

# The Relationship Between Secular and Religious Matters in Iranian Public Law: A Historical Reflection from the Constitutional Revolution to the Islamic Republic

(Type of Paper: Research Article)

Aliashraf Nazari<sup>1\*</sup>, Mehrdad Omidpour<sup>2</sup>

## Abstract

The rule of law and liberty are key subjects of legal philosophy that have received serious attention in Iran since the 1905 Constitutional Revolution. In this connection, the dispute over establishing a relationship between secular and sharia aspects of life and its relevance to achieving individual freedoms has been the subject of Iranian public-law philosophy. This article examines some of the theories that have been formulated on this issue since the Constitutional Revolution, and attempts to critically analyze efforts to establish the rule of law in Iran. The main question of the paper is how have theological and legal theories on the relationship between secular and religious matters developed during the past hundred years in Iran? The main hypothesis of the paper is that jurisprudential theories have evolved from law-sharia dualism to the centrality of sharia law.

## Keywords

secular law, the Constitutional Revolution, freedom, the rule of law, sharia law.

---

1. Associate Prof., political science, University of Tehran, Tehran, Iran (Corresponding Author).

Email: aashraf@ut.ac.ir

2. Ph.D. Student in political science, University of Tehran, Tehran, Iran.

Email: mehrdad.omidpour@student.hu-berlin.de

Received: October 16, 2019 - Accepted: July 12, 2020



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose.

## نسبت امر عرفی و شرعی در حقوق عمومی ایران: تأملی تاریخی از انقلاب مشروطه تا جمهوری اسلامی

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

علی اشرف نظری<sup>۱\*</sup>، مهرداد امیدپور<sup>۲</sup>

### چکیده

حکومت قانون و نظام آزادی از محوری‌ترین مباحث در فلسفه حقوق عمومی است که با انقلاب مشروطه در ایران مورد توجه جدی قرار گرفت. در این میان، جدال بر سر برقراری نسبی میان عرف و شرع از یک سو و التفات به نظام آزادی با شروع تحول خواهی در عصر مشروطه، از سوی دیگر، همواره کانون مباحث فلسفه حقوق عمومی در ایران بوده است. پرسش اصلی این است که نظریات فقهی و حقوقی در یکصد سال گذشته چه منطقی را از سر گذرانده و این منطقی در ملاحظه با امر عرفی-عقلی از چه نسبی برخوردار است؟ فرضیه اساسی این نوشتار ناظر بر حرکت نظریات فقهی و حقوقی از ثنویت عرف-شرع به شریعت تام است که بر امر عرفی-عقلی سیطره یافته است. اینکه کیفیت و بسط این مباحث مهم در نظام حقوقی ما به شکل بوده و چه منطقی را از سر گذرانده است، «بن و بنیاد» مقاله حاضر است. روش پژوهش، تحلیلی-انتقادی است. نتایج نیز بیانگر این است که با سیری در اندیشه مهم‌ترین متفکران این دوره و نمایش تجلی اندیشه آنان در ارکان حقوقی، به‌طور خاص در قوانین اساسی و حقوق عمومی کشور، می‌توان به این نتیجه رسید که اگرچه کوشش‌هایی که در آغاز مشروطه برای تمییز دادن حقوق عرفی و شرعی در جهت بسط آزادی‌های اساسی و حاکم شدن قوانین عرفی به‌عمل آمد که تا حدودی راه را برای حکومت قانون مبتنی بر عرف هموار کرد، اما با گذر زمان و ورود متفکران شریعت‌خواه نه تنها این راه مسدود شد، بلکه تمامی شئون دیگر که تاکنون در ذیل عرف قرار می‌گرفتند، رنگ شرعی به خود گرفت. این شرعی شدن تمامی امور که آن را «شریعت تام» می‌خوانیم، امور عقلی و عرفی را یکسره در قوانین عمومی به فراموشی سپرد.

### کلیدواژگان

امر عرفی، انقلاب مشروطیت، آزادی، حکومت قانون، شریعت.

۱. دانشیار، گروه علوم سیاسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).  
Email: aashraf@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری علوم سیاسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.  
Email: mehrdad.omidpour@student.hu-berlin.de

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۷/۲۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۲۲

## مقدمه

«انقلاب مشروطیت» نقطه عطف رویارویی هویتی ایرانیان با مدرنیته است که از آن به‌عنوان انقلابی برگرفته از مفاهیم مدرن در تمایز با سپهر اندیشه و هویت سنتی یاد می‌شود (Bakhash, 1989: 23؛ 1979: 386-389). مشروطیت، این انقلاب، نقطه تجلی رویارویی اندیشه‌ها و ساختارهای هویتی سنتی و مدرن در ایران است که تحولات آن بر تاریخ سیاسی ایران در سده بیستم سایه افکنده و بر زبان، مذهب، اجتماع، اقتصاد و سیاست کشور ما تأثیری انکارناپذیر نهاده است (Ghods, 1989: 8-13). تبار نظریه مشروطیت به مجادله‌ها و استدلال‌های عمده‌ای باز می‌گردد که در قرون وسطی در چارچوب جنبش شورایی (سده پانزدهم) در کلیسای کاتولیک تحقق یافت. شورای کلیسا که محصول تفرقه کلیسای کاتولیک بود، «برای مقابله با ادعاهای مربوط به حاکمیت پاپ پدید آمد و با تأکید بر کثرت مراجع حاکمیت، حاکمیت محدود، واگذاری قدرت به شورا و کلیسا و جلوگیری از سوءاستفاده‌های دستگاه پاپ، توانست زمینه را برای ایجاد حکومت مشروع مبتنی بر توافق و رضایت فراهم آورد» (وینسنت، ۱۳۷۱: ۱۳۶-۱۳۵). نظریه مشروطیت که از بطن اندیشه لیبرالیسم کلاسیک رشد یافت، اغلب به معنای سازماندهی سیاسی خاصی تلقی می‌شد که هدف از آن تضمین و تفرق قدرت و اقتدار سیاسی، محدود کردن آن به قانون اساسی و تسهیل دگرگونی و تغییر در نظام سیاسی بود تا مآلاً برخی ارزش‌ها و اصول اساسی مانند آزادی، برابری، حقوق فردی، حق رأی و حاکمیت مردم محفوظ بماند. دولت در این معنا تحت قواعد اولیه قانون اساسی، مجموعه‌ای از قواعد ثانوی یا قوانین معمولی را که عامل تنظیم روابط افراد با «اشخاص حقوقی» هستند، اعلام و اجرا می‌کند و پاسدار و نگهبان نظم مبتنی بر قانون اساسی است. به تعبیر دیگر مشروطیت، ایجادکننده ترتیباتی حقوقی بود که علاوه بر تضمین برابری و حقوق همه شهروندان، زمینه را برای شکل‌گیری قانون اساسی، واحدهای اداری، احزاب سیاسی و سایر نهادهای ملی، مبانی بنیادینی را با تأکید بر «سرنوشت عمومی»<sup>۲</sup> فراهم کرد (Vaziri, 1993: 177).

در گذر سده‌ها، فقه در جوامع اسلامی مهم‌ترین و حتی تنها منبعی به‌شمار می‌رفت که حقوق و قوانین مسلمین بر آن بنا شده بود و ترتیبات امور مؤمنان با آن تنظیم می‌شد. بدین سبب، هنگامی که در عصر مشروطه، سخن از حکومت قانون و نظام مشروطیت به میان آمد، نظر علما و فقها بر دیگران رجحان و برتری داشت و فراتر از آن روشنفکران نیز، به‌سختی می‌توانستند هژمونی آن را نادیده بگیرند. حتی در میان متجددین نیز، نوعی میانه‌رویی محتاطانه، تسامح، عمل‌گرایی و یا اعتقاد وجود داشت که درصد بود برای تجهیز و بسیج مردم،

۱. ر.ک: بشیریه، ۱۳۷۷.

این ایده را ترویج کند که «قوانین سیاسی و مدنی و تاریخی» اروپا مقتبس از اسلام و روح آن است و هیچ تعارضی میان اخذ تجدد و پایبندی به شریعت وجود ندارد. «میرزا یوسف‌خان مستشارالدوله» پس از بررسی‌های تحقیقی خود در قوانین اساسی اروپایی نوشت: «بعد از تدقیق و تعمق، همه آنها را به مصداق لارطب و لایابس الا فی کتاب مبین با قرآن مجید مطابق یافتیم» (تاجیک ۱۳۸۳: ۱۶۰). «میرزا ملکم‌خان» نیز در برخی نوشته‌های خود نظیر «کتابچه صراط‌المستقیم» (۱۲۸۹ق) می‌کوشد تا انطباق احکام اسلام را با پیشرفت‌های جدید نشان دهد و سازگاری آیات قرآن و احادیث نبوی را با دستاوردها و مقتضیات نو اثبات کند و می‌نویسد:

«از اظهار این معانی نباید چنان استنباط کرد که مقصود من تغییر احکام شریعت اسلام است. حاشا و کلا، جمیع فقرات ضمانت جانی در شریعت مطهره اسلام بر وجه اکمل وضع شده است و الآن کاری که داریم این است که بر جمیع احکامی که در باب ضمانت حقوق جانی در احادیث متفرق است، به همان طریقی که دول فرنگ این مطلب را ترتیب داده و قرآن خود ساخته‌اند، ما نیز باید رسماً ترتیب داده مبدل به قوانین دولتی بسازیم» (ملکم‌خان، بی‌تا: ۱۱۷).

بدین‌سان، هم فقه به‌عنوان منبع اصلی حقوق و قوانین امور مسلمین و هم سلطه این دانش بر دیگر دانش‌ها منجر شده تا ما جدال میان علمای طرفدار نظام مشروطه و مخالفان آن را مهم‌ترین نزاعی بدانیم که در ساحت فلسفه حقوق رخ داده است. تحریر محل این نزاع از آن‌رو اهمیت دارد که بحثی اساسی میان طرفداران حکومت قانون و مخالفان آن در گرفت که موجب شکل‌گیری گفتارهای متعارضی در متن انقلاب مشروطه شد، که تا آن زمان نظیر آن وجود نداشت. این احتمال نیز هست که واژه دوپهلوی مشروطه به‌عمد برای ترجمه واژه فرانسوی «constitutionnelle» به‌جای معادل دقیق آن «conditionnelle» به‌کار برده شد تا نظام پیشنهادی جدید را با مفاهیم حقوقی «شرط» و «مشروط» در رویه حقوقی اسلام آشتی دهد (امانت، ۱۳۸۲: ۴۵).

اگرچه در ایران، حکومت قانون به معنایی که در غرب پدیدار شده، وجود نداشت و بدیهی بود که متفکران ما تحت تأثیر مباحث و مسائل تجدد قرار بگیرند، معدودی توانستند از حوزه تقلید صرف - که مذهب مختار بود - بیرون آیند و بایی را بگشایند که با تأمل در دانش و آگاهی جدید، به تأسیس مبانی فکری جدیدی بیندیشد. نگاه آنان به مدرنیته که در این مقطع در اوج قدرت‌یابی و استیلای فکری - سیاسی است، نوعی نگاه «ترجمه‌ای و انطباقی»، «پذیرش منفعلانه»<sup>۱</sup> و انتخاب فارغ از ارزیابی، است که به معنای گریز از «موقعیتی بحرانی» بود (Ringer, 2001: 4-7). از این‌رو، کمتر بحث اساسی به‌دنبال آن در گرفت و متفکران و روشنفکران نه آن را می‌فهمیدند و در بهترین حالت برای نقادی از غرب دچار «مکر غرب» شدند (Hegel, 1971).

