



The University of Tehran Press

The Legislative Model in the Legal System of the Islamic Republic of Iran Based on the Theory of the Absolute Authority of the Jurist Outside the Framework of Religious Rulings

Mahdi Attar Kashani¹ 

1. Level four in Jurisprudence and Principles of Jurisprudence, Qom Seminary, Iran.

Email: attar145@gmail.com

Article Info	Abstract
Article Type: Research Article	The existence of a specific legislative model in any legal system helps to delineate the relationships between legal institutions and to accurately understand their function. Through this clarification, many of the criticisms directed at that legal system are addressed, and existing ambiguities are resolved. The most important components of any legislative model include: the basis for the binding nature of legal rules, the sources of legal rules, and the legislative institutions. The aim of this paper is to present an optimal legislative model within the Iranian legal system. The method of data collection is documentary and the method of data processing is descriptive and analytical. This paper demonstrates that contrary to initial assumptions, the basis for the binding nature of legal rules in the Iranian legal system is not the will of the legislator, but rather the will of the absolute authority of the jurist, which can legislate outside the confines of religious frameworks. In such a system, the will of the legislator is merely the basis for political legitimacy, not for the legal rule. Additionally, the legal sources in this legal system are ranked as follows: religious law, statutory law, judicial precedent, customs, and legal doctrine. Legislative institutions are also classified into two categories as some derive their religious legitimacy directly from the authority of the jurist while others, which stem from the will of the people, acquire their legitimacy through the theory of delegation.
Pages: 1429-1454	
Received: 2023/05/13	
Received in Revised form: 2023/10/21	
Accepted: 2024/04/15	
Published online: 2025/06/22	
Keywords: <i>the basis of binding legal rule, legislative model, sources of legal rule, legal system of the islamic republic of iran, legislative institutions.</i>	
How To Cite	Attar Kashani, Mahdi (2025). The Legislative Model in the Legal System of the Islamic Republic of Iran Based on the Theory of the Absolute Authority of the Jurist Outside the Framework of Religious Rulings. <i>Public Law Studies Quarterly</i> , 55 (2), 1429-1454. DOI: https://doi.com/10.22059/jplsqt.2024.359151.3315
DOI	10.22059/jplsqt.2024.359151.3315
Publisher	The University of Tehran Press. 



مدل قانونگذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران بر پایه نظریه

ولایت مطلقه فقیه خارج از چارچوب احکام شرعی

مهدی عطار کاشانی[✉]

۱. سطح چهار فقه و اصول، حوزه علمیه قم، قم، ایران. رایانامه: attar145@gmail.com

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: پژوهشی صفحات: ۱۴۲۹-۱۴۵۴ تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۲/۲۳ تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۰۷/۲۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۱/۲۷ تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۴/۰۴/۰۱ کلیدواژه‌ها: مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی، مدل قانونگذاری، منابع قاعده حقوقی، نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، نهادهای قانونگذاری.	وجود مدل مشخص قانونگذاری در هر نظام حقوقی به ترسیم روابط نهادهای حقوقی و فهم دقیق کارکرد هریک از آنها کمک می‌کند و از طریق این شفاف‌سازی، بسیاری از اشکالات وارد بر آن نظام حقوقی را پاسخ می‌دهد و شبهات موجود را مرتفع می‌سازد. مهم‌ترین ارکان هر مدل قانونگذاری عبارت‌اند از: مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی، منابع قاعده حقوقی و نهادهای قانونگذار. هدف از نگارش این مقاله ارائه مدل قانونگذاری مطلوب در نظام جمهوری اسلامی ایران است. روش گردآوری اطلاعات اسنادی-نوشته‌ای و روش پردازش اطلاعات توصیفی-تحلیلی است. در این مقاله اثبات شده که بر خلاف تصور اولیه، مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی در نظام حقوقی ایران اراده شارع نیست و اراده نهاد ولایت مطلقه فقیه است و این نهاد می‌تواند خارج از چارچوب‌های شرعی قانونگذاری کند. در چنین سیستمی اراده شارع تنها مبنای مشروعیت سیاسی است، نه مبنای قاعده حقوقی و نباید بین فلسفه حقوق و فلسفه سیاسی خلط کرد. همچنین منابع حقوقی در این نظام حقوقی به ترتیب قانون شرع، قانون موضوعه، رویه قضایی، عرف و دکتین حقوقی است. نهادهای قانونگذار هم به دو دسته طبقه‌بندی می‌شوند؛ برخی حجت شرعی قانونگذاریشان را بالمباشره از نهاد ولایت فقیه که مشروعیتش متصف به اراده شارع است می‌گیرند و برخی دیگر که ناشی از اراده مردم هستند، حجتشان را با لحاظ نظریه تفویض به‌دست می‌آورند.
استناد	عطار کاشانی، مهدی (۱۴۰۴). مدل قانونگذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران بر پایه نظریه ولایت مطلقه فقیه خارج از چارچوب احکام شرعی. <i>مطالعات حقوق عمومی</i>، ۵۵ (۲)، ۱۴۲۹-۱۴۵۴. DOI: https://doi.com/10.22059/jpls.2024.359151.3315
DOI	10.22059/jpls.2024.359151.3315
ناشر	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.



۱. مقدمه

وجود مدل مشخص قانونگذاری در هر نظام حقوقی، از طرفی سبب انسجام در قانونگذاری توسط نهادهای مدون قانون می‌شود و احتمال بروز تعارض و تناقض در جعل قوانین را کاهش می‌دهد و از طرف دیگر رافع بسیاری از شبهات در حوزه قانونگذاری است. این مدل به ترسیم روابط نهادهای حقوقی و فهم دقیق کارکرد هریک از آنها کمک می‌کند و از طریق این شفاف‌سازی، بسیاری از اشکالات موجود را مرتفع می‌گرداند. بالأخص در نظام حقوقی مبتنی بر قوانین الهی - به‌جای قوانین بشری - این امر بیشتر خود را می‌نمایاند، زیرا در برخی موارد که شارع قوانین جزئی یا کلی‌ای را جعل کرده، خود این قوانین اولاً توسط مجتهدان در ضمن استنباط فقهی، تفسیر، تفریع یا تطبیق می‌شوند و ثانیاً در رتبه بعدی بناست این قوانین شرعی، توسط قانونگذار بشری به قانون موضوعه تبدیل شوند. به‌صورت سنتی برخی معتقدند به‌واسطه دوم اصلاً نیاز نیست و همان قوانین مندرج در شریعت که در قالب رساله‌های عملیه یا کتاب‌های فقهی تدوین شده است، کفایت می‌کند و نیازی به جعل قوانین مدرن نیست. در امور دیگری هم که شارع یا فقه اظهارنظر نکرده و قانونگذار بشری بر پایه مصلحت یا ضرورت خود به‌طور مستقیم جعل قانون می‌کند، می‌بایست حجیت الزام مسلمین به آنها و انتساب آنها به شارع اثبات شود. طبیعی است مدل قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران می‌بایست به‌نحوی باشد که پاسخگوی همه شبهات و اشکالات باشد.

سه رکن اصلی در هر مدل قانونگذاری عبارت‌اند از:

۱. مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی؛

۲. منابع قاعده حقوقی؛

۳. نهادهای قانونگذار.

برای مثال در نظام حقوقی فرانسه مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی عقلانیت طبیعی انسان است. بر این اساس که انقلاب کبیر فرانسه (۱۷۸۹-۱۷۹۹م) شکل‌دهنده نظام حقوق طبیعی مدرن و سکولار بود و چون این عقل انسانی اصل اساسی حاکم بر قواعد حقوقی و اصلی‌ترین حق طبیعی را حق آزادی فردی می‌داند، از این‌رو در چیش منابع حقوقی هم، هر منبعی را که سختی بیشتری با آزادی فردی داشته باشد، به‌عنوان منبع اصلی قرار می‌دهد. در نظام حقوقی فرانسه، قانون که تضمین‌کننده حقوق و آزادی‌های فردی است، به‌عنوان اولین منبع قواعد حقوقی قرار گرفته و سپس رویه قضایی و پس از آن عرف و دکترین قرار می‌گیرند. در فرانسه خود دولت هم به‌عنوان نهاد قانونگذار مشروعیت سیاسی‌اش را از قرارداد اجتماعی گرفته و متصدی قانونگذاری از دل منابع حقوقی جهت حفظ حقوق و آزادی‌های فردی است؛ از این‌رو دولت در چنین سیستمی، در واقع ژاندارم آزادی‌های فردی است.

بر این اساس در فلسفه نظام حقوقی ایران هم می‌بایست تکلیف این سه امر را روشن کرد؛ اول باید مشخص کرد که مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی چیست؛ یعنی تنها اراده شارع مبنای حقوق ایران است یا امور دیگری مانند طبیعت اشیا، نظم ابدی حاکم بر طبیعت یا ضرورت‌های زندگی (شبیه حقوق طبیعی کلاسیک)، یا عقلانیت طبیعی مدرن (شبیه حقوق طبیعی سکولار)، یا اراده دولت (شبیه پوزیتیویسم دولتی)، یا اراده اجتماعی (شبیه رویکردهای جامعه‌شناختی حقوقی یا نظم خودجوش) هم در کنار اراده شارع به عنوان مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی قرار دارد. یا از اساس در نظام حقوقی حاکم بر جمهوری اسلامی ایران، اراده شارع نه به تنهایی و نه در عرض یا طول سایر مناشیء، مبنای اعتبار قواعد حقوقی نبوده و امر دیگری مبنای اعتبار قواعد حقوقی است؟

در مرتبه دوم هم باید مشخص کرد، منابع قاعده حقوقی در نظام حقوقی ایران چیست؛ آیا منابع چهارگانه متداول -قانون، عرف، دکتین و رویه قضایی- در نظام حقوقی ایران منبع قاعده حقوقی هستند یا برخی از اینها نمی‌توانند به عنوان منابع قاعده حقوقی واقع شوند. همچنین باید نسبت ادله چهارگانه فقهی (کتاب، سنت، عقل و اجماع) را با این منابع حقوق معین کرد و در حقیقت نسبت فقه و قانون را در این میانه مشخص ساخت.

در رتبه سوم هم باید روشن ساخت که اولاً نهاد مدون قانون در نظام حقوقی ایران چیست. آیا صرفاً بیانگر، کاشف یا انتخاب‌کننده قاعده حقوقی است یا نقش ایجادکننده قاعده حقوقی را هم دارد. همچنین نقش نهادهای جزئی قانونگذار در دولت اسلامی ایران مانند پارلمان، شورای نگهبان، مجمع تشخیص و غیره در امر قانونگذاری چیست.

در این مقاله اثبات شده که مطلوب‌ترین مدلی که می‌تواند نظام قانونگذاری در ایران را توجیه کند و همه شبهات و اشکالات وارده را پاسخ دهد، آن است که مبنای اعتبار قاعده حقوقی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، اراده شارع نیست و منفرداً اراده نهاد ولایت مطلقه فقیه که دارای اختیار قانونگذاری در خارج از چارچوب شریعت است، منشأ قواعد حقوقی در این سیستم است. همچنین منابع قاعده حقوقی در این نظام، پنج مورد به ترتیب قانون شرع، قانون موضوعه، عرف، رویه قضایی و دکتین حقوقی است. همه نهادهای قانونگذار در دولت اسلامی ایران نیز، مشروعیتشان را از ادله ولایت فقیه اخذ می‌کنند. البته برخی از آنها بالمباشره متصدی وضع قوانین هستند و برخی از طریق تفویض اختیار قانونگذاری توسط نهاد ولایت فقیه به ایشان، صلاحیت این اقدام را به دست آورده‌اند.

