

نسبت شریعت و قانون در فقه سیاسی مشروطه

تاریخ دریافت: 90/4/13 تاریخ تأیید: 90/5/30

رضا خراسانی*

شکل‌گیری دولت‌های مدرن و نیز ورود برخی از مفاهیم و دستاوردهای آن همچون قانون به جغرافیای جهان اسلام، پرسش‌ها و چالش‌های اساسی را در فضای اندیشه‌های اسلامی موجب گردیده است. از سویی دانش فقه و فقه سیاسی که عهده‌دار ترسیم ساختارها و قوانین معطوف به اداره زندگی انسان مسلمان در جامعه اسلامی است، بیشترین چالش را با برخی از این مفاهیم داشته است. نیشتر حاضر نیز در راستای حل برخی از این چالش‌ها، درصدد بررسی و درآمدی بر پاسخ به این پرسش است که نسبت قانون و شریعت چیست؟ و فقهای شیعه چگونه میان قانون به مفهوم مدرن آن و شریعت (به معنای مجموعه احکام) رابطه برقرار نموده و کاربردی می‌نمایند؟ اما به دلیل گستردگی موضوع از یک سو، و نخستین مواجهات فقها با برخی از این مفاهیم در دوره مشروطه از سوی دیگر، نقطه تمرکز مقاله بررسی اجتهادات فقیهان عصر مشروطه به ویژه علامه نائینی است. پاسخ متفکران اسلامی به این پرسش با توجه به مبانی معرفتی آنان متفاوت است. برای نمونه، بسیاری از روشنفکران با توجه به مبنا بودن قانون موضوعه بشری در مدرنیته، تلاش می‌کنند با رویکردی مدرن و دیدگاه حداقلی به دین این رابطه را به نفع قانون قرار دهند در حالی که بسیاری از مذهب‌یون و به ویژه فقهای شیعه، این رابطه را به نفع شریعت برقرار می‌کنند.

واژه‌های کلیدی: فقه سیاسی، مشروطه، قانون، شریعت، حق و حکم.

با ورود مدرنیته به جغرافیای جهان اسلام، و تشکیل و استقرار دولت‌های مدرن در بعضی کشورهای اسلامی، برخی از دستاوردهای آن همچون قانون با مفاهیم موجود در سنت فکری اسلامی مانند مفهوم شریعت در چالش قرار گرفت؛ به طوری که این مسئله، پرسش‌های مهمی را در حوزه تفکر اسلامی، به ویژه در میان فقها موجب گردید. پرسش اساسی این است که متفکران و فقهای معاصر اسلامی، به ویژه فقها چگونه میان «قانون» به مفهوم مدرن آن و «شریعت» به معنای مجموعه احکام شریعت، رابطه برقرار نموده و آن را کاربردی می‌نمایند؟ پاسخ متفکران اسلامی به این پرسش با توجه به مبانی معرفتی آنان متفاوت است. پاسخ روشنفکران دینی، غربی، فقهای شیعه و ... با توجه به بنیان‌های معرفتی مورد پذیرش، یکسان نیست. برای نمونه، بسیاری از روشنفکران با توجه به مبنا بودن قانون موضوعه بشری در مدرنیته، تلاش می‌کنند با رویکردی مدرن و دیدگاه حداقلی به دین، این رابطه را به نفع قانون قرار دهند؛ در حالی که بسیاری از مذهبیین و به ویژه فقهای شیعه، این رابطه را به نفع شریعت برقرار می‌کنند. حال این نوشتار در صدد بررسی نسبت قانون و شریعت در فقه سیاسی شیعه است، اما به دلیل گستردگی موضوع از یک سو و شکل‌گیری دولت‌های مدرن و ورود برخی مفاهیم معطوف به آن همچون قانون در عصر مشروطه، از طرف دیگر، نقطه تمرکز مقاله حاضر، بررسی موضوع فوق از منظر برخی از فقهای این دوره است؛ هر چند تحلیل این موضوع، نیازمند کاوش‌های عمیق فقهی است؛ اما این نوشتار صرفاً در آمدی بر این مهم است.



1. ماهیت و چیستی شریعت

از جمله اصطلاحاتی که در متون فقهی و سیاسی از آن زیاد یاد می‌شود و از جمله مفاهیم اصلی مقاله حاضر «شریعت» و مشتقات آن است. صاحب کتاب «معجم مقاییس اللغه» که از قدیمی‌ترین کتب لغت می‌باشد شریعت را به معنای «مکانی که از آن جا آب می‌نوشند» ترجمه کرده است و می‌گوید از این معنا «شریعت از دین مشتق شده است».¹ و در اصطلاح شریعت عبارت است از آن چه خداوند برای مردم تشریح می‌کند، خواه مربوط به عقاید باشد یا اخلاق یا افعال مکلفین از عبادات و معاملات.²

شریعت دارای دو معنی عام و خاص می‌باشد. در معنای عام مترادف کلمه دین و گاهی به جای آن به کار می‌رود مثلاً گفته می‌شود شریعت اسلام که منظور دین می‌باشد.

شریعت در معنای عام به معنی ایمان به مبادی غیبی است از روی کمال خلوص قلب و صفای نیت، پیامبران الهی مردم را به آن دعوت می‌کردند و هیچ اختلافی در این اساس میان آنها نیست و لذا در این معنا با مفهوم دین یکی است. در معنای خاص عبارت از احکام و دستورات و عبادات و اخلاقیاتی است که هر پیامبر می‌آورد. شریعت در معنای خاص با مفهوم دین متفاوت است. چه شریعت هر پیامبری بر حسب مقتضیات زمان و مکان و امت و قوم او با شریعت دیگری فرق دارد. در طول تاریخ دین، شریعت‌های گوناگونی از جانب خداوند نازل گردیده است و این شریعت چنانکه از قرآن کریم و احادیث اسلامی بر می‌آید، پنج شریعت نوح، ابراهیم، موسی، عیسی و پیامبر اکرم (ص) بوده است.³ از این منظر علم شریعت در اصطلاح قرآن به معنای طریق است، که عبارت است از طریق‌های خاص، یعنی طریق‌هایی که برای امت‌ها و یا پیامبری از پیامبران مبعوث به شریعت تعیین و آماده شده باشد.⁴

بنابراین روشن می‌گردد که: دین که مبتنی بر وحی است از بخش‌هایی تشکیل شده است. یک بخش آن عقایدست، یعنی حقایق و واقعیاتی که باور و اعتقاد به آنها از مسلمانان خواسته شده است مانند: خدا، وجود قیامت، معاد، نبوت، بهشت و دوزخ. بخش دیگر اخلاقیات یعنی تعالیمی که فضایل و رذایل اخلاقی را به انسان شناسانده و راه تهذیب نفس از رذایل و تخلق به فضایل را به وی ارائه داده است. بخش دیگر آن شریعت و مناسک و احکام و مقررات است که چگونگی تنظیم روابط اجتماعی، حقوقی، مدنی و سلوک اجتماعی و کیفیت روابط اقتصادی و سیاسی و نظامی در این حوزه قرار می‌گیرد. که مقاله حاضر ناظر به این بخش از دین (شریعت) می‌باشد.

2. فقه مشروطه و فهم اجتهادی فقها از شریعت

اساساً اصالت دادن به شریعت، وجه اشتراک فقها و دستگاه‌های فقهی در هر دوره تاریخی است. این مهم، به ویژه در عصر مشروطه، وجه اشتراک موافقان و مخالفان مذهبی است. به عبارت دیگر، گرایش‌های اصلاحی و سنتی در این مولفه تفاوتی نداشتند، بلکه اختلاف عمده گرایش‌ها در این دوره و سایر مقاطع در ساحت اندیشه سیاسی شیعه، به نوع تلقی آنان از شریعت بر می‌گردد. برخی همچون علامه نائینی، شریعت را به گونه‌ای انعطاف‌پذیر می‌دانستند که تغییرات و تحولات پدید آمده را در خود جای می‌دهد. در مقابل، برخی بر انعطاف‌ناپذیری اسلام تأکید و با طرد مفاهیم جدید بر ناسازگاری آنها



با تفسیر خود از نصوص دینی اصرار می‌ورزیدند. برای نمونه، صاحب تذکرة الغافل می‌نویسد: «اگر کسی را گمان آن باشد که مقتضیات عصر، تغییردهنده بعضی مواد آن قانون الهی است یا مکمل آن است، چنین کس هم از عقاید اسلامی خارج است».⁵ در حالی که برخی از نوگرایان فقهی، تلاش در جهت سازگاری مفاهیم جدید با شریعت داشتند، برخی از سنتی‌ها جهات ناسازگاری را برجسته می‌ساختند. بدین ترتیب، نسبت قانون و شریعت از جمله معماهای فقهی در این دوره است.

