

بررسی انتقادی رویکردهای مختلف در معیار فقهی بودن قوانین دولت اسلامی

محمدتقی کریمی*

چکیده

مهم‌ترین شرط تحقق دولت اسلامی ابتدای نظام تقنین دولت اسلامی بر اصول و معیارهای دینی است. بحث از معیار دینی بودن قانون دولت اسلامی دیرینه‌ای نه چندان طولانی از عصر مشروطه تا به امروز داشته و با پرسش اساسی ضرورت و چیستی معیار دینی بودن قانون اسلامی عجین شده است. این پژوهش، در پی پاسخ به این پرسش، تلاش می‌کند با کنکاش در اندیشه‌های مطرح این حوزه و نقد و ارزیابی آنها، به پاسخی در خور نظام اسلامی دست یابد. این پاسخ مبتنی بر پیش فرض نظام وارگی اندیشه اسلامی، امکان‌سنجی عمل به فتوای فقیه حاکم و شمول و گستردگی آن نسبت به سایر دیدگاه‌های مطرح در این زمینه، با بهره‌مندی از روش تحلیلی - انتقادی به تصویر کشیده می‌شود. بر این اساس فتاوی صادره از فقیه حاکم به دلیل شرایط، موقعیت و گستره موضوعی مورد ابتلا در مقام فتوا نزدیک‌ترین فتوا به مصالح عمومی و در نتیجه کارآمدترین در مقام عمل در نظام تقنین دولت اسلامی است.

واژگان کلیدی

نظام تقنین، دولت اسلامی، ترخیص، مصلحت، فتوا.

مقدمه

ابتنای نظام تقنین دولت اسلامی بر اصول کلی حاکم بر فقه اسلامی و تلاش برای اجرایی‌سازی احکام شریعت از دغدغه‌های اندیشمندان اسلامی، حداقل در یک‌صدسال اخیر، خصوصاً صدر مشروطه و دیدگاه‌های بزرگانی چون مرحوم نائینی، مرحوم شیخ فضل‌الله نوری و دیگر بزرگان این عصر بوده است. کتاب *رسائل مشروطیت* نگاشته دکتر غلامحسین زرگری‌نژاد تلاشی در جهت جمع‌آوری و ارائه این دیدگاه‌ها در یک مجموعه است. این دغدغه پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران مجدداً مورد توجه اندیشمندان قرار گرفت. از جمله در تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی و به‌طور خاص در تدوین اصل چهارم و نود و ششم قانون اساسی این مسئله به بحث گذاشته و مورد تأکید قرار گرفت. (اداره کل قوانین، ۱۳۶۹: ۷۸ / ۹۷) چگونگی تحقق این امر، مستلزم ارائه راهکار عملی و اجرایی در این زمینه است تا بتوان ساختار و ماهیت قوانین دولت اسلامی را بر این اساس پایه‌ریزی نمود.

پرسش‌محوری در مبنای عمل در نظام تشریح اسلامی، ناظر به این موضوع است که اولاً فقه به‌عنوان دانش تبیین احکام شرعی، در گستره زندگی فردی و اجتماعی بشر، متوقف بر اجتهاد مجتهد است. ثانیاً تکثر عامل اجتهاد، در کنار ضرورت وجود وحدت رویه در زندگی اجتماعی، برخلاف رفتارهای فردی، نوعی ابهام در تعیین مبنای نظری اجتهاد معیار در اسلامیت نظام اسلامی در پیش‌روی این دانش قرار می‌دهد. در این عرصه دو پرسش اساسی طرح می‌گردد. نخست آنکه آیا معیار اسلامی بودن قوانین دولت اسلامی، ضرورت موافقت با شریعت است یا آنکه صرف عدم مخالفت با قوانین شرع در این راه کفایت می‌کند. پرسش دوم آن است که مبنای عمل در نظام تقنین دولت اسلامی کدام نگرش اجتهادی است؟

پرسش نخست در جای خود مورد بحث قرار گرفته است. (ر. ک: کریمی و شیرازی، ۱۴۰۰) در اینجا تلاش بر پاسخ به پرسش دوم است. از جمله مهم‌ترین نظریه‌ها در این راستا، عمل براساس فتوای مشهور (جهاندوست‌الدنجان، ۱۳۹۴) دیدگاه جستجو از فتوای کارآمد (ارسطا، ۱۳۹۸) فقیه مبسوط‌الید (ولی فقیه (حاج‌زاده، ۱۳۹۷) فتوای نهاد نظارتی (فقه‌های شورای نگهبان) و نظریه عمل به رخص شرعی به‌معنای عمل براساس تساهل و تسامح در احکام شرعی و فحوص از ارجح فتاوا در جریان تقنین (قباد، ۱۳۹۸) دیدگاه‌هایی است که مورد توجه اندیشمندان قرار گرفته است.

در تحقیق حاضر با توجه به مبنای ضرورت انطباق احکام با شریعت، تلاش شده تا دیدگاه ضرورت مطابقت با شرع در قالب دیدگاهی که امکان عملیاتی و اجرایی شدن فقه در بستر جامعه، در قالب قوانین اجرایی را دارد مورد کنکاش و دقت قرار گیرد. لکن برای تبیین این دیدگاه لازم است ابتدا نگاهی اجمالی به سایر دیدگاه‌های موجود در این زمینه داشته باشیم.

فتوای مشهور در تعیین ملاک انطباق با شرع

شهرت و حجیت قول مشهور از مباحث اصولی مورد بحث در میان اصولیان است که دیدگاه یکسانی در مورد آن وجود ندارد. (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵: ۱۷۸ - ۱۷۷) موارد متعدد کاربرد شهرت در استنادهای فقهی و امکان یا عدم امکان سرایت آن به موارد دیگر، از جمله استناد به قول مشهور فقها در مشروعیت قوانین دولت اسلامی، موضوعی است که توجه به این بحث را در اینجا موجه می‌سازد.

شهرت و اشتها از ریشه شَهْرَ به معنای وضوح و عیان بودن است. همچنان که وجه تسمیه چرخه ۳۰ روزه ماه به «شهر» به دلیل ظهور ماه در آسمان و قابل مشاهده شدن آن است. (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۳ / ۲۲۲) شهرت در دانش فقه کاربردهای مختلفی دارد. مهم‌ترین کاربردهای شهرت در فقه به شهرت روایی (مظفر، بی‌تا: ۴۰۰) شهرت فتوایی (بروجردی نجفی و عراقی، ۱۴۱۷: ۴ / ۲۰۵) و شهرت عملی (نابینی، ۱۳۷۶: ۳ / ۱۵۴ - ۱۵۳) تقسیم می‌شود. (مؤسسه آل‌البیت علیه السلام و مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹: ۱ / ۵۲۸)

منظور از فتوای مشهور در استنادات قانونی مفهوم اصطلاحی آن، یعنی شهرت فتوایی یا عملی نیست، بلکه مفهوم لغوی آن یعنی آنچه مشهور فقهای هر عصر در موضوعات مبتلابه قانون به آن فتوا داده‌اند. (ارسطا، ۱۳۹۸: ۷۰) زیرا شهرت روایی و شهرت عملی مربوط به مرحله شناخت و ترجیح منابع حکم است. نیز شهرت فتوایی در مرحله صدور فتوا است. درحالی که تقنین مربوط به مرحله اجرا و عمل به احکام، و به اصطلاح ناظر به مقام امثال است و قانون، بنا به تعریف، تعیین خطامشی‌ها و حدود احکام در مقام تطبیق و اجرا می‌باشد. از این رو شهرت در مفهوم اصطلاحی آن در فرایند تقنین قابل تطبیق و استفاده نیست. منظور از فتوای مشهور در مقام اجراء، شهرت به معنای عام آن، و مقصود تمسک به فتوایی است که از پشتوانه نظری قوی‌تری برخوردار بوده و به همین دلیل بیشتر مورد توجه فقها قرار گرفته است.

