

امکان‌سنجی اقتدار توأمان قانون و شرع؛ با تأکید بر نظریه نائینی

چکیده

قانون، برای آنکه واجد اقتدار و مرجع نهایی الزام باشد، باید مستقل از سایر واقعیات هنجاری باقی بماند. مشروط‌سازی اعتبار آن به واقعیت هنجاری شریعت یا هر واقعیت هنجاری دیگر، منجر به «بحران عدم تناسب اقتدار» شده و لاجرم یا به تضعیف اقتدار قانون و شرع می‌انجامد، یا در عمل، قانون را به ابزاری صرف برای اعمال اقتدار قرائت خاصی از شریعت بدل می‌کند.

با این حال، عدم امکان اقتدار توأمان و متناسب شرع و قانون، به معنای نفی حضور شریعت در فرایند تقنین نیست. قانون به مثابه برآیند واقعیات اجتماعی، و بر دی لا بشرط دارد و از این حیث، شریعت می‌تواند در فرایند قانون‌گذاری حضور یابد؛ مشروط بر آنکه نه به عنوان واقعیات هنجاری و معیاری برای اعتبار قانون، بلکه به عنوان واقعیات اجتماعی، یعنی تا آنجا که در باور و عمل عموم افراد جامعه ساری و جاری است، در نظر گرفته شود.

این مقاله با برقراری تمایز میان شریعت به مثابه واقعیت هنجاری، و شریعت به مثابه واقعیت اجتماعی، به بررسی نظریه محمدحسین نائینی به عنوان نمونه‌ای برجسته از کوشش‌های نظری مشروطه‌خواهان دینی می‌پردازد و نشان می‌دهد که چرا تلاش برای برقراری نوعی تناسب میان اقتدار قانون و شریعت از زمان مشروطه تا عصر حاضر، لاجرم با شکست مواجه شده است. در نهایت، استدلال می‌شود تنها از رهگذر تمایز فرقی و با پذیرش شریعت در مقام واقعیات اجتماعی است که می‌توان هم اقتدار قانون را تحقق بخشیده و حفظ کرد و هم امکان اداره عادلانه جامعه متکثر با رعایت حقوق و آزادی‌های فردی را فراهم آورد.

کلیدواژگان: اقتدار قانون، اقتدار شرع، نظارت شرعی، نائینی، واقعیت اجتماعی، امر نوعی، بحران عدم

تناسب اقتدار

چه شد که مشروطیت از هم پاشید؟ داود فیرحی، مشروطه‌پژوه برجسته، یکی از علل مهم فروپاشی مشروطه را ابهام در مفهوم و مرزهای «قانون دولتی» و نسبت آن با شرع یا «قانون شرعی» می‌داند؛ ابهامی که به زعم او، به پیدایش «بحران قانون» و نهایتاً «بحران عدم تناسب اقتدار» در دولت مشروطه انجامید. از نگاه فیرحی، آرمان مشروطه این بود که اقتداری متناسب و هماهنگ از همزیستی شرع و قانون پدید آید (تناسب اقتدار ناشی از همزیستی شرع و قانون)؛ اما در عرصه عمل، چنان تنافی‌ای میان این دو شکل گرفت که نه اقتدار شرع پایدار ماند و نه اقتدار قانون (بحران عدم تناسب اقتدار)؛ و همین شکاف نهایتاً به تضعیف متقابل دو منشأ اقتدار و فروپاشی مشروطه انجامید (فیرحی، ۱۳۹۴، صص. ۴۰۳-۴۰۱).

تحلیل فوق بر چند فرض استوار است: (۱) قانون و شرع دو منبع هنجاری متمایزند: قانون غیر از شرع است و شرع غیر از قانون؛ (۲) جامعه ایران، به مثابه جامعه‌ای با اکثریت مسلمان، برای رهایی از استبداد و اضمحلال، نیاز ضروری به «قانون» دارد؛ (۳) تناسب اقتدار ناشی از همنشینی شرع و قانون، دست کم در سطح نظری، امری «ممکن» است؛ (۴) این تناسب اقتدار، «آرمان مشروطه» و امری مطلوب است.

(۱) تمایز قانون از شریعت: قانون پدیده اجتماعی و سیاسی منحصر به فرد و یکی از پیچیده‌ترین جنبه‌های فرهنگ بشری (Marmor & Sarch, 2019) و البته «مهم‌ترین عنصر مؤلف نظام حقوقی» (راسخ، ۱۳۹۵، الف، ص. ۷۵) است. قانون نوعی «سنت اجتماعی هنجاری»^۱ است که ادعای هدایت رفتار انسان‌ها و ارائه «دلیل برای عمل»^۲ را دارد. با این حال، قانون تنها حوزه هنجاری نیست؛ اخلاق، دین، فرارادهای اجتماعی^۳، آداب و رسوم^۴ و دیگر نهادهای هنجاری نیز رفتار انسان را هدایت می‌کنند؛ بدین ترتیب، می‌توان گفت قانون از سایر حوزه‌های هنجاری مشابه (از جمله شریعت) متمایز است. (Marmor & Sarch, 2019)

(۲) نیاز ضروری به قانون: در ایران پیشامشروطه، قانون عموماً مترادف با شریعت تلقی می‌شد؛ بدین معنا که خارج از حوزه شریعت، چیزی تحت عنوان قانون وجود نداشت تا الزام‌آور باشد. اما یکی از آرمان‌های اساسی

^۱ Normative social practice

عبارت فوق را به شکل «رویه یا عمل اجتماعی هنجاری» نیز می‌توان ترجمه کرد؛ اما با وامداری از مترجم کتاب مبانی حقوق عمومی مارتین لاگین، به نظر می‌رسد تعبیر «رویه» در ترجمه اصطلاح practice جامع‌جمع جهات نباشد چرا که مضمون این اصطلاح اعم از قول و فعل و رویه است. (پاورقی مترجم در لاگین، ۱۳۹۵، ص. ۹۱)

^۲ Reasons for action

^۳ Social conventions

^۴ Etiquette

در مشروطه ایران، خواست همین «یک کلمه»^۵ یعنی قانون (به مثابه حوزه هنجاری مستقل) بود؛^۶ با این حال، ابهامات مهمی در مفهوم و فرایند تولید قانون وجود داشت که از ابهام در مبادی تصویری و عدم ایضاح مبانی قانون ناشی می‌شد. (فیرحی، ۱۴۰۰، ص. ۲۱) بدین ترتیب، جایگاه شریعت و نسبت آن با قانون، یکی از موضوعات محوری در زمان مشروطه بود که تاکنون نیز رابطه این دو محل مناقشه است.

۳) امکان همزیستی اقتدار شرع و اقتدار قانون: قانون و شرع، هر دو مدعی «اقتدار» یعنی الزام مشروع تابعین هستند و از همین منظر، هر دو منشأ اقتدار به شمار می‌آیند. حال مسئله اصلی، حول محور نسبت این دو منبع هنجاری است. فیرحی چهار الگوی متصور در نسبت میان اقتدار شرع و قانون را اینگونه ترسیم می‌کند: (۱) تناسب اقتدار ناشی از همزیستی شرع و قانون؛ (۲) تناسب اقتدار ناشی از برتری شرع بر قانون؛ (۳) تناسب اقتدار ناشی از برتری قانون بر شرع؛ (۴) بحران اقتدار ناشی از تنافی شرع و قانون. (فیرحی، ۱۳۹۴، ص. ۴۰۲)

از نگاه او، هیچ‌یک از الگوهای فوق، ممتنع نیست؛ اما تلاش فکری او و عمده مشروطه‌خواهان دینی، عمدتاً معطوف به «امکان» و «مطلوبیت» تحقق الگوی نخست، با تأکید بر آراء فقهای مشروطه‌خواه (به ویژه نائینی) بوده است.

۴) مطلوبیت تناسب اقتدار ناشی از همزیستی شرع و قانون: فرض فیرحی این است که نه تنها تناسب اقتدار ناشی از همزیستی شرع و قانون، امری «ممکن» است، بلکه «مطلوب» نیز می‌باشد. وی معتقد است الگوی دوم (برتری شرع بر قانون) و الگوی سوم (برتری قانون بر شرع)، با مجموعه شرایط عینی و ذهنی عصر مشروطه‌خواهی در ایران تناسب نداشت و بنابراین رهبران مشروطه در جستجوی تحفه آرمان نخست بودند. هرچند آنچه در عمل، در زمین مشروطه باقی ماند، تنافی شرع و قانون و پیدایی «بحران عدم تناسب اقتدار» بود و نتیجه این وضع، فروپاشی دوگانه هردو منشأ اقتدار، یعنی شرع و قانون و تضعیف متقابل علمای مذهب و مجلس قانونگذاری بود: روندی که سرانجامی جز نفی هردو و پیدایی نظام جدید (پهلویسم) نداشت. (فیرحی، ۱۳۹۴، صص. ۴۰۳-۴۰۱)

^۵ نک. به رساله یک کلمه میرزا یوسف خان مستشارالدوله: (مؤمنی، ۱۳۹۷)

^۶ در ایران، از سال‌ها پیش از انقلاب مشروطه تا آستانه آن، نوعی توافق میان نیروهای دینی، روشنفکران و بخش‌هایی از درباریان در خواست مشروطه پدید آمد: ایشان هر یک، به دلیلی خاص، به مشروطیت متمایل شدند. در این بین، علمای دینی مشروطه‌خواه هم متوجه تفاوت زمانه و لزوم نیاز به قانون شده بودند و بر همین اساس معتقد بودند که: «مقتضیات این قرن مغایر با قرون سالفه است [...] و بقای بر مسلک قدیمی جز اضمحلال و انقراض نتیجه نخواهد داد پس تأسیس این امور محترمه حفظ بیضه اسلامی است» (کدیور، ۱۳۸۷، ص. ۲۱۳) و «تا دولت ایران مشروطه و دارای قوانین اساسی نگردد و این استبداد برداشته نشود، هرگز متوقع اصلاح و منتظر انتظام نباید بود». (ناظم‌الاسلام کرمانی، به نقل از طباطبایی، ۱۳۵۷، ص. ۲۴۴) بدین ترتیب، در نفی وضع موجود و ضرورت قانون، نوعی اجماع مرکب میان نیروهای مذهبی، روشنفکران و بخش‌هایی از نخبگان سیاسی پدید آمد.

این مقاله، با تبیین تمایز دو حوزه هنجاری قانون و شرع، و مفروض گرفتن نیاز ضروری به قانون، در پی پاسخ به این پرسش است که «آیا به لحاظ نظری، اقتدار توأمان و متناسب قانون و شرع، امکان‌پذیر است؟»^۷.

در این راستا، ابتدا مفهوم قانون و شرایط اقتدار آن تحلیل شده و سپس در پرتو این تحلیل، و با تأکید بر اندیشه نائینی^۸، کوشش او برای همنشینی اقتدار شرع و قانون را بررسی کرده و سرانجام، تلاش می‌شود تا پاسخی تحلیلی به پرسش مذکور ارائه شود.

(۱) اقتدار قانون

قانون، به مثابه هنجاری عام که در پی تنظیم رفتار انسان‌ها است، باید واجد اقتدار باشد؛ اما این اقتدار ریشه در ماهیت خاص قانون و ویژگی‌های ذاتی آن دارد. بر این اساس، فهم ماهیت و ویژگی‌های ذاتی قانون، شرط لازم برای درک اقتدار قانون است. اگر اقتضائات مندرج در ماهیت قانون و نیز ویژگی‌های ذاتی آن برآورده نشود، طبعاً آنچه موسوم به قانون است، یا واجد اقتدار نخواهد بود یا عملاً اقتدار آن تا حد زیادی تضعیف خواهد شد.

^۷ بدیهی است چنانچه پاسخ به این پرسش، منفی باشد، بحث از مطلوبیت چنین تناسبی منتهی خواهد بود. اما اگر تناسب اقتدار شرع و قانون نظراً ممکن باشد، آنگاه تحلیل مطلوبیت آن معنادار خواهد بود.