به این ترتیب این مقاله در سه مقام طرح‌ریزی شده است؛ مقام اول مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی در نظام حقوقی ایران، مقام دوم منابع حقوقی در نظام حقوقی ایران و مقام سوم نهادهای قانونگذار در نظام حقوقی ایران.

۲. مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

مراد از مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی، موجد یعنی ایجادکننده، منشأ و نیروی الزام‌آور قاعده حقوقی است، در برابر منبع قاعده حقوقی که ابزار بیان یا ظهور قاعده حقوقی است (شهابی، ۱۳۹۷: ۲۴). در واقع این مبنا با کمک منابع حقوقی و بهره‌مندی از روشی مشخص که برگرفته از پشتوانه فلسفی نظام حقوقی است، قواعد حقوقی را جعل می‌کند. طبق دیدگاه متداول اراده شارع-در برابر اراده انسانی- به عنوان اصلی‌ترین مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی در نظام حقوقی ایران و حتی هر نظام دیگری است که می‌خواهد تحقق‌بخش دین در جامعه باشد؛ همان‌طور که در اصول ۲ و ۴ قانون اساسی به این مطلب اشاره شده است. در چنین نظامی بناست تا به صورت حداکثری تمام خواست‌های شارع مقدس که به نحو جزئی یا در قالب عمومات و اطلاقات یا قواعد کلی در کتاب و سنت از آنها حکایت شده است، محقق شود.

علت این امر پذیرش ولایت تشریعی خداوند در کنار پذیرش خالقیت و ولایت تکوینی اوست. بر اساس تفسیر و روایات مرتبط (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۸: ۸۲) با آیه شریفه «كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيُحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا فِيهِ» (بقره/ ۲۱۳) بعثت پیامبران اولوالعزم از زمان حضرت نوح (ع) به دلیل پیشرفت‌ها و پیچیده شدن روابط اجتماعی و بروز اختلافات بوده و این پنج پیامبر متصدی رساندن قوانین الهی به بشریت جهت رفع اختلافات ایشان بوده‌اند، زیرا پیش از این دوران به دلیل بساطت زندگی انسان‌ها صرف ذکر اصول اعتقادی و اخلاقی توسط انبیا کفایت می‌کرد و نیازی به جعل قواعد حقوقی برای مردم نبود. ولی به دلیل عدم کفایت این امور از حدود زمان حضرت نوح (ع) خداوند عالم به نحو جدی‌تری ولایت تشریعی خود را اعمال کرده و قواعد حقوقی‌ای را در حوزه امور معاملاتی، خانوادگی، قضایی، جزایی و غیره وضع کرد. در بیان چرایی ضرورت اعمال ولایت تشریعی الهی و ارسال انبیا هم در سه موضع از قرآن کریم عباراتی مانند جمله «وَيُعَلِّمُكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ»^۱ (بقره/ ۱۵۱) آمده که در آنها تصریح شده است اموری وجود دارند که عقل بشری به تنهایی و به هیچ عنوان قادر به تشخیص آنها نیست و این امور توسط انبیا به مردم تعلیم داده می‌شود.

البته پرواضح است که چنین نگاهی کاملاً مغایر رویکردهای حقوقی مدرن و حتی پیشامدرن است. از زمان سنت توماس (۱۲۲۵-۱۲۷۴م) -که به تعبیر میشل ویلی^۲ یکی از پیامبران اندیشه حقوقی مدرن بود (شهابی، ۱۳۹۷: ۱۵۰)- تا کشیشان جنبش آشتی^۳ مانند ویلیام اوکام^۴ (۱۲۸۵-۱۳۴۷م) و کشیشان بعدی

۱. «كَمَا أَرْسَلْنَا فِيكُمْ رَسُولًا مِنْكُمْ يَتْلُو عَلَيْكُمْ آيَاتِنَا وَيُزَكِّيكُمْ وَيُعَلِّمُكُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَيُعَلِّمُكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ».

2. Michel Villey

3. The Conciliar Movement

4. William of Ockham

نهضت اسکولاستیک مانند سوارز^۱ (۱۵۴۸-۱۶۱۷م) فرایند سکولاریزه شدن حقوق ادامه پیدا کرد تا زمانی که گرسیوس (۱۵۸۳-۱۶۴۵م) به صراحت گفت اگر خدا هم نباشد، عقلانیت فطری بر قانون طبیعی دلالت می‌کند و خداوند نمی‌تواند مانع شکل‌گیری قوانین طبیعی شود یا در آنها دخل و تصرف کند. به این ترتیب بسیاری او را پدر حقوق طبیعی مدرن به‌شمار می‌آورند (شهابی، ۱۳۹۷: ۱۵۴). در دوران مدرن هم پوزیتیویست‌هایی مانند بنتام کتاب مقدس را که تبلور اراده شارع است، به‌طور کلی از منابع حقوق خارج دانست (Ratnapala, 2013: 181). در این دوران از ولایت تشریعی الهی عبور شده و صرفاً قانون بشری، قانون دانسته می‌شود و اگر در جایی از آموزه‌های دینی در قوانین بهره برده می‌شود، به‌دلیل عرفی یا فرهنگی بودن این آموزه‌هاست نه الهی بودن آنها. به این ترتیب طبق این دیدگاه رایج، بر خلاف رویکرد متداول حقوقی در عمده کشورهای جهان، جمهوری اسلامی ایران، به‌دلیل مبانی کلامی و فقهی اسلامی و شیعی تلاش دارد تا اراده شارع را به‌عنوان مبنای الزام‌آوری قواعد حقوقی خود بپذیرد.

البته به‌جز این دیدگاه، نظریه دیگری نیز قابل طرح است که طبق آن، اراده دولت اسلامی پس از اراده شارع دومین مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی در سیستم حقوقی ایران است. به تعبیر دیگر در این نظام حقوقی منشأ قاعده حقوقی متکثر و به‌نحو سلسله‌مراتبی است؛ یعنی مبنای دوم، اصل وجود و حدود اختیارات خود را از مبنای اول اخذ می‌کند. علت پذیرش اراده دولت اسلامی به‌عنوان منشأ دوم قاعده حقوقی در ایران آن است که در حال حاضر بالغ بر چند هزار قانون مختلف از مصوبات مجلس شورای اسلامی، مجمع تشخیص، هیئات عمومی دیوان عالی و دیوان عدالت، شورای عالی قضایی، هیأت وزیران، آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و بخشنامه‌های ابلاغی رئیس قوه قضاییه و رئیس‌جمهور، ابلاغات مقام معظم رهبری و حتی مراجع بین‌المللی در کشور ما پیاده‌سازی شده‌اند. اما واقعیت آن است که تنها بخشی از این قوانین برگرفته از اراده شارع و استنباط فقهی به معنای اخص آن بوده و بیشتر آنها ضوابط اجرایی اداره امور کشورند؛ یعنی قوانینی هستند که شرع هیچ‌گونه موضعی در قبال آنها نگرفته و به تعبیر مرحوم شهید صدر (ره) در منطقه الفراغ شرع قرار دارند (شهید صدر، ۱۴۳۴ق: ۴۴۳-۴۴۴).

برای مثال در قانون شوراهای حل اختلاف که بالغ بر ۵۰ ماده است، تنها ماده اول آن -که به اصل شکل‌گیری این شوراها به‌عنوان نهادی جهت صلح و سازش بین مردم می‌پردازد- و همچنین برخی مواد معدود دیگر، نیازمند استنباط فقهی بوده و عمده مواد آن صرفاً بیانگر مقررات تشکیلاتی و اجرایی این شوراها هستند. در حقیقت این‌گونه ضوابط ناشی از اراده قانونگذار دولت اسلامی است که بنابر مصالحی آنها را برای اداره امور کشور و حکمرانی جعل می‌کند.

در خصوص وجه حجیت شرعی این مقررات حوزه حکمرانی هم می‌توان گفت، این امر تابعی از

1. Suarez

پذیرش ولایت فقیه بر جامعه است؛ یعنی وقتی ادله نقلی و عقلی ولایت فقیه دلالت بر این امر دارند که در دوران غیبت، فقیه واجد شرایط به عنوان حاکم جامعه اسلامی برگزیده شود، نقش اول قانونگذاری به او داده می‌شود و حجیت شرعی مجموعه قوانینی که دولت اسلامی جعل می‌کند، با کمک ادله ولایت فقیه که در رأس این دولت قرار دارد، ثابت می‌شود.

بر اساس نکات مطرح شده، به طور خلاصه دو دیدگاه رایج در خصوص مبنای اعتبار قواعد حقوقی در نظام حقوقی ایران قابل ذکر است؛ اول آنکه منشأ قاعده حقوقی تنها اراده شارع مقدس است و دوم آنکه مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی متکثر و مشتمل بر اراده شارع و اراده قانونگذار دولت اسلامی است. البته رابطه این دو مبنا طولی است و دومی حجیت و محدوده قانونگذاری خود را از اولی اخذ می‌کند. با این همه باید دانست، هر دو این دیدگاه‌ها، یعنی اینکه اراده شارع منحصراً مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی باشد، یا اراده او مهم‌ترین منشأ باشد و اراده دولت اسلامی در رتبه دوم قرار گرفته باشد، محل مناقشه هستند. در واقع، اینکه نیروی الزام‌آور قاعده حقوقی در جمهوری اسلامی ایران چه باشد، تابع ترسیم چارچوب ولایت مطلقه فقیه بر جامعه اسلامی ایران و نظم سیاسی حاکم بر آن است که در ادامه به این مسئله اشاره شده و در نهایت جمع‌بندی مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی در نظام حقوقی ایران بیان می‌شود.

۱.۲. تفاوت دیدگاه مرحوم امام(ره) و مرحوم شهید صدر(ره) در نظریه ولایت مطلقه فقیه و تأثیر

آن بر مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

از مجموع آرای مرحوم شهید صدر(ره) و برخی شاگردان ایشان (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ۱۰۱-۱۰۲) چنین برمی‌آید که ایشان نظریه ولایت مطلقه فقیه را در چارچوب شریعت می‌پذیرند، به این معنا که ولی فقیه به عنوان متصدی شریعت اسلام وظیفه دارد به صورت حداکثری دین را در جامعه پیاده و تلاش کند تمامی مقررات اسلامی را قانونی‌سازی و اجرا کند. چنین دیدگاهی ولایت مطلقه فقیه را تنها در چارچوب شرع اسلام می‌پذیرد و خروج از آن را برای ولی فقیه جایز نمی‌داند. علت این امر آن است که مفهوم عرفی از هر نوع ولایتی که به یک نفر یا به یک گروه از جانب نظامی اعطا می‌شود، آن است که این ولایت در دایره این نظام معنا دارد. به این ترتیب ولایتی هم که از جانب نظام اسلامی به فقیه داده می‌شود، نمی‌تواند خارج از دایره این نظام معنا داشته باشد (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ۱۰۱).

