

## مناسبات میان قلمرو دین و قانون‌گذاری با تأکید بر نظریه تطبیق

سیداحمد حبیب‌نژاد<sup>۱</sup>

سیدعباس حسینی<sup>۲</sup>

دریافت ۱۳۹۸/۱/۲۶ پذیرش: ۱۳۹۸/۵/۹

### چکیده

مناسبات میان خوانش‌های گوناگون از قلمرو دین و تأثیر این خوانش‌ها بر قانون‌گذاری موضوع مقاله است. بدون شک، قلمرو دین در حوزه‌های گوناگون از جمله در ماهیت و گستره قانون‌گذاری آثار زیادی دارد. با ظهور نهاد جدیدی به نام مجلس در مشروطه، اختلاف‌های جدی بین فقها درباره ماهیت قانون‌گذاری به وقوع پیوست. موافقان مشروطه معتقد بودند که ماهیت تقنین عرفی، تطبیق جزئی بر احکام کلی شرعی است. لازمه این دیدگاه، قائل‌شدن به قلمروی گسترده دین است. براساس خوانشی دیگر، مانند علامه طباطبائی، قلمرو دین در این حوزه با توجه به احکام ثابت و متغیر می‌تواند مورد نقد و نظر باشد؛ به‌گونه‌ای که گاهی شرع در مقام انشا، گزاره‌ای الزامی را مطرح نکرده است، بلکه اموری است که در دایره مباحات اصلی قرار دارد و نهاد تقنینی، مصادیق را با یک‌سری مصالح می‌سنجد که در این قسمت نقش کلیدی بر عهده کارشناسان است. با وجود این، به لحاظ تاریخی، نظریه تطبیق جای پای خود را تا پس از دوران مشروطه و در دوران کنونی نیز محکم ساخته و چونان یک نظریه مشهور باقی مانده است.

**واژگان کلیدی:** قلمرو دین، نظریه تطبیق، نظریه تشریح، قانون‌گذاری، ثابت، متغیر.

۱. استادیار گروه حقوق عمومی و بین‌الملل دانشگاه تهران (پردیس فارابی) a.habibnezhad@ut.ac.ir

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه تهران (پردیس فارابی)

## درآمد

ماهیت نمایندگی و چيستی قانون و قانون‌گذاری و مبنای الزام قانون از موضوعات مهم در حوزه فقه سیاسی، فقه حکومتی و حقوق عمومی است. با مطالعه در آثار فقهی مشروطه پی می‌بریم که یکی از دلایل مخالفان مشروطه، از جمله شیخ فضل‌الله نوری در مورد عدم صلاحیت چنین حاکمیتی آن بود که در نظام مشروطه از جانب مجلس، «تقنین» جایگزین «تشریح» می‌شود؛ در حالی که در اسلام تشریح و وضع مقررات منحصرأ در اختیار خداوند است. شیخ فضل‌الله نوری قانون را مقوله‌ای در حیطة شرع می‌دانست (مرادخانی، ۱۳۹۶، ص ۱۷۵) و معتقد بود این که قلمرو حاکمیت پادشاه به واسطه مشروطیت مقید می‌شود و تا حدودی قدرت حاکمیت تنظیم می‌گردد، امر پسندیده‌ای است؛ اما بر اساس قاعده «ما من واقعۀ الا و لله فیها حکم» تشریح در جمیع امور تنها در حیطة اختیار خداوند است. حدود، دیات، ارث و به طور کلی هر آنچه مورد نیاز بشر است را خداوند تشریح کرده و غیر از این‌ها چیزی وجود ندارد تا مجلس صلاحیت تشریح آن را داشته باشد. (زرگری نژاد، ۱۳۷۴، ص ۱۶۶)<sup>۱</sup>

در همان زمان، نگرش دیگری وجود داشت که بر جو کلی مشروطه و مجلس حاکم شد و تصویب قوانین مجلسی را مخالفت با شریعت نمی‌دانست. میرزا فضل‌آقا، نماینده آذربایجان در نطق خود نکاتی دارد که حاکی از جهت‌گیری عمومی مجلس در باب تشریحی نبودن قوانین است. وی می‌گوید: «قوانین که به تصویب مجلس مقنن خواهد شد، عبارت خواهد بود از دو قسم مطالب: اول، اموری که شرعاً به طور کلیت، امر به آن‌ها شده و تعیین خصوصیاتش منوط به تصویب علما و مقتضیات اعصار است؛ دوم، اموری که بالاصاله مباح است، لیکن برای حفظ نظام که واجب بر مسلمین است، لابد باید التزام به فعل یا ترک آن بشود، نه به عنوان تشریح. این قوانین در این قبیل موارد حقیقتاً تعیین مصادیق برای واجبات شرعیه به حساب اقتضای زمان خواهد بود.»

۱. شیخ فضل‌الله نوری در ضمن مخالفت با قانون اساسی بر مبنای نظریه خود، چنین می‌گوید: «و از جمله مواد، تقسیم قوای مملکت است به سه شعبه که اول قوه مقننه است؛ و این بدعت و ضلالت محض است، زیرا در اسلام برای احدی جایز نیست تقنین و جعل حکم، هر که باشد؛ و اسلام ناتمامی ندارد که کسی او را تمام نماید.»

