

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مطالعات فقه سیاسی

دوفصلنامه علمی - تخصصی
سال اول، شماره اول، بهار و تابستان ۱۴۰۰



صاحب امتیاز: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام
مدیر مسئول: آیت الله محمد جواد فاضل لنکرانی
سردبیر: سید جواد حسینی خواه



هیئت تحریریه (به ترتیب حروف الفبا):

- ◆ حسین ارجینی (عضو هیأت علمی دانشگاه معارف اسلامی، دکتری علوم سیاسی)
- ◆ علیرضا اسلامیان (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ◆ سیدسجاد ایزدهی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ◆ سید جواد حسینی خواه (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم، دکتری فقه روابط بین الملل)
- ◆ قاسم شبان نیا (عضو هیأت علمی مؤسسه امام خمینی علیه السلام، دکتری علوم سیاسی)
- ◆ مجتبی عبدخدایی (عضو هیأت علمی دانشگاه علامه طباطبائی، دکتری روابط بین الملل)
- ◆ عباس کعبی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ◆ احمد مبلغی (مدرس خارج فقه و اصول حوزه علمیه قم)
- ◆ محمد قاسمی (مدرس سطوح عالی حوزه علمیه قم، دکتری فلسفه سیاسی)

دبیر اجرایی: محمدحسن استادمیرزا

طراح جلد: حمیدرضا پورحسین

مترجمان: ابراهیم حسن (عربی) - جاوید اکبری (انگلیسی)

دبیر تحریریه: محمد قاسمی

ویراستار: یحیی امینی

صفحه آرا: محسن شریفی

مجوز انتشار نشریه غیربرخط **مطالعات فقه سیاست** در زمینه علوم سیاسی (تخصصی) به زبان فارسی و ترتیب انتشار دوفصلنامه به نام مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام در تاریخ ۱۴۰۰/۲/۲۰ به شماره ثبت ۸۷۸۲۶ از سوی معاون امور مطبوعاتی و اطلاع رسانی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی صادر گردید.

نشانی: قم، میدان معلم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، معاونت پژوهش، دفتر دوفصلنامه مطالعات فقه سیاست

تلفن: ۰۲۵ - ۳۷۷۴۹۴۹۴ - ۰۲۵ - دورنگار: ۰۲۵ - ۳۷۷۳۰۵۸۸

قیمت: ۳۰۰۰۰۰ ریال





Precedence of the Principle of the Necessity of Compliance with the Principle of Non-Opposition in the Legislative System of Islamic Government

*Muhammad Taqi Karimi*¹

*Sayyid Reza Shirazi*²

Abstract

Despite the presence of the institution of Shari'a and its place in the system of Islamic teachings, the nature of law in the Islamic government is one of the most challenging issues in Islamic political thought. The idea of the adequacy of Shari'a and the necessity of legislation in the Islamic political system is based on this kind of attitude. Nonetheless, in the contemporary era and according to the structure and requirements of modern governments, the principle of the necessity of the existence of a legislative body has been accepted, but there is a difference in the nature and components of this government institution. When it comes to the relationship between the executive laws of the Islamic State and the institution of Shari'a, there are mainly two general views: the view of the principle of non-opposition and that of the necessity of compliance of the laws with Shari'a. Using the method of content analysis to explain the theoretical foundations of the views in this field, the present article has concluded that first: The principle

-
1. Assistant professor, Research Institute of Islamic Sciences of the Foundation for Islamic Researches (affiliated to Astan Quds Razavi). Email: (Mtkarimi56@gmail.com)
 2. Assistant professor, Research Institute of Islamic Sciences of the Foundation for Islamic Researches (affiliated to Astan Quds Razavi). Email: (srshirazi@yahoo.com).



of "necessity of compliance" is closer to the goals of Islamic law and is more compatible with the capacity of Shiite jurisprudence in politics and governance. Secondly, there is the possibility of implementing this principle in the legislative institution of the Islamic State and in the context of a theocratic system.

Keywords: Legislation, Islamic State, principle of necessity of compliance, principle of non-contradiction.

□

مطالعات فقهی است

دوفصلنامه علمی - تخصصی
سال اول، شماره اول (بهار و تابستان ۱۴۰۰)
تاریخ ارسال: ۱۴۰۰/۰۴/۰۱
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۷/۰۲

تقدم اصل ضرورت مطابقت بر اصل عدم مخالفت در نظام تقنین دولت اسلامی

محمد تقی کریمی^۱

سیدرضا شیرازی^۲

چکیده

ماهیت قانون در دولت اسلامی، با وجود نهاد شریعت و جایگاه آن در منظومه آموزه‌های اسلامی، از موضوعات چالش‌برانگیز اندیشه سیاسی اسلام است. اندیشه کفایت شریعت و عدم ضرورت تقنین در نظام سیاسی اسلام بر مبنای همین نوع نگرش شکل گرفته است. با این حال در دوران معاصر و با توجه به ساختار و اقتضائات دولت‌های مدرن، اصل ضرورت وجود نهاد تقنینی امری پذیرفته شده است و اکنون اختلاف در ماهیت و اجزای تشکیل‌دهنده این نهاد حکومتی است. درباره نسبت میان قوانین اجرایی دولت اسلامی با نهاد شریعت، عمدتاً دو نگرش کلی وجود دارد: دیدگاه اصل عدم مخالفت و دیدگاه ضرورت انطباق قوانین با شریعت. مقاله حاضر با بهره‌گیری از روش تحلیل محتوا به تبیین مبانی نظری دیدگاه‌های مطرح در این زمینه، به این نتیجه رسیده است که اولاً: اصل «ضرورت تطبیق» به اهداف شریعت اسلامی نزدیک‌تر بوده و با ظرفیت‌های فقه شیعه در عرصه سیاست و حکمرانی سازگارتر است؛ و ثانیاً: قابلیت اجرای این اصل در نهاد تقنینی دولت اسلامی و در بستر نظام ولایی وجود دارد.

واژگان کلیدی: تقنین، دولت اسلامی، اصل لزوم مطابقت، اصل عدم مغایرت.

۱. محمد تقی کریمی، استادیار پژوهشکده علوم اسلامی بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی؛

Mtkarimi56@gmail.com.

۲. سیدرضا شیرازی، استادیار پژوهشکده علوم اسلامی بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی؛

sshirazi@yahoo.com.



مقدمه

نهاد تقنین از اصلی‌ترین بخش‌های هر نظام سیاسی است. بررسی پیشینه قانون‌گذاری در نظام‌های سیاسی گوناگون نشان از اهمیت این نهاد، به‌عنوان قوه عاقله و تصمیم‌گیر اصلی هر نظام سیاسی، دارد. میزان نقش‌آفرینی این نهاد در سیستم‌های گوناگون سیاسی، متفاوت است. در نزد برخی از مکاتب سیاسی نهاد تقنین از نهاد اجرا به‌لحاظ ماهوی و عینی مستقل بوده و هر نهاد اجازه دخالت در نهاد دیگر را ندارد (افلاطون، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۲۸۶). باین حال در برهه‌هایی از تاریخ، با غلبه نظام‌های استبدادی، حاکمان مستبد، نقش قانون‌گذاری و اجرا را به‌صورت توأمان برعهده می‌گرفتند. در نظام‌های سیاسی جدید که مبتنی بر نظریه تفکیک قوا شکل گرفته‌اند (منتسکیو، ۱۳۹۲، ص ۱۰)، نهاد تقنین در کنار نهادهای اجرایی و نظارتی نقشی اساسی را در همه عرصه‌ها و ابعاد نظام سیاسی ایفا می‌کند؛ از این‌رو بحث از ماهیت و ابعاد نظام تقنین از بنیادی‌ترین مباحث مطرح در اندیشه‌های سیاسی بوده و دیدگاه‌های حقوقی مختلفی به دنبال داشته است. مبنای حقوق طبیعی یا حقوق قراردادی و نظام‌های حقوقی مبتنی بر مبنای نظام Civil-law و Common-law نگاه‌هایی عمده در مبانی حقوقی و تقنینی به‌شمار می‌آیند. نظام‌های سیاسی جهان نیز عمدتاً بر مبنای آن‌ها شکل گرفته است.