^۸ تأکید بر اندیشه محمدحسین غروی نائینی (۱۳۵۵-۱۲۷۶ ق / ۱۳۱۵-۱۲۳۹ ش) از دو جهت است: نخست اینکه وی فقه اصولی، نظریه پرداز مشروطه خواه و نمونه اجلای متفکری است که سعی در همنشینی سازی قانون با شریعت داشت و به همین منظور، رساله‌ای مفصل و استدلالی در فقه استبداد و لزوم مشروطیت دولت و توجیه دینی و عقلی آن تألیف نمود. رساله نائینی با عنوان کامل «تنبيه الأمة و تنزيه الملة في لزوم مشروطية الادارة المنتخبه لتقليل الظلم على أفراد الأمة و ترقية المجتمع» (تهرانی، ۱۴۰۸ ه. ق.، ص ۴۴۰) در ربیع‌الاول سال ۱۳۲۷ هجری قمری و تقریباً نه ماه پس از به توپ بسته شدن مجلس شورای ملی به دستور محمدعلی شاه (با استناد به فتاوی و نظرات علمای مشروطه خواه و خاصه فضل الله نوری مبنی بر منافات مشروطه با دین اسلام) نگاشته شد. این رساله را که با تأییدات رهبران مشروطه خواه و در رأس آنان آخوند خراسانی و عبدالله مازندرانی همراه شد، می‌توان «مهم‌ترین متن در فقه مشروطه»^۹، مثابه بخشی از فقه سیاسی و معاصر شیعه» (فیرحی، ۱۳۹۴ الف، ص. ۹۳) و «معتبرتر، مشهورتر و ماندگارتر» از تمام رسانی که در دفاع از مشروطیت نوشته شده (زرگری‌نژاد، ۱۳۹۰، ص. ۴۰۵؛ عنایت، ۱۳۹۱، ص. ۱۷۴) قلمداد کرد که «اثر شدیدی در میان مردم کرد و مایه تقویت مشروطه خواهان گردید» (رضوانی، ۱۳۸۸، ص. ۲۳۷). دوم اینکه با وجود گذشت بیش از ۱۲۰ سال از انتشار رساله نائینی، همچنان تفاسیر و برداشت‌های متفاوت، بلکه متعارضی، از نظریات سیاسی و حقوقی نائینی ارائه شده است. به نظر می‌رسد چنین تفاسیر متعارضی، تاحدی، برخاسته از پیش فرض‌های سیاسی هر یک از نظریه پردازان بوده است. اما در خود نظریه نائینی نیز امکانات بالقوه‌ای برای ارائه دو گونه تفسیر اقتدار گرایانه و دموکراتیک وجود دارد. برای نمونه، سیدعلی حسینی خامنه‌ای (دومین رهبر جمهوری اسلامی ایران) در دیدار با «دست‌اندر کاران کنگره بین‌المللی میرزای نائینی» به تاریخ ۱۴۰۴/۷/۳۰ با تأکید بر عناصری چون «ولایت»، «مشروط بودن اعتبار قانون مصوب مجلس مبعوثان به تأیید علمای اسلامی و فقهای دین» و نظایر آن در تنبیه‌الامة نائینی، سعی در القای این مطلب داشت که نظریه سیاسی نائینی، عبارت اخیری «جمهوری اسلامی» و نهادهای آن (خاصه شورای نگهبان) است (خامنه‌ای، ۱۴۰۴) از سوی دیگر، نک. به آثار داود فیرحی که در آن، با تأکید بر عناصری چون «امر نوعی»، «اعتبار رأی اکثریت» و نظایر آن، نائینی «نماد مکتبی فقهی - سیاسی» معرفی شده که «بیان دینی از آزادی و دموکراسی در مذهب شیعه» دارد و «از جمله اندیشمندان پل سازی است که در تلاش برای پیوند سنت فقهی با موضوع جدید و دشواری چون تجدد، دموکراسی و دولت مدرن است.» (فیرحی، ۱۳۹۴ الف، صص. ۱-۲)

۱,۱) تمایز قانون از سایر حوزه‌های هنجاری

بر اساس دسته مهمی از نظریات حقوقی^۹، قانون یک پدیده اجتماعی - سیاسی منحصر به فرد است، بدین معنا که از سایر حوزه‌های به ظاهر مشابه (نظیر اخلاق، آداب و رسوم، دین و ...)، متمایز است و ویژگی‌هایی کم‌وبیش جهان‌شمول دارد. (Marmor & Sarch, 2019)^{۱۰} قانون پدیده و حوزه هنجاری مستقلی از سایر حوزه‌ها است: حوزه‌ای که در آن، قانون بودن یک چیز است و شایستگی یا ناشایستگی آن چیزی دیگر (Austin, 1832, p. 157) و حوزه‌ای که ممکن است شباهت‌هایی با سایر اعمال انسانی داشته باشد، اما در عین حال، در نهایت، به هیچ‌یک از آن‌ها فرو کاسته نمی‌شود. (Berdea, 2021, p. 398) بدین ترتیب، می‌توان اولاً و بالذات، قانون را به نحو مستقل از سایر پدیده‌ها و نیز فارغ از خوب و بد آن شناخت.

۱,۲) سه تز در تبیین ماهیت قانون

برای درک شرایط تحقق اقتدار قانون، باید به سه تز یا اصل بنیادین در باب ماهیت قانون پرداخت که نشان می‌دهند قانون چگونه می‌تواند به عنوان مرجعی مستقل برای تنظیم رفتار انسانی عمل کند: تز اجتماعی^{۱۱}، تز تفکیک^{۱۲} و تز کارآمدی اجتماعی^{۱۳}.

نخست، بنا به تز اجتماعی، قانون پدیده‌ای عمیقاً اجتماعی است و شرایط اعتبار قانون را اساساً «واقعیات اجتماعی» تعیین می‌کنند: قانون قابل تقلیل به واقعیات اجتماعی به مثابه «واقعیت‌های غیرهنجاری» است. (Marmor & Sarch, 2019) بدین معنا که با صرف نظر از هر گونه ملاحظه ارزشی، می‌توان آنچه را که در هر جامعه‌ای به عنوان «قانون» محسوب می‌شود، تعیین کرد. (Berdea, 2021, p. 397)

^۹ مراد، نظریاتی است که ذیل دسته کلی اثبات‌گرایی حقوقی (Legal Positivism) می‌گنجد.

^{۱۰} نظریه‌های حقوقی در خصوص ویژگی‌های ضروری یا ذاتی قانون، ادعاهایی جهان‌شمول مطرح می‌کنند؛ اما به ویژگی‌های احتمالی یا نسبی یک نظام حقوقی خاص نمی‌پردازند (Gizbert-Studnicki. (2021). p. 437)

^{۱۱} Social thesis

^{۱۲} Separation thesis

^{۱۳} The thesis of social efficacy

^{۱۴} اثبات‌گرایان حقوقی اختلاف نظرات بسیاری با یکدیگر دارند، اما تقریباً همه آنها در پذیرش سه اصل کلی با یکدیگر اشتراک نظر دارند: سه اصلی که از آن، در قالب سه تز فوق یاد می‌شود. شایان ذکر است برخی نظریه‌پردازان و محققان دیگر، در قالب تزهای دیگری که بعضاً مشابه مضمون تزهای فوق است به بیان اصول اثبات‌گرایی حقوقی پرداخته‌اند؛ برای نمونه لسلی گرین از تز «خطاپذیری» (Fallibility Thesis) و تز «بی‌طرفی» (Neutrality Thesis) یاد کرده است. (Green & Adams, 2019) یا ریموند وکس در کتاب «فهم فلسفه حقوق: درآمدی بر نظریه حقوقی» ادعاهای اثبات‌گرایی حقوقی معاصر را در قالب سه تز بیان می‌کند که دو مورد آن عبارت است از: تز تبار (Pedigree thesis) و تز صلاحیت قضایی (Discretion thesis). (Wacks, 2012, p. 78)

پرسش این است که ماهیت قانون (= واقعیت حقوقی^{۱۵}) را چه چیز تعیین می‌کند؟ واقعیت حقوقی، واقعیتی است درباره وجود و محتوای یک نظام حقوقی خاص. به‌عنوان مثال اینکه قانون رانندگی با سرعت بیش از ۸۰ کیلومتر در ساعت را ممنوع می‌کند، یک واقعیت حقوقی است. واقعیات حقوقی، واقعیات اولیه یا نهایی (Ultimate facts) نیستند؛ یعنی همواره به واسطه واقعیات دیگری تعیین می‌شود. مثلاً اگر فروش اسلحه در فلان ایالت آمریکا ممنوع باشد، این واقعیت حقوقی به این دلیل پدید آمده که مثلاً مجلس آن ایالت لایحه‌ای را تصویب کرده که در آن تصریح شده فروش اسلحه ممنوع است؛ و پیش از آن، شهردار ایالت، آن لایحه را امضاء زده است. (Shapiro, 2011, pp. 25–26)

واقعیات حقوقی دو ویژگی دارند: اول اینکه واقعیاتی هنجاری هستند و نمی‌توان آن‌ها را بدون استفاده از واژه‌های وظیفه‌گرایانه‌ای^{۱۶} نظیر «باید»، «نباید»، «متعهد است» و ... توصیف نمود (Gizbert-Studnicki, 2007, p. 420)؛ دوم آنکه چنین واقعیتهایی بالاخره در یک جا به پایان می‌رسند، به‌عنوان نمونه در مثال فوق، ممکن است پرسیده شود که اعتبار تصمیم مجلس ایالتی به چیست و در پاسخ، واقعیتهای حقوقی دیگری گفته شود؛ النهایه چنین پاسخ‌هایی به اعتبار قانون اساسی آن کشور می‌رسند. اما در این مرحله، پرسش این است: اساساً اعتبار خود قانون اساسی به چیست؟

اینجا دیگر، واقعیتهای حقوقی وجود ندارد که به این پرسش پاسخ دهد؛ چراکه فرض بر این است که قانون اساسی، بنیادی‌ترین قانون موجود است. از اینجا است که در پاسخ به این پرسش بنیادین، پای واقعیتهای اجتماعی به میان می‌آید: این واقعیتهای اجتماعی است که به یک هنجار، عنوان «قانون» می‌دهند.

واقعیتهای اجتماعی را می‌توان با عبارات کاملاً توصیفی (غیرهنجاری) و بدون استفاده از هرگونه اصطلاح اخلاقی (نظیر خوب، بد، منصفانه) یا اصطلاح وظیفه‌گرایانه (نظیر تکلیف، حق، استحقاق) بیان نمود. واقعیتهای اجتماعی همان اعمال انسانی و نیز باورها، نگرش‌ها و منش‌های انسانی هستند. (Gizbert-Studnicki, 2007, p. 421) اغلب نظریه‌پردازان، در تحلیل نهایی، قانون را مفهومی اجتماعی می‌دانند که هیچ معنای عینی و ثابتی ندارد؛ بلکه محصول ایده‌ها و فعالیت‌های ماست؛ قانون آن چیزی است که گروهی از مردم بر پایه یک توافق اجتماعی، به نحو عرفی^{۱۷}، به آن عنوان «قانون» می‌دهند. (Tamanaha, 2008)

^{۱۵} Legal facts

^{۱۶} Deontic words

^{۱۷} Conventional

پس می‌توان گفت واقعیت‌های حقوقی برآمده از واقعیت‌های اجتماعی است و به این لحاظ، قانون قابل تقلیل به واقعیت‌هایی غیرهنجاری است.^{۱۸} بدین سان، بنا به تز اجتماعی، نقطه تأکید در تبیین ماهیت قانون، توجه به «منبع» و خاستگاه اجتماعی هنجارها است و نه «محتوا»ی آن‌ها. (Marmor & Sarch, 2019)

دوم، بنا به تز تفکیک، شرایط اعتبار قانونی به شایستگی اخلاقی هنجارها بستگی ندارند. (Marmor & Sarch, 2019) صورت‌بندی منطقی این تز، چنین است:

۱. هنجار (A) می‌تواند از نظر قانونی معتبر باشد، حتی اگر (A) فاقد اعتبار یا شایستگی اخلاقی باشد (یعنی حتی اگر ناقص‌الذمه یا ناقص‌الفایده باشد یا به نحو برابر با شهروندان رفتار نکند).

۲. از نظر مفهومی، وجود قانون مستقل از شایستگی آن (یا آنچه باید باشد) است.

۳. قانون و اخلاق، از نظر مفهومی، پدیده‌هایی متمایز هستند. (Waluchow, 2021, p. 487)

به بیان دیگر، بر اساس دسته مهمی از نظریات،^{۱۹} برای اعتبار حقوقی یک هنجار، معیارهای اخلاقی، نه شرط لازم هستند و نه شرط کافی. به تعبیر جوزف رز: «وجود و محتوای احکام و مقررات (قواعد) حقوقی را، به طور کامل، منابع اجتماعی تعیین می‌کند.» (Raz, 1979, p. 46)

سوم، بنا به تز کارآمدی اجتماعی، برای اینکه قانون وجود داشته باشد، باید مردم به طور گسترده‌ای از آن تبعیت کنند. یعنی قانون بودن قانون، وابسته به تبعیت گسترده مردم است.^{۲۰}

علت مغفول بودن این اصل برای تبیین ماهیت قانون، این است که نظریه پردازان حقوقی، عموماً بدیهی می‌دانند که قانون تنها در صورتی وجود دارد که تا حد زیادی از سوی مردم تبعیت شود؛ اگر مردم مطابق با قانون رفتار نکنند، نظام هنجاری، پوچ و بی‌معنا خواهد بود؛ بدین ترتیب، از آنجا که نظریه پردازان حقوقی همگی کارکرد قانون

^{۱۸} با این حال، اختلافات مهمی میان نظریه پردازان اثبات‌گرا وجود دارد که سبب می‌شود اثبات‌گرایی حقوقی را به دو گروه عمده تقسیم نمود: الف) اثبات‌گرایی حقوقی بسته بیانگر این ادعاست که «وجود و محتوای قانون، در نهایت، تنها مبتنی است بر واقعیت‌های اجتماعی درباره جامعه، و نه واقعیت‌های اخلاقی» (Raz, 1994, p. 210) در این دیدگاه، قائل بودن به تز اجتماعی، مستلزم این است که از معیارهای «صرفاً» واقعی اعتبار قانونی استفاده نسبت به هرگونه ارجاع قانون به ارزش‌های اخلاقی، به معنای اعطای قدرت و اختیار به قاضی برای وضع قانون جدید تلقی می‌شود؛ در چنین نگاهی، هم مبنا و هم محتوای قواعد باید منحصراً واقعی باشد؛ جوزف رز، فیلسوف مشهور حقوق، به این نظر قائل است و آن را «تز منابع» می‌نامد؛ تز منابع، تفسیر رز از اثبات‌گرایی حقوقی است که از دید او گزاره‌ای صادق در باب قانون نیز هست: «وجود و محتوای قانون را به طور کامل منابع اجتماعی تعیین می‌کند» (بیکس، ۱۳۹۵، ص ۱۳۹).

