. تداوم این راه حل ها منوط به بررسی تاثیر و تأثرات این دو علم بر یکدیگر می باشد. امری که باید به دور از تعصبات علمی، سیاسی، نژادی و در پاره ای موارد ملی، به آن توجه شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹).

اهمیت تحقیق

اینطور که پیداست راه حل منطقی، پیش از بررسی ارتباط میان فقه و حقوق، بررسی فلسفه این دو علم می باشد. زیرا امکان دارد فقه و حقوق میوه دو درخت جدا از هم باشند که در این صورت رابطه، تباین برقرار است اگرچه شباهت های صوری آن دو را نمی شود در نظر گرفت، و در نگاهی دیگر امکان دارد میوه یک درخت باشند که ریشه آنها در هستی شناسی عمیق و حیانی رشد پیدا کرده است، که در

این حالت رابطه تساوی برقرار است، ولی تحت هر شرایطی مبنای بحث را ارتباط بین فقه و حقوق در نظر گرفته و در پایان نتیجه حاصله و نهایی را بیان می‌داریم (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷).

مفهوم شناسی فقه و حقوق و قانون

برای فقه و حقوق و قانون معانی متعددی ذکر شده است که در ذیل به بررسی آن می‌پردازیم:

معانی لغوی فقه

- ۱- دانستن چیزی و فهمیدن آن (فرهنگ ابجدی، ۱۳۹۵، ص ۶۶۹)
 - ۲- علم و دانستنی که با دقت نظر و استنباط همراه باشد (مجمع البحرین، ۱۳۹۵، ص ۳۵۵ - لسان العرب، ج ۱۳ ص ۵۲۲)
- در برخی از موارد استفاده کلمه فقه در قرآن موید معنای دوم آن می‌باشد که در این کلمه نوعی دقت نظر و ریز بینی نهفته است مانند: «قد قلنا الايات لقوم يفتقرو»، (انعام: ۹۸).

معنای اصطلاحی فقه

- ۱) علم و آگاهی دقیق نسبت به علوم دینی
 - ۲) علم و آگاهی دقیق نسبت به احکام دین
 - ۳) فقه در معنای علم فقه است که در برگرنده اجتهاد مصطلح می‌باشد.
- در این پژوهش اصطلاح مدنظر از فقه، مورد سوم می‌باشد که تعریف و توضیح بیشتر و دقیق تر در رابطه با آن به شرح زیر است:
- "الفقه هو العلم بالاحکام الشرعیه الفرعیه عن ادلتها التفصیلیه" بدین معنا که: "فقه آگاهی از احکام شرعی فرعی می‌باشد که آن هم از روی دلیل های هر کدام تفصیلا و جدا جدا در نظر گرفته می‌شود". (الأقطاب الفقهیة علی مذهب الإمامیة، ص: ۳۵)

معانی لغوی حقوق

در اصل این واژه، جمع حق می‌باشد، گرچه در حال حاضر در معنای مفرد بکار برده می‌شود. و حق در لغت به معنای ثبوت یا شیء ثابت است. به بیانی دیگر حق، معانی عدیده ای دارد که بازگشت همه یا حداقل بیشتر آنها به یک معناست و آن اینکه: ثبوت است به اعتبار وجه مصدری حق، و ثابت است به اعتبار وجه وصفی آن و غالبا حق در وجه وصفی آن به کار می‌رود، یعنی "شیء دارای حقیقت و ثبوت است" (لغت نامه دهخدا، ۱۳۰۹، ص ۱۷۱۹۳)

معانی دیگر حق که در کتاب های لغوی آمده است به شرح زیر می‌باشد: واجب، مال، ملک، سهم و نصیب شخص از میراث و... مصادیق حق به شمار می‌روند و مفهوم حقیقی آن را بیان نمی‌دارند. (سید محمد حسینی، فرهنگ فقه، ص ۱۸۶) در نتیجه حق به معنای شیء ثابت است و این ثبوت به دو حالت واقعی و اعتباری می‌باشد؛ چنانکه می‌توان بیان داشت: خداوند، زندگی و مرگ، حق است و نیز می‌توان گفت مالکیت وارث، یا مشتری نیز حق است (حبیب زاده، ۱۳۷۴).