(مذاکرات مجلس شورای ملی، روز شنبه، ۳ جمادی‌الاولی، سال ۱۳۲۴، دارالشوری ملی). در نطق وی، قانون‌گذاری، تطبیق مصداق مواد پیش‌نویس با احکام شرعیه است، نه تشریح. یکی دیگر از نمایندگان مجلس شورای ملی می‌گوید: «حق نظری که از طرف شارع مقدس به علما داده شده بر سبیل عمومیت است. کلیه علما بر تطابق احکام جزئیّه با قواعد کلیه نظارت دارند.» (فیرحی، ۱۳۹۰، ص ۳۳۶)

این نگرش مسیر خود را ادامه داد و تا پس از مشروطه و حتی دوران کنونی پس از انقلاب نیز استقرار یافت. از مراجع عظام کنونی، حضرت آیت‌الله مکارم چینی می‌فرماید:

المعلوم من مذهبنا عدم خلو واقعه من حکم الهی و انه لافراغ من ناحیه القانون فی الشریعه المقدسه الاسلامیه حتی بالنسبه الی ارش الخدش و ما یسمى الیوم فی الحکومه الاسلامیه لمجلس التقنین فهو بمعنی تطبیق کلیات علی موضوعاتها لا الجعل و التشریح کما لایخفی علی احد. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۲۵۳)

براساس این نظریه، مقتضای زندگی اجتماعی و بشری، تأمین نیازهایی است که در شریعت به صورت خاص مطرح نشده است. معتقدان به نظریه تطبیق چینی باوری دارند که مجلس این قوانین را وضع می‌کند، اما نه به عنوان تشریح، بلکه به عنوان تطبیق مصادیق جزئی بر احکام شرعی کلی و اساساً تفاوت ما با نظام‌های تقنینی غیراسلامی دیگر در همین است که آن‌ها از جانب خود قانون‌گذاری می‌کنند، اما ما در این جا مواد پیش‌نویس شده را با قوانین شرع مطابقت می‌دهیم.

در نظریه یکسان‌انگاری تقنین و تشریح که توسط شیخ فضل‌الله نوری رهبری می‌گشت، استدلال می‌شد که اصولاً موضوع بدون حکم نداریم تا کسی بخواهد حکمی را به عنوان قانون تصویب کند، بلکه همه چیز از جانب خداوند معین شده است (الا و له الحکم). نظریه تطبیق نیز تا به این جا با نظریه تشریح مشترک است؛ یعنی طبق این نظریه نیز خداوند تمام احکام و جزئیات را الی یوم القیامه مطرح نموده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۵۱۶) البته وجه تمایز هم وجود دارد و آن این است که طبق نظریه تطبیق، بحث مطابقت دادن جزئیات بر کلیات دین مطرح می‌شود، اما طبق نظریه

تشریح، بحث نسبت دادن گزاره و حکمی به خدا و حرمت آن مطرح است.

## ۱. نتایج نظریه تطبیق

می‌توان آثار و نتایجی را بر نظریه تطبیق مترتب دانست که به برخی از آن‌ها اشاره می‌نماییم:

الف) براساس این نظریه، آنچه از خداوند صادر می‌شود تشریح است و این تشریح اختصاص به خداوند تعالی دارد. بشر هیچ‌گونه دخالتی در تشریح نمی‌کند. تشریح این‌گونه صورت می‌گیرد که خداوند موضوعی را در یک قضیه حقیقیه مفروض می‌گیرد، مثلاً موضوع «خمر» را در قضیه «الخمر حرام»، مفروض می‌گیرد و آن را صادر می‌کند. شارع اهتمامی ندارد که موضوع خمر در خارج محقق شده است یا خیر. هر زمان خمری در خارج مصداق پیدا کرد حکم حرمت بر آن بار می‌شود.<sup>۱</sup> شارع کاری به مقام تطبیق ندارد، بلکه وظیفه او تنها ساخت یک کبرای کلی برای قضیه است: «کُلُّ خمرٍ حرام». تکمیل صغرای این قضیه بر عهده انسان است: «هذا خمر». پس انسان وارد حیطة تطبیق و تعیین مصداق می‌شود و به کسی که وارد این قلمرو می‌شود نمی‌توان اتهام تشریح حرام زد. تشخیص و تطبیق موضوع با تعیین حکم، دو شأن کاملاً متفاوت هستند، نظریه تطبیق حق تشخیص و تطبیق موضوع را برای بشر قائل است و حق تعیین حکم را مختص خداوند تعالی می‌داند؛ بنابراین طبق این نظریه، شبهه تشریح از جانب بشر کاملاً رفع می‌شود و قانون‌گذاری بشر صرفاً در قلمرو تطبیق است نه بیشتر.

ب) همان‌طور که اشاره کردیم تطبیق موضوع و تعیین حکم، دو شأن مجزا از یکدیگرند. از آنجاکه قانون‌گذاری بشر در قلمرو تطبیق موضوع است و ارتباطی با تعیین حکم ندارد، الزامات شرعی نیز در پی آن‌ها نمی‌آید، به این صورت که اگر احراز موضوع صورت نگرفت و موضوعی تطبیق داده نشد، به تبع آن حکم شرعی نیز وجود ندارد. این

۱. قضیه حقیقیه در مقابل قضیه خارجی است. در قضیه حقیقیه حکم روی عناوین کلی بار می‌شود، بدون در نظر گرفتن این‌که آن عناوین در خارج دارای مصداقی هستند یا خیر؛ اما در قضیه خارجی حکم بر یک موضوع جزئی شخصی بار می‌شود و لازم است که حتماً آن موضوع در خارج محقق شده باشد.

تطبیق در شریعت بر گردن تک‌تک افراد است؛ مثلاً شارع گرفتن روزه را در ماه رمضان واجب دانسته است، حال در تشخیص اول ماه رمضان اگر کسی اول بودن ماه را احراز نکرد، روزه بر وی واجب نیست و اگر هم برای کسی احراز شد، روزه بر او واجب است. در امور شرعی، هرکس مکلف به تطبیق موضوع بر تکلیف خویش است. البته درست است که در مسائل اجتماعی کلان برای جلوگیری از بی‌نظمی و بی‌انضباطی، تطبیق‌ها را به یک نهاد مثل مجلس واگذار می‌کنند؛ اما به لحاظ شرعی در جایی که شخص خود توانایی تشخیص را دارد، می‌تواند خودش تطبیق را انجام دهد، حال ممکن است تطبیق وی با تطبیقی که از طرف مجلس صورت گرفته، متفاوت باشد که در این صورت، انجام خلاف نظر مجلس به صورت موردی تا آن جا که سبب بی‌نظمی در امور کشور نشود، برای او حرام شرعی نیست.

