

تکثرگرایی فرهنگی در حکومت اسلامی: تأملاتی بر قانون افغانستان

آصفه قریشی - لندز*

فهرست مطالب

۱. مقدمه
۲. تمرکزگرایی حقوقی
۳. تکثرگرایی حقوقی در جوامع سنتی مسلمان
۴. تمرکزگرایی حقوقی در حکومت‌های مدرن اسلامی
۵. الگوی پیشنهادی برای حقوق اساسی حکومت‌های مدرن اسلامی
۶. نتیجه‌گیری

۱. مقدمه

این مقاله، الگویی را برای قانون اساسی اسلامی پیشنهاد می‌دهد که بر نظام سنتی سیاسی و حقوقی جوامع اسلامی در دوره‌های قبل از استعمار مبتنی است. این الگو، به الگوی نمونه‌ای دولت‌های اسلامی که امروزه درباره آنها بحث می‌شود، شباهتی ندارد. در واقع، برخلاف روال متداول، این الگو بر پایه ایده تکثرگرایی حقوقی شکل می‌گیرد. در گذشته، تقریباً در همه زمان‌ها و مکان‌ها، اساس و شالوده حکومت‌های اسلامی سنتی را تکثرگرایی حقوقی تشکیل

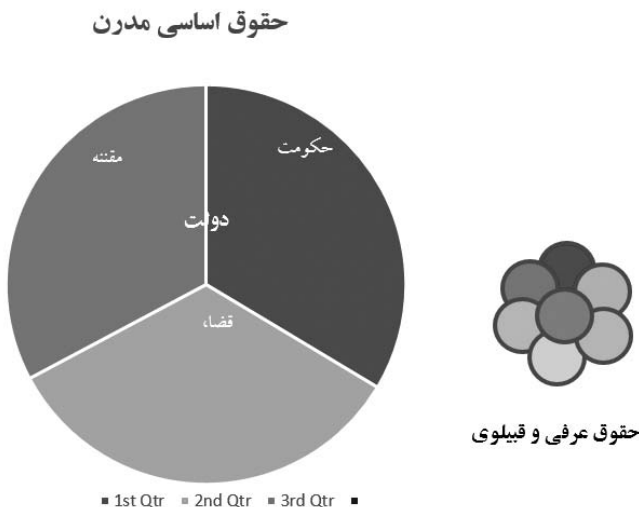
* دکتر قریشی، استادیار دانشکده حقوق پوهنتون ویسکنسین و متخصص در حقوق تطبیقی اسلامی و حقوق اساسی آمریکا است. حیطه مطالعاتی او بیشتر در باب نظریه‌های مدرن حقوق اساسی در کشورهای اسلامی است. او از خانم مزجان پایان‌طبری برای ترجمه مقاله حاضر سپاسگزار است.

می‌داد؛ در حالی که امروزه در تضادی چشمگیر، بر غالب حکومت‌های عمدتاً اسلامی، الگوی اروپایی ملت-دولت حاکم است. از آن مهم‌تر اینکه این تکرگرایی حقوقی می‌تواند به تنش و کشمکش ملموسی که میان قوای دینی و سکولار در کشورهای عمدتاً اسلامی وجود دارد، پایان دهد. به عنوان مثال، تکرگرایی حقوقی می‌تواند تعارض آشکاری را که میان معیارهای بین‌المللی حقوق بشر و شرع وجود دارد برطرف کند؛ مشکلی که جامعه افغانستان به خاطر وجود ملاک‌های دوگانه در این کشور با آن به خوبی آشنا است.

۲. تمرکزگرایی حقوقی

در حوزه حقوق اساسی تطبیقی، گفتگو درباره تکرگرایی حقوقی از نقطه‌ای آغاز می‌شود که صحبت از حکومت مرکزی به میان می‌آید، و در نتیجه این سؤال مطرح می‌شود که آیا ممکن است در چنین حکومتی قوانین توسط نهادهای غیردولتی، مثل قبیله، عرف، یا مذهب وضع شود؟ مسئله اینجاست که در چنین گفتمانی، دولت در رأس کل نظام جای دارد و قوانین غیردولتی، خارج از محدوده نظام قانون اساسی کلی قرار می‌گیرد. تصویر زیر به خوبی نشان‌دهنده نظام مبتنی بر تمرکزگرایی حقوقی است.

تصویر شماره ۱



این نحوه اندیشیدن درباره رابطه بین قانون و حکومت، نشأت گرفته از نمونه اروپایی ملت-دولت است. در قانون اساسی الهام گرفته از الگوی ملت-دولت، مرجع وضع همه قوانین «دولت» است. بنابراین قانونی که توسط هر مرجعی غیر از دولت وضع گردد، اساساً قانون محسوب نمی شود.^۱

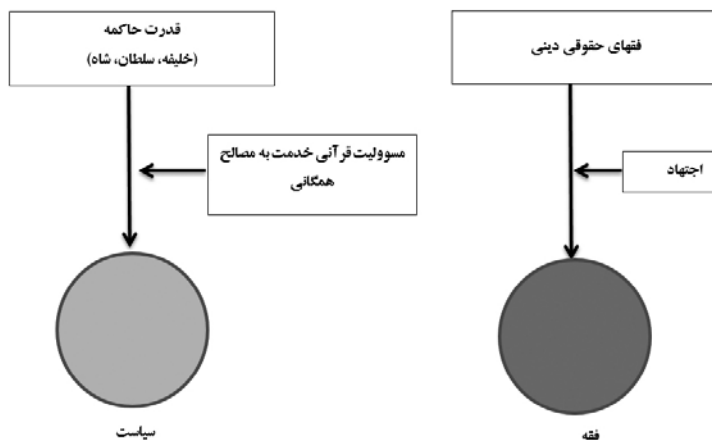
۳. تکثرگرایی حقوقی در جوامع سنتی اسلامی

اما تمرکزگرایی حقوقی، سابقه چندانی در جوامع اسلامی ندارد. به جای آن تا پیش از شروع دوره مدرن، تکثرگرایی حقوقی حاکم بود. به طور کلی، دو دسته قانون در این جوامع وجود داشت: قوانینی که توسط دولت وضع می شد (سیاست)، و قوانینی که از مراجع غیردولتی صادر می گردید (فقه). این دو دسته از قوانین کاملاً از هم مجزا بودند.^۲

تصویر شماره ۲

حقوق اساسی اسلامی پیش از شروع دوره مدرن:

تکثر گرایی حقوقی اسلامی



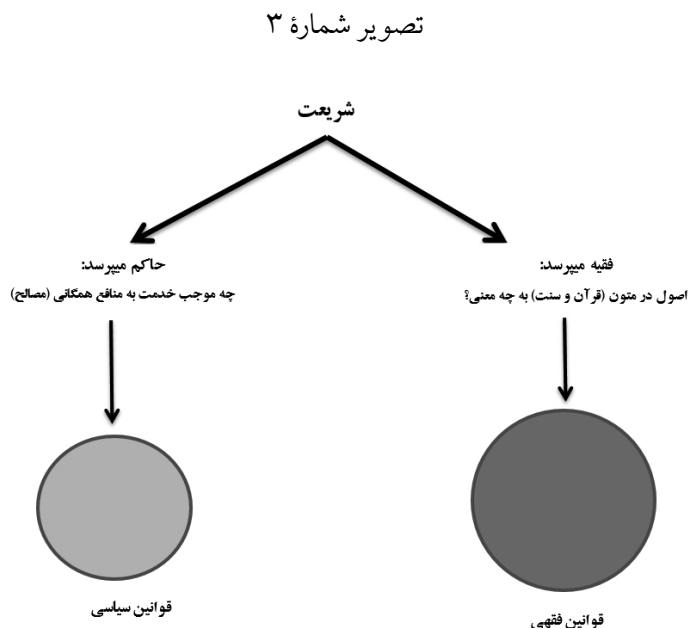
۱. نک: شرمین جکسون، "تکثرگرایی حقوقی در میانه اسلام و نظام ملت-دولت: عقاید قرون وسطایی به شیوه رومانتیک، یا یک مدرنیته واقع بینانه؟" (۲۰۰۷-۲۰۰۶) ۳۰ فوردهام اینترنشنال، ص ۱۵۸.

۲. رجوع کنید به آصفه قریشی، "تفکیک قوا در حکومت های سنتی اسلامی"، در حقوق اساسی در کشورهای اسلامی: تغییر و تداوم (ویراستار: تیلمن رودر و رینر گروت، انتشارات آکسفورد، ۲۰۱۱). همچنین نک: فرانک وگل، قانون اساسی و نظام حقوقی: بررسی عربستان سعودی ۳۱ (بریل ۲۰۰۰) (در این اثر از "سیاست" به قوانین کلان و از "فقه" به قوانین در سطح خرد تعبیر می شود)

با بررسی تاریخ اسلام در سراسر قلمرو جغرافیای گسترده‌اش، می‌توان به‌خوبی حضور این دو دسته از قوانین را تقریباً در همه مکان‌ها و زمان‌ها مشاهده کرد. از یک سو، قوانین فقهی توسط علمای دینی/فقها از دل قرآن و سنت نبی اکرم (ص) استخراج می‌شد. و از طرف دیگر، دولت‌ها برای برقراری نظم و عدالت در جامعه قوانینی وضع می‌کردند (سیاست) که از قرآن و سنت ریشه نمی‌گرفت. قوانینی که در حوزه سیاست وضع می‌شدند، مسائلی را مانند اصول رقابت منصفانه در بازار، امنیت عمومی، حقوق کارگران و هر آنچه در رابطه با منافع عمومی بود در بر می‌گرفت، بدون اینکه لزوماً از آیات قرآن استخراج شده باشد.^۳ شرایط اعطای گواهینامه‌های حرفه‌ای، قوانین مربوط به محیط زیست، قوانین راهنمایی و رانندگی، اجازه پیوستن افغانستان به سازمان تجارت جهانی نیز از جمله قوانین امروزی هستند که در حوزه سیاست وضع می‌شوند. از آنجا که قرآن حکومت‌ها را به برقراری عدالت و خدمت به مردم امر می‌کند، قوانین سیاسی به منزله ابزار شرعی مجازی قلمداد می‌شوند که در راستای رسیدگی به «مصلح همگانی» بنا شده‌اند.