معنای اصطلاحی حقوق

حقوق در اصطلاح، به معنای مختلفی بکار رفته است:

- ۱- حقوق در برگرنده مجموعه ای از قوانینی می‌باشد که بر روابط افراد یک جامعه حاکم است. (تطبیق نظام حقوقی اسلام فصلنامه)، (داوید، ۱۳۸۰).
 - ۲- حقوق به معنای علم حقوق که مقصود دانش قانون است. (ناصر کاتوزیان. مقدمه علم حقوق، ۱۳۹۵، ص ۱۳)
- در این پژوهش معنای مورد نظر از حقوق، مورد دوم یعنی "علم حقوق" که مقصود دانش قانون است می‌باشد. یعنی علمی که روابط قضایی انسان ها در بستر اجتماع بررسی کرده، نیاز های آنها را سنجیده و مواد و موارد قانونی را برای آنها در نظر می‌گیرد و همه ی احاد و افراد جامعه را ملزم به رعایت آن می‌نماید. ذکر این نکته ضروری می‌باشد که حق در اصطلاح فقها تعاریف متعددی دارد لیکن بر حسب ظاهر، مقصود همه ی آنها از تعبیر مختلف یک چیز است و آن، توانایی خاصی می‌باشد که کسی نسبت به چیزی یا شخصی یا عقدی دارد که به مقتضای آن توانایی، قادر می‌باشد در آن چیز یا شخص یا غیره تصرف کرده یا بهره ای ببرد، مانند: حق حضانت، حق خیار، حق قصاص و غیره (لوی برونل، ۱۳۹۵) برای استدلالی واضح تر به دو نکته مهم را در نظر می‌گیریم.

نکته اول:

شماری از فقیهان بین حق و حکم تفاوت‌هایی قائل شده‌اند چرا که از نظر آنان حق به این معنای مذکور با برخی از احکام تکلیفیه جامع مشترکی دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵). اما به نظر برخی دیگر بین آن دو هیچ گونه تفاوتی نمی‌باشد، یعنی حق اصطلاح خاص شرعی یا غیر شرعی ندارد و هر کجا که استفاده شود منظور همان معنای لغوی می‌باشد، یعنی امر ثابت اعم از آنکه قابل انفساخ باشد یا نباشد و اعم از آنکه قابل اسقاط باشد یا خیر (هاشمی، ۱۳۹۵).

نکته دوم:

حقوق در معنای اصطلاحی فوق معادل فقه در معنای اصطلاحی آن می‌باشد. (ابو القاسم گرجی - رابطه فقه و حقوق ص ۱۲)

معنای لغوی قانون

قانون در کتب لغت به شرح زیر آورده شده است: رسم، قاعده، روش، آئین. قانون امری است کلی که بر همه جزئیاتش منطبق می‌گردد و احکام جزئیات از آن شناخته می‌شود و همچنین قاعده‌ای می‌باشد که مقامات صلاحیت دار آن را وضع و ابلاغ می‌کنند (علی‌آبادی، ۱۳۹۲).

معنای اصطلاحی قانون

در اصل مفهومی است کلی، قضایی و غیر موقت که مراجع صلاحیت آن را برای اجراء تصویب کرده و به عموم عرضه می‌دارند. قانون در این تعریف با آیین نامه و تصویب نامه متفاوت می‌باشد و تنها قوه مقننه قادر می‌باشد آن را تغییر دهد، بر خلاف آیین نامه و تصویب نامه که مراجع تصویب کننده آن‌ها می‌توانند آن را تغییر دهند (صفایی، ۱۳۹۵). در خصوص فهم بهتر مطالب به سه نکته مهم اشاره می‌کنیم:

نکته اول:

قانون یک قاعده حقوقی با ضمانت اجرا است که استمرار دارد و در بیش از یک مصداق بیان گردیده است.

نکته دوم:

در اصطلاح حقوق اسلامی یعنی فقه، قانون را تحت عنوان شرع و شریعت نام گذاری کرده‌اند، شرایع اسلام به معنای قوانین اسلامی می‌باشد.

