

عنوان پژوهش

در جستجوی نظریه‌ی قانونگذاری در آثار برخی از فقهای معاصر امامیه

شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۰۷۵

تاریخ: ۱۳۹۳/۵/۱۳



شناسنامه

عنوان:

در جستجوی نظریه‌ی قانونگذاری در آثار برخی از فقهای
معاصر امامیه

مؤلف:

حسین امینی پژوه

ناظر علمی:

حامد نیکونهاد

دفتر مطالعات قانون و قانون گذاری

شماره مسلسل: ۱۳۹۳۰۰۷۵

تاریخ انتشار: ۱۳۹۳/۵/۱۳

پژوهشکده شورای نگهبان



فهرست مطالب

چکیده.....	۲
مقدمه.....	۳
۱. مراتب حکم.....	۶
۱-۱. مرتبه تشریع.....	۶
۲-۱. مرتبه کشف احکام شرع.....	۸
۱-۲-۱. روش کشف احکام شرع توسط فقها.....	۸
۲-۲-۱. احکام اولیه و ثانویه.....	۱۰
۳-۱. برنامه ریزی.....	۱۱
۱-۳-۱. حکم حکومتی.....	۱۲
۲-۳-۱. نقش مجلس در حکومت اسلامی.....	۱۸
۲. تحلیل حقوقی و شناسایی مفهوم قانونگذاری.....	۱۹
۱-۲. مفهوم قانونگذاری در حقوق اساسی.....	۲۰
۲-۲. امکان سنجی مفهوم قانونگذاری حقوقی در نظریه فقهی.....	۲۱
طرح شماره ۱.....	۲۴
جمع بندی و نتیجه گیری.....	۲۴
منابع.....	۲۶
یادداشت ها.....	۳۰

چکیده

قانونگذاری همواره از موضوعات مهم علوم سیاسی بوده و اخیراً در نظریه حقوقی و حقوق عمومی مدرن نیز مورد توجه قرار گرفته است. این موضوع در فقه و اصول اسلامی نیز به عنوان نظریه حقوقی اسلامی از اهمیت جدی برخوردار است. علاوه بر آن قانونگذاری از لحاظ عملی نیز در حکومت اسلامی دارای آثار بسیاری است. مسأله این مقاله، جستجو در نظرات برخی از فقهای معاصر برای کشف و تنقیح نظریه‌ای فقهی در موضوع قانونگذاری است. چنین نظریه‌ای می‌تواند متناظری برای نظریه قانونگذاری در نظریه حقوقی و حقوق عمومی مدرن باشد. این دسته از فقها در این موضوع دارای اشتراک نظر در بسیاری از مبانی و نتایج هستند، به نحوی که می‌توان در یک نگاه کلان نظریه واحدی را به همه آنها نسبت داد. بدین ترتیب این مقاله اولاً به استخراج نظریه‌ای در این موضوع از مجموع نظرات ایشان مبادرت ورزیده و در این راستا سه مرتبه حکم از منظر ایشان یعنی تشریع، تشخیص و برنامه‌ریزی را مورد بررسی قرار داده است. پس از آن به ارائه تعریفی از مفهوم سیاسی و حقوقی قانونگذاری پرداخته و آن را در نظریه فقهی مطرح شده مورد شناسایی قرار داده است. این مفهوم با آنچه که ایشان خود از آن به قانونگذاری تعبیر می‌کنند متفاوت بوده و منحصر در مرتبه برنامه‌ریزی شده است.

واژگان کلیدی:

نظریه قانونگذاری، مراتب حکم، تشریع، تشخیص، برنامه‌ریزی، قانونگذاری، حکم شرعی، حکم حکومتی.

مقدمه

اسلامیت، مهم‌ترین رکن و پایه یک حکومت اسلامی است و قوانین حداقلی‌ترین سطح اسلامی شدن و به عبارتی دیگر اولین و مهم‌ترین جلوه‌گاه این رکن در چنین نظام سیاسی است. از همین‌روست که امام خمینی (ره) حکومت اسلامی را فقط حکومت قوانین الهی می‌داند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲: ۶۲۳). لذا قانون و قانونگذاری در یک نظام سیاسی دینی از اهمیت بسیاری برخوردار است. اما در اندیشه حقوقی غرب هر چند جستجو برای رسیدن به یک نظریه قانونگذاری^۱ به صورت کامل امر بدیعی نیست و قانونگذاری به عنوان اولین دغدغه فیلسوفان از آریستول^۲ تا بنتام^۳ شامل هابز^۴، لاک^۵، منتسکیو^۶، روسو^۷ و کانت^۸ و تا مکاتب حقوقی که سرآمد آنها هنری سامنر مین^۹ است بوده، با این حال آنچه که امروزه شاهد آن هستیم نظریه‌ای نو ساخت است که نظریه حقوقی را از تمرکز بر موضوع دادرسی به موضوع قانونگذاری منتقل کرده و از رویکرد قاضی محوری به سمت مطالعه رفتار قانونگذار در حقوق و تحلیل‌های حقوقی جهت دهی کرده است (Flores, 2005: 27). این مطالعات در دوره متأخر با عنوان فلسفه قانونگذاری^{۱۰} نیز شناخته می‌شود و قانونگذاری را از ساحت دانش سیاسی به دانش حقوق منتقل کرده و آن را موضوعی برای مطالعه این رشته قرار داده است. این مطالعات به پرسش‌های مختلفی از جمله اعتبار هنجارها، معنای آنها و چارچوب نظام حقوقی پاسخ می‌گوید و به خصوص بر ساخت قانون توسط قانونگذار توجه دارد (Wintgens, 2002: 2). به دلایل مختلف از جمله رابطه‌ای که میان حکومت اسلامی و قوانین الهی در لسان امام خمینی (ره) بیان شد، می‌توان ادعا کرد که قانون و قانونگذاری در نظریه حقوق اسلامی نیز نقشی محوری داشته و می‌تواند نقطه شروعی برای حل بسیاری از مسائل و پاسخ به بسیاری از پرسش‌ها در این زمینه باشد.

آنچه در اهمیت قانون و قانونگذاری بیان شد ما را به لزوم وجود نظریه‌ای بومی با استفاده از معارف اسلامی به خصوص مباحث فقهی رهنمون می‌سازد. نظریه‌ای که فراتر از مجموعه نظرات و گزاره‌ها، علاوه بر مستظهر بودن به ادله و برخورداری از حجیت، از انسجام درونی و کارایی بیرونی نیز برخوردار باشد. هر چند می‌توان به صورت پراکنده در تراث فقهی امامیه کلیاتی را در این زمینه یافت، با این حال بحث از این موضوع در آثار فقها بیشتر مربوط به دوره معاصر و آغاز نهضت برای تشکیل حکومت دینی است که منجر به

تأسیس نظام جمهوری اسلامی ایران شد. مسأله این مقاله، جستجو در نظرات برخی از فقهای معاصر برای کشف و تنقیح نظریه‌ای در موضوع قانونگذاری در فقه امامیه است. چنین نظریه‌ای می‌تواند متناظری برای نظریه قانونگذاری در نظریه حقوقی و حقوق عمومی مدرن باشد. این دسته از فقها که در مباحث مربوط به این موضوع در بسیاری از مبانی و نتایج دارای اشتراک نظر هستند، عبارتند از آیة الله عبدالله جوادی آملی، آیة الله جعفر سبحانی تبریزی، آیة الله لطف الله صافی گلپایگانی، آیة الله ناصر مکارم شیرازی و آیة الله حسینعلی منتظری.

هر چند کمتر می‌توان حتی دو فقیه را یافت که به صورت مطلق در موضوعات مختلف دارای نظرات و آرای یکسانی باشند، با این حال این امکان وجود دارد که نه در سطح رأی و نظر جزئی بلکه در سطح نظریه بر مبنای وجود برخی شباهت‌ها در خطوط کلی، مجموعه نظرات آنها را در یک گروه دسته بندی کرده و نظریه واحدی را به همه آنها نسبت داد. این تشابه را در سطوح فقهی و حقوقی به خصوص در موضوع حکم حکومتی و کارکرد مجلس در نظام حقوق اساسی می‌توان رصد کرد. البته وحدت نظر ایشان را در بسیاری از مسائل می‌توان به صورت ریشه‌ای‌تر نه در صرف پذیرش بلکه بر تأکید ایشان بر گزاره‌های کلامی خاصی نظیر انحصار تشریع در خدا، خاتمیت، جهانشمولی، ابدیت و جامعیت شریعت یافت که می‌توان از آنها به عنوان مبانی کلامی برای این دست از مباحث فقهیشان نام برد.

اهمیت مسأله این پژوهش در چند امر نهفته است. بخشی از اهمیت آن مربوط به موضوع محوری این مقاله یعنی قانونگذاری است که به توجه بیش از پیش به آن در نظریه حقوقی مدرن و نیز اهمیت دو چندان آن در یک حکومت دینی اشاره شد. جنبه دیگر به استخراج و استنباط نظریه و نه صرف احکام جزئی از نصوص فقهی برمی‌گردد که به سبب مواجهه ناگزیر ما با نظریه‌های غیر بومی در سده گذشته و لزوم بهره‌گیری از منابع معرفتی بومی در حل مسائل داخلی جمهوری اسلامی ضروری است؛ نظریه‌هایی که می‌تواند متناظری برای نظریه‌های مدرن از جمله نظریه قانونگذاری باشد. چنین نظریه‌ای می‌تواند ضامن اسلامیت نظام جمهوری اسلامی به عنوان مهم‌ترین پایه و رکن این نظام باشد. ضمن اینکه بیان این مجموعه نظرات در قالب نظریه می‌تواند امکان مقایسه و تطبیق آن را با دیگر نظریه‌های فقهی مشابه در این زمینه تسهیل کرده و نیز به توسعه و رفع ایرادات احتمالی آن کمک کند. توجه به شخصیت‌هایی که این پژوهش به دنبال استخراج نظریه از مجموع

نظرات آنهاست نیز بعد دیگری از اهمیت آن را آشکار می‌کند؛ چرا که همه از مراجع تقلید شیعه در دوره معاصر هستند که این امر می‌تواند بیانگر اصالت فقهی نظرات ایشان باشد. علاوه بر آن، همه جزو نمایندگان مردم در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی سال ۱۳۵۸ (خبرگان قانون اساسی) بوده^{۱۱} و عمدتاً نقش مؤثری در آن ایفا کرده‌اند.^{۱۲} استخراج نظریه قانونگذاری از آراء و نظرات ایشان می‌تواند موجب آشنایی بیشتر جامعه حقوقی و دانشگاهی با دیدگاه طیف اثرگذاری از نمایندگان این مجلس که اغلب از شاگردان امام خمینی (ره) بوده‌اند شده و شاید بتواند ما را در فهم مراد قانونگذار اساسی و شناخت دقیق‌تر زوایای پیدا و پنهان قانون اساسی در مقام تفسیر اصول آن کمک کند.

