



دوره ۴۹، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۸
صفحات ۱۶۳ تا ۱۸۴

حقوق کیفری در پرتو نظریه سیاسی دولت مشروطه

فیروز محمودی جانکی *

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

فائزه منطقی

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۶/۶ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۸/۶/۲۵)

چکیده

درک نوع اندیشه و فلسفه سیاسی حاکم بر دولت و نظام سیاسی برای پی‌ریزی نظریه حقوق کیفری ضروری است؛ زیرا جواز دولت در استفاده از حقوق کیفری در بادی امر مبتنی بر نظریه‌ای است که بر اساس آن دولت مشروعیت می‌یابد و حوزه وظایف و اختیاراتش مشخص می‌شود. در جوامع اسلامی ورود اندیشه مشروطه‌گرایی یا قانون‌اساسی‌گرایی، حقوق کیفری را با چالش‌ها و دوگانه‌های بسیاری در هدف، منبع، مرجع وضع و روش مواجه کرده است. نظریه سیاسی دولت مشروطه در ایران که از منظر فقهی تحت تأثیر نظریه نائینی قرار دارد، کوششی است که از سویی، دربرگیرنده برخی از الزامات دولت مدرن است و از سوی دیگر، متضمن الزامات شرعی منبعث از فقه شیعی است. با تعمیم مبنای مشروعیت نظریه سیاسی دولت مشروطه به نظریه کیفری، به‌خصوص جرم‌انگاری و مجازات، این مقاله درصدد است تا نشان دهد که این نظریه سیاسی تا چه حد می‌تواند یک نظام کیفری سازوار خلق کند و بدان متعهد شود؟ نظریه کیفری برآمده از چنین نظریه سیاسی‌ای، در تعیین قلمرو حقوق کیفری به‌وجودآورنده چالش‌ها و تعارض‌هایی است که دشواری‌ها و مشکلات پیش‌آمده در دوره مشروطه ناشی از ناتوانی در دستیابی به پاسخ درخوری برای حل آن‌ها بود. مشکلاتی که کماکان دولت حقوقی با آن مواجه و ساخت نظریه همگون کیفری به‌خصوص در این دو حوزه را با معضل مواجه کرده است.

واژگان کلیدی

نظریه کیفری، قانون‌اساسی‌گرایی، نظریه سیاسی، نظریه دولت مشروطه، جرم‌انگاری.

* firouzmahmoudi@ut.ac.ir

مقدمه

یکی از مهم‌ترین ابزارهای قدرت که منحصرأ حکومت^۱ از آن برخوردار است، وضع ممنوعیت کیفری (جرم‌انگاری) و توسل به مجازات است. این که به چه منظوری و در چه محدوده‌ای دولت‌ها مجاز یا محق‌اند که از حقوق کیفری استفاده کنند، در بادی امر به نظریه‌ای مرتبط است که بر اساس آن دولت مشروعیت یافته و حوزه عملش مشخص شده است. در دوران جدید، دولت مدرن بر مبنای یک نظریه سیاسی و متمرکز بر این موضوع شکل گرفته است که چگونه نهادی به نام دولت صاحب حق یا اختیار می‌شود که برای دیگران قانون وضع کند و آنان را ملزم به اجرای آن نماید. در دولت مدرن قانون‌گذاری در اختیار بخشی از دولت است که مستقیماً یا مع‌الواسطه از جانب مردم اعمال حاکمیت می‌کند. قانون اساسی نیز به‌عنوان عالی‌ترین قانون حاکم، چارچوب ساختار قدرت و رابطه آن با مردم و حقوق آنان را بیان می‌کند. فراتر از این چارچوب هیچ‌کس نمی‌تواند اقدام به وضع مقرر یا الزام دیگران به انجام یا ترک رفتاری کند. اگر ایده حاکمیت قانون را محور دولت منبعث از قانون اساسی بدانیم، حکومت‌هایی که خود را مکلف به فرمانروایی در این قالب می‌دانند وضعیتشان کم‌وبیش روشن است.

اما جوامع اسلامی متأثر از تحولات نظری و عملی معاصر، از دولت‌هایی برخوردار شده که دست‌کم برخی از عناصر شکلی و ساختاری دولت مدرن را داشته‌اند؛ از سویی، دولت مبتنی بر قانون اساسی شکل گرفته و ساختارهایش تعریف و وظایف و حدود اختیاراتش مشخص شده و از سوی دیگر، شریعت نیز به‌طور سنتی به‌عنوان مهم‌ترین منبع تأثیرگذار بر رفتار و عملکرد فردی و اجتماعی، بر فرایند شکل‌گیری دولت نقش‌آفرینی می‌کند؛ در این میان بخشی از شریعت که متضمن احکامی در امور جزایی است، پر ادعای ظهور پیدا می‌کند؛ به‌گونه‌ای که بر صلاحیت دولت در اعمال اقتدار سایه می‌افکند. به بیان دیگر، اگر دولت مدرن مبتنی بر قانون اساسی است و قانون اساسی‌گرایی بر دموکراسی استوار است و دولت و اکثریت حاکم را به رعایت حقوق بنیادین انسان‌ها به‌ویژه اقلیت ملزم می‌کند، در واقع از یک باور مدنی برای اداره اجتماع سخن گفته می‌شود (see Levi nson, 1979: 123-151) و اصول این حقوق و تعهدات و حوزه اختیارات در قانون اساسی بیان می‌شوند؛ حال آنکه جامعه مسلمانانی که همه یا بخشی از ویژگی‌ها و الزامات دولت مدرن را می‌پذیرد، هم‌زمان خود را متعهد به منبع دیگری می‌بیند که منشأ حقوق و تکالیفی برای اشخاص و حاکمان است که ضرورتاً با آنچه از نظریه دولت مدرن برمی‌آید، هماهنگ و منطبق نبوده، بلکه گاهی در تعارض است.

۱. معنای دقیق دولت و حکومت در علوم سیاسی متمایزند و این دو در معانی و مفاهیم مختلفی به‌کار برده می‌شوند. رک (قاضی، ۱۳۷۶؛ عالم، ۳۷۷: ۱۴۶). در این پژوهش این تفکیک دارای اثر چندانی نیست و هر دوی این واژگان به یک معنا به کار رفته‌اند که عبارت است از قدرت مشروعی که در یک کشور حکومت می‌کند. لازم به ذکر است که در فقه معاصر شیعه نیز غالباً از دولت، به‌عنوان حکومت یاد شده است.

دولت مشروطه در ایران اولین تلاش نظری برای تشکیل دولت بر اساس مفاهیم و معیارهای دولت جدید با حفظ تقید و پایبندی به الزامات شرعی بود؛ بنابراین، هم برای درک مشکلات ناشی از تلاقی و تداخل الزامات دولت مدرن و شرع و هم برای یافتن راه‌حل‌های محتمل باید به نظریه دولت مشروطه^۱ رجوع کرد. این نظریه از این رو اهمیت ویژه‌ای دارد که در دوره مشروطه، اندیشمندان جامعه ایران برای اولین بار اقدام به تئوری‌پردازی سیاسی کرده و تلاش کردند که نظام سیاسی مشروطه را توجیه کنند. در آن دوران، علما نیز دیدگاه‌های فقهی خود را خصوصاً در قبال مشروطه و تقیید حکومت از طریق قانون اساسی بیان می‌کردند؛ از آن جمله، نظریه سیاسی دولت مشروطه نائینی، به‌عنوان مهم‌ترین رویکرد نظری فقهی مدون در موافقت با دولت مشروطه، کوششی است که از سویی دربرگیرنده برخی الزامات دولت مدرن است و از سوی دیگر متضمن مشروعیت و الزامات شرعی منبعث از فقه شیعی است.

بر این اساس، مسئله حاضر این است که توسل به سازوکارهای کیفری توسط چنین دولتی چگونه مشروعیت یافته و بر اساس آن حدود و ثغور حقوق کیفری چگونه ترسیم می‌شود؟ این موضوع حائز اهمیت است؛ زیرا دوگانة قانون و شرع، امتناع یا امکان ایجاد یک نظریه کیفری در ایران و بسیاری از کشورهای اسلامی را تحت تأثیر قرار داده و با تعارض یا تراحم‌هایی مواجه کرده است. در اغلب کشورهای اسلامی که در سال‌های اخیر با تغییرات سیاسی شگرفی مواجه شدند، همچنان یکی از مباحث مهم، چگونگی پذیرش مرجعیت منابع حقوق کیفری شرعی (اسلام) برای قانون‌گذاری جدید و تعامل آن با حقوق عرفی در قالب نظریه دولت مدرن است که نشان می‌دهد این مسئله همچنان حل‌نشده باقی مانده است.

از آنجا که نقطه تمرکز این اختلاف، نظریه سیاسی و حدود قدرت سیاسی است، این مقاله به طرحی کلی از حقوق کیفری درون مفهوم گسترده‌تر نظریه سیاسی دولت مشروطه در ایران می‌پردازد که بنیانش در تعامل نظریه دولت با شریعت شکل گرفته و توسعه یافته است. به بیان دیگر، تعمیم مبنای مشروعیت نظریه سیاسی دولت به نظریه حقوق کیفری، نشان می‌دهد که آیا این نظریه سیاسی می‌تواند یک نظام حقوق کیفری را خلق کند و بدان متعهد شود؟ مشکلات اصلی پیش روی این نظریه در توجیه جرم‌انگاری و مجازات کدام‌اند؟

بدین منظور ابتدا فهم رابطه نظریه سیاسی و حقوق کیفری در فصل نخست به‌عنوان نقطه آغاز و مبنای تحلیل موضوع این مقاله بررسی می‌شود. مشروطه‌گرایی و شریعت (فصل دوم) و نظریه سیاسی دولت مشروطه (فصل سوم) به‌عنوان دو رکن ساختاری برای فهم نسبت دوگانة شرع و قانون در دل نظریه دولت مشروطه به ما کمک می‌کند تا چالش‌های نظریه حقوق کیفری برآمده از

۱. مشروطیت جنبشی فکری و سیاسی در سده هجده و در آمریکای شمالی و اروپای غربی است که منجر به تشکیل نظام‌های سیاسی مبتنی بر قانون اساسی شد. ابتدای نظام سیاسی بر قانون اساسی و تقیید قدرت از اهداف اصلی این جنبش بود. همچنین هر نظام سیاسی مبتنی بر قانون اساسی را نیز مشروطه می‌نامند. رک: (لاگلین، ۱۳۹۲: ۱۸۵-۲۲۵). اما آنچه در این مقاله به‌طور خاص تحت عنوان نظریه مشروطه مطرح است، نظریه‌ای است که در ایران در سال‌های پایانی سلطنت قاجار مطرح شد و در انقلاب مشروطیت ۱۲۸۵ هجری شمسی نمود یافت.

دولت مشروطه (فصل چهارم) بازنمایی شود. همه این مبانی و ارکان ازجمله در تعیین مرزها یا قلمرو حقوق کیفری (فصل پنجم) بازتاب می‌یابد؛ موضوعی که همچنان حقوق کیفری ما با آن دست به گریبان است.

۱. رابطه نظریه سیاسی دولت و حقوق کیفری

روشن شدن رابطه و پیوندی که نظریه سیاسی با حقوق کیفری برقرار می‌کند، مستلزم فهم مبنای مشروعیت دولت مدرن در نظریه سیاسی است تا از خلال آن مشروعیت جرم‌انگاری و کیفرگذاری دولت تبیین و توجیه شود.