موضوع قانون در منظومه فکری اسلام از ویژگی متمایزی برخوردار است. از آن جهت که شریعت قانون و آیین زندگی بشر بوده و فقه «تئوری واقعی و کامل اداره انسان از گهواره تا گور» قلمداد شده است (امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۱، ص ۲۸۹). رابطه تنگاتنگی میان این دو (قانون و شریعت) به وقوع پیوسته است. چنین پیوندی مباحث مهم و گسترده‌ای را ناظر به ضرورت قانون‌گذاری و رابطه میان قانون الهی و قانون بشری در جامعه اسلامی به دنبال داشته است. اگرچه امروزه، با توجه به اقتضائات حکمرانی عصر جدید، درباره ضرورت قانون‌گذاری و نهاد تقنین در جامعه اسلامی تردیدی در میان اندیشمندان مسلمان وجود ندارد، اما درباره نسبت میان نهاد قانون‌گذاری بشری با نهاد فقه به‌عنوان نهاد مبین شریعت اسلامی، دیدگاه‌های مختلفی به وجود آمده است: یکسان‌نگاری، تمایز مبتنی بر تقدم قانون شریعت بر قانون عرفی، و تباین میان آنها. بحث از نسبت میان قانون عادی با قانون شرعی، بر این پیش‌فرض مبتنی است که اولاً، نهاد قانون‌گذاری از حیث ضرورت احقاق حقوق فردی و اجتماعی افراد و نیز جلوگیری از تعدی و ظلم به دیگران امری اجتناب‌ناپذیر است (جوادی آملی، ۱۳۸۵، ص ۴۴)؛ ثانیاً، ناسازگاری و تباین میان قانون بشری و قانون الهی در جامعه اسلامی و حکومت اسلامی پذیرفتنی نیست. باین حال در تقدم قانون شریعت بر



قانون عرفی و ضرورت انطباق قوانین عرفی با قانون شریعت، یا تقدم قانون عرفی و کفایت عدم مخالفت آن با قانون شریعت اختلاف نظر وجود دارد.

ضرورت وضع قوانین بر اساس موازین اسلامی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد توجه قرار گرفته است؛ چنان که در اصل چهارم این قانون تصریح شده است که «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد» و در ادامه این ضرورت را به مثابه يك اصل کلی حاکم بر عموم و اطلاق همه قوانین و مقررات دانسته است. علت این تأکید و اهتمام، ظرفیت احکام و آموزه‌های اسلامی در اداره امور جامعه بشری است که نویسندگان قانون اساسی بدان توجه داشته‌اند. با این حال در اصل نود و ششم قانون اساسی در فصل مربوط به قوه مقننه، بحث از عدم مغایرت نموده و تصریح می‌کند که: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است». این اصل، اشعار به کفایت عدم مخالفت قوانین با موازین شرعی دارد، در حالی که اصل چهارم ظاهر در ضرورت انطباق دارد. از این رو تحلیل‌ها و دیدگاه‌های مختلفی برای رفع تعارض ظاهری میان این دو اصل و به‌طور کلی اصل ضرورت مطابقت یا کفایت عدم مخالفت قوانین با موازین شرعی، در میان اندیشمندان مطرح گردیده است. طرح این تعارض در این مقاله راهی است برای پاسخ به پرسش و مسئله اساسی رابطه میان قانون عرفی و قانون طبیعی.

۱. ضرورت تأسیس اصل

فقها در بسیاری از مباحث فقهی بیش از آغاز طرح بحث و مسائل آن موضوع، به تأسیس اصل اقدام نموده‌اند. اهمیت چنین کاری در این امر نهفته است که اصل به مثابه یک حکم کلی اولی در نظر گرفته می‌شود و خروج از آن نیازمند دلیل خاص است. برای مثال در کتاب الطهارة اصالة، الطهارة یک اصل عملی است. هر جا در طهارت یا نجاست یک شیء شک وجود داشته باشد، اصل بر طهارت است و مبنای عمل قرار می‌گیرد. در عبادات نیز مبنای اصالة الصحة در اعمال عبادی به همین معنا است.

درواقع، اصل‌ها خطوط کلی حاکم بر ابواب مختلف فقهی را مشخص می‌کنند. برای مثال، در بیع اصل اولی وفای به عهد در پرتو یک اصل کلی‌تر با عنوان اصالة اللزوم تعریف می‌شود. «الأصل



دلیل حیث لا دلیل» (لاری، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۳۸۷) ناظر به مواردی است که در مسئله‌ای خاص، دلیلی وجود نداشته باشد یا دلالت آن تام نباشد و یا به دلیل وجود تعارض در ادله، حکم به تساقط داده شود. در همه موارد بالا یک اصل کلی، مبنای عمل است و فقیه یا مقلد در مقام استنباط حکم و یا عمل به سراغ اصل یا اصولی می‌رود که مبنای عمل قرار می‌گیرد (کریمی، ۱۳۹۷، ص ۶).

در متون فقهی اصل در دو معنا به کار رفته است. این اصطلاح گاهی در معنای «اصول عملیه» به کار می‌رود، که منظور آن است که مکلف در مقام عمل و بعد از فحص و یأس از دلیل و یا برای رفع تعارض بین ادله به آنها تمسک می‌کند. در رابطه با اصول عملیه، دو نوع اصل در علم اصول فقه مطرح است. یک دسته اصول عملیه عام (مانند اصل برائت، احتیاط، تخییر و اصل کلی استصحاب)، که در همه ابواب فقهی کاربرد دارند؛ نوع دیگر، اصول عملیه خاص، که مختص به برخی ابواب فقهی هستند، (مانند اصالة الطهاره، یا اصالة الصحه و نظایر آن) (جمعی از محققان، ۱۳۹۰، ص ۲۱۰).

معنای دوم از اصل که به آن قواعد فقهی نیز گفته می‌شود، «اصول علمیه» ای هستند که به‌عنوان زمینه و منشأ تعیین احکام جزئی عملی مورد استفاده فقیه در فرایند استنباط احکام قرار می‌گیرند؛ به عبارت دیگر، قواعد اصولی یا همان اصول عملیه، اصولی هستند که مکلف آنها را در مقام عمل استفاده می‌کند؛ ولی اصول فقهی قواعد علمیه‌ای هستند که فقیه در هنگام صدور حکم به آنها تمسک می‌جوید (کریمی، ۱۳۹۷، ص ۸).

منظور از تأسیس اصل در اینجا، اصل در معنای دوم، یعنی جست‌وجو از یک قاعده علمی و حکم کلی و عام در نظام تقنین دولت اسلامی است که در مقام تعارض میان ادله به آن تمسک شده و مبنای تقنین در دولت اسلامی قرار گیرد. به این معنا ضرورت تطبیق به‌عنوان مبنای تقنین دولت اسلامی، قانون‌گذار را مکلف می‌کند تا در مقام تقنین به اجرایی‌سازی احکام شرعی در جامعه اسلامی مبادرت بورزد. باید این موضوع به‌عنوان یک قاعده کلی و روح حاکم بر نظام تقنین دولت اسلامی تلقی گردد. در نتیجه، این قاعده نظام حقوقی را به یافتن راهی برای اجرایی‌سازی احکام شرعی در بستر جامعه مکلف می‌کند.

۲. مبنای فقهی تعیین اصل در نظام تقنین دولت اسلامی

به‌طور کلی دیدگاه‌های مطرح درباره مبنای فقهی تقنین در نظام اسلامی را بر اساس دو اصل کلی «کفایت عدم مخالفت قوانین با شرع» یا «ضرورت مطابقت قوانین با احکام شرعی»



می‌توان ارزیابی کرد. نقطه عطف این تقابل را به لحاظ تاریخی می‌توان در میان فقهای صدر مشروطیت و در قالب مشروطه‌خواهی و مشروعه‌خواهی پی‌جویی کرد. جنبش مشروطه با چشم‌انداز حکومت قانون با محوریت و حضور فقهای شیعه در صف اول مبارزه و انتقال پیام مشروطه به توده‌های مردم آغاز شد. با وجود اتفاق نظر، هماهنگی و همدلی عالمان تهران و نجف درباره ضرورت محدود کردن حکومت استبدادی مطلقه قاجار، که انگیزه اصلی برای حرکت مشروطه‌خواهی بود، اختلاف نظرها و تفاوت دیدگاه‌های علمای تهران و نجف در مرحله تشکیل مجلس و تدوین قوانین حکومتی، خود را نشان داد (ابوالقاسمی دهقانی و ورعی، ۱۳۹۴، ص ۵۷).