بنابراین پرسش مقاله حاضر عبارت است از اینکه آیا می‌توان از بیان مجموع خرده نظرات این گروه از فقها به نظریه‌ای در موضوع قانونگذاری که متناظری برای نظریه قانونگذاری مدرن باشد دست یافت یا خیر. پاسخ به این پرسش خود مستلزم اثبات دو ادعا است. اول می‌بایست امکان اطلاق عنوان نظریه بر مجموع نظرات ایشان ثابت شود. این امر از طریق بیان منسجم مجموعه نظرات ایشان قابل دست‌یابی است. اما ادعای دوم ناظر بودن این نظریه بر موضوع قانونگذاری است. این ادعا که به نظر دشوارتر می‌رسد از راه شناسایی مفهوم حقوقی قانونگذاری مدرن در اندیشه ایشان دست‌یافتنی خواهد بود. به عبارت دیگر می‌بایست وجود چنین کارکردی^{۱۳} را که در ظاهر از سوی فقهای مورد نظر در این مقاله برای حکومت اسلام نفی شده است در نظرات ایشان مورد اثبات قرار داد. علت دشواری اثبات ادعای دوم آن است که می‌بایست بین فقه و حقوق پیوندی برقرار نمود و نسبت میان مفاهیم این دو را با یکدیگر مشخص کرد؛ چه اینکه بی‌توجهی به تفاوت مفاهیم و واژگان در ادبیات این دو در بسیاری از موارد می‌تواند راهزن فکر بوده و به اندیشه‌ورزی در این حوزه آسیب بزند. مفهوم «قانونگذاری» به عنوان مفهوم کلیدی این پژوهش از این حیث دارای اهمیت بیشتری است؛ چرا که خلط میان این دو رشته در کاربرد آن بسیار بارزتر و واجد آثار عملی جدی‌تری می‌باشد.^{۱۴}

به هر روی، هدف این مقاله پاسخ به پرسش یاد شده از طریق اثبات دو فرضیه پیش‌گفته است. برای رسیدن به این هدف در بخش اول مقاله، مراتب حکم^{۱۵} از منظر ایشان به صورت منسجم و در قالب یک نظریه بیان می‌شود. این مراتب بر اساس یک تقسیم کلان از حیث فاعل آن مرتبه و نیز نتیجه حاصل از آن مرتبه که در قالب نوعی از احکام حاصل

می‌شود، عبارت است از مرتبه تشریع احکام الهی، مرتبه تشخیص و یا کشف این احکام و مرتبه آخر مرتبه برنامه‌ریزی بر اساس آن احکام که به ترتیب اختصاص به خدا، فقها و مجتهدان و در نهایت مجالس نمایندگان^{۱۶} دارد. اما در بخش دوم در تحلیل حقوقی ابتدا مفهوم قانونگذاری در ادبیات حقوقی تبیین شده و پس از آن وجود چنین مفهومی در این نظریه فقهی امکان سنجی خواهد شد.

۱. مراتب حکم

۱-۱. مرتبه تشریع

اولین مرتبه‌ای که برای حکم قائل شده‌اند مرتبه تشریع است. «تشریع» را در اصطلاح کلامی، داخل کردن چیزی در دین که می‌دانیم در آن نیست یا خارج کردن چیزی از آن که می‌دانیم جزو آن است دانسته‌اند. در تعریفی دیگر و در معنایی موسع‌تر تشریع داخل کردن آنچه که نمی‌دانیم از دین است در دین دانسته شده و نه داخل کردن آنچه که صرف علم بر عدم داخل بودن آن در دین است. این مفهوم نسبت به مفهوم «بدعت» اخص است. همچنین بر خلاف «قول بغیر علم» تنها مختص به احکام می‌باشد و نه اعتقادات و حوادث تاریخی (سبحانی، ۱۴۱۵ق، ج ۴: ۶۰ و ۶۱). با این حال این تعریف از تشریع بعد از آن مطرح می‌شود که این عمل را تنها مختص به خدا دانستیم. زیرا اعتقاد بر آن است که تشریع به جهت ایجاد محدودیتی که برای فرد و جامعه ایجاد می‌کند، منحصر در خدای متعال است که از آن با عنوان توحید در تشریع هم یاد می‌شود و خود از فروع توحید در ربوبیت الهی است (سبحانی، ۱۴۱۱ق، ج ۲: ۸۱) و با چنین مبنایی، طبیعی است که نفی آن مستلزم شرک به خدا است (صافی گلپایگانی، ۱۳۹۰ب: ۱۱۱).

اما تشریع به غیر از مرجع آن از نظر محصول و نتیجه حاصل از آن نیز قابل بررسی است. تشریع از این حیث مرتبه‌ای است که منجر به نزول احکام شرع یا شریعت می‌شود. این احکام که از آن به احکام الهی هم تعبیر شده است (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۶۳۲) مجموعه تعالیم اخلاقی و اجتماعی هستند که امکان تغییر در آنها با مرور زمان و دگرگونی در اجتماعات و تکامل امت‌ها وجود دارد. به همین علت است که می‌توان شریعت را به لفظ جمع هم استعمال کرد، چنانچه در قرآن نیز به تعدد شرایع اشاره شده است^{۱۷} (سبحانی، ۱۴۰۰ق: ۵۴). شریعت دربردارنده خطوط جزئی در فروع احکام و در بردارنده آموزه‌های

عملی بوده و لذا با دین که بین همه انبیا (ع) مشترک است و در بردارنده خطوط کلی و مسائل مرتبط با عقیده انسان در مورد خدا و صفات و افعال اوست متفاوت می‌باشد^{۱۸} (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۵۹۱ و سبحانی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۲۹۹).

هر چند تعاریف فوق از تغییر پذیری شریعت سخن به میان آمد، با این حال توجه به این نکته لازم است که بر اساس اعتقاد به گزاره‌های کلامی خاتمیت، جهانشمولی و ابدیت شریعت، شریعت پیامبر اکرم (ص) آخرین شریعت و کامل‌ترین شریعت است و هر چند شک در امکان نسخ بعضی از احکام در عصر رسالت وارد است، ولی شک در نسخ اصل شریعت و یا بعضی از آن بعد از رسالت مخالف با آن چیزی است که بین مسلمانان امری ضروری شناخته شده است (صافی گلپایگانی، ۱۴۲۸ق، ج ۳: ۲۵۱). به تعبیر دیگر احکام شریعت همان احکام ثابت الهی است که در این معنا در مقابل احکام متغیر قرار دارد که اختیار آن به دست حاکم اسلامی است (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ۲۰). از این دسته از احکام -در لسان برخی از این فقها- با الگوگیری از ادبیات حقوقی و البته در معنایی متفاوت با آن به «قوانین» هم تعبیر شده است، در مقابل «مقررات» که عبارت است از احکام متغیر (سبحانی، ۱۴۲۸ق: ۱۶۵ و سبحانی، ۱۳۶۴: ۳۴۹) و از آن در قسمت برنامه‌ریزی سخن به میان خواهد آمد.

هر چند از ولایت تشریعی پیامبر (ص) و ائمه (ع) هم سخن به میان می‌آید، با این حال از منظر این دسته از فقها این ولایت در هر معنایی اعم از تفویض احکام، مرجعیت در فتوا و یا ولایت در اجرا باشد به هر حال چیزی متفاوت با تشریع است و پیامبر (ص) و ائمه (ع) تنها آورنده، مبین، مفسر و شارح قوانین الهی هستند و نه مشرّع آن (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ج ۱۷: ۸۸).

اما مهم‌ترین نکته در این بخش آن است که در ادبیات کلامی و فقهی ایشان، واژه «تشریع» مترادف با واژگانی نظیر «تقنین»، «قانونگذاری» و یا «وضع قانون» به کار رفته و از همه آنها معنای مشترکی اراده شده است که توصیف آن گذشت (مکارم شیرازی، ۱۳۴۶: ۵۸، سبحانی، ۱۴۱۹ق ب: ۲۸، صافی گلپایگانی، ۱۳۹۰الف: ۲۲، جوادی آملی، ۱۳۸۷ب: ۱۴۴، منتظری، ۱۳۸۷الف: ۴۲۷)^{۱۹}. نتیجه آنکه در اندیشه آنان تأکید بسیار بر این است که قانونگذاری، تقنین و یا وضع قانون -در معنایی که بیان شد- تنها اختصاص به خدای متعال دارد و حتی پیامبر اکرم (ص) و ائمه (ع) نیز از چنین صلاحیتی برخوردار نیستند.

۱-۲. مرتبه کشف احکام شرع

بعد از تشریع احکام الهی و ابلاغ آن از سوی پیامبر اکرم (ص) نوبت به کشف و استخراج این احکام از ادله و یا منابع آن می‌رسد. ائمه (ع) که بنابر بسیاری از روایات هر آنچه نقل می‌کنند روایت از رسول خدا (ص) و از سنت اوست (بروجردی، بی‌تا، ج: ۱، ۱۲۶)، احکام را یا از طریق نقل از رسول خدا (ص)، یا نقل از کتاب علی (ع)، یا از طریق استنباط از کتاب و سنت و یا از طریق اشراقات الهیه که علوم خاصی است که خداوند به برخی از بندگان داد است بیان می‌کنند (سبحانی، بی‌تا، ج: ۳۴۶ تا ۳۵۱). اما فقها و مجتهدین این مرتبه را با روش خاصی انجام می‌دهند که از آن به اجتهاد یاد می‌شود. نتیجه حاصل از این فرآیند، کشف و استخراج احکام ثابت شرعی است. تفاوت احکام شرع استنباط شده در این مرتبه با مرتبه قبل خصوصاً زمانی که توسط فقها و مجتهدین و نه معصومین (ع) استخراج می‌شوند آن است که احکام شرع در مرتبه قبل همان احکام نفس الامری هستند بدون اینکه امکان خطا و اشتباه برای آنها باشد، در حالی که در این قسمت امکان اشتباه به نحوی که می‌آید برای غیر معصومین (ع) هست. این احکام در مهم‌ترین تقسیم‌بندی ارائه شده از آنها در فقه و اصول به احکام اولیه و ثانویه دسته بندی می‌شود. در ادامه ابتدا به اجتهاد به عنوان روش مورد استفاده فقها در این مرتبه و سپس به تفکیک بین احکام اولیه و ثانویه اشاره خواهد شد.

۱-۲-۱. روش کشف احکام شرع توسط فقها

به استنباط احکام شرعی از ادله با شرایط ویژه‌ای که در اصول فقه بیان شده است اجتهاد می‌گویند. لزوم اجتهاد از طرفی ناشی از خاتمیت و جامعیت شریعت و از طرف دیگر ناشی از محدود بودن حوادث و رخدادها در زمان پیامبر اکرم (ص) است (سبحانی، ۱۳۸۵: ۲۶۵). در تعریفی دقیق‌تر اجتهاد عبارت است از نهایت تلاش در استنباط احکام شرعی از منابع معین آن (سبحانی، ۱۴۰۲ق، ج: ۳، ۲۹۲). ادله یا منابع و یا به تعبیر رایج‌تر نزد اهل سنت، مصادری که مجتهد در استنباط احکام شرعی بر آنها تکیه می‌کند از نظر شیعه امامیه عبارت است از کتاب، سنت، اجماع و عقل (سبحانی، ۱۳۷۹ب: ۹). فقها و مجتهدین این شأن را به عنوان مفتی و مرجعیت در تقلید انجام می‌دهند و نه به عنوان حاکم. متناسب با این جایگاه، آنچه که در بیان احکام شرع از ایشان صادر می‌شود «فتوا» نامیده می‌شود که نتیجه اجتهاد مجتهد و رأی او از ادله بوده و با «حکم» متفاوت است (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ۲۰). این امر موجب می‌شود که مفاد آن فتوا تنها برای مقلدین آن مرجع تقلید لازم

الاتباع بوده و سایرین تکلیفی نسبت به انجام آن نداشته باشند. اما در مورد حکم در قسمت برنامه‌ریزی توضیحاتی داده خواهد شد.

