

از تعارض شرع و قانون در مشروطه تا چالش قانون عفاف و حجاب در جمهوری اسلامی: تحلیل نقش اصل ۵۹ و آرای عمومی در تکمیل نظام مصلحت‌سنجی

حسین رحمت‌اللهی

دانشیار، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.

hramat@ut.ac.ir

علیرضا جعفرزاده بهاء‌آبادی (نویسنده مسئول)

دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران.

ar.jafarzadeh@ut.ac.ir

چکیده

تعارض شرع و قانون، از عصر مشروطه تاکنون یکی از چالش‌های اساسی نظام تقنین در ایران بوده است. در جمهوری اسلامی این مشکل با ابتکار امام خمینی تا حدودی رفع شد؛ به‌گونه‌ای که در موارد قابلیت تقنین، احکام شرعی به قانون تبدیل گردید، در منطقه‌الفراغ وضع قوانین هماهنگ با شرع بلااشکال تلقی شد و در موارد مغایرت، تشخیص مصلحت به مجمع تشخیص مصلحت نظام (اصل ۱۱۲ قانون اساسی) سپرده شد. پرسش اصلی این پژوهش آن است که اگر قانونی مانند «قانون حمایت از خانواده از طریق ترویج فرهنگ عفاف و حجاب» شرعاً صحیح باشد اما در حوزه عمومی و افکار اکثریت مردم ضد مصلحت و فاقد مقبولیت اجتماعی باشد، چه نهادی صلاحیت تشخیص مصلحت را دارد؟ یافته اصلی مقاله این است که در این فروض، به‌دلیل نارسایی اصل ۱۱۲، هیچ نهادی صلاحیت سنجش مصلحت و احراز عنوان ثانوی را ندارد و تنها سازوکار کارآمد، بهره‌گیری از اصل ۵۹ قانون اساسی و مراجعه به همه‌پرسی در صورت وجود شرایط لازم است. به این ترتیب، «آرای عمومی» به‌عنوان نهاد مکمل تشخیص مصلحت در امور اجتماعی - فرهنگی عمل خواهد کرد. این پژوهش به روش توصیفی - تحلیلی و مبتنی بر منابع فقهی، حقوقی و تاریخی انجام شده است.

واژگان کلیدی: اصل ۵۹ قانون اساسی، شرع و قانون، عفاف و حجاب، مشروطه، مصلحت‌سنجی، مقبولیت اجتماعی، همه‌پرسی.

مقدمه

هم‌پوشانی تاریخی - موضوعی فقه و قانون در ایران معاصر موجب شده است که نسبت میان این دو، همواره یکی از بنیادی‌ترین مسائل حقوق عمومی کشور باشد. این نسبت، از عصر مشروطه تاکنون، نه تنها در سطح نظری حل نشده باقی مانده، بلکه عملاً به یکی از محورهای بحران دولت مدرن در ایران تبدیل گردیده است. تا زمانی که مشروعیت قانون، به‌عنوان ستون اصلی دولت مدرن، در نسبت با شریعت و نیز در ارتباط با مقبولیت اجتماعی آن تعیین تکلیف نشود، بحران دولت و حاکمیت قانون در ایران به پایان نخواهد رسید.

در جریان نهضت مشروطه، روشنفکران نخستین گروهی بودند که با الهام از دستاوردهای تمدن غرب بر ضرورت تدوین قوانین مدرن تأکید ورزیدند. اما تلاش‌های آنان به دلیل بی‌توجهی به پیوند عمیق جامعه ایرانی با شریعت ناکام ماند. تجربه تاریخی نشان داد که هیچ‌الگوی قانون‌گذاری در ایران نمی‌تواند بدون لحاظ کردن جایگاه شریعت به موفقیت برسد. از همین رو، برخی اندیشمندان مشروطه‌خواه، همچون طالبوف، در پی پیوند دادن مبانی شریعت با فرآیند قانون‌گذاری برآمدند تا مسیر اصلاحات حقوقی را هموار سازند. با ورود فقیهان به عرصه تقنین، نسبت میان شریعت و قانون وارد مرحله‌ای تازه شد؛ به‌گونه‌ای که چه مشروطه‌خواهان فقیه و چه مشروعه‌طلبان سنتی، همگی از نقطه عزیمت شریعت به بحث پرداختند. این مواجهه موجب شد پرسش‌هایی همچون نسبت قانون مدرن با احکام شرعی، امکان یا امتناع تقنین مستقل از شریعت، و ظرفیت‌های فقه برای پاسخ به نیازهای حقوقی جامعه در مرکز مناظرات فکری و سیاسی آن دوره قرار گیرد.

با گذشت بیش از یک قرن از مشروطه و استقرار جمهوری اسلامی ایران، پرسش بنیادین همچنان باقی است: آیا سازگاری میان شریعت و قانون امکان‌پذیر است؟ اگر پاسخ مثبت است، چه سازوکاری می‌تواند این نسبت را به‌گونه‌ای نهادینه و پایدار سامان دهد؟ آیا مفهوم «مصلحت» می‌تواند حلقه واسطی میان این دو باشد و در عین حال با مقبولیت اجتماعی قوانین نیز سازگار گردد؟ ابتکار امام خمینی در تأسیس نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام، پاسخی مهم به این پرسش بود که توانست بخشی از معضل دیرینه مشروطه را حل کند. با این حال، بررسی‌های این مقاله نشان می‌دهد که این راهکار در برخی فروض، از جمله قانون عفاف و حجاب، کارآمدی کامل ندارد؛ زیرا در جایی که قانون شرعاً صحیح و مورد تأیید شورای نگهبان است اما فاقد مقبولیت اجتماعی و قابلیت اجرایی است، اساساً مجمع تشخیص مصلحت نیز صلاحیت ورود ندارد و خلأ نهادی پدید می‌آید.

از این منظر، می‌توان گفت تعارض دیرین «شرع و قانون» در مشروطه، در جمهوری اسلامی به «تعارض شرع و مقبولیت اجتماعی» تغییر یافته است. این تغییر صورت مسئله، ضرورت بازاندیشی در نسبت شریعت، قانون و مصلحت را ایجاب می‌کند. پژوهش حاضر با بهره‌گیری از روش توصیفی - تحلیلی و بر اساس منابع فقهی،

حقوقی و تاریخی، در پی آن است که ضمن تبیین مبانی نظری و تحولات تاریخی این نسبت، ناکارآمدی‌های ساختاری موجود در فرآیند تقنین جمهوری اسلامی را آشکار سازد و راهکارهای جایگزین - به‌ویژه نقش اصل ۵۹ قانون اساسی و مراجعه به آراء عمومی به‌عنوان نهاد مکمل تشخیص مصلحت - را بررسی کند.

در زمینه نسبت شریعت و قانون در ایران، پژوهش‌های متعددی صورت گرفته است؛ برخی مانند نقیب‌زاده و ضیایی‌بیگدلی بر مبانی نظری تقنین در مشروطه و جایگاه فقه تمرکز کرده‌اند و آثاری چون جمال‌زاده و همکاران (۱۴۰۰) دیدگاه اندیشمندان مشروطه را بررسی کرده‌اند. در جمهوری اسلامی نیز بیشتر تحقیقات به اندیشه امام خمینی در باب مصلحت و کارکرد مجمع تشخیص پرداخته‌اند. با این حال، خلأ پژوهشی در تحلیل مواردی است که قانونی شرعاً صحیح اما فاقد مقبولیت اجتماعی است. نوآوری این مقاله تأکید بر آراء عمومی به‌عنوان نهادی مکمل تشخیص مصلحت و بازخوانی ظرفیت اصل ۵۹ قانون اساسی است.

بر همین اساس، مقاله در سه بخش تنظیم شده است: در بخش نخست، دیدگاه‌های عمده درباره نسبت شریعت و قانون در عصر مشروطه تبیین می‌شود؛ در بخش دوم، مبانی نظری ابتکار امام خمینی در جمهوری اسلامی و جایگاه نهاد مصلحت بررسی می‌گردد؛ و در بخش سوم، با تحلیل کاستی‌های سازوکار موجود، به‌ویژه در نمونه قانون عفاف و حجاب، امکان تکمیل نظام مصلحت‌سنجی از طریق مراجعه به آراء عمومی و اصل ۵۹ قانون اساسی نقد و ارزیابی می‌شود.

۱. سازگاری شرع و قانون در نگاه روحانیون و روشنفکران مشروطه

۱-۱. علمای مخالف جمع میان شرع و قانون

در جریان نهضت مشروطه، یکی از جدی‌ترین مخالفت‌ها با مفهوم قانون‌گذاری به معنای مدرن، از سوی شماری از علمای سنت‌گرا و فقیهان مخالف تجدد صورت گرفت. این گروه، سازگاری میان «قانون» به مثابه نظم عرفی و عقلایی برگرفته از تجربه غربی، و «شریعت» به مثابه نظامی الهی و کامل، را نفی می‌کردند. از نگاه آنان، شریعت اسلام، جامع و خودبسنده است و نیازمند هیچ قانون مکمل یا بدیلی نیست. در نتیجه، تشکیل مجلس قانون‌گذاری مرکب از افراد غیرمجتهد و مأمور به وضع قواعد نو برای اداره کشور، نوعی بدعت، دخالت در حریم دین و عدول از سنت فقهی به‌شمار می‌رفت. این دیدگاه، در واقع، نقطه عزیمت بخش مهمی از مخالفت علما با مشروطه و بنیان‌های حقوق عمومی مدرن در ایران شد.

بارزترین چهره این گروه شیخ فضل‌الله نوری است که باسوادترین مجتهد تهران در عصر نهضت مشروطه به-شمار می‌رفت.^۱ شیخ فضل‌الله معتقد بود که اسلام کاستی و ناتمامی ندارد تا نیازی به جعل قانون جدید باشد؛

^۱ ژانت آفاری، انقلاب مشروطه ایران، ۱۹۰۶-۱۹۱۱، ترجمه: رضا رضایی (تهران: نشر بیستون، ۱۳۸۵)، ۷۶.

وانگهی این امر را مرادف با انکار نبوت، خاتمیت و کمال دین تلقی می‌نمود.^۲ وی باورمند به ایده تکمیل یا تغییر قانون الهی را در وادی کفر می‌نگریست. فضل‌الله تصریح می‌کرد که «جعل قانون کلاً ام بعضاً منافات با اسلام دارد.» چراکه قانون را «طبقه روات اخبار و محدثین و مجتهدین، حفظ و ترتیب کرده‌اند.» شیخ در طلیعه رساله معروف «تذکره الغافل و ارشاد الجاهل» عنوان می‌کند که حفظ عالم به درستی محتاج قانون است، اما بهترین قوانین، همان قوانین الهی است.^۳ بدین ترتیب او ضمن اقرار به نیازمندی نظام عالم به «قانون»، اصرار داشت که این قانون همان قانون شرع است که در کتب فقهی فراهم آمده و در حوادث واقعه باید به مطلعین احادیث و شرع مراجعه نمود؛^۴ لذا قانون موضوعه بشر را چیزی جز مجموعه ترتیبات حاصل از عقول ناقصه نمی‌دانست که مردم طبیعی دنیابین و منکر معاد آن را ساخته و پرداخته‌اند.^۵ شیخ فضل‌الله معتقد بود که اگر مقصود از قانون‌گذاری، تعیین قانون الهی است که عوام و غیرفقهها را در آن راهی نیست؛ و اگر مقصود تعیین دستورالعمل برای صغرویات و امور جزئی است، که این امر نیز ربطی به نماینده و نائب ندارد و مخصوص سلطان است و ارتباطی با شرع ندارد. او مکرراً می‌گفت افراد غیرمجتهد حق تصویب قانون را ندارند، اگرچه با شرع هم مغایرتی نداشته باشد؛ زیرا این امر مختص به فقهاست که آنها نیز محدود به ادله اربعه (کتاب، سنت، اجماع کاشف از قول [، فعل یا تقریر] معصوم و عقل) هستند و نباید در وادی قیاس و استحسان حرام بیفتند. وی هرگونه قانون‌گذاری خارج از حدود مذکور را علاوه بر استلزام انکار خاتمیت، بدعت می‌دانست.^۶

شیخ فضل‌الله به قانون اساسی که حکم به اجرای مجازات را تنها در گرو قانون می‌دانست، به تندی می‌تاخت و آن را «ضالالت‌نامه» توصیف می‌کرد.^۷ فضل‌الله نوری همچنین با اشاره به تفاوت جامعه ایران و غرب، قیاس مسلمانان دارای قانون کامل الهی را با کسانی که پایبندی به شریعت ندارند، نادرست می‌دانست.^۸ شیخ نوری در اندیشه خود، جعل قانون در امور غیرشرعی مباح را محل اشکال می‌دانست؛ چراکه فعل یا ترک مباح از منظر فقه امری اختیاری است و قانون نمی‌تواند امر مباحی را لازم یا ممنوع اعلام و برای ترک یا فعل آن مجازات تعیین کند؛ که اگر چنین کند، چیزی جز بدعت و ضالالت نیست.^۹

^۲. احمد کسروی، تاریخ مشروطه ایران، چاپ بیست و چهارم (تهران: امیرکبیر، ۱۳۹۰)، ۳۰۹.

^۳. غلام‌حسین زرگری‌نژاد، رسائل مشروطیت، چاپ دوم، جلد اول (تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰)، ۲۸۶-۲۸۰.

^۴. محمد ترکمان، رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات و روزنامه شهید (تهران: مؤسسه فرهنگی خدماتی رسا، ۱۳۶۲)، ۵۶.

^۵. فردین مرادخانی، خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶)، ۳۱۴.

