

آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی

عنوان پژوهش

بررسی مفهوم «شریعت»

شماره مسلسل: ۱۳۹۴۰۱۲۴

تاریخ: ۱۳۹۴/۰۶/۲۴



پژوهشکده شورای نگهبان

شناسنامه

عنوان:

آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی

بررسی مفهوم «شریعت»

مؤلف:

یحیی میرحسینی

ناظر علمی:

علی بهادری جهرمی

دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی

شماره مسلسل: ۱۳۹۴۰۱۲۴

تاریخ انتشار: ۱۳۹۴/۰۶/۲۴

پژوهشکده شورای نگهبان



فهرست مطالب

چکیده.....	۲
۱- درآمد.....	۳
۲. مفهوم‌شناسی.....	۵
۱-۲. در لغت.....	۵
۲-۲. در اصطلاح.....	۶
۳- مفاهیم مرتبط.....	۶
۴- اقسام.....	۷
۵- مبانی اسلامی و حقوقی.....	۱۰
۱-۵. تعامل دو سویه شریعت و قانون.....	۱۰
۲-۵. ضرورت همخوانی قوانین با شریعت اسلامی.....	۱۴
۳-۵. ساز و کار عملی انطباق قوانین بر شریعت.....	۱۶
۶- تحلیل و جمع‌بندی.....	۱۸
۷- منابع پیشنهادی جهت مطالعه بیشتر.....	۱۹
۸- منابع و مأخذ.....	۲۰

« شریعت، Divine Law, Canon Law of Islam »

چکیده

شریعت واژه‌ای برای اشاره به دین و آئین با تأکید بیشتر بر جنبه‌های فقهی و حقوقی آن است. شریعت، اصلی‌ترین پایه و زیربنای طیف گسترده‌ای از قوانین جوامعی است که یا به صورت دینی اداره می‌شوند و یا دین نقش تعیین‌کننده‌ای در آن‌ها دارد. در ایران پس از اسلام، معمولاً احکام مستند به این شریعت، پایه قضاوت‌ها بوده و قضات، از عالمان دینی انتخاب می‌شدند. در دوره معاصر و با پدید آمدن جنبه‌های مختلف فرهنگی و اجتماعی مدرنیسم، قانون‌نویسی سبک و سیاقی سکولار - به معنای پای‌بند نبودن به هیچ گونه پیش‌فرض دینی - یافت. اما در ایران به دلیل نفوذ گسترده دین در ساختارهای اجتماع، همیشه شریعت مبنای اصلی تقنین و اجرای آن بوده است؛ این مسأله پس از انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ با تأکید بیشتری پیگیری شد. این مهم را در احکام شرعی بسیاری می‌توان پی‌جویی نمود که به صورت قانون تدوین یافتند. همچنین ابتدای فرهنگ، سیاست و اقتصاد بر اساس آموزه‌ها و اصول کلی اسلام و نیز لزوم موافقت تمامی قوانین با موازین این دین از جمله بارزترین نمودهای اهمیت شریعت در سیاست‌گذاری‌های اداره کشور و تقنین قوانین است.

واژگان کلیدی

شریعت، دین و آئین، فقه، احکام دینی، حکومت دینی، حقوق عمومی.

۱- درآمد

دین‌شناسان بر این باورند که ادیان مهم‌ترین اثر را در توسعه ایده حقوق در قرون میانه داشته‌اند (هالند، ۱۹۱۹، ج ۱۰: ۷۷۲). محققان علم حقوق در ایران نیز بر این باورند که «مذهب، یکی از مهم‌ترین نیروهای سازنده حقوق است، حتی در کشورهایی که حکومت، مذهب رسمی ندارد و حقوق را به کلی از مذهب جدا ساخته‌اند، اثر عقاید مذهبی را در تدوین و اجرای قانون انکار نمی‌کنند» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۵۸). اما در مورد جمهوری اسلامی ایران که جامعه‌ای دین‌بنیاد است، با قاطعیت می‌توان گفت جان‌مایه حقوق عمومی و خصوصی بر دین و شریعت استوار گشته است. از این رو بحث درباره دین و شریعت و بررسی ارتباطش با قانون شایسته‌اقتانم و توجه است. گرچه پی‌جویی تمام جنبه‌های این مسأله نیاز به تحقیقی جداگانه و مفصل دارد، اما در این مجمل سعی خواهد شد برخی از مهم‌ترین اثرات شریعت بر قانون و قانون‌گذاری تحلیل و مورد واکاوی قرار گیرد.

مهم‌ترین بازتاب شریعت را باید در جای جای قانون اساسی پی‌جویی نمود؛ آنجا که نام نظام سیاسی پس از انتخاب مردم، «جمهوری اسلامی» نهاده شد (قانون اساسی، اصل ۱؛ تحلیل: عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ۱۸۸-۱۹۹)^(۱). ابتدای قانون اساسی بر ۶ اصل «توحید»، «وحی»، «عدل الهی»، «امامت» و «رهبری» و «کرامت مورد نظر اسلام» تکرار برخی از اصول دین مذهب امامیه است (اصل ۲). در همین اصل، در کنار بهره‌گیری از علوم، فنون و تجارب بشری بر «اجتهاد»^(۲) فقها بر اساس کتاب خدا و سنت معصومان (ع) تأکید شده است تا این پیام القا شود که در این نظام، در کنار پذیرش مظاهر مادی مدرنیته و توسعه صنعتی حاصل از آن، فرهنگ و عقاید بر مدار برداشت علما از نصوص دینی می‌گردد. همچنین پیش از ذکر حق مردم در اعمال حاکمیت و داشتن اختیار در تعیین حاکمان سیاسی^(۳)، بر این مسأله تأکید می‌شود که حاکمیت مطلق بر

۱. پیش از آن در متمم قانون اساسی مشروطه نیز مذهب رسمی را اسلام، با مذهب جعفری اثناعشری معرفی کرده بود که می‌بایست پادشاه بر این مسلک بوده و مروج آن باشد (اصل ۱).

۲. استخراج احکام شرعی از منابع چهارگانه کتاب، سنت، عقل و اجماع بر اساس قواعد و ضوابط علم اصول فقه به کمک استدلال عقلی و با روش تحلیل منطقی، اجتهاد گفته می‌شود (مدرسی طباطبایی، ۱۳۶۸، ۱۳).

جهان از آن خداست و او این حق را به مردم واگذار کرده است (اصل ۵۶ قانون اساسی) تا از این طریق به حکومت جنبه‌ای مذهبی داده شود (برای توضیحات نک: رحیمی، ۱۳۸۹، ۱۰۶؛ نیز: قاضی، ۱۳۸۳، ۲۱۴).

در وظایف برشمرده دولت جمهوری اسلامی نیز آموزه‌های مختلف دین اسلام به چشم می‌خورد؛ از جمله: «ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی بر اساس ایمان و تقوا؛ پی‌ریزی اقتصاد صحیح و عادلانه بر طبق ضوابط اسلامی؛ توسعه و تحکیم برادری اسلامی» (اصل ۳ قانون اساسی). تنظیم سیاست خارجی ایران بر اساس «دفاع از حقوق همه مسلمانان» (اصل ۱۵۲ قانون اساسی)، و «تعهد برادرانه نسبت به همه مسلمانان» (اصل ۳) و بالاتر از آن «حمایت بی‌دریغ از مستضعفان جهان» (همانجا) نشان از ورود مبانی و آرمان‌های دینی به سیاست خارجی و مهم‌ترین قانون یک کشور یعنی قانون اساسی دارد. نیز باید به اصل ۱۵۴ قانون اساسی اشاره کرد که آرمان جمهوری اسلامی ایران را «سعادت انسان در کل جامعه بشری» معرفی کرده است؛ این در حالی است که قوانین اکثر کشورها، پاسداری از حقوق تبعه همان کشور و یا حداکثر ساکنان آن را مد نظر قرار می‌دهند. در مسائل سیاست داخلی نیز نظریات و برداشت‌های مبتنی بر اسلام لحاظ شده است که از جمله آنها باید به «ولایت فقیه» اشاره کرد (اصل ۵ قانون اساسی). همچنین در وظایف قوه قضائیه یعنی «اقامه حدود الهی» و «حل و فصل دعاوی بر اساس موازین اسلامی» جهت‌گیری مذهبی هویداست (اصل ۶۱ قانون اساسی)^(۱).