ب) اثبات‌گرایی حقوقی باز بیانگر این ادعاست که معیارهای اعتبار قانونی می‌توانند ماهیت اخلاقی داشته باشند اما این امر ضرورتی ندارد؛ چنین امری صرفاً «ممکن» است؛ اما این امکان نیز مشروط بر این است که واقعیات اخلاقی مبتنی بر واقعیات اجتماعی باشند. بدین ترتیب می‌توان اثبات‌گرایی باز را اعم از اثبات‌گرایی بسته دانست؛ چراکه در اثبات‌گرایی باز معیارهای اعتبار قانون و محتوای قواعد هم می‌تواند اخلاقی باشد و هم اجتماعی، در هر دو صورت اما ریشه در واقعیات دارند.

^{۱۹} اثبات‌گرایی حقوقی بسته

^{۲۰} هارت نیز پیروی عمومی از قواعد رفتاری را شرط «ضروری» برای وجود یک نظام حقوقی می‌دانست. (هارت، ۱۳۹۵، ص ۱۸۹)

را کنترل و هدایت رفتار می‌دانند، به نظر می‌رسد تنها در صورتی می‌توان گفت قانون وجود دارد که این کارکرد واقعاً انجام شود. (Tamanaha, 2021, pp. 512–513)^{۲۱}

نتیجه‌ی پذیرش این سه تز آن است که قانون، برای آنکه بتواند نقش خود را به‌عنوان مرجع واجد اقتدار تنظیم رفتار و حل‌وفصل اختلافات ایفا کند، باید از حیث شناسایی و اعتبار، مستقل از ارزیابی‌های اخلاقی، دینی یا ارزشی باقی بماند و معیار شناسایی آن مستقل از داوری‌های ارزشی باشد. در غیر این صورت، نه تنها تعیین وجود و محتوای قانون منوط به اختلاف نظرهای هنجاری می‌شود، بلکه اقتدار قانون، به‌مثابه مرجعی که باید پیشاپیش و به‌طور عمری قابل شناسایی باشد، به‌طور جدی تضعیف می‌شود.

۱,۳) اقتدار قانون در گروهی استقلال آن از دلایل هنجاری بیرونی

ریشه تبیین ماهیت قانون در قالب سه تز مذکور، به مسئله «اقتدار» و رابطه آن با قانون بازمی‌گردد: نظام‌های حقوقی، بنا به ماهیت خود، آمرانه (تفترانه) هستند. برای اینکه هنجارهای قانونی بتوانند آمرانه باشند، باید بدون اینکه به دلایل ارزشی (اعم از اخلاقی یا غیر اخلاقی) متوسل شد، بتوان مشخص ساخت که این هنجارها برای حل‌وفصل مسائل ناشی از آن دلایل به میان آمده است. بر اساس این استدلال و به تعبیر جوزف رز، افراد تابع یک مرجع دارای اقتدار «تنها در صورتی می‌توانند از تصمیمات او بهره‌مند شوند که بتوانند وجود و مضمون این تصمیمات را تعیین کنند، بدون طرح همان موضوعاتی که این اقتدار برای حل آن‌ها آمده است.» (بیکس، ۱۳۹۵، صص. ۶۰-۵۹)

مرجع اقتدار تنها در صورتی می‌تواند اتخاذ تصمیم کند و به مرافعات فیصله دهد که پای دلایل اخلاقی یا ارزش‌های دیگر در تعیین و تفسیر سخن مرجع اقتدار به میان نیاید. اگر پای ارزش‌های دیگر به میان آید، قانون امری نامتعیین^{۲۲} و ذهنی^{۲۳} می‌شود و نتیجتاً اقتدار قانون تضعیف شده و جامعه نیز در فهم اینکه قانون چیست، دچار اشتباه می‌شود. از سوی دیگر، وابسته کردن اعتبار هنجارها یا اصول حقوقی به ملاحظات اخلاقی یا سیاسی، نقض تز تفکیک است، زیرا در این صورت، تعیین اصول حقوقی بدون داوری اخلاقی ممکن نیست. لذا اگر اعتبار

^{۲۱} به‌رغم مقبول بودن اصل این تز، سؤالات مهمی در خصوص آن شکل گرفته است: انطباق با قانون تا چه حد باید شایع و گسترده باشد؟ آیا مردم باید رفتار خود را با تمامی حوزه‌های قانون منطبق سازند؟ اساساً چه کسی باید رفتار خود را با قانون منطبق سازد (مقامات قانونی، کل مردم یا گروه‌های مهم)؟ تاماناها در این مقاله با در نظر داشت دیدگاه تکثرگرایانه خود، ضمن بررسی چنین مسائلی در باب تز کارآمدی اجتماعی، تا حدود زیادی، اصل این ایده که یکی از شرایط مفهومی وجود قانون، کارآمدی اجتماعی است، را زیر سؤال برده است و تفسیری تازه از این تز ارائه می‌نماید. همچنین در باب ابهامات موجود در این تز، نک: Raz, 1980, pp. 203–204.

^{۲۲} Indeterminate

^{۲۳} Subjective

قانونی هنجارها وابسته به استدلال اخلاقی شوند، بسیار محتمل است که جامعه در فهم چستی قانون دچار اشتباه شوند. (Marmor & Sarch, 2019)

بدین ترتیب، تأکید بر واقعیات اجتماعی به جای ارزش‌ها، نه تنها شناخت حقوق نوپدید را تسهیل می‌کند، بلکه اقتدار قانون را نیز حفظ می‌کند. کمترین ویژگی حقوق جدید توان «همنشینی» با، و نه لزوماً توجیه، این واقعیات است. (راسخ، ۱۳۹۵، ص. ۵۶۸) قانون در پی توجیه و داوری ارزشی واقعیات اجتماعی و اتخاذ موضع در باب آن‌ها نیست، بلکه بر آینه واقعیات اجتماعی و عرف موجود است.

۱،۴) ویژگی‌های ذاتی قانون به مثابه شرایط اقلی تحقق اقتدار از منظری دیگر، می‌توان به شناسایی ماهیت قانون پرداخت و آن توجه به ویژگی‌های ذاتی قانون است که بدون آن‌ها اساساً یک هنجار را نمی‌توان «قانون» به حساب آورد. ویژگی‌های ذاتی قانون عبارت‌اند از: الزام‌آور، عام، امری، علنی، واضح، مفید قطعیت، معطوف به آینده و مصوب مرجع دی‌صلاح بودن^{۲۴}

ویژگی‌های ذاتی، تضمین‌کننده شایستگی با مطلوب بودن قانون نیستند، بلکه صرفاً شرایط «شکلی» لازمی هستند که یک هنجار را بدل به قانون می‌کنند. از این رو، حتی با وجود رعایت همه ویژگی‌های ذاتی، کاملاً محتمل است که قانون حاوی برخی قواعد ناشایست باشد، اما می‌توان گفت نفس وجود قانون متعین (به‌رغم وجود برخی قواعد ناشایست)، امری مطلوب است؛ چراکه قانون، مهم‌ترین عامل، یا لاقلاً یکی از مهم‌ترین عوامل، انتظام‌بخش هر جامعه‌ای است. اگر مجریان قانون و شهروندان برای اینکه بفهمند قانون چیست، مجبور نباشند قضاوت ارزشی (دینی، اخلاقی و ...) انجام دهند، اجرای عدالت، باثبات‌تر و قابل پیش‌بینی‌تر می‌شود. لذا تفکیک حقوق و اخلاق، به دلایل گوناگون اخلاقی و سیاسی امری مطلوب است. (Spaak & Mindus, 2021, pp. 15–16)^{۲۵}

اگر اعتبار قانون به دلایل هنجاری بیرونی مانند ملاحظات اخلاقی یا دینی وابسته شود، ویژگی‌های ذاتی قانون به‌طور جدی آسیب می‌بینند: الزام‌آوری آن تاحدی تعلیق می‌شود، زیرا اجرای قانون به پذیرش یا عدم پذیرش یک منبع هنجاری دیگر بستگی پیدا می‌کند؛ عام بودن آن مخدوش می‌شود، زیرا مخاطبان بر اساس نعلات ارزشی خود، قانون را به گونه‌ای متفاوت تفسیر یا حتی انکار می‌کنند و قانون به مجموعه‌ای از الزامات نسبی برای گروه‌های مختلف اجتماعی فروکاسته می‌شود و ظرفیت خود برای ایجاد نظم عمومی مشترک را از دست می‌دهد؛ استقلال فرمان قانونی از دست می‌رود و قاعده حقوقی به توصیه‌ای ثانوی بدل می‌شود؛ علنی بودن و وضوح قانون

^{۲۴} برای ملاحظه شرح و بسط هر یک از ویژگی‌های ذاتی مذکور، نک: راسخ، ۱۳۹۵، الف، صص. ۷۵-۱۰۴
^{۲۵} اثبات‌گرایی هنجاری (Normative positivism) بیانگر این ادعاست که دلایل هنجاری خوبی (معمولاً دلایل اخلاقی) برای پذیرش یک یا چند اصل مطروحه در اثبات‌گرایی حقوقی توصیفی (Descriptive legal positivism) وجود دارد.

کاهش می‌یابد، زیرا فهم واقعی آن مستلزم مراجعه به تفاسیر متکثر بیرونی می‌شود؛ قطعیت و امنیت حقوقی به خطر می‌افتد زیرا افراد همواره در انتظار داوری‌های تفسیری جدید هستند؛ جهت‌گیری آینده‌نگر قانون مختل می‌شود، زیرا اعتبار آن به کشف هنجارهای ازلی وابسته شده و حتی به گذشته سرایت می‌کند؛ و در نهایت، تمرکز مرجع ذی‌صلاح برای وضع و اصلاح قانون از بین می‌رود و اشخاص و نهادهای بیرونی عملاً جایگزین مرجع رسمی می‌شوند. در چنین وضعیتی، قانون دیگر مرجع نهایی الزام نیست و به ابزاری تبعی برای اعمال منابع هنجاری بیرونی فروکاسته می‌شود و همزمان پیش‌بینی‌پذیری، اعتماد و امنیت حقوقی را نیز به شدت تضعیف می‌کند.

بدین ترتیب، تحلیل ماهیت قانون نشان می‌دهد که قانون، پیش از هر چیز، پدیده‌ای نهادی و اجتماعی است که اعتبار و اقتدار آن از منابع اجتماعی ناشی می‌شود، از سایر حوزه‌های هنجاری متمایز است و کارکرد اصلی‌اش سامان‌دهی رفتار جمعی در شرایط تکثر هنجاری است. هرگونه ارجاع اعتبار قانون به منابع هنجاری بیرونی، مانند اخلاق یا دین، این پیوند درونی را مختل کرده و اقتدار قانون را نسبی یا تضعیف می‌کند. بنابراین، اقتدار قانون تنها زمانی محقق می‌شود که استتلال مفهومی و نهادی آن حفظ شود. این نتیجه، چارچوب نظری لازم برای بررسی کوشش‌هایی را فراهم می‌آورد که در پی هم‌نشینی یا تناسب اقتدار قانون و شریعت‌اند، کوششی که برجسته‌ترین صورت‌بندی آن در سنت مشروطه‌خواهی ایرانی، در نظریه نائینی، قابل مشاهده است.

۲) نظریه نائینی: کوشش برای هم‌نشینی اقتدار شرع و قانون

نظریه نائینی را در بادی امر می‌توان تلاشی آگاهانه برای پاسخ به یک مسئله بنیادین در عصر مشروطه دانست: اینکه چگونه می‌توان اختیارات حکومت را تحدید و در نتیجه ظلم به افراد جامعه را تقلیل داد. در وهله بعد و به طور ضمنی، مسئله وی این است: چگونه می‌توان اقتدار قانون را، به مثابه مرجع تنظیم نظم سیاسی، با اقتدار شرع، به مثابه مرجع هنجاری مسلط در جامعه اسلامی، جمع کرد و هم‌نشین ساخت؟

نقطه عزیمت نائینی، پذیرش این پیش‌فرض است که جامعه مورد نظر او جامعه‌ای اسلامی است که در آن شریعت، بالفعل، واجد اقتدار اجتماعی و هنجاری است.^{۲۶} از این رو، مسئله اصلی او نه حذف اقتدار شرع، بلکه تحدید قدرت سیاسی از طریق قانون‌گذاری عرفی مقید به شریعت است. در این چارچوب، قانون اساسی و نهاد مجلس، نقشی کانونی در تحدید حکومت و جلوگیری از استبداد می‌یابند.

