

رابطه فقه و حقوق

نادعلی عاشوری تلوکی^{۱*} عباس راعی عزآبادی^۲

*۱ دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد، دانشیار دانشکده حقوق و الهیات، نجف آباد، ایران

nadali_ashoori@yahoo.com

۲ دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف آباد، کارشناس ارشد رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی، نجف آباد، ایران

abbasraee@yahoo.com

چکیده

موضوع رابطه ی فقه و حقوق است؛ 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 ویژه ای دارند. قضیه ی فقهی با قضیه ی حقوقی رابطه ی عموم و خصوص من وجه دارد؛ به عبارت دیگر برخی قضایا مشترک بین فقه و حقوق است مانند احکام عقود، ایقاعات و احوال و احکام شخصیه و برخی مختص فقه می باشد مانند 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 باشد و باعث 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 بوده و هر دو از دانش های رفتاری و دستوری اند و در بسیاری از موارد مانند بخش هایی از اهداف، مسائل، متدلوژی، منابع و غیره... با هم تقارب و تجانس دارند با این همه، تمایزهای آن دو نیز کم نیست. 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 کند.

در گذشته این دو یار قدیمی داد و ستد بسیار داشته اند که در تکامل و بالندگیشان اثر آفرین بوده است، اما امروزه که سایه ی حقوق و شاخه های متعدد آن بویژه بعد از رنسانس و زمزمه جدایی دین از سیاست و در نهایت محدود شدن دین در

اخلاق فردی در جای جای زندگی ما گسترانیده شده، فقه اسلامی تا حدود زیادی به چالش و در پاره ای موارد حتی به انزوا نیز کشیده شده است! خاصه اینکه پای این نحوه تفکر در قوانین بسیاری از کشورهای اسلامی نیز باز شده است. (رنه داوید. نظام های بزرگ حقوقی معاصر). در کشور ما ایران بویژه 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 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 است.

حال پرسش اساسی این است، اساسا چه رابطه ای بین حقوق معاصر و فقه وجود دارد؟ آیا اسلام هر گونه قانون بشری را نفی می کند یا نه در پاره ای موارد قوانین جاری در اجتماع را امضا و تأیید می نماید؟ 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 تعریف می کند؟ نوشته حاضر به واکاوی رابطه قضیه فقهی با قضیه حقوقی و همچنین اشتراکات، افتراقات و ملاکات تشخیص آنها در حالات خاص پرداخته و سعی می کند در حد توان و بضاعت خویش گامی فرابیش نهد.

بیان مساله

دانش های فقه و حقوق هر کدام موطن و خواستگاهی ویژه دارند. فقه دانشی است اصیل که زادگاهش فرهنگ و تمدن اسلامی است و سده ها به عنوان دژ استوار مناطق و ملاک عمل و رفتار در جوامع اسلامی قرار می گرفت و آنها را از دیگر نظام های حقوقی بی نیاز می کرد. خیلی 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 وجود داشت، حقوق رومیان که بعدها پایه و اساس نظام حقوقی «رومی-رژمنی» گردید قرن های متمادی مورد پذیرش بخشهای وسیعی از اروپا بود. پیش از قرن ۱۳ میلادی مجموعه های ژوستین در شرق و تا حدی در ایتالیا و مجموعه قانون رومی یا کتاب آلاریک مصوب ۵۰۶م. در فرانسه و اسپانیا از لحاظ نظری معرف حقوق روم بود. (رنه داوید صص ۳۲ و ۳۳).

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 رسید، چیزی که قرنها در موازای آن به حیات خود ادامه می داد. امروزه و با توجه به وضعیت کنونی این دو دانش لازم است ضمن بررسی میزان محدوده و بسامد تاثیر و تاثر آن ها نسبت به هم، راه حل های منطقی و محوری برای سامان دادن 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 است. امری که باید به دور از تعصبات علمی، سیاسی، نژادی و در پاره ای موارد ملی، به آن نگریسته شود. به نظر می رسد راه حل منطقی، قبل از بررسی رابطه فقه و حقوق، بررسی فلسفه این دو علم است. چرا که ممکن است فقه و حقوق میوه دو درخت جدا از هم باشند که در این صورت رابطه، تباین است گرچه شباهت های صوری آن دو را نمی توان نادیده گرفت، و در نگاهی دیگر ممکن است میوه یک درخت باشند که ریشه در هستی شناسی عمیق و حیانی دارند، که در این صورت رابطه تساوی است! اما در هر صورت برمبنای متداول بحث رابطه فقه و حقوق را بررسی کرده و در پایان نظر نهایی را بیان می کنیم.

