



قانونگذاری بشری در «ما لا نصّ فیه» میرزای نائینی و «منطقه الفراغ»

شهید صدر

عبدالرضا علیزاده^۱ ✉، سیدعلی علوی قزوینی^۲، سیده فاطمه میرباقری^۳

۱. نویسنده مسئول: دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: alizadeha@ut.ac.ir

۲. دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: saalavi@ut.ac.ir

۳. دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق دانشکدگان فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران. رایانامه: mirbagheri_sf@ut.ac.ir

چکیده

هرچند در جوامع مدرن اغلب حکومت‌ها، دارای رکن قانونگذارند، ولی سازوکار تدوین قوانین هر حکومت، مبتنی بر مبانی فکری همان حکومت شکل گرفته است. توجه به مسئله قانونگذاری در حکومت شیعی اغلب از زمان انقلاب مشروطه در ذهن گروهی از علما نقش بسته و تلاش کرده‌اند در این خصوص نظریه‌پردازی کنند. یکی از مهم‌ترین نظریات در این زمینه، اندیشه تقسیم احکام به ثابت و متغیر است. بنابراین در این نوشتار ضمن مقایسه دیدگاه دو تن از طراحان این اندیشه، به بررسی تفاوت حوزه احکام متغیر در نظریه آنها می‌پردازیم. میرزای نائینی این محدوده را «عرفیه محضه» می‌داند و تنها به «عدم مخالفت قطعیه» با احکام ثابت اکتفا می‌کند. اما شهید صدر معتقد است ادله در این حوزه نیز اشاراتی دارند که قانونگذاری باید بر اساس آنها صورت پذیرد. از این رو در نگاه او قانونگذاری در «منطقه الفراغ» ترکیبی از کار فقهی و کار عرفی کارشناسی است.

کلیدواژه‌ها: احکام ثابت، احکام متغیر، قانونگذاری بشری، ما لا نصّ فیه، منطقه الفراغ

* استناد: علیزاده، عبدالرضا؛ سیدعلی علوی قزوینی؛ سیده فاطمه میرباقری؛ (بهار ۱۴۰۳) «قانونگذاری بشری در «ما لا نصّ فیه» میرزای نائینی و «منطقه الفراغ» شهید صدر»، مطالعات حقوق خصوصی، ۵۴، ۱: ۸۸-۶۵.

DOI: 10.22059/jfq.2024.370089.1007843

تاریخ دریافت: ۲۷ دی ۱۴۰۲، تاریخ بازنگری: ۱۲ فروردین ۱۴۰۳، تاریخ تصویب: ۱۷ اردیبهشت ۱۴۰۳، تاریخ انتشار: ۱۸ اردیبهشت ۱۴۰۳



۱. مقدمه

یکی از حوادث مهمی که پس از رنسانس و تحولات عمیق فکری و اجتماعی در غرب به وقوع پیوست، شکل‌گیری اندیشه تفکیک قوا و در پی آن حذف تدریجی برخی از نظام‌های پادشاهی در اروپا و سپس در سایر نقاط جهان بود (غنایی، ۱۳۹۶: ۷۷). حقوق ایران نیز همچون دیگر کشورها از تأثیر این حوادث مستثنا نبود؛ یکی از این تأثیرات ایجاد رکن قانونگذاری در نظام حکومتی ایران در دوران مشروطه بود.

با وجود مقاومت گروهی از علمای شیعه در مقابل پذیرش مشروطه، به دلیل اعتقاد به انحصار مقام تشریح و قانونگذاری در خداوند (ابوالقاسمی دهاقانی و ورعی، ۱۳۹۴: ۶۰)، گروهی دیگر در جهت هماهنگ‌سازی رکن قانونگذاری با اصول و مبانی فکری فقه شیعه و تحکیم جایگاه این رکن در ایران تلاش می‌کردند. برای مثال در گروه اول شهید شیخ فضل‌الله نوری در رساله حرمت مشروطه با اعتراض به التزام‌های قانونی می‌نویسد: «اصل این ترتیب و قانون اساسی و اعتبار به اکثریت آرا اگرچه در امور مباحه بالاصل هم باشد، چون بر وجه قانون التزام شده و می‌شود حرام تشریحی و بدعت در دین است و کل بدعه ضلاله. مباح را هم اگر التزام به آن نمایند و لازم بدانند و بر مخالفت آن جزا مترتب نمایند حرام است» (زرگری‌نژاد، ۱۳۸۷: ۲۶۴). اما در گروه مقابل، میرزای نائینی با طرح اندیشه ثابت و متغیر و حق قانونگذاری بشری در محدوده «ما لا نصّ فیهِ»، نقش بسزایی در نظریه‌پردازی در خصوص حکومت مشروطه و پاسخ به شبهات طیف مخالف ایفا کرد. پس از او این اندیشه را عالمان دیگری چون علامه طباطبایی و شهید مطهری توسعه دادند (موسوی اصل، ۱۳۹۵: ۴۶؛ بهارلویی و راعی دهقی، ۱۳۹۴: ۵۷) و در نهایت شهید صدر با طرح نظریه نظام‌سازی اسلامی و قانونگذاری در منطقه الفراغ (علی‌اکبری بابوکانی و آهنگری، ۱۳۹۵: ۱۴۲؛ اسماعیلی و همکاران، ۱۳۹۳: ۶۹)، بیش از پیش این نظریه را گسترش داد.

از آنجا که بررسی نسبت شریعت با قوانین و قانونگذاری در جوامع اسلامی یکی از مباحث بنیادی و مهم حقوق اسلامی است، در این مقاله ضمن تبیین نظریه میرزای نائینی و شهید صدر در این خصوص، به تحلیل محدوده مجاز قانونگذاری بشری در اندیشه این دو فقیه دانشمند و تفاوت نگاه آنها در این حوزه خواهیم پرداخت.

۲. اندیشه‌های میرزای نائینی

مرحوم نائینی فقیه و عالم بزرگی است که در اثر گرانقدر خود، نقش مهمی در تثویز کردن قوه مقننه در نظام حقوقی اسلام ایفا کرد. او در این کتاب کاملاً ناظر بر عینیت و واقعیات جامعه خویش بحث کرده و بر خلاف بسیاری از علمای دینی که از دخالت در عرصه اجتماعی خودداری کرده و بحثی در نظریه‌پردازی در نظام کلان اجتماعی ارائه نکرده‌اند،

توانست در تنبیه الامه ضمن مواجهه با نیاز عینی جامعه خود، در پاسخ به آن، نظریه عالمانه‌ای را بیان کند که پس از گذشت حدود دو قرن همچنان مورد توجه و عمل جوامع اسلامی است. یکی از ابتکارات قابل تقدیر، در این کتاب، تلاش برای مستند کردن حقوق اساسی به فقه و برقراری ارتباط میان این دو، و ایجاد نسبت بین حکومت و توحید است. مرحوم نائینی جامعه دینی را صرفاً از طریق اجرای احکام شریعت قابل تحقق نمی‌داند، بلکه معتقد است نظام سیاسی باید بالاصاله دینی بوده و مجعول از جانب خدا باشد. در حقیقت جامعه دینی را جامعه‌ای می‌داند که نظام سیاسی آن مشروع باشد، و نظام سیاسی را زمانی مشروع قلمداد می‌کند که منسوب من قبل الله باشد. در غیر این صورت حکومت، نه به دلیل عدم اجرای احکام در آن، بلکه به سبب توحیدی نبودن کلیت آن، مشروع نخواهد بود. همچنین ایشان در ارتباطی که میان امور اجتماعی و سیاست با امور اعتقادی و توحید برقرار کرده، معتقد است: «مالک علی الاطلاق» بودن و «فعال مایشاء» بودن و «لایسئل عن ما یفعل» بودن سلطان از نظر قرآن شرک بوده؛ و پذیرش چنین مقامی برای پادشاه از سوی سایرین نیز موجب مشرک شدن آنهاست. از این رو باید تا حد امکان با این شکل از حکومت مقابله کرد. ابتکار دیگر این فقیه فرزانه ارتباطی است که بین امور سیاسی با اخلاق برقرار کرده است. وی بیان می‌دارد حکومت مالکیه نتیجه جامعه‌ای است که مبتنی بر اخلاق اسلامی نباشد و اگر جامعه‌ای مبتنی بر اخلاق اسلامی شکل بگیرد، ایثار و فداکاری و تقدم حقوق عامه بر حق عده‌ای خاص در آن رخ خواهد داد، و نتیجه حکومتی خواهد بود که در آن رعایت عدالت و برابری و استیفای حقوق مردم و جلوگیری از تعدی و ظلم حاکمان ممکن می‌شود. بنابراین بخش زیادی از مباحث این اثر ارزشمند شامل نوآوری‌ها و نکات بدیعی است، که هرچند بسیار مهم و شایان توجه هستند، ولی به سبب خروج موضوعی از پژوهش حاضر به شرح و بررسی بیشتر آنها نخواهیم پرداخت.

۱.۲. تنبیه الامه و اثبات مشروعیت مجلس

میرزای نائینی تصویری از حکومت و قانونگذاری و نسبت آن با اسلام و شریعت در کتاب تنبیه الامه و تنزیه المله ارائه داده است که بر اساس آن قانونگذاری بشری در مجلس مشروع به شمار می‌آید و حوزه و محدوده آن نیز مشخص می‌شود. کتاب تنبیه الامه در دوره استبداد صغیر (لطیفی، ۱۳۹۵: ۱۱۷) و پس از مخالفت شماری از علما و روحانیان با مشروطه در یک مقدمه، پنج فصل و یک خاتمه^۱ نگاشته شده و در آن ضمن نظریه‌پردازی در خصوص

۱. در حقیقت این خاتمه، نظریه اجتماعی میرزای نائینی و بسیار حائز اهمیت است

مشروطه، به اشکالات مخالفان مشروعیت قانونگذاری مجلس، از جمله انحصار حق تشریح در خداوند و ناتوانی مجلس در استنباط قوانین الهی، پاسخ گفته است.