حسن نظریه تطبیق این است که وظیفه مجلس را در امور شرعی، صرفاً تطبیق مصادیق بر کلیات می‌داند نه تشریح؛ و با توجه به این که خود ما نیز گاهی می‌توانیم تطبیق مصادیق بر کلیات را انجام دهیم، اگر در موردی خلاف تطبیق مجلس را دریافت کردیم، اقدام انجام شده خلاف شرع نیست. البته مقوله التزام به قوانین از هر جنبه‌ای نیکوست و عرفاً باید به آن ملتزم شد، چه از جنبه رعایت حقوق اخلاقی که اگر حقوق را رعایت نکردیم مورد ملامت وجدان و تحقیر و تنفر مردم قرار می‌گیریم؛ و چه از جنبه رعایت حقوق قانونی که اگر آن را رعایت نکردیم با یک واکنش سامان یافته و ضابطه‌دار مخصوص از طیف حکومت، مواجه می‌شویم (موحد، ۱۳۸۱، ص ۵۹). این موارد می‌تواند از فواید نظریه تطبیق تلقی شود؛ اما نقدهایی نیز بر آن وارد است.

## ۲. نقد نظریه تطبیق

همان‌طور که کلام قائلان به نظریه تطبیق را نقل نمودیم، طبق نظر ایشان ابتدا باید در تمام مسائل و موضوعات، یک حکم شرعی وجود داشته باشد ولو آن که آن حکم شرعی به صورت کلی باشد و متضمن جزئیات نباشد؛ چرا که فرض این نظریه بر این قرار دارد که کار مجلس قانون‌گذاری، تطبیق حوادث واقعه بر احکام از پیش تعیین شده

از جانب شارع است و این تطبیق امکان ندارد مگر این که حکمی شرعی از قبل وجود داشته باشد.

در این جا با چند سؤال مواجهیم: خاستگاه قانون و حکم در جامعه اسلامی چیست و آیا هر چیزی یک حکم شرعی دارد؟ آیا کلیه مواردی که در مجلس، قانون گذاری می شود همه تطبیق مصداق با احکام شریعت است یا این که قانون گذاری مجلس گسترده تر از تطبیق با احکام شریعت است؟ در مورد سؤال اول باید به سراغ قلمرو دین برویم تا مشخص شود که حصار قلمرو دین به چه اندازه است. آیا دین در تمامی امور مربوط به زندگی بشری دخالت کرده و متکفل همه نیازهای دنیوی و اخروی است؟

برخلاف روزگار پیشین، این سؤال برای انسانی که در این عصر زندگی می کند اهمیت قابل توجهی پیدا کرده است. کمبودهای بشر آیا با تشریح شارع جبران می شود؟ تشریح به معنای این که احکام خمس و وجود دارد؛ یعنی دین تمام موضوعات و رفتارهای دنیوی را عهده دار شده و حکمی را بر آن بار کرده است، ولو این که آن حکم یک حکم اباحی باشد که از احکام خمس است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ص ۴۳۳) یا این که تشریح شارع نقشی در جبران کمبودها ندارد و حتی همین حکم اباحه شرعی را نیز بیان نکرده و اساساً در مورد برخی مسائل، تشریحی صورت نگرفته است که طبیعتاً انسان در این صورت بسط ید دارد. در این زمینه چند دیدگاه وجود دارد.

### ۳. رابطه نظریه های ماهیت قانون گذاری و تطبیق

در عرصه فقه سیاسی، برداشت های فقهی متفاوتی در باب ماهیت قانون و وجه الزام آور آن مطرح شده است؛ از جمله قضاگونه بودن ماهیت قانون (یزدی، ص ۱۹-)

۱. این مسئله با مبحث منطقه الفراغ شهید صدر رحمته الله علیه متفاوت است. مبحث منطقه الفراغ درباره این مطلب سخن می گوید که قلمرو قانون گذاری توسط حکومت اسلامی در محدوده مباحات شرعی است؛ یعنی حکومت تنها در حوزه مباحات به معنای عام (مستحب، مکروه و مباح به معنای خاص) می تواند قانون گذاری کند نه احکام الزام آور؛ (اسماعیلی و دیگران، ۱۳۹۳: ۴۵) اما مسئله ای که در این پژوهش مورد بررسی قرار می گیرد این است که آیا ممکن است که مباحات شرعی نیز اساساً در برخی موارد در شریعت وجود نداشته باشد؟ برای توضیح بیشتر در مورد منطقه الفراغ به همان مقاله مراجعه شود.

۳۱)، وجوب شکر منعم و مسئولیت‌پذیری در برابر او (شاهرودی، ۱۳۶۴، ص ۱۴۳-۱۶۷)، به‌مثابه فتوا بودن آن (جنتی، ۱۳۶۴، ص ۶۹-۷۳) و نظریات دیگری که نویسندگان بدان اشاره کرده و نقد نموده‌اند؛ در این بین، برخی تقریرهای غیرفقهی که محصول قرارداد اجتماعی است و نگاهی ابزاری به قانون دارند نیز قابل توجه و دارای مؤیدات شرعی است (حیب‌نژاد-منصوری، ۱۳۹۵، ص ۱۰۹-۱۱۵). به نظر می‌رسد که صرف نظر از وجه الزام‌آوری و خاستگاه قوانین، نظریه تطبیق پیش‌فرض تمام یا حداقل اکثر مبانی فوق است و از آنجاکه حکومت ما مقید به شریعت است، طبق مفاد اصل نودویک قانون اساسی، نیازمند تطبیق و احراز عدم مغایرت مصوبات مجلس با احکام اسلامی هستیم.

#### ۴. احتمال‌ها در برابر مشکل ثابت و متغیر

با در نظر داشتن نظریه تطبیق و توجه به این‌که ثبات احکام با تغییر در شئون زندگی هماهنگی ندارد، قرائت ما از ثابت و متغیر در قلمرو دین و علم دینی و این‌که کدام‌یک از این دو، جزء دین محسوب می‌شوند، تأثیر قابل توجهی در نتیجه تطبیق دادن مصوبات با احکام شرعی دارد. صرف نظر از این‌که چه امری ثابت و چه امری متغیر است، به لحاظ کبروی در مقام ثبوت، دو احتمال در مورد ثابت و متغیر وجود دارد، یک احتمال حداقلی و یک احتمال حداکثری.

