

احکام مفوضه در حقوق اسلامی



دکتر عباس کریمی

عضو هیأت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

مقدمه

حقوق اسلامی به عنوان مجموعه مقررات حاکم بر جامعه اسلامی، قسمت اعظم فقه را تشکیل می‌دهد، با این تفصیل که مباحث فقه به استثنای بحث عبادات محض، که فقط در رابطه بین فرد با پروردگارش مطرح است و هیچگونه ضمانت اجرای دنیوی ندارد، مباحث حقوق اسلامی قلمداد می‌شود. به رغم ظهور عنوان بحث که منصرف از تحدید و تفکیک قلمرو فقه و حقوق اسلامی می‌باشد، به نظر نگارنده این اقدام قبل از دخول در ذی‌المقدمه اجتناب‌ناپذیر می‌نماید. علت امر در خود مفهوم «احکام مفوضه» نهفته است. این اصطلاح که نخستین بار توسط نگارنده در جلسه سخنرانی برای کارآموزان وکالت در کاخ دادگستری تهران در سال ۱۳۶۹ استعمال شده است،

همانطور که از ظهور لفظ مفوضه نمایان است، برای آن دسته از احکام و مقرراتی وضع شده است که توسط شارع مقدس اسلام صراحتاً تعیین نشده و بلکه وضع آنها به عهده جامعه مسلمین نهاده شده است. اگر از عهده اثبات این مطلب برآئیم و ثبوت چنین احکامی در دین مبین اسلام روشن شود، با عنایت به اینکه احکام انفال‌الذکر بر حسب ادعا بر روابط جمعی و اجتماعی در جامعه اسلامی حکمروا می‌باشند، وفق تعریف بدون تردید از مباحث حقوق اسلامی خواهند بود. این در حالیست که در رابطه با فقه موضوع از روشنی کمتری برخوردار است.

پرواضح است که جهت یافتن پاسخ این سؤال که یک بحث در چارچوب مطالعاتی یک علم می‌گنجد یا خیر، ذهن در بادی امر متوجه موضوع آن علم می‌شود. در حقیقت، بر شمردن مباحث گوناگون یک علم همان بیان دایره شمول و فراگیری موضوع آن است. با در نظر داشتن مطلب فوق آیا می‌توان گفت که متعلق احکام مفوضه با توصیف فوق «فعل مکلفین» است و علیهذا مانند سایر احکام، فقه متکفل طرح و بحث از آنها می‌باشد؟

قبل از عرضه داشتن جواب این سؤال توضیحی پیرامون عبارت «فعل مکلفین» لازم بنظر می‌رسد. فعل مکلفین و یا نتیجه فعل آنها ممکن است به یکی از احکام خمسہ تکلیفی (وجوب - استحباب - اباحه - کراهت - حرمت) و یا یکی از احکام وضعی مانند صحت و بطلان، مالکیت و ... توصیف شود. این احکام بعضاً به افعال تک تک مکلفین بطور مستقل تعلق می‌گیرد مانند وجوب نماز و بعضاً به افعال جماعت مکلفین. اینگونه احکام در فقه به وفور یافت می‌شوند. در عبادات می‌توان به عنوان مثال از احکام راجع به نماز جماعت نام برد.

در غیر عبادات اینگونه احکام بسیارند. تمام احکام سیاسی، جزائی و قضایی، بیشتر احکام اقتصادی و خیلی از احکام راجع به معاملات و خانواده از این قبیلند. با این تفصیل بدون تردید احکام مفوضه نیز اگرچه با توجه به مقتضیات زمانی و مکانی و شرائط و اوضاع و احوال وضع و بر روابط جمعی و اجتماعی حکومت دارند، در چارچوب فقه می‌گنجد و هیچ خصوصیتی وجود ندارد که آنها را از محدوده این علم خارج کند.

درست است که فقه، علم تحصیل احکام شرعی فرعی از ادله تفضیلی است ولی احکام مفوضه نیز ریشه در ادله فقهی دارند و قانونگذاری بشری در این باب، تقنینی در عرض تشریح الهی نیست و

بلکه در طول آن و محدود به حدود و ثغور معین از طرف آنست. بنابراین احکام مورد نظر نیز از احکام شرعی و مبتنی بر ادله فقهی می‌باشند و در نتیجه گستردگی موضوع علم فقه بحث از این احکام را نیز می‌پوشاند و کلیت تعریف علم فقه مصادیق این احکام را نیز شامل می‌شود.

با این وصف اگر سؤال شود که چرا تاکنون فقها، اقدام به طرح و بحث از این احکام ننموده‌اند و علیرغم اینکه تقسیم‌بندی مختلفی از احکام و منجمله تقسیم به احکام اولیه، احکام ثانویه و حتی احکام ولایتی را در فقه ملاحظه می‌کنیم، با اینحال نامی از احکام مورد بحث نیز به میان نیامده است سؤال بجایی خواهد بود. در پاسخ باید گفت که اولاً فقه و لاقلاً فقه شیعه تا قبل از انقلاب اسلامی ایران از حکومت و اداره جامعه به دور بوده است. بدین علت نه تنها در باب فوق بلکه کلاً فقه از جهت حقوق عمومی (برخلاف حقوق خصوصی که فقه از این حیث کاملاً غنی است) همراه با تحولات جامعه اسلامی حرکت نکرده است و از این جهت کمبود در تمام رشته‌های حقوق عمومی محسوس است. حتی رشته‌هایی که از حقوق خصوصی فاصله گرفته، تحت تأثیر حقوق عمومی قرار گرفته‌اند، چون حقوق کار و یا حقوق تجارت مطلقاً تاکنون در فقه مورد بحث و بررسی قرار نگرفته‌اند. بنابراین کاملاً منطقی می‌نماید که فقه از احکام مفوضه که صرفاً احکامی جهت تنظیم روابط اجتماعی توسط قوای عمومی می‌باشند، بحثی نکرده باشد. ثانیاً اعتقاد ما آن نیست که فقه کلاً از این مباحث بیگانه است. برعکس در خصوص اموری که فقهاء شیعه در طول تاریخ، علیرغم دور بودن از حکومت تصدی آنها را به عهده داشته‌اند، وجود چنین احکامی جالب نظر است. مثالی کاملاً روشن در این زمینه امر قضاء است، احکامی که فقهاء در کتب فقهی راجع به شیوه دادرسی، تشکیلات قضایی، نحوه صدور رأی، روابط بین قضات، نیابت قضایی و "امثال ذلک" ذکر کرده‌اند، بیشتر از احکام مفوضه می‌باشند که براساس قواعد کلی راجع به قضاء و موافق با شرایط و اوضاع و احوال روز از طرف شخص آنها بیان و نیز اجراء شده‌اند. از طرف دیگر اکثر قوانینی که هم‌اکنون تاروپود نظام قضایی کشور را در عرصه‌های مختلف تشکیل می‌دهند و موافق با فقه تشخیص داده شده‌اند از این قسم می‌باشند.

تنها در صورتی که برای فقه جنبه سیاسی قائل نشده و در زمان غیبت فقه شیعه را نسبت به نوع و شیوه حکومت بی‌نظر بدانیم، انکار چنین احکامی برای فقه شیعه شاید ممکن باشد. با توجه به اینکه این طرز تفکر در عصر حاضر مقبولیت چندانی ندارد و از طرف دیگر بحث از حکومت اسلامی و نوع و

شیوه آن در چارچوب مطالعه فعلی ما نمی‌گنجد به بررسی این نظریه در اینجانی می‌پردازیم. مضافاً اینکه چنانچه عنوان «احکام مفوضه در فقه اسلامی» عاری از ضمانت اجرایی تأمین شده به وسیله قوه حاکمه باشند، در این صورت صرفاً قواعد مذهبی خواهند بود و عنوان قواعد حقوقی دیگر بر آنها صادق نخواهد بود. در نتیجه در بحث از حقوق اسلامی وجود نظام حکومتی مقبول از نظر فقه اسلامی مفروض می‌باشند.

با این مقدمه و با اثبات اینکه بحث از احکام مفوضه نه تنها در قلمرو مطالعات حقوق اسلامی قرار می‌گیرد بلکه فقه نیز متکفل طرح و نفی یا اثبات آنهاست، در اینجا نخست مفهوم احکام مفوضه و دلایل آن را مطالعه می‌کنیم (فصل اول)، آنگاه قلمرو و مرجع تصویب این احکام را مورد بررسی قرار می‌دهیم (فصل دوم).

فصل اول : مفهوم و دلایل احکام مفوضه

با وضوح تمام، فرع بودن قسمت دوم بر قسمت اول بحث بر خوانندگان معلوم است، به نحوی که نیازی به توضیح حول اهمیت این قسمت نیست. دلیل این امر این است که در صورتی می‌توان به بحث پیرامون قلمرو این احکام پرداخت که نخست مفهوم این قسم احکام (بخش اول) و آنگاه مقبولیت آنها بر حسب ادله شرعی، به ثبوت برسد (بخش دوم).