میرزای نائینی در این کتاب، نخست حکومت را در دو گونه منحصر می‌داند: تملیکیه (استبدادیه) و ولایتیه (طالقانی، ۱۳۷۸: ۲۴)؛ در حکومت تملیکیه آزادی و مساوات رعایت نمی‌شود و حاکم خود را مالک مردم می‌داند و حق هر تصرفی را برای خود قائل است. اما در حکومت ولایتیه علاوه بر مراعات برابری افراد در قبال قانون، جمعی از وکلای مردم مأموریت نظارت بر حاکمان را به منظور جلوگیری از استبداد آنها بر عهده دارند. او ضمن اینکه معتقد است حکومت صدر اسلام به روش ولایتیه اداره می‌شده و پس از دوران خلفای راشدین، حکومت در تمدن اسلام به سوی استبداد میل کرده و موجب انحطاط^۱ و عقب‌ماندگی جوامع مسلمان شده است، بیان می‌کند که منظور شارع مقدس و پیامبر اسلام و حتی حکما و عقلای غیردینی نیز همان حکومت مشروطه بوده است که با رسوخ افکار مستبدانه، این امر در طول تاریخ تمدن اسلامی دچار انحراف شده و مستبدان، اقتدار سیاسی را در دست گرفته‌اند (ورعی، ۱۳۸۲: ۷۹-۸۱). وی همچنین معتقد است که اصول حکومت مدرن غربی از اسلام گرفته شده است (فیرحی، ۱۳۹۹: ۴۶۰)^۲، بر این اساس مشروطه را آغاز حرکت به سمت پیشرفت می‌داند و باور دارد که اگر حکومت‌های استبدادی در جوامع اسلامی مدتی دیگر ادامه یابند، هیچ چیزی برای آنان باقی نخواهد ماند و نمی‌توانند به پیشرفت و ترقی دست یابند، و بیان می‌کند که اگر حکومت‌های مستبد اسلامی، به حکومت مشروطه تحول پیدا کنند، دور نیست که عظمت و شوکت سابق به آنان بازگردد (ورعی، ۱۳۸۲: ۸۰).

نائینی علاوه بر بیان موارد مذکور می‌کوشد تا حکومت مشروطه را فراتر از مطلوبیت‌های ناشی از تقلیل ظلم (به دلیل تحدید سلطه حکومت مستبد با وضع قانون و نظارت بر سلطنت از طریق مجلس) لباس مشروعیت هم بپوشاند (فیرحی، ۱۳۸۲: ۲۱۶) و از چند طریق سعی در اثبات مشروعیت مجلس می‌کند:

یکی از باب امر به معروف و نهی از منکر: با این توضیح که هر گاه شخصی منکرات متعددی را مرتکب شود، نهی کردن او از هر کدام آنها، تکلیف مستقلی به‌شمار می‌آید؛ و در صورتی که توانایی لازم جهت نهی او از برخی منکراتش وجود نداشته باشد، این امر دلیلی برای نهی نکردن او از باقی منکراتش نیست (قریشی، ۱۳۹۰: ۱۴۴) و نتیجه می‌گیرد اگرچه

۱. میرزا انحراف در صدر اسلام را در دو مرحله قائل است، یکی انحراف سقیفه که منصب خلافت غصب شد و دیگر قلب ماهیت حکومت اسلامی که انحرافی بزرگ‌تر است که در زمان معاویه و بنی‌امیه صورت می‌گیرد.

۲. «عبارات تنبیه الامه سراسر حاکی از باور نائینی به مراودات تمدنی به‌ویژه اقتباس اروپاییان از اسلام و تمدن اسلامی در حوزه حقوق و سیاست مدرن است؛ سید محمود طالقانی هم در حاشیه بر تنبیه چنین نظری دارد» (فیرحی، ۱۳۹۹: ۴۶۰).

حکومت‌های زمان غیبت غصبی‌اند، اما اگر بتوان از استبداد آنها جلوگیری کرد، حداقل از یکی از منکرات جلوگیری می‌شود. بر این اساس اگر نتوان در زمان غیبت یک قدرت نامشروع را کنار زد، محدود کردن آن خود کار پسندیده و لازمی است (ورعی، ۱۳۸۲: ۷۵-۷۷).

دیگری از باب مقدمه واجب، زیرا از آنجا که «حفظ اساس و موجودیت اسلام» واجب است، مهم‌ترین وسیله برای تحقق آن، یعنی وجود حکومتی عادل که از پشتیبانی مردم برخوردار باشد تا بتواند به کمک آنها به دفاع از اسلام بپردازد نیز، واجب است و چنین حکومتی محقق نمی‌شود، مگر از طریق محدودیت قدرت حاکم به وسیله قانون. بنابراین لازم است قانون اساسی تنظیم شود تا ناظر بر اعمال حکومت باشد و وجود مجلس نیز به منظور امکان‌پذیر کردن نظارت و هدایت قانونی در قبال حکومت، ضروری است. بر این اساس از منظر نائینی قانون اساسی و مجلس نمایندگان حکم مقدمه واجب را پیدا می‌کنند (زیباکلام، ۱۳۸۲: ۴۰۸؛ ورعی، ۱۳۸۲: ۱۰۷). نائینی این دو مؤلفه را به عنوان قدر مقدور از جانشینی قوه عصمت می‌نگرد و تدارک چنین سازوکار نظارتی در دوره غیبت را واجب می‌داند (فیرحی، ۱۳۹۱: ۲۹۱). در واقع او در شرایط عدم دسترسی به امام و با استناد به وحدت ملاک تشکیل مجلس شورا به عنوان «قوه مسدوده و نظاره» جانشین اصل عصمت در اندیشه شیعی می‌داند و برای مجلس کارکردی شبیه عصمت «به قدر مقدور» در حفاظت از تبدیل حکومت مشروطه به استبداد قائل است (ورعی، ۱۳۸۲: ۸۷-۹۱).

آنگاه میرزای نائینی به منظور اثبات مشروعیت قانونگذاری بشری، نظریه‌ای را به شرح ذیل ارائه می‌کند:

۲.۲. تقسیم احکام به ثابت و متغیر

از نظر میرزای نائینی احکام در شریعت اسلام به دو دسته ثابت و متغیر تقسیم می‌شوند؛ احکام ثابت بر موضوعات ثابت قرار داده شده و به طور منصوص در ادله می‌آیند و هیچ‌گاه تغییر نخواهند کرد؛ روایت «حلال محمد حلال الی یوم القیامه و حرام محمد حرام الی یوم القیامه» مختص این دسته از احکام بوده و وظیفه ما استنباط و عمل به آنهاست؛ اما احکام متغیر که در حوزه «ما لا نصّ فیه» قرار دارند (حسینیان، ۱۳۸۷: ۱۶۷)، احکامی‌اند که نص خاصی دال بر آنها در ادله وجود ندارد و جعل آنها به منظور حفظ مصلحت و نظم جامعه برای اداره حکومت به ولی نوعی (معصومین در زمان حضور و نواب خاص و عام در زمان غیبت) واگذار شده است (ورعی، ۱۳۸۲: ۱۳۳-۱۳۸).

۲.۳. مؤلفه‌های اصلی احکام متغیر

۱. احکام متغیر در حوزه امور عمومی است و باید بر اساس مصلحت عمومی و حفظ نظم اجتماعی شکل بگیرد، در نتیجه این احکام به تبع شرایط تغییر خواهند کرد (ورعی، ۱۳۸۲: ۱۷۰).
 ۲. اگرچه جعل احکام متغیر به ولی نوعی واگذار شده^۱ (فیرحی، ۱۳۹۱: ۴۴۸)، اما آیه «و شاورهم فی الامر» دلالت بر این دارد که ولی امر می‌باید در این حوزه با مردم مشورت کند (طالقانی، ۱۳۸۷: ۱۳۰-۱۳۱).
 ۳. ولی امر حق دارد که جعل احکام متغیر را به دیگران تفویض کند؛ بر این اساس می‌تواند حق خود را به نمایندگان مردم در مجلس تفویض کند (طالقانی، ۱۳۸۷: ۱۱۰).^۲ در حقیقت نائینی مجلس را «مأذون مأذون معصوم» تلقی می‌کند و مأذون از اولی الامر می‌داند (فیرحی، ۱۳۹۱: ۴۴۷).
 ۴. قوانینی که توسط نمایندگان (افراد) که جعل حکم توسط ولی امر به آنها تفویض شده) جعل می‌شود، نباید مخالف قوانین ثابت شریعت باشد (حسینیان، ۱۳۸۷: ۱۶۸).
 ۵. تشخیص چگونگی محتوای قوانین و رعایت مصلحت در حوزه ما لا نصّ فیه به عهده فقیه نیست، بلکه به تعبیر میرزای نائینی «عرفیه محضه» است، و حتی اگر فقیه حاکم نخواهد قانونگذاری در این حوزه را به دیگران تفویض کند نیز، باید با مشورت اهل حل و عقد و کارشناس این کار را انجام دهد (منظور از عرف در اینجا عرف متخصص و کارشناس است).
- بنابراین قوانین مجلس به دو لحاظ مشروع قلمداد می‌شود: اول اینکه جعل احکام متغیر از سوی خداوند به ولی نوعی واگذار شده و او نیز به مجلس تفویض کرده است؛ دوم اینکه فقها بر عدم مخالفت قوانین مصوب مجلس با احکام ثابت الهی نظارت کرده و آنها را تنفیذ می‌کنند.

۲.۴. شورایی بودن امور عمومی و حق مشارکت عمومی

میرزای نائینی به منظور تحلیل پایگاه حق مشارکت مردم در جعل قوانین، به آیه «و شاورهم فی الامر»^۳ تمسک کرده و معتقدند که اولاً، مخاطب «شاورهم» عموم مردم هستند (طالقانی، ۱۳۸۷: ۸۱-۸۰).

۱. در نظر نائینی این دسته از قوانین از امور حسبه هستند و فقیهان در این باره ولایت دارند.

