

## **Formation of the Islamic rule of law; Challenges and opportunities in the process of realizing the model of modern Islamic civilization**

**Nafiseh al-sadat Ghaderi \***

Received: 2021/04/13


Accepted: 2021/07/24

### **Abstract**

According to the Ayatollah Khamenei's view, the third stage in the realization of the new Islamic civilization is the creation of an Islamic state, which is characterized by the rule of law. The role of law and rule of law in the birth and promotion of civilization is very prominent. The law is like blood in the veins of society and its strength and the survival of civilization depend on the desired law and the loyalty of individuals in it. For this reason, in the present article, we seek to answer the question in a descriptive-analytical manner: what are the challenges and opportunities in the process of forming an Islamic rule of law as the third stage of the model of modern Islamic civilization? The findings of the study indicate that the existing capacities in Islam and especially Shiite jurisprudence as an opportunity to advance the process of formation of the Islamic rule of law and the inherent and fundamental conflicts between law in its modern meaning and sharia and ambiguity in the relationship between fatwa and law. Among the challenges ahead.

**Keywords:** Islamic state, modern Islamic civilization, rule of law, jurisprudence, state building

.....  
\* Assistant Professor Science and Research Branch Islamic Azad University, Tehran,  
IR Iran.  
ghaderinafise@yahoo.com

 0000-0001-9325-463x

## شکل‌گیری دولت قانون‌مدار اسلامی؛ چالش‌ها و فرصت‌ها در روند تحقق الگوی

### تمدن نوین اسلامی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۲۴

نقیسه السادات قادری \*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۰۲

#### چکیده

بر اساس دیدگاه آیت‌الله خامنه‌ای، ایجاد دولت اسلامی، سومین مرحله در تحقق تمدن نوین اسلامی است که قانون‌مداری از جمله ویژگی‌های آن می‌باشد. نقش قانون و قانون‌مداری در تولد و اعتلای تمدن، بسیار برجسته است. قانون همچون خون در رگ‌های جامعه بوده و استحکام و ماندگاری تمدن در گرو قانون مطلوب و وفاداری زمامداران و آحاد جامعه به آن است. به همین دلیل در مقاله‌ی پیشرو، با بهره‌گیری از روش توصیفی-تحلیلی به دنبال پاسخیابی به این سؤال هستیم که چالش‌ها و فرصت‌ها در روند شکل‌گیری دولت قانون‌مدار اسلامی به‌عنوان سومین مرحله از الگوی تمدن نوین اسلامی کدامند؟ یافته‌های پژوهش گویای آن است که ظرفیت‌های موجود در دین اسلام و به‌خصوص فقه شیعه، به‌عنوان فرصت در پیش برد روند تشکیل دولت قانون‌مدار اسلامی و تعارض‌های ذاتی و مبنایی میان قانون در معنای مدرن آن با شریعت و ابهام در مناسبات میان فتوا و قانون از جمله چالش‌های پیشرو است.

واژگان کلیدی: دولت اسلامی، تمدن نوین اسلامی، دولت‌سازی، حکومت قانون، فقه.

\* استادیار گروه علوم سیاسی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی،

تهران، ایران.

## مقدمه

هدف از قانون‌گذاری، رتق‌وفتق امور جامعه بشری در هر دولت‌سازی است. قوانین موضوعه، پدیده‌ای مدرن هستند. به عبارت دقیق‌تر، قانون از مهم‌ترین واژه‌های کلیدی است که از تجدد به ارث رسیده و ویژگی مهم قانون، جنبه‌ی وضعی و قراردادی آن است. با ورود به دوران تجدد، انسان دنیای مدرن در نسبتی جدید با جهان و طبیعت قرار گرفت، به‌گونه‌ای که انسان و عقل بشری محور و غایت معرفت و شناخت واقع شد. بر همین اساس تمامی چیزها به‌جز انسان، به‌عنوان «ابژه» برای انسان در حکم «سوژه» تلقی شد. بنابراین، حوزه‌های اندیشه‌ای، فرهنگی، تمدنی و تمامی موضوعات و مفاهیم انسانی نیز متأثر از این دگرگونی نسبت میان هستی و انسان قرار می‌گیرد. با ظهور و گسترش مدرنیته و سیطره فناوری غرب مدرن بر سراسر جهان، نظام‌های غیر مدرن هم به‌تدریج و ناچار با تجدد مواجهه شدند. در ایران نیز نظام حاکم از این امر مستثنی نبود و پیرو ورود دستاوردهای مختلف تجدد به ایران، محور سازمان دهنده ساختارهای اجتماعی و حقوقی ایران نیز از محوریت فقه و امور دینی و مفاهیمی نظیر «فتوا»، «حکم» و «فرمان» که در بستر مفهومی خاص خود کارکرد و معنا پیدا می‌کرد، به سمت مرکزیت مفهومی رفت که «قانون» نام داشت (بیگدلی، ۱۳۹۴: ۳۲). ایرانیان که از جنگ‌های ایران و روس و به‌واسطه شکست در این جنگ‌ها، با جوهی از تجدد آشنا شده بودند، اگرچه نخست به مواردی چون امور نظامی توجه کردند اما اندک‌اندک این مسئله برای آن‌ها به‌صورت فراگیرتری درآمد که هرگونه اصلاح در امور مملکت، از مجرای اصلاح در شیوه‌های حکمرانی خواهد گذشت و مهم‌ترین چیزی که در این میان مطرح شد پیدا کردن ضابطه‌ای برای این اصلاح بود. قانون، مهم‌ترین ضابطه‌ای بود که تجددخواهان ایرانی ابتدا برای نظم دادن به امور و سپس به‌عنوان اساس و پایه‌ای در عمل و نظر برای حکومت در نظر داشتند، اما در سوی دیگری از جامعه ایرانی، اراده تشریعی خداوند، محور و عنصر اصلی فرهنگی، تمدنی و حکمرانی بود. بدین ترتیب با ورود مدرنیته به جهان اسلام و تشکیل و استقرار دولت‌های

مدرن در بعضی از کشورهای اسلامی، برخی از دستاوردهای آن همچون قانون با مفاهیم موجود در سنت فکری اسلامی مانند مفهوم شریعت در چالش قرار گرفت و پرسش‌های مهمی را در حوزه تفکر اسلامی ایجاد کرد. شرع، اساس دین اسلام بود و هرگونه تأملی در اندیشه دینی از گذار شریعت و فقه می‌گذشت. (طباطبایی، ۱۳۹۱، ص ۱۱) دوره مشروطه، آغاز منازعات فکری در خصوص مسئله‌ی قانون و مناسبات آن با شرع و دولت‌سازی بود. از این دوره بود که برای نخستین بار بحث مناسبات بین عرف و شریعت (حق و حکم) و ماهیت حکومت به‌صورت جدی‌تری مطرح شد. مشروطیت که بنیاد آن بر قانون اساسی بود، محل پرسش‌های زیادی به‌خصوص برای علمای عصر خود بود. منازعات فکری بر سر تعیین نسبت میان شریعت و قانون و متعاقب آن ترسیم نظام مطلوب سیاسی به عصر مشروطه ختم نشد. این جمله آیت‌الله مدرس که «سیاست ما عین دیانت ماست» توسط امام خمینی (ره) جامه عمل به خود پوشید و نظام جمهوری اسلامی ایران متناسب با آن شکل گرفت. قرار گرفتن ولی‌فقیه در رأس حکومت و استقرار شورای نگهبان شرع و قانون اساسی، کار دولت سکولار در ایران را پایان داد. علی‌رغم آن‌که خاستگاه دولت قانون‌مدار در معنای مدرن آن، انسان این زمینی و عقل خود بنیاد و اعطای حق حاکمیت به مردم بود، در نظم سیاسی جدید، دولت خاستگاه الهیاتی داشته و اساس آن با دانش فقه پیوند خورد. بر اساس دیدگاه آیت‌الله خامنه‌ای نیز، در دولت اسلامی «...آن‌که می‌تواند برای مردم قانون وضع کند، آن خداست؛ آن‌که می‌تواند ملاک‌های اجرای قانون را معین کند، خداست؛ مالک امور مردم جز خدا دیگری نیست. پس یک سلسله اصول و ضوابط و معیارهایی در اسلام هست که چهارچوب این معیارهاست که اعتبار می‌دهد به حق رأی مردم...»<sup>۱</sup> بدین ترتیب سرگردانی‌های ناشی از درهم‌آمیزی مفاهیمی چون فقه، احکام شریعت، روحانیت، ولایت فقیه و امت اسلامی در کنار مفاهیم مدرنی چون قانون، حقوق بشر، آزادی، برابری، شهروندی و مردم‌سالاری، شکل‌گیری یک دولت قانون‌مدار اسلامی را