مفهوم شناسی فقه و حقوق و قانون

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

معانی لغوی فقه

- ۱- دانستن چیزی و فهم آن (فرهنگ ابجدی، ج ۱ ص ۶۶۹)
 - ۲- علم و دانستنی که همراه با دقت نظر و استنباط باشد (مجمع البحرین، ج ۶ ص ۳۵۵ - لسان العرب، ج ۱۳ ص ۵۲۲)
- بعضی از موارد استعمال کلمه فقه در قرآن موید معنای دوم است که در این کلمه نوعی دقت نظر و ریز بینی ملحوظ است مانند: **قَدْ فَصَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَفْقَهُونَ**. 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 به معنای علم فقه که عبارت است از اجتهاد مصطلح
- در این نوشتار اصطلاح مورد نظر ما از فقه، مورد سوم می باشد که تعریف و توضیح بیشتر آن در پی خواهد آمد:
- "الفقه هو العلم بالاحکام الشرعیة الفرعیة عن ادلتها التفصیلیة" یعنی: "فقه آگاهی از احکام شرعی فرعی است از روی دلیل های هر کدام تفصیلاً و جدا جدا". الأقطاب الفقهیة علی مذهب الإمامیة، ص: ۳۵

معانی لغوی حقوق

این واژه در اصل جمع حق است گرچه در حال حاضر در معنای مفرد بکار برده می شود. و حق در لغت به معنای ثبوت یا شیء ثابت است. به تعبیری دیگر حق، معانی عدیده ای دارد که بازگشت همه یا لاقلاً بیشتر آنها به یک معناست و آن اینک: ثبوت است به اعتبار وجه مصدری حق، و ثابت است به اعتبار وجه وصفی آن و غالباً حق در وجه وصفی آن به کار می رود، یعنی "شیء دارای حقیقت و ثبوت". (لغت نامه دهخدا، ج ۱۱ ص ۱۷۱۹۳)

با این توضیح معنای دیگر حق در کتب لغت از قبیل: واجب، مال، ملک، سهم و نصیب شخص از میراث و... مصادیق حق به شمار می روند و نه مفهوم واقعی آن. (سید محمد حسینی، فرهنگ فقه، ص ۱۸۶)

نتیجه اینکه حق به معنای شیء ثابت است و این ثبوت اعم از واقعی و اعتباری است؛ چنانکه می توان گفت: خداوند، زندگی و مرگ، حق است و نیز می توان گفت مالکیت وارث، یا مشتری نیز حق است.

معنای اصطلاحی حقوق

- حقوق در اصطلاح، به معنای مختلفی بکار رفته است:
- ۱- حقوق عبارتست از مجموعه ی مقرراتی که بر روابط افراد یک جامعه حاکم است. (تطبیق نظام حقوقی اسلام فصلنامه تخصصی اهل بیت، ش. ۳۶)
 - ۲- حقوق به معنای علم حقوق که مقصود دانش قانون است. (ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق، ص ۱۳)

در این نوشتار معنای مورد نظر از حقوق، مورد دوم یعنی "علم حقوق" که مقصود دانش قانون است می باشد. یعنی علمی که روابط قضایی انسان ها در بستر اجتماع را بررسی کرده، نیاز های آنها را سنجیده و مواد و موارد قانونی را برای آنها در نظر می گیرد و همه ی آحاد و افراد جامعه را ملزم به رعایت آن می نماید. ذکر این نکته ضروری است 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 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 تصرف کرده یا بهره ای برگیرد، مانند: حق حضانت، حق خیار، حق قصاص و غیره.