(157) یا اسیر تفکر ایدئولوژیک (نظری، ۱۳۹۰). در واقع، آشنایی متفکران عصر مشروطه با مدرنیته با «روند کژتابی»<sup>۱</sup> یا «تقلیل گرایی»<sup>۲</sup> همراه است. بروز وضعیتی «میان اپیستمه‌ای»<sup>۳</sup> که در آن دو جهان، به سبب تار شدن تصاویری که از هم دارند، به هم می‌خورند و یکدیگر را از شکل می‌اندازند، از همین جا ناشی می‌شود (شایگان، ۱۳۷۶: ۲۲۴).

مقاله حاضر در صدد است تا با مروری بر آنچه در ساحت فلسفه حقوق، در ایران، از عصر مشروطه تاکنون روی داده است، نه تنها پرتوی بر برخی نظریات موجود در این زمینه بیفکند، بلکه از چشم‌انداز مفاهیمی مانند آزادی و حکومت قانون به نقادی بپردازد. هدف ما نه ثبت وقایع یا تحلیل مبتنی بر ارزشگذاری گفتمان‌های فکری، بلکه بازتفسیر زوایا و ابعاد فلسفی-حقوقی مندرج در گفتمان مشروطه‌خواهی است. بالطبع، در این زمینه، فهم علل و عوامل شکل‌گیری گفتمان‌های فکری نیز می‌تواند مؤثر باشد، اما نوآوری مقاله حاضر در مقایسه با منابع موجود، فراهم کردن زمینه درک این مسئله است که با نگاهی نیت‌مند و فارغ از حشوئیات، بتوان ادراکات و تصورات علمای ایرانی را از مفاهیم، اندیشه‌ها و نهادهای حقوقی مدرن در رابطه با آزادی و حکومت قانون درک کرد. پرسش اصلی مقاله حاضر این است که نظریات فقهی و حقوقی در یکصد سال گذشته چه منطقی را از سر گذرانده‌اند و این منطقی در ملاحظه با امر عرفی-عقلی از چه نسبتی برخوردار است؟ فرضیه اساسی این نوشتار ناظر بر حرکت نظریات فقهی و حقوقی از ثنویت عرف-شرع به شریعت تام است که بر امر عرفی-عقلی سیطره یافته است. در این مقاله تلاش می‌شود پس از تحریر محل نزاع دیدگاه‌های علمای مشروطه‌خواه و مشروع‌خواه حول ثنویت قوانین شرعی-عرفی، فقدان امر عرفی در نزد متأخران و گام به مرحله «شریعت تام» موردنظر قرار گیرد.

### تحریر محل نزاع؛ اختلافات میان میرزای نائینی و شیخ فضل‌الله نوری

شیخ فضل‌الله نوری به‌عنوان نماینده تام و تمام اهل شریعت بر این نکته پای می‌فشرد که حکم تنها از آن شارع مقدس است و بنده را یارای آن نیست که در این عرصه، ورودی پیدا کند. از دیدگاه شیخ، قانون مساوی با حکم بود و این دقیقاً مطابق با دریافت سنتی از شرع اسلام است، مبنی بر اینکه رابطه قانون و آزادی نسبتی معکوس دارد. احکام پنج‌گانه شرعیات را که برای امور مؤمنان از جانب شارع مقدس ترتیب داده شده است، می‌توان به دو گروه قطعی و یقینی - که شارع مقدس حکم بین در مورد آنان صادر کرده - یعنی واجبات و محرمات تقسیم کرد (انصاری، ۱۳۰۸: ۲۴۷-۲۴۵؛ فیرحی، ۱۳۹۰: ۱۳۶). با وجود این، در موارد خالی از حکم برخی قائل به

1. distortion  
2. reductionism  
3. inter-epistemique

اصالت حظر (منع) هستند، یعنی امور را به دو دسته حلال بّین و حرام بّین تقسیم می‌کنند و هر چیزی را که جوازی بر ترک آن صادر نشده به دایره احتیاط و حظر می‌برند؛ ما این گروه را در تاریخ شیعی به اخباریون می‌شناسیم. اما اصولیون، احکام قطعی را به دو گروه واجبات و محرمات تقسیم می‌کنند و هر چیزی که حکمی از جانب شارع بدان تعلق نگرفته است، داخل در اباحه و ترخیص قرار دارد؛ یعنی قائل به فراخ بودن دایره آزادی عمل مؤمنان هستند و موارد منع آنان، تنها مواردی است که حکم قطعی برای آن وجود دارد. وانگهی، با ورود مجتهد بزرگ، وحید بهبهانی (۱۲۰۵-۱۱۱۷ق)، در اوایل سلسله قاجاریه، و تسلط اصولیون بر مذهب تشیع، واجبات و محرمات بخش بسیار کوچکی از حیات مؤمنان را در بر گرفت و مابقی حوزه مسلمین به خود آنان واگذار شد. این حوزه وسیع را علما و فقهای ما مندرج در تحت حوزه اباحه یا ترخیص قرار داده بودند، بدین صورت که مؤمنان مصالح خود را با التفات به منافع خویش مادامی که تداخلی با حکم شارع مقدس قرار نگیرد، رتق وفتق می‌کردند.

در غرب، آزادی از همان آغاز نسبی با قانون برقرار کرده بود و این دو بدون هم قابل تصور نبود. اما، در اسلام، به طور اعم، و تشیع، به طور اخص، آزادی، نخست، در معنای عرفان و بندگی به کار می‌رفت، سپس در معنای حقوقی دستگاه فقه، آزادی نه نسبی با حکم-قانون شارع مقدس داشت و نه می‌توانست داشته باشد، زیرا آزادی به معنای رهایی از قید شرعیات بود. از سوی دیگر، قانون در معنای عرفی و شرعی آن جنبه آمرانه دارد و در امور مباح نیز التزام بر وجه حرام است؛ یعنی با این نوع دریافت، قانونگذاری، چون بر وجه التزام است، حتی در امور «مباحه بالاصل» فاقد اعتبار است و التزام در مباح هم حرام است. جعل قانون که مُتَّصِف بر وجه التزام است، تنها از آن خداوند است و هم اوست که چنین حق انحصاری بر عالم و آدم دارد. باز کردن «دُکّانی در برابر دُکان شرع» نه تنها تکیه زدن بر سریر ذات احدیت است، بلکه شارع مقدس با آگاهی از مصالح مؤمنان احکام جامع و «کامل برای همه اعصار» تحت لوای شریعت اسلام صادر کرده است که دیگر نیازی به قوانین جدید نیست (نوری، در: زرگری‌نژاد، ۱۳۷۴: ۱۵۴-۱۵۳).

به تعبیر بهتر، اگر «مقصد امور عرفیه است»، نیاز به ترتیبات دینی ندارد، یعنی حکم و به تبع التزام در آن مدخلیتی نیست؛ اما اگر «مقصد امور شرعیه است»، ولایت با فقها و مجتهدان است نه فلان بقال و بزاز و اعتبار به اکثریت آرا در مذهب امامیه غلط است (نوری، در: زرگری‌نژاد، ۱۳۷۴: ۱۵۴-۱۵۳). منظور از ولایت فقها و مجتهدان نه جعل قانون، بلکه استنباط از حکم شرعی است، بدین سبب که حکم شرعی نیازمند ادله شرعی است و دلیل شرعی تنها از آن شارع مقدس است. از دیدگاه شیخ فضل‌الله، «طبع مملکت ما را غذاء مشروطه اروپا دردی است بی‌دوا و جراحی است فوق جراح، زیرا علاوه بر آنکه منافی قواعد اسلام ماهاست ایران ما را سه خاصه‌ای که تا آن سه خاصه در آن باقی است ایجاد پارلمنت جز منشأ هرج و مرج فوق الطاقه نخواهد شد. یکی از آن سه خاصه وجود مذاهب مختلفه و دیگری کمی

جندیه، سیمی کثره ایلات بادیه» (نوری، ۱۳۶۲: ۷۲). نوری در پاسخ به این پرسش که دلایل موافقت اولیه او از مشروطه چه بود، می‌نویسد:

«منشأ این فتنه فرق جدید و طبیعی مشربها بودند که از همسایه‌ها اکتساب نمودند و به صورت بسیار خوشی اظهار داشتند که قهرأ هر کس فریفته این عنوان و طالب این مقصد باشد. به این [سبب] که در طلب عدل برآمدند و کلمه طبیعه العدل را هر کس اصغا نمود [شنید] بی اختیار در تحصیل آن کوشید و به اندازه وسعت به بذل مال و جان خودداری نکرد. من جمله خود داعی هم، اقدام در این امر نموده و متحمل زحمات سفر و حضر شدم و اسباب هم مساعدت نمود» (نوری، در: زرگری‌نژاد، ۱۳۷۷: ۱۵۳).

«التزام در امور مباح» از مهم‌ترین ایراداتی بود که شیخ و دیگر مشروعه‌خواهان به نظام مشروطه می‌گرفتند، و بی‌دلیل نیست که یکی از مناقشات در عصر مشروطه مباحثاتی مربوط به اخذ مالیات بود. به گفته محمدحسین تبریزی «مالیات گرفتن و گمرک گرفتن و ربای بانک گرفتن و امتیاز دادن و نرخ دادن، حتی پول تنظیف و چراغ از مردم گرفتن و از آدم و حیوان سرشماری گرفتن، همچنین حکماً باید پنیر سیری سه شاهی، زغال منی به یک هزار، برنج به سه قران و امثال اینها، باید فروخته شود، منافی احکام دین و مخالف قول معروف سیدالمرسلین علیه‌السلام است که فرموده: الناس مسلطون علی اموالهم» (تبریزی، در: زرگری‌نژاد، ۱۳۷۴: ۱۳۴). اگرچه بسیاری از روشنفکران ما و علمای مشروطه‌خواه تأکید داشتند که قانون شرع کامل است و نیازی به قانونگذاری نیست، بحث بر سر همین نکته اساسی بود که در حوزه رخص نمی‌توان وضع قانون کرد و با «تصویب و گرفتن مالیات‌های گزاف»، ظلم به عامه را سبب شد. علمای مشروعه‌طلب معتقد بودند از آنجا که قانون الهی جاری شده بر پیغمبر ختم قوانین است و آنچه مقتضی صلاح عباد است، «الی یوم الصور» به‌سوی او وحی شده، پس اگر کسی درصدد این امر باشد که به‌واسطه مقتضیات عصر، قوانین مجعوله برگرفته از روح آزادی اروپا را ترویج کند، چنین کسی هم از عقاید اسلامی خارج است و هم از آنجا که جعل قانون «کلاً ام بعضاً» با اسلام منافات دارد، در کفر پای نهاده است (ر.ک: قائم‌مقامی، ۱۳۴۸: ۸۷-۸۶). نوری تصریح می‌کند «مسلم را حق جعل قانون نیست. والله ابدأ گمان نداشتیم که کسی جعل قانون را امضا کند و از برای مملکت اسلام قانونی جز قانون الهی بپسندد و مقتضیات عصر را مغایر بعضی مواد قانون الهی بداند» (نوری، ۱۳۶۲: ۵۸). از سوی دیگر، شیخ تأکید کرده بود که اتکای قانون به آرای اکثریت در مذهب امامیه غلط است، به‌سبب اینکه هیچ‌گاه رضایت تمامی افراد به‌صورت مطلق حاصل نمی‌شود، بدین‌سبب مشروعیت قوانین نمی‌تواند مبتنی بر رأی اکثریت قرار گیرد.