بخش اول : مفهوم احکام مفوضه

عبارت «احکام مفوضه» مرکب از دو کلمه «احکام» و «مفوضه» می‌باشد، لفظ احکام که جمع حکم می‌باشد استعمالات مختلف لغوی و نیز اصطلاحی دارد. علیرغم چنین اشتراک لفظی و یا حداقل اشتراک معنوی (در صورتی که بتوان برای تمام این استعمالات وجه مشترک یافت)، مفهوم لفظ «حکم» در بحث ما از هیچگونه ابهامی برخوردار نیست. مفوضه، اسم مفعول مؤنث از باب تفعیل و از مصدر تفویض می‌باشد. بنابراین از نقطه نظر لغوی «تفویض شده» و «واگذار شده» معنای کلمه مفوضه می‌باشد و همین معنی در مفهوم اصطلاحی این کلمه ملحوظ نظر است. با این توضیحات منظور ما از

عبارت «احکام مفوضه» روشن می‌شود. احکام مفوضه احکامی می‌باشند که توسط شرع انور تصریحاً وضع نشده و وضع آنها به مقام دیگری که متعاقباً به بحث پیرامون آن می‌پردازیم واگذار گشته است. ممکن است ایراد شود که خود عبارت احکام مفوضه متضمن یک تناقض است، به لحاظ اینکه منظور از احکام، اوامر و نواهی صادره از ناحیه شرع مقدس است در حالیکه منظور از مفوضه این است که چنین احکامی از ناحیه شرع مقدس تعیین و مورد تصریح واقع نشده است. در جواب گفته می‌شود که وقتی ما صحبت از اوامر و نواهی شرع مقدس اسلام می‌کنیم نه تنها احکام وضع شده از طرف شارع مقدس را مدنظر داریم بلکه این عبارت شامل اوامر و نواهی که با خواست او صورت گرفته و شارع مقدس آنها را به رسمیت شناخته است، نیز بدون تردید شده و اینها نیز جزئی از پیکره فقه و حقوق اسلامی قلمداد می‌شوند.

اگر بتوان با ادله اثبات نمود که احکام مفوضه در چارچوب حقوق اسلامی وجود دارند، چنین احکامی نیز چون مورد توصیه و حتی مورد امر شارع مقدسند، نمایانگر اراده واقعی شارع مقدس خواهند بود و با این توصیف هیچ وجه تمایزی نیست که موجب عدم صدق لفظ احکام بر این مقررات شود. بدون تردید احکام صادره از طرف شارع مقدس و احکام صادره از طرف مقام معصوم (ع) و در نهایت احکام صادره از مقام غیر معصوم در طول یکدیگر واقعند، ولی بهر حال وجه مشترک احکام هر سه اینها را در برمی‌گیرد. اگرچه توصیفات در ارزیابی، مقام بسیار عمده‌ای دارند، اما در ماهیت «حکم» بودن همگی مشترکند. از طرف دیگر کسی بر صدق لفظ حکم شرعی بر «احکام امضایی» تردید نکرده است، با اینکه وضع اولیه آنها به وسیله اسلام نبوده و فقط توسط شارع مقدس مورد تایید قرار گرفته‌اند. به همین ترتیب احکام مفوضه نیز که دارای مقام وضعی غیر از خود شارع مقدس می‌باشند ولی حسب ادعا توسط شارع به رسمیت شناخته شده‌اند، مانند مورد احکام امضایی، احکام شرعی قلمداد می‌شوند.

پس از شناخت اجمالی موضوع، حال بر ماست تا تعریفی از این احکام بدست دهیم، پرواضح است که مفاهیم حقوقی بدون تعریف در مقام عمل موجب مشکلات عدیده و خلط‌های ناروایی می‌شوند به نحوی که در فقه و حقوق تعریف مفاهیم از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است. اگر بخواهیم تعریف جامع و مانعی ارائه دهیم تا اولاً همه این احکام را در برگیرد و ثانیاً مانع ورود اغیار

گردد می‌بایست نخست سایر احکام مطروحه در فقه یعنی «احکام اولیه»، «احکام ثانویه» و در نهایت «احکام ولایتی» (احکام ولائی) را شناخته و جنس و فصل این احکام و نیز احکام مفوضه را مورد بررسی قرار دهیم.

چهار قسم احکام فوق در جنس حکم بودن مشترکند. فصلی که احکام اولیه را از احکام مفوضه و نیز دو قسم دیگر احکام جدامی سازد «دوام و اطلاق» است. احکام اولیه همیشه قابل اجرایند. منظور از این همیشگی و دوام این است که مفاد این احکام به همان صورت که توسط شرع انور معین شده برای همیشه قابلیت اجرا دارند و اگر به واسطه حدوث عناوین ثانویه، این احکام جای خود را به احکام ثانویه می‌دهند، این امر جنبه کاملاً استثنایی دارد و از طرف دیگر پس از رفع ضرورت و با برگشت حالت عادی، این احکام مجدداً قابلیت اجرایی خود را بازمی‌یابند و لازم‌الاجراء می‌گردند و الی‌الابد این قابلیت وجود خواهد داشت. وقتی گفته می‌شود که این احکام مطلقند، مقصود این است که اجرای آنها مقید به اوضاع و احوال خاصی خارج از حکم نمی‌باشد و همانطوری که در تمام ازمنه قابل اجراء هستند، در تمام امکان نیز از این خصوصیت برخوردارند. با تمام وضوح، احکام ثانویه و ولایتی از چنین دوام و اطلاق برخوردار نیستند. در رابطه با احکام مفوضه، اگرچه این احکام استثنائی نبوده و همیشه وجود دارند ولی با توجه به اینکه مناسب با اوضاع و احوال مکانی و زمانی وضع می‌شوند، عنصر موقت و مقید بودن به زمان و مکان از عناصر ماهوی این احکام است و مفاد آنها تغییر می‌یابد. آنچه که احکام مفوضه و نیز حکم ولایتی را از احکام اولیه و نیز ثانویه جدا می‌سازد «عدم بیان مفاد حکم» است. با این توضیح که دو قسم اخیر صریحاً توسط شرع مبین اسلام بیان شده و به مکلفین جز تحصیل، تفسیر و تطبیق با مورد، اختیار دیگری راجع به مفاد این احکام داده نشده است. در حالیکه در مورد احکام مفوضه و احکام ولایتی تنها چارچوب و مبانی آنهاست که از طرف شارع مقدس تعیین شده است و بدیهی است که قواعد مربوط به این قالب و مبانی خود از احکام اولیه‌اند. در نتیجه هیچگونه تعیینی نسبت به مفاد احکام ولایتی و مفوضه وجود ندارد و مفادهای متعدد و غیرقابل شمارشی می‌تواند برای آنها مفروض باشد.

با مشخص شدن تفاوت‌های احکام مفوضه با احکام اولیه و ثانویه، گام بعدی در جهت تحدید و مرزبندی احکام، یافتن فصلی است که ممیز احکام مفوضه از احکام ولایتی باشد. باید اعتراف کرد که

تعیین مرزی دقیق در این مرحله بسیار مشکل تر از چنین امری در مراحل قبلی است. جدیدتر بودن بحث احکام ولایتی بالنسبه به احکام اولیه و ثانویه این اشکال را توجیه می‌کند. با توجه به اینکه هنوز به دقت محدوده اجرای این احکام مشخص نشده بوده و با احساس ضرورت داشتن احکامی که ما آنها را مفوضه می‌نامیم، بدون مبذول نمودن دقت لازم، مصادیق احکام مفوضه، احکام ولایتی قلمداد شده‌اند. بارها شنیده‌ایم که احکام راجع به بهره‌برداری از معادن، جنگلها، اراضی موات و دولتی را تحت این عنوان جا داده‌اند. تعیین ضوابط اعطای پروانه جهت واحدهای صنعتی و کشاورزی و همچنین پروانه جهت مشاغل مختلف اجتماعی با داشتن اصل آزادی شغل و فعالیت اقتصادی در حقوق اسلام را با استناد به عنوان احکام ولایتی قادر بودیم مشروعیت بخشیم. در حالیکه همانطور که در بحث مربوط به دلایل احکام مفوضه خواهیم آورد، چنین احکامی، از احکام مفوضه هستند نه ولایتی. در حقیقت وقتی که از احکام ولایتی صحبت می‌کنیم آنها را از احکامی می‌دانیم که بر اساس «مصلحت حکومت اسلامی» در جامعه اجراء می‌شوند و به همین دلیل منجر به تعطیل موقتی احکام اولیه می‌شوند. این احکام مانند احکام ثانویه در صورتی موقیت اجرایی پیدا می‌کنند که عنوان ثانوی در خارج حادث شود. عناوین ثانویه در مورد احکام ولایتی، افراد غیر معینه کلی «مصلحت حکومت اسلامی» است، مصادیقی که مشخص نشده‌اند و به اوضاع و احوال مکانی و زمانی بستگی دارند.

با این شرح باید گفت که احکام ولایتی و احکام ثانویه پس از ورود نسبت به احکام اولیه و مفوضه اجرای آنها را معطل می‌نمایند. به همین دلیل است که اجرای احکام ثانویه و ولایتی باید جنبه کاملاً استثنایی داشته و در صورت ضرورت مصداق یابند. بنابراین «استثنایی و منوط به ضرورت بودن» فصلی است که احکام ولایتی و نیز احکام ثانویه را از احکام مفوضه و همچنین احکام اولیه جدا می‌کند.

با شرحی که گذشت اکنون می‌توانیم احکام چهارگانه بالا و خصوصاً احکام مفوضه را چنین

تقسیم‌بندی و تعریف کنیم :

۱- احکام مبینة و آن احکامی هستند که مفاد آنها توسط شارع انور مشخص شده است. این احکام خود دو قسمند. اول: احکام اولیه که دوام و اطلاق دارند و اصل اجرای چنین احکامی است.