نکته سوم:

قانون مهم ترین منبع حقوق است که حقوقدانان بیش از هر منبع دیگر به آن استناد میکنند. در حقوق اسلام قانون شامل کتاب و سنت می‌باشد و عقل و اجماع (در فقه شیعه) و قیاس و مصالح مرسله و استحسان (در فقه اهل سنت) منابع دیگر آن به حساب می‌آیند، که در مقام رتبه بندی موخر از کتاب و سنت می‌باشند (محسنی، ۱۳۹۲).

رابطه فقه و حقوق

می‌دانیم که حقوق منشا تکالیف است و تکالیف هم قسمتی از مطلق احکام است حال اگر بیان داریم که فقه بطور کلی از تکالیف بحث می‌کند و تکالیف هم از حقوق ناشی می‌شود بیهوده نگفته ایم، در این صورت اگر علم فقه از حقوق بحث می‌کند (یعنی مناشی تکالیف) این بحث به یقین بحثی است استطرادی، اما اگر حقوق یعنی دانش‌های حقوقی واقعا از حقوق بحث می‌کرد که مناشی احکام است، در این صورت نسبت منطقی بین علم فقه و علوم حقوقی تباین است، اما واقعیت اینگونه نمی‌باشد، (شهیدی، ۱۳۸۰) در واقع دانش‌های حقوقی از همان چیزی بحث می‌کند که موضوع بحث علم فقه است، یعنی احکام و دستوراتی که از حقوق ناشی می‌شود نه از مناشی آن. که در این صورت رابطه بین علم فقه و حقوق، از نظر کلی شامل دو جهت می‌باشد:

۱- علم فقه در مقام استنباط احکام الله است و این احکام را شرح و بسط و تبیین می‌کند اما علوم حقوقی این عمل را نسبت به قوانین مصوب انجام می‌دهد.

۲- استدلال فقهی انتقال از دلیل به معلول است (تقریباً دلیل آتی) اما استدلال حقوقی از قبیل استدلال از علت به معلول است (تقریباً دلیل لمی).

بنابراین تفاوت بین آنها تفاوت عجیبی نمی باشد، چرا که هر دو از احکام و دستورات بحث می کنند و موضوع هر دو هر چند به طور غیر مستقیم ولی مربوط به عمل افراد است. غایت و هدف این دو علم نیز تقریباً هم سو می باشد و آن عبارت است از آشنایی مکلفان و افراد ملت با حقوق و وظایف خود که انتظام امور و فوز و فلاح دنیا و آخرت را به دنبال دارد (صفایی، ۱۳۹۵).

اما اگر قصد داشته باشیم رابطه بین علم فقه مدرن و علوم حقوقی موجود را از لحاظ موارد یعنی مسائل مطروحه در نظر بگیریم، واضح است که نسبت بین آنها عموم و خصوص من وجه است، موارد اجتماع آنها احکام عقود، ایقاعات، احوال شخصیه و مانند این هاست و موارد افتراق از ناحیه فقه، احکام عبادات و سایر احکام تکلیفی است و از ناحیه علوم حقوقی مسائل شاخه هایی از حقوق است از قبیل حقوق بین الملل، تجارت، ثبت، دریایی و فضایی و غیر آن می باشد. (ابوالقاسم گرگی - رابطه فقه و حقوق ص ۲۳)

در نتیجه چنانچه مقصود از حقوق، حقوق اسلامی می باشد ولیکن یقیناً حقوق عیناً همان فقه است چرا که منظور از فقه، حقوق اسلام است که بر حسب استنباط فقها از ادله متناسب با این حقوق، استخراج شده است، نه اینکه حقوق واقعی اسلام باشد. و اگر مقصود از حقوق، حقوق عرفی باشد، نسبت بین آنها عموم و خصوص من وجه است (مظفر، ۲۰۰۲).

قضیه فقهی، قضیه حقوقی

بحث حاضر مربوط به تعیین مصادیق هر کدام از دو علم فقه و حقوق است و آنچه در مباحث پیشین بیان شد مربوط به مفاهیم کلی آن دو بود.