<sup>۱</sup>بیانات مقام معظم رهبری خطبه‌های نماز جمعه تهران ۱۳۶۶/۴/۱۲

پس از استقرار نظام با افت و خیز مواجه کرد. از منظر مقام معظم رهبری نیز «...تلاش و اقدام برای تشکیل دولت اسلامی، از همان روز اول شروع شد؛ منتها افت و خیز و پیشرفت و عقب‌گرد داشته است؛ در جاهایی موفق و در برهه‌ای ناموفق بوده است<sup>۱</sup>» و این مهم همچنان نیز شکل نگرفته است. بنابراین از آنجایی که احکام شرعی به‌عنوان قوانین مسلم در دولت اسلامی از منابع اولیه شریعت که قرآن و سنت است اخذ شده است، اگر بخواهیم دولتی اسلامی و قانون‌مدار شکل دهیم، باید ضمن تبیین و توجه به نسبت و رابطه میان شریعت و قانون، چالش‌ها و فرصت‌های پیشرو را واکاوی نماییم. به همین جهت این مقاله به دنبال پاسخیابی به این سؤال است که چالش‌ها و فرصت‌ها در روند شکل‌گیری دولت قانون‌مدار اسلامی به‌عنوان سومین مرحله از الگوی تمدن نوین اسلامی کدامند؟

#### ۱. پیشینه پژوهش

حکومت قانون، دولت اسلامی و تمدن نوین اسلامی، هرکدام از جمله موضوعات مهمی است که به‌تنهایی یا ذیل مباحث کلی‌تری چون سنت و تجدد و یا اسلام و غرب همواره مورد توجه نویسندگان و متفکران بوده است. علی میر موسوی (۱۳۸۴) در کتاب «اسلام سنت دولت مدرن: نوسازی و تحول در اندیشه سیاسی معاصر شیعه» روند شکل‌گیری و ساخت دولت در ایران معاصر را در دو عصر مشروطه و جمهوری اسلامی با بررسی سیر تحول و تطور فکر سیاسی شیعه و توجه به مسئله اجتهاد و نسبت آن با روابط قدرت و از همه مهم‌تر دولت‌سازی اسلامی متأثر از مواجهه با مفاهیم موجود در گفتمان مدرنیته از جمله حکومت قانون و چالش‌های آن پرداخته است. داوود فیرحی (۱۳۹۹) در آخرین کتاب خود با نام «مفهوم قانون در ایران معاصر؛ تحولات پیشامشروطه» می‌نویسد: «کلمه‌ی قانون، مهم‌ترین واژه در ایران معاصر است. این کلمه قریب دویست سال است که محور و مدار مناقشه در باب سیاست، دین و تجدد است و دو قرنی می‌شود که اندیشه و عمل

<sup>۱</sup>بیانات در دیدار رئیس‌جمهور و هیأت وزیران ۱۳۸۴/۶/۸

جامعه‌ی ما را در کمند خود دارد. قانون قلب تجدد و دولت مدرن است و با آن ملازمه دارد؛ به همین دلیل هم، هم‌زمان با زوال دولت قدیم، بحران جامعه‌ی ایرانی و ضرورت نوسازی دولت، واژه‌ی قانون به مرکز این تحولات و نواندیشی ناگزیر آن بدل شده است»<sup>۱</sup> فیرحی در این کتاب تمرکز ویژه‌ای بر واژه‌ی قانون و مفهوم آن در ایران معاصر دارد و بر این مطلب تأکید می‌نماید که واژه‌ی قانون در ایران معاصر هرگز معنایی ثابت و مفهومی یکنواخت نداشته و به تبع تطاول ایام و تطور دوران، دچار قبض و بسط معنی‌داری شده است. وی در مقدمه به این مطلب اشاره می‌کند که این پژوهش به دو موضوع اشاره دارد که اولاً جامعه‌ی ایران به اعتبار تشیع، مختصات هندسی خود را داشته و بر این اساس، دریافت ویژه‌ای از مفهوم قانون و حکومت در تاریخ معاصر خود دارد؛ مفهومی که متمایز از دیگران، اعم از غرب جدید، ترکان عثمانی، اعراب و دیگر جوامع اهل سنت معاصر است. ثانیاً این‌که دریافت ایرانی- شیعی از قانون، سرگذشت و سرنوشت متفاوتی را در تاریخ ایران به همراه داشته و تجربه‌ای طولانی از درون تحولاتی چون اندیشه‌ی اصلاح سلطنت تا عصر معاصر تنظیمات و مشروطه و رویدادهای متأخر را از سر گذرانده است. رویکرد عمده‌ی فیرحی در این کتاب، از نوع تاریخ فکری است که ناظر بر پژوهش در آن دسته از تصورات، اندیشه‌ها، مباحثات، باورها، پنداشت‌ها، رویکردها و پیش‌فرض‌هایی است که همگی با هم، حیات ذهنی و یا فکری جامعه را شکل و سامان داده و با حوزه‌های مهمی چون دین، اقتصاد، سیاست و فرهنگ ایران معاصر پیوند خورده است. بنابراین با توجه به نکات فوق می‌توان گفت هدف این پژوهش از نگاه نگارنده، کاوش درباره‌ی سرچشمه‌ها، ابعاد و زوایای انضباط فردی و فرافردی است که در ایران معاصر پدیدار شده و فرد، جامعه و حکومت ایرانی را به هم مرتبط نموده و در قالب واژه‌ی قانون رؤیت پذیر شده است. از این رو از زاویه‌ای دیگر، این کتاب تبیین مراحل تحول حکومت و دگردیسی مفهوم قانون در ایران معاصر و سرنوشت پرفرازونشیب آن از بحران تا فروپاشی نظم سنتی در ایران پیشامشروطه و آغاز دولت مدرن در ایران را در برمی‌گیرد. محسن اسماعیلی

(۱۳۹۱) در کتاب «دین و قانون: بررسی کارکرد و نقش دین در حوزه قانون و قانون‌گذاری»، به مباحثی چون «حکومت شرع بر قانون»، نحوه «حاکمیت شریعت بر تقنین، عقاید، اخلاق، فقه و مطابقت یا عدم مغایرت قانون و شریعت» پرداخته است. در کنار مباحث کلی، نویسندگان به برخی از علمای متأخر شیعی پرداخته و به بازخوانی نظریات آنها درباره رابطه دین و قانون می‌پردازد. سجاد بهرامی مقدم و مهدیه حیدری (۱۳۹۹) در مقاله‌ای با عنوان «چالش‌های فراروی تمدن اسلامی در رویارویی با نظام وستفالیایی غربی» چالش‌های فراروی دول اسلامی را در مواجهه با الگوی دولت‌سازی در غرب مورد بررسی قرار داده و معتقدند، شکست ایده‌های سکولاریستی و ناسیونالیستی بر مبنای نظام وستفالیایی غربی در دنیای عربی، به تدریج منجر به ایجاد یک چالش هویتی در جهان اسلام عربی شده است. داوود حسین پور (۱۳۹۹) به همراه سایر نویسندگان در مقاله‌ی «مؤلفه‌های تدوین خط‌مشی‌های عمومی در دولت اسلامی با رویکرد تمدن‌سازی نوین اسلامی (با محوریت بیانات مقام معظم رهبری)»، قوانین، مقررات و خط‌مشی‌های عمومی مناسب جهت تحقق گام سوم تمدن نوین اسلامی که همان دولت‌سازی است را در اندیشه مقام معظم رهبری مورد بررسی قرار داده و مسئله‌ی قانون و نهادینه کردن آن را از جمله مؤلفه‌های بعد مادی دولت‌سازی در اندیشه‌ی ایشان می‌دانند. به‌طور کلی در بررسی آثار، این نکته به‌عنوان وجه تمایز مقاله‌ی پیشرو حائز اهمیت است که موضوع ابتدای دولت اسلامی به قانون و چالش‌هایی که در نسبت میان قانون به‌عنوان مفهومی که در گفتمان تجدد معنا یافته و شریعت به‌عنوان اساس یک دولت اسلامی، در بستر اندیشه‌ی تمدن نوین اسلامی به‌صورت هم‌زمان مورد توجه قرار نگرفته است. درحالی‌که در این پژوهش چالش‌ها و فرصت‌های شکل‌گیری دولت قانون‌مدار اسلامی را ذیل بحث نسبت میان شریعت و قانون با توجه به ظرفیت‌ها و محدودیت‌های فقه مورد بررسی قرار داده‌ایم.

