



امکانسنجی تبدیل شریعت به قانون

پدیدآورنده (ها) : غمامی، سیدمحمد مهدی؛ میرلوحی، سیدمحمد؛ جوادی، علی

حقوق :: نشریه دین و قانون :: بهار ۱۳۹۷ - شماره ۱۹

صفحات : از ۱۶۹ تا ۱۹۴

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1721284>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۰۷/۲۴

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابراین، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و برگرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران
- قانونگذاری پراکنده در نظام تقنینی ایران
- منطق حقوق مدرن و اصول فقه؛ خاستگاه و کاربردهای متفاوت با مطالعه موردی در نظام حقوقی ایران
- تبیین اصول تشریفاتی قانون گذاری
- نگاهی دوباره به برداشت های شکلی و ماهوی از حاکمیت قانون
- آسیب شناسی تعدد نهادهای قانون گذار در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران
- بررسی مفهوم قانون و موارد مشابه آن در مسئله تفکیک امر اجرا از تقنین
- بازپژوهی مفهوم قانون در حقوق مدرن با تأکید بر مکتب پوزیتیویسم حقوقی
- آسیب شناسی قانونگذاری در ایران از منظر رویه ابتکار قانونگذاری
- مطالعه تطبیقی مفهوم قانون و ارکان قانون گذاری در نظام حقوقی ایران و مالزی
- آشنایی با پژوهش های در آستانه نشر: گزارش تحقیق «قانون گذاری در نظام جمهوری اسلامی، آسیب ها و بایسته
- مفهوم حاکمیت قانون و برداشت از آن با تأکید بر قانون اساسی ج.ا.ا.

عناوین مشابه

- تبدیل مجازات حبس در تبصره ماده ۳۷ قانون کاهش مجازات تعزیری ۱۳۹۹ ((نوعی ارزش گذاری در دادرسی برای امر به معروف)
- قانون مداری در جنگل: قانونمداری در اقتصاد به ایده ای بزرگ تبدیل شده است، ولی همچنان دارای مشکلاتی مخصوص به خود است
- ارزیابی اقتصادی احداث واحد تبدیل گاز به فرآورده های مایع (GTL) پس از اجرای قانون هدفمندسازی یارانه ها در ایران
- قانون اساسی جدید فرانسه و تبدیل جموری چهارم به جمهوری پنجم
- مدیریت دانش و سرمایه انسانی: ۶ قانون برای این که به یک مدیر «نخبه» تبدیل شوید؛ دوری از انتخاب هدف های کوچک
- اگر استثناءهای قانون به قاعده تبدیل شوند یک فاجعه بزرگ فرهنگی روی خواهد داد
- مرز اخلاق، شریعت و قانون در مقررات کیفری با توجه به "توبه" در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
- تحلیل فقهی و نقد موادی از قانون مجازات اسلامی / راجع به مسولیت بیت المال در پرداخت دیه قتل
- تبدیل امانت مالکانه به امانت شرعی و آثار آن
- چگونه ارتش ایالات متحده مرا به یک تروریست تبدیل کرد

امکان‌سنجی تبدیل شریعت به قانون

تاریخ دریافت: 1397/12/13 تاریخ پذیرش: 1398/10/03 سیدمحمد مهدی

غمامی* / سیدمحمد میرلوحی** / علی جوادیه***

چکیده

مسئله تبدیل شریعت به قانون، از ابتدای ورود مفهوم قانون به ایران، یعنی عصر مشروطه، مورد توجه اندیشمندان مسلمان بوده است. در این خصوص اختلاف نظرهایی، خصوصاً میان فقهای شیعه، در زمینه جواز یا عدم جواز تقنین بشری شکل گرفته است. به دنبال آن، برخی فقها تبدیل شریعت به قانون را از نظر شرعی، ممنوع می‌دانند و فقهای دیگر، اجرای مفاد شریعت در قالب قوانین امروزی با هدف اجرایی ساختن احکام تعطیل شده اسلام را امری واجب می‌شمارند. مقاله حاضر با روش توصیفی - تحلیلی، با هدف پاسخ دادن به این پرسش اصلی که آیا امکان تبدیل دستوره‌های شریعت به قانون وضعی وجود دارد یا خیر، پس از بیان ادله موافقان و مخالفان قانونگذاری توسط نمایندگان مردم و تبدیل شریعت به قانون، به این نتیجه رهنمون می‌گردد که در نظام‌های سیاسی شریعت‌محور، اصل تقنین بشری توسط پارلمان جایز است؛ اما وضعیت مطلوب این است که مجلس کنونی، فقط در سطح برنامه‌ریزی و تشخیص

*. استادیار و عضو گروه حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع)، ghamamy@isu.ac.ir

** . دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق عمومی دانشگاه امام صادق (ع) (نویسنده مسئول)

s.m.mirlohy@gmail.com

*** . دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع)،

ali.javadih@gmail.com

موضوعات فعال باشد؛ چراکه کشف و تدوین احکام دین در عصر غیبت معصوم (ع) برعهده فقهاست و تقنین شریعت، از حیثه کار مجلس خارج است. لیکن تا هنگام رسیدن به مطلوب، می‌توان نظام کنونی جمهوری اسلامی را یک دوره گذار با تأمین مشروعیت حداقلی قوانین در نظر گرفت که در تقنین شریعت، نقشی فعال ایفا کند و شورای نگهبان، مانع از نقض مفاد شریعت گردد.

واژگان کلیدی: قانون، شریعت، تبدیل شریعت به قانون، تقنین شریعت، پارلمان



مقدمه

نهضت عدالت‌خواهانه مردم ایران که در نهایت، منجر به صدور فرمان مشروطیت و تشکیل مجلس شورای ملی شد، سرآغاز ورود واژه «قانون» در کشور ما و مواجهه مردم و علمای اسلام با آن بود (جعفریان، 1369: 271). هر حرکت و نهضتی به پشتوانه فکری و علمی مدوّن نیاز دارد؛ اما مشروطیت در ایران، فاقد چنین پشتوانه‌ای بود. واژه مشروطه و قانون به یکباره و بدون هیچ سابقه‌ای وارد کشور شد و بر سر زبان‌ها افتاد. همین امر موجب شد هرکسی، برداشتی از آن داشته باشد و بر مبنای برداشت‌های مختلف و متعارض، اختلافات فکری شکل گرفت (حاجی‌پور، 1383: 40). بر همین اساس فقهای عصر که در مقام پاسخ به مسئله جایگاه قانون در کشور ایران و نسبت آن با شریعت - که در کتب فقهی تبلور یافته - و امکان یا امتناع ریختن محتوای شریعت در قالب قوانین متداول امروزی - که مولود غرب است - برآمده‌اند، پاسخ‌های متفاوتی به این پرسش‌ها داده‌اند.

فقهای شیعه که خود را ملزم به بیان حکم شرعی جواز یا عدم جواز تقنین بشری می‌دانند، در مقام پاسخ به این ابهامات برآمده‌اند. برخی فقها، مانند شیخ فضل‌الله نوری، که در ادامه به ادله ایشان اشاره می‌شود، در برابر این مفهوم تازه‌وارد، جبهه گرفته و آن را ابزاری جهت بیرون راندن شریعت از صحنه اجتماع دانسته‌اند. در مقابل، عده‌ای دیگر از فقها، مانند میرزای نایینی، بر لزوم وجود قانون اصرار داشته و آن را لازمه اجرای شریعت می‌دانند. البته دغدغه هر دو دسته، اجرای شریعت است و ریشه اختلاف نظر ایشان، در نوع برداشتی است که از مفهوم و جایگاه قانون در یک نظام شریعت‌محور دارند. به دنبال مواضعی که علمای شیعه در برابر مفهوم و نقش قانون اتخاذ کرده‌اند، نظر ایشان درخصوص امکان یا جواز تبدیل دستورهای شریعت به قوانین موضوعه نیز حائز اهمیت است. عده‌ای از ایشان، دستورهای شریعت را همان قوانین لازم‌الاجرا می‌دانند و اعتقاد دارند قانون، به دلیل اینکه یک قالب فرنگی و لیبرال است،

نمی‌تواند بستر مناسبی برای سریان موازین اسلامی باشد. ولی برخی دیگر با هدف اجرایی ساختن دستورهای تعطیل‌شده اسلام، حکم به وجوب تبدیل مفاد شریعت به قوانین موضوعه می‌دهند. به ادله و مبانی نظر ایشان در ادامه اشاره می‌شود.