مهم‌ترین دلیل بر تقدم نظر مشهور در قانون‌گذاری، ادله ترجیح قول اکثریت بر اقلیت است. مرحوم نائینی در استدلال به این قول معتقد است «اکثریت عند الدوران اقوی مرجحات نوعیه و اخذ طرف اکثر عقلاً ارجح از اخذ به شاذ است». (نائینی، ۱۳۸۲: ۱۱۵) دلیل دیگر نیز روایت مقبوله عمر بن حنظله است. امام علیه السلام در پاسخ راوی از قبول قول راویان احادیث در موارد اختلافی می‌فرماید: «خُذْ مَا اشْتَهَرَ بَيْنَ أَصْحَابِكَ وَ دَعِ الشَّاذَّ النَّادِرَ» (ابن‌ابی‌جمهور، ۱۴۰۳: ۴ / ۱۳۳). هم مدلول روایت و هم استدلال مرحوم نائینی ناظر به ارجحیت قول مشهور در مقابل قول غیر مشهور در مقام امثال است و از این جهت کاملاً با موضوع تقنین در ارتباط بوده و قابل استناد است.

نکته حائز اهمیت در اینجا آن است که اگرچه کلام امام علیه السلام در روایت مقبوله عمر بن حنظله در مورد قبول روایت مشهور و ردّ روایت غیرمشهور است، لکن اولاً خصوصیت شهرت، به دلیل آنکه اشاره به یک نکته عقلایی دارد و آن اینکه قول مشهور از قول غیر مشهور به واقع نزدیک تر است؛ و در روایت نیز بر آن تأکید شده است که «فانما المجمع فیه لاریب فیه» (همان) منحصر به روایت نیست و قابل سرایت به فتاوی مشهور نیز هست. (ارسطا، ۱۳۹۸: ۷۵) ثانیاً منظور از راویان حدیث در این روایت به اتفاق علمای شیعه، فقها هستند. از این رو فتاوی مشهور نیز شامل امر امام علیه السلام می شود.

علاوه بر این چنانچه دلالت روایات و ادله ولایت فقیه، از جمله روایت مقبوله عمر بن حنظله را بر حسب عام استغراقی و اثبات ولایت برای همه فقها بدانیم (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰: ۱ / ۵۶۱) مؤید این استدلال خواهد بود. چراکه اثبات ولایت عامه برای فقها اگر در مقام ثبوت و اجرا امکان پذیر نباشد، عمل به فتاوی مشهور فقها نزدیک ترین صورت به عام استغراقی و در نتیجه نزدیک ترین وضعیت عمل به روایات دالّ بر ولایت عامه فقها خواهد بود. چراکه در این تفسیر از روایت، امکان تحقق ولایت بالفعل برای همه فقها، به اینکه نظرات و دیدگاه های همه فقها در امر حکومت مورد توجه قرار گرفته و قوانین منطبق با نظر همه فقها وضع شود، وجود ندارد. با این حال چنانچه بتوان در امر تقنین به قول مشهور فقها عمل نمود، نزدیک ترین حالت عمل به مدلول روایت خواهد بود.

لکن استدلال های فتاوی مشهور با چند اشکال عمده مواجه است. از جمله اینکه اولاً تعداد فتاوی مشهور در بحث اداره امور کشور، همچون مباحث اقتصادی و حقوق عامه و نظایر آن، بسیار محدود بوده و دستیابی به فتاوی مشهور در بیشتر مسائل مبتلابه جامعه با مشکل جدی مواجه است. علاوه بر اینکه در مواردی به دلیل وجود قائلین متعدد برای چند فتاوی متفاوت، تعیین مشهورترین فتوا، موضوع اختلافی بوده و حتی، به دلیل آنکه ملاک معینی برای تعیین فتاوی مشهور قابل عرضه نیست، در مواردی چندین فتوا به عنوان فتاوی مشهور معرفی می شود. (ارسطا، ۱۳۹۸: ۷۷) از این رو تشخیص فتاوی مشهور در اکثر موارد برای قانون گذار دشوار یا غیرممکن است و حتی در صورت پذیرش حجیت شهرت به عنوان یک اصل عقلایی، در عمل به فتاوی مشهور در مقام تقنین، کارآیی ندارد.

اشکال دیگر مربوط به استدلال به روایت مقبوله عمر بن حنظله است. اگرچه می توان منظور از عبارت «خذ بما اشتهر بین اصحابک» در این روایت را به قرینه سؤال راوی، ناظر به مقام عمل به فتاوی مشهور و اخذ در مقام امتثال قلمداد نموده و مرتبط با بحث حاضر دانست، لکن حتی در صورت پذیرش استغراقی بودن عموم ولایت فقها، اثبات رجحان رجوع به قول مشهور، به طور کلی، مورد تردید است. چراکه روایت در مقام بیان رجحان روایت مشهور عند التعارض و عدم امکان توسل به فتاوی یک فقیه و

ترجیح قول «افقه»، «اعدل» و «اصدق» بوده و در صورت عدم امکان تعیین یک فتوا براساس ملاک‌های سابق، جواز تمسک به فتوای مشهور اثبات می‌شود. درحالی‌که استدلال به قول مشهور به‌عنوان یک قاعده عقلایی منوط و متوقف بر معدوم شدن شروط دیگر نبوده و قاعده کلی است. به عبارت دیگر روایت مورد نظر در مقام اثبات اصل ولایت برای فقها در مقام اجرا و لزوم مراجعه به آرای فقها است؛ و بر بیشتر از آن دلالت ندارد. بنابراین استدلال به این روایت برای بحث حاضر محل تأمل است.

ترخیص شرعی و محتوای قوانین حکومت اسلامی

یکی از مباحث مشترک میان فقه اهل سنت و فقه شیعه، تمسک به رخصت‌های شرعی در مقام عمل به احکام فقهی است. کاربرد این اصل در موضوعات مختلف فقهی و گستره کاربرد آن در تمسک به احکام شرعی طیفی از دیدگاه‌ها را شامل شده است. (قباد، ۱۳۹۸: ۱۶۴) بحث از تتبع رخصت شرعی در نظام تقنین به‌معنای آن است که قوه مقننه دولت اسلامی در تدوین قوانین جاریه، مبنای عمل و انطباق را بر احکامی قرار دهد که شهروندان جامعه اسلامی در مقام عمل به قانون دچار حرج و سختی نشوند. مبنای این نظریه تمسک به ادله قرآنی و روایی متعدد از جمله ادله دال بر شریعت سهله سمحه و روایات ترخیص است. اعتبارسنجی ادله مورد استناد در این دیدگاه متوقف بر بحث از جایگاه و محتوای ترخیص در فقه امامیه و بررسی ابعاد آن از جهت مفهومی و کاربردی است.

ترخیص از ماده رخص به‌معنای نرمی (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۲ / ۵۰۰) و آسان گرفتن آمده است. همچنین رخصت را در مقابل شدت و عزیمت به‌معنای اموری که خداوند بر بندگان خویش تخفیف داده و آسان گرفته است، تعریف نموده‌اند. (ابن منظور، بی‌تا: ۷ / ۴۰) این معنا از ترخیص به‌عنوان یک قاعده و اصل در فقه مورد توجه قرار گرفته است. (صدر، ۱۴۱۷: ۵ / ۱۹۰) مهم‌ترین دلیل بر این ادعا، کلام خداوند عزوجل است که در قرآن کریم در موارد مختلفی از جمله در تبیین حد قصاص برای قتل، موضوع عفو و گذشت صاحبان دم از قصاص و ادای دیه از سوی قاتل را توصیه نموده و در نهایت می‌فرماید: «ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ». (بقره / ۱۷۸) در این آیه شریفه شارع مقدس در امر قصاص ترخیص ایجاد نموده و اجازه داده تا به پرداخت دیه در امر قتل اکتفا شود. (قطب راوندی، ۱۴۰۵: ۲ / ۴۰۱) علاوه بر این می‌توان به آیاتی همچون آیه شریفه ۶۱ سوره مبارکه نور و ۱۷ سوره مبارکه فتح که دلالت بر رفع حرج دارد نیز استناد نمود. در آیه نخست، بحث از جواز تصرف در اموال دیگران بدون اذن مالک آن است و به مواردی اشاره می‌فرماید که به دلیل قرابت و نزدیکی با مالک اموال، اجازه تصرف در اموال وی در زمان حضور در منزل ایشان را داده و در نهایت با تعبیر «لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا»