اگر «دولت ملی» و «جامعه متکثر» را دو مؤلفه سازنده مدرنیته بدانیم، قانون بالاترین دستاورد دولت ملی است (اسخ، ۱۳۹۵: ۵۴). قانون برساخته عوامل گوناگونی ازجمله قدرت سیاسی است که در نظریه‌های کیفری توجیه می‌شوند (لاکلین، ۱۳۸۸: ۳۳). به بیان دیگر از آنجاکه سرپیچی کردن از دستورات مدون قانون جزایی منجر به بدنام‌سازی و مجازات می‌شود، باید توجیه کرد که چرا شهروندان مجبورند از راهنمای رفتارهای مقبول مندرج در قانون کیفری اطاعت کنند (Dennis, 2011: 208). به همین جهت نقطه آغاز در توجیه جرم‌انگاری، در فلسفه سیاسی و در فهم مبنای مشروعیت دولت جای دارد. در جرم‌انگاری، دولت با مداخله در آزادی‌های افراد رفتار یا عملی را منع و یا انجامش را امر می‌کند. لذا در نظریه دولت باید معلوم شود حق این مداخله از کجا ناشی می‌شود و تا چه حد امکان پیشروی دارد.

دامنه و نوع جرم‌انگاری، تابعی از ایدئولوژی یا نظریه‌ای است که دولت بر اساس آن شکل گرفته، مشروع شده است و به اداره اجتماع می‌پردازد (محمودی جانکی، ۱۳۸۲: ۳۴۹). بر این اساس، سؤال از مشروعیت جرم‌انگاری نسبت به مشروعیت نظریه سیاسی دولت پرسشی ثانوی است. توجیه درخصوص مجازات نیز ضروری است. دولت چه دموکراتیک باشد چه غیر آن، نیازمند توجیهی است که مجازات، یعنی استفاده از زور و خشونت را توجیه کند (Fletcher, 2007: 19). نیاز اولیه به وجود یک نظریه دولت است که اقدامات دولت را در راستای تحقق عدالت و تحمیل رنج مجازات توجیه کند (Fletcher, 2000: 698).

در برابر دیدگاهی که وظیفه اصلی حقوق کیفری را تحمیل مجازات بر شخص خطاکار مسئول می‌داند (Moore, 1997: 33)، دیدگاهی وجود دارد که معتقد است هر نوع تبیین در خصوص اهداف مناسب حقوق کیفری باید با تبیینی از اهداف دولت و شیوه‌هایی که به موجب آن دولت رابطه خودش را با شهروندان برقرار می‌کند، شروع شود (Duff, 2010: 7). بدیهی است که مجازات تنها موضوعی اخلاقی نیست. تئوری پردازان اخلاقی اگرچه می‌توانند جزء مهمی از نظریه مجازات را بسازند، نمی‌توانند موضوع را تماماً تبیین کنند. مجازات در نهایت یک پدیده حقوقی سیاسی است (Dubber, 2004: 2). به بیان دیگر، در مقایسه با تئوری‌های اخلاقی مطرح شده درباره مجازات، نظریه سیاسی در خصوص مجازات نه تنها بیانگر این است که چگونه و چه زمانی مجازات قابل اجرا است، بلکه پاسخ این سؤال را می‌دهد که چه کسی حق دارد مجازات را اجرا کند. چنین پرسشی تنها با

استحقاق مجازات ارتباط ندارد بلکه از آن مهم‌تر به مشروعیت سیاسی دولت (Brettschneider, 2007: 175) و مشخص‌تر از آن به «صلاحیت» دولت در اعمال محدودیت مربوط است (محمودی جانی، ۱۳۹۵: ۲۲۷). اهمیت مشروعیت مجازات و مشکل بیان غیرسیاسی از مجازات دولت در این مثال هویداست: شخصی به دلیل تجاوز به کودکان و قتل، محکوم به اعدام شده است (با این فرض که این مجازات توجیه شده است). این فرد توسط زندانی هم‌بند او که از جرم او سخت عصبانی شده است، کشته می‌شود. گرچه فرد متجاوز آنچه را که مستحقش بوده دریافت کرده است اما این رویکرد به‌خاطر شخصی که این مجازات را اعمال کرده، مشکل‌آفرین است. یک نظریه غیرسیاسی از مجازات نمی‌تواند تمایز قدرت دولت مشروع برای مجازات را نسبت به قدرت شخصی افراد به رسمیت بشناسد (Brettschneider, Ibid: 183). نظریه کیفری را نمی‌توان به صرف واکنش در برابر خطاهای اخلاقی تقلیل داد.

رویکرد سیاسی مجازات بیان می‌کند که نمی‌توان اهداف حقوق کیفری را مستقل از ساختار سیاسی یا مقدم بر آن بررسی کرد (Duff, Ibid: 7). بدین معنا دولت‌های مختلف هر یک نظریه‌ای سیاسی را نمایندگی می‌کنند که در زمان و مکان خاص بر شهروندان خاص اعمال حاکمیت می‌کنند؛ بنابراین، در عمل چنین دولت‌هایی حقوق کیفری خود را می‌آفرینند. به‌طور مطلوب، اولین وظیفه یک نظریه‌پرداز این است که نظریه سیاسی را خلق کرده و سپس دلالت‌های آن نظریه سیاسی را بر جزئیات حقوق کیفری بررسی کند. نظریه سیاسی منتخب قادر است به پرسش‌های بی‌شمار در مورد مجازات و سایر مسائل حقوق کیفری پاسخ دهد (Fletcher, Ibid: 700)؛ اما در عمل نظریات سیاسی عمدتاً به‌طور کلی به وظایف و اختیارات نهاد دولت می‌پردازند و نباید پنداشت که نظریه‌پردازان دولت در واقع در نظریه خود قلمروی حقوق کیفری را به‌تمامی روشن کرده‌اند؛ زیرا این نظریه‌ها به مسئله بنیادین مشروعیت جرم‌انگاری و تحمیل مجازات به‌عنوان قسمی از رفتار دولت به‌طور خاص بی‌توجه‌اند. نظریه‌های سیاسی درصدد توجیه مشروعیت دولت و اختیاراتش به‌طور کلی‌اند و بسیار کم وارد تلاش نظری دشوار توجیه جرم‌انگاری و مجازات شده‌اند.

در اینجا ارائه یک نظریه عام و جهانی درباره دولت و مشروعیتش و سپس خلق نظریه کیفری موضوع بحث نیست؛ بلکه مؤلفه‌هایی محل بحث است که دولت مدرن و حقوق مدرن برآمده از آن را ساخته و پرداخته است. قانون‌اساسی‌گرایی یکی از نمادها و نمودهای برجسته دولت‌سازی مدرن است که در کشورهای مختلف، کم‌وبیش بر اساس تجمیع عوامل و مؤلفه‌های عینی و نظری دولت مدرن، ظاهر شده و آثاری برجای نهاده است. با این حال، نباید فراموش کرد که نظریه دولت، به‌خودی‌خود عناصری خاص به مجموعه ساختاری دولت و حقوق مدرن می‌افزاید که بر نظریه کیفری اثرگذار خواهد بود.

برای فهم چگونگی مشروعیت یافتن اعمال دولت باید توجه داشت که به باور لاک در دموکراسی لیبرال، قدرت دولت یک قدرت امانتی برای عمل در جهت اهداف تعیین‌شده توسط مردم است (Simon and Locke, 1951: 387). اهداف جامعه سیاسی و دولت نیز در اصطلاحات کاملاً عملی بیان‌شده‌اند و برای تعیین مرزهای تجویزی که در یک دموکراسی لیبرال برای قدرت دولت بر

مجازات قرار دارد، بهتر است به تعهدات هنجاری چنین نظامی نگاه کنیم. ایده دموکراسی لیبرال به معنای تعهد به ارزش‌های پایه‌ای دموکراسی لیبرال است. مهم‌ترین آن ارزش‌ها عبارت‌اند از: آزادی فردی، دولت حداقلی، تقدم و حاکمیت فرد و استحقاق همه شهروندان به توجه و احترام برابر. اگر قدرت دولت در هریک از اشکالش همواره با این ارزش‌های پایه‌ای اعمال شود، نمی‌تواند قلمرویی باشد که در آن شهروندان صرفاً تسلیم و منفعل‌اند، چه بی‌هیچ ترسی تسلیم باشند، چه به‌خاطر این که رأی ندادند یا به‌خاطر اینکه چاره‌ای جز این ندارند، بلکه آن‌ها باید اعمال این قدرت را بپذیرند. به دیگر بیان، اگر اعمال قدرت دولت در یک دموکراسی لیبرال بخواهد مشروع باشد، باید همه اعضای جامعه که موضوع قدرت‌اند، آن شرایط را به‌عنوان شروط عادلانه و منصفانه بپذیرند. این امر به‌ویژه در مورد مجازات کیفری حساسیت دارد؛ زیرا در بین همه مظاهر قدرت که دولت علیه شهروندان اعمال می‌کند، مجازات مجرمان آزاردهنده‌ترین و شدیدترین است (Dolovich, 2004: 314).

لاگلین در خصوص اندیشه مدرن حقوق اساسی و شکل‌گیری نظام مبتنی بر قانون اساسی معتقد است که مشروطه‌خواهی بر این اصل بنا شده که قدرت مؤسس متعلق به مردم است و مردم قدرتی محدود به حکومت تفویض می‌کنند تا خیر عمومی را گسترش دهند. رالز نیز اعمال قدرت سیاسی را تنها زمانی به‌جا و از این رو توجیه‌شدنی می‌داند که مطابق با یک قانون اساسی باشد که انتظار برود ملزومات آن را همه شهروندان به‌نحو معقولی، در پرتو اصول آرمان‌هایشان، منطقی و معقول قلمداد کنند. این اصل لیبرال مشروعیت است (Rawls, 1993: 137). بر این اساس رویکرد و نگاهی که فلسفه سیاسی در برابر مسائلی مانند مشروطه‌گرایی یا لزوم پایبندی به حاکمیت قانون ارائه می‌دهد، مستقیماً در حقوق کیفری تأثیر دارد. همچنان که قرارداد اجتماعی به‌عنوان مبنای تشکیل حاکمیت سیاسی و تعیین حکومت در جوامع مدرن، پیش‌تر از آن به‌عنوان یکی از مبادی حاکمیت قانون بر حقوق کیفری تأثیرگذار است. خصوصاً قرائت معاصر از این نظریه تحت عنوان «نظریه سیاسی قراردادگرایی»^۱ به‌خوبی می‌تواند پیوند میان این دو را به ما نشان دهد. بنا بر روایت سیاسی قراردادگرایی، قدرت مشروع دولت جایی که شکل و محتوای این رضایت از ایده قرارداد یا توافق دوطرفه اخذ می‌شود، باید ریشه در توافق افراد تحت حاکمیت بر حکومت‌شدن داشته باشد. (Cudd, 2012) تصویری که نظریه سیاسی قراردادی در مورد جایگاه حقوق کیفری ارائه می‌دهد، حاکی از آن است که افراد جامعه وارد توافقی می‌شوند که چارچوب نظم سیاسی را مشخص می‌کند. نظمی که به خواست و اراده اعضای جامعه سیاسی شکل گرفته و مشروعیت می‌یابد. (راسخ، همان: ۵۸-۵۷) افراد در این قرارداد برای زندگی کنار یکدیگر بر اساس هنجارهای اخلاقی یا بر اساس قیودی عمل می‌کنند که آنان را به یکدیگر به‌عنوان شهروندان جامعه‌ای نظم‌یافته وابسته می‌کند؛ یعنی به آنچه دیگران نیز بر اساس همان عمل می‌کنند. در این وضعیت می‌توان به‌نحو معقولی مطمئن بود که دیگران به شرایط قرارداد پایبندند. پس می‌توان نظامی از ممنوعیت و اجبار و مجازات کیفری را پذیرفت (Matravas, 2011: 71). بنابراین مجازات ضمانت‌اجرایی است که در برابر

1. Contractarian political theory

نقض فیود این قرارداد دارای نفع متقابل، اعمال می‌شود. به این معنا، مشروعیت نظام عدالت کیفری با برقراری مشروعیت برای جایگاه عدالت کیفری درون چهارچوب بزرگ‌تر قانون اساسی-گرای شروع می‌شود و عملکرد این نظام را باید به‌عنوان یک بخش از عملکرد دولت مشروع قانون‌گرا (مشروطه) دید (Thorburn, 2011: 97).