در این زمینه، مقاله «نسبت شریعت و قانون در فقه سیاسی مشروطه»^۱ به تبیین نسبت شریعت و قانون، و تعارض‌های آن دو با یکدیگر از منظر فقهای عصر مشروطه (با تأکید بر آرای میرزای نایینی) پرداخته و پرسش اصلی آن، چگونگی رابطه قانون و شریعت است و صبغه‌ای فقهی دارد؛ اما متعرض امکان یا امتناع تقنین شریعت نشده است. در مقاله «مفهوم قانون در عصر مشروطه: نویسندگان متقدم»^۲ نیز مفهوم قانون با تکیه بر نظریات صاحب‌نظران عصر مشروطه تبیین شده؛ ولی درخصوص امکان‌سنجی تبدیل شریعت به قانون، بحثی نشده و متعرض نظر فقها نشده است. به علاوه اینکه نظر امام خمینی (ره) در این مقالات ذکر نشده است. در فصل ششم کتاب «مبانی حقوق عمومی ایران و اسلام»^۳ نیز مطالب قابل توجهی آمده است.

مقاله حاضر که با روش توصیفی - تحلیلی و شیوه کتابخانه‌ای در گردآوری اطلاعات، نگارش یافته، در پی یافتن پاسخ این پرسش اصلی است که آیا امکان تبدیل مفاد شریعت به قانون وضعی وجود دارد یا خیر و پرسش‌های فرعی، این است که چه الگوهایی برای تبدیل شریعت به قانون وجود دارد؛ آیا امکان وضع قانون بشری وجود دارد یا خیر و اینکه چه نهادی، صلاحیت تبدیل شریعت به قانون را داراست. پاسخ این پرسش‌ها در سه گفتار مطرح می‌شود. در گفتار نخست، با تبیین مفهوم قانون، شریعت و

1. خراسانی، رضا، (1390)، «نسبت شریعت و قانون در فقه سیاسی مشروطه»، علوم سیاسی، شماره 54، ص 78-55.

2. راسخ، محمد و فاطمه بخشی‌زاده، (1393)، «مفهوم قانون در عصر مشروطه: نویسندگان متقدم»، تحقیقات حقوقی، شماره 68، ص 1-23.

3. جاوید، محمدجواد، (1396)، مبانی حقوق عمومی ایران و اسلام، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.

تبدیل شریعت به قانون و بیان روش‌های مرسوم تقنین شریعت، محل نزاع تبیین می‌گردد. در گفتار دوم، ادله موافقان و مخالفان تقنین بشری در قالب قانونگذاری توسط پارلمان بررسی می‌شود. گفتار سوم نیز متکفل بیان ادله موافقان و مخالفان تبدیل شریعت به قانون است.

1. مسئله تبدیل شریعت به قانون

تبدیل شریعت به قانون، از هنگام ورود قانون به ایران، یعنی عصر مشروطه، تبدیل به مسئله‌ای ویژه برای اندیشمندان، خصوصاً علمای اسلامی تحت عنوان «مشروع‌خواهی» شده است و پاسخ‌های گوناگونی برای این مسئله مطرح ساخته‌اند. در این گفتار، مباحث مقدماتی این مسئله که مقدمه لازم ورود به بحث امکان‌سنجی دستیابی به این گزاره است، بیان می‌گردد.

1.1 تبیین مفاهیم

قانون در لغت، به معنای وسیله‌ای برای تنظیم سطور و خطوط است و در مفهوم هر قاعده کلی پذیرفته شده در علوم نیز به کار می‌رود (پژوهشکده حوزه و دانشگاه، 1381: 291). قانون در لسان حقوق‌دانان، به معنای قاعده عمومی مدون و نوشته شده‌ای است که به وسیله قوه صلاحیت‌دار به تصویب برسد (علمی، 1348: 16). در خصوص ماهیت قانون، اتفاق نظر وجود ندارد؛ اما یکی از ویژگی‌های ذاتی قانون، که در صورت فقدان آن، اساساً نمی‌توان نام «قانون» بر یک متن گذاشت، این است که مصوب مرجع ذیصلاح باشد (راسخ، 1385: 25).

تاریخچه روی آوردن ملت‌ها به قانون و قانون اساسی، به تحولات پس از عصر نوزایش و انقلاب صنعتی بازمی‌گردد. از آن دوره، این گرایش در میان شهروندان پدید آمد که به تدریج، قواعد حقوقی نوشته را - در قالب قانون - جایگزین قواعد حقوقی عرفی کنند تا نامشخص و مبهم نباشند و دستخوش تغییر و اعمال سلیقه حاکمان نشود

(ویژه، 1394: 70). بدین ترتیب در قرن هجدهم میلادی، چندین قانون اساسی - به مفهوم مدرن آن - در برخی کشورهای اروپایی ظهور پیدا کرد (Tekin, 2016: 67). اکنون لزوم وجود قانون به عنوان یکی از ملزومات حکمرانی امری کاملاً پذیرفته شده است (جعفری لنگرودی، 1372: 517)؛ اما آنچه در عصر مشروطه اتفاق افتاد، این بود که واژه قانون، بدون هیچ سابقه‌ای وارد کشور شد و خیلی زود به شعار اصلی مردم تبدیل گردید؛ لذا هرکس برداشتی متفاوت از آن پیدا کرد و بر مبنای همین برداشت‌های مختلف، اختلافات فکری حتی میان علما با یکدیگر پدید آمد (حاجی‌پور، 1383: 40). مردم ایران که از ظلم و استبداد حکومت مطلقه قاجار به ستوه آمده بودند، با نهضت خود، در پی اجرای عدالت و حاکم ساختن احکام شرع در حکمرانی بودند؛ ولی با نفوذ فراماسون‌ها، وابستگان سلطنت و سفارت انگلیس به صفوف مردم، این نهضت از اهداف مردمی خود دور شد و دستاورد آن به ایجاد صوری یک قانون اساسی کم‌اهمیت و تأسیس مجلس شورا ختم شد (غمامی، 1390: 103).

شریعت در لغت به معنای محل آشامیدن آب آمده است (مقری فیومی، بی تا: ج 2، ص 310). در اصطلاح نیز به معنای انشای برنامه و راه واضح برای امور معنوی و برنامه زندگی دنیوی است؛ یعنی همان دین که طریق روشن در امور معنوی و مادی زندگی انسان است و خداوند متعال آن را انشا فرموده است (ملکی اصفهانی، 1379: ج 1، ص 351). منظور از شریعت در این مقاله، مقررات اسلام است.

تبدیل شریعت به قانون که از آن با عنوان «تقنین شریعت» نیز یاد می‌شود، به معنای صورت و شکل قانونی دادن به دستورهای شریعت اسلام می‌باشد که در قالب احکام فقهی تبلور یافته است (ابوالحسنی و فتاحی زفرقندی، 1395: 31)؛ به این ترتیب که برای مقررات شرعی، الزامات حکومتی و ضمانت اجرا (مدنی، اداری و کیفری) در نظر بگیریم.

1.2. روش‌های تقنین شریعت

راهکارهای مرسوم تقنین شریعت را می‌توان در سه مورد خلاصه کرد:

الف) اینکه همان رساله عملیه فقیه را که با استنباط وی از شریعت و تدوین آن تنظیم شده است، قانون شریعت به‌شمار آوریم و مردم را ملزم به رعایت آن بدانیم. پیش‌فرض این تبدیل این است که احکام اسلامی پاسخگوی تمامی نیازها و الزامات بشری است (نوری، 1374: 150). پشتیبان این ایده، قاعده «نفی الخلو» است. براساس این قاعده، برای هر واقعه‌ای که در زندگی بشر اتفاق می‌افتد، یک حکم شرعی وجود دارد و حکم هرآنچه که انسان در زندگی خود بدان نیاز دارد، توسط شارع مقدس بیان شده است (قمی، 1386: 161). لذا جایی نیست که اسلام، حکمی نداشته باشد (اسماعیلی و میرلوحی، 1395: 78).

