

### تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه

تاریخ دریافت: ۸۹/۱۲/۱۰

تاریخ پذیرش: ۹۰/۲/۲

عزیز الله فضلی \*

ولی الله رستمی \*\*

#### چکیده

قانون‌گذاری همواره یکی از محوری‌ترین شئون نظام حقوقی - سیاسی جامعه می‌باشد. این مهم برای اولین بار در کشور ایران حدود یک قرن پیش مورد کنکاش و مذاقه اقشار مختلف علمی، مذهبی، حقوقی، سیاسی و اجتماعی قرار گرفت. بدان حیث که جامعه ایران دارای فرهنگ و ادبیاتی دینی می‌باشد، نقطه نظرات و تئوری‌پردازی‌های مراجع و فقها در زمینه تقنین از بنیادی‌ترین و مؤثرترین علل به شمار می‌آید. از دیگر سو، رابطه فقه و حقوق از پرمناقشه‌ترین مباحث حقوقی می‌باشد که از قدیم الایام مورد بحث و نظر قرار گرفته است و به تعبیری دیگر، با وجود احکام شریعت در جامعه مسلمین و حضور فقها که در امور دینی و مذهبی به صدور فتاوی و احکام می‌پردازند نیاز به وضع قانون چگونه خواهد بود. فلذا، مقال منظور بر پایه سه مفروض اصلی بنا نهاده شده است که از مقام رتبی برخوردارند:

الف - ایجاد ساختار منظم و مدون برای تقنین (مجلس قانون‌گذاری) هم دوش نهاد افتتائی فقاهتی، خود از ملزومات و ملزومات «مصلحت - بنیاد» در عصر و مصر حاضر می‌باشد. ب - در کنار قواعد و احکام شرعی صادره از فقها می‌توان بسیاری از مسائل مستحدثه عرفی و اداری حکومت را در قالب قوانین تدوین نمود. ج - قوانین عرفی مطابق مصالح نوعیه توسط مجلس وضع می‌شود و نظارت بر آن بر اساس مصالح شرعیه با هیأتی از فقها است. نگارنده در این نوشتار در صدد آن است تا با توجه به اندیشه‌های علمای عصر مشروطیت روشن سازد که وجود عناصری چون عرف و مصلحت در وضع قانون بسیار ضروری به نظر می‌رسد و نمی‌توان پیوند و درهم تنیدگی این عوامل را انکار نمود. این مقال به سه بخش چپستی، چرایی و چگونگی تقنین تقسیم شده است تا بتواند به تبیین هرچه بیشتر و بهتر رابطه فی مابین شرع و قانون و عدم تهافت این دو بپردازد.

#### واژگان کلیدی

مشروطیت، قانون‌گذاری، قانون اساسی، قوانین شرعیه و عرفیه، مجلس شورا، مصلحت

\* دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق علیه‌السلام و دبیر گروه فقه و

حقوق کانون اندیشه جوان (پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی) fazli.tehrani@gmail.com

\*\* استادیار و هیأت علمی گروه حقوق عمومی دانشگاه تهران و ریاست مؤسسه حقوق عمومی.

## مقدمه

یکی از مهم‌ترین مباحث حقوقی که از قدیم الایام مورد بحث و نظر قرار گرفته است، رابطه فقه و حقوق می‌باشد و به تعبیری دیگر، آیا با وجود احکام شریعت در جامعه مسلمین و وجود فقها که در امور دینی و مذهبی به صدور فتاوی و احکام می‌پردازند نیازی به وضع قانون داریم. حل این موضوع می‌تواند ما را در جهت تطابق و تحکیم هر بیشتر روابط قانون و فقه مساعدت نماید.

در این مورد سؤالات متعددی مطرح است که عبارتند از:

ارتباط بین فقه و قانون چگونه است؟ آیا بین این دو رابطه موازی وجود دارد؟ آیا با وجود احکام ثابت شرعی نیازمند قوانین موضوعه و مدونه می‌باشیم؟ آیا بین احکام شرعی و تأسیس قانون اساسی و مجلس تعارضی وجود دارد؟ عوامل مؤثر در قانون‌گذاری چیست؟ آیا عرف و مصلحت در وضع قوانین مداخلتی دارند؟

بنابراین سؤالات، می‌توان طرح‌های زیر را مفروض قرار داد:

- در کنار قواعد و احکام شرعی صادره از فقها می‌توان بسیاری از مسائل مستحدثه عرفی و اداری حکومت را در قالب قوانین تدوین نمود.

- قوانین عرفی مطابق مصالح نوعیه توسط مجلس وضع می‌شود و نظارت بر شرعی بودن آن با هیأتی از فقها است.

نگارنده این سطور، جهت گردآوری اطلاعات از شیوه اسنادی و کتابخانه‌ای بهره‌مند گردیده است و با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی در پی اثبات فروض پیشین می‌باشد. در خصوص موضوع مشروطه، کتب و مقالات متعددی در زمینه‌های مختلف سیاسی، فرهنگی، اجتماعی و دینی به تحریر درآمده است اما در رابطه با مباحث و مفاهیم حقوقی و نقطه نظرات فقهی و ترکیب این دو، کتاب یا مقاله یا پایان‌نامه منسجمی نگاشته نشده است. البته مقالات پراکنده و متفرقی در مورد پارلمانتاریسم، قانون اساسی و مجتهدین طراز اول وجود دارد لیک مجموعه واحدی از نظام فکری علما در زمینه تقنین را مورد کاوش قرار نداده است.

این نوشتار در سه فصل مندرج شده است که در فصل اول به بررسی ماهیت و چیستی قانون و شورا پرداخته است. فصل دوم نیز به تشریح چرایی تقنین و ضرورت

آن با توجه زمانه و مصلحت مبادرت نموده است. فصل آخر نیز چگونگی فرایند اجرایی قانون‌گذاری را با عنایت به آراء علمای اعلام تبیین کرده است.

### چیستی تقنین تعریف لغوی مشروطه

واژه دولت مشروطه (constitutionalism) از فعل to constitute (تشکیل دادن و بنیان گذاشتن) ریشه گرفته است که از ریشه لاتینی constitutere (برپا داشتن، ایجاد و تأسیس کردن) مقتبس است که می‌توان از آن به عنوان «اساس و مبنا» (constitution) نام برد (وینسنت، ۱۳۷۹، ص ۱۲۳)

برخی در خصوص منشأ واژه مشروطیت طبق همین دیدگاه می‌نویسند: «گفتند که از کلمه «شارت» فرانسوی و «چارتا» انگلیسی - از اصل لاتینی کارت - که در حکم قانون اساسی است، اخذ گردید.»

عده‌ای دیگر بر این پندارند که واژه «مشروطه» از «شرط» عربی مأخوذ شده است. بر اساس این برداشت، مشروطه حکومتی است مشروط به عدالت خواهی. در کتاب رسائل مشروطیت در نوشته‌ای از ملا عبدالله مازندرانی و آخوند خراسانی، مشروطیت چنین تعریف شده است: «مشروطیت هر مملکت عبارت از محدود و مشروط بودن ادارات سلطنتی و دوایر دولتی است به عدم تخطی از حدود و قوانین موضوعه بر طبق منصب رسمی آن مملکت و طرف مقابل آن، استبداد دولت است... پس حقیقتاً مشروطیت و آزادی ایران، عبارت از عدم تجاوز دولت و ملت از قوانین منطبقه بر احکام خاصه و عامه مستفاده از مذهب و بنیه بر اجرای احکام الهیه<sup>عز اسمه</sup> و حفظ نوامیس شرعیه و ملیه و... و صیانت از بیضه اسلام و حوضه مسلمین می‌باشد» (کرمانی، ۱۳۶۲، ص ۱۹۸)

### ماهیت تقنین در دولت مشروطه

یکی از عوامل بسیار مهم انقلاب مشروطیت که زمینه بسط افکار نوخواهی و آزادی طلبی برای ایجاد مشروطه پارلمانی را فراهم ساخت، حمایت جدی علما و روحانیون به ویژه مراجع تقلید از نهضت بود. مراجع بزرگی چون طهرانی، خراسانی، مازندرانی، نائینی و محلاتی و... که همگی از علمای طراز اول مقیم نجف بودند با حمایت از سید

محمد طباطبایی و سید عبدالله بهبهانی در جریان نهضت به وسیله اعلامیه‌ها، فتاوی و کتب خود، نقش مؤثری در بسیج مردم علیه حکومت استبدادی ایفا نمودند. (شهرام نیا، ۱۳۸۵، ص ۲۳۳)

پس می‌توان گفت که مراجع، علما و روحانیون شهیر نامبرده، در انتقال حکومت از استبدادی به مشروطه تلاش فراوانی نمودند که غرض ایشان در حمایت از ایجاد نظام قانونگذاری و پارلمانتاریسم در ایران همان فرموده آخوند خراسانی است که اذعان داشتند بر پایی این ساختار «ترفیه حال رعیت و رفع ظلم از آنان و اعانه مظلوم و اغاثه ملهوف و اجرای احکام الهیه عز اسمه و حفظ و وقایه بلاد اسلام از تطاول کفار و امر به معروف و نهی از منکر و غیرها از قوانین اسلامی نافعاً للقوم» (کرمانی، ۱۳۶۲، ص ۱۹۶) می‌باشد.

بدین خاطر، برای کاستن اختیارات و اقتدارات سلطنت از حالت استبدادی مطلقه و برپایی دولت مشروطه و مقیده نیازمند نهادی به نام «قوه مقننه» می‌باشیم. از جمله بزرگانی که به تبیین این حالت می‌پردازد، آیت الله نائینی است که در کتاب تنبیه الامه و تنزیه المله سلطنت را به دو قسم «تملیکیه» و «ولایتیه» منحصر می‌کند تا از این تقسیم و تحلیل بتوان مغری برای ساخت نهاد مجلس ارائه داد. ایشان بیان می‌دارند: «کیفیت استیلاء و تصرف سلطان در مملکت به اعتبار انحصار آن در تملیکیه یا ولایتیه بودن و شق ثالث نداشتن بر یکی از این دو وجه متصور تواند بود: اول آن که مانند آحاد مالکین نسبت به اموال شخصی خود، با مملکت و اهلیش معامله فرماید. مملکت را به ما فیها مال خود انگارد اهلیش را مانند عبید و اماء... و تمام قوای مملکتش را قوای قهر و استیلاء و شهوت و غضبش داند و بر طبق آن برانگیزاند» لا یسئل عما یفعل و هم یسئلون... این قسم از سلطنت را تملیکیه و استبدادیه نامند و استعبادیه و اعتسافیه و تسلطیه و تحکیمیه هم خوانند.» (نائینی، ۱۳۷۸، صص ۳۱-۳۲)

بنابراین در این شق، شخص سلطان قادر به انجام هر نوع تصرف در امور کشوری و احوال اشخاص حقیقی و حقوقی در جامعه می‌باشد که هیچ حد و حصری برای او متصور نمی‌باشد.

### تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۳۱

اما مقام و شأن ولایت به گونه‌ای دیگر است: «دوم آن‌که مقام مالکیت و قاهریت و فاعلیت ما یشاء و حاکمیت ما یرید اصلاً در بین نباشد. اساس سلطنت فقط بر اقامه همان وظایف و مصالح نوعیه متوقف بر وجود سلطنت مبتنی و استیلای سلطان به همان اندازه محدود و تصرفش بعدم تجاوز از آن حد مقید و مشروط باشد و (این قسم) چه حقیقت واقعیه و لب آن عبارت است از ولایت بر اقامه وظایف راجعه به نظم و حفظ مملکت نه مالکیت و امانتی است نوعیه در صرف قوای مملکت که قوای نوع است در این مسائل نه در شهوات خود. از این جهت اندازه استیلای سلطان به مقدار ولایت بر امور مذکوره چه به حق باشد یا به اغتصاب بعدم تجاوز از آن حد مشروط خواهد بود... این قسم سلطنت را مقیده و عادلانه و مشروطه و مسؤوله و دستوریه نامند.» (نایینی، ۱۳۷۸، صص ۳۳-۳۵)

در این نوع سلطنت، اقتدارات حکومت تنها در اموری چون حفظ نظم مملکت در چارچوب مصالح کشور می‌باشد که بر خلاف قسم اول سلطان در حکومت خویش مالک نیست بلکه یک والی مشروط به قوانین شرعی و عرفی می‌باشد که دارای محدودیت‌های قانونی و اجرایی است.