## ۲. مباحث نظری

اگر فقه را مجموعه‌ای از قوانین و مقرراتی بدانیم که از جانب شارع برای تنظیم حیات

فردی و اجتماعی انسان وضع گردیده است، این گزاره در باطن خود امکانی بودن قانون‌گذاری اسلامی را حمل می‌کند. در این حالت، پرسش از امکان و امتناع قانون‌گذاری و طرح تعارض میان قانون و شریعت ناموجه خواهد بود، اما از آنجا که احکام شرعی از منابع اولیه شریعت که قرآن و سنت است اخذ می‌شود، اگر بخواهیم بدانیم موضوعی از جمله قانون تا چه حد اسلامی است، باید بدانیم تا چه حد با احکام شرعی یا با منابع این احکام؛ یعنی قرآن و سنت ارتباط دارد. از اینجا روشن می‌شود که برای توصیف قانون به اسلامی بودن، فقط مسلمان بودن قانون‌گذار کافی نیست، بلکه باید میان آنچه خداوند برای بندگانش وضع کرده و با آنچه بندگان خدا برای خود وضع می‌کنند، رابطه عینی وجود داشته باشد. ماهیت و شکل این رابطه به تأمل نیاز دارد و نظریاتی در این باب عرضه شده که به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

#### ۱-۲- نسبت میان شریعت و قانون

سه الگوی نظری پیرامون نسبت میان شریعت و قانون قابل تصور است:

##### ۱-۱-۲- کفایت فقه از قانون

برخی قانون‌گذاری را مختص به ذات اقدس الهی دانسته‌اند و حتی برای پیغمبران (ع) هم چنین حقی را ولو به نیابت از طرف حق تعالی قائل نشده‌اند و همه‌ی سنن انبیاء را اقدامی در جهت اجرای قانون الهی دانسته‌اند. بر اساس این رویکرد سنن پیامبران و بالتبع همه قوانینی که از ناحیه اولی الامر وضع می‌شوند به مثابه آیین‌نامه‌ها و مصوبات اجرایی است. اگرچه تشبیه سنن به قواعد عادی و تشبیه قانون وحی به قانون اساسی قابل قبول‌تر است. (جنتی، ۱۳۶۷، ص ۷۲) بنابراین ما در کنار فقه، نمی‌توانیم قانون داشته باشیم و فقه ما را از دانش حقوق بی‌نیاز می‌کند. دلایل مهم رویکرد سلبی به قانون‌گذاری بشر عبارت است از:

۱. قانون اسلامی ناشی از وحی الهی است. قرآن و سنت به‌عنوان مستندات اصلی قوانین اسلامی است. بنابراین قانون‌گذار فقط فرستنده و آورنده وحی است که خداوند و رسولش



می‌باشد. غیر از شارع، کسی حق قانون‌گذاری ندارد، زیرا قانون‌گذاری غیر شارع (بشر) تشریح محرم و بدعت ناروا است. (نائینی، ۱۳۶۱، ص ۱۰۶)

۲. قانون موضوعه بشری غیرضروری است، زیرا فقه اسلامی قانون کامل است. با موجودیت این قانون کامل دیگر نیاز و ضرورتی به قانون‌گذاری بشر وجود ندارد. قانون‌گذاری بشر به معنای قبول نقصان در نظام قانونی اسلام است که با اصل جامعیت شریعت و کامل بودن اسلام مغایرت دارد. (زرگری نژاد، ۱۳۷۴، ص ۲۸۵-۲۸۳)

۳. آنچه از جمع‌بندی دو نکته‌ی فوق استنتاج می‌شود، آن است که از دیدگاه اسلام در دوران غیبت معصوم، نیازی به مجلس قانون‌گذاری وجود ندارد و مجالس مرسوم به قانون‌گذاری واجد صلاحیت قانون‌گذاری نمی‌باشند. بنابراین وضع قانون در حیطة اختیار خداوند است و فقهای عادل باید مصادیق قانون را تشخیص داده و وظیفه نمایندگان مجلس فقط برنامه‌ریزی جهت اجرای قوانین است. (سبحانی، ۱۳۷۰، ص ۳۰۱)

۴. ممکن نبودن جمع بین شرع و قانون عرفی. احکام اسلامی دارای ماهیتی ثابت و ماندگار است، اما قوانین موضوعه بشری متغیر است. بنابراین نمی‌توان احکام اسلامی را به اقتضای زمان دمساز نمود.

## ۲-۱-۲- اصالت فقه در برابر قانون (ابتنای قانون به فقه)

دیدگاه دوم، قانونی‌سازی فقه است. بر این اساس فقه اصالت دارد، ولی سزاوار است که به جامعه قانون درآید. این دیدگاه تفوق فقه را بر قانون، به دلایل مختلف می‌پذیرد و از دیدگاه فقهی به قانون نگرسته و شرط اصلی قانون‌گذاری را تطابق آن با شریعت و برآمدن آن از فقه می‌داند. بر این مبنا، اگر فقه مجموعه‌ی قوانین شرعی است که برای تنظیم حیات اجتماعی بشر فرستاده شده است، نفس موجودیت دستگاه فقهی پاسخ امکانی بودن قانون‌گذاری اسلامی است. (سجادی، ۱۳۹۲، ص ۶۳) چراکه قلمرو فقه بسیار گسترده و پردامنه است. از مؤلفه‌های این نظر، که فقه را برتر از قانون می‌داند، تأکید بر «ظرفیت‌های بالفعل و بالقوه‌ی فقه موجود در عرصه قانون‌گذاری (با تأکید بر فقه رایج امامیه)» است.

(علی‌دوست، ۱۳۹۲، ص ۱۰۲) از سوی دیگر، شریعت و فقه از لحاظ این‌که از منبعی مافوق انسانی سرچشمه می‌گیرد، متأثر از منافع و هوا و هوس انسان‌ها نبوده و علاوه بر آن به دو بُعد مادی و معنوی بشر و سعادت دنیوی و اخروی او توجه کامل دارد. بنابراین تنها قانون بی‌عیب و نقص محسوب می‌شود و اعتبار قانون‌های بشری در گروهی موافقت و تطبیق با آن است. (جوادی آملی، ۱۳۷۸، ص ۲۹۵-۲۹۶) اما فقه، برای حضور در دنیای جدید و جاری و ساری شدن، بیش از همه نیاز به قانون دارد. یکی از موارد مهمی که قانون بر مبنای فقه نوشته شد، قانون مدنی ایران بود. این را باید در نظر داشت که بخش عمده حقوق ایران، به‌ویژه حقوق مدنی، چهره‌تکامل‌یافته و مدون فقه امامیه است که بر مبنای تحقیق فقیهان در طول قرن‌ها تدوین شده است. (قربان‌نیا، ۱۳۹۲، ص ۶۲) دیدگاه اخیری که از نسبت میان فقه و قانون مطرح شد، خود به دو نگاه متفاوت از نیازمندی فقه به قانون تقسیم می‌شود که خاستگاه آن به موضوع معضل دولت مدرن بازمی‌گردد. همان‌گونه که گفته شد برخی متفکرین، لزوم جعل قانون را اساساً با توجه به جامعیت دین نفی می‌کنند. از این‌رو، تدوین هر قانونی برای مسلمانان را لامحاله، بدعت و مقابله با شرع به شمار می‌آورند و التزام به چنین قانونی را نیز بدون حجت شرعی و ملزم شرعی بدعت دیگری محسوب می‌کنند. اما قائلین به دیدگاه دوم، معتقدند علاوه بر آن‌که فقه باید اصل و اساس قانون‌گذاری قرار بگیرد، دولت مدرن احتیاج به قوانینی دارد که فراتر از قوانین شریعت است. آنجایی که نص شرعی نیست ولی دولت به اقتضای شرایط و موضوعات دنیای جدید نیاز به قانون دارد. بنابراین این سؤال مطرح گردید که در این موضوعات چه باید کرد؟

#### ۱-۲-۱-۲- قانونین به اصالة‌الاباحه و حوزه رخص

بر اساس این نظریه، انسان دارای دو دسته نیازهای ثابت و متغیر است و احکام مربوط به زندگی فردی و اجتماعی به همین منوال به دو دسته ثابت و متغیر تقسیم می‌شوند. حوزه ثابت‌ها، تنها اموری را در برمی‌گیرد که تحت ضابطه خاص و میزان مخصوص قرار دارند و

نصوص دینی نیز این معیارها را طرح کرده‌اند و از این رو قلمرو نصوص دینی است و با گذشت زمان، تغییر و تبدلی در آن‌ها صورت نمی‌پذیرد و پذیرش آن‌ها نیز تقلیدی بوده و مشورت پذیر نیست. حوزه متغیرها فاقد چنین مشخصه‌ای است و بنابراین، نصوص دینی به آن نپرداخته، بلکه تصمیم‌گیری درباره آن را به عقل بشری و انهاد و تابع مصالح و مقتضیات زمان و مکان است. از این رو، همین‌که با شرع مغایرت نداشته باشد، کفایت می‌کند. که این امر با نظارت فقها محقق خواهد شد. علامه نائینی از قائلین به این نظر می‌باشند. قلمرو ترخیص و به عبارت دیگر «مالانص فیه» سازوکاری 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 شوند، لازم است که با شریعت منطبق باشند و در صورتی که به قلمرو ترخیص مربوط شوند، تنها منوط به عدم مخالفت با شرعیات است و این امر از طریق نظارت فقها میسر می‌گردد. (میرموسوی، ۱۳۸۴، ص ۳۰۱) بدین ترتیب هیچ دلیلی نداریم که همیشه حکم داشته باشیم و جایی که شریعت وجود ندارد، حوزه‌ی مباح بالاصل است و پر کردن آن بر عهده‌ی شهروند است و بر این اساس، حوزه‌ی رخص را مطرح کرده‌اند. در این نگاه، قانون‌گذاری به رضایت و توافق فرد برمی‌گردد. بنابراین، قوانین دولت اسلامی را در دوره‌ی غیبت دو گونه تقسیم می‌کند: الف) قوانین شرعی؛ ب) قوانین نوعی که برخاسته از نیازهای نوعی مردم است که شرعی نمی‌باشند و اگر شرعی باشند از باب اوفوا بالعقود است و اعتبارش به رضایت شهروند و مخالف احکام و شریعت دین نبودن است (فیرحی، ۱۳۸۸) افراد در حوزه‌ی رخص، اختیار خود را دارند که می‌توانند حتی در قانون‌گذاری، قرارداد داشته باشند. البته به شرط این‌که مخالف شرع نباشد، مثلاً شراب را حلال نکنند.