از دیگر مظاهر پی‌جویی شریعت در قوانین ایران، ضرورت آموزش زبان عربی به عنوان زبان دین^(۲) و همچنین ذکر آیات قرآن به منظور بیان استناد شرعی برخی اصول قانون اساسی است^(۳) (شهید بهشتی در پایان بررسی نهایی قانون اساسی، مجموعه‌ای

۱. توجه به این نکته حائز اهمیت است که پیش از مشروطه، حل و فصل دعاوی بر عهده مقامات دینی بوده است. از جمله در زمان صفویه صدر خاصه [بلندپایه‌ترین مقام روحانی]، صدرالممالک [قائم مقام وی] و شیخ الاسلام [یا آخوند، سومین شخصیت روحانی ایران] به ترتیب رئیس قانون کشور، رئیس محاکم مدنی و محاکم شرعی، و فصل الخطاب دعاوی بوده‌اند (سانسون، ۱۳۴۶، ۴۰-۴۲).

۲. «از آن جا که زبان قرآن و علوم و معارف اسلامی عربی است و ادبیات فارسی کاملاً با آن آمیخته است این زبان باید پس از دوره ابتدایی تا پایان دوره متوسطه در همه کلاس‌ها و در همه رشته‌ها تدریس شود» (اصل ۱۶ قانون اساسی).

۳. برای نمونه: «به حکم آیه کریمه "و اعدوا لهم ما استطعتم من قوه و من رباط الخیل ترهبون به عدوالله و

از آیات و روایاتی که زیربنای قانون اساسی بوده را به صورت موضوعی قرائت کردند نک: صورت مشروح مذاکرات...، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۸۷۷-۱۸۸۳.

بهره‌گیری گسترده از واژگانی که بافت و کارکردی دینی دارند نیز در قوانین مشاهده می‌شود. برای نمونه در اصل ۱۴۹ به جای واژه «خزانه»^(۱) - که در مواد دیگری از همین قانون مانند اصل ۵۳ به کار رفته - واژه «بیت‌المال» آمده که صرفاً اموال آن به مسلمانان اختصاص دارد؛ حال آنکه به نظر می‌رسد قانون‌گذار چنین قصدی نداشته است (صورت مشروح مذاکرات...، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۵۱۶-۱۵۱۸). لحاظ کردن «توبه و پشیمانی از گناه» در سقوط مجازات برخی از جرایم موجب حدّ دیگر مؤلفه دینی در قوانین موضوعه است (قانون مجازات اسلامی، ماده ۱۱۴). تأکید بر برخورداری همه مردم از حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی همه مردم، قید «با رعایت موازین اسلام» دارد (اصل ۲۰ قانون اساسی)؛ حال آنکه در قوانین سکولار چنین قیودی مشاهده نمی‌شود.

۲. مفهوم‌شناسی

۲-۱. در لغت

واژه شرع و شریعه در زبان عربی به معنای آبشخور و مکانی است که مردم برای برداشت آب مراجعه می‌کنند (خلیل، ۱۴۱۰ق، ج ۱: ۲۵۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۸: ۱۷۵). اما معنای مشهور آن دین و آیین است که به صورت «شِرْعَه» (ماده ۴۸/۵) و «شَرِيعَه» (جائیه ۱۸/۴۵) در قرآن کریم آمده است. این واژه در دیگر زبان‌های سامی نیز به کار می‌رود و غالباً به معنای «نمودن و نشان دادن راه» و یا «نظم و امنیت» است (گزنیوس، ۱۹۳۹، ۹۷۶؛ مشکور، ۱۳۵۷، ج ۱: ۴۳۹). برخی از اهل لغت، وجه جامع معنایی تمام واژگان ساخت‌یافته از ریشه «ش ر ع» را ایجاد راهی روشن و واضح - چه مادی به مانند آبشخور و چه معنوی همچون دین - دانسته‌اند (مصطفوی، ۱۳۶۰، ج ۶: ۴۱).



عدوکم و آخرین من دونهم لاتعلمونهم الله يعلمهم" دولت موظف است برای همه افراد کشور، برنامه و امکانات آموزش نظامی را بر طبق موازین اسلامی فراهم نماید، به طوری که همه افراد همواره توانایی دفاع مسلحانه از کشور و نظام جمهوری اسلامی ایران را داشته باشند (اصل ۱۵۱ قانون اساسی).

1. Treasury

۲-۲. در اصطلاح

در کاربردهای فقهی، کلامی و حقوقی واژه شریعت، همواره معنای استعاری «راه و روش و طریقه الهی» مراد بوده است (راغب، ۱۴۱۲ق، ۴۵۰). از این رو خدا و بعضاً پیامبر که واسطه انتقال پیام الهی است «شارع» و پیروان او که باید در این مسیر حرکت کنند «متشرعه» نامیده می‌شوند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق، ج ۱: ۵۳۶؛ طریحی، ۱۳۷۵، ج ۴: ۳۵۲). در اصطلاح‌نامه‌های حقوقی، شریعت معادل دین، به معنای راهی که خداوند بر بندگان خود نهاده است توصیف می‌شود (فرهیخته، ۱۳۷۷، ۵۱۴) که در استعمال مطلق آن، افزون بر اشمال به اعتقادات، بر احکام فقهی نیز دلالت می‌کند؛ اما آنگاه که در برابر عقل به کار بسته شود، بدین معناست که با حکمی شرعی مواجهیم که استدلال عقلی راهی بدان ندارد (فرهیخته، ۱۳۷۷، ۵۱۴).

۳- مفاهیم مرتبط

واژه‌های قرآنی «مِلَّة» (نحل/۱۶، ۱۲۳، جم) و «دین»^(۱) (توبه/۹، ۳۳، جم) به اعتبار اشاره به مجموعه‌ای از باورها، مترادف شریعت هستند^(۲)؛ اما از آنجا که معمولاً شریعت، به فروع و مسائل فقهی دین اشاره دارد و واژه ملت و دین ذهن را به سمت کلیت و اصول دین می‌برد، می‌توان گفت شرع و شریعت بخشی از دین است (دادبه، ۱۳۸۱، ج ۹: ۵۶۱). با مراجعه به قوانین مصوب در جمهوری اسلامی ایران، مشاهده می‌شود در غالب موارد این تفاوت معنایی لحاظ شده و هر یک در جای خود به کار رفته‌اند (از جمله دین و شریعت به ترتیب در اصول ۱۲ و ۴۹ قانون اساسی)؛ اما در برخی مواضع، این تمایز رنگ باخته و شریعت نیز به معنای عام آن مراد بوده است. برای نمونه ترکیب «مواظبت شرع» در اصل ۱۱۲ قانون اساسی که به وظیفه نظارت شورای نگهبان بر مصوبات مجلس اشاره دارد، ضرورتاً آنچه دست‌مایه اعضای شورای نگهبان قرار می‌گیرد، فروع و مسائل فقهی نیست؛ بلکه تمام آنچه دین خوانده می‌شود،

۱. دین به معنای آئین و روش واژه‌ای فارسی است (مشکور، ۱۳۵۷، ج ۱: ۲۶۱) که غالب کاربردهای قرآنی نیز در همین معنا به کار رفته است. اما همین واژه به معنای قانون و قضاوت ریشه‌ای سامی دارد (همو، ۲۶۰) که در «مَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ» (فاتحه/۴) آمده است.

۲. «الدِّينَ وَالشَّرِيعَةَ وَالْمِلَّةَ أَلْفَاظٌ مُتَرَادِفَةٌ بِاعْتِبَارِ مَعْنَاهِ الْعُرْفِيِّ يُطْلَقُ كُلُّ مِنْهَا عَلَى الطَّرِيقَةِ الْمَأْخُذَةِ مِنَ النَّبِيِّ (ص)» (فاضل مقداد، ۱۳۶۵، ۷۱).