پیوند عقل و اجتهاد در تفکر شیعه موجب ظهور و بروز رویکردهای جدیدی در فهم از شریعت و در نتیجه اجتهادات شد. به ویژه در عصر شیخ انصاری، این گفت‌وگو با تأکید بر عقل‌گرایی مکنون در اجتهاد تقویت شد و در دوره‌های بعدی توسط شاگردان شیخ همچون آخوند خراسانی و نائینی توسعه یافت. بدون شک، احیای مباحثات عقلی در ساحت فقه، زمینه ظهور مجتهدانی نواندیش همچون آخوند خراسانی، ملا عبدالله مازندرانی، علامه نائینی و ... را فراهم نمود تا با فهم جدیدی از شریعت، پرسش‌های تاریخی نوپیدا را پاسخ دهند.

چرخش زبانی در فقه سیاسی معاصر، مبتنی بر فهم اجتهادی شریعت و سیر تحول و تطور، آن به ویژه پس از مشروطه است. بی‌شک نهضت مشروطه، تحولی شگرف در ساحت‌های مختلف علمی، به ویژه فقه سیاسی است که به نوعی چرخش زبانی در فقه سیاسی، معطوف به آن است؛ زیرا فهم اجتهادی از شریعت را متحول نمود. بنابراین، مبنای معرفت‌شناختی فهم از دین و شریعت در هر دوره، امکان قرائت خاصی از دین را به همراه دارد. برای مثال در هر دوره‌ای که مکتب اصولی بر مکتب اخباری غلبه می‌کرد، قرائت عقل‌گرایانه از دین و شریعت رشد نموده و در حوزه سیاست و حکومت تأثیر می‌گذاشت. در عصر مشروطه، این قرائت توسط فقهای بزرگی چون نائینی برجسته شد و در نتیجه با این مبنای معرفت‌شناختی و رویکردی عقل‌گرایانه، تفسیر خاصی از شریعت ارائه نمود و سازگاری شریعت را با نهضت مشروطه استنباط کرد. از این رو می‌توان گفت فهم نائینی از شریعت اگر چه به لحاظ معرفت‌شناختی فهمی اجتهادی است، اما با فهم اجتهادی پیشین فاصله گرفته و تحولی جدید به وجود آمده است. این فهم خاص از دین، بیانگر تلاش نائینی برای سازگار ساختن شریعت با نظام سیاسی خاصی است که منجر به استبداد نشود. به عبارت دیگر، این تحول جدید در فهم نص موجب الگوی جدیدی در حوزه نظام سیاسی اسلامی شیعی شد؛ زیرا فهم این دسته از فقیهان از شریعت و کوشش

فکری آن‌ها در جهت سازگاری شریعت با مقتضیات و نیازهای زمانه، بنیادهای معرفتی لازم را برای نظریه‌پردازی در حوزه اندیشه سیاسی اسلام، به ویژه در ساحت فقه سیاسی ایجاد نمود.

بنابراین، فهم اجتهادی از شریعت در فقه مشروطه با بهره‌گیری از شیوه‌های عقلی جان تازه‌ای گرفت. به عقیده نائینی، همان‌گونه که با بهره‌گیری از شیوه عقلی، از عبارت «لا تنقض الیقین بالشک» می‌توان آن همه قواعد لطیفه را استخراج کرد، به همین سان، با «جودت استنباط» و «حسن تفریع» می‌توان از مقتضیات مبانی و اصول مذهب، قواعد مربوط به ترقی و پیشرفت را استخراج کرد. در تکمیل این اقدام، تجربه غیبت را نباید به گونه‌ای تفسیر کرد که مستلزم تن دادن به «اسارت و رقیق طواغیت امت الی زمان الفرج» باشد. این رویکرد موجب گردید برخی از فقها همچون نائینی از نگرشی سلبی به حکومت در عصر غیبت فاصله گرفته و جهت یافتن مبانی مشروع برای حکومت در عصر غیبت تلاش نمایند. اما آنچه در این مسیر، دغدغه اساسی فقهای مشروطه همچون نائینی و همفکرانش بود، حفظ و اجرای شریعت اسلام بود. و این مهم، مانع از آن بود که از چارچوب اجتهاد جدا شوند. به همین روی، دریافت مجتهدان از تحول در ساخت قدرت، نیازمند دگرگونی است. به عبارت دیگر، درک و دریافت اجتهادی نسبت به تحولات ساخت قدرت می‌بایست صورت گیرد و مشخص گردد که فقها و علمای اسلام از دولت چه می‌خواهند؟ و چه نسبتی بین قانون و شریعت برقرار می‌کنند.

در دوره معاصر، اصالت دادن به شریعت، وجه اشتراک تمام دستگاه‌های فقهی است. اختلاف رویکردهای فقهی به نوع تلقی آنان از شریعت بر می‌گردد. از سویی چگونگی اجرای شریعت مبتنی بر فهم و تفسیر خاصی از دین و شریعت است؛ به نحوی که بر اساس تفسیر فقها از آموزه‌ها و با اتخاذ مبانی کلامی خاص می‌توان اجتهادات آنان را نسبت به قلمرو شریعت، ماهیت حکم شرعی و چگونگی اجرای آن دریافت کرد.

از جمله گزاره‌های کلامی مؤثر بر استنباط فقهی، جامعیت و کمال شریعت است. در استنباط فقهی، یکی از نتایج بحث جامعیت شریعت، نوع برداشت و تفسیری است که از مفاهیم مکنون در شریعت ارائه می‌شود؛ زیرا مفاهیم، برخی صریح هستند که از نصوص قطعی به دست می‌آید و برخی مفاهیم نظری که از ظاهر متون دینی قابل اصطیاد است و طبعاً قابل تفسیرهای گوناگونی است. با این وصف، برداشت کلامی فقیه نسبت به تفسیری که از جامعیت دین و شریعت دارد، اهمیت دارد. برخی از فقها و عالمان شیعه،



جامعیت شریعت را به معنای اشمال آن به شیوه تفسیر شریعت و روش استنباط از کتاب و سنت دانسته‌اند و معتقدند که کتاب و سنت علاوه بر احکام و قوانین و اهداف، روش‌های برداشت از کتاب و سنت را می‌بایست در برداشته باشد و در غیر این صورت، شریعت ناقص خواهد بود.^۷ در حالی که برخی دیگر از فقها بر این باورند که لازمه جامعیت شریعت، اشمال آن بر روش استنباط از کتاب و سنت نیست، بلکه روش‌های استنباط عقلی و عقلایی است. لذا نباید این روش‌ها با اهداف شریعت مخالف باشد. از این لحاظ در تفسیر و استنباط احکام از کتاب و سنت از علوم بشری، احکام عقلی و قواعد عقلایی استفاده می‌شود. از این رو، بسیاری از فقها و اصولیین، شیعه در مقام استنباط به ظهور گفتار و رفتار^۸ الغای خصوصیت، تنقیح مناط، استقراء و ... استناد می‌کنند. برخی از مباحث همچون کیفیت استناد احکام به شارع، نفی فراغ قانونی، نفی قانون‌گذاری و ... متأثر از این بحث است.

همچنین برداشت فقها از گزاره، «عدم خلوالواقعه عن الحکم» متأثر از مبانی آنان نسبت به جامعیت شریعت است؛ زیرا برخی فقها معتقدند که دین، تمام وظایف انسان و احکام معطوف به آن را معین نموده است. لذا فراغ قانونی وجود ندارد. البته این گروه، رسالت دین را تنظیم رابطه انسان با خدا در نظر می‌گیرند و جامعیت شریعت را در این حوزه تفسیر می‌کنند؛ در حالی که دسته دیگری از فقها علاوه بر تنظیم رابطه انسان با خدا، ترسیم مناسبات اجتماعی انسان را در نظر دارند.

تلاقی دین و سیاست در فقه مشروطه، حاکی از حضور ارزش‌های دینی در ساختار و هندسه این گونه دولت‌ها است، که آن را از سایر نظریه‌های دولت متمایز می‌کند. منبع نهایی اقتدار در دولت اسلامی، «خداوند» است. از این رو، «قانون الهی»، یعنی احکام اولیه و ثانویه شریعت بر دولت مقدم است. به نحوی که سرپیچی از قانون، علاوه بر مجازات دولتی، «گناه شرعی» به شمار آمده و مجازات آخرتی نیز دارد. در نتیجه، تمام وجوه عمومی و خصوصی زندگی انسان مسلمان در چارچوب شریعت است. و بالتبع وجوه سیاسی زندگی را نیز در بر می‌گیرد.