^۶. غلام‌حسین زرگری‌نژاد، رسائل مشروطیت، چاپ دوم، جلد اول (تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰)، ۲۸۵-۲۸۶.

^۷. غلام‌حسین زرگری‌نژاد، رسائل مشروطیت، چاپ دوم، جلد اول (تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰)، ۲۷۲.

^۸. حسین آبادیان، بحران مشروطیت در ایران (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های سیاسی، ۱۳۸۳)، ۶۸.

^۹. صادق زیباکلام، سنت و مدرنیته (تهران: انتشارات روزنه، ۱۳۷۴)، ۴۷۷.

شیخ محمدحسین تبریزی نیز از جمله افرادی است که معتقد بود با وجود دین و احکام کاملی که برای مسلمانان به ارمغان آورده است، هیچ نیازی به تدوین قوانین جدید نیست.^{۱۰} وی عقل انسان را ناقص‌تر از آن می‌دانست که بتواند با وجود کثرت آراء باطله و مقیاس‌های نادرست به قانون‌گذاری اقدام نماید.^{۱۱} تبریزی حتی فراتر از شیخ، ایجاد دستورالعمل و قاعده‌گذاری در صغرویات را هم مخالف دین می‌دانست و می‌گفت: «اگر جسارت نباشد عرض می‌کنم همه نظام‌نامه‌ها که در وزارت‌خانه و ... نوشته می‌شوند، من البدو الی الختم خلاف شرع است.»^{۱۲}

دیگر هم‌فکر این گروه، ابوالحسن نجفی مرندی بود که اعتقاد داشت قوانین ساخته دست بشر تنها برای از بین بردن اسلام است، زیرا هر قانون اختراعی بشر، جایگزین بخشی از دین می‌شود و طبعاً به‌همان میزان از اسلام کاسته می‌شود؛ لذا تدوین و اختراع قانون اساساً حرام است.^{۱۳}

به‌طور کلی شیخ و یارانش به قدری گستره شرع را وسیع می‌دیدند که مبتنی بر آن مدعی وجود تمام مسائل مبتلابه و اقتضائات روز شرع می‌شدند که صرفاً نیاز به استنباط از متون فقهی دارد؛^{۱۴} گویی اصلاً جایی برای منطقه فراغ شرع باقی نمی‌گذاشتند.^{۱۵} مختصر آنکه برخی روحانیون مشروطه، به «جامعیت شرع و عدم نیاز به قانون جدید» باور داشتند.

۱-۲. روشنفکران مخالف جمع میان شرع و قانون

اما در سوی دیگر منازعات فکری نهضت مشروطه، شماری از روشنفکران نیز با هرگونه تلاش برای سازگارسازی میان قانون مدرن و احکام شریعت مخالفت می‌ورزیدند. از منظر آنان، قانون باید به‌کلی منقطع از دین و برگرفته از الگوهای عقلانی و تجربی تمدن غرب می‌بود. چهره معروف این گروه میرزا فتحعلی آخوندزاده بود که باور داشت شریعت در اسلام دچار تصلب شده و باید در احکام آن تجدیدنظر شود؛ لذا هیچ فایده‌ای در تطبیق مفاهیم مدرن با شرع و قرآن نمی‌دید.^{۱۶} آخوندزاده بی‌پروا اسلام و علمای اسلامی را عامل

^{۱۰} غلام‌حسین زرگری‌نژاد، رسائل مشروطیت (هجده رساله و لایحه درباره مشروطیت) (تهران: انتشارات کویر، ۱۳۷۴)، ۱۳۲.

^{۱۱} صابر جعفری کافی‌آباد، «فرهنگ سیاسی علمای سنتی دوران مشروطه؛ با تأکید بر آراء شیخ ابوالحسن نجفی مرندی و محمدحسین تبریزی»، مطالعات جامعه‌شناختی، ۲، (۱۳۹۴)، ۸۶.

^{۱۲} غلام‌حسین زرگری‌نژاد، رسائل مشروطیت، چاپ دوم، جلد اول (تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰)، ۲۱۲ و ۲۱۵.

^{۱۳} ناصر جمال‌زاده، مسعود ندافان و علیرضا بیگی، «بازخوانی تصویر ذهنی علما و روشنفکران عصر مشروطه از قانون»، پژوهش‌های سیاسی جهان اسلام، ۳، (۱۴۰۰)، ص ۱۳.

^{۱۴} حسین آبادیان، مفاهیم قدیم و اندیشه جدید (تهران: انتشارات کویر، ۱۳۸۸)، ۲۱۲.

^{۱۵} فردین مرادخانی، خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶)، ۳۱۸.

^{۱۶} میرزا فتحعلی آخوندزاده، مقالات، به کوشش: باقر مؤمنی (تهران: نشر آوا، ۱۳۵۱)، ۱۱۳-۱۱۱.

عقب‌ماندگی مسلمانان از پیشرفت و توسعه می‌دانست^{۱۷} و استوار بر این به ناسازگاری قانون و شرع معتقد و خواهان قانون غیردینی بود.^{۱۸} میرزا فتحعلی آخوندزاده سرسختانه از ایده تفکیک دین و سیاست پشتیبانی می‌کرد^{۱۹} و ناظر به ایده برخی روشنفکران مبنی بر جمع میان احکام دین و قانون غربی نوشت: «به خیال شما چنان می‌رسد که گویا به امداد احکام شریعت، کونستیتوسیون فرانسه را در مشرق‌زمین مجری می‌توان داشت، حاشا و کلا، بلکه محال و ممتنع است.»^{۲۰}

سیدحسن تقی‌زاده نیز در مجلس مشروطه، راهبری مخالفین تأثیر دین در تقنین را برعهده داشت و از دخل و تصرف علما در متمم قانون اساسی ممانعت به عمل می‌آورد.^{۲۱} او رستگاری کشور را در پیروی کامل از الگوی غربی قانون می‌دانست و به همین جهت با ایفای نقش شریعت در قانون و مسائلی همچون نظارت مجتهدین بر تدوین قانون اساسی مخالفت می‌ورزید.^{۲۲} بنابراین در میان روشنفکران نیز، گروهی از اساس با جمع میان شرع و قانون مخالف بودند و برای تحقق قانون عاری از شرع تلاش می‌کردند.

۳-۱. علمای موافق جمع میان شرع و قانون

در جریان نهضت مشروطه، در کنار مخالفت برخی از روحانیون با قانون‌گذاری عرفی، گروهی از علمای نواندیش با نگاهی فقهی و واقع‌گرایانه و با تمایز نهادن میان احکام ثابت شرع و حوزه منطقه‌الفراغ، بر این باور بودند که تقنین در امور مربوط به نظم عمومی و اداره کشور، نه تنها مجاز، بلکه برای تحقق مصالح عمومی و جلوگیری از هرج‌ومرج ضروری است.

آخوند خراسانی که در نگاه برخی پژوهشگران رهبر انقلاب مشروطه عنوان داده شده است،^{۲۳} در این دسته جای می‌گیرد. او قانونمند شدن ایران را اولویت نخست و مهم می‌دانست و در قدم نخست بر ضرورت تدوین قانون اساسی تأکید داشت.^{۲۴} آخوند با تکیه بر مبنای قویم خود اعتقاد داشت که در عصر غیبت و عدم دسترسی به امام برای دریافت قوانین اسلامی، باید به قوانین مدونه انسان که مطابق شرع است، رضایت داد. او تأکید

^{۱۷} ناصر جمال‌زاده و مصطفی منتظری، «بررسی دکتربین سیاسی - فرهنگی میرزاملکم خان ناظم‌الدوله»، فصلنامه مطالعات سیاسی، شماره ۱۳، (۱۳۹۰)، ۱۷۶.

^{۱۸} محمد راسخ و فاطمه بخشی‌زاده، «مفهوم قانون در عصر مشروطه: نویسندگان متقدم»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۶۸، (۱۳۹۳)، ۱۸.

^{۱۹} فریدون آدمیت، اندیشه‌های میرزا فتحعلی آخوندزاده (تهران: خوارزمی، ۱۳۴۹)، ۱۵۴.

^{۲۰} میرزا فتحعلی آخوندزاده، مقالات، به کوشش: باقر مؤمنی (تهران: نشر آوا، ۱۳۵۱)، ۱۰۱.

^{۲۱} ژانت آفاری، انقلاب مشروطه ایران، ۱۹۱۱-۱۹۰۶، ترجمه: رضا رضایی (تهران: نشر بیستون، ۱۳۸۵)، ۱۳۶.

^{۲۲} علی محمدزاده، «تحلیل جامعه‌شناختی اندیشه و کنش سیاسی سیدحسن تقی‌زاده»، جامعه‌شناسی تاریخی، ۱، (۱۳۹۴)، ۱۴۸.

^{۲۳} عبدالله شهبازی، «جریان‌های سیاسی در انقلاب مشروطیت ایران»، مصاحبه با علی پیرحسین‌لو، روزنامه ایران، ۱۵ و ۱۶، (۱۳۸۱)، ۵۲.

^{۲۴} امیر رضایی‌پناه و رجب ایزدی، «بنیاد و ساختار نظام قانون‌گذاری و نمایندگی در آراء علما مشروطه‌خواه (با کانونی بودن آراء شیخ محمدحسین نائینی و شیخ اسماعیل محلاتی)»، جستارهای تاریخی، ۱، (۱۳۹۱)، ۴۳.

می‌کرد که باید میان قوانین تغییرناپذیر و اصیل الهی و قانون متغیر و عرضی که بشر آن را برای محدودسازی قدرت پادشاه می‌آفریند و با قانون الهی تناسب دارد، تمایز قائل شد.^{۲۵}

دیگر چهره مطرح این طیف، میرزای نایینی، شاگرد برجسته آخوند خراسانی بود که با فرض عدم دسترسی به امام معصوم در عصر غیبت، تدوین قانون متناسب با زمان و سازگار با شرع را به منظور کاستن از ظلم دستگاه جور تجویز و توصیه می‌کرد.^{۲۶} وی همچنین با اشاره به تقسیم‌بندی احکام به اولیه و ثانویه، قوانین مصوب مجلس را از نوع دوم می‌دانست که «تابع مصالح و مقتضیات اعصارند.» بنابراین احکامی که شریعت تکلیف آنها را به صراحت مشخص نموده و در هر زمان و مکان ثابتند (اولیه)، نمی‌توان با تمسک به شور و مشورت عقلای قوم در آنها تغییری ایجاد کرد، برخلاف احکام ثانویه که تغییرپذیرند. **وی در نقطه عطفی مهم، اکثر «سیاسات نوعیه» و امور را از نوع دوم دانست^{۲۷} و باور داشت که این قوانین در حوزه مباحث قرار می‌گیرند و چون با قصد شرعی وضع نمی‌شوند، تنها کافی است که مغایر شرع نباشند و نیازی با مطابقت آنها با شرع نیست.^{۲۸}**

میرزای نایینی از قانون به‌عنوان رکن بزرگ حفاظت از سلطنت اسلامی یاد می‌کند.^{۲۹}

از دیگر افرادی که فعالانه از این اندیشه دفاع می‌کردند، می‌توان به شیخ محمداسماعیل محلاتی اشاره کرد که اساساً مشروطه را پلی برای سعادت دین و دنیای انسان می‌دانست.^{۳۰} محلاتی وجوب حفظ مملکت توسط هر مسلمان را از احکام کبروی تغییرناپذیر اسلام می‌داند که متعاقب آن، عقلا و امنای ملت، صغریات مصالح و مفاسد را حسب اقتضائات لازم تحت «میزانی محدود و قانونی مضبوط» در می‌آورند و تأمین می‌کنند. او با کسب درک مناسبی از اهمیت تأثیر مقتضیات زمان و تشخیص آن توسط عقلای قوم، در پاسخ به شیخ نوری تأکید می‌کرد که؛ **اولاً مجلس در پی تشخیص مصالح است که با عنوان دینی صورت نمی‌گیرد و طبیعتاً بدعت و تشریح نیست.** و ثانیاً وضع قانون موجب سد باب اجتهاد نخواهد بود، زیرا قانون تنها برای تأمین رفاهیات رعیت و خلاصی آنها از ظلم و استبداد است و ورودی به حوزه احکام کلیه شرعیه خاص مجتهدین ندارد. محلاتی در ادامه پاسخ به اشکالات شیخ فضل‌الله، روشن می‌سازد که کار نمایندگان ورود به احکام شریعت و

^{۲۵} ناصر جمال‌زاده، مسعود ندافان و علیرضا بیگی، «بازخوانی تصویر ذهنی علما و روشنفکران عصر مشروطه از قانون»، پژوهش‌های سیاسی جهان اسلام، ۳، (۱۴۰۰)، ۹.

^{۲۶} ناصر جمال‌زاده، «دموکراسی در منظر اندیشمندان شهیر شیعه»، مصاحبه از مهنوش آبادی‌زاده، فصلنامه راهبرد، ۲۸، (۱۳۸۲)، ۲۸۳-۲۸۲.

^{۲۷} غلام‌حسین زرگری‌نژاد، رسائل مشروطیت، چاپ دوم (تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰)، ۹ و ۶۸.

^{۲۸} داوود فیرحی، آستانه تجدد؛ در شرح تنبیه الامه و تنزیه المله (تهران: نشر نی، ۱۳۹۴)، ۳۲۴.

^{۲۹} فریدون آدمیت، ایدئولوژی نهضت مشروطیت ایران، چاپ دوم (سوئد: انتشارات کانون کتاب ایران، ۱۹۸۵م)، ۲۳۰.

