



University of Tabriz

# Contemporary Comparative Legal Studies

Online ISSN: 2821-0514

Volum: 14 Issue: 33

Winter 2024

Article Type: Research Article

Pages: 227-253

## The Relationship between Sharia and the Unwritten Constitution; with a Glance at the Opinions of the Guardian Council

Ayat Molai<sup>1✉</sup> | Mohammadreza Mojtahedi<sup>2</sup> | Seyyed Hossein Malakouti Hashjin<sup>3</sup> |  
Maedeh Soleimani Dinani<sup>4</sup>

1. Assistant Professor, University of Tabriz, Iran

amulaee@tabrizu.ac.ir

2. Emeritus Professor, University of Tabriz, Iran

mojtehed2004@yahoo.com

3. Assistant Professor, University of Tabriz, Iran

malakooti@tabrizu.ac.ir

4. Ph.D. Candidate in Public Law, University of Tabriz, Iran

soleymani.m67@gmail.com

### Abstract

*In the Islamic legal system "sharia" as the main source of constitutional law goes beyond the written document and gives content to the norms of the constitution. The idea of an Islamic constitution is neither a mere adherence to the principles of the constitution nor a formalist adherence to its writings, but in fact the same adherence to the spirit of the constitution. In addition, "Ijtihad" and "Maslahah" as two dynamic elements of sharia to deduce sharia rules; Built to suit the needs of each era. In this regard, the study of the nature of the Sharia, which can prevail and influence the principles and concepts of the Constitution as a superior spirit and unwritten norm, compared to the written text of the Constitution; It is essential. The present study examines the position of Sharia in the Islamic legal order as a Hypertext value that has subjugated the identity and foundation of a nation, and also by emphasizing the dynamic elements of the Sharia and their impact on the vitality of this superior norm, tries to clarify the relationship between sharia and the unwritten constitution.*

**Keywords:** *Sharia, the spirit of the law, the unwritten constitution, Ijtihad, Maslahah.*

Received: 2022/02/25 Received in revised form: 2022/12/26 Accepted: 2023/01/22 Published: 2023/12/25

DOI: 10.22034/LAW.2023.50086.3094

Publisher: University of Tabriz

Tabrizulaw@gmail.com



## رابطه شرع و قانون اساسی نانوشته؛ با نگاهی به

### نظریات شورای نگهبان

آیت مولایی<sup>۱</sup> | محمدرضا مجتهدی<sup>۲</sup> | سیدحسین ملکوتی هشجین<sup>۳</sup> | مائده سلیمانی دینانی<sup>۴</sup>

amulaee@tabrizu.ac.ir

mojtehed2004@yahoo.com

malakooti@tabrizu.ac.ir

soleymani.m67@gmail.com

۱. استادیار دانشگاه تبریز، ایران

۲. استاد بازنشسته دانشگاه تبریز، ایران

۳. استادیار دانشگاه تبریز، ایران

۴. دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه تبریز، ایران

#### چکیده

در نظام حقوقی اسلامی، «شرع» در جایگاه منبع اصلی حقوق اساسی، فراتر از سند مکتوب قرار گرفته و به هنجارهای قانون اساسی محتوا می‌بخشد. ایده مشروطه اسلامی نه یک تبعیت صرف از اصول قانون اساسی و نه پایبندی فرمالیستی به نوشته‌های آن، بلکه درحقیقت همان التزام به روح حاکم بر قانون اساسی است. علاوه بر این، «اجتهاد» و «مصلحت» به‌عنوان دو عنصر پویای شرع برای استنباط احکام شرعی متناسب با ضروریات هر عصر تعبیه شده است. در این راستا، بررسی ماهیت شرع که می‌تواند به‌مثابه روح برتر و هنجار نانوشته نسبت به متن نوشته قانون اساسی، بر اصول و مفاهیم قانون اساسی چیره گردد و آن را تحت تأثیر قرار دهد، ضروری است. نگارندگان پژوهش حاضر با بررسی جایگاه شرع در نظم حقوقی اسلامی به‌عنوان ارزشی فرامتنی که هویت و اساس یک ملت را تحت انقیاد خود درآورده و نیز با تأکید بر عناصر پویای شریعت و تأثیر آن بر سرزندگی این هنجار برتر، در روشنگری هرچه بیشتر شرع و قانون اساسی نانوشته می‌کوشند.

**واژگان کلیدی:** اجتهاد، روح قانون، شرع، قانون اساسی نانوشته، مصلحت.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۲/۰۶ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۰/۰۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۱۱/۰۴

DOI: 10.22034/LAW.2023.50086.3094

Tabrizulaw@gmail.com

ناشر: دانشگاه تبریز

**مقدمه**

علی‌رغم تصویب و التزام به قانون اساسی به‌عنوان یکی از ویژگی‌های ضروری دولت مدرن و از دستاوردهای برجستهٔ تمدن بشری که بر وظیفهٔ دولت در پاسداری و حراست از نظم مبتنی بر قانون اساسی و ابتنای کلیهٔ ارکان دولت بر قانون اساسی تأکید می‌نماید؛<sup>۱</sup> ایدهٔ تفوق شرع بر قانون، اجرای قانون اساسی در محدودهٔ شریعت و ابتنای قانون اساسی بر اصول و احکام شرع، «شریعت» را در جایگاه یک نسخهٔ غیرمدون و نانوخته<sup>۲</sup> از قانون اساسی در برخی از کشورهای اسلامی به‌ویژه در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران قرار می‌دهد. بنابراین هنجارهای اساسی خاصی که خواه در متن قانون اساسی نوشته شده‌اند و خواه به‌مثابه روحی نانوخته بر متن نوشته حاکم هستند و نمی‌توان از آنها تخطی کرد، زیربنای سند قانون اساسی را تشکیل داده است.

بنابراین، با توجه به اهمیت اجتهاد و ضرورت تفسیر و تصمیم‌گیری در چارچوب مصالح و مقتضیات زمانی و مکانی<sup>۳</sup> و با تأکید بر اینکه قانون شرع به‌عنوان یک منشور کلی برای یک ملت در حال رشد و یک جهان در حال تغییر همواره باید به طریقی تفسیر شود که ضمن پایداری اصول ثابت و غیرقابل تغییر، سرزندگی‌اش را در طول زمان حفظ کند. با در نظر گرفتن این امر که نهاد شورای نگهبان هم به‌عنوان مفسر<sup>۴</sup> و هم به‌عنوان پاسدار قانون اساسی از یک سو و پاسدار شرع از سوی دیگر<sup>۵</sup>، در عملکرد خود مقید به سند نوشته نبوده و

۱. علی‌اکبر گرجی و محمدشهاب جلیلود، «بررسی معیار مشروطیت در دولت مدرن و جمهوری اسلامی ایران»، دولت‌پژوهی، ش ۱۶ (۱۳۹۷)، صص ۱۴۷-۱۵۰.

۲. در این نوشتار منظور از «قانون اساسی نانوخته» مجموعه قواعد و اصولی است که به‌طور منظم و نظام‌مند مدون شده و در یک سند مشخص واحد تجسم یافته است و در مقابل، «قانون اساسی نانوخته» کلیهٔ قواعدی را که در یک سند مکتوب واحد گرد هم نیامده و به صورت ساختاری مدون نشده، اما به‌طور مستقیم و یا غیرمستقیم بر توزیع یا اعمال حاکمیت قدرت در کشور تأثیر می‌گذارد و برای تاریخ، هویت، ارزش‌ها و نظام حقوقی یک ملت ضروری است دربر می‌گیرد. نک:

Ernest A. Young, "The Constitution Outside the Constitution", *The Yale Law Journal*, (2007), pp. 410-411.

Beverly McLachlin, "Unwritten Constitutional Principles: What Is Going On?", *NZJPIL*, Vol. 4, (2006), p. 149.

۳. سید علی میرموسوی، *اسلام، سنت، دولت مدرن*، (تهران: نشر نی، چ ۱، ۱۳۸۴)، ص ۱۴۱.

۴. موضوع اصل نود و هشتم قانون اساسی.

۵. موضوع اصل نود و یکم قانون اساسی.

در راستای پاسداری و نگهداری از شرع و تحقق ابتدای تمام قوانین و مقررات بر شرع<sup>۶</sup> ممکن است با برداشت و استنباطی که از شرع و احکام شرعی دارد در حوزه عمل و تفسیر به‌گونه‌ای اقدام نماید که نتوان به‌صراحت مبنایی برای آن در متن قانون اساسی یافت، در این شرایط، تلاش برای کشف ماهیت شرع و تأثیر آن در نظام حقوقی اسلامی از جمله نظم حقوق اساسی ایران ضروری است.

نگارندگان این نوشتار با اتخاذ روش توصیفی-تحلیلی و رویکردی تطبیقی تلاش می‌کنند تا برای دستیابی به درک بهتر از نظام حقوق اساسی در حکومت اسلامی ایران، رابطه شرع را با قانون اساسی نانوخته روشن سازند. هدف از این پژوهش، پاسخ به این پرسش اساسی است که نسبت بین قانون اساسی نانوخته و پاسداری از شرع چیست و این دو مفهوم (قانون اساسی نانوخته و شرع) چگونه با یکدیگر پیوند می‌خورند؟

علی‌رغم اینکه مفهوم شرع و انواع و اقسام احکام شرعی تا به امروز به‌وفور از سوی پژوهشگران مورد بررسی قرار گرفته<sup>۷</sup>، اما تاکنون در هیچ پژوهشی به‌طور ویژه به ایده نانوخته بودن شرع و نسبت آن با حقوق اساسی نانوخته پرداخته نشده است. در این راستا نوشتار حاضر به واکاوی ایده یادشده می‌پردازد.