می‌تواند ملاک آنان قرار گیرد. (برای همین مفهوم در اصول ۹۱ و ۹۴ قانون اساسی از عبارات احکام اسلام و موازین اسلام استفاده شده که نشانگر انطباق مفهوم شریعت بر اسلام در این نگاه است) دیگر واژه مشابه، «آئین» است که دقیقاً جانشین دین و شریعت است (برای نمونه، اصل ۱۳ قانون اساسی). در این نوشتار، مقصود از شریعت، معنای عام آن می‌باشد که مشتمل بر تمامی حوزه‌های متصور است.

۴- اقسام

به صورت کلی، مجموعه گزاره‌های دینی را می‌توان به سه بخش «اعتقادات»، «اخلاق» و «احکام» تقسیم کرد که نمود هر سه را می‌توان در قوانین ایران مشاهده کرد. چنانکه در بخش مقدمه اشاره شد، در اصول آغازین قانون اساسی و با واژگانی چون اسلام، ایمان و به ویژه در اصل دوم به مهم‌ترین اصول اعتقادی اشاره رفته است (نک: بخش پیشین). توجه به اعتقادات در قوانین مدنی و جزایی هم دیده می‌شود؛ به عنوان نمونه یکی از شروط پذیرش قسم و سوگند، داشتن ایمان است (قانون مجازات اسلامی، ماده ۱۷۶). همچنین برای توهین به اعتقادات و مقدسات مانند سبّ پیامبران الهی، اشدّ مجازات در نظر گرفته شده است (قانون مجازات اسلامی، ۲۶۲ و ۵۱۳). نهایت آنکه باید اهمیت اعتقادات را در اصول تغییرناپذیر قانون اساسی جستجو کرد: «اسلامی بودن نظام»، «پایه‌های ایمانی»، «امامت» و «اداره کشور بر اساس دین و مذهب رسمی» (فصل ۱۴ بازنگری در قانون اساسی).

همچنین اخلاق که یکی از دریاچه‌های مهم نفوذ مذهب به جهان حقوق قلمداد شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۵۹)، رابطه وثیقی با حقوق دارد تا آنجا که برخی معتقدند: «در حقوق کنونی، ریشه بسیاری از مقررات اخلاق است؛ چنانکه لزوم وفای به عهد و ضرر نزدن به دیگران و پای‌بند بودن به قراردادها و ردّ امانت از احکام اخلاقی است که از طرف قانون‌گذار تضمین شده و در زمره قواعد حقوقی درآمد است» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۵۶). گاه احترام به مسائل اخلاق الزامی شمرده می‌شود (برای نمونه: قانون مدنی، ماده ۹۶۰ و ۱۲۹۵) و تجاوز به آن از اسباب بطلان قرارداد و حتی مانع اجرای پاره‌ای از قوانین می‌شود: «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده ... به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد» (قانون مدنی، ماده ۹۷۵).

مهم‌ترین توجه به اخلاق در قانون اساسی مشاهده می‌شود؛ آنجا که «ایجاد محیط مساعد برای رشد فضایل اخلاقی» به عنوان اولین وظیفه دولت جمهوری اسلامی بر شمرده شده است (اصل ۳). داشتن رفتاری مبتنی بر «اخلاق حسنه» در رفتار با غیر مسلمانان (اصل ۱۴ قانون اساسی)، «ترویج دین و اخلاق» به عنوان بخشی از جمله‌ای که رئیس جمهور در سوگند خود باید بدان اشاره کند (اصل ۱۲۱ قانون اساسی) و تلاش دولت در راستای تحکیم روابط خانوادگی بر پایه حقوق و اخلاق اسلامی (اصل ۱۰ قانون اساسی) از دیگر شواهد توجه قانون اساسی به امر اخلاق است.

اما مهم‌ترین بخش از آموزه‌های دینی که بر قانون اثر گذاشته، احکام و دستورات فقهی است که تفصیل آن در ادامه مقاله خواهد آمد. نکته‌ای که در اینجا شایان توجه است، اشاره به جنبه‌ها و طبقه‌بندی‌های مختلف احکام در گزاره‌های حقوقی و قوانین مصوب است. توضیح آنکه دسته‌بندی‌های مختلفی برای نظم‌بخشی به احکام و دستورات فقهی ارائه شده است. از جمله آنها باید به طبقه‌بندی «عبادات، معاملات، مناکحات و جنایات» در فقه پیروان شافعی، «عبادات، عقود، ایقاعات و احکام» در آثار برخی از شیعیان از جمله محقق حلی و شهید اول^(۱)، دو قطب «عبادات و سیاسات، و عادات و معاملات» در آثار فقهی فیض کاشانی و در نهایت تقسیم‌بندی مشهور «عبادات و معاملات» اشاره کرد (نک: مدرسی طباطبایی، ۱۳۶۸، ۲۰-۲۳). در برخی مصادر فقهی متأخر و با الهام از تقسیم‌بندی‌های حقوقی معاصر، چهار رده زیر پیشنهاد شده است:

(۱) عبادات؛

(۲) اموال: [الف. اموال عمومی / ب. اموال خصوصی]؛

(۳) سلوک، آداب و رفتار شخصی اعم از روابط خانوادگی، اجتماعی و مقررات مربوط به تنظیم رفتار فردی افراد جامعه؛

(۴) آداب عمومی همچون رفتار حکومت با مردم و روابط بین‌الملل (مدرسی طباطبایی، ۲۳).

احکام از منظری دیگر به «تکلیفی» و «وضعی» طبقه‌بندی می‌شوند. احکام وضعی، به احکام مجعوله، مانند ملکیت، زوجیت و احکام متزعه مانند سببیت، شرطیت، علیت، مانعیت و احکام مربوط به صحت و فساد تقسیم شده است. احکام تکلیفی نیز به ۵

۱. شهید اول، بی‌تا، ج ۱: ۲۹.

دسته، با نام مشهور «احکام خمس» درمی آیند (زرکشی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۹۸)؛ به عبارت دیگر احکام در یکی از وضعیت های وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه قرار می گیرند. دو واژه نخست در قوانین بازتاب گسترده دارد. به عنوان نمونه برای «تظاهر به عمل حرام» کیفرهایی در نظر گرفته شده است (قانون مجازات اسلامی، مواد ۶۳۸، ۲۶۶ و ۷۰۱). همچنین در فقه و قانون، مجازات های اسلامی به چهار دسته «حد»^(۱)، «تعزیر»^(۲)، «قصاص» و «دیه» تقسیم می شوند (قانون مجازات اسلامی، ماده ۱۴).

از دیگر مسائل قابل توجه، منابع چهارگانه «کتاب، سنت»^(۳)، اجماع»^(۴) و عقل»^(۵) به عنوان راه های دستیابی به مقاصد شریعت است (کرکی، ۱۴۱۲ق، ج ۳: ۴۰؛ نیز نک محقق حلی که استصحاب را نیز بر این مجموعه اضافه می کند: محقق حلی، ۱۳۶۴، ج ۱: ۲۸). از میان این چهار منبع، بیش از همه بر دو مورد اول یعنی قرآن کریم و روایات معصومان علیهم السلام تکیه شده، با این استدلال که هر آنچه اجماع و عقل بدان حکم کند، پیش از آن شریعت به صورت منطوق یا مفهوم بدان رهنمون کرده است (حلی، ۱۴۰۱، ۱۵۴). به نظر می رسد دلیل گذاردن «عقل» در کنار دیگر ادله آن باشد که فقهاء با استفاده از این ابزار و با کاوش در نصوص دینی، می توانند درباره

۱. حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس، تعیین شده است (قانون مجازات اسلامی، ماده ۱۵). برای تفصیل حدود و مجازات های آن نک: ماده ۲۲۱ (ب).

۲. تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب مجرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می گردد (قانون مجازات اسلامی، ماده ۱۸).