مهم‌ترین اختلاف و تفاوت دیدگاه درباره ضرورت و امکان عملی انطباق قوانین مصوب مجلس شورای ملی با قوانین شرع و یا کفایت عدم مخالفت قوانین عرفی با موازین شرعی در فضای سیاسی و اجتماعی متغیر و متکثر عصر جدید بود. بررسی مکتوبات برجای مانده از آن دوران نشان می‌دهد علمای مشروعه‌خواه بیشتر قائل به ضرورت و امکان انطباق قوانین عرفی با قوانین شرع بوده و به‌طور کلی حکومت را صرفاً مجریان احکام شرعی می‌دانستند. در مقابل، مشروطه‌خواهان به ضرورت قانون‌گذاری عرفی قائل بوده و صرف عدم مخالفت قوانین عرفی با شرع را در اسلامیت قوانین کافی قلمداد می‌کردند (زرگری‌نژاد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۵۹-۲۳۷). این اختلاف و تفاوت نگرش، در کنار وقایع سیاسی و پیامدهای اجتماعی دیگر، موجب شد تا دوران مشروطه، هم به لحاظ تاریخ تحولات سیاسی و هم از نظر تاریخ اندیشه سیاسی از نقاط عطف تاریخ معاصر ایران به حساب آید. تدوین قانون اساسی مشروطیت، تشکیل مجلس قانون‌گذاری و مقیدسازی سلطنت در چارچوب نظام پارلمانی، از مهم‌ترین شاخصه‌های تحول سیاسی این دوره از تاریخ معاصر ایران است. محدودسازی حکومت خودکامه سلطنتی و تشکیل نظام پارلمانی از یک سو و نقش‌آفرینی فقیهان شیعه در این رخداد مهم، موجب بروز اندیشه‌ها و دیدگاه‌های فقهی گسترده و پر دامنه‌ای در میان فقها گردید که همچنان ادامه دارد و منشأ بروز و ظهور اندیشه‌ها و دیدگاه‌های مختلف فقهی شده است.

آنچه تفاوت انگاره مشروطه‌خواهی و مخالفان آن را بیشتر ظاهر می‌سازد، مبنای ضرورت نظارت شرعی بر اعمال و رفتار حاکمیت در مقابل نگرش عرفی و عقلایی قانون اساسی و قوانین فرعی مترتب بر آن است. شیخ فضل‌الله نوری به‌عنوان نماینده دیدگاه نخست و میرزا محمدحسین غروی نائینی به‌عنوان نماینده نگرش دوم، از مهم‌ترین شخصیت‌های این دو نگرش متفاوت به شمار می‌آیند. مدل حکومتی در نگاه شیخ فضل‌الله نوری به نوعی ولایت



فقیهان در حوزه تقنین در کنار حکومت سلطان در حوزه اجرائیات. در حالی که نظریه میرزای نائینی بر مبنای تشکیل نظام پارلمانی بر اساس سلطنت مشروطه و تأسیس مجلس شورای ملی و نهاد قانون اساسی پایه‌ریزی شده بود.

۲.۱. اصل تطبیق

نگاه نخست معتقد به اصل جامعیت و جاودانگی و خاتمیت دین اسلام است. این اصل چنین اقتضا می‌کند که همه نیازهای انسان از گهواره تا گور و در همه سطوح فردی و اجتماعی زندگی بشری در شریعت اسلام پیش‌بینی شده «و معلوم است که این قانون الهی ما مخصوص به عبادات نیست، بلکه حکم جمیع مواد سیاسی را بر وجه اکمل و اوفی داراست؛ حتی ارش الخدش. لذا ما ابداً محتاج به جعل قانون نخواهیم بود» (زرگری‌نژاد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۸۳)؛ بنابراین عدول از شرع و تمسک به عقل ناقص بشری، به بدعت و گمراهی و تباهی منجر شده و «چنین اعتقاد کمال منافات با اعتقاد به خاتمیت و کمال دین او دارد و انکار خاتمیت به حکم قانون الهی کفر است» (زرگری‌نژاد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۸۴).

این برداشت از تقنین، مستند به دو برهان علمی و عینی است. از یک سو تقنین را به مثابه دخالت در تعیین احکام سیاسی و اجتماعی مورد نیاز در اداره امور معیشتی و حکومت‌داری می‌داند و آن را مطابق با تشریح تلقی می‌کند که جایگاه آن، جایگاه حضرت رسول ﷺ است؛ و از سوی دیگر، آثار، نتایج و پیامدهای تجربی و عینی این نوع تقنین در عرصه اجتماع و تضادها و تعارض‌های گسترده آن با نظام تشریح، موجب تحکیم نظریه توافقی و عدم سازگاری آن با نظام تشریح می‌شود.

مبنای نخست، از یک حکم کلی مبنی بر عدم جواز تشریح در زمان غیبت ناشی می‌شود. طبیعی است که با این وضع هیچ‌کسی، حتی فقها و مراجع تقلید، حق دخالت در این حیطة را ندارد و فقها به‌عنوان نایبان عام حضرت ولی عصر ع صرفاً وظیفه کشف احکام مندرج در منابع اصیل اسلامی و اعلام آن به‌صورت فتوا را دارند. این نگرش هیچ‌کسی را حتی در این سطح شایسته صدور حکم به این معنا نمی‌داند، چه رسد به اینکه عده‌ای به نیابت از اکثریت جامعه یا همان عوام و از طریق تمسک به قرعه یا اکثریت و... بخواهند در جهت مصالح امت اسلامی به وضع قانون و تعیین حکم بپردازند. بنابراین آنچه در جامعه اسلامی به‌عنوان قانون شناخته می‌شود و رسمیت دارد، همان احکام شریعت است که فقهای شیعه، آنها را بر اساس منابع



اربعه به دست آورده‌اند و وظیفه حاکمیت، اجرای آنها است (زرگری‌نژاد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۸۵). به عبارت دیگر می‌توان از این نظریه، نوعی ولایت فقیهان در امر تقنین و قانون‌گذاری را استنباط نمود. اما این انگاره به دلیل فقر ادبیات فقهی و علمی از تبیین کامل و دقیق باز مانده و در نهایت محکوم به شکست شد.

عامل دوم نگاهی عینی و بر اساس واقعیاتی است که در صحنه تقنین و با عنوان مجلس شورای ملی یا قانون اساسی در صدر مشروطیت اتفاق افتاد. تأکید بر عنصر حریت و آزادی و نیز برابری و مساوات همه افراد در مقابل قانون - که هر دو مفهوم در راستای رهایی از استبداد حکمرانان خودکامه مورد تأکید مشروطه‌خواهان بود - چنان مفهوم گسترده و عامی می‌یافت که در عمل با احکام صریح اسلام در تضاد، و مصداق تام تقنین و تشریح به معنای فوق بود. مساوات میان مسلم و کافر، و زندق و مؤمن در مسائلی مانند دیه و مالیات و حق ازدواج، از مهم‌ترین نشانه‌های انحراف از دین بود که در سایه جواز تقنین بشری بر جامعه اسلامی تحمیل شده بود (زرگری‌نژاد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۸۳-۳۰۳).