تمایز اجتهاد با مرتبه پیش از آن حائز اهمیت است. اجتهاد که بدان تشخیص، استنباط و یا کشف احکام هم می‌گویند با تشریع که مختص خداست متفاوت است (جوادی آملی، ۱۳۸۴، ج ۴: ۴۵۷). اجتهاد مورد قبول از منظر فقه امامیه که همان استنباط احکام شرعیه فرعیه است امری غیر از قانونگذاری است. این برداشت از اجتهاد مخالف با برداشتی است که اهل سنت از آن دارند. ایشان معتقدند که اهل سنت منابع مصادر تشریع را کتاب، سنت و اجماع دانسته و پس از آن از استنباط و اجتهاد استفاده می‌کنند و بر اصولی تکیه می‌کنند که در رأس آن قیاس است (سبحانی، ۱۳۸۳: ۲۳۹). اهل سنت اجتهاد را بیشتر به این معنا تفسیر می‌کنند که فقیه باید در مسائلی که در شرع برای آن حکمی نیامده است تشریع حکم کند که نتیجه خود را در موارد غیر منصوص گذاشته و منجر به قانونگذاری در آن حوزه می‌گردد (مکارم شیرازی، ۱۳۶۴: ب: ۳۸). به عبارتی دیگر اجتهاد از سوی اهل سنت به جای وسیله بودن در راستای رسیدن به معرفت، تبدیل به منبعی از منابع حکم می‌شود و از نظر ایشان در چنین صورتی فقیه به جای اخبار از قوانین خود به قانونگذار تبدیل می‌شود (سبحانی، ۱۴۱۷ق الف: ۲۴۸). به وجود آمدن این مشکلات بوده است که اهل سنت را مجبور کرده که بر خلاف شیعه به بستن باب اجتهاد اقدام کنند (مکارم شیرازی، ۱۳۶۴: ج: ۳۹).

نکته‌ای که بیان آن خالی از لطف نیست و در شناخت شأن ائمه (ع) و فقها در این مرتبه ضروری است، تفاوت ایشان در روش بهره‌گیری از تشریع الهی است. برای فهم این تفاوت، توجه به تفکیک دیگری میان دو مفهوم «وحی» و «نقل» لازم است. «وحی» امری مجرد و مصون از خطا و اشتباه است (منتظری، ۱۳۸۷: ب: ۳۲) و «نقل» الفاظی است که ما را به آن حقیقت متصل می‌کند. تنها معصومین (ع) هستند که مستقیماً با حقیقت آن محتوا و مضمون ارتباط دارند، در حالی که فقها و مجتهدین در استنباط احکام با نقل مرتبطند که عبارت است از الفاظ حاکی از محتوای وحیانی (جوادی آملی، ۱۳۹۰: ب: ۳۴). نتیجه اینکه معصوم در اثر کشف و شهود حقایق یا تلقی معصومانه از معصوم قبلی و براساس قطع مطابق با واقع حکم می‌دهد اما فقیه عادل بر اساس استنباط از ادله ظنی که احتمال خطا و اشتباه در آن هست اجتهاد می‌کند. از این‌روست که آراء فقها می‌تواند با هم متفاوت باشد. البته براساس قول به تخطئه بر خلاف قائلین به تصویب - چنانچه مجتهد جامع شرایط

پس از تلاش و کوشش بدون اینکه تقصیری مرتکب شود حکم یا فتوایی را مخالف با واقع صادر کند معذور است (جوادی آملی، ۱۳۹۰ الف: ۱۳۴).

۱-۲-۲. احکام اولیه و ثانویه

در فقه و اصول تقسیم‌بندی‌های متعددی از احکام صورت گرفته است که یکی از مهم‌ترین آنها تقسیم احکام شرع به احکام اولیه و ثانویه است. اهمیت این تقسیم به خصوص در مقاله حاضر از آن روست که در فقه سیاسی آثار بسیاری بر آن مترتب می‌باشد و چه بسیار از موضوعات اجتماعی که حکم اولیه آنها به دلایل متعدد در ظرف اجتماع تغییر کرده و حکم ثانویه‌ای بر آن بار می‌شود. علاوه بر آن عموماً از سوی فقها و خصوصاً از سوی فقهای موضوع این پژوهش مفهوم حکم حکومتی که از مهم‌ترین مفاهیم در فقه سیاسی و به خصوص موضوع قانونگذاری است در نسبت با این دو دسته از احکام فهم می‌شود.

تقسیم احکام شرع به اولیه و ثانویه از جهت عناوین اولیه یا ثانویه‌ای است که بر موضوعات آن احکام عارض می‌شود. اگر این عنوان ثابت باشد و از عوارض و فوریت‌هایی نباشد که احکام را تغییر دهد عنوان اولی و اگر از عارضه‌ها و فوریت‌هایی باشد که گاهی با موضوعات پیوند می‌خورد و حکم آن را تغییر می‌دهد عنوان ثانوی است.^{۲۰} (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۵۰۲). نکته مهم در احکام ثانویه توسعه‌ای است که در تعداد عناوین این احکام داده شده است. از نظر ایشان، عناوین ثانویه برخلاف آنچه که بسیاری نقل می‌کنند منحصر در ضرورت و اضطرار نیست (مکارم شیرازی، ۱۳۶۶ الف: ۱۴). برخی از آنان این عناوین را تا هفت مورد برشمرده‌اند که عبارت است از ضرورت و اضطرار، ضرر و ضرار، عسر و حرج، تقيه، مقدمه واجب یا حرام، اهم و مهم در تراحم و مصالح عامه مسلمین (سبحانی، بی تا ب: ۱۹) و برخی دیگر بدون حصر تعداد آنها با اذعان به تعدد آنها مواردی چون لزوم حفظ نظام، امر و نهی پدر، نذر، عهد، قسم، تأدیب و تعذیر، قضای حاجت مؤمن، امر به معروف و نهی از منکر و دفاع از خود را هم از باب نمونه در شمار عناوین ثانویه آورده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۵۰۳ و ۵۰۹ و مکارم شیرازی، ۱۳۶۶ ب: ۱۸).

فارغ از تعیین نسبت دقیق میان احکام و عناوین اولیه با احکام و عناوین ثانویه از منظر هر یک از ایشان^{۲۱}، برخی از آنان تقدم عناوین ثانویه را بر عناوین اولیه در دو مقام دانسته‌اند: مورد اول جایی است که بین حکم واقعی اولی و حکم ثانوی تراحم به وجود می‌آید و حکم ثانوی بر اولی مقدم می‌شود. عمل فقیه در این مورد از باب استنباط و افتا دانسته شده است.^{۲۲}

اما مورد دیگر زمانی است که بین احکام واقعی تراحم ایجاد می‌شود (سبحانی، ۱۴۲۴ق: ۸۴). مورد اول مربوط به تعارض میان احکام است که بیان شد ولی مورد دوم در مقام عمل و تراحم دو حکم در اجراست که توضیحات آن در قسمت بعد می‌آید.

با اینکه احکام ثانویه در نظرات ایشان در موضوع قانونگذاری نقش محوری داشته و از اهمیت بسیاری برخوردار است، با این حال توصیه‌های جدی نسبت به استفاده صحیح از آنها شده است؛ از جمله پرهیز از افراط و تفریط در استفاده از آنها و نیز دخالت هوی و هوس در تمسک به این احکام. از نظر ایشان عمده مسائل با احکام اولیه قابل حل است. استفاده بیش از حد از احکام ثانویه به نوعی اعتراف به نقص احکام اسلام و عدم توجه آن به مصالح بشر در دوره کنونی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۵۱۰).

یادآوری یک نکته لازم است و آن، توجه به ثابت بودن و عدم تغییر احکام شریعت و یا احکام شرع تا روز قیامت است. اگر در احکام ثانویه نوعی از تغییر دیده می‌شود، این انعطاف به معنای تغییر اصل آن احکام نیست، بلکه چنانچه بیان شد ناشی از تغییراتی است که در موضوع پدید آمده و حکم ثابت ثانویه جدیدی را بر آن حمل می‌کند. به عبارت دیگر فرق است میان ثبات وجود یک حکم و ثبات در اجرا و اعمال آن حکم که منظور ما از ثبات احکام شرع ثبات اصل وجود آن است.

۳-۱. برنامه‌ریزی

به دو مرتبه از مراتب حکم یعنی مرتبه تشریع و بعد از آن کشف حکم اشاره شد. در این قسمت در جستجوی مفهوم قانونگذاری به مرتبه سوم که در ادبیات برخی از ایشان «برنامه‌ریزی»^{۲۳} نامیده شده است (سبحانی، بی تا، ج ۳: ۲۶۰، منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۶۱) اشاره می‌کنیم. از نظر آنان این مرتبه در حکومت اسلامی توسط مجلس نمایندگان انجام می‌شود، با این حال برخی از ایشان این مرتبه را نیز مستقیماً به ولی فقیه نسبت داده‌اند (سبحانی، ۱۴۱۷ق ب: ۳۰ و سبحانی، بی تا الف: ۳۱) البته برخلاف ظاهر این دو نظر، منافاتی میان آنها نیست زیرا این اختیار در فقه اصالتاً از آن فقیهی است که اعمال ولایت می‌کند و او به هر صورت آن را به نمایندگان و یا مجلس نمایندگان واگذار کرده است.

در این قسمت برخلاف مرتبه تشریع و استنباط که با احکام شرعی روبرو بودیم با احکام حکومتی مواجه هستیم که در کلام ایشان از آن به احکام حاکم، احکام حکومت، احکام سلطانی، احکام نظامیه، احکام اجرایی، احکام ولایی، احکام سیاسی و مقررات هم تعبیر شده

است. بنابراین به دست آوردن شناخت بیشتر نسبت به این مرتبه در گرو فهم بیشتر ما از احکامی است که در این مرتبه صادر می‌شود که همان احکام حکومتی هستند. به نظر می‌رسد آراء ایشان در این زمینه به وضوح وجوه ممیزه نظرات آنان را با سایرین مشخص می‌کند. از همین رو در این قسمت ابتدا به تعیین جایگاه و ماهیت حکم حکومتی از منظر ایشان اشاره خواهد شد و پس از آن نقش مجلس در اندیشه آنان مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۳-۱. حکم حکومتی

احکام حکومتی در یک تعریف حداقلی احکام موقتی است که اختیار آن اصالتاً به دست حاکم اسلامی و یا ولی فقیه در عصر غیبت است،^{۲۴} برخلاف فتوا که اختیار آن به دست همه مجتهدین و مراجع تقلید می‌باشد. فقیه این احکام را نه از باب مفتی و مرجعیت در تقلید بلکه به دلیل دارا بودن شأن ولایت صادر می‌کند. طبیعتاً با چنین وصفی این احکام نه تنها برای مقلدین بلکه برای عموم مسلمین الزام آور است. ولی فقیه می‌تواند این اختیار را به مجلس تفویض کند. در این قسمت برای شناخت بیشتر این احکام و زمینه سازی برای ارائه تحلیل حقوقی ابتدا جایگاه آن و سپس ماهیت آن را از منظر ایشان مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۱-۳-۱-۱. جایگاه حکم حکومتی

منظور ما از جایگاه حکم حکومتی تعیین جایگاه آن در منظومه احکام فقهی است. در فقه و اصول از انواع احکام و دسته‌بندی آنها بحث می‌شود. چنانچه از احکام واقعی در مقابل احکام ظاهری، احکام اولی در مقابل احکام ثانوی، احکام تأسیسی در مقابل احکام امضایی، احکام تکلیفی در مقابل احکام وضعی و مانند آن سخن به میان می‌آید. به همین ترتیب، منظور از تعیین جایگاه در اینجا آن است که مشخص شود این احکام در تقسیمات رایج در مقابله و مقایسه با کدام دسته از احکام شناخته می‌شوند. به عبارت دیگر به رغم اینکه ممکن است از یک مجموعه بر مبنای ملاک‌های مختلف تقسیم‌های گوناگونی ارائه داد و هر مجموعه‌ای را به صورت جداگانه قسیم و مقسم برای مجموعه‌های مختلفی در نظر گرفت به نحوی که از نظر منطقی ایرادی بر آنها وارد نباشد، با این حال تأکید ما در تقسیم به عمل آمده در این قسمت که به بیان آن می‌پردازیم شهرت و رواج آن است، هر چند آثار فقهی و حقوقی بسیاری نیز بر آن بار است که در تحلیل حقوقی به گوشه‌ای از آن اشاره خواهد شد. بدین ترتیب این امکان هست که احکام حکومتی بر اساس ملاک‌هایی دیگر مثلاً از لحاظ ماهیت و محتوا که در قسمت بعد توضیح داده می‌شود- در تقسیم

بندی‌های دیگری قرار بگیرد. هر چند در این قسمت به جهت کثرت ملاک‌ها به تک تک آنها به وضوح اشاره نمی‌شود، با این حال از بیان ویژگی‌های هر یک از احکام ملاک مورد نظر قابل برداشت خواهد بود.