این امر در نظام‌های مبتنی بر شریعت که بنا بر قرائتشان از دین، خود را ناگزیر می‌بینند که از ضوابط و احکام شرعی تبعیت کنند، پیچیدگی بیشتری می‌یابد؛ زیرا شرع به‌عنوان مهم‌ترین منبع تأثیرگذار بر عملکردهای فردی و اجتماعی، به‌طور خاص متضمن قوانین و احکام جزایی زیادی است که بر مبنای فهم و فقه سنتی، فرازمانی و فرامکانی تلقی شده‌اند. حال آنکه قانون‌گذاری عرفی، بر اساس مصالح و مقتضیات عصری خود عمل می‌کند. اینک مشروطه‌گرایی چگونه با شریعت نسبت برقرار کرده یا می‌تواند برقرار کند، مبنایی برای فهم حقوق کیفری چنین نظام‌های سیاسی خواهد بود.

۲. مشروطه‌گرایی و شریعت

مشروطه‌گرایی مبین این ایده است که دولت می‌تواند و باید از لحاظ قانونی در قدرت خود محدود باشد و اقتدار یا مشروعیت دولت در گرو رعایت این محدودیت‌ها خواهد بود. (Waluchow, 2014) تئوری‌های متفاوتی برای توضیح و توجیه انواع مشروطه‌گرایی وجود دارد. در گسترده‌ترین معنا، مشروطه‌گرایی به یک نظام سیاسی دلالت می‌کند که در آن قدرت دولت نه‌تنها توسط چهارچوب قانون محدود است بلکه موانع نهادی نیز بر حوزه اختیارات دولت در برخورد با شهروندان اثر می‌گذارد. علاوه بر این، حاکمیت قانون وجود قوانین قابل‌شناسایی و قابل‌پیش‌بینی را که مشروعیت داشته باشند، الزامی می‌کند؛ به شرطی که به‌طور مساوی بر همه اعضای جامعه قابل‌اعمال باشند (Abou el Fadl, 2012: 36).

ورود مفهوم دولت مدرن و مشروطه‌گرایی به ادبیات سیاسی کشورهای اسلامی به‌وجود آورنده چالشی مهم در برقراری نسبت بین شریعت و مشروطه‌گرایی بود. محوری‌ترین موضوع چالش برانگیز میان این دو آن است که بالاترین دستاورد «دولت ملی» به‌عنوان یکی از عناصر تشکیل‌دهنده مدرنیته، «قانون» به معنایی فراایدئولوژیک است؛ قانون مخلوق عقل خودبنیاد و نقاد انسان‌هایی است که در قالب یک نهاد غیردینی و متکی بر شناخت و باور عرفی در ساختار دولت مدرن ایجاد می‌شود (اسخ، همان: ۵۴-۵۵). در مقابل، قواعد و اصول و احکام شریعت مبتنی بر منبع وحیانی است که بر اساس یک متدولوژی خاص، استنباط و ساخت‌بندی می‌شود. جوامع اسلامی هر یک راه‌های مختلفی را برای تدوین و طراحی قانون اساسی خود برگزیدند و همچنین نظر به اینکه این روش‌ها در این جوامع زمان به زمان و دولت به دولت متفاوت است، در بیشتر آن‌ها تناقضی در قوانین اساسی به وجود آمده است. از یک‌طرف، قانون اساسی خود را به‌عنوان قانون بنیادی دولت و نهایتاً بیان خواسته ملت معرفی می‌کند؛ بر این اساس، این قانون اساسی است که وجود سایر قوانین را امکان‌پذیر می‌کند. از طرف دیگر، ارجاع به شریعت اسلامی تلویحاً و گاه صریحاً دلالت بر این دارد

که یک قانون بالادستی وجود دارد (Sherif, 2012: 125). این ارتباط قانون اساسی‌گرایی با شریعت، منجر به طرح یک سؤال اساسی و مهم می‌شود: آیا شریعت اسلامی یک بدنه پیشنهادی از قواعد ماهوی را تأسیس می‌کند که قوانین مصوب دولت باید از آن‌ها ناشی شود یا بر آن تطبیق یابد؟ اگر پاسخ به این پرسش مثبت باشد، شریعت به‌عنوان یک بدنه از هنجارهای مافوق قانون در نظر گرفته می‌شود؛ بنابراین، قوانین مصوب دولت اعتبار و مشروعیت خود را کسب نمی‌کنند؛ مگر اینکه با شریعت منطبق باشند. حقوق اسلامی نیز زمانی اعتبار کسب می‌کند که به قوانین مصوب دولت می‌پیوندد. بر این اساس، حقوق اسلامی از یک‌طرف و قوانین مصوب دولت از سوی دیگر دو نظم حقوقی خودمختار مختلف را انعکاس می‌دهند (Ibid). اگر پاسخ منفی باشد، ممکن است گفته شود شریعت متضمن اصول کلی است که می‌تواند راهنمای قانون‌گذاران عرفی در تدوین قوانین موردنیاز خود باشد. در این صورت مسئله این است که قوانین مصوب باید منبعث از این اصول باشند یا با آن‌ها مخالفتی نداشته باشند؟ متناسب با پاسخ، نحوه ارتباط این دوگانه و تعامل آن دو با هم متفاوت خواهد بود. مسئله اولیه این نیست که کدام بر دیگری مقدم شود؛ زیرا این پرسش در جایی مطرح است که امکان زیست این دو در ساختاری واحد و همگون وجود نداشته و ناچار باشیم یکی را در مقام تراحم یا تعارض بر دیگری ترجیح دهیم. موضوع اصلی این است که آیا امکان اجرای شریعت در قالب حاکمیت قانون و بر اساس مقتضیات تصمیم‌گیری مبتنی بر عقلانیت تصمیم‌گیرندگان وجود دارد یا نه. در عمل، در قانون اساسی برخی از کشورهای اسلامی، اصلی گنجانده شده که مطابق آن رعایت موازین شرعی الزامی است (لمباردی، ۱۳۸۱: ۲۹۹). این شرط که به «اصل شریعت» یا «شرط پایبندی به شریعت» مشهور است، می‌کوشد تا قاعده سیاسی و سنتی اسلام مبنی بر احترام به اصول بنیادین شریعت را با عینک مشروطه‌گرایی مدرن ببیند. بر اساس آن، حتی اگر قوانین با گذر از فرآیند قانونی به تصویب برسند اما در تعارض با شریعت باشند، باید از اعتبار ساقط شوند (Lombard, 2013, 615). این روش هیچگاه نتوانست این دوگانه را همزیست کند؛ بلکه تلاش کرده است که آن‌ها را برای یکدیگر قابل‌تحمل کند. نکته مهم دیگر این است که هر دولت برآمده از متن یک قانون اساسی دارای «اصل شریعت»، ضرورتاً دولت شرعی یا مذهبی نیست؛ زیرا در بسیاری از کشورهای اسلامی علی‌رغم وجود این اصل، دولت‌ها خود را متعهد به اجرای همه قوانین شرعی خصوصاً قوانین کیفری نمی‌دانند. نقش مذهب در ایفای وظایف دولت‌ها و تعیین قلمرو اختیارات و مداخلاتشان، از دولتی به دولت دیگر متفاوت بوده و وابسته به محدوده‌ای است که سازمان دولت و قوای آن به شریعت گره خورده یا موضوع آن واقع شده است (Temperman, 2010: 13).

تأثیرپذیری از مفاهیم شکل‌گرفته در دنیای غرب موجب شد تا برای اولین بار در تاریخ ایران در دوران مشروطه اندیشه تصویب قانون اساسی به خواسته عمومی مردم ایران تبدیل شود. حکومت قانون، ایده اصلی اندیشه مشروطه‌خواهی بود که دیگر مفاهیم این گفتمان پیرامون آن مفصل‌بندی می‌شدند و از این حیث «مشروطه‌خواهان»، بر امکان پیوند قانون اساسی با اصول شریعت اصرار ورزیدند و در برابر مخالفان یا به تعبیری «مشروع‌خواهان» با ناسازگار نشان دادن آن‌ها، جانب

شریعت را مقدم داشته و مدعی بودند که با وجود شریعت ضرورتی برای تصویب قانون وجود ندارد. برای نمونه شیخ فضل‌الله نوری ناسازگاری اندیشه حکومت قانون با شریعت را چنین بیان می‌کند: «... اگر کسی را گمان آن باشد که ممکن است و صحیح است جماعاتی از عقلا و حکما و سیاسیون جمع شوند و به شوری ترتیب قانونی بدهند که جامع این دو جهت [نظم دنیا و آخرت] باشد و موافق رضای خالق هم باشد، لابد آن کس از ربه اسلام خارج خواهد بود؛ چون اسلام بدون اقرار به نبوت محقق نیست و اقرار به نبوت به غیر دلیل عقلی متصور نیست و دلیل بر نبوت، سواً احتیاج ما به چنین قانونی و جهل و عجز ما از تعیین آن نمی‌باشد و اگر خود را قادر بر آن بدانیم، پس دیگر دلیل عقلی بر نبوت نخواهیم داشت... پس جعل قانون کلاً ام بعضاً منافات با اسلام دارد و این کار، کار پیغمبری است، لذا هر رسولی که مبعوث شد از برای همین کار بود، بعضی از احکام پیغمبر سابق را امضا می‌فرمود و بعضی را تغییر می‌داد تا آنجا که خاتم انبیاء صلی‌الله علیه و آله مبعوث شد و دین خدا را کاملاً بیان فرمود. لذا او خاتم انبیاست و قانون الهی که او آورد دیگر نقص نخواهد داشت، حتی نسبت به تمام ایام و نیز نسبت به تمام مردم» (ترکمان، ۱۳۶۲: ۵۶).