## ۱. شرع و نظام حقوقی اسلامی

شرع عبارت است از اراده تشریحی خداوند که برای وصول انسان به کمال و سعادت دنیوی و اخروی در قالب اوامر و نواهی الزام‌آور بیان شده است. در برداشت غالب در اسلام، دین و حقوق درهم‌آمیخته و نخستین قانون‌گذار خداوند است که به‌واسطه قرآن و یا با زبان و کردار پیام‌آور خود، اوامر و نواهی را تشریح نموده است. به این ترتیب دو منبع اساسی شریعت، کتاب و سنت است.<sup>۸</sup>

در یک نظام حقوقی اسلامی، شرع به‌عنوان منبع اصلی حقوق اساسی فراتر از سند مکتوب باعث اعطای موقعیت «قانون برتر» به سند قانون اساسی می‌شود تا وضعیت آن را

۶. موضوع اصل چهارم قانون اساسی.

۷. برای نمونه ر.ک. محسن ملک‌افزلی اردکانی، «حکم حکومتی در قانون اساسی و جایگاه آن در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران»، حکومت اسلامی، ش ۴ (۱۳۹۰)، ص ۶۰؛ عبدالحسین خسروپناه، «جایگاه مصلحت در حکومت ولایی»، مجموعه مقالات

امام خمینی و حکومت اسلامی، احکام حکومتی و مصلحت، (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸)، ص ۲۵۰.

۸. صبحی محمضانی، فلسفه قانونگذاری در اسلام، ترجمه اسماعیل گلستانی، (تهران: انتشارات فرانکلین، ۱۳۴۶)، ص ۲۱۹.

به‌عنوان قانون عالی و اساسی ملت به‌تثبیت رسانده، تضمین نماید. یعنی تا زمانی که اصول قانون اساسی و تفاسیر آن سازگار با شریعت باشند، قانون اساسی، قانون عالی محسوب می‌شود. اگر قانون به‌نوعی با قرآن و سنت ربط پیدا نکند هرگز نمی‌توان آن را اسلامی خواند.<sup>۱۱</sup> به این ترتیب، مفهوم برتری شریعت<sup>۱۲</sup>، به یک اعتبار، مشابه حاکمیت قانون<sup>۱۱</sup> و حاکی از یک دولت مبتنی بر قانون اساسی است<sup>۱۳</sup> که در چارچوب حکومت اسلامی قابل طرح و بحث است؛ هرچند که ممکن است از دیدگاه طرف‌داران حقوق مدرن، چنین همسانی مورد مخالفت قرار گیرد.

از این منظر، مشروطیت در حکومت اسلامی، نه به معنای متعارف آن، بلکه به مفهوم تقیید حکومت‌کنندگان در اجرا و اداره به مجموعه شرایطی است که در قرآن و سنت معین شده است.<sup>۱۳</sup>

## ۲. عناصر پویای شرع

تغییرات اجتماعی همواره پیشرو دگرگونی قانون بوده است؛ چنان‌که دو مسیر را تعیین می‌کند: یکی تفسیری که منجر به پایان کارکرد اصل نوشته قانون می‌شود و دیگری، تفسیری که زنده و پویاست و به تداوم و حیات اصل کمک می‌کند.<sup>۱۴</sup> به این ترتیب، در پی آشکار شدن این حقیقت که وظیفه فقها نه‌تنها توسل به فهم و درک ظاهری از شرع در پی به‌بن‌بست رسیدن اجرای احکام شرعی است، بلکه اجتهاد و تلاش برای پی‌ریزی قواعدی برای استنباط احکام شرعی قابل اجرا در هر عصر می‌باشد. «شریعت» فراورده اراده آگاهانه خداوند است که از سوی پیامبر (ص) و امامان (ع) تبیین شده است و تفکر و «اجتهاد» به‌عنوان عنصری پویا و فراورده امت و زاینده شرایط متحول و متغیر اجتماعی، مد نظر قرار گرفت.<sup>۱۵</sup> علاوه بر این، اداره زندگی دنیوی و برقراری نظم و

۹. وائل بن حلاق، تاریخ تئوری‌های حقوقی اسلامی، ترجمه محمد راسخ، (تهران: نشر نی، ۱۳۸۶)، ص ۳۶۳.

10. The Supremacy of Sharia.

11. Rule of Law.

12. Yusuf, al-Qaradawi, *Fiqh Daulah Menurut Perspektif Islam*, (Selangor: Percetakan Mihaz Sdn Bhd, 2015), p. 30.

۱۳. وائل بن حلاق، پیشین، ص ۳۳۹.

14. Bruce A. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers*, (First Harvard University Press Paperback Edition, 2007), p. 272.

۱۵. سید علی میرموسوی، پیشین، ص ۱۰۷.

جلوگیری از هرج و مرج به عنوان غایت و کارکرد اصلی شریعت زمینه‌ساز ورود مصلحت در شریعت و سیالیت مفهوم آن در پرتو تحولات اجتماعی شد.<sup>۱۶</sup>

در این راستا، در مقابل دیدگاهی سنتی که با انکار مقتضیات زمانی به عنوان متغیر یا مکمل شرع، هرگونه تلاش برای انطباق با مقتضیات عصر را بدعت، انحطاط و امحای دین می‌پنداشت<sup>۱۷</sup>، گفتمان اصلاحی بر ضرورت انطباق احکام اسلام با ساختار و ویژگی‌های دولت مدرن تأکید ورزیده و عنصر زمان و مکان را امری تعیین‌کننده در اجتهاد تلقی نموده است.<sup>۱۸</sup> گرایش اصلاحی ضمن اصالت دادن به شریعت، با تفکیک منصوصات شرعی از غیرمنصوصات و تأکید بر تقسیم قوانین اسلام به ثابت و متغیر<sup>۱۹</sup>، بخش عمده‌ای از احکام زندگی سیاسی را فاقد حکم شرعی معین و تابع مقتضیات زمان و مصالح تلقی می‌نماید.<sup>۲۰</sup>

## ۲.۱. اجتهاد

بررسی‌ها نشان می‌دهد که شریعت به عنوان یک نظام حقوقی، روندی طولانی در توسعه داشته است که در آن نمی‌توان جایگاه نهاد انسان را نادیده گرفت و یا کنار گذاشت. شریعت به مثابه یک کد قانونی نیست و هرگز به معنای دقیق تدوین نشده است. به عبارت دیگر، اگرچه در بسیاری از موضوعات، شریعت مجموعه‌ای از دستورهای الهی قابل تعیین عینی را تشکیل می‌دهد، این حقیقت وجود دارد که نظام حقوق اساسی الهی، محصول یک فرایند تفسیری کاملاً انسانی و پویا بوده است.<sup>۲۱</sup>

تاریخ اندیشه اسلامی نشان می‌دهد که وساطت بشری در رشد و پیدایش شریعت نقش محوری داشته است. درحالی که قرآن و سنت مطابق اعتقاد مسلمین مراجع الهی هستند، معنا و تحقق آنها در حیات یومیه، همواره محصول تفسیر و عمل بشری در یک بافت

۱۶. سید علی میرموسوی، همان، ص ۳۷۰.

۱۷. شیخ فضل‌الله نوری، حرمت مشروطه، رسائل مشروطیت، به کوشش غلامحسین زرگری‌نژاد، (تهران: کویر، ۱۳۷۴)، ص ۱۷۵.

۱۸. ر.ک. روح‌الله خمینی، صحیفه نور، ج ۲۱، (تهران: سازمان مدارک علمی فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۶۹)، ص ۹۸.

۱۹. ر.ک. مرتضی مطهری، نظام و حقوق زن در اسلام، (قم: نشر صدرا، چ ۸، ۱۳۵۷)، ص ۹۷.

۲۰. برای مطالعه بیشتر در مورد اندیشه نائینی، نک: محمدحسین نائینی، تنبیه الامه و تنزیه المله، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۹، ۱۳۷۸).

21. Khaled Abou El Fadl, "The Human Rights Commitment in Modern Islam", Published in Human Rights and Responsibilities, Edited by Joseph Runzo, Nancy M. Martin and Arvind Sharma, Oxford: One World Publications, (2002), pp. 122-123.

تاریخی خاص بوده است. آشکار است که درک و کاربست شریعت در این حیات جز از طریق وساطت بشری وجود ندارد. هر دیدگاهی نسبت به شریعت که امروز در میان مسلمین رواج دارد، بالضروره محصول تفسیر بشری از قرآن و سنت نبوی است که مورد پذیرش نسل‌های بسیاری از مسلمین و عرف جوامع ایشان قرار گرفته است.<sup>۲۲</sup> بر این اساس، جنبه‌های سیاسی شریعت، با وجود الهام‌پذیری از توصیه‌های موجود در متون دینی، محصول تلاش‌ها و تصمیم‌های انسانی است که شرایط اجتماعی - تاریخی هر عصر را منعکس می‌کند.<sup>۲۳</sup> به بیان دیگر، تفاسیر سنتی و بدیل قرآن و سنت بالضروره محصول بافت تاریخی جوامع اسلامی آن دوره و مکان است. بنابراین با فرض تغییر اساسی بافت سیاسی، اجتماعی و اقتصادی جوامع اسلامی امروزی در مقایسه با آنچه که در زمان برداشت سنتی از شریعت توسعه می‌یافت، شیوه تفسیر برای اینکه منجر به تنظیمات مناسب شریعت شود باید واقعیات حاضر را منعکس سازد. برای نمونه، این کار می‌تواند از طریق بررسی مجدد علت وضع برخی از آیات قرآن و متون سنت به‌عنوان اصول شریعت، و عدم اعتنا به سایر موارد به دلیل اینکه در بافت جوامع اسلامی اولیه قابلیت اجرایی نداشتند، انجام شود. هنگامی که تصدیق شود که این گزینش‌ها از سوی افراد بشر و نه از طریق فرمان مستقیم الهی انجام شده است، در آن صورت این مسئله که امروز کدام متن باید اجرا شود و کدام یک در بافت حاضر باید مورد تأکید قرار گیرد می‌تواند مورد بازنگری واقع شود.<sup>۲۴</sup>

طبق رویکرد «قانون اساسی زنده»<sup>۲۵</sup>، نبوغ بنیان‌گذاران این نیست که همواره برای چالش‌های پیش روی جامعه ما پاسخی قطعی ارائه دهند، بلکه این است که آن‌ها به‌درستی پیش‌بینی کنند که یک قانون اساسی نوشته که برای تفسیر و انطباق با نسل‌های بعدی باز است، مشروعیت خود را حتی در زمانی که ملت تحولات عمیق اجتماعی، اقتصادی و سیاسی را تجربه می‌کند، تحمل و حفظ کند.<sup>۲۶</sup> شریعت اسلام با اینکه در کلیت خود از

22. Abdullahi Ahmed AnNaim, "Islam and the Secular State Negotiating the Future of Sharia", Harvard University Press, (2008), p. 20.