در بیان مرتبه تشریع در مقابل احکام شریعت و یا احکام شرعی و یا احکام الهی از دسته دیگری از احکام نامبرده شد و خصوصاتی از آنها بیان شد. احکامی که از حیث برخی ویژگی‌ها در مقابل احکام شریعت قرار گرفته‌اند همان احکام حکومتی هستند که در این قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرند. این تقسیم رایج‌ترین تقسیمی است که می‌توان جایگاه احکام حکومتی را از آن دریافت. بدین ترتیب می‌توان گفت احکام حکومتی احکامی هستند که در مشهورترین تقسیم، قسیم احکام شرع قرار گرفته و در نتیجه ویژگی‌ها و اختصاصاتی را در مقابله با این دسته از احکام به خود می‌گیرند. در این صورت این پرسش قابل طرح است که مقسم این تقسیم چه خواهد بود. می‌توان مقسم این تقسیم را به صورت کلی احکام فقهی^{۲۵} نام نهاد که به نظر عام‌ترین عنوان برای مجموعه احکام خواهد بود.^{۲۶} به رغم وجود اشاراتی به این تقسیم در ابتدای مقاله، در این قسمت فهرست کاملی از انواع مقایسه‌ها، تفاوت‌ها و دوگانگی‌های میان این دو حکم که به صورت پراکنده در آثار ایشان مورد اشاره قرار گرفته است ارائه می‌شود تا از این طریق این فرضیه با استناد به آراء ایشان مورد اثبات قرار گیرد. به برخی از آنها در قسمت‌های قبل اشاره شده بود و در اینجا نیز برای جامع بودن این فهرست مجدد به بیان آنها می‌پردازیم.

الف- احکام شرعی احکام ثابتی هستند، بر خلاف احکام حکومتی که احکامی متغیر می‌باشند.

ب- از احکام شرعی تعبیر به قانون شده است در حالی که احکام حکومتی به جهت برخی ویژگی‌ها مقرر نامیده شده بودند.

ج- احکام شرعی در قالب فتوا بیان می‌شوند ولی احکام حکومتی به صورت حکم ظاهر می‌گردند.

د- فقیه به جهت برخورداری از شأن افتا و مرجعیت در تقلید احکام شرعی را از منابع آن استنباط می‌کند، در مقابل صدور احکام حکومتی به شأن و منصب ولایت او بر می‌گردد.

ه- احکام شرع تنها برای مقلدین آن مرجع الزام آور بوده در حالی که احکام حکومتی برای همگان الزام آور می‌باشند.

و- احکام شرعی به شأن ثابت انسان یعنی فطرت توحیدی و روح مجرد از ماده بر می‌گردد که فراتر از گذشته و آینده است و احکام حکومتی به شأن جسمانی انسان قابل بازگشت است که زمینی و زمانی است و به رابطه انسان با طبیعت مربوط است (جوادی آملی، ۱۴۱۲ق ب: ۳۸).

ز- لفظ «اطیعوا» در آیه ۵۹ سوره مبارکه نساء^{۲۷} بیانگر دو نوع اطاعت است که اولی اطاعت از خداست و دومی اطاعت از رسول و اولی الامر و اطاعت از رسول در مورد اول به رسالت او باز می‌گردد و در دومی به شأن ولایت (جوادی آملی، ۱۴۱۲ق الف: ۳۰).

ح- احکام شرعی و الهی که از سوی ائمه (ع) صادر می‌شود احکام ارشادی محض دانسته شده و در مقابل احکام حکومتی صادر شده از سوی ایشان از باب اعمال ولایت احکام مولوی در نظر گرفته شده است (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۱: ۳۵).

ط- حکم شارع بنفسه مستند به خدا دانسته شده با این حال احکام حکومتی اینچنین نبوده بلکه مستند به حاکم اعم از نبی (ص) و یا غیر از او می‌باشد، هر چند که جواز صدور حکم و حکومت کردن او و نیز وجوب اطاعت از او، از احکام ثابت شرعی غیر قابل تغییر می‌باشد (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ۲۰).

ی- حکم شرع مستقیماً از منابع برداشت می‌شود در حالی که حکم حکومتی حکم مستنبط از کتاب و سنت به صورت مستقیم نیست هر چند اساس ولایت از آن دو قابل برداشت است (سبحانی، بی تا، ج ۲۴: ۸۶).

ک- ورود و تخصص و یا حکومت و تخصیص در مورد حکم شرعی جاری است ولی این موارد چهارگانه در مورد احکام حکومتی جاری نمی‌باشد زیرا این احکام در محور ادله نمی‌باشد (جوادی آملی، بی تا: ۱۹۹).

ل- احکام شرعی احکامی کلی و عام هستند ولی احکام حکومتی احکامی جزئی می‌باشند هر چند جزئی اضافی است و نه جزئی حقیقی^{۲۸} (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۴۹۶).

م- بحث از احکام حکومتی همیشه بحثی موضوعی است در حالی که احکام شرعی به این صورت نمی‌باشند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۴۹۶).

تبیین نکته اخیر نیازمند توضیحات بیشتری است که در بحث از ماهیت این احکام در قسمت بعد به صورت روشن‌تری خواهد آمد.

۱-۳-۲. ماهیت حکم حکومتی

از مطالب قسمت قبل این نتیجه حاصل شد که در یک تقسیم‌بندی احکام فقهی -

بر اساس ملاک‌های مستنبط از ویژگی‌های یاد شده - به احکام شرعی و احکام حکومتی قابل تقسیم است. به عبارت دیگر می‌توان گفت که احکام حکومتی با در نظر گرفتن آن ملاکات در عرض احکام شرعی اعم از اولیه و ثانویه قرار می‌گیرند. با این حال چنین نتیجه‌ای می‌تواند متضمن این شبهه باشد که این احکام از حیث محتوا چیزی غیر از احکام شرعی هستند. امری که به شدت از سوی این گروه از فقها رد شده و مورد انتقاد قرار گرفته است. در واقع در این قسمت منظور از ماهیت احکام حکومتی همان محتوای آن احکام است. به نظر می‌رسد می‌توان نسبت به ماهیت این احکام با تعریفی که از آن بیان شد این فرضیه را مطرح کرد که احکام حکومتی از حیث محتوا و ماهیت چیزی جدای از احکام شرعی نیستند. به عبارت دیگر با توسل به ملاک محتوا و یا ماهیت می‌توان تقسیم‌بندی دیگری از احکام شرع و احکام حکومتی ارائه داد که بر مبنای آن احکام حکومتی قسیم احکام شرع نبوده بلکه خود قسمی از آن می‌باشند. با این حال به نظر می‌رسد با توجه به دوگانگی و اختلافات متعدد میان این دو نوع حکم که در قسمت قبل بیان شد بهتر و دقیق‌تر آن است که به جای نقض و تخطی از تقسیم مهم پیش گفته در فقه و قائل شدن به تقسیمی دیگر در این زمینه، اینطور بگوییم که احکام حکومتی از حیث محتوا در طول احکام شرع قرار می‌گیرند و نه در عرض آن، هر چند با هم متفاوت می‌باشند. در این قسمت با استناد به سخنان ایشان به اثبات این ادعا خواهیم پرداخت.

چنانچه از بیان سلسله مراتب حکم از منظر ایشان در این مقاله قابل پیش بینی است، حکم حکومتی از حیث محتوا و یا از حیث ماهوی در طول احکام شرعی اولیه و ثانویه قرار دارد و نه در عرض آنها. آیه الله مکارم شیرازی ضمن تأکید بر لزوم استفاده از احکام شرع اعم از اولیه و ثانویه در همه امور به عنوان وظیفه‌ای برای حاکم، در رابطه با ماهیت این احکام می‌گوید: «اینکه گاهی اوقات گفته می‌شود که حکم بر سه گونه حکم اولی، حکم ثانوی و حکم حکومتی است و حاکم مقید به احکام اولیه و ثانویه نیست بلکه برخوردار از حکم مستقل ولایی در عرض احکام اولیه و ثانویه است ناشی از خلط بین احکام تشریعی و احکام اجرایی است. نمی‌گوییم برای او حکم ولایی نیست بلکه چنین حقی برای او ثابت است اما نه در عرض آن دو بلکه در طول آنها (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۴۹۴)». در این سخن، ایشان با تأکید بر عدم خلط میان جایگاه این دو نوع حکم، از نظر ماهیت و محتوا معتقد است که احکام حکومتی در عرض احکام شرعی نیست بلکه در طول آنهاست. آیه

الله سبحانه نیز با صراحت به نسبت میان احکام حکومتی با احکام اولی و ثانوی اشاره کرده و این احکام را «در طول احکام اولیه و ثانویه» می‌داند و بر خارج نشدن حکم حاکم از چارچوب احکام اولیه و ثانویه تأکید می‌کند (سبحانی، ۱۴۲۴ق: ۸۶). آیه الله جوادی آملی نیز بدون ذکر احکام ثانویه مانند سایرین معتقد است: «همه آنچه که مستقیماً از ادله شرعی استفاده می‌شود حکم اولی اسلام است ... اما آنچه در مرحله بعدی قرار می‌گیرد مثلاً فقیه عادل از آن جهت که دارای سمت ولایت است شخصی را به مقامی نصب کرد و دستورهای او را لازم الاتباع دانست ... در طول احکام اولی اسلام است نه در عرض آنها» (جوادی آملی، بی‌تا: ۲۰۰). به عبارت دیگر نسبت میان احکام شرعی و احکام حکومتی از این حیث «نسبت اصل با فرع است و یا هدف با وسیله» (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ۲۰). قائل شدن به چنین ماهیتی برای حکم حکومتی به این دلیل است که ایشان در واقع این احکام را چیزی فراتر از حکم به اجرای احکام ثابت الهی اعم از اولیه و ثانویه نمی‌دانند، چنانچه آیه الله جوادی آملی در مورد احکام حکومتی می‌گوید: «حاکم اسلامی جهت اجرای احکام الهی بنابر مقتضیات اجتماعی اوامر و نواهی مختلف و متغیری را صادر می‌کند» (جوادی آملی، ۱۳۶۸: ۹۳). آیه الله منتظری نیز در عبارتی مشابه در بحث از احکام حکومتی می‌گوید: «جعل ولایت [برای فقها] با انگیزه جعل و تشریع [حکم از سوی ایشان] نیست بلکه با انگیزه اجرای آنچه خدا نازل کرده صورت گرفته است» (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۴: ۲۹۵).