دوم: احکام ثانویه که استثنائاً و در مقام حدوث یک نوع ضرورت و یکی از عناوین ثانویه قابلیت اجراء می‌یابند.

۲- احکام مفوضه و آن احکامی هستند که مفاد دقیق آنها توسط شارع مقدس مشخص نشده است. این احکام نیز به نوبه خود به دو قسم تقسیم می‌شوند، اول: احکام مفوضه اولیه یا احکام مفوضه به معنای خاص و آنها احکامی هستند که اگرچه تعیین مفاد آن تفویض شده و دوام و اطلاق از قیود مفاد آنها نیست ولی دوام و همیشگی از قیود خود آن احکام است و بنابراین همیشه در جامعه ولی با مفادهای مختلف اجراء می‌شوند. دوم: احکام مفوضه ثانویه یا احکام ولایتی و آنها احکامی هستند که استثنائاً و در مقام حدوث یک نوع ضرورت و یکی از افراد عنوان کلی «مصلحت حکومت اسلامی» قابلیت اجراء می‌یابند. تعیین افراد این کلی که خود کلی‌های دیگر با مفادهای خاص می‌تواند باشد و مصادیق متعددی را در بر می‌گیرد، امری است که مورد تفویض واقع شده است. آنچه که موضوع بحث این مقاله است، احکام مفوضه به معنای خاص است.

در این مقام تصریح این نکته لازم است که وقتی گفته می‌شود احکام مفوضه دائماً و همیشه در جامعه اسلامی اجراء می‌شوند این دوام زمان حضرت رسول (ص) و ائمه اطهار (ع) را نیز در بر می‌گیرد. یعنی بدون تردید در زمان معصوم (ع) هم این احکام وجود و قابلیت اجراء داشتند، با این تفاوت که احکام مفوضه در زمان این بزرگواران توسط خود ایشان به عنوان مقام وضع احکام مفوضه بیان می‌شده‌اند و این در حالیست که احکام مبینه نیز توسط حضرت معصوم (ع) به اطلاع عام رسانده می‌شده است.

بنابراین وقتی ثابت شود که احکام مفوضه به عنوان یک قسم از احکام شرعی وجود خارجی داشته و دارد، در خصوص زمان معصوم (ع) مسئله دیگری مطرح می‌شود و آن تمییز و تشخیص احکام مبینه از احکام مفوضه در کلام معصومین (ع) است. آنچه مسلم است اصل مبینه بودن احکام است و در مقام تردید باید این اصل را رعایت نمود. البته باید با استقراء و ضمن معطوف داشتن توجه به تعاریف و ویژگیهای احکام، مبادرت به تحصیل ملاکها و معیارهایی جهت تمییز این احکام از یکدیگر در سنت نمود که این امر محتاج تتبع و تفحص بیشتر بوده و از حوصله این مقاله خارج است. با این حال این امر مانع از این نیست که در اینجا به اهمیت و ارزش تعیین جایگاه احکام مفوضه

اشاره‌ای داشته باشیم. ما وقتی می‌توانیم از اسلام و مقتضیات زمان بحث کنیم که جایگاه این احکام را از قبل مشخص کرده باشیم. در این رابطه با قاطعیت باید گفت که بحث از این احکام حلقه مفقوده در مباحث راجع به اسلام و مقتضیات زمان و بلکه محور چنین مباحثی می‌باشد.

فقدان شناخت کافی از احکام مفوضه و عدم وجود توانایی تفکیک این احکام از احکام اولیه موجب خلط‌های بسیاری در مقام عمل می‌شود، این خلط حتی در مورد نقل نظریات فقهی دیده می‌شود. برای نمونه کافی است که به نحوه برخورد و ارزیابی نظریات و عملکردهای فقهاء در باب قضاء در خصوص تشکیلات قضایی توجه نمائیم. اگر به عنوان مثال سابقاً تشکیلات جداگانه‌ای در امر تحقیق و صدور رای وجود نداشته مقتضای شرایط و اوضاع و احوال جامعه بوده است و نحوه عملکرد فقهاء نشان‌دهنده تشکیلات مناسب در زمان و عصر خودشان بوده و این امر مخالف با تصمیم‌گیری جامعه امروزی مسلمین در خصوص تشکیلات قضایی مناسب با زمانشان نمی‌باشد. به عبارت دیگر در این امور نظرات و عملکردهای فقهی نشان‌دهنده احکام مصرحه اسلامی نیستند.

بخش دوم: دلایل احکام مفوضه

از میان ادله اربعه، پیشاپیش می‌توان اظهار نظر کرد که اجماع در بحث احکام مفوضه راهی ندارد. از تردیدی که در اصل مقبولیت اجماع است و از محدودیتی که فقه شیعه برای آن قائل است و نیز از شکی که در وقوع آن در عصر حاضر در هر دو قسمش یعنی، اجماع منقول و اجماع محصل، شده است چنانچه بگذریم و پذیرش نظری و عملی اجماع مفروض باشد، بهر حال بدیهی است که در خصوص مورد که بحثی است نو و دارای عنوانی بدون پیشینه استعمال، اتفاق و اجماع علماء امری است محال. چگونه مدعی اجماع شویم در حالی که 'مجمع علیها' برای آن مطرح نبوده است؟ این امر خصوصاً در رابطه با فقه شیعه که در رأس حکومت قرار نداشته و بهمین دلیل با اینگونه موضوعات کمتر در تماس بوده، بیشتر محسوس است. البته این بدان معنا نیست که هیچگاه موردی از این موارد در تاریخ فقه شیعه مصداق خارجی نیافته و مطرح نشده است، بلکه نه تنها وجود داشته‌اند که می‌توان گفت نادر و کمیاب نیز نیستند (رجوع شود به مقدمه). امور حسبیه، از اموری هستند که فقهاء شیعه خود را متصدی آنها محسوب می‌داشتند و حتی با دور بودن از حکومت نسبت

به اداره آنها اقدام و قواعد آنها را تحصیل نموده‌اند. این چنین است امر قضاوت، اگر می‌بینیم، فقهاء در کتب فقهی خویش در آیین قضاوت و قواعد عملی امر قضاء قواعد و مقرراتی را بدست داده‌اند، بدون اینکه مستندات مستقیم فقهی آنها ادله اربعه باشند، این خود می‌رساند که فقهاء (ره) در عمل چنین اختیارات اجرایی را مسلم می‌انگاشته و این حق را «تفویض» شده می‌دانسته‌اند. همچنانکه در عصر حاضر خود جامعه ما نسبت به قانونگذاری در امور مختلف اقدام می‌کند و این را کاملاً به حق و موافق با شرع انور می‌داند. پس بنابراین موضوع «احکام مفوضه» در وادی فقه اسلامی غریب نیست بلکه امر تعریف و تحدید در مورد آن صورت نگرفته است. بنابراین «سیستم‌تیزاسیون» بحث است که برای ما جدید است.

با تفضیل فوق و با توجه به اینکه استناد به «اجماع» به عنوان یکی از ادله فقهیه، در این بحث امری میسور بنظر نمی‌رسد، لذا در سه بند ذیل به ترتیب به ردیابی آنچه که ما آن را «احکام مفوضه» می‌نامیم در ادله سه‌گانه «کتاب»، «سنت» و «عقل» می‌پردازیم.

الف : کتاب

در بدو امر شایسته ذکر است که خواننده نمی‌بایست توقع دیدن فهرست جامعی از آیات قرآنی که می‌توانند مورد استشهاد واقع شوند داشته باشد. بلکه ما در این مرحله در صدد هستیم نمونه‌هایی ارائه دهیم مبنی بر اینکه حتی در خود قرآن کریم این چنین اختیار و قدرتی به جامعه مسلمین تفویض شده است.

دسته اول از آیات مورد استشهاد آیاتی می‌باشند که عدالت و خصوصاً عدالت اجتماعی را مورد تاکید قرار می‌دهند. در این رابطه به عنوان نمونه به ذکر آیه ۹۰ سوره نمل می‌پردازیم. «**أَنْ ... يَا مَرْءَ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَنَهْيِ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ**». در این آیه خدا به سه چیز امر و از سه چیز نهی کرده است که در هر شش مورد، بحث مورد نظر ما قابل طرح است. ولی ما خود را متمرکز در بحث «عدل» می‌کنیم. قبل از هر چیز می‌بایست تصریح شود که ماده امر که بصورت فعل مضارع در اینجا بکار رفته مانند صیغه امر بنا به نظر فحول اصولیین دلالت بر وجوب می‌کند و بنابراین این آیه شریفه، دال بر وجوب رعایت عدل است. حتی اگر عبارات «احسان» و