#### ۲-۲-۱-۲-۲-۲ قائلین به نظریه منطقه الفراغ

یکی از مباحثی که موجب برتری دادن فقه بر قانون می‌شود، مسئله ولایت داشتن فقها است. مباحثی که حول ولایت فقیه شکل می‌گیرد، که بسیاری از آن‌ها ارتباطی به بحث

قانون‌گذاری ندارند، اما بنیان موضوع ولایت فقیه بر این است که فقها دست بالا در قانون‌گذاری دارند و نظرات، احکام و فتاوی آن‌ها موجب ایجاد قانون می‌شود و مبنای آن است. این مسئله، به‌خصوص در مواردی که حکمی درباره آن‌ها وجود ندارد صدق می‌کند. بعضی از فقها برای اثبات صلاحیت فقیه برای قانون‌گذاری در موارد خالی از نص، به هنگام نیاز، دلیل شرعی و اعتقادی اقامه کرده‌اند و از جمله به آیهی شریفه‌ی زیر تمسک جسته‌اند: «یا ایها الذین امنوا اطیعوا الله واطیعوا الرسول و اولی الامر منکم» (نساء/۵۹) هم‌چنین گفته‌اند: اگر این مبنا را بپذیریم که فقیه، ولایت عامه بر امت و اجتماع دارد، اطاعت فقیه از آنجاکه ولیّ امر است، واجب می‌باشد؛ پس چنان چه حکمی یا قانونی در موضوعات خالی از نص بیان کرد، مثلاً فتوایی داد یا حکمی صادر کرد که به‌موجب آن، امر مباحی را واجب یا حرام دانست، اطاعتش در آن فتوا و حکم، واجب است. (شمس‌الدین، ۱۳۷۸، ص ۵۵) این حوزه از شریعت که خالی از نص می‌باشد به «منطقه الفراغ» تعبیر شده است. آنچه نظریه منطقه الفراغ را در سال‌های اخیر در جوامع شیعی پر رونق ساخت، طرح آن از سوی شهید صدر بود. ایشان از این نظریه با نام «منطقه فراغ» یاد می‌کند (اسماعیلی، ۱۳۹۱، ص ۴۲) آیت‌الله صدر در مسئله‌ی منطقه الفراغ معتقد است شارع مقدس این حیظه را برای حاکم اسلامی خالی از حکم الزامی قرار داده است تا او بتواند بر اساس مقتضیات ظروف زمانه، حکم الزامی به فعل یا ترک صادر کند (صدر، ۱۴۰۸ق، ص ۷۲۲) صدر در توضیح منطقه الفراغ بیان می‌کند: دستورات اسلام بر دو نوع است: دسته اول، ثابت و غیرقابل تغییر و دسته دوم، احکامی که در دین اسلام ترسیم آن بر عهده حکومت و حاکم قرار داده شده است و متوقف بر مقتضیات زمان است (صدر، ۱۴۲۴م، ص ۴۴۳). شهید صدر در رساله «لمحة فقهیه تمهیدیة عن مشروع الدستور الجمهوریة الاسلامیة فی ایران» ابتدای یک حکومت بر قوانین اسلامی را نگارش قانون اساسی بر اساس تعالیم اسلام دانسته و معتقدند سایر قوانین هم باید ضمن تطبیق با قانون اساسی بدین صورت وضع شوند: اولاً احکام شرعی مسلّم و اجماعی بخش ثابت قانون اساسی را

تشکیل می‌دهد، چه در متن قانون اساسی به صراحت ذکر شود و چه نشود. حتی در مورد احکامی که مورد اختلاف است تمام آرای اجتهادی معتبر است و مجلس می‌تواند رأی هر یک از فقها را مبنای قانون‌گذاری قرار دهد و نظری که بیشتر منافع عموم مردم را تأمین می‌کند، به عنوان قانون به تصویب برساند. دقت شود که در این مرحله، مجلس قانون‌گذاری نمی‌کند، بلکه تنها از میان فتاوی‌ای موجود یک فتوا را به منزله قانون الزام‌آور می‌کند. بر مبنای این نظر چنانچه مجلس نمایندگان، فتوای غیر مشهور را به عنوان قانون به تصویب برساند، مقام ناظر تقنین، حق رد آن را به استناد خلاف شرع بودن ندارد. شهید صدر در ادامه بیان می‌کند: «قوة مقننه می‌تواند در مواردی که شریعت حکم الزام‌آوری مبنی بر وجوب یا حرمت نداشته باشد هر قانونی را که به مصلحت مردم است، وضع کند». (صدر، ۱۴۱۷ق، ص ۱۷-۱۸) بدین ترتیب صدر، مشروعیت قانون و قانون‌گذاری بشری یا به بیان دیگر، وضع قانون از طریق توافق همگانی را بدون پشتوانه وجه شرعی در حوزه عمومی به رسمیت نشناخته و ناگزیر مشروعیت قانون را به واسطه ولایت شرعی اولی الامر و حاکم شرعی مستند می‌کند. در حالی که در گفتمان تجدد، مجاری چون انتخابات و توافق همگانی مدنظر قرار می‌گیرد. به همین جهت، تنها عامل پیوند احکام ثابت شریعت و احکام متغیر، ولایت حاکم شرعی در عصر غیبت است. احکام متغیری که به اقتضای زمان و مکان و نیز در زمینه‌های فرهنگی گوناگون دیگر ثابت نمی‌باشند. بنابراین تنها ولی امر می‌تواند در چارچوب شریعت در حیطه منطقه الفراغ قانون‌گذاری کند. (خراسانی، ۱۳۹۵، ص ۸۳)

### ۳-۲-۱-۲- دیدگاه قائل به اصل مصلحت

همان‌گونه که مطرح شد، دیدگاه اصالت فقه در برابر قانون، امکان قانون‌گذاری بشری را در حوزه‌ای که نص شرعی وجود ندارد ممکن می‌داند (البته در صورتی که قانون مزبور خلاف شریعت نباشد). با تأسیس جمهوری اسلامی، در عمل و در اداره حکومت، مسائلی بروز گردید که چالش میان شریعت و قانون را در وجهی عمیق‌تر آشکار ساخت. این بار دیگر سؤال از امکان تقنین بشری مطرح نبود، زیرا جمهوری اسلامی که بر اساس آراء امام

خمینی (ره) بنیاد گردیده، نقش مردم را در قانون‌گذاری پذیرفته بود. اما در مرحله‌ای، پاره-ای از قوانین که از نظر کارشناسان برای حل مشکلات کشور ضروری قلمداد می‌شد، با احکام فقهی موجود ناسازگار بود و از نظر برخی فقها (از جمله فقهای شورای نگهبان) خلاف شریعت به شمار می‌رفت؛ مانند قانون اصلاحات ارضی، قانون کار و برخی اقدامات دولت که حقوق فردی افراد را محدود می‌ساخت. در اینجا بود که این سؤال مطرح گردید که اگر مصالح اجتماعی موجب شد اجرای قانون ضروری باشد و آن قانون نیز با احکام شرعی موجود ناسازگار باشد چه باید کرد؟ امام خمینی در پاسخ اعلام داشتند حکومت اسلامی دارای اختیارات کامل (مطلقه) برای پیشبرد «مصالح نظام اسلامی» است و در صورتی که «مصلحت نظام» ایجاب کند، می‌تواند فراتر از احکام فرعی شریعت عمل نماید. (فوزی، ۱۳۹۴، ص ۱۵۴)

### ۳-۱-۲- اصالت قانون در برابر فقه

ریشه این دیدگاه را می‌توان در آثار بسیاری از فلاسفه مغرب زمین از قرن هفده به بعد مشاهده کرد که در اثر تجربه تلخ حکومت کلیسایی قرون وسطی به تئوری جدایی دین و سیاست متوسل شده بودند. دیدگاه معتقد به اصالت قانون در برابر فقه و صلاحیت بشری در قانون‌گذاری، مبتنی بر تئوری جدایی دین از سیاست است. بعدها در جهان اسلام، روشنفکران دینی نیز متأثر از این دیدگاه، فقه را دانشی بشری دانسته که حداکثر تنها می‌تواند یکی از منابع قانون باشد. بنابراین، وقتی از قانون سخن می‌گوییم، می‌توانیم بگوییم که علم فقه هم یکی از منابع قانون است و قانون‌گذار در کنار منابع دیگر، از فقه نیز استفاده می‌کند تا قانونی را بنویسد. (محمودی، ۱۳۹۴، ص ۳۶)