این امر مهم گویی در نظرات ایشان به صورت پیش فرض وجود دارد که در ظرف اجتماع همواره بر موضوعات مختلف و پیچیده احکام گوناگونی قابلیت اجرا دارد و این ولی فقیه است که می‌تواند و باید تشخیص دهد که بر هر موضوع کدام حکم از لحاظ اهمیت باید جاری شود و در نتیجه از طریق حکم حکومتی حکم به اهم دهد. به همین دلیل است که در آراء ایشان تأکید بسیاری بر مسأله تزامم احکام در حوزه عمل و اجرا و نقش ولی فقیه نسبت به آنها مشاهده می‌شود. آیه الله جوادی آملی بعد از تأکید بر اینکه صدور حکم حکومتی دخالت در قانونگذاری نیست بلکه مربوط به اجراست در این رابطه بیان می‌کند: «اگر این قوانین [شرعی] بدون تزامم قابل اجرا باشند مشکلی وجود ندارد ... اما اگر اجرای یک قانون منجر به تزامم آن قانون با قوانین دیگر شد ولی فقیه براساس مصلحت نظام اسلامی و نیز بر اساس جایگاه هر حکم از نظر اهمیت، حکم برتر و مهم‌تر را مقدم می‌دارد و آن را اجرا می‌کند و حکم مزاحم با آن را به طور موقت و تا زمانی که

تزامم وجود دارد تعطیل می‌نماید و پس از رفع التزامم بلافاصله حکم تعطیل شده را به اجرا در خواهد آورد (جوادی آملی، ۱۳۹۰: ج ۲۴۷). آیه الله صافی گلپایگانی نیز مشابه با این نظر در مورد اجرایی بودن این احکام چنین می‌گوید: «احکام سلطانی که از سوی صاحب آن صادر می‌شود واجب است که برای اجرای احکام شرعی باشد و برای ترجیح بعضی از آنها بر برخی دیگر در موارد التزامم احکام و حقوق. پس این احکام قطعاً اختیاری را فراتر از حکم شرعی نمی‌دهد و تنها اختیار نسبت به حکم مهم وجود دارد که با حکم اهم حسب تشخیص حاکم به لزوم ترک حقی یا به جهت حفظ حقی و یا جهت مهم‌تری فرو گذارده شود (صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۱۷ و ۱۸)». برخی از ایشان بعد از اشاره به مسأله التزامم که از منظر ایشان خود یکی از عناوین ثانوی است، بر نقش سایر عناوین ثانوی هم در انتخاب اهم بر مهم و نهایتاً حکم به اهم تأکید کرده‌اند. آیه الله سبحانی در این زمینه معتقد است: «چنانچه بین برخی از احکام واقعی التزامم پیش آید به نحوی که اگر در حل مشکلات و حفظ حقوق دخالت نشود مفاسدی حاصل می‌شود، در اینجا نقش حاکم و فقیه جامع الشرایط متصدی منصب ولایت است که بعضی از احکام واقعی را بر بعضی دیگر مقدم کند؛ به این نحو که تشخیص دهد که مورد از صغریات کدامیک از دو حکم واقعی است»^{۲۹}. به عبارت دیگر هنگامی که التزامم بین احکام اولیه به وجود آید برخی را بر برخی دیگر در سایه عناوین ثانویه مقدم می‌کند (سبحانی، ۱۴۲۴ق: ۸۵).

در سخن اخیر از آیه الله سبحانی، به تطبیق صغریات بر کبریات اشاره شده بود. این عمل را می‌توان نقطه مرکزی و لب آن چیزی دانست که ایشان از آن به برنامه‌ریزی یاد کرده‌اند. منظور از تطبیق صغریات بر کبریات در واقع تطبیق موضوعات جزئی به عنوان صغریات است بر احکام کلی به عنوان کبریات، که در نتیجه آن حکم حکومتی - به عنوان حکمی که در حکومت اسلامی بر مبنای آن برنامه ریزی و نه قانونگذاری می‌شود - حاصل می‌شود. در همین زمینه آیه الله مکارم شیرازی نیز می‌گوید: «حکم ولایی حکم جزئی از ناحیه حاکم است که از تطبیق قوانین کلی الهی بر مصادیق جزئی آن حاصل می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۴۹۴)». همچنین آیه الله سبحانی با عبارتی دیگر در این رابطه اظهار می‌دارد: «حکم او [حاکم] به مقدم کردن یکی از دو کبرا [ی حکم کلی واقعی] در قالب اجرای احکام واقعی و مراعات و حفظ اهم و برنامه‌ریزی برای حفظ نظام و عدم اختلال آن است (سبحانی، ۱۴۲۴ق: ۸۶)». از این بیانات می‌توان معنای کلی بودن احکام شرعی اولی و ثانوی را در مقابل جزئی بودن

احکام حکومتی فهم کرد. همچنین است معنای آنچه که در قسمت قبل مبنی بر موضوعی بودن احکام حکومتی در مقابل حکمی بودن احکام شرع مطرح شد.

طبیعی است که اعتقاد ایشان در مورد ماهیت حکم حکومتی از این حیث که چیزی فراتر از احکام اولیه و ثانویه نیست زمانی در عمل موجه‌تر و پذیرش آن آسان‌تر به نظر می‌رسد که به توسعه‌ای که ایشان در عنوان و احکام ثانویه قائل شده‌اند مجدداً توجه شود. همانطور که در کلام ایشان به این مطلب اشاره شده و احکام ثانویه به عنوان مهم‌ترین اسباب حکومت اسلامی برای حل معضلات در نظر گرفته شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۵۰۳).

۱-۳-۲. نقش مجلس در حکومت اسلامی

در این قسمت به نقش منحصر به فردی که ایشان برای مجلس نمایندگان در حکومت اسلامی قائل هستند اشاره می‌شود. از آنچه که در مورد حکم حکومتی در قسمت قبل بیان شد و ارتباطی که با این مرتبه داشت فهم نقش و کارکرد مجلس آسان به نظر می‌رسد، زیرا به صورت خلاصه می‌توان گفت که از نظر ایشان کارکرد مجلس به عنوان یکی از کارویژه‌های تفویض شده ولی فقیه صدور حکم حکومتی است. ایشان حکومت اسلامی را مانند دیگر حکومت‌ها نیازمند «قوه تشریعی»^{۳۰} دانسته‌اند. با این حال اعتقاد آنان این است که این قوه که از طریق مجالس نمایندگان اعمال حاکمیت می‌کند در حکومت اسلامی کارکردی متفاوت با دیگر حکومت‌ها دارد. چنانچه گفته شد برخی از ایشان این کارکرد را «برنامه‌ریزی» نامیده‌اند. این اصطلاح را اولین بار امام خمینی (ره) در کتاب ولایت فقیه خود در دهه چهل به کار برده است و این دسته از فقها بعد از ایشان از آن استفاده کرده‌اند. از نظر او یگانه قدرت تقنینی و تشریعی خدای متعال است و مجلس در یک حکومت اسلامی بر خلاف دیگر حکومت‌ها «برنامه‌ریز» است و نه «قانونگذار» (موسوی خمینی، ۱۴۲۳ق: ۴۴). در همین رابطه توجه به سخنان آیه الله سبحانی در مجلس خبرگان قانون اساسی ۱۳۵۸ نیز قابل توجه است. او پس از اشاره به بند یک اصل دو قانون اساسی در مورد اختصاص حاکمیت و تشریع به خدا^{۳۱} در مورد کارکرد مجلس می‌گوید: «قوه مقننه را قبول داریم ولی نه به آن معنا که در کشورهای غیر اسلامی است که در حقیقت مجلس قانونگذار است، مشرع است... [بلکه] با توجه به قوانین اسلامی، طبق آن قوانین نیازها را تشخیص می‌دهد و مقررات را تصویب می‌کند» (سبحانی، ۱۳۶۴: ۵۴۷). علاوه بر تفاوت برنامه‌ریزی با تقنین، کارکرد مذکور -بنابر آنچه که آمد- با اجتهاد و کشف و استنباط احکام نیز متفاوت است،

بلکه برنامه‌ریزی با وصفی که گذشت در پرتو احکام شرعی مستخرجه از سوی فقها صورت می‌گیرد. از همین روست که همو به صراحت به این مطلب اشاره کرده و بیان داشته است: «احکام عام الهی از طهارت و حتی دیات از زمینه کاری طرح‌ها و لوایح و مقررات مجلس شورای اسلامی خارج است چرا که این احکام عادتاً به فقها به صورت مستقیم مرتبط است. پس احکام الهی نظیر احکام بیع بالاتر از آن است که در آن از جانب بندگان خدا در آن مناقشه شود و با تأییدی بر آن صورت پذیرد (سبحانی، ۱۴۱۷ق الف: ۲۵۲)». بنابراین باید گفت که از نظر آنان در حکومت اسلامی برخلاف دیگر حکومت‌ها نقش مجلس برنامه‌ریزی است و نه قانونگذاری. نتیجتاً این مطلب از نظرات ایشان قابل حصول است که هر چند در حکومت اسلامی مانند سایر حکومت‌ها از نظر اندامی^{۳۳} نهادی به نام مجلس وجود دارد با این حال از نظر کارکردی^{۳۴} در مقایسه با نمونه‌های خارجی خود در دیگر حکومت‌ها به وصفی که گذشت متمایز است.

دلیل اشتراک نظر یاد شده را می‌توان علاوه بر اشتراک نظر فقهی ایشان در موضوع حکم حکومتی در سطحی دیگر در اشتراک نظراتشان در مباحث کلامی به خصوص تأکید بر روی گزاره‌های کلامی خاصی دید. در مورد اخیر علاوه بر گزاره انحصار تشریع در خدای متعال که در سخن امام خمینی (ره) هم بیان شده و مورد تأکید ایشان است، گزاره کلامی دیگری با عنوان جامعیت شریعت هم قابل توجه است. این گزاره مبنایی کلامی برای این موضوع است و از نظر اصولی بدین معناست که هیچ حادثه‌ای خالی از حکم از سوی خدا نیست.^{۳۵} تأکید بر این گزاره به صورت‌های مختلف از جمله اصرار بر عدم وجود «منطقه الفراغ» در تشریع و یا حوزه «لا نص فیه» در آثار ایشان قابل مشاهده است.^{۳۶}

بر اساس مبنای کلامی و فقهی پیش گفته در مورد مجلس باید گفت که هیچ کس را جز خدا حق تشریع و تقنین نیست و تصرف در قوانین و تشریعات الهی «بدعت» است و چنانچه شخص یا نهادی چون مجلس بخواهد از این حق تجاوز کند و به خود و یا غیر خود حق تشریع و تقنین بدهد در این صورت چه اینکه این تصرف از باب افزودن و اضافه کردن باشد و یا کاستن و حذف کردن، همه آنها «بدعت» بوده و مبتدع خارج از چارچوب توحید در تشریع است (سبحانی، بی‌تا، ج ۴: ۱۲۶).

۲. تحلیل حقوقی و شناسایی مفهوم قانونگذاری

مباحث کلامی و فقهی این دسته از فقها در موضوع قانونگذاری به صورت منسجم و در قالب یک نظریه بیان شد و معنای آنچه که ایشان از آن به قانونگذاری تعبیر می‌کنند مشخص گردید. در این قسمت پاسخگویی به پرسش دوم مقاله مد نظر قرار خواهد گرفت. بدین ترتیب ابتدا مفهوم حقوقی قانونگذاری نه به صورت کامل بلکه تنها از آن بعدی که مورد نیاز این پژوهش است تبیین خواهد شد. پس از آن این مفهوم به نظریه فقهی مطرح شده عرضه و امکان وجود آن مورد سنجش قرار گرفته و نسبت آن با آنچه که این فقها در فقه مطرح کرده‌اند ارزیابی می‌شود.