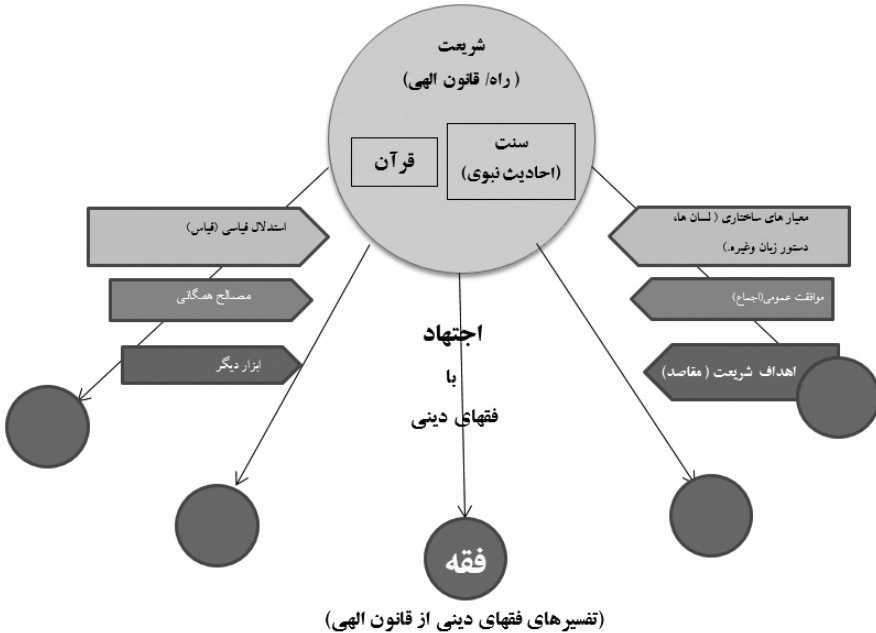
توجه به این نکته که «قوانین سیاسی» مورد تأیید شرع هستند، از اهمیت بسزایی برخوردار است. این قوانین به این دلیل مورد تأیید شرع هستند که منافع اجتماعی را تأمین می‌کنند. این بدان معنی است که در واقع سیاست نیز «خارج» از قلمرو شرع نیست، بلکه برعکس، بخش مهمی از آن است. در این نظام، دولتمردان و فقها، هر دو با هم، در قلمرو شرع فعالیت می‌کنند، تنها وظایفشان با هم فرق دارد و هر کدام به وظیفه خاص خود رسیدگی می‌کند: وظیفه دولتمردان این است که قوانین مربوط به مصلح همگانی را وضع و اجرا نمایند، و وظیفه فقها آن است که با مطالعه در قرآن و سنت، قوانینی را که در این دو منبع وضع شده است، استخراج و بیان نمایند.

۳. برای اطلاعات بیشتر نک: کریستن استیلت، حقوق اسلامی در عمل: قدرت، آزادی عمل و تجربه‌های روزمره در مالیک مصر (OUP ۲۰۱۲).



همچنین نباید از یاد برد که قوانین فقهی نیز انواع و اقسامی دارند. برای اینکه اهمیت تفکیک میان شرع و فقه بیشتر روشن شود، در ادامه درباره ماهیت فقه بیشتر توضیح می‌دهیم. می‌دانیم که واژه شرع، قلمرو مفهومی بسیار وسیعی دارد. معنی لغوی آن «راه و طریق» است (در عربی این لغت به معنی «راهی به سوی آب» است). در قرآن، شرع به معنی «راه الهی» است؛ یعنی راهی که خداوند برای زندگی مردم می‌پسندد. برای کشف این راه، دو منبع در دسترس است: قرآن و سنت پیامبر (ص). اما روشن است که به‌طور مشخص نمی‌توان پاسخ تک‌تک سؤالاتی را که در طول زندگی برایمان ایجاد می‌شود در این دو منبع یافت. به همین دلیل فقها سعی می‌کنند از راه اجتهاد، یعنی استدلال و استنتاج‌های دقیق، قوانین و اصولی را از دل این منابع کشف کنند که در زندگی روزمره ما کاربرد داشته باشد. این کوشش‌ها منجر به شکل‌گیری اصولی به نام «اصول فقه» شد که فقها به پشتوانه ابزارهایی متنوع از آن برای دستیابی به اجتهاد استفاده می‌کنند. در تصویر شماره ۴ این ابزارها با پیکان‌هایی نشان داده شده‌اند که جهت آنها از دو سو به طرف «اجتهاد» است.

تصویر شماره ۴



همان طور که در تصویر شماره ۴ می بینید، در فرآیند «اجتهاد»، نه فقط یک دایره بلکه بیش از یک دایره از «فقه» حاصل می شود. این به آن دلیل است که وقتی فقها درباره مسأله ای اجتهاد می کنند لزوماً همگی به نتیجه ای واحد نمی رسند، بلکه برعکس، معمولاً بیش از یک نظر درباره آن مسئله خاص وجود دارد.

این یکی از ویژگی های بسیار مهم فقه اسلامی است. فقها کاملاً به این مسئله واقف بودند که انسان جائز الخطاست، و فقیه هم از این اصل مستثنا نیست، و ممکن است در تلاش برای بیان قوانین الهی مرتکب اشتباه شود. به همین دلیل^۴ برای این استنتاج حقوقی نام «فقه» را به معنای «درک» انتخاب کردند، و خود را «فقیه» به معنای «درک کننده» نامیدند. فقها صرفاً تأکید می کردند که آنها فقط «درک» خود را از قوانین الهی بیان می کنند، و همیشه جا را برای این احتمال باقی می گذاشتند که ممکن

۴. فقهایی که به امر اجتهاد اشتغال داشتند، اعم از زن و مرد بودند.

است درک و تشخیص یک فقیه اشتباه باشد و برداشت یک فقیه دیگر صحیح باشد.^۵ و به همین دلیل برای این حدیث پیامبر (ص) وزن زیادی قائل می‌شدند که: آنکه از راه اجتهاد به پاسخ صحیح می‌رسد، دو پاداش نزد خداوند دارد، و آنکه به پاسخ اشتباه می‌رسد، یک پاداش.^۶ اهمیت این حدیث برای فقها از دو جهت است: اول اینکه، هیچ کس به خاطر کوششی که در راه اجتهاد کرده است مجازات نخواهد شد، حتی اگر به پاسخ اشتباه رسیده باشد (و همیشه هم احتمال اشتباه وجود دارد). اما از آن مهم‌تر اینکه بر اساس این حدیث، هیچ‌کس هرگز نخواهد فهمید که پاسخی که به آن دست یافته است صحیح است یا اشتباه، مگر بعد از مرگ. این بدان معنی است که هر فقیه در تمام طول حیات خود باید به نظر سایر فقها به گونه‌ای احترام بگذارد که گویی آن نظر درست است، حتی اگر با آن مخالف باشد.

به‌راستی این رویکرد آنها و طرز برخوردشان با یکدیگر می‌تواند الهام‌بخش باشد. به عنوان مثال، فرض کنید که دو فقیه با یک مسئله حقوقی واحد مواجه هستند. یکی از آنها از راه اجتهاد به پاسخ «الف»، و دیگری از همان راه به پاسخ «ب» می‌رسد. هیچ راهی وجود ندارد برای اینکه بتوان با اطمینان گفت کدام پاسخ از نظر خداوند درست است. هر کدام از این دو فقیه، نظر خودشان را دارند و هر کدام می‌تواند برای اثبات نظر خودش چندین کتاب بنویسد. اما در نهایت هر دوی آنها باید در پایان نوشته‌هایشان اذعان کنند که «الله اعلم»، یعنی خدا داناتر است. این رویکرد، به‌ویژه برای افرادی که دست‌اندرکار وضع قوانین دینی هستند، درخور توجه است. فقط به این فکر کنید که بارها در طول تاریخ صاحب‌منصبان دینی، ادعا کرده‌اند جانشین خداوند هستند و بر همین مبنا به خودشان حق داده‌اند که مردم را وادار به تبعیت از دستورات خود کنند. اما فقهای مسلمان از این کار اجتناب کرده‌اند. آنها پذیرفتند که حق ندارند کسی را مجبور به تبعیت از نظریات فقهی نمایند، چون فقها هم مانند سایرین جائز الخطا هستند. البته مسلمانان همیشه داوطلبانه نزد فقها می‌رفتند و سعی می‌کردند با تبعیت از فتاوی آنها، مطابق با قوانین شرع زندگی کنند، اما بیشتر فقها مخالف این بودند که

۵. نک: به برنارد وِیس "تفسیر در حقوق اسلامی: نظریه اجتهاد" (۱۹۷۸)، ۲۶، مجله امریکایی حقوق تطبیقی ۱۹۹.

۶. صحیح بخاری ۶۹۱۹؛ صحیح مسلم ۱۷۱۶.

حکومت، مردم را وادار به تبعیت از فتاوی بکند که همواره احتمال اشتباه بودن آن می‌رود.^۷ بنابراین، با نگاهی دوباره به تصویر شماره ۴، باید خاطرنشان کنیم که از آنجا که فقها اعتبار بالقوه هرگونه استنتاج مبتنی بر اجتهاد را به رسمیت می‌شناسند، حاصل آن تنوع فراوان احکام فقهی بوده است. این امر یکی از مهم‌ترین و اصلی‌ترین ویژگی‌های فقه اسلامی است که همیشه هم به این شکل وجود داشته است. در واقع، وارد شدن به عرصه فقه اسلامی و فعالیت در آن ممکن نیست، مگر با پذیرفتن این اصل بنیادین که «فقیه جائز الخطاست» و در نتیجه هیچ فتاوی از قطعیت صد درصد برخوردار نیست. به همین دلیل تمام فتواهایی که بر اساس اجتهاد درباره یک مسئله واحد صادر می‌شوند، از اعتبار واحدی برخوردارند.

در نهایت، این تنوع موجود در فقه منجر به شکل‌گیری چندین مکتب و نحله حقوقی شاخص در میان مسلمانان شد که هر کدام روش‌های مخصوص به خود را برای تفسیر و اجتهاد به کار می‌بردند. زمانی بود که صدها نحله مختلف در تاریخ اسلام وجود داشت، اما اکنون می‌توان گفت که فقط پنج مذهب اصلی باقی مانده است؛ ۴ نحله از مذهب سنی به علاوه مذهب شیعه. به این ترتیب، واقعیت این است که شرع، یا به عبارتی قانون الهی، مجموعه‌ای از قوانین واحد و ثابت نیست، بلکه متشکل از مذاهب و مکاتب مختلف فقهی است که هر کدام از آنها تفسیر مخصوص به خودشان را از آن ارائه می‌کنند، و همه آنها از اعتبار واحد برخوردارند.