بر این اساس، از آنجاکه جواز تقنین توسط بشر از یک سو با مبانی اصیل دینی در تضاد بود و از سوی دیگر در عینیت جامعه نیز موجب انحراف در مسیر نظام تقنین و تزلزل پایه‌های مشروطه‌گری و مشروطه‌خواهی شد، اساس تشکل مجلس شورا و تدوین قانون اساسی بر مبنای رأی و نظر آحاد جامعه امری غیرشرعی و غیر قابل قبول خواهد بود. در واقع این نظریه و طرفداران آن در پی تثبیت نظریه ولایت فقیه در محدوده تقنین و قانون‌گذاری بودند؛ نظریه‌ای که پیش از این به لحاظ مبانی تبیین شده و مورد اتفاق همه فقیهان بود، اما در صحنه عمل و عملیاتی‌سازی آن نیاز به مدل اجرایی داشت. مخالفان مشروطه و به عبارتی مشروطه‌خواهان در تلاش برای تثبیت این نظریه از ارائه آن مدل، ناموفق بودند.

۲.۲. اصل عدم مخالفت

هر دو استدلال مخالفان دستگاه تقنین مورد توجه موافقان قرار گرفت. ایشان با پذیرش اشکالات عینی و انحرافات که در نتیجه نظام پارلمانی بروز و ظهور نموده، در صدد اصلاح این مشکل برآمدند. آنها براهین ذهنی مخالفان را نپذیرفته و تلاش نمودند اصل سازگاری نظام تقنین و پارلمانی را با اسلام ثابت کنند.

در راستای رفع اشکالها و انحرافات‌های نظام پارلمانی که در اوایل مشروطه ظهور یافت،



پذیرش اصلی مشهور به «اصل طراز»، در متمم دوم قانون اساسی مشروطه، نقطه عطفی در جنبش مشروطه‌خواهی ایران به شمار می‌آید. این اصل پیشنهاد شیخ فضل‌الله نوری بود که به تصویب مجلس شورای ملی رسید: مجلس مقدس شورای ملی که به توجه و تأیید حضرت امام عصر علیه السلام و بذل مرحمت اعلیحضرت شاهنشاه اسلام خالدالله سلطانه و مراقبت حجج اسلام کثرالله امثالهم و عامه ملت ایران تأسیس شده است، باید در هیچ عصری از اعصار مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیرالانام صلی الله علیه و آله نداشته باشد؛ و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامی بر عهده علمای اعلام ادام‌الله برکات وجودهم بوده و هست. لهذا رسماً مقرر است، در هر عصری از اعصار هیأتی که کمتر از پنج نفر نباشد، از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضای زمان هم باشند، به این طریق که علمای اعلام و حجج اسلام مرجع تقلید شیعه اسامی بیست نفر از علما که دارای صفات مذکور باشند، معرفی به مجلس شورای ملی بنمایند. پنج نفر از آنها را یا بیشتر به مقتضای عصر، اعضای مجلس شورای ملی به اتفاق یا به حکم قرعه تعیین نموده به سمت عضویت بشناسند، تا موادی که در مجلسین عنوان می‌شود به دقت مذاکره و غوررسی نموده، هر یک از آن مواد معنویه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد، طرح و رد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند و رأی این هیئت علما در این باب مطاع و متبع خواهد بود و این ماده تا زمان ظهور حضرت حجت عصر علیه السلام تغییرپذیر نخواهد بود (زرگری‌نژاد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص ۲۶۱-۲۶۲).

این اصل در عمل و علی‌رغم تأکید بر همیشگی و دائمی بودن آن تا زمان ظهور حضرت حجت علیه السلام، به جز در دوره‌های اول و دوم مجلس شورای ملی، به اجرا در نیامده و به فراموشی سپرده شد. این اتفاق، نشان از صحت ادعا و دغدغه بجای مخالفان نظام مشروطه دارد. با این حال پذیرش این اصل و تصویب آن در مجلس شورای ملی نشان از پذیرش و حمایت علمای موافق با مشروطه با اصل اشکال است؛ چراکه بدون حمایت این دسته از فقها و اصرار آنها، امکان تصویب در مجلس شورای ملی وجود نداشت.

علاوه بر این، همچنان که در این اصل نیز تصریح شده است، مبنای عمل مجلس مشروطه در تصویب قوانین و بعد از آن، بر اساس «اصل عدم مخالفت با شرع» است. این بدان معناست که اصل نظام تقنین در حکومت اسلامی قابل پذیرش بوده و قوانین عرفی به شرط عدم مخالفت با شرع الزام‌آور خواهد بود. مسئله اصلی مخالفان مشروطه، عدم جواز قانون‌گذاری بشری در مقابل نظام تشریح بود. مهم‌ترین استدلال موافقان بر پذیرش این نوع قانون‌گذاری،



استناد به تقسیم‌بندی احکام تشریحی به احکام ثابت و متغیر شارع است. در این تفکیک احکام ثابت الهی (همچون احکام صلاۀ، صوم، زکات، خمس و حج) احکامی ثابت و تغییرناپذیراند که مکلفان در آنها حقی برای تغییر و تصرف را ندارند و هرگونه دخالت در این موارد انحراف، تحریف و بدعت به حساب می‌آید. اما احکام متغیر الهی که بیشتر شامل احکام «مباحات اصلیه» می‌شوند، به مقتضای زمان و مکان قابل‌تصرف و تغییرند و از باب احکام ثانویه می‌توانند، مادامی که شرایط خاصی برقرار باشد، تغییر کنند. طبیعی است که به محض تغییر شرایط به حالت ماقبل احکام ثانویه، احکام اولیه جایگزین احکام ثانویه می‌شود.

مهم‌ترین نظریه‌پرداز این نگاه میزای نائینی است. کتاب *تبییه الامه و تزییه الملة* ایشان بارزترین اثر فلسفه سیاسی دوران مشروطه است. ورود نائینی به بحث سیاست و حکومت، به سبک فیلسوفان سیاسی بعد از دوره رنسانس اروپا، از مذمت حکومت استبدادی و سلطنت مطلقه و ضرورت تحدید آن آغاز می‌شود. وی برای رهایی از این استبداد و جایگزینی آن، اگرچه بهترین نوع را حکومت معصوم علیه السلام، و در دوران غیبت حکومت نایبان ایشان دانسته و قائل به نظریه ولایت فقیهان شیعه در عصر غیبت است، اما به دلیل آنکه در زمان غیبت دسترسی به معصومان ندارند و نایبان عام امام عصر علیه السلام نیز امکان برقراری حکومت بر ایشان فراهم نیست، بهترین راه جایگزین کردن حکومتی است که اولاً حکومت مطلقه به قانون اساسی متضمن مصالحه عامه نوعیه مقید شده باشد، و ثانیاً لازم است نهادی در آن تأسیس شود که وظیفه نظارت بر حسن اجرای اصول قانون اساسی و عدم تعدی و تفریط در اجرای این اصول را از سوی متولیان امور حکومت برعهده داشته باشد که به نام مجلس شورا شناخته می‌شود.

به اعتقاد نائینی دربارهٔ مبنا و منشأ مشروعیت این دو نهاد سیاسی در قانون اساسی، دو اصل کلی «اشتمال بر مصالح عمومی» و «عدم مخالفت با قوانین شرعیه» برای مشروعیت آن کافی است. البته برای مشروعیت مجلس شورای ملی، صرف انتخاب از سوی مردم در مشروعیت آن کافی نیست و نیاز به اذن و تفیذ از سوی مجتهد عادل و باتقوا است. به اعتقاد وی: مشروعیت نظارت هیئت منتخبه مبعوثان بنابر اصول اهل سنت و جماعت که اختیارات اهل حل و عقد امت را در این امور متبع دانسته‌اند، به نفس انتخاب ملت متحقق و متوقف بر امر دیگری نخواهد بود. و اما بنابر اصول ما طایفه امامیه که امور نوعیه و سیاست امور امت را از وظایف نواب عام عصر غیبت علی مغیبه السلام می‌دانیم، اشتمال هیئت منتخبه بر عده‌ای از



مجتهدین عدول و یا مآذونین از قبل مجتهدی و تصحیح و تنفیذ و موافقتشان در آرای صادره، برای مشروعیتش کافی است (نایینی، ۱۳۸۲، ص ۳۸).