۳. از لحاظ کمیت، احادیث وارده از پیامبر (ص) و معصومان (ع) بیشترین منبع فقه و حقوق می باشند که مجامعی همچون کتب اربعه و به ویژه وسائل الشیعه به ثبت آمده اند.

۴. به معنای وحدت نظر علمای امامیه در موضوعی خاص که گرچه به تنهایی حجت نیست اما به تفصیلی که در کتاب های اصول فقه به ثبت آمده، می تواند کاشف سنت باشد (نک: فیض کاشانی، ۱۳۹۰، ۱۴۴-۱۴۶).

۵. هر چند بر اساس قاعده ملازمه، حکم شرعی و عقلی در ارتباطی دو سویه با هم قرار دارند (کلّ ما حکم به العقل حکم به الشرع و بالعکس: رازی، بی تا، ج ۳: ۵۰۳؛ نیز: کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۱۱) اما عقل بیشتر یک منبع بالقوه و کشف کننده در فقه شیعه است تا آنکه منبعی بالفعل و بالاصاله باشد. با این توضیح که گرچه عقل می تواند حکمی فقهی را کشف کند و ما را به یکی از احکام و تکالیف مذهبی رهنمون کند؛ اما در عمل، هیچگاه اتفاق نیافتاده که عقل به حکمی برسد که پیش تر، کتاب و سنت درباره آن سخن نگفته باشند (صدر، ۱۴۲۳، ۱۱۱).

مسائل نوظهور که مستحدثه خوانده می‌شوند، اظهار نظر کنند^(۱) و یا حکم مسائلی که در نصوص آمده متناسب با شرایط حکومتی و جدید تغییر دهند (نک: بخش عناوین ثانویه). استفاده از هر یک از منابع فوق که به ادله اربعه شهرت دارند، تابع شرایط خاصی است که در کتب فقهی و اصولی^(۲) ذکر شده است. به عنوان نمونه در استناد به احادیث، باید مذهب و وثاقت راویان را از طریق علم رجال بررسی نمود؛ آنگاه با قواعد علم درایه و فقه الحدیث درباره میزان اعتبار حدیث قضاوت کرد.

۵- مبانی اسلامی و حقوقی

از جنبه‌ها و زوایای مختلفی می‌توان به رابطه شریعت و علم حقوق پرداخت که در این مجال به برخی از مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌رود.

۱-۵. تعامل دو سویه شریعت و قانون

چنانکه اشاره رفت، مهم‌ترین پایه قوانین حقوقی، گزاره‌های دینی است. شهید صدر در رساله «لمحة فقهیه تمهیدیه عن مشروع دستور الجمهوریه اسلامیة فی ایران» که بسیار بر قانون اساسی اثر گذاشت، می‌نویسد: «احکام ثابت شریعت که از نظر فقهی کاملاً مسلم هستند، تا آنجا که به زندگی اجتماعی ارتباط پیدا می‌کنند، بخش ثابت حقوق اساسی را تشکیل می‌دهند؛ چه در قانون اساسی به آنها تصریح شده باشد و چه نشده باشد» (صدر، ۱۴۰۰ق، ج ۵: ۱۹). از این رو قوانین مبتنی بر دین و شریعتی خاص از جهات مختلفی قابل مقایسه با قوانین سکولار هستند. از جمله آنکه یکی از پیامدهای ورود شریعت به عرصه قانون‌گذاری در ایران، گروه‌بندی عقیدتی ساکنان این سرزمین است که علاوه بر مسلمانان، تنها پیروان سه دین زردشتی، یهودی و مسیحی به عنوان اقلیت شناخته شده‌اند (اصل ۱۳ قانون اساسی). بسیاری از قوانین نیز متناسب با مذهب تصویب شده‌اند و

۱. این وظیفه که اجتهاد یا استنباط نام دارد، دستور ائمه اهل بیت است. از جمله حضرت (رضاع) فرمودند: «عَلَيْنَا اِلْقَاءُ الْاَصُولِ وَ عَلَیْكُمْ التَّفْرِیعُ؛ بیان اصول [احکام کلی] بر ما و استخراج فروع از آنها بر عهده شماست» (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۵۷۵)

۲. اصلی‌ترین وظیفه علم اصول فقه، نشان دادن چگونگی استخراج احکام شرعی از منابع چهارگانه است. افزون بر این بخش معنائی از اصول فقه به اصول عملیه - برائت، احتیاط یا اشتغال، تخییر و استصحاب - اختصاص یافته که پی‌جویی استناد شرعی آنها نیز انجام گرفته است (نک: شیخ انصاری، فراند الاصول).

تفاوت‌هایی بین مسلمان و غیر مسلمان به چشم می‌خورد (برای نمونه، نک: مواد ۱۰۵۹ و ۱۱۹۲ قانون مدنی؛ بند پ ماده ۲۲۴، تبصره ۱ ماده ۲۳۴، تبصره ۱ ماده ۲۵۱، مواد ۳۱۰، ۳۸۲ و... قانون مجازات اسلامی). جانبداری صریح قانون از شریعت اسلامی در این اصل به وضوح اشاره شده است: «احزاب، جمعیت‌ها، انجمن‌های سیاسی و صنفی و انجمن‌های اسلامی یا اقلیت‌های دینی شناخته شده آزادند، مشروط به این که اصول استقلال، آزادی، وحدت ملی، موازین اسلامی و اساس جمهوری اسلامی را نقض نکنند (اصل ۲۶ قانون اساسی). نکته شایان ذکر دیگر، توجه همزمان نویسندگان قانون اساسی به امور دینی در مسائلی است که ربط مستقیمی به دین ندارد. برای نمونه، به هنگام تعیین چارچوب‌های تنظیم برنامه اقتصادی کشور، این جمله قید شده است که: «شکل و محتوا و ساعات کار چنان باشد که هر فرد علاوه بر تلاش شغلی، فرصت و توان کافی برای خودسازی معنوی ... داشته باشد» (بند ۳ اصل ۴۳ قانون اساسی).

مسئله دیگری که باید به آن توجه نمود، این است که چه میزان از آنچه در شریعت آمده، صورتی قانونی به خود گرفته، و کدام بخش از آن‌ها اجرا می‌شود؟ پاسخ دقیق به این سوال بسیار سخت می‌نماید، اما می‌توان گفت آن دسته از ابواب فقهی بیشتر در قوانین رخ نموده است که جنبه کاملاً شخصی نداشته باشد؛ از جمله آنها باید به انواع عقود و ایقاعات و احکام جزایی همچون قصاص، دیه و... اشاره کرد. به عنوان نمونه اگر چه شرب خمر برای مسلمانان حرام است، اما قانون تنها برای شرب علنی آن در اماکن و مجامع عمومی مجازات در نظر گرفته شده است (قانون مجازات اسلامی، ماده ۷۰۱).

در مقام اجرای قوانین نیز تا حدودی از این مبنای نانوشته پیروی می‌شود. با این توضیح که بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی^(۱)، در موارد سکوت قانون، قاضی می‌تواند به منابع فقهی مراجعه کند و احکام را از آن استخراج نماید^(۲). و از آنجا که

۱. «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید». نیز ماده سه قانون آئین دادرسی مدنی: «به شرط کامل یا صریح نبودن قوانین موضوعه و یا عدم وجود قانون، قاضی می‌تواند به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر عمل نماید».

۲. برخی از حقوق‌دانان معتقدند: «این تکلیف، به ویژه در امور مدنی که گسترش قواعد آن با مانعی روبرو نمی‌شود، حقوق ما را بیش از گذشته وابسته به مذهب می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۵۸).

در منابع فقهی به طور گسترده برای تمام گناهان یا دست کم گناهان کبیره تعزیر تعیین شده است (نجفی، ۱۳۶۷ق، ج ۴۱: ۴۴۸) اما تقریباً هیچ دادگاهی را نمی‌توان یافت که شخصی را برای ترک نماز و روزه یا دیگر واجبات عبادی مجازات کرده باشد. البته از لحاظ نظری نیز برخی از حقوق‌دانان اسلامی به این مسأله تصریح کرده‌اند که میان جرم و گناه رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد یعنی هر جرمی گناه نبوده و هر گناهی نیز جرم به شمار نمی‌رود (گرچی، ۱۳۶۵، ج ۱: ۲۸۶).