برای توضیح بیشتر به دو نکته اشاره می گردد.

نکته اول: حق و حکم

شماری از فقیهان بین حق و حکم تفاوت هایی قایل شده اند چرا که از نظر آنان حق به این معنای مذکور با برخی از احکام تکلیفیه جامع مشترکی دارد.

اما به نظر برخی دیگر بین آن دو هیچ فرقی نیست یعنی حق اصطلاح خاص شرعی یا غیر شرعی ندارد و هر کجا که استعمال شود منظور همان معنای لغوی است، یعنی امر ثابت اعم از آنکه قابل انفساخ باشد یا نباشد و اعم از آنکه قابل اسقاط باشد یا خیر.

نکته ی دوم:

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

معانی لغوی قانون

قانون در کتب لغت به معانی زیر آمده است:

۱. رسم، قاعده، روش، آئین
۲. امری است کلی که بر همه جزئیاتش منطبق می گردد و احکام جزئیات از آن شناخته می شود. (سید محمد حسینی. فرهنگ فقه. ص ۳۸۶)
۳. قاعده ای است که مقامات صلاحیت دار آن را وضع و ابلاغ می کنند. (رضا علومی، کلیات حقوق، ص ۷).

معنای اصطلاحی قانون

مفهومی است کلی، قضایی و غیر موقت که مراجع صلاحیت داری آن را برای اجراء تصویب کرده و به عموم عرضه می دارند. قانون در این تعریف با آیین نامه و تصویب نامه فرق دارد. و تنها قوه مقننه می تواند آن را تغییر دهد، بر خلاف آیین نامه و تصویب نامه که مراجع تصویب کننده آن ها می توانند آن را تغییر دهند.

برای توضیح بیشتر به سه نکته اشاره می گردد.

نکته اول

قانون : الف) یک قاعده حقوقی است ب) ضمانت اجرا دارد ج) استمرار دارد د) بیش از یک مصداق دارد

نکته دوم

در اصطلاح حقوق اسلامی یعنی فقه، نام قانون را شرع و شریعت نهاده اند، شرایع اسلام یعنی قوانین اسلام

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 است و عقل و اجماع (در فقه شیعه) و قیاس و مصالح مرسله و استحسان (در فقه اهل سنت) منابع دیگر آن به شمار می روند، که در مقام رتبه بندی موخر از کتاب و سنت می باشند.

رابطه فقه و حقوق

می دانیم که حقوق منشا تکالیف است و تکالیف هم قسمتی از مطلق احکام است حال اگر بگوییم فقه بطور کلی از تکالیف بحث می کند و تکالیف هم از حقوق ناشی می شود سخن به گزاف نگفته ایم، در این صورت اگر علم فقه از حقوق بحث می کند (یعنی مناشی تکالیف) این بحث به یقین بحثی است استطرادی، اما اگر حقوق یعنی دانش های حقوقی واقعا از حقوق بحث می کرد که مناشی احکام است، در این صورت نسبت منطقی بین علم فقه و علوم حقوقی تباین است، اما واقعیت اینگونه نیست در واقع دانش های حقوقی از همان چیزی بحث می کند که موضوع بحث علم فقه است، یعنی احکام و دستوراتی که از حقوق ناشی می شود نه از مناشی آن. که در این صورت رابطه بین علم فقه و حقوق، از نظر کلی از دو جهت است:

- ۱- علم فقه در مقام استنباط احکام الله است و این احکام را شرح و بسط و تبیین می کند اما علوم حقوقی این عمل را نسبت به قوانین مصوب انجام می دهد.
- ۲- استدلال فقهی انتقال از دلیل به مدلول است (تقریبا دلیل آتی) اما استدلال حقوقی از قبیل استدلال از علت به معلول است (تقریبا دلیل لمّی)