ترخیص در استفاده از موارد ذکر شده در آیه را انشاء می‌فرماید. جُنَاح به معنای گناه و جرم (ابن منظور، بی‌تا: ۲ / ۴۳۰) آمده و تعبیر «لا جناح علیکم» در قرآن کریم به معنای عدم گناه یا سخت‌گیری (ابن منظور، بی‌تا: ۲ / ۴۳۰) بوده و درصدد ایجاد نوعی تخفیف و ترخیص است. (طباطبایی، ۱۳۵۲: ۵ / ۶۲) در آیه دوم، بحث از برداشته شدن احکامی است که به‌طور کلی و در حالت اولیه ثابت بوده و در شرایط خاص و برای افرادی که دارای عذر یا عسر و حرج هستند برداشته می‌شود. همچون آیه شریفه «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» (حج / ۷۸) درصدد برداشتن سختی و حرج از دوش مکلفین است. چنانچه در آیه دوم می‌فرماید:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ. (مانده / ۶)

تعبیر «حَرَجٍ» همچون «جُنَاح» به معنای تعب، ضیق و اثم آمده و منظور محدودیت و به سختی افتادن است. مجمع البحرین تعبیر حرج در آیه «مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ» را به معنای «أَيُّ مِنْ ضِيقٍ، بَأَنْ يَكْلِفَكُمْ مَا لَا طَاقَةَ لَكُمْ بِهِ وَ مَا تَعْجِزُونَ عَنْهُ» (طریحی، ۱۳۷۵: ۲ / ۲۹۹ - ۲۸۸) آورده که هردو معنا در مفهوم ترخیص اخذ شده و کاربرد دارد. علاوه بر این دو آیه، آیات دیگری است که حرج را به صورت کلی از مؤمنین رفع نموده است. از مجموع این آیات و همچنین روایات مربوطه، قاعده رفع عسر و حرج استفاده شده است. از جمله روایات مورد استناد در این باب، روایتی است از «مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شَاذَانَ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنْ رَبِيعِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الْفُضَيْلِ بْنِ يَسَارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: فِي الرَّجُلِ الْجُنُبِ يَغْتَسِلُ فَيَنْتَضِحُ مِنَ الْمَاءِ فِي الْإِنَاءِ فَقَالَ لَا بَأْسَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ». (کلینی، ۱۳۶۳: ۳ / ۱۴ - ۱۳) که در اینجا نیز مفهوم «لا بَأْسَ» به همان معنای لا حرج و لا جناح به کار رفته و نوعی ترخیص و آسان‌گیری در مقام امتثال به احکام شرعی را می‌رساند.

کاربست مسئله ترخیص در فقه، علاوه بر آیاتی که به آن اشاره شد، مستند به روایاتی است که با همین عنوان یعنی «اخبار رخصت» شناخته می‌شود. (حر عاملی، ۱۴۱۶: ۷ / ۲۹۵؛ ۱۸ / ۲۲۶؛ طباطبایی کربلائی، ۱۴۱۸: ۸ / ۳۷۸؛ موسوی خوانساری، ۱۳۵۵: ۱ / ۵۳۰) منظور از اخبار رخصت روایاتی است که بیانگر جواز ترک یا انجام عمل مورد امر یا نهی است. مفاد این روایات جواز ترک عمل مورد امر و انجام

عمل مورد نهی در شرایط خاص از جمله ترخیص برخی افراد از شرکت در نماز جمعه یا ترخیص و جواز تصرف در میوه‌های بستان‌ها برای رهگذران است. (فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم‌السلام، ۱۳۹۲: ۱ / ۲۹۳) در بررسی این روایات و اینکه آیا این دسته از روایات دلالت بر انحصار در موارد یادشده دارد یا آنکه منظور مطلق «مشقت نوعیه» یا اطلاق عنوان «حرج» است؟ میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵: ۱ / ۵۳۰) در واقع اطلاق‌گیری ادله عسر و حرج شامل اطلاق از حیث موضوع، یعنی اینکه سقوط حکم صرفاً شامل موارد نه‌گانه می‌شود؛ و اطلاق از حیث متعلق حکم، و اینکه با توسعه عنوان، مشقت نوعیه شامل همه احکام می‌شود و یا انحصار در نماز جمعه و سایر موارد منصوص می‌شود. ترخیص به معنای برداشته شدن حکم و جواز فعل یا ترک در همه این روایات قابل استنباط است. چنانچه در برخی از این روایات از تعبیر «وضعها» استفاده شده (حر عاملی، ۱۴۱۶: ۷ / ۲۹۶ - ۲۹۵) که به معنای برداشته شدن و رفع حکم است. همچنین در روایات، جواز استفاده از محصولات برای رهگذر (همان: ۱۸ / ۲۲۷ - ۲۲۶) نیز از عبارت «لا بأس» استفاده شده که به معنای حکم به عدم المنع است. سرایت این ادله در بیش از موارد یادشده در روایات و در جهت تسهیل مراودات و تعاملات اجتماعی نیاز به بررسی دارد.

در تحلیل ادله فوق و امکان استناد به این ادله در مقام قانون‌گذاری باید گفت در تتبع مباحث فقهی با سه حوزه کارکردی در مبحث ترخیص مواجه می‌شویم.

کاربست نخست قاعده ترخیص شرعی در منابع فقهی عمدتاً در مواردی است که شرایط خاص و اضطرار اقتضای ترک حکم اولیه و امثال حکم ثانویه دارد. (شهید ثانی، ۱۳۷۴: ۴۵) جریان اصل ترخیص در این معنا در بحث نظام تقنین به این معنا است که قوانین حکومت اسلامی را از نوع احکام ثانویه و اضطراری بدانیم.

دومین مورد جایی است که با توسعه مفهوم رخص شرعیه، آن را شامل مطلق احکام حکومتی دانسته و امکان تتبع از ارض احکام در مقام امثال توسط مکلفین را جایز بدانیم. در این راستا قانون‌گذار در مرحله تطبیق قوانین با احکام شریعت مجاز است تا با تتبع از فتاوی فقها نسبت به گزینش آسان‌ترین فتوا اقدام نموده و آن را مبنای عمل خویش قرار دهد. (کاظمی، شاکری گلپایگانی و نقیبی، ۱۳۹۳: ۳) نوع سوم استناد به اصل ترخیص در مقام قانون‌گذاری، ترخیص در حوزه اباحه اصلیه است. (همان)

۱. ترخیص در حوزه احکام ثانویه

بهره‌گیری از اصل ترخیص در تبیین و طراحی نظام تقنین دولت اسلامی، به این معنا که احکام حکومتی را از نوع احکام ثانویه بدانیم، اگرچه با ظاهر روایات ترخیص سازگاری دارد، لکن تعمیم احکام ثانویه، با ماهیت احکام حکومتی و نسبتی که این دسته از احکام با ماهیت قانونی خطابات شرعی دارند (امام خمینی،

۱۳۷۹: ۱۴۹) سازگار نیست. چنانچه می‌دانیم خطابات قانونی شرعی به دو شکل جزئی فردی و کلی قانونی انشاء شده و در نوع دوم، مخاطب خطابات قانونی، همه مکلفین به‌طور عام هستند. از نظر انحلال یا عدم انحلال خطابات نسبت به فرد مکلفین در میان اصولیین اختلاف نظر وجود دارد، لکن بنابر قول عدم انحلال نمی‌توان احکام حکومتی را از نوع احکام ثانویه قلمداد نمود؛ چراکه براساس نظریه عدم انحلال، احکام شرعی اصالتاً جنبه عمومی و همگانی داشته و مخاطب آن همه مکلفین هستند. (فیرحی، ۱۳۹۶: ۴۰۶) مهم‌ترین تأثیر این نگاه به خطابات شرعی، تبدیل نگاه از نظام‌واره «مولا و عبد» به نظام‌واره «قانون و شهروند» در نگرش به نوع رابطه میان مکلف و احکام شرعی است. (مددی، بی‌تا) احکام حکومتی در این نظام‌واره به‌عنوان بخشی از خطابات شرعی، ناظر به جنبه‌های سیاسی و اجتماعی زندگی بشر، شناخته می‌شوند. در این فرض حکومت و سیاست امر ضروری برای زندگی بشری تلقی شده و مجرای احکام فقه حکومتی است. بنابراین همه احکام و خطابات قانونی می‌تواند موضوع احکام حکومتی به‌معنای عام آن قرار گرفته و به صلاحدید فقیه جامع‌الشرایط شامل الزام حکومتی قرار گیرند. (امام خمینی، ۱۳۸۹: ۲۰ / ۴۵۲ - ۴۵۱) در نتیجه محدود نمودن احکام حکومتی به احکام ثانویه و شرایط خاص اضطراری و جریان اصل ترخیص در نظام تقنین دولت اسلامی در این نگاه موجه نیست.