در نقطه مقابل، شریعت نیز یاری‌رسان عمل به قوانین است. با این توضیح که اساس و پایه ادیان، رشد معنوی انسان‌ها برای حفظ حقوق خود و دیگران است. به عبارت روشن‌تر، نیرو و قوه محرکه بازداشتن از جرم از درون فرد سرچشمه می‌گیرد که در قانون اساسی با عبارت «فضایل اخلاقی، ایمان و تقوا»^(۱) از آن یاد شده است (اصل سوم)؛ امری که دولت نیز در کنار مبارزه با مظاهر فساد و تباهی، باید زمینه‌ساز فزونی آن‌ها باشد (اصل سوم). از این رو در کتاب‌هایی که جرم‌شناسان مسلمان نوشته‌اند، بر نقش اوامر و نواهی دین اسلام در پیشگیری از جرم اشاره رفته است (نک: میرخلیلی، ۱۳۸۸، فصل دوم از بخش دوم؛ خردمند، ۱۳۸۹).

افزون بر این باید به عملکرد برخی از فقها اشاره کرد که برای احترام به قوانین کشور، عمل به قانون را وظیفه‌ای دینی دانسته‌اند؛ تا دین‌داران به قانون به عنوان یک امر قدسی و دینی نظر افکنند. به عنوان نمونه در فتوای مقام معظم رهبری آمده است: «مخالفت با قوانین و مقررات و دستورات دولت اسلامی که به طور مستقیم توسط مجلس شورای اسلامی وضع شده و مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته‌اند و یا با استناد به اجازه قانونی نهادهای مربوطه وضع شده‌اند، برای هیچکس جایز نیست و در صورت تحقق مخالفت توسط فردی در این خصوص، بر دیگران تذکر و راهنمایی و نهی از منکر لازم است» (خامنه‌ای، ۱۴۲۰ق، ج ۲: ۳۳۴، سؤال ۱۹۸۸). تحلیل جامعه‌شناختی این فتوا آن خواهد بود که کوشش می‌شود قوانین به درجه هنجارها و باورهای دینی ترقی پیدا کند تا مکملی برای کنترل‌های رسمی شود. در صورت تحقق

۱. گرچه تقوا معمولاً به پرهیز از گناه معنا می‌شود (نک: خلیل، ۱۴۱۰، ۵: ۲۳۹-۲۳۸؛ راغب، ۱۴۱۲، ۸۸۱) اما در واقع به معنای ملکه‌ای است که علاوه بر پرهیز از کار ناپسند، رهنمون اعمال خیر نیز می‌شود (پاکتچی، ۱۳۷۷، ج ۷: ۲۱۸-۲۱۹).

این امر، هزینه انجام عملی که با هنجارهای دینی و اجتماعی جامعه منافات دارد، بالا رفته و انجام این اعمال در سطح کلان کاهش می‌یابد. تأکید بر «وظیفه همگانی امر به معروف و نهی از منکر»^(۱) (اصل ۸ قانون اساسی) - که نوعی «مسئولیت مشترک»^(۲) به شمار می‌رود - بر این مهم تأکید دارد که فرد در قبال دیگر افراد جامعه، و به تعبیر دیگر در قبال جامعه مسئول است. پر واضح است که امر به معروف و نهی از منکر نقشی اساسی در کاهش بزهکاری در جامعه دارد. در پایان باید به این مسأله اشاره کرد که گاه از لفظ «گناه» که باری دینی و اخروی دارد برای اشاره به جنایت و عمل خلاف استفاده شده است (متمم قانون اساسی مشروطه، اصل دهم).

واپسین نکته‌ای که باید در رابطه شریعت و قانون مدّ نظر قرار گیرد، تغییر پاره‌ای از قوانین اولیه شرع است؛ از قاعده این تغییر غالباً با اصطلاح «احکام ثانویه» یاد شده، و این چنین تحلیل می‌شود که بر اثر تغییر شرایط و پدید آمدن موقعیت خاص، حکم ثابت و اولیه دگرگون می‌گردد^(۳). از جمله این موارد می‌توان به فتاوی ولی فقیه در مواردی چون ارشبری زن از زمین (۸۷/۱۱/۶؛ ماده ۹۴۶ قانون مدنی)، دیه اهل ذمه (مصوب ۸۲/۶/۱۰؛ تبصره ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی در مورد دیه اقلیت‌های دینی به رسمیت شناخته شده در قانون اساسی) و قسامه (۸۰/۱۰/۲۳؛ ماده ۲۴۸ قانون مجازات اسلامی در مورد تعدد قسامه) مشاهده نمود. همچنین تفاوت گفتمانی پاره‌ای از قوانین مستند به شرع با باورداشت‌های جامعه، گاه تصویب شروط و تبصره‌هایی را ضروری کرده است. برای نمونه در مذهب امامیه، قید محدودکننده خاصی درباره ازدواج مجدد و یا ازدواج موقت (متعّه) وجود ندارد؛ اما به دلیل نداشتن پایگاه

۱. این عمل آنقدر اهمیت دارد که از ویژگی‌های امت پیامبر (ص) شمرده شده و به همین لحاظ، این امت، "بهترین امت" دانسته شده که از میان مردمان برآمده است (آل‌عمران/۱۱۰).

۲. در توضیح بیشتر مسئولیت مشترک، باید به رابطه متقابل فرد و جامعه در نصوص اسلامی اشاره کرد. شاخص این رابطه در آیه ۳۲ سوره مائده بازتاب یافته که قتل یا زنده‌داشت یک فرد، به منزله کشتار یا حیات تمامی انسان‌ها دانسته شده است: «... مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا...». می‌توان موضوع قتل در این آیه را تعمیم داد و چنین برداشت نمود که سلب حق یک فرد به منزله سلب حق تمامی انسان‌ها، و احقاق حق یک فرد، به مثابه احقاق حق همه مردم خواهد بود. این تعمیم در برخی تفاسیر ذکر شده است (رشید رضا، ۱۹۹۰، ج ۵: ۳۷، ج ۶: ۲۷۸-۲۷۹؛ مراغی، ۱۳۶۵، ج ۵: ۱۹، ج ۶: ۱۰۲).

۳. درباره مقایسه قانون و شریعت از حیث پایداری گزاره‌ها نک: کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۶۰.

فرهنگی ازدواج‌های فوق با باورهای عموم مردم به ویژه بانوان، شرایط و ضوابط خاصی تدوین شده (برای نمونه ۹ شرط برای ازدواج مجدد، نک: ماده ۲۳ لایحه حمایت از خانواده) تا به نوعی میان این حکم شرعی و واقعیات جامعه همخوانی ایجاد شود. از دیگر محدودیت‌ها می‌توان به «مالکیت به شرط حیات و عمران زمین» و یا «آزادی در ثمن معامله» اشاره کرده که قانون‌گذار آنها را مقید کرده است. اختلاف میان قانون و حکم شرعی در قوانین دوره مشروطه نیز وجود داشته است. برای نمونه آزادی مذهبی و مساوات در حقوق اجتماعی مسلمان و غیرمسلمان به خصوص در مسائل قضایی و جزایی در ابتدا چالش‌برانگیز بوده است (آدمیت، ۱۳۸۷، ۴۱۶-۴۲۱). این اختلافات در مسائل ریز و جزئی همچون واگذاری امتیاز غواصی و استخراج مروارید به بانک ملی و یا لزوم تعیین مجازات برای راشی و مرتشی^(۱) نیز وجود داشته است (آدمیت، ۱۳۸۷، ۴۲۵).