۲. «عدم لزوم تصدی شخص مجتهد و کفایت اذن او در صحت و مشروعیت آن و این مطلب از فرط وضوح و کمال بداهت مستغنی از بیان، حتی عمل عوام شیعه هم مبتنی بر آن است»

۳. آل‌عمران / ۱۵۹

۸۲^۱ و ثانیاً عبارت «فی الامر»، مفرد محلی به «ال» و افاده عموم می‌کند، یعنی عموم آن شامل تمام امور (به جز احکام ثابت شرعی) می‌شود؛ در نتیجه حاکم باید در همه امور به جز احکام و حدود شرعی و اجرای آنها، با مردم مشورت نماید (طالقانی، ۱۳۸۷: ۸۱-۸۲).^۲ به سخن دیگر، ولی نوعی باید در تمام امور ما لا نصّ فیه با مردم مشورت کند. حتی به نظر برخی، نائینی قوانین غیرمنصوص را اختصاصاً ذیل عنوان عمومی شورا می‌پذیرد و در صورتی که خارج از مدار شورا تصویب و اعمال شوند، آنها را مشروع نمی‌داند (فیرحی، ۱۳۹۱: ۴۴۷).

میرزای نائینی همچنین به منظور اثبات موضوعیت داشتن مشورت استدلال می‌کند که حتی پیغمبر که از حیث علمی و به دلیل مقام عصمت نیازی به مشورت نداشت، مأمور به مشورت شده است؛ و اینکه خداوند ایشان را که عقل کل و نفس عصمت است به مشورت با عقلای امت مکلف فرموده، نشان‌دهنده اهمیت مسئله شورا است (ورعی، ۱۳۸۲: ۸۳). بر این اساس علم ولی امر ارتباطی با لزوم مشورت ندارد و مشورت در امور عمومی موضوعیت دارد. او طریق این مشورت را تشکیل مجلس شورا می‌داند. بنابراین، جامعه در امور اجتماعی دارای حق مشورت است و باید در احکام متغیر که برای تعیین ضوابط تشخیص مصلحت در شرایط خاص، جعل می‌شود اعمال نظر کند؛ و طریق این اعمال نظر و مشورت، مجلس شورا است.

۲.۵. عرفی بودن شیوه اداره امور عمومی و حکمرانی

یکی از نکاتی که در اندیشه میرزای نائینی باید به آن توجه کرد این است که اگرچه او قلمرو ما لا نصّ فیه را عرفی می‌داند، ولی حکومت و اداره جامعه را خارج از حیطه شریعت به شمار نمی‌آورد. اما در اندیشه برخی متفکران^۳، از یک سو حق حاکمیت حق طبیعی هر انسان است که در زندگی اجتماعی به حق مشاع حاکمیت بر محیط تبدیل می‌شود و افراد از طریق قرارداد اجتماعی و انتخاب وکلای خود برای اداره حکومت، این حق را اعمال می‌کنند؛ از سوی دیگر معیار صحت ادراکات انسان در حوزه علوم نظری و عملی به شریعت مربوط نمی‌شود. در نتیجه علوم و معارفی که در اداره حکومت دخیل اند، ارتباطی با شریعت ندارند و حکومت یک

۱. «دلالت آیه مبارکه «وشاورهم فی الامر» که عقل کل و نفس عصمت را بدان مخاطب و به مشورت با عقلای امت مکلف فرموده‌اند، بر این مطلب در کمال بدهت و ظهور است. چه بالضرورة معلوم است که مرجع ضمیر جمیع نوع امت و قاطبه مهاجران و انصار است نه اشخاص خاصه و تخصیص آن به خصوص عقلا و ارباب حل و عقد از روی مناسبت حکمیه و قرینه مقامیه خواهد بود نه از باب صراحت لفظیه.

۲. «دلالت کلمه مبارکه فی الامر که مفرد محلی به ال و مفید عموم اطلاقی است بر اینکه متعلق مشورت مقرر در شریعت مطهره کلیه امور سیاسی است هم در غایت وضوح...»

۳. برای مطالعه بیشتر در این خصوص ر.ک: حائری یزدی، مهدی؛ حکمت و حکومت؛ (نسخه الکترونیکی). برگرفته از سایت

امر عرفی ناشی از حقوق طبیعی انسان‌هاست؛ و اداره جامعه خارج از گستره رسالت دین است؛ بر این اساس افراد می‌توانند به هر صورت که تصمیم بگیرند جامعه را اداره کنند. آنچه این دو اندیشه را از یکدیگر جدا می‌کند این است که میرزای نائینی اولاً، حق حاکمیت را به خداوند متعال بازگردانده و آن را مجعول از سوی شارع می‌داند؛ ثانیاً، بر این باور است که این حق برای ولی نوعی، جعل شده است (نه عموم مردم)، و همین مسئله موجب شده است که او برای دخالت مردم در حکومت به ادله شورا و آیه «و شاورهم فی الامر» تمسک جوید. بنابراین، در نظر میرزای نائینی اگرچه محتوای قوانین در اداره حکومت عرفی است، اما اصل حکومت به دین انتساب دارد. البته اشکال مهمی که به دیدگاه میرزای نائینی وارد به نظر می‌رسد، این است که از نظر او قلمرو «ما لا نصّ فیهِ»، صرفاً عرفی (عرفیه محضه) و تشخیص آن کاملاً به عهده کارشناسان است و حتی در صورت عدم تفویض به وکلای مردم نیز، ولی نوعی موظف به مشورت با آنهاست؛ در این صورت، چرا باید این امور عرفی تخصصی و کارشناسی صرف، به فقیهی واگذار شود که فاقد علم و تخصص لازم در این حوزه است؟!

۳. اندیشه‌های شهید صدر

نظریه شهید صدر در خصوص حوزه قانونگذاری بشری را - که از نگاه‌های او در آثاری همچون *اقتصادنا، الاسلام یقود الحیاه* و مقدمه چاپ دوم *اقتصادنا*، به دست می‌آید - باید در دسته نظر متفکرانی قرار داد که احکام را به دو گروه ثابت و متغیر تقسیم کرده‌اند؛ هرچند شاید بتوان اندیشه او را جامع‌تر و دقیق‌تر از پیشینیان دانست. برای نمونه یکی از نقاط قوت نظریه شهید صدر نسبت به میرزای نائینی، نگاه عمیق‌تر او به تفاوت تمدن‌سازی اسلامی و غربی است. با اینکه میرزای نائینی معتقد به اجرای الگوهای غربی در ممالک اسلامی بود و حتی دلیل پیشرفت غرب را عمل به تعلیمات اسلام می‌دانست (حسینیان، ۱۳۸۷: ۵۹) و می‌گفت: «بضاعتنا ردت الینا» (حسینیان، ۱۳۸۷: ۲۹)، اما شهید صدر به لزوم هماهنگی ارزش‌ها، فرهنگ و قوانین جامعه توجه دارد و معتقد است الگوهای غربی و شرقی که مبتنی بر اندیشه و فرهنگ انسان زمینی طراحی شده‌اند، در دنیای اسلام که انسان را مرتبط با خداوند در نظر می‌گیرد، قابل اعمال نیستند (صدر، ۱۴۲۴ق: ۲۱-۳۴).^۱ نقطه قوت دیگر در اندیشه شهید صدر توجه به ارتباط و نسبت

۱. «و تجربه الانسان الاوروبی الحدیث هی بالذات تعبیر تاریخی واضح عن هذه الحقیقه... ان الانسان الاوروبی ينظر الى الارض دائماً لا الى السماء... و هذه نظره الى الارض اتاحت للانسان الاوروبی ان ینشی قیما للمادهو الثروه والتملك تنسجم مع تلك النظرة... و هذه الاخلاقیات تختلف عن الاخلاقیه التي تمیثها الامه داخل العالم الاسلامی نتیجه لتاریخها الدینی فالانسان الشرقی الذی ربه رسالات السماء وعاشت فی بلاده و مر بتریبته دینیه مدیده علی ید الاسلام ينظر بطبیعته الى السماء

بین «دین»، «حاکمیت» و «مردم» و تلاش به منظور ایجاد ارتباط و انسجام این مفاهیم از طریق طرح نظریه استخلاف و استشهاد است.

۳.۱. نظریه استخلاف و استشهاد

شهید صدر در نظریه‌ای که بنیاد سایر نظریات او را تشکیل می‌دهد، جامعه اسلامی را بر اساس نظام استخلاف و استشهاد تبیین می‌کند. او از یک سو می‌گوید به دلیل اینکه خداوند انسان را به عنوان مستخلف خود در زمین قرار داده، او در زمین خلافت دارد و حق هیچ‌گونه تصرفی ندارد مگر از باب خلافت و نیابتی که به او اعطا شده و شیوه اجرای آن در دین بیان شده است؛ در نتیجه چنانچه برخلاف این امانت عمل کند، مؤاخذه خواهد شد (الصدر، ۱۴۲۴: ۳۳).^۱ از سوی دیگر هم جریان استشهاد را تبیین می‌کند که جریان انبیا و اوصیا (ع) است و پس از بعثت رسل شکل گرفته و در نهایت هم به فقها منتقل شده است (الصدر، ۱۳۹۰: ۱۳۵)؛ و این دو نظریه را در نظام سیاسی و اقتصادی نیز جریان داده است. برای مثال در بحث مالکیت بیان می‌کند که اموال همگی ملک خداوند هستند و انسان به دلیل نیابتی که دارد، می‌تواند در این اموال تصرف کند و در نظام سیاسی معتقد است مردم به جهت استخلاف، حق دخالت در امور اجتماعی و تکلیف بر خلافت دارند (الصدر، ۱۳۹۰: ۲۲). همچنین در فرایند قانونگذاری علاوه بر حضور فقه به دلیل جریان استشهاد، مردم را از باب جریان استخلاف دخیل دانسته و بر این باور است که افزون بر لزوم رعایت احکام شریعت در قانونگذاری، باید مصلحت جامعه در شرایط متفاوت ملاحظه شود و در حقیقت فرایند قانونگذاری را نیز محصول توأمان دو جریان استشهاد و استخلاف می‌دانند.