در نتیجه در حوزه احکام تکلیفی، دست فقیه تنها در مباحث باز است؛ یعنی فقیه تنها می‌تواند امور مباحه را منع یا تجویز کند. برای مثال او نمی‌تواند امر به ترک نماز یا شرب خمر کند، زیرا چنین اموری خروج از نظام اسلام و مخالفت با شریعت اسلامی محسوب می‌شود. البته این سخن غیر از مسئله تزاحم احکام است، زیرا در فرض تزاحم اصلاً بحثی وجود نداشته اگر مثلاً واجب و حرامی مزاحم هم شوند، حاکم طرف اهم را تشخیص می‌دهد و طبق آن رفتار می‌کند. برای مثال وقتی وجوب حج با حرمت

ارتباط با حکومت جائر حاکم بر حرمین شریفین تزامم کند، ولی فقیه می‌تواند حج را تعطیل کند (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ۱۰۱-۱۰۲).

در حوزه احکام وضعی هم امر به همین منوال است؛ یعنی اگر اعمال مصلحت تنها در چارچوب شریعت توسط حاکم پذیرفته شود، فقیه می‌تواند در احکامی مثل صحت و بطلان که تابع اراده اشخاص هستند، با توجه به ولایتش بر ایشان اعمال نظر کند، زیرا رضایت و منع حاکم، اولی بر رضایت و منع افراد است. برای مثال صحت و بطلان بیع منوط به رضایت مالک به مبادله یا عدم مبادله است و در نتیجه ولی، بر اساس حقیق و در صورت وجود مصلحت، می‌تواند مال مؤلفی علیه‌اش را بدون اذن او بفروشد یا آنکه او را از فروش مالش منع کرده و بیع او را بر خلاف رضایتش باطل کند. اما در غیر این موارد، خارج از چارچوب نظام اسلام به حساب می‌آید و فقیه حق اعمال ولایت ندارد. مثلاً در مواردی که حکم وضعی مرتبط با رضایت یا منع اشخاص نباشد، مانند طهارت و نجاست، ولی فقیه نمی‌تواند در آنها تصرف کند، زیرا ولایت بر اشخاص و اجتماع، به معنای سیطره بر احکام وضعی مولی علیه نیست و او نمی‌تواند نجسی را پاک و پاکی را نجس اعلام کند (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ۱۰۲-۱۰۳).

از مجموعه دیدگاه‌های شهید صدر (ره) مانند نظریه استخلاف، نظریه منطقه‌الفراغ، نظریه نظامات اسلامی، مؤشرات عامه و حتی شاید نظریه حق الطاعة چنین برمی‌آید که ایشان می‌پندارند وظیفه حکومت اسلامی بر آن است که تحقق بخش تام شریعت در جامعه باشد و بر این اساس باید به نحو حداکثری دین را استخراج و بر پایه آن عمل کرده و قوانین را جعل کرد. طبق همین نگرش ایشان حتی مجبور می‌شود برای دستیابی به نظامات شرعی در حوزه‌های مختلف، مهندسی معکوس احکام شرعی جهت دستیابی به اصول بنیادین وضع احکام شرعی را قبول کند و ایرادات و مشکلات احتمالی آن و ایجاد هارمونی در این نظامات را از طریق کنار هم گذاشتن فتاوی فقهای گوناگون حل کند (شهید صدر، ۱۴۲۱ق: ۱۴۸). هرچند به نظر می‌رسد تصحیح حجیت شرعی چنین اقدامی بسیار دشوار است. حتی ایشان معتقدند تقنین در حوزه منطقه‌الفراغ هم باید بر اساس همین اصول بنیادین صورت گیرد و نباید منافاتی با نصوص کلی شریعت داشته باشد (امینی پزوه و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۹).

بر اساس چنین نگاهی به ولایت مطلقه فقیه و حوزه اختیارات ولی فقیه در قانونگذاری، مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی منحصرراً اراده شارع مقدس است، زیرا همان‌طور که اشاره شد حتی در منطقه‌الفراغ هم که ولی فقیه می‌تواند حکم کند، می‌بایست چارچوب‌ها و مؤشرات عامه شریعت را رعایت کند. به این ترتیب نقش دولت اسلامی و در رأس آن ولی فقیه، صرفاً بیان قاعده حقوقی ناشی از اراده شارع در قالب قانون است و نهاد ولایت فقیه موجد قاعده حقوق نیست.

ولکن باید دانست، دیدگاه مرحوم امام خمینی (ره)، با دیدگاه مرحوم شهید صدر (ره) متفاوت است، زیرا امام (ره) حوزه اختیارات ولی فقیه را به نحو دیگری قبول دارند. ایشان معتقدند بر خلاف نظر مرحوم شهید

صدر(ره)، اینکه ولی فقیه در نظام اسلامی متصدی حکمرانی شده، به این معنا نیست که او در چارچوب این نظام محدود شده است، زیرا شارع مقدس می‌تواند چنین صلاح ببیند که ولی فقیه در صورت وجود مصلحت ملزمه و بین، خارج از چارچوب‌های شرعی هم قوانینی را وضع کند. البته همان‌طور که در ادامه خواهد آمد، مقید بودن حاکم اسلامی به تفقه اقتضائاتی در پی دارد که آن را با پوزیتیویسم دولتی متمایز می‌کند.

به این ترتیب بر پایه دیدگاه مرحوم امام(ره)، فقیه حاکم می‌تواند بر مبنای مصلحت بر خلاف احکام اولیه حکم حکومتی صادر کند و برای مثال حرامی را حلال یا حلالی را حرام معرفی کند. همچنین در احکام وضعی‌ای که تابع اراده مولی‌علیه نیستند تصرف کند و مثلاً معامله‌ای را که از منظر شارع مقدس باطل است، صحیح و معامله‌ای را که صحیح است باطل اعلام کند. مثل آنکه بگوید معامله بدون ثبت سند رسمی باطل است و موجب انتقال مالکیت نمی‌شود؛ یعنی با آنکه در شرایط عادی چنین معامله‌ای از حیث شرعی صحیح است، ولی ولی فقیه با تشخیص مصلحت و با بروز مشکلات خاصی در سطح جامعه، حکم به بطلان معامله بدون ثبت رسمی می‌کند. به این ترتیب در این مورد -مانند نظر رایج فعلی- حتی نیاز نیست گفته شود بر اساس سند عادی انتقال مالکیت واقع می‌شود، ولی به سبب مصالح، دادگاه از رسیدگی به آن خودداری می‌کند، بلکه ولی فقیه از طریق اختیارات خود می‌تواند بگوید با سند عادی، از اساس انتقال مالکیت صورت نمی‌پذیرد.

در تبیین این نظریه، امام(ره) در نامه‌ای در خصوص حدود اختیارات ولی فقیه به رئیس‌جمهور وقت می‌نویسند: «تعبیر به آنکه اینجانب گفته‌ام حکومت در چارچوب احکام الهی دارای اختیار است به کلی بر خلاف گفته‌های اینجانب بود. اگر اختیارات حکومت در چارچوب احکام فرعی الهیه است، باید عرض حکومت الهیه و ولایت مطلقه مفوضه به نبی اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) یک پدیده بی‌معنا و محتوا باشد. [...] باید عرض کنم حکومت، که شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول الله (صلی الله علیه و آله و سلم) است، یکی از احکام اولیه اسلام است؛ و مقدم بر تمام احکام فرعیه، حتی نماز و روزه و حج است. [...] حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد یک‌جانبه لغو کند و می‌تواند هر امری را چه عبادی و یا غیرعبادی / است / که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن، مادامی که چنین است جلوگیری کند. حکومت می‌تواند از حج که از فرائض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست موقتاً جلوگیری کند [...] و بالاتر از آن هم مسائلی است، که مزاحمت نمی‌کنم» (خمینی(ره)، ۱۳۸۶، ج ۲۰: ۴۵۱-۴۵۲). مرحوم امام(ره) در جای دیگری نیز به صراحت وظایف و اختیارات رهبر مندرج در قانون اساسی را مورد انتقاد قرار می‌دهند و می‌گویند: «اینکه در قانون اساسی هست، این بعض شئون ولایت فقیه هست نه همه شئون ولایت فقیه» (خمینی(ره)، ۱۳۸۶، ج ۱۱: ۴۶۴). همچنین گفته‌اند: «فقه‌های جامع‌الشرایط از طرف معصومین نیابت در تمام امور شرعی و سیاسی و اجتماعی دارند و تولی امور در غیبت کبرا موکول به آنان

است» (خمینی(ره)، ۱۳۸۶، ج ۱۹: ۴۰۳). ایشان در خصوص تصرف در املاک مردم توسط حکومت هم گفته‌اند: «زاید بر این معنا ما اگر فرض بکنیم که یک کسی اموالی هم دارد که خیر، اموالش هم مشروع است، لکن اموال طوری است که حاکم شرع، فقیه، ولیّ امر تشخیص داد که این به این قدر که هست نباید این قدر باشد، برای مصالح مسلمین، او می‌تواند قبض کند و تصاحب کند. و یکی از چیزهایی که مترتب بر ولایت فقیه است و مع‌الأسف این روشنفکرهای ما نمی‌فهمند که ولایت فقیه یعنی چه، یکیش هم تحدید این امور است. مالکیت را در عین حال که شارع مقدّس، محترم شمرده است، لکن ولیّ امر می‌تواند همین مالکیت محدودی که ببیند خلاف صلاح مسلمین و اسلام است، همین مالکیت مشروع را محدودش کند به یک حدّ معینی و با حکم فقیه از او مصادره بشود» (خمینی(ره)، ۱۳۸۶: ۱۰: ۴۸۱).

برخی با استناد به برخی از عبارات مرحوم امام(ره) در کتاب‌البیع تصور کرده‌اند اموری مثل ولایت بر اموال و انفس در امور شخصیه مردم، از منظر امام خمینی(ره) خارج دایره اختیارات ولی فقیه است و ادله اثبات ولایت فقیه دلالت بر ثبوت چنین مرتبه‌ای از ولایت برای فقیه نمی‌کند و این‌گونه ولایات تخصصاً خارج از اختیارات ولی فقیه جامع‌الشرایط است. حتی خواسته‌اند تا به واسطه این تفسیر، وجه جمعی بین کلمات مرحوم خوئی(ره) و مرحوم امام(ره) بیابند و نفی اطلاق ولایت فقیه توسط مرحوم خوئی(ره) را به معنای عدم اختیار فقیه در امور خصوصی مردم معنا نمایند (ارسطا، ۱۳۹۷).

این در حالی است که امام (ره) در کتاب‌البیع فرموده‌اند: «بأنّ المعصوم علیه‌السلام له الولاية على طلاق زوجة الرجل، أو بيع ماله، أو أخذه منه ولو لم تقتضه المصلحة العامة، لم يثبت ذلك للفقهاء، ولا دلالة للأدلة المتقدمة على ثبوتها له حتّى يكون الخروج القطعی من قبیل التخصیص» (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲: ۶۹۶)؛ یعنی معصوم (ع) حتی بدون وجود مصلحت عامه، دارای ولایت بر طلاق زن افراد یا فروش یا گرفتن اموال ایشان است. درحالی که چنین ولایتی برای فقیه ثابت نشده و دلالت ادله‌ای که در اثبات ولایت فقیه ذکر شد، شامل این موارد نمی‌شود و این‌گونه نیست خارج بودن قطعی این اختیارات به‌نحو تخصیص باشد، بلکه تخصصاً خارج هستند.