۲-۵. ضرورت همخوانی قوانین با شریعت اسلامی

تطبیق قوانین با نصوص شرعی و باورهای اساسی دین اسلام، مهم‌ترین مسأله در واکاوی رابطه شریعت و علم حقوق در جمهوری اسلامی ایران است^(۲). مطابق اصل چهارم قانون اساسی، شرع مقدس اسلام در رأس سلسله مراتب هنجارها قرار دارد و کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است...». این مسأله تا آنجا اهمیت دارد که در صورت لزوم بازنگری در قانون اساسی «ابتنای کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی» جزء خطوط قرمز محسوب شده است (اصل ۱۷۷ قانون اساسی). افزون بر مجلس، دولت نیز حق وضع مصوباتی که مغایر با اصول و احکام مذهب رسمی کشور باشد را نیز ندارد (اصل ۸۵ قانون اساسی)^(۳). بنابراین سطح شریعت اسلامی از قوانین

۱. در شرع مجوز چنین امتیاز و مجازاتی وجود ندارد.

۲. البته در شریعت اسلامی و به تبع آن در حقوق خصوصی و عمومی، تلائم و سازواری باید میان «حق» و «حکم» وجود داشته باشد (نک: جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ج ۳: ۱۳۷-۱۵۲).

۳. چنانچه این اصل نیز وجود نمی‌داشت می‌توانستیم از اطلاق اصل چهارم قانون اساسی چنین بیان

موضوعه فراتر در نظر گرفته شده است و بر اساس «اصل سلسله مراتب قوانین و هنجارها» محتوای قواعد فروتر نباید مغایر با محتوای قواعد فراتر باشد (قاضی، ۱۳۸۳، ۱۱۱). قانون‌نویسی در ایران و لزوم ابتدای آن بر شرع و تفاوتی که از این لحاظ با قوانین غربی دارد، به صورت مکرر در مشروح مذاکرات بازنگری در قانون اساسی مورد توجه بوده است (صورت مشروح ...، ۱۳۶۹، ج ۱: ۱۷۵، ۲۱۲-۲۱۵، ج ۲: ۸۵۳ جم؛ نیز توصیه‌های امام خمینی به نمایندگان مجلس و قضات برای رعایت حدود اسلامی در تقنین و اجرای قوانین نک: صحیفه نور، ج ۱۹: ۶؛ ج ۱۶: ۱۶۸؛ ج ۸: ۲۵۵).

در بازگشت به اصولی که بر همخوانی تصویب قوانین با شریعت تأکید دارد، با دو تعبیر متفاوت مواجه می‌شویم. از سویی در اصول چهارم و نود و چهارم قانون اساسی بر "انطباق" مصوبات مجلس شورای اسلامی با موازین اسلامی تأکید شده است؛ و از سوی دیگر اصول هفتاد و دوم^(۱) و نود و ششم^(۲)، تنها "عدم مغایرت" مصوبات با شرع را کافی دانسته است. تحلیل این تفاوت نیز به دو صورت تقریر شده است. عده‌ای تعبیر "عدم مغایرت" را در مواردی دانسته‌اند که حکم خاص شرعی وجود دارد؛ اما مقصود از مطابقت را هماهنگی با اصول کلی مانند عدالت، آزادی، کرامت و انصاف در نظر گرفته‌اند (جعفری ندوشن، ۱۳۸۵، ۴۹). اما استدلال تحلیل دیگر بدین شرح است: چنانچه مقصود از مطابقت با موازین شرع به معنای وجود قاعده یا مبنایی در شریعت باشد^(۳)، نمی‌توان مستند بسیاری از قوانین مصوب مجلس را در شرع بازجست؛ به دلیل آنکه تمامی موضوعات مبتلا به امروز به تفصیل در شریعت بیان نشده است. بنابراین باید

→

کنیم که هیچکدام از مراجعی که در نظام حقوقی جمهوری اسلامی اقدام به وضع مصوبه‌ای می‌نمایند، حق تصویب اموری مغایر با موازین شرعی را ندارند و هر چیزی که مصداق قانون و مقررات باشد مشمول اصل فوق می‌گردد (خامنه‌ای، ۱۳۶۹، ۱۲-۱۳؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۵، ۴۵۸).

۱. «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد».

۲. «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است».

۳. چنانکه در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، عده‌ای بر این عقیده بودند تمامی قوانین باید مطابق با موازین شرعی باشند (صورت مشروح مذاکرات ...، ۱۳۶۴، ج ۱: ۳۱۷-۳۱۸).

گفت مقصود از مطابقت در اصل چهارم به قرینه اصول ۹۱ و ۹۶، عدم مغایرت مصوبات مجلس با شرع است و الزاماً نیازی به مطابقت این مصوبات با شرع نیست: «به نظر می‌رسد همانطور که در تطبیق موضوعات جدید با موازین اسلامی، تنها بدعت محرم مخالف شمرده می‌شود، و بدعت مجاز با وجود عدم سابقه آن در اسلام پذیرفته می‌شود، در خصوص مطابقت و عدم مطابقت با اصول قانون اساسی هم باید به همین منوال عمل کرد» (عمید زنجانی و موسی زاده، ۱۳۸۹، ۱۱۹).

۵-۳. ساز و کار عملی انطباق قوانین بر شریعت

در بخش پیشین، به مباحث نظری موافقت و هم‌سازی قوانین با شریعت اشاره شد. قانون اساسی، راهکار عملیاتی آن را با تشکیل «شورای نگهبان» با هدف نظارت بر قوانین کشور تعبیه کرده است (اصول ۷۲، ۹۱، ۹۴ و ۹۶ درباره نظارت شورای نگهبان بر مصوبات مجلس؛ و اصل ۸۵ درباره نظارت بر مصوبات دولت). گرچه شورای نگهبان متشکل از ۱۲ نفر است، اما تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام، تنها با اکثریت ۶ عضو فقیه^(۱) آن شورا است (اصل ۹۶ قانون اساسی). در صورتی که شورای نگهبان، مصوبه‌ای را خلاف احکام اسلامی تشخیص داد، برای اصلاح به مجلس بازگردانده می‌شود و در صورت اصرار مجلس بر رأی خویش، اظهار نظر نهایی به مجمع تشخیص مصلحت نظام و انواده خواهد شد (اصل ۱۱۲ قانون اساسی^(۲)). شبهه‌ای که ممکن است بر اساس اصل فوق پیش آید این است که آیا مجمع تشخیص مصلحت حق دارد در وضع قانون، شرع را نادیده بگیرد؟ از آن جا که تفسیر قانون اساسی یکی از وظایف شورای نگهبان است (اصل ۹۸ قانون اساسی)، این شورا در سال ۷۲ در نظریه خود بیان داشته که مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نمی‌تواند خلاف موازین شرع باشد و پیرو آن طی نامه شماره ۴۸۷۲-۷۲/۴/۲۰ با توضیح بیشتری تصریح نموده که «منظور از خلاف موازین شرع آن است

۱. درباره فقهای شورای نگهبان در اصل ۹۱ قانون اساسی چنین آمده است: «شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز؛ انتخاب این عده با مقام رهبری است».

۲. «مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند ... به دستور رهبری تشکیل می‌شود».

که نه با احکام اولیه شرع سازگار باشد و نه با احکام عناوین ثانویه و در این رابطه صدر اصل ۱۱۲ به مجمع تشخیص مصلحت، تنها اجازه تعیین تکلیف به لحاظ عناوین ثانویه را داده است».

افزون بر شورای نگهبان، قانون‌گذار در اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی، ابطال مقررات مغایر با شرع را به دیوان عدالت اداری سپرده است^(۱). البته با توجه به تبصره ۲ ماده ۸۴ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۰^(۲) - که مقرر شده دیوان در مورد مغایرت یا عدم مغایرت مقررات دولتی با احکام شرعی از شورای نگهبان استعلام نماید - باید چنین گفت که دیوان صرفاً مجرای است که نظارت شورای نگهبان از طریق آن اعمال می‌گردد و لذا دیوان الزاماً باید از نظر فقهای شورای نگهبان تبعیت نماید (تیلا، ۱۳۸۷، ۱۹۵-۱۹۸؛ خامنه‌ای، ۱۳۶۹، ۳۱).