بنا بر این تفاوت بین آنها تفاوت ماهوی نیست چرا که هر دو از احکام و دستورات بحث می کنند و موضوع هر دو هر چند به طور غیر مستقیم نیز عمل افراد است. غایت و هدف این دو علم نیز تقریبا هم افق است 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. اما اگر بخواهیم رابطه بین علم فقه مدرن و علوم حقوقی موجود را از لحاظ موارد یعنی مسائل مطروحه در نظر بگیریم پیداست 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. (ابوالقاسم گرگی- رابطه فقه و حقوق ص ۲۳)

در نتیجه چنانچه مقصود از حقوق، حقوق اسلامی باشد به یقین حقوق عینا 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. آنچه در بالا ذکر شد اجمال بحث بود که تفصیل آن در گرو بررسی مبانی حقوق، منابع حقوق و فلسفه حقوق و همچنین مبانی، منابع و فلسفه فقه است که در این مختصر نمی گنجد.

قضیه فقهی، قضیه حقوقی

در بحث پیشین به اختصار درباره فقه، حقوق، قلمرو آنها و رابطه بین آن دو مباحثی مطرح شد. آنچه در آنجا گفته شد گرچه جنبه مقدماتی داشت، اما ثمرات آن مباحث در این قسمت اثر گذار است.

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

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 اشاره می کنیم:

۱- 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

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

۲. معاملات: (عقود- ایقاعات) هدف آن ایجاد ارتباط حقوقی یا سلب این نوع ارتباط است. معامله عملی اعتباری است که علاوه بر اراده و اختیار (رضاً) به انشاء نیز نیازمند است چه عقد باشد و چه ایقاع. در علم حقوق، حقوق دانان به این عمل، عمل حقوقی می گویند.

عقود: مانند بیع، اجاره، نکاح و ایقاع مثل طلاق، فسخ، ابراء

نکته: احکام معاملی؛ معمولاً وضعی است و احیاناً تکلیفی از آن ها ناشی میشود.

۳. 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).

این گونه امور به قصد و رضای هیچ کس جز شارع مقدس مقید نیست: برخی از تقسیمات آن عبارتند از:

الف) احکام مقدماتی: مانند طهارت که مقدمه ی نماز، طواف و امور دیگر است و یا شهادت اقرار و یمین که مقدمه ی باب قضاء است یا احیای موات و حیات مباحث که مقدمه حصول مالکیت است.

ب) احکام تکلیفی نفسی: مانند احکام اطعمه و اشربه

ج) احکام احوال شخصیه: مانند ارث و وصیت

د) احکام قضایی: مثل حدود و دیات

ه) احکام جزایی: مثل قصاص

(جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، تهران، ۱۳۷۴)

قضیه حقوقی

مقصود کلیه مسائل حقوقی عرفی مدون در کتب حقوقی است که حقوق دانان در طول زمان های متمادی استخراج کرده اند. بنابر این رابطه 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 از قبیل: حقوق بین الملل، تجارت، کار، ثبت، دریایی، قضایی و غیره

نکته

اگر ادعا 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 الامتیازها را بپذیریم نسبت بین آن دو عموم و خصوص مطلق میشود و چنانچه حذف هر دو ما به الامتیازها را بپذیریم نسبت بین آنها تساوی می شود.

آنچه منطقی به نظر می رسد نسبت عام و خاص من وجه بین این دو علم است 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 را می آوریم.

الف) مسائلی که مربوط به ما به الاشتراک این دو است.

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

تقسیم ارث

در قانون اسلام (فقه) تقسیم ارث تابع نظر شارع مقدس است و مبانی حقوقی (عرف، دکترین و غیره) و حتی عقل و اجتماع هم در تشریح آن دخالتی ندارد. در این قانون به عنوان مثال زوجه، یک هشتم ماترک 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. 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 سرّ 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 تشریح احکام به صورت تحلیلی قابل دسترسی نیست؛ تنها ملاک، استناد آن به شارع مقدس است. طبیعی است که در این گونه موارد قضیه فقهی با قضیه حقوقی در یک موضوع خاص مانند مثال

پیشین به دو حکم متفاوت منجر می شود. و به یقین در این گونه موارد، 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 نهمان 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.