برخلاف اشکال گوناگون قدرت و دولت در سایر نظام‌ها و تمدن‌ها که منبع اصلی قانون، بشر است، در قاموس فرهنگ اسلامی، خداوند قانون‌گذار است. و دستورات خود را از طریق وحی به پیامبر صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ابلاغ نموده تا چارچوبی برای زندگی انسان مسلمان باشد. لذا دولت، محصول و برآیند شریعت است و به نحوی وجودی ثانوی دارد که مهم‌ترین

وظیفه آن اجرای شریعت است. بنابراین، دولت اسلامی در هر شکلی وظایف و تکالیف خاصی برعهده دارد. هر چند نسبت به این برداشت، دیدگاه رقیبی نیز وجود دارد که اساساً معتقد به دولت اسلامی نبوده و وظیفه دولت را اجرای احکام اسلام نمی‌داند، بلکه معتقد است این مدعا که وظیفه حکومت اجرای احکام است، بعدها در جغرافیای جهان اسلام ظهور یافت.^۹ و معطوف به پدیده‌ای به نام «اسلام فقهاتی» است.^{۱۰}

دیدگاه‌های رقیب، وجود ارزش‌های اسلامی در دولت اسلامی را نفی نمی‌کنند؛ به گونه‌ای که رابطه دین و سیاست را می‌پذیرند، اما رابطه دین و دولت را رد می‌کنند. هر چند در این جا قصد نقد این دیدگاه را نداشته و خارج از موضوع است؛ با این حال نظریه‌ای است که عمدتاً از سوی روشنفکران دینی در کنار معتقدان به دولت اسلامی پدیدار شده و خارج از دایره دستگاه‌های فقهی است.

تقدم شریعت بر دولت به این منظور است که احکام دین اسلام از جامعیت و جاودانگی برخوردار است. دستگاه فقه، متولی پاسخ‌گویی به مسائل مستحدثه مسلمانان است. بر این اساس هم شکل حکومت، وظایف حکومت، حقوق اساسی افراد و بسیاری از نیازمندی‌های دولت اسلامی از طریق فتاوی فقهی معین می‌گردد.

به هر حال اکثر نظریه‌های دولت در فقه شیعه وظیفه اصلی حکومت را اجرای شریعت دانسته و قائل به تقدم شریعت بر دولت‌اند. حتی نظریه‌های تعطیل که هرگونه دولت در عصر غیبت را غیر شرعی دانسته و طرد می‌کنند، در صورت شکل‌گیری حکومت‌های جور، مسئولیت آن را در اجرای شریعت نفی نمی‌کنند.

3. تفاوت‌شناسی مفهوم قانون در ادبیات سیاسی اسلام و غرب

با ورود مدرنیته به جغرافیای جهان اسلام، برخی از دستاوردهای آن همچون قانون با مفاهیم موجود در سنت فکری اسلامی همچون مفهوم شریعت در چالش قرار گرفته است. این مسئله، پرسش‌های مهمی را در حوزه تفکر اسلامی، به ویژه در میان فقها موجب گردید. برای نمونه این که متفکران و فقهای معاصر اسلامی، به خصوص فقها چگونه میان «قانون» به مفهوم مدرن آن و «شریعت» به معنای مجموعه احکام شریعت رابطه برقرار نموده و آن را کاربردی می‌نمایند؟ پاسخ متفکران اسلامی به این پرسش با توجه به مبانی معرفتی آنان متفاوت است. پاسخ روشنفکران دینی، غربی، فقهای شیعه و ... با توجه به بنیان‌های معرفتی مورد پذیرش، یکسان نیست. بدین سان می‌توان گفت مفهوم قانون در



ادبیات اسلامی متفاوت با اندیشه غربی است.

قانون در تفکر غربی توسط خود انسان کشف می‌گردد و ناظر به عمل شهروندان است، و معیار قانون‌گذاری اکثریت شهروندان می‌باشند؛ تا جایی که در تفکر مدرن، قانون کاملاً بر اراده مردم متکی است. این برداشت از قانون به مثابه محور زندگی انسان مدرن قرار گرفت، اما قانون در ادبیات اسلامی، تفاوت‌های عمده‌ای با برداشت غربی از قانون دارد. در تفکر اسلامی نیز همچون تفکر غربی، معیار عمل قانون است، اما قانون در اندیشه اسلامی معطوف به شریعت است؛ در حالی که مطابق اندیشه غربی، قانون معطوف به اراده شهروندان است. هر چند در فقه اسلامی نیز مصلحت مردم و شهروندان مورد نظر شریعت است؛ اما نهایت امر در وضع قوانین این است که باید در چارچوب شریعت باشد. در صورت وجود پارلمان و مجلس، و وضع قانون توسط این نهاد، رأی اکثریت هنگام تقنین، باید کاشف شریعت باشد. و به عبارتی قانون‌گذاری خارج از دایره شریعت مجاز نیست.

تفاوت دیگر قانون در ادبیات اسلامی و غربی در این است که مطابق اندیشه غربی، تنها مرجع قانون، دولت است و شهروندان در درون دولت قانون‌گذاری می‌کنند؛ لذا وضع قانون در خارج از دولت امکان‌پذیر نیست؛ در حالی که در تفکر اسلامی، هر گونه قانون‌گذاری در چارچوب شریعت صورت می‌گیرد. و شریعت، بسیار بزرگ‌تر از دولت است. نتیجه اینکه در کشورهای اسلامی، نهادهایی وجود دارند که متولیان و حافظان شریعت محسوب می‌گردند و مستقل از دولت عمل می‌کنند. بنابراین، ممکن است تفسیرهایی شرعی وجود داشته باشد که با قانون متفاوت باشد.

لذا در تفکر اسلامی، قانون، تابع شریعت است و هرگونه قانون‌گذاری در چارچوب شریعت امکان‌پذیر است. و شریعت مقدم بر دولت است. و قانون تابع امر بزرگ‌تری است که در خارج از دولت ساخته می‌شود؛ از این رو قانون به مفهومی که در غرب وجود دارد، در تفکر اسلامی وجود نخواهد داشت.

نظام‌های مشروطه، از جمله نخستین نظام سیاسی جدید مسلمانان در دوره معاصر است که وارد ادبیات سیاسی اسلامی، به ویژه دستگاه فقهی گردید. بر خلاف اندیشه‌های غربی که حکومت در چارچوب یک قانون اساسی است، که اولاً، خصلتی موضوعه دارد. ثانیاً، تابع عقل است. و ثالثاً، قابلیت تغییر دارد، نظام‌های مشروطه در تفکر اسلامی، کاملاً به شریعت گره خورده است و رابطه وثیقی بین مفهوم مشروطه و مفهوم شریعت وجود

دارد. بنابراین، حکومت در چارچوب شریعت قرار می‌گیرد. از این رو در مشروطه، از قانون شریعت که غیر موضوعه است، صحبت می‌شود. در این صورت، قوانین عادی و اساسی باید از قانون شریعت تبعیت کنند و یا حداقل مخالفتی با شریعت نداشته باشند. از این رو می‌توان گفت حتی قانون اساسی در ادبیات اسلامی، مرکزی ندارد، بلکه خود، تابع مفهوم دیگری به نام شریعت است؛ لذا مرجعیت نهایی از آن شریعت است نه قانون اساسی؛ در نتیجه، در نظام‌های مشروطه، ناظرین قوانین مجتهدین هستند؛ همانند هیئت نظار که در متمم قانون اساسی مشروطه آمده است. در حالی که در تفکر غربی، شورای قانون اساسی از جنس حقوقدانان است که از آن محافظت می‌کنند. بنابراین، نظام مشروطه در کشورهای اسلامی با مشروطه در تفکر غربی مقایسه‌پذیر نیست.

نظام مشروطه، ساختاری دارد که این ساختار در فقه و در درون نظام‌های فقهی شکل می‌گیرد؛ زیرا با ورود مفهوم شریعت، مهم‌ترین دستگاه فکری که باید این نظام سیاسی را توجیه و تفسیر نماید، دستگاه فقهی است. این دستگاه، ترسیم‌کننده هرگونه ساختار در حوزه شریعت است. برای نمونه در دوره مشروطه منازعات اساسی در مورد شورای نظار بود. لذا می‌توان گفت در کشورهای اسلامی، دولت مستقل شکل نگرفت؛ زیرا همواره خارج از دولت، مجتهدین و متولیان شریعت، مرجع تفسیر قوانین شرع به حساب می‌آیند؛ بنابراین، مرجع تفسیر زندگی، بیرون از دولت است که دستگاه فقه و اجتهاد باشد.