ب) اینکه مسائل مذکور در کتب فقهی را در قالب قانون امروزی بریزیم و در زمینه‌هایی که فقه، ساکت است و حکم شرعی در آن زمینه‌ها استخراج نشده است یا وجود ندارد، مجلس قانونگذار را مجاز به تقنین بدانیم. به این حوزه‌ها منطقه العفو در فقه اهل سنت (القرضاوی، 1418ق: 152) یا منطقه الفراغ گفته می‌شود. البته به شرط اینکه قانون مصوب مجلس که حاصل اندیشه عقلاست، مغایر احکام شریعت نباشد که امروزه دانش فقه، متکفل بیان آنهاست. براساس نظریه منطقه الفراغ، شارع مقدس در برخی زمینه‌ها قانونگذاری نفرموده و تقنین در این زمینه‌ها را برعهده دولت نهاده و دولت را بدین‌وسیله در انجام وظایف خود به‌وسیله وضع قوانین متناسب با زمان، قدرت بخشیده است (صدر، 1408ق: 680-681). بنابراین در این عرصه‌ها دولت، اختیار قانونگذاری دارد.

ج) روش سوم که در پی نظام‌سازی و گسترش فقه حکومتی است، این است که یک ساختار حقوقی ویژه و مناسب برای تقنین شریعت طراحی گردد تا قانونگذاری بر پایه اجتهاد و نتایج حاصل از آن صورت گیرد و در نتیجه کارآمدی نظام حقوق اسلامی در مدیریت جامعه در ابعاد گوناگون زندگی به اثبات برسد (کعبی، 1394: 122). به نظر

می‌رسد رویکردی که تاکنون در کشور ما در مقام عمل در زمینه تقنین شریعت دنبال شده، استفاده از روش دوم بوده است.

مسئله تقنین شریعت در عصر مشروطه به صورت عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای ملی با شریعت منطبق با اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه¹ (1286) از طریق هیئت طراز پیش‌بینی شده بود؛ البته هیچ‌گاه در عمل، به نحوی که انتظار می‌رفت اجرایی نشد و نتوانست غایت خود را محقق سازد (زرگری‌نژاد، 1374: 156).

این مسئله در عصر جمهوری اسلامی، به صورت تطبیق مصوبات مجلس شورای اسلامی با موازین اسلامی به وسیله فقهای شورای نگهبان پیش‌بینی شده است. گرچه جمهوری اسلامی، یک گام فراتر از مشروطه نهاده و آنچه قانون اساسی مشروطه از تحققش ناتوان بود، به انجام رساند، اما در مقام عمل، فقهای شورای نگهبان، فقط عدم مغایرت مصوبات مجلس با شریعت را کافی می‌شمارند (مهرپور، 1372: 59). لذا این نهادی که طبق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تأسیس شده نیز نمی‌تواند تضمین‌کننده اتحاد کامل حقوق و شریعت باشد؛ زیرا همچنان اجتهاد در حوادث واقعه، عملاً به دست نمایندگان مجلس خواهد بود و قوانین، مولود عقل بشری می‌باشد و

1. اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه مقرر می‌داشت: «مجلس مقدس شورای ملی که به توجه و تأیید حضرت امام عصر (عجل الله فرجه) و بذل مرحمت اعلی حضرت شاهنشاه اسلام (خلد الله سلطانه) و مراقبت حجج اسلامیه (کثر الله امثالهم) و عامه ملت ایران تأسیس شده است، باید در هیچ عصری از اعصار، مواد قانونیه آن مخالفی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیرالانام (صلی الله علیه و آله و سلم) نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامیه بر عهده علمای اعلام (ادام الله برکات وجودهم) بوده و هست. لهذا رسماً مقرر است در هر عصری از اعصار هیئتی که کمتر از پنج نفر نباشد، از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشند، به این طریق که علمای اعلام و حجج اسلام مرجع تقلید شیعه، اسامی بیست نفر از علما که دارای صفات مذکوره باشند، معرفی به مجلس شورای ملی بنمایند. پنج نفر از آنها را یا بیشتر به مقتضای عصر اعضای مجلس شورای ملی بالاتفاق یا به حکم قرعه تعیین نموده، به سمت عضویت بشناسند تا موادی که در مجلس عنوان می‌شود، به دقت مذاکره و غوررسی نموده، هریک از آن مواد معنونه 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 بتبع خواهد بود و این ماده از زمان ظهور حضرت حجت عصر (عجل الله فرجه) تغییرپذیر نخواهد بود».

شورای نگهبان یک نهاد منفعل است که فقط صلاحیت تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس با شرع را دارد (کاتوزیان، 1377: 606).

2. جواز یا عدم جواز تقنین بشری

در زمینه جایز بودن یا نبودن قانونگذاری توسط انسان‌ها که امروزه از طریق مجلس شورا (پارلمان) انجام می‌گیرد، از هنگام ورود این نهاد به کشور ایران، میان فقهای شیعه، اختلاف نظرهایی شکل گرفت. برخی فقها، از جمله آخوند خراسانی و میرزای نایینی، قائل به جواز تقنین بشری - به شکل رایج در مجالس قانونگذاری موجود - هستند و برخی، از جمله شیخ فضل‌الله نوری، قائل به حرمت این امر. علل موافقت و مخالفت ایشان با تقنین بشری در این گفتار تبیین می‌گردد.

2.1. ادله موافقان تقنین بشری

ادله موافقت برخی فقها با قانونگذاری بشری در قالب مجلس شورا، ذیل سه عنوان مورد مطالعه قرار می‌گیرد و در پایان نیز به نظر امام خمینی (ره) در این خصوص اشاره می‌شود.

2.1.1. ضرورت

این دسته از فقها که به جواز تقنین توسط مجلس شورا حکم می‌دهند نیز مانند سایر فقهای شیعه، معتقدند قانونگذاری در عصر غیبت معصوم (ع) از اختیارات نایبان ایشان، یعنی فقها، است؛ اما بنابر ضرورت و اینکه امکان تصدی نهاد تقنین توسط فقها وجود ندارد، قانونگذاری به وسیله نمایندگان مجلس را که نوعاً فقیه نیستند، جایز می‌دانند (نائینی، 1387: 72). لذا اعتقاد دارند در عصر غیبت به دلیل ممکن نبودن دستیابی به قانون پاک - که همان دستور معصوم (ع) است - و اجرای کامل شریعت توسط معصوم (ع)، چاره‌ای جز انتخاب کردن نمایندگان مجلس نیست تا یک قانون بر کشور حاکم باشد و دست افراد از قانون‌تراشی - که منجر به هرج و مرج خواهد شد - کوتاه گردد (کاشانی، 1374: 565).

2.1.2. خنثی بودن قالب قانون

علت دیگر موافقت این علما با تقنین بشری، اعتقاد آنان به خنثی بودن قانون است. ایشان میان مواد قانونی (محتوای قانون) و هیئت (شکل و قالب) قانونی، تفاوت قائل می‌شوند و معتقدند هر کشوری در وضع قانون، قواعد مختص به خود را دارد. مثلاً درخصوص لزوم مجازات سارق، همه کشورهای اتفاق نظر دارند؛ اما نحوه مجازات سارق در هر کشوری، متفاوت خواهد بود. لذا ممکن است در وضع قانون، نیازمند اختراع یک مقرر جدید نباشیم و فقط به تصرف جدیدی نیاز باشد که توسط مجلس صورت می‌گیرد. بنابراین در ایران اسلامی همان قوانین اسلام که تاکنون مهجور مانده، با تصویب نمایندگان مردم در مجلس، به اجرا درمی‌آید (تقوی اخوی، 1374: 265-266). پس مجلس در ایران که کشوری مذهبی است، در مسائل مربوط به معاملات، طلاق و سایر احکام دین، قانون جدیدی اختراع نمی‌کند و همان قوانین اسلام را در قالب قوانین موضوعه متداول بشری می‌ریزد (کاشانی، 1374: 570). براین اساس در مواردی که نص شرعی داریم، محتوای قوانین مصوب مجلس، در صورتی لازم‌الاتباع است که مطابق قوانین اسلام باشد (اصفهانی، 1374: 425). در نتیجه علمای موافق تقنین معتقدند قانون، یک قالب خنثاست و طبق فرهنگ و آیین هر ملتی، ظرفیت تحمل محتواهای گوناگون را دارد. یعنی ایشان تفاوت در محتوای قوانین را از عوارض تقنین توسط مجلس شورا می‌دانند؛ نه از ذاتیات آن (رمضان نرگسی، 1389: 284).