### ۳- حکومت قانون؛ ماهیت دولت قانون‌مدار

حاکمیت قانون را با حداقل مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده‌ی آن، به معنای تبعیت تمامی آحاد جامعه به‌خصوص مسئولین و زمامداران از قانون تعریف کرده‌اند. بدین ترتیب در یک جامعه‌ی قانون‌مدار، تمام اعمال حکومتی در چارچوب قانون قرار گرفته و مسئولیت اعمال

زامداران به عهده خود آنان خواهد بود (هاشمی، ۱۳۸۴، ص ۴۳۴) در دولت قانون مدار با استفاده‌ی خودسرانه و مستبدانه از قدرت نیز در عرصه‌های تصمیم‌های حکومتی مقابله می‌شود. «دولت قانونی» توصیف‌کننده‌ی حکومتی بود که قانون بر روابط شهروندان حاکم بود، اما در حکومت قانون یا دولت «قانون‌مدار»، حاکمیت قانون به خود دولت نیز تسری یافت. (اسدی و دیگران، ۱۳۹۱، ص ۸)

### ۳-۱- برداشت‌ها از حاکمیت قانون

حاکمیت قانون را به صورت کلی می‌توان در قالب دو برداشت عمده‌ی شکلی و ماهوی موردبررسی قرار داد:

#### ۳-۱-۱- برداشت شکلی حاکمیت قانون

این نگاه به دولت قانون‌مدار، به دنبال محدود کردن قدرت حاکمان بوده و به لحاظ نظری درصدد تعریف ارزش‌های اخلاقی و ایدئولوژیک حاکم بر جوامع مختلف انسانی نیست. در این برداشت از حاکمیت قانون، اصل بر برقراری نظم و انضباط اجتماعی به‌منظور هرچه بهتر کردن سامان زندگی و امور جوامع بشری است. عملکرد دولت قانون‌مدار در این رویکرد، بیشتر ناظر بر رفتار و اعمال اعضای جامعه می‌باشد. بدین جهت حاکمیت قانون دو مفهوم اساسی می‌یابد: یکی این‌که شیوه حکومت بر مردم باید مبتنی بر قانون باشد و به همین دلیل نیز مردم ملزم به اطاعت از قانون برای برقراری نظم اجتماعی هستند و دیگری این‌که، نحوه‌ی تنظیم قوانین باید به‌گونه‌ای باشد که امکان نظم بخشیدن به اعمال افراد جامعه و راهنمایی آن‌ها را داشته باشد. (زارعی، ۱۳۸۰، ص ۵۳) با توجه به این‌که در این برداشت از حاکمیت قانون، به منشأ و منبع مشروعیت قدرت سیاسی توجه نمی‌شود، بهترین تعریف مشروعیت در این نگاه، قانونی بودن و تطبیق داشتن با ویژگی‌های شکلی حاکمیت قانون است. همچنین در این برداشت از حاکمیت قانون، شیوه و حکم خاصی درباره‌ی چگونگی وضع قانون مطرح نمی‌گردد و آنچه اهمیت دارد این است که تصویب قانون از طریق مرجع ذیصلاح بوده است. (مرکز مالمیری، ۱۳۸۵، ص ۵۸)

### ۲-۱-۳- برداشت ماهوی از حاکمیت قانون

در دیدگاهی که برداشت ماهوی به حاکمیت قانون دارد، ارزش‌های بنیادین اساس قانون‌گذاری است. از منظر حامیان این دیدگاه، حاکمیت قانون فقط برای برقراری نظم در امور مختلف اقتصادی و اجتماعی نبوده است و کارکرد مهم‌تری دارد. در برداشت ماهوی، اگرچه دولت موظف به پایبندی به قوانینی است که به‌وسیله‌ی آن به اداره حکومت می‌پردازد، اما تنها به دولتی می‌توان دولت قانون‌مدار گفت که معیارهای فرا حقوقی را لحاظ کرده و حاکمیت خود را بر مبنای آن اعمال نماید. (مرکز مال‌میری، ۱۳۸۵، ص ۶۲) زمانی عدالت محقق شده و حقوق شهروندی محفوظ خواهد بود که قانون موضوعه مصوبه نهادهای حکومتی مبتنی بر معیارهایی چون اخلاق و عدالت باشد.

### ۴- دولت اسلامی و قانون‌مداری

در دولت اسلامی، شریعت محور اصلی در امر قانون‌گذاری تلقی می‌شود، اما این مسئله به معنای انکار قانون‌گذاری بشری نیست. درکی مبتنی بر اجتهاد پویا از قوانین الهی بر اساس مقتضیات زمان در کنار پذیرش نقش مؤثر مردم در اداره امور جامعه از اصلی‌ترین مؤلفه‌های دولت اسلامی است. این مهم هم فرصت‌هایی را در شکل‌گیری دولت قانون‌مدار ایجاد کرده و هم با چالش‌هایی روبرو است که در ادامه به برخی از آن‌ها اشاره خواهیم کرد.

### ۴-۱- فرصت‌ها در برقراری حاکمیت قانون در دولت اسلامی

همان‌گونه که بیان گردید، در برداشت ماهوی از دولت قانون‌مدار، لزوم تأمین اهداف متعالی نظیر: زمینه‌های مناسب برای ترویج آزادی‌های عمومی، برابری، حقوق شهروندی، عدالت‌مداری و... توسط قانون و دولت‌مردان مطرح هست. منابع دینی و ظرفیت‌های فقهی ما از جمله گنجینه‌هایی است که در صورت فهم و به‌کارگیری درست، همانند فرصتی پیشروی ما در برقراری دولت قانون‌مدار است. نگرش عمیق در آیات قرآنی، نشان از تأکیدهای مکرر این کتاب مبین، بر لزوم برقراری مفاهیمی از قبیل عدالت و برابری در میان



شعوب و قبایل بوده است. خداوند در قرآن کریم پیامبر را مأمور به برپایی عدل و استقامت در این راه معرفی نموده است: «فَلِذَلِكَ فَادِّعْ وَاسْتَقِمْ كَمَا أُمِرْتَ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَقُلْ آمَنْتُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ وَأُمِرْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمْ» (شوری / ۱۵) در آیه‌ای دیگر، خطاب به مؤمنان، آنان را فرمان می‌دهد که گواهان به عدل باشند و حتی در برخورد با دشمنان جانب عدل را رعایت کنند: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ» (مائده / ۸)

بنابراین همچنان که در جوامع پیچیده‌ی امروزی، اجرای عدالت به صورت گسترده و فراگیر در گرو تن دادن همه‌ی طبقه‌ها به قانون می‌باشد، روشن می‌گردد که دعوت گسترده‌ی قرآن به قسط و عدل، به معنای دعوت به قانون و قانون‌مداری تلقی می‌گردد. (نوری، ۱۳۸۳، ص ۲۹)

در برداشت شکلی از دولت قانون‌مدار نیز تبعیت از قانون موضوعه، تضمین اصل قانونیت و اعمال قدرت عمومی تنها از طریق قانون مهم‌ترین اصول محسوب می‌شدند و طبق این برداشت از حاکمیت قانون، قوانین اعتبار خویش را از حکومت شوندگان اخذ نموده و تک‌تک قضات، مقامات دولتی و همچنین شهروندان باید از قوانینی که توسط مردم از طریق نمایندگانشان تصویب می‌شود پیروی کنند. (غفاری، ۱۳۹۰، ص ۳۶۰) در این رابطه، متون دینی و به‌طور خاص فقه، به شکل مستقیم به مفاهیم مدرنی همچون قانون و یا دموکراسی نپرداخته‌اند و نمی‌توان چنین مفاهیمی را به شکل مستقیم از متون دینی استخراج کرد. دین آن‌گونه که به مفاهیم شورا، بیعت و ولایت به شکل مستقیم پرداخته، از پدیده‌هایی چون قانون و پارلمان سخن نگفته است. (حقیقت، ۱۳۹۴، ص ۵۴) ولی منابع فقهی کلامی می‌تواند با آن‌ها نوعی سازگاری برقرار کند. در فقه سیاسی، طیفی از دیدگاه‌ها و نظریات مختلف در خصوص شکل و ماهیت نظام سیاسی و دولت وجود دارد که شاخص‌های حکومت قانون در برداشت شکلی و مردم‌سالارانه و دموکراتیک آن را دربر داشته باشد. کما این‌که در اندیشه‌ی رهبران انقلاب اسلامی نیز چنین مؤلفه‌هایی