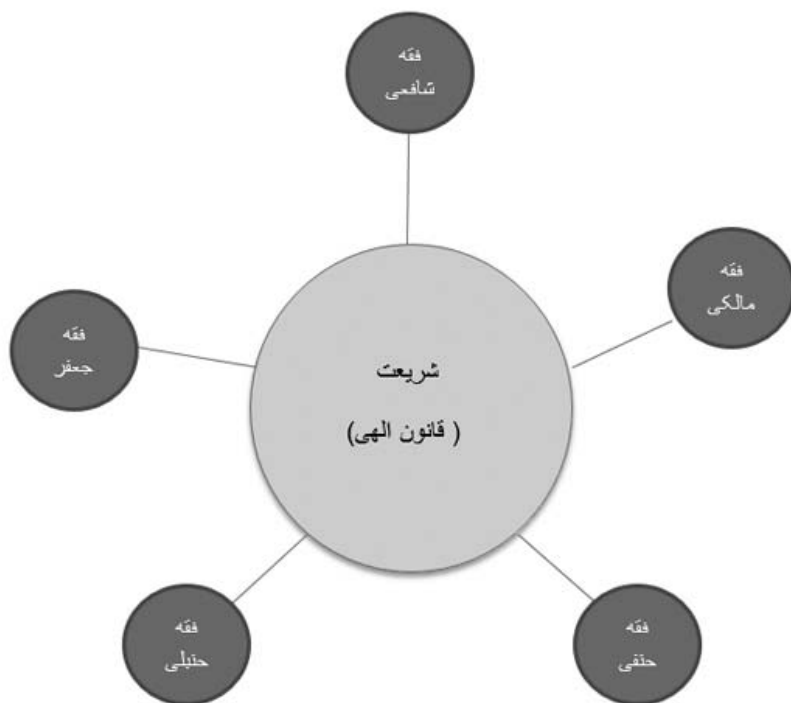
ناگزیر نظام‌های حقوقی کشورهای اسلامی خود را با این تنوع موجود در فقه وقف دادند. با پذیرش این مسئله که عقاید تمام این نحله‌های فقهی دارای ارزش و اعتبار یکسانی است، دیگر امکانی نمی‌ماند که فقط یکی از این نحله‌ها را به عنوان قانون حاکم بر کل سرزمین اعلام کنیم. به این ترتیب، بر خلاف قانون اروپا، در جوامع اسلامی سنتی تمرکزگرایی حقوقی

۷. به عنوان مثال، المنصور خلیفه عباسی (۷۷۵-۷۵۳ پس از میلاد/ ۱۵۸-۱۳۵ پس از هجرت) به مالک بن انس (بنیان‌گذار فقه مالکی) روی آورد تا کتب او را با عنوان "الموطأ" به عنوان قانون رسمی امپراتوری عباسی انتخاب کند، اما مالک با این کار مخالفت کرد. به روایتی، مالک در پاسخ گفته بود که این درست نیست که "مردم مناطق مختلف را مجبور کنیم عقاید خود را کنار بگذارند و همگی از این قانون تبعیت کنند، درحالی که عقاید آنها نیز مستند به حدیث و استدلال است." عمر فاروق عبدالله، "مفهوم اعمال از منظر نظریه حقوقی مالکی"، ۱۰۰، (۱۹۷۸) (دکتر فیل پوهنتون شیکاگو ۱۹۷۸)

محلی از اعراب نداشت. به همین دلیل در جوامع اسلامی قوانین به دو دسته تفکیک شدند: یک دسته قوانینی که در حیطه سیاست قرار می گرفتند و دولت مسئول وضع آن بود، و دیگری، قوانین فقهی که توسط علمای دینی تبیین می شدند.

تصویر شماره ۵

فقه
(تفسیر های قانون الهی)



باید به این نکته توجه داشت که چنین تفکیکی، با تفکیک «کلیسا» از «دولت» هم متفاوت است. در اینجا ما با تفکیک دو نوع از قانون سر و کار داریم که هر دوی آنها دینی محسوب می شوند و هر دوی آنها در راستای «شرع» قرار دارند. اما این نظام با نظام حکومت های دینی که زمانی در اروپا برقرار بود هم تفاوت داشت، چرا که نظام حقوقی مسلمانان اساساً بر پایه تکثرگرایی حقوقی بنا نهاده شده بود، نه تمرکزگرایی حقوقی. در

این جوامع، تمایزی واضح میان دو دسته از قوانین وجود داشت: قوانینی که توسط دولت وضع می‌شد (سیاست)، و قوانینی که توسط فقها وضع می‌شد (فقه). دولت‌ها دارای قدرت نظارتی و اجرایی برای تحمیل قوانین بودند اما نمی‌توانستند دست به وضع قوانین فقهی بزنند. البته رسیدن به یک برآیند میان این دو گروه (دولت و فقها) به آسانی حاصل نشد،^۸ اما چندان طول نکشید که مقرر شد دولت‌ها نباید دخالتی در تفسیر متون الهی داشته باشند.^۹ بنا شد دولت فقط قوانینی را که برای تأمین منافع و مصالح اجتماعی ضرورت دارد وضع کند، اما حق ندارد در خصوص تفسیر معنای قرآن تعیین تکلیف نماید، چراکه این کار به عهده فقها بود. یعنی تفسیر متون الهی به حوزه خصوصی مربوط می‌شد [و نه حوزه عمومی]، و به سبک و سیاقی تکثرگرایانه انجام می‌گرفت، و لذا افراد در خصوص مسائل فقهی حق انتخاب داشتند. این وضعیت با آنچه در حکومت‌های مذهبی اروپایی می‌گذشت، کاملاً تفاوت داشت. حکومت‌های دینی در جوامع اسلامی قدرت مذهبی مطلق نداشتند؛ در واقع آن بخش از حکومت که دارای قوه قهریه و قدرت نظارتی بود با آن بخش از جامعه که قوانین مذهبی را تعیین می‌کرد، متفاوت بود.^{۱۰} به دلیل وجود دو نوع قانون در کنار هم، یعنی فقه و سیاست، به تدریج نهادهای متفاوتی هم برای داوری و قضاوت شکل گرفتند.

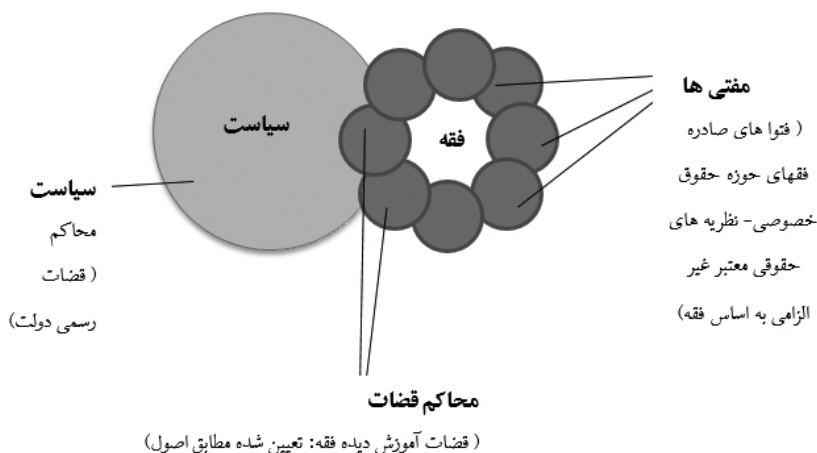
۸. از این دوره جدال با عنوان "دوران محنت" یاد می‌کنند.

۹. نک: مارشال جی. اس. هاجسون، "ماجراجویی اسلام: آگاهی و تاریخ در بستر تمدن جهانی: دوره کلاسیک اسلامی" (یو.سی.پی، شیکاگو ۱۹۷۴) ۳۱۹-۲۵۸، ۸۹-۴۷۹؛ خالد ابوالفضل، "صحبت به نیابت از خدا: قانون اسلامی، قدرت و زنان" ۲۶ (وانورلد ۲۰۰۱) ("بعد از دوران محنت، ... [فقها به همان علمای اسلامی] خود را تنها مفسران و دانایان قانون الهی نامیدند. ... دولت از طریق تفتیش عقاید سعی می‌کرد طبقه فقها و قدرت آنها را در وضع قوانین فقهی کنترل کند. در نهایت، نظام تفتیش عقاید شکست خورد و تا ظهور عصر مدرن، [فقها و علمای اسلامی] بر تفسیر قوانین الهی تقریباً تسلط کامل داشتند.").

۱۰. نک: محمد اچ. فاضل "حقیقی، نیک، و معقول: حکمت الهی و ریشه‌های اخلاقی منطق عمومی در قانون اسلامی"، ۲۱ (۲۰۰۸) مجله کانادایی حقوق و فقه ۵، ۴۶ ("این بخش از قانون، کاملاً مستقل از حکمت الهی بوده، و در نتیجه، به جای وضع قانون طبق وحی الهی، وضع قانون با هدف تأمین منافع اجتماعی را توجیه می‌کرد."); خالد ابوالفضل: اسلام و چالش تعهد دموکراتیک، ۲۷ (۲۰۰۳) مجله حقوقی بین‌المللی فوردهام، ۴، ۶۴ ("فقط فقها برای بررسی و تفسیر قوانین الهی واجد شرایط [بودند]. ... با این حال، با استناد به منابع الهی، به دولت اختیارات وسیعی داده شده بود که درباره مصالح اجتماعی تصمیم‌گیری کند. این حوزه از اختیارات تحت عنوان سیاست الشریعه شناخته می‌شد.").