نائینی می‌کوشد بدون فروکاستن قانون به شریعت و بدون نفی مرجعیت شرع، الگویی برای تنظیم نسبت این دو حوزه هنجاری ارائه دهد؛ الگویی که، برخلاف رویکردهای کسانی چون فضل‌الله نوری، نه به این‌همانی قانون و شریعت بینجامد و نه یکی را به سود دیگری طرد کند. هدف اصلی این الگو، در گام نخست، مهار استبداد

^{۲۶} وی در عبارات مختلف، واژه «اسلامیه» را به‌عنوان صفت به موصوفاتی خاص (اصطلاحات سیاسی و حقوقی) اضافه می‌نماید: «سلطنت اسلامی»، «دولت اسلامی»، «وطن اسلامی»، «جامعه اسلامی» و ... چنین تحلیلی از جامعه، وجه اشتراک رهبران موافق و مخالف مشروطه بوده است؛ نوری نیز در عبارتی می‌گوید: «واضح است که مملکت ایران، اسلامی است [...] مراد از کلمه «مشروطه» در این مملکت نمی‌تواند چیزی باشد که منافای با احکام شرعیه باشد» (رضوانی، هما، ۱۳۶۲، ص ۶۸)

سیاسی از طریق استقرار و اقتدار قانون است و در گام بعد، حفظ و تضمین وفاداری نظام حقوقی به شریعت. از این رو، نائینی در عین تأکید بر ضرورت و اقتدار قانون به مثابه مقدمه‌ای واجب برای تحدید حکومت، در پی صیانت از اقتدار شرع است و برای همنشین ساختن این دو، راهبردهایی اتخاذ می‌کند: تفکیک میان حوزه شریعت و قانون، محدود کردن قلمرو قانون به حوزه‌ای اقلی، و پذیرش نظارت شرعی در بخش‌های مهمی از همین حوزه اقلی.

۲،۱) تفکیک شریعت و قانون: تلاش برای حفظ دو مرجع اقتدار

نخستین گام نائینی برای همنشین ساختن اقتدار شرع و قانون، تفکیک مفهومی و نهادی این دو حوزه هنجاری است. این تفکیک در بادی امر، نه به معنای نفی شریعت و نه به معنای فروکاستن قانون به احکام دینی است؛ بلکه کوششی است برای آن که هر یک از این دو، در قلمروی خاص خود، واجد اقتدار باقی بمانند. بر همین اساس، نائینی از یک سو به جواز «حلول واقعۀ ار حکم شرعی» (فیرحی، ۱۳۹۴ب، به نقل از الانصاری، ۱۴۱۵ ق، صص. ۴۴۷-۴۴۲) و امکان تقنین در حوزه مباحات ملتزم است^{۲۷} و از سوی دیگر، همه ساحت‌های هنجاری جامعه را ذیل عنوان قانون قرار نمی‌دهد.

این تفکیک، پیش از آنکه صرفاً نظری باشد، صورتی نهادی و ساختاری دارد. در سنت اسلامی مورد نظر نائینی، امر قضایی و امر سیاسی اساساً از یکدیگر منکندند (فیرحی، ۱۳۹۴الف، ص ۴۵۸): قضاوت، نه به مثابه قوه‌ای در عرض قوای دیگر، بلکه به عنوان نهادی مستقل و خارج از ساختار حکومت، تماماً در صلاحیت فقها و مجتهدین قرار دارد. از این منظر، قوه‌ای تحت عنوان «قوه قضائیه» به معنای مدرن آن به رسمیت شناخته نمی‌شود؛ بلکه حکومت، صرفاً عهده‌دار اجرای احکامی است که مشروعیت و نئوذ آنها از نظر فقیه نافذالحکومه حاصل می‌شود.

بدین سان، تفکیک شریعت و قانون در اندیشه نائینی، نه به قصد تضعیف یکی به سود دیگری، بلکه به منظور حفظ همزمان اقتدار هر دو صورت‌بندی می‌شود: شریعت، به مثابه مرجع هنجاری موسع و سنگینتر، و قانون، به مثابه ابزاری اقلی برای مهار قدرت سیاسی.

با وجود این، این تفکیک بیش از آنکه راه‌حلی نهایی باشد، مقدمه‌ای برای مهار تنش میان دو مرجع اقتدار است؛ چراکه نائینی، برای جلوگیری از تداخل عملی شریعت و قانون، ناگزیر می‌شود دامنه قانون را به نحوی چشمگیر اقلی سازد و آن را به حوزه‌ای محدود از امور نوعی فروکاهد.

^{۲۷} برخلاف نائینی، فضل‌الله نوری الزام و التزام در امور مباح را خلاف شرع می‌دانست: «اصل این ترتیب و قانون اساسی و اعتبار به اکثریت آراء اگرچه در امور مباحه بالاصل هم باشد چون بر وجه قانون التزام شده و می‌شود حرام تشریعی و بدعت در دین است و کل بدعۀ ضلاله. مباح را هم اگر التزام به آن نمایند و لازم بدانند و بر مخالفت آن جزاء مترتب نمایند حرام است...» (زرگری‌نژاد، ۱۳۹۰، ص. ۲۶۴)

۲،۲) تحدید قلمرو قانون

در اندیشه نائینی، قانون نه ابزار تحقق همه ارزش‌ها و هنجارهای مطلوب، بلکه سازوکاری برای مهار قدرت سیاسی و تحقق اهداف محدود حکومت است. از همین رو، هر محتوایی قابلیت تبدیل شدن به قاعده حقوقی را ندارد.

نائینی وظایف حکومت را با نظر به اهداف اقلی آن تعریف می‌کند: حفظ نظم و امنیت داخلی و دفاع در برابر تهاجم بیگانه. (نائینی، ۱۳۸۸، صص. ۴۰-۳۹) بر این اساس، قانون نیز باید متناسب با همین اهداف تنظیم شود و کارویژه‌ای فراتر از آن نیابد. لذا او قائل به اختیار مطلق نمایندگان مجلس در امر تقنین نیست و بخش وسیعی از امور را موضوعاً خارج از قلمرو قانون می‌داند. این امور، سه دسته عمده را دربرمی‌گیرد:

۱) احکام شرعی که موضوع فراهی مجتهدین است نظیر احکام معاملات، نکاح، عقود و ایقاعات، مواریث، قصاص و دیات و مانند اینها. این دسته از احکام، به طور کلی از وظایف نمایندگان مجلس و متصدیان امور حکومتی خارج است (نائینی، ۱۳۸۸، صص. ۱۰۴).

۲) امور قضایی و آنچه در صلاحیت محاکم شرعی قرار دارد، از قبیل صدور حکم به قصاص و دیه یا اجرای حدود، که نفوذ آن‌ها منوط به نظر مجتهد نافذالحکم است و قوه مجریه صرفاً وظیفه اجرای آن را دارد. (نائینی، ۱۳۸۸، صص. ۱۰۵-۱۰۴) ۲۸

۳) بخشی از «مصالح نوعی» که نائینی آن‌ها را غیر لازم‌الاقامه^{۲۹} می‌داند. (نائینی، ۱۳۸۸، صص. ۴۷ و ۸۹)

بدین سان، قلمرو قانون به نحو قابل توجهی مضیق می‌شود و همه آنچه بنیل عنوان «احکام شریعت» قرار می‌گیرد، لزوماً نباید به قانون تبدیل شوند. این امر، همچنانکه مبتنی بر نظریات فقهی نائینی است، بر ملاحظات نظری و سیاسی مشخصی نیز ابتناء دارد:

نخست آنکه، وظیفه دولت در نگاه نائینی، دیندار کردن جامعه نیست و بنا نیست دین به دولت مبدل شود. (نائینی، ۱۳۸۸، صص. ۵۳) دوم آنکه، در حوزه تکالیف دینی، مرجع التزام افراد متکثر است: هر فرد باید به فتوای مجتهدی که از او تقلید می‌کند رجوع نماید و التزام به این احکام، متوقف بر دیانت و نیت فاعلی مکتف است؛ حال آنکه قانون، ناظر به رفتار خارجی و مبتنی بر حسن فعلی است. از همین رو، آنچه به دیانت مسلمین مربوط

^{۲۸} همچنین نک: نامه عبدالله مازندرانی و آخوند خراسانی به مجلس شورای ملی که در آن، ایشان در تشریح وظایف مجتهدین چنین می‌گویند: «وظیفه مقامیه آقایان عظام که به عضویت منتخب می‌شوند، رعایت تطبیق قوانین راجعه به سیاست مملکتی است کائنا ما کان بر احکام خاصه و عامه شرعیه. [...] چنانکه قوانین راجعه به مواد قضائیه و فصل خصومات و قصاص و حدود و غیر ذلک از آنچه صدور حکم در آنها وظیفه خاصه حکام شرع انور است، و از برای هیئت معظمه دولت جز ارجاع به مجتهدین عدول نافذالحکومه و اجرای حکم صادره کائنا ما کان مداخله و تصرفی نیست.» (کدیور، ۱۳۸۷، صص. ۲۶۰)

^{۲۹} منظور از مصالح نوعی غیر لازم‌الاقامه در اندیشه نائینی، اموری است که یا تصدی آن‌ها به شخص معصوم اختصاص دارد (مانند جهاد ابتدایی)، یا به نصب عنوانی در صلاحیت فقهای عصر غیبت است (مانند قضاوت و حکومت شرعی)، یا اموری که بر اساس فتاوی رساله‌های عملیه در جامعه جریان دارد. (فیرحی، ۱۳۹۴ الف، صص. ۱۴۳)

می‌شود، از وظایف متصدیان امور حکومتی خارج و در اختیار فقها باقی می‌ماند. (نائینی، ۱۳۸۸، ص. ۱۰۴) سوم آنکه، در «داستان مشروطیت»، آنچه برای نائینی اهمیت بنیادین دارد، رهایی از استبداد، تحدید دولت و امکان نظارت بر آن برای تحقق اهداف حداقلی حکومت است، نه تبدیل تمام احکام اسلام به قواعد الزام‌آور قانونی. (نائینی، ۱۳۸۸، ص. ۱۰۵) از این منظر، تکثر دینی یا اختلاف در فتاوا، در اصل پروژه مشروطه موضوعیت مستقلی ندارد؛ آنچه موضوعیت دارد، صرفاً تحدید قدرت سیاسی است. (نائینی، ۱۳۸۸، ص. ۹۸)

بر اساس همین مبناست که نائینی از قانون اساسی نه به مثابه مجموعه‌ای از فرامین ایجابی برای تضمین حقوق و آزادی‌ها، بلکه به عنوان «دستور محدود» (نائینی، ۱۳۸۸، ص. ۸۹) یاد می‌کند؛ قانون، در این معنا، به جای آنکه ناظر به هدایت اخلاقی جامعه یا تحقق ارزش‌های دینی باشد، ناظر به تحدید قدرت و جلوگیری از استبداد است. بدین سان، اقلی بودن امداد حکومت، مستقیماً به اقلی بودن محتوای قانون می‌انجامد.

در همین چارچوب است که نائینی به مفهوم محوری «نوع» و «امر نوعی» متوسل می‌شود. در هنگام استعمال واژه «نوع»، انسان بما هو انسان مورد نظر است. بدین ترتیب امر نوعی در اندیشه او، مجموعه‌ای از مشرکات نوعی هر جامعه است که با قطع نظر از ویژگی‌های دینی، قومی، جنسیتی و ...، از ضرورت زندگی مشترک در کنار دیگران ناشی می‌شود (نظیر راه و ترابری، بهداشت و سلامت، راهنمایی و رانندگی، آموزش و پرورش و ... که همه شهروندان در آن اشتراک دارند)؛ (فیرحی، ۱۴۰۰ الف، ص. ۲۴۲)

نائینی امر نوعی را به دو قسم لازم‌الاقامه و غیر لازم‌الاقامه تقسیم می‌کند و تنها قسم نخست را در قلمرو مداخله قانون و حکومت می‌داند. در این چارچوب، نائینی برای فعالیت تقنینی مجلس دو حوزه متمایز قائل است:

نخست، حوزه تفریع احکام شرعی منصوص در اموری که مستقیماً با نظم، سیاست و حفظ مملکت مرتبط‌اند. در این موارد، قانون باید مطابق شریعت باشد، تغییرپذیر نیست و نقش نمایندگان صرفاً کارشناسانه است، نه نمایندگی اراده عمومی. این حوزه، بخش اندکی از قوانین را دربرمی‌گیرد. (نائینی، ۱۳۸۸، صص. ۷-۱۳۴)

دوم، حوزه وضع قانون که نائینی آن را یکی از مهم‌ترین کارویژه‌های نمایندگان مجلس می‌داند و وظایف اصلی نمایندگان در این باب را در سه دسته جای می‌دهد:

الف) ضبط و تعدیل خراج و تطبیق دخل و خرج مملکت: نائینی حوزه امور مالی و بودجه‌ای را مهم‌ترین وظیفه تقنینی مجلس دانسته و در این حوزه، اختیار نمایندگان را مطلق می‌داند و حتی نظارت شرعی بر عدم مغایرت با شرع را لازم نمی‌داند. (نائینی، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۷ و ۱۲۹)

ب) وضع قانون در حوزه وظایف راجع به نظم و حفظ مملکت و سیاست که از غیرمنصوصات است: نائینی وظایف مربوط به نظم و حفظ مملکت را به دو قسم منصوص و غیرمنصوص، تقسیم نمود؛ در غیرمنصوصات که حوزه بسیار گسترده‌تری نسبت به حوزه منصوصات است، وی قائل به وضع قانون از سوی نمایندگان می‌باشد؛

توضیح اینکه وی، غیرمنصوصات را در حوزه اختیار و نظر نواب عام یا مأذونین از سوی ایشان می‌داند و در این اندیشه، نمایندگان مجلس، مأذونین مجتهدین یا همان نواب عام می‌باشند. (فیرحی، ۱۳۹۴ الف، ص ۴۴۲ و ۴۴۸) البته نائینی مشروعیت و صحت چنین قوانینی را در گروهی امضا و اذن مجتهدینی که ولایت امضا و اذن دارند می‌داند. (نائینی، ۱۳۸۸، ص. ۱۳۶) چنین مجتهدینی منتخب مجلس بوده و تنها به تصحیح و تنفیذ آراء صادره از سوی مجلس اقدام می‌کنند. (نائینی، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۳)

ج) تجزیة برای مملکت: اینکه قوای مملکت به شعبه‌های مختلفی تقسیم و وظایف هر یک، احصاء و قوانین راجعه به هر یک از آنها تنظیم و به عهده متصدیان مربوطه نهاده شود از وظایف نمایندگان مجلس است. (نائینی، ۱۳۸۸، ص. ۱۲۸) به نظر می‌رسد نائینی جایگاهی برای نظارت بر تطبیق یا عدم مغایرت با شریعت در این مورد قائل نباشد.