4. بررسی و تحلیل قانون در مشروطه

در گفتمان مدرن، قانون موضوعه بر بنیادهای قرارداد اجتماعی و اراده مردم به منظور حفظ نظم و برقراری عدالت، استوار است. در این چارچوب، اداره امور جامعه، تابع اراده خودکامه شاه یا حاکم سیاسی نیست، بلکه حوزه عمومی تحت پوشش قانون قرار دارد و توسط مجموعه قوانین مدونی اداره می‌شود که مشروعیت آن‌ها از اراده انسان بر می‌خیزد. اما در گفتمان فقها در مشروطه، قانون دارای منشأ الهی است. بالاترین و کامل‌ترین قانون، قانون الهی است که توسط پیامبر بر مردم آشکار شده است. فهم قانون شریعت، امری تخصصی است که تنها از عهده عالمان و مجتهدان بر می‌آید. بر این مبنای اساساً هیچ ضرورتی به وضع قانون برای ایجاد نظم و برقراری عدالت وجود ندارد. برعکس، چنین کاری دخالت در دین و بدعت محسوب می‌شود که جلوگیری از آن وظیفه شرعی است. در این چارچوب، وظیفه سلطنت، حفظ و پاسداری از نهاد دین و شریعت است.



بدین سان، در ساخت قدیم قدرت در ایران، تنها نظام حقوقی و قانونی منسجم و مدون، شریعت بود که عمدتاً ناظر بر مناسبات خصوصی است و در حوزه عمومی از کارایی محدودی برخوردار می‌باشد. حوزه عمومی عمدتاً توسط نهاد سلطنت و بر پایه قوانین اداره می‌شد که منسجم و مدون نبودند و تحت اراده خودکامه پادشاه قرار داشتند. در چنین بستری، انقلاب مشروطه، قانون را بر پایه شریعت و قرارداد اجتماعی و اراده مردم استوار ساخت: «قانون متکی بر قرارداد اجتماعی و اراده مردم» را به نهاد دین و شریعت مقید سازد و آن را به گونه‌ای تعبیر کند که با شریعت سازگار باشد. در اصل بیست و هفتم قانون اساسی مشروطه آمده است که «قوه مقننه که مخصوص است به وضع و تهذیب قوانین و این قوه ناشی می‌شود از اعلی حضرت شاهنشاهی، مجلس شورای ملی و مجلس سنا و هر یک از این سه منشأ حق انشاء قانون دارد، ولی استقرار آن موقوف است به عدم مخالفت با موازین شرعیه و تصویب مجلسین و توشیح به صحنه همایونی...»^{۱۱}.

به منظور سازگار کردن شریعت با مقتضیات انقلاب مشروطیت، تلاش‌های متعددی توسط مجتهدین صورت گرفت، اما همه آن‌ها دارای یک کاستی اساسی بودند که می‌توان آن را در نظریه نائینی که از اهمیت پایه‌ای برخوردار است، مشاهده کرد. نائینی بین دو دسته نیاز انسان و به تبع آن، دو دسته قانون تمیز قائل شد. نیازهای ثابت که حوزه قوانین ثابت، یعنی نصوص دینی و قانون شریعت است و نیازهای متغیر که حوزه قوانین موضوعه و عرفی می‌باشند. به این ترتیب، نائینی، ضرورت قانون مدون عرفی را پذیرفت و آن را دستوری تفسیر کرد که کارکرد آن محدود ساختن قدرت و تفکیک حوزه عمومی از حوزه خصوصی است. اما به منظور سازگار کردن قانون بشری با قانون شریعت، نائینی در تحلیل نهایی به ناچار تأکید ورزید که قوانین موضوعه چنانچه به حوزه نخست، یعنی نیازهای ثابت مربوط شوند، می‌بایست با شریعت منطبق باشند و چنانچه به حوزه دوم، یعنی نیازهای متغیر مربوط شوند، می‌بایست با شریعت در تضاد نباشند که تشخیص هر دو مورد بر عهده فقها است. به این ترتیب، قانون موضوعه عملاً ملزم به پیروی از قانون شریعت گردید. برای مقابله با این مشکل نائینی اضافه کرد که برای تشخیص سازگاری قوانین موضوعه با قوانین شرع، تنها نظارت فقها کافی است.

در مورد پارلمان که مفهوم پایه‌ای دیگر گفتمان مدرن است، وضعیت مشابهی وجود دارد. در چارچوب گفتمان مدرن که در آن منشأ حقانیت قانون، اراده مردم است، یک فرمان، فرمان پادشاه، رهبر مذهبی و یا هر شخصی دیگر، هنگامی به قانون تبدیل

می‌شود که از مجرای اراده همگانی گذشته باشد و توسط نهادی که منتخب اراده همگانی است، به تصویب رسیده باشد. در این گفتمان، نهاد پارلمان یا مجلس شورا که تجلی اراده مردم است، عهده‌دار این وظیفه می‌باشد، اما در چارچوب متداول دستگاه نظری اسلام که در آن منشأ قانون الهی است، در حوزه قوانین ثابت، شورا مصداق ندارد و در حوزه قوانین متغیر، احکام اسلام برای ترجیح و مطلوب بودن شورا در هنگام اتخاذ تصمیم دلالت دارند، نه بر التزام و گردن نهادن بر رأی و نتیجه شورا. در تحلیل نهایی، تصمیم‌گیری همواره بر عهده پیامبر، امامان و در غیاب آن‌ها، ولی فقیه است. از این منظر، مانند قانون موضوعه، مجلس شورا نیز دارای نقشی حاشیه‌ای است.

مجتهدان و روشنفکران مشروطه بر این اساس که بسیاری از احکام اسلام، اشاره بر مطلوبیت شورا دارند، کوشیدند تا این احکام را به حوزه عمومی گسترش دهند و از آن‌ها ضرورت تشکیل نهاد مجلس شورا را نتیجه بگیرند و به این ترتیب بین مفهوم پارلمان و مفهوم اسلامی شورا سازگاری برقرار کنند. اما مفاد امر به شورا در نصوص دینی، نوعی توصیه اخلاقی برای بهره‌برداری از دیدگاه و تجارب دیگران است. حتی در این ظرفیت محدود نیز مجلس شورا می‌بایست تحت نظارت ولی فقیه عمل کند تا عملکرد آن را با شریعت منطبق و هماهنگ سازد. مجتهدین مشروطه خواه بر آن بودند که نظارت ولی فقیه بر مجلس شورا از طریق عضویت پنج مجتهد واجد شرایط در مجلس کافی است. اما در این چارچوب، در تحلیل نهایی، مجلس شورا در سیطره نهاد دین قرار دارد. در عرصه قوانین ثابت مصوبات آن می‌بایست منطبق با شریعت باشد و در حوزه متغیرات می‌بایست دست کم با شریعت مغایرت نداشته باشد و تشخیص هر دو این امور با ولی فقیه و مجتهدین واجد شرایط است.

بر اساس اصل دوم قانون اساسی مشروطه «باید در هیچ عصری از اعصار مواد قانونیه... [مجلس] مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه... [پیامبر اسلام] نداشته باشد و ... تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قوانین اسلامیه بر عهده علما ... بوده و هست ... و لهذا رسماً مقرر است ... هیئتی که کمتر از پنج نباشد از مجتهدین و فقهای متدین... به سمت عضویت [مجلس شورای ملی شناخته شوند]... تا موادی که در مجلسین عنوان می‌شود، غور و بررسی نموده، هر یک از آن مواد معنویه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد، طرح و رد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند؛ رأی این هیئت علما در این باب مطاع خواهد بود و این ماده تا زمان ظهور حضرت حجت الله فرجه

تغییر ناپذیر خواهد بود.^{۱۲} بدین سان اختیار قانون گذاری مجلس در چارچوب انطباق با شریعت محدود شد. نتیجه آنکه در فقه مشروطه وقتی سخن از قانون گذاری و اجرای قانون می شود، در حقیقت همان اجرای شریعت مد نظر است.

5. ساخت دوگانه قانون در دولت مشروطه

اساساً دولت های امروزی در کشورهای اسلامی ساختی دوگانه دارند؛ به این معنا که بخشی از آن شرعی و بخشی دیگر عرفی است. در تفکر مشروطه نیز قوانین مجلس به سه حوزه تفکیک می شود. 1. حوزه شریعیات که عبارت از قضا و افتاء است که این حوزه اختصاصاً مربوط به فقهاست، یعنی قوه مقننه، حق قانون گذاری در این حوزه را نداشت. 2. حوزه دیگر، نوعیات است که مربوط به نوعیات مردم است. حوزه ای که مردم، آن را به طور عرفی اداره می کنند؛ مثل امور مربوط به شهرسازی، تجارت و ... 3. حوزه عمومی یا سیاسیات است که در این مورد تداخلاتی میان شرع و عرف پیدا می شود. این بخش حوزه قانون گذاری مجلس با نظارت علما بود و هیئت نظار، مسئول حراست از شریعت در این قلمرو بود. بنابراین، در نظریه های جدید فقهی، مسائل جدیدی ظهور نموده است که ناشی از تفکیک دولت به دو حوزه شرعی و عرفی است. دولت هم موظف است ملتزم به شریعت باشد و هم موظف است به نیازهای عمومی مردم پاسخ گوید؛ زیرا در تفکر اسلامی، شریعت حوزه ای مستقل دارد که دولت ها توانایی شکستن آن را ندارند.