23. Asifa Quraishi, "Interpreting the QUR'AN and the Constitution: Similarities in the Use of Text, Tradition, and Reason in Islamic and American Jurisprudence", *Cardozo Law Review*, (2006), p. 45.

24. Abdullahi Ahmed AnNaim, *op.cit.*, pp. 123-124.

25. The Living Constitution.

26. Benjamin Nelson, *The Depiction of Unwritten Law*, (Waterloo, Ontario, Canada, 2016), p. 4.

طریق راهنمایی‌هایی درباره روح قانون و تأکید بر اصولی فراقانونی همچون عدالت، آزادگی، کرامت و انصاف که به‌عنوان مسلمات حقوقی نیازی به اثبات ندارند<sup>۲۷</sup>، ولی یک مفسر می‌تواند برای تصمیم‌گیری در یک مورد جدید به‌خصوص در مواردی که حکم متنی خاصی موجود نیست به آنها تکیه کند<sup>۲۸</sup> و با بازگذاشتن زمینه اجتهاد و تفسیر، ضمن انطباق با مقتضیات هر نسل و هر عصر، اقتدار و سرزندگی اصول شریعت را حفظ نماید.

## ۲.۲. مصلحت

همانند ایده ترویج و حفظ کرامت انسانی به‌عنوان هدف نهایی قانون و نقطه تفسیر قانون اساسی، مصلحت به‌عنوان هدف اصلی قانون شریعت در نظر گرفته شده و ضرورت مطابقت احکام شرع با آن تأکید گردیده است<sup>۲۹</sup>.

بنابر دیدگاهی، کرامت انسانی یک نیروی راهنما برای تفسیر قانون اساسی در تطبیق با جامعه در حال تغییر ارائه می‌دهد. به این ترتیب، نبوغ قانون اساسی نه به معنای ثابتی در دنیایی که مرده و گذشته، بلکه در سازگاری اصول بنیادین آن برای رویارویی با مشکلات و نیازهای کنونی است<sup>۳۰</sup>. این ایده که مصالحی ممکن است به‌صراحت از منبع متنی الهی قابل برداشت نباشد، لیکن به‌طور غیرمستقیم از طریق اهداف آن ایجاد شده باشد، تا حدودی مشابه دفاعی است که طرف‌داران «قانون اساسی زنده» مطرح می‌کنند. از این نظرگاه حقوق و ارزش‌هایی وجود دارند که از طریق متن قانون اساسی به‌عنوان یک کل حمایت می‌شوند، حتی اگر یک بند خاص متنی از آن پشتیبانی نکند؛ حقوقی که مبتنی بر هیچ‌گونه درک تاریخی نبوده و به‌طور مستقیم به هیچ منبع متنی متصل نیست، اما به نفع

۲۷. حسین آقایی جنت‌مکان، «ماهیت و جایگاه اصول کلی حقوقی و کاربری آن‌ها در حقوق کیفری ایران»، مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ش ۲۸ (۱۴۰۱)، ص ۲۷.

28. Anver M. Emon, "Natural Law and Natural Rights in Islamic Law", *Journal of Law and Religion*, Vol. 20, No. 2, (2004), p. 352.

۲۹. عنصر مصلحت و خیر عمومی به‌عنوان هدف نهایی قانون و ضرورت مطابقت احکام شرع با مصلحت، نخستین بار از سوی غزالی مطرح شد و سپس شاطبی و دیگران با پیروی از او آن را شرح و بسط دادند. تا جایی که نجم‌الدین طوفی بر تقدم مصلحت اجتماع در مواردی که حکم شرع با مصالح جامعه منافات دارد نظر داد. ر.ک. محمدعلی موجد، «نجم‌الدین طوفی و نظر تهوآمیز او در مورد نص شرعی و مصلحت اجتماعی»، *کانون وکلا*، ش ۱۱۶-۱۱۷ (۱۳۵۰)، ص ۵۳-۵۷. برای دیدن نظرات ریسونی و باروت در مورد رابطه دوسویه نص و مصلحت نک: محمد باوی، «چالش شریعت و مصلحت در اندیشه معاصر عرب»، قم: چاپ الکترونیکی مقاله در مؤسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان (۱۳۸۷).

30. William J. Brennan, *The constitution of the United States: Contemporary Ratification*, (Levinson & Mailloux, 1985), pp. 18-20.



خواسته‌های بشر و در هماهنگی با زمان، قدرت هنجاری یافته‌اند، زیرا از طریق روح قانون اساسی محافظت می‌شوند. برای مثال، مذهب مالکی هرگز تحقیقات فقهی خود را به متون منابع تصدیق شده محدود نکرده است. پیروان این مذهب بر این باورند که آنچه به‌صراحت در سابقه متنی قانون خدا وجود ندارد می‌توان از دیگر منابع مشروع مانند عمل و رویه جامعه مدنی و به تبع آن، از تعینات خیر عمومی با الهام از متن و جامعه استنباط کرد<sup>۳۱</sup>.

### ۳. نسبت شرع با حقوق طبیعی

اعتقاد بنیان‌گذاران به حقوق طبیعی تاجایی که قانون اساسی مکتوب را مکمل حقوق طبیعی - و نه جایگزینی برای آن - تلقی می‌نمودند، تأثیر بسزایی در تصمیمات دیوان عالی امریکا طی سه دهه اول پس از تصویب قانون اساسی داشت. اکثر قضات به‌خصوص در زمینه حفظ حقوق و آزادی‌های فردی با استناد صریح به حقوق طبیعی و اصول مرتبط، برخی از مصوبات قانونی را فاقد اعتبار دانستند<sup>۳۲</sup>. هرچند بعدها ایده قانون اساسی به‌عنوان قانون موضوعه یعنی قانونی که بشر آن را تصویب می‌کند، رشد و توسعه یافت و اتکا به اصول حقوق طبیعی به تدریج جای خود را به دیدگاه قانون اساسی مکتوب به‌عنوان منبع اصلی حقوق اساسی داد، اما از آن رو که ساختار و نظریه قانون اساسی مکتوب، مظهر اعتقاد بنیان‌گذاران به حقوق طبیعی است و توافق مفسران مدرن بر پایه‌گذاری قانون اساسی مکتوب بر مبنای حقوق طبیعی و ایجاد یک قانون اساسی مطابق با الزامات آن می‌باشد، همواره این بحث زنده در میان پژوهشگران حقوقی وجود داشته است که قانون اساسی از حقوق طبیعی به‌گونه‌ای استفاده می‌کند که آن را به‌عنوان منبعی از حقوق اساسی قابل اجرا و هرچند نانوشته، حفظ نموده است<sup>۳۳</sup>. بنابراین، همان‌گونه که معتقدان به حقوق طبیعی، حقوق موضوعه را تنها در صورتی مشروع و الزام‌آور می‌دانند که با مفاهیم عدالت طبیعی

31. See: Ihsan Abdul-Wajid, Bagby, "Utility in Classical Islamic Law: The Concept of 'Maslahah' in Usul Al-Fiqh", (1986), pp. 16-17.

۳۲. برای مطالعه بیشتر در مورد جایگاه الزامات حقوق طبیعی به‌عنوان منبع اولیه حقوق اساسی در سنت مشروطه‌خواهی (مبنای حقوق طبیعی قانون اساسی تا دهه ۱۷۸۰) نک:

Suzanna Sherry, "The Founders' Unwritten Constitution", The University of Chicago, Vol. 54, (1978), pp. 1130-1176.

33. Robert P. George, "Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review", Fordham L. Rev, Vol. 69, (2001), p. 2270.

مطابقت داشته باشد و حقوق طبیعی افراد مشمول آن را رعایت کند، نظام حقوقی اسلامی و اندیشه مشروطه‌خواهی در دولت‌های مسلمان نیز مبتنی بر مبانی متعالی شرع و تضمین اجرای شریعت الهی است. قوانین اساسی اسلامی، هنجارهای شرعی را «منبع اصلی» قانون‌گذاری قرار داده، همواره تطبیق قوانین با موازین شرع را ایجاب می‌کنند.<sup>۳۴</sup>

بنابراین با اتخاذ رویکردی کارکردگرایانه می‌توان استدلال نمود، همان‌طور که حقوق طبیعی در ابتدا یک منبع اصلی برای قانون نوشته به‌شمار می‌رفت و بعدها نیز جایگاه خود را به‌عنوان منبعی نانوشته حفظ نمود، شریعت در نظام‌های حقوقی اسلامی منبع اصلی قانون اساسی نوشته تلقی شده، با وجود سند نوشته همواره به‌عنوان یک منبع نانوشته اساسی تأثیرگذار است.<sup>۳۵</sup>

بنابر استدلالی، نظریه حقوق اساسی نانوشته در راستای اثبات برتری حقوق طبیعی، عقل صحیح یا اصول جهانی اخلاق سیاسی و حقوق بشر بر قانون‌گذاری مطرح شده است.<sup>۳۶</sup> لذا به‌نظر می‌رسد شناسایی اصول نانوشته قانون اساسی، مانند مفاهیم عدالت، وجود نوعی نظم طبیعی را پیش‌فرض می‌گیرد. هرچند برخلاف آن، به‌جای تکیه بر الهیات به‌عنوان منبع اصول نانوشته‌ای که فراتر از اعمال قدرت دولتی است، این اصول برگرفته از تاریخ، ارزش‌ها و فرهنگ ملت است که در چارچوب قانون اساسی به آن نگریسته می‌شود.<sup>۳۷</sup>

#### ۴. شرع؛ نظامی اساسی و نانوشته

با اینکه شریعت اسلام در حوزه خود، جامع و فراگیر است، اما بر اساس یک اجماع کلی، تا آنجا که به دولت و قانون اساسی مربوط می‌شود، اصول و ویژگی‌های دولت، حکومت و قانون اساسی در شریعت، بدون ورود به جزئیات خاصی وضع شده است. هیچ طرح غیرقابل انعطافی وجود ندارد که بنای دولت را بتوان در همه زمان‌ها و مکان‌ها بر روی آن بنا کرد. اگرچه اصول و هنجارهای راهنمایی وجود دارند که لازم است دنبال شوند، در حوزه سیاست

34. See: Clark B. Lombardi, "Constitutional Provisions Making Sharia "A" Or "THE" Chief Source of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter?", AM. U. INT'L L. REV., (2013).