اما دیدگاه مجتهدان مشروطه‌خواه از قانون اساسی چارچوبی قراردادی و مبتنی بر خواست و مصالح عموم بود که عمده‌ترین کارکردش محدود کردن قدرت سیاسی و جلوگیری از خودکامگی است. نائینی بر جایگاه دو اصل آزادی و برابری در قانون (نائینی، ۱۴۲۴: ۱۰۲-۱۰۵) تأکید می‌کند و برداشت او بسیاری از عناصر قانون در اندیشه مدرن را بازتاب می‌دهد؛ زیرا عناصری چون قراردادی بودن، معطوف بودن به مصالح عمومی، استوار بودن بر خواست عموم و نقش نمایندگان مردم در تدوین و تصویب آن، جایگاه آزادی و برابری در آن و در نهایت کارکرد قانون در محدودسازی قدرت سیاسی، همگی از ویژگی‌های قانون در اندیشه مدرن قلمداد می‌شوند (میرموسوی، ۱۳۹۰: ۶۷). برای مثال، در نظر محلاتی، از فقهای مشروطه‌خواه، «قانون اساسی چیزی نیست مگر کلیات امور سیاسیه که موجب جلب منافع نوعیه و دفع مضار عامه است و آنچه باعث رفاهیت رعیت و خلاصی آنها است از فشار ظلم استبداد، دخیلی به احکام کلیه شرعیه که مورد اجتهاد مجتهدین است، ندارد» (غروی، در زرگری‌نژاد، ۱۳۹۰: ۲۳۶).

نائینی، قانون اساسی و فروع آن در باب امور سیاسی را لازم دانسته و آن را به رساله عملیه در باب عبادت تشبیه می‌کند که اگر مقلدین آن را در اختیار نداشته باشند، قادر به انطباق عمل و مسئولیتشان نیستند. او قانون اساسی را واجب می‌داند؛ زیرا پایه و اساس حفظ محدودیت و مسئولیت و اصل اصیل در این باب و مقدمه منحصراً مطلب است (نائینی، همان: ۸۹). نائینی مشروطیت را نظام سیاسی در معنای دقیق آن می‌داند (طباطبائی، ۱۳۸۶: ۴۹۱) و با پذیرش همزیستی قانون و شرع، نظریه سیاسی دولت را طرح‌ریزی می‌کند.

۳. نظریه سیاسی دولت مشروطه

نوشته‌های باقی‌مانده از مشروطه‌هاکی از آن است که اگرچه علما و مشروطه‌خواهان در اتخاذ مواضع سلبی در برابر دولت‌های نامطلوب هم‌عقیده بودند، در ارائه یک نظریه سیاسی و اتخاذ

مواضع ایجابی اتفاق نظر نداشتند. مراد از مواضع ایجابی پاسخ فقیهان به سؤال‌هایی از این قبیل است: با توجه به حرمت حکومت طاغوت آیا مسلمانان در زمان غیبت مکلف به اداره جامعه و تدبیر امور آن هستند؟ آیا از سوی شارع مقدس شیوه حکومت خاصی تجویز شده یا همان شیوه‌های عقلایی تدبیر امور اجتماعی با اصلاحاتی امضاء شده است؟ (کدیور، ۱۳۸۷: ۳۴) «فقیهان شیعه در پاسخ به سؤالات پیش‌گفته، یعنی مهم‌ترین مسائل حقوق اساسی و اندیشه سیاسی، به دودسته تقسیم می‌شوند: دسته اول فقیهانی که در ادله فقهی نحوه حکومت خاصی را برای زمان غیبت نیافته‌اند و فرد یا افراد خاصی را از جانب شارع برای حکومت بر مسلمانان منصوب نمی‌دانند؛ دسته دوم فقیهانی هستند که از ادله فقهی نحوه خاصی از حکومت را در زمان غیبت استنباط کرده و نظریه‌ای ایجابی در باب دولت ارائه نمودند» (همان: ۳۵).

اگرچه نقش مراجع و مجتهدانی چون آخوند خراسانی و عبدالله مازندرانی در حمایت مذهبی از جنبش مشروطه‌خواهی ایرانیان بسیار برجسته است، تأسیس و بنیان‌گذاری «فقه المشروطه» به‌مثابه فصل جدیدی در تاریخ اجتهاد فقه سیاسی شیعه، مرهون تلاش‌های نائینی و تقریرات وی در رساله «تنبيه الامه و تنزیه المله» است (فیرحی، ۱۳۹۱: ۲۸۰). کوشش نائینی متمرکز بر بیان و اثبات ثنوری مشروطه از دیدگاه شیعه است (حائری، ۱۳۶۴: ۲۲۳). نائینی در تنبیه‌الامه واژه سلطنت^۱ را به کار می‌برد اما از این تعبیر، «حکومت به مفهوم مدرن و به معنای حکمرانی و اداره جامعه را که متضمن سازوکاری قاعده‌مند از نهادها و قوانین است، اراده کرده است» (فیرحی، ۱۳۹۴: ۱۹۸). به همین دلیل، می‌توان نظریه وی را در چارچوب یک نظریه سیاسی دولت بررسی کرد.^۲

در نظریه سیاسی منشأ یا ماهیت حاکمیت باید تعیین‌کننده مناسبات و چگونگی شکل‌گیری قدرت سیاسی باشد. در حاکمیت دموکراتیک اراده مردم به‌طور مستقیم یا از طریق نمایندگان منتخب آنان تحقق می‌یابد، درحالی‌که در حاکمیت مبتنی بر دین مثل حاکمیت کلیسایی، ارباب کلیسا بر مبنای تفسیر رسمی که از تعالیم مسیح درک کرده و ارائه داده‌اند، به اعمال قدرت مبادرت کردند (زارعی، ۱۳۸۳، ۱۷۴). از همین‌رو، در یک تقسیم‌بندی کلی منشأ مشروعیت حکومت‌های موجود را می‌توان از مردم یا از خداوند دانست. لذا دو گونه دولت با دو منشأ مشروعیت الهی و مردمی شناخته شده است و باید تبیین کرد منشأ مشروعیت دولت مشروطه کدام است تا بر اساس آن مشروعیت جرم‌انگاری و مجازات توجیه شود.

در اندیشه نائینی با فرض اینکه مردم دارای آزادی و برابری‌اند، نوعی از جامعه استنباط می‌شود که همه افراد حق دفاع از خود و مالکیتشان را دارند. این حقوق در خود ایده حقوق فردی گنجانده

۱. دلایلی را می‌توان برای استفاده نائینی از این واژه ذکر کرد: نخست، در ادبیات فقهی، واژه حکم و حکومت از اصطلاحات کتاب القضاء و عمدتاً به معنای قضاوت و داوری بود؛ دوم، منطقه و قلمرو حکمرانی حاکمان و امیران محلی در ادبیات سیاسی آن دوران محدود بود و در مقایسه با آن سلطنت مفهومی فراتر داشته و به واحد سیاسی بزرگ و مستقل گفته می‌شد؛ مشابه دولت در ادبیات سیاسی امروز (فیرحی، ۱۳۹۴: ۱۹۸-۱۹۹).

۲. بر برخی از زوایای نظریه نائینی ایرادات و اشکالاتی نیز مطرح شده است اما چون نظریه سیاسی جایگزینی ارائه نشده است تا بتوان آن را در حقوق کیفری مبنای قرار داد، بیان آن‌ها مجال دیگری می‌طلبد.

شده‌اند. افراد برای دفاع از خودشان حقی دارند و ممکن است این حق را خداوند به معصوم (ع) یا خود مردم به دیگران تفویض کنند. به باور وی مردم می‌توانند نهادهایی عقلانی مانند دولت در جامعه ایجاد کنند تا حقوق و تکالیف خود را ایفاء و استیفا کنند. در چارچوب دولت محدود مردم می‌توانند وظیفه حفظ شریعت و مسئله دفاع از خودشان را از طرق تنظیمات و توافقات داوطلبانه حل کنند (فیرحی، پیشین: ۲۱۷-۲۱۸). تحلیل فوق به خوبی نشان‌دهنده ارتباط و نزدیکی این نظریه با نظریات قراردادگرایی است.

ایجاد نسبت بین دولت مشروطه با دولت مدرن و انطباق با ویژگی‌های این دولت به‌تنهایی کافی نبود؛ بلکه خلق یک نظریه سیاسی و مشروعیت‌بخشی به آن در جامعه آن روز ایران نیاز به توجیه شرعی و مذهبی نیز داشت تا مقبولیت داشته باشد. علاوه بر آن، دوگانه و تعارضی ابتدائی بین شریعت و دولت وجود داشت که نیاز بود تا این تعارض حداقل در عرصه اندیشه نظریه‌پردازان رفع شود. استفاده از مفاهیم موجود در شریعت به‌عنوان استعاره‌هایی برای توضیح و تبیین مفاهیم سیاسی موجود در جامعه، از نوآوری‌هایی است که در دوره مشروطه توسط فقهای چون نائینی مطرح شد و مبانی دولت مشروطه را روشن کرد. مصادیقی از تلاش نائینی برای یافتن مبانی شرعی دولت، به‌کاربردن مفاهیم وکالت، وقف و شورا به‌عنوان استعاره‌هایی است که نظریه دولت مشروطه به‌واسطه آن‌ها توجیه شرعی می‌یابد. بدین ترتیب بین دولت و شریعت یک رابطه تعاملی و نه تقابلی به وجود می‌آید. نائینی در این راستا، از همه امکانات فهم دینی که مبتنی بر نگرش اصولی است، بهره گرفته تا فهم جدیدی از مصادق‌ها و جزئیات در حوزه شرع ارائه دهد (حسنی فر و افروغ، ۱۳۸۹: ۱۱۱). وی در دستگاه فقهی شیعه سعی کرد از طریق پیش‌بردن قراردادها و پذیرفتن وکالت در حوزه‌های عمومی، نمایندگی در مجلس شورای ملی را توجیه کند (نائینی، پیشین: ۱۱۴). همچنین، «مشروطه به وساطت مفهوم وقف به درون فقه شیعه ترجمه شد و برعکس، فقه شیعه نیز با استمداد از قرابت ساختاری و نهادی وقف و مشروطه توان تبیین فقهی از دموکراسی را کسب نمود» (فیرحی، ۱۳۹۳: ۴۸۳). علاوه بر آن، با پذیرش شورا در شریعت، نائینی به‌حکم عقل لازمه تحقق آن را مشروعیت رأی اکثریت در صورت پیدایش اختلاف می‌داند (همان: ۳۱۷). نائینی شورا را به‌عنوان یک مفهوم سیاسی به کار می‌گرفت که از طریق آن همه امور سیاسی یا نوعیه ملت را می‌توان به رایزنی عقلای قوم ارجاع داد (طباطبائی، پیشین: ۵۰۵). وی بر این اساس لزوم و مشروعیت مجلس شورای ملی را اثبات و شرعاً توجیه می‌کند. مخالفان، ورود مجلس در امور سیاسی و نوعی را مداخله در قانون الهی و عموم، شورویت حکومت را ناظر بر قانون شرع می‌دانستند؛ اما نائینی این شبهه را با این پاسخ رد می‌کند که خروج احکام الهی از این عموم از باب تخصص است نه تخصیص؛ یعنی حکم شرعی به لحاظ ذات و ماهیت آن از موارد رایزنی مجلس نیست (همان). به‌طور کلی، نائینی دولت را دارای دو وجه حاکمیتی و نمایندگی می‌داند که هر دو را نیز به‌واسطه شریعت و نقش‌های متفاوت مجتهدان مشروعیت می‌بخشد. وجه نمایندگی دولت از باب ماهیت شورا در اندیشه اسلامی و وظیفه امر به معروف و نهی از منکر و وجه حاکمیتی از حیث ولایت فقها در امور حسبیه و حضور آنان در مجلس برای تصحیح و تنفیذ قوانین (فیرحی، ۱۳۹۵: ۳۵۰).