۲. ترخیص در مقام امتثال

فرض دوم مسئله و جواز فحص از اخص احکام در مقام امتثال در فضای سیاسی و اجتماعی به معنایی که ذکر شد، اگرچه محدودیت پیش‌گفته را ایجاد نمی‌کند و شامل همه احکام و خطابات قانونی شارع می‌شود، لکن در اصل استدلال آن خدشه وجود دارد. به این معنا که تعمیم بحث رخص شرعی به جواز فحص از اخص احکام در مقام امتثال با ادله ترخیص سازگار نیست، و توسعه استدلال ناشی از عدم توجه کافی به اصل موضوع و ادله آن است. (ر. ک: قباد، ۱۳۹۸: ۵) زیرا همچنان که در تعریف ترخیص و ادله آن بیان شد، ادله ترخیص شرعی ناظر به موارد خاصی است که شارع به دلیل وجود محدودیت‌هایی رخصت و اجازه ترک فعل مأموریه یا انجام فعل منهی عنه داده است. مواردی همچون جواز استفاده از میوه برای رهگذران یا جواز ترک نماز جمعه، در صورت وجوب عینی، برای فرد بیمار و نظایر آن، ناظر به موارد خاص است و تلاش برای تعمیم آن به همه احکام شرعی و در نتیجه حکم به جواز یا لزوم تقنین در دولت اسلامی براساس اصل تسهیل با ماهیت ادله رخصت شرعی ناسازگار است.

علاوه بر این قائلین به جواز ترخیص به ادله فوق که عمدتاً ناظر به قاعده عسر و حرج و سایر ادله مرتبط با شرایط خاص است، توجه کرده و سپس تلاش نموده‌اند آن را به سایر حوزه‌ها تعمیم دهند. (همان) مهم‌ترین اشکال به این استدلال، جواز تعمیم این قاعده (بر فرض امکان استفاده از آن به‌عنوان

یک قاعده فقهی) به کلیت تقلید در فروعات دین از یک سو و پس از آن، گسترش به حوزه تقنین است. چنانچه این مهم در کلمات فقهای شیعه نیز به وضوح قابل رصد بوده و تصریح بر اینکه رخص شرعیه را مربوط به شرایط خاص است امری مسلم دانسته‌اند. (خویی، ۱۴۲۲: ۱ / ۷۶؛ شهید اول، بی تا: ۱ / ۱۲۴) تسری این اصل به حوزه تقنین به معنای قراردادن امر حکومت و سیاست در حوزه اضطرار و امری غیر طبیعی است که با اصول کلی اندیشه سیاسی اسلامی در تعارض جدی و غیر قابل تصور است.

استناد به ادله «دین سمحه» (کلینی، ۱۳۶۳: ۵ / ۴۹۴) نیز برای این منظور کفایت نمی‌کند؛ چراکه این روایات در مقام بیان این مهم است که شریعت اسلام به‌طور کلی و در مقایسه با سایر شرایع آسمانی از نوعی سهل‌گیری و آسان‌گیری برخوردار بوده و احکام شاق و مشکل‌ساز اصولاً در شریعت اسلامی وجود ندارد، و در ذات همه احکام شرعی، ماهیت سهل و آسان بودن - که امکان امتثال را برای همه مکلفین فراهم سازد - وجود دارد. از جمله اینکه در شریعت به این نکته توجه شده است که در موارد خاص و برای افرادی که احیاناً از ناتوانی و یا شرایط خاصی برخوردار هستند «تخفیف»ها و «ترخیص»هایی لحاظ شده است. بنابراین استناد به «روایت تسهیل» برای تعمیم ترخیص که برای موارد خاص و اضطراری در نظر گرفته شده است، کفایت نمی‌کند.

۳. ترخیص در حوزه اباحه اصلیه

کاربرد دیگر ترخیص، در نظریه «منطقة الفراغ» و مباحات اصلیه است.

مباحات اصلیه یا مباحات بالمعنی الأعم مجموعه موضوعات فقهی است که فاقد احکام الزامی واجب و حرام بوده و جعل حکم مکروه، مستحب یا مباح برای این موضوعات، به معنای اختیار مکلف در تصرف و جعل الزام در فعل یا ترک در آنها است. تشخیص و تعیین نوع الزام در این دسته از موضوعات برعهده خود مکلف قرار گرفته است. (خویی، ۱۴۲۲: ۲ / ۹۳)

منظور از منطقة الفراغ، حوزه موضوعاتی است که شارع براساس حکمت و مصلحتی حکم آنها را به «اباحه اصلیه» گذاشته و تعیین الزام در محدوده آن را برعهده مکلفین قرار داده است. در این تحلیل احکام شرعی به دو دسته «احکام ثابت و احکام متغیر» تقسیم می‌شود. احکام ثابت توسط شارع مقدس براساس روایت شریف «حلال محمد حلال إلی يوم القيامة و حرام محمد حرام إلی يوم القيامة» (کلینی، ۱۳۶۳: ۱ / ۵۸) احکامی ثابت و غیرقابل تغییر هستند. دسته دیگر یعنی متغیرات شریعت، احکامی در حیطة مباحات اصلیه هستند که اجازه تصرف و تغییر در آنها به مکلفین داده شده است. (صدر، ۱۴۲۹: ۲۹۳) تقنین در این نظریه محدود به حیطة متغیرات و مباحات بوده و شارع مقدس رخصت و قانون‌گذاری را صرفاً در این محدوده به مکلفین تنفیذ نموده است.

نظریه منطقه‌ الفراغ برآمده از یک رویکرد کلی به فقه نظام است. براساس این رویکرد دانش فقه به مثابه یک نظام کلان در نظر گرفته می‌شود که از مجموعه نظام‌های اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و ... تشکیل یافته، احکام شریعت در چارچوب آنها قابل دستیابی و ارزیابی است. منظور از نظام‌ها، مجموعه اصول و قواعدی است که در یک موضوع دینی شکل می‌گیرد؛ و براساس آن احکام و جزئیات قابل دستیابی و استخراج است. کشف احکام جزئی منطبق با اصول و قواعد کلی و کشف روابط کلی بین اصول و قواعد از ویژگی‌های این نوع اجتهاد به‌شمار می‌رود. به عبارت دیگر بین احکام و اجزای موضوعات دینی نوعی پیوستگی و هماهنگی برقرار است. کشف این پیوندها و عدم بررسی منفک و مجزای موضوعات به‌معنای بررسی نظام‌مند فقه اسلامی است. (همان) در این چارچوب می‌توان به فقه نظام اقتصادی و فقه نظام سیاسی و امثال آن دست یافت.

هر نظام فقهی در این نظریه، مشتمل بر دو دسته احکام است. یک دسته از احکام، قوانین ثابت و غیرقابل تغییر شریعت هستند. این دسته از احکام توسط شارع مقدس ارائه گردیده و بنابر روایت «حلال محمد حلال أبدا الی یوم القیامة و حرامه حرام أبدا الی یوم القیامة» (کلینی، ۱۳۶۳: ۱ / ۵۸) کسی حق تصرف و تغییر آن را ندارد. دسته دیگر، احکام و قوانینی هستند که به تبع ظرف زمان و مکان و شرایط و امکانات تغییر کرده و بر همین اساس شارع مقدس تعیین این دسته از احکام را به عهده ولی یا حاکم قرار داده است. (حسینی حائری، ۱۳۸۳: ۱۲۴؛ صدر، ۱۴۲۹: ۳۸۰) به این دسته از احکام، احکام «منطقه الفراغ» گفته می‌شود. بر این اساس حضرت رسول اکرم ﷺ دارای دو شأن و جایگاه هستند. یک شأن رسالت و نبوت، که وظیفه دریافت و ابلاغ احکام ثابت اسلام را برعهده دارند؛ و یک شأن حاکمیت ولایت جامعه اسلامی، که وظیفه پر کردن منطقه الفراغ است.