^{۳۰} محمد عابدی اردکانی و محمود علی‌پور، «پاسخ شیخ محمداسماعیل محلاتی به مسئله استعمار: راه‌حلی برای تحقق زیست مستقل ملی در عصر سیاست‌های چند فرهنگی»، پژوهشنامه علوم سیاسی، ۲، (۱۳۹۴)، ۱۵۲.

اظهارنظر و تغییر و تبدیل آنها نیست، بلکه ایشان صرفاً امور عامه و سیاست‌های کلی کشور را ضابطه‌مند می‌کنند.^{۳۱}

فاضل ترشیزی نیز در دفاع از اندیشه آخوند، با تفکیک میان امور معاشیه و معادیه، شرع را گویای امور معادیه می‌دانست و معتقد بود که در امور معاشیه خداوند به قانون کلی بسنده کرده و جزئیات مباحث را به عقول عقلا و انهاده است.^{۳۲} ترشیزی با استشهاد به دولت‌های خلفای صدر اسلام که فارغ از قانون قرآن، در امور مهم مملکتی با یکدیگر به مشورت می‌نشستند، حکومت شورایی در عهد غیبت را ضروری می‌دانست.^{۳۳} کوتاه آنکه، طیف سنتی آخوند و طرفدارانش، با نگاهی جامع‌تر و دقیق‌تر به موضوع محل بحث، زمینه مساعدی را برای پذیرش و رسوخ مفهوم «قانون» به فضای فکری ایران فراهم آوردند و طبعاً نقش مؤثر و پیشرانی در موفقیت نسبی نهضت مشروطه از جهت حرکت به سوی قانون‌مندی ایفا نمودند.

۴-۱. روشنفکران موافق جمع میان شرع و قانون

در میان روشنفکران مشروطه، گروهی بودند که با وجود استقبال از مفهوم نوپدید قانون و حمایت جدی از آن به‌عنوان پایه‌ای برای نظم نوین، از نقش و جایگاه شرع در جامعه ایران غفلت نکردند. آنان به‌درستی دریافتند که جامعه مسلمان ایران، با پیوند عمیق تاریخی و فرهنگی با احکام شریعت، نمی‌تواند پذیرای الگویی شود که هیچ‌گونه نسبت و سنخیتی با دین ندارد. از این‌رو، تلاش کردند تا از منظر حقوقی و سیاسی، بر ضرورت ایجاد سازگاری میان شرع و قانون تأکید کنند. هرچند برخی این رویکرد را صرفاً تاکتیکی برای جلب حمایت عمومی دانسته‌اند،^{۳۴} اما این نوشتار از قضاوت مذکور عبور کرده و موضع آنان را در چارچوب یک جریان میان‌دار و پیونددهنده میان سنت و تجدد بررسی می‌کند.

از جمله اشخاص شاخص این گروه میرزا ملکم خان ناظم‌الدوله بود. ملکم خان فقدان قانون را عامل تمام مشکلات مردم ایران می‌دانست^{۳۵} و معتقد بود که تنها راه نجات‌بخش، قانون غربی است و هرچیزی جز آن بیهوده است.^{۳۶} هرچند او در ابتدا به آیین تمدن و مدل قانونی غرب که پیراسته از دین بود باور داشت و فرهنگ دینی ایرانیان را مانعی در مسیر پیشرفت و توسعه ایران می‌دانست،^{۳۷} اما پس از درک این واقعیت که در جامعه دینی ایران، بدون در نظر گرفتن شرع نمی‌توان به حکمرانی مبتنی بر قانون نائل شد، اهداف خود را با ادبیات

^{۳۱} غلام‌حسین زرگری‌نژاد، رسائل مشروطیت (هجده رساله و لایحه درباره مشروطیت) (تهران: انتشارات کویر، ۱۳۷۴)، ۲۴۲، ۲۶۲ و ۲۷۰.

^{۳۲} حسین آبادیان، «مبانی تئوریک مشروطه‌خواهی و مشروعه‌خواهی» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰)، ۲۶۰.

^{۳۳} غلام‌حسین زرگری‌نژاد، رسائل مشروطیت (هجده رساله و لایحه درباره مشروطیت) (تهران: انتشارات کویر، ۱۳۷۴)، ۹۱-۹۰ و ۶۰۸-۶۰۹.

^{۳۴} ژانت آفاری، انقلاب مشروطه ایران، ۱۹۱۱-۱۹۰۶، ترجمه: رضا رضایی (تهران: نشر بیستون، ۱۳۸۵)، ۴۷ و

^{۳۵} علی‌اصغر حقدار، فراسوی پست مدرنیته - اندیشه شبکه‌ای، فلسفه سنتی و هویت ایرانی (تهران: شفیعی، ۱۳۸۰)، ۳۲۵.

^{۳۶} اسلام افزلی، بازخوانی نهضت مشروطه ایران، چاپ دوم (قم: نشر اشراق حکمت، ۱۳۹۷)، ۷۷.

^{۳۷} میرزا ملکم خان ناظم‌الدوله، رساله‌های میرزا ملکم‌خان ناظم‌الدوله، گردآوری: حجت‌الله اصیل (تهران: نشر نی، ۱۳۸۱)، ۱۶۳.

دینی دنبال کرد و در روزنامه خود به نام «قانون» با زبان مذهب از ضرورت پارلمان و نمایندگی و قانون سخن به میان آورد.^{۳۸} ملکم خان در نخستین شماره روزنامه قانون محتوای فقه اسلامی را بهترین قوانین جهان دانست و بر تبدیل همان به نص قانونی برای قانون‌مند شدن ایران اصرار داشت.^{۳۹} او خزانه شریعت را منبع جمیع فیوضات هستی معرفی می‌کرد و بر آن بود که «اکمل قوانین در شرع اسلام است» و با وجود بی‌نیازی ما از محتوای قانونی، تنها چیزی که نیاز است، تدبیر بزرگان دین در خصوص نحوه اجرایی ساختن آنهاست.^{۴۰} ملکم خان در رد رویکرد عدول از احکام اسلام و ترجمه قوانین غرب گفت: «کدام احمق گفته است که ما باید برویم همه رسومات و عادات خارجه را اخذ نماییم. حرف جمیع ارباب ترقی این است که احکام دین ما همان اصول ترقی است که کل انبیا متفقاً به دنیا اعلام فرموده‌اند و دیگران اسباب این همه قدرت خود ساخته‌اند.»^{۴۱}

میرزا ملکم خان تأکید می‌کرد که مقصودش از تبدیل احکام به قانون، تغییر شریعت اسلام نیست؛ بلکه هدف خود را صرفاً اقتدا به فرنگ در ترتیب دادن سازوکار واحد قانونی مقتبس از احکام، به‌عنوان «قرآن دولت» می‌دانست.^{۴۲} البته او در عین حالی که برای پیشبرد اهداف خود به لزوم اسلامی بودن قوانین تمسک می‌کرد، بعضاً از قوانین عقلی (در مقابل قوانین اسلامی) هم سخن به میان می‌آورد^{۴۳} و صراحتاً ملت را واضع قانون و تأیید اکثریت را ضروری می‌دانست.^{۴۴} نهایتاً او تلاش بسیاری نمود تا بقبولاند که تمدن و اصول اسلامی تعارضی با مسئله تقنین در غرب ندارد و هر دو از منشا واحدی نشأت می‌گیرد.

میرزا یوسف خان مستشارالدوله، دیگر چهره برجسته این گروه است. مستشارالدوله بر آن بود که «باید مواد شرع را به صورت قانون آراست.» او پی برده بود که در جغرافیای ایران «حکومت قانون جز از مجرای تبدیل احکام شرع به حقوق جدید هموار نخواهد شد.»^{۴۵} مستشارالدوله قانون را به مثابه ظرفی در نظر گرفته که فقه اسلامی تا حد امکان می‌تواند مظروف آن باشد.^{۴۶}

^{۳۸} ژانت آفاری، انقلاب مشروطه ایران، ۱۹۱۱-۱۹۰۶، ترجمه: رضا رضایی (تهران: نشر بیستون، ۱۳۸۵)، ۴۷.

^{۳۹} فردین مرادخانی، خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶)، ۲۹۷.

^{۴۰} میرزا ملکم خان ناظم‌الدوله، روزنامه قانون، چاپ اول، به کوشش: هما ناطق (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۵)، ۱ و ۲.

^{۴۱} فریدون آدمیت، فکر آزادی و مقدمه نهضت مشروطیت (تهران: انتشارات سخن، ۱۳۴۰)، ۲۹۰.

^{۴۲} حامد الگار، میرزا ملکم‌خان، ترجمه: جهانگیر عظیمی و مجید تفرشی (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۶۹)، ۱۹۹.

^{۴۳} ماشالله آجودانی، مشروطه ایرانی، چاپ پنجم (تهران: نشر اختران، ۱۳۸۳)، ۳۰۹.

^{۴۴} ناصر جمال‌زاده، مسعود ندافان و علیرضا بیگی، «بازخوانی تصویر ذهنی علما و روشنفکران عصر مشروطه از قانون»، پژوهش‌های سیاسی جهان اسلام، ۳، (۱۴۰۰)، ۱۴.

^{۴۵} فردین مرادخانی، خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶)، ۳۰۰.

^{۴۶} هادی طحان‌نظیف و رضا احسانی، «خوانشی نو از دیدگاه‌های تحلیلی نسبت به مفهوم قانون در عصر مشروطه»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۴۵، (۱۳۹۶)، ۶۸.

مستشارالدوله خود می‌نویسد: «... آنچه قانون خوب در فرنگستان است و ملل آنجا به واسطه عمل کردن به آنها خود را به اعلی درجات ترقی رسانیده‌اند، پیغمبر شما هزار و دویست و هشتاد سال قبل از این برای ملت اسلام معین و برقرار فرموده... چندی اوقات خود را به تحقیق اصول قوانین صرف کرده، بعد از تدقیق و تأمل همه آنها را مصداق «لا رطب و لا یابس الا فی کتاب مبین» با قرآن مجید مطابق یافتیم...»^{۴۷} او در رساله یک کلمه برای اثبات این ادعا مفاد برخی کدهای دائمی فرانسه را در شریعت اسلام ریشه‌یابی می‌کند و برای مثال برای نمایندگی و مجلس قانون‌گذار، به اصل شورا در اسلام استدلال می‌آورد.^{۴۸} برخی رساله یک کلمه او را مبنای نظری تبدیل شرع به نظام حقوقی عرفی و الگویی برای جمع بین سنت فقهی و حقوق مدرن می‌دانند^{۴۹} که در نوع خود بسیار ارزشمند است. برخی دیگر نیز معتقدند که این کوشش او، مقدمه ایجاد یک نظام حقوقی کارآمد است که از یک‌سو به موازیت فقهی دل‌بسته و از سوی دیگر، اقتضای زمانه و حقوق مدرن را دریافته است.^{۵۰}

میرزا عبدالرحیم طالبوف تبریزی نیز همچون ملک‌خان، با تأکید بر اهمیت قانون و نقش آن در پیشرفت و ترقی مغرب‌زمین، برای رأی اکثریت و اراده ملت اصالت قائل بود؛^{۵۱} اما در عین حال باور داشت که قرآن اساس و منبع قوانین اسلام است و باید احکام کاربردی برآمده از آن به زبانی قابل فهم در دسترس همگان قرار گیرد و چنین نباشد که تنها در متون فقهی و مورد مراجعه علما باشد.^{۵۲} طالبوف البته با ملک‌خان و مستشارالدوله در نوع نگرش خود تفاوت‌هایی دارد. او هرچند مسلمان و قائل به تکمیل و تعاضد شرع و قانون است، اما تمام احکام دین را قابل اجرا نمی‌داند و قائل به نوعی سکولاریسم مخفی است.^{۵۳} وی همچون ملک‌خان و مستشارالدوله، تمام شرع را نمی‌پذیرفت و بر تقنین‌ناپذیری بخش‌هایی از آن تأکید می‌کرد. وی تأکید می‌کرد که قانون مدنظر آن با این کیفیت، در راستای «حفظ ناموس ملت و تقویت شریعت و احترام به قرآن است نه تقلید

^{۴۷} میرزایوسف‌خان مستشارالدوله، یک کلمه، به اهتمام: علیرضا دولتشاهی (تهران: انتشارات بال، ۱۳۸۶)، ۲۹.

^{۴۸} ناظم‌الاسلام کرمانی، تاریخ بیداری ایرانیان یا تاریخ مشروح و حقیقی مشروطیت ایران (تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۷)، ۱۸۸.

^{۴۹} قدرت‌الله رحمانی، کمال کدخدامرادی و فهیمه غلامی، «بررسی انتقادی درک روشنفکران عصر مشروطه از نسبت فقه و قانون در نظام حقوقی ایران»، پژوهش‌نامه میان‌رشته‌ای فقهی، ۲، (۱۳۹۹)، ۲۲۷.

^{۵۰} سیدجواد طباطبایی، تأملی درباره ایران: نظریه حکومت قانون در ایران؛ بخش نخست: مکتب تبریز و مبانی تجددخواهی (تبریز: انتشارات ستوده، ۱۳۸۶)، ۲۰۷.

^{۵۱} ناصر جمال‌زاده، «ویژگی‌های تاریخی و جامعه‌شناختی اندیشه سیاسی طالبوف تبریزی»، پژوهشنامه علوم سیاسی، ۱، (۱۳۸۷)، ۱۲۶ و عبدالرحیم طالبوف، مسالک المحسنین، به کوشش: باقر مؤمنی (تهران: انتشارات شبگیر، ۱۳۵۶)، ۱۲۵.