2.1.3. تفکیک قائل شدن میان ماهیت امور

سومین دلیل موافقت ایشان، این است که آنان میان ماهیت امور، تفکیک قائل می‌شوند. ایشان امور را از نظر ماهیت، دو گونه می‌دانند:

الف) اموری که خداوند در آنها حکمی بیان فرموده است؛ مانند خمس، شراب، ارت و سایر احکام اسلام. به حکم آیات متعدد قرآن، از جمله آیات 3 و 87 و 88 سوره مائده، آیه 69 سوره انفال، آیات 114 و 116 و 117 سوره نحل، آیات 59 و 60

سوره یونس، که نباید حلال خدا را حرام و حرام خدا را حلال شمرد، کسی حق نفی و تغییر این احکام را ندارد و همه مسلمانان باید از آنها اطاعت کنند. استنباط و بیان این احکام از منابع آن، وظیفه فقهاست.

ب) اموری که حکم و قانون معینی برای آنها در منابع شرعی بیان نشده، مانند اموری که برای ایجاد نظم در جامعه، حفظ مرزها، ایجاد امنیت در راهها، رواج کسب و تجارت و کشاورزی است که از حکمت شارع حکیم، به دور است که این امور را مهمل گذاشته و برای به سامان رسیدن آنها پیش‌بینی لازم را نکرده باشد.¹ خداوند این امور را به مشورت ارجاع فرموده تا مسلمانان در انجام آنها طبق مشورت و مصلحت‌سنجی خود عمل کنند (اصفهان، 1374: 429). پس شورا، یک دستور دینی است که در زمان ظهور پیامبران (ع) هم وجود داشته و لازمه ایجاد نظم در زندگی اجتماعی است. البته مشورت نمایندگان مجلس، منحصر به تعیین موضوعات و مصادیق است که دستور شرع در این امور، رجوع به اهل خبره و متخصصان است (خراسانی ترشیزی، 1374: 617 و 620) و این افراد حق مذاکره درخصوص احکام شرع که واضع آنها خداوند است و قابل مشورت نیست، ندارند و فقط در زمینه امور اداری کشور و اجرای امور به مجرای قانون، حق تدبیر دارند (کاشانی، 1374: 569).

امام خمینی (ره) را باید از جمله فقهای دانست که وجود نهاد مجلس شورا (پارلمان) متشکل از نمایندگان مردم را جایز می‌شمارد که از مهم‌ترین آنها مجلس خبرگان قانون اساسی است؛ البته با تعیین ضوابطی برای آن و تعریف خاص خود از قانونگذاری توسط مجلس شورا. ایشان در پیام 29 مردادماه 1358 به این مجلس بر حدود قانونگذاری این مجلس از طرف نمایندگان آن، ضمن تصریح به لزوم رعایت احکام اسلامی، بیان می‌دارند:

1. در روایتی از امام رضا (ع) آمده است: «أَنَا لَا نَجِدُ فِرْقَةَ مِنَ الْفِرَقِ وَلَا مَلَّةَ مِنَ الْمَلَلِ بَقُوا وَعَاشُوا إِلَّا بِقِيَمٍ وَرَيْسٍ وَ لَمَّا لَا بُدَّ لَهُمْ مِنْهُ فِي أَمْرِ الدِّينِ وَالدُّنْيَا فَلَمْ يَجْزُ فِي حَكْمَةِ الْحَكِيمِ أَنْ يَتْرَكَ الْخَلْقَ مِمَّا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ وَ لَا قِوَامَ لَهُمْ إِلَّا بِهِ فَيُقَاتِلُونَ بِهِ عَدُوَّهُمْ وَ يَقْسِمُونَ فَيْئَهُمْ وَ يَقِيمُ لَهُمْ جَمْعَهُمْ وَ جَمَاعَتَهُمْ وَ يَمْنَعُ ظَالِمَهُمْ مِنْ مَظْلُومِهِمْ» (ابن بابویه، 1378: ج 2، ص 101).

«...۲. با توجه به مراتب فوق، قانون اساسی و سایر قوانین در این جمهوری باید صددرصد براساس اسلام باشد. و اگر یک ماده هم برخلاف احکام اسلام باشد، تخلف از جمهوری و آرای اکثریت قریب به اتفاق ملت است. براین اساس هر رأیی یا طرحی که از طرف یک یا چند نماینده به مجلس داده شود که مخالف اسلام باشد، مردود و مخالف مسیر ملت و جمهوری اسلامی است. و اصولاً نمایندگانی که براین اساس انتخاب شده باشند، وکالت آنان محدود به حدود جمهوری اسلامی است؛ و اظهارنظر و رسیدگی به پیشنهادهای مخالف اسلام یا مخالف نظام جمهوری خروج از حدود وکالت آنهاست. ۳. تشخیص مخالفت و موافقت با احکام اسلام منحصرأ در صلاحیت فقهای عظام است که الحمدلله گروهی از آنان در مجلس وجود دارند. و چون این امر تخصصی است، دخالت وکلای محترم دیگر در این اجتهاد و تشخیص احکام شرعی از کتاب و سنت، دخالت در تخصص دیگران بدون داشتن صلاحیت و تخصص لازم است. البته در میان نمایندگان، افراد فاضل و لایقی هستند که در رشته‌های حقوقی و اداری و سیاسی تخصص دارند و صاحب نظرند که از تخصصشان در همین جهات قوانین استفاده می‌شود؛ و در صورت اختلاف متخصصان، نظر اکثریت متخصصان معتبر است».

به این ترتیب ایشان اختیارات مجلس را فقط در دو مورد خلاصه می‌کنند:

اول اینکه نظر نمایندگان مجلس که در قالب قوانین مصوب، تبلور می‌یابد، در حد تشخیص موضوعات فاقد جنبه فقهی است و مربوط به حیطة تعیین حکم شرعی نیست. براین اساس شارع مقدس، تشخیص این موضوعات را برعهده عرف گذاشته و مجلس، نماینده عرف است؛ اما در موارد فقهی، نظر آنان صائب نیست و باید یک مرجع ذیصلاح قانونگذاری کند (خمینی، 1389: ج 15، ص 311). لذا امام خمینی (ره)، تعریفی متفاوت از تعریف متداول قانونگذاری ارائه داده و حکم به جواز آن می‌دهد.

ایشان، قانونگذاری بشر را به این معنا که یک یا چند نفر از نزد خود قانونی وضع کنند و همان در کشور لازم‌الاجرا شود، به این دلیل که بی‌جهت، قانونی که عده‌ای نوشته‌اند

برای همه افراد جامعه لازم‌الاطاعه خواهد شد، خلاف حکم عقل می‌شمارد (همو، بی‌تا: 288)؛ چراکه آن قانون‌نویسان نیز خود بشر هستند و خالی از شهوت، غضب، شیطنیت و نیرنگ نیستند که موجب می‌شود به دنبال منافع شخصی خود باشند. پس نمی‌توان از چنین قانونگذاری توقع داشت به نفع مصالح عمومی قانونگذاری کند. به علاوه اینکه خطاها و اشتباهات انسانی و احاطه محدود او به جهات مختلف، سبب خواهد شد قانون وی به ضرر تمام افراد و جامعه تمام شود (همان: 182). با وجود این حتی اگر مصالح دیگران در وضع قانون بشری در نظر گرفته شود، باز هم عقل حکم نمی‌کند که عده‌ای بتوانند برخلاف میل دیگران در جان و مال و امور آنها، مگر در موارد بسیار محدود، دخالت کنند (همان: 289). از همین رو فقط خداوند متعال که از شهوت، هواهای نفسانی، نفع شخصی و ستمکاری به دور است، شایستگی قانونگذاری دارد. لذا خداوند به اقتضای عدالت خود، خود عهده‌دار امر تقنین شده است و در غیر این صورت، رها ساختن انسان‌ها بدون هیچ قاعده و قانونی که نتیجه‌ای جز تعدی آنان علیه یکدیگر ندارد، بی‌خردی و ظلم است که از خداوند عادل و دانا به دور می‌باشد (همان: 291).