پرواضح است که بر خلاف برداشت ذکرشده از این کلمات، نقطه تمرکز مرحوم امام(ره) در وجه تمایز بین ولایت معصوم (ع) و ولایت فقیه، اعمال ولایت بر پایه مصلحت برای فقیه و عدم آن برای معصوم (ع) است؛ یعنی ولی فقیه تنها می‌تواند بر مبنای مصلحت بر خلاف احکام اولیه حکم حکومتی صادر کند. حتی باید گفت ذکر مواردی مثل طلاق زوجه و بیع و اخذ اموال افراد هم صرفاً از باب مثال بوده و مراد ایشان تنها تصرف در امور شخصی و خصوصی مردم نیست، بلکه حتی در امور عمومی هم که بناست ولی فقیه مغایر احکام اولیه شرع رفتار کند، می‌بایست مصلحت عامه را رعایت کند. به علاوه آنکه تفسیر ذکرشده از کلمات امام(ره)، با برخی از عبارات مذکور ایشان در خصوص محدود کردن مالکیت مردم بر پایه مصلحت منافات دارد. به این ترتیب بر پایه دیدگاه مرحوم امام(ره) که در واقع پذیرش ولایت مطلقه

فقیه خارج از چارچوب است، ولی فقیه می‌تواند بر پایه مصلحت، هم در امور خصوصی و هم در امور عمومی، بر خلاف قواعد اولیه شرعی اعمال ولایت نماید و همان‌طور که خود ایشان نیز تصریح دارند (خمینی، ۱۳۹۲: ۵۰-۵۱)، هیچ تفاوتی بین اختیارات حکومتی پیامبر اکرم (ص) و امامان معصوم (ع) با اختیارات حکومتی ولی فقیه - به‌جز لحاظ مصلحت - وجود ندارد.

واضح است که این نگرش مرحوم امام فراتر از دیدگاه‌های رایج بوده و حتی برخی از بزرگان تلاش کرده‌اند، جملات مرحوم امام (ره) در نامه‌شان به مقام معظم رهبری در سال ۱۳۶۶ را نیز توجیه نمایند و بگویند منظور ایشان، حرکت ولی فقیه در چارچوب شرع است (معرفت، ۱۳۷۷: ۷۸-۷۹). ولیکن پرواضح است که این سخن اجتهاد در برابر نص است و نمی‌توان سخنان ایشان را این‌گونه توجیه کرد.

حتی در خصوص دیدگاه مقام معظم رهبری در حوزه اختیارات ولی فقیه نیز برخی به‌صراحت گفته‌اند ایشان تفسیر رقیق‌تری از تفسیر امام راحل (ره) ارائه می‌کنند و دایره مفهومی - مصداقی که امام راحل (ره) برای ولایت فقیه قائل بودند، بس وسیع و گسترده‌تر از دیدگاه‌های رایج است (صالحی، ۱۳۸۹). البته در خصوص دیدگاه آیت‌الله خامنه‌ای باید به این نکته اشاره کرد که ایشان در دی‌ماه ۱۳۶۶ در پاسخ نامه مرحوم امام به ایشان گفته‌اند: «موارد و احکام مرقوم در نامه حضرت‌عالی جزو مسلمات است و بنده همه آنها را قبول دارم». هرچند، توضیحی در خصوص منظورشان از «رعایت حدود شرعیه» توسط ولی فقیه در خطبه‌هایی که ایراد کرده بودند نمی‌دهند و می‌فرمایند، در صورت لزوم مشروح آن را بیان خواهند کرد (خمینی، ۱۳۸۶، ج ۲۰: ۴۵۵). البته خود ایشان در اسفندماه همان سال فرموده‌اند: «این‌جور نیست که هر کسی بتواند در مواجهه با هریک از احکام شرعی، بگوید که من مصلحت نمی‌دانم که این حکم انجام بگیرد، بنابراین این حکم فعلاً تعطیل و آن کاری که مصلحت است انجام بگیرد، به‌عنوان حکم الهی. این چنین چیزی نیست و چنین اختیاری را هیچ‌کس ندارد، مگر ولی فقیه و آن کسی که ولی فقیه معین کند» (حسینی خامنه‌ای، ۱۳۹۱: ۲۸۲-۲۸۳). مفهوم این سخن آن است که ولی فقیه و منصوب او، اختیار تعطیلی حکم شرعی بر پایه مصلحت را دارد.

جالب است که نگرش فقهای شورای نگهبان هم چه در زمان خود مرحوم امام (ره) چه پس از ایشان، اغلب با نگاه ایشان به دایره اختیارات ولی فقیه متفاوت است. البته معدودی از ایشان تصریح دارند که ولی فقیه بر پایه اختیاراتش می‌تواند چنین کند. برای مثال برخی از ایشان گفته‌اند: «این کار خلاف شرع که است؛ ولی ولی امر [می‌تواند آن را اجازه دهد]. معنای ولایت همین است. معنای ولایت فقیه همین است دیگر» (مدرسی یزدی، جلسه ۱۳۹۵/۰۵/۰۶)، ولیکن نوعاً فقهای شورای نگهبان در این زمینه با احتیاط سخن گفته یا از آن عبور کرده‌اند. حتی گاهی این مسئله حساسیت‌هایی را نیز ایجاد کرده است. در بررسی لایحه تجارت در سال ۱۳۹۳ وقتی فقهای شورای نگهبان، از جعل مقررات بر خلاف نظریات

فقهی مقاومت جدی‌ای از خود بروز می‌دادند، یکی از اعضای حقوقدان شورای نگهبان گفت: «آیا نظریه ولایت فقیه می‌تواند به ما اجازه بدهد که به‌جای اراده بیان‌نشده دو طرف، یک شرط و تعهدی در قرارداد اضافه کنیم یا نه؟ آیا می‌توان طرفین رابطه تجاری را به حکمی تکلیفی الزام کنیم و بگوییم شما باید این شرط را در قراردادتان بگذارید یا نه؟ خود همین دو تا مطلب که آقایان فقها در مورد مسئله ولایت فقیه اختلاف دارند، زمین تا آسمان این لایحه را تغییر می‌دهد. خُب، یک کسی باید بنشیند و این مبانی را با آقایان فقها صحبت کند تا روی مبانی به یک توافقی برسند. مصوبه‌ای که درمی‌آید، ما باید فقط ایرادات آن را بگیریم، نه اینکه بگوییم از اول تا آخرش خلاف شرع و قانون اساسی است» (ابراهیمیان، جلسه ۱۳۹۳/۰۲/۱۰). عملاً فقهای شورا پاسخ ایشان را ندادند، ولی یکی از ایشان در ضمن بیانات خود اصرار داشتند که در مقررات تجاری نیز باید به‌طور کامل مبانی فقهی رعایت شود و گفتند: «خُب اگر ما این ایراد را گرفتیم، آسمان خراب می‌شود یا بناست که با این اشکال، وضعیت کشور به هم بخورد؟! یعنی وضع کشوری که می‌خواهد در آن اسلامی عمل بشود، جوری است که باید حتماً به‌صورت غیر اسلامی عمل بکند تا وضع کشور به هم نخورد؟! ما می‌خواهیم وضع اسلامی داشته باشیم» (مؤمن، جلسه ۱۳۹۳/۰۲/۱۰). این نگرش شورا سبب شد تا همان حقوقدان شورای نگهبان از اینکه از بررسی لایحه تجارت در شورا حمایت کرده بود، ابراز ندامت و پشیمانی کند و بگوید: «یک مقدار نگاه شورای نگهبان و آقایان بزرگواران فقها با نگاه مجلس و دولت در مورد ضرورت پرداختن به لایحه تجارت متفاوت است. یک مقدار که چه عرض کنم، خیلی متفاوت است. انگیزه اصلی شما بزرگواران بر اساس سوابقی که به مواد قانون تجارت ارجاع شده و آن را خلاف شرع دانستید، این است که باید زودتر [قانونی منطبق با قانون اساسی و موازین شرع تصویب شود]» (ابراهیمیان، جلسه ۱۳۹۳/۰۲/۱۰). در نهایت هم این لایحه از دستور کار شورای نگهبان خارج شد.

البته در این خصوص باید دقت داشت، طبق چند اصل قانون اساسی مثل اصل ۹۴، شرح وظایف شورای نگهبان مشخص بوده و این شورا متصدی انطباق قوانین بر موازین اسلام و قانون اساسی است. از این رو باید گفت، نمی‌توان از این شورا خواست بر خلاف شرح وظایف خودش کارکرد دیگری داشته باشد. بنابراین در مواردی مثل لایحه قانون تجارت، که مغایرت آن با مبانی فقهی، در همان هنگام تصویب در مجلس کاملاً روشن است، عملاً فرستادن آن به این شورا ثمری در پی ندارد. در حقیقت یک خلأ قانونی وجود دارد و در این دست امور، باید سازوکار قانونی دیگری پیش‌بینی و طراحی شود، تا بر فرض پذیرش نظریه ولایت مطلقه فقیه خارج از چارچوب‌های شرعی، بتوان این مقررات را، از طریق دیگری به تصویب رساند. هرچند بیان این امر، با اصل ۷۲ و برخی اصول دیگر قانون اساسی مغایر است و انجام چنین کاری نیازمند بازنگری و اصلاح قانون اساسی است. اما شاید بهترین جایی که بتوان تا حدودی نظر ضیق شورای نگهبان در جعل قوانین خلاف شرع بر پایه مصلحت را دید، پاسخ به چند

پرسش رئیس مجمع تشخیص مصلحت در سال ۱۳۷۲ است. در بند ۳ این پاسخ آمده است: «مطابق اصل ۴ قانون اساسی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی‌تواند خلاف موازین شرع باشد» (نظریه تفسیری شورای نگهبان، ۱۳۷۲/۰۳/۰۳). این پاسخ، رئیس مجمع را مجبور کرد تا دوباره به این شورا نامه بنویسد و مراد ایشان از «خلاف موازین شرع» استفسار کند. در پاسخ مجدد این شورا آمده است: «منظور از «خلاف موازین شرع» آن است که نه با احکام اولیه شرع سازگار باشد و نه با احکام عناوین ثانویه و در این رابطه صدر اصل ۱۱۲ به مجمع تشخیص مصلحت تنها اجازه تعیین تکلیف به لحاظ عناوین ثانویه را داده است» (نظریه تفسیری شورای نگهبان، ۱۳۷۲/۰۴/۲۰). به این ترتیب از این طریق بر تشخیص مصلحت در چارچوب موازین شرع تأکید شده است (راجی و همکاران، ۱۳۹۷: ۵۰۹).

ولکن این نگرش صحیح نیست، زیرا ادله نقلی و عقلی ولایت فقیه - بر فرض پذیرش - اشعاری به مضیق بودن اختیارات ولی فقیه در چارچوب شرع ندارد. شاید بهترین دلیلی که بتوان برای این دیدگاه مضیق اقامه کرد، همان نکته‌ای است که برخی بزرگان گفته بودند و سابقاً به آن اشاره شد. ایشان مفهوم عرفی اعطای ولایت از جانب هر نظامی را، اعمال این ولایت در چارچوب آن نظام می‌دانند (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱: ۱۰۱)، ولیکن این دلیل هم استحسانی بوده، اینکه ولی فقیه در نظام اسلامی متصدی حکمرانی شده، به این معنا نیست که او در چارچوب این نظام محدود شده است، زیرا شارع مقدس می‌تواند چنین صلاح ببیند که ولی فقیه در صورت وجود مصلحت، خارج از چارچوب‌های شرعی نظام اسلامی هم قوانینی را وضع کند. در حقیقت شارع مقدس، صرفاً مصلحت یکی از احکام شرعی را به تنهایی در نظر نمی‌گیرد و شبکه‌ای از مصالح و مفاصل را با هم لحاظ می‌کند. از منظر شارع، مصلحت جامعه اسلامی و حکومت اسلامی، بالاتر از مصلحت پیاده شدن یک حکم شرعی خاص است. در نتیجه به ولی جامعه اسلامی اجازه داده است تا در صورت تشخیص مصلحت قطعی، احکام شرعی را تعطیل یا تبدیل کند.