##### ۴-۱. احتمال حداقلی

زندگی بشری در زیستگاه‌های مختلف با شرایط و فرهنگ‌های متفاوتی همراه است. فرهنگ‌های هر قوم در طول زمان متغیر است و حتی در یک دوره کوتاه مدت امکان تحول آن‌ها وجود دارد. ثابت بودن احکام با چنین تغییری در تضاد است و براساس این احتمال تنها امور ثابت زندگی و احکام ثابت جزء دین است و امور متغیر، خارج از موضوع احکام دین به شمار می‌آیند (علی‌اکبریان، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۸). برای حیات انسانی چهار کنش می‌توان فرض کرد: الف) رابطه انسان با طبیعت؛ ب) رابطه انسان با انسان؛ ج) رابطه انسان با خود؛ مانند تهذیب نفس؛ د) رابطه انسان با خدا. در بحث

صغروی این‌که کدام‌یک از این کنش‌ها جزء متغیرات و کدام‌یک مربوط به احکام ثابت است، مبتنی بر دیدگاه‌های مختلفی است. گروهی چهار امر فوق را ثابت یا تمام آن‌ها را متغیر تلقی می‌کنند و گروهی سه امر اول را متغیر و تنها امر چهارم را ثابت می‌دانند (همان، ص ۱۹) که این گروه با شاخه‌های زیرمجموعه‌اش می‌توانند به صورت مشکک در یک طیف، قرار گیرند. آنچه در این احتمال دخالت دارد، تنها تمرکز بر بحث کبروی (اخراج امور متغیر از قلمرو دین) است.

اگر کسی در مقام اثبات نیز این احتمال را تقویت کند، امور شرعی صادر از ائمه در خوانش حداقلی قرار می‌گیرد و موجب می‌شود که به لحاظ تطبیق مدنظر در اینجا، اختیارات فقها فقط در حیطه نصوص و مسائل ثابت دین باشد و سایر امور متغیر به حسب موضوع به کارشناسان مربوطه واگذار شود. در این رابطه بیشتر در نظریه علامه طباطبائی بحث می‌کنیم.

## ۲-۴. احتمال حداکثری

این احتمال نیز وجود دارد که بین ثبات احکام دینی و متغیرهای زندگی بشری تضادی نیست و «شئون متغیر زندگی با لحاظ حیثیت متغیر بودنش، مشمول احکام ثابت است» و چنین امری به خاطر «وجود سیلان و انعطاف‌پذیری در برخی احکام ثابت است» (همان، ص ۱۹-۲۰) و دین هر دو نوع حکم را شامل می‌شود؛ احکام دین در عین ثبات و جهان‌شمولی، توانایی اداره امور متغیر حیات انسان را دارند. در این دیدگاه، می‌توانیم تمام مسائل را از دین مطالبه نماییم و دین نیز پاسخ‌گوی همه پرسش‌های ماست. تمام بارها بر گردن دین است و دین به اقتضای جامعیتی که دارد باید تکلیف همه مسائل را روشن نماید.

به لحاظ اثبات نیز از قدیم تا به امروز چنین قرائت وسیعی از دین وجود داشته است، در علم اصول علما قاعده‌ای را تحت عنوان «ما من واقعه الا والله فیها حکم» دارند (کاشف الغطا، ۱۳۸۱، ج ۱، ص ۲۴۵)، ۴ منظور این است که هر موضوعی در جهان دارای حکمی از جانب خداوند است. مرحوم شهید صدر نیز که دارای نوآوری و ابتکارهای



فراوانی است متأثر از همین تفکر است. ایشان بحثی را ذیل عنوان «شمول الحکم الشرعی لجميع وقائع الحیاة» دارند که ناظر به همین فکر است:

ولما كان الله تعالى عالما لجميع المصالح و المفسدات التي ترتبط بحياة الانسان في مختلف مجالاته الحياتية فمن اللطف اللائق برحمته ان يشرع للانسان التشريع الافضل و فقا لتلك المصالح و المفسدات في شتى جوانب الحياء و قد اكدت ذلك نصوص كثيرة وردت عن ائمة اهل البيت و خلاصتها ان الواقعة لا تخلو من حكم. (صدر، ۱۴۲۵، ج ۲، ص ۲۲)

یعنی مقتضای لطف الهی این است که خداوند در جنبه‌های مختلف زندگی بشری طبق مصالح و مفسدات موجود، حکمی را تشریح نماید و تفکیکی بین ثابت و متغیر وجود ندارد. برخی از صاحب‌نظران اسلامی در این رابطه چنین می‌گویند:

المعلوم من مذهبننا عدم خلو واقعه من حكم الهی و انه لا فراغ من ناحیه القانون فی الشریعة المقدسة الاسلامیة حتی بالنسبة الی ارش الخدش. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۲۵۳).

در جای دیگر می‌فرمایند:

اصحابنا الی الامامیة فهم معتقدون بعدم وجود الفراغ فی التشريع، حتی یتصیدی له الفقیه او غیره، بل جمیع ما تحتاج الیه الامة الی یوم القیامة مبینة فی الاحکام الجزئیها و القواعد الکلیه و الاصول الوارده فی الکتاب و السنه. (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۵۱۶)

اما فقیه‌ی مثل امام خمینی خود را به تکلف نمی‌اندازند و به راحتی می‌فرمایند: «لم یدل دلیل علی عدم خلو کل واقعه عن الحکم» (امام خمینی، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۲۸۳)، مرحوم شهید مطهری نیز با امام خمینی هم‌نظر است. استاد مطهری ضمن استناد به روایت «ان الله یحب ان یؤخذ برخصه کما یحب ان یؤخذ بغرائمه» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۱۰۸) می‌گویند برخی جمود دارند و به گمانشان این‌که گفته می‌شود اسلام دین