آیت الله نائینی پس از این توضیحات در مقام تفکیک این دو نوع حکومت به بررسی ویژگی‌های این دو شق می‌پردازد که طبقات ظلم در هر یک از آن‌ها را تشریح می‌نمایند و اذعان می‌کنند: «چه دانستنی نحوه اولی (سلطنت استبدادیه)؛ هم اغتصابات رداء کبریایی عز اسمه و ظلم به ساحت اقدس احدیت است و هم اغتصاب مقام ولایت و ظلم به ناحیه مقدسه امامت (ص) و هم اغتصاب رقاب و بلاد و ظلم در باره عباد است به خلاف نحو ثانیه که ظلم و اغتصابش فقط به مقام امامت راجع و از آن دو ظلم دیگر خالی است... تصرفات نحوه ثانیه همان تصرفات ولایتیه است که ولایت در آن‌ها چنانچه بیان نمودیم برای اهلش شرعاً ثابت است و با عدم اهلیت متصدی هم از قبیل مداخله غیر متولی شرعی است در امر موقوفه که به وسیله نظارت از حیث و میل صیانت شود و با صدور اذن عمّن «له ولایت الاذن»، لباس مشروعیت هم تواند پوشید و از اغتصاب و ظلم به مقام امامت و ولایت هم به وسیله اذن مذکور خارج تواند شد و

مانند متنجس بالعرض است که به وسیله همین اذن قابل تطهیر تواند بود و (اما) تصرف نحوه اولی به عکس مذکور و ظلمی است قبیح بالذات و غیر لایق برای لباس مشروعیت و صدور اذن در آن اصلاً جایز نیست...» (نایینی، ۱۳۷۸، صص ۷۴-۷۵) بنابر ضرورت شرعی و عقلی باید تا آنجا که ممکن است از کمیت و کیفیت ظلم کاسته شود تا حکومت به محور اصلی خود نزدیک گردد. محدود کردن حکام مستبد به قانون اسلامی و نظارت پارلمان منتخب مردم، موجب تقلیل ظلم از سه مرحله‌ای به یک مرحله می‌گردد (عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ص ۱۳۸)

اما همان طور که ایشان فرمودند و از بیانات ایشان مشخص است به وسیله قانون الهی (که در قالب قانون اساسی بوجود می‌آید) و مجلس، ظلم به خدا (احکام) و به ملت برداشته می‌شود و در مورد غصب مقام امامت هم می‌توان از بعد نظارت و اذن از جانب شخصی که اجازه ولایت و اذن دارد، به رد ظلم و غصب مقام امامت نیز پرداخت زیرا ایشان در این رساله با توجه به مقتضیات زمان و جو ملتهب زمانه سلطنت مشروطه را مطرح می‌نمایند تا حداقل از اطلاق و دیکتاتوری سلطنت استبدادی کاسته شود و بدین جهت وجود «نظارت و اذن» ولی فقیه را در این برهه کافی می‌دانند تا مرحله به مرحله حکومت به دست مستحقین واقعی آن برسد و به همین دلیل است که ایشان در دیگر کتب و دروس فقهی خویش به بررسی ابعاد ولایت مطلقه فقیه می‌پردازد و به اثبات آن می‌پردازد اما در این تشنج و تشتت فکری و فعلی حاضر در میان جامعه و حکومت، بحث مشروطیت را مورد کنکاش قرار می‌دهند تا با ایجاد نظام پارلمانی و نظارت فقها، یکی از ارکان حکومت یعنی قانون گذاری از ید قدرت پادشاهان مستبد رهایی یابد و قوانین الهی و اسلامی توسط صاحبان اصلی آن تصویب گردد و به مرحله اجرا درآید.

ایشان در تنبیه الامه و تنزیه المله به شرح این مسأله می‌پردازند: «در ابواب ولایت بر امثال اوقاف عامه و خاصه و غیرها از آنچه راجع به باب ولایات است، این معنی نزد علما اسلام مسلم و از قطعیات است که چنانچه غاصبی عدواناً وضع ید نماید و رفع یدش رأساً ممکن نباشد، لکن با ترتیبات عملیه و گماشتن هیأت نظاری توان تصرفش را تحدید و موقوفه مغصوبه را مثلاً از حیف و میل و صرف در شهواتش، کلاً

تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۳۳

ام بعضاً صیانت نمود البته وجوب آن بدیهی و خلاف در آن نه تنها از علماء متشرعین بلکه از عقلاء دهر بین هم هیچ متصور و محتمل نخواهد بود.» (نایینی، ۱۳۷۸، ص ۷۴)

### مشارکت ملی در قالب شورا

در جوامع غربی و لیبرالیستی، نظام سیاسی بر اساس مشارکت جمعی و دموکراسی بنا نهاده شد اما امروزه بر اساس تحولات مبتنی بر فهم هرمونیتیکی در اندیشه سیاسی نظریه‌ای چون «دموکراسی مشورتی» مطرح گردیده است. در مقابل، در حوزه اندیشه سیاسی اسلام نیز هم طراز با این نظریه تئوری «شوراگرایی اسلامی» عنوان شده است. این نظریات بر اثر تحولی که در فهم عقل صورت گرفته، به شورا و نظام مشورتی نزدیک شده است و می‌کوشد الگویی دموکراتیک و مبتنی بر شورا ارائه دهد.

با توجه به نظریه مزبور، کتاب تنبیه الامم و تنزیه الامم از مدت‌ها قبل به تبیین و توضیح این نظریه مبادرت ورزیده که آن را از مسلمات و قطعیات اسلام می‌داند: «چنان‌که دانستی حقیقت سلطنت اسلامی عبارت از ولایت بر سیاست امور ملت - و به چه اندازه محدود است - همین طور ابتناء اساسش هم نظر به مشارکت تمام ملت در نوعیات مملکت بر مشورت با عقلای امت که عبارت از همین شورای عمومی ملی است.... به نص کلام مجید الهی عز اسمه و سیره مقدسه نبویه صلی الله و اله، که تا زمان استیلای معاویه محفوظ بود این حقیقت از مسلمات اسلامی است» (نایینی، ۱۳۷۸، ص ۸۱)

### رأی اکثریت

پذیرش نهاد شورا در نظریه نایینی، پذیرش «رأی اکثریت» به عنوان مبنای تصمیم‌گیری را به دنبال دارد. نایینی در توجیه مشروعیت رأی اکثریت، هم به اصل عقلایی رجحان اکثریت بر اقلیت و هم به سنت و اصل حفظ نظام استناد می‌کند (میر احمدی، ۱۳۸۷، ص ۳۵۵) به گفته وی «لازمه اساس شورویتی که دانستنی به نص کتاب ثابت است، اخذ به ترجیحات است عند التعارض و (ترجیح) اکثریت (است) عند الدوران، اقوای مرجحات نوعیه و اخذ طرف اکثر عقلا ارجح از اخذ به شاذ است و عموم تعلیل وارد در مقبوله عمر بن حنظله هم، مشعر به آن است و با اختلاف آرا و تساوی جهات مشروعیت، حفظاً للنظام متعین و ملزمش همان ادله داله بر لزوم حفظ نظام است، علاوه

بر همه این‌ها موافقت حضرت ختمی مرتبت(ص) با آراء اکثر اصحاب در مواقع عدیده»(نایینی، ۱۳۷۸، صص ۱۱۱-۱۱۲)

پذیرش رأی اکثریت از سوی نائینی، زمینه مناسب برای نزدیک ساختن نظام سیاسی اسلام با نظام‌های پارلمانی و دموکراسی پارلمانی را فراهم می‌سازد و در نظریه‌های متأخر، به صراحت بر آن تأکید می‌شود.

میرزا یوسف شمس کاشمیری در «کلمه جامعه» در باب اکثریت می‌نویسد «...چون قیام یک نفر به وظایف معاش عموم کافی نیست و از قدرت شخصی خارج است، باید «هیأت نوعیه» قیام نماید چرا که هیأت شخصیه ممکن است با یکدیگر توطئه و اتفاق بر خلاف نمایندند. لهذا باید انتخاب و انفصال آن‌ها به «آراء عامه و برای اکثر» شود بر محسنات منتخبین افزوده می‌شود و این هیأت مخصوصه را نمایندگان و وکلاء ملت گویند و مکانی که محل اقامت و مذاکره و اجتماع آن‌ها است مجلس شورای ملی و پارلمان خوانند.»(شمس کاشمیری، ۱۳۷۴، ص ۶۰۶)

#### **نظارت ملی بر اساس امر به معروف و نهی از منکر**

صاحب کتاب تنبیه الامه و تنزیه المله از یک سو، اساس سلطنت اسلامی را مشارکت ملت در نوعیات می‌داند و با ارجاع به آیات شورا آن را مستدل می‌سازد و از دیگر سو، حق نظارت مردم بر سلطنت را بر اساس اصل امر به معروف و نهی از منکر ثابت می‌کند. علاوه بر این، به حق حاصل از پرداخت مالیات از سوی مردم نیز اشاره می‌کند و در یک جمع‌بندی می‌نویسند: «گذشته از آن‌که که نظر به شورویه بودن اصل سلطنت اسلامی...عموم ملت از این جهت مالیاتی که از برای اقامه مصالح لازمه می‌دهند حق مراقبت و نظارت دارند و از باب منع از تجاوزات در باب نهی از منکر مندرج و به هر وسیله‌ای که ممکن شود واجب است و تمکن از آن در این باب به انتخابات ملت متوقف است.»(نایینی، ۱۳۷۸، ص ۱۰۹)

ایشان در جای دیگر مهم‌ترین وظیفه منتخبان مردم را نظارت می‌دانند که خود آنان تحت نظارت و مراقبت تک تک افراد ملت می‌باشند. این نظرات همگانی از نظر آیت الله نائینی عامل جلوگیری تبدیل سلطنت ولایتیه به تملیکیه می‌باشد: «محاسبه مسئولیت کامله در صورتی متحقق و حافظ محدودیت و مانع از تبدیل ولایت به مالکیت تواند



تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۳۵

بود که قاطبه متصدیان که قوه اجرائیه‌اند در تحت مراقبه و مسئول آحاد ملت می‌باشند» (نایینی، ۱۳۷۸، ص ۱۱۱)

### شورا

به وضوح معلوم است که برای قانون‌گذاری در هر یک از امور و شؤون گوناگون حیات جمعی باید به متخصصان و خبرگان همان بخش رجوع کرد، نه همه مردم (مصباح یزدی، ۱۳۸۳، ص ۳۰۷). در نظر علمای مؤید مشروطه نیز، ضرورت شورا و مشورت با عقلا، از مسلمات اسلام است که با مراجعه به آیات و روایات، ضرورت استفاده از نظر عقلانی امت در حکومت روشن می‌گردد همان طور که در تفسیر آیه «و شاورهم فی الامر» (آل عمران، ۱۳۵) آمده است «دلالت آیه مبارکه که عقل کل و نفس عصمت را بدان مخاطب و به مشورت با عقلای امت مکلف فرموده‌اند، بر این مطلب در کمال بدهت و ظهور است.» (نایینی، ۱۳۷۸، ص ۸۲)

همچنین باید اذعان داشت، متعلق مشورت تمامی امور سیاسی است و خروج احکام الهی از آن، از باب تخصص است. از این رو، در تمامی امور سیاسی و یا سیاسیات، مشورت لازم و ضروری است که اشاره شده است: «در آیه مبارکه «و امرهم شورا بینهم» (شورا، ۳۸) اگر چه فی نفسه بر زاده از رجحان مشورت دلیل نباشد، لکن دلالتش بر آن که وضع امور نوعیه بر آن است که به مشورت نوع برگزار شود، در کمال ظهور است.» (نایینی، ۱۳۷۸، ص ۸۲)

در این جملات دیده می‌شود که در حوزه شریعت، قسم خاصی به نام «نوعیات» مملکت مطرح می‌گردد که آن را به عقل و عقلا واگذار کرده و قانون‌گذاری در این حوزه را به عقل بشری سپرده است و از این جهت تحولی در فهم پیشین از شریعت ایجاد کرده است.