قابل‌استخراج است. آنجا که امام خمینی (ره) نیز حق حاکمیت ملت را برای تعیین سرنوشت خویش به رسمیت می‌شناسد و در نظریه خود می‌کوشد تا با برقراری ارتباط میان اسلام و دموکراسی به جمهوری اسلامی برسد. از منظر ایشان «باید اختیار دست مردم باشد. این یک مسئله عقلی است. هر عاقلی این مطلب را قبول دارد که مقدرات هرکسی باید دست خودش باشد». (امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۳۶۷). دریانی دیگر می‌فرماید: «ما بنای بر این نداریم که یک تحمیلی به ملتمان بکنیم و اسلام به ما اجازه نداده است که دیکتاتوری بکنیم. ما تابع آرای ملت هستیم. ملت ما هر طور رأی داد، ما هم از آن‌ها تبعیت می‌کنیم...» (امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۱، ص ۳۴) تأکید بر نقش مردم و قانون‌مداری در بیانات مقام معظم رهبری را نیز به‌وضوح می‌توان دید: «جمهوری اسلامی نظام پارلمانی را که یکی از اشکال مردم‌سالاری است و شکل خوبی هم هست، قبول کرده و پذیرفته است... قانون یعنی چه؟ قانون یعنی سرنوشت یک کشور؛ قانون یعنی سرنوشت انسان‌ها در یک جامعه. چون همه متبع هستند و مجبورند از قانون تبعیت کنند. دولت هم باید از قانون تبعیت کند؛ رهبر هم باید از قانون تبعیت کند. بعضی‌ها خیال می‌کنند که این «ولایت مطلقه‌ی فقیه» که در قانون اساسی آمده، معنایش این است که رهبری مطلق‌العنان است و هر کار که دلش بخواهد، می‌تواند بکند! معنای ولایت مطلقه این نیست. رهبری بایستی موبه‌مو قوانین را اجرا کند و به آن‌ها احترام بگذارد...»<sup>۱</sup>

دین اسلام اصولی بر آن حاکم است که بر پایه‌ی آن‌ها می‌توان اصل حاکمیت قانون را چه به لحاظ شکلی و چه ماهوی اعمال نمود. برخی اصول حاکم بر فقه همچون قاعده لاضرر - بنا بر یک نظر قوی، این قاعده مقتضی آن است که انسان از سوی انسان‌های دیگر و نیز از سوی دولت مورد تهدید و اضرار نباشد - (قربان‌نیا، ۱۳۹۲، ص ۶۴)، قاعده تسلیط به‌عنوان مبنایی برای تعیین حق سرنوشت، پذیرش بنای عقلا و عرف در تعیین مصادیق حکم شرعی، استفاده از اصول عملیه‌ی ای چون اصل برائت، احتیاط، تخییر و

<sup>۱</sup>بیانات مقام معظم رهبری در دیدار جمعی از دانشجویان قزوین ۱۳۸۲/۹/۲۶

استصحاب، مصلحت (مطهری، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۳۰) و توجه به ظرف زمان و مکان از جمله ظرفیت‌های دانش اسلامی در برقراری یک دولت قانون‌مدار اسلامی است.

## ۲-۴- چالش‌های برقراری حاکمیت قانون در دولت اسلامی

پس از پیروزی انقلاب اسلامی که اولین مرحله از دست‌یابی به تمدن نوین اسلامی بود، در مرحله دوم برپایی یک نظام اسلامی مورد توجه و متعاقب آن نظام جمهوری اسلامی پا گرفت و قانون اساسی تدوین گردید. اما با همه این تدابیر، نظام در ایجاد دولت اسلامی و قانون‌مدار با چالش‌هایی مواجه گردید. که در ذیل به مواردی اشاره خواهیم کرد:

### ۱-۲-۴- مناقشه در مورد مفهوم حق و حکم

نقش فقه و نظریه‌های فقهی در شکل‌گیری دولت قانون‌مدار اسلامی بسیار حائز اهمیت است، اما در نگاه سنتی و کلاسیک فقهی، اساس بحث، حول عبادات، احکام جزایی و قضایی بود و مواجه‌ای با مسائلی که امروزه مبتلابه جامعه‌ی بشری است نداشت. از جمله این‌ها، مباحثی است که درباره مفهوم حق و حکم و مصادیق و اولویت هریک بر دیگری میان فقیهان مطرح است. مسائل و مناقشاتی از قبیل نسبت حق و تکلیف در اسلام، محوریت حق در نظام‌های دموکراتیک، دگرگونی در معنای حق و حکم، نسبت میان آزادی و اختیار انسان با احکام شریعت و بسیاری مسائل دیگر، همگی مربوط به عصر جدید است که دستگاه فقه باید پاسخ‌های قانع‌کننده‌ای ارائه کند. (خراسانی، ۱۳۹۴، ص ۸۰)

### ۲-۲-۴- ابهام در مفهوم اسلامی بودن قوانین

به‌موجب اصل چهارم قانون اساسی «کلیه‌ی قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد...» چنان‌که بر پایه‌ی اصل هفتاد و دوم قانون اساسی «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...» اما موضوع مناقشه برانگیز در اینجا معنایی است که از موازین اسلامی استنباط می‌شود. از موازین اسلامی، تعاریف متعددی در حقوق اسلامی شده است

و پیرامون همه‌ی جوانب آن اتفاق‌نظر وجود ندارد. در تفسیر اصل یک‌صد و شصت و هفتم قانون اساسی نیز همین اشکال وارد است؛ زیرا منابع و فتاوی معتبر که در این اصل به آن اشاره شده با ابهام مواجه است. درباره‌ی معیار شورای نگهبان در تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات مجلس با موازین اسلامی نیز همچنان اختلاف‌نظر وجود دارد.

### ۳-۲-۴- نامشخص بودن فتوای معیار

تعدد و تکرر مرجعیت و در نتیجه تعدد اجتهاد و آراء فقهی، بنفسه، می‌تواند حُسن محسوب شود؛ اما آنگاه که فقه مرجع نهاد قانون‌گذاری و نیز قضایی قرار می‌گیرد، تشتت آرا می‌تواند موجب دشواری‌ها و معضلاتی شود. به‌عنوان مثال، قاضی در موارد اجمال و سکوت قانون یا تعارض قوانین موظف است به فتاوی معتبر و منابع معتبر اسلامی مراجعه کند، اما در این‌که مراد از فتاوا و منابع معتبر چیست، اختلاف است. از سوی دیگر در فقه ما نسبت به مسائل نوپیدا، حکم شرعی استنباط شده وجود ندارد. قاضی در میان فتاوی متشکلت، به کدامین فتوا مراجعه کند؟ در قانون‌گذاری نیز مشکلاتی پدید می‌آید. با توجه به وجود آرا و فتاوی مختلف فقهی، دولت اسلامی کدام‌یک را به‌صورت قانون درمی‌آورد؟ فتوای مشهور فقها، فتوای ولی‌فقیه، فتوای فقهای تنظیم‌کننده‌ی قانون، فتوای مطابق با احتیاط یا فتوای ساده‌تر یا...؟ در زندگی شخصی، هر فرد فتوای مرجع تقلید خویش را مبنای عمل قرار می‌دهد، اما آنگاه که فتوا صورت قانون پیدا می‌کند، مسئله شکل دیگری می‌یابد. برای مثال، این نظر که کلیه‌ی امور تابع فتوای فقیهی است که در رأس حکومت است، جای تأمل و درنگ دارد؛ زیرا لزوم انتساب همه‌ی قوانین به ولی‌فقیه روشن نیست. به‌علاوه، امکان ندارد که شخص ولی‌فقیه در تک‌تک قوانین اعمال‌نظر کند. از سوی دیگر، این نظر نیز که ملاک، دیدگاه فقهی فقهای است که به تشخیص رهبر در شورای نگهبان بر امر قانون‌گذاری نظارت می‌کنند، محل بحث و گفت‌وگو است. امتیاز آرای این فقها نسبت به آرای دیگران صرفاً از آن‌روست که رسمیت و قانونیت دارد و حکومت اسلامی آن را تأیید می‌کند؛ بنابراین شاید بتوان گفت پذیرش آرای فقیهان دیگر از سوی این افراد نیز می‌تواند محمل شرعی و قانونی پیدا کند.