انطباق قوانین با شرع پیش از برپایی نظام جمهوری اسلامی، در قوانین مجلس دوره مشروطه نیز مطرح بوده^(۳) و با دعوت از علما به مجلس، همخوانی قوانین با شریعت دنبال می‌شده است (نجفی، ۱۳۸۱، ۲۷۳-۲۷۴)؛ به این صورت که سه مجتهد یعنی طباطبائی، بهبهانی و شیخ فضل الله نوری در مجلس حاضر می‌شدند و بر قوانین نظارت داشتند^(۴). افزون بر این در متمم قانون اساسی و با پیشنهاد شیخ فضل الله

۱. «قضات دادگاه‌ها مکلفند از اجرای تصویب نامه‌ها و آیین نامه‌های دولتی که مخالف با قوانین و مقررات اسلامی یا خارج از حدود اختیارات قوه مجریه است خودداری کنند و هر کس می‌تواند ابطال این گونه مقررات را از دیوان عدالت اداری تقاضا کند».

۲. «تبصره ۲- هرگاه مصوبه مورد شکایت به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد موضوع جهت اظهارنظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی لازم الاتباع است.» ماده ۴۱ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵ نیز بیان میداشت: «در صورتی که مصوبه به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد، موضوع جهت اظهار نظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود؛ نظر فقهای شورای نگهبان برای هیأت عمومی، لازم‌الاتباع است.»

۳. نک: نامه آخوند خراسانی و تذکر لزوم همخوانی قوانین با شرع (آدمیت، ۱۳۸۷، ۴۱۸). همچنین در بیان غرض تأسیس مجلس ملی آمده است: «هدف ما این است که ما امر معاش خود را تنظیم کنیم و بعد امر معاد را» (همو، ۴۱۱-۴۱۲).

۴. تأکید سید بهبهانی در تشویق نمایندگان مجلس مبنی بر اشاره به مأخذ شرعی قوانین و پافشاری نکردن بر الگوگیری از دولت‌های غربی در همین راستا بوده است (آدمیت، ۱۳۸۷، ۴۱۲).

نوری، هیئتی حداقل پنج نفره از مجتهدان - در متن قانون: «علمای اعلام» - آگاه به مقتضیات زمان بر تطبیق مواد قانونی با قواعد شرعی گمارده شدند (اصل دوم متمم قانون اساسی مشروطه). گرچه شیخ اصرار داشت این پنج تن مستقل از مجلس باشند و چنانچه اختلاف حادی رخ داد، نظر مرجع شیعیان در عتبات خواسته شود، اما نمایندگان به انتخاب این افراد از سوی مجلس رأی دادند^(۱) (آدمیت، ۱۳۸۷، ۴۱۴-۴۱۶). و البته در عرصه عمل نیز این اصل جز در دوره‌های کوتاهی اجرایی نشد.

۶- تحلیل و جمع‌بندی

ادیان به خصوص شریعت‌های الهی و آسمانی، پایه‌گذار بسیاری از مباحث حقوقی بوده‌اند؛ از این رو شریعت و علم حقوق ارتباط وثیقی داشته، یکی از بایسته‌های پژوهش مهم این علم به شمار می‌رود. در ایران و از همان نخستین تجربیات قانون‌نویسی، ردّ پای دین و شریعت دیده می‌شود؛ گرچه اهمیت آن پس از انقلاب اسلامی که آرمان خود را تأسیس جامعه اسلام‌بنیاد قرار داد، به حد اعلای خود رسید. نفوذ شریعت بر قانون در ساحت‌های مختلف و در حوزه‌های گوناگون فرهنگی، سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و... قابل مشاهده است. مقایسه این قوانین با نمونه‌های مشابه در جوامع سکولار، تمایز را بیشتر نمایان خواهد کرد. اثرات دین و شریعت بر قانون را می‌توان در حوزه‌های عقاید، اخلاق و به ویژه در احکام اسلامی پی‌جویی نمود. به جز حوزه فقه و احکام که در جای جای قوانین موضوعه بازتاب یافته و می‌توان گفت بخش‌های گسترده‌ای از آن ترجمه کتب فقهاست، نفوذ عقاید و اخلاق بیش از همه در قانون اساسی دیده می‌شود.

۱. شاید بر اثر همین نظارت باشد که رنگ و بوی دینی در متمم قانون اساسی مشروطه دیده می‌شود: اصل پانزدهم: «هیچ ملکی را از تصرف صاحب ملک نمی‌توان بیرون کرد، مگر با مجوز شرعی»؛ اصل هیجدهم: «تحصیل و تعلیم علوم و معارف و صنایع آزاد است مگر آنچه شرعاً ممنوع باشد»؛ اصل بیستم: «عامه مطبوعات غیر از کتب ضلال و مواد مضره به دین مبین آزاد و ممیزی در آنها ممنوع است».

۲. نکته جالب توجه آنکه با اوج گرفتن نهضت مشروطیت و پیش از شکل‌گیری مجلس، مظفرالدین شاه کوشید با تأسیس عدالت‌خانه‌ای دولتی مبتنی بر آنچه وی «قانون معدلت اسلامیه» می‌خواند، احکام شرع را پیاده ساخته و انقلاب را فرونشاند (رحیمی، ۱۳۸۹، ۶۴-۶۵).

۷- منابع پیشنهادی جهت مطالعه بیشتر

- پاکتچی، احمد، « عدالت‌گرایی و قانون‌گرایی ذیل مدخل اطلاع‌طلبی»؛ دایرةالمعارف بزرگ اسلامی، زیر نظر موسوی بجنوردی، ج ۹، ۱۳۷۹؛
- حسینی شیرازی، سیدمحمد، الفقه و القانون، بیروت: مرکز الرسول الأعظم (ص) للتحقیق و النشر، چاپ دوم، ۱۴۱۹ق؛
- رشیدی، امید، فقه شافعی در نظم قانون مدنی ایران، سندیج: آراس، ۱۳۹۱؛
- صدر، محمدباقر، "المحة فقهیه تمهیدیه عن مشروع دستور الجمهوریة اسلامیة فی ایران" ذیل الاسلام یقود الحیاء، قم: مرکز الأبحاث والدراسات التخصصیة للشهید الصدر، ۱۴۰۰ق؛
- فیض، علیرضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۰؛
- قیاسی، جلال‌الدین، دهقان، حمید و خسروشاهی، قدرت الله، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی (اسلام و حقوق موضوعه)، قم: پژوهشکده حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۰؛
- گرجی، ابوالقاسم، «روابط مدنی و حقوق خصوصی - ذیل مدخل اسلام»؛ دایرةالمعارف بزرگ اسلامی، زیر نظر موسوی بجنوردی، ج ۸، تهران: ۱۳۷۷؛
- منتظری، حسین‌علی، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه، قم: المركز العالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۰۸ق؛

۸- منابع و مأخذ

۱. آدمیت، فریدون، ایدئولوژی نهضت مشروطیت در ایران، تهران: انتشارات گستره، ۱۳۷۸.
۲. ابن ادریس، محمد بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی و المستطرفات، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق؛
۳. ابن منظور، لسان العرب، بیروت: دارصادر، ۱۴۱۴ق.
۴. انصاری، شیخ مرتضی، فرائد الأصول، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹ق.
۵. پاکتچی، احمد، «اخلاق دینی»؛ دایرةالمعارف بزرگ اسلامی، زیر نظر کاظم موسوی بجنوردی، تهران: ۱۳۷۷.
۶. پاکتچی، احمد، «اطلاح طلبی»؛ دایرةالمعارف بزرگ اسلامی، زیر نظر کاظم موسوی بجنوردی، تهران: ۱۳۷۹.
۷. تیلا، پروانه، اصول تطبیقی قاعده سازی و مرزشناسی قانون و آئین نامه، تهران: خرسندی، ۱۳۸۷.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۲.
۹. جعفری ندوشن، علی اکبر، بررسی تطبیقی کار ویژه های شورای نگهبان در ایران، فرانسه و آمریکا، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی، ۱۳۸۵.
۱۰. حلی، حسن بن یوسف، أجوبة المسائل المهنية، قم: چاپخانه خیام، ۱۴۰۱ق.
۱۱. خامنه ای، سید علی، أجوبة الاستفتاءات، بیروت: الدار الاسلامیة للطباعة و النشر، ۱۴۲۰ق.
۱۲. خامنه ای، سید محمد، اصل چهارم قانون اساسی، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۲-۱۵۳، پاییز و زمستان ۱۳۶۹.
۱۳. خردمند، محمد، درسنامه پیشگیری از جرم، قم: نورالسجاد، ۱۳۸۹.
۱۴. خلیل بن احمد، کتاب العین، قم: انتشارات هجرت، چاپ دوم، ۱۴۱۰ق.
۱۵. خلیلی، عذرا، جایگاه زندان در اندیشه دینی، فقه و حقوق خانواده، شماره ۴۳، پائیز ۱۳۸۵.
۱۶. دادبه، اصغر، «شرع»؛ دایرةالمعارف تشیع، به کوشش سید جوادی، فانی و