۳.۲. لزوم اجرای همه‌جانبه اسلام و طرح نظام‌سازی اسلامی

نکته شایان توجه در اندیشه شهید صدر، طرح نظامات اسلامی و ضرورت استنباط نظامات اسلامی توسط اوست. او بر این باور است که همان‌طور که عمل به یک بخش خاص از یک نقشه جامع مهندسی عمل به آن نقشه محسوب نمی‌شود و نقشه تنها در هندسه کلی خود

قبل ان ينظر الى الارض ويؤخذ بعالم الغيب قبل ان يؤخذ بالماده والمحسوس... ان هذا الاتجاه لدى الانسان المسلم يعبر في الحقيقه ان مبدا الخلافه الانسان في الارض فهو يمیل بطبيعته الى ادراك موقفه في الارض باعتباره خليفه لله، و لا اعرف مفهوما اغنى من مفهوم الخلافه لله في التاكيد على قدره الانسان و طاقاته التي تجعل منه خليفه السيد المطلق في الكون..»

۱. «ان هذا الاتجاه لدى الانسان المسلم يعبر في الحقيقه ان مبدا الخلافه الانسان في الارض فهو يمیل بطبيعته الى ادراك موقفه في الارض باعتباره خليفه لله، و لا اعرف مفهوما اغنى من مفهوم الخلافه لله في التاكيد على قدره الانسان و طاقاته التي تجعل منه خليفه السيد المطلق في الكون... لان الخلافه تستبطن معنى المسؤوليه تجاه ما يستخلف عليه، ولا مسؤوليه بدون حريه وشعور بالاخيار والتمكن من التحكم في الظروف، و الا فای استخلاف هذا اذا كان الانسان مقيدا او مسيرا!؟»

امکان تحقق دارد، اجزای نظام اسلام نیز با هم مرتبطاند و اسلام می‌باید در همه جوانب و جهات و به صورت مرتبط اجرا شود؛ بر این اساس اجرای اسلام در اجرای احکام شریعت خلاصه نمی‌شود. در نتیجه علاوه بر اینکه نباید یک حوزه یا نظام خاص از اسلام را (برای مثال نظام اقتصادی اسلام) جدا از سایر نظامات آن در نظر گرفت، همچنین در درون همان حوزه یا نظام خاص نیز نمی‌توان احکام را به صورت جدای از هم بررسی کرد (الصدر، ۱۴۲۴ق: ۳۳۷).^۱ برای مثال در حوزه اقتصاد، احکام اقتصادی اسلام دارای بنیان و هدف واحدی است که می‌باید آنها را استنباط کرد (الصدر، ۱۴۲۴ق: ۴۶۴)^۲ و در مجموع، همه آنها نظام اقتصادی اسلام را تشکیل می‌دهند؛ لذا احکام اسلامی را باید در نظام اقتصادی اسلامی اجرا کرد و این دو جدایی‌ناپذیرند (الصدر، ۱۴۲۶ق: ۱۸).^۳ به همین دلیل اجرای احکام اقتصادی اسلام (برای مثال در زمینه بانک) در شرایطی که امکان اجرای تمامی نظامات اسلامی فراهم باشد و حکومت به دست اسلام باشد، با شرایطی که در سایر بخش‌ها، مدیریت و اداره جامعه به عهده دین نباشد (همانند اینکه در یک حکومت غیراسلامی فقط بخواهیم قوانین بانکی را با قواعد فقهی سازگار کنیم) متفاوت خواهد بود (الصدر، ۱۴۲۶ق: ۱۸).^۴ همچنین بر همین پایه ایشان معتقد است که با توجه به تفاوت اعتقادات، اخلاق و اقتضات حاکم بر جامعه اسلامی و جوامع سوسیالیستی و سرمایه‌داری، نظام اقتصادی سوسیالیستی و سرمایه‌داری در جامعه اسلامی قابل تحقق و اجرا نخواهد بود (الصدر، ۱۴۲۴ق: ۳۶۱).

۳. تفکیک میان مذهب (نظام) و علم

شهید صدر در کتاب *اقتصادنا* به منظور تبیین اقتصاد اسلامی، بین علم اقتصاد و مذهب (مکتب) اقتصادی تفکیک قائل شده و بر این باور است که علم اقتصاد به معنی بررسی پدیده‌های اقتصادی در زندگی انسان و کشف و تبیین علل آنها با هدف کنترل آنهاست (الصدر، ۱۴۲۴ق: ۳۶)^۵ و پیشینه‌ای طولانی در زندگی بشر ندارد؛ ولی مذهب اقتصادی (راهکارهای یک جامعه برای

۱. « لا يجوز ان ندرسه مجزا بعضه عن بعض نظير ان ندرس حكم الاسلام بحرمه الربا او سماحه بالملكيه الخاصه بصوره منفصله عن السائر اجزاء المخطط العام كما لا يجوز ايضا ان ندرس مجموع الاقتصاد الاسلامي بوصفه شيئا منفصلا وكيانا مذهبيا مستقلا عن سائر كيانات المذاهب الاجتماعيه و السياسه الاخرى و عن طبيعه العلاقات القائمة بين تلك الكيانات... »

۲. « ان احكام الشريعات تقوم على اسس موحده لما كان هناك مبرر لممارسه عمليه اكتشاف للمذهب من وراء الاحكام التفصيليه في الشريعه »

۳. « ان نظام الاسلامي كل مترابط الاجزاء »

۴. « ...موقف من يريد ان يخطط لبنك الربوي ضمن تخطيط شامل للمجتمع... و موقف من يريد ان يخطط لانشاء بنك الربوي بصوره مستقله عن ساير جوانب المجتمع... »

۵. « فعمل الاقتصاد هو العلم الذي يتناول تفسير الحياه الاقتصاديه و احداثها وظواهرها و ربط تلك الاحداث و ظواهر بالاسباب و العوامل العامه التي تتحكم فيها »

حل مشکلات اقتصادی خود) ناگزیر همواره در طول زمان وجود داشته است؛ و با توجه به اینکه اسلام، متکفل تنظیم حیات اقتصادی و ارائه برنامه برای تبدیل معیشت فاسد به صالح است، آنچه بیان می‌کند، روش و منهجی برای تنظیم روابط اقتصادی است، نه توصیف واقعیات اقتصادی. در نتیجه آنچه ما به‌عنوان اقتصاد اسلامی مدعی آنیم، مذهب اقتصادی است، نه علم اقتصاد (الصدر، ۱۴۲۴ق: ۳۹ و ۳۶۲).^۱ او در مقدمه *اقتصادنا* در این باره چنین می‌نویسد: «وقتی کلمه اقتصاد اسلامی را به‌کار می‌بریم، مستقیماً منظور ما از آن علم اقتصاد سیاسی نیست، زیرا این علم تقریباً جدیدالتأسیس است و از طرفی اسلام، دین دعوت و نظام زندگی است و وظیفه اصلی آن این نیست که با مسائل علم اقتصاد سروکار داشته باشد. بلکه مقصود ما از اقتصاد اسلامی سیستم اقتصادی است که در این سیستم، روشی که اسلام در تنظیم حیات اقتصادی دارد مجسم می‌گردد. سیستم اقتصادی اسلام خود دارای یک پایگاه فکری است که خود سیستم، ما را بدان رهنمون می‌گردد. این پایگاه محتوی اندیشه‌های اخلاقی اسلامی و اندیشه‌های علمی اقتصادی یا تاریخی بوده، که به مسائل اقتصاد سیاسی و یا تجزیه و تحلیل تاریخ جوامع بشری ارتباط پیدا می‌کند. بدین‌سان مقصود ما از اقتصاد اسلامی سیستم اقتصادی است که در چارچوب کامل خود و با ارتباط با پایگاه فکری که بر آن استوار شده است و وجهه نظر سیستم را در حل معضلات تفسیر می‌کند مورد توجه قرار گیرد. این پایگاه فکری طبق بیانات مستقیم اسلام یا در اثر پرتویی که خود سیستم بر مسائل اقتصاد و تاریخ می‌افکند مشخص می‌شود» (موسوی، ۱۳۴۸: ۱۲). بنابراین به نظر شهید صدر علوم تجربی و نظریات اسلامی در دو حوزه متفاوت عمل می‌کنند.

۴.۳. لزوم دستیابی به مذهب اسلامی (فقه النظریه)

یکی از امتیازات اندیشه شهید صدر در این است که او نهاد فقاہت را منحصر در احکام نمی‌داند و بر آن است که اسلام علاوه بر احکام، نظریات کلانی دارد که باید استنباط گردد (علی‌اکبری بابوکانی و همکاران، ۱۳۹۶: ۱۸۰) و روش‌هایی را نیز به‌منظور استنباط آنها بیان کرده است. در حقیقت آنچه او به‌عنوان مذهب از آن یاد می‌کند اعم است از احکام فقهی موجود و ترکیبی

۱. «نحن حين نطلق كلمة الاقتصاد الإسلامي لا نعني بذلك علم الاقتصاد السياسي مباشرة» و ص ۳۶۲ «و نحن حين نقول عن الاقتصاد الإسلامي انه ليس علما نعني ان الاسلام دين يتكفل الدعوه الي تنظيم الحياه الاقتصاديه كما يعاليج سائر نواحي الحياه وليس علما اقتصاديا على طراز علم الاقتصاد السياسي و بمعنى اخر هو ثورة القلب الواقع الفاسد و تحويله الي واقع سليم وليس تفسيرا موضوعيا للواقع»

است از احکام و نظریات (الصدر، ۱۴۲۴ق: ۴۶۴)^۱ (به معنی قواعد و گزاره‌های کلی که بنیان‌های اصلی احکام را بیان می‌دارند).