نائینی مبنای دولت مشروطه را عبارت می‌دانست از «قیام امارت مردم به نوع خودشان» (نائینی، پیشین: ۳۹). از دیدگاه وی چون حکومت اداره مشترکات همه مردم است، باید به دست خود مردم هم اداره شود (همان). بر این اساس نهادهایی چون مجلس، قانون اساسی، تفکیک قوا، انتخابات و انجمن‌ها پیش‌بینی شد تا راهبردهای پیش‌برنده این نظریه باشند در راستای محدودسازی قدرت سیاسی. «از نظر تنبیه الامه، چون ماهیت دولت مشروطه و به‌طور کلی، دولت مدرن، منشوری و ترکیبی است، منابع مشروعیت چنین دولتی نیز دوگانه و مرکب است» (فیرحی، پیشین: ۳۴۹). از این رو، نظر به ماهیت این نظریه که برآمده از هردو منشأ شرع و رضایت مردم بود، می‌توان دولت مشروطه را نه صرفاً بر اساس مبنای الهی و نه صرفاً بر پایه مشروعیت مردمی بلکه بر اساس نوع سومی توجیه کرد؛ اگرچه مردم به دولت اختیار قانون‌گذاری اعطا می‌کنند، اما واگذاری این حق مشروط است به اجرا و رعایت شریعت و قواعد و مقررات معین‌شده در نصوص شرعی (کدیور، پیشین: ۴۹). روشن است که این دیدگاه بیشتر متوجه مبنای مشروعیت مردمی است که با اضافه‌شدن یک قید تضمین شده است.^۱ چنین مشروعیتی را «مشروعیت مردمی با رعایت ضوابط الهی» (همان: ۴۹) نیز می‌توان نامید.

در نظریه کیفری، مهم ضابطه رعایت شریعت در جرم‌انگاری و مجازات است. مسئله حل‌نشده این است که در دولت مدرن، حقوق برآمده از عقل نقاد آدمیان است که در فرایند و ساختاری حقوقی سیاسی مشخص شکل می‌گیرد. به بیان دیگر، حقوق مدرن از حیث هدف، منبع، روش و مرجع صالح با حقوق دینی تفاوت دارد (راسخ، همان: ۶۸-۶۱). نظریه فوق برخی از عناصر حقوق مدرن به‌ویژه قانون اساسی‌گرایی، یعنی تحدید حقوق و تکالیف عمومی در قالب قانون و تعیین رابطه حاکمیت مردم در چارچوب قانون را دگرگون می‌کند؛ به‌گونه‌ای که دیگر نمی‌توان از حاکمیت امر حقوقی سخن گفت. تزاخم و تعارض پیش‌آمده یا محتمل به‌ویژه در حقوق کیفری ناشی از ناهمزیستی این دوگانه در قالب نظریه‌ای همساز است که ولو عناصری از هریک از دوگانه فوق به عاریت گرفته است ولی چگونگی ساخت و برآمد، متضمن نوعی سازگاری میان اجزایش است. مگر اینکه از اساس شکل‌گیری چنین نظریه‌های تلفیقی را ناممکن بدانیم.

۱. ایده ترکیبی مشروعیت الهی مردمی (ر.ک، کدیور، پیشین) را مشکل بتوان به‌عنوان مبنای مستقل مشروعیت پذیرفت؛ زیرا با این ایراد مواجه است که اولاً آنچه از لفظ بر می‌آید هم‌عرض بودن اراده الهی با اراده مردمی است؛ به‌نحوی که هریک از این دو منبع، بخشی از علت مشروعیت‌بخشی به حاکمیت باشند. اگر این معنا را بپذیریم مشخص نیست، امکان تحقق فاعلیت خداوند در ایجاد مشروعیت چگونه ممکن خواهد بود. از دیگر سو، پذیرش این معنا که اراده مردم در طول اراده الهی است و غالباً این بیان مدنظر معتقدین به این دیدگاه است، امکان‌پذیر نیست. این تفسیر که خداوند منبع مشروعیت سیاسی است و هم او حق آمریت و الزام خود را بدون واسطه یا با واسطه به مردم اعطا و واگذار کرده است و مردم به جهت حقی که از طرف منبع الهی دریافت کرده‌اند، آن حق را به حاکمان اعطا می‌کنند و بر نظام سیاسی مشروعیت می‌بخشند، باز نوعی مشروعیت مردمی خواهد بود.

۴. چالش‌های نظریه حقوق کیفری

پرسش‌های زیادی پیرامون تعیین قلمرو و مرزهای نظریه کیفری برآمده از تئوری سیاسی دولت مشروطه وجود دارند. نجفی اصفهانی، یکی از فقهای مشروطه، مصادیق حوزه‌های شرع و عرف را آشکارا بیان می‌کرد و قوانین را بر دو قسم می‌دانست: یکی مثل حکم میراث و زنا و لواط و شراب و خمس و زکات و سایر واجبات و محرمات و احکام که کسی در آن حق چون و چرا ندارد و بر مسلمین فرض است که از آن احکام که توسط شارع مقدس وضع شده است، پیروی کنند؛ دیگری اموری که برای آن‌ها حکم و قانون معینی در کتاب و سنت نوشته نشده است؛ مثل حوادث اتفاقیه و امور عامه عادیه و خصوصیات نظم و انتظام بلاد و عباد و حفظ ثغور و استحکام و انتظام امر معیشت مسلمانان و امنیت طرق و شوارع و رواج کسب و تجارت و فلاح و مصادیق احکام و امثال این‌ها که خداوند آن‌ها را به مشورت ارجاع داده است تا مسلمین با مشورت و مصلحت‌بینی هرگونه که صلاح می‌دانند رفتار کنند (نجفی اصفهانی، پیشین: ۳۱۰-۳۳۷). پاسخ هرچه باشد، چالش‌هایی در این نظریه کیفری پدید می‌آید که لاجرم برای طرح‌ریزی یک نظریه کیفری دارای ثبات باید به آن‌ها پاسخ گفت.

اکثر فقهای که به دفاع از مشروطیت پرداخته و در پی تفکیک حوزه شرع و عرف و روشن کردن مرزهای قانون‌گذاری بوده‌اند، ویژگی احکام جزائی را نادیده گرفته یا جزائیات را در ذیل معاملات و عبادات قرار دادند. پس از مشروطه حقوق کیفری از جهات مذکور در بالا با تکثر و دوگانگی مواجه بود. از حیث هدف، حقوق مدرن درصدد تنظیم روابط شهروندان و تأمین آزادی‌های ایشان در ظرف یک جامعه متکثر از طریق دموکراسی بود. حال آنکه حقوق شرعی درصدد تعیین تکالیف و وظایف مکلفان در برابر خداوند بود. همپوشانی از حیث هدف در این دو در صیانت از حیات و مال و اعراض وجود دارد ولی در سه حوزه زیر با هم متفاوت‌اند: از جهت منبع، حقوق مدرن علی‌رغم اختلافات اساسی مبتنی بر عقل نقاد خودبنیاد است که قوانین و مقررات را از منابع متفاوت متناسب با ویژگی‌های تاریخی، فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی جامعه خود استخراج یا استنباط و وضع می‌کند. حقوق دینی ذاتاً وحیانی و منبعت از متون مقدس است. از جهت روش استنباط حقوق مدرن هرچند به تدریج متحول شد، ولی اساساً مبتنی بر تحلیل موارد، بهره‌گیری از روش فهم و شناخت فلسفی و تجربی است. در حقوق دینی اما روش استنباط متن‌محور و دریافت مراد و حکم شارع است. از جهت وضع قانون، حقوق مدرن برآمده از قرارداد اجتماعی است و نه مرجع و گروه خاصی. مرجع وضع در حقوق دینی خداوند است که از طریق پیامبر به انسان منتقل می‌شود و تنها علمای دینی می‌توانند قواعد و احکام را از آن متون استنباط کنند (رک راسخ، همان: ۷۰-۶۱). تراجم‌های برآمده از این دوگانگی در حقوق عمومی و به‌خصوص حقوق کیفری که در حقوق مدرن باید منحصرأ از آغاز تا انجام در اختیار دولت باشد، بیش از سایر شاخه‌های حقوق عرض‌اندام کرد. ربط وثیق این دو حوزه به نظریه سیاسی و عدم پیش‌بینی همه تراجمات بالفعل و بالقوه موجب شد که به تدریج و در عمل از خلال قانون‌گذاری و اجرا سر برآورند.

نظریه کیفری همساز با نظریه سیاسی و برخوردار از هماهنگی درونی مستلزم شناخت دشواری‌هایی است که در مشروطه بروز کرد و همچنان با شکل و محتوایی تحول‌یافته پیش روی ماست؛ در حال حاضر سیاهه قابل توجهی از ناسازواری‌ها میان فقه جزایی سنتی که در نبود نهاد دولت‌ملت مدرن شکل گرفت و دولت‌ملت مدرن یا لوازم و اقتضائات آن پدید آمده است (نوبهار، ۱۳۹۸: ۲۰۰). چالش‌ها و تعارض‌های حادث یا محتمل به بنیان‌های عمیق نظری این دو و اختلافاتشان ارجاع داده می‌شوند و برخی نیز در محدوده تفاوت‌های راجع به مؤلفه‌های چهارگانه فوق هستند که در حقوق مدرن به تدریج نسبت به حقوق دینی تحول یافته است. در ادامه به چالش‌های نوع دوم اشاره می‌شود که ارتباط این دوگانه در قالب یک نظام حقوقی را در دوران مشروطه به مخاطره انداخت.

۱.۴. ضرورت یا عدم ضرورت تدوین احکام کیفری شریعت

پذیرش مبنای دوگانه شریعت و قانون مصوب مجلس در جرم‌انگاری و مجازات پیش از همه این سؤال را برمی‌انگیزد که آیا احکام کیفری شرعاً معین نیز باید در چارچوب قانون‌گرایی مطرح‌شده قرار بگیرند و احکام شرعی به شکل قانون درآیند؟ آیا لازم است حدود و تعزیرات که مجازات‌های شرعی معین‌اند، وجهه قانونی نیز پیدا کنند؟ همین سؤال را به‌طور جزئی‌تر در مورد تعزیرات، بالأخص تعزیرات غیرمنصوص می‌توان پرسید، ماهیت آن‌ها را فقیه معین می‌کند یا قاضی یا نمایندگان مجلس؟

این اختلاف در ضرورت یا عدم ضرورت تدوین احکام کیفری شرعی از سوی مجلس در قالب قانون، امر مهمی بود که در آن دوران مطرح شد. مشروح مذاکرات مجلس در بردارنده مناقشات زیاد مطرح‌شده است که از وجود این اختلاف خبر می‌دهند. این مناقشات با دغدغه تفکیک قوانین شرعی و عرفی شکل‌گرفته بود که مرزهای نه‌چندان دقیق و سیالی داشتند. به‌طور نمونه یکی از مواردی که در ادوار مختلف مجلس و به مناسبت موضوعات مختلف در صحن مجلس مطرح می‌شد، مسئله مسکرات بود که شرب آن عملی نهی‌شده در شرع و موضوع یکی از مجازات‌های اسلامی است. مسئله این بود که آیا جرم‌انگاری این عمل ضرورت دارد و توجیه‌پذیر است یا با وجود قواعد شرعی نیازی به وضع قانون در این خصوص نیست؟ نظر هرکدام از نمایندگان که در ادامه می‌آید، می‌تواند پاسخی برای سؤال ضرورت یا عدم ضرورت جرم‌انگاری عناوین کیفری شرعی باشد که به‌خوبی وجوه مختلف این چالش را نشان می‌دهد.