۳۵. قابل ذکر است که چنین استدلالی از منظر مکتب کارکردگرایی (Functionalism)؛ یعنی نقش، عمل، اثر و کارکردی که یک پدیده در جامعه از خود به‌جای می‌گذارد، قابل طرح و دفاع است.

36. Mark D. Walters, "The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex non Scripta as Fundamental Law" 51 UTLJ 91, (2001), p. 136.

37. Beverley McLachlin, *op. cit.*, p. 149.

و کشورداری هیچ چیزی به عنوان «شکل قطعی دولت» در زبان سیاسی مدرن وجود ندارد. بنابراین، آنچه که در دسترس است تنها یک چارچوب کلی در این موضوع است که امکان توسعه احتمالی اشکال مناسب دولت و الگوهای دولت مورد نیاز را به منظور تناسب با همه جوامع و موقعیت‌ها و همه انسان‌ها فراهم کند. قطعاً اصولی وجود دارند که اساسی، غیرقابل تغییر، ابدی و الزام‌آور هستند؛ این اصول جوهر یک دولت اسلامی است که آن را از یک دولت غیراسلامی متمایز می‌کند. درحالی که این اصول دائمی هستند، شکل حکومت، دولت، قانون اساسی و جزئیات خاص حکومت اسلامی انعطاف‌پذیرند و ممکن است تغییر و سازگاری با نیازها و شرایط مختلف را ممکن و میسر سازند.<sup>۳۸</sup>

در همین خصوص، محمد اسد، پس از بررسی عینی احکام سیاسی قرآن و سنت، به این نتیجه رسیده است که قرآن و سنت هیچ شکل خاصی از دولت را تعیین نمی‌کنند؛ یعنی شریعت هیچ الگوی مشخصی را که دولت اسلامی باید با آن موافقت کند، تجویز نمی‌کند و جزئیات نظریه قانون اساسی را شرح نمی‌دهد.<sup>۳۹</sup> اصول سیاسی در متن قرآن و سنت، یک طرح سیاسی کلی ارائه می‌دهد که قادر به تحقق در همه زمان‌ها و تحت همه شرایط زندگی بشر است. اعمال و نهادهای ثابت و دقیق نمی‌تواند در مورد این گرایش طبیعی به سوی تغییر، عدالت را رعایت کند. لذا شریعت حوزه وسیعی از عمل قانون اساسی، رویه‌های دولتی و قانون‌گذاری را به اجتهاد زمان موردنظر واگذار می‌کند.<sup>۴۰</sup> از نظر او یک دیدگاه فرمالیستی درباره ماهیت و روش‌های اداره دولت اسلامی، باید با یک «روح خلاق» در تحقق اهداف شریعت در امور دولتی و حکومتی همسو شود.<sup>۴۱</sup>

بنابر استدلالی، هیچ مدل یا نمونه اولیه‌ای برای یک دولت اسلامی وجود ندارد و چیزی

38. Samat Musa Abdul, "Constitutional Law: An Overview of the Islamic Approach and Its Contemporary Relevance", Faculty of Shariah and Law, University Sains Islam Malaysia (USIM), Malaysia Education and Humanities Research, Vol. 192, (2018), pp. 29-30.

۳۹. مدعای چنین استدلالی این است که با وجود تأکید بر برتری قرآن و سنت در کشورهای اسلامی، مانند ایران و پاکستان یا عربستان سعودی، قانون اساسی و شکل حکومت در این کشورها تفاوت‌های زیادی با هم دارند. پس اینکه آیا یک ملت مسلمان دموکراسی را بر نوع دیگری از دولت ترجیح می‌دهد یا خیر، یک تصمیم سیاسی و فرهنگی است. نک:

Ali Khan, "The Quran and the Constitution", Tulane Law Review, Vol. 85, (2010), pp. 187-188.

40. See: Muhammad Asad, The Principles of State and Government in Islam, (Gibraltar: Dar al-Andalus Limited. New Edition, 2011), pp. 3-22.

41. *Ibid*, pp. 98-99.

که در دسترس است مجموعه‌ای از اصول اساسی است که ممکن است به اشکال مختلف و به روش‌های متفاوت به صورت داخلی سازماندهی شود؛ به شرطی که با اصول اصلی مطابقت داشته باشد<sup>۴۲</sup>. در این راستا گفته شده است منبع اولیه تمام اندیشه‌های اسلامی یعنی قرآن، به‌طور آشکار در مورد ساختارهای یک دولت اسلامی یا به‌طور کلی دربارهٔ حکومت، غیردقیق و نامدون است. به همین ترتیب، احادیث یا روایات جمع‌آوری‌شده از پیامبر اسلام نیز اندکی راهنمایی در مورد سیاست ارائه می‌کند<sup>۴۳</sup>.

بنابراین، علی‌رغم اینکه «قرآن» و «سنت» نقطهٔ شروع متنی اساسی در هر امری است، اما به جز موارد معدودی، مبنای دقیق و آشکاری برای تصمیمات حقوقی خاص فراهم نمی‌سازد؛ به‌خصوص اینکه سنت در راستای کاربرد عملی قرآن، تا مدت‌ها پس از رحلت پیامبر یک دانش شفاهی و سینه به سینه باقی ماند. لذا، به‌جای مجموعه‌ای از قوانین دقیق و مدون که امروزه به‌طور گسترده‌ای به‌عنوان ویژگی اصلی قانون نوشته مورد توجه قرار می‌گیرد، «شریعت» در اصل، بیشتر شبیه یک بحث زنده در مورد کشف ایده‌های به‌صلاح جامعه است که از راه عقل و اجتهاد نقش‌آفرینی می‌کند<sup>۴۴</sup>.

با اینکه شریعت یک سیستم هنجاری کاملاً متمایز از حقوق عرفی است و برخلاف حقوق عرفی که تا حد زیادی مبتنی بر ساختهٔ انسان و نانوشته است، شریعت دارای منشأ الهی بوده، تا حد زیادی در قرآن و دیگر منابع اسلامی ترسیم شده است، ولی هیچ مرز سرزمینی ندارد و با کاربرد جهانی به‌عنوان یکی از ویژگی‌های خود، از مرزهای ملی، قومی، نژادی و زبانی فراتر می‌رود<sup>۴۵</sup>. اما در گفتمان حقوق اساسی، هرگز نمی‌توان ادعا کرد که شریعت و قوانین الهی تماماً نوشته‌شده و مکتوب‌اند، زیرا با توجه به جایگاه عرف<sup>۴۶</sup> و

42. See: Mohammad Hashim Kamali, "Constitutionalism and Democracy: An Islamic Perspective", Paper Presented at the International Conference on Religion, Law and Governance in Southeast Asia', Kuala Lumpur: International Institute of Advanced Islamic Studies, (2010), p. 20.

43. Ikenga K. E. Oraegbunam, "Islamic Criminal Law and Constitutionalism in Nigeria: Any Lessons from Turkey?", *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol. 33, (2015), p. 45.

44. See: Catherine Lloyd, "English Common Law and Islamic Sharia: Principled Agreement in the Path Towards Democracy", (2008), p. 37.

45. See: Jamiu Muhammad Busari, "Sharia as Customary Law? An Analytical Assessment from the Nigerian Constitution and Judicial Precedents", *Ahkam*, No. 1 (2021), p. 40.

۴۶. شناسایی عرف متغیر در شرع حاکی از انعطاف قانون شرع در رفع ضرورت‌ها و و انطباق با تفاوت‌های فرهنگی و اجتماعی است. اگر شرع این عناصر تغییر پذیر را نادیده بگیرد، تکالیف شرعی تکلیفی فوق طاققت یا مالایطاق خواهد شد که به‌هیچ‌عنوان در

مصلحت عمومی در حوزه شریعت و ضرورت تصمیم‌گیری در چارچوب مصالح و مقتضیات زمانی و مکانی، همواره بخشی از احکام شرع، نانوشته و در تطابق و تناسب با ضروریات هر عصر تجلی می‌یابد. به عبارت بهتر، زمانی که آرمان الهی در مرحله اجرا در معرض تفاسیر دنیوی قرار می‌گیرد، اختلاف عقیده در میان فقها و پلورالیسم تفسیری به‌مثابه ابزار مهمی برای ایجاد تحول حقوقی نقش‌آفرینی می‌کند.<sup>۴۷</sup>

مودودی معتقد است «آنچه ما به‌عنوان قانون اساسی اسلامی می‌نامیم، در واقع یک قانون اساسی نانوشته است؛ اصولی که به صورت کلی در برخی از منابع مشخص آمده است و از آنجاست که ما باید یک قانون اساسی مکتوب مطابق با نیازهای امروزی ایجاد کنیم»<sup>۴۸</sup>. از نظر وی، قانون اساسی اسلامی از مفاد قرآن، سنت، رویه، سوابق و احکام فقیهان برگرفته شده است.<sup>۴۹</sup>

به نظر می‌رسد که اصطلاح «نانوشته» در اظهارات وی دقیقاً همان معنایی را دارد که در انگلستان به‌عنوان قانون اساسی نانوشته توصیف شده است.<sup>۵۰</sup> در نتیجه قطعاً به این معنی نیست که قوانین حاکم در هیچ جایی نوشته نشده‌اند، بلکه به این مفهوم است که آن‌ها در منابع مختلفی پراکنده شده‌اند که برخی از آن‌ها نوشته و برخی نانوشته‌اند؛ اما به شکل یک سند واحد، مشخص و متمایز که بیان‌کننده قواعد و اصول موجد نظم حقوقی است، درنیامده‌اند.