تصویر شماره ۶

نهاد های قضایی اسلامی کلاسیک



در حیطه سیاست، نهادهایی مانند محتسب، شرطه و نظیر آن شکل گرفتند که وظیفه رسیدگی به اختلافات ناشی از قوانین سیاسی را داشتند. و در حوزه فقه، مردم معمولاً برای رفع مشکلات خود نزد مفتی یا همان فقیه ناحیه خود می رفتند که به سوالات عموم پاسخ می گفت. این دسته از مشکلات ممکن بود درباره هر چیزی باشد، از شرایط درست به جا آوردن نماز، تا مسائل دیگری مثل ارث و اعتبار قراردادها؛ هر امری از امور روزمره زندگی یک مسلمان که می خواست مطابق با اصول شرع رفتار نماید. بیشتر این مسائل با فتوای فقیه قابل حل بودند و نیازی به دخالت دولت نداشت، اما در برخی موارد نیز برای حل مسئله فقهی نیاز به اعمال قدرت از سوی دولت بود. حل این موارد در حوزه صلاحیت «قاضی» دادگاه قرار می گرفت. قاضی، فقیه بود که توسط حکومت برای اجرای قوانین فقهی تعیین می شد. به همین دلیل قاضی دو مسئولیت بر عهده داشت: یک مسئولیت فقهی و یک مسئولیت سیاسی. برای روشن تر شدن بیشتر قضیه، مثالی درباره تداخل مسائل فقهی و سیاسی در امر

قضاوت می‌زنیم. فرض کنید خانمی با برادرش درباره مسئله‌ای اختلاف پیدا کرده‌اند. پدرشان فوت شده و خانم از ارث بی‌نصيب مانده است، چرا که تمام ارث او به فرزند پسر تعلق گرفته است. همچنین فرض کنید که هر دو اهل مذهب مالکی هستند و یک فقیه مالکی را در محل زندگیشان می‌شناسند که به مسائل فقهی رسیدگی می‌کند. آنها می‌توانند نزد این فقیه بروند و از او بپرسند که سهم الارث هر کدامشان چقدر است، و پاسخی که دریافت می‌کنند بالقوه می‌تواند اختلاف موجود را بدون نیاز به اِعمال قوه قهریه دولت خاتمه دهد. مشکل اما زمانی ایجاد می‌شود که آنها نتوانند در مورد انتخاب فقیه توافق حاصل کنند، یا اینکه فقیه مزبور حکمی صادر کند که برادر از اجرای آن امتناع ورزد. در چنین حالتی خواهر مجبور است برای اجرای حکم به قوای دولتی متوسل شود، حال این اعمال قدرت ممکن است به این معنی باشد که برادر را به پرداخت مبلغی مجبور کنند، یا اینکه او را زندانی کنند یا در هر حال او را به طریقی مجبور کنند که مطابق حکم فقیه مالکی عمل نماید. برای رسیدن به این مقصود، این خانم چاره‌ای ندارد جز اینکه نزد قاضی برود؛ یعنی یک قاضی مالکی که بتواند درباره این مسئله حکم صادر کند و اجرای احکام او به پشتوانه قوای قهریه دولتی تضمین شود.

در طول تاریخ این وابستگی متقابل و هم‌پوشانی میان دو حوزه فقه و سیاست، همیشه در میان جوامع مسلمان به چشم خورده است. ممکن است جزئیات آن در مکان‌ها و زمان‌های مختلف متفاوت بوده باشد، اما قدر مسلم آنست که صاحب‌منصبان عرصه سیاست تعدادی فقیه را از مذاهب مختلف به عنوان قاضی انتخاب می‌کردند تا به اختلاف میان مردم رسیدگی کند. به این ترتیب مردم حق انتخاب داشتند که تحت حاکمیت کدام دسته از قوانین فقهی قرار بگیرند. و دولت‌ها با انتخاب قضاات به تعداد مناسب از مذاهب مختلف سعی می‌کردند این حق انتخاب را تقویت نمایند. حتی در برخی شهرهای بزرگ این امر بسیار عادی بود که قضاات و مفتی‌های متعددی از هر ۳، ۴، یا ۵ نحله منصوب شده باشد.^{۱۱}

۱۱. نک: محمد اچ. فاضل "حقیقی، نیک، و معقول: حکمت الهی و ریشه‌های اخلاقی منطق عمومی در قانون اسلامی"، ۲۱(۲۰۰۸) مجله کانادایی حقوق و فقه ۵، ۴۶ ("این بخش از قانون، کاملاً مستقل از حکمت الهی بوده، و در نتیجه، به جای وضع قانون طبق وحی الهی، وضع قانون با هدف تأمین منافع اجتماعی را توجیه می‌کرد."); "خالد ابوالفضل: اسلام و چالش تعهد دموکراتیک"، ۲۷(۲۰۰۳) مجله حقوقی بین‌المللی فوردهام، ۴، ۶۴ (فقط فقها برای بررسی و تفسیر قوانین الهی واجد شرایط [بودند]. ... با این حال، با استناد

این شرح بسیار مختصری از تاریخ نظام‌های حقوقی در میان مسلمانان بود که می‌توان از آن به عنوان پایه و بنیان تکثرگرایی حقوقی جوامع اسلامی سنتی یاد کرد. در این نظام، دو گونهٔ مختلف از قوانین با اهداف و خصیصه‌های قضائی متفاوت وجود داشت. قوانین مربوط به سیاست، عموماً قوانینی یکپارچه بودند ولی قوانین فقهی تنوع زیادی داشتند. هدف از قوانین مربوط به سیاست، تأمین منافع عمومی، برقراری امنیت، عدالت و نظم بود، درحالی که هدف از قوانین فقهی این بود که مردم را در عمل به دستورات خداوند در زندگی روزمره‌شان راهنمایی کنند. قوانین سیاسی مستقیماً توسط قوای دولتی اعمال و اجرا می‌شدند، ولی اجرای قوانین فقهی تا حد زیادی بر عهدهٔ خود مردم گذاشته شده بود، و فقط در برخی موارد با توجه به ماهیت مسئله توسط دولت اجرا می‌شد.

تصویر شمارهٔ ۷

حقوق اساسی اسلامی

تفکیک (نه " کلیسا و دولت " بل) / انواع قانون



مطابق مصالح همگانی
یکپارچگی حقوقی
قوای دولتی



طبق تفسیر اجتهاد
تنوع حقوقی
قوای دولتی
قوای خود مردم / جامعه

این نوع تکثرگرایی حقوقی با آنچه امروزه در مباحث پیرامون قانون اساسی مدرن مطرح

به منابع الهی، به دولت اختیارات وسیعی داده شده بود که دربارهٔ مصالح اجتماعی تصمیم‌گیری کند. این حوزه از اختیارات تحت عنوان السیاست الشریعه شناخته می‌شد. ()

می‌شود، بسیار تفاوت دارد. حقوق اساسی مدرن بر تمرکزگرایی حقوقی بنا شده است، به این معنا که فقط قوانین دولتی می‌توانند تعیین کنند چه چیز قانون است و چه چیز نیست. بنابراین مباحثاتی هم که امروزه دربارهٔ تکررگرایی حقوقی صورت می‌گیرد بیشتر در راستای این است که تحت چه شرایطی و چگونه قوانین دولتی می‌توانند قوانین وضع‌شده توسط مراجع غیردولتی را به رسمیت بشناسند. در حالی که در جوامع سنتی اسلامی، قضیه کاملاً برعکس بود و دولت فقط درکنار قوانینی که کاملاً غیردولتی بود می‌توانست به فعالیت بپردازد.

۴. تمرکزگرایی حقوقی در دولت‌های مدرن اسلامی

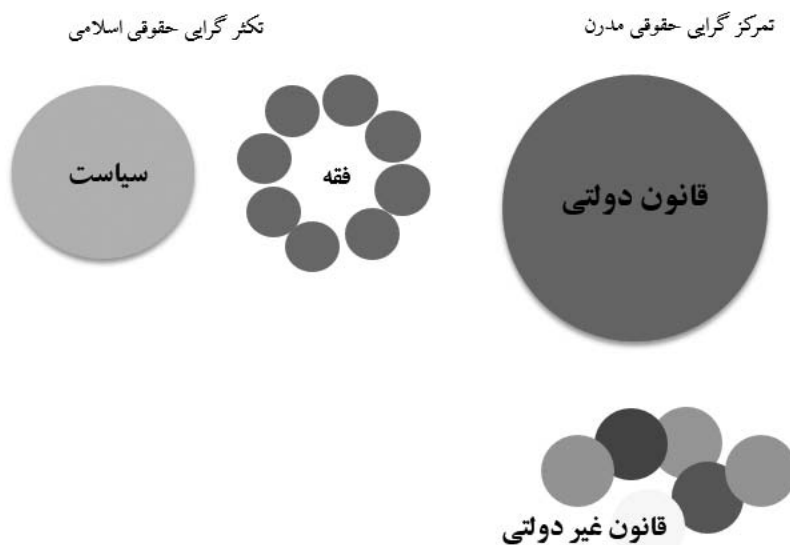
با ظهور مدرنیته، الگوی سنتی مبتنی بر تکررگرایی حقوقی در جوامع اسلامی از بین رفت. تقریباً در تمام کشورهای اسلامی، چه در کشورهایی که قبلاً مستعمرهٔ قدرت‌های اروپایی بودند و چه در بقیهٔ آنها، الگوی اروپایی ملت-دولت مبتنی بر تمرکزگرایی حقوقی حاکم شد. بعد از رهایی از استعمار هم، این الگوی حقوقی به عنوان الگوی غالب در کشورهای عمدتاً اسلامی جدید باقی ماند. و حتی وقتی جنبش‌های سیاسی اسلامی از تشکیل یک «حکومت اسلامی» حمایت کردند، باز هم کسی صحبت از تغییر این نظام اساساً اروپایی نکرد.^{۱۲} به جای آن، همهٔ تلاش‌ها معطوف این شد که راهی برای اضافه کردن شرع به الگوی ملت-دولت پیدا کنند. درواقع به جای آنکه به دنبال بازآفرینی یک نظام مدرن مبتنی بر تکررگرایی حقوقی «فقه-سیاست» باشند، از الگوی اروپایی تمرکزگرایی حقوقی برای وضع قوانین فقهی استفاده کردند. از نظر آنها تمامی قوانین از جمله فقه، باید توسط دولت وضع شود. نتیجه آنکه از زمان پیدایش این نظام مدرن تا کنون، کار دولت‌ها این شده است که اغلب بخشی از قوانین یک نحلهٔ فقهی، یا گاهی هم ترکیبی از

۱۲. رجوع کنید به محمد هاشم کمالی، «مسائل روش‌شناختی در فقه اسلامی»، (۱۹۹۶) فصلنامهٔ حقوقی عربی «دولت و قوهٔ قانون‌گذاری آن تمایل داشتند که به عنوان تنها مرجع وضع قانون عمل نمایند. ... با ظهور مفهوم حقوق اساسی و حکومت قانون، استیلا و تفوق قوهٔ قانون‌گذاری بر سایر نهادها در جوامع اسلامی تثبیت شد.»؛ شرمین جکسون، «شرع، دموکراسی، و ملت-دولت‌های مدرن: اندیشه‌هایی پیرامون اسلام، قوانین مشهور و تکررگرایی»، (۲۰۰۳) ۲۷ مجلهٔ حقوقی بین‌المللی فوردهام ۸۸.