با توجه به این بیان، اگرچه نائینی مشروعیت نهاد تقنینی و نظارتی را امری عمومی و اجتماعی و از باب امور حسبه می‌داند، اما آن را منوط به تأیید و تنفیذ فقیه دانسته و در مشروعیت قانون اساسی بر مبنای عدم مخالفت با اصول شریعت تأکید می‌ورزد. با این حال این مسلم است که در تشخیص عدم مخالفت اصول قانون اساسی و قوانین عادی منشعب از آن با اصول شریعت به خاطر اقتضای ضرورت تخصص، این امر بر عهده فقها باشد.

نائینی در فصل سوم کتابش به ادله این دیدگاه پرداخته و ادله شرعی ﴿وَأْمُرُهُمْ سُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾ (شوری: ۳۸) ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ (آل عمران: ۱۵۹)، سیره حضرت رسول ﷺ در جنگ احد و کلام امیرالمؤمنین علیه السلام در ضرورت مشورت و ارائه نظر به حاکم را دلیل اثبات این نوع قانون‌گذاری می‌داند (نایینی، ۱۳۸۲، ص ۸۲-۸۳). این بدان معناست که ماهیت قانون، اعم از قانون اساسی یا قوانین عادی، ماهیتی عرفی و عقلایی دارد که در اختیار منتخبان ملت و عقلای قوم است. این مسئله را می‌توان مهم‌ترین وجه‌تمایز میان دو دیدگاه اصل ضرورت موافقت و اصل کفایت عدم مخالفت قلمداد نمود. در کلمات مخالفان مشروطه، اصل تقنین و قانون‌گذاری به معنای تشریح تلقی شده و تشریح هم اختصاص به مقام شارع دارد، در حالی که از نظر نائینی، بر تقنین زمانی تشریح و بدعت صدق می‌کند که قانون و الزامی که از سوی شارع وضع نشده، به نام قانون الهی قلمداد و وضع شود. اگر قانون و الزام بدون انتساب به شارع صورت گیرد، بدعت نخواهد بود. بنابراین، از نظر ایشان قانون اساسی و قوانین عادی وضع‌شده از سوی مجلس شورای ملی و امثال آن، از این جهت که منسوب به شریعت نیست، عنوان بدعت بر آن صدق نکرده و اشکال مخالفان مشروطه در این زمینه وجهی ندارد (نایینی، ۱۳۸۲، ص ۱۰۵).

۲.۳. تحلیل ادله

بر اساس آنچه بیان شد، هر دو مبنای لزوم موافقت یا کفایت عدم مخالفت با شرع به متون دینی و ادله فقهی مستند هستند. یک دیدگاه با استناد به ادله کلامی و اینکه شریعت به مقتضای خاتمیت حضرت رسول ﷺ و جهانی و جهان‌شمول بودن آن، معتقد به وجود برنامه و قانون برای همه اعمال و رفتارهای انسان از گهواره تا گور، و عدم جواز دخالت بشر در نظام تشریح بود. دیدگاه دیگر با تأکید بر مسئله وجود احکام امضایی شارع و اینکه شارع مقدس برای عقل بشری در



حوزه شناخت موضوعات احکام و تأیید برخی احکام مکشوف از طریق عقل قطعی احترام قائل شده و آنها را تأیید کرده، معتقد به توانایی عقل در شناخت این دسته از موضوعات و احکام است. برای روشنی بیشتر این دو دیدگاه لازم است مهم‌ترین ادله مورد استناد بررسی شوند. مهم‌ترین دلیل به‌عنوان مستند عدم مخالفت، آیه شریفه ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (انعام، ۱) و روایت مشهور «المسلمون عند شروطهم» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۸، ص ۱۶، ب ۶، ح ۲) است. نحوه برداشت از این دسته از روایات، منشأ اصلی اختلافات و تفاوت دیدگاه‌ها درباره موضوع نظام تقنین در دولت اسلامی و جایگاه قوانین موضوعه آن در نسبت با احکام شرع است؛ از این رو نگاهی به این دسته از روایات و ادله می‌تواند به ما در رسیدن به یک نظریه درست یاری‌رسان باشد.

روایت مشهور «المسلمون عند شروطهم» را بر اساس نقل‌های معتبر در سه دسته روایات می‌توان بررسی کرد: یک دسته از این نقل‌ها بر لزوم موافقت با کتاب خدا دلالت دارند، مانند صحیح حلی عن ابی‌عبدالله علیه السلام قال - فی حدیث - ان رسول الله صلی الله علیه و آله قال: «من شرط لامرأته شرطاً سوی کتاب الله عزوجل لم یجز ذلک علیه و لاله»؛ همچنین روایتی که از کافی (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۵، ص ۱۹۶، حدیث ۱) نقل شده که «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَأَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ جَمِيعاً عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطاً مُخَالِفاً لِكِتَابِ اللَّهِ - فَلَا يَجُوزُ لَهُ وَلَا يَجُوزُ عَلَى الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِ وَالْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ مِمَّا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ»، که تصریح به ضرورت انطباق شروط با کتاب خدا دارد. تعبیر «مما وافق کتاب‌الله» و «شرطاً سوی کتاب‌الله» در این روایات تصریح به لزوم انطباق شروط با قرآن دارد.

دسته دوم، روایاتی است که به کفایت عدم مخالفت با شرع تصریح دارند، مانند: «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ - إِلَّا كُلَّ شَرْطٍ خَالَفَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَلَا يَجُوزُ» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۸، ص ۱۶، ب ۶، حدیث ۲). در این دسته نیز که بیشتر استفاده شده‌اند، صحت شرط، منوط به عدم مخالفت با قرآن و کلام الهی شده است.

در دسته سوم در برخی از منابع در ادامه این روایت عبارت «فَإِنَّ الْمُسْلِمِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ - إِلَّا شَرْطاً حَرَمَ حَلَالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۸، ص ۱۷، ب ۶، ح ۵) آمده است. مسئله تعبیر «حرم حلالا و احل حراما» بسیاری از روایات تأکید شده و عقوبت‌های سختی در بی‌تفاوتی نسبت به جنبه‌های اجتماعی و سیاسی آن بیان شده است. از جمله این روایت امام



حسین علیه السلام در مسیر کربلا، در ضمن خطبه‌ای فرمودند: أيها الناس؛ إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «من رأى سلطاناً جائراً، مستحلاً لحرام الله، ناكثاً لعهد الله، مخالفاً لسنة رسول الله، يعمل في عباد الله بالإثم والعدوان، فلم يغير عليه بفعل ولا قول، كان حقاً على الله أن يدخله مدخله» ألا و إن هؤلاء قد لزموا طاعة الشيطان و تركوا طاعة الرحمان! و أظهروا الفساد و عطلوا الحدود! و استأثروا بالفىء! و أحلوا حرام الله و حرّموا حلال الله! و أنا أحقّ من غير! (يوسفى غرورى، ۱۳۸۳، ج ۶، ص ۱۲۶).

حساسیت موضوع تغییر احکام الهی و حرام شدن حلال الهی و حلال شدن حرام الهی، بر اساس این روایات، فقیهان را به آن داشت که درباره قانون‌گذاری و نسبت آن با فقه و شریعت به دنبال راهی برای عدم تعارض میان آن‌ها باشند.

۲.۴. جمع‌بندی نظرات

نخست، مشهور فقها این روایات را به قرینه مقابله و همچنین به دلیل اجماع، به لزوم موافقت شروط با شرع تفسیر کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۱۴، ص ۲۳۴؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۲۱-۲۵؛ انصاری و آخوند خراسانی، ۱۴۰۶، ص ۲۳۸؛ یزدی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۱۰۹؛ انصاری و ایروانی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۶۲؛ اراکی ۱۴۱۴، ص ۴۴۷؛ خمینی، ۱۳۸۶، ج ۵، ص ۲۴۲-۲۴۴؛ خویی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۰۸). بنابراین در اندیشه فقیهان شیعه روایات دسته دوم را قرینه‌ای بر روایات دسته نخست گرفته و «مما وافق کتاب الله» را به عدم مخالفت تفسیر کرده‌اند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۶۴۵-۶۵۷؛ نجفی راد، ۱۳۹۱، ش ۷۱، ص ۲). با این حال توجه به مضمون روایات دسته سوم، مبین عدم اختلاف میان دو دسته از روایات بوده است؛ به این معنا که شروط موافق با کتاب خدا باشند یا آنکه مخالف با آن نباشند (حلالی را حرام یا حرامی را حلال نکنند). بنابراین این سه دسته از روایات قابل جمع هستند.