بدین ترتیب علما با توجه به قوانین و امور غیر منصوص به اساس حکومت اسلامی اشاره می‌کنند که مشارکت عمومی را ضروری و تبلور عینی آن را مجلس شورای ملی می‌دانند.

### چرایی تقنین

#### مؤیدین و منتقدین قانون‌گذاری

هر دو تلقی موافق و مخالف مشروطه، در جهت هدف کلی حفظ اسلام بود. مخالفین، آزادی گروه‌ها با عقاید مختلف را در ابراز نظریات خود و تئوری عصری کردن فهم دین در زمره کفریات به حساب آورده و صاحبان این طرز تلقی را مبتدعین می‌خواندند. از دید آنان اختیار قانون‌گذاری نمایندگان مردم با «قوانین محکمه قرآنی» مغایر بوده و نظریه اجرای شریعت بنا به مقتضیات زمان، مخالف «شریعت ابدیه محمدیه» است. زیرا آنچه برای یک جامعه اسلامی ضرورت دارد در منابع فقهی موجود است و کسی حق قانون‌گذاری جدید ندارد. بنابراین مشروطه که با هدف فهم عصری شریعت اجرا می‌گردد به عقاید مسلمین ضربه می‌زند و در نتیجه «حفظ بیضه» یعنی حفظ چارچوب سنتی شریعت از اهم واجباتی است که علما باید انجام دهند.

موافقین مشروطه بالعکس تأسیس مجلس برای رفع ظلم و فریادرسی مظلومین را عین موافقت با شرع می‌دانستند، زیرا از قبل آن «بیضه اسلام» حفظ می‌شود و با تنقیح قانون و ایجاد پارلمان در قالب امور نوعیه و عرفیه می‌توان جوابگوی همه نیازهای بشری در ازمنه و امکانه مختلف بود که این مهم نشان از جامعیت دین مبین اسلام می‌باشد.

#### قائلین به طرد قانون‌گذاری

تبریزی صراحتاً در کشف المراد عنوان می‌کرد: «اگر مقصود از مشروطه آن است که وکلا و مبعوثین در مجلس شورا جمع شده اتفاق یا به اکثریت آراء قانونی وضع کرده و اسم او را قانون اساسی بگذارند و این قانون به «اطاق اجر» آن فرستاده شود تا بر طبق آن عمل شود، این کار خلاف شرع است. از ادله احکام ما، نه شوری و نه اکثریت آراء دلیل شمرده شده لیکن «اجماع علماء که کاشف از قول و رضای معصوم باشد او حجت است، نه اجماع کتابفروش و سبزی‌فروش و بقال و علاف و نعلبند»

تبریزی در توضیح دلایل تباین مشروطیت با شریعت، دو استدلال را به کار می‌گیرد: نخست آن‌که اگر مقصود وکیلان، اجرای احکام شریعت است پس جمع‌شدن و مشورت کردن و قانون نوشتن و اکثریت آراء را ملاک قرار دادن خلاف شرع است،

تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۳۷

زیرا اجرای شریعت محتاج به مشورت نیست؛ دیگر آن که اگر مقصود وکیلان و مشروطه خواهان آن است که با اتکا به اکثریت آراء قانون بنویسند و سپس آن را به اجرا در آورند، آن نیز خلاف شرع است زیرا شورا و اکثریت آراء از ادله احکام شرعی شمرده نشده و اجماع علماء حجت است. (آجدانی، ۱۳۸۵، ص ۴۲)

تصور نویسندگان کشف المراد، این بوده که گویا، نمایندگان می خواهند در حوزه احکام شرع قانون گذاری کنند، حال آن که حقیقت مجلس شورای ملی قانون گذاری در حوزه عرف بود. اجماع علماء در زمینه مسائل فقهی است و نه مسائل عرفی، تعیین موضوع در حیطة عرف به عهده اهل عرف است و علما درباره انطباق یا عدم انطباق آن با شریعت داوری می کنند. (آبادیان، ۱۳۷۴، ص ۵۰)

شیخ فضل الله نوری در رساله «تحریم مشروطه و قانون اساسی» بدین گونه به مذاقه در ابعاد قانون اساسی و مجلس می پردازد: «اگر مطالب امور عرفیه است این ترتیبات دینی لازم نیست و اگر مقصد امور شرعی عامه است این امر راجع به ولایت است نه وکالت و ولایت در زمان غیبت امام زمان (عج) با فقها و مجتهدین است نه فلان بقال و بزار و اعتبار به اکثریت آراء به مذهب امامیه غلط است و قانون نویسی چه معنی دارد؟ قانون ما مسلمانان همان اسلام که بحمد الله تعالی طبقه بعد طبقه رواه اخبار و محدثین و مجتهدین متحمل حفظ و ترتیب آن شدند و حال هم حفظه آن بحمد الله تعالی بسیارند. جواب این کلمات را بعضی تسویلات و تسویفات می دادند تا آن که آن دستور ملعون که مسمی به قانون اساسی است نوشته شد و خواهش تطبیق آن را با قواعد اسلامی نمودند.

چون دیدم این طور است به مساعدت جمعی ماده نظارت مجتهدین در هر عصر برای تمیز آرای هیات مجتمعه اظهار شد. چون نتوانستند ظاهراً رد کنند قبول کردند و فصلی با زحمات زیاد و توافق همه همه نوشته شد... اما اتباع مزخرفات قانونی و آرای سخیفه مجلسی را همه دیدند که از اوجب واجبات در نظر عموم مسلمانان بود و مخالفت او را برتر از ارتداد دانستند.» (آبادیان، ۱۳۷۴، ص ۱۶۳)

همان طور که در بالا بیان شد مشخص گردید که علت طرد و مخالفت شیخ با قانون اساسی ننگجیدن این مسائل در شرع می‌باشد. شیخ با تلقی خاصی که از شریعت داشت، تصویب با اکثریت آراء را غیرشرعی و آن را منافی با اقرار به نوبت و خاتمیت و کمال دین می‌دانست... او حتی تصویب قانون مطابق با شرع را از طرف نمایندگان نمی‌پذیرفت و این امر را در حوزه وظایف مجتهدین می‌دانست و عمل نمایندگان را استحسان عقلی می‌خواند و حرام تلقی می‌کرد، زیرا در فقه شیعه، قوانین مطابق با ادله اربعه یعنی قرآن، حدیث، اجماع، عقل استخراج می‌گردد و استحسان حرام شمرده می‌شود.

البته علت مخالفت ایشان بیشتر ناظر به مرحله عمل و واقع بوده است زیرا بیشتر افراد مطرح کننده نظریه قانون‌گرایی و مشروطیت، سینه چاکان و دوستداران غرب بودند که هدفشان از وضع نهادی به نام مجلس و ایجاد قانون اساسی، وارد کردن قوانین فرانسوی و بلژیکی بود که بر این قصد بودند که به تدریج قوانین شرعی را از حوزه قانون‌گذاری خارج کنند و قوانین غربی را کاملاً جایگزین قوانین شرعی نمایند، شیخ در این رابطه در رساله مذکور می‌گوید:

«بلی! یک مطلب عدالت‌نما این اعصار متدوال شد به این ترتیب که جمعی از مردم طبیعی که منکر مبداء و معادند... دیدند بدون ترتیب قانونی... به انتفاعات زندگی نائل نمی‌شوند. از این رواز شرایع مقدسه آسمانی و از عقول ناقصه ترتیبی دادند و نام قانون بر آن گذارند و رفتند زیر بار آن، محض نیل به مشتهیات خود و از این ترتیب انتظاماتی دادند و فقط آمر و ناهی آن همان قانون و مجازات مترتبه بر آن است و الا آمر و ناهی قلبی ندارند، از این دست که قبایح بر وجه التزام در آن‌ها شایع و ظلم بر وجه تساوی در آن‌ها زیاده‌تر، تا از طرف قانون امنیت پیدا می‌کنند فوراً مرتکب خیانات و بی‌اعتدالی هستند.» (آبادیان، ۱۳۷۴، ص ۱۶۶)

ذکر یک نکته در این مقال ضروری است و آن این‌که قصد نگارنده در این نوشتار بررسی وقایع اتفاقیه در برهه زمانی مشروطه نمی‌باشد بلکه محوریت بحث، تمرکز بر اندیشه‌ها و نظریات فقها و اندیشمندان مسلمان می‌باشد که در تهران و نجف و... به بررسی جوانب گوناگون قانون‌گذاری در کشورداری می‌پرداختند و به تبیین رابطه

تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۳۹

واگرایی یا هم‌گرایی فقه و قانون مبادرت می‌ورزیدند. بنابراین، مقاله حاضر خارج از گود فعل و عمل در مورد مسائل مشروطیت و امور سیاسی و اجتماعی آن موقع می‌باشد.

### قائلین به پذیرش قانون‌گذاری

بدان جهت که نهضت مشروطیت در ایران، اولین بستر قیل و قال در رابطه با قانون‌گذاری را مطرح نمود، مقاله پیش رو درصدد آن است تا نظرات و ایده‌های مختلف و گاه متعارض اهل علم و دین را مورد کنکاش قرار دهد که آیا پارلمان و قانون در شرع مقدس اسلام دارای جایگاهی مشروع می‌باشد و تهافتی بین این دو مشاهده نمی‌شود تا بتوان از این رهگذر، رهیافتی برای هم‌گرایی و تطبیق قانون بر اساس شرع متعال ارائه کرد. مع الوصف، باید اشعار داشت که وجود مجلس و قوانین اساسی و موضوعه در جمهوری اسلامی ایران به دلیل فراز و نشیب‌های نظری و فکری علماء، فقها و دانشمندان یک قرن پیش است که برای اثبات این مبانی و تفکرات با چالش‌ها، تهدیدها و خطرات بسیاری مواجه شدند.

حال در این بخش از نوشتار به تشریح و توضیح دلایل و استنادات موافقین و مشروطه خواهان می‌پردازیم.

### چرایی قانون‌گرایی

شمس کاشمیری در «کلمه جامعه» در رساله‌ای که به دفاع از مشروطه نوشته است فلسفه قانون‌گذاری را از تفکیک امور معاشی و معادی آغاز می‌کند و باز هم همان استدلالات کلیات و جزئیات را مطرح می‌کند. از نظر او خداوند «در امور معاشیه و رسومات معموله یک قانون کلی وضع فرموده و جزئیات را در تحت کلیات اوامر مقدسه مندرج نموده و انتظام و ترتیب جزئیات را تفویض به عقل عقلاء و علم علماء و اهل خبرت و سیاست کرده...» (شمس کاشمیری، ۱۳۷۴، ص ۶۰۶)

ملا عبدالرسول کاشانی بر طبق قاعده «کلما لم یقدر بقدر، فالحکم فیه العرف» میزان بسیاری از احکام را؛ بالاخص در مقام قضا و جزا بر عهده «اهل خبره» می‌داشت، مشروط بر آن‌که حدود آن در شرع مشخص نشده باشد. کاشانی می‌گفت که در بیان و حتی وضع برخی قوانین می‌توان به همین «قانون مبارک کلی» دستاویز شد. از طرف

دیگر بنابر قاعده: «کَلِمَا حَكَمَ بِهَ الْعَقْلُ حَكَمَ بِهَ الشَّرْعُ» و یا بالعکس، می‌توان به وضع برخی قوانین دست یازید، بالاخص با توجه به این‌که پیامبر فرمود: «لَا تَجْتَمِعُ اُمَّتِي عَلٰی الْخَطَا» می‌توان به مشروعیت قانون‌گذاری با اجماع اهل عرف صحه نهاد. پس قانون‌گذاری بشری مذموم نیست و تعارضی با شریعت ندارد، زیرا قاعده کلی وضع قانون به شرطی «که مخالف با قانون صریحی از شرع نباشد» مانع از ایجاد تعارضی بین دو مقوله شرع و عرف نمی‌شود. (آبادیان، ۱۳۷۴، ص ۹۰)

نهضت مشروطیت، دو وظیفه داشت: یکی قلع و قمع استبداد(درمان) و دیگری تدوین نظام‌نامه یا دستور یا قانون اساسی(پیش‌گیری) و اگر تدوین یک قانون اساسی جامع و مانع نباشد استبدادی که از در خاج شده از پنجره بر می‌گردد. بنابراین به خاطر جلوگیری از هر انحرافی، قانون اساسی لازم است. تدوین قانون اساسی مقدمه واجب است. جلوگیری از فاشیسم نیز واجب است.