اما طبق این دیدگاه، یعنی نظر مرحوم امام خمینی (ره) که قول صحیح در مسئله هم است، مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، منحصرأ اراده قانونگذار دولت اسلامی یعنی اراده نهاد ولایت فقیه است. به این ترتیب اراده شارع، حتی در طول یا عرض اراده این نهاد هم به عنوان منشأ قاعده حقوقی قرار ندارد، زیرا باید دقت داشت ملازمه‌ای بین مبنای مشروعیت سیاسی و مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی وجود ندارد. کما اینکه در سیستم‌های حقوقی مدرن مثل نظام حقوقی فرانسه نیز مشروعیت سیاسی دولت تابع اراده مردم و قرارداد اجتماعی است، ولیکن مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی صرفاً عقلانیت طبیعی است. در اینجا هم اراده شارع مبنای مشروعیت سیاسی حاکمیت و ولایت فقیه بوده و مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی، اراده شخص ولی فقیه است.

از این رو اینکه گفته شود با توجه به اینکه اولاً شارع مقدس در دین اسلام قوانینی را برای زندگی بشر جعل کرده و ثانیاً الگوی سیاسی مبتنی ولایت فقیه هم مأخوذ از اراده شارع است و در نتیجه می‌بایست

مبنای قاعده حقوقی در نظام اسلامی اراده شارع باشد، خلط بین فلسفه سیاسی و فلسفه حقوق است. در حقیقت، طبق نظریه دوم از ولایت مطلقه فقیه، هم اصل حکومت بر امت اسلامی و هم احکام مجعوله شرعی و هم سایر اموری که شرع در خصوص آنها اظهارنظر نکرده یا آنها را الزام نکرده، همگی توسط مبنای مشروعیت سیاسی نظام اسلامی، به نهاد ولایت فقیه سپرده شده و اوست که می‌تواند با لحاظ مصلحت و شرایط زمانی و مکانی در امر قانونگذاری از آنها بهره‌مند شود. به این ترتیب نقش احکام شرعی در نظام حقوقی اسلام، نقش منبعی در کنار سایر منابع جعل قاعده حقوقی توسط ولی فقیه است. نه آنکه چون خداوند متعال احکام شرعی را در حوزه‌های مختلف معاملات، قضائیات، جزائیات، خانواده، جنگ، امر به معروف، زکات، خمس و غیره جعل کرده، ولی فقیه می‌بایست تنها مجری این احکام در جامعه باشد. بلکه به این دلیل فقیه باید متصدی اصلی امور جامعه باشد که شناخت دقیقی در زمینه این منبع اصلی قانونگذاری در نظام اسلامی دارد.

بر اساس این نکته، شبهه حجیت‌محور بودن فقه و عرفی بودن قانون نیز به‌خوبی پاسخ داده می‌شود، زیرا این اشکال برخاسته از خلط بین قانون و شریعت است و در پاسخ آن باید گفت اولاً خود قانون موضوعه، هم به‌عنوان یکی از منابع اعتبار قاعده حقوقی و هم به‌منزله ابزار بیان و ایجاد قاعده حقوقی توسط قانونگذار دولت اسلامی، با تمسک به ادله ولایت فقیه دارای حجیت شرعی است؛ ثانیاً حجیت‌محوری فقه مربوط به خود دکتترین فقهی به‌عنوان یکی از منابع قاعده حقوقی است و این قوانین شرعی در کنار قوانین عرفی، رویه قضایی، عرف و دکتترین حقوقی، همگی ابزاری در دست نهاد ولایت فقیه برای قانونگذاری هستند. البته ریشه این اشکال، ذهنیت خام یکسان‌پنداری قانون و شریعت است، که صرف وجود قانون شرع را، برای اداره جامعه اسلامی کافی می‌داند. درحالی‌که پرواضح است که اولاً شارع در همه امور شئون حکمرانی اظهارنظر نکرده و ثانیاً در مواردی، احتمال تغایر اولیه احکام شرعی با مصالح فعلیه جامعه اسلامی وجود دارد که خود شارع متعال بر اساس ادله ولایت فقیه، حل این تعارض را به ولی مطلق فقیه سپرده است؛ یعنی او می‌تواند در صورت صلاحدید، قانونی مخالف حکم شرعی الزامی وضع کند و حجیت شرعی چنین اقدامی متصف به خود ادله ولایت فقیه است. در واقع شارع با لحاظ اغراض متعدد خود و در نظر گرفتن مجموعه‌ای از مصالح و مفساد در امور مختلف، غرض تأمین مصلحت جامعه اسلامی به تشخیص ولی فقیه در عصر غیبت را، به غرض تأمین مصلحت برخی احکام الزامی خود ترجیح داده و بر این اساس امکان جعل احکام مغایر با احکام الزامی شرعی بر پایه مصالح عامه را به ولی فقیه واسپاری کرده است. حتی می‌توان گفت شارع مقدس نه تنها غرض لحاظ مصالح عامه مسلمین توسط ولی فقیه را بر فوت اغراض احکام وضعی و تکلیفی مجعوله خود ترجیح می‌دهد، بلکه از اساس جعل و طراحی احکام اولیه تکلیفی و وضعی توسط شارع، به همین شکل بوده که تطبیق روزآمد آنها به پیامبر (ص)، امام (ع) یا فقیه به‌عنوان حاکمان جامعه اسلامی سپرده شده است. این نکته

شاید مهم‌ترین دلیلی باشد که در عصر غیبت، از بین همه اصناف، تنها صنف فقها می‌توانند وکیل، نائب یا مأذون از قبل امام غایب باشند، زیرا تنها ایشان بر قوانین شرع و دکترین فقهی اشراف دارند و می‌توانند در صورت وجود مصلحت، در خصوص نحوه تغییر احکام، به نحوی که بیشترین تناسب را با احکام اولیه و اغراض شارع داشته باشد، اظهار نظر کنند. البته همان‌طور که اشاره شد، واضح است که حتی اگر نظریه دوم یعنی امکان جعل قاعده حقوقی در خارج از چارچوب ضوابط شرعی توسط نهاد ولایت فقیه هم پذیرفته شود، این سخن اصلاً به این معنا نیست که ولی فقیه دستش باز است هرگونه بخواهد و اراده کند، بتواند در واجبات و محرمات الهی دخل و تصرف کند. بلکه همان‌طور که ذکر شد، اگر موضوع در شرایط عادی قرار داشت، کماکان حکم اولیه بر آن بار می‌شود و حتی ولی فقیه هم هیچ‌گونه دخل و تصرفی نمی‌تواند در آن به عمل آورد. ولی اگر شرایط پیرامونی موضوع تغییر کرد و مصالح اجتماعی، سیاسی، اقتصادی و بین‌المللی به نحوی شد که حکم آن باید تغییر می‌یافت، فقیه حاکم می‌تواند بر خلاف دکترین فقهی، قاعده حقوقی جدیدی را برای این موضوع وضع کند. به تعبیر دیگر، از یک سو ولی فقیه، در چارچوب شرع قرار دارد و از سوی دیگر تنها در موارد مقتضی و وجود مصلحت واقعی، بر اساس ادله ولایت مطلقه فقیه، اجازه تعدی از احکام شرعی وضعی یا تکلیفی به او داده شده است.

اما در خصوص مقایسه اراده‌گرایی دولت اسلامی بر پایه نهاد ولایت فقیه و اراده‌گرایی دولتی پوزیتیویستی هم باید گفت، نظام حقوقی مبتنی بر چنین دیدگاهی از حیث شبیه نظام‌های حقوقی بر پایه پوزیتیویسم دولتی است و از جهتی متفاوت با آنهاست. از این حیث که مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی در هر دو اراده حاکم و دولت است، شبیه یکدیگرند. اما از جهات دیگر تغایر جدی با هم دارند، زیرا این سیستم فاقد دو ویژگی اصلی پوزیتیویسم حقوقی یعنی پذیرش فکتهای اجتماعی^۱ - البته تنها در پوزیتیویسم دولتی انگلیسی - به عنوان محتوای قوانین و همچنین جدایی بین قانون و اخلاق است (Leiter & Sevel, 2022)، زیرا حاکم به عنوان مبنای الزام‌آوری در نظام سیاسی اسلام مقید به تفقه است و مشروعیت سیاسی خود را از شارع و برای تأمین اغراض غایی او به دست آورده است. این امر به خودی خود هدف قاعده حقوقی و نوع و چینش منابع قاعده حقوقی را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

با پذیرش این نظریه هدف قاعده حقوقی به تعبیر قدمای فلاسفه اسلامی ایجاد سعادت برای افراد، به معنای خارج شدن قوه نطق و عاقله آدمی از حالت بالقوه به حالت بالفعل است (عامری، ۱۳۹۸: ۲۷۳). در نتیجه برقراری نظم عمومی و عدالت اجتماعی به عنوان اهداف متداول قاعده حقوقی، هر دو ابزارهایی برای تحقق عدالت فردی و فعلی شدن قوه نطق افراد جامعه و ایجاد هارمونی بین قوای نفسانی ایشان و در نهایت إسعاد آنها خواهد بود. همچنین همان‌طور که در بخش منابع قاعده حقوقی در سیستم حقوقی

ایران توضیح داده خواهد شد، با پذیرش این نظریه، منبع نخست قاعده حقوقی هم قوانین شرع خواهد بود. از این رو قاعده حقوقی لزوماً بر پایه فکتهای اجتماعی در پوزیتیویسم انگلیسی و نرمهای حقوقی در پوزیتیویسم آلمانی و کلسنی نبوده (Ratnapala, 2013: 293-294) و حکم شارع هم علاوه بر آنها، منبع اعتبار قواعد حقوقی است. همچنین به دلیل ذات اخلاق گرایانه شریعت، به خودی خود پیوند بین اخلاق و قاعده حقوقی نیز تا حدود زیاد برقرار می شود. البته باید دقت داشت، کل بحث های بالا و دو دیدگاه مطرح شده، در دایره پذیرش نظریه ولایت مطلقه فقیه به عنوان ساختار سیاسی حاکمیت اسلامی است. و الا اگر ولایت حسب فقیه، ثبوتاً به عنوان نظریه سیاسی اسلام پذیرفته شود، تکلیف روشن است و بی تردید اراده شارع به عنوان منشأ منحصراً یا اصلی قاعده حقوقی خواهد بود، زیرا بر پایه این نظریه، شخص ولی تنها بر پایه اضطرار و جهت ساماندهی امور زمین مانده می تواند اعمال نظر کند. هر چند باید اشاره کرد که حتی در این فرض هم، اثباتاً و در مقام عمل، چندان تمایز جدی ای بین این نظریه و نظریه ولایت مطلقه فقیه وجود ندارد و اموری مثل افتاء و قضا و خمس و زکات و برقراری امنیت و سایر رسیدگی های اجتماعی همگی جزو امور زمین مانده مسلمین هستند و اگر بنا باشد که قانون شریعت در جامعه جاری شود، بیشتر وظایف حاکم علی الاطلاق، در چارچوب وظیفه و اختیارات ولی در امور حسبه هم قرار می گیرند. ولیکن همان طور که اشاره شد، در این نظریه، به دلیل ضیق اختیارات ثبوتی ولی فقیه، این اراده شارع است که می تواند منشأ اصلی قاعده حقوقی قرار بگیرد.