نکته دیگر، فقها از روایت مذکور، ناظر به شروط ضمن عقد میان متعاقدين در کتاب البيع استفاده کرده‌اند. شیخ انصاری، در رد سرایت احکام خیار شرط به ایقاعات می‌فرماید: «لأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينسب عليه جملة من الأخبار» (انصاری، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۶۶). یعنی طرفینی بودن و یا به عبارتی عقدی بودن در شمول احکام شرط و الزام‌آور بودن آن لحاظ شده است. البته شمول آن در میان عقود نیز منوط به عدم استثنای عقد خاص است؛ بنابراین ایقاعات تخصصاً از شمول روایت خارج‌اند. از میان عقود نیز عقودی همچون نکاح تخصیصاً و با دلیل خاص خارج می‌شوند. اما اطلاق مفهوم شرط در معنای مطلق الزام، اعم از



الزامات اولیه که معلق به امر دیگری نیست و یا الزاماتی که در ضمن امر دیگری همچون عقد بیع ایجاد می‌شود، می‌تواند هر امر الزام‌آوری را شامل شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۱۴)؛ بنابراین سرایت این اصل به حیطة تقنین و قانون‌گذاری و استفاده از این اصل، بر مفروض گرفتن سنخیت قانون با شرایط و الزاماتی متوقف است که هرکس خود را متعهد به آن می‌داند.

نکته سوم، در صورت پذیرش اطلاق این دسته از روایات، این پرسش مطرح می‌شود که در موارد شک درباره مخالفت یا عدم مخالفت امور مورد توافق و رضایت عامه با شرع، آیا می‌توان به اطلاق «المسلمون» تمسک نموده و قوانین مشکوک را تنفیذ نمود یا خیر؟ حل این مسئله، به اتخاذ مبنا در بحث «شبهه مصداقیه» منوط است؛ چراکه در اینجا عام «المسلمون عند شروطهم» با مخصص لفظی تخصیص خورده و شبهه در مصداقیت مورد مشکوک برای مخصص «الا ما خالف الشرع» است. در این موارد به دلیل آنکه مخصص متصل به همراه عام مجموعاً یک مفهوم را دلالت می‌کنند، تمسک به عام جایز نیست و در نتیجه اجرای اصل برائت، به معنای جواز تمسک به عام و تنفیذ قوانین مشکوک، جایز نیست (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۱، ج ۶، ص ۲۳۵). در مقابل، در صورت پذیرش دلالت لفظی مستقل از عام برای مخصص و یا عدم پذیرش مفهوم وصف، در این صورت عام همچنان بر اطلاق خود باقی است؛ و در صورت شک در تخصیص، تمسک به عام جایز خواهد بود. در دیدگاه نخست، تمسک به عموم «المسلمون عند شروطهم» جایز نبوده و قراردادها یا قوانین مشکوک منعقد نمی‌شود. برخلاف دیدگاه دوم که تخصیص صرفاً در اموری است که خلاف شرع بودن آنها احراز شده باشد؛ به عبارت دیگر بنابر فرض دوم، اصل عدم مخالفت با شرع موجه می‌شود، در صورتی که بنابر فرض نخست «اصل برائت» جاری نبوده و مجرای «اصل احتیاط» و در نتیجه لزوم تطابق قوانین با احکام شرعی خواهد بود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۲۱). بنابراین در تعیین مجرای اصل در مقام لازم است موضوع قانون و قانون‌گذاری در دولت اسلامی مشخص شود. تعیین موضوع و محدوده و قلمرو حکم، تعیین کننده حکم در اینجا خواهد بود.

۳. گستره موضوعی تقنین در دولت اسلامی

از مباحث مهم در تعیین حکم جواز یا عدم جواز تقنین در دولت اسلامی، بحث گستره و حدود موضوعات مجاز در قانون‌گذاری است. دیدگاه‌های مطرح درباره گستره موضوعات و مسائل نظام تقنین در چند دسته قابل بررسی هستند. گاهی گفته می‌شود که ماهیت قانون در نظام



اسلامی از جنس احکام ثانویه است (اسماعیلی و قطبی، ۱۳۹۲، ص ۲۳). در این نگرش، قانون در بردارنده همه موضوعها اعم از موضوعهای دارای احکام و جوب، حرمت یا اباحه است. تقنین در این تلقی به معنای احکام موقتی است که متوقف بر مصلحت‌های خاص اجتماعی و سیاسی هستند. دیدگاه دیگر گسترده قانون‌گذاری را صرفاً در مباحث اصلیه یا منطقة الفراغ (صدر، ۱۴۲۹، ص ۷۲۶) می‌داند که شارع در آنها احکام ثابت الزامی وضع نکرده است. هر دو نظریه وضع قانون را در حوزه احکام و دخالت در آن می‌دانند. در حالی که می‌توان گستره تقنین را در نسبت به احکام فقهی ناظر به تعیین موضوعات و تطبیق احکام بر موضوعات دانست. هر یک از این دو دیدگاه، نتایج متفاوتی را در روند تقنین در دولت اسلامی بر جای خواهد گذاشت.

۳-۱. تقنین در حوزه احکام

بحث تقنین در حوزه احکام، گاهی به معنای تعیین گستره قوانین دولت اسلامی در حیطه احکام (واجب، مستحب، مباح، مکروه و حرام) است. در این بحث مهم‌ترین نظریه، دیدگاه مبتنی بر مباحث اصلیه و منطقة الفراق است. در واقع این نظریه، قانون را به معنای وضع الزام بر اموری می‌داند که تا قبل از آن الزامی نبوده‌اند. در این نظریه، هر نظام فقهی در بردارنده دو دسته از احکام است. یک دسته از احکام، قوانین ثابت و تغییرناپذیر شریعت هستند که شارع مقدس آنها را ارائه کرده و کسی حق تصرف و تغییر آنها را ندارد و فقها صرفاً به وجود حکم برای موضوعات خبر می‌دهند. «حلال محمّد حلال أبدا الی یوم القيامة و حرامه حرام أبدا الی یوم القيامة» (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۵۸). دسته دیگر، احکام و قوانینی هستند که با توجه به ظرف زمان و مکان و شرایط و امکانات تغییر کرده و شارع مقدس تعیین این احکام را بر عهده ولی یا حاکم قرار داده است (صدر، ۱۴۲۹، ص ۳۸۰؛ حسینی حائری، ۱۳۸۳، ص ۱۲۴). در این احکام نیز، فقیه صرفاً اخبار به حکم نکرده و حکم را به مقتضای شرایط زمان و مکان انشا می‌کند. به این احکام، احکام «منطقة الفراغ» گفته می‌شود. بر این اساس حضرت رسول اکرم ﷺ دو شأن و جایگاه دارد: یک، شأن رسالت و نبوت که ناظر بر وظیفه دریافت و ابلاغ احکام ثابت اسلام است؛ و دوم، شأن حاکمیت ولایت جامعه اسلامی که ناظر بر وظیفه پر کردن منطقة الفراغ است.

کشف و استخراج احکام و چگونگی تبدیل مباحث اولیه به احکام الزامی در چارچوب فقه



نظام تبیین شده است. این فرایند در سه مرحله برای استنباط احکام صورت می‌پذیرد: مرحله نخست: استنباط احکام جزئی فردی که در اجتهاد فقهی معمول از آن بحث می‌شود؛ مرحله دوم: استنباط قواعد مستخرجه از احکام جزئی که حاکم بر احکام جزئی است؛ مرحله سوم: نظم‌بخشی به آن قواعد و برقراری هماهنگی میان آنها که همان «فقه نظامات» می‌شود (صدر، ۱۴۲۹، ص ۳۷۱).