بخش‌هایی از قوانین فقهی نحله‌های مذهبی مختلف را در قالب مجموعه‌ای از قوانین^{۱۳} ارائه کنند و نامش را «قوانین شرع» بگذارند.

تصویر شماره ۸

مقایسه الگوهای حقوق اساسی



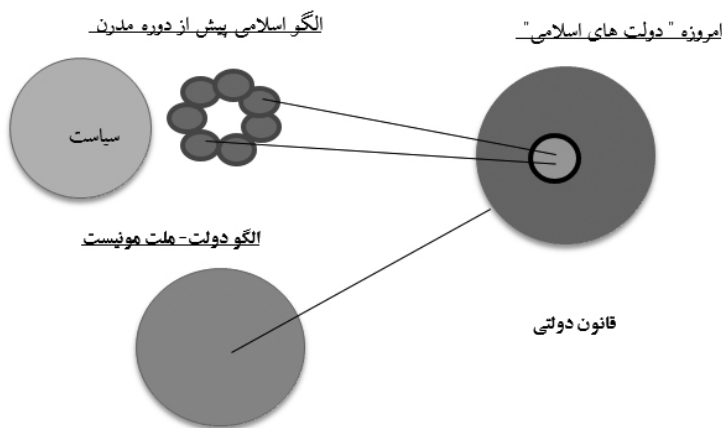
این تغییر جهت، بسیار خطرناک و ناگوار است. درواقع این کشورها با به تصویب رساندن مجموعه‌ای از قوانین فقهی به عنوان قوانین یک سرزمین، باعث شده‌اند تکثرگرایی حقوقی [که مشخصه بارز این کشورها بود] کنار زده شود، به نحوی که مردم این کشورها حتی هیچ خاطره‌ای هم از آن دوران به یاد ندارند. از آن بدتر اینکه با توصیف این قوانین به منزله «شرع»، مردم تصور می‌کنند که حق مخالفت با این قوانین را ندارند، و اصلاً چه کسی حق دارد با قوانین الهی مخالفت کند؟ اما آنچه این مسلمانان نمی‌دانند این است که دولت آنها فقط ادعای وضع قوانین شرع را دارد، درحالی که آنچه واقعاً انجام می‌دهد این است که از

۱۳. اغلب این قوانین فقهی در حقوق احوال شخصیه انعکاس پیدا کرده‌اند، و در برخی نقاط نیز در قوانین جزائی.

میان قوانین فقهی گوناگون (که همه آنها دارای اعتبار واحد هستند)، تنها تعدادی را گلچین می‌کند. اگر حتی فقط بخشی از مردم درباره تنوع و گستردگی موجود در فقه آگاه بودند، می‌توانستند درک کنند که وقتی دولت قانونی را بر مبنای فقه حنفی وضع کرده است، درحالی که همان مسئله در فقه مالکی حکم دیگری دارد، هردوی این احکام دارای اعتبار واحد هستند و «شرع» محسوب می‌شود. اما چون اکثریت مردم در این کشورها نسبت به این امور آگاهی کافی ندارند، دولت‌ها به راحتی از این مسئله سوءاستفاده می‌کنند و مردم را به پشتیبانی از این قوانین فرا می‌خوانند، گویی که حمایت از این قوانین وظیفه‌ای مذهبی باشد.

تصویر شماره ۹

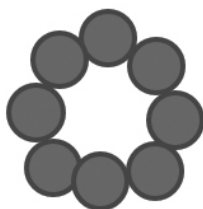
پیش از دوره مدرن < استعمار گرایی > دولت های مدرن اسلامی



نتیجه آنکه طرز نگرش مردم نسبت به خودِ شرع هم تغییر کرده است. در گذشته عده بیشتری آگاه بودند که شرع می‌تواند به شکل نحله‌های فقهی مختلف ظهور کند، و لذا مسلمانان حق انتخاب داشتند که پیرو کدام یک از این مذاهب باشند. اما امروزه این تصور ایجاد شده است که شرع یک مفهوم واحد و یکپارچه است که باید توسط دولت تبیین و اجرا گردد.

تصویر شماره ۱۰

مشکل قانونگذاری شریعت



گوناگونی

انتخاب انفرادی



یکپارچگی

تبیین و اجرا شده توسط دولت

نظام شبه دین سالار

(کمانی که با قدرت دولتی اجرای قانون ادعای قانون الهی میکنند.)

متأسفانه و از بد حادثه، این وضعیت، شبیه‌ترین حالت ممکن به نظام دین سالار است که تا کنون مسلمانان تجربه کرده‌اند. از آنجا که هرگز در اسلام [نهاد] کلیسا وجود نداشته است، مسلمانان هرگز مرتکب چنین اشتباهی نشدند که مانند اروپا، دولت و کلیسا را در هم ادغام کنند و به دولت این اختیار را بدهند که برایشان مذهب را تعریف و آن را به پشتوانه قوه قهریه اجرا کند. به جای آن، همان طور که در بالا هم اشاره شد، در تاریخ اسلام، مردمی که وظیفه شرح و تفسیر مذهب را داشتند (یعنی فقها)، با مردمی که کارشان اعمال قوه قهریه و نظارت بود (یعنی دولتمردان و سیاستمداران)، با یکدیگر تفاوت می‌کردند. اما امروزه دولت‌های اسلامی این دو نهاد را با هم ادغام کرده‌اند و از قدرت قانون‌گذاری و دادگاه شرعی برای تعیین و اجرای احکام فقهی مطلوب خود استفاده می‌کنند و آن را قانون اسلامی نامیده و بر کل افراد سرزمینشان حاکم می‌دانند. این وضعیت برای جوامع اسلامی تازگی دارد. در گذشته، شرع با تفاسیر متنوع شناخته می‌شد، و حاکمان مسلمان دست مردم را باز می‌گذاشتند و حتی آنها را تشویق می‌کردند که از نحله فکری که با آن احساس پیوند می‌کردند، پیروی کنند. این

اصل اسلامی همیشگی آزادی ادیان است - اینکه هر فرد حق انتخاب داشته باشد از کدام نحله فقهی پیروی کند - و این امری است که حکومت‌های اسلامی برای قرن‌ها، آن را در کشورهای مختلف به رسمیت شناخته بودند. اما آنچه امروزه در این جوامع وجود دارد، قطعاً بسیار با گذشته متفاوت است.

اما وضعیت افغانستان از این جهت چندان هم بد نیست. در قانون اساسی افغانستان، هم فقه و سیاست در هم ادغام شده است، اما وضعیت به وخامت قوانین برخی کشورهای دیگر مثل مصر نیست، چراکه در قانون آن کشورها صریحاً آمده است که شرع باید مبنای وضع قانون باشد. اما اصول ۱۳۰ و ۱۳۱ قانون اساسی افغانستان از قضات می‌خواهد که در صورت سکوت قوانین موضوعه یا قانون اساسی، بر طبق فقه حنفی یا شیعی حکم صادر کنند، مشروط بر اینکه طرفین شیعه باشند. از آنجا که مخاطب این دو اصل قضات هستند، و نه دولت، یکی از جنبه‌های تفکیک فقه از سیاست رعایت شده است؛ یعنی پذیرفته شده است که فقه نباید از طرف دولت منبع و مأخذ وضع قانون باشد. بنابراین در قانون اساسی افغانستان، فقه حنفی و فقه شیعه فقط برای پُرکردن جاهای خالی که قانون‌گذار در مورد آن سکوت کرده نیست، بلکه قاضی در هر پرونده به طور مستقل شرایط اعمال آن را بررسی می‌کند. این تا حدی به آنچه در گذشته در جوامع اسلامی اجرا می‌شد، شبیه است، زیرا در اینجا هم فقه مستقیماً توسط قاضی اعمال می‌شود، و نه از طریق قانون دولتی. به علاوه اصل ۱۳۱ تنوع و گستردگی در فقه را به رسمیت می‌شناسد. این اصل رسماً می‌پذیرد که فقه شیعی با فقه سنتی تفاوت می‌کند و مسلمانان باید این قدرت را داشته باشند که انتخاب کنند تحت شمول قوانین کدام نحله قرار گیرند. هرچند این اصل (همچنان؟) صحبتی از نحله‌های مالکی، شافعی و حنبلی به میان نمی‌آورد، با این حال باز هم قدم بسیار مهمی در راستای به رسمیت شناختن تنوع فقهی است. با وجود این در برخی وجوه قانون اساسی افغانستان نیز نمونه‌هایی از همان پدیده معضل‌آفرین «قانون شرعی» به چشم می‌خورد؛ به این معنا که از نحله‌های مختلف فقهی بخش‌هایی را جدا کرده‌اند و تحت شمول یک قانون واحد درآورده‌اند. مصداق آن را در قانون ازدواج و طلاق افغانستان می‌توان دید. احتمالاً بیشتر افغان‌ها فکر می‌کنند مفاد این قانون

دقیقاً همان چیزی است که اسلام دستور داده است، و اصولاً اطلاع ندارند که خیلی از این قوانین به صورت بسته و گریخته از نحله‌های فقهی مختلف جمع‌آوری شده‌اند. و از آن مهم‌تر اینکه در هر مسئله‌ای، احکام متفاوتی وجود دارد که همگی به یک اندازه معتبر هستند. به همین دلیل تصور افغان‌ها از شرع، شبیه تصور سایر مسلمانان در کشورهای دیگر است. یعنی آنها هم فکر می‌کنند شرع مجموعه‌ای از قوانین ثابت و یکپارچه است و لذا کاملاً منطقی است که دولت متصدی وضع و اجرای آن باشد. همان طور که قبلاً گفته شد، [اتخاذ] این رویکرد نه تنها از نظر حاکمیت دین‌سالاری عواقب خطرناکی دارد، بلکه همچنین انحرافی آشکار در تاریخ جوامع اسلامی به حساب می‌آید.

۵. الگوی پیشنهادی برای قانون اساسی در کشورهای اسلامی

مقاله حاضر، الگوی جدیدی را برای قانون اساسی کشورهای اسلامی طرح می‌کند؛ بر اساس این ایده که راه برای بازگرداندن مجموعه‌ای جاندارتر از گزینه‌های فقهی به زندگی مسلمانانی که در کشورهای اسلامی زندگی می‌کنند، باز است. فرض گرفته شده است که برای چنین کاری، باید تفکیک میان فقه و سیاست [موجود در] تکثرگرایی حقوقی جوامع اسلامی سنتی را احیاء کرد، با انجام اصلاحاتی که آن را با برخی ملاحظات دولت‌های مدرن مانند تصمیم‌گیری دموکراتیک سازگار کند.