«مشروطه مشروعه» در دیدگاه شیخ فضل‌الله به معنای شکل‌گیری نظامی بود که در آن مجتهدان تنها مرجع قانونگذاری هستند و تنها کسانی هستند که علاوه بر توانایی انطباق تمام مواد قانونیه با قواعد مقدسه اسلام، می‌توانند شریعت را به‌منظور وسعت بخشیدن به شعاع عمل

آن تفسیر کنند (Katouzian, 2003 : 7-8; Martin, 1989: 178-180). آخوند خراسانی و ملا عبدالله مازندرانی در پاسخ به تقاضای شیخ فضل الله نوری، ضمن تأیید این نظر درباره وظایف هیأت نظارت نوشتند:

«وظیفه مقامیه آقایان عظام نظار که به عضویت منتخب می شوند، رعایت تطبیق قوانین راجعه به سیاست مملکتی است کائناً ما کان بر احکام خاصه و عامه و شرعیه. اما تسویه و تعدیل امور مالیه و تطبیق دخل و خرج مملکت مطلقاً خارج از این عنوان است» (ترکمان، ۱۳۶۷: ۳).

باید این نکته را روشن کنیم که برداشت خاص ما از مفهوم «آزادی» که از آن به «کلمه قبیحه آزادی» تعبیر می کنند، مفهومی حقوقی است که توضیح آن رفت و نه آزادی به معنای «خودسری» و «شُرور و فساد» و «هرج و مرج». پس از مرگ ناصرالدین شاه و امضای فرمان مشروطه توسط مظفرالدین شاه، برخی آزادی خواهان و روزنامه نگاران و طرفداران آنان علیه شاه و ستمگری او موضع گرفتند و از فضای پیش آمده بر ظلم و ستم درباریان تاختند. اندک اندک فضای جامعه ملتهب شد و به تعبیر شیخ «منشأ فتنه» هویدا شد، به طوری که «جماعت لاقید لایالی لامذهب» سبّ علمای اعلام و طعن در احکام اسلام و موجبات تضعیف سلطان اسلام را سبب شدند (نوری، در: زرگری نژاد، ۱۳۷۴: ۱۸۵-۱۸۳). هرچند به زعم او این «فتنه کبری»، فرایندی سه مرحله ای بود که با گذار از سه مرحله تقریر و عنوان، تحریر و اعلان، و عمل و امتحان هم اینک نوری را در وضعیتی قرار داده بود که با فهم زوایای پنهان مشروطه آن را به عنوان تکانه ای جدی بر زوایای فکری و حتی سیاسی جامعه (در قالب تضعیف سلطان اسلام پناه) تلقی کند. نوری در این باره می نویسد: «ای عزیز به فرض بگوییم مقصود اینها تقویت دولت اسلام بود چرا این قدر تضعیف سلطان اسلام پناه را می کردند و حال آنکه ابداً قوه مجریه از جندیه حربه نداشتند بلکه در این دو سال مخصوصاً جندیه را فانی کردند و چرا بهمه نحو تعرضات احمقانه نسبت به سلطان مسلمین کردند و الحق چقدر حلم و بردباری و رعیت پروری فرمود تمام این مراتب را دید صبر فرمود» (نوری، ۱۳۶۲: ۲۶۱).

در دستگاه فکری او تصویری از اسلام عرضه می شود که بر پایه عبودیت و نظمی سلسله مراتبی بنا نهاده شده است که به واسطه آن قوام اسلام به متابعت و بندگی و «تفریق و جمع مختلفات است، نه آزادی و مساوات». پس برای حفظ احکام اسلامی می بایست مساوات را در میان کسانی که در قانون الهی مساوی قلمداد شده اند، جاری کرد و با هر صنفی که مخالف صنف دیگر فرموده، ما هم به اختلاف رفتار کنیم. نوری با فرض این سلسله مراتب از پیش مقدر، در واکنش به متساوی الحقوق قلمداد شدن اهالی مملکت ایران در برابر قانون می نویسد: «یکی از مواد آن ضلالت نامه این است که اهالی مملکت ایران در مقابل قانون دولتی متساوی الحقوق خواهند بود» (نوری، ۱۳۶۲: ۱۰۸-۱۰۷).

اما با ورود علمای مشروطه خواه، «خریت» که تا پیش از این در پیشگاه علمای هوادار «نظام



سنت قدمایی» رهایی از قید قانون الهی در شرعیات بود، به آزادی به معنای جدید مندرج در تحت حکومت قانون و حقوق ملت تبدیل شد تا بتوان در سایه آن مصالح نوعیه عموم ملت مقرر و تدوین شود. نائینی بر این اعتقاد بود که برای رهایی و جلوگیری از استبداد ناچاریم در حوزه اباحه دست به جعل قوانین بزنییم. این حوزه، حوزه اباحه است و دخلی به امور دینیه ندارد (زرگری نژاد، ۱۳۷۴: ۵۱۷-۵۱۶). وضع قوانین در برابر احکام خداوندی نیست، بلکه در نبود احکام شارع مقدس برای ترتیب مسائل نوعیه/دنیویه/عرفیه نیازمند قوانین برای رتق وفتق امور هستیم. این وضع قوانین تنها در حوزه اباحه قرار می‌گیرد و به همین دلیل مشروعه نمی‌شود: «ای گاو مجسم، مشروطه مشروعه نمی‌شود!» (کسروی، ۱۳۶۳: ۲۸۷-۲۸۶). وضع قوانین در حوزه اباحه از برای تحدید قدرت است و «رفع سموم استبداد» که دیری است ملت «ذلّ رقیّت و اسارت جائزانه» او قرار گرفته و چون مرتبط به حوزه اباحه و مسائل نوعیه ملت است و علم و جهل به احکام شرعیه را در آن مدخلیتی نیست، این‌سان دیگر ربطی به فقیه و نماینده خداوند ندارد. هرچند به روش سنتی، امور نوعیه جایی است که منطق و مناسبات خود را می‌طلبند که هیچ نسبتی با ترتیبات مؤمنان مطابق با شرعیات ندارد، بلکه از منطقی پیروی می‌کند که جمیع افراد بر پایه مصلحت عمومی تحت نظر رأی اکثریت دست به قانونگذاری می‌زنند.

از نگاه طرفداران «نظام سنت قدمایی» در نبود حکم-قانون، عالم عرصه Right بود که با کار می‌توانست به حقوق عینی تبدیل شود، این حقوق چون ترتیبات خاصی برای آن لحاظ نشده بود، اگر نگوییم خصوصی، بی‌شک نمی‌توانست مربوط به مصالح عمومی باشد؛ یعنی فقها برای حوزه‌های خالی از شرع و بالطبع دایره ترخیص، احکام کلی صادر می‌کردند که فقط می‌توانست هشدار در جهت عدم تخطی از قوانین شرع باشد؛ ماهی بدون فلس (پولک‌دار) حرام است. اصل در امور ترخیصات به نوعی این‌گونه بود که همه در عمل آزادند جز مواردی که حرام شرعی است! این حوزه، در نزد قدما نه می‌توانست ترتیباتی از جنس التزام را بپذیرد و نه به معنای حوزه نوعیه و مصالح عمومی فهم و تعبیر می‌شد. وانگهی، در نزد متأخرانی مانند نائینی، این حوزه خالی از حکم، مصالح نوعیه فهمیده شد که با «مشارکت همه ملت و با رایزنی عقلای آن»، امکان‌پذیر می‌بود و چون عاری از عرصه خصوصی است، هم طریقه آن برای نیل به مصلحت عمومی مبتنی بر رأی اکثریت است و هم مالیات عنصر اساسی دوام آن. در منظومه فکری نائینی، استبداد به‌عنوان غیریتی مطرود به حاشیه رانده می‌شود و تلاش برای برقراری دولتی تأسیسی بر پایه قرارداد و مصلحت عمومی موضوعیت می‌یابد. تحویل استبداد به حکومتی از باب «امانت و ولایت احد مشترکان در حقوق مشترکه نوعیه» که شخص متصدی برخلاف گذشته بدون هیچ مزیتی محدود به حدود قرارداد و قانون است (نائینی، ۱۳۳۴: ۶۹). تلاش برای چنین تحولی که بر پایه قلع شجره خبیثه استبداد و ایجاد ترتیبات عملیه در جهت استقرار مشروطیت است، علاوه بر وجه عقلایی دارای ضرورتی است که ریشه اسلامی دارد، زیرا

نائینی هم همانند اصلاح طلبان بر این باور است که تحقق چنین وضعیتی به معنای ارجاع به اسلام اصیلی است که مدت‌ها در میان مسلمانان مغفول مانده و غربی‌ها آن را به‌عنوان اساس اصول تمدن خود برگرفته‌اند. او در این باره می‌نویسد:

«اروپاییان اصول تمدن و سیاست اسلامی را از کتاب و سنت و فرامین صادره از حضرت شاه ولایت علیه افضل الصلوه و السلام و غیرها اخذ و در تواریخ سابقه خود منصفانه بدان اعتراف و قصور عقل نوع بشر را از وصول به آن اصول و استناد تمام ترقیات فوق‌العاده حاصله و کمتر از نصف قرن اول را به متابعت و پیروی از آن اقرار کردند» (نائینی، ۱۳۳۴: ۳-۲).

در واقع او متأثر از چنین درکی، رساله خود را برای تنبیه (آگاهانیدن) امت به ضروریات شریعت و تنزیه ملت از الحاد و بدعت استبداد سیاسی و دینی می‌نگارد. بر این اساس، علاوه بر عقل، نص نیز در تحکیم ادله اثباتی برای استقرار مشروطیت می‌تواند کارگر افتد و اهمال و سکوت در زمینه قلع شجره خبیثه استبداد در هیچ‌یک از ادیان متحمل نخواهد بود (نائینی، ۱۳۳۴: ۶۸). مع‌هذا، بر پایه تصورات شیعه در عصر غیبت جهت ولایت امام، از آنجا که در حال حاضر دسترسی به آن «قوة عاصمه عصمت» نیست، بنابراین باید حکومت مشروطه پارلمانی که با مذهب موافق و محدودکننده حاکمیت مطلق باشد، بنیان شود. شیوه‌ای از حکومت که همانند «متنجس بالعرض» صرفاً به واسطه «قدر مقدور» و از باب «دفع افسد به فاسد» لباس مشروعیّت می‌پوشد. در تمثیل نائینی، مشروطه بسان «کنیز سیاهی» است که دستش هم آلوده است؛ سیاهی کنیز به عصبی بودن حکومت متصدیان و آلودگی دست به غصبیت زائد اشاره دارد که به واسطه مشروطیت قابل زایل شدن است. هرچند، نائینی در جایی دیگر مشروطه و شورویه بودن حکومت را امری مانوس و به‌کارگرفته در اسلام نخستین قرون اولیه می‌داند که به دست فراموشی سپرده شده است:

تمام سیاسیین و مطلعین بر اوضاع عالم من الاسلامیین و غیرهم، بر این معنی معتقدند همچنان‌که مبدأ طبیعی آنچنان ترقی و نفوذ اسلام در صدر اول - که در کمتر از نصف قرن به چه سرعت و سیر به کجا منتهی شد - همین عاده و شورویه بودن سلطنت اسلامی و آزادی و مساوات آحاد مسلمین باشخاص خلفا و بطانۀ ایشان در حقوق و احکام بود. همین‌طور مبدأ طبیعی این‌چنین تنزل مسلمین و توفیق مسیحیه بر آنان هم که معظم ممالکشان را بردند و هیچ نموده که این اقل قلیل باقی‌مانده را هم ببرند، همین اسارت و رقیّت مسلمین در تحت حکومت استعبادیۀ موروثه از معاویه، و فوز آنان است به حکومت مسئوله مأخوذه از شرع مسلمین (نائینی، ۱۳۳۴: ۶۰-۵۹).