۳. منابع قاعده حقوقی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

همان طور که اشاره شد، با توجه به مبنای الزام آوری قاعده حقوقی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران که اراده نهاد ولایت فقیه است، می بایست به جز منابع چهارگانه رایج قاعده حقوقی یعنی قانون موضوعه، رویه قضایی، عرف و دکترین حقوقی، قانون شرع (احکام شرعی) را هم به این موارد اضافه کرد، زیرا اصل بر تبعیت منابع قاعده حقوقی از مبنای اعتبار قواعد حقوقی است (شهابی، ۱۳۹۷: ۲۴). وقتی که مبنای اعتبار قواعد حقوقی، ولی فقیه منصوب از قبل شارع باشد و هدف از نصب او تحقق اهداف شریعت و به تعبیر برخی به سعادت رساندن مردم (إسعاد) باشد (عامری، ۱۳۹۸: ۲۷۳)، در نتیجه بیشترین منبعی که با چنین مبنا و چنین هدفی سنخیت دارد، احکام مجعوله شرعی و به قول قدمای فلاسفه مثل فارابی و عامری «سنت» است، زیرا از منظر ایشان راه منحصراً دستیابی به سعادت افراد جامعه تبعیت از چنین مقرراتی است (فارابی، ۱۳۷۵: ۸۰؛ عامری، ۱۳۹۸: ۵۷). به این ترتیب احکام شرعی، در نظام مبتنی بر ولایت مطلقه فقیه می بایست به عنوان یکی از منابع جعل قانون موضوعه و در واقع اصلی ترین منبع قرار گیرد.

البته چون امروزه تنها طریق دستیابی به احکام شرعی دانش فقه است و ادله اربعه این احکام یعنی کتاب، سنت، عقل و اجماع در چارچوب ضوابط این دانش بررسی می شوند، از این رو می توان گفت در

اینجا مفهوم قانون شرعی مساوق مفهوم دکترین فقهی است و تنها تفاوت آنها تفاوت فرایند و برآیند است. بر خلاف قانون موضوعه، که در همه مکاتب مدرن حقوقی، از منابع مختلفی از جمله دکترین حقوقی برای جعل قوانین بهره برده می‌شود و دکترین حقوقی تنها منبع به حساب نمی‌آید. حتی شاید بتوان گفت از این منظر که در دکترین فقهی اختلاف انظار و فتاوی زیادی ذیل مسائل مختلف وجود دارد و در عمل در بسیاری از مسائل چند فتوا مطرح است، شاید به کار بردن تعبیر دکترین فقهی در عداد سایر منابع از تعبیر احکام شرعی یا قانون شرع بهتر باشد، زیرا یکی از کارکردهای مبنای قانونگذاری اسلامی یعنی نهاد ولایت فقیه آن است که از بین این فتاوا، فتوایی را که با مصالح تطابق بیشتری دارد، انتخاب کند، از این رو اینکه بسیاری تلاش کرده‌اند فتوای معیار را از بین فتوای فقیه حاکم، فقیه اعلم، فقهای شورای نگهبان، فتوای کارآمد، فتوای مطابق با احتیاط و فتوای مشهور تعیین کنند، چندان درست به نظر نمی‌رسد، زیرا طبق نظر صحیح در مبنای اعتبار قاعده حقوقی، ولی فقیه می‌تواند هر کدام از این فتاوا را با لحاظ شرایط و موقعیت و مصالح انتخاب کند و حتی در پاره‌ای موارد ممکن است با توجه به مصالح فتوایی را بر خلاف فتوای شخصی خود به عنوان قاعده حقوقی برگزیند. هرچند شاید بتوان گفت این دیدگاه با اندکی تسامح به دیدگاه انتخاب فتوای کارآمد یا فتوای تابع مصالح به عنوان فتوای معیار جعل قوانین نزدیک می‌شود.

ممکن است این اشکال مطرح شود که در نظام حقوقی ایران، دکترین حقوقی در واقع مبتنی بر دکترین فقهی است و نمی‌توان بین این دو تفکیک کرد و دکترین حقوقی مشتمل بر دکترین فقهی نیز است. ولیکن باید توجه داشت اولاً بسیاری از قوانین اجرایی کشور اصلاً پایه فقهی ندارند که بخواهند در دکترین فقهی طرح شوند، درحالی که در دکترین حقوقی بحث می‌شوند و ثانیاً روند فعلی نظم حقوقی در کشور ما و تأثیر دانش حقوق از نظامات حقوق غربی به نحوی است که به نظر می‌رسد جداسازی آنها به عنوان منابع قاعده حقوقی مناسب‌تر باشد.

شبهه‌ای که در اینجا وجود دارد آن است که حجیت شرعی بهره‌مندی از سایر منابع قاعده حقوقی برای جعل قاعده حقوقی چگونه است. در این خصوص باید گفت با توجه به مبنای ذکرشده برای جعل قاعده حقوقی یعنی اراده نهاد ولایت فقیه است، حجیت شرعی بهره‌مندی از این منابع نیز تابع اراده اوست، زیرا ادله ولایت مطلقه فقیه خارج از چارچوب شریعت، به ولی فقیه اجازه جعل قانون را داده است و او هر منبع دیگری را در قانون تعیین کند، می‌توان از آنها برای جعل قواعد حقوقی استفاده کرد و حجیت شرعی آنها را با اتصاف به ادله ولایت فقیه تصحیح کرد.

به این ترتیب می‌توان گفت، رتبه‌های بعدی منابع در حقوق ایران مانند نظامات حقوقی مبتنی بر پوزیتیویسم دولتی است؛ یعنی ابتدا قانون، سپس رویه قضایی، پس از آن عرف و در آخر دکترین حقوقی قرار می‌گیرد، زیرا قانون موضوعه که به طور مستقیم توسط دولت جعل می‌شود، سنخیت زیادی را با اراده دولت‌ها

از جمله دولت اسلامی که در رأس آن اراده نهاد ولایت فقیه است، دارد. در اینجا قانون موضوعه هم ابزار بیان و هم ابزار ایجاد قاعده حقوقی است؛ یعنی مانند مکاتب حقوق طبیعی مدرن، نظم خودجوش یا اراده اجتماعی و غیره که دولت در آنها از ابزار قانون صرفاً برای بیان قاعده حقوقی استفاده می‌کند نیست، بلکه مانند سایر نظامات پوزیتیویستی، قانون تجلی اراده قانونگذار دولت اسلامی نیز است و خود قاعده حقوقی به حساب می‌آید. به تعبیر دیگر در چنین رویکردی وحدت بین حقوق و قانون یعنی نظام حقوق دولتی برقرار است.

با توجه به نکته‌ای که در تصحیح حجیت شرعی سایر منابع قاعده حقوقی به جز قانون شرع، در نظام حقوقی ایران اشاره شد، این منابع سلسله‌مراتبی‌اند و منابع پایین‌تر زمانی منبع به حساب می‌آیند که منابع بالاتر به آنها اجازه داده باشد و حتی میزان قلمرو منبع بودن آنها نیز توسط منابع بالاتر مشخص می‌شود. اشاره شد که در خصوص خود قانون موضوعه، قانون شرع (دکترین فقهی) که در بالاترین رتبه منابع قاعده حقوقی در نظام اسلامی قرار دارد، به قانونگذار دولت اسلامی اجازه جعل قانون موضوعه را داده است. از این رو می‌توان قانون را به عنوان منبع قاعده حقوقی در رتبه بعدی به حساب آورد. در خود قانون فعلی جمهوری اسلامی ایران نیز مواردی مثل رویه قضایی، عرف و دکترین حقوقی به عنوان منبع قاعده حقوقی معرفی شده‌اند. برای مثال با توجه به قوانینی مثل اصل ۱۶۱ قانون اساسی، ماده ۴۷۱ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، و قوانین متعدد دیگری، بی‌تردید رویه قضایی یکی از منابع قاعده حقوقی در نظام حقوقی ایران است. همچنین بهره‌مندی از عرف هم در ماده ۲۲۰ قانون مدنی مطرح شده است. در تفسیر اصل ۱۶۶ قانون اساسی و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی هم، می‌توان تعابیری مانند «اصول» یا «اصول حقوقی» را مشعر به دکترین حقوقی دانست.

در چینش این منابع نیز همان‌طور که ذکر شد قانون شرع در رتبه اول و قانون موضوعه دوم است. اما پس از آنها آنچه تناسب بیشتری با اراده قانونگذار دولتی اسلامی دارد، رأی قاضی و رویه قضایی است، زیرا قاضی نیز مانند قانون، نماد اراده دولت و اقتدار حاکمیت است. با این همه چون قاضی نماد حقوق زنده است و احتمال تخطی او از اراده قانونگذار دولتی وجود دارد، در رتبه سوم قرار می‌گیرد. پس از رویه قضایی در این سیستم، عرف عام و سپس عرف خاص یعنی دکترین حقوقی قرار دارند، زیرا این دو کمترین تناسب را با مبنای اعتبار قاعده حقوقی در این نظام حقوقی دارند.

به این ترتیب می‌توان به‌طور خلاصه منابع قاعده حقوق در نظام حقوقی ایران را به‌ترتیب امور زیر دانست:

قانون شرع (دکترین فقهی)؛

قانون موضوعه؛

رویه قضایی؛

عرف؛

دکترین حقوقی.

۴. نهاد قانونگذار در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران

تقریباً در همه جوامع مدرن نهاد قانونگذاری دولت است؛ یعنی یا قواعد حقوقی موجود را در قالب قانون مدون می‌کند یا خود اختیار ایجاد قاعده حقوقی در قالب قانون را دارد. در مکاتب پوزیتیویستی، حقوق و قانون یکی است؛ قانون به‌جز آنکه ابزار بیان قاعده حقوقی است، خود ابزار ایجاد قاعده حقوق نیز است. در مکاتب حقوق طبیعی سنتی و مدرن یا مکاتب جامعه‌شناختی حقوقی که منشأ و مبنای الزام‌آوری قاعده حقوقی اراده دولت نیست و اموری مثل طبیعت اشیای ارسطویی^۱، عقلانیت طبیعی یا اراده اجتماعی موجد قاعده حقوقی است. در چنین نظاماتی طبعاً دولت از قانون تنها به‌عنوان ابزار بیان قاعده حقوقی استفاده می‌کند. اما در همه این نظامات مبنای مشروعیت دولت مبتنی بر مکاتب نظری سیاسی‌ای است که دولت از آن برخاسته است. برای مثال مطابق با نظریات اراده‌گرا^۲ -در مقابل نظریات غایت‌گرا^۳ و وظیفه‌گرا^۴- حکومت بر پایه قرارداد اجتماعی با تقریرهای متفاوت هابزی، لاکي یا روسویی شکل می‌گیرد. اما در نظامات مبتنی بر حق حاکمیت الهی، مشروعیت حاکم و حکم او مستند به اراده الهی است. از این‌رو دولت اسلامی مبتنی بر نظریه ولایت فقیه در عصر غیبت، به‌عنوان نهاد قانونگذار نیز، باید مبتنی بر اراده شارع باشد.