^{۵۲} عبدالرحیم طالبوف، آزادی و سیاست (دو رساله ایضاحات درخصوص آزادی و سیاست طالبی)، به کوشش: ایرج افشار (تهران: انتشارات سحر، ۱۳۵۷)، ۱۲۲.

^{۵۳} ماشالله آجودانی، مشروطه ایرانی، چاپ پنجم (تهران: نشر اختران، ۱۳۸۳)، ۶۱.

فرنگیان یا العیاذ بالله مخالفت با رسومات اسلام.^{۹۴} اگرچه طالبوف تقنین شرعی را در برخی موارد امکان‌ناپذیر می‌دانست، اما از نقش و جایگاه مهم آن در نظام قانونی بالقوه ایران عصر خود غافل نبود و از ایده لزوم جمع میان شرع و قانون در تقنین دفاع می‌کرد.

۲. نسبت شرع و تقنین در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

چنانکه گذشت، در دوران مشروطه، نسبت میان قانون و شریعت به یکی از مناقشه‌برانگیزترین مباحث حوزه اندیشه سیاسی و حقوقی ایران تبدیل شد. علما و روحانیون در خصوص امکان یا امتناع سازگاری این دو مفهوم بنیادین، دیدگاه‌های متفاوتی ارائه دادند؛ به گونه‌ای که در این زمینه هیچ نظریه فراگیر و مشخصی به عنوان مبنای فکری و حقوقی نظام تقنینی تثبیت نشد. این اختلاف‌نظرها نه تنها به تقابل رویکردهای سنتی و نوگرا دامن زد، بلکه با ناکامی‌هایی نظیر بی‌اثر شدن اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه (اصل طراز)، کنار رفتن تدریجی روحانیون از جریان مشروطه، و آغاز استبداد پهلوی، بر پیچیدگی رابطه میان قانون و شریعت افزود. می‌توان گفت در آن دوره، حضور شرع در فرآیند قانون‌گذاری مبهم و فاقد انسجام نظری بود و به عبارتی، شرع هم حضور داشت و هم حضور نداشت.

تحلیل نسبت شریعت و قانون در دوره مشروطه و پیش از استقرار جمهوری اسلامی، گرچه موضوع مستقلی در مطالعات تاریخی و حقوقی است، اما پرسشی بنیادین پس از انقلاب اسلامی رخ می‌نماید: «تأثیر گفتمان‌های چهارگانه موجود بر نسبت میان شرع و قانون در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران چیست و کدام یک از این گفتمان‌ها در اندیشه امام خمینی مجال تحقق یافته است؟»

در پاسخ به این پرسش باید به جایگاه ویژه امام خمینی و اندیشه‌های او در حل این تعارض دیرین اشاره کرد. وی با رد دیدگاه روحانیونی چون شیخ فضل‌الله نوری که معتقد به ناسازگاری ذاتی میان شریعت و قانون بودند، و همچنین با نقد مواضع روشنفکرانی مانند میرزا فتحعلی آخوندزاده که به طرد کامل شریعت از عرصه تقنین باور داشتند، راه‌حلی نوین و سازگار میان این دو نهاد بنیادین عرضه کرد.^{۹۵} او ضمن بهره‌گیری از برخی جنبه‌های اندیشه مشروطه‌خواهان دینی نظیر آخوند خراسانی، نگاهی نو به کارکرد قانون در چارچوب فقه و شریعت ارائه داد. در منظومه فکری امام خمینی، قانون چیزی جز ترجمان رسمی و نظام‌مند احکام شریعت اسلام نیست و اساساً حکومت اسلام مترادف حکومت قانون است.^{۹۶} وی معتقد بود که «قانون اساسی و سایر قوانین در این جمهوری باید صد در صد بر اساس اسلام باشد و اگر یک ماده هم بر خلاف احکام اسلام باشد،

^{۹۴}. عبدالرحیم طالبوف، کتاب احمد، چاپ دوم (تهران: انتشارات شبگیر، ۱۳۵۶)، ۹ و ۹۴.

^{۹۵}. سیدروح‌الله موسوی خمینی، صحیفه امام^(۹۵)، جلد چهاردهم و دهم (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی^(۹۵)، ۱۳۸۹)، ۲۶۸ و ۲۹.

^{۹۶}. سیدروح‌الله موسوی خمینی، ولایت فقیه (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی^(۹۶)، ۱۳۹۷)، ۴۴-۴۵.

تخلف از جمهوری و آراء اکثریت قریب به اتفاق ملت است.^{۵۷} بر این اساس، مجلس شورای اسلامی نه در جایگاه تولیدکننده قانون به معنای مصطلح غربی آن، بلکه به مثابه نهاد برنامه‌ریز^{۵۸} و تدوین‌گر دستورالعمل‌هایی برای اجرای احکام شرع ایفای نقش می‌کند؛^{۵۹} چه آنکه «... قانون‌گذاری که مبین ضابطه‌های مدیریت اجتماعی است، بر مدار قرآن و سنت جریان می‌یابد...»^{۶۰} این نهاد، با اتکاء به اصول قانون اساسی، تحت اشراف ولی فقیه عمل کرده و از حیث نظری، نیابت از او در فرآیند تقنین دارد،^{۶۱} و مصوبات آن به واسطه ارتباط مشروعیتش با ولی فقیه، حیثیتی دینی می‌یابد.^{۶۲}

نکته حائز اهمیت در اندیشه امام خمینی، پذیرش وجود «منطقه الفراغ» و لزوم «احکام حکومتی» است؛^{۶۳} بدین معنا که همه احکام اداره جامعه از قبیل امور نوپیدا، به تفصیل در قرآن و سنت بیان نشده و در نتیجه، حوزه‌هایی وجود دارد که باید بر اساس مصالح زمانه و نیازهای نوپدید، قانون‌گذاری در آن‌ها صورت گیرد. اما کلیدواژه اساسی و حلقه مفقوده در بحث سازگاری میان احکام شرع و قانون، مفهوم «مصلحت» است که هم از منظر عقلی و هم شرعی دارای جایگاه ویژه‌ای است. مصلحت در فقه شیعه عبارت از دفع ضرر و جلب منفعت دین و دنیای فرد و جامعه دانسته شده است.^{۶۴} برخی مصلحت را همان ضرورت دانسته‌اند و در نظر آنها، «ضرورت عذری است که به موجب آن، ارتکاب پاره‌ای از امور ممنوعه مجاز است.»^{۶۵} امام خمینی با برجسته‌سازی مفهوم مصلحت و ایجاد سازوکارهایی برای تشخیص آن در فرآیند تقنین، توانست از طریق مفهوم مصلحت، راه‌حلی عملی برای سازگاری این دو نهاد شرع و قانون ارائه دهد. وی با تکیه بر عنوان «مصلحت عموم» در کلام روحانیون مشروطه‌خواه از جمله نایینی^{۶۶} و ایجاد تحول در نظریه مصلحت در فقه

^{۵۷} سیدروح‌الله موسوی خمینی، صحیفه امام (ع)، جلد نهم (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع)، ۱۳۸۹)، ۳۰۸.

^{۵۸} خیرالله پروین و محمدمهدی سیفی، «مجلس شورای اسلامی، مجلس برنامه‌ریز یا مجلس قانون‌گذار در قیاس با نظامی‌های ریاستی - پارلمانی»، فقه حکومتی، ۶، (۱۳۹۷)، ۳۲.

^{۵۹} سیدروح‌الله موسوی خمینی، ولایت فقیه (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع)، ۱۳۹۷)، ۴۴.

^{۶۰} مقدمه قانون اساسی

^{۶۱} اصل ۵۷ قانون اساسی

^{۶۲} سیدروح‌الله موسوی خمینی، صحیفه امام (ع)، جلد نهم و هجدهم (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ع)، ۱۳۸۹)، ۴۲ و ۲۷۳ و ۲۳۲.

^{۶۳} سیدمحمدرضا آیتی، کاظم ستایش و فرزانه سالم رهبر، فرزانه (۱۳۹۸)، «تقنین احکام حکومتی در حوزه منطقه الفراغ توسط ولی فقیه، پژوهش‌های انقلاب اسلامی، ۴ (۱۳۹۸)، ۱۰۵.

^{۶۴} ابوالقاسم میرزای قمی، قوانین الاصول، شرح و تبیین: علی قزوینی، جلد دوم (تهران: مکتبه‌العلمیه اسلامیة، ۱۳۷۸ق)، ۹۱ و عبدالله جوادی آملی، ولایت فقیه (قم: مؤسسه اسراء، ۱۳۷۹)، ۴۶۶.

^{۶۵} علی احمدی، مجمع تشخیص مصلحت نظام (تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۳)، ۲۳.

^{۶۶} محمدحسین نائینی، تنبیه الامه و تنزیه المله (قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۴ق)، ۷۶.

شیعه،^{۶۷} توانست فرض تعارض شرع و قانون را به شدت تحدید و بلکه ممتنع سازد. او معتقد بود «کسی که بر مسلمین و جامعه بشری حکومت دارد، همیشه باید جهات عمومی و منافع عامه را در نظر گیرد» و «حکومت‌ها باید بر طبق مصالح ملت عمل کنند».^{۶۸} این مصلحت از دید وی، تمام حوزه‌های اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و ... را در بر می‌گیرد^{۶۹} و تمام احکام در حکومت دینی باید برخاسته از مصالح باشد. وی در ضمن تبیین حدیث لاضرر بر لزوم ملاحظه مصالح عمومی توسط حکومت تأکید و تصریح کرد که «حکومت‌ها باید بر طبق امیال ملت و بر طبق مصالح ملت عمل کنند».^{۷۰}

امام خمینی در نامه‌ای تاریخی به رئیس‌جمهور وقت آیت‌الله خامنه‌ای، اهمیت تأثیر مصلحت بر احکام را تا جایی می‌داند که پس از احراز آن توسط ولی فقیه، مانعی بر سر راه تعلیق حکم شرعی و تصرفات و اقدامات ویژه نخواهد بود.^{۷۱} طبق این رویکرد، در صورتی که مصالح اجتماعی ایجاب کند که قانونی اجرا شود و آن قانون با شریعت تطابق نداشته باشد، حکومت اسلامی مجاز است برای حفظ منافع نظام، از برخی احکام فرعی شرعی فراتر برود.^{۷۲} امام خمینی با تمرکز بر صلاحیت «حکم حکومتی»، پشتوانه آن را جلب و تأمین مصلحت دانست که طبعاً تقنین خلاف شرع را در صورت وجود این مؤلفه و طبعاً حکم ثانوی، مشروع می‌نماید. حکم حکومتی یا حکم اجرایی به حکمی اطلاق می‌شود که صدور آن مبتنی بر مصالح جامعه اسلامی و با رعایت مقتضیات زمانی و مکانی و اوضاع و شرایط گوناگون امت اسلامی از سوی حاکم شرعی و ولی فقیه مقرر و به اجرا گذاشته می‌شود و دارای ماهیت و صبغه دینی است.^{۷۳}

امام خمینی در راستای ضابطه‌مندی تشخیص مصلحت و البته در پی چالش‌ها و اختلاف‌های میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان (تغایر قانون با شرع) که برآمده از قانون اراضی شهری (۱۳۶۰) و بعدها قانون

^{۶۷}. برای نمونه: محمدحسن طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد چهارم (تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷)، ۲۱۲.

^{۶۸}. سیدروح‌الله موسوی خمینی، صحیفه امام (ره)، جلد هفدهم (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۹)، ۱۰۶ و ۲۲۹ و سیدروح‌الله موسوی خمینی، کتاب البیع، جلد سوم (قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۲)، ۴۳.

^{۶۹}. سیدروح‌الله موسوی خمینی، صحیفه امام (ره)، جلد دوم (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۹)، ۲۵۵ و سیدروح‌الله موسوی خمینی، کتاب البیع، جلد دوم (قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۲)، ۲۵۳.

^{۷۰}. سیدروح‌الله موسوی خمینی، صحیفه امام (ره)، جلد پانزدهم (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۹)، ۲۲۶.

^{۷۱}. سیدروح‌الله موسوی خمینی، صحیفه امام (ره)، جلد بیستم (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۹)، ۴۵۱-۴۵۲.

^{۷۲}. نفیسه‌سادات قادری، علیرضا گلشنی و مسعود همت، «چالش میان شریعت و قانون، تحلیلی بر ماهیت ساختار نظام جمهوری اسلامی»، ماهنامه جامعه شناسی سیاسی ایران، ۱۵، ۱۴۰۰)، ۵۹.

^{۷۳}. ناصر مکارم شیرازی، أنوارالفقاهه: کتاب‌البیع، جلد اول (قم: انتشارات مدرسه الإمام أميرالمؤمنین (علیه‌السلام)، ۱۴۱۱ق)، ۴۳۹ و مرتضی فاطمی، ولایت فقیه یا ولایت فقها (تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۹)، ۳۲۷.