بنابراین، احکام شریعت از نظر فقهی کاملاً مسلم‌اند و تا آنجا که به زندگی اجتماعی ارتباط پیدا می‌کند، بخش ثابت حقوق اساسی را تشکیل می‌دهند؛ چه در قانون اساسی به آن‌ها تصریح شده و چه نشده باشد. از این رو، نظام اسلامی مبتنی بر قواعد، اصول و احکام پیش از قانون اساسی است که اعتبار و مشروعیت قانون اساسی برگرفته از این اصول و

شرع پذیرفتنی نیست. برای مطالعه بیشتر در مورد کارکرد عرف در احکام شرع و انواع آن، نک: وائل بن حلاق، *تاریخ تئوری‌های حقوقی اسلامی*، ترجمه محمد راسخ، (تهران: نشر نی، ۱۳۸۶)؛ ابوالفضل علی‌شاهی، *مفهوم و حجیت در مذاق شریعت در فرایند*

*استنباط احکام فقهی*، (قم: بوستان کتاب، مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۹۰)، صص ۷۳-۷۵.

47. See: Birgit Krawietz, & Helmut Reifeld, "Islam and the Rule of Law, Between Sharia and Secularization", (2008), p. 122.

48. Abul A'la Maududi, *Islamic Law and Constitution*. Lahore, (Islamic Publications, 1960), p. 16.

49. See: *Ibid*, pp. 3-5.

50. Jane Pek, "Things Better Left Unwritten? Constitutional Text and the Rule of Law", Vol. 83, (2008), p. 1983.

مبتنی بر آن است<sup>۵۱</sup>. به بیان دیگر، همان‌طور که عدالت در روشن‌ترین و ملموس‌ترین شکل خود با الزامات قانون الهی عملیاتی شده، به‌عنوان قانون اساسی پیشینی و ضمنی<sup>۵۲</sup> در بنیان قوانین انسانی تلقی می‌شود<sup>۵۳</sup>، شریعت نیز مجموعه حقایقی است که از متن نوشته فراتر می‌رود و به‌عنوان قانون اساسی اولیه و مبنای قوانین موضوعه عمل می‌کند؛ هرچند که خود به صورت یک سند مشخص مدون نشده و در جایگاه قانون اساسی مکتوب به‌طور رسمی ابلاغ و اعلام نشده است<sup>۵۴</sup>. در واقع آنچه نوشته شده است به‌عنوان تضمینی خارجی برای اجرای روح نانوشته عمل می‌کند. شریعت، هویت مشروطه یا همان روح حاکم بر قانون اساسی ما است که اصول قانون اساسی اقتدار خود را از این منبع عالی فرامتنی می‌گیرد.

به‌طور کلی، وقتی «قانون اساسی» را به‌عنوان چارچوب هنجاری برای حکمرانی، و «اصول نانوشته» را برای اشاره به هنجارهایی که برای تاریخ، هویت، ارزش‌ها و نظام حقوقی یک ملت ضروری است، تعبیر کنیم<sup>۵۵</sup>، ایده نانوشته بودن ماهیت شرع، نه به مفهومی بی‌سابقه و نوظهور، بلکه به‌عنوان تجسم جدیدی از تفکر حقوقی که سابقاً تثبیت شده است، تجلی پیدا می‌کند. به این ترتیب، نانوشته بودن شرع، نه تنها مستلزم پرکردن شکاف‌های موجود در عبارات قانون اساسی از سوی آموزه‌های شریعت، بلکه حکایت از پایه‌ریزی مقررات مکتوب قانون اساسی از طریق اصول و هنجارهای اساسی شرع دارد. این اصول پیش‌فرض‌هایی حیاتی هستند که متن براساس آنها استوار است. آنها ارزش‌های بنیادین قانون اساسی هستند که از دیرباز قابلیت اجرای مستقل دارند<sup>۵۶</sup>؛ درحقیقت هنجارهایی هستند که برای تاریخ، هویت، ارزش‌ها و نظام حقوقی یک ملت مسلمان ضروری است. متن، تنها تلاشی برای نشان دادن قانون اساسی و نمایشی رسمی از ارزش‌هایی است که در حال حاضر وجود دارند و در یک جامعه خاص پذیرفته شده‌اند. یک

۵۱. سید ابراهیم حسینی، شریعت و تقنین در کشورهای اسلامی، (مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۶)، ص ۲۴۱، به نقل از شهید صدر، رساله‌نگاهی مقدماتی به قانون اساسی جمهوری اسلامی، ۱۳ ربیع‌الاول ۱۳۹۹.

52. Implicit Constitution.

53. Benjamin, Nelson, *op. cit.*, p. 36.

54. See: Judith Pryor, "Unwritten constitutions?", *European Journal of English Studies*, 11:1, (2007), pp. 79-92.

55. See: Beverley, McLachlin, *op. cit.*, p. 149.

56. See: Roy Millen, "The independence of the bar: An Unwritten Constitutional Principle", *La Revue Du Barreau Canadien*, Vol. 84, (2005), pp. 120-121.

قانون اساسی که علیه وجدان جامعه وضع شده باشد، ذاتاً ناپایدار است. قانون شریعت همانند یک قانون نانوخته از یک سو، ارتباط تنگاتنگی با زندگی و اندیشه مردم دارد<sup>۵۷</sup> و از سوی دیگر با رشد جامعه گسترش می‌یابد و نشان‌دهنده ماندگاری و پیشرفت توأمان ملت است<sup>۵۸</sup>؛ در نتیجه هردو ویژگی پایداری و انعطاف‌پذیری را یکجا دارا است. همان‌طور که اغلب در بحث وفاداری به قانون اساسی، به رویکرد قانون اساسی زنده استدلال می‌شود، نیاز به ثبات در تفسیر برای تحقق وفاداری زمانی لازم است که موضوع تفسیر یکی از دستورهای صریح و دقیق قانون اساسی باشد و لذا گاهی تفسیر در پاسخ به شرایط تغییر یافته می‌تواند وفاداری به قانون اساسی تلقی شود. قانون شرع نیز به‌عنوان یک منشور کلی برای یک ملت در حال رشد و یک جهان در حال تغییر در نظر گرفته شده و تفسیر کلمات و اعمال اصول آن به روشی بوده است که ضمن پایداری اصول ثابت، غیرقابل تغییر و منصوص شرعی، سرزندگی آن را در طول زمان حفظ کند<sup>۵۹</sup>. برای مثال نظریه‌های منشأگرا که مقتضی تفسیر کلمات متن در زمینه‌های اجتماعی در زمان ایجاد قانون اساسی هستند، در مورد قرآن صدق نمی‌کنند<sup>۶۰</sup>. در نتیجه، مشابه رویکرد قانون اساسی زنده، تفاسیر، کاربردها و درک ما از قانون ممکن است تغییر کند، اما خود قانون تغییرناپذیر است<sup>۶۱</sup>.

۵۷. برای مثال، با اینکه در قانون اساسی اندونزی نامی از اسلام برده نشده است، اما نقش مهمی در زندگی اجتماعی و سیاسی این کشور دارد. از زمان تأسیس نخستین پادشاهی اسلامی در اندونزی در اواخر قرن سیزدهم، اسلام به یکی از منابع شکل‌گیری ارزش‌ها، هنجارها و رفتار مردم تبدیل شده است. از این رو، اسلام به یک اصل اساسی تبدیل می‌شود که حتی علی‌رغم فقدان ماهیت رسمی در سند قانون اساسی، در واقع تأثیر ماهوی بر حقوق اساسی دارد.

۵۸. شرایط اجتماعی مؤمنان در قرن هفتم، یعنی زمانی که قرآن نازل شد، وجه مشترک کمی با شرایط اجتماعی مؤمنان در قرن بیست و یکم دارد و متنی که به شرایط در حال تحول بشر پاسخ ندهد جهانی نیست، بلکه تاریخی است. قرآن برای همه دنیا و برای همه زمان‌ها عرضه شده است. به این ترتیب، مؤمنان به‌طور مداوم در جستجوی معنا در قرآن و پاسخ به سؤالات خود هستند. تفاسیر گذشته مفید هستند، اما نمی‌توانند نسل‌های بعدی مؤمنان را محدود کنند. نک:

Ali Khan, "The Quran and the Constitution", *Tulane Law Review*, Vol. 85, pp. 178-179.

۵۹. حوزه متغیرات (منطقه الفراغ یا حوزه ترخیص) که در نصوص دینی نیامده و تصمیم‌گیری درباره آنها برعهده عقل بشری نهاده شده، این امکان را فراهم ساخته است تا قواعد شرع متناسب با شرایط اجتماعی در حال تحول و به‌گونه‌ای تفسیر و استنباط شوند تا قابلیت اجرایی خود را حفظ نمایند.

۶۰. ضمن اینکه پیام اصلی و اصول بنیادین قرآن همواره دست‌نخورده باقی مانده است. به دلیل جهان‌شمولی خود از زمان آغاز اسلام، منبع راهنمای حقوقی فرهنگ‌ها، جوامع و تمدن‌های گوناگون بوده است. لذا هر نسل از مسلمانان و هر جامعه زبانی برای درک معنای قرآن که به بهترین شکل با واقعیت‌های اجتماعی و فرهنگی آن سازگار است، آزاد است. نک:

Ali Khan, "The Quran and the Constitution", *Tulane Law Review*, Vol. 85, (2010), pp. 181-182.

61. See: William C. Morey, "The Genesis of a Written Constitution", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 1, (1891), pp. 529-557.