۱-۲. مفهوم قانونگذاری در حقوق اساسی

آنچه که بیشتر در حقوق و فلسفه حقوق از آن بحث می‌شود مفهوم قانون است و مفهوم قانونگذاری عمدتاً به تبع تعریفی که از قانون می‌شود شناخته می‌شود. با این حال هدف ما در این قسمت بررسی کامل معنای قانون و سپس قانونگذاری نیست، بلکه به فراخور نیاز این پژوهش مستقیماً مفهوم قانونگذاری را به میان گذاشته و آن را تنها از جنبه فاعل و مرجع آن یعنی قانونگذار مورد شناسایی قرار می‌دهیم تا از پس آن بتوانیم به بهترین نحو مفاهیم دو رشته فقه و حقوق را به هم نزدیک ساخته و تفاوت میان آنها را نمایان سازیم و به عبارتی دیگر، به گونه‌ای بهتر نسبت میان آنها را با هم مشخص کنیم. به نظر می‌رسد این بعد از قانونگذاری به نحوی که می‌آید قدر متیقن معنای این مفهوم در فرهنگ سیاسی و حقوق اساسی می‌باشد.

در حقوق اساسی در بحث از کارکرد حکومت از عمل قانونگذاری به صورت کلی و به عنوان یک کارویژه مشخص سخن به میان می‌آید. کارکرد حکومت در واقع همان بروز و ظهور حاکمیت است که طبعاً از سوی قدرت سیاسی یکپارچه بر کلیت جامعه سیاسی اعمال می‌شود. آریستوت و بعد از او لاک و نیز منتسکیو هر یک بر مبنای خود کارکردهای سه گانه‌ای برای حکومت تعریف کرده و از آن جمله قانونگذاری را نامبرده‌اند. قانونگذاری، اجرا و قضا سه کارکردی است که قطعاً از امتیازات قدرت سیاسی بوده و در اصل تنها حکومت است که می‌تواند آن را اعمال کند (Oliva, 2009: 32). این امر به خصوص در جوامع سیاسی پیچیده امروزی از طریق نهادهای سیاسی خاص که پس از نهادینه شدن قدرت و در راستای توزیع آن شکل گرفته‌اند اعمال می‌شود. این امری است که در همه حکومت‌ها مجرا بوده و عقلای عالم به آن عمل کرده‌اند. بدین ترتیب قانونگذاری تنها بر آن عملکردی قابل اطلاق

است که از سوی قدرت سیاسی انجام گرفته تا تضمینی برای اجرای آن وجود داشته باشد. بنابراین می‌بایست قدر متیقن مفهوم قانونگذاری را - هر چند در معنایی شکلی و صوری و نه در معنایی ماهوی - صدور هنجار الزام آور از سوی حکومت دانست.

نکته دیگر برای فهم دقیق‌تر مفهوم قانونگذاری به خصوص از حیث مرجع آن اینکه به هر حال قدرت سیاسی در همه اشکال خود چیزی غیر از عامل انسانی نیست. به عبارت دیگر چه اینکه قانونگذار یک فرد واحد یا یک شورا یا عموم مردم و یا نمایندگان آنها در مجلس و یا غیر اینها باشد، به هر حال از نظر ماهیت انسان است. از همین روست که برای قانونگذار علاوه بر در نظر گرفتن دو شرط وحدت و صلاحیت، انسان بودن را هم ضروری دانسته‌اند و البته در بیانی دقیق این شرط منصرف از دیدگاه و تصمیمی است که فرد در ارتباط با هدف، منبع و مبنای قانون می‌گیرد. بنابر این فارغ از اینکه منبع قانون را وحی، عقل و یا طبیعت بدانیم و یا به همین صورت در مبنا و هدف قانون به نظرات مختلف معتقد باشیم، به هر حال منافاتی با انسان بودن مرجع قانونگذاری ندارد (راسخ، ۱۳۸۴: ۱۲۹ و ۱۳۲). بنابراین بر اساس آنچه گفته شد می‌توان چنین نتیجه گرفت که از نظر حقوقی آن چیزی قانونگذاری است که توسط قدرت سیاسی و حکومت یکپارچه صادر شده باشد که این قدرت هر چند در اشکال و نهادهای مختلف به اعمال حاکمیت می‌پردازد ولی به هر حال موجودی انسانی است.

۲-۲. امکان سنجی مفهوم قانونگذاری حقوقی در نظریه فقهی

در این قسمت با توصیفی که از قانونگذاری در معنای حقوقی بیان شد این مفهوم به نظریه فقهی پیش‌گفته عرضه و امکان قائل شدن به آن مورد سنجش قرار می‌گیرد. در بیان نظریه فقهی موضوع این پژوهش کراراً گفته شد که آنچه ایشان از آن به قانونگذاری تعبیر کرده‌اند تنها مختص خدا بوده و از سایرین حتی پیامبر (ص) و ائمه (ع) سلب شده است. اما در تبیین مفهوم حقوقی قانونگذاری با تأکید بر مرجع قانونگذاری یا قانونگذار به نقش قدرت سیاسی در آن و انسانی بودن آن قدرت تأکید شد. با این مقدمات برای شناسایی حقوقی این مفهوم در این نظریه فقهی باید در بین مراتب بیان شده در مورد احکام فقهی به جستجوی ایفای نقش از سوی قدرت سیاسی و عامل انسانی باشیم.

مرتبۀ اول را که مرتبه تشریع بود و در این نظریه از آن به قانونگذاری یاد شده بود نمی‌توان قانونگذاری به معنای حقوقی دانست، زیرا عامل انسانی در آن وجود نداشته بلکه تنها

اختصاص به ذات اقدس اله - سبحانه و تعالی - دارد که همه حاکمیت‌ها و قدرت‌های حقیقی و اعتباری متعلق به اوست. همچنین مرتبه دوم را نیز نمی‌توان از نظر حقوقی قانونگذاری دانست؛ زیرا همانطور که بیان شد اجتهاد در اختیار عموم فقها بوده و لزوماً منحصر در فقیه برخوردار از قدرت سیاسی یعنی ولی فقیه نیست. در این مرتبه با احکام کلی شرعی اعم از اولیه و ثانویه مواجه هستیم که این احکام بدون نیاز به صدور حکم از سوی ولی فقیه و فقط به صرف استنباط از سوی عموم فقها در جامعه لازم الاجراست؛ زیرا شارع مقدس خود مستقیماً به آنها حکم داده و اجرای آن را مقید به امر دیگری چون دستور حاکم یا قدرت سیاسی نکرده است. بنابراین هر چند نتیجه حاصل شده از اعمال این مرتبه اخبار و اعلام احکامی است که حتی لازم است به عنوان هنجار در جامعه لازم الاتباع باشد، با این حال از آنجایی که به این هنجارها از سوی قدرت سیاسی فرمان داده نشده است نمی‌توان آن را از نظر سیاسی و حقوقی قانونگذاری دانست، بلکه اجتهاد، استنباط، تشخیص و کشف حکم است و نه وضع حکم^{۳۷}. اما در مرتبه سوم از مراتب بیان شده یعنی مرتبه برنامه‌ریزی به وضوح نقش عامل انسانی معطوف به قدرت سیاسی قابل مشاهده است. در برنامه‌ریزی از میان احکام فقهی احکام حکومتی است که جریان دارد و این احکام، احکامی است که مستقیم از سوی حاکم اسلامی یا ولی فقیه و یا با ادبیاتی حقوقی‌تر مجلس نمایندگان یا مجلس شورا به عنوان نهاد سیاسی موظف به برنامه‌ریزی در یک حکومت اسلامی از قبل ولی فقیه صادر می‌شود و به عنوان یک هنجار در جامعه سیاسی اسلامی لازم الاجرا می‌باشد. به عبارت دیگر باید گفت به رغم اصرار صاحبان این نظریه مبنی بر عدم به کار بردن واژه قانونگذاری برای این مرتبه، با این حال به وضوح می‌توان در آن رنگ و بوی قانونگذاری را دید و این عملکرد به خصوص از حیث مرجع وضع چیزی جز قانونگذاری نیست.

توضیح بیشتر در این زمینه با تأکید بر نوع احکام اینکه چون احکام حکومتی در واقع تشخیص اهم و حکم به آن در زمان تراحم احکام در عمل و اجراست و نیز حکم به اجرای احکام کلی الهی بوده و تطبیق موضوعات بر احکام شرعی می‌باشد، لذا عامل انسانی در آن نقش تعیین کننده دارد، زیرا اوست که باید اهم را تشخیص داده و به اجرای آن حکم دهد. علاوه بر آن او این حق را هم دارد که بعد از انتخاب اهم، شیوه و کیفیت اجرای آن را نیز خود مشخص کند. به عبارت دیگر هر چند باید آن را با کبرای حکم شرعی و الهی مطابقت دهد، با این حال به جهت کلی بودن حکم شرعی و جزئی بودن موضوعات، در مقام عمل و

به لحاظ مادی اختیارات و انتخابات گسترده‌ای در دست اوست که چه بسا همه آنها با آن حکم کلی تطبیق داده شده و منافاتی با آن نداشته باشد. لذا او می‌تواند نسبت به آن موضوع در چارچوب آن احکام روشی را که صلاح می‌داند انتخاب و به اجرای آن حکم دهد. انتخاب حکم اهم در موارد تزامم به جهت محدود بودن گزینه‌های پیش رو نوعی قانونگذاری خفیف است؛ زیرا عموماً بین دو یا چند حکم کلی انتخابی صورت می‌گیرد ولی به نظر می‌رسد تعیین کیفیت اجرای حکم ثابت بهره بیشتری از اعمال حاکمیت در قالب قانونگذاری دارد. این نکته نیز لازم به ذکر است که هر چند این احکام را احکامی جزئی می‌دانند، با این حال جزئی بودن آنها منافاتی با اصل کلی بودن قواعد حقوقی ندارد؛ زیرا چنانچه بیان شد منظور از جزئی، جزئی حقیقی نیست بلکه جزئی اضافی مد نظر است و لذا احکام حکومتی نیز می‌تواند در غالب موارد به صورت نسبی از کلیت برخوردار باشد.

بر خلاف احکام حکومتی، احکام شرعی که مربوط به مرتبه دوم بود اینچنین نبوده و بسیاری از آنها با همان کلیت پس از استنباط از سوی فقها و بدون نیاز به طی فرآیند قانونگذاری و گذر از مجرای نهادهای قدرت سیاسی لازم الاجرا می‌باشد. هر چند حکومت موظف است که در محاکم بر اساس این هنجارها دادرسی کند و آنها را در جامعه اجرا کند، با این حال لازم الاتباع بودن آنها به سبب فرمان حکومت نیست بلکه مستقیماً از سوی خدا تشریع و توسط فقها و با روش اجتهاد استنباط شده است و نیازمند امر دیگری نیست.^{۳۸} اثر عملی منتج از این تفکیک آن است که تصویب احکام شرعی توسط مجلس تنها جنبه اعلامی، اخباری و کشفی دارد، همانطور که پیش از تصویب مجلس نیز این احکام لازم الاجرا بوده است، ولی در مورد احکام حکومتی اینطور نیست و مجلس در آن نقش تعیین کننده داشته و نقش آن قانونگذاری، تأسیسی و وضع هنجار است و تنها پس از فرمان اوست که این احکام الزام اجرایی می‌یابند (برای مشاهده چکیده‌ای از مطالب به طرح ش ۱ مراجعه کنید).