قضیه فقهی، قضیه حقوقی

قضیه فقهی

مقصود مسائلی است که فقها در مقام استنباط آن برآمده و در کتب خود (کتب فقهی موجود تدوین کرده اند). محقق حلی قدس سره در کتاب شرایع الاسلام کلیه مسائل فقهی را تحت ۴ عنوان کلی مورد بحث و تدقیق قرار داده است که به اختصار بصورت شرح زیر می باشد: عبادات: که هدف اصلی آن پرستش و تقرب به خداوند است، تقرب عنوانی است قصدی و نه قهری و تا مکلف قصد تقرب نداشته باشد، محقق نمی شود و خود بر سه گونه است:

(الف) عبادات محض مانند نمازهای یومیه، روزه و غیره

(ب) عباداتی که علاوه بر محضیت جنبه اجتماعی و سیاسی نیز دارند مثل: نماز جمعه-حج-جهاد وغیره...

(ج) عباداتی که جنبه مالی و اقتصادی دارد همچون خمس و زکات دارند.

نکته: احکام عبادی معمولاً احکامی است تکلیفی که بر وجوب یا حرمت یا کراهت و یا استحباب عمل دلالت دارد (کلانتری، ۱۳۷۵).

معاملات: (عقود-ایقاعات) هدف آن ایجاد ارتباط حقوقی یا سلب این نوع ارتباط است. معامله عملی اعتباری است که علاوه بر اراده و اختیار (رضا) به انشاء نیز نیازمند است چه عقد باشد و چه ایقاع باشد و در علم حقوق، حقوق دانان به این عمل، عمل حقوقی می گویند. عقود: مانند بیع، اجاره، نکاح و ایقاع مثل طلاق، فسخ، ابراء می باشد.

نکته: احکام معاملی؛ معمولاً وضعی است و احیاناً تکالیفی از آن ها منشا می گیرد.

سایر مقررات: که در این قسم احکام نامیده می شود. احکام جمع حکم است و اصطلاحات عدیده ای دارد. در اصطلاح اهل منطق، در اصطلاح قضا و نیز در اصطلاح فقها. اما در این جا قوانینی است قهری که موضوعات آن ها نه به قصد قربت مقیدند (مانند عبادات) و نه به انشاء و قصد آن (مانند معاملات) (صانعی، ۱۳۷۱) این گونه امور به قصد و رضای هیچ کس جز شارع مقدس مقید نمی باشند: برخی از تقسیمات آن عبارتند از:

(الف) احکام مقدماتی مانند طهارت که مقدمه ی نماز، طواف و امور دیگر است و با شهادت اقرار و یمین که مقدمه ی باب قضاء است یا احیای موات و حیازت مباحات که مقدمه حصول مالکیت است (کلانتری، ۱۳۷۵).

(ب) احکام تکلیفی نفسی: مانند احکام اطعمه و اشربه

(ج) احکام احوال شخصیه: مانند ارث و وصیت

قضیه حقوقی

مقصود کلیه مسائل حقوقی عرفی مدون در کتب حقوقی می باشد که حقوق دانان در طول زمان های متمادی استخراج کرده اند. بنابراین ارتباط بین علم فقه مدون و علوم حقوقی موجود تنها عموم و خصوص من وجه است. موارد اجتماع آنها احکام عقود، ایقاعات، احکام شخصیه و مانند اینهاست و موارد افتراق از ناحیه فقه، احکام عبادات و سایر احکام تکلیفی است و از ناحیه علوم حقوقی، مسایل شاخه هایی از حقوق است که در برگیرنده : حقوق بین الملل، تجارت، کار، ثبت، دریایی، فضایی و غیره می باشد (علی آبادی، ۱۳۹۲).