شهید صدر سه روش را به منظور دستیابی به نظریات به دست داده است:

۱. استخراج لوازم احکام متکثر (عملیه ترکیب بین الاحکام): بررسی ظاهر احکام متکثر به منظور استخراج لوازم این احکام و دست یافتن به قواعد اساسی که بنیاد مذهب را تشکیل می‌دهند (الصدر، ۱۴۲۴ق: ۴۳۹)؛

۲. توجه به مفاهیم برای تعریف عناوین منصوص: با این توضیح که مفاهیم اساسی فرهنگ اسلام مفاهیمی تأسیسی هستند که توسط شارع شکل گرفته‌اند. به نظر می‌رسد که او بر خلاف بیشتر فقها که مفاهیم شریعت را عرفی می‌دانند، این مفاهیم را دارای حقیقت شرعی و تأسیس شده توسط شارع می‌دانند. برای مثال مفهوم مالکیت در اسلام را مطابق با همان معنای عرفی قلمداد نمی‌کند، بلکه می‌گوید با توجه به نظریه استخلاف مالکیت در اسلام به شکل خاصی معنا می‌شود و در حقیقت شارع در مفاهیم اساسی، منظومه‌ای از مفاهیم را ارائه می‌کند که متفاوت از مفاهیم عرفی است. بنابراین، یکی از روش‌های رسیدن به نظریات اسلامی توجه به مفاهیم جدیدی است که در فرهنگ اسلام شکل گرفته است (الصدر، ۱۴۲۴ق: ۴۶۴-۴۶۸)؛

۳. تفسیر موضوعی: به معنی به کار بردن روش اجتهادی در تفسیر و استخراج نظریات با مراجعه به مجموع ادله و آیات (الصدر، ۱۴۳۴ق: ۷-۲۹).

۵. ۳. منطقه الفراغ و ارتقای دیدگاه میرزای نائینی در ثابت و متغیر

شهید صدر همانند میرزای نائینی احکام اسلام را به دو دسته بخش پذیر می‌داند: یک دسته احکام قطعی ثابت که حوزه احکام الزامی است و در آن، بشر حق قانونگذاری ندارد، بلکه باید حکم الهی را استنباط و بر اساس آن عمل کند؛ و دسته دیگر که حکم الزامی درباره آن وجود ندارد و قانونگذاری در آن محدوده به حاکم سپرده شده است.

اما برخلاف میرزای نائینی، که به گمان او برای دسته دوم (احکام متغیر) هیچ نص و دلالتی در ادله وجود ندارد؛ شهید صدر بر این باور است که در این حوزه نیز با اینکه حکم ثابت و الزامی وجود ندارد، ولی ادله شرعی به نحوی دلالت دارند، بر این اساس او این محدوده را «عرفیه محضه» نمی‌داند، بلکه می‌گوید این حوزه، محدوده‌ای است که هرچند حاکم شرع در آن حق قانونگذاری دارد، اما این قانونگذاری باید با یک سازوکار خاص و با لحاظ

۱. «نحن نؤمن بان واقع التشريع الاسلامی فی المجالات الاقتصادية ليس مرتجله ولا ولید نظرات متفاصله ومنعزله بعضها عن بعض بل ان تشريع الاسلامی فی تلك المجالات يقوم على اساس موحد و رصید مشترك من مفاهیم و ینبع من نظریات الاسلام و عمومياته فی شؤون الحياه الاقتصاديه»

شاخصه‌هایی که از آنها به‌عنوان «موشرات عامه»^۱ یاد می‌کند، انجام گیرد. به همین سبب او به‌جای تعبیر «ما لا نصّ فيه» از تعبیر «منطقه الفراع» در این خصوص استفاده کرده است. در حقیقت بر اساس نگاه شهید صدر هرچند که ماهیت قانونگذاری استنباط از ادله شرعی نیست، ولی باید بر اساس سیاست‌های کلی شریعت، انجام گیرد (الصدر، ۱۳۹۰: ۴۲-۴۴).

بنابراین او از دو جهت دیدگاه میرزای نائینی را توسعه داده است:

۱. اول اینکه او حکم ثابت را اعم از احکام و نظریات می‌داند؛
۲. حوزه احکام متغیر و ما لا نصّ فيه را از یک محدوده عرفی و کارشناسی صرف، به منطقه‌ای تبدیل کرده است که نصوص و ادله در آنجا دلالت‌ها و اشاراتی دارند.

۳.۶. ورود فقه به عرصه احکام متغیر از طریق موشرات عامه

اندیشه شهید صدر در خصوص قاعده‌مند بودن تقنین در منطقه الفراع و لزوم رعایت موشرات یعنی دلالت‌ها و اشارات شرعی حاکم بر قوانین، و شکل‌گیری قوانین در ذیل آنها، یک نوآوری در امر اجتهاد و قابل ستایش است. هرچند به‌دلیل عدم ضابطه‌مندی و عدم بیان اصول و قواعد استظهار و کشف این موشرات و همچنین عدم ذکر چگونگی نحوه تنظیم قانون در ذیل آنها، از سوی سایر اندیشمندان مورد مناقشه واقع شده و به آن عمل نمی‌شود.

نمونه‌هایی که شهید صدر به‌عنوان موشرات در کتاب الاسلام یقود الحیاه ذکر کرده‌اند به قرار ذیل است:

۳.۶.۱. اتجاه تشریح (جهت‌گیری‌های شریعت)

به معنی اهداف مشترک و جهت‌گیری‌های کلی که در ضمن احکام ثابت وجود دارد و با بررسی منصوصات کتاب و سنت به‌صورت مرتبط و در کنار همدیگر، متوجه اهتمام شارع به تحقق آن اهداف می‌شویم (الصدر، ۱۳۹۰: ۴۵).^۲ در حقیقت با اینکه هیچ‌یک از نصوص به‌طور مستقیم دلالت بر مسئله مورد بررسی (مسئله مورد تقنین) ندارد، ولی از مجموعه احکام ثابت یک جهت‌گیری مشترک در آن خصوص به‌دست می‌آید که می‌باید این جهت‌گیری، در قانونگذاری رعایت شود. برای مثال با ملاحظه مجموعه احکام در خصوص اموال و مالکیت، مشخص می‌شود در اسلام کار و عمل سودآور است نه رأس مال نقدی؛ ازاین‌رو حاکم باید در مسائل اقتصادی، با رعایت این مبنا قانونگذاری کند.

۱. به معنی اشارت‌ها و به‌عبارتی سیاست‌های کلی شریعت و شاخص‌های کلان برآمده از متون دینی.

۲. «التجاه التشریح: وهذا المؤشر یعنی ان تتواجد فی الشریعه و ضمن العناصر الثابته من الاقتصاد الاسلامی احکام منصوصه فی الكتاب والسنة تنجیه کله نحو هدف مشترک علی نحو یدو اهتمام الشارع بتحقیق ذلک الهدف. فیعبر هذا الهدف بنفسه مؤشرا ثابتا»

۳. ۶. ۲. اهداف منصوص در شریعت

به معنی لزوم رعایت اهداف منصوص که ضمن حکم خاصی بیان شده ولی به آن حکم خاص اختصاص ندارد. به تعبیر دیگر می‌توان گفت استظهار هدف عام از اهداف منصوص (الصدر، ۱۳۹۰: ۴۷).

۳. ۶. ۳. مفاهیم و ارزش‌های اجتماعی مورد تأکید در اسلام

اسلام بر ارزش‌های اجتماعی خاصی همانند مساوات و عدالت تأکید کرده یا اینکه برخی مفاهیم را به شکل خاصی تعریف کرده است، که می‌باید تقنین بر اساس همین ارزش‌ها و همین مفاهیم تأسیسی شارع صورت بگیرد و نه ارزش‌ها و مفاهیم برآمده از عرف و فرهنگ‌های دیگر. (الصدر، ۱۳۹۰: ۴۸)

۳. ۶. ۴. توجه به جهت‌گیری احکام ولایی معصومین (ع)

ائمه معصومین (ع) غیر از ابلاغ احکام شرعی ثابت، وظیفه قانونگذاری در احکام متغیر را نیز به واسطه شأن سرپرستی جامعه دارا بوده‌اند؛ که جهت‌گیری‌های این احکام ولایی معصومی باید به‌عنوان یک موشر در قانونگذاری توسط حاکم جامعه اسلامی رعایت گردد (الصدر، ۱۳۹۰: ۵۰-۵۳). البته اینکه کدام حکم ولایی و کدام حکم ثابت شرعی است؟ و اینکه احکام ولایی چه دلالت‌ها و لوازمی دارند؟ نیازمند تفقه و قاعده‌مندی است که هرچند شهید صدر قواعد آن را بیان فرموده‌اند، ولی تلاش او در استحضار دلالت‌هایی از این احکام، نسبت به برخی که این احکام را «قضیه فی واقعه» قلمداد می‌کنند، نوآوری بزرگ و تلاشی ستودنی است.

۳. ۷. دخالت مردم در تقنین بر اساس نظریه استخلاف

شهید صدر علاوه بر اینکه معتقد به حضور فقه و رعایت موشرات عامه در قانونگذاری است، معتقد به رعایت مصلحت عمومی^۱ در شرایط مختلف نیز است (الصدر، ۱۳۹۰: ۱۹).^۲ بر همین اساس در نگاه شهید صدر قانونگذاری در منطقه الفراغ ترکیبی از کار فقهی و کار عرفی کارشناسی است. به‌منظور تشخیص مصلحت و بر اساس نظریه استخلاف معتقد به حق دخالت

۱. در حقیقت ایشان در منطقه الفراغ هم قائل به نوعی اجتهاد براساس موشرات است و هم همخوانی با مصالح عامه از طریق شورای حل و عقد (مجلس شورا)؛ که نکته اول را در فصل دوم کتاب *الاسلام يقود الحياه* (ص ۴۲ تا ۴۵) و نکته دوم را در فصل اول این کتاب (ص ۱۹) ذکر کرده‌اند.