بنابراین، نائینی در فرایند انطباق مدرنیته با آموزه‌های اسلامی، درصدد برمی‌آید از حیث تاریخی نیز نوعی فضل تقدم شورویه بودن حکومت برای مسلمانان قائل شود که پیش از ظهور مدرنیته سیاسی، با کمال بداهت و ظهور براساس آیاتی مانند «و شاورهم فی الامر» در زندگی

آنان ساری و جاری بوده است. او با نوعی تلقی از شورا که تمامی امور سیاسی را در برمی گیرد، به طریق اولی نظریه مشورت را نه امری نوظهور، بلکه مندرج در متن نصوص شرعی می داند که راجع به «اقامه وظایف راجعه به نظم و حفظ مملکت و سیاست امور امت و احقاق حقوق» است (نائینی، ۱۳۳۴: ۱۲۱). صرف نظر از صحت یا سقم این استدلال و تفاوت ماهیت مندرج در تجربه شورا و مشروطیت، کار جدی تر نائینی در این زمینه فراهم ساختن زمینه توجه به نقش و جایگاه عرف و مصلحت عمومی در امر قانونگذاری است. نائینی برای آنکه فضای عمل عرفی را به رسمیت بشناسد، به این استدلال متوسل می شود که بخش عمده امور سیاسی در حوزه «ما لا نص فیه» قرار می گیرد که تحت ضابطه و میزان معین شریعت نبوده و در حوزه مصالح و مقتضیات زمانی قرار می گیرد. این حوزه که به مشورت و ترجیح «من له ولایه النظر» موقوف شده است، همان حوزه عرفی است که از آنجا که در خصوص آنها منصوصاتی در شریعت نیامده، «به واسطه عدم اندراج در تحت ضابط خاص و میزان مخصوص غیرمعین و به نظر و ترجیح ولی نوعی موقوف است» (نائینی، ۱۳۳۴: ۹۸؛ ر.ک: میرموسوی، ۱۳۸۲: ۳۸).

در سطحی دیگر متأثر در گفتمان سنت گرایانی نظیر شیخ فضل الله نوری، مشروطیت، «فتنه بزرگ آخرالزمان» تلقی شد (نوری، در: زرگری نژاد، ۱۳۷۷: ۱۵۲). در گفتمان سنت گرایان، مفاهیم قانون و قانونگذاری به شیوه جدید، نظام حکومتی مبتنی بر نمایندگی، پارلمان، برابری، محاکم جدید قضایی، منتسب دانستن حکومت به اداره ملت، نظام تعلیم و تربیت جدید، نظام مالیات گیری دولتی (که در مقابل خمس و زکات در سنت اسلامی قرار می گرفت)، و آزادی از جمله مفاهیم متعارض و غیرقابل مصالحه ای بودند که مغایرت آنها با شرع انور اسلام، میرهن بود. او در رساله تذکره الغافل و ارشاد الجاهل نیز نظر به منافات مشروطه با قواعد اسلام، نوشت: «طبع مملکت ما را غذای مشروطه اروپا دردی است بی دوا و جراحی فوق جراح» (نوری، در: زرگری نژاد، ۱۳۷۷: ۱۸۸). در این تصور، اساس مشروطه و مفاهیم برآمده از آن نظیر مجلس، قانون، حریت و مساوات بسان لباسی دانسته می شد که به قامت فرنگستان دوخته شده و اکثر و اغلب مردمان آن طبیعی مذهب و خارج از قانون الهی و کتاب آسمانی هستند. بر پایه چنین فهمی از مشروطیت، نوری در پاسخ به این پرسش که دلایل موافقت اولیه او از مشروطه چه بود، می نویسد:

«منشأ این فتنه فرق جدید و طبیعی مشربها بودند که از همسایه ها اکتساب نمودند و به صورت بسیار خوشی اظهار داشتند که قهراً هر کس فریفته این عنوان و طالب این مقصد باشد. به این [سبب] که در طلب عدل برآمدند و کلمه طبیعه العدل را هر کس اصفا نمود [شنید] بی اختیار در تحصیل آن کوشید و به اندازه وسعت به بذل مال و جان خودداری نکرد. من جمله خود داعی هم، اقدام در این امر نموده و متحمل زحمات سفر و حضر شدم و اسباب هم مساعدت نمود» (نوری، در: زرگری نژاد، ۱۳۷۷: ۱۵۳).

هر چند از آنجا که این فتنه کبری، فرایندی سه مرحله ای بود که با گذار از سه مرحله تقریر

و عنوان، تحریر و اعلان، و عمل و امتحان هم‌اینک نوری را در وضعیتی قرار داده بود که با فهم زوایای پنهان مشروطه آن را به‌عنوان تکانه‌ای جدی بر زوایای فکری و حتی سیاسی جامعه (در قالب تضعیف سلطان اسلام‌پناه)<sup>۱</sup> تلقی کند. در واقع، همراهی نوری با مشروطه بیشتر در مرحلهٔ تقریر و عنوان بود که محدود به گفت و شنود پیرامون طرز نوین حکومت بود. اما در مراحل بعد یعنی هنگام تحریر قانون اساسی نشأت گرفته از قوانین غربی و با ماهیت ضداسلامی، و مرحلهٔ عمل و امتحان راهی را پیمود که با سه بدعت «نوشتن یک قانون در برابر قانون اسلام»، «وارد کردن مردم از قانونی که به‌وسیلهٔ شریعت آورده نشده است» و «کیفر دادن مردم مسلمان به خاطر اطاعت نکردن آنها از قانون مدون» همراه شده است (انصاری، ۱۳۷۶: ۱۹۸-۱۹۷). بر این اساس، نوری نتیجه می‌گیرد طبع مملکت ما را غذای مشروطه اروپا دردی است بی‌دوا و جراحی است فوق جراح، زیرا علاوه بر آنکه منافی قواعد اسلام ماهاست ایران ما را سه خاصه‌ای که تا آن سه خاصه در آن باقی است ایجاد پارلمنت جز منشأ هرج و مرج فوق الطاقه نخواهد شد. یکی از آن سه خاصه وجود مذاهب مختلفه و دیگری کمی جندیه، سیمی کثره ایلات بادیه (نوری، ۱۳۶۲: ۷۲).

به‌طور کلی، می‌توان گفت که موافقت و همراهی اولیهٔ شیخ فضل‌الله از مشروطه، بر پایهٔ پیگیری او جهت تأسیس عدالتخانه و تدوین نظامنامهٔ اسلامی بود که در چارچوبی اصلاحی، موازین و حدود سنتی را مورد توجه قرار می‌داد. اما پس از آنکه اندیشه‌ها و افکاری از سمت فرنگستان با هدف واسازی نظم سنتی، تهدید سلسله‌مراتب اجتماعی، بنیان نهادن پارلمان، قانون، حریت و مساوات سرایت کرد، زمینه‌ای فراهم آمد تا سنت‌گرایان با درک وضعیت پیش رو، رسالت خود را در این زمینه تحقق بخشند. از این رو، انگاره‌های مشروعه‌خواهی نیز مبتنی بر عناصری نظیر ادلهٔ نفی قانون و قانونگذاری، پارلمان، حرمت و کالت و نمایندگی، حرمت اعتماد به رأی اکثریت، حرمت مساوات و حریت بود. با تأکید بر کامل و جامع بودن دین و حضور آن در تمام عرصه‌های زندگی (عبادات، معاملات و سیاسات)، کفر دانستن جعل قانون، منع و کالت و نمایندگی، بدعت دانستن فضیلت رأی اکثریت، عدم تساوی بین فرق ضاله و مضله و طایفهٔ امامیه، و تلقی شورا در زمرهٔ محرمات و مکروهات بر آن بودند تا «خانهٔ ملحدین» (مجلس شورای ملی) که منشأ ضرار بر اسلام و مسلمین بود، خراب و اهل آن متفرق و مفسدین دستگیر و خانه‌نشین شوند. محوری‌ترین چالش سنت‌گرایان با مشروطه‌خواهان در خصوص جعل (وضع) قانون و تدوین

۱. نوری در این باره می‌نویسد: «ای عزیز به فرض بگوییم مقصود اینها تقویت دولت اسلام بود چرا این قدر تضعیف سلطان اسلام پناه را می‌کردند و حال آنکه ابداً قوهٔ مجریه از جندیه حربه نداشتند، بلکه در این دو سال مخصوصاً جندیه را فانی کردند و چرا بهمه نحو تعرضات احمقانه نسبت به سلطان مسلمین کردند و الحق چقدر حلم و بردباری و رعیت پروری فرمود تمام این مراتب را دید صبر فرمود» (نوری، ۱۳۶۲). رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات و روزنامهٔ شیخ شهید فضل‌الله نوری. ترکمان. تهران: مؤسسه خدمات فرهنگی رسا، جلد اول: ۲۶۱.

قانون اساسی بود. آنها معتقد بودند با توجه به حضور قوانین الهیه به‌مثابه کامل‌ترین قانون، نباید این ضرورت احساس شود که همانند فرنگیان طبیعی مذهب که خارج از قانون الهی و کتب آسمانی‌اند، نیازمند قوانین جدید هستیم. آنها قهراً و بالضروره ناگزیر از تأسیس قانونی بوده‌اند که اساس مملکت‌داری و سیاستگذاری و تنظیمات ملکیه و حفظ حقوق و نفوسشان در تحت قانون و مربوط بدان اساس باشد، زیرا در غیر این صورت از آنجا که قانونشان دایر به احکام الهی و تبلیغ شخصی مقدس و رسالت پناه نیست، زندگی آنان صورت نمی‌بندد (نوری ۱۳۶۲: ۳۲۰). در نظرگاه علمای مشروعه‌طلب، هرچند آگاهی به اینکه حفظ نظام عالم محتاج قانون است، از دیده دور نماند، اما آنها معتقد بودند از آنجا که قانون الهی جاری شده بر پیغمبر ختم قوانین است و آنچه مقتضی صلاح عباد است «الی یوم الصور» به‌سوی او وحی شده، پس اگر کسی درصدد این امر باشد که به‌واسطه مقتضیات عصر، قوانین مجعوله برگرفته از روح آزادی اروپا را ترویج کند، چنین کسی هم از عقاید اسلامی خارج است و هم از آنجا که جعل قانون «کلاً ام بعضاً» با اسلام منافات دارد، در کفر پای نهاده است (ر.ک: قائم‌مقامی، ۱۳۴۸: ۸۷-۸۶). نوری تصریح می‌کند «مسلم را حق جعل قانون نیست. والله ابدأ گمان نداشتیم که کسی جعل قانون را امضاء کند و از برای مملکت اسلام قانونی جز قانون الهی به پسندد و مقتضیات عصر را مغایر بعضی مواد قانون الهی بداند» (نوری، ۱۳۶۲: ۵۸). او در پاسخ کسانی که خواستار تغییر بعضی مواد قانون و جعل قانون جدید به اقتضای عصر بودند، نوشت:

«اگر مستقل بر سب علمای اعلام و طعن در احکام اسلام و اینکه باید در این شریعت تصرفات کرد و فروعی از آن را تغییر داده و تبدیل به احسن و انبسط نمود و آن قوانینی که به مقتضای یک هزار و سیصد سال پیش قرار داده شده است باید همه با اوضاع و احوال و مقتضیات امروز مطابق ساخت. از قبیل اباحه منکرات و اشاعه فاحشه‌خانه‌ها و افتتاح مدارس نسوان و دبستان دوشیزگان، افتتاح رسوم و سیر معموله بلاد کفر؛ و اینکه مطبوعات مطلقاً آزاد است، در حالی این قانون با شریعت نمی‌سازد» (فوران، ۱۳۸۳: ۲۹۰).