جامعی است؛ یعنی در تمام موارد ولو جزئیات تکلیفی را باید داشته باشد «اتفاقاً جامعیت اسلام ایجاب می‌کند که اساساً در بسیاری از امور دستور نداشته باشد» (مطهری، ۱۳۹۲، ج ۲۱، ص ۱۹۴)، اگرچه این عبارت‌ها به عدم شمولیت دین برای متغیرات تصریح نمی‌کند؛ اما برداشت این مطلب بُعدی ندارد. این مسئله برای برخی از دانشمندان و صاحبان فن نگرانی ایجاد می‌کند و آن‌ها مدام این دغدغه را دارند که هر لحظه ممکن است به نام دین مواردی را در صحنه‌ای از جامعه وارد سازند و عرصه را بر متخصصان تنگ کنند، اولاً، هر علمی دارای منابع خاص و منحصر به فرد خود است و استناد به منابع دینی بحث را از چهارچوب خارج می‌کند؛ ثانیاً، منابع دینی به قدری کشش و انعطاف‌پذیری دارند که امکان دارد هر نظریه‌ای که مطرح می‌شود را یک روز مخالف قرآن تلقی نمود و یک روز دیگر نیز به خاطر وجود شواهدی از کتاب و سنت و این‌که اول دلیل بر امکان شیء وقوع شیء است، تحت این عنوان که موافق دین است، پذیرفت. (سروش محلاتی، ۱۳۹۴: ۶۳-۱۱۸)

این سنخ موارد در بین دین‌داران به کرات دیده شده است، قریب به صد سال پیش که کشتی‌های تجاری انگلیس به هند می‌رفتند، بیمه می‌شدند و به واسطه همین موضوع بیمه وارد ایران شد. بزرگان و فقها با مواجهه ناگهانی با این موضوع، ابتدا احتیاط می‌کردند و حکم به حرمت می‌دادند (یزدی، ۱۴۱۵، ص ۱۸۸) اما اندک‌اندک از حساسیت کاسته شد و الآن بیمه حتی در میان متشرعان استفاده می‌شود.

علامه طباطبائی برای هدایت بشر سه گزاره مهم را معرفی می‌کند و وظیفه دین را تنها فراهم آوردن همین موارد می‌داند نه بیشتر از آن؛ هدایت بشر در گرو یک ایدئولوژی و جهان بینی صحیح است تا مبدأ و معاد را به درستی بشناسد؛ عامل دیگری که در هدایت بشر تأثیر فوق العاده دارد اخلاق است و اگر اخلاق نباشد هدایتی نیز محقق نمی‌شود و در نهایت، احکام شرعی و مواعظی که در شریعت اسلام است. ایشان بعد می‌فرمایند این موارد فوق از دلالت لفظی و متفاهم قرآن حاصل می‌شود و از این دلالت بیش از کلیات نیز به دست نمی‌آید: «فانا لا نهتدی من دلاله لفظ القرآن الکریم الا علی کلیات ما تقدم» (طباطبائی، ۱۳۸۴، ج ۱۲، ص ۳۴۷).

## ۵. نظریه‌ها در تعیین ثابت و متغیر

در مقام اثبات می‌توان نظریات در این زمینه را به دو دسته کلی تفسیر نمود: دسته‌ای که مرکز ثبات و تغییر در غیر حکم تبیین می‌شود و حکم به تبع آن ثابت و متغیر می‌شود، دسته‌ای که مرکز ثبات و تغییر در حکم تبیین می‌گردد که به مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌کنیم:

### ۵-۱. تغییر به ملاک موضوع

صاحب‌نظرانی که ملاک تفکیک ثابت و متغیر را نه در حکم، بلکه در موضوع جست‌وجو می‌کنند، به دنبال این پاسخ هستند که کدام ویژگی در موضوع، اقتضای حکم متغیر و کدام ویژگی اقتضای حکم ثابت را دارد؟ آیت‌الله جوادی آملی ویژگی فطری و مادی بودن نوع موضوع را مطرح می‌فرماید:

«شأن ثابت آدمی به فطرت توحیدی و روح او بازمی‌گردد که مجرد از ماده بوده، و برتر از مرز ماضی و مستقبل است (فطرت الله التي فطر الناس علیها لا تبدیل لخلق الله). قوانینی که به مقتضای روح آدمی و شئون ثابت آن وضع می‌شود، قوانینی تغییرناپذیرند و اما شأن متغیر انسان مربوط به بدن و طبیعت اوست که زمینی و زمانی است.» (جوادی آملی، ۱۳۶۷، ص ۹۱)

برخی نیز در مقابل، ملاک نوع موضوع، مصداق موضوع را به‌عنوان یک احتمال در ملاک حکم ثابت و متغیر مطرح کرده‌اند. در این مورد، نوع و عنوان موضوع از ثبات برخوردار است؛ اما مصداق آن متفاوت است؛ مثلاً مصداق نفقه زوجه در آیه (فَامْسَاكُ بَمَعْرُوفٍ) به حسب عرف هر زمان با در نظر گرفتن وضعیت اقتصادی متفاوت است؛ لذا مقدار واجب آن نیز متغیر است. (علی‌اکبری‌ان، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۵۳)

### ۵-۲. تغییر به ملاک ذات حکم

مهم‌ترین نظریه شیعی در این زمینه، تفسیر حکم متغیر به حکم ولایی است. حکم ولایی عبارت است از مقررات و قوانینی که از سوی حاکم اسلامی برای اداره جامعه صادر

می‌شود که گاه در قالب یک حکم تکلیفی است؛ مانند اوامر و نواهی که در قوانین وجود دارد و گاه در قالب حکم وضعی است؛ مانند فرمان حضرت امام مبنی بر تأسیس یک شخصیت حقوقی بنام مجمع تشخیص مصلحت و گاه به صورت حکم به تحقق موضوع حکم شرعی است؛ مانند حکم به حلول ماه (همان، ص ۱).