۲. «فی حالات عدم وجود موقف حاسم للشریعه من تحریم او ایجاب، یكون للسلطه التشريعيه التي تمثل الامه ان تسن من قوانین ما تراه صالحا علی ان لا يتعارض مع الدستور فتسمى مجالات هذه القوانين بمنطقة الفراغ وتشتمل هذه المنطقه كل الحالات التي ترکت الشریعه فيها للمكلف اختیار اتخاذ الموقف فان من حق السلطه التشريعيه ان تفرض علیه موقفا معینا وفقا لما تقدره من المصالح العامه علی ان لا يتعارض مع الدستور»

عموم مردم در تقنین است و می‌گوید انسان خلیفه الهی است و باید اختیار و امکاناتی را که به او عطا شده است، در مسیر خلافت خداوند صرف کند. بنابراین او مبنای دخالت مردم را نیز نسبت به نظریه میرزای نائینی ارتقا می‌دهد و اصل شورایی را که میرزای نائینی بیان کرده، به‌نحو دقیق‌تری بیان می‌کند (الصدر، ۱۳۹۰: ۲۰).^۱

در نتیجه محدوده مجاز قانونگذاری بشری در اندیشه شهید صدر از یک سو حوزه مصلحت عمومی است و مردم به‌منظور تشخیص مصلحت و بر اساس نظریه استخلاف، حق حضور و قانونگذاری دارند و از سوی دیگر حوزه شریعت است و فقها بر اساس نظریه استشهاد و به‌منظور تشخیص موشرات و چگونگی اعمال آنها در فرایند قانونگذاری، در آن حضور دارند. به همین سبب او اظهار می‌دارد باید مجمعی مشترک از فقها و اهل و عقد منتخب مردم تشکیل شود تا در یک تصمیم مشارکتی قوانین حوزه منطقه الفراغ را وضع کنند.

۴. نتیجه

بر اساس نظریه ثابت و متغیر مرحوم نائینی بیشتر موارد مربوط به اداره حکومت، از سطوح خرد مثل قوانین راهنمایی و رانندگی، تا سطوح کلان مانند برنامه‌های توسعه، همگی در دسته احکام متغیر قرار می‌گیرند و از این طریق می‌توان نیاز به قوانین غیرفراگیر نسبت به زمان و مکان و همگام با تحولات اجتماعی را در نظام حقوقی اسلامی پاسخ گفت. همچنین بر اساس این دیدگاه، قوانین متغیر از یک سو احکام شرعی‌اند، ولی از سوی دیگر محتوای آنها کاملاً عرفی و کارشناسانه و به تعبیر ایشان «عرفیه محضه» است. در نتیجه، کار مجلس قانونگذاری نه استنباط احکام است و نه تطبیق حکم بر موضوع (تطبیق در مقام امتثال)؛ بلکه وظیفه مجلس، جعل محتوا بر اساس مصلحت کارشناسانه و تخصصی است. به نظر می‌رسد این نگاه در چگونگی جعل حکم در حوزه «مالا نصّ فیه»، به اندیشه ایشان در خصوص وظایف حکومت بازمی‌گردد، چراکه مأموریتی که میرزای نائینی برای حکومت در نظر می‌گیرند - حفظ امنیت و نظم و مراعات مساوات بین شهروندان - یک مأموریت حداقلی است، که می‌توان آن را مربوط به عرف کارشناسی صرف - یعنی از طریق علم و عقلانیت مستقل بشر و آن هم به‌صورت محض و بدون هیچ‌گونه دخالت دین - دانست. اما آیا با در نظر گرفتن دامنه تصرفات گسترده در حکومت‌های مدرن نیز، می‌توان حوزه تصرفات حکومت و احکام متغیر

۱. «ان السلطه التشريعيه و السلطه التنفيذيه قد اسندت ممارستهما الى الامم. فالامه هي صاحب الحق في ممارسته هاتين السلطتين بالطريقه التي يعينها الدستور، وهذا الحق حق استخلاف و رعايه مصدر السلطات الحقيقي وهو الله تعالى. وبهذا ترتفع الامه - هي تمارس السلطه - الى قمه شعورها بالمسؤوليه لانها تدرك بانها تتصرف بوصفها خليفه الله في الارض، فحتى الامه ليست هي صاحبه السلطان، انما هي المسؤوله امام الله سبحانه وتعالى عن حمل الامانه اداءها»

را با این گستره عظیم، عرفیه محضه دانست؟! زیرا در حکومت‌های امروزی هرچند تصدی‌گری، امری حداقلی است، اما اعمال مدیریت و سرپرستی به‌صورت حداکثری رخ می‌دهد. در نتیجه امروزه نظام حقوقی شامل مجموعه‌ای از ضوابط، در کنار اصول، سیاست‌ها و برنامه‌های خرد و کلان، در ابعاد مختلف زندگی جوامع انسانی است و قوانین نیز به‌تبع گسترده شدن دامنه وظایف حکومت‌ها در سده‌های اخیر، در ابعاد مختلف زندگی فردی و اجتماعی به‌صورت فراگیر، مؤثر و نافذند. به‌عبارت دیگر، قوانین در این نظام‌های حقوقی با نگاهی ناظر به توسعه و تکامل مستمر جامعه به‌سوی اهداف و آرمان‌های آن، به‌صورت مرتبط و نظام‌وار تدوین می‌شوند. بنابراین عرصه تصرفات و مدیریت دولت‌های مدرن بسیار گسترده‌تر از آن چیزی است که میرزای نائینی در نظر داشته است. حال آیا این تصرف همه‌جانبه که به‌نوعی همه عرصه‌های حیات را به‌صورت هماهنگ مدیریت می‌کند، می‌تواند امری کاملاً کارشناسی و خارج از محدوده دین تصور شود؟! اگر مأموریت حکومت در این سطح در نظر گرفته شود، آیا می‌توان این دامنه وسیع و چنین حوزه گسترده‌ای را، به‌دلیل نبود نص مستقیم در ادله نقلی، به‌کلی از حوزه دین خالی کرد؟! و آن را عرفیه محضه دانسته، و نقش دین را در این حوزه، فقط در کنترل خروجی‌ها به‌منظور عدم مخالفت قطعی با احکام ثابت خلاصه کرد؟! آیا عدم وجود نص مستقیم به معنای بدون نظر بودن و خالی بودن دین در آن حوزه است؟!!

در این میان سؤال مهم دیگری که به ذهن می‌رسد، این است که اگر سنخ محتوای احکام متغیر از سنخ عرفی محض و عقلاییه است و هیچ ربطی به فقه ندارد، اولاً چرا شارع جعل آن را به فقیهی سپرده است که هیچ تخصصی در این امر ندارد؟! ثانیاً امضای ولی نوعی و دخالت او در این امر چه جایگاهی دارد؟! در نهایت برای مشروعیت قوانین فقط نظارت فقها بر عدم مخالفت با احکام ثابت شرعی کافی است؛ ثالثاً به‌طور کلی، چرا شرع در موضوعی که سنخ آن ربطی به فقه و شریعت ندارد و عرفی و عقلی محض است، دخالت می‌کند؟! یعنی چنانچه اداره حکومت و امور اجتماعی می‌باید به عهده یک فقیه باشد (که این، خود به معنای دخالت دین در آن حوزه است) در نتیجه دین باید در شیوه اداره آن نیز دخیل باشد. نه اینکه تنها یک مسئول برای امری انتخاب کند که به شیوه عرفیه محضه و کاملاً غیرمرتبط با دین اداره می‌شود. اگر هم نحوه اداره و سنخ محتوای احکام متغیر مربوط به دین و جای دخالت شریعت است، نقش دین در این محتوا و فرایند جعل آنها چیست؟!!

اما همان‌طور که گفته شد، اندیشه شهید صدر بر این بنیان است که احکام اسلام، اعم از احکام روبنایی و زیربنایی است و باید به‌صورت یک مرکب نظری استنباط شده و مجموع این قوانین عملی شود؛ یعنی در مواردی که احکام الزامی روبنایی وجود دارد، باید به آنها عمل

شود و در غیر این موارد باید به احکام زیربنایی عمل شده و بر اساس آنها قوانین متغیر جعل شود. در نتیجه حاکم شرع در محدوده‌ای که حکم الزامی وجود نداشته باشد، قوانینی را بر اساس موشرات عامه و با ملاحظه عدم مخالفت با قوانین الزامی وضع می‌کند. بنابراین هرچند نظریه شهید صدر از زاویه تقسیم احکام به ثابت و متغیر، مشابه میرزای نائینی استف ولی در جهات بسیاری از اندیشه او تفکیک می‌شود. اولین تفاوت مهم در اندیشه این دو فقیه دانشمند، در خصوص حوزه احکام متغیر و محدوده مجاز قانونگذاری است. میرزای نائینی این محدوده را «ما لا نصّ فيه» نامیده و آن را «عرفیه محضه» می‌داند و در نحوه انتساب قوانین متغیر به دین نیز تنها به «عدم مخالفت قطعی» با احکام ثابت اکتفا می‌کند. اما شهید صدر آن را «منطقه الفراغ» می‌نامد و «خالی از حکم الزامی» می‌داند (نه ما لا نصّ فيه)؛ و می‌فرماید در این حوزه اگرچه نص خاص در خصوص موضوع خاص و حکم الزامی مستقیم نسبت به موضوع معین وجود ندارد، ولی ادله و نصوص در اینجا نیز اشارات و دلالت‌هایی دارند و قواعد عمومی‌ای وجود دارد که قانونگذاری باید بر اساس آنها صورت بگیرد؛ یعنی برخلاف میرزای نائینی که هیچ دلالتی برای ادله در این محدوده قائل نیستند، شهید صدر معتقد به موشرات عامه و دلالت‌های کلی از ادله در این محدوده هستند و از این طریق استنباط و فقهات را در محدوده احکام متغیر دخالت داده‌اند و معتقدند برای قانونگذاری اسلامی در منطقه الفراغ دستگاه فقها و به تعبیر او خط استشهاد باید دو نحو استنباط و اجتهاد انجام دهد: یکی اینکه ابتدا موشرات را از دین استنباط کند و دوم اینکه ذیل این موشرات قانونگذاری کند. اما نهاد فقهات در دیدگاه میرزای نائینی باید تنها قانونگذاری عرفی را کنترل کند که مخالف شریعت نباشد و سپس اجرای آن را تنفیذ کند. البته شهید صدر نیز معتقد به حضور مردم و عرف کارشناسی در فرایند قانونگذاری هستند و می‌فرماید علاوه بر حضور فقها و جریان استشهاد باید مصلحت جامعه در شرایط مختلف نیز در قانونگذاری ملاحظه شود. اما روشن است که تقنین در مدل ارائه شده توسط شهید صدر یعنی ترکیب بین کارشناسی و دین (تقنین مبتنی بر اسلام) با تقنین مبتنی بر عرف و عدم مخالفت با اسلام متفاوت است. در دیدگاه اول قانونگذاری باید موافق با اسلام باشد نه اینکه مخالف آن نباشد؛ یعنی دخالت دین در قانونگذاری باید یک دخالت فرایندی باشد و برای تحقق موافقت با دین، صرف نگرهبانی بعد از قانونگذاری، و ایجاد شورایی در خروجی تقنین کفایت نمی‌کند، بلکه دین باید در نفس تقنین هم حضور یابد.