اختیار دومی که امام خمینی (ره) برای مجلس شورا قائل است، برنامه‌ریزی توسط این مجلس است. امام، نقش مجلس در حکومت جمهوری اسلامی را همانند جایگاه مجلس در نظام‌های غیردینی - که مجلس در آنها قانونگذار و قوه مقننه است - نمی‌داند و آن را در حد یک برنامه‌ریز می‌پذیرد؛ یک مجلس برنامه‌ریزی که برای نهادهای سیاسی کشور در پرتوی احکام اسلام، برنامه‌هایی تدوین می‌کند و به وسیله این برنامه‌ها، کیفیت انجام خدمات عمومی را در کشور معین می‌سازد (همو، 1390: 44).

مبنای نظر امام خمینی (ره) که برای مجلس در جمهوری اسلامی، فقط دو شأن تشخیص موضوعات و برنامه‌ریزی قائل است، اعتقاد ایشان به اصل توحید است. لازمه اعتقاد به توحید، این است که خداوند را آفریننده و مالک تمام هستی بدانیم که از همه حقایق آگاه، و قادر بر انجام همه چیز است و فقط اوست که - به دلیل اینکه همه قوانین

هستی و خلقت را مقرر فرموده - می‌تواند بهترین قانون را برای رساندن انسان به سعادت و کمال وضع کند و انسان، مکلف به اطاعت از آن قوانین است. بنابراین اطاعت از قانون شخصی که از طرف حضرت حق، اذن برای این امر نداشته باشد، جایز نیست؛ زیرا چنین قانونی که توسط عده‌ای انسان تصویب شده، در شناخت ناقص آنان یا خواسته‌های نفسانی‌شان ریشه دارد (همو، 1389: ج 5، ص 387).

مبنای دیگر این دیدگاه امام خمینی (ره)، اعتقاد ایشان به جامعیت مکتب اسلام است. از منظر امام، اسلام برای تمامی جوانب مادی و معنوی بشر طرح و برنامه دارد. هدف این برنامه‌ها نیز تربیت صحیح انسان است تا به یک موجود الهی تبدیل شود. تربیت اسلامی، تمامی دوره‌های زندگی بشر را شامل می‌شود و حتی برای پیش از به دنیا آمدن انسان نیز از جهت معیارهای انتخاب همسر، شیوه صحیح لقاح، مراقبت‌های دوران حاملگی مادر و ... پس از آن نیز درخصوص آداب شیر دادن نوزاد و به‌همین ترتیب، سایر مراحل حیات بشر پیش‌بینی‌هایی دارد. این در حالی است که هیچ‌کدام از مکاتب بشری، چنین ظرفیتی ندارد که چنین برنامه‌های جامعی ارائه دهد و چنین جامعیتی منحصراً مختص قوانین الهی است که توسط پیامبران (ع) به دست بشر رسیده (همان: ج 6، ص 42) و همین قوانین است که می‌تواند انسان را به اوج مقام خود برساند (همان: ج 5، ص 474). حضرت امام، ادعای نسخ چنین قوانینی را نیز رد می‌کند و آن را به‌مثابه ادعای لزوم تغییر در قوانین عقلی و ریاضی در گذر زمان می‌داند (همان: ج 21، ص 405).

2.2. ادله مخالفان تقنین بشری

ادله مخالفت برخی فقها با قانونگذاری بشری در قالب مجلس شورا، ذیل سه عنوان موردبررسی قرار می‌گیرد.

2.2.1. جامعیت دین اسلام

این دسته از فقها معتقدند دین اسلام، قانون و حکم همه‌چیز را بیان فرموده و تشکیل مجلس و انجام مشورت جهت تعیین حکم مسائل، بی‌معناست. خداوند که نیازهای انسان را بهتر می‌داند، به اقتضای بنده‌پروری خود، آنها را بیان فرموده و چیزی را فروگذار نفرموده است (نجفی مرندی، 1374: 197). اسلام، ناتمامی ندارد که کسی بخواهد آن را تکمیل سازد. اگر احتیاجی به جعل قوانین جدید احساس شود، ناشی از احاطه نداشتن به احکام اسلام و جزئیات و فروع آن است (همان: 241). در حوادث واقعه باید به مجتهد مراجعه شود. مجتهد، مکلف است حکم را از کتاب و سنت استنباط کند و او نیز حق تقنین و جعل حکم ندارد. لذا بهترین قوانین، قوانین الهی است؛ زیرا تأمین‌کننده سعادت دنیوی و اخروی است و دنیا و آخرت را نظم می‌دهد (نوری، 1374: 150). مردم اروپا به این دلیل به تقنین دست می‌یازند که شریعت کاملی ندارند؛ اما ما شریعت جاودانی و جامعی داریم که غیرقابل‌نسخ است و قوانین آن تا ابد، جاری و پاسخگوی نیازهای بشر خواهد بود (کاشانی، 1374: 563).

2.2.2. ضدیت مشروطیت با مبانی اسلام

یکی از علت‌های مخالفت علما، این است که مشروطیت (ایجاد نهاد پارلمان) را ذاتاً با حاکمیت شرع در تضاد می‌بیند و معتقدند مشروطه، اساساً سیاست دینی را نفی می‌کند (حاجی‌پور، 1383: 158). لذا اصل را که نامشروع می‌دانند، میوه‌ها و آثار آن (از جمله قانونگذاری) را جایز نمی‌دانند. ایشان دلیل اصلی مغایرت ذاتی مشروطه با اسلام را ماهیت و حقیقت مشروطیت می‌دانند. حقیقت مشروطه، این است که منتخبان مردم شهرهای کشور، قوه مقننه را تشکیل دهند و طبق مقتضیات زمان، مستقلاً و با اکثریت آراء، به تشخیص عقول ناقصه خود و بدون ملاحظه موافقت یا مخالفت با شرع، قانون بنویسند. این علما، این کار را همان استحسان می‌دانند و حکم به عدم جواز آن می‌دهند (نوری، 1374: 154). مشروطه غربی که غالب تدوین‌کنندگان قانون اساسی مشروطه به دنبال اجرای آن در ایران بودند، هیچ

جایگاهی در اهداف مردم از نهضت خود - که عدالت‌خواهی و اجرای احکام اسلام بود - نداشت و الگوی بومی - دینی ایران نبود (غمامی، 1390: 118).

2.2.3. عملکرد مجلس شورای ملی

عامل دیگری که موجب مخالفت این علما با قانونگذاری توسط نمایندگان پارلمان شد، عملکرد مجلس شورای ملی (در عصر مشروطه) بود. ایشان با مشاهده اقتباس قوانین مصوب پارلمان‌های کشورهای اروپایی، از جمله قانون جزا، بخش‌هایی از قانون مدنی، کل قانون تجارت، اقدامات تأمینی و مسئولیت مدنی توسط مجلس شورای ملی و ترجمه آنها برای اجرایی ساختن در ایران، دریافتند تدوین‌کنندگان قانون که قرار بود فقط در قلمروی تحدید قدرت افسارگسیخته دربار در تجاوز به حقوق ملت فعالیت کنند، می‌خواهند قانون اساسی را جایگزین احکام دین و مجلس را جایگزین فقها سازند تا مردم از علما و شریعت، رویگردان شوند و نقش سیاسی و اجتماعی شریعت از بین برود (تبریزی، 1374: 107). بنابراین به مخالفت جدی با مجلس و تقنین برخاستند.

اما در عصر جمهوری اسلامی، با پیش‌بینی اصل 71 و 72 قانون اساسی، حیطة قانونگذاری مجلس محدود شده و بدین‌وسیله، جلوی اینکه مجلس بخواهد در مقررات شرعی تغییر و تبدیلی دهد و خود را جای شارع مقدس بنشانند، گرفته شده است. در این راستا و جهت تضمین این حدود نیز فقهای شورای نگهبان با اعمال اختیارات موضوع اصول 4 و 94 و 95 قانون اساسی، مانع نقض حدود صلاحیت مجلس شورا خواهند شد.