واجب بسیار مهمی برای همگان مطرح است که آن، رعایت حقوق ملت و حفظ آزادی مردم و مساوات است. این واجب مقدمه‌ای دارد که همانا تدوین نظام‌نامه و اساسنامه است. آری به گفته آیت...نایینی «وجوب اصول ترتیب دستور اساسی، به طوری که به همان کیفیت سابقه، تحدید استیلا بر وفق مقتضیات مذهب کاملاً متکفل و متضمن باشد، نظر به توقف حفظ نظام و صیانت اساس محدودیت و مسؤولیت سلطنه غاصبه بر آن، از بدیهیات است.»(بهشتی، ۱۳۷۹، صص ۳۷۲-۳۷۳)

### چرایی مجلس‌گرایی

پارلمان در برداشت اسلامی مبتنی بر اصل مشورت می‌باشد و نهادی است برای قانون‌گذاری در حیطه شرع. در برداشت غربی‌ها و نواندیشان غیردینی مبنای شکل‌گیری پارلمان، حاکمیت ملت و قرارداد اجتماعی است و قانون‌گذاری نیز صرفاً بر همین اساس و بدون مشروط بودن به شرع انجام می‌پذیرد.

میزان استقلال پارلمان در برداشت علما بسیار محدودتر از برداشت غربی است، چرا که در نظام غربی، پارلمان کاملاً مستقل و دارای حاکمیت می‌باشد و می‌تواند بر اساس نیازهای مردم به جعل قانون بپردازد ولی پارلمان در برداشت اسلامی نه تنها

#### تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۴۱

استقلال کامل ندارد، بلکه در جعل قانون بایستی تنها در محدوده غیر منصوصات و به شرط عدم مغایرت با اصول اسلامی صورت پذیرد. (شهرام نیا، ۱۳۸۵، ص ۳۱۱)

آخوند خراسانی در پاسخ به استفتائی در خصوص مجلس شورای ملی، علل تشکیل آن را صیانت از اسلام، حفاظت از حوزه مسلمانان و برطرف نمودن استبداد معرفی می‌نماید. این جوابیه بدین قرار است: «مفاد احکام صادره از احقر و سایر آقایان عظام دامت برکاتهم لزوم موافقت و تشیید همه مجلس محترم ملی شید الله ارکانه و نصر اعوانه است که فعلاً در تهران در بهارستان منعقد است و بحمدالله موجب حفظ بیضه اسلام و حوزه مسلمین و رفع ظلم و تعدیات و حصول مقاصدی است که سال‌های سال آرزو داشتیم...» (جلالی، ۱۳۸۶، ص ۸۶)

از دیگر مؤیدات، می‌توان نامه آقا نجفی را برشمرد که بدین شرح می‌باشد: «...در خصوص مجلس مقدسه مشروطه شورای ملی، احکام حجج اسلام نجف اشرف در وجوب مشروطه و انعقاد مجلس زیارت شد، مطاع و لازم الاتباع است و تخلف از احکام حجج اسلام جایز نیست. چنانچه از دو سال قبل تا به حال کراراً نوشته‌ام و کمال سعی را در تشیید این مجلس مقدسه مشروطه مطابق احکام مطالبه نموده و می‌نمایم. محرم ۱۳۱۷» (نجفی، ۱۳۷۱، ص ۲۱۱)

سید عبدالحسین لاری در رساله خود به نام «قانون در اتحاد دولت و ملت» تشکیل مجلس را واجب کفایی می‌داند، یعنی برای حفظ حقوق مردم باید عده‌ای به اندازه کافی وجود داشته باشند که آن را حفظ و حراست کنند و با حضور آنان وجوب امر از دیگران ساقط است. (لاری، ۱۳۷۴، ص ۴۰۸)

آیت‌الله نائینی نیز دو اصل قانون و نظارت ملی را تنها مانع تبدیل سلطنت شوریه به تملیکیه می‌دانند و نظارت پذیری حکومت اسلامی بخاطر این است که در اسلام فرمانروایان در برابر مردم مسؤول‌اند نه مالک، محدود و مقید به قوانین شرعی و عرفی و مصلحت عمومی هستند نه مطلق العنان و نیز محدود بودن سلطنت اسلامی از ضروریات دین است. (بهشتی، ۱۳۷۹، ص ۴۳۳)

ایشان در رساله خویش، وجوب مجلس شورای ملی را در ۳ جهت بیان می‌دارند: «۱- از جهت شورویه بودن اصل سلطنت اسلامیه ۲- از جهت مالیاتی که از برای اقامه مصالح لازمه می‌دهند، حق مراقبت و نظارت دارند ۳- از باب منع از تجاوزات در باب نهی از منکر» (نایینی، ۱۳۷۸، ص ۱۰۹)

#### **تطبیق اسلام و زمانه**

نهضت مشروطیت حادثه‌ای مهم در دوران معاصر است که اندیشه دینی و عقلی در ایران معاصر را تحت تأثیر خود قرار داده است. انقلاب مشروطیت نمایان‌گر نخستین مواجهه مستقیم بین فرهنگ‌های سنتی اسلامی غرب در ایران جدید است. همه کوشش‌های پیشین در جهت نوسازی، هر چند متضمن تحولات در نظام‌های حقوقی، حکومتی و اداری بود به راه‌ها و در حوزه‌هایی افتاده بود که تماس دوردوری با ارزش‌های سنتی داشت. هیچ کدام به نحوی آشکار و اساسی با این ارزش‌ها معارضه نکرده بود.

#### **مقتضیات زمان و مکان**

آنچه در مضامین رسائل به چشم می‌خورد، توجه مکرر به «مقتضیات و زمان» است. اگر از مشروطه طرفداری می‌شود، منظوری جز تعمیم اصول نظری شیعه بر شرایط خاص زمانی و مکانی نبوده، فی الواقع اثبات توانایی شریعت در حل مشکلات بشریت را مطرح نظر قرار می‌داده است. از طرفی حفظ سرزمین اسلامی را رد قالب پذیرش آموزش‌های نوین میسر و ممکن می‌دانستند.

به عنوان مثال حاجی نورالله اصفهانی در رساله «حاجی مقیم و مسافر» استدلال می‌کرد که پذیرش «مشروطه یا جمهوری» به مفهوم قبول تمدن جدید بشری است و اگر این امر تحقق پذیرد، از شر دست‌اندازی‌های دول بیگانه مصون خواهیم ماند، به عبارت بهتر از آنجایی که کشور مشروطه وارد در سیاست بین الملل می‌شود و نقشی فعال می‌پذیرد و حقوق انسان را به رسمیت می‌شناسد خود به خود از تجاوز ایمن می‌ماند و درست به همین دلیل ایران باید وارد جرگه ممالک مشروطه شود و از منظر دینی اثبات می‌کند که ارزش‌های رسمیت یافته مدنیت نوین در باب انسان را قبول دارد



تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۴۳

و از این راه احتمال بهانه جویی و سلب امنیت دارالاسلام را از طرف غرب از بین ببرد. (آبادیان، ۱۳۷۴، ص ۸۴)

آیت‌الله نائینی نیز پس از تقسیم احکام شرعی به احکام و قوانین فردی و اجتماعی، قوانین اجتماعی را به دو دسته ثابت و متغیر تقسیم می‌کند که عبارتند از:

۱- منصوصات معین و مندرج در شریعت

۲- غیر منصوصات غیر معین ولی محدود و تحت ضابطه شریعت

فقرات مذکور، نخست با تفکیک قوانین ثابت و قوانین متغیر، امکان استخراج قوانین با عقل بشری را ثابت می‌کند؛ دوم، معیار آن را مطابق با مقتضیات زمانی و مکانی می‌داند.

علامه طباطبایی در این زمینه می‌فرماید: «مقررات اسلامی بر دو قسم اند... نوع اول احکام آسمانی و قوانین شریعت که موادی ثابت و احکام غیرقابل تغییر مکی باشند... نوع دوم احکام و مقرراتی که از کرسی ولایت به حسب مصلحت وقت وضع شده و اجرا می‌شود این نوع مقررات در بقا و زوال خود تابع مقتضیات و موجبات وقت است و با تغییر مصالح و مفاسد، تغییر و تبدیل پیدا می‌کند.» (توکلی، ۱۳۸۴، صص ۱۲۲-۱۲۳)

آن قوانینی که در منابع فقهی آمده بود اولاً مبتنی بر اجتهاد فقها بود و ثانیاً برای رفع نیازمندی‌های انسانی که در دوره حیات آن فقها می‌زیست تدوین شده بود. استمرار اجتهاد فقها اقتضاء می‌کند که فقها مطابق مشکلات جدید انسان مسلمان، احکام و فتاوی تازه‌ای را صادر کنند. از طرف دیگر، دین فقط آن چیزی نبود که توسط فقها ارائه می‌شد، به عبارت روشن‌تر خود آن قوانین فقهی در زمره علوم اعتباری بود. فقها می‌توانستند با منابع لازم فقهی این علم را قوت بخشند، ضمن این‌که تخصص در بسیاری از شؤون و علوم مانع از آن می‌شد که علما بدون نیازمندی به تخصص اهل عرف بتوانند در هر حیطة‌ای از عهده حل مشکلات برآیند. بلکه بسیاری از صاحبان فن می‌توانستند با تشخیص این‌که فی‌المثل مطابق شرایط نوین جهانی، امر اخذ مالیات چگونه باید باشد، علما را یاری کنند.

**مصلحت و حفظ کیان اسلامی**

آیات عظام نجف و رهبران روحانی نهضت مشروطیت، مقتضیات عصر خود را متفاوت با اعصار پیشین می‌یافتند و به این منظور تفسیری عصری از جامعه و حقوق انسان با توجه به مبانی دینی ارائه می‌دادند. آن‌ها در پاسخ به اهالی همدان نوشتند «امروز عقلای عالم متفق‌اند که مقتضیات این قرن مغایر با مقتضیات قرون سالفه است. هر دولت و ملتی در امور عرفیه و موضوعات خارجی از قبیل تسطیح طرق و شوارع و تجهیز عساکر بریه و مجریه به طرز جدید و آلات جدید و تأسیس کارخانجات که سبب ثروت ملیه است به وضع حالیه نکند و علوم و صنایع را رواج ندهند به حالت استقلال و حفظ جلالت انفراد مستمر نخواهد بود و بقای بر مسلک قدیمی جز اضمحلال و انقراض نتیجه نخواهد داد. پس تأسیس این امور محترمه، حفظ بیضه اسلام است.» (جلالی، ۱۳۸۶، ص ۹۱)

به دید شیخ حسین یزدی، نخستین شرط قانون‌گذاری وجود مصلحت و فقدان مضرت است به همین دلیل بسیاری از قوانین نسخ می‌شود، زیرا نفعی بر آن‌ها مترتب نیست نافع بودن قانون بر اساس ضابطه مصلحت عمومی، یکی از برجسته‌ترین نکات مرود توجه شیخ حسین یزدی است که در آثار سایر نظریه پردازان عصر مشروطه دیده نمی‌شود. وی وقتی از مصلحت سخن می‌گفت، اگرچه منظورش این نبود که قوانین صرفاً بر اساس مصلحت نوعی رایج در غرب و فارغ از مسائل و حدود دینی باید مورد توجه قرار گیرند؛ اما تفسیر شرع بر مبنای مصلحت نوعی؛ امری است در خور توجه که باید در تاریخ اندیشه سیاسی این دوره مورد توجه واقع شود. از دید یزدی مصلحت مزبور، در چارچوب شریعت معنا و مفهوم دارد، یعنی مصلحت عمومی ذیل احکام شریعت جای می‌گیرد و تعریف این مصلحت، تعریفی دینی است نه غیر دینی. ایشان در باب مصلحت و جامعیت اسلام و رجحان آن نسبت به دیگر ادیان این گونه اشاره دارند: «لذا دین قویم اسلام را به طوری بر اساس محکم استوار فرمود که تا قیامت پایدار بماند و امور روحانی و سیاسی معتقدین آن را الی الابد کفالت کند و از هر نوع تزلزلی محفوظ ماند، احکام ثانویه عذریه مقرر فرمود از قبیل اباحه محظورات در مواقع ضرورت و لزوم تقدیم اهم بر مهم و وجوب دفع افسد به فاسد که به رعایت

تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۴۵

همین دقیقه، سایر شرایع منسوخ و قوانین اسلام ابدی و لاینسوخ خواهد بود.» (آبادیان، ۱۳۸۶، صص ۱۶۴-۱۷۴)

نویسنده‌ای گمنام در رساله‌ای به نام «بستان الحق» که آن را در سال ۱۳۲۳ ه.ق، اندکی پیش از پیروزی مشروطه به اتمام رسانیده، محور یکی از بحث‌های خود را «حراست از ممالک اسلامیة و نفوس رعایای اسلامیة از شر و تقدمه معاندین» قرار داده و آن را واجب کفایی ذکر کرده است. این نویسنده «هر چیز در هر عصر» که بتواند این مهم را برآورده سازد واجب شمرده است. استدلال یاد شده بر مبنای قاعده «مقدمه واجب، واجب است» استوار شده است. او بر این نکته اذعان دارد که: «حفظ قدرت اسلام در هر عصر باید به اقتضای عصر» انجام گیرد. (جلالی، ۱۳۸۶، ص ۸۵)

شرایط جدید، ضرورت قانون‌گذاری بر اساس مصالح جدید و سازگار با مقاصد شریعت را آشکار می‌سازد و جامعیت شریعت نیز در این صورت معنا پیدا می‌کند. اگر قانون‌گذاری محدود به ارزش‌هایی بود که شارع به صراحت فرمان داده بود، شریعت از پاسخ دادن به مصالح امت ناگزیر قاصر بود. بستن باب مصلحت مترادف با جمود و تحجر و قائل شدن محدودیت غیر لازمی برای توانایی شریعت در انطباق با تغییر اجتماعی است.

در این میان به نظر شیخ محمد اسماعیل غروی محلاتی، یک رژیم مشروطه دارای دو فایده است: نخست آن‌که به حکومت استبدادی پایان می‌بخشد؛ دوم آن‌که «بیضه اسلام» را از «رقیت کفار» نگاهداری می‌کند. بدین ترتیب درگیری هر فردی در این جنبش مشروطه خواهی و در استحکام این اساس از جهت اولی داخل است در عنوان نهی از منکر و اقامه معروف و از جهت ثانیه داخل است در عنوان مدافعه با کفار در اعتلای علم اسلام و حفظ مملکت مسلمین از تهاجم کفار. (حائری، ۱۳۶۸، ص ۱۲۵)

فقهای شیعه مسأله حفظ دین و جلوگیری از خطراتی که اسلام را تهدید می‌کند را گاهی به عنوان یک ضرورت فقهی و امری مسلم تلقی کرده و گاهی از آن به مصلحت ملزومه یا «ما لا یرضی الشارع بترکه» یاد نموده اند (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ص ۲۵۱). مصلحت در دیدگاه فقه شیعه تا اندازه‌ای پر اهمیت جلوه کرده که از آن به

عنوان یک قاعده فقهی به معنی ضرورت حفظ نظام و حاکمیت اسلام و حراست از موجودیت دین تعبیر شده است که حاکم بر احکام دیگر و حتی مقدم بر احکام اولیه تلقی می‌گردد. (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ص ۲۵۱)

### چگونگی تقنین

#### قوانین شرعی و قوانین عرفیه

تقسیم بندی قواعد و قوانین به دو بخش شرعی و عرفی از یادگارهای زمان مشروطیت می‌باشد که خود منبعث از احکام ثابت و متغیر است. البته باید اشعار داشت که منظور از قوانین عرفی به معنای خروج از قوانین الهی و شرعی نیست بلکه این قوانین در دایره شریعت‌اند اما به لحاظ عدم اندراج آن‌ها در قالب منصوصات دینی، مسمی به عرفیه و نوعیه می‌باشند که از جهت غیر منصوص بودن، در ازمنه و امکانه مختلف دچار تغییراند و به تناسب همان موقع و موضع تأسیس می‌گردند.

یکی از ابتکارات میرزای نائینی مشروعیت بخشیدن به قلمرو عرف اجتماعی از طریق تقسیم قوانین به ثابت و متغیر بود. البته فقهای پیشین احکام را به اولیه و ثانویه تقسیم بندی کرده بودند ولی نگرش آن‌ها به احکام ثانویه محدود به مسائل فردی بود. ایشان احکام ثانویه را به پهنه ضرورت‌های کلان جامعه و سیاست کشاند و دایره قوانین ثابت را ضیق و دایره قوانین متغیر را گسترده داشت. (نوری، ۱۳۷۹، ص ۵۱۹)

در تنبیه الامه و تنزیه المله این گونه مقرر شده است: «بدانکه، مجموع وظایف راجع به نظم و حفظ مملکت و سیاست امور...خارج از دو قسمت نخواهد بود؛ چه بالضرورة یا منصوصاتیست که وظیفه عملیه آن بالخصوص معین و حکمش در شریعت مطهره، مضبوط است و یا غیر منصوصی است که وظیفه عملیه آن به واسطه عدم اندراج در تحت ضابطه خاص و میزان مخصوص، غیر معین...واضح است هم چنانکه قسم اول نه باختلاف اعصار و امصار قابل تغییر و اختلاف و جز تعبد بمنصوص شرعی الی قیام الساعه وظیفه و رفتاری در آن متصور تواند بود...» ایشان در ادامه می‌فرمایند: «آن‌که چون دانستی قسم دوم...باختلاف مصالح و مقتضیات، مختلف(است) و از این جهت در شریعت مطهره غیرمنصوص و به مشورت و ترجیح «من ولایه النظر» موکول است. پس البته قوانین راجعه باین قسم، نظر باختلاف مصالح و مقتضیاتش

تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۴۷

باختلاف اعصار لامحاله مختلف و در معرض نسخ و تغییر است و مانند قسم اول مبنی بر دوام و تائید نخواهد بود.» (نائینی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۰)

سید عبدالعظیم عمادالعلماء خلخالی صاحب «بیان معنی سلطنت مشروطه و فواید» احکام را در دو قسم شرعیه و سلطانیه معرفی می‌نماید که احکام سلطنت را در جرگه «تعیین موضوعات» می‌داند که البته تصویب آن به خبرگان سیاسی و روحانیون دینی موکول می‌کند: «قوانین سلطنتی ربط به احکام و تکالیف شرعیه ندارد و با قواعد متشرعه اصلاً و فرعاً بوجه من الوجوه مزاحم و معارض نیست، بلکه تماماً از قبیل تعیین موضوعات است. پس صحت و لزوم کبری که حفظ بیضه اسلام و بقای طریقه جعفریه و دوام سلطنت شیعه اثنی عشریه باشد، جای شبهه احدی از جاهل و عاقل نیست اما صغرای آن که امروزه به اقتضای این زمان، کدامیک از علوم و معارف، بیشتر مدخلیت در بقای طریقه جعفریه و در دوام و ترقی سلطنت شیعه دارد، امری است داخل در موضوعات. تصویب آن مربوط به رای و اراده رؤسای روحانی ملت و محول به تصویب عقلاء مملکت است که در امور سیاسی و مدنی اطلاع و آگاهی دارند.» (خلخالی، ۱۳۷۴، ص ۳۲۱)

شیخ اسماعیل محلاتی نیز در «لایحه وجوب مشروطه» با تعبیر دیگری این تقسیم بندی را تشریح می‌کند: «ملخص آن قانون، به دو شعبه راجع شود؛ یکی اشغال ملکیه و ادارات دولتی که به صواب دید امناء ملت محدود و مضبوط شده. دیگری در حدود دیات و سایر سیاسات نوعیه که می‌بایست مطابق آنچه در شریعت مطهره مقرر شده ملحوظ نمایند و بدون اختلاف و افتراق مابین عالم و عامی و قوی و ضعیف و وضع و شریف، در تمام بلاد ایران معمول و جاری دارند.» (شریف کاشانی، ۱۳۶۲، ص ۲۵۰)

#### فرایند تنظیم قوانین عرفیه

پس از تقسیم قوانین به شرعیه و عرفیه، باید برای تنظیم قوانین عرفیه و مصالح نوعیه در باب امور مربوط به حفظ نظام و طرد ظلم و استبداد و نظم دهی شؤون سیاسی و حکومتی، ساختاری طراحی گردد که نظریات، ایده‌ها و اندیشه‌های فوق‌الذکر ابتر باقی نماند.

مرحوم سید عبدالحسین لاری که از حامیان «مشروطه مشروع» می‌باشد باور سیاسی خود در این زمینه را بر چند رکن بنا نموده است: رکن اول؛ پذیرش نظام شورایی که البته مرکب از افرادی باشد که «موقوف و معروف بر حس فطرت و رشاد و بصیرت» هستند. تمام مفاسدی که برای عالم اسلام از آغاز تاکنون پیش آمده به واسطه مخالفت حکم و شورای ملت و کفران نعمت می‌باشد. رکن دوم؛ این که این نظام شورایی صرفاً در دایره قواعد و قوانین شرایع و دین اسلام و مسلمین نظر بدهد و لاغیر. هر چند این نظام رای دهد لاجرم باید «به نظر صوابدید آراء شورا انبیاء عظام و علمای اعلام و نواب حضرت خیرالانام و عقل عقیل مستقل امام(ع) والا مقام و قواعد و قوانین شرع اسلام» باشد. رکن سوم، پدید آمدن قانون ملی از ترکیب دو رکن قبلی. (جعفریان، ۱۳۸۶، صص ۱۴۴-۱۴۵)

لیک در این بین، نظر میرزای نائینی قابلیت تأمل بیشتری دارد. ایشان این فرایند را این گونه توصیف می‌نمایند: «این قسم خود مبتنی بر دو امر است: اول؛ مرتب داشتن دستوری (قانون اساسی) که به تحدید مذکور و تمیز مصالح نوعیه لازمه الاقامه از آنچه در آن حق مداخله و تعرض نیست، کاملاً وافی و کیفیت آن وظایف و درجه استیلاء سلطان و آزادی ملت و تشخیص کلیه حقوق طبقات اهل مملکت را موافق مقتضیات مذهب به طور رسمیت متضمن و خروج از وظیفه نگهبانی و امانت داری بهر یک از طرفین افراط و تفریط چون خیانت به نوع است رسماً موجب انعزال ابدی و سایر عقوبات مترتبه بر خیانت باشد، چون دستور مذکور در ابواب سیاسیه و نظامات نوعیه بمنزله رسایل عملیه تقلیدیه در ابواب عبادات و معاملات و نحوه‌ها و اساس حفظ محدودیت مبتنی بر عدم تخطی از آنست. لهدا نظامنامه و قانون اساسیش خوانند و در صحت و مشروعیت آن بعد از اشمال بر تمام جهات راجعه به تحدید مذکور و استقصاء جمیع مصالح لازمیه نوعیه جز عدم مخالفت فصولش با قوانین شرعیه شرط دیگری نخواهد داشت.» (نائینی، ۱۳۷۸، ص ۳۷)

بنابراین، گام اول وضع قانون اساسی است که باید حاوی میزان قدرت شاه و آزادی ملت و حقوق افراد و تکالیف آنها باشد و مشروعیتش مبتنی بر عدم تغایر با احکام شرعی و مطابقت با موازین اسلامی باشد.

«دوم؛ استوار داشتن اساس مراقبه و محاسبه و مسؤولیت کامله به گماشتن هیأت مسدده و رادعه نظار از عقلاء و دانایان مملکت و خیرخواهان ملت که به حقوق مشرکه بین الملل هم خبیر و به وظایف و مقتضیات سیاسیه عصر هم آگاه باشند، برای محاسبه و مراقبه و نظارت در اقامه وظایف لازمه نوعیه و مجلس شورای ملی مجمع رسمی ایشان است.» (نائینی، ۱۳۷۸، صص ۳۷-۳۸)

با این توصیفات گام دوم تأسیس مجلس شورای ملی است که وظایف آنان تحفظ و صیانت از قانون اساسی و نظارت در اجرای وظایف و عدم تعدی و تفریط می‌باشد که البته همه این‌ها منوط به وجود قانون اساسی است که تکالیف در آن مشخص و معین شده باشد و الا به گفته ایشان «مانند محمول بلا موضوع و از قبیل سر بی صاحب تراشیدن خواهد بود.»