به نظر می‌رسد قانونگذاری در مجلس شورای اسلامی در کشور ما نیز مبتنی بر ایده میرزای نائینی است که در آن، بررسی مسئله مورد تقنین از طریق کارشناسی (عرفیه محضه) بوده و فقها تنها مسئول احراز عدم مخالفت قطعی مصوبات مجلس با احکام شریعت هستند. آنچه در این روش ایجاد اشکال می‌کند، این است که در بسیاری از موارد یکی از اجزای سیستم و

مجموعه‌ای که با بررسی‌های پیچیده کارشناسی و علمی به‌دست آمده و در مجلس به تصویب رسیده است، در خروجی توسط شورای نگهبان خلاف شرع تشخیص داده می‌شود؛ و واضح است که یک سیستم بدون وجود حتی یک جزء، نمی‌تواند به‌درستی عمل کند. در نتیجه قوانین با اشکالات بسیاری در اجرا روبه‌رو خواهند شد یا اینکه مجمع تشخیص مصلحت نظام موظف به حل چالش و رفع نقص سیستم می‌شود. در نهایت حتی با فرض رفع نقص سیستم به شیوه صحیح نیز، باز هم کشور متحمل صرف هزینه و زمان بسیار می‌شود. ولی در مدل شهید صدر برای حل معضل مذکور، دین از ابتدا و از طریق موشرات عامه و جریان استشهاد در فرایند قانونگذاری حضور پیدا می‌کند.

نکته مثبت دیگر در دیدگاه شهید صدر، این است که او حق مشارکت عمومی را از پایگاه عمیق‌تر و جدی‌تری بررسی کرده و آن را صرفاً به ادله شورایی که میرزای نائینی بیان فرموده‌اند باز نمی‌گرداند؛ بلکه بر اساس نظریه اجتماعی خاصی آن را توجیه می‌کند و معتقد است پدیده‌های اجتماعی در جامعه مؤمنان باید با ترکیب دو جریان استشهاد و استخلاف رقم بخورد. در حقیقت او در مقابل اندیشه‌های اومانیستی، با طرح نظریه استخلاف، متذکر این نکته شده که حق حاکمیت ابتدائاً مختص خداوند است و حق مردم توسط او جعل شده است، در نتیجه آنها باید در مسیر خلافت خداوند از این حق استفاده کنند، نه اینکه حق داشته باشند به هر صورتی که بخواهند در امور اجتماعی دخالت کنند. بنابراین نسبت به اندیشه میرزای نائینی که حق اعمال نظر مردم را از باب شورویت توجیه کرده و از ادله قرآنی مشورت و بعضی ادله پرداخت مالیات، حق دخالت مردم را ثابت کرده‌اند، نظریه استخلاف شهید صدر، نظریه اجتماعی عمیق‌تری است. او اصل شورا را نیز، ذیل همین نظریه مطرح کرده و معتقد است مشورت مردم و حق اعمال نظر آنها نیز مبتنی بر استخلاف است. در نتیجه هرچند که نظریه استخلاف او ممکن است از جهاتی مورد مناقشه باشد، ولی ایشان از حیث تعیین پایگاه مشارکت عمومی مردم نیز نظریه قوی‌تری نسبت به میرزای نائینی ارائه داده‌اند.

همچنین یکی دیگر از نکات مهم و برجسته در اندیشه شهید صدر، توجه و تأکید ایشان بر اجرای همه‌جانبه اسلام در تمامی ابعاد و زوایا، و خلاصه نبودن اجرای اسلام در اجرای احکام شریعت است.

اما شاید برجسته‌ترین و مهم‌ترین نکته در اندیشه شهید صدر، که در کنار دخالت فرایندی دین در تقنین، نوآوری مهمی در چگونگی قانونگذاری اسلامی محسوب می‌شود، این است که نگاه ایشان به احکام و موضوعات، نگاهی مجموعه‌نگر و کل‌نگر است، نه نگاه انتزاعی و کلی‌نگر. با این توضیح که برخی از موضوعات خارجی، موضوعاتی هستند که با ترکیب یک سلسله از موضوعات، یک کل مرکب را تشکیل می‌دهند، همانند بیمه، بورس و امثالهم. در

نتیجه در استنباط احکام هم، علاوه بر استنباط عناوین کلی، گاه باید یک کل مرکب که شامل زیربنا تا روبناست و از احکام تا مفاهیم و نظریات را به صورت یک پیوستار در برمی گیرد، از دین استنباط شود که در این صورت تطبیق آن در خارج به صورت تطبیق کل بر کل خواهد بود. بر اساس چنین نگاهی به احکام و موضوعات، برخی خلأها و اشکالات فقه معاصر برطرف خواهد شد، چراکه در شیوه فعلی اجتهاد، در خصوص برخی موضوعات مرکب همچون بورس، به دلیل نبود حکم منصوص، برای خود موضوع مرکب با ترکیب خاص آن، با تجزیه یک مرکب پیچیده، هر قسمت آن را تحت یک عنوان کلی قرار می دهند. اما خود این کل مرکب که اصل بورس یا بیمه یا بانک و غیره باشد، مورد دقت قرار نمی گیرد. این مسئله موجب بروز اشکالات بسیاری در بررسی فقهی موضوعات معاصر و در نتیجه آن ایجاد اشکال در قانونگذاری متناسب با مسائل روز جامعه جهانی و در نهایت عدم تناسب نظام حقوقی با نظام اجتماعی می شود. بنابراین شهید صدر با نگاه به دین، به عنوان مجموعه ای به هم پیوسته از هدایت های الهی، اعم از احکام، اعتقادات، اخلاق و قیام دینی، که ناظر بر راهبری اجتماعی است، معتقد است در مسائل مختلف می توان علاوه بر یک سلسله احکام منطبق بر موضوعات از هم منفصل، یک مذهب یا نظام اسلامی را که یک مرکب نظری و شامل زیربنا تا روبناست و از احکام تا مفاهیم و نظریات را به صورت یک پیوستار در برمی گیرد، استنباط کرد.

اما با وجود نکات مثبت اندیشه شهید صدر، خلأها و نقاط مبهمی نیز در دیدگاه ایشان وجود دارد که مهم ترین آنها، علاوه بر عدم بیان منطقی و چگونگی کشف موشرات و همچنین فرایند تبدیل موشرات به قانون، و نسبت موشرات با قوانین، خلأ نرم افزاری در جریان دین در تقنین، و عدم ارائه مدل روشنی به منظور ایجاد هماهنگی بین عملیات استنباط و مصلحت سنجی عرفی یا به تعبیر دیگر مدلی برای هماهنگی و انسجام محصول فقاقت و کارشناسی، در فرایند قانونگذاری است. اینکه چگونه و از چه طریقی می توان قوانینی را جعل کرد که هم مبتنی بر استنباط فقهی بر اساس موشرات عامه و هم مبتنی بر قواعد علمی تخصصی و کارشناسی باشد و جایگاه هریک از این دو در فرایند جعل احکام متغیر چیست؟! آیا صرفاً با ترکیب و انضمام نظریات کارشناسی، عرف و فقه معضل حل خواهد شد؟! یا اینکه هماهنگ شدن این عرصه ها، منوط به هماهنگی منطقی حاکم بر آنها و هماهنگی مفاد آنهاست؟! که البته امید است در آینده با رفع نقاط ابهام دیدگاه شهید صدر توسط سایر اندیشمندان و صاحب نظران بتوانیم به نظریه جامع تری در خصوص قانونگذاری اسلامی دست یابیم.

بیانیه نبود تعارض منافع

نویسندگان اعلام می‌کنند که تعارض منافع وجود ندارد و تمام مسائل اخلاق در پژوهش را شامل پرهیز از دزدی ادبی، انتشار و یا ارسال بیش از یک بار مقاله، تکرار پژوهش دیگران، داده‌سازی یا جعل داده‌ها، منبع‌سازی و جعل منابع، رضایت ناآگاهانه سوژه یا پژوهش‌شونده، سوء رفتار و غیره، به‌طور کامل رعایت کرده‌اند.