در مجموع، اقلی‌سازی قانون در اندیشه نائینی را می‌توان تلاشی منسجم برای جلوگیری از تداخل قلمروهای هنجاری دانست. قانون، در این الگو، سازوکاری حداقلی برای تنظیم امور نوعی، تحدید قدرت سیاسی و پیشگیری از استبداد است.

با این حال، حتی در همان قلمروی اقلی قانون‌گذاری عرفی، همچنان این پرسش باقی است که چه تضمینی وجود دارد قوانین وضع شده به تعارض با شریعت نیفتند از همین رو، نائینی در کنار تحدید قلمرو قانون، سازوکاری پیشنهاد می‌دهد تا بدینوسیله اقتدار شرع را در درون نظم قانونی تضمین کند. اینجاست که ایده «نظارت شرعی» به مثابه حلقه اتصال و به منظور مدیریت تنش میان دو مرجع اقتدار در اندیشه او برجسته می‌شود.

۲,۳) نظارت شرعی: تضمین اقتدار شرع در درون نظم قانونی

در اندیشه نائینی، حتی پس از تفکیک بین قانون و شریعت و سپس تحدید قلمروی قانون، تضمین عدم مغایرت قوانین با شریعت همچنان امری ضروری است. او میان «عدم مغایرت با شریعت» و «تطبیق کامل با شریعت» تفاوت قائل است و در عمده موارد تنها به شرط اول باور دارد؛ یعنی قوانین نباید با شریعت تعارض داشته باشند. و به طریق اولی، مفاد فصول قانون اساسی نباید مغایرتی با شریعت داشته باشد. (نائینی، ۱۳۸۸، ص. ۴۸)

در قلمرو منصوصات شرعی، قانون باید منطبق با احکام شرع در این حوزه باشد و بنابراین، کار مجلس صرفاً «تفریع و تبدیل آنها به مواد قانونی» است؛ اما حوزه موسع غیرمنصوصات، حوزه‌ای است که اراده عمومی (مشورت و تقنین) در آن راه دارد اما شرط مهمی هم وجود دارد: عدم مغایرت با شریعت. برای رعایت همین شرط است که در این حوزه، اذن و امضای کسانی که ولایت امضاء و اذن دارند (من له ولایة النظر) لازم است. (نائینی، ۱۳۸۸، صص. ۱۳۴-۱۳۵) می‌توان گفت قوانین مجلس در حوزه اخیر، اولاً و بالذات شرعی نیستند، بلکه ثانیاً و بالعرض وجه شرعی می‌یابند. (فیرحی، ۱۳۹۴ ج، ص ۸۱)

نائینی برای تضمین انطباق (در حوزه منصوصات) و عدم مغایرت (در حوزه غیرمنصوصات)، سازوکار نهادی خاصی پیش‌بینی می‌کند که بنا به آن، مجلس از دو سنخ عضو تشکیل شود: نمایندگان منتخب مردم و مجتهدین عدول عالم به سیاسات.^{۳۰} (نائینی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۴)

بدین ترتیب، در اندیشه نائینی، نظارت شرعی مجتهدین منتخب، قانون را در پرتو شریعت قرار می‌دهد. با این حال، این سازوکار، پیچیدگی‌هایی ایجاد می‌کند و زمینه‌ی تنش میان دو مرجع اقتدار را فراهم می‌آورد. پرسش کلیدی این است که چگونه عنصر «نظارت شرعی» در نظریه نائینی می‌تواند منجر به تضعیف اقتدار قانون شود.

۳) نقطه گسست: ناتوانی پروژه نائینی در تحقق توأمان اقتدار شرع و قانون

اقتدار قانون، آن گونه که در بخش نخست نشان داده شد، مستلزم آن است که معیار شناسایی، اعتبار و محتوای قانون، مستقل از داورهای هنجاری بیرونی، اعم از اخلاقی یا دینی، باشد. قانون تنها در صورتی می‌تواند به عنوان مرجعی واجد اقتدار برای تنظیم رفتار جمعی عمل کند که وجود و مضمون آن بدون رجوع به همان دلایلی که قانون برای حل و فصل آن‌ها وضع شده است، قابل تعیین باشد. این استقلال مفهومی و نهادی، شرط امکان اقتدار قانون است؛ به عبارت دیگر، قانون اگر بخواهد از میان نظرات موجود در جامعه در خصوص یک موضوع، یک نظر را برگزیند تا رافع اختلافات و ملاک عمل باشد، باید به نحوی خودبسنده، و با ارجاع به واقعیات اجتماعی موجود به مثابه واقعیاتی غیرهنجاری (یعنی باور و عمل عموم نابین) و مخرج مشترک نظامات ارزشی آنان^{۳۱} و بدون ارجاع به دلایل هنجاری اختلافی دیگر، این کار را بکند. با آنکه در مقام وضع، ملاحظه تطبیق یا عدم مغایرت با دلیل هنجاری دیگری را بکند و در مقام تفسیر، پای چنین دلایلی را به میان آورد.

اما اقتدار قانون، به‌ویژه در قرائت مورد نظر نائینی، وابسته به اقتدار شریعت (به‌مثابه حوزه‌ای هنجاری و تفسیربردار) می‌شود. نائینی می‌کوشد با تفکیک حوزه‌ها و تحدید قلمرو قانون، از تعارض این دو مرجع اقتدار جلوگیری کند. اما مشکل اصلی آنجاست که حتی در قلمروی اقلی قانون‌گذاری عرفی، شرط «عدم مغایرت با شریعت» را از طریق نظارت شرعی مجتهدین وارد فرایند شناسایی و اعتبار قانون می‌کند.

نائینی برای تضمین اقتدار شرع دو کار می‌کند: یا عنصر نظارت بر قانون و اذن «من له ولایة النظر» را می‌آید، یا به حذف صورت مسئله می‌پردازد: در هر دو حال، اقتدار قانون یا تضعیف شده یا عملاً از بین می‌رود.

^{۳۰} نائینی به نحوه انتخاب مجتهدین اشاره‌ای نداشته است اما اصل دوم متمم قانون اساسی را در جامعیت و کامل بودن، فراتر از حد انتظار می‌داند؛ (نائینی، ۱۳۸۸، ص ۱۲۳) این اصل مقرر می‌داشت: «هیئتی که کم‌تر از پنج نفر نباشد از مجتهدین و فقهای متدینین که مطلع از مقتضیات زمان هم باشند به این طریق که علمای اعلام و حجج اسلام مرجع تقلید شیعه اسلام بیست نفر از علماء که دارای صفات مذکوره باشند معرفی به مجلس شورای ملی بنمایند پنج نفر از آن‌ها را یا بیش‌تر به مقتضای عصر اعضای مجلس شورای ملی بالاتفاق یا به حکم قرعه تعیین نموده به سمت عضویت بشناسند»
^{۳۱} در باب اینکه قانون لزوماً باید مبتنی بر مخرج مشترک نظام‌های اخلاقی رقیب موجود در جامعه باشد، نک.:

۳،۱ نظارت شرعی و تزلزل معیار شناسایی قانون

نظارت شرعی، در اندیشه نائینی، قرار است تضمینی باشد برای حفظ اقتدار شریعت، بی آنکه قانون به طور کامل در شریعت مستحیل شود اما همین سازوکار به تضعیف اقتدار قانون می‌انجامد. دلیل این امر آن است که نظارت شرعی، معیار شناسایی قانون را وابسته به معیاری هنجاری و تفسیربردار تبدیل می‌کند.

مراد از انطباق با شرع در نظریه نائینی، انطباق یا عدم مغایرت قانون با آنچه جامعه به عنوان شرع به آن باور داشته و عمل می‌کند نیست؛ بلکه مراد، نظر مجتهدینی است که، بنا به فرض، در پی احراز حکم واقعی هستند و در این راستا، سعی در استنباط حکم از «ادله شرعی» دارند. در اینجا، اصابت با «واقع» است که حائز اهمیت است (یعنی احراز آنچه در لوح محفوظ رخ خود دارد) و نائینی، علم فقه را علمی می‌داند که در پی احراز «واقع» از طریق قطع و یقین است. (نائینی، ۱۳۷۶، صص ۶-۵)

در این چارچوب، یک قاعده تنهائمانی «قانون» محسوب می‌شود که نه فقط به تصویب نهادی مقرر (مجلس) رسیده باشد، بلکه تطبیق یا عدم مغایرت آن با واقعیت هنجاری شرعی نیز توسط مرجعی فقهی احراز شود. بدین ترتیب، وجود و اعتبار قانون صرفاً تابع واقعیات اجتماعی شناسایی پذیر نیست، بلکه منوط به داوری‌ای است که ذاتاً اختلاف بردار و تفسیری است. نتیجه آن است که قانون به عنوان مرجع حل و فصل اختلافات، دیگر نمی‌تواند مستقل از همان اختلافات هنجاری عمل کند که قرار بوده آن‌ها را سامان دهد. در چنین سازوکاری، ناچار باید باوری که به نظر مجتهدینی خاص، کاشف از حکم واقعی شریعت است، ملاک عمل برای بررسی تطبیق یا عدم مغایرت قانون با شرع قرار بگیرد: باوری که بسیار محتمل است. منعکس‌کننده نظرات عموم و واقعیات اجتماعی موجود نباشد و حتی به زودی توسط مجتهدینی دیگر نقض شود.

در نظریه نائینی، بخش عمده‌ای از قوانین، غیرمنصوصات اند که احکام این حوزه، «تابع مصالح و مقتضیات اعصار و امصار» است و «به اختلاف آن، قابل اختلاف و تغییر است»؛ (نائینی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۴) بدیهی است در این حوزه، اقتضائات اجتماعی زمان و مکان در محتوای حکم مؤثر است؛ اما این اقتضائات تا جایی مؤثرند که مغایر با شریعت نباشند. بنابراین، در تحلیل نهایی، این واقعیات هنجاری شرعی است که معیار اعتبار قانونی را مشخص می‌سازد. این دیدگاه نتایج خاصی (الف) در مقام وضع و (ب) در مقام تفسیر و اعمال قاعده دارد:

الف) در مقام «وضع» قاعده

۱) پیامد قهری مداخله مجتهدین این است که دیگر عملاً فرقی بین سه حوزه^{۳۲} باقی نمی ماند زیرا معیار تشخیص اینکه کدام مقرر در کدامیک از سه حوزه است، در اختیار همان مجتهدین منتخب قرار می گیرد.^{۳۳}

۲) واقعیت هنجاری شرعی، به مثابه چارچوبی که قانون نباید مغایر با آن باشد، حاجت به «کشف» از طریق استنباط دارد و تنها اشخاص ذی صلاح برای کشف واقعیت شرعی، صنف خاصی به نام «مجتهدین» هستند. این امر عملاً زمینه‌ی حاکمیت نظر صنف خاصی از افراد جامعه را فراهم می آورد.

۳) واقعیت هنجاری شرعی، امری عمیقاً تفسیری و لاجرم اختلافی است، قانونی که بر اساس نظر یک فقیه ممکن است، منایر با شرع نباشد، بسیار محتمل است طبق نظر فقیهی دیگر، مغایر با شرع باشد. این امر، اسباب اختلاف نظر میان مجتهدین ناظر را فراهم ساخته و استعداد بالایی جهت ایجاد اختلال در فرایند وضع قاعده حقوقی دارد^{۳۴} زیرا هر یک از مجتهدین، طرز تلقی و برداشت خاص خود از شریعت را معیار داوری در باب انطباق یا عدم مغایرت قانون با شریعت قرار می دهند و از آنجا که برداشت‌ها از شریعت به تعدد مراجع دینی، متعدد و اختلاف بردار است، فرایند تولید قانون، با چالش باآموزه همراه است.^{۳۵}

۴) اگر قانون انعکاس واقعیات اجتماعی باشد، این واقعیات که عموماً حرکتی بطیئی دارند به تدریج در قانون انعکاس می یابند. اما اگر ملاک اعتبار قانون، شریعت به مثابه واقعیتی هنجاری باشد، تغییرات مکرر قانون امری محتمل است. از این رو، به ویژگی «دوام» قانون که لازمه اقتدار آن است، خدشه وارد می شود. قانونی که در زمان نظارت مجتهدین خاصی وضع می شود و بنا به فرض، مغایر با شرع نیست، ممکن است در زمان عضویت مجتهدین دیگری، مغایر شرع دانسته شود.