«ایتاء ذی القربی» با این فرض که از اعمال مندوبه باشند قرینه بر این گرفته شود که ماده امر در این مقام حتی در رابطه با عدل افاده استحباب می کند، گفته می شود که اولاً فرض فوق کاملاً مورد قبول ما نیست ثانیاً هیچ اشکالی ندارد که ماده امر در رابطه با «عدل» افاده وجوب کند و در رابطه با دو امر دیگر مفید استحباب باشد چون حتی با فرض اینکه امر وجوبی و امر استحبابی دو معنی از لفظ واحد محسوب می شوند، استعمال لفظ مشترک در بیش از یک معنی در استعمال واحد توسط همه اصولیین رد نشده است. البته اگر در اینجا استعمال در وجوب یا استحباب را حقیقت بدانیم و استعمال در دیگری را مجاز، بحث استعمال لفظ واحد در یک زمان در معانی حقیقی و مجازیش مطرح خواهد بود. از طرف دیگر این نظر که فعل و صیغه امر نه ظهور در وجود دارد و نه استحباب بلکه مشترک معنوی برای هر دو آنست، بین متأخرین قوت بیشتری یافته و بنابراین استعمال فوق، استعمال لفظ مشترک معنوی در مصادیق متعددش قلمداد می گردد و در این صورت اشکال بطور کلی مرتفع می شود. از این گذشته اشکال اخیر متوجه آیه ۸ سوره مائده «اعدلوا هو اقرب للتقوی» نیست. این آیه و سایر آیاتی که بعضی از جنبه های عدالت را در جامعه مورد تأیید قرار می دهند چون آیه ۵۸ سوره نساء «ان ... یا امرکم ان تودوا الامانات الی اهلها و اذا حکمتم بین الناس ان تحکموا بالعدل» و نیز روایات متعددی در این باب هیچگونه تردیدی در وجوب عدالت و از جمله عدالت اجتماعی باقی نمی گذارند. با این مقدمه به طرح این سوال می پردازیم که آیا آیاتی که دلالت بر وجوب عدالت می کنند مکلفین را به رعایت واجباتی که در شرع انور به تفصیل بیان شده فرا می خوانند و مأمور می کنند یا اینکه این تکلیف، واجبی مستقل است. شق اول نمی تواند صحیح باشد چونکه واجب نمودن واجب تحصیل حاصل است و تحصیل حاصل محال می باشد. اصولاً اینکه حتی یک قانونگذار بشری اجرای امری را به عهده افرادی قرار دهد که آنها سابقاً متعهد به اجرای آن بوده اند امری است قبیح چه رسد به شارع مقدس اسلام. یک حکم که تغییری در عالم خارج برای محکومین و مکلفین ایجاد نکند لغو و اسناد چنین امری به شارع محال است.

با این توضیح مشخص است که تکلیف جامعه اسلامی در جهت اجرای عدالت اجتماعی، تکلیفی مستقل است. نیاز به توضیح نیست که مقدمه انجام چنین تکلیفی، وضع قوانین و مقررات در زمینه های مختلف اجتماعی است، وضع قوانینی که به لحاظ مقدمه واجب بودن خود نیز واجب

قلمداد می‌شوند. بدین ترتیب وجود احکام مفوضه و حتی وجوب وضع آنها در مواردی که مربوط به عدالت اجتماعی می‌شوند اثبات می‌گردد.

دسته دوم از آیات، آنهایی می‌باشند که مستقیماً اجرای حکمی را منوط به احراز امری از طرف جامعهٔ مسلمین نموده‌اند و جامعه مسلمین در جهت اجرای چنین تکلیفی، ملزم به تدارک مقدمات آن حکم و از جمله تنظیم و تصویب مقررات لازم است. برای نمونه به آیات زیر اشاره می‌کنیم:

۱- آیه ۶ سوره نساء: «و ابتلوا الیتامی حتی اذا بلغوا النکاح فان انستم منه من رشداً فادفعوا الیهم اموالهم» به استناد این آیه شریفه رد اموال صغار تحت سرپرستی، منوط به آزمایش آنها و احراز رشد در آنهاست. این امر خطاب به «ناس» صادر و بنابراین تکلیفی است برای همه اعضا یک جامعهٔ اسلامی. افراد امت می‌بایست مطابق با اوضاع و احوال و امکانات روز اقدام به احراز چنین امری نمایند و بدون تردید هرچه بیشتر مبادرت به وضع قوانین و مقررات مناسب‌تر در این خصوص نمایند تکلیف الهی را بنحو بهتری انجام داده‌اند و فراموش نکنیم که مامکلف به انجام احسن می‌باشیم.

۲- چند آیه اول سورهٔ نساء به جز اولین آیه، در همین قسم می‌بایست جا داده شوند. اوامر و نواهی خطاب به جامعه است و جامعه می‌بایست حسن اجرای این قوانین را تأمین کند. حتی آنجا که می‌گوید: «فان خفتم الا تعدلوا فواحدة» و بنابراین نهی می‌کند از تعدد زوجات در صورت ترس از عدم اجرای عدالت، بنظر ما تشخیص این امر، همانطور که ظهور فعل جمع دلالت دارد و همانطور که عبارت «یا ایها الناس» اول سوره نشان می‌دهد، بر عهدهٔ جامعه مسلمین است. آنها می‌بایست جهت اجرای صحیح این دستور الهی اقدام به تنظیم قوانین و مقررات و نیز تشکیلات مناسب نمایند. خلاف منطق قرآن است که گفته شود چنین تشخیصی بعهدہ شخصی که تمایل به ازدواج مجدد دارد گذاشته شده تا در خود توانایی یا عدم توانایی این امر را احراز کند. اگر چنین تشکیلات و مقرراتی وجود نداشته است دلیلش این است که جامعه هنوز از جهت رشد جمعی به حد قبول این نهاد نرسیده بوده و این بر عهدهٔ امت است که در این راه گام نهد و به تنظیم مقررات بپردازد. آیه ۲۹ همان سوره که مقرر می‌دارد: «یا ایها الذین امنوا لاتاکلو اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراض منکم» و آیاتی دیگر از این قبیل که به ذکر حکم کلی اکتفا کرده‌اند و

اجرای این احکام مستلزم وضع مقررات دقیق و منظم در زمینه‌های مورد نظر است، همه در این دسته از آیات جای می‌گیرند.

دسته سوم آیات، ناظر به روابط بین جامعه مسلمان با غیرمسلمان می‌باشند. این آیات که در رابطه با جنگها و غیر آنها نازل شده‌اند، نشان می‌دهند که برای غیرمسلمان نسبت به مسلمان «نفی سبیل» شده است و با این حال ما مأمور به «مماشات» می‌باشیم و قواعد کلی معینه جهت تحصیل بر آنها نداریم. این اصل مماشات یکی از مبانی حقوق بین‌الملل اسلامی اعم از عمومی و خصوصی است. اینگونه آیات دلالت بر حق و تکلیف جامعه مسلمان نسبت به مشارکت با غیر خود در وضع احکام مفوضه در عرصه بین‌المللی دارند.

ب : سنت

در این زمینه هم قول، هم فعل و هم تقریر معصوم (ع) موجود است. در زمینه تقریر به ویژه می‌توان به وضع چنین احکامی بوسیله ولات منصوبه در زمان حکومت حضرت علی (ع) و اجرای آن در نواحی تحت ولایت و عدم رد و اعتراض آن حضرت اشاره نمود. با توجه به اینکه اثبات چنین امری مستلزم تحقیقی تاریخی است، آن را به فرصتی دیگر واگذار می‌کنیم و در این فرصت به بحث از قول و فعل می‌پردازیم. راجع به قول و فعل، قبل از هر چیز به یک نکته اشاره می‌شود و آن اینکه چنانچه ما دو حدیث که متضمن قول یا فعلی از معصوم (ع) باشند داشته باشیم و این دو حدیث متعارض باشند و از طرفی رجحان یکی بر دیگری براساس معیارهای مضبوطه در بحث «ترجیح و تعادیل» ممکن نباشد، در این صورت طبق قاعده مشهور «اذا تعارضا تساقطا» هر دو از اعتبار ساقط می‌شوند. این در حالی است که ممکن است آن دو حدیث بیان افعال یا اقوالی بکنند که از مصادیق احکام مفوضه بوده، هر دو در قید زمانی و مکانی خویش قابل فهم باشند. بدین ترتیب جهت اجرای قاعده «الجمع مهمما ممکن اولی مر. الطرح» می‌بایست بعنوان آخرین فاکتور هر دو را از احکام مفوضه دانست، البته به شرط اینکه از موارد اجرای چنین حکمی قلمداد شوند. بدین ترتیب مقید به زمان و مکان خاص کردن هر دو موجب جمع آن دو و احتراز از تساقط خواهد بود و با عدم وجود وحدت در زمان و مکان دیگر تعارض و تناقضی وجود نخواهد داشت. کم نیستند احادیثی که می‌توانند با این وصف، بیان

احکام مفوضه نمایند.