در نهایت از رابطه بین قواعد در چارچوب نظام، می‌توان احکام موضوع‌های مجهول یا مباحات اصلیه را به دست آورد که مستقیماً از نصوص استنباط‌پذیر نیستند. تقنین در چنین چارچوبی به آن معنا است که حکومت و ولایت، وظیفه پر کردن این منطقه فراغ را از طریق وضع قوانین برعهده دارد (صدر، ۱۴۲۹، ص ۳۷۱). در واقع تمرکز و اساس رویکرد فقه نظام، تبیین اصول کلی دستیابی به قوانین و چگونگی وضع آن در نظام سیاسی در حیطه مباحات اصلیه یا مباحات بالمعنی الأعم است (صدر، ۱۴۲۹، ص ۳۶۶).

اما اینکه قوانین مصوب نهاد قانون‌گذاری صرفاً در گستره مباحات اصلیه و منطقه الفراغ باشند و بر مبنای اصل عدم مخالفت لحاظ شوند، با اندیشه جامعیت و جهان‌شمولی شریعت اسلامی سازگار نیست؛ زیرا اولاً، مباحات اصلیه نیز جزء احکام خمس اولیه بوده و تصرف در آن و تغییر حکم از مباح به واجب یا حرام، به دلیل اجتهادی خاص نیاز دارد. ثانیاً، اگر ملاک در تغییر حکم از مباح به واجب یا حرام مصلحت اجتماعی و ضرورت باشد، این ضرورت می‌تواند در دیگر احکام نیز وجود داشته باشد؛ بنابراین گستره دخالت نظام تقنین، به احکام مستحب و مباح و مکروه محدود نیست و حتی به احکام واجب و حرام نیز گسترش می‌یابد. در این صورت حاکم حتی می‌تواند در چگونگی اجرای احکام واجب و حرام نیز اظهارنظر و وضع قانون نماید.

همچنین تلفی از تقنین به معنای وضع احکام ثانویه و یا احکام حکومتی خاص نیز اشکال دارد؛ چراکه شأنت صدور حکم، اعم از احکام اولیه، احکام ثانویه و احکام حکومتی، تنها از آن فقیه جامع‌الشرایط و از شئون ثبوتی فقیه است و تفویض آن به غیر مجاز نیست. آنچه می‌توان در این مقام بیان نمود این است که اصولاً شرایط صدور حکم در این مقام (مقام تفویض) مربوط به شأن قضاوت (صدور احکام قضایی) است، نه تقنین. ایجاد نهاد فقهی همچون شورای نگهبان و نظارت فقهای این شورا بر این قوانین نیز نمی‌تواند اشکال این فرض را رفع نماید؛ چراکه تصور چنین فرضی هنگامی موجه است که فقیهان شورای نگهبان در مقام



صدور حکم باشند، به این معنی که حق تصرف و تغییر در محتوای قوانین نهاد تقنین داشته باشند؛ درحالی که در این دیدگاه چنین فرضی تصور نشده است.

۳.۲. تقنین در حوزه تطبیق حکم بر مصادیق

هر دو فرض فوق، تقنین در دولت اسلامی را از جنس صدور حکم می‌دانند. درحالی که اصل صدور حکم نیازمند شرایط ویژه‌ای است که در شارع یا فقیه جامع‌الشرایط منحصر است. در نقطه مقابل این دو دیدگاه، تقنین در حکومت اسلامی را می‌توان در حوزه موضوع‌شناسی و تطبیق احکام با موضوعات و مصادیق دانست. وضع قوانین و مقررات در این نگرش در واقع در راستای اجرای احکام شرعی ارزیابی می‌شود؛ در این حالت؛ مسئولیت آن به عهده کسانی است که از تخصص کامل و جامع نسبت به شناخت و کشف موضوعات مرتبط با احکام شرعی برخوردار بوده و به نیابت از حاکم اسلامی و فقیه جامع‌الشرایط احکام را بر مصادیق و موضوعات مرتبط منطبق می‌کنند.

از این رو در پاسخ به این پرسش که آیا در توکیل و استنباه در این مقام، اجتهاد و فقاہت به عنوان شرط لحاظ شده است یا خیر؟ در این نگرش، پاسخ منفی است؛ زیرا قانون‌گذار در نظام اسلامی اصولاً در جایگاه کشف و صدور حکم نیست و صرفاً به موضوع‌شناسی و تعیین مصادیق کلی احکام با موضوعات و مصادیق می‌پردازد (فیرحی، ۱۳۹۶، ص ۳۸۳-۳۸۴، به نقل از مشروح مذاکرات مجلس شورای ملی، دوره ۲، جلسه ۲۶۵، ص ۲۵۴). در واقع از منظر فقهی، تقنین و قانون‌گذاری انحصاراً در اختیار فقیه است و این اختیار نه قابل تفویض به غیر است و نه قابل تفیذ، بلکه تنها به دیگری اذن داده می‌شود تا در تشخیص موضوع‌ها و انطباق آنها با احکام اظهار نظر نماید.

البته قانون‌گذاری، الزام‌ها و اقتضانات ویژه خود را دارد و باتوجه به نیازهای زمانی و مکانی خاصی انجام می‌شود؛ و لازمه ادعای تطبیق و انطباق، آن است که در همه مسائل مورد ابتلا، فتاوی خاص وجود داشته باشد؛ درحالی که مسائل شرعی ناظر به همه مسائل سیاسی و اجتماعی و اقتصادی و... جامعه نبوده و شامل امور و مباحث و ابواب خاصی است؛ درحالی که مسائل سیاسی و اجتماعی ابعاد بسیار گسترده‌ای دارد و این انتظار که یک فقیه در همه این مسائل و موضوع‌ها فتوا و حکم شرعی داشته باشد و یا آنکه در تک‌تک امور به فقیه مراجعه شود و منتظر صدور حکم شرعی باشیم، امری سخت و بلکه ناممکن است.



یک پاسخ اجمالی به این مشکل، روایت معروف «علینا القاء الاصول و علیکم التفریع» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۸، بخش کتاب القضاء - الباب ۶، ص ۵۲) است. احکام شرعی و فتاوی فقها جنبه کلی و عام دارد و قوانین مصوب مجلس از چارچوب این احکام نباید خارج باشد. در واقع در این فرض فقیه جامع الشرایط که مسئولیت تصدی امر ولایت و امامت جامعه را برعهده دارد، علاوه بر اجتهاد در احکام فردی، مکلف به شناسایی و رصد موضوع‌های سیاسی و اجتماعی و «حوادث واقعه» مورد ابتلای جامعه و صدور احکام کلی فقهی در این زمینه‌ها و ارائه آن به ارگان‌ها و نهادهای حکومتی است. این احکام و مقررات می‌تواند در قالب «سیاست‌های کلی» ارائه شود. در این راستا هر کدام از نهادهای تقنینی و اجرایی و نظارتی نسبت به این سیاست‌ها و احکام قانونی شرعی وظیفه‌ای برعهده دارند. در این میان، نهاد قانون‌گذاری موظف به تهیه طرح‌ها و لوایح قانونی در راستای عملیاتی شدن و اجرای بهتر این سیاست‌ها و احکام در بستر جامعه است.