- خرم‌شاهی، تهران: نشر مجبی، ۱۳۸۱.
۱۷. رازی، محمدتقی، **هدایه المسترشدين**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، بی‌تا.
۱۸. راغب اصفهانی، حسین، **المفردات فی غریب القرآن**، بیروت/دمشق: دارالعلم/الدار الشامیه، ۱۴۱۲ق.
۱۹. رحیمی، مصطفی، **قانون اساسی مشروطه ایران و اصول دموکراسی**، تهران: انتشارات نیلوفر، چاپ چهارم، ۱۳۸۹.
۲۰. رشیدیه، هرمز، **فرهنگ تشریحی کاربرد حقوق**، تهران: نوربخش، ۱۳۹۰.
۲۱. رشید رضا، محمد، **تفسیر المنار**، قاهره: الهیئه المصریة العامه للکتاب، ۱۹۹۰م.
۲۲. زرکشی، بدرالدین محمد، **البحر المحیط فی أصول الفقه**، به کوشش محمد محمد تامر، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۱ق.
۲۳. سانسون، سفرنامه [وضع کشور شاهنشاهی ایران در زمان شاه سلیمان صفوی]، به کوشش تقی تفضلی، تهران: ۱۳۴۶.
۲۴. سپهری، محمد، **زندان از دیدگاه اسلام؛ بررسی مشروعیت، موارد و احکام زندان**، تهران: مرکز چاپ و نشر سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۳.
۲۵. سند، محمد، **فقه المصارف و النقود**، به کوشش مصطفی اسکندری، قم: محبین، ۱۴۲۸ق.
۲۶. شهید اول، محمد بن مکی، **القواعد و الفوائد**، به کوشش عبدالهادی الحکیم، قم: منشورات مکتبه المفید، بی‌تا.
۲۷. ... **صحیفه نور؛ مجموعه رهنمودهای امام خمینی**، تهران: وزارت ارشاد اسلامی، ۱۳۶۱.
۲۸. صدر، محمد باقر، **الفتاوی الواضحه (در موسوعه الشهد الصدر ج ۱۶)**، قم: مرکز الأبحاث والدراسات التخصصیه للشهد الصدر، ۱۴۲۳ق.
۲۹. صدر، محمد باقر، **"لمحه فقهیه تمهیدیه عن مشروع دستور الجمهوریه اسلامیة فی ایران"** ذیل الاسلام یقود الحیاء، قم: مرکز الأبحاث والدراسات التخصصیه للشهد الصدر، ۱۴۰۰ق.
۳۰. ... **صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی**

- ایران، تهران: چاپخانه مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۹.
۳۱. ... صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
۳۲. طریحی، فخرالدین، مجمع البحرين، تهران: انتشارات کتابفروشی مرتضوی، چاپ سوم، ۱۳۷۵.
۳۳. عمید زنجانی، عباسعلی و موسی زاده، ابراهیم، نظارت بر اعمال حکومت و عدالت اداری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۹.
۳۴. عمید زنجانی، عباسعلی، حقوق اساسی ایران شامل: دوران باستان، دوره اسلامی، مشروطه و جمهوری اسلامی با اصلاحات بازنگری، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
۳۵. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، الباب الحادی عشر مع شرحیه النافع يوم الحشر و مفتاح الباب، تهران: مؤسسه مطالعات اسلامی، ۱۳۶۵.
۳۶. فرهیخته، شمس الدین، فرهنگ فرهیخته واژه‌ها و اصطلاحات سیاسی حقوقی، تهران: قیام، ۱۳۷۷.
۳۷. فیض کاشانی، الأصول الأصيلة، تهران: سازمان چاپ دانشگاه، ۱۳۹۰ ق.
۳۸. قاضی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، تهران: نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۳.
۳۹. مکارم شیرازی، ناصر، بحوث فقهیه هامه، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۲۲ ق.
۴۰. قیاسی، جلال الدین، مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵.
۴۱. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ بیستم، ۱۳۷۴.
۴۲. کرکی، علی بن حسین، رسائل، به کوشش محمد الحسون، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ ق.
۴۳. گرجی، ابوالقاسم، مقالات حقوقی، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۵.

۴۴. محقق حلی، المعتمد، قم: مؤسسه سیدالشهداء، ۱۳۶۴.
۴۵. مدرسی طباطبایی، سید حسین، مقدمه‌ای بر فقه شیعه، ترجمه محمد آصف فکرت، مشهد: بنیاد پژوهش‌های آستان قدس، ۱۳۶۸.
۴۶. مراغی، احمد، تفسیر المراغی، قاهره: شرکه مکتبه و مطبعه مصطفی البابي الحلبي، ۱۳۶۵ق.
۴۷. مرکز تحقیقات شورای نگهبان (تدوین)، مجموعه نظریات شورای نگهبان (تفسیری و مشورتی در خصوص اصول قانون اساسی)، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، ۱۳۸۹.
۴۸. مشکور، محمدجواد، فرهنگ تطبیقی عربی با زبان‌های سامی و ایرانی، تهران: انتشارات بنیاد فرهنگ ایران، ۱۳۵۷.
۴۹. مصطفوی، حسن، التحقيق فی کلمات القرآن الکریم، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۶۰.
۵۰. میرخلیلی، سید محمود، پیشگیری وضعی از بزهکاری با نگاهی به سیاست جنایی اسلام، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
۵۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷ق.
۵۲. نجفی، موسی، تاریخ تحولات سیاسی ایران، تهران: مؤسسه مطالعات تاریخ معاصر ایران، ۱۳۸۱.

قوانین و مقررات

۵۳. قانون مدنی، مصوب سال ۱۳۱۴ هجری شمسی.
۵۴. قانون مجازات اسلامی، مصوب سال ۱۳۷۵ هجری شمسی.
۵۵. قانون اساسی ایران از مشروطه تا امروز، به کوشش محمد امین بهمنی، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۹۳.
۵۶. مجموعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، تهران: معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات، چاپ ششم، ۱۳۸۶.

57. Gesenius, William, A Hebrew and English Lexicon of the Old Testament, Translated by E. Robinson, Oxford, 1939.
Holland, T.E, "Rights", Encyclopedia of Religion & Ethics, ed. James Hastings, New York, 1919.

امام خمینی (ره):

و از شورای محترم نگهبان می‌خواهم و توصیه می‌کنم، چه در نسل حاضر و
چه در نسل های آینده که با کمال دقت و قدرت و طایف اسلامی و ملی خود
را ایضا و تحت تاثیر هیچ قدرتی واقع نشوند و از قوانین مخالف با شرع مطهر و
قانون اساسی بدون هیچ ملاحظه ای جلوگیری نمایند.

(صحیفه امام ج ۲۱، ص ۴۲۲)



بزرگسازده شورای نگهبان

آدرس: تهران، خیابان شهید سپهبد قمری،
کوچه شهید دهقانی نیا (خسرو سابق)، پلاک ۱۲
صندوق پستی: ۱۴۶۳ - ۱۳۱۴۵
تلفکس: ۰۲۱ - ۸۸۳۲۵۰۴۵
info@shora-rc.ir
www.shora-rc.ir