## ۵. کارکرد شرع به مثابه قانون اساسی نانوشته در عملکرد شورای نگهبان

در جمهوری اسلامی ایران به دنبال اندیشه تفوق شرع بر قانون، ضرورت استخراج قوانین از احکام شریعت و نیز تطبیق قوانین موضوعه با شریعت مورد تأکید قرار گرفته است. به این ترتیب، هنجارهای شریعت به عنوان منبع غالب قانون گذاری، روح حاکم بر قانون اساسی و استثنایی بر برتری آن به رسمیت شناخته شدند.<sup>۶۲</sup> شواهد و جلوه‌های مختلفی از اسلام محوری در سرتاسر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران<sup>۶۳</sup>، بیانگر آن است که روح حاکم بر قانون اساسی و اراده قانون گزاران اساسی، حاکی از لزوم اجرای احکام و موازین اسلامی در تمام عرصه‌های سیاسی، اقتصادی، فرهنگی و اجتماعی است.<sup>۶۴</sup>

بنابراین ایده مشروطه خواهی در ایران یک تبعیت صرف از اصول قانون اساسی و پایبندی فرمالیستی به نوشته‌های آن نیست. مشروطه گرایی اسلامی فراتر از سند نوشته و درحقیقت همان پایبندی به روح حاکم بر قانون اساسی است. طبق دیدگاه اسلامی، شرع هنجاری الهی است که به دیگر هنجارها اعتبار می بخشد. بدیهی است که در چنین نظامی قوانین و مقررات حاکم باید «راهگشای تحکیم پایه‌های حکومت اسلامی و ارائه دهنده طرح نوین نظام حکومتی» باشد و مسلم است که منبع اتخاذ آنها نمی تواند خارج از چارچوب مقرر در شریعت اسلام و یا مغایر با آن باشد.<sup>۶۵</sup>

در نتیجه، برتری شرع بر قانون اساسی مستلزم اجرای قانون اساسی در محدوده شرع است. بر این اساس، در سیستم حقوقی ایران در پی تضمین برتری قانون اساسی به عنوان سند سیاسی و میثاق اجتماعی، شورای نگهبان از یک سو پاسداری از اصول قانون اساسی از طریق نظارت بر قوانین و مقررات و احراز عدم مغایرت آنها با قانون اساسی را عهده دار شده

۶۲. سید علی میرموسوی، پیشین، صص ۳۶۹-۳۷۱.

۶۳. اسلامیت نظام؛ اصل یکم، ابتدای نظام بر پایه‌های ایمانی شامل اصول دین و مذهب؛ اصل دوم، عدم مغایرت قوانین و مقررات با شرع مقدس اسلام؛ اصل چهارم، اصل ولایت مطلقه فقیه در زمان غیبت امام زمان (عج)؛ اصل پنجم و پنجاه و هفتم، نهادینه سازی نهادهای دینی، مثل شورا؛ اصل هفتم، امر به معروف و نهی از منکر؛ اصل هشتم، اشتراط برخورداری از بسیاری از حقوق بشری و شهروندی با رعایت احکام و موازین اسلام؛ فصل سوم قانون اساسی از اصل نوزدهم تا چهارم.

۶۴. محسن ملک‌افضلی اردکانی، پیشین، ص ۶۰.

۶۵. هدی غفاری، «نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران»، پژوهش حقوق، ش ۳۶ (۱۳۹۱)، ص ۱۱۳.



است<sup>۶۶</sup> و از سوی دیگر برای مراقبت از اصول و ارزش‌هایی که پایه و روح قانون اساسی را شکل داده‌اند باید پاسدار شرع و مسئول احراز عدم مغایرت قوانین و مقررات کشور با احکام و موازین شرعی باشد. بنابراین از یک طرف، پاسدار قانون اساسی بوده، اراده خود را محاط در اراده مقنن اساسی می‌داند و از طرف دیگر به استناد قانون اساسی پاسدار شرع است<sup>۶۷</sup> و لذا در عملکرد خود محدود به سند نوشته نبوده، در راستای پاسداری و نگهداری از شرع و تحقق ابتدای تمام قوانین و مقررات بر آن<sup>۶۸</sup>، لایه‌هایی از قانون اساسی را ارائه می‌دهد که به صراحت در متن قانون نوشته یافت نمی‌شود؛ برای نمونه می‌توان به معیار قرار دادن احکام و فتاوی ولی فقیه به عنوان حکم شرعی و میزان سنجش اسلامی بودن قوانین و مقررات مجلس اشاره نمود. در این راستا، علی‌رغم نظر تفسیری شورا<sup>۶۹</sup> و با اینکه اصل نود و ششم قانون اساسی تشخیص را به اکثریت فقهای شورای نگهبان نسبت می‌دهد، ملاحظه عملکرد این نهاد در سال‌های اخیر حاکی از این است که اعتقاد به فتوای معیار بودن نظریات ولی فقیه اقبال بیشتری یافته و موارد ارجاع به آن، مصادیق گسترده‌تری پیدا کرده است. در این حالت، علاوه بر اینکه در صورت اختلاف نظر فقهای شورای نگهبان با رهبری، نظر ایشان مقدم می‌گردد، فقها رأساً در پی نظر مقام رهبری برمی‌آیند و با کشف نظر ایشان، ابتدای قوانین و مقررات با آنها را مورد بررسی قرار می‌دهند.<sup>۷۰</sup>

۶۶. اصول نود و یکم، نود و چهارم و نود و ششم قانون اساسی.

۶۷. موضوع اصل نود و یکم قانون اساسی.

۶۸. موضوع اصل چهارم قانون اساسی؛ از یک سو گستره اصل چهارم نسبت به همه اصول قانون اساسی به نوعی این اصل را به یکی از اصول فراقانون اساسی تبدیل نموده است و از سوی دیگر آن چنان عام‌الشمول نگارش شده است که هرگونه مقرره‌ای در جمهوری اسلامی ایران، مشمول آن خواهد شد.

۶۹. نظریه تفسیری شورای نگهبان شماره ۲۴۲۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱.

۷۰. برخی از مواردی که شورای نگهبان نظریات فقهی ولی فقیه را معیار انطباق مصوبات با شرع قرار داده، عبارت است از: نظر شورا در خصوص طرح اراضی شهری مصوب ۱۳۶۰/۱۲/۲۹، نظر شورا در خصوص لایحه تکمیل و نحوه استفاده از شهرک‌ها و مجتمع‌های ساختمانی نیمه‌تمام متوقف مورخ ۱۳۶۱/۰۲/۷ (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۴، ج ۱۳، صص ۱۰۲ و ۱۰۸) و یا در لایحه مجازات اسلامی مورخ ۱۳۸۹/۰۹/۲۰. در مواردی حتی شورای نگهبان مجلس را مکلف نموده تا قوانین را طبق فتاوی ولی فقیه تنظیم یا اصلاح نماید؛ لایحه تشکیل پست جمهوری اسلامی ایران مورخ ۱۳۶۵/۰۷/۳۰ (مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ج ۱۲، ص ۸۴۹). همچنین در قانون الحاق یک تبصره به ماده ۲۹۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در موضوع دیه اقلیت‌های دینی که معادل دیه مسلمان قرار داده شده بود، اگرچه خلاف بودن حکم با موازین شرعی تصریح می‌شود، اما نظر حکومتی ولی فقیه ارجح دانسته می‌شود. (مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی، دوره ششم، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، تهران، مرداد ۱۳۹۱، ص

شایان ذکر است که برخی با استناد به نظر علامه طباطبایی مبنی بر اینکه «مقررات متغیری که از جانب والی وضع می‌شود، اگرچه لازم‌الاجرا و لازم‌الاطاعة است؛ ولی در عین حال، شریعت و حکم خدایی شمرده نمی‌شود»، احکام متغیری که حاکم بنا به مصلحت و بر اساس مقتضیات زمان و مکان وضع می‌کند را از دایره احکام شرعی خارج نموده، استدلال می‌کنند که نظارت شورای نگهبان در این قسم از احکام منتفی است و لذا ردّ مصوبات مجلس به دلیل مخالفت با حکم حکومتی را از مقولهٔ اختیارات شورای نگهبان خارج می‌دانند.<sup>۷۱</sup> درحالی که دیدگاه مقابل، احکام، اوامر و نواهی فقیه واجد شرایط را از مصادیق احکام شرعی تلقی نموده‌اند؛ به این اعتبار، احکام حکومتی جزء منابع حقوق اساسی کشور و در زمرهٔ معیار و میزان شرع در بررسی مصوبات مجلس از سوی شورای نگهبان قرار می‌گیرد.<sup>۷۲</sup> بر مبنای چنین استدلالی، احکام و موازین شرع و به تبع آن، احکام حکومتی به‌عنوان نسخهٔ غیرمدون قانون اساسی می‌تواند حوزهٔ گسترده و نانوشته‌ای از عمل در اختیار فقهای شورای نگهبان برای تأیید یا ردّ مصوبات مجلس در راستای انطباق مصوبات با شرع و یا در امر تفسیر قانون اساسی قرار دهد.

علاوه بر این، حقوق و آزادی‌های فردی هرچند که به‌صراحت در سند قانون اساسی به‌رسمیت شناخته شده‌اند، ممکن است در حوزهٔ اجرا و در تطابق با اصول شریعت، قلمرو محدودتری پیدا کرده، وسعت معنایی خود را از دست بدهند.<sup>۷۳</sup> بنابراین روح حاکم بر اصل

۸۳۴). علاوه بر این، اعلام مغایرت شرعی بسیاری از مواد قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ به دلیل مخالفت با فتاوی‌ای امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله و یا فتاوی‌ای رهبری و حتی ردّ صلاحیت یکی از پیروان اقلیت‌های مذهبی از سوی شورای نگهبان در پنجمین دورهٔ شورای شهر یزد در سال ۱۳۹۶، به دلیل مغایرت با نص فرمایش‌های بنیان‌گذار جمهوری اسلامی ایران مورخ ۱۲/۷/۱۳۵۸ یادشده در صحیفه نور (ج ۶ ص ۱۳۱۷، ص ۳۱) و در نتیجه مغایرت با موازین شرعی درخور توجه است.

۷۱. نک: محسن کدیور، «شرع شورای نگهبان در برابر قانون مجلس»، *بازتاب اندیشه*، (۱۳۸۲)، ش ۴۳.