اما این الگو به چه صورت است؟ در وهله نخست در این الگو، «سیاست»، نیروی حاکم و برتر در سرزمین است. به این معنا که حکومت‌های دولتی مدرن، اختیار قوای قهریه را دارند. در نتیجه، حکومت‌های مدرن، وجه مربوط به سیاست نظام مدرن «فقه-سیاست» تکثرگرایی حقوقی را تحقق می‌بخشند. افزون بر آن، از آنجا که قدرت دولت‌ها در وضع قوانین در حوزه سیاست، از آنجا ناشی می‌شود که مطابق شرع دولت‌ها باید در تأمین مصالح همگانی بکوشند، می‌توان نتیجه گرفت که دولت‌های مدرن هم باید وظیفه اصلی خود را تأمین مصالح همگانی قلمداد کنند. امروزه برای انطباق با واقعیت‌های مدرن، لازم است

نحوه تصمیم‌گیری در مورد تأمین مصالح همگانی، تصمیم‌گیری دموکراتیک باشد.^{۱۴} بنابراین دولت‌های مدرن اسلامی که در واقع معادل جدید [نهاد] سیاست هستند، باید قوانین سیاسی را با هدف تأمین مصالح همگانی و به شیوه دموکراتیک وضع و اجرا نمایند. این بدان معنا است که یک دولت مدرن اسلامی، پیش از انجام هر اقدامی باید به این سؤال جواب بدهد که: "آیا این اقدام، مصالح همگانی را تأمین می‌کند؟" سؤالی اساساً متفاوت با اینکه: "آیا این اقدام مطابق با شرع است؟" یا "حکم فقهی در این زمینه چیست؟"، چرا که همان طور که در تاریخ اسلام مشاهده کردیم، وظیفه دولت‌ها این است که در خدمت تأمین مصالح همگانی باشند، و نه تعیین و اجرای احکام فقهی.

این رویکرد جدید، در عمل منجر به تغییر رویه شگرفی در مباحثات مربوط به اسلام سیاسی خواهد شد. در این مباحثات معمولاً فرض بر این گذاشته می‌شود که برای برقراری یک حکومت اسلامی حتماً باید قوانین مطابق با شرع باشد. اما این طرز فکر، مبتنی بر الگوی استعماری تمرکزگرایی حقوقی است که در آن تنها مرجع وضع قانون، دولت است. به همین دلیل است که اسلام‌گرایان سیاسی تا این اندازه بر موضوع دولت تمرکز کرده‌اند. چراکه از دید آنها دولت تنها مرجعی است که می‌تواند تعیین و اجرای احکام شرع را تضمین کند. اما آنچه در این دیدگاه مغفول مانده این است که دولت در واقع تنها یکی از دو نهادی است که در نظام حقوقی مبتنی بر شرع وجود دارد. نهاد دیگر، فقه است. وقتی در یک جامعه اسلامی، دولت مرجع قانون در هر دو حوزه سیاست و فقه باشد، در واقع هر دو نهاد را در هم ادغام می‌کند و این منجر به شکل‌گیری دین‌سالاری می‌شود.

اما دلیل دیگری هم وجود دارد مبنی بر اینکه وضع نظام حقوقی مبتنی بر شرع توسط دولت کار معقولی نیست. اگر با مفهوم «فقه» آشنا باشیم، می‌بینیم که اساساً عبارت «قانون‌گذاری شرعی» مفهوم روشنی ندارد. این به آن دلیل است که در هر موضوعی، احکام فقهی متعددی وجود دارد و مشخص نیست بر چه مبنایی می‌توان تنها یکی از این احکام را به عنوان قانون

۱۴. در جوامع اسلامی سنتی، تصمیم‌ها توسط خلیفه، سلطان، شاه یا حاکم اتخاذ می‌شد.

شرع انتخاب کرد. به عنوان مثال، فرض کنید دولت می‌خواهد دربارهٔ مسئله طلاق، قانون وضع کند و قصد دارد اعلام نماید که ترک همسر توسط شوهر می‌تواند یکی از اسباب ایجاد حق طلاق برای زن باشد. بر طبق قانون حنفی، این حق زمانی ایجاد می‌شود که شوهر برای مدت ۹۰ سال یا بیشتر همسر خود را ترک کرده باشد. اما در قانون مالکی این مدت ۴ سال است. حال کدام را باید «شرع» محسوب کرد، در حالی که هر دو تفسیر و برداشت‌هایی معتبر از شرع هستند؟ در واقع نمی‌توانیم یکی از آنها را به عنوان «قانون شرع» انتخاب کنیم و دیگری را فاقد اعتبار بدانیم، چرا که این کار با اصول معرفت‌شناسانه حقوق اسلامی در تعارض است. در واقعیت تنها راهی که برای توجیه این انتخاب وجود دارد، این است که دولت احکام فقهی را بر اساس مصلحت انتخاب کند و به این سؤال پاسخ دهد که: "کدام حکم، مصالح همگانی را بهتر تأمین می‌کند؟" و این دقیقاً همان وظیفه‌ای است که حاکمان اسلامی باید در درجهٔ اول بر عهده داشته باشند: یعنی تأمین مصالح همگانی. و در این صورت بهتر است که دولت‌ها از همان ابتدا به دنبال دست یافتن به مصالح همگانی باشند، نه اینکه خود را درگیر پیچیدگی‌های این چینی کنند که ابتدا ببینند حکم فقهی در آن موضوع مشخص چیست. اگر از این روش در مثال بالا استفاده شود، حکومت اسلامی برای تصمیم‌گیری در خصوص قانون طلاق، باید ببیند که کدام حکم بیشتر در راستای مصالح همگانی است. همچنین این روش باعث می‌شود امکان مشارکت عمومی در این حوزهٔ عمومی بیشتر شود و هر فردی بتواند دیدگاه خود را دربارهٔ مفهوم مصالح همگانی به اشتراک بگذارد. در این الگو، گفتمان عمومی حول این محور نخواهد چرخید که "چه کسی برداشت درستی از اسلام دارد؟" یا حتی از آن هم بدتر، چه کسی از بقیه مسلمان‌تر است.

ممکن است گفته شود این الگو، بسیار شبیه حکومت‌های سکولار است. اگر دولت‌ها در وضع قانون فقط به مصالح همگانی توجه داشته باشند، در آن صورت این نگرانی به وجود می‌آید که با چنین معیاری چه تضمینی وجود دارد که دولت‌ها همچنان در چهارچوب شرع اسلامی عمل نمایند. در واقع این نگرانی بسیار به جایی برای یک فرد مسلمان است، و اهمیت دارد که دغدغه‌های بسیاری از مسلمانان را جدی

بگیریم که می‌خواهند قوانین کشورشان با شرع ضدیت نداشته باشد. به همین دلیل بسیار از کشورها، این مسئله را به عنوان یک اصل در قانون اساسی خود گنجانده‌اند.^{۱۵} مفادی از این قبیل، عقیده جمعی بسیار مهمی را در مورد پیروی از شرع^{۱۶} بازتاب می‌دهد که باید محترم شمرده شود. هرچند باید محتاط بود که این مفاد به گونه‌ای تفسیر نشوند که مبدا تفکیک میان فقه و سیاست از میان برود. به علاوه نباید دو مفهوم «مغایر با شرع» و «مغایر با فقه» را با هم اشتباه گرفت. چراکه اگر این دو را یکی فرض کنیم، نتیجه این خواهد بود که برای بررسی تطابق قوانین با شرع، با همان مسئله کثرت‌گرایی فقهی روبرو می‌شویم و آن وقت معلوم نیست که باید به کدام حکم فقهی اعتبار بیشتری داد؟ به عنوان مثال اگر دولت بخواهد در قانون طلاق، حکم فقه حنفی را بپذیرد که در آن مدت ترک همسر ۹۰ سال است، طبق فقه حنفی این قانون با شرع تطابق دارد. ولی اگر این قانون را با فقه مالکی مقایسه کنیم دیگر مطابق شرع نخواهد بود. بنابراین باز هم به همان مسئله نخست باز می‌گردیم که: شرع مجموعه‌ای از قوانین واحد و یکپارچه نیست، بلکه شامل احکام متنوع و نحله‌های مختلف فقهی است.

به علاوه، اگر «مغایر با شرع» و «مغایر با فقه» را به یک معنا بگیریم، نتیجه این خواهد شد که در مواردی که احکام فقهی متعدد وجود دارد، دولت‌ها اصلاً نمی‌توانند اقدام به وضع قانون نمایند. چراکه در تمام زمینه‌های حقوق قراردادها، حقوق اموال و حقوق جزا، احکام بسیار متنوع و وسیعی در فقه وجود دارد و به همین دلیل عملاً قدرت دولت برای وضع قانون محدود می‌شود. در واقع این وضعیت دست دولت را در بسیاری از زمینه‌ها می‌بندد، مخصوصاً در زمینه‌هایی که نیاز به حضور و اعمال قدرت دولت در آن حس می‌شود؛ مثل حقوق محیط زیست، حقوق کار، و قوانین بازار و اقتصاد. در اصل ۳ قانون اساسی افغانستان آمده است که: "هیچ قانونی در افغانستان نباید مخالف با اعتقادات و احکام دین مقدس اسلام باشد".

۱۵. به عنوان مثال، نک: اصل ۳ قانون اساسی افغانستان: "هیچ قانونی در افغانستان نباید مخالف با اعتقادات و احکام دین مقدس اسلام باشد"؛ همچنین نک: اصل ۲ قانون اساسی مصر: "اسلام، دین رسمی و عربی زبان رسمی کشور است. اصول شریعت اسلامی، منبع اصلی وضع قانون می‌باشند."