در مورد فعل، افعال مشهور زیادی از معصومین^{۱۱} نقل شده است که از همه مشهورتر، صلح امام حسن (ع) و جنگ امام حسین (ع) است. این دو عمل هر دو یقیناً حق و بیان حکمی از احکام الهی بوده است. چنانچه امام حسن (ع) صلح می‌کند یعنی صلح تکلیفی است برای جامعه مسلمین و اگر امام حسین (ع) جنگ را برمی‌گزیند یعنی چنین‌گزینشی تکلیف است. هر کدام از این تکالیف بسته به اوضاع و احوال زمانی خویش می‌باشند و هر کدام از این دو معصوم (ع) به عنوان مقام صالح برای تصمیم‌گیری، حکم قضیه را در زمان خویش بیان می‌دارد. در اینجام معصوم (ع) در مقام بیان احکام اولیه نیست چونکه احکام اولیه تغییر ناپذیرند، بلکه عمل معصوم (ع) از مصادیق احکام مفوضه می‌باشد. از این قبیل افعال در تاریخ اسلام زیاد به چشم می‌خورد و در رابطه با زندگی خود حضرت رسول (ص) به عنوان زمامدار اسلامی نیز از این موارد نقل شده است. این افعال و اقوال خصوصاً در مورد جنگها به ثبت رسیده‌اند. اگر علی (ع) در جنگ صفین به لشکر خویش دستور می‌دهد. «لا تقاتلوهم حتی یبدأوکم» (نهج البلاغه سیدرضی با شرح عبده - چاپ دارالمعرفه - ج ۳ - ص ۱۴) نه اینکه بیان حکم اولیه می‌کند و بدین ترتیب هیچگاه در جنگ مسلمین نتوانند هجوم اولیه را به عنوان تاکتیک نظامی خویش اتخاذ کنند، بلکه صرفاً با توجه به اوضاع و احوال خاص زمانی و مکانی، چنین دستوری صادر شده است. از اینگونه احکام در کتابات حضرت علی (ع) زیاد به چشم می‌خورد. به عنوان نمونه دیگر نامه ایشان به اهل مصر هنگامی که مالک اشتر را به ولایت آنها برگزیند، از این جهت قابل تأمل است. حضرت چنین دستور می‌دهد: «فان امرکم ان تنفروا فانفروا و ان امرکم ان تقیموا فاقیموا...» (پیشین. ص ۶۳) اینکه یک والی دارای چنین اختیاری باشد که بین دو امر کاملاً مخالف، یکی را برگزیند و امت مکلف به تبعیت از وی باشند آیا دلالت بر این امر ندارد که تصمیم راجع به چنین احکامی در خصوص مورد به والی واگذار شده است؟ (حتی اگر چنین اختیاری منتسب به شخص حضرت علی (ع) بدانیم باز از اینکه ایشان مختار باشند از بین دو امر یکی را برگزینند نشان می‌دهد که اوضاع و احوال در تعیین حکمی از این دو حکم مؤثرند و با توجه به اوضاع و احوال تصمیم اتخاذ می‌شود و این خود نمونه‌ای از احکام مفوضه است).

تنها نامه حضرت به مالک اشتر (پیشین ص ۸۲ به بعد) که یکی از غنی‌ترین سندهای حکومتی

اسلام محسوب می‌شود، جهت اثبات امر کفایت می‌کند. آنجا که می‌فرماید: «ولیکن احب الامور الیک اوسطها فی الحق و اعمها فی العدل و اجمعها لرضی الرعیه...» مالک (ره) را به تنظیم امور و ضوابط، با محور قرار دادن سه عنصر حق، عدالت و رعایت رضایت اکثریت فرامی‌خواند. یا آنجا که راجع به نحوه برخورد با عامه و با هریک از طبقات مردم اعم از نظامیان، قضات، عاملین اجرائی و... نحوه‌گزینش مشاورین، وزراء، بازرسین و رعایت سنن صالحه گذشته، به مالک توصیه می‌کند، احکام مفوضه را برمی‌شمارد. چنین اختیاراتی را محدود به «محکم کتابه» و «سنه‌الجماعه غیرالمفرقه» رسول (ص) می‌کند و بدین وسیله حدود احکام مورد نظر را بیان می‌کند.

در این زمینه ذکر احکام مفوضه‌ای که در رابطه با تنظیم امور تجاری و کنترل تجار ذکر شده خصوصاً جالب توجه است. این نامه ارزشمند و این سند تاریخی که چون گوهری درخشان بر چهره تاریخ اسلام می‌درخشد مملو است از چنین دستوراتی که می‌تواند هر جمله‌اش موضوع کتابی شود و ذکر آنها از حوصله این گفتار خارج است.

ج : عقل

سابق بر این، در بحث از کتاب به عنوان یکی از دلایل، به اصل و جوب مقدمه واجب که از اصول عقلی است استناد کردیم با این تفاوت که در آنجا وجود ذی‌المقدمه از طریق نقلی به اثبات رسیده بود. در اینجا به عقل به عنوان منبعی مستقل جهت اثبات احکام مفوضه می‌نگریم. ذی‌المقدمه مادر اینجا «لزوم تشکیل حکومت» است. اگرچه ادله نقلی در این باب کم نیستند ولی منظور نظر ما در این بحث بیشتر دلیل عقلی است که اقامه شده و به علت شهرت از تکرار آن امتناع می‌شود. خلاصه کلام اینکه امر اداره امور مسلمین مهمل گذاشته نشده و بر اهلش واجب است تا نسبت به تشکیل و اداره حکومت در جامعه اسلامی اقدام کنند. این مدلول دلیل لیبی است که قدر متیقن آن همانست که ذکر شد. با عنایت به چنین لزوم و تعهدی برای جامعه اسلامی، بدیهی است که مقدمه این واجب نیز واجب است، مقدمه عقلی تشکیل و اداره حکومت، اعمال حاکمیت است. این مقدمه اگرچه زماناً مقدم بر ذی‌المقدمه نیست ولی بهر حال ذاتاً مقدمه محسوب می‌شود. در هر صورت طبق قاعده «الاذن فی الشیء اذن فی لوازمه» و با توجه به اینکه اعمال حاکمیت از لوازم حکومت است، لذا

تردیدی در جواز و بلکه لزوم چنین امری باقی نمی‌ماند. اعمال حاکمیت نیز میسر نیست مگر با تنظیم و وضع قوانین و مقررات و تأمین حسن اجرای آنها و این عین مطلوب ماست. بدین وسیله و با اکتفا به قدر متیقن در مقام استناد به دلیل لبی، مشروعیت و نیز وجوب وضع احکام مفوضه در مواردی که حکومت به اعمال حاکمیت می‌پردازد به اثبات می‌رسد.

از آن گذشته موضوعات جدید بسیاری وجود دارند که دارای ماهیتی بسیار نو می‌باشند و جامعه مسلمین چاره‌ای جز قبول آنها ندارد و رها کردن این مور مخل به نظم عمومی و مصلحت جامعه اسلامی است. اخلال در نظم عمومی جامعه مسلمین بالاتردید حرام است و این حرمت عقلاً به مقدمات آن نیز سرایت می‌کند. با این استدلال به حال خود وا گذاشتن و رها کردن این امور نیز حرام است و همانطور که می‌دانیم ضد عام حرمت، وجوب است. بنابراین تنظیم و تدوین قوانین و مقررات در این ابواب واجب می‌شود. مثالهای فراوانی می‌توان برای این امر ذکر کرد. مثال زنده، بحث «تابعیت» است. امروز جوامع اسلامی مواجه با تعدد دولتها و پذیرش امر تابعیت می‌باشند و به ناچار می‌بایست اتباع خویش را تعیین و مقررات مربوط به آن را ذکر کنند. این موضوع با استدلال فوق از وظائف جامعه اسلامی است و از احکام مفوضه است. قبول و یارد تابعیت مضاعف نیز با توجه به اوضاع و احوال صورت می‌گیرد و این حق جامعه اسلامی است که تصمیمی موافق با مصلحت خود بگیرد. شواهد اینچنینی در جامعه امروزی ما بسیار یافت می‌شوند. ضوابطی که هم‌اکنون ما راجع به بهره‌برداری از معادن و منابع یا احیاء و واگذاری اراضی کشاورزی داریم، ضوابط مربوط به اعطای پروانه به مشاغل مختلف و اکثریت قریب به اتفاق ضوابط و محدودیت‌های اداری از این قبیل می‌باشند. بطور قطعی این امور از احکام اولیه نیستند و اگر واقعاً این برداشت نیز وجود داشته باشد که از احکام اولیه، این امر به طور مسلم «ادخال مالیس بالشرع فی الشرع» و ابداع می‌باشد. به لحاظ اینکه قوانین مورد نظر در بردارنده محدودیت‌ها و امتیازاتی هستند که هیچ‌گاه توسط شارع مقدس اسلام تعیین و تبیین نشده‌اند و به اتفاق همه مسلمین و مستند به نصوص شرعی، ابداع از امور ممنوعه و محرمة می‌باشد. در ضمن از احکام ثانویه نیز نمی‌باشند چرا که احکام ثانویه زمانی قابلیت اجرامی یابند که یکی از عناوین ثانویه چون ضرر، عسر و حرج و... وجود خارجی پیدا کند و بنابراین از نظر شارع انور این امور جنبه کاملاً استثنایی دارند و اگر فرض شود این قوانین احکام ثانویه باشند اولاً

بسیار مشکل است برای این امر محملی یافت و واقعاً اثبات وجود عنوانی از عناوین ثانویه نمود. ثانیاً اگر همه قوانین را ثانویه تلقی بنمائیم در نتیجه قسمت اعظم قوانین و مقررات مصوب که قطعاً از احکام اولیه نمی‌باشند احکام ثانویه قلمداد خواهند شد و در این صورت برای احکام ثانویه، دائره و محدوده اجرائی بسیار گسترده‌تر از احکام اولیه قائل شده‌ایم. نتیجه‌ای که به هیچ‌وجه مقبول به نظر نمی‌رسد. وسیع بودن دائره مستثنیات نسبت به مستثنی‌عنه به صورتی که مصادیق مستثنی‌عنه معنی به نباشد امری قبیح است، امری که ارتکاب آن توسط شارع انور محال است. حقیقت این است که این قوانین ماهیتی غیر از ماهیت احکام اولیه و ثانویه دارند و وضع و تنظیم آنها به جامعه اسلامی واگذار شده است. به عبارت دیگر این احکام از احکام مفوضه می‌باشد.