در احتمال حداکثری مطرح کردیم که احکام اسلامی مشتمل بر عناصری است که از درون دارای پویایی و سیلان است و سیطرهٔ دین شامل احکام ثابت و متغیر هر دو باهم می‌شود؛ در این مورد، نظریات مختلفی دربارهٔ رابطهٔ احکام ولایی متغیر و احکام الهی ثابت وجود دارد، از جمله نظریهٔ منطقه الفراغ شهید صدر که به عنوان یک نظریه پایه و اساس برخی از نظریات دیگر شده است. براساس این نظریه، حاکم می‌تواند در مباحثات به معنای اعم احکام الزامی را وضع نماید؛ مثلاً حکم ثابت الهی این است که هزینه‌کرد اموال شخصی در مصارف عمومی مستحب است؛ ولی حاکم می‌تواند آن را در قالب مالیات معینی بر افراد واجب کند. (هادوی تهرانی، ۱۳۷۷، ص ۱۲۸-۱۳۲)

### ۶. نظریهٔ منطقهٔ المنع-دیدگاه علامه

این نظریه که از برخی کتب علامه طباطبائی به دست می‌آید، مبتنی بر این مطلب است که اصولاً دین نباید وارد برخی مسائل شود و اصطلاحاً یک منطقهٔ المنع برای دین وجود دارد. برای روشن شدن این منطقهٔ ممنوعه باید توضیحاتی را مطرح کنیم: مرحوم علامه طباطبائی مقررات اسلام را به دو قسم متمایز و جدا از هم تقسیم می‌نماید: مقررات ثابت و مقررات متغیر.

یکسری از مقررات، حافظ منافع حیاتی انسان است؛ (طباطبائی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۷۹) یعنی مقرراتی برای انسان وجود دارد از این جهت که انسان است و به طور دسته‌جمعی زندگی می‌کند. این‌گونه مقررات در اعصار و زمان‌ها به یک صورت است. مقررات و قوانینی است که در وضع آن‌ها واقعیت انسان طبیعی در نظر گرفته شده است؛ مانند حق حیات، یا مانند یک قسمت از مقرراتی که عبودیت و خضوع انسان را نسبت به آفریدگار مجسم می‌سازد؛ برخی از مقررات دیگر جنبه موقتی و محلی دارد و با اختلاف

طرز زندگی در هر دوره تغییر می‌کند؛ مانند ساخت جاده و یا ارتباطات الکترونیک که امروزه این امور از ضرورت‌های زندگی است.

بسیاری از صاحب‌نظران این را فرموده‌اند که احکام به ثابت و متغیر تقسیم می‌شوند؛ (جوادی آملی، ۱۳۶۷، ص ۹۱-۹۲) اما نکته قابل توجه و ویژگی کلام علامه طباطبائی در مقام اثبات، این است که می‌فرماید احکام ثابت، احکامی است که منتسب به دین است؛ ولی احکام متغیر اگرچه معتبر و لازم‌الاجرا است، اما جزء دین نیست. باید به آن عمل کرد، اما نه به عنوان یک امر دینی و الهی. در حکمرانی هم یکسری از مقررات و احکام را خداوند مقرر کرده که این‌ها جزء احکام ثابت دین هستند؛ مثل اجرای عدالت و قسط، اما یکسری از احکام نیز از جانب حکومت و نهادهای قانون‌گذار مقرر می‌شود که به این‌ها نمی‌توان دین گفت. علامه در جایی این مسئله را مطرح می‌کند که اگر جامعه اسلامی وسعت یابد و دارای منطقه‌های مختلف و ملیت‌های متنوع شود (چنانچه در این زمان همین‌طور است) آیا باید تحت یک ولایت و حکومت مرکزی اداره شود؟ در پاسخ می‌فرماید:

این‌ها طرح‌هایی است که در شریعت اسلام دستوری مربوط به تعیین یکی از آن‌ها وارد نشده است و حقاً هم نباید وارد شود؛ زیرا شریعت تنها متضمن مواد ثابت دین است و طرز حکومت با تغییر و تبدل جامعه‌ها به حسب پیشرفت تمدن قابل تغییر است. (طباطبائی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۷۶)

دین سه ماده ثابت را به بشر ارائه می‌دهد که ارزش‌های کلی را مشخص می‌کند؛ اما مابقی کارها و طراحی‌ها را به عهده خود بشر می‌گذارد. بشر مختار است که مدل‌ها و طرح‌های جدید را تجربه کند؛ اما باید این سه اصل رعایت شود:

- ۱- مسلمانان تا آخرین حد ممکن باید در اتحاد و اتفاق بکوشند؛
  - ۲- حفظ مصلحت اسلام و مسلمانان برای همه واجب است؛
  - ۳- مرز جامعه اسلامی اعتقاد است و بس، نه مرزهای طبیعی یا قراردادی.
- (طباطبائی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۷۷)

مرحوم علامه حتی مطلب بالاتری را می‌فرماید و آن این‌که چنین قوانینی که متغیر است جزء دین نیست، هرچند که پیامبر و امیرالمؤمنین که معصوم‌اند، آن‌ها را وضع کرده باشند:

«ضمناً باید دانست بخش دوم که مقرراتی قابل‌تغییر است و به‌حسب مصالح مختلف زمان‌ها و مکان‌ها اختلاف پیدا می‌کند، به‌عنوان آثار ولایت عامه، منوط به نظر نبی اسلام و جانشینان و منسوبان از طرف اوست که در شعاع مقررات ثابت‌دینی و به‌حسب مصلحت وقت و مکان، آن را تشخیص داده و اجرا نمایند. این‌گونه مقررات به‌حسب اصطلاح دین، احکام و شرایع آسمانی محسوب نمی‌شود و دین نامیده نمی‌شود. (طباطبائی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۸۱)

پس هرکس که با این مقررات مخالفت کرد، از آنجاکه این‌ها مقررات و دستورات دینی به حساب نمی‌آیند. مخالفت با حکم خدا و شرع نکرده و مخالفت با مقررات حکومتی که از متغیرات است، به‌هیچ‌عنوان مخالفت با شریعت نیست.