نکته

اگر بیان شود مسائلی که باید در فقه مطرح شود وسیع تر از آن است که در فقه مدون آمده، در نتیجه بیش تر یا همه ی انواع حقوق را شامل می شود. و از آن طرف اگر ادعا کنیم مسائلی که در علوم حقوقی باید مطرح شود وسیع تر از آن است که در انواع حقوق آمده مثلا رابطه انسان ها با خدا را هم باید بررسی کند در نتیجه ممکن است همه انواع فقه را شامل شود، آنگاه اگر تنها حذف یکی از مابه الا متیازها را بپذیریم نسبت بین آن دو عموم و خصوص مطلق میشود و چنانچه حذف هردو ما به الامتیازها را بپذیریم، بین آن ها به گونه ای تساوی برقرار می گردد. آنچه منطقی به نظر می رسد نسبت عام و خاص من وجه بین این دو علم می باشد و آن چه که امروزه هم در خارج اتفاق افتاده همین نسبت است. در ادامه برای بررسی این نسبت در قضایای فقهی و حقوقی در سه حوزه ی زیر مصادیقی بیان می شود (کلانتری، ۱۳۷۵).

(الف) مسائلی که مربوط به ما به اشتراک این دو است.

در این بخش به اشتراکی که مبتلا به مسائل هر دو است اما نظر فقه و حقوق در آن باهم تغایر دارد، پرداخته می شود، بدیهی است مثلا در قانون مدنی ایران، چنین اتفاقی سابقه ندارد اما برای روشن شدن بحث مثالی به شرح زیر می باشد:

تقسیم ارث

در قانون اسلام (فقه) تقسیم ارث تابع نظر شارع مقدس است و مبانی حقوقی (عرف، دکتین و غیره) و حتی عقل و اجتماع هم در تشریع آن دخالتی ندارد. در این قانون به عنوان مثال زوجه، یک هشتم مایه زوج را مالک است نه بیشتر، فرزند پسر دو برابر فرزند دختر ارث می برد و سایر موارد. اما اگر از نگاه حقوقی صرف به مساله نگاه کنیم، هیچ حقوق دانی با فرض چشم پوشی از فقه و منابع فقهی، حکم به چنین تقسیمی نمی دهد (کاتوزیان، ۱۳۷۱). سوال؟

چرا شارع در ارث اینگونه عمل نموده است؟

بی شک ملاک تقسیم ارث بدین شیوه ریشه در حکمت و عدالت حق تعالی دارد و مصالحی را لحاظ نموده و دفع مفاسدی را مد نظر دارد؛ گرچه سر تمامی یا بخشی از این موارد بر افراد و یا بالاتر بر حقوقدانان پوشیده باشد. اساسا در اینگونه موارد که نص شرعی بر امور مبتلا به روابط حقوقی وارد است، علت تشریع احکام به صورت تحلیلی قابل دسترسی نیست؛ تنها ملاک، استناد آن به شارع مقدس است (کلانتری، ۱۳۷۵). نظر شارع بر نظر تمامی قوانین موجود و حقوقدانان، حاکم است، خداوند در قرآن میفرماید: " قل اتعلمون الله بدینکم والله یعلم ما فی السموات والارض " حجرات/ ۱۹ این آیه می فرماید: خداوند به واسطه آگاهی بر نهان آسمانها و زمین برای انسانها که بخشی از این هستی اند قانون وضع می کند و انسان شایسته نیست که در مقام آموزش قانون به خداوند در آمده و اظهار وجود نماید (کلانتری، ۱۳۷۵).

علامه طباطبایی در جای جای تفسیر قییم المیزان به این موضوع اشاره کرده که تشریع، ریشه در تکوین دارد و این تنها خداست که رابطه و هماهنگی بین تکوین و تشریع را آگاه است (رجوع شود به جلد دوم تفسیر عربی المیزان آیات ۲۱۹ و ۲۲۰ و همچنین ص ۲۱۰ که نظام هستی تکوین و تشریع را بر اساس طهارت و نجاست تحلیل می کند همچنین ص ۲۴۸ و ص ۲۶۰ از جلد دوم تفسیر عربی المیزان) و نیز در "رساله الولایه" ایشان نیز به تفصیل در این رابطه مباحثی به میان آمده است. ایشان می فرماید: "کل اعتبار فهو متقوم تحتها" که به بررسی هماهنگی نظام تشریع و تکوین می پردازند. (رساله الولایه- فصل الأول)

(ب) مسائلی که مربوط به ما به الامتیاز فقهی است.