باید صبر کرد و دید که عبارات «اعتقادات» و «احکام»، توسط نهادهای قانونی چگونه تفسیر خواهد شد. اما این احتمال وجود دارد که عبارت «احکام» با «فقه» اشتباه گرفته شود. در این صورت افغانستان هم با برخی از مشکلاتی که پیش تر ذکر کردیم روبرو خواهد شد. اما راه دیگری هم برای بررسی تطابق قانون اساسی با شرع وجود دارد. در فقه اسلامی مفهومی به نام «اهداف شرع»^{۱۷} وجود دارد که در تمام مذاهب فقهی پذیرفته شده است. این مفهوم به اندازه‌ای عام‌الشمول است که می‌تواند بسیاری از اقدامات دولت را در بر بگیرد. فقهای اسلامی مدت‌هاست که بر این مسئله اجماع کرده‌اند که تمام احکام اسلامی در نهایت ۵ هدف را دنبال می‌کنند: دین، نفس، خانواده (نسل)، مال و عقل.^{۱۸} و این ۵ هدف با هم در پی تأمین مصالح همگانی هستند. بنابراین بسیار مفیدتر است اگر از این ۵ هدف برای بررسی مطابقت قوانین با شرع استفاده کنیم. نکته مثبت اینجاست که فقها و علمای اسلام درباره این اهداف اساسی تحقیقات و مطالعات وسیعی انجام داده‌اند و گنجینه‌ای از نوشته‌ها را به جا گذاشته‌اند که می‌توانیم از آن در تفاسیر خود استفاده کنیم. حتی هر کشوری می‌تواند نهادی را اختصاص دهد که وظیفه آن بررسی این اهداف باشد، نهادهایی مثل شورای بررسی شرع، دیوان عالی کشور، یا دادگاه‌هایی که خاص رسیدگی به مسائل مربوط به حقوق اساسی هستند. اگر در این نهادها فقها، حقوقدانان و متخصصان مربوطه مثل اقتصاددانان و متخصصان امور تکنولوژی و علوم طبیعی در کنار یکدیگر به بررسی این مسائل بپردازند، در این صورت گفتگوهای سازنده‌ای درباره اینکه واقعاً چه چیز اسلامی هست یا نیست، شکل می‌گیرد. به علاوه، در مقایسه با چانه‌زنی‌ها و رقابت‌هایی که در عرصه سیاست انجام می‌شود، این نهادها برای بررسی این‌گونه مسائل، عرصه بسیار موجه‌تر و کارآمدتری هستند.

17. Maqasid of Shari 'a

۱۸. نک: عمران آ.ک. نیازی، نظریه‌های قانون اسلامی، ۲۱۷-۱۸۹ (انتشارات آدم ۱۹۹۶)؛ محمد هاشم کمالی، «اصول فقه اسلامی» (چاپ سوم، ۲۰۰۳)، ص ۶۷-۳۵۱، ۴۰۹-۳۹۷.

تصویر شماره ۱۱

بسوی حقوق اساسی اسلامی جدید

مرحله ۱:

آیا این موجب خدمت به نفع همگانی (مصالح) میشود؟

نوت: "نقش فقه در این مسئله چیست؟"

مرحله ۲:

آیا این در تناقض با اصول / اهداف شریعت است؟

نوت: "آیا این در تضاد با فقه است؟"

سیاست / دولت

قانونگذاری

البته قوانین دیگری غیر از قوانین سیاسی هم وجود دارند. منظور «قوانین فقهی» است که باید به‌ویژه به ماهیت تکثرگرایی آنها توجه داشت. مهم‌ترین کاری که یک قانون اساسی مدرن در یک کشور اسلامی باید انجام دهد تا تکثرگرایی حقوقی را زنده نگاه دارد، این است که به شهروندان خود این حق را اعطا کند که بتوانند انتخاب کنند تحت حاکمیت کدام نحله فقهی قرار داشته باشند. بنابراین باید این حق را داشته باشند که به جای تبعیت از قانون مصوب دولتی، که از راه دموکراتیک و در جهت تأمین مصالح همگانی وضع شده است، تحت شمول قوانین فقهی نحله‌ای باشند که بیشتر به آن معتقدند. به عنوان مثال، فردی که پیرو مذهب مالکی است، باید حق داشته باشد از قوانین دولتی درباره طلاق که مطابق با مذهب حنفی وضع شده است تبعیت نکند، بلکه این امکان را داشته باشد که تحت شمول فقه مالکی یا هر مذهب دیگری که می‌خواهد قرار بگیرد. و یک دولت مدرن اسلامی، باید امکانات لازم برای اعمال این حق را فراهم نماید، یعنی قضاتی را تربیت کند که بتوانند بر اساس نحله‌های مختلف فقهی به مسائل رسیدگی نمایند.

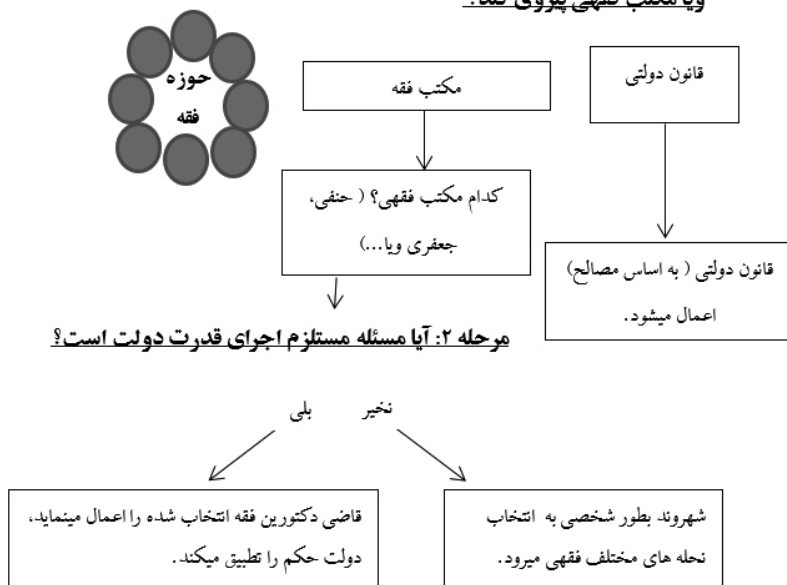
این مکانیزم در تصویر شماره ۱۲ نشان داده شده است:

تصویر شماره ۱۲

استفاده از حوزه فقه:

مرحله ۱: آیا یک شهروند می‌خواهد از قانون دولتی

ویا مکتب فقهی پیروی کند؟



نتیجه‌گیری اگر یک شهروند قوانین مصوب دولتی را بپذیرد، سپس تمام مراحل رسیدگی به آن موضوع بر اساس تمهیدات عام اساسی و آئین‌نامه‌ای که دولت ترتیب داده است انجام خواهد گرفت، اما اگر وی ترجیح دهد که به موضوع مطروحه بر طبق یکی از مذاهب فقهی رسیدگی شود، آنگاه باید نزد مفتی یا قاضی همان نحله فقهی برود، بستگی به اینکه در اجرای حکم چقدر به قوای قهریه دولتی نیاز خواهد بود.

برای روشن شدن بیشتر این الگوی پیشنهادی، در اینجا چند مثال می‌زنیم. ابتدا تصور کنید که یک حکومت اسلامی مدرن قصد دارد تا برده‌داری را در کشور منسوخ کند. اولین سؤالی که پیش می‌آید این است که آیا اساساً دولت می‌تواند چنین قانونی را تحت عنوان قانون سیاسی وضع کند؟ اگر فقه، منبع وضع قانون در این کشور باشد، دولت با مشکل

مواجه خواهد شد، چرا که فقها هرگز رسماً برده‌داری را ممنوع اعلام نکرده‌اند. بلکه برعکس، فقه اسلامی مملو از قوانینی درباره نحوه رفتار با بردگان است. اما اگر میان فقه و سیاست تفکیک قائل شویم، و نیز به خاطر بیاوریم که وظیفه اولیه و بنیادین هر حکومتی تأمین منافع اجتماعی است، آنگاه وضعیت به کلی تغییر می‌کند. در آن حالت، اولین سؤالی که مطرح می‌شود این است که "آیا ممنوع کردن برده‌داری در راستای منافع همگانی است یا خیر؟" و احتمالاً پاسخ آن مثبت خواهد بود. سؤال بعدی این است که "آیا ممنوعیت برده‌داری به دین، جان، مال، نسل و عقل انسان‌ها آسیب می‌رساند؟" به احتمال زیاد پاسخ اکثریت فقها به این سؤال منفی خواهد بود. به این ترتیب، دولت خواهد توانست قانون منع برده‌داری را تصویب کند، بی آنکه موجب نقض قوانین شرعی شده باشد.^{۱۹}

مثال دیگری بزنیم. آیا دولت اسلامی باید زنان را از مسافرت به تنهایی و بدون همراهی یکی از محارم‌شان بازدارد؟ در اینجا هم به جای آنکه پرسیم آیا این قانون با فقه تطابق دارد یا خیر، باید این سؤال را مطرح کنیم که "آیا این قانون تأمین‌کننده مصالح همگانی جامعه است؟" مسلم است که در فقه سنتی، قوانین بسیاری وجود دارد که برحسب اینکه آیا محارم زن در کنارش هستند یا خیر، محدودیت‌هایی را برای وی در نظر گرفته‌اند. اما مسئله اینجاست که آیا دولت باید این احکام را به صورت قانون در بیاورد و اجرا کند؟ ماهیت این سؤال متفاوت است با اینکه پرسیم "وظیفه یک زن مسلمان طبق شرع چیست؟" پاسخ به سؤال دوم در حیطه فقه می‌گنجد، [و نه سیاست،] و برای پاسخ به آن هم زن باید

۱۹. ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر مسلمانان حق داشته باشند انتخاب کنند که به جای قانون دولتی از نحله فقهی مورد نظر خود تبعیت کنند، آیا حق دارند در این مورد نیز از قانون دولت مبنی بر منع برده‌داری سرپیچی کرده و بگویند که می‌خواهند از قوانین فقهی پیروی کنند. این سؤال چالش برانگیزی است، اما پاسخ به آن غیرممکن نیست. راه حل آن این است که دولت خودش بر مبنای منافع عمومی تصمیم بگیرد که آیا در این مورد شهروندان حق انتخاب قانون حاکم را دارند یا خیر. فقه سنتی اسلامی از این جهت اختیارات زیادی را تحت عنوان مصلحت به حاکمان داده است و حتی مواردی بوده است که دولت‌ها به نام مصلحت، فتاوی فقهی را نسخ کرده‌اند (مثلاً خلیفه عمر، اجرای مجازات دزدی را در زمان قحطی منع کرده بود. دولت‌های امروزی نیز می‌توانند به همین گونه اعمال قدرت کنند)، نکته‌ای که نباید فراموش کرد، این است که دولت در اینجا فقط برای اهداف مصلحت‌آمیز اعمال قدرت می‌کند و تغییری در ماهیت احکام فقهی نمی‌دهد، چراکه این کار فقط در صلاحیت فقها است.