کار (۱۳۶۶) بود، در پی درخواست سران کشور،^{۷۴} اقدام به تأسیس نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام نمود تا وجود یا عدم وجود مصلحت در قانون اساسی را احراز نماید.^{۷۵} این نهاد موظف است درخصوص تقنین خلاف شرع دارای مصلحت و ضرورت و عدول به حکم ثانوی، تصمیم‌گیری کند.^{۷۶} بنابراین می‌توان گفت که چالش‌های نظری نخبگان مشروطه درخصوص امکان یا امتناع سازگاری شرع و قانون، در نظام جمهوری اسلامی ایران حضور جدی نداشت، زیرا امام خمینی با تأکید بر سازگاری شرع و قانون، در نظام محتوای شرعی، قانون را همان شرع می‌دانست و در موارد فقدان آن، با تکیه بر مفهوم *منطقه الفراغ*، قانون نامغایر با شرع را، دارای حیثیت شرعی و لازم‌الاجرا معرفی نمود. همچنین در فرض مغایرت شرع و قانون و احراز ضرورت دومین، با اتکا بر مفاهیم مصلحت و تجویز حکم حکومتی، تقنین خلاف شرع را از جهت انطباق با حکم ثانوی، عین شرع عنوان نمود. هم‌اکنون مجمع تشخیص مصلحت نظام، عهده‌دار تشخیص مصلحت در تقنین خلاف شرع است و مجلس می‌تواند در موارد ضرورت و مصلحت نسبت به قانون‌گذاری خلاف شرع نیز اقدام کند و نهایتاً وجود یا عدم وجود مصلحت را پس از شورای نگهبان به تشخیص مجمع احاله دهد.

۳. چالش انحصار تشخیص مصلحت به پسا تصویب و امکان حل آن از طریق همه‌پرسی

چنانکه گذشت، یکی از مهم‌ترین چالش‌های تاریخ قانون‌گذاری در ایران، تعارض دیرینه میان «شرع» و «قانون» بود؛ چالشی که به‌ویژه در دوران مشروطه، سال‌ها مشروطیت و نهاد تقنین را درگیر خود ساخت و عملاً مانع شکل‌گیری به‌موقع یک نظام حقوقی کارآمد می‌گردید. روشنفکران سکولار در پی آن بودند که قانون را از دین جدا کنند و آن را بر مبنای عقل عرفی و تجربه بشری سامان دهند، در حالی که بخش بزرگی از روحانیت بر جامعیت شریعت و بی‌نیازی از قانون‌گذاری عرفی تأکید داشت. این نزاع، به تعبیر برخی پژوهشگران، «آتش زیر خاکستری» است که احتمال شعله‌ور شدن آن از قلم‌ها و زبان‌ها را نباید منتفی دانست.^{۷۷}

^{۷۴} در بخش‌هایی از این نامه چنین آمده: «در سایه اظهارات اخیر آن وجود مبارک، از لحاظ نظری مشکلاتی که در راه قانون‌گذاری و اداره جامعه اسلامی به چشم می‌خورد برطرف شده؛ و همانگونه که انتظار می‌رفت این راهنمایی‌ها مورد اتفاق نظر صاحب‌نظران قرار گرفت. مسئله‌ای که باقی مانده شیوه اجرایی اعمال حق حاکم اسلامی در موارد احکام حکومتی است ... پس از تصویب نهایی، شورای نگهبان نظرات خود را در قالب احکام شرعی ... اعلام می‌دارد که ... در مواردی از نظر مجلس قابل تأمین نیست، که در این صورت مجلس و شورای نگهبان نمی‌توانند توافق کنند. و همین جاست که نیاز به دخالت ولایت فقیه و تشخیص موضوع حکم حکومتی پیش می‌آید. گرچه موارد فراوانی از این نمونه‌ها در حقیقت اختلاف ناشی از نظرات کارشناسان است که موضوع احکام اسلام یا کلیات قوانین اساسی را خلق می‌کند. اطلاع یافته ایم که جنابعالی در صدد تعیین مرجعی هستید که ... تشخیص مصلحت نظام و جامعه حکم حکومتی را بیان نماید. در صورتی که در این خصوص به تصمیم رسیده باشید، با توجه به اینکه هم‌اکنون موارد متعددی از مسائل مهم جامعه بلامتکلیف مانده، سرعت عمل مطلوب است.» (<https://brni.ir/kp222v>)

^{۷۵} محمدجواد ارسطو، نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران (قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۹)، ۳۶۸ و اصل ۱۱۲ قانون اساسی.

^{۷۶} عباس علی عمید زنجانی، فقه سیاسی، جلد نهم (تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۴)، ۳۵-۳۴.

^{۷۷} رضا پورمحمدی، «نزاع قدیم و جدید در تعارض شرع و قانون»، دانش حقوق عمومی، ۴۸، (۱۴۰۴)، ۱۵۲.

با استقرار جمهوری اسلامی و شکل‌گیری اندیشه سیاسی امام خمینی، این چالش تاریخی تا حد زیادی برطرف شد. امام راه‌حلی سه‌گانه برای نسبت میان شرع و قانون ارائه کرد که توانست صورت‌بندی جدیدی از تقنین در ایران ارائه دهد:

۱. تطبیق قانون با شرع: در مواردی که یک حکم شرعی قابلیت آن را دارد که مستقیماً به قالب قانون درآید، همان حکم به صورت قانون اجرا می‌شود. نمونه بارز آن، تصویب و اجرای «قانون مجازات اسلامی» است که به‌روشنی برگرفته از احکام حدود و تعزیرات شرع است.

۲. منطقه‌الفراغ و قوانین نامغایر با شرع: در حوزه‌هایی که نص شرعی وجود ندارد، شارع مقدس به حاکم اسلامی و نمایندگان مردم اجازه وضع قانون داده است. این حوزه، که در فقه از آن به «منطقه‌الفراغ» تعبیر می‌شود، عرصه‌ای است که در آن وضع قوانین عرفی، مشروط به عدم مغایرت با شرع، بلامانع است. بسیاری از قوانین اداری، اقتصادی و اجتماعی جمهوری اسلامی در این چارچوب تصویب شده‌اند.

۳. مصلحت به‌عنوان ملاک ثانوی: در مواردی که یک قانون با ظاهر شرعی مغایرت دارد، اما مجلس بر ضرورت اجرای آن برای اداره جامعه اصرار می‌ورزد، ملاک «مصلحت» وارد عمل می‌شود. در این فرض، اگر مصلحت نظام اسلامی اقتضا کند که قانون مزبور به‌رغم مخالفت با حکم اولیه شرعی اجرا گردد، اجرای آن ذیل عنوان «حکم حکومتی» و «حکم ثانوی» ممکن خواهد بود. برای سامان‌دهی به همین وضعیت بود که مبتنی بر حکم امام خمینی، در بازنگری قانون اساسی (۱۳۶۸)، نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام تأسیس شد تا براساس اصل ۱۱۲، تشخیص دهد که آیا مصالح عالی نظام اسلامی اقتضای اجرای مصوبه مورد نظر مجلس را دارد یا خیر.

بدین ترتیب، ساختار حقوق اساسی جمهوری اسلامی کوشید سه سطح متفاوت از قانون‌گذاری را تعریف و از یکدیگر تفکیک کند: سطحی که قانون عین شریعت است؛ سطحی که قانون در منطقه‌الفراغ و به شرط عدم مغایرت وضع می‌شود؛ و سطحی که میان مصلحت و ظاهر حکم شرعی تعارضی ایجاد می‌گردد و مجمع تشخیص به‌عنوان نهاد احرازکننده وجود یا عدم مصلحت، تکلیف آن را روشن می‌کند. این فرمول در عمل باعث شد که هم قوانین شرعی مجال بروز و ظهور پیدا کنند، هم نیازهای عرفی جامعه بی‌پاسخ نمانند و هم راهی برای برون‌رفت از تعارض‌های تقنینی فراهم گردد.

۳-۱. خلأ سنجه مصلحت در برخی فرض تقنین

با وجود ابتکار جمهوری اسلامی در حل معضل دیرینه نسبت میان شرع و قانون از طریق سه‌گانه‌ی «احکام شرعی»، «منطقه‌الفراغ» و «مصلحت»، این ساختار همچنان با یک ایراد اساسی روبه‌رو است؛ ایرادی که در برخی موارد حساس می‌تواند کل فرآیند تقنین را دچار اختلال سازد. اشکال بنیادین دقیقاً آنجاست که «قانون اساسی

ورود مجمع تشخیص مصلحت نظام را صرفاً در فرضی مجاز دانسته است که میان مجلس و شورای نگهبان اختلاف پدید آید.» مطابق اصل ۱۱۲ قانون اساسی، مجمع تنها زمانی می‌تواند برای شناسایی مصلحت ورود کند که شورای نگهبان مصوبه مجلس را خلاف شرع یا قانون اساسی بداند و مجلس بر نظر خود اصرار ورزد. اما اگر مصوبه‌ای از سوی مجلس تصویب شود و شورای نگهبان نیز آن را مطابق احکام اولیه و غیرمغایر با شرع تشخیص دهد، اساساً مجمع صلاحیت ورود به آن را ندارد؛ اگرچه در مقام عمل، آن قانون آشکارا ضد مصلحت باشد.

این وضعیت یک خلأ و نقطه آسیب (باگ) بزرگ در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایجاد می‌کند. فرض شود قانونی وجود دارد که از حیث شکلی و ظاهری با حکم اولی شرع انطباق دارد، ولی در عمل اجرای آن به زیان مصلحت عمومی است؛ به بیان دیگر، قانونی که از منظر فقه و احکام اولیه صحیح ولی از حیث اجتماعی و اجرایی ضد مصلحت است. این قانون تمام مراحل تقنین را طی کرده است: پیشنهاد در مجلس، تصویب در صحن علنی، تأیید شورای نگهبان و ابلاغ برای اجرا. اما درست در مرحله اجراست که روشن می‌شود اجرای آن تبعات منفی سنگینی دارد؛ از افزایش هزینه‌های اجتماعی و سیاسی گرفته تا تعمیق شکاف دولت و ملت و ایجاد بحران امنیتی. در چنین فرضی، قانون ضد مصلحت باید به اجرا درآید، در حالی که هیچ نهاد حقوقی پیش‌بینی شده در قانون اساسی حق ورود برای توقف یا اصلاح آن را ندارد.

نمونه روشن این وضعیت را می‌توان در فرایند «لایحه حمایت از خانواده از طریق ترویج فرهنگ عفاف و حجاب» قانون عفاف و حجاب مشاهده کرد.^{۷۸} دولت رسماً اعلام کرد که اجرای این قانون با واقعیت‌های اجتماعی سازگار نیست و از توان اجرایی خارج است. اما از آنجا که قانون از مسیر مجلس و شورای نگهبان گذشته بود، مجمع تشخیص مصلحت نمی‌توانست وارد شود. در نتیجه نهادی خارج از چارچوب تقنین، یعنی شورای عالی امنیت ملی، به گونه‌ای خلاف صلاحیت‌های حقوق اساسی خود، در مقام تعلیق اجرای قانون برآمد. این رخداد نشان داد که نظام حقوقی موجود در مواجهه با قوانین «شرعاً صحیح ولی اجتماعاً غیرقابل اجرا»، عملاً ناتوان است و ناچار می‌شود به بدعت‌های نهادی روی آورد.

به عبارت بهتر، این فرض هم‌اکنون کاملاً عینی و قابل درک است که گاه نمایندگان مجلس، در اثر محدودیت شناخت از واقعیت‌های اجتماعی یا بر مبنای نوعی قرائت ناصواب از وظایف تقنینی خود، ممکن است قوانینی را به تصویب برسانند که از نظر فقهی صحیح و غیرمغایر با شرع است، اما بار ضد مصلحت اجتماعی، سیاسی، امنیتی و ملی سنگینی را بر جامعه تحمیل می‌کند. در چنین مواردی، ضمانت‌اجراهای سخت‌گیرانه و پیش‌بینی‌های کیفری شدید، که بر مبنای نگاه فقهی سنتی تصویب شده‌اند، می‌تواند نتیجه‌ای معکوس به بار

^{۷۸} www.Brni.ir/خا۱۴۱۶۱

آورد: به جای تقویت قانون، مشروعیت آن را در نظر مردم تضعیف می‌کند و نافرمانی مدنی را به یک واکنش طبیعی بدل می‌سازد. از سوی دیگر، شورای نگهبان نیز به حکم ماهیت و وظایف ذاتی خود، تنها بر مطابقت یا عدم مطابقت قوانین با شرع از حیث احکام اولیه نظارت می‌کند و مأموریتی برای سنجش مصالح اجتماعی و عناوین ثانوی ندارد. بدین ترتیب، قانونی که از دید شورای نگهبان مغایر با شرع نیست، به‌سادگی تأیید می‌شود، هرچند در واقعیت اجتماعی، اجرای آن با بحران جدی همراه باشد.

نتیجه آنکه نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی، همان‌گونه که در اصل ۱۱۲ متجلی است، تنها یک مسیر محدود برای ورود مصلحت در فرآیند قانون‌گذاری تعریف کرده است: آن هم صرفاً در فرض اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان. اما در مواردی که چنین اختلافی وجود ندارد و در عین حال قانون مصوب در مرحله اجرا با مصلحت اجتماعی تعارض پیدا می‌کند، هیچ مکانیزمی برای مداخله نهاد تشخیص مصلحت پیش‌بینی نشده است. در نتیجه، کشور میان دو وضعیت نامطلوب گرفتار می‌شود: یا قانونی ضد مصلحت و غیرقابل اجرا به‌زور اجرا می‌شود و هزینه‌های سیاسی، اجتماعی و امنیتی گسترده‌ای به بار می‌آورد؛ یا آنکه قانون به اجرا در نمی‌آید و این خود موجب فروکاهش جایگاه قانون، تضعیف قوه مقننه در برابر افکار عمومی و مخدوش شدن اقتدار نظام تقنینی می‌شود. از این رو می‌توان گفت ساختار کنونی، در عین حل تعارض تاریخی شرع و قانون، با یک خلأ جدید مواجه است: فقدان سازوکار نهادی برای مواجهه با قوانینی که شرعاً صحیح ولی اجتماعاً غیرمقبول و ضد مصلحت‌اند. این خلأ، که نمونه روشن آن در قانون حجاب و عفاف رخ داد، نشان می‌دهد که نظام حقوقی جمهوری اسلامی نیازمند بازاندیشی جدی در چگونگی ورود عنصر «مصلحت اجتماعی» در فرآیند تقنین است.