ممکن است این اشکال مطرح شود که در فرایند وضع قوانین درنهایت به الزام یا منع از اموری بیانجامد که بالاصاله و از نظر شرعی، حکم الزامی ندارند. یک پاسخ به این اشکال، ناظر به ماهیت قوانین مصوب نهاد قانون‌گذاری است. قوانین مصوب اگرچه در دایره احکام غیرالزامی، نوعی الزام را وضع می‌کند، اما این نوع الزام‌ها، قوانین را از ماهیت برنامه‌ای و «فرایندی» به ماهیت «حکمی» تبدیل نمی‌کند. این‌گونه الزام‌ها از آن نوعی است که هر انسانی در روند زندگی عادی خویش اعمال می‌کند و یک سری از امور مباح را برای تسهیل امر زندگی یا رفع محدودیت‌ها بر خویش الزام می‌کند. در واقع هر امر مباحی تا به مرحله الزام نرسد، توسط افراد به درجه فعلیت نمی‌رسد. چنین الزامی که افراد به اقتضای ضرورت‌های شخصی انجام دهند، الزام شرعی یا تغییر در حکم الهی قلمداد نمی‌شود. بر همین اساس در امور اجتماعی، الزاماتی را که به خاطر انتظام بخشی به زندگی اجتماعی، بر اساس ضرورت‌های عقلایی وضع شده باشند و متعارض با موازین شرعی نباشند، عقلاً در دایره احکام شرعی که نیاز به حکم حکومتی حاکم شرع باشد، قلمداد نمی‌کنند.

بر پایه چنین معنایی از تقنین، قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی در صورتی مشروعیت دارد که در ذیل احکام شرعی و ناظر به عملیاتی شدن آنها باشد. این تلقی از قانون، آن را با معنای «برنامه‌ریزی» و «فرایندی» سازگار می‌کند. در نتیجه تغییری در احکام شرعی موضوعات ایجاد نمی‌شود و احکام، ثابت و تغییرناپذیر باقی می‌مانند.



نتیجه‌گیری

بحث از اصل اولیه در نظام تقنین دولت اسلامی، ریشه فقهی طولانی در میان فقیهان شیعه دارد. دو نگاه کلی امضایی و تأسیسی در این زمینه وجود دارد. نگاه امضایی، به جواز تقنین عرفی در چارچوب شرع اعتقاد دارد. ولی نگاه تأسیسی استمرار احکام شرع در بستر جامعه از طریق قوانین مصوب حکومتی را دنبال می‌کند. اصل ضرورت مطابقت در مقابل اصل عدم مخالفت، از این دو مبنای کلی نشئت می‌گیرد. بر اساس نظریه تطبیق، فقه اسلامی این ظرفیت را دارد تا با ارائه برنامه عملی در راستای نیل بشر به سعادت، نیازها و اقتضائات زندگی دنیوی وی را در ابعاد مختلف فردی و اجتماعی تأمین نماید. از این رو و بر اساس ادله متقن و مبتنی بر اندیشه اسلامی، نظام تقنین دولت اسلامی زمانی توفیق اجرای احکام اسلام را پیدا می‌کند که قوانین وی بر اساس اصل انطباق با موازین شرعی تعیین شود و نظریه عدم مخالفت، نظریه‌ای ناقص در این زمینه به شمار می‌آید.

بر اساس مبنای انطباق، تقنین در نظام اسلامی نه ماهیت حکمی، بلکه صرفاً ماهیت فرایندی دارد؛ به معنای تعیین خط‌مشی‌ها و برنامه‌ریزی در راستای اجرایی‌سازی احکام اسلامی. سیاست‌های کلی و راهبردهای کلان اجرایی احکام اسلامی را فقیه حاکم تعیین کرده و به نهاد تقنین ابلاغ می‌کند. در واقع قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی، صرفاً برنامه‌هایی اجرایی و راهکارهایی برای اجرای این سیاست‌ها خواهد بود و نهاد نظارتی (شورای نگهبان) نیز با نظارت بر قوانین، آنها را از منظر انطباق یا عدم انطباق با احکام شرعی ارزیابی می‌کند. این مدل قانون‌گذاری می‌تواند منطبق با اصل ضرورت تطبیق و رهایی از آسیب‌های اصل عدم مخالفت باشد.



منابع

● قرآن.

۱. ابوالقاسمی دهقانی، نرجس، و ورعی، سید جواد (۱۳۹۴ش). بررسی تطبیقی قانونگذاری در آراء شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نائینی، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، ش ۱۰۳، ۵۵-۷۲.
۲. اراکی، محمد علی (۱۴۱۴ قمری). الخیارات. قم: مؤسسه در راه حق.
۳. اسماعیلی، محسن، و میلاد قطبی (۱۳۹۲). فقه سیاسی و اختیارات تقنینی حاکم؛ با تأکید بر آرای امام خمینی علیه السلام. پژوهشنامه حقوق اسلامی، ش ۳۸، ۵-۲۹.
۴. افلاطون (۱۳۸۴). دوره آثار افلاطون. (محمدحسن لطفی و رضا کاویانی، مترجم) تهران: خوارزمی.
۵. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۷۸). صحیفه امام. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۶. انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۰). المکاسب. (محمد کلانتر، محقق)، قم: دارالکتاب.
۷. _____ (۱۴۱۵). المکاسب. کمیته تحقیق تراث شیخ اعظم مجمع الفکر الاسلامی، قم: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانية لمیلاد الشیخ الأعظم الأنصاری، الأمانة العامة.
۸. انصاری، مرتضی بن محمدامین، و آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۶)، حاشیة المکاسب. مهدی شمس‌الدین و محمدکاظم بن حسین آخوند خراسانی، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات.
۹. انصاری، مرتضی بن محمدامین، و علی ایروانی (۱۳۷۹). حاشیة المکاسب. (علی ایروانی، شارح)، قم: کتبی نجفی.
۱۰. جمعی از محققان (۱۳۹۰). فرهنگ‌نامه اصول فقه. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، معاونت پژوهشی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی.
۱۱. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۵). حق و تکلیف در اسلام. (حسین شفیعی، ویراستار)، قم: اسراء.
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶). تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث.
۱۳. حسینی حائری، کاظم (۱۳۸۳). المرجعية و القيادة. قم: دارالتفسیر.
۱۴. خمینی، روح‌الله (۱۳۸۶). البیع. حسن طاهری خرم‌آبادی و مؤسسة آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۵. خوبی، محمد تقی (۱۴۱۴). الشروط. أو الالتزامات التبعية فی العقود، بیروت: دارالمؤرخ العربی.
۱۶. زرگری‌نژاد، غلامحسین (۱۳۹۰). رسایل مشروطیت: مشروطه به روایت موافقان و مخالفان. تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی.
۱۷. صدر، محمدباقر (۱۴۲۹). اقتصادنا. قم: بوستان کتاب (انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم)، مکتب الاعلام الاسلامی - فرع خراسان الرضوی.
۱۸. فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۸۱). اصول فقه شیعه. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۱۹. فیرحی، داوود (۱۳۹۶). فقه و حکمرانی حزبی. تهران: نشر نی.



۲۰. کریمی، محمدتقی (۱۳۹۷). نسبت میان اصل «ضرورت حکومت و قاعده عدم ولایت». فصلنامه حکومت اسلامی، ش ۷۸، ۵-۲۸.
۲۱. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۳). الکافی. تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۲. لاری، عبدالحسین بن عبدالله (۱۴۱۸). التعلیقة علی المکاسب. مرتضی بن محمدامین انصاری، اللجنة العلمية مؤتمر إحياء ذكرى آية الله المجاه، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاهياء التراث، و عبدالحسين بن عبدالله لاری. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۲۳. منتسکیو، شارل لویی دوسکوندا (۱۳۹۲). روح القوانين به انضمام درآمدی بر روح القوانين. (علی اکبر مهتدی، مترجم) تهران: امیرکبیر.
۲۴. نائینی، محمدحسین (۱۳۸۲). تنبیه الأمة و تنزیه الملة. قم: بوستان کتاب قم (انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم).
۲۵. نجفی راد، محمدحسن (۱۳۹۱). ضابطه شناسی صحت و فساد شرط. فقه، ش ۷۱، ۴۴-۸۹.
۲۶. هاشمی شاهرودی، محمود (۱۳۹۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت عليهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت عليهم السلام. مرکز پژوهش های فارسی غدیر.
۲۷. یزدی، محمد کاظم بن عبد العظیم (۱۴۱۰). حاشیة المکاسب. قم: اسماعیلیان.
۲۸. یوسفی غروی، محمدهادی (۱۳۸۳). تاریخ تحقیقی اسلام (موسوعة التاريخ الاسلامی). قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمته الله علیه.