3. جواز یا عدم جواز تبدیل شریعت به قانون

فارغ از بحث جواز تقنین بشری در قالب قانونگذاری توسط مجلس شورا که در گفتار پیشین بررسی شد، فقها در خصوص جواز یا عدم جواز تبدیل مقررات اسلام - که در منابع مربوط ذکر شده - به قانون موضوعه مصوب مجلس نیز اختلاف‌نظرهایی دارند که در این گفتار بیان می‌گردد.

3.1. ادله قائلان به جواز تبدیل شریعت به قانون

هدفی که این علما با توسل به قانون‌گرایی دنبال می‌کنند، اجرای دستورهای شریعت است و در پی آن هستند که با تقنین احکام دین، دولت را وادار به اجرای قوانین اسلام کنند تا اسلام، وارد صحنه حیات سیاسی ایران شود (کرمانی، 1384: ج 3، ص 434). ایشان با تأکید بر این نکته که بشر به دلیل عدم احاطه کامل بر مصالح و مفاسد خود، حق اختراع قانون ندارد، تنظیم کردن قوانین اسلامی در شکل و قالب قوانین متداول بشری را بر همه، خصوصاً زمامداران کشورهای اسلامی، واجب می‌دانند (فیرحی، 1393: ج 2، ص 84). به اعتقاد آنان، وظیفه مجلس این است که عیناً قوانین اسلام را بنویسد و تمامی دستورهای شریعت بدین صورت و توسط یک قوه قاهره قانونی، اجرایی گردد و از حالت تعطیلی و اهمال، خارج شود (همو، 1391: ج 1، ص 345). لذا کارویژه قوانین موضوعه، اطلاع دادن قوانین اسلام در مقام اجرا به همه مردم است و مشورت کردن نمایندگان مردم در مجلس، فقط برای اتخاذ تصمیم در خصوص نحوه کارآمد و مؤثر اجرای احکام شریعت در جامعه می‌باشد (بی‌نا، 1374: 341).

این علما، قوانین مجلس را دارای دو کارکرد می‌دانند: 1. تعیین نحوه اجرای قوانین شریعت اسلام و اینکه قوانین شرع را چگونه اجرا کنند. 2. تقنین در امور عرفیه که مربوط به نظم عمومی و آبادی کشور و قابل تغییر و تبدیل است. مانند اینکه قانون، حکم به عزل کارگزاران ظالم بدهد یا اینکه شرایط خدمت سربازی در قانون مشخص شود (اصفهانی، 1374: 427). بنابراین اساساً تعیین حکم شرعی و امور دینی را خارج از صلاحیت مجلس می‌دانند و از باب رجوع به اهل خبره در تشخیص موضوعات جزئی، تقنین را جایز می‌شمرند (محلاتی غروی، 1374: 516). یعنی وظیفه نمایندگان مجلس را این می‌دانند که در زمینه امور جاری کشور، قانون وضع کنند تا تحت ضابطه بیاید و سبب ایجاد نظم و جلوگیری از هرج و مرج و در نتیجه، موجب حفظ کیان اسلام گردد (همان: 539).

3.2. ادله قائلان به عدم جواز تبدیل شریعت به قانون

از نظر این فقها، اجرایی ساختن دستورهای شریعت، نیازی به تشکیل مجلسی برای مشورت و قانون‌نویسی و ملاک قرار دادن اکثریت آرا ندارد و اساساً قانون نوشتن با اکثریت آرای افراد عامی که عالم و عادل نباشند، از قبیل کتاب‌فروش، سبزی‌فروش، بقال و علف، خلاف شرع است. و تنها اجماعی که حجت است، اجماع علماست؛ البته طبق ضوابط خاصی که در دانش اصول فقه بحث می‌شود (تبریزی، 1374: 109).¹

دلیل دیگر مخالفت برخی علمای عصر مشروطه با تقنین شریعت توسط پارلمان، مشاهده رفتار برخی قانونگذاران بود که ضدیت یا ناهمگونی با شریعت داشتند. غرب‌گرایان مدعی روشنفکری - که با پیروزی نهضت مشروطه به مجلس راه یافتند و زمام قانون‌نویسی را در دست گرفتند - قوانین اسلامی را کهنه، به‌دردنخور و نیازمند دگرگونی می‌دانستند، لذا قلمروی کارکرد مجلس را گسترده می‌پنداشتند و معتقد بودند به‌دلیل اینکه مجلس، نماینده اراده مردم است، می‌تواند در هر زمینه‌ای که صلاح بداند، دست به وضع قانون بزند و هیچ‌چیز نمی‌تواند صلاحیت مجلس را محدود سازد (کسروی، 1383: 307). آنان گرچه مایل نبودند مشروطیت به بستری برای شریعت‌خواهی تبدیل شود و هدفشان جایگزین ساختن حاکمیت شریعت، با حاکمیت قانون به معنای غربی بود؛ اما به‌دلیل اینکه هنوز به یاری نهاد روحانیت - که دارای نفوذ و پشتوانه مردمی بود - نیاز داشتند، معمولاً مخالفت آشکاری با اسلام از خود بروز نمی‌دادند (آدمیت، 1355: ج 1، ص 161)؛ هرچند گاهی برخی نمایندگان آشکارا تصریح می‌کردند که «ما قانون مشروطه می‌خواهیم؛ نه شریعت!» (کسروی، 1383:

1. در اینجا شایسته است اشاره گردد که برخی اعتقاد دارند قانون موضوعه، به دلیل اینکه یک ظرف و قالب خنثی نیست و با موازین اسلامی تعارض ذاتی دارد، اساساً این قابلیت را ندارد که مفاد شریعت در آن ریخته شود. جهت مطالعه ادله و مبانی این نظریه، ر.ک: احسانی، رضا و هادی طحان نظیف، (1397) «مفهوم قانون از منظر فقه امامیه و مکتب اثبات‌گرایی حقوقی»، تهران: دانشگاه امام صادق (ع).

322). بنابراین در مجلس شورای ملی، عزم جدی بر تقنین شریعت وجود نداشت و اگر گاهی نامی هم از شریعت می‌بردند، ظاهرسازی بود.

به‌هرحال نظر این افراد با تشکیل مجلس شورای ملی، غالب شد و با ایجاد نهادی با صلاحیت عام در برابر نهاد فقاقت، به هدف خود رسیدند. این را می‌توان نقطه آغاز رسمی جدایی حقوق از مذهب دانست. بر اثر رویکرد همین افراد که راهبری مجلس را در دست گرفته بودند، ماده دوم متمم قانون اساسی مشروطه، متروک شد و هیچ‌گاه به‌نحوی که مقرر شده بود، اجرایی نشد. به دنبال آن، بسیاری از قوانین مصوب مجلس شورای ملی، از قوانین اروپایی ترجمه شد؛ دانشجویان و دولت‌مردان با یادگیری زبان بیگانه و سفر به اروپا، در مسیر اقتباس فرهنگ غرب قرار گرفتند؛ مجلس با وجود حفظ ظواهر و احترام ظاهری به نظر علما، قوانینی تصویب می‌کرد که کاملاً با شریعت مغایرت داشت، مانند ماده 2 قانون مجازات عمومی که برای جلوگیری از این تصور که می‌توان کسی را با استناد به احکام شرعی مجازات کرد، تصریح کرده بود: «هیچ عملی را نمی‌توان جرم دانست، مگر آنچه به‌موجب قانون، جرم شناخته شود». بدین ترتیب قوانین موضوعه، با رویکردی اثباتی منبع حقوق در ایران شد و با منبع مذهب - که حکم الهی است و با توسل به ادله اربعه کشف می‌شود - متفاوت گشت. قضات نیز در مقام یافتن حکم یک موضوع، موظف بودند در وهله اول به قانون استناد کنند و در صورت نقص یا اجمال قوانین، روح قانون را از قواعد موجود استنباط کنند؛ لذا حق رجوع به منابع فقهی را نداشتند (کاتوزیان، 1377: ج 1، ص 603-604). آنان به تدریج قوانین موضوعه را جایگزین احکام شرعی ساختند (شفیعی سروستانی، 1381: 6).