اتحاد، یکی از نمایندگان دور پنجم مجلس شورای ملی، طرح قانونی منع مسکرات را پیشنهاد داده و اصرار داشت طرح مسئله از نقطه نظر دیانت «یک موضوع خیلی حیاتی است... بنده تصور می‌کنم در مسائلی که راجع به مصالح عمومی است مخصوصاً چیزهایی که راجع به دیانت است آقایان نمایندگان باید بیشتر دقت کنند و طرف توجه قرار دهند» (مذاکرات مجلس شورای ملی، ۱۳۰۴، جلسه ۱۹۰). در پاسخ نماینده دیگری می‌گوید: «اولاً تصور می‌کنم عقیده اعضاء کمیسیون غالباً این بود که این طرح یک چیز زائدی است. چیزی را که در شرع ما آن را منع کرده‌اند دیگر به هیچ وجه من

الوجه محتاج نیست که مجلس شورای ملی یک قانون جدیدی بر منع و حرمت آن وضع کند. پس شما تمام محرمات شرعیه ما را امروز بیاورید در مجلس و برایش قانون وضع کنید. این را اساساً ما عقیده‌مان این است که حرام است و منع آن هم واجب است» (همان). تدین از دیگر نمایندگان این دوره که معتقد به عدم ضرورت تقنین عناوین کیفری شرعی است، ضمن مخالفت با این طرح دلیل آن را چنین بیان می‌کند که ضرر این طرح بیشتر از منافعش است و می‌خواهد به استعمال مسکرات رسمیت بدهد. او می‌گوید که در کتاب مقدس آسمانی حکم مسکرات معین شده است و در تمام کتب فقهی نیز ساختن، فروش و خوردنش حرام و حدش هم معین است. «ما می‌خواهیم تجدیدنظر در قانون اساسی آسمانی کنیم. من اصلاً نمی‌فهمم مورد ورود این مسئله در مجلس شورای ملی چیست. اگر ما واقعاً علاقه‌مند به این قسمت هستیم باید به دولت خودمان که یک دولت اسلامی است تذکر بدهیم که حکم اسلام را در سرتاسر مملکت اسلامی اجرا کند. آقا! آمریکا که برای منع مسکرات رأی می‌دهد علتش این است که از نقطه نظر مذهبی منع صریح نداشته است ولی وقتی که در مذهب ما بضروره من الاسلام ساختن و فروش خوردن مسکرات حرام است، حالا ما می‌خواهیم بعد از هزار و سیصد سال قانون وضع کنیم، آن هم در مقابل قرآن، در مقابل اسلام. خیلی مضحک به نظر می‌آید. به علاوه آنچه در اسلام مجوز است یک مورد است آن هم خیلی با احتیاط، باید طبیب حاذق باشد، دوا منحصر باشد، آن وقت مجاز است اما اینجا که نوشته شده دوا فروش‌ها مجاز باشند بر حسب دستور طبیب بفروشند سه هزار ناخوش جعلی در این مملکت پیدا خواهد شد. آن وقت ما از کجا اطمینان پیدا کنیم که تمام اطباء ما حاذق هستند. به علاوه اگر یک کارخانه‌هایی لازم شد برای استعمال مسکرات آن‌ها مجاز باشند. کارخانه مسکر یعنی چه؟ معنی ندارد فقط مواد الکلی ممکن است در کارخانه‌ها استعمال شود، آن هم الکلیاتی که مشروبی نیست. دیگر در این موضوع بنده بیشتر نباید صحبت کنم بنده اصولاً کاملاً موافقم با جلوگیری از استعمال این سم مهلک و در این هیچ تردیدی ندارم ولی تازه بیاییم قانون وضع کنیم و تجدیدنظر کنیم این را بنده برخلاف عقیده خودم و برخلاف همه چیز میدانم باید این مسئله اصلاً مطرح نشود و به دولت تأکید شود که به وسائل ممکنه در اسرع اوقات حکم اسلامی را که در هزار و سیصد و چهل سال قبل شده است، به موقع به اجرا بگذارند» (همان).

۴-۲. جرم‌انگاری عناوین کیفری خارج از شرع

از آنجاکه در فقه، جرم‌انگاری و مجازات مبتنی بر شرع و برگرفته از منابع آن بود، بنا بر قاعدهٔ اصالت الاباحه پرسش دیگر این بود که اساساً مجلس بر چه مبنایی حق قانون‌گذاری و اعمال ممنوعیت و تعیین مجازات در حوزهٔ مباحات را پیدا می‌کند. هر پاسخ ایجابی که از امکان جرم‌انگاری سخن می‌راند می‌بایست از چنان قوتی برخوردار می‌بود که برای دو فرض پیشین پاسخ محکم و مستدلی ارائه می‌نمود. شیخ فضل‌الله به‌عنوان یکی از دلایل مخالفتش این امر را بیان می‌کند که «این که می‌گوید: مواد قانونیه قابل تغییر است. آیا این تغییر از اسلام به‌کل است؟ و خرافت هر دو معلوم. اگر گفته شود که این تغییر من الاسلام الی الاسلام، یعنی از مباحی به مباحی

دیگر، این تغییر اگرچه متصور است، لکن امر مباح که عندالشرع جایز الفعل و الترتک است، غلط است که قانون لازم‌العمل شود و مجازات بر مخالفت آن مترتب شود» (نوری، در زرگری‌نژاد، پیشین: ۲۶۰). نکته کلیدی این است که مشکل اصلی نه با مداخله دولت در مباحات بلکه با جرم‌انگاری و تعیین کیفر بود. به بیان دیگر، ارتکاب رفتاری که در شرع مجاز بوده و در قلمرو آزادی فرد قرار می‌گیرد، حال قرار است به موجب قانون منع شده و مرتکب، مستوجب مجازات شناخته شود.

۳-۴. مجازات افراد به‌عنوان شهروندان مساوی

موضوع جرائم و مجازات‌های شرعی مسلمانان هستند و در برخی موارد نیز که غیرمسلمانان موضوع حکم شرعی قرار می‌گیرند با مسلمانی که همان رفتار را انجام دهد تفاوت دارند. این احکام متفاوت با اندیشه حقوق مدرن که از برابری تمام شهروندان در برابر قانون سخن می‌گوید، در تراجم قرار می‌گیرد؛ آیا می‌توان از این احکام صرف‌نظر کرد یا باید غیرمسلمانان را نیز مشمول احکام اسلامی دانست؟

با توجه به اصل هشتم^۱ متمم قانون اساسی مشروطه که به متساوی‌الحقوق بودن اهالی مملکت ایران در برابر قانون دولتی اذعان داشت، می‌توان گفت که قانون‌گذاران این دوره، بین قانون دولتی و حکم شرع تمایز قائل بودند. قانون دولتی از امور نوعی مردم، اعم از مسلمان و غیرمسلمان، سخن می‌گفت و این امور غیر از حکم شرعی است که بر عدم‌تساوی بین مسلمان و غیرمسلمان استوار شده است. بدین ترتیب، مناقشه‌ای پدید آمد بر سر مجازات‌های یکسان برای مسلمان و غیرمسلمان که به معنای نادیده‌گرفتن ویژگی مجازات‌هایی مثل قصاص یا برخی از حدود در اسلام بود که قائل به عدم مساوات در مجازات برای فرد مسلمان و نامسلمان بودند. همین دلیل، محرک اعتراضات زیادی به اصل هشتم متمم قانون اساسی بود که بر اساس آن اهالی مملکت ایران در مقابل قانون دولتی متساوی‌الحقوق خواهند بود. شیخ فضل‌الله متعرض این مورد هم شد؛ وی متساوی‌الحقوق بودن افراد که به‌زعم مشروطه‌خواهان یکی از ارکان نظام مشروطه است را از مواد قانون اساسی یا به تعبیر وی آن «ضاللت‌نامه» می‌دانست. وی می‌گوید «اگر این قانون دولتی است که در آن مساوات ممکن نیست و اگر مخالف اسلام است منافی با آنچه در چند سطر قبل نوشته شده آنچه مخالف اسلام است قانونیت پیدا نمی‌کند» (نوری، پیشین: ۲۶۴-۲۴۵).

۴-۴. تعیین مجازات عرفی برای منهیات شرعی

نه فقط حوزه جرم‌انگاری محملی برای تولد این چالش‌هاست بلکه در مورد تعیین مجازات نیز چالش‌هایی از این دست به‌خوبی عیان می‌شوند. از دیگر مواردی که در خصوص مجازات‌ها سبب‌ساز مناقشه شد، تعیین مجازات‌های عرفی برای منهیات شرعی بود. چنانکه شیخ فضل‌الله نوری آن را هم غلط و هم بدعت می‌شمارد. وی در اعتراض به مجازات عدم رعایت استثناهای آزادی مطبوعات

۱. «اهالی مملکت ایران در مقابل قانون دولتی متساوی‌الحقوق خواهند بود.»

که در قانون برای آن مجازات جزای مالی پیش‌بینی شده بود می‌گوید: «... و اعجب من ذلک که در ذیل این ماده حکم به مجازات برای مخالفت مقرر شد و حواله به قانون مطبوعات شد و این هم غلط و هم بدعت است؛ زیرا که مجازات مالی در شرعیات در ارتکاب منهیات نداریم و در آنجا برای این کار مجازات مالی معین نمود» (ترکمان، پیشین: ۱۰۹-۱۱۰).

سید نصرالله تقوی نیز در کتاب سؤال و جواب در فواید مشروطه چنین تحلیل می‌کند: «فرق است بین مواد قانونی و هیئت قانونی. به این معنی که هیچ مملکتی مجبور نیست در وضع ماده قانون تابع مملکت دیگر بوده باشد. ... مثلاً هر عمل سوئی باید در مقابل مجازاتی بوده باشد تا مردم شرور از خوف عقوبت ممتنع از فعل بد باشند. چنانچه دزد، از برای او حتماً مجازاتی مقرر باشد تا نفی ماده سرقت شود. ... حال اگر در یک مملکتی مجازات دزد فقط حبس معینی باشد، لزوم ندارد در این مملکت هم مجازات او همان حبس بوده باشد و نشود مجازات او را موافق قانون مذهبی، قطع ید دانست. پس ممکن است ما در وضع ماده قانونی، محتاج به اختراع وضع جدید یا التزام به رشته تقلید دولت مجاور نبوده باشیم. فقط تصرف جدیدی که در کار دارد، همان هیئت و ترتیب است که برای اجرای مواد قانون بدی [اگریزی] از مراعات او نیست... 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 به اجرا آید» (تقوی، پیشین: ۵۵۴).