۵) مجلس که اصولاً باید بازتاب تکثر موجود در جامعه باشد، با وجود مجتهدین ناظر، عملاً نمی تواند بازتاب دهنده این تکثر باشد چرا که نظرات مجتهدین منتخب صرفاً بازتاب دهنده نظرات گروهی خاص از اعضای

^{۳۲} یعنی: (۱) حوزه‌ای که مقررات باید منطبق با شریعت باشند؛ (۲) حوزه‌ای که باید مغایر با شرع نباشند و (۳) حوزه‌ای که شرح «امکان مداخله ندارد». ^{۳۳} این پیامد ناظر به نظریه نائینی است که بین سه حوزه مذکور تفکیک می کند؛ اما در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، این پیامد به موضوع است زیرا بنا به اصل ۴ قانون اساسی، چنین تفکیکی اصولاً وجود ندارد و فرض بر این است که «کلیه قوانین و مقررات [...] باید بر اساس موازین اسلامی باشند.» و «این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است [...]». از همین روست که بنا به اصل ۹۴ قانون اساسی «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود» تا از نظر انطباق بر موازین اسلامی و قانون اساسی مورد بررسی قرار گیرد.

^{۳۴} همچنان که بعدها و در تجربه نظام جمهوری اسلامی در ایران، شاهد چنین چالشی بوده و هستیم. برآمدن نهاد «مجمع تشخیص مصلحت» در این نظام، راهی برای حل این چالش‌ها بود. برای مشاهده تنها نمونه‌هایی از چنین اختلالاتی که عملاً منجر به تأخیر در توسعه سیاسی، مذهبی، فرهنگی و اقتصادی کشور، در اثر نفوذ برخی قرائات خاص دینی شده است، نک: فیرحی، ۱۳۹۴، ص ۴۰۶.

^{۳۵} نمونه‌ی علنی شده از چنین چالش‌ها و اختلاف نظرانی در عصر حاضر را می توان در فرایند اصلاح ماده ۹۴۶ قانون مدنی ملاحظه کرد که برخی فقها و مراجع (نظیر آقای جعفر سبحانی) نظرات و ملاحظات دیگری نسبت به اصلاحیه این ماده داشتند. لکن در عمل، فتوای معیار در موضوع مذکور، نظر حاکم (ولی فقیه) بود. بنا به نامه رئیس وقت مجلس شورای اسلامی خطاب به مرجع تقلید مذکور «شورای محترم نگهبان در مورد موضوع ارث زن از زمین از محضر مبارک مقام معظم رهبری استفتاء نموده و مجلس شورای اسلامی عین فتوی معظم له را به صورت قانون تصویب کرده است.» نک:.

جامعه است. این بدان معناست که نظرات جامعه متکثر، از فیلتر ملاحظات نظام ارزشی متعلق به گروه محدودی از اعضای جامعه عبور کند و مستعد آن است که با تحمیل یک گرایش ارزشی خاص، اراده آزاد عموم شهروندان محدود شود. بدین سان، قانون با نظام‌های هنجاری فرقه‌های غیراسلامی یا حتی آن دست از مسلمانانی که برداشتی جز برداشت رسمی دارند، در تعارض می‌افتد.^{۳۶}

نظارت شرعی مجتهدین، افزون بر تضعیف اقتدار قانون، پیامدهای اجتماعی و سیاسی مهمی به همراه دارد؛ از یک سو، با تحمیل یک قرائت خاص دینی، قانون در نیت اخلاقی و دینی شهروندان مداخله می‌کند و در نتیجه، حقوق و اراده آزاد آنان تحدید یا سلب می‌شود، وضعیتی که به افزایش احتمال آشوب‌های اجتماعی، گسترش سرکوب سیاسی و نهایتاً یا به فروپاشی نظم اجتماعی و واحد سیاسی، یا به شکل‌گیری جامعه‌ای آکنده از نابرابری و رسمیت یافتن قواعد ناهنجار می‌انجامد (راسخ، ۱۳۹۵ الف، ص. ۶۴؛ راسخ، ۱۴۰۰، ص. ۱۱، در مقدمه ترجمه نیرا یووال دیویس و دیگران). از سوی دیگر، نظارت شرعی مستلزم تحدید یا حتی سلب تکثر است؛ حال آنکه تکثر شرط اساسی قانون‌گذاری عادلانه و ایجاد مسئولیت اجتماعی بوده و در نظام مدرن، از طریق شیوه دموکراتیک و نهاد پارلمان (با کثرت نمایندگان و بازتاب تنوع منافع و عقاید) محقق می‌شود. ایده مدرن قانون‌گذاری، که بر پیش‌فرض متکثر بودن جامعه استوار است، ذاتاً نمی‌تواند نماینده یک صدا یا مجموعه‌ای محدود از منافع باشد (والدرون، ۱۳۹۷، ص. ۱۳۵)، اما نظارت شرعی و ابروم تنفیذ مصوبات مجلس از سوی مجتهدین، با عقیم‌سازی کارکرد پارلمان، عملاً تکثر موجود در جامعه را نادیده می‌گیرد.

ب) در مقام تفسیر و اعمال قاعده

قانون به واسطه ربط و نسبت خاص آن با شریعت (به‌مثابه منبعی تفسیری و لاجرم اختلافی)، امری ذهنی یا شخصی^{۳۷} می‌شود چرا که قانون همواره در پرتو شرع، تفسیر می‌شود. اما کدام شرع؟ تفسیر قانون به تعدد مراجع دینی متعدد است و این تعدد، تعیین را از قانون سلب کرده یا به شدت آن را تضعیف می‌کند.

^{۳۶} نمود عینی چنین تعارضاتی را در قوانینی می‌توان ملاحظه کرد که مستقیماً با حقوق و آزادی‌های عموم مردم سروکار دارند. نمونه واضح چنین مقرره‌ای در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، الزام قانونی حجاب شرعی از طریق جرم‌انگاری آن است که منجر به بروز تعارضات و نافرمانی مدنی گسترده‌ای به‌ویژه در سالیان اخیر شده است.

^{۳۷} Subjective

این امر به‌ویژه در مواقعی بروز و ظهور می‌یابد که قانون به ناگزیر نمی‌تواند پیشاپیش، همه قیود احتمالی و ممکن را احصاء کند پس ناگزیر دست به دو کار می‌زند: یا به طور کلی ارجاع به منابع شرعی می‌دهد^{۳۸} یا قیودی کلی بر مقررات می‌زند.^{۳۹}

پیامد قهری موارد فوق این است که قانون یا (۱) در عمل، به دلیل مغایرت احتمالی با حکم اتوریته دینی و یا نظام ارزشی بخشی از شهروندان نقض گردد، و یا (۲) نامتعیین شود، یعنی مشخص نشود که قاعده حقوقی دقیقاً کدام است و بنابراین، قاعده حقوقی بدل به امری شخصی یا ذهنی^{۴۰} می‌شود.^{۴۱} نتیجه این است که مرجع نهایی اقتدار نه دولت، که مجتهدین و فقهای خاص می‌باشند، اما حکم این مجتهدین نیز قابلیت تعارض بالایی با یکدیگر داشته و نمی‌تواند، واجد خصیصه یکپارچگی و اتحاد باشد و نتیجتاً نمی‌تواند از سوی دولت، ضمانت و حمایت مناسبی دریافت کند.

شاید ریشه اینکه حتی برخی از فقهای حامی مشروطه نیز ملتزم به قانون نبوده و عملاً خود یا مقلدان برخی مراجع دینی از قانون تخطی می‌کردند را بتوان در تابعیت امر قانونی از امر شرعی یافت. همچنین به همین دلیل است که برخی، یکی از موانع فرهنگی بسط مشروطه‌گرایی را در این می‌دانند که: «منبع و مبنا، دین است و نه قانون اساسی».^{۴۲} (شمسایی لشکریانی، ۱۳۹۵، ص. ۲۰)

۳،۲) از بین بردن صورت مسئله

^{۳۸} برای نمونه نک. به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی (مصوب ۱۳۷۹) که بنا به آن، قاضی مجاز است در هنگامی که «قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند»
^{۳۹} برای نمونه نک. به اصول ۱۵ و ۱۸ در متمم قانون اساسی مشروطه و اصول ۲۰، ۲۱، ۲۴، ۲۶، ۲۷ و ۲۸ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که در آن‌ها، برخی حقوق ملت، مقید به «رعایت موازین اسلام» و «مبانی اسلام» و نظایر این عبارات شده است.

۴۰ Subjective

^{۴۱} نمونه برجسته نامتعیین شدن امر قانونی در نظام قضایی جمهوری اسلامی را می‌توان در مقرراتی تأثیرگذار همچون ماده ۴۷۷ قانون آئین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۹۲) و ماده ۷۹ قانون دیوان عدالت اداری (مصوب ۱۴۰۲) ملاحظه کرد که در آن‌ها، بدون هرگونه محدودیت زمانی، این امکان فراهم شده تا هر گاه رئیس قوه قضائیه (در کلیه آراء قطعی) یا رئیس دیوان عدالت اداری (در آراء قطعی مربوط به شعب دیوان) هر یک از آرای مذکور را خلاف بین شرع تشخیص دهند، بتوانند رأی قطعی قبلی را نقض نموده و رسیدگی مجددی را مبتنی بر خلاف شرع بین اعلام شده تجویز نمایند. پرواضح است که پیامد وضع چنین مقرراتی، تزلزل دائمی آرای قطعی قضایی و در نتیجه تضعیف ویژگی‌هایی چون قطعیت و امنیت حقوقی است.

^{۴۲} به نظر می‌رسد تعبیر دقیق‌تر آن است که در این دوگانه، در برابر «دین»، نه «قانون اساسی»، بلکه «واقعیات اجتماعی» قرار گیرد؛ زیرا قانون اساسی خود می‌تواند واجد منشأ دینی یا دست کم مشروعیت یافته از دین تلقی شود یا چنانکه به‌عنوان نمونه در اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده، موازین اسلامی بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی نیز حاکم باشد.

نائینی برای حفظ اقتدار شرع، ناگزیر می‌شود حوزه‌های عمده‌ای را از قلمرو قانون خارج کند. در اینجا دیگر نائینی در پی برقراری نوعی سازگاری میان شرع و قانون نیست بلکه قانونگذار را از مداخله در حوزه‌هایی موسع منع می‌کند.

در نتیجه همین مبناست که در نگاه او، مثلاً مقوله آزادی ملازمه‌ای با انجام گناه ندارد و تخصصاً از قلمرو قانون خارج است چراکه آزادی صرفاً در نسبت با استبداد و مشروطیت دولت معنا می‌یابد.

او در توصیف و نقد استبداد دینی چنین می‌گوید:

«حریت [...] را به صورت بی‌مانعی فسقه و ملحدین در اجهار به منکرات و اشاعه کفریات و تجرّی مبدعین در اظهار بدع و زندقه و الحادش جلوه دادند، و حتی بی‌حجاب بیرون آمدن زنان و نحو ذلک از آنچه به داستان استبداد و مشروطیت دولت از بحر اخضر بی‌ربط‌تر است - و مسیحیان به واسطه منع مذهبی نداشتن از آن، چه دولشان مثل روس مستبده باشد یا مثل فرانسه و انگلیس، شوروی، علی‌ای - حال در ارتکابش بلامانعند - از لوازم و مقتضیات این حریت مظلومه مغضوبه شمرند!». (نائینی، ۱۳۸۸، صص. ۵-۶۴) ۴۳

یک تفسیر از چنین عبارت‌هایی در تنبیه‌الامه ایر است که اساساً حوزه آزادی نیز حوزه‌ای اقلی و تنها ناظر به آزادی در اظهار اعتراض به استبداد دولت است. اینکه کسی مرتکب گناه شود، موضوعاً خارج از حوزه آزادی و امری مربوط به دین اشخاص است؛ در این عرصه، اگر جامعه‌ای مسلمان است، باید به احکام خود پایبند باشد و اگر جامعه‌ای مسیحی است به احکام دین خود.

اما آیا به نظر نائینی، افراد غیرمسلم مجازند اعمالی داشته باشند که از نظر مسلمین، گناه محسوب می‌شود؟ (به‌عنوان نمونه، کشف حجاب کنند) و حتی آیا خود مسلمین، به لحاظ قانونی، و نه شرعی، مجازند که مرتکب گناه شوند؟ به عبارت دیگر، آیا آزادی انجام گناه (حق بر خطا) ۴۴ از نظریه نائینی قابل استخراج است؟

به نظر می‌رسد نظریات نائینی مستعد دو گونه تفسیر متعارض است و این دو تفسیر به اقتضای دو مفهومی است که از سوی او ابراز شده، یکی «امر نوعی» و دیگری «شرط عدم مغایرت» قانون با شرع. نائینی از یک‌سوم قانون را ناظر به امور نوعی لازم‌الاقامه می‌داند و آنچه مربوط به احکام شرعی است را خارج از حوزه قانونی قلمداد می‌کند، از سوی دیگر، شرط اعتبار قانون را عدم مغایرت با شرع می‌داند.