در اینجا بحث اساسی در مورد نحوه کشف نظام‌ها و استخراج احکام و چگونگی تبدیل مباحات اولیه به احکام الزامی در چارچوب نظام است. پاسخ به این پرسش در سه مرحله برای استنباط احکام مطرح می‌شود:

مرحله نخست: استنباط احکام جزئی فردی که در بحث اجتهادی - فقهی معمول از آن بحث می‌شود؛

مرحله دوم: استنباط قواعد مستخرجه از احکام جزئی که حاکم بر احکام جزئی است؛

مرحله سوم: برقراری هماهنگی میان قواعد و به‌صورت نظام درآوردن آن قواعد که همان «فقه نظامات» می‌شود. (صدر، ۱۴۲۹: ۳۷۱)

در نهایت از رابطه به‌دست آمده از بین قواعد در چارچوب نظام می‌توان احکام موضوعات مجهول یا مباحات اصلی را که به‌طور مستقیم از نصوص قابل استنباط نیست، به‌دست آورد. تقنین در این چارچوب به‌معنای آن است که حکومت و ولایت وظیفه پرکردن این منطقه‌ فراغ از طریق وضع قوانین را

برعهده دارد. (همان) در واقع تمرکز و اساس رویکرد فقه نظام، تبیین اصول کلی دستیابی به قوانین و چگونگی وضع آن در نظام سیاسی در حیطه مباحات اصلیه یا مباحات بالمعنی الأعم است. (همان: ۳۶۶)

ترخیص در تقنین در این فرض به معنای صدور مجوز برای وضع قوانین و الزامات اجتماعی و عمومی در محدوده مباحات اصلیه یا مباحات بالمعنی الأعم از سوی شارع مقدس است. شأن تقنینی حکومت در این نظریه محدود به مباحات اصلیه بوده و اختیار جعل الزام در فعل یا ترک، همچون جواز جعل الزام مکلف برای خود در فعل و ترک در محدوده مباحات در رفتارهای فردی، صرفاً در این محدوده معنا می‌یابد. براساس این تقریر، مبنای نظریه منطقه الفراغ ترخیص در مباحات بالمعنی الأعم است. به عبارت دیگر، براساس این نظریه تقنین و قانون‌گذاری جعل الزام جدید در محدوده‌ای است که شارع برای آنها حکم الزامی قرار نداده رخصت و اجازه این جعل را برعهده مکلف قرار داده است.

این نظریه و سایر نظریه‌های فقه نظام به لحاظ اینکه ناظر به موضوعات سیاسی و اجتماعی ارائه می‌شوند از این نقطه قوت برخوردارند که رویکرد اصلی آنها تبیین اصول کلی دستیابی به نظام‌های اجتماعی و سیاسی از جمله نظام تقنین و نظام سیاسی است؛ و از این منظر این نظریه می‌تواند به‌عنوان مهم‌ترین نظریه در تعیین معیار تقنین در دولت اسلامی قلمداد گردد.

از دیگر نقاط قوت این نظریه نداشتن تالی فاسد دو تقریر پیشین رخصت‌های شرعی، یعنی نظریه‌های تقلیل‌گرا در تقنین در نسبت میان قانون و شریعت است. در دو تقریر سابق مبنای ترخیص نوعی تقلیل‌گرایی و تلاش برای یافتن آسان‌ترین نظریه‌های شرعی برای قرار دادن آن به‌عنوان مبنای قانون عرفی بود و این نظریه از این نقطه ضعف به دور است.

با این حال این نظریه یک معیار کلی و محدوده قانون را بیان کرده و راهکار مشخصی برای تعیین قوانین جزئی ارائه نمی‌دهد؛ چراکه ورود به محدوده مباحات اصلیه اولاً کار نهاد قانون‌گذاری نیست، بلکه از اختیارات و وظایف مجتهد جامع‌الشرایط است. (صدر، ۱۴۲۹: ۳۸۰) بنابراین نمی‌تواند مبنایی برای عمل نهاد قانون‌گذاری عرفی قرار گیرد. ثانیاً اینکه نهاد تقنین در مقام قانون‌گذاری اجازه ورود به محدوده واجبات و محرمات را نداشته باشد، امری است که با واقعیت تطبیق ندارد؛ چراکه احکام واجب و حرام شریعت، همچون احکام حدود و دیات و امثال آن، در مقام اجرا و عمل نیازمند به آیین‌نامه‌ها و مقررات اجرایی و تعیین الزامات و بایدها و نبایدها هستند که نهاد تقنین موظف به تعیین راهکارها و اصول اجرایی‌سازی آنها است. از این‌رو محدود نمودن قانون به مباحات اصلیه امری ناممکن است.

علاوه بر این مهم‌ترین اشکال به این نظریه، ناهماهنگی با ماهیت خطابات قانونی، با تقریر مذکور است. براساس این نظریه چنانچه بیان شد، محدوده احکام حکومتی محدود به احکام اضطراری یا

مباحث اصلیه نبوده و همه احکام شرعی به نوعی می‌توانند حیث اجتماعی و سیاسی پیدا کرده و احکام جدیدی را اقتضا کنند. احکام جدید از آن حیث که مبنای عمل در صحنه اجتماع را پیدا می‌کند جنبه قانونی پیدا کرده و مشروعیت آن از جهت جعل حکومتی است.

بنابراین نظریه ترخیص، در هر سه قرائت آن، خواه ترخیص در حوزه احکام ثانویه یا ترخیص در جستجو از اخص احکام و خواه در معنای مباحث اصلیه و منطقه الفراق، هم به لحاظ مبانی فقهی و هم به لحاظ ارائه راهکارهای عملی در تحقق نظام تقنین مبتنی بر اصل ضرورت تطبیق، ناکافی به نظر رسیده و نمی‌تواند مبنای تقنین دولت اسلامی قرار گیرد.

فقیه ناظر و حدود نظارت در تقنین

عدم امکان دسترسی به فتوای مشهور یا فتوای اخص این فرضیه را تقویت می‌کند که نزدیک‌ترین صورت به این وضعیت، استناد به فتاوی فقهای ناظر است. فقهایی که نهاد نظارتی شورای نگهبان وظیفه اصلی نظارت بر اسلامی بودن قوانین را برعهده دارند، نزدیک‌ترین افراد به نهاد تقنین و فرایند آن بوده و می‌توانند انطباق یا عدم انطباق قوانین با احکام شرعی را مدنظر قرار دهند.

مهم‌ترین استدلال این نظر مستند به مواد مرتبط در قانون اساسی جمهوری اسلامی است. در اصل ۹۶ قانون اساسی به صراحت آمده است که «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است». این اصل در ذیل نهاد تقنین، مسئله نظارت بر اسلامیت قوانین را صرفاً در حوزه اختیارات فقهای شورای نگهبان قرار می‌دهد. درحالی که بخش دوم نظارت، یعنی نظارت بر مطابقت با قانون اساسی برعهده همه اعضای شورا اعم از فقها و حقوق‌دانان قرار گرفته است. بر همین اساس در استفساریه‌ای که در این خصوص از اعضای شورای نگهبان شده بر این امر تصریح شده است که «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به‌طور نظر فتوایی، با فقهای شورای نگهبان است» (shora_gc.ir, 1389) این اختصاص به دلیل اهمیت و جایگاه موازین اسلام در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی و ضرورت نگاه کاملاً فقهی به موضوع است.

تعیین وظیفه نظارت بر قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی از حیث اسلامیت و مطابقت با احکام اسلامی در قانون اساسی از یک‌سو و تخصص ذاتی این اشخاص به‌عنوان مجتهدین صاحب فتوا مبنای این دیدگاه در تقدم فتوای مجتهدین ناظر بر قوانین دولت اسلامی است. دلیل فقهی این امر نیز حکم کلی عدم جواز تقلید مجتهد از مجتهد دیگر با تعبیر «یحرم علیه التقليد» (خوئی، ۱۴۱۸: ۱ / ۱۸) است که

عمده فقها بر این امر تأکید و توجه نموده‌اند. دلیل بر آن نیز انصراف ادله جواز تقلید از جمله آیه شریفه «فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» (نحل / ۴۳؛ انبیاء / ۷) که تأیید حکم عقل به جواز تقلید در افراد غیر مجتهد و کسانی دارد که توانایی استنباط احکام از منابع آن را ندارند. بنابراین زمانی که وظیفه نظارت بر تقنین برعهده عده‌ای از فقها نهاده شد، آنچه مبنای عمل و نظارت ایشان قرار می‌گیرد، فتوای خود ایشان بوده و حجتی برای استناد به فقیه یا فقهای دیگر ندارند.