بتواند نزد مفتی برود که خود انتخاب می‌کند و بر اساس حکم همان مفتی عمل کند.^{۲۰} اما اینکه آیا دولت باید در این تصمیم‌گیری دخالت کند یا نه، بستگی به این دارد که آیا این دخالت به صرفه و صلاح جامعه است یا خیر. آیا به جهت تأمین مصالح همگانی، این بهتر است که دولت دخالت کند و با وضع محدودیت‌هایی در زمینه ویزا و پاسپورت و سایر امور، مسافرت زنان را در سراسر کشور کنترل نماید، یا بهتر است تصمیم‌گیری در خصوص این مسئله را به فقها بسپرد تا در این باره به صورت مورد به مورد و بر حسب شرایط خاص هر زن تصمیم بگیرند.^{۲۱} اگر یک زن محارمی نداشته باشد و به دلیل بیماری و مشکلات پزشکی مجبور باشد به کشور دیگری سفر کند، تکلیف او چیست؟ آیا واقعاً در راستای مصالح همگانی است که او را از مسافرت به تنهایی منع کنیم؟ پاسخ به این سؤال در افغانستان نامشخص است و باید مردم افغانستان، طی مذاکرات و گفتگوهای علنی و صادقانه درباره این مسئله بحث و تصمیم‌گیری کنند، و چنین گفتگوهایی باید پیش از وضع قانون در این باره صورت گیرد.

برای اینکه بفهمیم آیا وضع چنین قانونی با اهداف اساسی شرع، یعنی حفظ دین و مال و جان و نسل و عقل، مطابقت دارد یا خیر، مثال دیگری را طرح می‌کنیم که به همان مثالی برمی‌گردد که قبلاً درباره قانون طلاق زدیم. اگر از این الگوی پیشنهادی استفاده کنیم، وضع قانون بسیار آسان‌تر می‌شود، و دیگر نیازی نیست به این سؤال پاسخ داده شود که کدام مکتب فقهی باید ملاک وضع قانون باشد تا قانون مربوطه، مشروعیت داشته باشد؛ سئوالی که در واقع پاسخ دادن به آن غیرممکن است. در این الگوی پیشنهادی، دولت باید قانونی را وضع

۲۰. باید اینجا در نظر داشت که همه محدودیت‌هایی که بر افراد اعمال می‌شود ناشی از نظارت دولت نیست. در بسیاری از موارد افراد خود از انجام برخی امور خودداری می‌کنند، هرچند منع دولتی وجود ندارد؛ برای نمونه سیگار کشیدن، کمک مالی به سیاستمداران فاسد، خوردن غذای ناسالم و غیره. بنابراین کاملاً قابل تصور است که یک زن مسلمان نزد فقیه ناحیه‌شان برود و از او بپرسد که آیا حق دارد بدون همراهی همسرش سفر کند یا خیر، و اگر پاسخ مفتی منفی باشد، داوطلبانه از انجام آن خودداری کند، هرچند که دولت او را منع نکرده باشد.

۲۱. برخی از کشورها این نظام را اجرا می‌کنند، اما نه به این خاطر که فقه و سیاست را از هم تفکیک کنند، بلکه به این دلیل که در واقع از قدرت دولت برای اجرای حکم فقهی مورد نظر خود استفاده می‌کنند. همان طور که در بالا گفته شد، این رویکرد اهمیت چندانی به نخستین وظیفه دولت، یعنی تأمین مصالح همگانی، نمی‌دهد.

کند که مردم آن را به گونه‌ای دموکراتیک به عنوان بهترین قانون موجود برای تأمین مصالح همگانی انتخاب کرده‌اند. نتیجه این انتخاب دموکراتیک هر چه باشد، و چه منجر به انتخاب فقه مالکی شود، یا فقه حنفی، یا هر نحله فقهی دیگر، نحله فقهی منتخب باید مبنای وضع قانون قرار گیرد. نحله فقهی موردنظر به این علت تصویب نشده است که حکم فقهی یک نحله خاص است، بلکه تنها علت چنین گزینشی این بوده است که مطابق تصمیم اعضای جامعه، آن حکم در راستای مصالح همگانی قرار دارد. البته قانون طلاق [و هر انتخابی که به این شکل صورت گیرد]، باید از ملاحظه شرع نیز بگذرد؛ به این ترتیب که باید دید آیا با ۵ هدف اصلی شرع هماهنگی دارد یا خیر. اگر پاسخ مثبت باشد، سپس آن قانون می‌تواند به عنوان قانون حاکم بر سرزمین وضع شود. برای آن دسته از شهروندانی که از این قانون منتخب همچنان ناراضی هستند هم این گزینه وجود دارد که به جای تبعیت از قانون دولتی، از نحله فقهی مورد نظر خود تبعیت نمایند. به این معنا که یک فرد مسلمان باید همیشه این حق انتخاب را داشته باشد که از قوانین دولتی در خصوص طلاق تبعیت نکند و به جای آن ترجیح دهد که نحله فقهی دیگری، مثلاً شافعی، درباره مسئله طلاق او تصمیم‌گیری کند. و دولت هم باید شرایط اعمال این حق را با تربیت قضات شایسته در نحله فقهی شافعی فراهم کند. این نهادهای موازی می‌توانند به اشکال مختلفی وجود داشته باشند، مثلاً شوراهای حل اختلاف، دادگاه‌های موازی و یا هر سازوکار دیگری که دولت بدین منظور پیش‌بینی می‌کند، که با در نظر گرفتن مصالح همگانی صورت می‌گیرد.^{۲۲}

۶. نتیجه‌گیری

تصویر شماره ۱۳ به‌طور خلاصه، الگوی پیشنهادی برای حقوق اساسی کشورهای اسلامی را نشان می‌دهد:

۲۲. ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر بین نحله‌های فقهی مختلف اختلاف پیش بیاید، کدام نحله باید اساس قرار گیرد. پاسخ به این سؤال در مجال این مقاله کوتاه نمی‌گنجد. اما مختصراً باید گفت که می‌توان از بسیاری از قواعد حل تعارض قوانین برای حل مشکل استفاده کرد، همان‌طور که از آنها برای حل اختلاف میان شهروندان ایالات و کشورهای مختلف استفاده می‌شود. برای نمونه، معمولاً در قراردادهای تعیین می‌شود که کدام قانون بر اختلافات آتی میان طرفین قرارداد حاکم خواهد بود.

تصویر شماره ۱۳

الگوی از حقوق اساسی اسلامی جدید



بررسی اسلامی از قانون دولتی (مطابق با مقاصد شرعی)

در مرکز تصویر دولت قرار دارد، که از طریق نهادهای دموکراتیک مانند پارلمان، کنگره و رئیس‌جمهور و غیره سعی در تأمین مصالح همگانی دارد. هر قانونی که بنا باشد در این حیطه وضع شود، باید ابتدا به این سؤال پاسخ دهد که "آیا آن قانون، بهترین راه برای تأمین مصالح همگانی به حساب می‌آید؟" و باید به خاطر داشت که پاسخ به این سؤال، خود امری است در راستای عمل به اسلام و شرع. چراکه از روزگاران بسیار دور در تاریخ اسلام، این امر مورد اجماع فقها قرار گرفته است که قدرت دولت در حیطه سیاست ناشی از وظیفه او مبنی بر تأمین مصالح همگانی است. این اولین وظیفه حاکم کشور اسلامی بوده است و امروز هم باید اولین وظیفه دولت‌های اسلامی باشد.

همچنین جای نگرانی وجود ندارد که مبدا اعمال چنین نظامی به سکولار شدن حکومت بیانجامد. زیرا، اولاً، تمام قوانین دولتی مورد بازنگری قرار می‌گیرند تا هماهنگی آنها با شرع

و ۵ هدف اصلی آن محرز شود.^{۲۳} دوم، این الگوی پیشنهادی برای قوانین دولتی صرفاً به موازات قوانین فقهی قرار دارد، چراکه در این الگو، هر مسلمانی حق دارد به جای تبعیت از قانون دولتی، با مراجعه به مفتی یا قاضی مورد نظر خود، خواستار اعمال قوانین فقهی دیگری بر موضوع مطروحه گردد.

بنابراین، این الگوی پیشنهادی حاوی رویکردی کاملاً جدید به «حکومت اسلامی» است، و درواقع از ۳ بخش یا ۳ مرحله تشکیل می‌شود: وضع قوانین دولتی به شیوه دموکراتیک، بازنگری قوانین و بررسی تطابق آنها با اهداف اصلی شرع، و حق شهروندان مبنی بر انتخاب قانون حاکم. به علاوه، این الگو با میراث اسلامی و گذشته این کشورها هماهنگی بیشتری دارد، تا با نظام اروپایی ملت-دولت که مبتنی بر تمرکزگرایی حقوقی است. به جای آن نظام، در این الگو، سعی کرده‌ایم تفکیک میان فقه و سیاست را، که یکی از ویژگی‌های اساسی جوامع اسلامی تا قبل از استعمار و عصر مدرن بوده است، احیاء کنیم. این الگو، به‌ویژه برای جوامعی که دارای تنوع نژادی و فرهنگی فراوانی هستند، الگویی الهام‌بخش است، چراکه تا پیش از ظهور تمرکزگرایی حقوقی به شیوه اروپایی، این مدل به خوبی در کشورهای اسلامی جوابگو بود. باعث تأسف است که در اواسط قرن بیستم، جنبش‌های مدرن سیاسی اسلامی به این میراث اسلامی توجه نکردند، و به جای آن سعی کردند اهداف خود را در چهارچوب یک نظام اروپایی پیگیری نمایند که مبنای آن با نظام حقوقی جوامع اسلامی بیگانه بود. اما برای تغییر هیچ گاه دیر نیست. کشورهای اسلامی هنوز هم می‌توانند با تفکیک فقه از سیاست، نظام حقوقی مبتنی بر تکررگرایی را در کشورهايشان برپا کنند و نشان دهند که حقوق اساسی اسلامی چه داشته‌ها و دستاوردهای ارزشمندی برای ارائه به دنیا دارد الگویی که در این مقاله پیشنهاد داده شده است، یکی از همین راه‌ها است.

۲۳. این بازنگری در تصویر شماره ۱۳ با دایره‌ای در اطراف قانون دولتی نشان داده شده است.