بحث در خصوص اصول مفسده آزادی و برابری از محورهای همیشگی سخنان شیخ فضل‌الله است. در دستگاه فکری او تصویری از اسلام عرضه می‌شود که بر پایه عبودیت و نظمی سلسله‌مراتبی بنا نهاده شده است که به‌واسطه آن قوام اسلام به متابعت و بندگی و «تفریق و جمع مختلفات است، نه آزادی و مساوات. پس برای حفظ احکام اسلامی می‌بایست مساوات را در میان کسانی که در قانون الهی مساوی قلمداد شده‌اند، جاری کرد و با هر صنفی که مخالف صنف دیگر فرموده، ما هم به اختلاف رفتار کنیم. نوری با فرض این سلسله‌مراتب از پیش مقدر، در واکنش به متساوی‌الحقوق قلمداد شدن اهالی مملکت ایران در برابر قانون می‌نویسد:

«یکی از مواد آن ضلالت‌نامه این است که اهالی مملکت ایران در مقابل قانون دولتی متساوی الحقوق خواهند بود. حالا ای برادر دینی تأمل کن در احکام اسلامی که چه مقدار تفاوت گذاشت

بین موضوعات مکلفین در عبادات و معاملات و تجارات و سیاسات، از بالغ و غیربالغ و ممیز و عاقل و مجنون و صحیح و مریض و مختار و مضطر و راضی و مکروه و اصیل و وکیل و ولی و بنده و آزاد و پسر و زن و شوهر و غنی و فقیر و عالم و جاهل و شاک و متیقن و مقلد و مجتهد و سید و عام و معسر و موسر و مسلم و کافر و کافر ذمی حربی و کافر اصلی و مرتد و مرتد ملی و فطری و غیر هم بما لا یخفی علی الفقیه الماهر» (نوری، ۱۳۶۲: ۱۰۸-۱۰۷).

او در ادامه این سخن، این تفاوت گذاری را امری دینی، مبین عدل اسلامی و غیرقابل جمع با اسلام می داند که هدف طراحان آن باز کردن «دکانی در مقابل صاحب شرع» و تأسیس احکامی جدید است. همان کسانی که پیروان طبیعی مشربها و فرق جدید هستند و هدفشان این است که حریت مطلقه رایج، منکرات مجاز، مسکرات مباح، زنان مکشوف، شریعت منسوخ و قرآن مهجور شود (ملک زاده، ۱۳۲۸: ۹۰). شیخ شایع شدن آزادی را موجب سستی عقاید اهالی و درجه هرزگی و بی باکی هتاکان می داند و متذکر می شود:

«ای برادر عزیز مگر نمی دانی که آزادی قلم و زبان از جهات کثیر منافی با قانون الهی است. مگر نمی دانی فایده آن، آن است که بتوانند فرق ملاحده و زنادقه نشر کلمات کفر به خود داده و لوایح بدهند و سب مؤمنین و تهمت به آنها را بزنند و القاء شبهات در قلوب صافیه عوام بیچاره بنمایند» (نوری، ۱۳۶۲: ۶۱).

به طور کلی، شیخ فضل الله و میرزای نائینی از سه حیث با یکدیگر اختلاف دارند: نخست، اختلاف بر سر مصداق یابی قاعده دفع افسد به فاسد (هر دو فقیه قائل به مشروعیت حکومت امام معصوم در عصر حضور و حکومت فقیه جامع الشرایط در عصر غیبت هستند. ولی در وضع آن زمان به حسب برداشت هایشان از موضوعات و مسائلی سیاسی، یکی حمایت از نهاد سلطنت در برابر جریان مشروطه را مصداق دفع افسد به فاسد می داند و دیگری حمایت از جریان مشروطه در برابر سلطنت را؛ دوم: اما اختلاف دوم؛ آنها آن است که در ادامه اختلاف اولشان در بحث چگونگی و امکان ایجاد الزام و کیفیت ایجاد این الزام در حوزه مباحثات نیز با یکدیگر اختلاف دارند؛ و سوم، اما مهم ترین اختلاف این دو در فهم و دریافتشان از مسئله مشروطه و تجدد است.

## فقدان امر عرفی در نزد متأخران

تدوین قوانین جدید، با التفات به نظر علمای مشروطه خواه، اگرچه در دایره عرف قرار می گیرد، به هیچ وجه نمی رساند که احکام و قوانین شرع، عرفی شده اند. مصالح نوعیه و قوانین مترتب بر آن، تنها تا جایی کاربرد دارند که مخالف قوانین شریعت نباشند، این امر، به ثنویت منجر می شود که

۱. نوری در اینجا برای نمونه به کتاب *مسالك المحسنين* طالبوف اشاره می کند که طریق اضمحلال تشیع را نوشته و سخن او که قانون قرآن را ناکافی دانسته است، به عنوان شاهد می آورد.

مهم‌ترین و ابتدایی‌ترین کار آن عدم عرفی‌سازی قوانین شرعی است. اینکه طرفداران نظام مشروطه بر این نکته تأکید می‌کردند که «ممکن نیست مشروطه منطبق شود با قواعد الهیه و اسلامی» (زرگری‌نژاد، ۱۳۷۴: ۱۵۲)، ناظر بر همین مبدا نشدن قوانین شرعیه به قوانین عرفیه است. از موضع علمای طرفدار مشروطه مشروعه که بگذریم، مشروطه‌خواهان بر آن نبودند که قانون شرع را می‌توان به قوانین جدید و عرفی تبدیل کرد. از سوی دیگر، حتی اگر قائل به عرفی شدن مفاهیم تحت تأثیر نظریات محمدباقر صدر در خصوص «منطقه الفراغ شرع» باشیم، باب آن مسدود شده است. منطقه الفراغ شرع صدر برخلاف تصور بسیاری (طباطبایی، ۱۳۸۷: ۱۹۸؛ طباطبایی، ۱۳۹۲: ۶۵۴، ۶۵۱، ۶۱۲، ۶۱۱، ۴۶۸)، متفاوت از منطقه الفراغ شرع پیشینیان به خصوص علمای صدر مشروطه است. علمای مشروطه‌خواه، منطقه الفراغ شرع را مساوی با همان حوزه اباحه می‌دانستند و قائل به این بودند که چون در آن حکم شرعی وجود ندارد، لذا مسائل آن تحت نظر مصالح نوعیه-عرفیه است که ملاک عقلی آن اولویت ترخیص است و نه تکلیف. اما، نظریه منطقه الفراغ شرع صدر مبتنی بر حق الطاعه در تمایز با «قبح عقاب بلا بیان» از نوع اصالت حظر (منع) است (صدر، ۱۴۱۵ق: ۳۲۸؛ فیرحی، ۱۳۹۰: ۲۱۹).

از دیرباز میان علما و فقهای ما جدالی بر سر این در گرفته بود که نسبت میان وجود تکالیف و احکام با براءت در تولید حق و حقوق چیست و مهم‌ترین اولویت این دو نسبت به هم کدام است؟ فقهای مسلك «حق الطاعه» بودند (اخباریون)، اولویت را به تکلیف (حکم) که وجودش محتمل و از جانب شارع جوازی بر ترک آن نرسیده، می‌دانند و در قلمرو براءت اگر دلیل قطعی به واسطه شارع که بدان تصریح دارد، نباشد، حکم به احتیاط و حظر می‌کنند. در مقابل علمای اصولی که بر مسلك «قبح عقاب بلا بیان» بودند، اولویت را براءت می‌دانستند و اصل بر این بود که مکلف، عقلاً ملزم و متعهد به هیچ تکلیفی نیست، مگر آنکه به قطع و یقین، چنین تکلیفی احراز شود (فیرحی، ۱۳۹۰: ۱۲۱-۱۱۹). شهید صدر آشکارا نظریات خویش را مبتنی بر مسلك حق الطاعه و اصالت حظر قرار داده و مدعی ثبوت مولویت و در نتیجه تکلیف در موارد مظنون، و حکم به احتیاط در حوزه‌های فاقد حکم شرعی بود؛ یعنی اگرچه او نیز همچون دیگران حیات بشر را فراخ‌تر از دایره احکام قطعی شرعی می‌داند، مابقی را که داخل در حکم شرعی نیست، منطقه الفراغ تشریحی می‌نامد که نه از جنس براءت و قلمرو رخصت‌ها، بلکه حوزه احکام و احتیاط است. از این رو، هر گونه تشریح و جعل قانون در این حوزه‌ها، که تاکنون حوزه «مباح بالاصاله» بودند، بدون تدارک وجه شرعی به سبب وضع احتیاطی آنان نامشروع است. این تدارک وجه شرعی او را برخلاف سنت شیعی به دام قیاس می‌اندازد و بدین سبب برای هر امر عرفی/نوعی‌ای به دنبال حجت شرعی است. چون طبق مبنای شهید صدر، هر واقعه‌ای حتماً باید حکمی داشته باشد، خواه حکم قطعی و معلوم و خواه حکم احتمالی ظنی، زیرا اصل بر اشتغال ذمه مکلف است و نه براءت (فیرحی، ۱۳۹۰: ۲۱۲). بدین سبب ملاک ترخیص جای خود را به ملاک تکلیف می‌دهد و تنها صورتی که وجود دارد، شرعی شدن عرفیات است!

با وجود این ما از ثنویت قوانین شرعی - عرفی عصر مشروطه گام به مرحله نهادیم که می‌توان آن را «شریعت تام» نامید. اینکه چه تبعات سیاسی و حقوقی این بحث دارد، بسیار اساسی و مهم است و شاید نتوان به همه آنها در اینجا پرداخت. تنها به این نکته اشاره کنیم که نائینی قائل به این بود که فقیه و نماینده خداوند را نمی‌رسد تا در امور نوعیه که در حوزه برائت است، دخل و تصرفی بکند، این حوزه، از جمیع جهات با «عقول ناقصه که به از یک عقل ناقص است» (کدیور، ۱۳۸۵: ۲۱۵) اداره می‌شود، اما محمدباقر صدر اگرچه امر قانونگذاری و مشروعیت قانون را برخلاف شیخ فضل‌الله می‌پذیرد، از دید او اکثریت را در آن محلی از اعراب نیست؛ چون اصل بر اشتغال ذمه است و منطقه‌الفراغ به سبب وضع احتیاطی آن می‌بایست با امر شرعی یقینی پُر شود، بدین‌سان تنها کسی که می‌تواند در منطقه‌الفراغ شرع دست به جعل قانون دایر بر منع یا امر و جوب بزند، اولی‌الامر یا حاکم شرعی است:

«منطقه‌الفراغ نه تنها دلیل بر نقصان شریعت و اهمال احکام برخی رویدادهای نوپیدا نیست، بلکه نشانگر قدرت شریعت در انطباق و مواجهه با عصرهای مختلف است. زیرا شریعت منطقه‌الفراغ را از باب نقصان و اهمال رها نکرده است، بلکه چنین منطقه‌ای احکام مختص آن را دارد تا با اعطای صلاحیت قانونگذاری (تشریح ثانوی) بر حسب موقعیت، تا به هر کدام از رویدادهای نوپیدا صفت تشریح اصیل و خاص آن را ببخشد... و دلیل اعطای چنین صلاحیت و اختیار جعل قانون به ولی امر، برای پر کردن منطقه فراغ، نص قرآنی «یا ایُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِی الْأَمْرِ مِنْكُمْ» (نساء: ۵۹) است. و حدود منطقه‌الفراغی که گستره صلاحیت‌های اولی‌الامر است، براساس همین نص قرآنی، هر فعل مباح تشریحی است که بنا به طبیعتش مباح است. پس، هر چیزی که نص شرعی بر وجوب و حرمتش نیست، ولی امر حق جعل حکم ثانوی دایر بر منع و امر (وجوب) دارد. بدین‌سان، هر گاه امام فعلی را که بنا به طبیعت خود مباح است منع کند، چنین فعلی حرام می‌شود و اگر امر کند، واجب می‌گردد. و افعالی مانند ربا، تحریمش دلیل شرعی دارد و خارج از صلاحیت امر ولی قرار دارد. همچنان که فعلی که وجوب شرعی دارد، مثل نفقه همسر، ولی امر قادر به منع آن نخواهد بود. زیرا اطاعت اولی‌الامر مفروض به حدودی است که با اطاعت خداوند و احکام عامه شریعت تعارض نداشته باشد» (صدر، [۱۳۹۳] ۱۴۱۷ق: ۶۸۹-۶۹۱).