بر اساس نظر علامه که متغیرات خارج از قلمرو دین بود، خداوند تعالی حکم و قانونی را در برخی مسائل وضع نکرده است تا طبق نظریه تطبیق بخواهیم مصادیقی را با احکام کلی شرعی مطابقت دهیم و اصطلاحاً سالبه به انتفاء موضوع است. «حکم شرعی» مراحل خاصی دارد؛ به ترتیب، ابتدا نوبت مرحله اقتضا است که خداوند موضوعی را از نظر مصلحت و مفسده بررسی می‌کند، سپس مرحله انشا می‌آید و پس از آن، مرحله تنجز و امتثال (جمعی از محققان، ۱۳۹۲، ص ۷۲۴-۷۲۵). آن‌طور که از نگرش مرحوم علامه طباطبائی استفاده شد، در مسائل متغیر هیچ‌گونه حکم شرعی وجود ندارد، به عبارت دیگر، مرحله انشا که مرحله وضع حکم توسط قانون‌گذار است، در امور متغیر اساساً وجود ندارد و شارع اصلاً حکمی را وضع نکرده است و بنابراین در چنین شرایطی، تنها همان مرحله اول حکم وجود دارد که مرحله اقتضا است؛ یعنی ما هستیم و یکسری از ملاکات و مصالح، اما دیگر انشا و صدور حکمی وجود ندارد. در این وضعیت کاری که از عهده بشر برمی‌آید این است که با یکسری از مصالحی که از علوم

و فنون مختلف در هر زمینه به دست می‌آید، قوانینی را وضع کند که طبیعتاً در این صورت تشریحی از جانب خداوند وجود ندارد تا بخواهیم مصادیقی را با شریعت بسنجیم؛ بلکه کارشناسان در این جا مصادیقی را با یکسری از مصالح و ملاکات می‌سنجند و شرع هیچ‌گونه دخالتی نمی‌کند. این مصالح نیز که یک حکم شرعی محسوب نمی‌شود، در تمام دنیا حتی ممالکی که دین در آن مفهومی ندارد، وجود دارد؛ مثلاً رسیدگی به جرائم سیاسی و مطبوعاتی علنی است و با حضور هیئت منصفه در محاکم دادگستری صورت می‌گیرد (اصل یکصد و شصت و هشتم قانون اساسی)، چنین حکمی از جانب مقنن صرفاً به خاطر وجود مصالحی است که قانون‌گذار به آن‌ها التفات داشته است و حکم شرعی به طور خاص در این مورد وجود ندارد، هرچند می‌توان کلیاتی از گزاره‌های دینی را به عنوان مؤید ذکر نمود.

بر اساس این نوع خوانش، نکته مهم دیگر این است که از آنجا که در این قسم از مسائل، حکم شرعی وجود ندارد و کارشناسان بر اساس مصالح عامه نظر می‌دهند، در مقابل می‌توان چنین برداشت کرد که احراز عدم مغایرت مصوبات از جانب فقهای شورای نگهبان تنها در حیطه احکام ثابت دین است، نه متغیرات که نیازمند کارشناسی‌های زمان‌بر و فرایند طولانی هستند؛ اماراتی نیز زمینه‌ساز این نظریه است: در نامه مسئولان نظام به امام خمینی درباره کسب تکلیف در «مواردی متعدد از مسائل جامعه که بلا تکلیف» مانده‌اند، چنین آمده که در مجلس کارشناسان در زمینه‌های مربوطه نظراتی تخصصی دارند و «شورای نگهبان هم نظرات خود را در قالب احکام شرعی» اعلام می‌دارد و در مواردی مجلس نظرات آن‌ها را قابل تأمین نمی‌داند؛ حال در این موارد راهکار حکومت اسلامی چیست؟ امام با تأکید بر مرجع قرار دادن کارشناسان در این زمینه می‌فرماید:

گرچه به نظر این جانب، پس از طی این مراحل زیر نظر کارشناسان که در تشخیص این امور مرجع هستند، احتیاج به این مرحله نیست، لکن برای غایت احتیاط... مجمعی... برای تشخیص مصلحت نظام اسلامی تشکیل گردد. (امام خمینی، ۱۳۶۶، نامه تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام)

به علاوه متبادر از «موازین اسلامی» که در اصل چهارم قانون اساسی معیار تطبیق قرار گرفته است، همان احکام ثابت است نه متغیرات؛ چراکه در واقع، تنها احکام ثابت اند که پایه و موازین نظام اسلامی هستند.

### نتیجه‌گیری

این مقاله به دنبال بیان و تبیین خوانش‌هایی از قلمرو دین در حوزه تقنینی و مناسبات میان گستره دین و عمل تقنین است. قوانین مجلس گاه از یکسری مسائل شرعی نشئت می‌گیرد؛ نظیر قوانین مربوط به حدود و دیات که در این موارد شرع حکمی را انشا نموده است و طبق آن قانون‌گذاری صورت می‌گیرد. نقش کلیدی فقهای شورای نگهبان در این قلمرو است. گاهی شرع در مقام انشا چیزی را مطرح نکرده است، بلکه اموری است که در دایره مباحات اصلی قرار دارد و مجلس مصادیق را با یکسری از مصالح می‌سنجد. در این قسمت، نقش کلیدی بر عهده کارشناسان است؛<sup>۱</sup> بنابراین تطبیق مصادیق جزئی بر احکام شرعی جنبه حدافلی پیدا می‌کند. طبق این نظر، نه محذور تشریح رخ می‌دهد و نه نیاز است برای تمشیت امور حکومتی از شریعت وام بگیریم.