فصل دوم: قلمرو و مرجع تصویب احکام مفوضه

پس از آنکه در فصل نخست مفهوم و جایگاه احکام مفوضه را شناختند و دلایل شرعی آن را مورد بررسی قرار دادیم، در این فصل در ابتداء به تعیین قلمرو آنها می‌پردازیم (بخش اول) و در خاتمه مرجع تصویب این احکام را مورد بحث قرار می‌دهیم. (بخش دوم)

بخش اول: قلمرو احکام مفوضه

بدون هیچگونه شک و شبهه‌ای می‌توان گفت که چنانچه قلمرو دقیقی برای این احکام تعیین نشود و حدود مشخصی ترسیم نگردد، به راحتی ممکن است احکام اولیه اسلام به بهانه وضع احکام مفوضه زیر پا گذاشته شوند. معطوف داشتن عنایت به همین نکته کفایت تا ضرورت و اهمیت چنین مطالعه‌ای روشن شود. بطور کلی می‌توان گفت که احکام مفوضه دارای موضوعاتی هستند متحول. اوضاع و احوال موجب دگرگونی این موضوعات و در نتیجه احکام آنها می‌شوند. در عرصه‌های حقوقی که از این تحول بهره‌چندانی ندارند مانند شاخه‌های حقوق خصوصی، اصولاً شاهد وجود احکام اولیه می‌باشیم. به حکم استقراء و با توجه به دلائلی که برای احکام مفوضه برشمرده‌ایم می‌توان گفت که یک جامعه اسلامی در موارد زیر اقدام به وضع احکام مفوضه می‌کند:

۱- زمانی که حکومت اعمال حاکمیت می‌کند. در مقابل این مورد اعمال تصدی وجود دارد، که از لوازم امر حکومت نمی‌باشد. حکومتی که برای اجرای یک طرح عمومی، عمرانی و یا نظامی مجبور است مبادرت به تصرف اراضی اشخاص خصوصی کند، علیرغم اینکه قاعده تسلیط که از احکام اولیه است، اقتضاء اخذ رضایت صاحب ملک را دارد، این حکومت برای تصرف اراضی آنها، مجبور به اخذ چنین رضایتی نیست. پروژه احداث راه‌آهنی که به ناچار از ملک خصوصی باید عبور داده شود به علت عدم رضایت وی متوقف نخواهد ماند و حکومت قواعدی جهت تملک چنین اموالی با رعایت قواعد کلی اسلامی، می‌تواند وضع کند. برخلاف این امر، اگر یکی از ارگانهای عمومی و دولتی جهت عرضه فرآورده‌های خویش ملزم به خرید ملکی در یکی از محلات شهری باشد، این ارگان به هیچ‌وجه نمی‌تواند مغازه‌ای را برخلاف رضایت صاحب آن تملک کند. این بدین خاطر است که در مورد اخیر دولت مانند اشخاص خصوصی رفتار می‌کند و مانند اشخاص خصوصی متکفل انجام امری شده است و اصطلاحاً «اعمال تصدی» می‌کند نه «اعمال حاکمیت».

۲- در عرصه بین‌المللی وفق اصل «مماشات»، جامعه اسلامی رفتاری براساس قسط با دیگر دول اتخاذ می‌کند و مشترکاً احکامی را وضع می‌کنند. این اصل می‌تواند در رابطه با دول اسلامی شکل «تقیه مدارات» به خود گیرد.

۳- جهت اجرای احکام اولیه اسلامی، همانند مواردی که در بحث از دلایل ذیل عنوان «کتاب» شرح دادیم، جامعه اسلامی اقدام به وضع قوانین و مقررات خاصی می‌کند. مثالهای دیگر این امر می‌تواند وضع قوانین و مقرراتی جهت جمع‌آوری و توزیع صحیح وجوه شرعی باشد. چنانچه مؤسسه‌ای عمومی غیردولتی که توسط مجمع عمومی نمایندگان مراجع تقلید، حوزه‌های علمیه و نیز دولت اداره بشود تشکیل و مبادرت به جمع‌آوری هماهنگ و توزیع عادلانه و صحیح وجوه شرعی بکند، به نظر ما چنین احکامی نه تنها در حوزه صلاحیت جامعه مسلمین است بلکه از واجباتی است که برعهده آنها گذاشته شده است. همچنین است وضع و اجرای احکامی جهت تنظیم امر نکاح در هر دو قسم آن، طلاق و امور خانوادگی بطور کلی.

۴- مواردی که جامعه اسلامی جهت اجرای عدالت اجتماعی مجبور است روابط خصوصی بین افراد را به نحوی بهم زده و به نفع شخص یا اشخاص ضعیف‌تر و علیه سوءاستفاده فرد یا افراد قوی‌تر

مبادرت به تنظیم قوانین و مقرراتی کند.

شد بالاخره زمانی که دولت جهت بهره‌برداری از منابع تولید و نیز حمایت از امر تولید و توسعه کشور و نیز به منظور تسریع در امور تجاری و اقتصادی کشور، نسبت به وضع احکام خاص برای طبقه خاصی اقدام می‌کند و آنها را از شمول قواعد عادی خارج می‌سازد.

با توجه به موارد فوق هم اکنون به بحث و بررسی از قلمرو این احکام نخست در محدوده حقوق بین‌الملل و سپس در حیطة حقوق داخلی می‌پردازیم:

الف: احکام مفوضه در محدوده حقوق بین‌الملل

قبل از ورود به بحث، تذکر این نکته لازم است که در این خصوص، حقوق اسلامی هنوز به لمس دقیق واقعیت‌های روز نپرداخته است. نباید انکار کرد که سابقه فقه و حقوق اسلامی در این امر بسیار چشمگیر است. سخنان و احکام بیان شده توسط معصومین (ع)، همچنین سیره نبی اکرم (ص) و امام علی (ع) منبع غنی حقوق بین‌الملل اسلامی محسوب می‌شوند. جالب توجه است که بسیاری از صاحب‌نظران اعتقاد دارند که شبیانی متوفی به سال ۱۸۹ هجری از شاگردان ابوحنیفه و ابویوسف و صاحب کتاب «سیر الکبیر» به خاطر همین تالیفش باید پدر علم حقوق بین‌الملل محسوب شود. با این همه، تبدیل امت اسلامی به کشورهای متعدد و گوناگون (حدود ۱۰۰ اعضای سازمان ملل)، حقوق اسلامی را با وضعیت جدیدی روبرو ساخته است. عدم قبول چنین وضعی و مخالفت دائمی با این حالت رام به جایی نمی‌برد. این وضعیت یک حکم تکلیفی برای همه مسلمین بوجود آورده و آن سعی در نزدیک ساختن هرچه بیشتر منافع و گام نهادن تدریجی در طریق اتحاد و به سوی وحدت است. با این حال این حکم تکلیفی، ما را از یافتن و تنظیم احکامی مناسب جهت تنظیم روابط دول و ملل اسلامی بی‌نیاز نمی‌کند و بدین ترتیب فقدان علمی که ما آن را «حقوق امت اسلامی» می‌نامیم به شدت احساس می‌شود. بنابراین در بحث از حقوق بین‌المللی اسلامی، علاوه بر مباحثی که ما پیرامون «حقوق بین‌الملل عمومی» و «حقوق بین‌الملل خصوصی» داریم، باید بحثی را به «حقوق امت اسلامی» اختصاص دهیم:

اول: حقوق بین‌الملل عمومی: در این رابطه همانطور که قبلاً نیز گفته شد جامعه مسلمین براساس «مماشات» با سایر جوامع مبادرت به وضع احکام و مقررات می‌کند. در این خصوص

مسلمین با رعایت قاعده «نفی سبیل» و قاعده «الاصح فالاصح» به مذاکره در خصوص قراردادهای دوجانبه یا چندجانبه بین‌المللی می‌پردازند و از قبل، قواعدی جهت تحمیل به دیگران ندارند. علاوه بر قراردادها و کنوانسیونهای بین‌المللی، همچنانکه در محل خود ذکر شده، دو منبع دیگر برای حقوق بین‌الملل عمومی عنوان شده است که عبارتند از: ۱- عرف بین‌المللی ۲- اصول کلی حقوقی پذیرفته شده به وسیله ملل متمدن.

در این دو مورد نیز جوامع اسلامی ضمن اصرار بر یافتن راه تاثیر مناسب بر قواعد بین‌الملل و با مرعی داشتن قسط در روابط خویش با سایر دول، در پیدایش قواعد حقوق بین‌الملل عمومی نقش دارند و بدیهی است که در اینجا نیز به تحمیل قوانین خود نمی‌پردازند و اصل ماماشات را رعایت می‌کنند. بدین ترتیب این رشته از حقوق، دارای قوانین و احکامی است که وضع آنها به جامعه و گذار شده است. چگونه می‌توان ادعایی غیر از این داشت در حالی که حقوق بین‌الملل دارای منابع مافوق ملی (supranational) می‌باشد؟ تفویضی بودن احکام بین‌المللی در رابطه با تمام شاخه‌های آن صادق است، اعم از اینکه این احکام رابطه دولتهای اسلامی با سایر دولتها را مشخص کنند و یا اینکه رابطه این دولتها را با سازمانهای بین‌المللی تعیین نمایند. بنابراین حقوق سازمانهای بین‌المللی، حقوق دریاهای، حقوق هوایی، حقوق فضایی، حقوق معاهدات بین‌المللی، حقوق داوریه‌های بین‌المللی و ... همه دارای چنین احکامی می‌باشند. توضیح این نکته ضروری است که وقتی گفته می‌شود این احکام مفوضه می‌باشند منظور این است که حق وضع به جامعه اسلامی تفویض شده ولی در اینجا با مشارکت با غیرمسلمین چنین حقی اعمال می‌شود.