اگرچه این فقره ناظر بر حوزه اقتصاد است، بر تمامی مصالح عامه صدق می‌کند. بدین‌سان از دو حیث شریعت تام او ظاهر می‌شود: یکی تدارک وجه شرعی برای هر امر عرفی و دیگری اینکه قوانین موضوعه، به تمامی، مشروعیت خود را نه تنها از حاکم شرع (و نه رأی اکثریت) می‌گیرند، بلکه قوانین یکسره از وی صادر می‌شود. اگر در نظریات صدر عمیق‌تر شویم، خواهیم دید که قوانین موضوعه تغییر و تبدل آنها به اعتبار زمان و مکان است (صدر، [۱۳۹۳] ۱۴۲۴ق: ۱۳۰-۱۲۹)، پس برای کشف امور مجهول، امر مجهول (عرف) را به امور معلوم (شرع) ارجاع می‌دهند (قیاس) تا حکم-قانون را از ظن و احتیاط دور سازند.



ظهور «فقه مصلحت» ناظر بر دخل و تصرف امام (حاکم) در احکام اولیه (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۷۴) (احکام قطعی و یقینی شارع مقدس) طبق مقتضیات زمان، موردی پیچیده است که اگرچه در نگاه نخست راه را بر بسط عرفیات می‌گشاید، اما با مذاقه در آن می‌توان دریافت «کی تشنه سیر گردد از لمعه سرابی». باری، «مصلحت» نخستین بار در اندیشه متفکران اهل سنت بروز و ظهور یافت و ناظر بر وضعی بود که «مقاصد کلی شرع» خوانده می‌شد مصلحت محافظت از مقصود شرع است و مقصود شرع در میان خلق پنج چیز است: اینکه دین، عقل، نسل، جان و مال مردم را حفظ کند (غزالی، ۴۱۷ق/۱۹۹۶م: ۱۷۴). «مصلحت» که علمای اهل سنت از آن به مصالح مرسله<sup>۱</sup> یاد می‌کنند، در نزد ایشان «پایه‌ای برای استنباط احکام شرعی» است. فقها و علمای شیعی مصلحت را نه «پایه‌ای برای استنباط احکام شرعی» بلکه به سبب اینکه خود احکام به واسطه شارع مقدس بر پایه جلب مصلحت و دفع مفسده است (سنگلجی، ۱۳۴۵: ۵۸)، حالتی نفس‌الامری دارد؛ یعنی جدا از جعل و خواسته تشریحی شارع، مصلحت و مفسده‌ای وجود ندارد. مصلحت و مفسده انسان همان است که شارع در رفتار انسان‌ها فعلاً و ترکاً خواستار آن است. از سوی دیگر، علمای شیعی معتقدند نه تنها خداوند احکام جامع و کاملی برای همه اعصار مقرر کرده، بلکه افعال خداوند هدفمند است و فعل خرافی بدون غرض و غیرهدفدار<sup>۲</sup> برای او محال است (خمینی، ۱۳۷۲: ۳۰۰)، از این رو، ابتدای تبعیت احکام شارع از مفسد و مصالح روشن است. روشن است این پیش‌فرض که قوانین شرع در اسلام، به صورت کامل برای همه اعصار، که از روی نصوص و ظواهر کتاب و سنت استنباط می‌شود، پایگاه مصلحت به معنای «پایه استنباط احکام کلی شرعی» را متزلزل می‌سازد، زیرا با جامعیت احکام که دست کم در منظر صاحبان این مبنی به برآورده‌سازی و پاسخگویی همه نیازهای مورد انتظار است، جایی برای استنباط احکام براساس مصالح نمی‌ماند (ر.ک: صرامی، ۱۳۸۳: ۱۱۰). مصلحت در نوع اخیر، «ابزاری است برای به اجرا درآمدن حکم شرعی» که بسان دستورالعمل و نصب‌العینی است که هنگام به کار بستن ولایت و تولی شرعی امور، صاحب ولایت رعایت می‌کند. این گونه مصلحت، برعکس مصلحت در جایگاه اول، نسبت به حکم کلی شرعی حالت پسینی و مابعدی دارد؛ یعنی چون احکام خداوند، خود، حاوی مصالح و مفسد است، «مصلحت نفس‌الامری» در تمایز با «مصالح مرسله»، که پایه استنباط حکم شرعی است، بستری خواهد بود برای تحقق فعل خداوند. اما، این تعبیر که دیدگاه علمای سنتی شیعی بود، با ورود «فقه مصلحت» در سبک و سیاق جدید، به فراموشی سپرده شد. فقه مصلحت که نسبتی با احکام

۱. مصلحتی که دلیل شرعی بر اعتبار آن هست، مصلحت معتبر؛ مصلحتی که دلیل شرعی بر عدم اعتبار یا الغای آن وجود دارد، مصلحت ملغا، و مصلحتی که نه دلیل بر اعتبار و نه دلیل بر الغا دارد، مصلحت مرسل نامیده می‌شود (خلاف، ۱۳۶۶ق/۱۹۴۷م: ۸۴؛ ابوالعینین بدران، ۱۹۹۶م: ۳۰۰؛ محمدالخضر، ۱۳۹۱ق/۱۹۷۱م: ۴۶).

حکومتی برقرار کرده، ناظر بر دخل و تصرف حاکم در شرعیات اسلام است که تا پیش از این در سنت شیعی شایع نبوده است. مهم‌ترین نماینده این نوع دریافت جدید امام خمینی است که حکومت را شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول‌الله (ص) و داخل در احکام اولیه اسلام و مقدم بر احکام فرعیه، مثل نماز و روزه و حج می‌داند (خمینی، ۱۳۷۸: ۱۷۰). از نظر ایشان، پایه و اساس احکام حکومتی مصلحت است و اولی‌الامر همه تصمیماً، عزل و نصب‌ها و غیره را براساس آن انجام دهد و از قلمرو آن فراتر نگذارد. شهید صدر مبنای صدور احکام حکومتی اولی‌الامر را تنها محدود به احکام ثانویه و مباحات می‌دانست، اما امام خمینی این منشأ صدور را حتی تا احکام شرعی متقین شارع مقدس نیز تسری می‌دهد:

«... [حکومت که شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول‌الله (صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم) است، یکی از احکام اولیه اسلام است و مقدم بر تمام احکام فرعیه؛ حتی نماز و روزه و حج است. حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی که در مسیر خیابان است خراب کند و پول منزل را به صاحبش رد کند، حاکم می‌تواند مساجد را در موقع لزوم تعطیل کند و مسجدی که ضرار باشد در صورتی که رفع بدون تخریب نشود، خراب کند. حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد یکجانبه لغو کند و می‌تواند هر امری را چه عبادی و چه غیر عبادی اگر جریان آن مخالف مصالح اسلام است از آن - مادامی که چنین است - جلوگیری کند. حکومت می‌تواند از حج که از فرائض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست، موقتاً جلوگیری کند» (خمینی، ۱۳۷۸: ج ۲۱: ۱۷۱-۱۷۰).

اهمیت فقرة فوق از آن روست که فهم جدیدی از مفهوم مصلحت در سنت شیعی به دست می‌دهد، و نیز اینکه شباهت آن با «مصالح مرسله» اهل سنت برخی را بر آن داشته که سخن از عرفی شدن شرعیات و امر قدسی به میان آوردند (حجاریان، ۱۳۸۹: ۳۹-۱۷). در نگاه نخست، یعنی بدون التفات به مبانی فقهی، فکر آن می‌رود که طرح فقه مصلحت که اکنون توانسته نسبتی با احکام حکومتی برقرار کند، لاجرم مطابق با مقتضیات جامعه به بسط عرفیات منجر می‌شود. اما اگر به درستی بنگریم، متوجه خواهیم شد که فقه مصلحت نه تنها موجبات بسط عرفیات را فراهم نمی‌کند، بلکه راه را بر شرعی شدن اموری که تاکنون مندرج در تحت حوزه اباحه و منطقه الفراغ بودند، می‌گشاید. در واقع، مصلحت در نزد مذهب تشیع همچون ابزار است که موجبات اجرای قوانین شرع را فراهم می‌کند، بدین سبب که قوانین الهی، فی‌نفسه، از مصالح و مفاسد برخوردارند و فعل خرافی در شارع مقدس راهی ندارد. امام خمینی، نیز تحت تأثیر این نوع دریافت، معتقد است که احکام شرع طبق مبنای عدلیه، برخاسته از مصالح و مفاسد است و مخالفت با این احکام افتادن در ورطه هلاکت است. یگانه قانون، قانون اسلام است و ولی فقیه، یعنی تنها کسی که شایسته تصدی این امور است، می‌بایست مجری این احکام باشد و حتی غرض از تشکیل حکومت را در جایی معطل نماندن این احکام بیان می‌کنند

(خمینی، ۱۳۸۷: ۹۰). نزد ایشان، حکومت قانون به حکومت قوانین و شرعیات اسلام تعبیر شد و سرپیچی از این قوانین و حاکمیت بر پایه هواوهوس‌های نفسانی راه را بر استبداد رأی و حکومت استبدادی هموار می‌کند.

امام خمینی با تأکید بر ضرورت حفظ آزادی در نظام آینده (جمهوری اسلامی)، حکومت را مبتنی بر آزادی و عدالت اجتماعی معرفی کردند. ایشان در توضیح اصل آزادی می‌گویند: «خدا انسان را آزاد خلق کرده است و انسان را مسلط بر خودش و بر مالش و جانش و بر نوامیسش خلق فرموده، امر فرموده که مسلط است انسان، آزاد است انسان، هر انسانی در مسکن آزاد است، در مشروب و مأکول، آنچه خلاف قوانین الهیه نباشد، آزاد است، در مشی آزاد است» (خمینی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۲۵۹). بنابراین، آنچه در این تصور از آزادی معنا می‌یابد، آزادی به اقتضای حدود شرعی و حرکت در چارچوب «قوانین الهیه» است. از این منظر، اسلام بنیانگذار حکومتی است که در آن نه شیوه استبداد حاکم است - که آرا و عقاید نفسانی یک شخص را بر سرتاسر جامعه تحمیل کند - و نه شیوه مشروطه و جمهوری - که متکی بر قوانینی باشد که گروهی از افراد جامعه برای تمامی آنان وضع می‌کنند - بلکه حکومت اسلامی، نظامی است الهام‌گرفته و برخوردار از وحی الهی که در تمام زمینه‌ها از قوانین الهی کمک می‌گیرد و زمامداران و سرپرستان جامعه در آن حق استبداد رأی ندارند (خمینی، ۱۳۷۹: ج ۲: ۴۶۱).