(علامه طباطبایی ره در جای جای تفسیر قیّم المیزان به این موضوع اشاره کرده که تشریح، ریشه در تکوین دارد و این تنها خداست که رابطه و هماهنگی بین تکوین و تشریح را آگاه است (رجوع شود به جلد دوم تفسیر عربی المیزان آیات ۲۱۹ و ۲۲۰ و همچنین ص ۲۱۰ که نظام هستی-تکوین و تشریح- 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: "کلّ اعتبارٍ فَهُوَ مُتَقَوِّمٌ تَحْتَهَا" که به بررسی هماهنگی نظام تشریح و تکوین می پردازند. (رساله الولایه- فصل الاول)

ب) مسائلی که مربوط به ما به الا امتیاز فقهی است.

برای این موضوع می توان از 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 بحث نمود.

در حقوق موجود ردّ پای هیچکدام از این مسایل 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 تأمل است. 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.

ج) مسائلی که مربوط به ما به الا امتیاز حقوقی است.

ناگفته پیداست که حقوق تقسیمات فراوانی داشته و به تخصص های گوناگونی منجر 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 مسبق به سابقه نمی باشد و ضمنا فقهای عظام نیز بدانها نپرداخته اند. از جمله آن: روابط بین الملل، حقوق دریاهای و فضا و روابط دیپلماتیک و غیره. . . می باشد. این گونه موارد ما به الامتیازی است 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، قطعا 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 زاینده شود و یا نسبت ما به الامتیاز به کمترین حدّ ممکن برسد.

نتیجه

در کشور ما در صد سال اخیر دو جریان موازی دیده می شود. در یک سو فقه سنتی در حوزه ها و برخی مراکز دیگر ادامه حیات داد و هم زمان، نظام حقوقی عمدتا در محافل دانشگاهی پذیرفته شد و در ساختار دولت به اجرا در آمد و البته تلاش شد در حد امکان از احکام فقهی تاثیر پذیرد ولی متاسفانه هیچگاه فقه ما در این چالش به وجود آمده به دنبال تاسیس

نظام حقوقی منسجم نبوده است، بلکه تنها از آن سو، نظامهای حقوقی دولت مدار، هر جا خواسته اند یا توانسته اند بخشهایی از فقه را در رگهای خود تزریق کرده اند که گاهی، نتایج غیر قابل قبولی را به دنبال داشته است. در پایان باید گفت اگر فقیهان قانون دان و حقوقدانان فقه آشنای ما به دنبال برپایی یک نظام حقوقی اسلامی اصیل اند، باید تکلیف خود را در برابر بسیاری از پرسشهای اساسی که نقش بسیار تعیین کننده ای در همه معادلات اجتماعی دارد را، معین سازند.

منابع

۱. ابن ابی جمهور الأحسائی، محمد بن علی بن إبراهیم (الأقطاب الفقهیة علی مذهب الإمامیة) منشورات مکتبة آیة الله المرعشی النجفی. ۱۴۱۰ ه ق. الطبعة: الأولى
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (دانشنامه حقوقی) تهران. ۱۳۷۴
۳. داوید، رنه (نظام های بزرگ حقوقی معاصر). گروه مترجمان. مرکز نشر دانشگاهی. ۱۳۷۵
۴. رادمند، محمد امین (نسبت ما و فقه) ۱۳۸۹
۵. طباطبایی، محمد حسین (مجموعه رسائل - رساله الولایه). ۱۳۸۸. موسسه بوستان کتاب. چاپ دوم
۶. فیاض، علی اکبر (مجله سفیر) سال اول. شماره دوم. تابستان ۱۳۸۶ پ
۷. کاتوزیان، ناصر (مجله نامه مفید) شماره چهل و سوم. ۱۳۸۴
۸. مقدمه علم حقوق (۱۳۸۴). شرکت سهامی انتشار. چاپ چهل و ششم
۸. گرجی، ابوالقاسم (مجله مجتمع آموزش عالی قم) سال اول. شماره سوم. پاییز ۱۳۷۸
۹. مدنی، سید جلال الدین (مبانی و کلیات علم حقوق). نشر همراه. ۱۳۷۰