در فقه مشروطه، قانون گذاری، تنها معطوف به حوزه مباحات، جایی که منصوصات شرعی وجود ندارد، می باشد؛ زیرا بر اساس دو اصل فقهی «اباحه» و «برائت»، انسان مسلمان در هر نوع عملی، که حکم صریحی در آن در زمینه نصوص اسلامی یافت نشود، آزاد است و قلمرو این آزادی شامل صحنه های وسیعی از زندگی فردی و اجتماعی می گردد. در فقه اسلامی، احکام به دو دسته الزامی و غیر الزامی تقسیم می شود که دستورات الزامی شامل واجبات و محرمات می گردد و احکام غیر الزامی در سه نوع مستحبات، مکروهات و مباحات مطرح می شود و در حقیقت، قلمرو آزاد زندگی بشر می باشد و انسان می تواند بر اساس این تقسیم بندی در خارج از قلمرو احکام الزامی (واجبات و محرمات) در انتخاب راه و شیوه زندگی آزاد باشد و در این قلمرو وسیع اباحه به قانون گذاری در زمینه های مختلف زندگی بپردازد. و این قوانین را بر اساس اصل احترام به قراردادهای صورت قراردادی بر خود و دیگران الزام آور سازد.^{۱۳} در اسلام توصیه شده



که در این قلمرو آزاد زندگی بشر که بسی فراخ‌تر از بخش مربوط به احکام الزامی است، از محدود ساختن خود و حتی از تکلیف در به دست آوردن حکم الزامی شرعی خودداری نماید.^{۱۴} در این قلمرو آنچه می‌تواند کاربرد وسیعی در تولید قانون داشته باشد، عقل است. عقل، خود یکی از منابع و ادله فقهی است و کاربرد وسیعی در استنباط حکم شرعی دارد. و خداوند به انسان اجازه داده است که از این موهبت الهی بهره‌مند گردد و دست به قانون‌گذاری در این منطقه بزند. در فقه مشروطه، به ویژه نائینی، مباح بالاصل، حوزه‌ای است که در آن قانون وجود ندارد و به عبارتی همان «حوزه رُخص» است که قانون‌گذاری در آن شرعی نیست، بلکه انسان‌ها، می‌توانند با هم قرارداد بسته و بر اساس آن قانون وضع نمایند. البته قوانین آن‌ها در نهایت نباید مخالف با شرع باشد.

6. فقه مشروطه و سازگاری قانون و شریعت در راستای تحقق شریعت

اجتهادات محقق نائینی در این خصوص از جامعیت و انسجام بیشتری نسبت به سایر فقهای مشروطه برخوردار است. هر چند فقهای دیگر در سطور پراکنده به این بحث اشاره دارند. دیدگاه نائینی مبتنی بر نظریه خاصی راجع به قلمرو و انتظارات بشر از دین و شریعت استوار است. و نزد فقهای معاصر شیعه به «منطقه الفراغ»^{۱۵} و نزد فقهای اهل سنت به «منطقه العفو»^{۱۶} و نزد نائینی به «منطقه رُخص» شهرت یافته است. بر اساس این نظریه، انسان مسلمان دارای دو دسته نیازهای ثابت و نیازهای متغیر بوده و بر این اساس، احکام شریعت نیز به دو دسته احکام ثابت و احکام متغیر تقسیم می‌گردد. حوزه ثابتات به نظر نائینی «تحت ضابط خاص و میزان مخصوص» قرار دارد و نصوص دینی، این ضوابط خاص را بیان نموده‌اند، لذا این امور در قلمرو نصوص دینی است، اما حوزه متغیرات دین چنین نیستند. آن‌ها با توجه به نیازهای متغیر انسان مسلمان، قابلیت تغییر دارند. و لذا نصوص دینی به آن‌ها نپرداخته و تصمیم‌گیری درباره آن‌ها را به عقل انسان سپرده است. نائینی، نام این قلمرو را «منطقه رُخص» یا به عبارت دیگر «ما لا نص فیه» می‌نامد. به نظر برخی محققین «قلمرو ترخیص ساز و کاری است که در شریعت برای جمع ثابت و متغیر تعبیه شده و هیچ نقصی برای دین به شمار نمی‌رود. قوانین موضوعه اگر به حوزه نخست مربوط شود، لازم است که با شریعت منطبق باشد و در صورتی که به قلمرو ترخیص مربوط شود، تنها منوط به عدم مخالفت با شرعیات می‌باشد و این امر از



طریق نظارت فقیهان میسر می‌شود».^{۱۷} هر چند برداشت برخی نویسندگان از عبارات نائینی این است که در اندیشه وی، قلمرو قانون‌گذاری فراتر از حوزه غیر منصوصات است و حتی حوزه شریعات را نیز در بر می‌گیرد. به نظر آنان، نائینی در تعیین عرصه قانون‌گذاری به عنصر الزامی بودن و ضمانت اجرای آن توسط دولت به عنوان یکی از مؤلفه‌های قانون توجه داشته؛ از این رو به فراگیری آن حتی نسبت به مواردی که حکم آن در شریعت بیان شده، می‌اندیشیده است. از این رو قلمرو قانون را در تنگنای شریعت محصور نکرده و مجالی را برای جولان عقل و بنای عقلا و نهاده تا در چارچوب مصالح و مقتضیات زمان و مکان تصمیم‌گیری کنند.^{۱۸} اما به نظر می‌رسد نائینی، قانون‌گذاری را تنها معطوف به حوزه «رخص» و غیر منصوصات می‌داند.

در فقه مشروطه، قانون به گونه‌ای معنی شد که با شریعت سازگار باشد و لذا وجوه متعارض این مفهوم در برداشت غربی آن با شریعت چندان مورد توجه آنان نبود. عالمان مخالف مشروطه برعکس به این تمایزات و تفاوت‌ها توجه بیشتر می‌نمودند و در برخی موارد برنامه سازگاری بنیادی قانون و شرع تأکید نموده‌اند. برداشت علامه نائینی از قانون این است که قانون را به دستوری تفسیر می‌نمایند که کارکرد آن محدود ساختن قدرت و تفکیک حوزه عمومی از حوزه خصوصی است. بر این اساس قانون همچنین چگونگی انجام «وظایف و درجه استیلای سلطان» را معین کرده «و آزادی ملت و حقوق طبقات اهل مملکت را موافق مقتضیات مذهب به طور رسمیت متضمن» است. بنابراین قانون، «رکن اعظم» تحفظ سلطنت اسلامی است که مانع از تبدیل آن بوده و عدم تجاوز از حدود متوقف و منحصر در آن است. بدین ترتیب، ارجاع تمام مواد قانون به شریعت می‌باشد، و شریعت به مثابه مرجع قانون تلقی می‌گردد.

7. شریعت و قانون: مجلس شورای ملی

قانون، کلیدی‌ترین مفهوم در دولت‌های مدرن است و مجلس (پارلمان) قانون‌گذاری یکی از ارکان مهم در دولت‌های دمکراتیک به حساب می‌آید. متفکران شیعه در مواجهه با این مفاهیم مدرن، به ویژه از آغاز مشروطه با چالش‌های نظری و فقهی متفاوتی مواجه بوده‌اند. مهم‌ترین دشواری‌ای که در وهله نخست در برابر اندیشه قانون موضوعه در عصر مشروطه رخ داد، نسبت و ارتباط آن با شریعت به عنوان مجموعه احکام مستند به نصوص دینی بود. هر چند برخی از روشنفکران ماقبل مشروطه همچون مستشارالدوله و دیگران

در صدد ایجاد سازگاری بین این دو مفهوم برآمدند، اما به نتیجه نرسیدند.^{۱۹} و خارج از چارچوب دستگاه‌های فقهی است و در عین اعتقاد به امکان برقراری عدالت در چارچوب احکام شرع، نارسایی‌هایی را که نظام حقوقی موجود، یعنی قانون شرع برای پرکردن این خلأ داشت، دریافته بود. به نظر می‌رسد فقیهان عصر مشروطه نیز حداقل با این سخن مستشارالدوله همداستان بودند و به خلأ یک نظام حقوقی مدون برای اداره جامعه شیعی پی بردند. اما با محتوا و چگونگی این قوانین و اجرای آن با روشنفکران تفاوت‌های اساسی داشتند.