۲-۳. ایده مصلحت‌سنجی موضوعات اجتماعی کلان توسط مردم

روشن شد سازوکار اندیشیده‌شده توسط امام خمینی و نهادسازی قانون اساسی برای تشخیص مصلحت - یعنی مجمع تشخیص مصلحت نظام - در برخی فروض مهم ناکارآمد می‌شود، این پرسش اساسی رخ می‌نماید که در چنین مواردی چه باید کرد؟ اگر قانونی مطابق با شرع و تأییدشده توسط شورای نگهبان باشد اما در مقام عمل و از حیث اجتماعی و سیاسی ضد مصلحت تشخیص داده شود، نظام حقوقی جمهوری اسلامی چه ابزاری برای حل این معضل در اختیار دارد؟

در پاسخ به این پرسش، می‌توان دو راهکار کلان پیشنهاد کرد. نخست، ایده «مصلحت‌سنجی پیشینی»؛ بدین معنا که نهادی (مجمع تشخیص یا نهادی دیگر) پیش از بررسی هر طرح یا لایحه، از حیث مصلحت‌بودن یا نبودن آن داوری کند و تنها مصوباتی را اجازه دهد که با مصالح عالی نظام و جامعه سازگار است. این ایده در ظاهر جذاب است، اما با چند مانع جدی مواجه است:

۱. تعارض با استقلال قوه مقننه: اصل استقلال قوا ایجاب می‌کند که فرآیند تقنین در صلاحیت انحصاری مجلس باشد. هر نوع مداخله نهادی در مرحله پیشینی، شأن مجلس را مخدوش کرده و استقلال قانون‌گذاری را تضعیف می‌کند.

۲. فرض بر وجود مصلحت در پیشنهاد نمایندگان: خودِ طرح و لایحه‌دادن از سوی نمایندگان نشانه‌ای از تشخیص مصلحت توسط قوه مقننه است.^{۷۹} بنابراین سنجش مصلحت در مرحله پیشینی تکرار بی‌فایده‌ی همین تشخیص خواهد بود.

۳. ابهام در ماهیت مصلحت پیشینی: غالباً تا زمانی که قانون تصویب و توسط شورای نگهبان تأیید نهایی نشود، امکان داوری واقعی درباره مصلحت یا عدم مصلحت وجود ندارد. به بیان دیگر، طرح یا لایحه می‌تواند از زمان وصول تا تأیید نهایی تغییرات اساسی داشته باشد و مصلحت بودن یا نبودن آن، پیش از نهایی شدن قابل کشف کامل نیست.

با توجه به این موانع، به نظر می‌رسد این راهکار عملاً غیرقابل اجراست و نمی‌تواند چالش پیش‌گفته را رفع کند.

راهکار دوم، که کارآمدتر و با روح قانون اساسی سازگارتر است، بهره‌گیری از ظرفیت اصل ۵۹ قانون اساسی و مراجعه به آرای عمومی است. این ایده مشخصاً بر دو اندیشه حقوقی و اسلامی استوار است؛ در اندیشه‌های حقوقی «قوه قانون‌گذاری متعلق به مردم است و جز به مردم، به کس دیگری تعلق ندارد»^{۸۰} از این رو؛ قوه مقننه باید نماد بیان اراده مردم و مردم‌سالاری باشد و مردم‌سالاری به معنای حکومت مردم بر مردم خواهد بود که باید واجد ویژگی مشارکت همگانی باشد.^{۸۱} همچنین در اندیشه اسلامی، اساساً پذیرش و مقبولیت مردمی، شرط کانونی و عمده برای اجرایی‌سازی احکام اسلامی است.^{۸۲} نهایتاً این ایده، بر پایه «مصلحت اجتماعی» از جهت عنوان ثانوی بودن آن شکل می‌گیرد. مصلحت اجتماعی، مصلحتی است که در حوزه اجتماع مطرح بوده و مصادیقی چون حفظ نظام اسلامی و برقراری نظم و اداره صحیح امور جامعه را در برمی‌گیرد.^{۸۳} این مصلحت همواره در نظر فقهای چون امام خمینی جایگاه ویژه‌ای داشته است و از عناوین ثانویه به‌شمار می‌رود.^{۸۴}

^{۷۹} سیداحمد حبیب‌نژاد و احمد تقی‌زاده، «نیازسنجی تقنینی؛ عنصری بایسته در قانون‌گذاری شایسته»، دانش حقوق عمومی، ۲۶، (۱۳۹۸)، ۳۳.

^{۸۰} ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ پانزدهم (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۸)، ۳۲۹.

^{۸۱} محمدکاظم حبیب‌زاده، اصول و مفاهیم بنیادین حقوق عمومی، چاپ دوم (تهران: انتشارات جاودانه- جنگل، ۱۳۹۶)، ۱۱۴-۱۱۳ و ۸۲.

^{۸۲} علیرضا جعفرزاده بهاء‌آبادی و علیرضا دستجانی فراهانی، «جایگاه مردم در تحقق حکومت اسلامی از منظر علامه مصباح یزدی»، اندیشه‌های حقوق عمومی، ۲۳، (۱۴۰۲)، ۱۸۶.

^{۸۳} ابوالقاسم گرگی، مقالات حقوقی، جلد دوم (تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵)، ۷۸.

^{۸۴} سیدروح‌الله موسوی خمینی، صحیفه امام^(ه)، جلد دوم (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی^(ه)، ۱۳۸۹)، ۴۶۱.

مطابق این پیشنهاد، در فروضی که مجلس قانونی را تصویب کرده و شورای نگهبان نیز آن را تأیید نموده است، اما دولت مدعی است که اجرای آن به دلیل فقدان پذیرش اجتماعی ممکن نیست، مجلس موظف باشد که موضوع را از طریق فرآیند اصل ۵۹ به همه‌پرسی بسپارد. در این حالت، تشخیص مصلحت نه در سطح نهادی، بلکه در سطح اجتماعی و ملی انجام می‌شود و مردم مستقیماً در مقام «نهاد مکمل تشخیص مصلحت» ایفای نقش خواهند کرد. اساساً در آیین دموکراسی نیمه‌مستقیم اصل بر وجود مجلس مقنن متشکل از نمایندگان منتخب مردم است، اما در عین حال شهروندان نیز می‌توانند از رهگذر اموری همچون وتوی قوانین، همه‌پرسی، ابتکار عام و یا گزینش‌گری اعمال قدرت کنند.^{۸۵} در برخی کشورها اعمال قوه مقننه به روش مستقیم (در برخی امور و در قالب نظام مردم‌سالاری نیمه‌مستقیم) یعنی مراجعه به آراء عمومی از طریق همه‌پرسی در امور بسیار مهم متداول است.^{۸۶} حقوق بین‌الملل، حق انسان در تعیین و اراده سرنوشت خود همواره مورد تأکید قرار گرفته است.^{۸۷}

در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران مردم‌سالاری نیمه‌مستقیم پذیرفته شده است و مردم می‌توانند در اعمال قانون‌گذاری عادی مشارکت داشته باشند.^{۸۸} این امر بدین سبب است که از منظر اسلام، استمرار یک حکومت براساس زور و بدون رضایت مردم نه‌تنها امکان‌پذیر نیست بلکه با اهداف تشکیل حکومت اسلامی در تضاد است.^{۸۹} براین‌اساس در نظام اسلامی در مواردی که تشخیص حق دشوار بوده و صاحب‌نظران با یکدیگر اختلاف نظر داشته باشند و همچنین در موارد مربوط به حوزه عمل و اجرا، رأی اکثریت معیار خواهد بود.^{۹۰} به عبارت دیگر در نظام اسلامی بر پایه مردم‌سالاری نمی‌توان مردم را در حل معضلات و بن‌بست‌ها نادیده گرفت زیرا در حکومت‌های مردم‌سالار، این مردم هستند که از قدرت برتر حاکمیت برخوردارند. بارزترین شیوه ابراز اراده عموم نیز مراجعه به آراء عموم است.^{۹۱} مبتنی بر مبنای مذکور، اصول ۶ و ۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مراجعه به آراء عمومی و همه‌پرسی را به رسمیت شناخته و بدان تصریح می‌کنند. همه‌پرسی در ماهیت خود یکی از مجاری تحقق اصل ۸ قانون اساسی یعنی دعوت به خیر و امر به معروف و نهی از منکر (توسط حاکمیت از طریق اعطای حق همه‌پرسی و توسط مردم از طریق مشارکت در همه‌پرسی) است.^{۹۲}

^{۸۵} ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ پانزدهم (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۸)، ۳۳۱-۳۳۰.

^{۸۶} حسن خسروی، حقوق اساسی ۱ (تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور، ۱۳۸۸)، ۱۴۸-۱۳۱.

^{۸۷} گلن جانسون، اعلامیه جهانی حقوق بشر و تاریخچه آن، ترجمه محمدجعفر پوینده (تهران: نشر نی، ۱۳۷۷)، ۹۳.

^{۸۸} بیژن عباسی لاهیجی، مبانی حقوق اساسی، چاپ پنجم (تهران: انتشارات جنگل - جاودانه، ۱۳۹۶)، ۲۱۴.

^{۸۹} محمدجواد ارسطو، نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران (قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۹)، ۴۵۰-۴۴۹.

^{۹۰} عبدالله جوادی آملی، ولایت فقیه: ولایت، فقهت و عدالت، چاپ هجدهم (قم: مرکز نشر اسراء، ۱۳۹۵)، ۹۱.

^{۹۱} سیدجلال‌الدین مدنی، حقوق اساسی تطبیقی (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۴)، ۱۵۸.

^{۹۲} سیدمحمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، چاپ چهاردهم (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶)، ۲۴۷.

همچنان که می‌تواند عرصه تجلی «کرامت و ارزش والای انسان و آزادی توأم با مسئولیت او در برابر خدا»، «نفی هرگونه ستم‌گری و ستم‌کشی و سلطه‌گری و سلطه‌پذیری»، «قسط و عدل» و «همبستگی ملی» (اصل دوم قانون اساسی) و نیز عرصه تحقق «محو هرگونه استبداد و خودکامگی و انحصارطلبی»، «تأمین آزادی‌های سیاسی و اجتماعی»، «مشارکت عامه مردم در تعیین سرنوشت سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خویش» (اصل سوم قانون اساسی) و دیگر پایه‌ها و وظایف دولت جمهوری اسلامی ایران باشد.^{۹۳} همه‌پرسی اصل ۵۹ قانون اساسی علاوه بر برخورداری از ماهیت تقنینی، از ماهیت تصویبی و نه مشورتی،^{۹۴} اختیاری^{۹۵} و دوگزینه‌ای (آری یا خیر) برخوردار است.^{۹۶} البته به نظر می‌رسد گزینش‌گری نیز با اصل ۵۹ قابل جمع باشد؛ زیرا گزینش‌گری نیز نوعی همه‌پرسی است و تنها تفاوت آن با همه‌پرسی معهود این است که در لایحه یا متن ارائه‌شده به آراء شهروندان، چندین امکان پیش‌بینی می‌گردد و رأی‌دهندگان باید یکی از امکانات را برگزینند.^{۹۷} برخی تصریح کرده‌اند که با توجه به ذیل اصل مزبور که مراجعه به آراء عمومی را به تصویب نمایندگان منوط نموده است، همه‌پرسی مذکور از مصادیق گزینش‌گری است.^{۹۸}

مزیت راهکار همه‌پرسی اصل ۵۹ قانون اساسی این است که مصلحت اجتماعی، که ملاک اصلی اختلاف در این فروض است، تنها از طریق مراجعه به مردم قابل احراز است. اگر اکثریت مردم به قانون رأی مثبت دادند، روشن می‌شود که مقبولیت اجتماعی و به تبع آن مصلحت سیاسی و اجتماعی قانون محرز است و دولت دیگر نمی‌تواند از اجرای آن سر باز زند. برعکس، اگر اکثریت مردم مخالفت کردند، خودبه‌خود معلوم می‌شود که زمینه پذیرش عمومی فراهم نیست و اجرای آن قانون ضد مصلحت خواهد بود.

این ابتکار، در حقیقت، وظیفه‌ای را که حتی مجمع تشخیص مصلحت نیز نمی‌تواند به نحو کامل برعهده گیرد، به نهاد «ملت» محول می‌کند که از منظر منطقی و حقوقی صلاحیت بیشتری دارد؛ چراکه برخلاف مصلحت‌های تخصصی اقتصادی یا فنی، در موضوعات اجتماعی - فرهنگی ماهیت مصلحت دقیقاً به میزان پذیرش اجتماعی گره خورده است.

^{۹۳} سیدمحمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، چاپ چهاردهم (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶)، ۱۲۶-۸۴ و ۳۱۷-۲۵۸.

^{۹۴} هادی طحان‌نظیف و محمدسعید ممتازنیا، «همه‌پرسی تقنینی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۲، (۱۳۹۸)، ۴۲۵.

^{۹۵} محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، جلد اول (تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۸)، ۳۳۷.

^{۹۶} هادی طحان‌نظیف، علی بهادری جهرمی و کمال کدخدامرادی، «گستره صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه‌پرسی (موضوع بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی)»، دانش حقوق عمومی، ۹، ۲۹، (۱۳۹۹)، ۵۳.

^{۹۷} ابوالفضل قاضی شریعت‌پناهی، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ پانزدهم (تهران: نشر میزان، ۱۳۹۸)، ۳۳۲.