اما مرحله سومی نیز در این فرایند مستقر است که میرزای نائینی آن را جداگانه متمایز نموده ولی به توضیح آن پرداخته است: «مشروعیت نظارت هیأت منتخبه مبعوثان بنابر اصول اهل سنت و جماعت که اختیارات اهل حل و عقد امت را در این امور متبع دانسته‌اند به نفس انتخاب ملت، متحقق (است) و متوقف بر امر دیگری نخواهد بود. اما بنابر اصول طایفه امامیه که این گونه امور نوعیه و سیاست امور امت را از وظایف نواب عام عصر غیبت علی مغیبه السلام می‌دانیم اشمال هیأت منتخبه بر عده‌ای از مجتهدین عدول و یا مأذونین از قبل مجتهدی و تصحیح و تنفیذ و موافقتشان در آراء صادره برای مشروعیتش کافی است...» (نائینی، ۱۳۷۸، ص ۳۸)

تأکید مرحوم نائینی بر عدم کفایت قانون اساسی در مشروعیت نسبی نظام و اعتقاد وی مبنی بر لزوم برپایی شورای نظارت (هیأت مسدده) حاکی از آن است که وی در صدد تبیین حداقل حکومت مشروعی است که بتوان آن را از باب دفع افسد جایگزین استبدادی نمود. (عمید زنجانی، ۱۳۷۷، ص ۷۸)

با عنایات به مطالب مزبور در تنظیم قواعد عرفیه، ادامه نوشتار را در ۳ بخش مربوط به قانون اساسی، مجلس و مجتهدین نظار پی می‌گیریم.

### وضع قانون اساسی و عدم تغایر آن با قانون شرعی

قانون و عمل به قانون از شعارهای اصلی مشروطیت بود. همه جریان‌ها و جناح‌های عصر مشروطیت از قانون و عمل بر اساس آن سخن می‌گفتند. ولی این‌که کدام قانون باید ملاک عمل باشد اختلاف داشتند. مقصود اسلام‌گرایان از قانون، قوانین و احکام اسلام بود ولی غرض غرب‌گرایان، قوانین و اصول اروپایی بود. (مزینانی، ۱۳۸۶، ص ۳۱۸) همان‌طور که ملاحظه نمودید، با توجه به مطالبی که در این نوشته بیان شده می‌توان استنباط نمود که هدف علما و مراجع از وضع قانون، هیچ‌گاه به معنای طرد شرع و دین نبوده است و اگر قانونی هم تصویب می‌شود تنها در حیطة مبانی اسلامی می‌باشد.

صاحب «لایحه وجوب مشروطه» مطلب مذکور را بدین گونه مطرح می‌نماید: «مملکت ایران هم مطابق مذاهب خود، بایست در قانون اساسی، جمیع موازین اسلامی را که هیچ نکته در او فروگذار نشده و شرف و عزت دین و دنیای همه مسلمین در حفظ آن‌ها است، در عهده بشناسد.» (شریف کاشانی، ۱۳۶۲، ص ۲۵۰)

میرزای نائینی در پاسخ به شبهه بدعت بودن قانون اساسی می‌گوید:

«۱- بدعت در صورتی متحقق می‌گردد که غیر مجعول شرعی - خواه حکم جزئی شخصی باشد یا عنوان عام یا کتابچه دستور کلی (قانون اساسی) باش - بعنوان مجعول شرعی و حکم الهی ارائه و الزام شود و الا هیچ نوع الزام بدعت و تشریح نخواهد بود.

۲- هم چنان‌که امور غیر واجبه بالذات بتعلق نذر و عهد و یمین و امر آمر، لازم الاطاعه (می‌شود) و اشتراط در ضمن عقد لازم و نحو ذلک، واجب و لازم العمل می‌شود، همین‌طور اگر اقامه واجبی هم بر آن متوقف شود لامحاله عقلاً لازم العمل و بالعرض واجب خواهد بود، هر چند اتصاف مقدمه واجب را بوجوب شرعی استقلالی هم قائل نباشیم، چه بالضروره توقف واجب بر آن عقلاً موجب لزوم اتیان است و این مقدار از لزوم مقدمه فیما بین تمام علما اسلام اتفاقی و از ضروریات است.» (نائینی، ۱۳۷۸، صص ۱۰۴ و ۱۰۵)



تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۵۱

هم ایشان می‌فرمایند: «اصل عقد دستور اساسی فقط برای ضبط رفتار متصدیان و تحدید استیلاء و تعیین وظائف آنان و تشخیص وظایف نوعیه لازمه الاقامه از ماعدای آن است و دستورات تفصیلیه (قوانین موضوعه غیر از قانون اساسی) هم یا سیاستی است عرفیه که حفظاً للنظام مقرر شده یا شرعیاتی است بین العموم مشترک و غیر مختلف الصنف.»

بنابراین مشخص گردید که تصویب و ترتیب قانون اساسی هیچ تعارض و تهافتی با امور شرعی و احکام الهی ندارد زیرا در برابر احکام و قوانین شرعی و در عوض آن‌ها بیان نمی‌شود بلکه قانون اساسی و قوانین موضوعه دیگر با توجه به مسائل مستحدثه و در راستای احکام متغیر و سیال و به اختلاف زمان و مکان، وضع یا نسخ می‌گردند و مع الوصف هیچ خللی به احکام و قواعد دینی وارد نمی‌کنند.

این امر به گونه‌ای دیگر در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دیده می‌شود. در قانون اساسی نظام طی اصل چهارم به طور صریح قید شده است که «کلیه قوانین و مقررات... باید بر اساس موازین اسلامی باشد. هم چنین در اصل دیگری آمده «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان...» (قانون اساسی ج. ۱. ا، اصل ۹۶)

پس در یک جا به «عدم مغایرت مصوبات با احکام اسلام» اشاره می‌کند و در جای دیگر به «انطباق قوانین با موازین اسلامی». معنی حقوقی انطباق قوانین و مقررات با موازین اسلامی آن است که هیچ کدام از امور لازم الاجرا در نظام اسلامی نباید با موازین اسلامی مخالف و در تضاد باشد و در حقیقت، جهت سلبی انطباق، مورد نظر است نه منطوق اصل چهارم. (عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ص ۲۱۱)

به تعبیری دیگر می‌توان گفت که مصوبات قانونی نیازی به انطباق با احکام اسلام ندارد بلکه عدم مغایرت کفایت می‌کند در حالی که این مصوبات نباید از چارچوب و موازین اسلامی خروج یابد؛ در حقیقت رابطه احکام مصرح اسلامی با موازین اسلامی عموم و خصوص مطلق است و مصوبات قانونی می‌تواند در دایره موازین جای گیرد در حالی که با احکام تعارضی نداشته باشد.

**مجلس شورا و کارکرد آن**

در خصوص مجلس شورای اسلامی، رویکرد و عملکرد آن، رساله‌ها، نامه‌ها، تلگراف‌ها، لوايح، کتب فراوانی رد و بدل شد از آن جمله می‌توان پاسخ آخوند خراسانی، شیخ عبدالله مازندرانی و حاج میرزا حسین تهرانی به مردم تهران را نام برد که فرمودند: «...مجلس که تأسیس آن برای رفع ظلم و اغاثه مظلوم و اعانت ملهوف و امر به معروف و نهی از منکر و تقویت ملت و دولت و ترفیه حال رعیت و حفظ بیضه اسلام است قطعاً، عقلاً، شرعاً و عرفاً راجح بلکه ارجح است و مخالف و معاند او مخالف شرع انور و مجادل با صاحب شریعت است...» (آبادیان، ۱۳۷۴، ص ۴۰)

مع ذلک این قسم از نوشته در دو شق بر بررسی پارلمان در اندیشه اندیشمندان و علمای مشروطیت می‌پردازد:

#### **مبعوثان ملت و خصایص آنان**

نمایندگانی که تحت شرایطی از سوی مردم برگزیده می‌شوند، در حقیقت همان اهل حل و عقدند. آنان می‌توانند به تناسب موقعیت، گره‌هایی بگشایند یا گره‌هایی بزنند. قوانینی که از سوی قوه مقننه وضع می‌شود چیزی غیر از گره زدن و گره گشودن در مسائل سیاسی، اجتماعی، قضایی، دفاعی، اقتصادی، فرهنگی و بین‌المللی نیست.

اگر اهل حل و عقد بی‌نیاز از انتخاب مردم باشند دو ضرر دارد: یکی این که مردم دخالتی در سرنوشت خود ندارند و در نتیجه شعور سیاسی و اجتماعی آن‌ها ضعیف می‌ماند. دیگر این که هر کسی که دارای قدرت مالی و حزبی و گروهی باشد خود را سرپرست و قیم مردم می‌داند و این خود، علاوه بر ضرری که برای مردم دارد، مستلزم رقابت‌ها و برخوردهایی نیز خواهد بود. (بهشتی، ۱۳۷۹، صص ۳۸۸-۳۸۹)

البته مشروعیت اهل حل و عقد در میان شیعیان تنها به انتخاب مردم محقق نمی‌گردد بلکه به «اذن مجتهد نافذ الحکومه و اشتغال مجلس ملی به عضویت یک عده از مجتهدین عدول عالم به سیاسات برای تصحیح و تنفیذ آراء» نیازمند است.

نمایندگان مجلس شورای ملی باید دارای ویژگی‌هایی باشند که میرزای نائینی آن‌ها را به ترتیب زیر بر شمرده‌اند:

«۱- علمیت کامله در باب سیاسات و فی الحقیقه مجتهد بودن در فن سیاست، حقوق مشترکه بین‌الملل و اطلاع بر دقایق و خفایای حیل معموله بین‌الدول و خبرت

تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۵۳

کامله به خصوصیات وظایف لازمه و اطلاع بر مقتضیات عصر...۲- بی غرضی و بی- طمع و الا چنانچه پای ادنی شائبه غرضیات و اندک طمع چپاول و... در کار باشد، موجب تبدیل استبداد شخصی به استبداد جمعی و اسوء از اول(بدتر از استبداد فردی) خواهد بود. ۳- غیرت کامله و خیرخواهی نسبت به دین و دولت و وطن اسلامی و نوع مسلمین...»(نائینی، ۱۳۷۸، ص ۱۱۹)

#### محدوده جواز عملکرد نمایندگان مجلس شورا

شیخ اسماعیل محلاتی در اللثالی مربوط فی وجوب المشروط حوزه کارکرد نمایندگان را بدین گونه توصیف می‌نماید «...عقد مجلس در هر بلدی برای نظارت امنای ملت است در اشغال حکومت چه مالیه چه عسکریه و در کلیات امور سیاسیه که راجع است به نظم مملکت و آبادی آن و در هر چه موجب ترتیب رعیت باشد در تعلیم و تعلم علوم و صنایع سیاسیه که باعث رفاهیت آنان شود در معاش دنیوی و موجب اخراج آن‌ها شود از ذل نکبت و احتیاج به خارجه» پس ایشان وجود مجلس و نمایندگان را دلیل آبادانی کشور و خودکفایی و قطع دست بیگانگان معرفی می‌نمایند.

از جمله در یکی از اولین نامه‌های یکه بوسیله اصناف گوناگون در ۲۷ جمادی الاولی سال ۱۳۴۲، سه روز پس از تحصن آنان در سفارت بریتانیا نوشته شد، وظیفه مجلس را اجرای عدالت بر اساس قانون محمدی(ص) می‌دانستند. در بخشی از نامه یاد شده آمده است: «استدعای رعایا که نوامیس و عیال پادشاه‌اند، آن است که مجلس معدلتی که حاوی بر اجرای احکام محمدی(ص) و مشتمل است بر حفظ نفوس و اعراض و ناموس و دماء مسلمین و امنیت دوستان محمد و آل محمد(ص) اقامه شود که اجزاء آن اجرای احکام محمدی و فرمایشان پادشاه که تمام ماخوذ از قانون احمدی است...»