از سوی دیگر، تمشیت امور جامعه تحت لوای حاکمیت قوانین اسلام لاجرم به تزامم «احکام لایتغر ربانی» با مسائل متغیر منتهی می‌شود و این عرصه را بر پدیداری مفهوم جدید مصلحت، که نسبتی با احکام حکومتی صادره از ولی فقیه دارد، باز می‌کند. نکته مهم اینکه، مسئله فقه مصالحی و استنباط حکم شرعی به استناد مصلحت، با بحث ولایت فقیه و ایجاد الزام هنجاری به استناد حکم حکومتی که خود این الزام شرع نیست، ولی تبعیت از آن شرعاً لازم است، متفاوت است. بدیهی است در مواردی که احکام حکومتی تعارضی با شرع نداشته باشد، بحثی وجود ندارد، اما آنجا که مغایرتی با شرع انور پیدا می‌کند، به قاعده‌ای پناه می‌برد که اصولیون از آن به قاعده مهم و مهم یاد می‌کنند. قاعده مهم و مهم در علم اصول ناظر بر تزامم میان دو حکم صحیح است که در مقام «اجرا» نمی‌توان به هر دو عمل کرد و ناگزیر باید یکی از این دو را ترک کرد. این قاعده، به هیچ روی، در مقام تشریح که «حوزه تقنین و قانونگذاری» است، کاربردی ندارد، بلکه تنها در «امثال و اجرا» معنا می‌یابد. اصولیون در حوزه تقنین از واژه «تعارض» یا «تزامم تعارض» سخن می‌رانند و اشاره به وضعیتی دارد که دو حکم متعارض ظهور پیدا می‌کند و نسبت میان آنان از جنس تضاد است و معنای آن این است که قطعاً یکی از این احکام نادرست می‌نماید (مظفر، ۱۳۸۶ق: ۲۱۴). اگر در مقام تزامم یعنی در اجرا و عمل احکام شرع از باب مصلحت به تعلیق درآمدند، نمی‌رساند که قوانین شرع به قوانین جدید ذیل عرفیات تحول و گذر کرده‌اند؛ به‌خصوص هنگامی که این احکام موقتی و تا اطلاع ثانوی

معتبرند. نه تنها جزئی بودن و موقتی بودن این احکام در امور عملی معنا می‌دهند، بلکه بسته به فقیهی که حاکمیت به او تعلق دارد، متفاوت است. از سوی دیگر، مهم‌ترین و معتبرترین قاعده‌های مهم در دایره مصلحت که ناظر بر امور «امثال و اجرایی» است، «حفظ اسلام و نظام اسلامی» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۴: ۱۴۱؛ همچنین، خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۰: ۱۷۰؛ خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۱: ۴۰۳) یا به تعبیر قدما «حفظ بیضه اسلام» عنوان شده است و هر امر دیگری حتی در حوزه عرف در نسبت با آن به حالت تعلیق درمی‌آید. چنانکه تصریح کرده‌اند:

«در آن روزی که اسلام محتاج به این است که فقها هم در میدان بروند، باید بروند. آن روزی که اسلام محتاج به این است که حوزه‌ها تعطیل بشود و مشغول به یک کاری بشوند، برای حفظ بیضه اسلام باید درس‌ها تعطیل بشود. و امروز آن روزی است که بسیار حساس است برای اسلام و مسلمین و ملت ما، که شاید حساس‌تر از این موقع نباشد. و آن این است که سرنوشت مملکت اسلام باید تعیین بشود» (خمینی، ۱۳۹۲: ۸۳۹).

## تنقیح مناظ

از آنجا که تجربه مفاهیمی مانند حکومت ملی، حکومت قانونی، مجلس ملی یا مشروطه در زبان، تاریخ و ذهنیت انسان ایرانی وجود نداشت، تلاش می‌کرد آنها را با درک و شناخت و برداشت تاریخی و تجربه زمانی خود، تفسیر، تعبیر و بازسازی کند و سعی کرد از غرابت و بیگانگی آن مفاهیم جدید با تقلیل دادن آنها به مفاهیم آشنا یا تطبیق آنها با دانسته‌های خود بکاهد و از آنها صورتی مأنوس و آشنا ارائه دهد. براساس چنین امری بود که آزادی قلم و بیان در زبان روشنفکرانی چون مستشارالدوله، ملک‌خان و بسیاری از روحانیان و مشروطه‌خواهان به سادگی امر به معروف و نهی از منکر معنی شد یا اساس مشروطیت و حتی دموکراسی به سبک غربی به «امرهم شوری بینهم» تعبیر شد. آدمیت در اشاره به چنین وضعیتی می‌نویسد:

«مشروطیت بر پایه نظریه حاکمیت مردم بنا گردیده بود. خواه آن را با مآخذ فلسفه حقوق طبیعی توجیه نماییم و خواه تکیه‌گاهش را پیمان [قرارداد] اجتماعی بدانیم، به‌وسیله قانون موضوعه عقلی متغیر انسانی به اجرا درمی‌آمد. چنین فلسفه سیاسی با بنیاد احکام شرعی منزل لایتغیر ربانی تعارض ذاتی داشت و میان حقوق آزادی در نظام دموکراسی از یک سو، و حقوق عبادالله در شریعت، تعارضی ماهوی بود. کلام معروف مجتهد شیعی<sup>۱</sup> که «ای گاو مجسم، مشروطه مشروع نمی‌شود» حقیقت محض است» (آدمیت، ۱۳۵۵: ۲۲۷).

بنابراین، شیخ فضل‌الله به‌درستی گفته بود که اگر قوانین مجلس شورای ملی مطابق با اسلام باشند، دیگر مساوات در آن ممکن نیست (نوری، در: زرگری‌نژاد، ۱۳۷۴: ۱۶۱) و بدین سبب بود

۱. اشاره به شیخ فضل‌الله نوری.

که طبق اصل ۲ متمم قانون اساسی مشروطه، قوانین، تنها نباید با احکام شرعی و اسلام «مخالفت» داشته باشند. وانگهی، تحت تأثیر نظریه «منطقه الفراغ شرع» صدر و «فقه مصلحت» امام خمینی، مطابق با اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است». همچنین اصل ۹۴ می گوید: «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر [یعنی مغایر با انطباق] ببیند برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است». و نیز مطابق با اصل ۱۶۷ قانون اساسی، حتی رویه‌های قضایی هم از این امر مستثنا نیستند: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین متونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». تبذیل «عدم مخالفت» قوانین با شریعت اسلام در مشروطه به «مطابقت قوانین» در جمهوری اسلامی، نظریه ما مبنی بر حرکت به سوی آنچه «شریعت تام» و فقدان «امر عرفی» خوانده‌ایم را عیان تر می کند. معنای فقدان «امر عرفی» فارغ از گذار نظریات متأخر فقهی و حقوقی به «شریعت تام» از آن روست که حیات اجتماعی مؤمنان نمی تواند قائم بالذات بر امور عرفی و بالطبع عقل متکی شود. درست است که شریعت اسلام، خاصه مذهب امامیه، عقل را در مختصات و نظام دانشی خود داخل کرده و از این حیث تعارض میان عقل و ایمان (عرف و شرع) نظیر دیانت عیسوی از سنخ آگوستینوسی-لوتری دیده نمی شود تا عرفی شدن به مثابه مسئله مطرح شود، اما نکته اساسی در این است که «عرفی شدن به مثابه مسئله» در عالم مسیحیت راه را بر استقلال امر عرفی-عقلی و دریافت و پذیرش منطق آن هموار ساخت، به طوری که سامان اجتماعی-سیاسی مؤمنان، علاوه بر قوانین شرع عیسوی، بر امور عرفی-عقلی نیز، ممکن گردد. در نزد فقیه و متأله عیسوی، توماس قدیس، قوانین طبیعی که عقل آدمی کاشف از آن است، از همان منطقی پیروی می کند که صانع الهی در تکوین عالم *vóμος* به کار گرفته است. قوانین طبیعی *lex naturalis* شقی از قوانین جاودانه حاکم بر عالم *lex aeterna* است (Aquinas, 1947: 1.2, q. 91, a.2) که به مثابه معیاری برای تمامی قوانین انسانی (وضعی) *lex humana* و افعال بشری به کار می روند. اگرچه قوانین تشریحی *Lex divina* مندرج در کتب مقدس اغراض اخروی آدمی را پوشش می دهد و موجبات سعادت جاودانه او را فراهم می آورد (Aquinas, 1974: 1.2, q. 91, a.4)، اما سامان و سعادت دنیوی، می تواند بر مختصات قوانین طبیعی متکی باشد. این پذیرش امر عرفی-عقلی قائم بالذات، سبب شد تا راه را بر تحولات آتی همچون طرح

«پیمان اجتماعی» و «حکومت قانون» هموار کند. اما دیانت محمدی، خاصه مذهب امامیه، اگرچه عالم را همچون نظم کیهانی ارسطو-توماسی، مطابق با نُمسی (قوانین تکوینی) می‌داند که با عدل الهی همسان است، معتقدند که تنها قوانین تشریحی (شرعیات) است که از همان نظم الهی در تکوین عالم پیروی می‌کند. عقل آدمی شاید بتواند در استنباط حکم شرعی ورودی پیدا کند و در کلیات و حسن و قبح افعال اعتباری داشته باشد (انصاری، بی تا: ۶۳)، اما قائم‌بالذات به مثابه منبع و مأخذی برای بسط نظامات الهی در دنیا به رسمیت شناخته نشد تا بتوان سامان اجتماعی-سیاسی را بر آن بنا کرد.

از سوی دیگر، برخلاف اسلام، اساس دیانت عیسوی، جدای از دریافت «امر عرفی»، استوار بر حقوق طبیعی بود، همچنین متکی بر ایمانی بود که با طرح آزادی وجدان راه را بر حیثیت درون ذات (Subjektivität) هموار می‌کرد. این امر، یعنی استقرار دیانت بر حیثیت درون ذات مقدمات تحول مفاهیم شرعی به مفاهیم عرفی و جدید را فراهم ساخت و قانون شرع عیسوی را به حقوق جدید تبدیل کرد، وگرنه درک و دریافت «امر عرفی»، فی نفسه، چنانکه توماس قدیس مبدع آن بود، از حیطة ثنویت قوانین شرعی و عرفی فراتر نخواهد رفت. بنابراین، به واسطه اولویت یافتن شرعیات اسلام بر امر عرفی، امکان طرح نظام آزادی بر مبنای «احکام منزل لایتغیر ربانی» قابل تصور نیست، زیرا مبانی فقهی و حقوقی نظام مشروطه که راهی است در جهت بسط نظام آزادی، هنگامی ممکن شد که اصول آزادی و مساوات نه مبتنی بر احکام شرعی، بلکه بر مستقليات عقلیه بنا شد (زرگری نژاد، ۱۳۷۴: ۵۱۰؛ نائینی، ۱۳۸۲: ۹۹). باید این نکته اساسی را متذکر شویم که علمای مشروطه خواه، همچون دیگر علمای اصولی پیشین، قائل به «برائت اصلی» هستند؛ یعنی نفی وجوب هر فعل وجودی تا ثبوت دلیل آن (البحرانی، ۱۴۰۵ق: ۴۳). به عبارت دیگر، حکم شرعی نیازمند دلیل شرعی است، و فقدان دلیل شرعی مستلزم فقدان حکم شرعی است، زیرا عدم علت، علت عدم هر چیز است، یعنی اصل در هر چیز، به خصوص حکم شرعی، عدم آن است تا آنکه با استناد به دلیلی اثبات شود. بدین سان، اصل بر خالی بودن ذمه انسان از تعهدات شرعی است و این موجبات آزادی را در نسبت با تکلیف فراهم می‌کند. برائت اصلی یا آزادی به مثابه اصل ماتقدم از مستقليات عقلیه است و ربطی به دیانت و حکم شرعی ندارد. این اصل اساسی، شالوده‌ای را پی‌ریزی کرد تا مشروطه خواهان بتوانند مبتنی بر آن نظام آزادی و حکومت قانون را با توجه به حوزه اباحه طرح کنند.