بر اساس نظریه علامه طباطبائی که قائل بودند قوانین متغیره صادر شده از ائمه جزء دین نیست، این پژوهش می‌تواند کاربردهایی در حوزه‌های قانون‌گذاری داشته باشد. توضیح آنکه ثبوتاً امکان دارد که برخی از بیانات ائمه، اخبار از حکم شارع باشد و برخی انشا و جعل حکم از ناحیه خود ائمه، مثل: «من احیا ارضاً میتةً فهی لها» یا «من قتل قتیلًا فله سلبه»، (شهید اول، ۱۴۰۰، ج ۱، ص ۲۱۴-۲۱۶) جملات فوق اگر از ناحیه خود ائمه به عنوان یک حکم حکومتی جعل شده باشد به گفته علامه طباطبائی از قوانین متغیر است که به حسب شرایط زمان و مکان قابل تغییر است و یک امر دینی نیست. در مقام اثبات برای تشخیص این دو نوع حکم اگر در بیان ائمه از الفاظ «قَصَى»، «حَكَمَ»

۱. البته شایان ذکر است که یک سری از مباحات وجود دارد که فقیه در آن‌ها تنها ایدئولوژی‌های کلی دین را مشخص می‌کند که طبیعتاً این‌جا نیز بار اصلی کارها بر دوش متخصصان است؛ مثلاً فقیه می‌گوید قاعده‌ای به عنوان «نهی سبیل» داریم، در این‌جا تعیین مصداق برای اینکه فلان قرارداد با قاعده کلی مذکور سازگار است یا خیر، وظیفه متخصصان است.



یا «أَمْر» استفاده شده باشد، جعل حکم از ناحیه خود ائمه به عنوان یک امر حکومتی است (موسوی خمینی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۵۱) و این احکام قابلیت تغییر در اعصار مختلف را دارند.

## منابع

## الف) منابع فارسی

۱. اسماعیلی، محسن؛ اصغری شورستانی، محمدرضا و رشیدی، رضا (۱۳۹۳)، «تأملی در نظریه منطقه الفراغ از منظر شهید صدر رحمته الله علیه و نقدها و نقص های آن»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال سوم، شماره ۸، ۴۵-۶۴.
۲. جمعی از محققان (۱۳۹۲)، فرهنگ نامه اصول فقه، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۳. جنتی، احمد (۱۳۶۴)، حکومت سیاسی و قانون گذاری-بخش کتاب حکومت در اسلام، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
۴. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۶۷)، «ولایت فقیه، رهبری در اسلام»، قم: مرکز نشر فرهنگی رجاء.
۵. حبیب نژاد، سید احمد (۱۳۸۵)، «ماهیت نمایندگی با تکیه بر آموزه های اسلامی»، فصلنامه فقه و حقوق، شماره ۸.
۶. حبیب نژاد، سید احمد؛ منصورى بروجنی، محمد (۱۳۹۳)، «بررسی مقایسه ای ماهیت الزام آور قانون»، فصلنامه تخصصی دین و قانون، شماره ۸، ص ۱۰۹-۱۱۵.
۷. خمینی، روح الله (۱۳۶۶)، نامه به مسئولین نظام در مورد تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام، تهران، جماران: ۱۷ بهمن ۱۳۶۶.
۸. زرگری نژاد، غلامحسین (۱۳۷۴)، «رسائل مشروطیت»، تهران: کویر.
۹. شاهرودی، سید محمود (۱۳۶۴)، منبع قانون گذاری-بخش کتاب حکومت در اسلام، تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.
۱۰. طباطبائی، سید محمد حسین (۱۳۸۸)، بررسی های اسلامی، قم: مؤسسه بوستان کتاب (مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم).
۱۱. علی اکبریان، حسنعلی (۱۳۸۶)، «معیارهای بازشناسی احکام ثابت و متغیر در روایات»، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۲. فیرحی، داود (۱۳۹۰)، فقه و سیاست در ایران معاصر، تهران: نشر نی.

۱۳. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۱۴. مرادخانی، فردین (۱۳۹۶)، خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران، تهران: نشر میزان.
۱۵. مطهری، مرتضی (۱۳۹۲)، مجموعه آثار شهید مطهری: اسلام و نیازهای زمام (۱ و ۲)، تهران: انتشارات صدرا.
۱۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ ق)، دایرةالمعارف فقه مقارن، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب علیه السلام.
۱۷. موحد، محمدعلی (۱۳۸۱)، در هوای حق و عدالت: از حقوق طبیعی تا حقوق بشر، تهران: کارنامه.
۱۸. ورعی، سید جواد (۱۳۸۵)، مبانی و مستندات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قم: دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری.
۱۹. هادوی تهرانی، مهدی (۱۳۷۷)، ولایت فقیه، [بی‌جا]: کانون اندیشه جوان، مؤسسه فرهنگی اندیشه معاصر.
۲۰. یزدی، محمد (۱۳۶۴)، «ماهیت قانون‌گذاری در نظام اسلامی»، مجله حق مطالعات حقوقی و قضائی، شماره ۳، پاییز ۱۳۶۴، ص ۱۹-۳۱.
- (ب) منابع عربی
۱. تستری کاظمینی، عبدالحسین بن محمدتقی (۱۳۳۰ ش)، الهدایه فی شرح الکفایه، بغداد: مطبعه الآداب فی البغداد.
۲. حسینی، محمدعلی (۱۴۲۸ ق)، التعلیق و الشرح المفید للحلقه الاولی، قم: مؤسسه عاشورا.
۳. رفاعی، عبدالجبار (۱۴۲۸ ق)، محاضرات فی اصول الفقه شرح الحلقه الثانیه، قم: مؤسسه دارالکتاب الاسلامی.
۴. شیخ حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۵. صدر، سید محمدباقر (۱۴۲۵ ق)، دروس فی علم الاصول، بیروت: دار احیاء التراث

العربی.

۶. طباطبائی، سید محمدحسین (۱۳۸۴ ش)، المیزان فی تفسیر القرآن، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۷. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، (۱۴۰۰ ق)، القواعد و الفوائد، قم: کتاب فروشی مفید.
۸. کاشف الغطا، علی (۱۳۸۱ ق)، النور الساطع فی الفقه النافع، نجف اشرف: مطبعه الآداب.
۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ ق)، انوار الاصول، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۱۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ ق)، انوار الفقاهه - کتاب البيع، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۱۱. موسوی خمینی، روح الله (۱۳۷۶ ش)، جواهر الاصول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
۱۲. موسوی خمینی، روح الله، (۱۴۱۰ ق)، الرسائل، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۱۳. یزدی، سید محمدکاظم طباطبائی (۱۴۱۵ ق)، سؤال و جواب، تهران: مرکز نشر العلوم الاسلامی.