علاوه بر این، شواهدی از سیره عملی و عملکرد شورای نگهبان در ساختار تقنینی جمهوری اسلامی ایران و نظارت این نهاد بر قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی (یزدی، ۱۳۹۰: ۹۲) و نیز مراجعه به مشروح مذاکرات تدوین قانون اساسی و دیدگاه تنظیم‌کنندگان این قانون و همچنین استفساریه‌های مرتبط با این موضوع از شورای نگهبان مبتنی بر همین الگو بوده است. این عملکرد و عدم مخالفت با آن، با وجود آنکه در معرض دید و نقد فقهای عظام و حقوق‌دانان بوده، نشان از تأیید ضمنی این دیدگاه به لحاظ فقهی و حقوقی دارد. (حاج‌زاده، ۱۳۹۷: ۸۰)

لکن این دیدگاه قابل نقد است.

توضیح آنکه موضوع تقنین و گستره قانون‌گذاری نهاد تقنین کلیت جامعه اسلامی بوده و قرار گرفتن تعداد محدودی افراد در جایگاه نظارتی به معنای معیار و ملاک بودن فتوا و تشخیص ایشان نیست. به عبارت دیگر، موضوع قوانین دولت اسلامی صرفاً خود این افراد محدود یا مقلدین ایشان نیستند تا فتوای ایشان حجیت داشته و نهاد تقنین مکلف به تبعیت از این فتاوا باشد. بلکه آنچه موضوعیت دارد جایگاه نظارتی فقها است که نظارت آن بر مبنای فقه بوده و متصدیان آن به تناسب وظایف باید از میان فقها باشند. در حقیقت در اینجا وظیفه اصلی فقهای شورای نگهبان «تشخیص» عدم مغایرت یا مطابقت قوانین با شرع است؛ و تشخیص غیر از «استنباط» است. استنباط به معنای اجتهاد کردن براساس منابع معتبر است؛ درحالی‌که تشخیص به معنای تطبیق امری بر امر دیگر و بررسی مطابقت یا عدم مطابقت آن است. (همان: ۸۱) به همین دلیل نیز قانون‌گذار این وظیفه را صرفاً در اختیار فقها قرار داده و دخالت حقوق‌دانان شورای نگهبان در این امر را از باب ورود غیر متخصص به موضوع و دخالت در امر بیرون از تخصص قلمداد نموده است. (ورعی، ۱۳۸۶: ۵۰۲) تعیین شرط اجتهاد برای این افراد و اکتفا نکردن به فضایی اهل تتبع و دقت حوزوی نیز از همین باب است؛ چراکه تشخیص به‌خودی‌خود امر مهم و حساس و نوعی اجتهاد فقهی در مقام تطبیق است. لکن این اهمیت در مرتبه‌ای پایین‌تر از مرتبه استنباط تشخیصی قرار دارد. امام خمینی علیه السلام در پیامی که در سال ۱۳۶۸ خطاب به نمایندگان مجلس خبرگان و مردم صادر کردند بر تصویب قانون اساسی براساس معیارهای اسلامی تأکید کرده، در این باره چنین اظهار نظر کردند:

تشخیص مخالفت و موافقت با احکام اسلام منحصرأ در صلاحیت فقهای عظام است که الحمدلله گروهی از آنان در مجلس وجود دارند؛ و چون این یک امر تخصصی است، دخالت وکلای محترم دیگر در این اجتهاد و تشخیص احکام شرعی از کتاب و سنت دخالت در تخصص دیگران بدون داشتن صلاحیت و تخصص لازم است. البته در میان نمایندگان، افراد فاضل و لایقی هستند که در رشته‌های حقوقی و اداری و سیاسی تخصص دارند و صاحب نظرند که از تخصصشان در همین جهات قوانین استفاده می‌شود؛ و در صورت اختلاف متخصصان، نظر اکثریت متخصصان معتبر است. (امام خمینی، ۱۳۸۹: ۹ / ۳۰۹)

تصریح بر «نظر اکثر متخصصان» اشاره به جنبه کارشناسی فقهای شورای نگهبان در تشخیص ملاک انطباق یا عدم مخالفت قوانین بر شرع دارد؛ والا در صورتی که ملاک تعیین موافقت یا مخالفت نظر فتوایی ایشان بود، نظر اکثریت معنا نداشت.

علاوه بر اینکه هیچ دلیل قانع‌کننده و موجهی برای ترجیح نظر و فتوای فقهای شورای نگهبان بر سایر فقها وجود ندارد. ایشان نه فقهای اعلم بلاد هستند و نه فتوای ایشان فتوای مشهور است و نه هیچ دلیل دیگری بر ترجیح نظر آنها، در مقام عمل برای مقلدین وجود ندارد؛ و صرف مسئولیت حقوقی ایشان در اینجا موضوعیت پیدا می‌کند و نه بیشتر. غیر از اینکه جایگاه فقهای شورای نگهبان جایگاه انتصابی و مأذون در نظارت بوده و محدوده نظارتی ایشان در حدودی است که به ایشان اذن داده شده است. به این معنا که فقهای شورای نگهبان در جایگاه اعمال ولایت بر تقنین نیستند و کسی قائل به حق اعمال ولایت در تقنین برای فقهای شورای نگهبان نیست. بنابراین جایگاه فقهای شورای نگهبان صرفاً از باب تخصص بر مباحث فقهی و وظیفه ایشان تنها انطباق قوانین با فتوای معیار است؛ و اینکه فتوای معیار نظر اجتهادی خود ایشان باشد دلیلی بر آن به لحاظ فقهی وجود ندارد.

ترجیح فتوای فقیه حاکم بر سایر فتاوا

آخرین راه‌حل برای تطبیق قوانین دولت اسلامی با احکام شریعت، نظر فقیه حاکم است. مهم‌ترین مبنای این دیدگاه در ترجیح قول فقیه حاکم بر سایر نظریات فقهی و اقوال فقها، انحصار صدور احکام فقهی - حکومتی در فقیه مبسوط‌الید است. ادله اثبات ولایت فقیه و نیز شرایطی که در فقه برای تصدی منصب ولایت ذکر شده، ناظر به دقتی است که لازم است در صدور حکم و فتوا در مقام اجرای امر ولایت مورد توجه بوده است. مهم‌ترین این شرایط، ابتدای این احکام بر اصل مصحلت است. به عبارتی آنچه در ورای قول به ترجیح یک فتوای حکومتی بر سایر اقوال و نظریات فقها است، ابتدای فتوای حکومتی بر مصالح

عمومی اعم از مصالح دائمی یا مصالح موقتی است. فتوای فقیه حاکم مبسوط‌الید، به دلیل وظیفه ذاتی وی به‌عنوان متصدی اجرای احکام اسلامی در بستر اجتماعی از یک‌سو و دسترسی و در اختیار داشتن مکانیزم‌ها و ساختارهای مورد نیاز برای کشف موضوعات مبتلابه جامعه و راههای رفع تعارضات و تراحات مرحله اجرای احکام اسلامی، نزدیک‌ترین فتوا به مصلحت عامه است. بنابراین ترجیح قول فقیه حاکم مبتنی بر دو استدلال است. نخست اینکه ادله اثبات‌کننده مقام ولایت برای فقیه حاکم دلالت بر لزوم تبعیت از فتاوی وی در همه عرصه‌ها دارد؛ و دوم اینکه فتوا و حکم فقیه حاکم به مصلحت عامه نزدیک‌تر است.

ادله ترجیح فتوای فقیه حاکم

فقیه حاکم یا ولی فقیه به‌عنوان فقیه جامع‌الشرایط دارای فتوا، به دلیل تصدی امر ولایت بر جامعه اسلامی و تصدی بالاترین جایگاه حاکمیتی که همه ارکان و اجزای نظام سیاسی را تابع خود دارد، مهم‌ترین گزینه قرار گرفتن در معرض فتوای معیار است. دلایل مختلفی برای ترجیح قول ولی فقیه ذکر شده و اشکالاتی بر آن وارد شده است، که لازم است مورد بررسی قرار گیرد.