در «رساله سؤال و جواب» حاج سید نصرالله تقوی اخوی از حامیان مشروطه، در این رابطه سؤالی مطرح شده که ایشان پاسخ می‌دهند: «سؤال: از قراری که شنیده می‌شود، قوانینی که در مجلس شورای ملی موضوع و توسط دوائر موزعه مجری می‌شود بسیار از آن‌ها مخالف قوانین شریعت مطهره است...در این صورت چگونه تکلیف علمای اعلام اقتضاء می‌کند در تشکیل چنین مجلسی اقدام کنند...؟»

جواب...: فرق است بین مواد قانونی و هیأت قانونی، به این معنی که هیچ مملکتی مجبور نیست در وضع ماده قانون تابع مملکت دیگر بوده باشد... هر چند در ترتیب و هیأت و نظم امر اجرا با هم بی‌مشابَهت نیستند... به عبارت آخری در این تغییر وضع نتیجه‌ای که از اقدامات علما حاصل است این است که همان قوانین موضوعه احمدی (ص) که از زمان تصدی والیان جور تا به اکنون مهجور و معطل مانده، به توسط امنای دولت و ملت و امضای شخص شاخص سلطنت به موقع اجرا در آید. (تقوی اخوی، ۱۳۷۴، ص ۱۹۱)

بدین ترتیب، از منظر ایشان وجود مجلس و حوزه فعالیت آن به دلیل تصویب و به اجرا در آوردن قوانین شرعی و نبوی است که تا قبل از ایجاد این نهاد مهجور مانده بود و به آن عمل نمی‌شد ولی با تأسیس مجلس می‌توان از قوانین مستبدانه و خودکامانه پادشاهی کاست و سلبطان را محدود به مقررات شرعی نمود تا از این پس، قواعد دینی به مرحله عمل و اجرا نائل گردد. البته همان طور که اشاره شد مصوبات مجلس هم باید بر اساس موازین و مبانی اسلامی باشد تا در ماهیت مجلس و قوانین آن خللی وارد نشود.

نویسنده کتاب «قانون در اتحاد دولت و ملت» نیز محدوده عملکرد مجلس شورای اسلامی را «در کلیه امور حسبیه و رفع مفسد کلیه و حفظ حقوق نوعیه» (لاری، ۱۳۷۴، ص ۱۶۹) جایز می‌داند که قوانین باید بر اساس مصالح نوعیه باشد و در قالب امور سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی در جهت رفع مشکلات برآید که این خارج از دین نمی‌باشد و با اختلاف زمان و مکان و متناسب با عرف بلد تغییر می‌یابد.

میرزای نائینی در این زمینه می‌نگارد: «بالجمله عقد مجلس شورای ملی برای نظارت متصدیان و اقامه وظائف راجعه بنظم و حفظ مملکت و سیاست امور امت و احقاق حقوق ملت است نه از برای حکومت شرعیه و فتوی و نماز جماعت...» در این مورد باید اشاره کرد که قانون‌گذاری و لغو یا اصلاح قوانین اگر به یکی از اشکال زیر متصور باشد جملگی نامشروع و بدعت است:

- ۱- عدول از واجب به حرام یا مباح ۲- عدول از حرام به واجب یا مباح ۳-
- عدول از مباح به واجب یا حرام و یا مباح دیگر. اما نائینی، قانون‌گذاری در قوه مقننه را

در زمینه غیر منصوص مصداق هیچ کدام از موارد سه گانه ندانسته و معتقد است که چون موارد مورد بحث در باب تقنین از مصادیق امور حسبیه می باشد لذا در حقیقت عدول از یک واجب به واجب دیگر است که بنا به مقتضای حفظ نظام و اداره امور گریزی از آن نیست و حضور جمعی از فقهای صالح در مجلس قانون گذاری شرط «ولایه من له النظر» را تأمین می کند. (عمید زنجانی، ۱۳۷۹، ص ۲۹۰)

### شورای ناظر متشکل از فقها

#### از منظر علما

در دو قسمت پیشین از قانون اساسی و پارلمان سخن به میان آمد. طبق نظام های حقوقی دول غربی شکل گیری یک قانون تنها نیازمند تصویب مجلس (یا مجلسین) و عدم مخالفت با قانون اساسی می باشد. در صورتی که در نظام اسلامی این قانون نیازمند مطابقت با امر مهم دیگری به نام «شرع» می باشد.

قانون ملی برای مصلحت کلی جامعه اسلامی چنین دارد که احکام و قوانین کشور به زیور شرع انور اسلام آراسته گردند و بنابر موازین شرعی معین و مشخص شوند. این مهم باید به صواب دید اهل ملت و شریعت برسد زیرا آنان بر حکمت و مصلحت شرعی آگاه و آشنایند. (آیت اللهی، ۱۳۶۲، ص ۱۲۵)

شمس کاشمیری علت ضرورت تطبیق قانون با شرع را این گونه بیان می دارد: «قانونی که برای انتظام امورات مملکت وضع می شود قانون اساسی گویند و این قانون البته مخالف با ضروریات مذهب رسمی آن مملکت نخواهد بود و الا نزاع و جدال مذهبی که سرمایه نفاق و ام الفساد کلی است حاصل می شود، لذات باید چند نفر از وکلا که دارای مقام فقاقت و علم سیاست باشند داخل در مجلس شوری باشند که اگر یک ماده از مواد قانون مخالف با مذهب به نظر آید تطبیق با یک قولی از اقوال مشهوره فقها نمایند و به ملت اعلام کنند.»

شیخ حسین یزدی نیز وجود فقهای ناظر را با توجه به اهمیت قانون گذاری بر اساس مقتضیات زمان، فرهنگ، عرف بلد و مصلحت اندیشی انکارناپذیر می داند و می گوید بین پنج تن ناظر قانون اساسی برای انطباق قوانین بر مقررات شریعت و اصل قانون گذاری، تعارضی وجود ندارد و اصلاً بدون آن، اصل قانون گذاری ممکن نیست.

«احکام اولیه» لازم الاجرا است و «احکام ثانویه عذریه» هم با حکم آن هیأت ممکن خواهد بود. احکام اولیه قوانین دائم کشورند؛ یعنی همان چیزهایی که شرع صریحاً به اجرایشان حکم کرده است. اما احکام ثانویه قوانین موقتی‌اند. اگر اجرای احکام اولیه با مانع و محظور مواجه شد به حکم اسلام باید احکام ثانویه اجرا شود حال مسلم است اگر فردی را در چیزی شریک نمایند محبت او بر آن بیشتر خواهد شد یعنی اگر مجتهدین در امر قانون‌گذاری شریک شوند، با اصل مقوله تدوین قوانین موضوعه مخالفتی نخواهند کرد و آن قوانین را در چارچوب احکام ثانویه حل و فصل می‌نمایند. (آبادیان، ۱۳۸۶، صص ۱۶۵-۱۶۶)

با این اوصاف است که شیخ فضل الله نوری در «لوائح» خود و در قسمتی به نام «ندای قرآن» این گونه اشاره دارند: «...باید گفت که قوانین جاریه در مملکت اسلامی نسبت به نوامیس الهیه از جان و مال و عرض مردم، (باید) مطابق فتوای مجتهدین عدول هر عصری که مرجع تقلید مردمند، باشد و از این رو باید تمام قوانین ملفوف و مطوی گردد و نوامیس الهیه تحت نظریات مجتهد من عدول باشد تا تصرفات غاصبانه که موجب هزار گونه اشکالات مذهبی برای متدینین است، مرفوع گردد.» (رضوانی، ۱۳۶۲، ص ۶۹)

ایشان در تأیید و تأکید بر وجود «هیأت نظار» در قانون اساسی می‌فرمایند: «...لایحه نظارت علما که به طبع رسیده است بدون تغییر، ضم قانون شود و تعیین هیأت نظار هم در همه اعصار فقط با علما و مقلدین باشد، چه آن‌که خودشان تعیین بفرمایند یا به قرعه خودشان معین شود...» (نجفی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۷)

البته این تئوری مورد مخالفت عده‌ای چون اقلیت پارلمانی (حزب دموکرات) قرار می‌گرفت اما میرزای نائینی که خود به اشکال نحوه انتخاب و ساختار نظریه «هیأت مجتهدین نظار» که آن را «فقه‌های طراز اول» می‌نامند کاملاً واقف بوده و در پاسخ به معترضین به برخی از آن‌ها اشاره می‌کند که به قرار زیر می‌باشد:

۱- مشکل شیوه انتخاب طراز اول که می‌بایست ابتدا تعداد بیست و پنج نفر مجتهد توسط مراجع وقت انتخاب و به مجلس معرفی می‌شدند تا از میان آن‌ها پنج تن

تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۵۷

توسط نمایندگان مجلس به عنوان طراز اول موضوع اصل دوم متمم قانون اساسی برگزیده شوند.

این همان مشکلی است که نائبی آن را همواره مورد اختلاف، تشاجر و مخاصمه معرفی کرده است. این اشکال در حقیقت اجرایی بوده و به مقتضیات زمان بستگی داشته است و مدل‌های مختلف چگونگی این معرفی و انتخاب می‌توانست خارج از قانون اساسی مورد بحث قرار گیرد.

۲- از آنجائی که فقهای طراز اول به طور مستقیم منتخب مردم نیستند، عضویشان در مجلس رسمیت ندارد. انتخاب غیرمستقیم آنان که توسط نمایندگان مردم در مجلس صورت می‌گیرد هرگز آنان را هم پایه نمایندگان مستقیم ملت قرار نخواهد داد.

اشکال «خارج المجلس بودن» گرچه ماهوی بوده و به ساختار قوه مقننه مربوط می‌شد، لکن وجود انواع مشابه آن در نظام‌هایی که عده‌ای از اعضای پارلمان توسط رؤسای جمهور انتخاب و به عنوان اعضای منصوب در قوه مقننه شرکت می‌نمایند و یا در مشروطه ایران که تعدادی از اعضای مجلس سنا توسط شاه منصوب می‌شدند می‌تواند اشکال ماهوی را برطرف سازد، به ویژه آن‌که عضویت آنان در پارلمان توسط قانون اساسی پشتیبانی می‌شود. (عمید زنجانی، ۱۳۷۹، صص ۲۹۳-۲۹۴)

#### از منظر قانون اساسی مشروطه

اصل ۲۷ متمم قانون اساسی مشروطه در بند اول، وجود فقهای طراز اول را به تلویح، چنین آورده است: «قوه مقننه که مخصوص است به وضع و تهذیب قوانین و این قوه ناشی می‌شود از اعلی حضرت شاهنشاهی و مجلس شورای ملی و مجلس سنا و هر یک از این سه منشاء حق انشای قانون را دارد ولی «استقرار آن موقوف است به عدم مخالفت با موازین شرعیه» و تصویب مجلس و توشیح به صحه همایونی، لکن وضع و تصویب قوانین راجعه به دخل و خرج مملکت از مختصات مجلس شورای ملی است.» اصل دوم متمم قانون اساسی که به اصل طراز شهرت گرفته و محور اصلی و انحصاری بررسی حاکمیت شرع در عهد مشروطیت است، نیز بدین صورت مقرر می‌داشت: «مجلس مقدسه شورای ملی... باید در هیچ عصری از اعصار مواد قانونیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه حضرت خیر الانام صلی الله علیه و

آله و سلم نداشته باشد و معین است که تشخیص مخالفت قوانین موضوعه با قواعد اسلامی بر عهده علمای اعلام ادام الله برکات وجودهم بوده و هست. لهذا رسماً مقرر است در هر عصری از اعصار هیأتی که کمتر از پنج نفر نباشد از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از 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 مجلسین عنوان می‌شود به دقت مذاکره و غوررسی نموده هر یک از آن مواد معنونه که مخالفت با قواعد مقدسه اسلام داشته باشد طرح و رد نمایند که عنوان قانونیت پیدا نکند و رای این هیأت علما در این باب مطاع و متبع خواهد بود و این ماده تا ظهور حضرت حجت عصر (عج) تغییری پذیر نخواهد بود.»