۷۲. نک: غلامحسین الیام، «جایگاه حکم حکومتی در قانون اساسی»، ۱۳۸۹؛ عبدالحسین خسروپناه، پیشین، ص ۲۵۰؛ محسن، ملک‌افضلی اردکانی، پیشین، ص ۶۰؛ عنایت شریفی، «منشا الزام در احکام فقهی و شرعی»، *حقوق اسلامی*، ش ۴۴ (۱۳۹۴)، صص ۷۹-۸۰.

۷۳. برای نمونه، می‌توان به نظر شورای نگهبان در پاسخ به استفساریهٔ ریاست قوهٔ قضاییه در خصوص اصل سیزدهم قانون اساسی اشاره نمود که به‌موجب آن «دادگاههای اسلامی باید بر اساس موازین اسلامی حکم کنند مگر در مواردی که شارع مقدس احکام مربوط به احوال شخصیه اهل کتاب را امضا فرموده است» (نظریهٔ تفسیری شمارهٔ ۱۷۹۴ مورخ ۱۲/۱۵/۱۳۶۸). طبق این نظر، اقلیت‌های دینی در خصوص احوال شخصیه‌شان مادامی که اختلافی پیش نیامده است، آزادند، اما در صورت حدوث اختلاف و مراجعه به دادگاه، دادگاه مکلف است براساس موازین شریعت اسلامی به صدور رأی مبادرت کند؛ مگر اینکه بر اساس موازین

چهارم قانون اساسی و همچنین تفسیرپذیری گستردهٔ قیودی همچون رعایت موازین اسلامی و حفظ مبانی اسلام که در برخی از اصول قانون اساسی به‌خصوص در فصل حقوق ملت مورد تأکید قرار گرفته است، می‌تواند زمینه‌ساز تفاسیر و برداشت‌هایی فراتر از متن نوشتهٔ قانون اساسی گردد.

باتوجه به مطالب پیش‌گفته می‌توان استدلال کرد، حکم حکومتی از این نظرگاه که موقت و دائرمدار مصلحت است، همانند یک اصل نانوخته ضمن قابلیت اجرا به‌طور مستقل، انعطاف‌پذیر، قابل تغییر و در تکامل است. اما باوجود چنین ویژگی‌هایی و علی‌رغم لازم‌الاجرا بودن، قانون اساسی نانوخته محسوب نمی‌شود؛ چراکه اعتقاد به پایه‌گذاری قانون اساسی مکتوب بر مبنای حقوق طبیعی و متعاقب آن رشد نظریهٔ قانون اساسی نانوخته به‌عنوان نسخهٔ مدرن حقوق طبیعی، بیانگر این واقعیت است که آنچه همواره نیاز به تضمین و ثبات داشته است، نه قدرت حاکمه، بلکه حقوق، آزادی‌ها و ارزش‌هایی بوده است که ریشه در فرهنگ هر جامعه دارد. توسل به قانون اساسی نانوخته برای توسیع بیشتر قدرت حکومت با مبانی این نظریه، یعنی حفظ و تداوم حقوق فردی، سازگاری ندارد. در نتیجه، توسل دادرسی اساسی به این احکام به‌مثابه منبع نانوخته قانون اساسی، زمانی پذیرفتنی است که در راستای حفظ و گسترش حقوق و ارزش‌های دموکراتیک جامعه باشد.

همچنین واضح است دادرسی اساسی در تفسیر قانون اساسی با اتکا به موازین اسلامی، می‌تواند به شیوه‌ای عمل کند که مانع از وضع قوانینی گردد که ارزش‌های لیبرال برابری و حقوق فردی را تحقق می‌بخشند و یا در عوض با توجه به فلسفهٔ تدوین و تصویب قانون اساسی، یعنی تضمین رسمی حقوق و آزادی‌های فردی در برابر خودکامگی حکومت و وسیله‌ای مؤثر برای محدود ساختن قدرت<sup>۷۴</sup>، در محدودهٔ قابل تفسیر شرع و با بهره‌گیری از تعهد اسلام به عدالت به‌عنوان توجیهی برای حفاظت از حقوق و ارزش‌های احصاننده در

اسلام، تنفیذی در خصوص احوال شخصیهٔ اهل کتاب وجود داشته باشد. در حقیقت، این نظریهٔ برآمده از اجتهاد فقهای شورای نگهبان، اطلاق موجود در اصل ۱۳ را مقید می‌کند. نک: حامد نیکونهاد و زهرا زندیه، «حکومت موازین اسلامی بر اطلاق و عموم اصول قانون اساسی در رویهٔ فقهای شورای نگهبان؛ نگاهی رویه‌ای به آثار نظارت شرعی بر اصول قانون اساسی»، دانش حقوق عمومی، ش ۲۴ (۱۳۹۸)، ص ۱۱۳.

۷۴. منوچهر طباطبایی موتمنی، حقوق اساسی، (تهران: نشر میزان، ج ۱۴، ۱۳۹۰)، ص ۱۹۲.

متن قانون و ارتقای هرچه بیشتر جنبه‌های مشروطیت نظام اسلامی، استفاده کند. برای نمونه، دادگاه عالی قانون اساسی مصر در تصمیمی اساسی، توضیح داد که ماده ۲ قانون اساسی مصر که شریعت را به‌عنوان منبع اصلی قانون‌گذاری معرفی می‌کند، در واقع بر تعهد قانون‌گذار به اصول شریعت اسلامی دلالت دارد. به این معنا که مصوبات قانونی نباید با احکام اسلامی که از نظر وجود و مبانی متنی قطعی است، مغایرت داشته باشد. با این حال، دادگاه به توضیح ادامه داد که این «قواعد قطعی» تنها شامل اصول کلی و منابع تغییرناپذیر حقوق اسلامی است که قابل تفسیر نیستند. در مقابل این قواعد تغییرناپذیر، قواعد خاصی وجود دارد که مبتنی بر تفسیر است. این قواعد به روی اجتهاد باز است و متناسب با «تغییر زمان و اقلیم» تفسیر می‌شود؛ البته تا زمانی که این تفسیر با روح کلی شریعت مطابقت داشته باشد و از این مرزها تجاوز نکند.<sup>۷۵</sup> این رویکرد دیوان عالی قانون اساسی مصر مبتنی بر مفهوم مدرن بازنگری<sup>۷۶</sup> قانون اساسی است؛ به این معنی که یک نهاد قضایی خاص با صلاحیت بررسی دقیق اعمال مجلس در پرتو هنجارهای فراقانونی، می‌تواند با مراجعه به قواعد شریعت اسلامی، آنها را مطابق با شرایط هر عصر تفسیر و بازتعریف نماید.<sup>۷۷</sup>

درک محوریت وساطت بشری، چه در تفسیر شریعت و چه در تغییرات اجتماعی، هرگونه امکان خلاق برای اصلاح و دگرگونی را گشوده می‌دارد.<sup>۷۸</sup> تا آنجا که چنین وساطتی می‌تواند حتی به دگرگونی‌های مثبت اجتماعی بینجامد؛ به عبارت دیگر، اکنون زمان آن رسیده است تا شریعت در بافت کنونی جوامع اسلامی مد نظر قرار گیرد. زیرا تنها سنجش رابطه پویا و تکاملی اسلام و حقوق بشر، حمایت کامل اسلام از حقوق بشر را نمایان می‌سازد.<sup>۷۹</sup>

75. Decision of 15 May 1993 the Egyptian Supreme Constitutional Court.

۷۶. منظور از مفهوم مدرن بازنگری، اصلاح و بازبینی محتوای اصول قانون اساسی به طریقی خارج از تشریفات رسمی و مصرح در متن قانون اساسی است.

77. See: Birgit Krawietz & Helmut Reifeld, *op. cit.*, p. 125.

78. Abdullahi Ahmed AnNaim, *op. cit.*, p. 30.

79. *Ibid.*, p. 112.

### نتیجه

از دیدگاه اسلام در احکام ثابت و اولیه، قانون گذار فقط خداست. بر این اساس، فقها و مجتهدان در این گونه احکام و قوانین، تنها نقش تبیین احکام الهی را دارند و نه تقنین و قانون گذاری. لذا فقیه یا مجتهدی که فتوا می دهد تنها حکم خداوند را نقل و بیان می کند؛ با این تفاوت که رسول خدا و ائمه معصومین با علم لدنی که خدای تعالی به آنان عنایت فرموده است حکم واقعی خداوند را بیان می کنند، ولی فقیه و مجتهد با تلاش و مجاهدت خویش حکم شرع را کشف و استنباط می کند که ممکن است کاشف از حکم واقعی خداوند باشد یا نباشد. اما حوزه متغیرات و غیرثباتات می تواند دامنه گسترده ای را به خود اختصاص دهد که بر اساس مصلحت و مقتضیات زمان و مکان، قابلیت تغییر یا اصلاح دارد. بنابراین، علی رغم جامعیت دین مبین اسلام و مرجعیت متنی کتاب آسمانی قرآن، جنبه های سیاسی حکومت و نظریات حقوق اساسی آن، مبنای مدون و مشخصی در قرآن و سنت ندارد. پس در مقام مقایسه اینطور نتیجه گیری می شود که به جای مجموعه ای از قوانین واحد و مدون که به عنوان شاخصه اصلی قانون نوشته مورد توجه است، «شریعت» در اصل، بیشتر شبیه یک بحث زنده و نانوشته در مورد کشف ایده های مصلحانه برای جامعه است که از راه عقل و اجتهاد نقش ایفا می کند. شریعت به عنوان مجموعه حقایق فرامتنی، هویت نظام مشروطه اسلامی یا همان روح حاکم بر قانون اساسی است که اصول قانون اساسی اقتدار خود را از این منبع عالی فرامتنی می گیرد. ایده نانوشته بودن ماهیت شرع، تجسم جدیدی از هنجارهایی است که برای تاریخ، هویت، ارزش ها و نظام حقوقی یک ملت مسلمان ضروری است. در نتیجه، شرع ضمن اینکه خود ماهیتی نانوشته دارد، می تواند با فراهم ساختن بستری گسترده برای تفسیر، زمینه کشف یا حتی ایجاد هنجارهای نانوشته در پشت متن قانون اساسی را فراهم آورد.