نخستین دلیل بر این دیدگاه اطلاق ادله ولایت فقیه است. اطلاق ادله اثبات‌کننده مقام ولایت برای فقیه جامع‌الشرایط دلالت بر تنفیذ همه امور و لوازم اداره حکومت به فقیه مبسوط‌الید دارد. امام علیه السلام در روایت مقبوله عمر بن حنظله می‌فرماید: «يُنْظَرُ أَنْ إِلَيَّ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَ نَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا فَلْيُرْضَوْا بِهِ حَكَمًا فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا» (کلینی، ۱۳۶۳: ۷ / ۴۱۶) در این حدیث عبارت «فإني قد جعلته عليكم حاکما» اطلاق دارد. امام صادق علیه السلام مطابق این بیان می‌فرماید: من چنین کسی که فقیه جامع‌الشرایط است را با تمام لوازم آن بر شما حاکم قرار دادم. شکی نیست که یکی از لوازم حاکم بودن، وضع قانون است؛ و از طرفی امام علیه السلام فرموده‌اند «فإني قد جعلته عليكم حاکما». اطلاق این عبارت واگذاری تمام آنچه که جزو لوازم حاکم بودن فقیه جامع‌الشرایط است را شامل می‌شود؛ که یکی از آن لوازم نیز، ولایت بر تقنین است. بنابراین یک دلیل فقهی بر لزوم انطباق قوانین بر فتوای فقیه حاکم، اطلاق ادله ولایت فقیه است که دلالت می‌کند بر اینکه ولایت بر تقنین به‌عنوان لازمه ولایت فقیه، به فقیه جامع‌الشرایط واگذار شده است. (ارسطا، بی‌تا)

نخستین اشکال به این استدلال، مشکل کارآمدی فتاوی فقیه حاکم است. به این بیان که مسئله اصلی در اداره امور کشور و جامعه، حفظ مصالح عمومی است و قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی لازم است از حیث کارآمدی و صلاحیت در بالاترین سطح ممکن باشند. از سوی دیگر، فقیه حاکم به مقتضای دانش فقه، براساس یک‌سری مبانی فقهی و اصولی موردقبول خود نسبت به صدور فتوا اقدام

می‌کند. در این میان برخی از فتاوا امکان اجرایی شدن در بستر جامعه را ندارند؛ چراکه در صورت عمل براساس فتوای ولی فقیه، نظم اجتماعی دچار اختلال شده و غرض اصلی قانون‌گذار که حفظ نظام است در معرض خطر قرار می‌گیرد. در تأیید این اشکال به برخی از فتاوای حضرت امام علیه السلام در خصوص تعزیر با جریمه مالی، یا حق مالکیت معنوی استناد داده می‌شود که نظر ایشان در مورد نخست تعزیر با شلاق بوده و حق مالکیت معنوی را نیز قبول نداشتند. (امام خمینی، ۱۳۸۹: ۱۷ / ۸۷) علاوه بر اینکه ممکن است در موارد متعددی ولی فقیه در حوزه خاصی فتوا نداشته باشد، و به دلیل اهمیت موضوع نتوان در انتظار صدور فتوا از سوی ولی فقیه ماند. بنابراین انحصار فتوا در ولی فقیه نمی‌تواند راهگشا باشد. (ارسطا، بی‌تا)

پاسخ به این اشکال آن است که عدم امکان اجرایی شدن برخی فتاوای فقیه حاکم، مستند به قاعده حفظ نظام و اولویت این قاعده در قانون‌گذاری است. در اینکه فتوای معیار در قانون‌گذاری نباید محلّ قاعده کلی حفظ نظام باشد امری اجتناب‌ناپذیر است. لکن سؤال اینجاست که مرجع تشخیص و عمل به قاعده حفظ نظام، چه کسی است؟ آیا کسی غیر از ولی فقیه متصدی تشخیص مصالح عامه و اموری است که حفظ نظام را به خطر می‌اندازد؟ پاسخ به این پرسش مبین این امر کلی است که ولی فقیه حاکم اولاً در مقام صدور احکام حکومتی و فتاوای اجتماعی باید در کنار تتبع از منابع فقهی و استنباطات اجتهادی، مصالح اجتماعی در مقام اجرا و عمل را نیز در نظر بگیرد. در واقع در این مقام اصل حفظ نظام یک اصل کلی و حاکم در استنباطات فقهی است که فقیه حاکم متصدی شناخت و تشخیص و عمل به آن در مقام صدور فتوا و اجرا است. ثانیاً تصدی امر ولایت به معنای مسئولیت ولی فقیه در اجرایی‌سازی احکام صادره از مجرای فقهی است. در این صورت رفع تعارضات و نزاحات مقام اجرا نیز برعهده خود ولی فقیه است؛ و یافتن راه‌حل‌ها از طریق ارائه مجوز به مسئولین امر برای یافتن فتوای جایگزین، یا صدور حکم حکومتی موقتی متناسب با شرایط خاص و الزام به امثال آن، برعهده خود فقیه حاکم است. بنابراین تمسک به قاعده حفظ نظام در عدم پذیرش فتوای ولی فقیه حاکم، دلیل قانع‌کننده‌ای نیست.

اشکال دیگر مربوط به شرایط تغییر رهبر است. تقریر این اشکال آن است که ابتدای قوانین بر فتوای فقیه حاکم مستلزم آن است که در صورت فوت یا تغییر رهبری و جایگزین شدن رهبری جدید، لازم می‌آید همه قوانین و مصوبات مجلس شورای اسلامی بازنگری شده و هر چند سال یک‌بار همه قوانین و مصوبات مجدداً نیاز به تصویب داشته باشد. (ارسطا، بی‌تا) از جمله تبعات این کار عدم ثبات در قوانین جاری کشور و تغییرات متعدد قوانین در یک موضوع است. درحالی‌که لازمه و مشخصه یک قانون خوب، ثبات و دوام آن است؛ و به هر میزان قوانین یک حوزه با تغییرات کمتری مواجه شوند، نشان از دقت و

استواری قانون است. بنابراین موکول کردن قوانین کشور به امر موقتی و گذرا که با فوت یک نفر قانون از اعتبار ساقط می‌شود، امری عقلایی نیست.

راه‌حل این مشکل نیز در فقه پیش‌بینی شده است. در بحث تقلید در مسائل فردی در مورد فوت یک مرجع تقلید، مقلدین وی مکلف به تقلید از مرجع زنده بوده و به نظر بسیاری، تقلید از مرجع تقلید فوت شده حرام است. لکن به دلیل آنکه حکم به ضرورت مراجعه کامل به فتاوی مرجع تقلید جدید در مواردی برای مقلد ایجاد مشکل می‌کند، بحث بقای بر تقلید مطرح شده است. به این معنا که اگر مرجع تقلید فوت شده اعلم یا مساوی با مرجع جدید باشد، مقلد می‌تواند در فتاوی که در زمان حیات^۵ تقلید کرده است بقای بر تقلید باشد؛ و در مسائل مستحدثه و اموری که جدید برای وی پیش می‌آید باید از مرجع زنده تقلید کند. (امام خمینی، ۱۳۸۱: ۱ / ۳۳) در اینجا نیز که مکلف از فردی به مکلف اجتماعی و حکومتی تغییر پیدا کرده، همین حکم جاری است. یعنی نهاد حکومت در قوانینی که در زمان حیات رهبر قبلی تصویب شده عمل می‌نماید؛ و قوانین جدید براساس فتوای رهبری جدید مصوب می‌شود. نیز در بازنگری قوانین قدیم، در صورت لزوم و بروز مشکل، مصوبه جدید براساس نظر فقهی ولی فقیه زنده و حاضر خواهد بود. بنابراین این اشکال نیز نمی‌تواند مانع از تمسک به نظر فقیه حاکم به‌عنوان فتوای معیار در قانون‌گذاری قلمداد گردد.