شیخ فضل‌الله نوری و برخی فقهای دیگر که ابتدا با علمای مشروطه‌خواه همراه شده بودند و در تحصن علمای مشروطه‌خواه به قم (مهاجرت کبری) نیز حضور داشتند، با مشاهده فعالیت‌های این افراد، دریافتند که آنان در پی بدعت‌گذاری و جایگزین ساختن قوانین به‌جای شریعت هستند. لذا مخالفت آشکار خود را با چنین مشروطه‌ای ابراز

داشتند و شیخ، جان خود را نیز در راه دفاع از شریعت فدا کرد. البته پس از نگارش متن قانون اساسی، شیخ پیشنهاد اصلاحی خود را مطرح ساخت، اما کسانی که متولی آن امر بودند، صریحاً بیان می‌کردند که ممکن نیست مشروطه، منطبق با قواعد اسلامی شود و با تحقق پیشنهاد شیخ، دولت‌های اروپایی، ما را به‌عنوان مشروطه نخواهند شناخت. هرچند درنهایت با اصرار شیخ و پس از تحصن نودروزه وی در حرم شاه عبدالعظیم حسنی، ماده دوم متمم قانون اساسی در آن گنجانده شد؛ اما آن ماده را تحریف کردند و موانعی را در سر راه اجرای آن ایجاد کردند (زرگری‌نژاد، 1374: 155-156).

درنهایت می‌توان گفت علمای مخالف مشروطه، اعتقاد داشتند مشروطه‌ای که از غرب وارد کشور شده، دارای بار معنایی و ارزشی ویژه‌ای است و باید تعریفی خاص از مشروطه ایرانی ارائه کرد (رمضان نرگسی، 1389: 284). اما هنگامی که با طرح ایشان مخالفت شد، دریافتند که عده‌ای غرب‌گرا که بر موج نهضت مردمی سوار شده‌اند، در پی حاکم ساختن مشروطه غربی بر ایران و نابودی شریعت هستند و مخالفت صریح و قاطع خود با مشروطه را اعلام کردند. نتیجه این مخالفت نیز طرد شدن آنان از صحنه اجتماع شد که نمونه فجیع آن، اعدام شیخ فضل‌الله نوری - به اتهام طرفداری وی از استبداد - بود (دولت‌آبادی، 1371: ج 3، ص 203).

طبق آنچه از منظر امام خمینی (ره) در خصوص جایگاه و نقش مجلس در حکومت‌های شریعت‌محور - در گفتار پیشین - بیان شد، واضح می‌گردد که از نظر ایشان، پارلمان با ترکیبی که اکنون دارد و اعضای آن را نوعاً غیرفقه‌ها تشکیل می‌دهند، صلاحیت تبدیل احکام منصوص شریعت را به قانون موضوعه و اینکه مانند سایر قوانین، با صحبت نمایندگان موافق و مخالف و رعایت سایر تشریفات، موردبررسی و تصویب قرار دهد، ندارد؛ چراکه چنین امری، در واقع تعیین حکم موضوعات و مسائل است که در عصر غیبت معصوم (ع)، در اختیار فقهاست. حضرت امام، مجلس مطلوب برای یک حکومت اسلامی را مجلسی می‌داند که اعضای آن فقیه باشند و چنین مجلسی

است که صلاحیت دارد در زمینه قوانین الهی و کیفیت اجرای آنها قانون موضوعه به تصویب برساند (خمینی، بی‌تا: 191).

با تحلیل دقیق اصل 4 و اصل 72 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، می‌توان تبلور نظر امام خمینی را در قانون اساسی یافت. در اصل چهارم تصریح شده که تمامی قوانین و مقررات باید براساس موازین اسلامی باشد و این اصل بر اطلاق و عموم تمامی قوانین، حاکم است. اگر مجلس را مجاز به تقنین شریعت بدانیم، برخی احکام شریعت که مجلس - به هر دلیلی - آنها را در قالب قوانین مدون به تصویب نمی‌رساند، تعطیل خواهند شد و قابلیت اجرا نخواهند داشت و این امر، به‌وضوح برخلاف یکی از موازین اسلامی، یعنی ممنوعیت تبعیض در احکام دین¹ است. همچنین اگر نمایندگان غیرفقیه مجلس را مجاز به تقنین شریعت بدانیم، کشف احکام دین را برعهده کسانی قرار داده‌ایم که شرعاً صلاحیت و اجازه این کار را ندارند و این امر نیز برخلاف موازین اسلامی خواهد بود؛ زیرا طبق روایات² چنین امری در عصر غیبت معصوم (ع) در صلاحیت مجتهد جامع‌الشرايط قرار دارد (اراکي، 1425ق: 145). در اصل 72 نیز مفروض پنداشته شده که در این نظام، اصول و احکامی مذهبی وجود دارد که مصوبات مجلس نباید با آنها مغایرتی داشته باشد. بنابراین از عبارات قانون اساسی نیز می‌توان به این نتیجه دست یافت که تقنین شریعت از صلاحیت مجلس شورای اسلامی خارج است؛ چراکه اگر قوانین مصوب مجلس، دقیقاً همان دستوره‌های شریعت باشد، دیگر بی‌معنا خواهد بود که گفته شود آن قوانین باید براساس موازین اسلام باشد؛ زیرا آنها خود، دستورها و موازین اسلام هستند.

1. «... أفتؤمنون ببعض الكتاب و تكفرون ببعض...» (بقره: 85).

2. مانند روایت: «و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم و أنا حجة الله» (حر عاملی، 1409ق: ج 27، ص 140).

در نتیجه مطلوب این است که در نظام جمهوری اسلامی که نظامی شریعت‌محور است و با هدف اجرایی ساختن دستورهای شریعت بنیان نهاده شده، مجلس قانونگذاری متشکل از فقهای موضوع‌شناس باشد که قادر باشد اصل چهارم قانون اساسی را که به دنبال انطباق قوانین با موازین اسلام است، به صورت کامل و شایسته تحقق بخشد. لیکن تا هنگام دستیابی به این مطلوب و به عنوان راهکاری در دوره گذار، می‌توان از شیوه‌ای که اکنون در جمهوری اسلامی جریان دارد، بهره برد. بدین صورت که تقنین شریعت توسط مجالس فعلی صورت گیرد و شورای نگهبان از طریق تفسیر اصلاحی^۱ یا ابطالی^۲ مانع از تصویب قوانین مغایر با مسلمات فقهی و احکام اسلام شود. براین اساس می‌توان قانونی را که در این فرایند وضع می‌شود، اسلامی دانست (خمینی، 1389: ج 14، ص 414). هرچند باید عنایت داشت که این فرایند، تأمین‌کننده مشروعیت حداقلی قوانین است.

نتیجه

اجرای مقررات شریعت، از دیرباز در کشور ایران، دغدغه مردم مسلمان و صاحب‌نظران بوده است. پس از ورود مفهوم قانون به کشور در عصر مشروطه، اختلاف‌نظرهایی میان علمای اسلام در خصوص چیستی این مفهوم و جایگاه آن در نظام ایران که نظامی شریعت‌محور است، پدید آمد. عده‌ای از فقها، بنابر ضرورت و به دلیل اینکه قانون را یک قالب و ظرف خنثا می‌دانند که امکان ریختن هر مظلوفی در آن هست، حکم به جواز قانونگذاری بشری توسط نهاد پارلمان می‌دهند. اما عده‌ای دیگر از فقها با تأکید بر جامعیت دین اسلام و کافی دانستن مقررات شریعت و همچنین به دلیل

1. در تفسیر اصلاحی، مقام دادرسی به قانونگذار کمک می‌کند تا براساس اصول بنیادین، به نحوی که عدم مغایرت با قانون اساسی و موازین شرع تأمین گردد، قانونگذاری کند.

2. بدین معنا که یک مصوبه را مغایر قانون اساسی یا موازین شرع، شناسایی کند.