بعد از تدوین قانون اساسی مشروطه، از آن جایی که آن قانون بیشتر به آئین‌نامه داخلی مجلس شباهت داشت تا قانون اساسی و بسیاری از مسائل بنیادی و مهم که اصولاً در قانون اساسی ذکر می‌شود را فاقد بود، مجلس اول به فکر متمیم آن افتاد، به این منظور کمیسیونی تشکیل شد که با مبنا قرار دادن قانون اساسی بلژیک و فرانسه پس از ۲ ماه و اندی کار خویش را به پایان رساند. پس از این مرحله کمیسیونی مرکب از آقایان حجج اسلام و علمای اعلام تشکیل شده و سعی در تطبیق نظام‌نامه اساسی با موازین شرعی نمود... شیخ فضل الله نیز از کسانی بود که در کمیسیون مذکور شرکت می‌کرد، با این حال نتیجه کار برای او مأیوس کننده بود. بنابراین در تاریخ ۷ ربیع الاول ۱۳۲۵ اصل زیر را جهت الحاق به متمم ق.ا نوشت و نسخه‌ای از آن را نیز در میان مردم منتشر نمود:

«این مجلس مقدس شورای ملی باید در هیچ عصری از اعصار، مواد احکامیه آن مخالفتی با قواعد مقدسه اسلام و قوانین موضوعه خیر الانام نداشته باشد و معین است که تشخیص مواد موافقت و مخالفت قوانین موضوعه مجلس شورای ملی، با قواعد اسلامی در عهده علمای اعلام بوده و هست؛ لذا مقرر است در هر عصری از اعصار، انجمنی از طراز اول مجتهدین و فقها متدینین تشکیل شود که قوانین موضوعه مجلس



را قبل از تأسیس در آن هیأت علمی به دقت ملاحظه و مذاکره نمایند، اگر چه وضع شده مخالف با احکام شرعیه باشد، عنوان قانونیت پیدا نخواهد کرد و امر انجمن علمی در این باب مطاع و متبع است و این ماده ابداً تغییرپذیر نخواهد بود.»

هنگام طرح اصل پیشنهادی شیخ فضل الله در خصوص نحوه اعمال حاکمیت شرع عنوان شد:

۱- نظارت بر شرعی بودن قوانین از طریق علمایی که در مجلس بودند، انجام گیرد. به نظر می‌رسد اعتقاد به این شیوه با توجه انتخابات مجلس اول باشد که در آن، نمایندگان به شش گروه تقسیم شده بودند و یکی از آن گروه‌ها، علما و روحانیون بودند. هواداران این نظریه شاید با فرض باقی بودن آن شیوه مخصوص انتخابات، چنین نظری ارائه داده بودند، هر چند از آنجا که انتخابات مجلس دوم برخلاف مجلس اول، به شیوه طبقاتی نبود، لذا نمایندگان مجلس دوم از این امر و هم از نسخ شدن شیوه انتخابات طبقاتی اطلاع داشتند و لذا احتمالاً تأکید روی کرد، حاکمیت شرع را می‌پذیرند و در برهه‌ای از زمان با انتخاب نکردن روحانیون، حاکمیت شرع را بر قانون‌گذاری نمی‌پذیرند.

۲- انجمنی از طراز اول مجتهدین و فقهای متدینین تشکیل می‌شود. اینان قوانین را قبل از قانونیت یافتن از جهت شرعی، ناظر خواهند بود. این نظریه با اصلاحاتی به عنوان اصل دوم به متمم قانون الحاق یافت. این روش که به صورت ماده ۲ متمم تجلی یافت از جهات مختلفی در عمل با ابهام مواجه شد و همین اشکالات بود که موضوع نظارت شرعی بر مصوبات مجلس را در طول ادوار بعد از مشروطه به بن بست کشانید. مثلاً این که مقصود از مرجع تقلید در اصل ۲ چیست؟ این بیست نفر باید به اتفاق آراء حضرات حجج اسلام معین شوند یا هر کدام چند نفر را معین و معرفی کنند؟ تشخیص اوصاف این بیست نفر با حضرات آیات الله است یا با مجلس؟... (حاجی پور، ۱۳۸۳، ص ۸۳)

### کلام آخر

در پایان ذکر این نکته شایان توجه است که هر عنصر تمدنی، اقتضائات و لوازم عملی ویژه‌ای دارد که در ساحت عمل نمی‌توان گریزی از سطوح بالای آن داشت؛ بنابراین،

پس از ورود پدیده‌هایی به نام «قانون» و «پارلمان» به ایران نیازمند بومی‌سازی این عناصر می‌شویم. این امور به مثابه «قالب»هایی بودند که باید با «محتوا»ی اسلامی مملوء می‌گشتند. با این اوصاف، علما به چینش الگویی راهبردی مبادرت ورزیدند تا از این مباحث و مظاهر در راستای اهداف اسلامی استفاده نمایند و بدین رو بود که مسأله «فقهای طراز اول» را مطرح نمودند. روشن است که به کارگیری راهبردی هم چون «اقتباس پدیده‌های مستحده»، تنها در صورتی می‌تواند مشروعیت داشته و از کارآمدی لازم برخوردار باشد که آن را همانند روحانیت و علمای دین‌باور و اصالت‌خواه سده اخیر، بی‌تصرف و ننهیم.

بر این اساس، راهبرد نظری برون رفت از «دام اقتباس نسنجده و رها»، تنها این نیست که دست به تصرف‌های خرد و موردی بزنیم. بلکه باید در مسیر «تصرف کلان» در مجموعه مؤلفه‌های تشکیل دهنده یک تمدن، به‌ویژه تصرف در مبانی بنیادهای آن، حرکت کرد. البته اقتضای راهبرد نظری علمای عصر مشروطیت، این کشش را داشته و می‌توانسته است به این سمت سوق داده شود، اما شکست و انفعال سیاسی حاکم بر حوزه دین‌باوران مانع از عینیت این تصرف کلان شده است.

به هر روی، در روند قانون‌گذاری که با «اقتباس همراه با تصرف کلان» در پدیده‌های جدید قرین می‌باشد، باید دو مؤلفه بسیار ضروری به نام «عرف» و «مصلحت» را مدنظر قرارداد. البته تأکید بر این نکته پر اهمیت است که این دو عنصر که در راستای اعصار و امصار مختلف دارای تغییر و دگرگونی اند، باید با توجه به شریعت و در چارچوب موازین اسلامی مورد استفاده قرار گیرد تا انعطاف در تقنین، پا را از دایره متغیرات فرا نگذاشته و وارد حوزه ثابته نشود.

### منابع

قرآن کریم

- آبادیان، حسین (۱۳۷۴)، *مبانی نظری حکومت مشروطه و مشروعه*، تهران: نشر نی.
- همو (۱۳۸۶)، «مشروطه در اندیشه سیاسی شیخ حسین یزدی»، در *مجموعه مقالات جری‌های فکری مشروطیت*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های سیاسی.
- آجدانی، لطف‌الله (۱۳۸۵)، *علماء و انقلاب مشروطیت ایران*، تهران: نشر اخوان.

تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۶۱

آیت اللهی، محمد تقی (۱۳۶۲)، ولایت فقیه زیر بنای مشروطه مشروعه، تهران: انتشارات امیرکبیر.

بهشتی، احمد (۱۳۷۹)، «قانون اساسی و مجلس شورای اسلامی»، در مجموعه مقالات سیری در آراء و اندیشه‌های نابغه بزرگ شیعه حضرت آیت الله نائینی، امیرحسین حسینی روحانی و محسن هاشمی، اصفهان: نشر کانون پژوهش.

تقوی اخوی، سید نصرالله (۱۳۷۴)، «رساله سؤال و جواب»، در مبانی نظری حکومت مشروطه و مشروعه، حسین آبادیان، تهران: نشر نی.

توکلی، اسد الله (۱۳۸۴)، مصلحت در فقه شیعه و سنی، تهران: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.

جعفریان، رسول (۱۳۸۶)، «امکان یا امتناع ترکیب مشروطه با مشروعه»، در مجموعه مقالات جریاهای فکری مشروطیت، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های سیاسی.

جلالی. غلامرضا (۱۳۸۶)، «مشروعه در بوته نقد علمای مشروطه خواه»، در مجموعه مقالات جریاهای فکری مشروطیت، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های سیاسی.

حاجی پور، نصرالله (۱۳۸۳)، تطبیق قوانین با شرع در نظام قانون گذاری ایران، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.

حائری، عبد الهادی (۱۳۶۸)، تشیع و مشروطیت در ایران، تهران: چاپخانه مهر. خلخالی، عماد العلماء (۱۳۷۴)، «بیان معنی سلطنت مشروطه و فوائدها»، در رسائل مشروطیت، غلام حسین زرگری نژاد تهران: انتشارات کویر.

رضوانی، هما (۱۳۶۲)، لوایح آقا شیخ فضل الله نوری، تهران: نشر تاریخ ایران. شریف کاشانی، محمدمهدی (۱۳۶۲)، وقعات اتفاقیه در روزگار، تهران: نشر تاریخ ایران.

شمس کاشمیری، میرزا یوسف (۱۳۷۴)، «کلمه جامعه»، در رسائل مشروطیت، غلام حسین زرگری نژاد تهران: انتشارات کویر.

- شمس، عبدالله (۱۳۸۶)، *قانون اساسی از فرمان مشروطیت تا امروز*، تهران: انتشارات دراک.
- شهرام نیا، امیر مسعود (۱۳۸۵)، *پارلمنتاریسم در ایران*، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۷۷)، *فقه سیاسی*، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- همو (۱۳۷۹)، «مبانی حکومت در اندیشه سیاسی میرزای نائینی»، در *مجموعه مقالات سیری در آراء و اندیشه‌های نابغه بزرگ شیعه حضرت ایت الله نائینی*، امیرحسین حسینی روحانی و محسن هاشمی، اصفهان: نشر کانون پژوهش.
- همو (۱۳۸۶)، *قواعد فقه بخش حقوق عمومی*، تهران: انتشارات سمت.
- همو (۱۳۸۵)، *حقوق اساسی ایران*، تهران: دانشگاه تهران.
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- کرمانی، ناظم الاسلام (۱۳۶۲)، *تاریخ بیداری ایرانیان*، تهران: انتشارات آگاه.
- لاری، سید عبدالحسین (۱۳۷۴)، «قانون در اتحاد دولت و ملت»، در *رسائل مشروطیت*، غلام حسین زرگری نژاد، تهران: انتشارات کویر.
- مزینانی، محمد صادق (۱۳۸۶)، «تمایزات فکری مشروطه خواهان مذهبی و غربگرا» در *مجموعه مقالات جریاهای فکری مشروطیت*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های سیاسی.
- مصباح یزدی، محمد تقی (۱۳۸۳)، *حقوق و سیاست در قرآن*، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
- مقیم، غلام حسن (۱۳۷۹)، «ولایت و نقش سیاسی مردم از دیدگاه محقق نائینی»، در *مجموعه مقالات سیری در آراء و اندیشه‌های نابغه بزرگ شیعه حضرت ایت الله نائینی*، امیرحسین حسینی روحانی و محسن هاشمی، اصفهان: نشر کانون پژوهش.
- میر احمدی، منصور (۱۳۸۷)، *اسلام و دموکراسی مشورتی*، تهران: نشر نی.
- نائینی، محمد حسین (۱۳۷۸)، *تنبیه الامه و تنزیه المله*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- نجفی، موسی (۱۳۷۸)، *تعامل دیانت و سیاست در ایران*، تهران: مؤسسه مطالعات تاریخ معاصر ایران.

تقنین، عرف و مصلحت در اندیشه علمای مشروطه ۶۳

نجفی، موسی (۱۳۷۱)، حکم نافذ آقا نجفی، بی جا

نوری، محمد (۱۳۷۹)، «روش شناسی علمی میرزای نائینی در عرصه سیاست»، در

مجموعه مقالات سیری در آراء و اندیشه‌های نابغه بزرگ شیعه حضرت ایت الله

نائینی، امیرحسین حسینی روحانی و محسن هاشمی، اصفهان: نشر کانون پژوهش.

وینسنت، اندرو (۱۳۷۹)، نظریه‌های دولت، ترجمه حسین بشیریه، تهران: نشر نی.