۴۳ سید محمود طالقانی در حاشیه‌ای بر این قسمت از سخن نائینی، چنین می‌گوید: «ما که هنوز با چشم باز پس از پنجاه سال در بیداری می‌بینیم؛ ولی باید به این حقیقت تلخ و ناگوار اعتراف نمود که آزادی از عبودیت استبداد، آزادی از قیود دین را همراه داشت. چون استبداد و اختناق دین در قرون گذشته یگانه حربه‌ی دو دم اختناق مردم بود.» (نائینی، ۱۳۷۸، صص ۹۸-۹۷)

۴۴ Right to do wrong

مسلم است که در چنین دیدگاهی چنانچه مصوبه فرضی «الزام بانوان به کشف حجاب» تحت نظارت شرعی مجتهدین قرار گیرد، مورد تأیید قرار نمی‌گیرد زیرا بنا به نظر قریب به اتفاق مجتهدین، رعایت حجاب از سوی مکلفین امری واجب است و چنین مصوبه‌ای مسلمین را وادار به عملی خلاف شرع می‌کند؛ همچنین، بنا به نظریه نائینی، الزام به کشف حجاب، امری در حوزه امور نوعی نیست؛ بلکه در حوزه احکام شرعی است و بنابراین، موضوعاً از حوزه تقنین خارج است و قانونگذار حق مداخله در آن را ندارد. اما آیا در اندیشه نائینی، مجاز دانستن (یا اباحه) کشف حجاب شرعی^{۴۵} هم امری مغایر با شرع است؟ در اینجا پای تفاسیر مختلف از شریعت و امر نوعی به میان می‌آید:

در باب تفاسیر دینی ممکن است برخی مجتهدین اطلاق چنین مصوبه‌ای را که به معنای «آزادی» انتخاب پوشش شهروندان خانم است مغایر با شرع بدانند. اما برخی دیگر میان حق قانونی بر آزادی پوشش و الزام شرعی حجاب تفکیک قائل شده و نتیجتاً چنین مصوبه‌ای را مغایر با شرع ندانسته و به آن جامعه قانون ببوشانند.

همچنین ممکن است گروهی چنین مصوبه‌ای را خارج از حوزه امور نوعی و نتیجتاً خارج از حدود اختیار مجلس بدانند و گروهی آن را داخل در عنوان امر نوعی و نتیجتاً داخل در حدود اختیار مجلس بدانند. در هر صورت، در نتیجه این اختلافات، اعتبار قانون وابست به نظر مجتهدین ناظر می‌شود.

بدین ترتیب، نقطه گسست پروژه نائینی را می‌توان در این گزاره خلاصه کرد: نائینی قانون را از شریعت تفکیک می‌کند و قلمرو آن را تحدید می‌نماید، اما نمی‌تواند اقتدار قانون را به نحو مستقل از اقتدار شریعت تثبیت کند. عنصر «نظارت شرعی» در عمل معیار شناسایی قانون را هنجاری می‌سازد و از مبین رهگذر، اقتدار قانون را تضعیف می‌کند یا منجر به بحران عدم تناسب اقتدار می‌شود. اما آیا به لحاظ نظری، اقتدار ترامان شرع و قانون امری ممکن است؟

۴. امتناع اقتدار توأمان قانون و شرع (به مثابه واقعیت هنجاری)

تحلیل اقتدار قانون در بخش نخست، ناظر به شناسایی قانون بماهو قانون بود؛ یعنی قانون فارغ از ویژگی‌های عرضی و مستقل از عناصری که ممکن است موجب مطلوبیت، عادلانه بودن یا کارآمدی آن شوند. نشان داده شد که مؤلفه‌هایی در خود مفهوم قانون وجود دارند که موجب اقتدار آن می‌شود: اقتدار قانون نه لزوماً از محتوای هنجارها، بلکه از نحوه اعتبار، تعیین، و تمایز آن از سایر منابع هنجاری ناشی می‌شود. پرسش محوری نیز بی‌آنکه

^{۴۵} چنین اباحه‌ای لاقلاً به دو شکل امکان‌پذیر است: یا وضع قاعده برای تضمین آزادی در انتخاب پوشش؛ یا وضع قاعده علیه متعرضین به کسانی که پوشش اختیاری دارند.

از محتوای قانون باشد، این بود که قانون چیست و چگونه می‌تواند، صرفاً به اعتبار «قانون بودن»، واجد اقتدار الزام‌آور باشد.

اکنون می‌توان نشان داد که اقتدار توأمان قانون و شرع، حتی پیش از ورود به مباحث مربوط به قانون مطلوب و دخیل کردن ملاحظات اجتماعی، اخلاقی یا سیاسی، در سطحی عمیق‌تر با نوعی امتناع مفهومی مواجه است؛ امتناعی که ریشه در تمایز بنیادین دو منطق اقتدار دارد.

قانون نسبت به سایر حوزه‌های هنجاری، از حیث اعتبار، لابلش شرط است؛ بدین معنا که اعتبار قانون، نه وابسته به انطباق با منبع هنجاری دیگر است و نه وابسته به عدم مغایرت با آن. قانون برای آنکه بتواند سامان‌دهندهٔ منازعات اجتماعی باشد، ناگزیر است خود را به‌مثابهٔ مرجعی مستقل تثبیت کند؛ مرجعی که اعتبارش نه از تطابق با حقیقتی پیشینی، بلکه از دل واقعیات اجتماعی موجود و از طریق فرایند وضع، اعلام عمومی، و قابلیت اعمال عام برخیزد. به همین دلیل، اقتدار قانون دقیقاً متقوم به تمایز آن از اخلاق، عرف، دین و سایر منابع هنجاری است. قانون نه در پی کشف حقیقت، بلکه در پی فصل خصومت است؛ (جعفری تبار، ۱۳۹۵، ص. ۱) و از همین رو، نمی‌تواند اعتبار خود را به مرجعی گره بزند که تفاسیر مختلف و متعارضی از آن مرجع وجود دارد یا حتی اساساً مورد پذیرش بخش عمده‌ای از تابعان قانون نیست.

در مقابل، شرع مدعی کشف واقع است. هنجار شرعی خود را بیانگر حکم واقعی و درست می‌داند، نه صرفاً راه‌حلی عملی برای تنظیم مناسبات اجتماعی. از حیث این ماهیت، کثرت، اختلاف در فهم شریعت امری ناگزیر است زیرا هر داوری فقهی بر مبنای تفسیری خاص، مبنای اصولی است و پیش‌فرض‌های معرفت‌شناختی مشخصی شکل می‌گیرد. بنابراین، حتی در صورت نهادینه‌شدن اقتدار شرع، آنچه در عمل اعمال می‌شود، همواره اقتدار یک قرائت خاص از شریعت است، نه اقتدار قانون و نه حتی اقتدار شریعت بمانند شریعت.

اگر اعتبار قانون منوط به داوری شرعی شود، خواه در قالب «عدم مغایرت» و خواه در قالب «انطباق»، قانون ناگزیر اقتدار خود را از مرجعی اخذ می‌کند که ذاتاً اختلاف‌بردار است. در چنین وضعی، وجود، وضع و حتی اجرای قانون، به‌خودی‌خود تضمین‌کنندهٔ اقتدار آن نیست. اقتدار زمانی تحقق می‌یابد که قانون، نه به اتکای تأیید منبع هنجاری دیگر، بلکه به‌صرف قانون بودن، مرجع نهایی الزام و داوری باشد.

حتی اگر فرض شود که گروهی محدود و مشخص از مجتهدین داوری نهایی را بر عهده دارند، مسئله به‌لحاظ مفهومی حل نمی‌شود چراکه اختلاف‌بردار بودن در اینجا ناظر به ماهیت نظارت شرعی است. آنچه معیار اعتبار قرار می‌گیرد، نه واقعیات اجتماعی، بلکه سازگاری با قرائتی خاص از شریعت است؛ قرائتی که بالقوه می‌توانست قرائتی دیگر باشد. از این رو، قانون دیگر نمی‌تواند مرجع نهایی حل و فصل اختلافات باشد زیرا همواره اعتبار آن به مرجعی احاله داده می‌شود که بیرون از منطق حقوقی و مستقل از فرایند قانونی شکل گرفته است.

در این چارچوب، مسئله نه تراحم در مقام اجرا، بلکه تعارض در مقام تأسیس اقتدار است. قانون و شرع هر دو مدعی مرجعیت نهایی‌اند، اما بر پایه منطق‌هایی ناسازگار. قانون، برای آنکه اقتدار داشته باشد، باید بتواند مستقل از حقیقت‌سنجی هنجارها (یعنی بررسی انطباق یا عدم مغایرت قانون با منبع هنجاری دیگر) عمل کند. جمع میان شرع و قانون (به‌مثابه دو واقعیت هنجاری)، لاجرم، یا به تبعیت قانون از شرع می‌انجامد که در این صورت، قانون به تکنیکی اجرایی برای اعمال قرائت خاصی از شریعت فروکاسته می‌شود، یا به تضعیف اقتدار شرع و قانون می‌انجامد زیرا اولاً، مرجع نهایی الزام همواره محل تردید است؛ ثانیاً، این امر که دین به دولت / قانون بدل شود، قهراً منجر به تضعیف دین می‌شود. از این منظر، اقتدار توأمان قانون و شرع (هم‌نشینی هم‌زمان آن‌ها در یک چارچوب اقتدار) در سطح نظری ممتنع به نظر می‌رسد.

پاییز ۱۳۹۷ شماره ۱ انتشارات نشریه
Accepted/Awaiting Publication/Draft/Version/Unedited
ویراستاری نشده

نتیجه گیری

کوشش‌های نظری مشروطه‌خواهان دینی همچون نائینیرا باید تلاشی نه برای حل تعارض اقتدار شرع و قانون، بلکه برای تعلیق یا مهار موقت این تعارض دانست؛^{۴۶} تلاشی که در پی گشودن دو حوزه مجزا برای شرع و قانون است و در این مسیر، با حداقل‌سازی محدوده قانون، و تعیین محدوده‌هایی که شرع در آن حکمی ندارد و همچنین حداقل‌سازی مداخله شرع در قانون، سعی دارد تا امکان هم‌نشینی موقت دو اقتدار را فراهم آورد. اما آنچه در عمل پدید می‌آید این است که سازوکار نظارت شرعی، حتی در محدودترین شکل خود، در نهایت، یا به حکومت^{۴۷} شرع بر قانون و اقتدار قرائت خاصی از شرع به وسیله قانون (قانون به مثابه ابزار) می‌انجامد و یا عملاً به فرسایش و تضعیف اقتدار هر دو در ساحت اجتماعی منجر می‌شود.

از این منظر، همچنانکه مشروط‌سازی اعتبار قانون به داوری شرعی، قانون را، در بهترین حالت، به امری تبعی فرو می‌کاهد، در سطح قانون مطلوب مدرن، این مشروط‌سازی پیامدی مضاعف خواهد داشت: قانون نه تنها مرجع نهایی الزام نیست، بلکه از ایفای نقش بنیادین خود در حمایت از حقوق برابر، تضمین خودآیینی فردی و سامان‌دهی جامعه‌ی متکثر نیز بازمی‌ماند. در چنین وضعی، قانون به ظرفی بدل می‌شود که مظروف آن محتوای هنجاری برگرفته از منبعی دیگر است؛ وضعیتی که به قیاس با مفهوم «حکومت به وسیله قانون» (*rule by law*)، می‌توان آن را اقتدار شریعت به وسیله قانون (*authority of sharia by law*) دانست.^{۴۸} البته این اقتدار، به واسطه ماهیت تفسیری شریعت، ناگزیر اقتدار قرائت خاصی از شریعت (اصولاً قرائت شخص حاکم) است.

^{۴۶} هرچند این پژوهش ناظر به اندیشه نائینی به مثابه یکی از برجسته‌ترین فقهای عصر مشروطیت بود، اما نتایج آن می‌تواند بر هر نظریه‌ای که امر قانونی را تابع امر شرعی کند بار شود. از این رو هرچند بررسی تفصیلی نظریه مؤسس نظام جمهوری اسلامی مورد نظر این مقاله نبود لکن سعی شد تا به تناسب و در پانویست‌های گذشته، به برخی مصادیق موجود در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران پرداخته شود تا آثار مباحث نظری مطروحه در عینیت بیشتری یابند. لکن بررسی تفصیلی موضوع در نظام حقوقی جمهوری اسلامی، حاجت به پژوهش مجزایی دارد.

^{۴۷} منظور از «حکومت» روشی برای جمع ادله متعارض است که اصولاً در باب تعادل و تراجم کتب اصولی از آن بحث می‌شود.

^{۴۸} ذکر نکته‌ای در باب تمایز میان «حاکمیت قانون» (*rule of law*) و «حکومت به وسیله قانون» (*rule by law*) ضروری به نظر می‌رسد: در «حکومت به وسیله قانون»، قانون ابزاری است که به وسیله آن، دولت امور خود را اداره می‌کند؛ در این برداشت، حاکمیت قانون هیچ‌گونه معنای واقعی نداشته و به حاکمیت به وسیله قانون تقلیل می‌یابد. (Tamanaha, 2004, pp 91-2). والدرون در تبیین این دیدگاه، حکومت به وسیله قانون را بدین معنا می‌داند که دولت از قانون به مثابه ابزار قدرت سیاسی و برای کنترل شهروندان خود استفاده کند و در عین حال، هرگز اجازه ندهد که از قانون برای کنترل دولت استفاده شود (Waldron, 2020). به تعبیر دیگر، در «حکومت به وسیله قانون»، قانون به جای اینکه در خدمت تأمین حقوق و آزادی‌های شهروندی قرار گیرد، به مثابه ابزاری مؤثر برای تأمین اهداف و ارزش‌های ایدئولوژیک منافع حزبی و گروهی به کار گرفته می‌شود و فاقد ویژگی‌هایی همچون عام و قابل پیش‌بینی بودن است. گرچه در سنت «حاکمیت قانون» نیز قانون ابزاری در اختیار حکومت برای تحقق مجموعه‌ای از اهداف به شمار می‌رود؛ اما وجه افتراق این دو ایده کلی، میزان توجه به حقوق و آزادی‌های شهروندی و همچنین میزان التزام به اصولی از قبیل «برابری در مقابل قانون»، «بی‌طرفی» و «عدالت طبیعی» است. (مرکزالمیری، ۱۳۹۴، صص ۶-۵۵).