با این همه با آنکه اصل مشروعیت این دولت در فلسفه سیاسی آن متصف به اراده الهی است، ولی بدو به‌نظر می‌رسد در نظام حقوقی حاکم بر ایران پس انقلاب، بین نهادهای دخیل در قانونگذاری در داخل این دولت دوگانگی وجود دارد. باید دانست نهادهای متعددی پس از انقلاب ایران در فرایند قانونگذاری دخیل بوده‌اند؛ نهادهایی مثل مجلس خبرگان قانون اساسی، شورای انقلاب، مجلس شورای اسلامی، هیأت وزیران، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، شوراهای عالی مختلف، مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای نگهبان، رئیس‌جمهور، رئیس قوه قضاییه، ولی فقیه، مردم و غیره. در مجموع می‌توان این نهادها را از حیث منبع مشروعیت‌بخش آنها برای قانونگذاری به دو دسته تقسیم کرد:

نهادهایی که نماینده اراده نهاد ولایت فقیه هستند: خود نهاد ولایت فقیه و نهادهای دیگری مانند شورای انقلاب اسلامی در ابتدای انقلاب، مجمع تشخیص، بخشی از شورای نگهبان، رئیس قوه قضاییه، دیوان عالی، مجموعه شوراهای عالی و غیره، که به‌طور مستقیم یا با واسطه به‌وسیله خود مبنای اعتبار قواعد حقوقی یعنی نهاد ولایت فقیه تعیین می‌شوند؛ به‌جز اینها می‌توان رئیس‌جمهور را که توسط مردم انتخاب می‌شود، و لکن طبق اصل ۱۱۰ قانون اساسی این انتخاب باید به تأیید رهبری برسد هم به این دسته اضافه کرد؛

1. Nature of Things
2. Voluntaries Theories
3. Teleological Theories
4. Deontological Theories

نهادهایی که نماینده اراده مردم هستند: مجلس خبرگان قانون اساسی در ابتدای انقلاب (مجلس مؤسسان) و مجلس شورای اسلامی که توسط مردم انتخاب می‌شوند و همچنین خود نهاد مردم که در قالب رفراندوم ظاهر می‌شود و حتی حقوقدانان شورای نگهبان و هیأت وزیران که باید از مجلس رأی اعتماد بگیرند، به صورت کامل یا نسبی مظهر اراده مردم در قانونگذاری هستند.

واضح است که تصحیح فقهی و حجیت شرعی وضع قوانین توسط نهادهای دسته اول به حجیت شرعی خود نهاد ولایت فقیه برمی‌گردد. ولیکن حجیت شرعی قانونگذاری توسط نهادهای دسته دوم که نماینده اراده مردم در این امر هستند، نیازمند تدقیق بیشتری است و بدو به نظر می‌رسد با مبنای اعتبار قاعده حقوقی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران که اراده نهاد ولایت فقیه است، در تقابل کامل قرار دارد.

در خصوص دسته اول باید گفت، حجیت شرعی و مشروعیت سیاسی ولایت فقیه و نهادهای وابسته به آن، بر پایه فقه امامیه پیش فرض این مقاله بوده و نویسنده درصدد اثبات تفصیلی مبانی آن در اینجا نیست. کما اینکه در اصل ۵ قانون اساسی نیز به این امر تصریح شده است. ولیکن به اجمال باید گفت مشروعیت نهاد ولایت فقیه برگرفته از مجموعه‌ای از ادله نقلی مانند آیه شریفه «یریدون ان یتحاکموا الی الطاغوت» (نساء/ ۶۰)، توفیق شریف «و اما الحوادث الواقعة» (شیخ صدوق، ۱۳۹۵، ج ۲: ۴۸۴)، مقبوله عمر بن حنظله (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱: ۶۷)، روایات ابی خدیجه (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶: ۳۰۳)، روایت «لان المؤمنین الفقهاء حصون الاسلام» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱: ۳۸)، روایت «الفقهاء امناء الرسل» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱: ۴۶)، روایت «اتقوا الحکومه» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ۴۰۶)، روایت «ان العلماء ورثه الانبیاء» (صفار، ۱۴۰۴ق، ج ۱: ۱۰)، روایت «منزله الفقیه فی هذا الوقت کمزله الانبیاء» (منسوب به علی بن موسی (ع)، ۱۴۰۶ق: ۳۳۸)، روایت «العلماء حکام علی الناس» (نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۷: ۳۲۱)، روایت «الاحکام علی ایدی العلماء» (ابن شعبه حرانی، ۱۴۰۴ق: ۲۳۸) است. البته واضح است که این روایات مورد نقض و ابرام فقها قرار گرفته و از حیث سند و دلالت مورد تدقیق ایشان واقع شده است و برخی آنها را پذیرفته و برخی آنها را رد کرده‌اند.

به جز اینها در اثبات ولایت فقیه به چند دلیل عقلی نیز استناد شده است. مهم‌ترین این ادله ضروری و بدیهی بودن تصدیق ولایت فقیه (خمینی، ۱۳۹۲: ۳)، اصل تنزل تدریجی (مصباح یزدی، ۱۳۹۷: ۱۹۰)، جاودانگی احکام اسلامی و حاکمیت اصلح در عصر غیبت (مصباح یزدی، ۱۳۹۷: ۱۹۵) است. برخی نیز مانند مرحوم مدرس اصفهانی (ره)^۱ در توضیح دلیل عقلی ولایت فقیه می‌گویند، همان نکته عقلی اثبات امامت در هر عصر، قاعده لطف و تحقق اغراض شارع بر زمین برای حفظ نظام، انتظام امور دنیوی و اخروی، دفع ظالم از مظلوم و اقامه حدود و احکام الهی، منتهی به این می‌شود که در زمان حاضر یا خود

۱. ۱۲۷۳-۱۳۳۳ق؛ از استادان مرحوم آیت‌الله العظمی بروجردی (ره) در اصفهان.

امام (ع) ظهور کنند یا سلطانی از جانب ایشان برای حکومت بر مسلمین تعیین گردد. در این خصوص هم اجماع مفید قطع وجود دارد که چنین نائبی باید تنها از صنف فقهای جامع‌الشرایط باشد نه سایر اصناف (مدرس اصفهانی، بی تا: ۴).

به این ترتیب با پذیرش برخی از ادله عقلی و نقلی مذکور در اثبات ولایت فقیه، نهاد قانونگذاری در نظام اسلامی ایران، نهاد ولایت فقیه و یا نهادهایی است که از جانب ایشان اجازه قانونگذاری دارند. از این رو بحثی در تصحیح حجیت شرعی دسته اول نهادهای قانونگذاری در نظام حقوقی ایران وجود ندارد. اما در خصوص دسته دوم نهادهای قانونگذاری در ذیل دولت اسلامی ایران باید گفت، پذیرش اراده مردم به منظور قانونگذاری کاملاً در نقطه مقابل مبنای اعتبار قواعد حقوقی در این نظام حقوقی قرار دارد. از این رو پارلمان در ایران نمی تواند مانند سایر نظامات حقوقی و سیاسی دموکراتیک، مظهر اراده مردم به منظور قانونگذاری فرض شود.

با این حال در توجیه شرعی قانونگذاری توسط مجلس شورای اسلامی می توان گفت، یا می بایست تنها نقش کارشناسی به نمایندگان مردم در مجلس داد و تصویب کننده اصلی قانون را، شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام که منصوب رهبری هستند، دانست؛ یا گفت ولی فقیه نقش خود در حوزه قانونگذاری را به پارلمان تفویض کرده است. با این دو تخریج می توان حجیت شرعی مصوبات مجلس را توجیه کرد. همچنین می توان حجیت شرعی قانونگذاری توسط نهاد هیأت دولت و وزیران که مشروعیت قانونگذاری خود را از مجلس دریافت می کنند، بدین وسیله توجیه کرد. هرچند توجیه تأیید اعضای حقوقدان شورای نگهبان توسط مجلس، کمی پیچیده تر بوده و تنها از طریق تخریج دوم ممکن است، زیرا چنین اقدامی بر پایه تخریج اول مستلزم دور خواهد بود.

در مورد مجلس مؤسسان هم باید دانست، با آنکه این مجلس منتخب مردم بود، ولی صرفاً نقش کارشناسی داشت و خود تصویب کننده قانون اساسی نبود و از اساس نهاد قانونگذار به حساب نمی آید و حجیت شرعی آن نیاز به بحث ندارد. هرچند حتی در خصوص آن نیز در افواه گفته شده مرحوم امام (ره) در بدو امر مخالف تشکیل آن بودند و با وساطت مرحوم طالقانی (ره) با تشکیل این مجلس موافقت کردند.

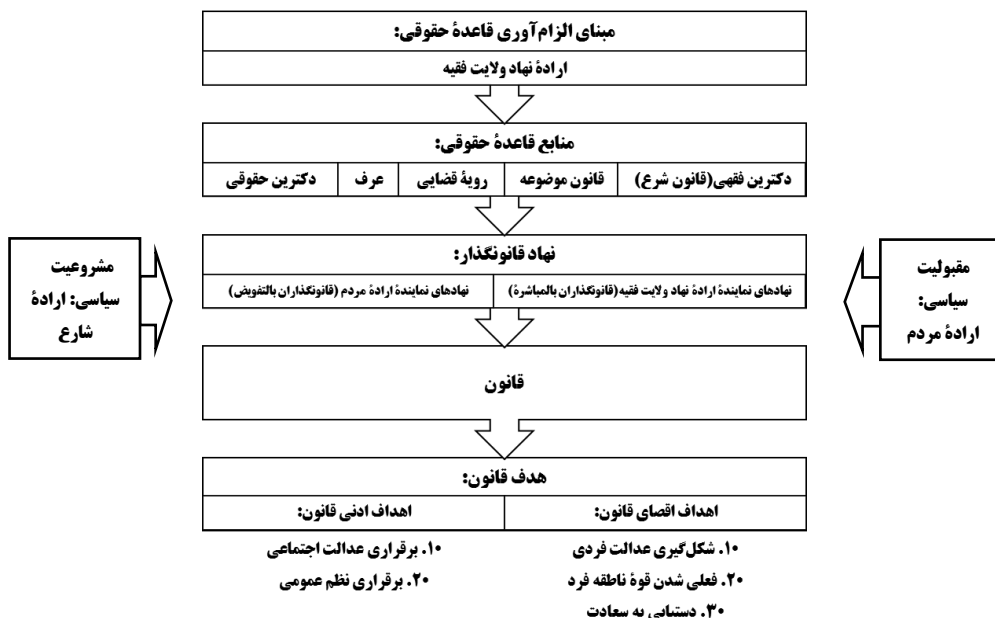
اما پیچیده ترین مورد در دسته دوم، خود نهاد مردم به عنوان مصوب قانون اساسی یا هر قانون دیگری - شبیه آنچه در اصل ۵۹ قانون اساسی ذکر شده - در قالب رفراندوم است، زیرا چنین کاری مبادرتاً جعل قانون است و نمی توان آن را کار کارشناسی به حساب آورد و از اساس عموم مردم شأن کارشناسی ندارند. از این رو تنها راه تصحیح شرعی قانون مصوب مردم بنابر پذیرش نهاد ولایت فقیه به عنوان مبنای اعتبار قواعد حقوقی در نظام حقوقی ایران، پذیرش نظریه تفویض است؛ یعنی ولی فقیه، اختیار و صلاحیت خود برای تصویب برخی قوانین خاص را، به عموم مردم تفویض کرده است. بر همین اساس هم می توان واسپاری اختیار صدور فرمان همه پرسی به ولی فقیه در اصل ۱۱۰ قانون اساسی را از این حیث توجیه کرد.