دوم: حقوق بین‌الملل خصوصی: به همان دلیلی که در فوق اشاره شد حقوق بین‌الملل خصوصی نیز در زیر عنوان احکام مفوضه جای می‌گیرد. آنجائیکه این حقوق ناشی از کنوانسیون بین‌المللی و منابع غیر داخلی می‌باشد بحث کاملاً به مبحث حقوق بین‌الملل عمومی نزدیک می‌شود. حتی زمانی که ناشی از قوانین داخلی می‌باشد، در جامعه اسلامی جهت وضع چنین مقرراتی رفتار متقابل سایر دول ملحوظ نظر قرار گرفته و براساس اصل «ماماشات» اتخاذ تصمیم می‌شود.

این مقررات که مربوط به روابط خصوصی افراد در صحنه بین‌المللی است با تمام

زیرمجموعه‌هایش اعم از تابعیت، اقامتگاه، وضعیت بیگانگان و خصوصاً تعارض قوانین از چنین خصوصیتی برخوردارند.

رعایت اوضاع و احوال جهانی در رابطه با وضع آنها، از مسائل اجتناب‌ناپذیر است. فراموش نکنیم که در صدر اسلام قضات در خصوص احوال شخصیه اهل کتاب، مکلف به رعایت قوانین شخصی خودشان بوده‌اند و بدین ترتیب حقوق بین‌الملل خصوصی جهت حل تعارض داخلی قوانین دارای سابقه‌ای طولانی در حقوق اسلام است.

سوم: حقوق امت اسلامی: این عنوان را ما برای طرح قوانین و مقررات راجع به روابط بین دول و ملل اسلامی انتخاب کرده‌ایم. در مرحله اول در این شاخه از علم، باید متذکر «حقوق بین‌الدول اسلامی» شد. انواع کنوانسیونهای اقتصادی، نظامی، فرهنگی و غیر آن که بین کشورهای اسلامی طبق قواعد اولیه اسلامی باید تنظیم و امضاء شود منبع این رشته محسوب می‌شوند. این رشته همچنین از مؤسسات و سازمانهای بین‌الدول اسلامی چون سازمان کنفرانس اسلامی نیز بحث می‌کند. اگرچه قواعد اولیه همچون «وجوب تعاون» و ... دلالت بر وجوب اقدام در این زمینه‌ها دارد، ولی محتوای این کنوانسیونها همگی موافق با اوضاع و احوال و با مذاکره تعیین می‌شوند و بدین وسیله از احکام مفوضه می‌باشند. در اینجا اصل «تقیه مدارات» جای اصل «مماشات» را می‌گیرد و بدین ترتیب اصل ارفاق و احسان در این رشته از حقوق جایگاه ویژه‌ای می‌یابد. از طرف دیگر در این شاخه از علم، از روابط بین افراد امت با تابعیت‌های مختلف بحث می‌کنیم. ما به جهت حفظ اصطلاحات اصیل اسلامی، عبارت «حقوق رعیت» را برای این رشته پیشنهاد می‌کنیم. در این رابطه اولاً کنوانسیونهایی که در زمینه حقوق بشر در اسلام تاکنون نوشته شده و یا بعداً تدوین خواهند شد بحث می‌شوند و خصوصاً پیش‌بینی قوانینی جهت اعطای پناهندگی به مسلمین مبعوض حکومتها لازم است و اقدام در جهت چنین امری از واجبات و از مصادیق «اهتمام به امور مسلمین» است. ثانیاً کنوانسیونهایی که تردد و روابط تجاری بین اتباع کشورهای اسلامی را تسهیل کند، مسئله تابعیت، اقامتگاه و وضعیت مسلمانان در کشور غیرمتبوع خودشان از کشورهای اسلامی را تنظیم نماید و از طرف دیگر به تدارک قواعد حل تعارض قوانین بپردازد، خصوصاً کنوانسیونهایی که قوانین مادی یکسانی را در زمینه‌های مختلف برای این کشورها تصویب کنند، در این رشته مورد بحث قرار گیرند.

بویژه اینکه حل مسئله تعارض قوانین در مورد کشورهای اسلامی در خیلی از زمینه‌ها به صورت متحد ساختن قواعد مادی میسر است.

ب : احکام مفوضه در محدوده حقوق داخلی

در رابطه با حقوق داخلی، موضوع، طبیعت متفاوتی می‌یابد. این بدان علت است که در رابطه با حقوق داخلی، جامعه مسلمین ملزم و مجبور نیست به «مماشات» با غیرمسلمین بپردازد، به دلیل اینکه قواعد صرفاً اسلامی و موافق با روحیات اسلامی بر مسلمانان حکومت میکند. این قوانین را در دو شاخه جداگانه حقوق عمومی و حقوق خصوصی بررسی می‌کنیم :

اول : حقوق عمومی : همانطور که پیش از این گذشت، اعمال حاکمیت از طرف دولت اسلامی مستلزم وضع قوانین خاصی است که اولاً دولت و تشکیلات آن را مشخص نماید و ثانیاً مقررات مالی، اداری، استخدامی دستگاههای عمومی را در برگیرد. ثالثاً اقتدارات لازم به دولت جهت تامین عدالت اجتماعی، حسن اجرای قوانین، برقراری نظم و امنیت عمومی، حفظ تمامیت ارضی و سوق دادن جامعه به طرف رشد و توسعه اعطاء نماید. اکثریت مطلق این قوانین در ذیل عنوان احکام مفوضه جای می‌گیرند، چراکه حقوق عمومی ناظر به روابط افراد از یک طرف و دولت و دستگاههای دولتی از طرف دیگر و با اینکه ناظر به روابط دستگاههای دولتی با یکدیگر است و بهر حال یکطرف قضیه دولت قرار دارد. این قانونگذاری در چارچوب احکام اولیه و ضمن رعایت قواعد کلی به وسیله جامعه اسلامی صورت می‌پذیرد. از احکام اولیه در این باب خصوصاً می‌توان از حرمت جان و مال افراد از تعرض‌های ناروای قوای حاکم نام برد. در وضع این قواعد باید تا حد امکان از ایجاد محدودیت نسبت به آزادیها و حقوق فردی پرهیز شود. در این زمینه یکی از صاحب‌نظران چنین می‌گوید: «در تبیین بسیاری از جزئیات مسائل نظام می‌توان از دو عنصر زمان و مکان بهره گرفت. آن چه که مسلم است این است که در نظام اسلامی باید شیوه‌های دقیقی برای تامین حداکثر اقتدارات دولت و حداکثر تأمین آزادیها و حقوق فردی پیش‌بینی شود و در عمل نیز کارآیی این شیوه‌ها تجربه گردد. اما معنی این سخن آن نیست که حتماً باید در آیه و حدیثی چنین شیوه‌هایی به صراحت ذکر شود...» (عمید زنجانی، عباسعلی، ولایت فقیه و مفهوم حاکمیت و آزادیهای سیاسی،

بنابر آنچه گذشت اکثریت مطلق احکام مطروحه در حقوق اساسی، حقوق اداری، حقوق مالیه عمومی و ... که ناظر به تشکیلات و مقررات سیاسی، اداری و مالی جامعه اسلامی می‌باشند از احکام مفوضه‌اند. در مورد حقوق جزا باید گفت که قواعد مربوط به سیاست جزائی و خصوصاً حقوق جزای عمومی در این ردیف جای می‌گیرند. با اینکه آئین دادرسی مدنی را رشته‌ای مختلط از حقوق عمومی و خصوصی خوانده‌اند، با اینحال احکام مفوضه قسمت اعظم قواعد آن را تشکیل می‌دهند. این امر در مورد آئین دادرسی کیفری که مسلماً از رشته‌های حقوق عمومی است از قطعیت بیشتری برخوردار است. تشکیلات دادگستری، وجود یا عدم وجود دادسرا و تفکیک مقام تعقیب و تحقیق از مقام صدور رأی در امور جزائی، وجود دادگاه‌های تخصصی یا وجود دادگاهی عام دارای صلاحیت‌های مختلف، همه و همه از احکام مفوضه‌اند و مطابق با اوضاع و احوال زمانی و مکانی می‌بایست راجع به آنها تصمیم گرفت. لزوم یا عدم لزوم پروانه وکالت برای وکلای دادگستری و نحوه کارآموزی آنها و تشکیلات مربوطه همه از همه از احکام مفوضه‌اند. استناد به قواعد وکالت مدنی در این خصوص به نظر نگارنده صحیح نیست زیرا وکالت دادگستری، خروج موضوعی از وکالت مدنی دارد و تخصصاً از ذیل این عنوان خارج است و بنا به استدلال فوق از احکام مفوضه است.