در نظریه‌های مشروطه (فقه مشروطه)، مهم التزام جامعه به شریعت است و دنبال ساز و کاری برای اجرای شریعت است. در این نظریه‌ها به اعتبار التزام به شریعت اسلامی و ضرورت عدم مخالفت قوانین مجلس با شریعت از یک سو، و جایگاه و مسئولیت عالمان دینی در حوزه قضا و افتا از سوی دیگر، مجلس قانون‌گذاری و روند شکل‌گیری قوه مقننه، ماهیت منحصر به فردی دارد.^{۲۰} فقه مشروطه، بر خلاف فقه کلاسیک (سلطانی) هرگونه قانون‌گذاری را منع نمی‌کند و به اعتقاد فقهای مشروطه، هرگونه قانون‌گذاری بر پایه شریعت صورت می‌گیرد. از این منظر، احکام شریعت به دو قسم، احکام اولیه و منصوص، و احکام ثانویه و غیر منصوص تقسیم می‌گردد. بر اساس این تقسیم، اختیار قانون‌گذاری مجلس شورای ملی و نمایندگان ملت، تنها در محدوده قسم دوم احکام (ثانویه) است. تنها احکام ثانویه است که قابلیت تغییر بر اساس زمان و مکان را دارد؛ در حالی که احکام اولیه تعبدی، ثابت و تغییرناپذیرند.

در فقه مشروطه، رأی مشهور، تولید قانون در مجلس را بر دو قسم می‌داند؛ یکی جعل قانون درباره ترتیبات اجرایی شریعت، و دیگری جعل قانون در امور عرفیه که قابل تغییر است. بر این اساس، احکام مجلس مقید به عدم مغایرت با شریعت اسلام بوده و بدین منظور حضور چند نفر از عالمان و مجتهدان در مجلس در تمام اعصار قانون‌گذاری لحاظ شده بود.^{۲۱}

نکته دیگر اینکه در چارچوب فقه مشروطه، نظریه‌های مشروطه اسلامی، جعل هر گونه قانون معطوف به امور قضایی را تخصصاً از حوزه اختیارات مجلس شورای ملی خارج نموده است؛ زیرا در تمام اعصار، هیچ کس نسبت به این وظیفه مجتهدین، تردیدی نداشته است، و حوزه قضا را جزء حوزه ولایت قضایی مجتهدان تلقی نموده‌اند. آخوند خراسانی و شیخ عبدالله مازندرانی از مجتهدان بزرگ عصر مشروطه، در نامه‌ای خطاب به



مجلس شورای ملی هر گونه صدور حکم در حوزه‌های قضایی را وظیفه خاصه حکام شرع می‌دانند:

«قوانین راجع به مواد قضائیه و فصل خصومات و قصاص و حدود و غیر ذلک از آنچه صدور حکم در آن‌ها وظیفه خاصه حکام شرع انور است، از برای هیأت معظمه دولت، جز ارجاع به مجتهدین عدول نافذی الحکومه و اجراء حکم صادر در کائناً ماکان مداخله و تصرفی نیست».

نکته دیگر آن است که در مشروطه، به نظر می‌رسد جعل قوانین عمدتاً معطوف به ساز و کارها و چگونگی اجرای شریعت است؛ نه اینکه نمایندگان، قانون و حکم شرعی جدیدی صادر نمایند، بلکه به دنبال اجرایی نمودن احکام شریعت از طریق جعل قوانین بودند. به همین سبب هیئت نظار، متشکل از چند تن از مجتهدان در مجلس حضور داشتند تا قوانین مجعوله، مخالفتی با شرع نداشته باشد. برای نمونه، سید عبدالحسین لاری با نظر به ضرورت نظم و تنظیم همه امور فردی، اجتماعی و سیاسی جامعه بر پایه شریعت اسلامی، معتقد است که به دلیل اهمیت موضوع و مبتنی بودن مجلس مشروطه شورایی بر شریعت و نیز با دغدغه اجرای احکام اسلامی، می‌بایست ریاست مجلس را یک فقیه عادل و جامع الشرایط عهده‌دار باشد:

«و اما شروط کمال و تکمیل مجلس این است که اقلأ و اولأ شخص اول مجلس، فقیه عادل و جامع الشرایط باشد. پس از آن بدل و قائم مقام ایشان از عدول مؤمنین هر چه بیشتر بهتر».^{۲۲}

هر چند برخلاف نظر سید لاری، بر اساس دیدگاه مشهور، جعل قوانین در مجلس بر دو قسم بود: یکی جعل قانون دربارهٔ ترتیبات اجرایی احکام شریعت و دیگری جعل قانون در امور عرفیه که بر حسب زمان و مکان قابل تغییر بود. بر اساس تحقیقات تاریخی، بی‌آنکه شرط فقاها در تصدی ریاست مجلس شورای ملی، الزامی باشد، تنها مقید بودن احکام مجلس به موافقت با قانون اسلام و حضور چند مجتهد در تمام اعصار مجلس به عنوان شرط اساسی اسلامی بودن مجلس و مشروطه معرفی شده است.^{۲۳}

بنابراین، بخشی از احکام شریعت با جعل قوانین مجلس و تعیین و سازوکارهای اجرایی آن می‌تواند عملی شود. احکامی که عمدتاً ناظر به روابط انسان با انسان‌های دیگر و انسان با طبیعت است. بدین سان، مسئولیت اجرایی این بخش از احکام بر عهدهٔ دولت می‌باشد.

علامه نائینی نیز در «تنبیه الامه» به جایگاه مجلس و قانون گذاری اشاره نموده، معتقد است که شهروندان در عصر غیبت فارغ از هر گونه ولایت سیاسی، آزادند که دولت و نظام سیاسی خود را تأسیس نمایند، اما باید بدانند که اولاً فقیهان دوره غیبت، پاسداران مذهبند و ولایت در تبلیغ، فتوا و قضاوت دارند، ثانیاً، مصادیقی از حوزه قانون گذاری وجود دارد که معلوم نیست از وظایف فقهاست یا اینکه در قلمرو امور عرفی و اختیارات مردم است؛ از این رو، نظارت عالمان دین در قانون گذاری باید مورد توجه قرار گیرد. بر این اساس، به نظر نائینی، وقوع اصل انتخاب و مداخله منتخبان (در امور عمومی) به اذن و اجازه مجتهد نافذ الحکومه باید باشد، به علاوه اختیار قانون گذاری نمایندگان را منحصرأ محدود به احکام ثانویه و غیر منصوص شریعت می‌داند؛ زیرا احکام اولیه را نه به اختلاف اعصار و امصار قابل تغییر و اختلاف و نه جز تعبد به منصوص شرعی الی قیام الساعه وظیفه و رفتاری در آن متصور خواهد بود.^{۳۴}

عبارات نائینی حاکی از آن است که وی نیز از طریق مجلس شورای ملی در صدد اجرایی نمودن بخشی از احکام شریعت است که خصلت عمومی و اجتماعی دارد. از این رو وی در کنار ضرورت حفظ شریعت، برخی از تصمیمات در حوزه اجتماعی را به مردم واگذار می‌کند.

در ادبیات نائینی به نحوی حق و حکم در کنار هم، قرار گرفته و هر کدام ساز و کار اجرایی خاص خود را دارد. استیفای حقوق را از طریق مجلس قانون گذاری تعقیب می‌نماید. نائینی، کارکرد قانون را محدود ساختن قدرت و تفکیک حوزه عمومی از حوزه خصوصی می‌داند، همچنین قانون، چگونگی انجام «وظایف و درجه استیلای سلطان» را معین نموده و «آزادی ملت و حقوق طبقات اهل مملکت را موافق مقتضیات مذهب به طور رسمیت متضمن» است. بنابراین، قانون، «رکن اعظم» تحفظ سلطنت اسلامیه است که مانع از تبدل آن بوده و عدم تجاوز از حدود، متوقف و منحصر در آن است. به نظر نائینی، می‌بایست کلیه حقوق و تکالیف و ضوابط آن در قانون وجود داشته باشد. وی قانون را با رساله عملیه که از سوی مجتهدان ارائه می‌شود، قابل مقایسه می‌داند.