نمونه‌ای دیگر در خصوص رشوه‌خواری به‌خوبی بیانگر این چالش است: «گفتند هرچه شرع برای راشی و مرتشی معین کرده بدون ملاحظه باید مجرا گردد. اما حکم شرعی محدود بود به استرداد وجه از رشوه‌گیرنده؛ یعنی مجازاتی در بین نبود. سعدالدوله اعتراض کرد که اگر کسی از کارگزاران دولت پولی بگیرد و حقوق دولت و ملت را بفروشد، مجازات همان است؟ به عقیده تقی‌زاده نیز هرچه از روی میزان شرع سخت‌تر نشود بهتر است، به‌خصوص درباره عمال دیوان. اما میرزا طاهر تنکابنی که نماینده فکر اصولی بود آن نظر را رد کرد و عقیده داشت که در احکام قانونی نباید استثنا داشته باشد و قانونی که می‌خواهد نوشته شود منحصر به دیوانیان نیست. در نهایت مجلس درباره رشوه‌گیرنده و رشوه‌دهنده هردو سیاست ملکی و کیفر عرفی را شناخت. در ضمن سیدبهبهانی که به دوگانگی حکم شرعی و قانون ملکی واقف بود، هشیارانه نخواست این قانون به رأی گذاشته شود. وی گفت: اگر قرار باشد برای هر چیز رأی بگیرند، باید برای نماز عشاء و مغرب هم رأی بگیریم. به‌هرحال رأی قاطع مجلس اعلام شد و این ماده قانون تصویب شد: عمال دیوان در صورت گرفتن رشوه محکوم‌اند به رد مبلغ مذکور و خلع راشی و مرتشی از شئون و خدمات دولتی و قطع شدن مرسوم او» (آدمیت، ۱۳۵۴: ۴۲۵).

۵. مرزها (قلمرو) حقوق کیفری

آیا می‌توان تراحم‌ها و تعارض‌های پیش‌گفته در نظریه سیاسی دولت مشروطه را حل‌وفصل کرد؟ چراکه از یک نظریه انتظار می‌رود که در مواقع تعارض و چالش قاعده‌ای برای رفع آن تدبیر کند تا

بتواند سازگاری درونی حقوق کیفری را تضمین کند. پیش از آن باید اشاره کرد که اگرچه فرمول عملی و قابل اجرایی در دوره مشروطه در حوزه قوانین کیفری به دست نیامد و این چالش در نظام کیفری آن دوران حل نشده باقی ماند، بحث در اینجا بر سر امکان یا امتناع حل این تعارضات و به تبع آن شکل‌گیری یک نظریه حقوق کیفری بر اساس نظریه سیاسی مشروطه است. بار دیگر به همان نظریه سیاسی رجوع می‌کنیم. در تقریرات نائینی به قلمرو و مرزهای قانون‌گذاری شرعی و عرفی توجه شده است: «مجموعه وظایف راجعه به نظم و حفظ مملکت و سیاست امور امت، خواه دستورات اولیه متکفله اصل دستورالعمل‌های راجعه به وظایف نوعیه باشد، و یا ثانویه متضمنه مجازات بر مخالفت دستورات اولیه، خارج از دو قسم نخواهد بود؛ چه بالضروره یا منصوصاتی است که وظیفه عملیه آن بالخصوص معین و حکمش در شریعت مضبوط است، یا غیرمنصوصی است که وظیفه عملیه آن به واسطه عدم اندراج در تحت ضابط خاص و میزان مخصوص غیرمعین و به نظر و ترجیح ولی نوعی موکول است و واضح است که همچنان که قسم اول نه به اختلاف اعصار و امصار قابل تغییر و اختلاف و نه جز تعبد به منصوص شرعی الی قیام الساعه وظیفه و رفتاری در آن متصور تواند بود، همان‌طور قسم ثانی هم تابع مصالح و مقتضیات اعصار و امصار و به اختلاف آن، قابل اختلاف و تغییر است» (نائینی، پیشین: ۱۳۴).

با این وصف، نائینی احکام را به دودسته ثابت که در همه زمان‌ها و مکان‌ها الزام‌آورند و احکام متغیر که در اختلاف زمان‌ها دارای اختلاف خواهند بود، تقسیم می‌کند. وی برای مجلس سه وظیفه کلی قائل است: نخست، تطبیق و تنظیم دخل و خرج کشور؛ دوم، وضع قوانین و تمییز ثابت از متغیر؛ سوم، تفکیک قوای مملکت (همان: ۱۲۷-۱۳۸). درباره حدود قانون و اختیارات قانون‌گذاری معتقد است که قوانین و مقررات مجلس که در تطبیق آن‌ها بر شرعیات باید دقت و مراقبت شود، محدود به احکام منصوص شرعی است و احکام و فتاوی غیرمنصوص که به اعتبار مصالح و مقتضیات عصر صادر شده‌اند و «قوانین راجعه به این قسم، نظر به اختلاف مصالح و مقتضیاتش به اختلاف اعصار، لامحاله مختلف و در معرض نسخ و تغییر است و مانند قسم اول مبنی بر دوام و تأیید نتواند بود و از اینجا ظاهر شد که قانون متکفل وظیفه نسخ و تغییر قوانین به این قسم دوم مخصوص و چه قدر صحیح و لازم و بر طبق وظیفه حسیه است» (همان: ۱۳۸). پس در مورد قسم دوم احکام که از قضا عمده مسائل مربوط به سیاست و تدبیر ملک در این سنخ می‌گنجد، در هر دوره و زمانی مختلف‌اند، تغییر این قوانین در گذر زمان، به معنای تغییر حرام به واجب یا واجب به مباح یا مباح به حرام نیست. در این حوزه است که شورا دست‌به‌کار می‌شود و قوانین و احکام مورد نظر وضع می‌شود.

مخالفت شیخ فضل‌الله با اساس مشروطیت و دفاع میرزای نائینی از مشروعیت نظام مشروطه با مبانی دو فهم دینی متفاوت انجام می‌گرفت. شیخ با فهم و تفسیری محدودی از مبانی نظری شرع و در بی‌اعتنایی به تمایز دو نظام متفاوت مفاهیم جدید و قدیم، از نظامی به نظام دیگر می‌لغزید، در حالیکه میرزا با تمییز آن دو و فهم جدیدی از نظام سنت قدمایی با توجه به الزامات دوران، فهمی یکسره متفاوت عرضه می‌کند (طباطبائی، پیشین: ۵۰۹). نائینی تلاش کرده است به چنان نظریه‌ای برسد

که گرچه متکی بر اصول شریعت باشد، به اندازه کافی برای همخوانی با مفاهیم جدید حقوقی نیز انعطاف پذیر باشد. بر همین اساس، اصل مهمی مطرح کرد که قلمرو و حدود قانون گذاری کیفری را نیز مشخص می کند: شرع احکامی دارد که رعایت آنها الزامی است و در سایر موارد که حکم شرعی وجود ندارد، انسان ها آزاد خواهند بود. به بیان دیگر، اصل ابتدایی حق است و حکم بودن امری نیاز به دلیل دارد و تنها شرط حقوق بی شمار موجود، عدم مغایرت با شریعت خواهد بود. مثلاً خرید و فروش همه چیز آزاد است جز شراب. بدین ترتیب، با توجه به رضایت مردم در واگذاری حقوقشان به دولت در حوزه رخص، جرم انگاری و کیفر گذاری از سوی دولت موجه است و دولت حق دارد در جایی که شرع حکمی ندارد جرم انگاری کرده و مجازات متناسب تعیین کند و البته این رضایت مشروط است به عدم مغایرت با شرع. این واگذاری برای مردم تعهدآور است «همچنان که امور غیرواجبه بالذات به تعلق نذر و عهد و یمین و امر آمر لازم الاطاعه و اشتراط در ضمن عقد لازم و نحو ذالک، واجب و لازم العمل می شود» (نائینی، پیشین: ۱۰۷). در واقع، نظریه مشروطه قانون را به دو بخش قوانین شرعی که دربرگیرنده احکام ناظر به منصوصات شرعی بود و قوانین عرفی که در امور نوعی و حوزه غیرمنصوصات شرعی و بر اساس اراده عمومی به وجود می آمدند، تقسیم می کرد. مشروعیت این نوع دوم که منوط به عدم مغایرت با شرع بود نیز از باب لزوم وفای شرعی به عهد یا عقد ثانیاً و بالعرض، وجه شرعی داشتند و نقض آن نامشروع تلقی می شد (فیرحی، پیشین: ۸۱). بر این اساس، دولت مشروطه حق دارد رفتاری را که شرع جرم دانسته و برای آن مجازات تعیین کرده است، تفریع و مرتکبین را مجازات کند. در سایر موارد که رفتار یا ترک آن در حوزه رخص قرار دارد یا در شریعت حکمی ندارد اما ضرورتی وجود دارد که دولت آن رفتار را جرم انگاری و کیفر گذاری کند، حق دولت در ایجاد چنین ممنوعیتی و تعیین ضمانت اجرا برای آن را می توان بر اساس رضایت افراد در قرارداد با دولت توجیه کرد.

قانون اساسی مشروطه و متمم آن، به عنوان عالی ترین سند مشروعیت دولت مشروطه، کوشید تا تنها با پیش بینی اصل دوم گامی به سوی رفع چالش ها و ارائه راه حل بردارد. به این ترتیب ضمن پذیرش اسلام به عنوان مذهب اصلی ایران در اصل یک با گنجاندن اصل دو در متمم قانون اساسی، آن را «اسلامی» کرد. در این اصل که اصل طراز نامیده می شود، شرط عدم مغایرت قوانین مصوب مجلس با شریعت کافی تلقی شد. این اصل که شباهت زیادی با شرط پایبندی به شریعت دارد، تلاشی برای تبیین این مسئله که چگونه چنین سازوکاری باید اجرایی شود، نکرده است. البته میان اصول قانون اساسی نیز تعارضاتی بود که به نظر ناشی از عدم اجماع یا توافقی برای حل مناقشه ها و برقراری نسبت بین این دو گانه بوده است. به طور مثال، اصل ۷۰ مرجع رسمی تظلمات عمومی را دیوان عدالت عظمی و محاکم عدلیه دانسته و قضاوت در امور شرعی را به عدول مجتهدین جامع الشرایط سپرده است. اصل ۷۸ نیز بیان می کند که احکام صادره از محاکم باید مدلل و موجه و محتوی فصول قانونیه باشد که طبق آنها حکم صادر شده است؛ در حالیکه محاکم شرعی که قضات آنها مجتهدین اند طبق قانون شرع حکم می دهند نه فصول قانونیه. توجه به بند دوم اصل ۲۷ متمم نیز خالی از فایده نخواهد بود که قوه قضائیه را به محاکم شرعی و عرفیه تقسیم و

مرافعات شرعی را به مجتهدین و مرافعات عرفی و سیاسی به محاکم عرف واگذار می‌کرد. این تفکیک بدون در نظر گرفتن ساختار مشخص برای این محاکم، منجر به حل چالش و تقابل عرف و شرع در ساختار قضایی حقوق کیفری نشد و این نظام قضایی جدید در عرصه عمل امکان اجرایی شدن پیدا نکرد.