^{۹۸} ولی رستمی، «مشارکت مردم در قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران»، حقوق، ۳۸، ۱، (۱۳۸۷)، ۱۹۲-۱۹۲.

بر این اساس، می‌توان گفت «آرای عمومی، نهاد مکمل تشخیص مصلحت در امور اجتماعی - فرهنگی» است. این ایده، در عین سازگاری با مبانی حقوق اساسی جمهوری اسلامی، می‌تواند خلأ بزرگی را که در فرآیند تقنین وجود دارد برطرف سازد و از پیدایش بحران‌های ناشی از عدم اجرای قوانین مصوب جلوگیری کند.

۳-۳. شروط و تشریفات

ایده مراجعه به مردم برای تشخیص و احراز عنوان ثانوی مصلحت، هرچند نوآورانه و کارآمد می‌نماید، اما بدون تعیین شرایط و ضوابط روشن می‌تواند در معرض سوءاستفاده سیاسی یا کارکردهای غیرمنطقی قرار گیرد. برای جلوگیری از چنین پیامدهایی، لازم است سازوکاری حقوقی و نهادی طراحی شود که حدود و ثغور استفاده از این مکانیزم را دقیقاً روشن کند. بدین ترتیب، نقش مردم در فرآیند تشخیص مصلحت تنها در مواردی ایفا می‌شود که تحقق شرایطی چندگانه احراز گردد.

۱. ملی بودن موضوع و ارتباط با آزادی‌ها و حقوق عمومی

نخستین شرط آن است که موضوع تقنین در سطح ملی و کلان جامعه مطرح باشد و به‌طور مستقیم با آزادی‌های عمومی یا حقوق اساسی افراد مرتبط گردد. مراجعه به آراء عمومی تنها زمانی معنا دارد که قانون مورد اختلاف، همه یا اکثریت جامعه را درگیر سازد و پیامدهای اجتماعی آن عام و فراگیر باشد. بنابراین مسائلی مانند ساختار یک اداره، آیین‌نامه‌های صنفی یا قوانین مربوط به یک قشر محدود، نمی‌تواند موضوع همه‌پرسی قرار گیرد. در مقابل، قوانینی که دولت به‌طور رسمی اعلام می‌کند «فاقد مقبولیت اجتماعی» است و اجرای آن با نافرمانی مدنی گسترده همراه خواهد بود، دقیقاً در این دایره قرار می‌گیرند.

۲. اجتماعی و غیرتخصصی بودن موضوع

شرط دوم آن است که موضوع قانون ماهیتی اجتماعی و عمومی داشته باشد، نه فنی و تخصصی. در قوانین تخصصی مانند مالیات، بودجه یا نظام بانکی، داوری کارشناسی و فنی اهمیت بیشتری دارد و مراجعه به آراء عمومی می‌تواند به نتایج غیرکارشناسی و زیان‌بار بینجامد. در مقابل، در حوزه‌های اجتماعی و فرهنگی که عنصر اصلی موفقیت و کارآمدی قانون، پذیرش اجتماعی است، رأی مستقیم مردم می‌تواند بهترین شاخص تشخیص مصلحت باشد. بنابراین، این سازوکار باید منحصر در موضوعاتی باشد که همگان توان درک و داوری درباره آن را دارند و به‌عبارتی مخاطب و مکلف اصلی عموم مردم هستند.

۳. اعلام رسمی و مستند دولت مبنی بر ضد مصلحت بودن قانون

سومین شرط، نقش‌آفرینی رسمی قوه مجریه است. بدین معنا که دولت نمی‌تواند صرفاً به بهانه‌های سیاسی یا حزبی از اجرای قانونی سر باز زند و آن را ضد مصلحت اعلام کند. بلکه لازم است با ارائه گزارش عمومی، مستند و کارشناسی به مجلس و جامعه، دلایل خویش را روشن بیان نماید. این گزارش باید به‌طور شفاف نشان

دهد که اجرای قانون مورد نظر با مصالح اجتماعی، امنیتی، اقتصادی یا فرهنگی کشور در تضاد است و تبعات ناخواسته جدی به دنبال خواهد داشت.

۴. اصرار مجلس بر ضد مصلحت نبودن قانون

چهارمین شرط، پافشاری قوه مقننه بر موضع خود است. یعنی حتی پس از آنکه دولت دلایل و مستندات کافی برای ضد مصلحت بودن قانون ارائه کرد، مجلس همچنان اصرار داشته باشد که قانون مذکور با مصلحت جامعه سازگار است و قابلیت اجرا دارد. در این فرض است که تعارض نهادی واقعی پدید می‌آید: دولت از عدم امکان اجرا سخن می‌گوید و مجلس بر مصلحت بودن و قابلیت اجرای قانون تأکید دارد. تنها در چنین وضعیتی مراجعه به همه‌پرسی معنا پیدا می‌کند.

۵. موافقت دو سوم مجموع نمایندگان مجلس

پنجمین شرط، رعایت نص اصل ۵۹ قانون اساسی است که مقرر می‌دارد ارجاع به همه‌پرسی در مسائل مهم باید با رأی دو سوم مجموع نمایندگان مجلس انجام گیرد. این نصاب بالا برای آن است که مراجعه به آرای عمومی استثنایی باقی بماند و به یک رویه روزمره بدل نشود. البته می‌توان در افق اصلاح قانون اساسی پیشنهاد کرد که یا این نصاب کاهش یابد، یا تعیین مصادیق «مسائل بسیار مهم» به قانون عادی سپرده شود تا انعطاف بیشتری برای فعال‌سازی همه‌پرسی فراهم گردد.

بر پایه این شرایط پنج‌گانه، اگر همه آنها محقق شد، مکانیزم همه‌پرسی به‌عنوان ابزار تشخیص مصلحت فعال می‌شود و آرای عمومی ملاک نهایی خواهد بود. در صورتی که اکثریت مردم با قانون موافقت کنند، مصلحت اجتماعی محرز می‌شود و دولت موظف است آن را اجرا کند. در مقابل، اگر اکثریت مردم مخالفت نمایند، آشکار می‌گردد که قانون مذکور فاقد مقبولیت اجتماعی و در نتیجه ضد مصلحت است.

در صورتی که شرایط فوق‌الذکر شرایط فراهم نشود، یا نمایندگان با ارجاع موضوع به همه‌پرسی موافقت نکنند، راهکار نهایی همان بندهای ۷ و ۸ اصل ۱۱۰ است که به رهبری اجازه می‌دهد اختلاف میان قوا را حل و فصل کند یا حل معضلات غیرعادی نظام را به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع دهد. بدین ترتیب، مراجعه به آرای عمومی به‌عنوان نهاد مکمل تشخیص مصلحت تنها در فروضی فعال می‌شود که اختلاف بر سر مقبولیت اجتماعی قانون و امکان اجرایی آن باشد، نه در سایر موارد فنی یا نهادی.

با توجه به مباحث فوق‌الذکر می‌توان برآمده از تجربه تقنینی در حوزه حجاب و عفاف و چالش‌های اجرایی آن، پیشنهاد کاریست سازوکار اصل ۵۹ قانون اساسی برای رفع خلأ مصلحت‌سنجی پسینی نهاد تشخیص مصلحت در ایران را مطرح نمود. از این مجرا، مردم که خود مکلف و مخاطب قوانین کلان حوزه اجتماعی هستند، با مشارکت خود مصلحت اجتماعی را مشخص می‌کنند.

نتیجه‌گیری

بحث این مقاله از یک معضل تاریخی آغاز شد: تعارض شرع و قانون در عصر مشروطه. این تعارض نه تنها بخش مهمی از نزاع میان روحانیت و روشنفکران را تشکیل می‌داد، بلکه عملاً مانع از استقرار یک نظام تقنینی پایدار در ایران گردید. بررسی نشان داد که در جمهوری اسلامی، این چالش تاریخی با ابتکار امام خمینی تا حدی گشوده شد؛ زیرا نسبت میان شرع و قانون در سه سطح بازتعریف شد: قوانین شرعی مستقیم به قانون بدل گردیدند، منطقه‌الفراغ محل وضع قوانین غیرمغایر شد و در موارد تعارض، مصلحت به‌عنوان معیار ثانوی و از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام وارد عمل گردید.

اما پژوهش نشان داد که این ابتکار نیز با خلأهایی مواجه است. مشکل اصلی آن است که اگر قانونی شرعاً صحیح باشد اما در واقعیت اجتماعی ضد مصلحت تلقی شود، هیچ نهاد پیش‌بینی‌شده در قانون اساسی صلاحیت توقف آن را ندارد. مجمع تشخیص مصلحت تنها زمانی وارد عمل می‌شود که میان مجلس و شورای نگهبان اختلاف باشد و در فرض تصویب و تأیید قانون، راهی برای مصلحت‌سنجی وجود ندارد؛ اگرچه قانون در عمل موجب بحران اجتماعی و نافرمانی مدنی شود. نمونه بارز این خلأ در ماجرای قانون عفاف و حجاب رخ داد که نشان داد مقبولیت اجتماعی شرطی اساسی برای کارآمدی تقنین است.

از دل این تحلیل، چند نتیجه اصلی به دست می‌آید:

۱. تعارض تاریخی مشروطه هنوز تداوم دارد، اما صورت آن تغییر یافته است. در مشروطه، نزاع بر سر این بود که قانون باید از شریعت گرفته شود یا از عقل عرفی. در جمهوری اسلامی، مشکل از جنس دیگری است: قانون اگرچه شرعاً صحیح است، اما گاه در سطح اجتماعی فاقد مقبولیت و ضد مصلحت می‌شود. بدین ترتیب، می‌توان گفت «تعارض شرع و قانون» در مشروطه امروز به «تعارض شرع و مقبولیت اجتماعی» در جمهوری اسلامی تبدیل شده است.

۲. نظام تقنینی کنونی بعضاً فاقد سازوکاری برای مصلحت‌سنجی اجتماعی است. اصل ۱۱۲ قانون اساسی صلاحیت مجمع تشخیص را محدود به موارد اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان کرده است. در نتیجه، قانونی که شرعاً صحیح و از سوی شورای نگهبان تأیید شده باشد - اگر اجتماعاً غیرقابل اجرا و ضد مصلحت باشد - به مرحله اجرا می‌رسد. این امر یا به نافرمانی مدنی و بی‌اعتباری قانون منجر می‌شود، یا به تخلف قوه مجریه از اجرای قانون و دخالت نهادهایی خارج از صلاحیت. هر دو حالت، حاکمیت قانون را تضعیف می‌کنند.

۳. راهکار مصلحت‌سنجی پیشینی ناکارآمد است. اگرچه ممکن است به ذهن برسد که نهادی مانند مجمع یا کمیسیون خاص پیش از تصویب هر قانون مصلحت‌سنجی کند، اما این راهکار با چند مانع جدی روبه‌روست:

اولاً استقلال قوه مقننه را نقض می‌کند؛ ثانیاً فرض بر این است که نمایندگان خود بر اساس مصلحت قانون‌گذاری می‌کنند؛ و ثالثاً تا قانون تصویب و در معرض اجرا قرار نگیرد، امکان تشخیص واقعی مصلحت یا عدم مصلحت وجود ندارد. از این‌رو، ایده مصلحت‌سنجی پیشینی از منظر حقوق اساسی مردود است.

۴. راهکار کارآمد، فعال‌سازی ظرفیت اصل ۵۹ قانون اساسی است. در مواردی که دولت به‌طور رسمی و مستند اعلام می‌کند قانون مصوب فاقد مقبولیت اجتماعی است و مجلس بر اجرای آن اصرار دارد، باید موضوع به همه‌پرسی گذاشته شود. این سازوکار چند مزیت دارد: نخست آنکه نص خاص قانون اساسی است و بر بندهای ۷ و ۸ اصل ۱۱۰ اولویت دارد؛ دوم آنکه مقبولیت اجتماعی تنها از طریق مراجعه به مردم قابل احراز است؛ سوم آنکه مراجعه مستقیم به ملت فلسفه نمایندگی را تکمیل می‌کند و مشروعیت دوچندان می‌آفریند.

۵. اصل ۵۹ باید با شروط و ضوابطی روشن فعال شود. برای جلوگیری از سوءاستفاده، شرایطی همچون ملی بودن موضوع، اجتماعی و غیرتخصصی بودن آن، اعلام رسمی دولت مبنی بر ضد مصلحت بودن قانون، اصرار مجلس بر مصلحت‌بودن، و موافقت دو سوم نمایندگان باید رعایت شود. بدین ترتیب، همه‌پرسی به ابزاری استثنایی و محدود بدل می‌شود که فقط در مسائل کلان اجتماعی - فرهنگی فعال می‌گردد. در مقابل، موضوعات فنی و تخصصی همچنان باید ذیل بند ۸ اصل ۱۱۰ و از طریق داوری نهادی حل و فصل شود.

۶. آراء عمومی نهاد مکمل تشخیص مصلحت‌اند. تجربه جمهوری اسلامی نشان داده است که هیچ نهاد انتصابی - مجمع تشخیص - نمی‌تواند در موضوعاتی که مقبولیت اجتماعی معیار اصلی است، به تنهایی مصلحت را احراز کند. در این حوزه‌ها، مردم خود باید مرجع نهایی باشند. بدین ترتیب، می‌توان گفت که «آراء عمومی» مکمل نظام حقوق اساسی موجود و ضامن بقای مشروعیت آن هستند.