طرح شماره ۱

جمع بندی و نتیجه گیری

این پژوهش در دو بخش به مطالعه در موضوع قانونگذاری در اندیشه برخی از فقهای معاصر پرداخت. در بخش اول به بیان منسجم و هماهنگ مراتب حکم از منظر ایشان پرداخت و سه مرتبه تشریح که از آن به قانونگذاری، وضع قانون و تقنین هم تعبیر شده بود (۱)، کشف حکم که به آن اجتهاد، استنباط و تشخیص هم گفته شده بود (۲) و در نهایت برنامه‌ریزی را که تخطیط یا رسم الخطوط هم نامیده شده بود (۳) توضیح داد. همچنین برای فهم هر مرحله اولاً به مرجع و فاعل در آن مرتبه و نیز احکام منتج شده در هر مرتبه توجه داشت. اما در قسمت دوم ابتدا قانونگذاری را به معنای سیاسی و حقوقی با تأکید بر مرجع وضع مورد بررسی و در نهایت آن را به اندیشه فقهی طرح شده ارائه و امکان وجود آن را مورد سنجش قرار داد.

در نهایت باید گفت که اولاً مطالب فقهی یاد شده مبتنی بر مبانی کلامی خاصی بوده و

مجموع گزاره‌های آن از هماهنگی لازم برخوردارند. این مجموعه نظرات این قابلیت را داشته که به حل مسائل مختلفی که به آن ارجاع می‌شود بپردازد و پاسخگوی پرسش‌های به وجود آمده از نظامی که ارائه می‌دهد باشد. بدین ترتیب می‌توان آن را به عنوان یک نظریه پذیرفت. ثانیاً مفهوم قانونگذاری حقوقی در آن قابل شناسایی بوده و در واقع همانی است که در نظریه فقهی از آن به برنامه‌ریزی یاد شده بود. این مفهوم از لحاظ شدت و ضعف در موارد مختلف متفاوت بوده و قابل مقایسه با مفهوم سیاسی و حقوقی قانونگذاری می‌باشد.

نظریه قانونگذاری مطرح شده در این مقاله قطعاً تنها یکی از نظریه‌های فقهی در زمینه قانونگذاری است و می‌توان نظریه‌های دیگری را هم در فقه امامیه مورد شناسایی قرار داد. این امر موجب می‌شود آنها را از ساحت نظر خارج و به ورطه عمل بکشانیم و بر اساس آن مشکلات، مسائل و پرسش‌های حقوق اساسی را در نظام سیاسی جمهوری اسلامی حل کرده و پاسخ بگوییم. لذا این پژوهش اولین قدم در این عرصه بوده و لازم است اولاً به توسعه بیشتر این نظریه و ثانیاً به ارجاع مسائل و پرسش‌های مختلف به آن همت گمارید.

منابع

منابع فارسی

۱. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: چاپخانه مجلس شورای اسلامی با همکاری سازمان انتشارات انقلاب اسلامی، چاپ اول، ج ۱.
۲. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۸)، راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: چاپخانه مجلس شورای اسلامی با همکاری سازمان انتشارات انقلاب اسلامی، چاپ اول، ج ۴.
۳. بروجردی، حسین (بی تا)، جامع احادیث الشیعۀ، تهران: انتشارات فرهنگ سبز، ج ۱.
۴. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۶۸)، ولایت فقیه، رهبری در اسلام، بی جا: مرکز نشر فرهنگی رجاء، چاپ دوم.
۵. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۱)، دین شناسی، تحقیق و تنظیم محمدرضا مصطفی پور، قم: مرکز نشر اسراء، چاپ اول.
۶. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۴)، سرچشمه اندیشه، تنظیم عباس رحیمیان، قم: مرکز نشر اسراء، چاپ دوم، ج ۴.
۷. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۷ ب)، ولایت در قرآن، گردآوری و تنظیم مصطفی پور، قم: مرکز نشر اسراء، چاپ پنجم.
۸. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۸)، تفسیر موضوعی قرآن کریم، جامعه در قرآن، قم: مرکز نشر اسراء، چاپ دوم، ج ۱۷.
۹. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۹)، تسنیم، قم: مرکز نشر اسراء، چاپ اول، ج ۲۲.
۱۰. جوادی آملی، عبدالله (بی تا)، پیرامون وحی و رهبری، تهران: انتشارات الزهراء، چاپ سوم.
۱۱. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۷ الف)، نسبت دین و دنیا، بررسی و نقد نظریه سکولاریسم، قم: مرکز نشر اسراء، چاپ پنجم.
۱۲. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۰ الف)، شریعت در آئینه معرفت، بررسی و نقد نظریه قبض و بسط تئوریک شریعت، تهیه و ویرایش حمید پارسانیا، قم: مرکز نشر اسراء، چاپ ششم.
۱۳. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۰ ب)، منزلت عقل در هندسه معرفت دینی، قم: مرکز نشر اسراء، چاپ پنجم.
۱۴. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۹۰ ج)، ولایت فقیه، ولایت فقاها و عدالت، قم: مرکز نشر اسراء، چاپ چهاردهم.
۱۵. جوادی آملی، عبدالله (۱۴۱۲ ق الف)، «الولاية التشريعية و الولاية بمعنی الحكومة»، بقیة الله، لبنان، ش ۶، صص ۲۹ تا ۳۳.

۱۶. جوادى آملی، عبدالله (۱۴۱۲ق ب)، «حکم الحکومه و الحکم الثانوی»، بقیة الله، لبنان، ش ۷، صص ۳۵ تا ۳۸.
۱۷. راسخ، محمد (۱۳۸۴)، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، چاپ اول.
۱۸. سبحانی، جعفر (۱۳۷۹ق الف)، مدخل مسائل جدید در علم کلام، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ج ۲.
۱۹. سبحانی، جعفر (۱۳۷۹ق ب)، مصادر الفقه الاسلامی و منابعه، بیروت: دار الاضواء، چاپ اول.
۲۰. سبحانی، جعفر (۱۳۸۳)، رسائل اصولیة، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول.
۲۱. سبحانی، جعفر (۱۳۸۴)، کاوش‌هایی پیرامون ولایت، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول.
۲۲. سبحانی، جعفر (۱۳۸۵)، منشور عقاید امامیه، شرحی گویا و مستدل از عقاید شیعه اثنی عشری در یکصد و پنجاه اصل، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ سوم.
۲۳. سبحانی، جعفر (۱۴۰۰ق)، مفاهیم القرآن، معالم التوحید فی القرآن الکریم، به قلم جعفر الهادی، تهران: دار الکتب الاسلامیة، ج ۱.
۲۴. سبحانی، جعفر (۱۴۰۲ق)، مفاهیم القرآن، معالم النبوة فی القرآن الکریم، اصفهان: مکتبه الامام امیر المؤمنین (ع)، ج ۳.
۲۵. سبحانی، جعفر (۱۴۱۱ق)، الهیات علی هدی الکتاب و السنه و العقل، به قلم شیخ حسن محمد مکی العاملی، قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیة، چاپ سوم، ج ۲.
۲۶. سبحانی، جعفر (۱۴۱۵ق)، الرسائل الأربع، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ج ۴.
۲۷. سبحانی، جعفر (۱۴۱۷ق الف)، «التقنین فی الحکومه الاسلامیة»، الاجتهاد والحیاء، حوار علی الورق، بی‌جا: مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیة، چاپ دوم، صص ۲۳۸ تا ۲۵۹.
۲۸. سبحانی، جعفر (۱۴۱۷ق ب)، الاسماء الثلاثه الاله و الرب و العبادة، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول.
۲۹. سبحانی، جعفر (۱۴۱۹ق الف)، اصول الفقه المقارن فیما لانص فيه، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول.
۳۰. سبحانی، جعفر (۱۴۱۹ق ب)، بحوث قرآنیة فی التوحید و الشرک یبحث عن تحدید معالم التوحید و الشرک مع تطبیقات عملیة، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول.
۳۱. سبحانی، جعفر (۱۴۲۴ق)، الاسلام و متطلبات العصر أو دور الزمان و المكان فی الاستنباط، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع)، چاپ اول.
۳۲. سبحانی، جعفر (بی‌تا الف)، التوحید و الشرک فی القرآن الکریم، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
۳۳. سبحانی، جعفر (بی‌تا ج)، الاعتصام بالکتاب و السنه، قم: بی‌جا، چاپ اول.
۳۴. سبحانی، جعفر (بی‌تا)، سلسله المسائل الفقهیة، قم: بی‌جا، چاپ اول، ج ۲۴.

۳۵. سبحانی، جعفر (۱۴۲۸ق)، الاحکام الشرعیة بین الثواب و المتغیرات، فقه اهل البيت (ع)، قم: مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامی، ش ۴۸، صص ۱۶۱ تا ۱۷۲.
۳۶. سبحانی، جعفر (بی تا ب)، رساله تأثیر الزمان و المكان علی استنباط الاحکام الشرعیة و الحکومیة، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۳۷. سبحانی، جعفر (بی تا)، الملل و النحل، قم: بی جا، ج ۴.
۳۸. سبحانی، جعفر (بی تا)، رسائل و مقالات، قم: بی جا، ج ۳.
۳۹. صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۰۸ق)، مع الخطیب فی خطوطه العریضة، با تعلیق سید مرتضی رضوی، تهران: سپهر، چاپ ششم.
۴۰. صافی گلپایگانی، لطف الله (بی تا)، ضرورة وجود الحکومة أو الولاية للفقهاء، بی جا.
۴۱. صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۳۹۰الف)، نظام امامت و رهبری، امامت حضرت بقیة الله و نقش سازنده عقیده به امامت آن حضرت، قم: انتشارات مسجد مقدس جمکران، چاپ دوم.
۴۲. صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۳۹۰ب)، ولایت تکوینی و ولایت تشریعی، قم: انتشارات مسجد مقدس جمکران، چاپ دوم.
۴۳. صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۱۲ق)، الاحکام الشرعیة ثابتة لا تتغیر، قم: دار القرآن الکریم، چاپ اول.
۴۴. صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۲۸ق)، بیان الاصول، قم: دائرة التوجيه و الارشاد الديني فی مکتب المرجع الديني آية الله العظمی الشیخ لطف الله صافی الصافی الگلپایگانی، چاپ اول، ج ۳.
۴۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۴۶)، رهبران بزرگ و مسؤولیت‌های بزرگ‌تر، پاورقی از علی حجتی کرمانی، تهران: کانون انتشارات محمدی، چاپ دوم.
۴۶. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۶۶الف)، «عناوین اولیه و عناوین ثانویه در یک بحث ساده و روشن»، درس‌هایی از مکتب اسلام، قم: مؤسسه مکتب اسلام، ش ۵، صص ۱۲ تا ۱۴.
۴۷. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۶۶ب)، «نمونه‌های زنده‌ای از عناوین ثانویه در فقه اسلامی»، درس‌هایی از مکتب اسلام، قم: مؤسسه مکتب اسلام، ش ۶، صص ۱۶ تا ۱۸.
۴۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، أنوار الفقاهة، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، چاپ اول.
۴۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸ق)، أنوار الأصول، قم: انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، چاپ دوم، ج ۳.
۵۰. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۶۴الف)، «تحقیق و بررسی در منابع اجتهاد در فقه شیعه و اهل سنت (۱)»، نور علم، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ش ۱۰، صص ۵۵ تا ۶۲.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۶۴ب)، «قیاس، استحسان، مصالح مرسله و سد ذرایع»، نور علم، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ش ۱۲، صص ۳۸ تا ۴۴.