البته واضح است که تفویض، الزامی را برای ولی فقیه در پی ندارد و او در صورت صلاحدید علی‌رغم اراده مردم می‌تواند تغییرات مدنظر خود را در قانون مصوب ایشان اعمال کند. بر همین اساس مرحوم امام (ره) نسبت به میزان اختیارات ولی فقیه در قانون اساسی انتقاد داشتند (خمینی (ره)، ۱۳۸۶، ج ۱۱: ۴۶۴) و مقام معظم رهبری نیز، در سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، مواردی را بر خلاف سیاست‌های سوسیالیستی حاکم بر این اصل قانون اساسی، ابلاغ کردند. البته باید دقت داشت برگزاری رفراندوم برای برقراری اصل حکومت اسلامی امر دیگری غیر از برگزاری رفراندوم برای قانونگذاری است، زیرا ملازمه‌ای بین اراده مردم در شکل‌گیری نظام سیاسی و اراده مردم در قانونگذاری وجود ندارد و آنها دو امر مستقل از هم هستند. در نتیجه رفراندوم ۱۰ و ۱۱ فروردین ۱۳۵۸ که برای برپایی حکومت جمهوری اسلامی ایران تشکیل شد، در واقع تجلی خواست مردم مبنی بر شکل‌گیری این نحوه حکومت است، زیرا از ظاهر برخی امارات شرعی شاید بتوان چنین استنباط کرد که با آنکه اصل مشروعیت نظام سیاسی اسلام تابع اراده شارع است نه اراده مردم، ولیکن بدون خواست مردم نمی‌توان حکومت اسلامی را به ایشان تحمیل کرد. مرحوم امام (ره) هم در پاسخ استفتای نمایندگان دبیرخانه ائمه جمعه در سال ۶۶ این نکته را متذکر شده، گفته‌اند: «تولی امور مسلمین و تشکیل حکومت بستگی دارد به آرای اکثریت مسلمین، که در قانون اساسی هم از آن یاد شده است، و در صدر اسلام تعبیر می‌شده به بیعت با ولی مسلمین» (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱۰: ۷۷۱). این سخن نزدیک به دیدگاه برخی قدامای فلاسفه اسلامی است که معتقدند مردم باید به دنبال شخصی که خود دارای مراتب فاضله است و به سعادت دست پیدا کرده، بروند و از روی میل او را به‌عنوان رئیس خود برگزینند و از او تبعیت کنند (عامری، ۱۳۹۸: ۱۹۷) تا او هم با شناخت کاملی که از قوانین دارد، بتواند مردم را در مسیر دستیابی به رشد و خوشبختی دنیایی و عقلی قرار دهد و ایشان را در نهایت به سعادت قصوی برساند. به این ترتیب اراده مردم تنها ایجادکننده مقبولیت نظام اسلامی است و نه مشروعیت آن را تأمین می‌کند و نه می‌تواند مبنای اعتبار قاعده حقوقی در آن باشد.

۵. نتیجه

همان‌طور که در این مقاله مشخص شد، مبنای الزام‌آوری و منشأ قاعده حقوقی در نظام حقوقی حاکم بر ایران، اراده نهاد ولایت فقیه است و این نهاد با بهره‌مندی از منابع پنجگانه دکترین فقهی (قانون شرعی)، قانون موضوعه، رویه قضایی، عرف و دکترین حقوقی قواعد حقوقی را جعل می‌کند. با توجه به اینکه این مبنای اختیار قانونگذاری خارج از چارچوب شریعت را هم داراست، قادر است تمامی قواعد حقوقی مرتبط با امور اجرایی و تشکیلاتی کشور را که شارع در خصوص آنها اظهارنظری نکرده است، جعل کند و حتی در مواردی بنابر مصلحت اجتماعی قواعدی مغایر با احکام شرعی وضع کند؛ یعنی ولی فقیه می‌تواند بر مبنای مصلحت بر خلاف احکام اولیه حکم حکومتی صادر کند.

با توجه به مبنای مشروعیت سیاسی این نهاد، اولین منبع جعل قاعده حقوقی توسط آن، دکترین فقهی و قوانین شرع است و تلاش می‌کند تا به صورت حداکثری این احکام شرعی را قانونی‌سازی کرده و ضمانت اجرای آنها در جامعه را تضمین کند. همچنین نهادهای قانونگذاری ذیل دولت اسلامی ایران را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد؛ یکی نهادهای دولتی که حجیت شرعی جعل قوانین توسط آنها اتصاف مستقیم به نهاد ولایت فقیه است و دیگری نهادهای مردمی که از طریق نظریه تفویض می‌توان حجیت آنها را تأمین کرد و قوانین مصوب آنها را برای مسلمین شرعاً لازم‌الاجرا دانست. به این ترتیب، مدل قانونگذاری در نظام اسلامی ایران به این شکل زیر قابل توصیف است:



منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. حسینی خامنه‌ای، سیدعلی (۱۳۹۱). *ولایت و حکومت*. تهران: صهباء.
۲. خمینی(ره)، سید روح‌الله (۱۳۸۶). *صحیفه‌ امام*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(قدس سره).
۳. خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۲). *استفتائات امام خمینی(ره)*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(قدس سره).
۴. خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۲). *ولایت فقیه (حکومت اسلامی)*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(قدس سره).
۵. شهابی، مهدی (۱۳۹۷). *فلسفه حقوق*. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۶. مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۹۷). *حکیمانانه‌ترین حکومت: کاوشی در نظریه ولایت فقیه*. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی(ره).
۷. معرفت، محمدهادی (۱۳۷۷). *ولایت فقیه*. قم: مؤسسه فرهنگی تمهید.

ب) مقالات

۸. امینی پژوه، حسین؛ حائری، سید علیرضا؛ نیکونهاد، حامد (۱۳۹۷). مفهوم قانونگذاری در آرای فقهی حقوقی شهید صدر. *نشریه دانش حقوق عمومی*، (۲۰)، ۴۷-۲۳.
۹. راجی، محمدهادی؛ ابریشمی راد، محمدامین (۱۳۹۷). تأملی بر حدود صلاحیت مجمع تشخیص مصلحت نظام در تأیید مصوبات مغایر با قانون اساسی. *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، ۴۸(۳)، ۵۲۳-۵۰۷.

ج) منابع الکترونیک

۱۰. ارسطا، محمدجواد (۱۳۹۷). سخنرانی در نشست دوره دانش افزایی «ولایت فقیه» (ویژه مدرسین علوم عقلی و فقه و اصول حوزه علمیه خراسان و مبلغان دینی)، مشهد، دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی مدرسه علمیه سلیمانیه. شبکه /جتهاد. مشاهده از:
- <http://ijtihadnet.ir/%D%88/%D%84/%D%AA%YDBA%C%D%8AA-%D%85/%D%AB%YD%84/%D%82/%D8A7/%-%D%81/%D%82/%D8A%C%D%87/%D8%8C-%D%8A%YD%8B%8D%8B%YD%84/%D%8A%YD%8AD%DBA%C-%D%8A%8D%8A7-%D%8AF%D88/%-%D%85/%D%8B/%D%86/%D%8A7-%D%8BE%D%8A7>
۱۱. صالحی، سیدعباس (۱۳۸۹). فرصتی برای بازخوانی «الزام به ولایت فقیه»، پایگاه اطلاع رسانی مقام معظم رهبری. مشاهده از:

۱۲. مشروح مذاکرات شورای نگهبان، لایحه کاهش ساعات کار بانوان شاغل دارای شرایط خاص (اعاده شده از شورای نگهبان)، جلسه ۱۳۹۵/۰۵/۰۶، سامانه جامع نظرات شورای نگهبان. مشاهده از:

<http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmMatn.aspx?id00=v33QhUH5Z1o=&TN=jJYN6WY5fOPZvRjfmBw0XznQYbVDjklXcsaqpt/F9Oo=&MN=csaqpt/F9Oo=&id=WhXfumEP8OA=&tablename02=jJYN6WY5fOPZvRjfmBw0XznQYbVDjklXcsaqpt/F9Oo=>

۱۳. مشروح مذاکرات شورای نگهبان، لایحه تجارت (اعاده شده از شورای نگهبان)، جلسه ۱۳۹۳/۰۲/۱۰، سامانه جامع نظرات شورای نگهبان. مشاهده از:

<http://nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmMatn.aspx?id00=PLrwV89gqzs=&TN=jJYN6WY5fOPZvRjfmBw0XznQYbVDjklXcsaqpt/F9Oo=&MN=csaqpt/F9Oo=&id=JuwNlXO+9WE=&tablename02=jJYN6WY5fOPZvRjfmBw0XznQYbVDjklXcsaqpt/F9Oo=>

۱۴. نظریه تفسیری شورای نگهبان، شماره ۴۵۷۵، مورخ ۱۳۷۲/۰۳/۰۳. وبسایت داوودآبادی. مشاهده از: <https://davoudabadi.ir/page/4071685>

۱۵. نظریه تفسیری شورای نگهبان، شماره ۴۸۷۲، مورخ ۱۳۷۲/۰۴/۲۰. وبسایت داوودآبادی. مشاهده از: <https://davoudabadi.ir/page/0935487>

۲. عربی

الف) کتابها

۱. ابن شعبه حرانی، حسن بن علی (۱۴۰۴ق). *تحف العقول عن آل الرسول صلی الله علیه و آله*. قم: جامعه مدرسین.
۲. امام خمینی، سید روح الله (۱۳۹۲). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (قدس سره).
۳. شهید صدر، محمدباقر (۱۴۳۴ق). *اقتصادنا (موسوعه الشهید السید محمدباقر الصدر ج ۳)*. قم: مرکز الأبحاث والدراسات التخصصیة للشهید الصدر.
۴. شهید صدر، محمدباقر (۱۴۲۱ق). *المدرسة الإسلامية (موسوعة الشهید السید محمدباقر الصدر ج ۵)*. قم: مرکز الأبحاث والدراسات التخصصیة للشهید الصدر.
۵. شیخ صدوق، ابن بابویه، محمد بن علی (۱۳۹۵ق). *کمال الدین و تمام النعمه*. تهران: انتشارات اسلامیه.
۶. صفار، محمد بن حسن (۱۴۰۴ق). *بصائر الدرجات فی فضائل آل محمد صلی الله علیهم*. قم: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی.
۷. طوسی، محمد بن الحسن (۱۴۰۷ق). *تهذیب الأحکام (تحقیق خراسان)*. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۸. عامری، ابوالحسن (۱۳۹۸). *السعادة و الإسعاد فی سیره الانسانیة*. قم: آیت اشراق.
۹. فارابی، ابونصر محمد بن محمد (۱۳۷۵ق). *احصاء العلوم*. شارح بوملحم، علی. بیروت: دار و مکتبه الهلال.
۱۰. کلینی، محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۴۰۷ق). *الکافی*. تهران: دارالکتب الإسلامیه.
۱۱. مدرس اصفهانی، میر محمدتقی (بی تا)، *وجیزه فی بیان الضابط بین الحق والحکم*. چاپخانه سنگی آقامیرزا

عبدالرحیم علمی.

۱۲. منسوب به علی بن موسی (ع) (۱۴۰۶ق). الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا عليه السلام. مشهد: مؤسسه آل البيت (ع).

۱۳. نوری، حسین بن محمد تقی (۱۴۰۸ق). مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل. قم: مؤسسه آل البيت (ع).

۳. انگلیسی

A) Books

1. Ratnapala, S. (2013). *Jurisprudence*. London: Cambridge University Press.

B) Websites

2. Brian, L. & Michael Sevel (2022). Legal Positivism. Oxford Bibliographies: <https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780195396577/obo-9780195396577-0065.xml#>