مشاهده برخی قانونگذاری‌های خلاف شریعت توسط مجلس، علم مخالفت با تقنین بشری بلند کرده‌اند. امام خمینی (ره) در این زمینه، اعتقاد به جواز تقنین توسط نمایندگان مجلس دارد؛ اما معتقد است حیطة اختیارات مجلس، محدود به تشخیص موضوعات و برنامه‌ریزی برای نهادهای حکومتی می‌باشد. به دنبال اختلاف نظر فقها در زمینه اصل تقنین بشری، درخصوص مسئله تبدیل شریعت به قانون نیز میان ایشان، دو نظر مشاهده می‌گردد. نظر اول که قائل به جواز تبدیل شریعت به قانون است، دلیل لزوم تقنین شریعت را بهره‌گیری از قدرت حکومت برای اجرایی ساختن مقررات اسلام عنوان می‌کند. در مقابل، نظر دوم که قائل به جایز نبودن تبدیل شریعت به قانون است، به دو دلیل متمسک می‌شود: اول اینکه مقررات اسلام، مشخص و قابل اجراست و نیازی به تقنین آنها نیست. دوم اینکه ترکیب نمایندگان مجلس را غیرفقها تشکیل می‌دهند و چنین افرادی، از طرف شارع مقدس، اجازه چنین امری را ندارند و این امر در عصر غیبت، به فقها سپرده شده است. امام خمینی (ره) نیز نظر دوم را تقویت می‌کند و معتقد است مجلسی که اساساً اعضای آن، اسلام‌شناس نیستند و در حکومت اسلامی تشکیل می‌شود، درواقع قوه مقننه نیست؛ بلکه فقط یک نهاد برنامه‌ریز است که می‌تواند در جهت اجرایی ساختن دستورهای منصوص شریعت، برنامه‌هایی را در قالب قوانین مدوّن به تصویب برساند؛ نه اینکه به‌مثابه شارع عمل کند و نه اینکه حتی در لباس فقها ظاهر شود و بخواهد دستورهای اسلام را از منابع آن کشف کند. بنابراین وضعیت مطلوب، دست یافتن به مجلسی متشکل از فقهای موضوع‌شناس است که قادر به جامه عمل پوشاندن کامل به اصل چهارم قانون اساسی و انطباق قوانین با شرع انور باشد. لیکن تا هنگام دست یافتن به این مطلوب، می‌توان رویه عملی فعلی در جمهوری اسلامی را به کار گرفت؛ بدین صورت که نقش فعال در تقنین شریعت برعهده مجلس شورای اسلامی - با ترکیب کنونی - باشد و جهت تأمین مشروعیت حداقلی قوانین، فقهای شورای نگهبان براساس اصل 72 قانون اساسی فعالیت کنند.

منابع

الف) فارسی و عربی

1. ابن بابویه، محمد ابن علی، (1378)، عیون أخبار الرضا (ع)، تهران: جهان، ج 2.
2. ابوالحسنی، محسن و علی فتاحی زفرقندی، (1395)، تقنین شریعت در منظومه حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ مبانی و راهکارها، تهران: پژوهشگاه عدالت.
3. اراکی، محسن، (1425ق)، نظریه الحکم فی الإسلام، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
4. اسماعیلی، محسن و سیدمحمدحسین میرلوحی، (1395)، «آثار پذیرش قاعده نفی خلو در نظام قانونگذاری ایران»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره 44، ص 75-97.
5. اصفهانی، نورالله، (1374)، مکالمات مقیم و مسافر، رسائل مشروطیت، تهران: کویر.
6. آدمیت، فریدون، (1355)، ایدئولوژی نهضت مشروطیت ایران، تهران: پیام، ج 1.
7. بی‌نا، (1374)، سؤال‌هایی دایر به مشروطیت، رسائل مشروطیت، تهران: کویر.
8. تبریزی، محمدحسین، (1374)، «کشف المراد»، رسائل مشروطیت، تهران: کویر.
9. تقوی اخوی، سید نصرالله، (1374)، «مقاله سؤال و جواب در فواید مجلس ملی»، رسائل مشروطیت، تهران: کویر.
10. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (1372)، ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم.
11. جعفریان، رسول، (1369)، بررسی و تحقیق در جنبش مشروطیت، قم: توس.
12. حاجی‌پور، نصرت‌الله، (1383)، تطبیق قوانین با شرع در نظام قانونگذاری ایران، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
13. حر عاملی، محمد ابن حسن، (1409ق)، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البیت (ع)، ج 28.
14. خراسانی ترشیزی، یوسف، (1374)، کلمه جامعه شمس کاشمیری در معنای شورا و مشروطه و مجلس شورای ملی و توافق مشروطیت با قانون اسلام، رسائل مشروطیت، تهران: کویر.

15. خمینی، سیدروح‌الله، (1389)، صحیفه امام، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سرّه)، چاپ پنجم، ج 5 و 6 و 14 و 15 و 21.
16. _____، (1390)، ولایت فقیه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سرّه)، چاپ بیست و سوم.
17. _____، (بی تا)، کشف الأسرار، قم: مصطفوی.
18. دولت‌آبادی، یحیی، (1371)، حیات یحیی، تهران: عطار، چاپ پنجم، ج 3.
19. راسخ، محمد، (1385)، «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»، مجلس و پژوهش، سال 13، شماره 51، ص 13-40.
20. رمضان نرگسی، رضا، (۱۳۸۹)، تبیین جامعه‌شناختی انقلاب مشروطه، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).
21. زرگری‌نژاد، غلام‌حسین، (1374)، رسائل مشروطیت، تهران: کویر.
22. شفیعی سروستانی، ابراهیم، (1381)، فقه و قانونگذاری، قم: مؤسسه فرهنگی طه.
23. صدر، سیدمحمدباقر، (1408ق)، اقتصادنا، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
24. علومی، رضا، (1348)، کلیات حقوق، تهران: مؤسسه عالی حسابداری.
25. غمامی، سیدمحمد مهدی، (1390)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
26. فیرحی، داود، (1391)، فقه و سیاست در ایران معاصر (فقه سیاسی و فقه مشروطه)، تهران: نی، ج 1.
27. _____، (1393)، فقه و سیاست در ایران معاصر (تحول حکومتداری و فقه حکومت اسلامی)، تهران: نی، چاپ دوم، ج 2.
28. القرضاوی، یوسف، (1418ق)، مدخل لدراسة الشریعة الاسلامیة، قاهره: مکتبه وهبه، چاپ سوم.
29. قمی، محمدحسن، (1386)، «قاعدۀ نفی الخلو (تقریراً لأبحاث الشیخ صادق اللاریجانی)»، پژوهش‌های اصولی، شماره 7، ص 161-208.

30. کاتوزیان، ناصر، (1380)، فلسفه حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دوم، ج 1.
31. کاشانی، عبدالرسول، (1374)، «رساله انصافیه»، رسائل مشروطیت، تهران: کویر.
32. کرمانی، ناظم الاسلام، (1384)، تاریخ بیداری ایرانیان، تهران: امیرکبیر، چاپ هفتم، ج 1 و 3.
33. کسروی، احمد، (1383)، تاریخ مشروطه ایران، تهران: امیرکبیر، چاپ بیستم.
34. کعبی، عباس، (1394)، مبانی حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: بسیج دانشجویی دانشگاه امام صادق (ع).
35. محلاتی غروی، محمداسماعیل، (1374)، «اللتالی المربوطه فی وجوب المشروطه»، رسائل مشروطیت، تهران: کویر.
36. مقری قیومی، احمد ابن محمد، (بی تا)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم: منشورات دار الرضی، ج 2.
37. ملکی اصفهانی، مجتبی، (1379)، فرهنگ اصطلاحات اصول، اصفهان: علمدار، ج 1.
38. مهرپور، حسین، (1372)، «شورای نگهبان و بررسی قوانین»، حقوقی دادگستری، شماره 9، ص 55-74.
39. نایینی، محمدحسین، (1387)، تنبیه الأمة و تنزیه الملة، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، چاپ دوم.
40. نجفی مرندی، ابوالحسن، (1374)، «دلائل براهین الفرقان فی بطلان قوانین نواسخ محکمات القرآن»، رسائل مشروطیت، تهران: کویر.
41. نوری، فضل الله، (1374)، تذکره الغافل و ارشاد الجاهل: مبانی نظری حکومت مشروطه و مشروعه، تهران: نی.
42. ویژه، محمدرضا، (1394)، کلیات حقوق اساسی، تهران: سمت، چاپ دوم.

(ب) انگلیسی

43. Tekin, Serdar, (2016) Founding Acts: Constitutional Origins in a Democratic Age, University of Pennsylvania Press.