بدین ترتیب، هر چند تناسب اقتدار میان قانون و شرع، به معنای هم‌نشینی توأمان دو مرجع هنجاری مستقل در مقام اعتبار نهایی، به لحاظ مفهومی ممتنع به نظر می‌رسد، این امتناع به هیچ وجه به معنای نفی حضور دین یا شریعت در عرصه اجتماعی نیست. آنچه ناممکن می‌نماید، ورود شریعت به فرایند اعتبار قانون به مثابه واقعیتی هنجاری و مستقل، در عین حفظ اقتدار قانون است. اما ورود شریعت به مثابه واقعیتی اجتماعی، امری نه تنها ممکن، بلکه در جوامعی با زمینه‌های دینی پررنگ، اجتناب‌ناپذیر است. در این صورت، شریعت نه به معنای مجموعه‌ای از احکام واقعی و پیشینی، بلکه به مثابه الگوهای غالب باور و عمل شهروندان می‌تواند منبعی برای قانون باشد.

بدین سان، شریعت تنها در صورتی می‌تواند به فرایند قانون‌گذاری راه یابد که از مقام معیار هنجاری اعتبار فروکاسته شود و در جایگاه واقعیتی غیرهنجاری و توصیفی قرار گیرد. در این افق، قانون همچنان مرجع نهایی الزام باقی می‌ماند، اما در عین حال، نسبت به زمینه‌های فرهنگی و دینی جامعه بی‌اعتنا نیست. این تمایز، امکان حفظ استقلال اقتدار قانون را، در آنکه به حذف اجتماعی دین (به مثابه واقعیتی توصیفی و اجتماعی و نه هنجاری و نفس‌الامری) بینجامد، فراهم می‌آورد و نشان می‌دهد که مسئله اصلی، نه حضور یا غیاب شریعت، بلکه نحوه ورود آن به قانون است. به عبارت دیگر، لا بشرط بودن قانون، نافی امکان تأثیر ارزش‌ها یا ملاحظات دینی در فرایند قانون‌گذاری نیست. ارزش‌های دینی آنگاه که بدل به واقعیاتی اجتماعی شوند می‌توانند به قانون راه یابند.

بنابراین، مؤلفه «نظارت شرعی» مستعد ایجاد «بحران عدم تناسب اقتدار» و تضعیف اقتدار قانون یا اقتدار شرع و قانون می‌شود و بدین طریق، گوهر قانون مشروطه، که همانا تنظیم مطاب جامعه متکثر است را نیز می‌ستاند و از این رو باید حکم به حذف چنین مؤلفه‌ای در یک نظریه حقوقی مطلوب داد. اما می‌توان بر مؤلفه‌های بسیار دیگری انگشت تأکید نهاد و برای طرح نظریه حقوقی تازه‌ای، آن‌ها را بر چیده کرد. از این زاویه، به نظر می‌رسد مفهوم «امر نوعی» در نظریه نائینی واجد بیشترین استعداد مفهومی برای طرح نظریه‌ای حقوقی باشد که در عین وفاداری به تمایز قانون با سایر حوزه‌های هنجاری و حفظ اقتدار قانون، توان اداره عادلانه و مطلوب جامعه‌ای متکثر را نیز داراست. به واسطه چنین نظریه‌ای، قانون تا آنجا که به آزادی‌ها و حق‌های دیگر اعضای جامعه لطمه‌ای وارد نکند، نه تنها با شرعی که در باور و عمل مؤمنان ساری و جاری است، سرسبز نخواهد داشت، بلکه زمینه را برای باور و عمل همه افراد جامعه بر اساس نظام‌های ارزشی متبوع‌شان فراهم می‌آورد.

فهرست منابع

منابع فارسی

- بیکس، برایان. (۱۳۹۵). فرهنگ نظریه حقوقی (ترجمه محمد راسخ، چاپ ۳). تهران: نی.
- جعفری تبار، حسن. (۱۳۹۵). دیو در شیشه: در فلسفه رویه قضایی. تهران: حق گزاران.
- خامنه‌ای، سیدعلی. (۱۴۰۴). دیدار دست‌اندرکاران همایش بین‌المللی علامه میرزای نائینی (ره). بازیابی شده از پایگاه اطلاع‌رسانی دفتر حفظ و نشر آثار حضرت آیت‌الله خامنه‌ای: <https://www.leader.ir/fa/speech/28407/>
- راسخ، محمد. (۱۳۹۵ الف). حقوق و مصلحت: مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش (جلد ۲). تهران: نی.
- راسخ، محمد. (۱۳۹۵ ب). فقه و حقوق: کدام حق؟ رویکردی عمل‌گرا به نظریه حقوقی. در امیرحسین رنجبریان (به کوشش)، حقوق؛ جانمایه بقای اجتماع (گفتارهای حقوقی در نکوداشت استاد دکتر سید عزت‌الله عراقی) (صص ۵۶۶-۵۷۱). تهران: سمت.
- رضوانی، هما. (۱۳۶۲). لوایح آقا شیخ فضل‌الله نوری. تهران: تاریخ ایران.
- رضوانی، محمداسماعیل. (۱۳۸۸). بیست‌ودو رساله تبلیغی از دوره انقلاب مشروطه. رهنمای کتاب، ۱۲، ۲۲۹-۲۴۰.
- زرگری‌نژاد، غلامحسین. (۱۳۹۰). رسایل مشروطیت (مشروطه به روایت موافقان و مخالفان) (جلدهای ۱ و ۲). تهران: مؤسسه تحقیقات و توسعه علوم انسانی.
- شمسایی لشکریانی، مهدی. (۱۳۹۵). موانع فرهنگی بسط مشروطه‌گرایی در ایران (پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق عمومی). دانشگاه شهید بهشتی.
- عنایت، حمید. (۱۳۹۱). سیری در اندیشه سیاسی عرب؛ از حمله ناپلئون به مصر تا جنگ جهانی دوم. تهران: امیرکبیر.
- فیرحی، داود. (۱۳۹۴ الف). آستانه تجدد در شرح تنبیه‌الامه و تنزیه‌المله (چاپ ۱). تهران: نی.

- فیرحی، داود. (۱۳۹۴ب). *فقه و سیاست در ایران معاصر* (جلد ۱: فقه سیاسی و فقه مشروطه). تهران: نی.
- فیرحی، داود. (۱۳۹۴ج). *فقه و سیاست در ایران معاصر* (جلد ۲: تحول حکومتداری و فقه حکومت اسلامی). تهران: نی.
- فیرحی، داود. (۱۴۰۰). *دولت مدرن و بحران قانون: چالش قانون و شریعت در ایران معاصر* (چاپ ۱). تهران: نی.
- کدیور، محسن. (۱۳۸۰). *سیاست‌نامه خراسانی: قطعات سیاسی در آثار آخوند ملا محمد کاظم خراسانی*. تهران: کویر.
- لاگین، مارتین. (۱۳۹۵). *سانی حقوق عمومی، ترجمه محمد راسخ، تهران: نی.*
- مرکزالمیری، احمد. (۱۳۹۴). *حاکمیت قانون: مفاهیم، مبانی و برداشت‌ها* (چاپ ۲). تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
- مؤمنی، باقر. (۱۳۹۷). *رساله یک کلمه میرزا یوسف مستشارالدوله*. لندن: مهری.
- ناظم‌الاسلام کرمانی، محمد بن علی. (۱۳۵۷). *تاریخ بیداری ایرانیان* (جلد ۱). تهران: بنیاد فرهنگ ایران.
- نائینی، محمدحسین. (۱۳۷۸). *تنبیه‌الامه و تنزیه‌المله یا حکومت از نظر اسلام* (با مقدمه و توضیحات محمود طالقانی). تهران: انتشار.
- نائینی، محمدحسین. (۱۳۸۸). *تنبیه‌الامه و تنزیه‌المله (تصحیح و تحقیق سید جواد و نوری)*. قم: بوستان کتاب.
- یووال دیویس، نیرا، و دیگران. (۱۴۰۰). *همنشینی حق و عدالت: بازاندیشی در مفهوم هویت و فرهنگ* (ترجمه شیوا بازرگان و دیگران، با مقدمه محمد راسخ). تهران: نگاه معاصر.
- والدرون، جرمی. (۱۳۹۷). *قانون‌گذاری: مفاهیم، نظریه‌ها و اصول* (ترجمه حسن و کیلیان، چاپ ۱). تهران: نگاه معاصر.
- هارت، هربرت. (۱۳۹۵). *مفهوم قانون* (ترجمه محمد راسخ). تهران: نی.

انصاری، محمدعلی. (۱۴۱۵ق). الموسوعة الفقهية الميسرة. قم: مجمع الفكر الإسلامي.

تهرانی، شیخ آقا بزرك. (۱۴۰۸ق). الذريعة إلى تصانيف الشيعة (جلد ۴). قم: اسماعیلیان؛ تهران: کتابخانه اسلامی.

Austin, J. (1995). *The province of jurisprudence determined* (W. E. Rumble, Ed.). Cambridge University Press. (Original work published 1832)

Berteau, S. (2021). Social-practice legal positivism and the normativity thesis. In T. Spaak & P. Mindus (Eds.), *The Cambridge companion to legal positivism* (pp. 397–418). Cambridge University Press.

Gizbert-Studnicki, T. (2021). Social facts and legal facts: Perils of Hume's guillotine. In T. Spaak & P. Mindus (Eds.), *The Cambridge companion to legal positivism* (pp. 419–442). Cambridge University Press.

Green, L., & Adams, T. (2019). Legal positivism. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy* (Winter 2019 ed.). Retrieved January 1, 2023, from <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/legal-positivism/>

Marmor, A., & Sarch, A. (2019). The nature of law. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy* (Fall 2019 ed.). Retrieved January 30, 2023, from <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/>

Raz, J. (1979). *The authority of law: Essays on law and morality*. Oxford University Press.

Raz, J. (1980). *The concept of a legal system: An introduction to the theory of a legal system*. Oxford University Press.

Raz, J. (1994). *Ethics in the public domain: Essays in the morality of law and politics*. Oxford University Press.

Rasekh, M. (2015). Sharia and law in the age of constitutionalism. *Journal of Global Justice & Public Policy*, 2, 259–276.

Shapiro, S. J. (2011). *Legality*. Harvard University Press.

Spaak, T. (2021). The scope of legal positivism: Validity or interpretation? In T. Spaak & P. Mindus (Eds.), *The Cambridge companion to legal positivism* (pp. 443–464). Cambridge University Press.

Spaak, T., & Mindus, P. (Eds.). (2021). *The Cambridge companion to legal positivism*. Cambridge University Press.

Tamanaha, B. Z. (2004). *On the rule of law: History, politics, theory*. Cambridge University Press.

Tamanaha, B. (2008). Law. *Oxford international encyclopedia of legal history*.

Tamanaha, B. (2021). Disruptive implications of legal positivism's social efficacy thesis. In T. Spaak & P. Mindus (Eds.), *The Cambridge companion to legal positivism* (pp. 512–535). Cambridge University Press.

Tremblay, L. B. (1997). *The rule of law, justice and interpretation*. McGill-Queen's University Press.

Wacks, R. (2012). *Understanding jurisprudence: An introduction to legal theory*. Oxford University Press.

Waldron, J. (2020). The rule of law. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy* (Summer 2020 ed.). Retrieved January 30, 2023, from <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>

Waluchow, W. (2021). The origins of inclusive legal positivism. In T. Spaak & P. Mindus (Eds.), *The Cambridge companion to legal positivism* (pp. 487–511). Cambridge University Press.

The Possibility of Co-existing Authority of Law and Sharia:

With Emphasis on Na'ini's Theory

Abstract

For law to possess authority and function as the ultimate source of obligation, it must remain independent of other normative realities. Conditioning its validity upon the normative reality of Sharia—or any other normative realities—leads to a “crisis of disproportionate authority” and inevitably results either in the weakening of both legal and religious authority or, in practice, in reducing law to a mere instrument for enforcing a particular interpretation of Sharia.

However, the impossibility of a co-existing and proportionate authority of law and Sharia does not imply the exclusion of Sharia from the legislative process. Law, as a product of social facts, has a non-contingent existence; in this respect, Sharia may enter the process of lawmaking, provided that it is considered not as a normative reality and a criterion of legal validity, but as a social reality—that is, insofar as it is reflected in the beliefs and practices of the members of society.

By distinguishing between Sharia as a normative reality and Sharia as a social reality, this article examines the theory of Mohammad Hossein Na'ini as a prominent example of the theoretical efforts of religious constitutionalists, and demonstrates why attempts to establish a form of proportionality between the authority of law and Sharia—both in the Constitutional era and thereafter—are bound to fail. It is finally argued that only through this distinction, and by recognizing Sharia as a social reality, can the authority of law be both realized and preserved, while also making possible the just governance of a plural society with due respect for individual rights and freedoms.

Keywords

Authority of Law; Authority of Sharia; Sharia Supervision; Na'ini; Social Reality; The Noei (Common Affairs); Crisis of Disproportionate Authority