«چنانکه ضبط اعمال مقلدین در ابواب عبادات و معاملات بدون آنکه رسائل عملیه در دست باشد و اعمال شبانه‌روزی خود را بر آن منطبق کنند، از ممتنعات است، همین‌طور در امور سیاسی و نوعیات مملکت هم ضبط رفتار متصدیان و در تحت مراقبت و مسئولیت بودنشان بدون ترتیب دستور مذکور از ممتنعات و فی الحقیقه پایه و اساس خط محدودیت



و مسئولیت مبتنی بر آن و اصل اصیل در این باب، و مقدمه منحصره مطلب است، از این جهت واجب است».^{۲۵}

فقرة فوق حاکی از آن است که این تفسیر از قانون در راستای انتظام بخشیدن به اعمال حکومت است و تدوین آن از باب وجوب عقلی مقدمه واجب، ضرورت می‌یابد. در حالی که برخی دیگر از فقهای عصر مشروطه با این تفسیر از قانون به مخالفت برخاسته و ردّ می‌کنند. نویسنده تذکرة الغافل هر چند ضرورت قانون برای حفظ نظام را می‌پذیرد، اما می‌نویسد: «بهترین قوانین، قانون الهی است و این مطلب از برای مسلم محتاج به دلیل نیست».^{۲۶} وی با تأکید بر جامعیت و جاودانگی احکام شریعت می‌گوید: «ما ابدأً محتاج جعل قوانین نخواهیم بود»؛^{۲۷} زیرا به نظر وی فرض اینکه «جماعتی از عقلا و حکما و سیاسین جمع شوند و به شورا ترتیب قانونی بدهند که جامع این دو جهت باشد»؛^{۲۸} با شریعت اسلامی سازگاری ندارد. برخی دیگر از فقیهان هر گونه قانون‌گذاری بشری را بدعت می‌دانند؛ زیرا به چیزی الزام می‌کند که خارج از چارچوب شریعت است. به علاوه هرگونه مخالفت با قانون مجازات در پی دارد که این مجازات‌ها خارج از مجازات‌های در چارچوب شریعت است و این نیز بدعت است.^{۲۹}

هر چند فقهای مشروطه‌خواه، همچون نائینی به تفصیل به اشکالات این دسته از فقها پاسخ گفته و جعل قوانینی در مجلس شورای ملی را از مصادیق بدعت در دین تلقی نمی‌کنند. و اساساً قانون‌گذاری مجلس با جامعیت و جاودانگی شریعت، ناسازگار نیست؛ زیرا به عقیده نائینی، «مجموع وظایف راجع به نظم و حفظ مملکت، خارج از دو قسم نخواهد بود»: نخست «منصوباتی است که وظیفه عمله آن بالخصوص معین و حکمش در شریعت مطهره مضبوط است» و مقتضیات زمان و مکان در آن تأثیر ندارد. دوم، «امور غیر منصوصی است که وظیفه عملی آن به واسطه عدم اندراج تحت ضابط خاص و میزان مخصوص» مقرر نگردیده «و به نظر و ترجیح ولی نوعی موکول است»^{۳۰} که این قسم دوم تابع مصالح و مقتضیات زمانی و مکانی است و قابلیت تغییر دارد.

فقرات فوق که حاکی از اجتهادات فقهای مشروطه، به ویژه محقق نائینی است، نتایج خاصی در خصوص رابطه قانون و شریعت در فقه مشروطه دارد.

اولاً، «قوانین و دستورهایی که در تطبیق آن‌ها بر شرعیات باید مراقبت و دقت شود»، مربوط به قسم اول (امور منصوص) است و «در قسم دوم اصلاً این مطلب بدون موضوع و بلا محل است».^{۳۱}

دوم، اینکه الزامی بودن قوانین مربوط به قسم اخیر در عصر حضور ناشی از تصمیم امام علیه السلام و یا حتی ترجیح کارگزاران ایشان است. در عصر غیبت هم ترجیحات نواب عام و یا مأذونین ایشان خاستگاه و مبنای این الزام می‌باشند.^{۳۲}

سوم اینکه «چون معظم سیاسات نوعیه از قسم دوم» و «حفظ نظام و ضبط اعمال مختصه متصدیان» به «تدوین آن‌ها به طور قانونی» است، «همین وجه متعین» می‌باشد. از این منظر، تقنین قوانین در مقابله با دستگاه نبوت نبوده و لذا واضح می‌گردد که وجوب آن از باب حسبیه است.^{۳۳}

چهارم اینکه مقتضیات زمان و مکان در تغییر و تحول قوانین مربوط به قسم دوم (غیر منصوصات) نقش اساسی دارند و به عقیده نائینی، «نظریه اختلاف مصالح و مقتضیات» قوانین مربوط به قسم دوم «مختلف و در معرض نسخ و تغییر است»؛ بنابراین، «قانون متکفل وظیفه نسخ و تغییر قوانین به این قسم دوم مخصوص (بوده) و ... صحیح و لازم و بر طبق وظیفه حسبیه است».

8. همنشینی حق و حکم در تولید قانون در فقه مشروطه

در فقه مشروطه، آنچه مهم بود، حاکمیت شریعت بر زندگی جامعه اسلامی بود. در ادبیات مشروطه، سلطان و حاکم، حاکمیت نداشتند، بلکه حاکمیت از آن شریعت است و سلطان فقط بازوان اجرایی شریعت به حساب می‌آمد. به عبارت دیگر، شریعت کلیات قوانین، یعنی «کیرویات» را وضع می‌کرد و حاکم، تنها در «صغرویات» توان تصرف داشت، یعنی ساز و کارهای اجرای شریعت و نیز تنظیم قوانین و آئین‌نامه‌های معطوف به اجرای قوانین شرعی بر عهده سلطان و حاکم قرار می‌گرفت؛ تا جایی که برخی از فقهای عصر مشروطه همچون شیخ فضل الله اساساً به پادشاه به مثابه منبع قانون‌گذاری توجه نمی‌کردند. از این‌رو، شیخ در آثار خود از عدالت سخن می‌گوید و عدالت، یعنی ملتزم کردن سلطان و دربار به شریعت، اما فقهای دیگر همچون محقق نائینی از قانون‌گذاری همراه با استدلالات فقهی حمایت می‌کنند. نائینی هر چند مبنای اشکال اساسی مخالفان مشروطه را که حوزه مباح بالاصل، قابلیت تبدیل شدن به الزام ندارد، را می‌پذیرد، اما نکته نائینی این است که در بسیاری از موارد مباح بالاصل، اختیار دست خود مکلف و انسان مسلمان است. و این حوزه‌ای است که حقوق در آن شکل می‌گیرد. و انسان مسلمان می‌تواند در این حوزه مباحات، با اختیار و آزادی عملی که دارد، حقوق خود را به دیگری



واگذار نماید. به عبارت دیگر، در بحث نائینی، حق و حکم در حوزه مباحات است که می‌تواند یک جا بنشینند.

همان‌گونه که قبلاً ذکر گردید، شریعت حاوی حق و حکم است. احکام همان مجعولات شرعی است که انسان مکلف قادر به اسقاط آن نیست و تنها خود شارع می‌تواند اسقاط نماید. در مقابل، در شریعت، مجموعه حقوقی وجود دارد که شارع مقدس، آن‌ها را تحت عنوان مباحات وضع نموده، اما به دلیل اختیار و آزادی عمل انسان در آن حوزه، اسقاط یا عدم اسقاط آن را به خود انسان واگذار می‌نماید. برای مثال، انسان مسلمان می‌تواند بخشی از زمان و فعالیت کاری خود را به شخص دیگر واگذار نماید؛ هر چند انسان نمی‌تواند آزادی خود را بفروشد، اما می‌تواند بخشی از آزادی خود را به دیگری واگذار نماید؛ لذا قابلیت اسقاط حق خود را دارد. و این کار، تنها از طریق قرارداد صورت می‌گیرد. حال در فقه مشروطه، به ویژه محقق نائینی، حوزه حقوق می‌تواند از طریق انتخاب آزادانه انسان‌های مسلمان به قانون بدل شود، یعنی انسان مسلمان با اختیار و آزادی خود می‌تواند از حقوق خود گذشته تا در مقابل به منافع و حقوق دیگری دست پیدا نماید. بدین‌سان، قانون در فقه مشروطه در حوزه مباحات شکل گرفته، لذا حرمت شرعی ندارد، بلکه در این حوزه، انسان‌ها به سبب دستیابی به حقوق جدیدتر، از بخشی از حقوق خود گذشته و با دیگران قرارداد می‌بندند، لذا قانون در حوزه مباح در واقع، قراردادهای افراد و شهروندان جامعه اسلامی با یکدیگر است، زیرا افراد با توجه به نیازهایی که در حوزه اجتماعی دارند، با دیگران توافق و قرارداد می‌بندند و این توافق هم با آزادی و اختیار از سوی آنان شکل می‌گیرد. در این قسمت از باب «اوفوا بالعقود»، قوانین و قراردادهای به وجود آمده وجه شرعی پیدا می‌کند و در این صورت، انسان مسلمان شرعاً ملزم به قرارداد می‌باشد. حال، نقض این قراردادها به نحوی گناه تلقی می‌شود و این حاکی از عدم اجرای بخشی از شریعت می‌شود. بنابراین، قوانین موضوعه بر اساس فقه مشروطه، در حوزه مباح شکل می‌گیرد؛ حوزه‌ای که موجب شکل‌گیری تعهدات متقابل بین انسان‌های مسلمان می‌گردد. و جایی است که اساساً نصوص شرعی دال بر حرمت وجود ندارد.