برای این موضوع می توان عبادات محض مانند نماز و روزه و یا عباداتی که جنبه سیاسی دارد مثل حج و یا عباداتی که جنبه اقتصادی دارند مانند زکات و خمس در نظر گرفت. در حقوق موجود رد پای هیچکدام از این مسائل و احکام دیده نمی شود، و صرفا به علت وجود دین، و منشا وحی است که از این احکام و تکالیف نسبت به انسان و جامعه بحث می شود، البته وجود این احکام و عمل به آنها در سایر روابط حقوقی انسان ها و جامعه منشا آثاری اخلاقی، حقوقی و سیاسی متعددی می شود، که بررسی عناوین این دسته از احکام خود نیازمند تحقیقی جداگانه و در خور تامل است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷). طبیعی است که در این گونه موارد، قوانین، قواعد، اصول و نکات

بکری برای حقوقدانان، قضات و وکلا وجود دارد که از آنها می توان استفاده های فراوانی در جهت ارتقاء دانش حقوق به عمل آورد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷).

(ج) مسائلی که مربوط به مابه الامتیاز حقوقی است.

ناگفته نماند که حقوق تقسیمات فراوانی داشته و منجر به تخصص های گوناگونی شده است. در اثر پیشرفت علم و صنعت و نیز گسترش روابط کشورها با یکدیگر و در آستانه ی جهانی شدن روابط، مسائل و قضایای حقوقی متعددی بوجود آمده که در فقه مدون مسبوق به سابقه نمی باشد و ضمناً فقهای عظام نیز به آنها نپرداخته اند (افتخار جهرمی، ۱۳۹۵).

از جمله آن: روابط بین الملل، حقوق دریاها و فضا و روابط دیپلماتیک و غیره... می باشد. این گونه موارد که گرچه در حقوق کتب متعددی درباره آنها مدون شده اما به اندازه چند سطر هم در فقه بدانها پرداخته نشده است. طبیعی است که اینگونه امور هم می توانند منشا مسائل فقهی متعددی برای فقها گشته و تجارب گران سنگی برای آنها به ارمغان بیاورد که در جهت ارتقاء دانش فقه پویا، قطعاً مثمر ثمر و مفید فایده خواهد بود. به نظر می رسد تلاش برای درک بهتر امور فوق الذکر بدور از تعصبات و کسالت های علمی، گامی مؤثر در تولید علم در دو گستره ی فقه و حقوق بوده تا شاید اتحاد میمون و مبارکی از آنها زاییده شود و یا نسبت ما به الامتیاز به کمترین حد ممکن برسد (مهرپور، ۱۳۸۹).

نتیجه

در سال های اخیر دو جریان فقه سنتی و نظام حقوقی در ساختارهای مختلف به اجرا در آمده است و البته تلاش شده تا در حد امکان از روابط تعاملی آن بهره گرفته شود. اما چالش تاسیس نظام حقوقی منسجم بر مبنای فقه به دلیل ۱. پرهیز از اعمال سلیقه ها. ۲. اجرای عدالت اسلامی به صورت گسترده و همچنین پاسخ به بسیاری از پرسش های اساسی دارای نقش تعیین کننده در معادلات اجتماعی، کماکان به عنوان یک مساله بسیار مهم و حیاتی قابل طرح است.

منابع:

- ۱) آخوندی محمود، آئین دادرسی کیفری، ج ۱، (تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت ارشاد، ۱۳۸۹).
- ۲) اردبیلی محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵).
- ۳) افتخار جهرمی گودرز، اندیشه‌های حقوقی نوین در حقوق داخلی و بین‌المللی، (تهران: انتشارات نوین، ۱۳۹۵).
- ۴) امامی سید حسن، حقوق مدنی، (تهران: انتشارات اسلامی، ج ۵، ۱۳۷۷).
- ۵) ژان پرادل، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۹۶).
- ۶) جعفری لنگرودی محمدجعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹).
- ۷) جعفری لنگرودی محمدجعفر، اندیشه و ارتقاء، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۷).
- ۸) حبیب زاده محمدجعفر و محقق داماد سید مصطفی، «اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق ایران»، نشریه علمی دانشگاه شاهد، شماره ۹ و ۱۰، (۱۳۷۴).
- ۹) داوید رنه، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه دکتر صفایی، دکتر آشوری و دکتر عراقی، (تهران: مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۸۰).
- ۱۰) دل وکیو ژرژ، ترجمه جواد واحدی، فلسفه حقوق، (تهران: نشر میزان، ۱۳۸۰).
- ۱۱) شهیدی مهدی، حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، (تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۰).
- ۱۲) صانعی پرویز، حقوق جزای عمومی، ج ۱، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۱).
- ۱۳) صفایی سید حسین، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵).
- ۱۴) علی‌آبادی عبدالحسین، حقوق جنایی، ج ۱، (تهران: انتشارات فردوسی، ۱۳۹۲).
- ۱۵) فاطمی قمی سید محمد، خاطرات، به کوشش دکتر حسین زندیه، (تهران: مرکز پژوهش کتابخانه، موزه و مرکز اسناد مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۹).
- ۱۶) کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱).
- ۱۷) _____، فلسفه حقوق، ج ۲، (تهران: انتشارات به نشر، ۱۳۶۵).
- ۱۸) _____، مقدمه علم حقوق، (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵).
- ۱۹) _____، قواعد عمومی قراردادها، (تهران: انتشارات به نشر، ۱۳۶۸).
- ۲۰) کلانتری کیومرث، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، (مازندران: انتشارات دانشگاه مازندران، ۱۳۷۵).
- ۲۱) لوی برول هانری، جامعه‌شناسی حقوق، ترجمه ابوالفضل قاضی شریعت پناهی، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵).
- ۲۲) مالوری فیلیپ، اندیشه‌های حقوقی، ترجمه مرتضی کلانتریان، (تهران: نشر آگه، ۱۳۸۸).
- ۲۳) محسنی مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، کلیات حقوق جزا، (تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۹۲).
- ۲۴) مظفر محمدرضا، اصول الفقه، مؤسسه علمی للمطبوعات، (بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، ۲۰۰۲).
- ۲۵) مهرپور حسین، مختصر حقوق اساسی، (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۹).
- ۲۶) نجفی توانا علی و میلکی ایوب، حقوق جزای عمومی، (تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳).
- ۲۷) هاشمی سید محمد، حقوق اساسی، (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵).
- ۲۸) هاشمی سید محمد، «بررسی مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه قانون اساسی جمهوری اسلامی، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت»، (تهران: دانشگاه تهران با همکاری برنامه عمران ملل متحد، ۱۳۸۲).
- ۲۹) جعفری لنگرودی محمدجعفر، مجموعه محشای قانون مدنی، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۹، ص ۱۷۰.
- ۳۰) مهرپور حسین، مختصر حقوق اساسی، نشر دادگستر، ۱۳۸۹، ص ۱۴۹.
- ۳۱) کاتوزیان ناصر، فلسفه حقوق، تهران، انتشارات به نشر، ج ۲، ۱۳۶۵، ش ۲۴۳.
- ۳۲) کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۱، ۱۳۷۱، ش ۴۳.
- ۳۳) علی‌آبادی عبدالحسین، حقوق جنایی، ج ۱، انتشارات فردوسی، ۱۳۹۲، ص ۴۶ - محسنی مرتضی، دوره حقوق جزای عمومی، کلیات حقوق جزا، ج ۱، نشر گنج دانش، ۱۳۹۲، ص ۳۰۲.
- ۳۴) کاتوزیان ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۵، ش ۱۹۸.
- ۳۵) مهرپور حسین، پیشین، ص ۳۷۵ - افتخار جهرمی گودرز، اندیشه‌های حقوقی نوین در حقوق داخلی و بین‌المللی، انتشارات نوین، ۱۳۹۵، ص ۲۱۵.