با توجه به اینکه هدف نهایی شرع، مصلحت و خیر مطلق است و رسالت قانون اساسی، تنظیم قدرت و تضمین حقوق و آزادی های مردم، در شناسایی و معرفی هرگونه تفسیر، رویه و یا عملکرد نهادهای حکومت به عنوان قانون اساسی، باید احتیاط لازم را مبذول داشت؛ به طوری که از حوزه نانوشته شرع، تعهد شریعت اسلام به عدالت و همچنین وساطت بشری در امر تفسیر در راستای توسعه جنبه های مشروطیت نظام و دگرگونی های مثبت اجتماعی

استفاده شود. در این راستا، به نظر می‌رسد دادرسی اساسی ایران در مقام رویکردهای فرامتنی‌اش در لحظه تطبیق مصوبات با شرع، بیش از هر مرجع دیگری نیازمند موجه‌سازی مواضعش است. توجه داشته باشیم که فقهای شورای نگهبان ناظران شرعی‌اند، و نه اصلاح‌کنندگان قانون اساسی.

## منابع و مأخذ

## الف) فارسی

## - کتاب‌ها

۱. حسینی، سید ابراهیم (۱۳۹۶). *شریعت و تقنین در کشورهای اسلامی*، تهران: موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
۲. حلاق، وائل (۱۳۸۶). *تاریخ تئوری‌های حقوقی اسلامی*، ترجمه محمد راسخ، تهران: نشر نی.
۳. خمینی، روح الله (۱۳۶۹). *صحیفه نور*، ج ۲۱، تهران: سازمان مدارک علمی فرهنگی انقلاب اسلامی.
۴. طباطبایی مومنی، منوچهر (۱۳۹۰). *حقوق اساسی*، تهران: نشر میزان.
۵. علی شاهی، ابوالفضل (۱۳۹۰). *مفهوم و حجیت در مذاق شریعت در فرایند استنباط احکام فقهی*، قم: بوستان کتاب، مرکز چاپ و نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۶. محمصانی، صبحی (۱۳۴۶). *فلسفه قانونگذاری در اسلام*، ترجمه اسماعیل گلستانی، تهران: انتشارات فرانکلین.
۷. مطهری، مرتضی (۱۳۵۷). *نظام و حقوق زن در اسلام*، قم: نشر صدرا.
۸. میرموسوی، سیدعلی (۱۳۸۴). *اسلام، سنت، دولت مدرن*، تهران: نشر نی.
۹. نائینی، محمد حسین (۱۳۷۸). *تنبیه الامه و تنزیه المله*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۰. نوری، شیخ فضل الله (۱۳۷۴). *حرمت مشروطه، رسائل مشروطیت*، به کوشش غلامحسین زرگری نژاد، تهران: کویر.
۱۱. واعظی، احمد (۱۳۷۸). *حکومت دینی (تاملی در اندیشه سیاسی اسلام)*، قم: نشر مرصاد.

## - مقالات

۱۲. آقایی جنت مکان، حسین (۱۴۰۱)، ماهیت و جایگاه اصول کلی حقوقی و کاربردهای آنها در حقوق کیفری ایران، *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، ۱۳(۲۸)، ۵۱-۲۷.

Doi: 10.22034/LAW.2022.47260.2966

۱۳. الهام، غلامحسین (۱۳۸۹). *جایگاه حکم حکومتی در قانون اساسی*.

۱۴. باوی، محمد (۱۳۸۷). چالش شریعت و مصلحت در اندیشه معاصر عرب، قم، *موسسه فرهنگی و اطلاع رسانی تبیان*.
۱۵. خسرو پناه، عبدالحسین (۱۳۹۶). جایگاه مصلحت در حکومت ولایی، *مجموعه مقالات*، امام خمینی و حکومت اسلامی، احکام حکومتی و مصلحت، تهران، *موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی*.
۱۶. شریفی، عنایت (۱۳۹۴). منشا الزام در احکام فقهی و شرعی، *حقوق اسلامی*، ۱۲(۴۴)، ۶۷-۸۷.
۱۷. غفاری، هدی (۱۳۹۱). نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، *پژوهش حقوق*، ۱۴(۳۶)، ۱۰۷-۱۳۲.
۱۸. کدیور، محسن (۱۳۸۲). شرع شورای نگهبان در برابر قانون مجلس، *بازتاب اندیشه*، ۴۳، ۶۲-۵۵.
۱۹. گرجی، علی اکبر و جلیوند، محمد شهاب (۱۳۹۷). بررسی معیار مشروطیت در دولت مدرن و جمهوری اسلامی ایران، *دولت پژوهی*، ۴(۱۶)، ۱۴۵-۱۷۴.  
Doi: 10.22054/tssq.2009.9594
۲۰. ملک افضل اردکانی، محسن (۱۳۹۰). حکم حکومتی در قانون اساسی و جایگاه آن در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، *حکومت اسلامی*، ۶۲(۴).
۲۱. موحد، محمدعلی (۱۳۵۰). نجم الدین طوفی و نظر تهوآمیز او در مورد نص شرعی و مصلحت اجتماعی، *کانون وکلا*، ۱۱۶-۱۱۷.
۲۲. نیکونهاد، حامد و زندیه، زهرا (۱۳۹۸). حکومت موازین اسلامی بر اطلاق و عموم اصول قانون اساسی در رویه فقهای شورای نگهبان؛ نگاهی رویه‌ای به آثار نظارت شرعی بر اصول قانون اساسی، *دانش حقوق عمومی*، ۸(۲۴)، ۱۳۲-۱۰۹.  
Doi: 10.22034/qjplk.2019.175

### ب) منابع انگلیسی

#### - Books

23. Ackerman, B. A. (2007). *The Failure of the Founding Fathers*, First Harvard University Press Paperback Edition.
24. Asad, M. (2011). *The Principles of State and Government in*



*Islam*, Gibraltar: Dar al-Andalus Limited, New Edition.

25. al-Qaradawi, Y. (2015). *Fiqh Daulah Menurut Perspektif Islam*, Selangor: Percetakan Mihas Sdn Bhd.
26. AnNaim, A. (2008). *Islam and the Secular State Negotiating the Future of Sharia*, Harvard University Press.
27. Bagby, I. (1986). *Utility in Classical Islamic Law: The Concept of 'Maslahah' in Usul Al-Fiqh*.
28. Brennan, W. J. (1985). *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, in Levinson & Mailloux.
29. Fadl, K.A. (2002). *The Human Rights Commitment in Modern Islam, Published in Human Rights and Responsibilities*, Edited by Joseph Runzo, Nancy M. Martin and Arvind Sharma, Oxford: One World Publications.
30. Maududi, S.A. (1960). *Islamic Law and Constitution. Lahore*, Islamic Publications.
31. Nelson, B. (2016). *The Depiction of Unwritten Law*, Waterloo, Ontario, Canada.

#### - Articles

32. Busari, J. (2021). Sharia as Customary Law? An Analytical Assessment from the Nigerian Constitution and Judicial Precedents, *Ahkam*, 1(21). Doi:10.15408/ajjiv21i1.18815
33. Emon, A. M. (2004). Natural Law and Natural Rights in Islamic Law, Cambridge University Press, *Journal of Law and Religion*, 2(20), 351-395. Doi: 10.2307/4144668
34. George, R. P. (2001). Natural Law, the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review, *Fordham L. Rev.* 6(69), 2269-2283.
35. Kamali, M. H. (2010). Constitutionalism and Democracy: An Islamic Perspective, Paper presented at the *International Conference on Religion, Law and Governance in Southeast Asia*, Kuala Lumpur: International Institute of Advanced

- Islamic Studies, 2(1), 18-45. Doi: 10.52282/icrv2i1.678
36. Khan, A (2010). The Quran and the Constitution”, *Tulane Law Review*, 1(85). Doi: 10.2139/ssrn.1657164
37. Krawietz, B & Helmut, R. (2008). Islam and the Rule of Law, Between Sharia and Secularization.
38. Lloyd, C. (2008). English Common Law and Islamic Sharia: Principled Agreement in the Path to Wards Democracy.
39. Lombardi, C. B. (2013). Constitutional Provisions Making Sharia “A” or “The” Chief Source of Legislation: Where Did They Come From? What Do They Mean? Do They Matter?, *AM. U. INT’L L. REV*, 28(3), 733-774.
40. McLachlin, B (2006). Unwritten Constitutional Principles: What Is Going on?, *NZJPIL*, 4, 147-164.
41. Millen, R. (2005). The Independence of the Bar: An Unwritten Constitutional Principle, *La Rev Du Barreau Canadien*, 84.
42. Morey, W. C. (1891). The Genesis of a Written Constitution, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1.
43. Musa A. S. (2018). Constitutional Law: An Overview of the Islamic Approach and Its Contemporary Relevance, Faculty of Sariah and Law, University Sains Islam Malaysia (USIM), Malaysia, *Education and Humanities Research*, 192. Doi:10.2991/icils-18.2018.6
44. Oraegbunam, I. K. E. (2015). Islamic Criminal Law and Constitutionalism in Nigeria: Any Lessons from Turkey?, *Journal of Law, Policy and Globalization*, 33.
45. 45- Pek, J. (2008). Things Better Left Unwritten?, *Constitutional Text and The Rule of Law*, 6(83).
46. Pryor, J. (2007). Unwritten Constitutions?, *European Journal of English Studies*, 11(1), 79-92. Doi: 10.1080/138255706011-83401
47. Quraishi, A. (2006). Interpreting the QUR’AN and tThe



- Constitution: Similarities in the Use of Text, Tradition, and Reason in Islamic and American Jurisprudence, *Cardozo Law Review*. Doi:10.2139/ssrn.963142
48. Sherry, S. (1987). The Founders' Unwritten Constitution, *The University of Chicago*, 4(54), 1127-1177.
49. Young, E. A. (2007). The Constitution Outside the Constitution, *The Yale Law Journal*, 408-473.
50. Walters, M. D. (2001). The Common Law Constitution in Canada: Return of Lex non Scripta as Fundamental Law, *University of Toronto Law Journal*, 91(51). Doi:10.2307/-826038