#### ۴-۲-۴- مسائل مستحدثه

امروزه موضوعاتی چون محیط‌زیست، منابع و معادن زیرزمینی، آموزش و پرورش و برنامه‌ریزی به منظور کنترل جمعیت، نیازمند توجه بیشتر در امر قانون‌گذاری است. درحالی‌که در دوران گذشته به ندرت نیاز به تصمیم‌گیری دولت داشت؛ از این رو نمی‌توان در فقه، این‌گونه مواد را نادیده گرفت. در هر صورت، بحث در مورد حیظه‌ی نفوذ و قلمرو قانون‌گذاری و همچنین احکام مرتبط با حکومت و به بیان دیگر «فقه الحکومه» می‌تواند ابعاد جدیدی از مباحث فقهی را مطرح کرده، نوع نگرش به رفتارها و افعال مکلفین را تغییر دهد. قانون در مقام تنظیم روابط موجود در هر جامعه و بر اساس نیازهای هر دوران به وجود می‌آید. بر این اساس، فقه برای حضور در عرصه‌ی قانون و قانون‌گذاری باید از ظرفیت لازم برخوردار باشد. تولید قواعد فقهی مورد نیاز قانون، اولین و اساسی‌ترین کارکرد فقه در این مرحله است. آنچه در فقه ما تحت عناوین معاملات، جزائیات، مرافعات و احکام آمده است، تنها بخشی از نیازهای یک جامعه را در حوزه‌ی قانون مرتفع می‌کند. اگرچه در کتب فقهی ما بسیاری از مباحث با دقت فوق‌العاده بحث و بررسی شده است، ولی به نظر می‌رسد که این مقدار کافی نیست. گسترش انواع روابط اقتصادی و نهادها و تأسیسات جدید، اقدامات اساسی‌تری را ایجاب می‌کند. مناسبات بانکداری جدید، انواع شرکت‌ها، مسأله سهام، اوراق قرضه و انواع شخصیت‌های حقوقی و نیز در حوزه حقوق اساسی، مسائلی از قبیل حقوق مردم در نظام اسلامی، پارلمان، قوای سه‌گانه و شوراهای نظام قضایی، آیین دادرسی جدید، به‌ویژه در مسائل ماهوی، نظیر ادله‌ی اثبات دعوی، مرور زمان، تجدیدنظر، وحدت رویه و... مسائلی است که نمی‌توان پذیرفت که مورد توجه فقیهان نباشد.

#### ۴-۲-۵- احکام حکومتی

یکی از سؤالاتی که همواره در خصوص استقرار یک دولت قانون‌مدار پس از تأسیس نظام جمهوری اسلامی مطرح گردید این است که احکام حکومتی چه نسبتی با قانون دارد؟ آیا

احکام حکومتی بعد از تأسیس جمهوری اسلامی و تدوین قانون اساسی، باید از مسیر قانون اساسی بگذرد و نباید حکمی فراتر از قانون اساسی به‌عنوان حکم ولایی صادر بشود و اگر بگوییم می‌تواند صادر شود، پس تکلیف قانون اساسی و نقشی که برای ولی‌فقیه در قانون اساسی به رسمیت شناخته‌شده و چارچوبی که برای اختیارات او در نظر گرفته‌شده است، چه می‌شود؟ جایگاه قواعد اخلاقی و درونی، امری بدیهی است، اما مراد آموزگاران دولت قانون‌مدار، تحدید قدرت با موازین عینی حقوق وضعی است. تحدید حیطه اقتدار نهادها و مقام‌های حکومتی با قواعد وجدانی، اخلاقی، فلسفی، فقهی و... نمی‌تواند ردای قانون‌مداری را بر پیکر حکومت موردنظر بپوشاند. بنابراین تفکیک مفاهیمی چون دولت اخلاق‌مدار یا دولت شریعت‌مدار، از مفهوم روشن و متعین دولت قانون‌مدار کاملاً ضروری است. ناگفته نماند، اخلاق و قانون می‌توانند به‌عنوان دو محور بنیادین مدیریت اجتماعی به کار روند. اخلاق، قانون درونی، وجدانی و اقناع‌محور است، اما قانون، قاعده‌های برونی و الزام‌محور است. بدین خاطر، قانون و اخلاق یا به تعبیر دیگر دولت قانون‌مدار و دولت اخلاق‌مدار می‌توانند به تکمیل یکدیگر بپردازند (گرجی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۸) تأکید بر این‌که موضوع حکم حکومتی در شرایط خاص و مضیق‌های قانونی است و به معنای مطلق‌العنان بودن رهبری نیست، در سخنان مقام معظم رهبری نیز آمده است: «بعضی‌ها خیال می‌کنند که این «ولایت مطلقه‌ی فقیه» که در قانون اساسی آمده، معنایش این است که رهبری مطلق‌العنان است و هر کار که دلش بخواهد، می‌تواند بکند! معنای ولایت مطلقه این نیست. رهبری بایستی موبه‌مو قوانین را اجرا کند و به آن‌ها احترام بگذارد. منتها... قانون اساسی راه چاره‌ای را باز کرده و گفته آنجایی که مسئولان امور در اجرای فلان قانون مالیاتی یا سیاست خارجی، بازرگانی، صنعتی و دانشگاهی دچار مضیق می‌شوند و هیچ کار نمی‌توانند بکنند - مجلس هم این‌طور نیست که امروز شما چیزی را ببرید و فردا تصویب کنند و به شما جواب دهند - رهبری مرجع است.»<sup>۱</sup>

<sup>۱</sup>بیانات در دیدار جمعی از دانشجویان قزوین ۱۳۸۲/۹/۲۶

## نتیجه‌گیری

در این پژوهش ذیل مبحث فرصت‌ها و چالش‌ها با تکیه بر دیدگاه‌های نظری پیرامون نسبت میان شریعت و قانون نشان دادیم که برای تحقق سومین مرحله از الگوی تمدن نوین اسلامی که تشکیل دولتی اسلامی با ویژگی قانون‌مداری است باید همپای دگرگونی‌های اجتماعی در قوانین و نهادها و نظام‌های اجتماعی، تغییرات متناسب را در چارچوب قواعد اساسی ایجاد نمود. این ظرفیت در فقه پویای امامیه وجود دارد که نه تنها مانعی بر سر راه تحول و توسعه‌ی نظام حقوقی ایجاد نکند، بلکه تأمل دوباره در پاره‌ای از ابواب و مسائل فقهی، نگاهی عمیق‌تر به ادله و اسناد کشف و استنباط احکام شرعی، توجه جدی‌تر به عناصر عقل، مصلحت و عدالت و نیز اصول راهنما و مقاصد شریعت و همچنین اهتمام به مقوله‌ی پراهمیت ثبات و تغییر احکام و تأثیر تبدیل و دگرگونی زمان، مکان و شرایط و احوال اجتماعی بر تغییر احکام، می‌تواند امکان شکل‌گیری دولت قانون‌مدار اسلامی را فراهم سازد. اما در این بین چالش‌هایی نیز بر سر راه تشکیل دولت قانون‌مدار اسلامی وجود دارد که از آن جمله به مسائلی همچون ابهام در مفهوم اسلامی بودن قوانین، نامشخص بودن فتوای معیار، مناقشه پیرامون دو مفهوم حق و حکم در امر قانون‌گذاری، مسائل مستحدثه و احکام حکومتی اشاره نمودیم. پرداختن به راه‌کارهایی در مواجهه با این چالش‌ها، خود می‌تواند به‌عنوان موضوعی مستقل برای بررسی در پژوهشی دیگر باشد. در خاتمه و به‌عنوان جمع‌بندی از بحث فرصت‌ها و چالش‌ها در تثبیت حاکمیت قانون در دولت اسلامی، به راه‌کارهایی در حل چالش‌های مذکور به‌صورت مختصر اشاره می‌شود. رویکرد صحیح و متناسب با الزامات تأسیس یک دولت اسلامی قانون‌مدار و عبور از این مشکلات، رعایت این نکته است که در نظام حکومتی باید قانون فصل الخطاب باشد، نه

فتوا و حکم؛ البته روشن است که مراد، قانونی است که مخالف موازین اسلامی نباشد؛ اما فتوا و حکم تا از مسیر قانون عبور نکرده و حکم تا لباس قانون به تن نکرده باشد الزامی نخواهد بود. از الزامات حکومت این است که لباس قانون بر تن فتوا و حکم کند و اگر فتوا یا حکم تغییر کرد، تا زمانی که فتوای جدید از مجرا و مسیر قانونی که در ساختار حکومت تعیین‌شده، رسمیت پیدا نکرده، باید همان قانون قبلی به قوت خود باقی بماند. محکم‌ترین دلیل این مسئله، وجوب حفظ نظام اجتماعی یا حرمت اختلال در نظام اجتماعی است. تشکیل «شورای فقهی» و برچیدن افتاء فردی راه‌کار دیگری است که استاد مطهری نیم‌قرن پیش، پس از رحلت آیت‌الله بروجردی طرح کردند. ایشان در سخنرانی خویش با عنوان «اجتهاد در اسلام» هم‌فکری و همکاری بین دانشمندان طراز اول و صاحب‌نظران هر رشته را عامل مهمی برای ترقی و پیشرفت دانسته و تصریح می‌کند در دنیای امروز دیگر فکر و عمل فردی ارزش ندارد و از تکیه روی کاری ساخته نیست. مطهری لزوم مشاوره‌ی علمی و تبادل‌نظر را بی‌نیاز از استدلال می‌بیند، اما درعین حال به آیه‌ی شریفه‌ی «و امرهم شوری بینهم و روایتی از حضرت امیر (علیه‌السلام) استناد می‌کند تا نشان دهد تبادل فکر و اندیشه، امری دینی است. ایشان به‌حق بر این باور است که اگر شورای فقهی در اجتهاد ایجاد شود، بسیاری از اختلاف فتواها از بین خواهد رفت، اکنون سخن در افتاء شورایی نیست؛ چه ممکن است نسبت به اعتبار و جاهت آن تردید شود. بحث در لزوم وجود شورا و مجمعی است که فقیهان دارای رتبه‌ی افتاء به بحث و گفت‌وگو با یکدیگر پرداخته، همدیگر را در فهم دقیق‌تر موضوع یاری دهند و استدلال‌های فقهی یکدیگر را بشنوند و در نتیجه، هریک مستقلاً حکم شرعی را فهم و استنباط کنند. فهم موضوعاتی که به زندگی فردی انسان‌ها مرتبط است، آسان‌تر است؛ اما فهم موضوعات اجتماعی که در زمان‌های مختلف، متغیر و دگرگون می‌شود، همواره آسان نیست، بی‌گمان تبادل‌نظر فقیهان و گفت‌وگو و بحث فقهی میان آن‌ها، ضریب خطا در فهم موضوع و نیز کشف و استنباط حکم شرعی را به‌شدت کاهش می‌دهد و اعتبار و اعتماد به آن را نزد