نتیجه‌گیری

از آنجا که حقوق کیفری در مبنای خود نزدیکی تئوریک ویژه‌ای با اندیشه‌های سیاسی دارد، نظریه‌پردازی در حقوق کیفری منوط است به تعیین نوع اندیشه سیاسی حاکم بر نظام سیاسی تا بر اساس آن بتوان از ساختمان و بنای حقوق کیفری سخن گفت. اندیشه سیاسی فقهای مشروطه به‌ویژه نائینی حاصل پیوند دین با الزامات دولت مدرن است که در قالب نظریه دولت مشروطه تحقق یافته است. در این دوران مجتهدان مشروطه‌خواه با بازاندیشی در بنیان‌های فلسفی و نظری سیاست و حکومت توانستند گام‌های مهمی در تأسیس بنیانی مشروع برای اقتدار دولت بردارند؛ هرچند نتوانستند وحدت ساختاری برای نظام حقوقی تازه تأسیس شده ایجاد کنند. وحدت ساختاری منوط به هماهنگی مبنایی مؤلفه‌های چهارگانه هدف حقوق، منبع حقوق، روش آن و مرجع وضع و اجرای قانون است که حتی در نظریه فقهای مشروطه‌خواه نیز تمام و کمال وجود ندارد. نظریه سیاسی دولت مشروطه نتوانست یک نظریه همساز و هماهنگ در حقوق کیفری، به‌عنوان یک نهاد به‌هم‌پیوسته و هدف‌دار، ارائه دهد. صرف‌نظر از توفیق نظریه و نظام حقوقی برآمده از مشروطه در برقراری ربط و نسبت میان شرع و عرف و مدرنیته، تعدد مبنایی ساختار نظام حقوقی طراحی شده و انتقال حقوق دینی بدون پذیرش موجودیت مقومات دولت و حقوق مدرن به درون نظام سیاسی و حقوقی مذکور به انسداد و تعارض میان اجزاء و عناصر آن انجامید. در میان همه عناصر فوق، تفاوت در هدف و مرجع دو نظام حقوقی منشأ بیشترین تعارض‌هاست؛ زیرا این دو بیش از بقیه عناصر، نظم و هماهنگی لازم در یک نظام حقوقی را مخدوش می‌کند. قانون‌گذاری با دو هدف ناهمگون به سردرگمی واضح، پیچیدگی اجرا، اختلاف در ابزارها و سازوکارهای دستیابی به هدف و ناممکن‌بودن ارزیابی قانون می‌انجامد. تنوع مراجع نیز به ناسازواری در تصمیم‌گیری و اختلاط و تعارض سیستماتیک منجر می‌شود. به همین دلیل، در تجربه مشروطه، فرمول عملی و قابل اجرایی خصوصاً در حوزه قوانین کیفری به دست داده نشد و این چالش در نظام کیفری آن دوران حل‌نشده باقی ماند. ضرورت داشت تا مختصات کلی نظریه کیفری که متضمن محدوده و اصول اساسی و راهنمای کیفری‌اند در متن قانون اساسی، سندی که تعیین‌کننده رابطه و نسبت شریعت با دولت است، به‌روشنی بیان شود. به دلیل فقدان چنین نظریه سازوار و انتقال عناصر اصلی آن در قانون اساسی، در عالم واقع حقوق کیفری با تشمت منبع و مرجع در جرم‌انگاری و تعیین کیفر مواجه بود.

افزون بر آن، فرصت کوتاهی که دولت مشروطه و نظریه‌پردازان آن در عمل برای اجرا و پیاده‌سازی اندیشه‌های خود داشتند، مانع از شکل‌گیری یک رابطه تعادلی بین این دو شد.

روی کارآمدن نظام پادشاهی پهلوی به پشتوانه قدرت رسمی سیاسی به تدریج حوزه نفوذ رسمی شرع بر قانون گذاری کیفری را یک طرفه و به مدد قدرت سیاسی کنار نهاد؛ با این امید که راهی برای تفوق حقوق مدرن فراهم کند. نادیده انگاری اقتدار یکی از دو نظام شاید در کوتاه مدت به برتری دیگری و حل تعارض بیانجامد ولی چنانچه در مسیری عادی و از طریق تفاهم و گفتگو رخ ندهد، در موقعیت دیگری تعارض را بازنمایی خواهد کرد؛ آن چنان که قانون اساسی جمهوری اسلامی و حقوق کیفری آن، بار دیگر بقای تزاخم و ناهمگونی را البته این بار با برتری بخشی به برخی عناصر حقوق شرعی بر حقوق مدرن، ولو در نظریه، نشان داده است. در نظریه کیفری برآمده از چنین ساخت دوگانه‌ای، هرچند وضع قوانین کیفری خصوصاً در حوزه جرم‌انگاری و مجازات در قالب و قواره حاکمیت قانون جریان می‌یابد ولی در مواردی بدون رعایت الزامات ساختاری و هنجاری دولت حقوقی، مانند قاعده گذاری از طریق گفتگو و تفاهم در قوه مقننه یا پایبندی به الزامات قضایی، فراتر از آن مستقیماً سیاست کیفری را از منابع شرعی به درون حقوق کیفری منتقل می‌کند که از این طریق راه را بر شکل‌گیری تزاخم یا تعارض درون نظام حقوقی کیفری باز می‌کند؛ مسیری که مانع از تحقق یک حقوق کیفری سازوار و مقدم بر آن نظریه کیفری با ساخت درونی هماهنگ و تماماً موجه شده است.

منابع

الف) فارسی

۱. بیگس، برایان (۱۳۸۹). فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، چاپ اول، تهران، نشر نی.
۲. ترکمان، محمد (۱۳۶۲). رسایل، اعلامیه ها مکتوبات و روزنامه شیخ فضل الله نوری، چاپ اول، تهران، موسسه خدمات فرهنگی رسا.
۳. حائری، عبدالهادی (۱۳۶۴). تشبیح و مشروطیت، چاپ دوم، تهران، امیرکبیر.
۴. حسینی‌فر، عبدالرحمن و افروغ، عماد (۱۳۸۹). مراتب نقد آرای محمدحسین نائینی بر لیبرالیسم، مطالعات تاریخی فرهنگی، بهار، شماره ۳.
۵. راسخ، محمد (۱۳۹۲). حق و مصلحت، جلد دوم، تهران، چاپ اول، نشرنی.
۶. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۳). حاکمیت حکمرانی خوب و حکومت در ایران، تحقیقات حقوقی، پاییز و زمستان، شماره ۴۰.
۷. زرگری‌نژاد، غلامحسین (۱۳۹۰). رسایل مشروطیت، چاپ دوم، تهران، مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی.
۸. طباطبائی، سیدجواد (۱۳۸۶). نظریه حکومت قانون در ایران، جلد دوم، چاپ اول، تبریز، ستوده.
۹. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۲۴). تنبیه الامه و تنزیه المله، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۰. عبدالرحمن عالم (۱۳۷۷). بنیادهای علم سیاست، چاپ اول، تهران، نشر نی.
۱۱. فیرحی، داود (۱۳۹۱). فقه و سیاست در ایران معاصر، چاپ اول، تهران، نشر نی.
۱۲. فیرحی، داود (۱۳۹۳). فقه و سیاست در ایران معاصر، جلد دوم، چاپ اول، تهران، نشر نی.
۱۳. فیرحی، داود (۱۳۹۴). در آستانه تجدید، چاپ اول، تهران، نشرنی.
۱۴. قاضی، ابوالفضل (۱۳۷۶). حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ اول، تهران، میزان.
۱۵. کدیور، محسن (۱۳۸۷). نظریه های دولت در فقه شیعه، چاپ اول، تهران، نشر نی.
۱۶. لاگلین، مارتین (۱۳۸۸). مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی.
۱۷. لمباردی، کلارک (۱۳۸۱). اسلام و حقوق اساسی در مصر، ترجمه حسن رضایی، راهبرد، تابستان، شماره ۲۴.

۱۸. محمودی جانکی، فیروز (۱۳۸۲). مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌انگاری، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه تهران.
۱۹. محمودی جانکی، فیروز (۱۳۹۵). «مهار حقوق کیفری در قوانین اساسی» در حقوق؛ جانمایه بقای اجتماع (گفتارهای حقوقی در نکوداشت دکتر عزت‌الله عراقی)، به کوشش امیرحسین رنجبریان، چاپ اول، تهران، سمت، صص ۲۱۶-۲۳۸.
۲۰. میرموسوی، سیدعلی (۱۳۸۴). اسلام، سنت، دولت مدرن، چاپ اول، تهران، نشر نی.
۲۱. میرموسوی، سیدعلی (۱۳۹۰). چالش‌های نظری حاکمیت قانون، مهرنامه، سال دوم، مرداد، شماره ۱۴.
۲۲. نوبهار، رحیم (۱۳۹۸). ضرورت بازاندیشی آموزه‌های فقه جزایی در پرتو پدیده دولت‌ملت مدرن، مجموعه‌چکیده همایش بین‌المللی تحولات حقوق کیفری در پرتو تعامل شرع و حقوق، به کوشش فیروز محمودی جانکی و جمشید غلاملو، چاپ اول، تهران، میزان.

(ب) انگلیسی

1. Abou El Fadl, Khaled (2012). *The Centrality of Shari'ah to Government and Constitutionalism in Islam*. In Rainer Grote; Tilmann J Röder, **Constitutionalism in Islamic Countries: between Upheaval and Continuity**, New York, Oxford University Press.
2. Adel Omar Sherif, (2012). *The relationship between constitution and the shariah in Egypt* In Rainer Grote; Tilmann J Röder, **Constitutionalism in Islamic Countries: between Upheaval and Continuity**, . New York. Oxford University Press.
3. Baker, Dennis J. (2011). **The Right Not to Be Criminalized: Demarcating Criminal Law's Authority**, , Burlington, Vt: Ashgate.
4. Brettschneider, Corey. (2007), *The Rights of the Guilty*, *Political Theory*. Vol 35. No 2, pp 175-199.
5. Cudd, Ann, (fall 2012 Edition). *Contractarianism*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, available at: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/contractarianism>.
6. Dolovich, Sharon. (2004). *Legitimate Punishment In Liberal Democracy*, Buffalo Criminal Law Review, 7. UCLA: UCLA School of Law, Available at: <Http://Www.Escholarship.Org/Uc/Item/03s2c7c7>.
7. Dubber, Markus Dirk, (March 15, 2004). "A Political Theory of Criminal Law: Autonomy and the Legitimacy of State Punishment", *Ssrn Electronic Journal*.
8. Fletcher, Goerge, (May, 2000). The nature and function of criminal law, *California Law Review*, Vol.88, No. 3, The Morality of Criminal Law: A Symposium in Honor of Professor Sandy Kadish.
9. Fletcher, George P. (2007). *Political Theory and Criminal Law*, *Criminal Justice Ethics*. Vol 25, No 1.
10. Lombardi, Clark B. (2013). *Designing Islamic Constitutions: Past Trends and Options for a Democratic Future*, *International Journal of Constitutional Law*. Vol 11, No 3, pp 615-645.
11. Matravas, Matt, (2011). *Political theory and the criminal law*, in Duff, R.A and Stuart Green, **Philosophical foundation of criminal law**, Oxford, Oxford University press.
12. Moore, Michael S. (1997) . **Placing blame: a general theory of the criminal law**, Oxford, Oxford University Press.
13. R.A. Duff and others, (2011). **The boundaries of criminal law**, Oxford, Oxford University Press.
14. Rawls, John. (1993). **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press.
15. Sanford Levinson, (1979) "*the Constitution*" in *America Civil Religion*, the Supreme Court Review. the University of Chicago Press. pp. 123-151.
16. Thorburn, Malcolm. (2011). *Constitutionalism and the Limits of the Criminal Law*. In Duff, Antony. **The Structures of Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press.
17. Walter M. Simon, (Jun., 1951). *John Locke: Philosophy and Political Theory*, the American Political Science Review, Vol. 45, No. 2, pp. 386-399.
18. Waluchow, Wil, (spring 2014 Edition), *Constitutionalism*, the Stanford Encyclopedia of Philosophy, available at <https://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/>.