منابع

قرآن کریم




۱. ابوالقاسمی دهقانی، نرجس و سیدجواد ورعی (۱۳۹۴). «بررسی تطبیقی قانونگذاری در آرای شیخ فضل‌الله نوری و میرزای نائینی». *مجله فقه و اصول، دوره ۴۷، ش ۱۰۳، ص ۵۵-۷۲*. در: <https://doi.org/10.22067/fiqh.v47i23.34612> (۱۴ بهمن ۱۴۰۲)
۲. اسماعیلی، محسن؛ اصغری، محمدرضا و رضا رشیدی (۱۳۹۳). «تأملی در نظریه منطقه‌الفراغ از منظر شهید صدر و نقدها و نقض‌های آن». *مجله دانش حقوق عمومی، دوره ۳، ش ۸، ص ۴۵-۶۴*. در: https://mag.shora-rc.ir/article_52.html (۱۴ بهمن ۱۴۰۲)
۳. الصدر، سیدمحمدباقر (۱۳۹۰). *الاسلام یقود الحباه*. ج چهارم، قم، دارالصدر.
۴. الصدر، سیدمحمدباقر (۱۴۲۴ق). *اقتصادنا*. ج سوم، قم، دارالصدر.
۵. الصدر، سیدمحمدباقر (۱۴۲۶ق). *البنک لا ربوی فی الاسلام*. ج اول، قم، دارالصدر.
۶. الصدر، سیدمحمدباقر (۱۳۹۱). *المدرسه القرآنیه*. ج پنجم، قم، دارالصدر.
۷. الصدر، سیدمحمدباقر (۱۳۴۸). *اقتصاد ما یا بررسی‌هایی درباره مکتب اقتصادی اسلام*، ترجمه محمدکاظم موسوی، ج ۱، ج اول، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. بهارلویی، سیامک و مسعود راعی دهقی (۱۳۹۴). «معیارها و مصادیق ثابت و متغیر در اندیشه شهید مطهری». *مجله حکومت اسلامی، دوره ۲۰، ش ۷۷، ص ۱۲۹-۱۵۴*. در: http://mag.rcipt.ir/article_95484.html (۴ اردیبهشت ۱۴۰۲)
۹. حایری یزدی، مهدی (۱۹۹۵). *حکمت و حکومت* (نسخه الکترونیکی). برگرفته از سایت www.ketabnak.com (۹ تیر ۱۴۰۲)
۱۰. زرگری نژاد، غلامحسین (۱۳۸۷). *رسائل مشروطیت*. ۲ جلد. تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی.
۱۱. زیباکلام، صادق (۱۳۸۲). *سنت و مدرنیته*. تهران: روزنه.
۱۲. علی‌اکبری بابوکانی، احسان و احسان آهنگری (۱۳۹۵). «بازپژوهی مبانی قانونگذاری در منطقه‌الفراغ نظام فقهی حقوقی شیعه با تأکید بر انگاره شهید صدر». *مجله حکومت اسلامی، دوره ۲۱، ش ۸۲، ص ۱۳۳-۱۵۸*. در: https://mag.rcipt.ir/article_91444.html (۱۱ آذر ۱۴۰۲)
۱۳. علی‌اکبری بابوکانی، احسان؛ طباطبایی، سیدمحمدصادق و احسان آهنگری (۱۳۹۶). «بازکاوی جایگاه منطقه‌الفراغ در نظام‌سازی فقهی با تأکید بر آرای شهید صدر». *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۵۰، ش ۱، ص ۱۶۹-۱۹۲*. <https://doi.org/10.22059/jzfil.2017.117856.667985>
۱۴. غنایی، سیدپیمان (۱۳۹۶). *قانونگذاری اسلامی*. ج اول، قم، تمدن نوین اسلامی.
۱۵. فیرحی، داوود (۱۳۹۹). *آستانه تجدد در شرح تنبیه الامه و تنزیه المله*. ج چهارم، تهران: نی.
۱۶. فیرحی، داوود (۱۳۸۲). *نظام سیاسی و دولت در اسلام*. تهران: سمت.
۱۷. فیرحی، داوود (۱۳۹۱). *فقه و سیاست در ایران معاصر*. تهران: نی.
۱۸. قریشی، فردین (۱۳۹۰). *بازسازی اندیشه دینی در ایران*. تهران: قصیده‌سرا.
۱۹. لطیفی، سیدعلی (۱۳۹۵). «اندیشه سیاسی میرزا محمدحسین نائینی بر مبنای مدل اسپریگنز». *مجله رآورد سیاسی، دوره ۱۵، ص ۴۷، ص ۱۱۷-۱۴۰*. magiran.com/p1587404 (۱۱ آذر ۱۴۰۲)

۲۰. موسوی اصل، سیدعلی (۱۳۹۵). «بررسی همخوانی دین ثابت و نیازهای متغیر بشری در نگاه علامه طباطبائی». *اندیشه نوین دینی*، دوره ۱۲، ش ۴۶، ص ۱۱۱-۱۲۸. در: SID. <https://sid.ir/paper/133350/fa> (۲ خرداد ۱۴۰۲)
۲۱. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۸۷). *تنبيه الامه و تنزيه المله، مقدمه ویرایش و شرح و تعلیق از روح‌الله حسینیان*. ج دوم، تهران: مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
۲۲. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۸۷). *تنبيه الامه و تنزيه المله یا حکومت از نظر اسلام*، به ضمیمه مقدمه و پا صفحه و توضیحات به قلم سید محمود طالقانی، ج نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۳. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۸۲). *تنبيه الامه و تنزيه المله*. تصحیح و تحقیق: سید جواد ورعی، قم، بوستان کتاب.



Research Paper

Human legislation in "Ma La Nass Fieh" by Mirza Naini and "Mantaqato Al-Faragh" by Seyyed Mohammad Baqer Al- Sadr

Abdoreza Alizadeh¹ , Seyed Ali Alavi² , Seyede Fatemeh Mirbagheri³ 

1. Corresponding Author: Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Tehran (Farabi College), Qom, Iran, Email: alizadeha@ut.ac.ir

2. Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Tehran (Farabi College), Qom, Iran, Email: saalavi@ut.ac.ir

3. PhD Student (Private Law), Faculty of Law, University of Tehran (Farabi College), Qom, Iran, Email: mirbagheri_sf@ut.ac.ir

Abstract

In modern societies, although in most legal systems of the countries there is a legislative power, the mechanism of drafting and reforming laws in each of them is based on the principles and intellectual and historical foundations and social and cultural conditions of the country. Therefore, examining the relationship of Islamic Sharia with laws and legislation in Islamic societies is a crucial legal issue; In Iran, scholars of Shi'i jurisprudence have extensively explored and investigated this issue since the Constitutional Revolution (the *Mashrutiyat* 1906-1911), and tried to theorize the possibility (*javaaz*) and mechanism of legislation within the Islamic societies. Notably, the theory proposed by Mirza Mohammad Hussein Naini, which categorizes rules as fixed or variable, significantly influences the legislative process in the Islamic Republic of Iran. In this descriptive-analytical essay, we are dealing with the views of two most important designers of the theories in the field of variable rules and we are comparing what Naini calls "*ma la nass*

* **How to Cite:** Alizadeh, Abdoreza; Seyed Ali Alavi; Seyede Fatemeh Mirbagheri(2024, Spring) " Human legislation in "Ma La Nass Fieh" by Mirza Naini and "Mantaqato Al-Faragh" by Seyyed Mohammad Baqer Al- Sadr " *Private Law Studies Quarterly*, 54,1: 65 – 88.

DOI: 10.22059/jlq.2024.370089.1007843

Manuscript received: 17 January 2024 ; final revision received: 31 March 2024; accepted: 6 May 2024; published online: 7 May 2024



©2024 by the University of Tehran. Published by the University of Tehran Press.

fiqh" and possibility and mechanism of human legislation in this area, with what Al-Sadr calls "*mantaqato Al-faragh*" and the authorized scope for human legislation in this area.

According to the Naini's theory, most of the cases related to governmental administration, ranging from micro-levels matters such as traffic laws, to macro-levels issues such as development plans, fall into the variable category of rules; And in this way, we can justify transtemporal and extraspatial rules and consistent with social and economic developments in the Islamic legal system. While these variable rules are considered part of Shariah, their content is entirely customary and expert-driven, described by Naini as "orfīyah mahzah" (purely customary). Consequently, the duty of the legislative power is not merely to derive God's commandments or applying these commandments to the issue (ie. compliance in the application stage); instead, the duty of the parliament is enacting laws based on expert assessments of societal benefits.

But according to Al-Sadr, the rules of Islam, whether are superstructural and substructural, should be deduced in the form of a theoretical compound and all of these rules should be implemented. When mandatory superstructure rules exist, they must be followed. In other cases, adherence to basic rules provides the foundation, and variable rules are enacted accordingly. As a result, the Islamic Ruler, in the area where there are no mandatory rules, formulates and enacts laws based on general implications of existing rules and taking into account the non-opposition to mandatory laws.

Therefore, even though Al-Sadr's theory in relation to dividing rules into fixed and variable, is similar to Naini's theory, but it differs from it in many ways. One of the most important differences in these two theories is the permissible scope of human legislation and mechanism of it. Mirza Naini calls this scope "*ma la nass fiqh*" and in the way of attributing variable laws to religion, in his opinion, it is enough that variable laws are not "definitively contrary to" fixed rules of Sharia. But Sadr calls it "*mantaqato Al-faragh*" and considers it "free from mandatory rules" (no '*ma la nass fiqh*'); And he believes that in this area, although there is no specific text about a specific issue and there is no a direct mandatory rules regarding a specific issue, but the evidence and texts here also have hints and implications and there are general rules that legislation should be based on. Therefore, unlike Mirza Naini, who believes that there is no implications for Islamic evidences in this area, Al-Sadr believes in the general principles and general implications of the evidence in this area, and in this way he have given a role to Islamic jurisprudence in enacting of variable rules, and he believes that the system of jurists should applying two methods of inference and performing *ijtihad* for Islamic legislation in *mantaqato Al-faragh*: firstly, they deduce the principles from the religion, and secondly, they legislate according to these principles. But in the view of Mirza Naini, the Islamic jurists should only control customary legislation that is not against the Sharia and then validate its implementation.

Of course, Al-Sadr also believes in the role of the people and the customary expert in the legislative process, and he states that in addition to

the role of Islamic jurists, the benefits of the society according to situations and circumstances should also be considered in the legislation. But it is clear that the legislation in theory of Al-Sadr (the combination of expertise and religion) is different from that in Naini's theory (legislation based on custom and does not contradict Sharia rules): In Al-Sadr's opinion, the legislation must be consistent with Islam; That is, the involvement of religion in legislation must be a procedural interference, and to achieve consistency with religion, simply creating a council and guarding after the legislative process is insufficient to ensure consistency with religious principles. Also, our article critiques this perspective.

Keywords: Fixed rules, Human legislation, ma la nass fieh, mantaqato Al-faragh, Variable rulings.

Declaration of conflicting interests

The authors declared no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.

Funding

The authors received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.



This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC-BY) license.