۵۲. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۶۴ج)، «کاربرد استحسان در فقه عامه»، نور علم، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ش ۱۳، صص ۳۴ تا ۳۹.
۵۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۶۵)، «مصالح مرسله چیست؟»، نور علم، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ش ۱۵، صص ۶۸ تا ۷۵.
۵۴. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۲ق)، بحوث فقهیه هامة، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابیطالب (ع)، چاپ اول.
۵۵. منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹ق)، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامية، قم: نشر تفکر، چاپ دوم، ج ۱، ۲ و ۴.
۵۶. منتظری، حسینعلی (۱۳۸۷الف)، اسلام دین فطرت، تهران: سایه، چاپ سوم.
۵۷. منتظری، حسینعلی (۱۳۸۷ب)، سفیر حق و صغیر وحی، قم: خردآوا، چاپ اول.
۵۸. موسوی خمینی، سید روح الله موسوی (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ج ۲.
۵۹. موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۳ق)، ولایت فقیه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ دوازدهم.

منابع لاتین

60. Flores, Imer.B(2005), The quest for legisprudence: Constitutionalism v. Legalism. In The theory and practice of legalization: Essays on legisprudence, ed. L.J.Wintgens.Aldershot: Asghate.
61. Wintgens, Luc(2002), "Rationality in Legislation—Legal Theory as Legisprudence: An Introduction" in Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation : Proceedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory, Volume 5 of European Academy of Legal Theory series, Oxford: Hart Publishing.
62. Oliva, Éric(2009), Droit Constitutionnel, Paris: Dalloz, 6ème édition.

یادداشت‌ها

1. Theory of legislation, Théorie de la législation

2. Aristol

3. Bentham

4. Thomas Hobbs

5. John Locke

6. Montesq ieu

7. Jean-Jacques Rousseau

8. Immanuel Kant

9. Henry Sumner Maine

10. legisprudence

۱۱. آیه الله عبد الله جوادی آملی، آیه الله جعفر سبحانی تبریزی، آیه الله لطف الله صافی گلپایگانی، آیه الله ناصر مکارم شیرازی، آیه الله حسینعلی منتظری (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸، ج ۴: ۳۴۷، ۳۶۴، ۳۶۸، ۳۹۳ و ۳۹۵).

۱۲. در این زمینه می‌توان به ریاست منتظری بر آن مجلس و نیز سخنان سبحانی و مکارم شیرازی در جلسات متعدد آن مجلس اشاره کرد (نک به اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸، ج ۴: ۴۳۱، ۴۴۸ و ۴۵۰).

13. Function, Fonction

۱۴. لازم به ذکر است که به جهت اختلاط یاد شده در مفاهیم، واژه قانونگذاری در این تحقیق حسب مورد در یکی از دو معنای فقهی بیان شده از سوی صاحب‌نظران این پژوهش و یا معنای حقوقی که ترجمه و یا به عبارت بهتر نظیری برای واژه (Legislation) است به کار رفته که دقت در تشخیص معنای این مشترک لفظی با توجه به قرائن در هر قسمت برای جلوگیری از اشتباه لازم است.

۱۵. مراتب حکم در این پژوهش -چنانچه می‌آید- با آنچه که در اصول فقه تحت این عنوان و یا عنوان مراحل حکم بحث می‌شود متفاوت است هر چند قابل مقایسه با آن می‌باشد. این مراحل در اصول فقه بر اساس یک دسته بندی به دو مرحله «جعل و انشاء» و «فعلیت» و بر اساس دسته بندی دیگر به چهار مرحله «اقتضاء»، «انشاء»، «فعلیت» و «تنجز یا تنجیز» تقسیم می‌شود. البته برخی از ایشان مرحله انشاء حکم را با مرحله تصویب قانون توسط مجلس و قبل از ابلاغ برای اجرا قیاس کرده‌اند که الزامی برای اشخاص ایجاد نمی‌کند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۳: ۲۵۲ و ۵۶۸).

۱۶. مجلس النواب، مجلس النبیایی، مجلس الشوری، البرلمان

۱۷. مانده ۴۸/

۱۸. در این زمینه تعاریفی که به نظر از تعریف سابق عام تر می‌آید نیز وجود دارد. به عنوان مثال در یک تعریف شریعت مجموعه‌ای از عقاید، اخلاق و احکام دانسته شده که فقه بخشی از آن است (جوادی آملی، ۱۳۸۱: ۲۵۰).

۱۹. بیان این نکته لازمست که با این وجود ایشان در پاره‌ای موارد استثنایی قانونگذاری و تشریع را مترادف به کار نبرده و قانونگذاری را چنانچه مرسوم است به مجلس نمایندگان هم نسبت

داده‌اند (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۲: ۶۱ و ۶۲) و یا قانونگذاری را در موارد جزئی برای فقیه بدون اشکال دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ۵۰۸) که توضیح این در ادامه مقاله خواهد آمد.

۲۰. به عنوان مثال حلیت معامله از طریق بیع یا خرید و فروش از آنجایی که همیشه ثابت است عنوانی اولی است ولی اگر عنوان موقتی بر آن عارض شود مثل اینکه طرف قرارداد شخص ظالمی باشد و این امر سبب اعانه بر ظلم او شود، به سبب این عنوان ثانوی حکم جدیدی بر آن جاری شده و حرام می‌شود.

۲۱. این مطلب در بین ایشان اختلافی بوده و نظرات مختلفی در مورد آن بیان داشته‌اند که به دلیل عدم ترتب اثر حقوقی خاص بر آن در پژوهش حاضر از نقل آن خودداری می‌شود. به عنوان نمونه نک به مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق، ص ۵۱۰.

۲۲. هر چند ایشان معتقدند که فقیه از باب مفتی بودن و برخورداری از شأن افتا عنوان ثانویه‌ای را تشخیص و بدان فتوا می‌دهد با این حال به نظر می‌رسد اولاً چنین امری تنها در امور اجتماعی قابل فرض است چرا که در امور فردی این مکلف است که عنوان ثانوی را تشخیص می‌دهد و بر اساس آن عمل می‌کند. ثانیاً در امور اجتماعی نیز این امر تنها مختص ولی فقیه است زیرا اوست که باید در چنین مواردی عنوان ثانوی را تشخیص و بدان حکم و نه فتوا دهد و در صورتی که فتوای دیگر مراجع در این حوزه قابل اتباع باشد موجبات اختلال نظام را فراهم می‌آورد.

۲۳. تخطیط، ترسیم الخطوط و البرامج

۲۴. البته این تعریف حداقلی مربوط به حکم حکومتی در صلاحیت ولی فقیه است چرا که برخی از فقهای موضوع این پژوهش بعضی از احکام حکومتی صادره از سوی پیامبر (ص) و سایر ائمه (ع) را همچون «لا ضرر و لا ضرار» احکامی حکومتی دانسته‌اند که ثابت می‌باشند، هر چند اصل در این احکام بر موقتی بودن آنهاست مگر با وجود دلایل حالیه و مقالیه (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۴: ۱۶۴).

۲۵. با این حال برخی از ایشان گاهی احکام حکومتی را در مقابل احکام فقهی دانسته‌اند و در واقع احکام فقهی را در معنای احکام شرعی به کار گرفته‌اند (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۳۳۹).

۲۶. بدین ترتیب احکام فقهی به دو قسم احکام شرعی و احکام حکومتی تقسیم می‌شوند.

۲۷. يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا.

۲۸. به عبارت دیگر نمی‌توان مرز دقیقی برای کلی یا جزئی بودن احکام شرعی و حکومتی قرار داد و جزئیت و کلیت امری نسبی است و چه بسا احکام حکومتی جزئی که در مقایسه با دیگر احکام حکومتی از کلیت برخوردار باشند.

۲۹. در واقع در این موارد دو حکم کلی وجود دارد که اجرای آنها در عمل با هم غیر ممکن است. در چنین صورتی لازم است که ابتدا موضوع به درستی شناخته شود و از میان دو حکم آن یک که بایستی به لحاظ اهمیت بر آن جاری شود انتخاب و به آن حکم داده شود. این کار در عمل از طریق قیاسی منطقی که شامل کبرای حکم کلی و صغرای موضوع جزئی است صورت می‌گیرد و نتیجه این قیاس همان حکم

حکومتی خواهد بود.

۳۰. السلطة التشريعية

۳۱. جمهوری اسلامی نظامی است بر پایه ایمان به:

(۱) خدای یکتا (لا اله الا الله) و اختصاص حاکمیت و تشریع به او و لزوم تسلیم در برابر امر او، (۲) ...

۳۲. در این سخنان استفاده ایشان از دو واژه قانون و مقررات هم با توجه به مبانی یاد شده جالب توجه است.

33. Organic, organique

34. Functional, fonctionnelle

۳۵. قاعده نفی خلو الوقایع عن الحكم.

۳۶. برخی از آنها به همین جهت با مفاهیمی چون «ما لا نص فيه» و یا «منطقه الفراغ» که در لسان فقهای امامیه وجود دارد مخالفت کرده و وجود چنین حوزه‌هایی را در اسلام نفی کرده و اعتقاد به آن را مستلزم نفی جامعیت شریعت و مختص فقه اهل سنت دانسته‌اند و نه فقه شیعه (مکارم شیرازی، ۱۳۶۴ الف: ۵۷ و مکارم شیرازی، ۱۳۶۵: ۷۳) با این حال به نظر می‌رسد چنانچه مقصود منطقه الفراغی باشد که شهید صدر از آن نام برده و به تشریح آن می‌پردازد چنین مخالفتی هیچ گونه وجهی ندارد چرا که منطقه الفراغ شهید صدر مغایرتی با جامعیت شریعت نداشته بلکه پیش از این در پژوهش‌های مختلف اثبات شده است که منطقه الفراغ منافاتی با جامعیت شریعت ندارد. از همین روست که دیده می‌شود برخی دیگر از ایشان نه تنها با منطقه الفراغ مخالفتی نداشته بلکه در تأیید و تصدیق آن به شرح و توضیح پرداخته‌اند (سبحانی، ۱۳۸۴: ۱۰۱ و جوادی آملی، ۱۳۸۷ الف: ۱۱۹). همچنین اصطلاح لانص فيه در بیان ایشان نه به معنای خالی از حکم بلکه به معنای مواردی است که در آن حکم جزئی وجود ندارد و باید حکم آن را از ضوابط کلی استخراج کرد (سبحانی، ۱۴۱۹ الف: ۲۶) چه اینکه هیچ چیز از امر دین و دنیا و هیچ واقعه و حادثه‌ای نیست مگر آنکه حکمی هر چند کلی در مورد آن وجود دارد (صافی گلپایگانی، ۱۴۰۸ الف: ۳۰).

۳۷. لازم الاجرا بودن این احکام در جامعه با مشکل عملی اختلاف آرای فقها در استنباط احکام مواجه است که بحث از آن از حوصله این پژوهش خارج می‌باشد. برای پاسخ به ایرادات وارد شده در این زمینه نک به سبحانی، ۱۴۱۷ الف: ص ۲۴۹.

۳۸. از آن جمله است احکام شرعی در مورد قصاص، حدود، دیات، انواع عقود و ایقاعات و مانند آن.

امام خمینی (ره):

و از شورای محترم نگهبان می‌خواهم و توصیه می‌کنم، چه در نسل حاضر و
چه در نسل های آینده که با کمال دقت و قدرت و طایف اسلامی و ملی خود
را ایفا و تحت تاثیر هیچ قدرتی واقع نشوند و از قوانین مخالف با شرع مطهر و
قانون اساسی بدون هیچ ملاحظه ای جلوگیری نمایند.

(صحیفه امام ج ۲۱، ص ۴۲۲)



بزهشکده شورای نگهبان

آدرس: تهران، خیابان شهید سپهبد
قرنی، کوچه خسرو، پلاک ۱۲
صندوق پستی: ۱۴۶۳ - ۱۳۱۴۵
تلفکس: ۰۲۱ - ۸۸۳۲۵۰۴۵
info@shora-rc.ir
www.shora-rc.ir