مقلدان افزایش می‌دهد. تعدد و تکثر مرجعیت و در نتیجه تعدد اجتهاد و آراء فقهی، بنفسه، می‌تواند حُسن محسوب شود؛ اما آنگاه که فقه مرجع نهاد قانون‌گذاری و نیز قضایی قرار می‌گیرد، تشتت آرا می‌تواند موجب دشواری‌ها و معضلاتی شود. توجه به گسترش فقه حکومتی که توسط امام خمینی (ره) تأسیس گردید، تحدید افتاء و مرجعیت به مسائل فردی و حاکمیت قانون به مسائل اجتماعی، فصل الخطاب بودن «قانون» منطبق بر فتوای معیار، نه «فتوا» و نه «حکم» و الزامی نمودن «قانون» به جای «فتوا» و «حکم» از دیگر راه کارهایی است که می‌تواند در استقرار حاکمیت قانون در دولت اسلامی اثرگذار باشد.

## کتابنامه

- اسدی، حمید، محمدجواد جاویدی و محمدحسین دری کفرانی (۱۳۹۱)، «پژوهشی پیرامون نسبت سنجی حاکمیت قانون در قاموس قانون اساسی و نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، پاییز و زمستان، شماره دوم، (پیاپی ۳۶)، صص ۲۶-۵.
- اسماعیلی، محسن (۱۳۹۱)، *دین و قانون: بررسی کارکرد و نقش دین در حوزه قانون و قانون‌گذاری*، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
- بهرامی‌مقدم، سجاد و مهدیه حیدری (۱۳۹۹)، «چالش‌های فراروی تمدن اسلامی در رویارویی با نظام وستفالیایی غربی»، *دوفصلنامه علمی مطالعات بنیادین تمدن نوین اسلامی*، دوره ۳، شماره ۱ - شماره ۱ پیاپی ۵، بهار و تابستان، صص ۸۷-۱۲۲.
- بیگدلی، عطاءالله (۱۳۹۴)، *قانون‌شناسی؛ درآمدی بر وضعیت حقوق در ایران*، تهران، مؤسسه‌ی اشراق.
- جنتی، احمد (۱۳۶۷)، «حکومت اسلامی و قانون‌گذاری، در حکومت در اسلام»، مجموعه‌ی مقالات سومین و چهارمین کنفرانس اندیشه‌ی اسلامی، تهران، انتشارات امیرکبیر.
- حسین‌پور، داوود، فتاح شریف‌زاده، وجه‌الله قربانی‌زاده و یوسف زال (۱۳۹۹)، «مؤلفه‌های تدوین خط‌مشی‌های عمومی در دولت اسلامی با رویکرد تمدن‌سازی نوین اسلامی (با محوریت بیانات مقام معظم رهبری)»، *دوفصلنامه علمی مطالعات بنیادین تمدن نوین اسلامی*، دوره ۳، شماره ۱، شماره ۱ پیاپی ۵.
- حقیقت، صادق (۱۳۹۴)، *فقه سیاسی و دموکراسی، فصلنامه اندیشه سیاسی در اسلام*، شماره ۴، صص ۷۱-۳۵.
- خراسانی، رضا (۱۳۹۴)، *هم‌نشینی حق و حکم در فقه سیاسی معاصر، رهیافت‌های سیاسی و بین‌المللی*، سال ششم، شماره ۳ (پیاپی ۴۱)، بهار ۱۳۹۴، صص ۹۶-۷۰.
- زارعی، محمدحسین (۱۳۸۰)، *حاکمیت قانون در اندیشه‌های سیاسی و حقوقی، نامه مفید*، سال هفتم، شماره ۲۶، تابستان ۱۳۸۰، صص ۶۸-۵۱.
- زرگری‌نژاد، غلامحسین (۱۳۷۴)، *رسائل مشروطیت*، تهران، انتشارات کویر.
- سبحانی، جعفر (۱۳۷۰)، *مبانی حکومت اسلامی*، ترجمه داوود الهامی، قم، مؤسسه علمی و فرهنگی سیدالشهدا علیه‌السلام.
- سجادی، عبدالقیوم (۱۳۹۲)، *فقه و قانون‌گذاری؛ ظرفیت‌ها و محدودیت‌ها*، در: *فقه و قانون*، تهران، مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی.
- شمس‌الدین، محمد مهدی (۱۳۷۸)، «اجتهاد و آزادی نظر قانونی»، ترجمه‌ی محمدحسین شمسانی، *اندیشه حوزه*، شماره ۲۰، قابل دسترسی در پرتال جامع علوم انسانی، تاریخ بازدید: ۹۷/۵/۱۰.
- صدر، محمدباقر (۱۴۰۸ق)، *اقتصادنا، المجمع العلمي للشهید الصدر (قدس‌سه)*، چاپ دوم.

- صدر، محمدباقر (۱۴۱۷ق)، *اقتصادنا*، تحقیق عبدالحکیم ضیاء، علی اکبر ناجی، سید محمد حسینی و صابر اکبری، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- صدر، محمدباقر (۱۴۲۴ق)، *اقتصادنا(موسوعه الشهید الصدر)*، ج ۳، قم، مرکز البحوث و الدراسات التخصصیه للشهید الصدر، چاپ اول.
- طباطبایی، جواد (۱۳۹۱)، *تأملی درباره ایران*، جلد دوم، نظریه حکومت قانون در ایران، بخش نخست: مکتب تبریز و مبانی تجددخواهی، تهران، انتشارات مینوی خرد.
- غفاری، هدی (۱۳۹۰)، *نگاهی دوباره به برداشت‌های شکلی و ماهوی از حاکمیت قانون، مجله‌ی تحقیقات حقوقی*، شماره ۵، صص ۳۶۶-۳۳۵.
- فوزی، یحیی (۱۳۹۴)، *اندیشه سیاسی امام خمینی(ره)*، تهران، نشر معارف.
- فیرحی، داوود (۱۳۸۸)، *نشست بررسی تطبیقی نظریه سیاسی مرحوم محقق نائینی و مرحوم صدر*، سایت فهیم، تاریخ بازدید: ۹۶/۵/۲۸. [www.fahimco.com](http://www.fahimco.com)
- فیرحی، داوود (۱۳۹۹)، *مفهوم قانون در ایران معاصر (تحولات پیشا مشروطه)*، تهران، نشر نی.
- قربان نیا، ناصر (۱۳۹۲)، «الزامات تقنین بر پایه فقه»، *دین و قانون*، شماره ۲، زمستان، صص ۷۶-۵۹.
- گرگی، علی اکبر (۱۳۸۷)، «حاکمیت قانون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران: امکان‌سنجی یک نظریه»، *تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۸، پاییز و زمستان، صص ۱۸۴-۱۰۷.
- گرگی، علی اکبر (۱۳۸۸)، *در تکاپوی حقوق اساسی، حاکمیت قانون و حقوق اساسی*، تهران، انتشارات جنگل.
- مرکز مالمری، احمد (۱۳۸۵)، *حاکمیت قانون(مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها)*، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- محمودی، سیدعلی (۱۳۹۴)، «نسبت دین و قانون؛ واگرایی‌ها و هم‌گرایی‌ها، میزگردی با حضور سید علی محمودی، حسین واله و رحیم نوبهار»، *سخن ما*، شماره ۵ هفتم، مهر، صص ۴۲-۳۱.
- مطهری، مرتضی (۱۳۷۸)، *آشنایی با علوم اسلامی*، جلد دوم، تهران، انتشارات صدرا.
- میرموسوی، علی (۱۳۸۴)، *اسلام سنت دولت مدرن: نوسازی و تحول در اندیشه سیاسی معاصر شیعه*، تهران، نشر نی.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۶۱)، *تنبیه الامة و تنزیه المله*، به کوشش محمود طالقانی، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- نوری، محمدموسی (۱۳۸۳)، *قانون‌مداری در سیره نبوی*، فصلنامه معرفت، شماره ۸۶، صص ۳۳-۲۳.
- هاشمی، محمد (۱۳۸۴)، *حقوق بشر و آزادی‌های اساسی*، تهران، نشر میزان.