بر این اساس، نتیجه کلی این پژوهش آن است که جمهوری اسلامی در امتداد بحران مشروطه با صورتی تازه از همان معضل روبه‌روست: قانون شرعاً صحیح اما اجتماعاً غیرمقبول. راه‌حل این بحران نه در توسعه اختیارات نهادهای انتصابی، بلکه در فعال‌سازی ظرفیت‌های مغفول قانون اساسی، یعنی اصل ۵۹ و مراجعه به مردم، نهفته است. تنها با این ابتکار می‌توان هم‌زمان از شریعت پاسداری کرد، از قانون‌گذاری عرفی بهره برد، و از مشروعیت اجتماعی به‌عنوان ملاک اصلی مصلحت اطمینان یافت.

فهرست منابع:

- احمدی، علی، مجمع تشخیص مصلحت نظام، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۳.
- ارسطو، محمدجواد، نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، چاپ چهارم، قم: مؤسسه بوستان کتاب، ۱۳۸۹.

- افضلی، اسلام، بازخوانی نهضت مشروطه ایران، چاپ دوم، قم: نشر اشراق حکمت، ۱۳۹۷.
- آبادیان، حسین، مبانی تئوریک مشروطه‌خواهی و مشروطه‌خواهی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، گروه تاریخ، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۰.
- آبادیان، حسین، بحران مشروطیت در ایران، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های سیاسی، ۱۳۸۳.
- آبادیان، حسین، مفاهیم قدیم و اندیشه جدید، تهران: انتشارات کویر، ۱۳۸۸.
- آجودانی، ماشاءالله، مشروطه ایرانی، چاپ پنجم، تهران: نشر اختران، ۱۳۸۳.
- آخوندزاده، میرزا فتحعلی، مقالات، به کوشش: باقر مؤمنی، تهران: نشر آوآف ۱۳۵۱.
- آدمیت، فریدون، فکر آزادی و مقدمه نهضت مشروطیت، تهران: انتشارات سخن، ۱۳۴۰.
- آدمیت، فریدون، اندیشه‌های میرزا فتحعلی آخوندزاده، تهران: خوارزمی ۱۳۴۹.
- آدمیت، فریدون، ایدئولوژی نهضت مشروطیت ایران، چاپ دوم، سوئد: انتشارات کانون کتاب ایران، ۱۹۸۵م.
- آفاری، ژانت، انقلاب مشروطه ایران، ۱۹۰۶-۱۹۱۱، ترجمه: رضا رضایی، تهران: نشر بیستون، ۱۳۸۵.
- آیتی، سیدمحمدرضا، ستایش، کاظم و فرزانه سالم رهبر، «تقنین احکام حکومتی در حوزه منطقه الفراغ توسط ولی فقیه»، پژوهش‌های انقلاب اسلامی، ۴، (۱۳۹۸)، ۱۲۴-۱۰۳.
- پروین، خیرالله و محمد مهدی سیفی، «مجلس شورای اسلامی، مجلس برنامه‌ریز یا مجلس قانون‌گذار در قیاس با نظامی‌های ریاستی - پارلمانی»، فقه حکومتی، ۶، (۱۳۹۷)، ۲۹-۵۰.
- پورمحمدی، رضا، «نزاع قدیم و جدید در تعارض شرع و قانون»، دانش حقوق عمومی، ۴۸، (۱۴۰۴)، ۱۷۸-۱۵۱.
- ترکمان، محمد، رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات و روزنامه شیخ شهید، تهران: مؤسسه فرهنگی خدماتی رسا، ۱۳۶۲.
- جانسون، گلن، اعلامیه جهانی حقوق بشر و تاریخچه آن، ترجمه محمدجعفر پوینده، تهران: نشر نی، ۱۳۷۷.
- جعفرزاده بهاء‌آبادی، علیرضا، «تأیید مشروط مصوبات مجلس شورای اسلامی توسط شورای نگهبان»، طرح پژوهشی، پژوهشکده شورای نگهبان، (۱۴۰۲)، قابل مشاهده در: <https://ccri.ac.ir/0000ow>
- جعفرزاده بهاء‌آبادی، علی‌رضا و علیرضا دستجانی فراهانی. «جایگاه مردم در تحقق حکومت اسلامی از منظر علامه مصباح یزدی»، اندیشه‌های حقوق عمومی، شماره ۲۳، (۱۴۰۲)، ۱۷۱-۱۸۸.
- جعفری کافی‌آباد، صابر، «فرهنگ سیاسی علمای سنتی دوران مشروطه؛ با تأکید بر آراء شیخ ابوالحسن نجفی مرندی و محمدحسین تبریزی»، فصلنامه مطالعات جامعه‌شناختی، ۲، (۱۳۹۴)، ۱۰۰-۶۳.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، جلد اول، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۸.
- جمالزاده، ناصر، «دموکراسی در منظر اندیشمندان شهیر شیعه»، مصاحبه از مهنوش آبا‌ده‌ای‌زاده، فصلنامه راهبرد، ۲۸، (۱۳۸۲)، ۲۸۰-۲۸۶.
- جمالزاده، ناصر، «ویژگی‌های تاریخی و جامعه‌شناختی اندیشه سیاسی طالبوف تبریزی»، پژوهشنامه علوم سیاسی، ۱، (۱۳۸۷)، ۱۰۹-۱۴۸.
- جمالزاده، ناصر و مصطفی منتظری، بررسی دکترین سیاسی - فرهنگی میرزاملکم خان ناظم‌الدوله، فصلنامه مطالعات سیاسی، ۱۳، (۱۳۹۰)، ۱۶۳-۱۹۲.

- جمالزاده، ناصر، ندافان، مسعود و علیرضا بیگی، «بازخوانی تصویر ذهنی علما و روشنفکران عصر مشروطه از قانون»، پژوهش‌های سیاسی جهان اسلام، ۳، (۱۴۰۰)، ۱-۲۴.
- جوادی آملی، عبدالله، ولایت فقیه، قم: مؤسسه اسراء، ۱۳۷۹.
- جوادی آملی، عبدالله، ولایت فقیه: ولایت، فقاها و عدالت، چاپ هجدهم، قم: مرکز نشر اسراء، ۱۳۹۵.
- حبیب‌نژاد، سیداحمد و احمد تقی‌زاده، «نیازسنجی تقنینی؛ عنصری بایسته در قانون‌گذاری شایسته»، دانش حقوق عمومی، ۲۶، (۱۳۹۸)، ۲۵-۴۶.
- حبیب‌زاده، محمدکاظم، اصول و مفاهیم بنیادین حقوق عمومی، چاپ دوم، تهران: انتشارات جاودانه- جنگل، ۱۳۹۸.
- حقدار، علی‌اصغر، فراسوی پست مدرنیته - اندیشه شبکه‌ای، فلسفه سنتی و هویت ایرانی، تهران: شفیعی، ۱۳۸۰.
- خسروی، حسن، حقوق اساسی ۱، تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور، ۱۳۸۸.
- راسخ، محمد و فاطمه بخشی‌زاده، «مفهوم قانون در عصر مشروطه: نویسندگان متقدم»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸، (۱۳۹۳)، ۱-۲۳.
- رحمانی، قدرت‌الله، کدخدامرادی، کمال و فهیمه غلامی، «بررسی انتقادی درک روشنفکران عصر مشروطه از نسبت فقه و قانون در نظام حقوقی ایران»، پژوهش‌نامه میان‌رشته‌ای فقهی، ۲، (۱۳۹۹)، ۲۱۹-۲۴۲.
- رستمی، ولی، مشارکت مردم در قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران، حقوق، دوره ۳۸، شماره ۱، ۱۳۸۷.
- رضایی‌پناه، امیر و رجب ایزدی، «بنیاد و ساختار نظام قانون‌گذاری و نمایندگی در آراء علما مشروطه‌خواه (با کانونی بودن آراء شیخ محمدحسین نائینی و شیخ اسماعیل محلاتی)»، جستارهای تاریخی، ۱، (۱۳۹۱)، ۲۷-۶۳.
- زرگری‌نژاد، غلامحسین، رسائل مشروطیت (هجده رساله و لایحه درباره مشروطیت)، تهران: انتشارات کویر، ۱۳۷۴.
- زرگری‌نژاد، غلامحسین، رسائل مشروطیت، چاپ دوم، تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.
- زیباکلام، صادق، سنت و مدرنیته، تهران: انتشارات روزنه، ۱۳۷۴.
- شهبازی، عبدالله، «جریان‌های سیاسی در انقلاب مشروطیت ایران»، مصاحبه با علی پیرحسین‌لو، روزنامه ایران، ۱۵ و ۱۶، (۱۳۸۱).
- طالبوف، عبدالرحیم، کتاب احمد، چاپ دوم، تهران: انتشارات شبگیر، ۱۳۵۶.
- طالبوف، عبدالرحیم، مسالک المحسنین، به کوشش: باقر مؤمنی، تهران: انتشارات شبگیر، ۱۳۵۶.
- طالبوف، عبدالرحیم، آزادی و سیاست (دو رساله ایضاحات درخصوص آزادی و سیاست طالبی)، به کوشش: ایرج افشار، تهران: انتشارات سحر، ۱۳۵۷.
- طباطبایی، سیدجواد، تأملی درباره ایران: نظریه حکومت قانون در ایران (بخش نخست: مکتب تبریز و مبانی تجددخواهی)، تبریز: انتشارات ستوده، ۱۳۸۶.
- طحان‌نظیف، هادی و رضا احسانی. «خوانشی نو از دیدگاه‌های تحلیلی نسبت به مفهوم قانون در عصر مشروطه»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۴۵، (۱۳۹۶)، ۵۷-۸۰.
- طحان‌نظیف، هادی، بهادری جهرمی، علی و کمال کدخدامرادی، «گستره صلاحیت مقام رهبری در صدور فرمان همه پرسی (موضوع بند ۳ اصل ۱۱۰ قانون اساسی)»، دانش حقوق عمومی، ۹، ۲۹، (۱۳۹۹).

- طحان‌نظیف، هادی و سعید ممتازنیا، «همه‌پرسی تقنینی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۲، (۱۳۹۸).
 - طوسی، محمدحسن، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷.
 - عابدی اردکانی، محمد و محمود علی‌پور، «پاسخ شیخ محمداسماعیل محلاتی به مسئله استعمار: راه‌حلی برای تحقق زیست مستقل ملی در عصر سیاست‌های چند فرهنگی»، پژوهش‌نامه علوم سیاسی، ۲، (۱۳۹۴)، ۱۷۶-۱۴۵.
 - عباسی لاهیجی، بیژن، مبانی حقوق اساسی، چاپ پنجم، تهران: انتشارات جنگل - جاودانه، ۱۳۹۶.
 - عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۴.
 - فاطمی، مرتضی، ولایت فقیه یا ولایت فقها، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۹۹.
 - فیرحی، داوود، آستانه تجدد (در شرح تنبیه الامه و تنزیه المله)، تهران: نشر نی، ۱۳۹۴.
 - قادری، نفیسه السادات، گلشنی، علیرضا و مسعود همت. «چالش میان شریعت و قانون، تحلیلی بر ماهیت ساختار نظام جمهوری اسلامی»، ماهنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، ۱۵، (۱۴۰۰)، ۷۱-۵۲.
 - قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، چاپ پانزدهم، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۸.
 - کرمانی، ناظم‌الاسلام، تاریخ بیداری ایرانیان یا تاریخ مشروح و حقیقی مشروطیت ایران، تهران: امیرکبیر، ۱۳۸۷.
 - کسروی، احمد، تاریخ مشروطه ایران، چاپ بیست و چهارم، تهران: امیرکبیر، ۱۳۹۰.
 - الگار، حامد، میرزا ملک‌خان، ترجمه: جهانگیر عظیمی و مجید تفرشی، تهران: سهامی انتشار، ۱۳۶۹.
 - گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۵.
 - محمدزاده، علی. «تحلیل جامعه‌شناختی اندیشه و کنش سیاسی سیدحسن تقی‌زاده»، جامعه‌شناسی تاریخی، ۱، (۱۳۹۴).
- ۱۲۲-۱۵۷
- مدنی، سیدجلال‌الدین، حقوق اساسی تطبیقی، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۴.
 - مرادخانی، فردین، خوانش حقوقی از انقلاب مشروطه ایران، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶.
 - مستشارالدوله، میرزا یوسف‌خان، یک کلمه، به اهتمام: علیرضا دولت‌شاهی، تهران: انتشارات بال، ۱۳۸۶.
 - مکارم شیرازی، ناصر، أنوارالفقاهه: کتاب‌البیع، قم: انتشارات مدرسه الإمام أميرالمؤمنین (علیه‌السلام)، ۱۴۱۱ق.
 - موسوی خمینی، سیدروح‌الله، صحیفه امام، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۶۸.
 - موسوی خمینی، سیدروح‌الله، کتاب‌البیع، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۲.
 - موسوی خمینی، سیدروح‌الله، ولایت فقیه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۹۷.
 - موسوی خمینی، سیدروح‌الله، صحیفه امام (ره)، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۹.
 - میرزای قمی، ابوالقاسم، قوانین الاصول، شرح و تبیین: علی قزوینی، تهران: مکتبه‌العلمیه اسلامیة، ۱۳۷۸ق.
 - ناظم‌الدوله، میرزا ملک‌خان، روزنامه قانون، چاپ اول، به کوشش: هما ناطق، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۵.
 - ناظم‌الدوله، میرزا ملک‌خان، رساله‌های میرزا ملک‌خان ناظم‌الدوله، گردآوری: حجت‌الله اصیل، تهران: نشر نی، ۱۳۸۱.
 - نائینی، محمدحسین، تنبیه الامه و تنزیه المله، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۴ق.
 - هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۶.