از این قبیل است قوانین و مقرراتی که قانونگذار جهت ترویج و توسعه امر تولید و تجارت و یا جهت تامین عدالت اجتماعی تصویب می‌کند و بنحوی می‌توان آنها را از حیطه حقوق خصوصی خارج دانست. از آنهاست حقوق بهره‌برداریهای صنعتی و زراعی، حقوق بازرگانی از این جهت که مقررات راجع به صادرات و واردات را در بر می‌گیرد، حقوق مالیاتی، حقوق گمرکی، قسمتی از حقوق بیمه و قسمتی از حقوق اراضی. مثلاً راجع به همین رشته اخیر، درست است که مالکیت ارضی از مسائل حقوق مدنی و بالتبع حقوق خصوصی است، ولی قانون اراضی شهری یا لویج و طرحهایی که جهت جلوگیری از تفکیک و تبدیل اراضی کشاورزی به مجلس شورای اسلامی پیشنهاد شده و بعضی و بعضی از آنها به تصویب رسیده‌اند، همچنین قوانینی مثل قانون نحوه واگذاری اراضی دارای ویژگیهای حقوق عمومی بوده، از احکام مفوضه می‌باشند.

دوم: حقوق خصوصی: در رابطه با حقوق خصوصی همانطور که گفتیم اصل بر اولیه بودن احکام مربوط به آن است. به خاطر همین است که «حقوق مدنی» که مهمترین و اصلی‌ترین رشته

حقوق خصوصی است عرصه بسیار تنگ و ناچیزی برای احکام مفوضه دارد و باز به همین دلیل است که تحول فقه و حقوق اسلامی در این زمینه چشمگیر بوده است. این تحول خصوصاً در زمینه حقوق تعهدات بیش از حقوق خانواده و حقوق اشخاص جلب نظر می‌کند. با اینحال حقوق خصوصی، تحت تأثیر قواعد حقوق عمومی، در بعضی از زمینه‌ها تغییر ماهیت می‌دهد و عرصه‌ای برای تحقق احکام مفوضه می‌گردد. بنا به استقراء انجام شده که ممکن است ناقص نیز باشد، به نظر نگارنده در دو مورد جامعه اسلامی دست به چنین کاری می‌زند:

۱- زمانی که جهت اجرای عدالت اجتماعی تغییر بعضی از قواعد حقوق خصوصی لازم آید. به عنوان مثال قواعد راجع به اجاره اماکن مسکونی علی‌القاعده مشمول قانون مدنی می‌باشند لیکن زمانی که اوضاع و احوال بنحوی است که موجد از قدرت خویش علیه مستاجر بهره می‌جوید و حمایت از مستاجر جهت اجرای عدالت اجتماعی ضروری است، قوانین حمایتی از مستاجر به تصویب می‌رسد. قوانین مربوط به اماکن تجاری نیز زمانی که برای دفاع از کسبه و پیشه‌وران در مقابل سوءاستفاده صاحبان املاک وضع می‌شود در این قسم جای می‌گیرند. همچنین در حقوق مصرف، مقرراتی که به نفع مصرف‌کنندگان و علیه سوءاستفاده تولید و توزیع‌کنندگان و یا کسبه، پیشه‌وران و عرضه‌دهندگان خدمات وضع می‌شوند از این قبیلند. اصولاً همه قراردادهای خصوصی مشمول قانون مدنی می‌باشند ولی اگر به علت احتیاج مصرف‌کنندگان، صاحبان کالا مبادرت به گنجاندن شرایطی در قراردادهای الحاقی و یا قراردادهای تیپ کنند و بدین وسیله مصرف‌کنندگان به جهت احتیاج، مضطر به قبول قرارداد شوند، اگرچه از نظر حقوق مدنی چنین قراردادی که با اطلاع و امضاء مصرف‌کننده منعقد شده، معتبر است، ولی جامعه جهت برقراری عدالت اجتماعی مبادرت به وضع مقررات و منع پیش‌بینی چنین شرایطی در قرارداد می‌کند. «حقوق کار» مهمترین رشته‌ای است که در این گروه جای دارد. در شرایط عادی رابطه بین کارفرما و کارگر تابع مقررات مربوط به اجاره اشخاص به نحو مذکور در قانون مدنی است. با این حال زمانی که پیشرفت صنایع و قدرت اقتصادی کارفرمایان این اجازه را به آنها بدهد که کارگران را با شرایط سخت و با دستمزد ناکافی، شرایط کار نامناسب، ساعات کار زیاد و گنجاندن شرایط غیرعادلانه در قرارداد کار به استخدام درآورده و از حق اخراج سوءاستفاده کنند، در این صورت است که جامعه جهت تأمین عدالت

اجتماعی مبادرت به وضع قوانین خاصی در زمینه «کار» می‌کند و حقوق کار تشکیل می‌شود. بنابراین مفاد قانون کار تا آنجائی که مقتضای عدالت اجتماعی قلمداد شود از احکام مفوضه است و نه از احکام ثانویه و مبتنی بر اضطرار.

۲- زمانی که جامعه اسلامی جهت تسریع و رونق امر تجارت، سامان بخشیدن به امور اقتصادی و نیز حمایت از امر تولید و توان اقتصادی جامعه، مجبور به تغییر قوانین عادی و پیش‌بینی مقررات ویژه‌ای در این رابطه شود. حقوق تجارت به معنای عام کلمه مصداق احکام مفوضه با خصوصیت فوق‌الذکر می‌باشد. در این رابطه وضع قوانین خاص راجع به تجار، شرکت‌های تجاری، اسناد تجاری، ورشکستگی تجار و امور تصفیه اموال آنها بطور ویژه قابل ذکرند. از طرف دیگر حقوق تجارت در معنای وسیع کلمه حقوق دریایی، حقوق حمل و نقل زمینی و هوایی، حقوق بیمه، حقوق مالکیت صنعتی، حقوق بانکی و ... را در بر می‌گیرد. علاوه بر آن با افزودن موارد مربوطه از حقوق مالیاتی، قوانین جزائی ذیربط، مباحثی از حقوق محاسبات، قسمت‌هایی از حقوق کار، حقوق اداری و حقوق اقتصادی اخیراً رشته‌ای بنام *droit des affaires* از مجموعه آنها تشکیل شده که می‌توان آن را به حقوق روابط تجاری ترجمه نمود. بطور کلی می‌توان گفت که جامعه جهت هماهنگی با روند توسعه اقتصادی کشور مختار به وضع قوانین مناسب در زمینه‌های فوق است.

بخش دوم: مرجع تصویب احکام مفوضه

خود این موضوع نیز به نوبه خود بستگی به اوضاع و احوال زمانی و مکانی دارد. آیات قرآنی که در بحث دلایل ذکر شد ظهور در تعلق این امر به همه مردم و تمام اتباع جامعه اسلامی دارد. مقتضای دلیل عقلی نیز همین است. در مورد دلائلی که از سنت نقل شد نیز اگرچه تصمیم‌گیری راجع به این امور به شخص خاصی واگذار شده و مثلاً راجع به مالک اشتر (ره) حضرت علی (ع) این اختیار را به شخص وی تفویض نموده‌اند، لیکن این نیز خود تفویضی از طرف جامعه مسلمین است. چونکه بیعت مردم به منزله تفویض این امر به سرپرست حکومت بوده که وی نیز به نوبه خویش حق تفویض به اشخاص را داشته است.

در زمان حاضر که فرهنگ و امکانات بشری به سطحی رسیده که تشکیل مجالس قانونگذاری

میسر شده، یکی از اصیل‌ترین راه‌های تصویب چنین احکامی، مجالس قانونگذاری می‌باشد. این امر ممکن است در مواردی به هیئت خاصی مانند هیئت دولت یا اشخاصی چون رهبر، رئیس جمهور، وزراء و نیز برای امور جزئی‌تر به مدیران و کارشناسان امر واگذار شود.

بنابراین طریق اصلی تصویب احکام مفوضه همه‌پرسی است. تصویب این امور را حسب مورد، جامعه می‌تواند به مجلس قانونگذاری قانون اساسی، مجلس قانونگذاری قوانین عادی و نیز مقامات اجرائی و علمی واگذار کند. بعنوان مثال، تعیین نوع حکومت با همه‌پرسی صورت بگیرد، قوای حاکم و اختیارات هر کدام توسط قوه قانونگذاری قانون اساسی تعیین شود، در رابطه با قوه مجریه، تعداد وزارتخانه‌ها را قانون عادی تعیین کند. هماهنگی بین وزارتخانه‌ها توسط هیئت وزیران صورت بگیرد. بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌های وزارتی توسط وزیر صادر شود و به همین منوال ممکن است این اختیارات به مقامات پایین‌تر تفویض شود.

نتیجه اینکه حق قانونگذاری در موارد متعددی به جامعه مسلمین تفویض شده است. این حق می‌تواند توسط اکثریت جامعه اعمال شود و یا با رعایت مصالح و مقتضیات زمانی و مکانی به مرجع یا مراجع و حتی اشخاص خاصی واگذار گردد. به این ترتیب و با امعان نظر به شرحی که گذشت حقوق اسلام، همراه و هماهنگ با تحولات اجتماعی و مقتضیات زمان حرکت می‌کند و از پویایی لازم در این خصوص برخوردار می‌گردد.