بر اساس فقه مشروطه، تنها یک قید به این معاهدات و قراردادها در حوزه مباحات اضافه می‌گردد و آن، این که کلیه قراردادها و قوانین موضوعه در حوزه مباحات بالاصل، نباید مغایر با شرع مقدس باشد. نتیجه، آنکه قانون و قانون‌گذاری در فقه مشروطه مبتنی بر اصول خاصی است که عبارتند از: 1. قانون‌گذاری، تنها در حوزه مباحات صورت گیرد.

2. حوزه مباحات، به اعتبار احترام به حقوق انسان‌ها شکل گرفته و انسان مسلمان آزادی و اختیار دارد. 3. قراردادهای ناشی از حقوق و رضایت انسان مسلمان است و وفای به آن الزام شرعی دارد. 4. قراردادهای نباید مخالف با شریعت مقدس باشد.

جمع بندی

1. اساساً اندیشه‌های - فقهی - سیاسی عصر مشروطه تلاش می‌کرد در کنار ضرورت حفظ و اجرای شریعت، برخی از نیازهای اجتماعی و عمومی را به مردم و نمایندگان آنان در مجلس شورای ملی وانهد. تا از آن طریق، ساز و کارهای اجرایی آن معین گردد.

2. بر اساس فقه مشروطه، بخشی از احکام مربوط به حوزه قضا و اجرای آن خارج از دستگاه دولت است و این جزء وظایف سنتی فقها و مجتهدان به حساب می‌آید. لذا وضع هرگونه قوانین مربوط به حوزه قضاوت و حتی چگونگی اجرای آن را از وظایف مجلس شورای ملی خارج نموده و بر این نکته تأکید می‌کند که این گونه امور در شریعت مطهره اسلام معلوم و مبین بوده و به عهده ولایت مجتهدین نهاده شده است.³⁴ لذا مسئولیت اجرای این بخش از احکام شریعت بر عهده مجتهدین، واگذار شده است. و مجلس شورای ملی، توانایی وضع قوانین الزام‌آور برای این بخش از احکام شریعت را نداشت که نتیجه آن این بود که از یک سو اقتدار مجلس شکسته می‌شد و نمی‌توانست به کنترل شهروندان از طریق نهاد قضایی بپردازد و از طرف دیگر، قوه قضائیه نیز به دلیل تنوع آرای اجتهادی، همواره جامعه را از اعمال رویه واحد قضایی محروم می‌ساخت.

3. بر اساس فقه مشروطه، انسان مسلمان می‌تواند با توجه به آزادی و اختیاری که در حوزه مباحات دارد، دست به قانون‌گذاری بزند. از این رو هم می‌تواند خود، این عمل را انجام داده و هم از طریق وکالت؛ لذا فقه مشروطه، این بخش را از طریق وکالت تبیین می‌کند.

اساساً فقه مشروطه، به ویژه دیدگاه‌های نائینی، فقهی نیست که قانون اساسی معطوف به حقوق موضوعه را تدوین کند، بلکه فقهی است که قانون اسلامی مبتنی بر شریعت را تبیین می‌کند.

4. تقسیم دولت به دو حوزه شرعی و عرفی از ویژگی‌های دولت مشروطه است. یعنی دولت، ساختی دوگانه دارد. دولتی که نه همه بخش‌های آن شرعی است و نه همه قسمت‌های آن عرفی؛ از این رو ساختاری شکل گرفت که بین حوزه شریعت و حوزه غیر

شریعت تقسیم می‌شود. همان‌گونه که ذکر گردید، در تفکر نائینی، قوانین مجلس به سه حوزه تفکیک می‌گردید: حوزه شرعیات که عبارت از قضا و افتا بود که این حوزه، اختصاص به مجتهدین و فقها داشت و مسئولیت اجرای آن نیز برعهده آنان است. و دولت مشروطه حق قانون‌گذاری در این حوزه را نداشت. حوزه دیگر، حوزه نوعیات است. حوزه‌ای که مردم، آن را به طور عرفی اداره می‌کنند. مثل امور مربوط به شهرسازی‌ها، تجارت و ... حوزه سوم، حوزه سیاسات یا حوزه عمومی در این حوزه است که تداخلاتی میان حوزه شرع و عرف به وجود می‌آید. بر اساس فقه مشروطه، قانون‌گذاری در این بخش که در حوزه مباحات قرار دارد و غیر منصوص است؛ به مجلس واگذار می‌شود، اما با نظارت مجتهدین و هیئت نظارت. این بخش از قوانین هر چند در ابتدای امر، در حوزه مباحات قرار دارد، خصلت شرعی ندارد، اما از باب «اوفوا بالعقود»، مجموعه قراردادهای بین مسلمانان وجه شرعی می‌یابد و اجرای آن لازم است. لکن قوانین فوق نباید مخالف شریعت وضع گردد. بر این اساس، اجرای این بخش از شریعت به دولت واگذار می‌گردد، و مسئولیت اجرایی آن را دولت عهده‌دار می‌گردد.

با این وجود نسبت قانون و شریعت، یکی از معماهای دستگاه‌های فقهی معاصر است که نیازمند تأملات فقهی جدی است.



پی‌نوشت‌ها

1. ابن فارسی، معجم المقاییس اللغة، ج 3، ص 262.
2. مصطفی شبللی محمد، المدخل فی الفقه الاسلامی، ص 27.
3. قرآن کریم، سوره شوری، آیه 13، سوره بقره، آیه 213.
4. سید محمد حسین طباطبایی، تفسیر المیزان، ج 5، آیه 213.
5. [بی‌نام] تذکرة الغافل و ارشاد الجاهل، رسایل مشروطیت، به کوشش غلامحسین زرگری‌نژاد، تهران: کویر، 1374، ص 175.
6. محمدحسین نائینی، تنبیه الامه و تنزیه المله، محمود طالقانی، تهران: شرکت سهامی انتشار، 1361، ص 89.
7. محمدبن الحسن الحر العاملی، فصول المهمه، قم: موسسه آل‌البیت، 1409، ص 199.
8. محمدکاظم خراسانی، کفایة الاصول، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ج 2، ص 58.
9. محمدمجتهد شبستری، نقدی بر قرائت رسمی از دین (تهران: طرح نو، 1381) ص 24.
10. همان، ص 30.
11. ر. ک به: علی اکبر زارعی محمود آبادی و دیگران، تجدید نظرهای چندگانه در قانون اساسی مشروطه، قانون اساسی مشروطه، اصل 27.
12. همان، قانون اساسی مشروطیت، اصل دوم.
13. ر. ک به عباسعلی عمید زنجانی، تاریخچه حقوق بشر در اسلام، ص 20 به بعد.
14. همان.
15. سیدمحمدباقر صدر، اقتصادنا، تحقیق مکتب الاعلامی الاسلامی، فرع خراسان، قم: بوستان کتاب، 1425، ق 1382.
16. یوسف القرضاوی، مدخل لدراسة الشریعة الاسلامی، ص 152.
17. سید علی میرموسوی، «اجتهاد و مشروطیت، تأملی در اندیشه سیاسی شیعه در دوران

- مشروطه»، *مجله فرهنگ اندیشه*، سال دوم، ش 5، 1382، ص 37.
18. همان، ص 38.
19. ر. ک: به میرزا یوسف تبریزی (مستشارالدوله)، *یک کلمه و یک نامه*، به کوشش محمدصادق فیض، تهران: صیاح، 1382، ص 7 - 8.
20. داود فیرحی، *نظام سیاسی دولت در اسلام*، تهران: انتشارات سمت، 1382، ص 218 - 232.
21. علامه محمدحسین نائینی، *تنبيه الامه و تنزیه المله*، محمود طالقانی، تهران: شرکت سهامی انتشار، 1361، ص 110.
22. سید عبدالحسین لاری، «قانون در اتحاد دولت و ملت»، *رسائل مشروطیت، پیشین*، ص 408.
23. شیخ محمد اسماعیل محلاتی، *النالی المربوطه فی وجوب المشروطه*، ص 486 به بعد.
24. نائینی، *تنبيه الامه و تنزیه المله*، پیشین، ص 130.
25. همان، ص 87.
26. تذکره الغافل و ارشاد الجاهل، *رسائل مشروطیت، پیشین*، ص 175.
27. همان.
28. همان، ص 176.
29. همان، ص 158.
30. نائینی، *تنبيه الامه*، پیشین، ص 130.
31. همان.
32. همان، ص 131 - 133.
33. همان، ص 134.
34. محمد ترکمان، *مدرس در پنج دوره تقنینیه مجلس* (تهران: دفتر نشر و فرهنگ اسلامی) ج 1، 1376، ص 4.