## نتیجه گیری

مشروطه طلبان ایرانی درصدد بودند با عدول از پارادایم غالب «حقوق رعیت به ذمه سلاطین»، درباره «وظایف سلاطین و حقوق پادشاهان به ذمه رعایا» سخن گویند و با ایجاد «گرمی و

محبت بین سلطنت و رعیت»، «تنزلات محسوسه و امراض مزمنه» را رفع کنند. اما آنها نتوانستند اعتباری برای «امر قانونی» دست و پا کنند و از رهگذر آن مقدمات نظام آزادی و حکومت مشروطه را بنا نهند. بنابراین، هرچند انقلاب مشروطه در ابتدا طلیعه‌بازسازی ملی تلقی شد، اما به واقع پانزده سال آشفتگی و هرج و مرج مستمر را در پی داشت. در پایتخت، طبقه جدید روشنفکران که از سوی برخی اقلیت‌های مذهبی حمایت می‌شدند، بر سر پاره‌ای مسائل حیاتی مانند اصلاحات ارضی، مالیات، نقش مذهب در سیاست، حقوق زنان و موقعیت غیرمسلمانان در ایران به مجادله با سایر نیروهای اجتماعی می‌پرداختند.

در نگاه فقهای متأخر همچون صدر و امام خمینی بر جامعیت قرآن و قوانین اسلام با محور قرار دادن «ولایت عامه فقیه» و «میسوطالید بودن» فقیه در سامان اجتماعی-سیاسی تأکید شد. جدال‌هایی که در خصوص جایگاه مفهوم آزادی و حکومت قانون در نزد نظریات متأخران از آن روست که نسبت امر عرفی-عقلی و قوانین صادره از شریعت به خصوص درباره جایگاه و قلمرو حق و تکلیف با تفاسیر متفاوتی همراه شده و از زمینه‌هایی است که همچنان مورد مباحثه و مناظره فکری است.

## منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب‌ها

۱. آدمیت، فریدون (۱۳۵۵ الف)، *ایدئولوژی نهضت مشروطیت ایران*، تهران: پیام.
۲. تاجیک، محمدرضا (۱۳۸۳)، *روایت غیریت و هویت در میان ایرانیان*، تهران: فرهنگ گفتمان.
۳. ترکمان، محمد (۱۳۶۷)، *مدرس در پنج دوره تقنینیه*، تهران: دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۴. حائری، عبدالهادی (۱۳۶۴)، *تشیع و مشروطیت در ایران و نقش ایرانیان مقیم عراق*، چ دوم، تهران: امیرکبیر.
۵. حجاریان، سعید (۱۳۸۹)، *از شاهد قدسی تا شاهد بازاری (عرفی شدن دین در سپهر سیاست)*، تهران: طرح نو.
۶. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷)، *ولایت فقیه*، تهران: عروج.
۷. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۲)، *حکومت اسلامی و اندیشه ولایت فقیه در اندیشه امام خمینی*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۸. زرگری‌نژاد، غلامحسین (۱۳۷۴)، *رسائل مشروطیت*، تهران: کویر.
۹. شایگان، داریوش (۱۳۷۶)، *زیر آسمان‌های جهان: گفتگو با رامین جهاننگلو*، ترجمه نازی عظیمیا، تهران: فرزانه.

۱۰. شریعت سنگلجی، محمدحسن (۱۳۴۵)، کلید فهم قرآن - به انضمام براهین القرآن، تهران: مؤسسه انتشارات دانش.
۱۱. طباطبایی، جواد (۱۳۹۲)، تأملی درباره ایران: جلد دوم؛ نظریه حکومت قانون در ایران، بخش دوم؛ مبانی مشروطه خواهی، تهران: مینوی خرد.
۱۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۷)، جدال قدیم و جدید؛ از نوزایش تا انقلاب فرانسه، تهران: ثالث.
۱۳. فراتی، عبدالوهاب (۱۳۷۸)، اندیشه های سیاسی سید جعفر کشفی، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۴. فیرحی، داود (۱۳۹۰)، فقه و سیاست در ایران معاصر، ج ۱، تهران: نی.
۱۵. فوران، جان (۱۳۸۳)، مقاومت شکننده: تاریخ تحولات اجتماعی ایران (از صفویه تا سال های پس از انقلاب اسلامی)، ترجمه احمد تدین، چ پنجم، تهران: مؤسسه خدمات فرهنگی رسا.
۱۶. قائم مقامی، جهانگیر (به کوشش) (۱۳۴۸)، اسناد تاریخی وقایع مشروطه ایران: نامه های ظهیرالدوله، تهران: بی نا.
۱۷. کدیور، محسن (۱۳۸۵)، سیاستنامه آخوند خراسانی، تهران: کویر.
۱۸. کسروی، احمد (۱۳۶۳)، تاریخ مشروطه ایران، تهران: امیرکبیر.
۱۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۰. ملک زاده، مهدی (۱۳۲۸)، تاریخ انقلاب مشروطیت ایران، تهران: سقراط.
۲۱. میرموسوی، سید علی (۱۳۸۴)، اسلام، سنت و دولت مدرن، تهران: نی.
۲۲. نجفی قوچانی، سید محمدحسن (۱۳۷۸)، برگه از تاریخ معاصر، حیات الاسلام فی احوال آیه الملک العلام، مصحح، شاکری، رمضان علی، تهران: نشر هفت.
۲۳. نظری، علی اشرف (۱۳۹۰)، مدرنیته و هویت سیاسی، تهران: میزان.
۲۴. نوری، فضل الله (۱۳۶۲)، لویح آقا شیخ فضل الله نوری، به کوشش هما رضوانی، تهران: تاریخ ایران.
۲۵. نوری، فضل الله (۱۳۷۷)، رساله حرمت مشروطه، در: رسائل مشروطیت: هجده رساله و لایحه درباره مشروطیت، به کوشش غلامحسین زرگری نژاد، تهران: کویر.
۲۶. انصاری، مهدی (۱۳۷۶). شیخ فضل الله نوری و مشروطیت. تهران: انتشارات امیرکبیر.

## ب) مقالات

۲۷. صرامی، سیف الله (۱۳۸۳)، «درآمدی بر جایگاه مصلحت در فقه»، مجله قبسات، ش ۸۳، تابستان، ص ۱۰۰-۸۱.



## ٢. عربى

### الف) كتب

١. انصارى، شيخ مرتضى (بى تا) (افست از مکتوب مورخ ١٣٠٨ ق)، *مطارح الانظار*، تقرير ابوالقاسم کلانترى، قم: آل البيت.
٢. \_\_\_\_\_ (بى تا)، *فرائد الاصول*، ج ١، قم: مجمع الفكر الاسلاميه.
٣. البحرانى، يوسف بن احمد (١٤٠٥ق)، *حدائق الناظره*، تحقيق محمدتقى ايروانى و ديگران، قم: مؤسسه النشر الاسلامى
٤. بدران، ابوالعينين بدران (١٩٩٦م)، *اصول الفقه الاسلامى*، دارالشباب الجامعه.
٥. حر العاملى، محمدبن حسن (١٤٠٩ق)، *وسائل الشيعه* الى تحصيل احكام الشريعه، تصحيح مؤسسه آل البيت، قم: مؤسسه آل البيت.
٦. خلاف، عبدالوهاب (١٣٦٦ق/١٩٤٧)، *علم الاصول الفقه*، مكتب الادعوه الاسلاميه شباب الازهر.
٧. خمينى، سيد روح الله (١٣٧٨)، *صحيحه نور*، قم: مؤسسه نشر و تنظيم آثار امام خمينى.
٨. \_\_\_\_\_ (١٣٧٢)، *انوار الهدايه فى التعليقه على الكفايه*، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى.
٩. \_\_\_\_\_ (١٣٧٩)، *البيع*، قم: اسماعيليان.
١٠. الدواليبى، محمد معروف (١٣٧٤ق/١٩٥٥م)، *المدخل الى علم اصول الفقه*، سوريه: مطبعه الجامعه.
١١. شرف الدين، عبدالحسين (١٤٣١ق/٢٠١٠م)، *موسوعه الامام السيد عبدالحسين شرف الدين*، ج ٢: النص و الاجتهاد، بيروت: دارالمورخ العربى.
١٢. الصدر، السيد محمدباقر (١٤١٥ق)، *مباحث الاصول*، تقرير سيد كاظم حائرى، قم، اسماعيليان.
١٣. \_\_\_\_\_ (١٤١٧ق)، *اقتصادنا*، تحقيق عبدالكريم ضياء و ديگران، قح، دفتر تبليغات اسلامى شعبه خراسان
١٤. \_\_\_\_\_ (١٤٠٥ق)، *دروس فى علم الاصول*، مشهور به حلقات الاصول، بيروت: دارالمنتظر.
١٥. غزالى، ابوحامد محمد (١٤١٧ق/١٩٩٦م)، *المستصفى*، تصحيح محمد عبدالسلام عبدالشافى، بيروت: دارالكتب العلميه.
١٦. الكاظمى الخراسانى، محمدعلى (١٤٠٤ق)، *فوائد الاصول*، تعليق آغا ضياءالدين العراقى، مؤسسه النشر الاسلامى.
١٧. محمدالخضر، حسين (١٣٩١ق/١٩٧١م)، *الشريعه الاسلاميه صالح لكل زمان و مكان*، دمشق.

۱۸. المظفر، محمدرضا (۱۳۸۶)، *الاصول الفقه، شرح و ترجمه: سید عبدالله اصغری، قم*.
۱۹. ملک‌خان ناظم‌الدوله، میرزا (بی‌تا)، *رسائل و مکاتبات ناظم‌الملک، تهران: کتابخانه مرکزی دانشگاه تهران*.
۲۰. نائینی، محمدحسین (۱۳۳۴)، *تنبيه‌الامه و تنزیه‌المله، تصحیح سید محمود طالقانی، تهران: بی‌نا*.
۲۱. \_\_\_\_\_ (۱۳۸۲)، *تنبيه‌الامه و تنزیه‌المله، تصحیح سید جواد ورعی، قم: بوستان کتاب*.
۲۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۶۲ ب)، *رسائل، اعلامیه‌ها، مکتوبات و روزنامه‌های شیخ شهید فضل‌الله نوری، تهران: مؤسسه خدمات رسا*.
۲۳. \_\_\_\_\_ (۱۳۲۶)، *تذکره العاقل و ارشاد الجاهل [رساله منسوب به نوری]*، تصحیح میرزا علی اصفهانی، تهران: چاپ سنگی.