نتیجه

اسلامی‌شدن نظام تقنین دولت اسلامی، به‌عنوان گامی اساسی در جهت تشکیل دولت اسلامی، مستلزم ایجاد ساختارها و فرایندهایی است که درنهایت به اجرایی شدن احکام اسلام در نظام تقنین دولت اسلامی گردد. یکی از لوازم این امر تعیین معیار اسلامی بودن قوانین و احکامی است که نهاد تقنین باید ملاک و معیار قوانین قرار دهد. از میان دیدگاه‌های مطرح در این باره دیدگاه ضرورت انطباق قوانین با فتاوی فقیه حاکم از دو جهت بر سایر دیدگاه‌ها رجحان دارد. از یک‌سو ادله مثبت ولایت فقیه اطلاق داشته و همه شئون ولایت از جمله ولایت در تقنین را دربر می‌گیرد؛ و از سوی دیگر به لحاظ عینی و عملیاتی نیز نهاد ولایت فقیه به‌دلیل ارتباط با نهادهای حکومتی و اجتماعی و نیز ضرورت صدور فتاوی حکومتی مبتنی بر اصل مصلحت، عملیاتی‌ترین و کارآمدترین فتاوا را در میان فتاوی فقهی هر عصر ارائه می‌نماید. درواقع این دیدگاه، معیاری برای تعیین فقیه اصلح برای تصدی مقام ولایت تعیین می‌کند. براساس این معیار شرط اصلحیت در تصدی امر ولایت^۶ مبتنی بر ضرورت لحاظ اصل مصلحت در صدور فتاوی حکومتی است. با این فرض، ضرورت و توجیهی برای رجوع به فتاوی فقیه یا فقهی غیر حاکم،

در جامعه برخوردار از حکومت ولی فقیه جامع‌الشرایط باقی نمی‌ماند. لکن در کارآمدسازی حداکثری فقیه حاکم مکانیزمی مبتنی بر اصل مصلحت و توجه به تزامات مقام اجرا و با لحاظ موضوعات جدید و ماهیت مسائل مستحدثه ضروری است.

منابع و مأخذ

قرآن کریم

۱. ابن ابی‌جمهور، محمد بن زین‌الدین، ۱۴۰۳، *عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة*، تنظیم شهاب‌الدین مرعشی و مجتبی عراقی، قم، مؤسسه سیدالشهداء علیه‌السلام.
۲. ابن فارس، احمد بن فارس، ۱۴۰۴، *معجم مقاییس اللغة*، به اهتمام عبدالسلام محمد هارون، قم، مکتب الإعلام اسلامی، مرکز النشر.
۳. ابن منظور، محمد بن مکرم، بی‌تا، *لسان العرب*، بیروت، دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
۴. اداره کل قوانین، اداره تندنویسی، ۱۳۶۹، *صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، مجلس شورای اسلامی، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی.
۵. ارسطا، محمدجواد، ۱۳۹۸، «فتوای معیار در قانون‌گذاری»، *فقه حکومتی*، دوره ۴، ش ۷، ص ۸۱-۵۵.
۶. ارسطا، محمدجواد، بی‌تا، *فتوای معیار در قانون‌گذاری*، مؤسسه فهیم، بازیابی ۲۸ دی ۲۰۲۰، از <http://fahimco.com/Post/Details/3146> / فتوای - معیار - در - قانون‌گذاری.
۷. امام خمینی، سید روح‌الله، ۱۳۷۹، *کتاب الطهارة*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.
۸. خمینی، روح‌الله، ۱۳۸۱، *توضیح المسائل (امام و مراجع)*، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۹. امام خمینی، سید روح‌الله، ۱۳۸۹، *صحیفه امام*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.
۱۰. بروجردی نجفی، محمدتقی و ضیاء‌الدین عراقی، ۱۴۱۷، *نهاية الأفكار*، قم، جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۱۱. پایگاه اطلاع‌رسانی شورای نگهبان، (۱۳۸۹، ۲۱ بهمن): shora_gc.ir، تفسیر اصل نود و ششم قانون اساسی [Text, Image] بازیابی ۱۷ مهر ۲۰۲۲، از http://www.shora_gc.ir/fa/news/1799.
۱۲. جهان‌دوست دلنجان، مسعود، ۱۳۹۴، «امکان‌سنجی فقهی قانون‌گذاری بر مبنای فتوای مشهور»، *پژوهش‌نامه میان‌رشته‌ای فقهی*، دوره ۴، ش ۷، ص ۲۶-۵.

۱۳. حاج زاده، هادی، ۱۳۹۷، «فتوای معیار در قانون گذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران (نگاهی دوباره به مفهوم اعلیّت در منظومه فقه حکومت شیعه)»، *مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، سال ۴۷، ش ۱۰۲، ص ۸۷-۵۹.
۱۴. حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۱۶، *تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة*، به اهتمام: محمدرضا حسینی جلالی، قم، موسسه آل‌البتیة علیه السلام لإحياء التراث.
۱۵. حسینی حائری، سید کاظم، ۱۳۸۳، *المرجعية والقيادة*، قم، دار التفسیر.
۱۶. خویی، سید ابوالقاسم، ۱۴۲۲، *مصباح الأصول*، محقق: محمد سرور واعظ الحسینی، قم، مکتبه الداوری.
۱۷. خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۸، *موسوعة الإمام الخوئی*، محقق رضا خلخالی، قم، التوحید للنشر.
۱۸. شهید اول، محمد بن مکی، بی تا، *القواعد والفوائد فی الفقه والأصول والعربیة*، محقق: عبدالهادی سید محسن حکیم، قم، مکتبه المفید.
۱۹. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، ۱۳۷۴، *تمهید القواعد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۰. صدر، سید محمدباقر، ۱۴۱۷، *بحوث فی علم الأصول*، محقق: محمود هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائرة المعارف الفقه الاسلامی.
۲۱. صدر، سید محمدباقر، ۱۴۲۹، *اقتصادنا*، قم، بوستان کتاب قم.
۲۲. طباطبایی کربلایی، علی بن محمد علی، ۱۴۱۸، *ریاض المسائل*، ط. الحدیثه، قم، مؤسسه آل‌البتیة علیه السلام لإحياء التراث.
۲۳. طباطبایی، سید محمدحسین، ۱۳۵۲، *المیزان فی تفسیر القرآن*، بیروت، مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۲۴. طریحی، فخرالدین بن محمد، ۱۳۷۵، *مجمع البحرین*، تنظیم احمد حسینی اشکوری، تهران، مکتبه المرتضویة.
۲۵. فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۳۹۲، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، مرکز پژوهش‌های فارسی‌الغدیر.
۲۶. فیرحی، داوود، ۱۳۹۶، *فقه و حکمرانی حزبی*، تهران، نشر نی.
۲۷. قباد، احسان، ۱۳۹۸، «اعتبارسنجی مشروعیت «تتبع رخص شرعی» با تحلیل مسئله تبعیض در تقلید»، *مبانی فقهی حقوق اسلامی*، دوره ۱۲، ش ۲۳، ص ۱۹۱-۱۷۱.
۲۸. قطب راوندی، سعید بن هبة‌الله، ۱۴۰۵، *فقه القرآن*، محقق احمد حسینی اشکوری و محمود مرعشی، قم، کتابخانه عمومی حضرت آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی علیه السلام.

۲۹. کاظمی، زهره، طوبی شاکری گلپایگانی و سید ابوالقاسم نقیبی، ۱۳۹۳، «نظریه رخص شرعیه در فقه امامیه»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال ۴۷، ش ۱، ص ۱۹۱ - ۱۷۱.
۳۰. کریمی، محمدتقی و سید رضا شیرازی، ۱۴۰۰، «تقدم اصل ضرورت مطابقت بر اصل عدم مخالفت در نظام تقنین دولت اسلامی»، *دو فصلنامه مطالعات فقه سیاست*، شماره ۱ (دوره ۱)، ص ۵۰ - ۳۱.
۳۱. کلینی، محمد بن یعقوب، ۱۳۶۳، *الکافی (اسلامیه)*، محقق علی اکبر غفاری، تهران، دار الکتب الإسلامية.
۳۲. مددی، سید احمد، بی تا، *نظام قانونی ولایی در فقه و اصول: تقریرات درس خارج فقه آیت الله سید احمد مددی*، تدوین یحیی عبدالهی، بازیابی ۱۸ شهریور ۲۰۲۲، از: <http://www.ostadmadadi.ir/persian/book/12266/8746>
۳۳. مظفر، محمدرضا، بی تا، *اصول الفقه*، (ج ۲ - ۱ در یک جلد)، قم، منشورات فیروزآبادی.
۳۴. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۰، *بحوث فقهیه هامة*، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۵. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۸۵، *دائرة المعارف فقه مقارن*، قم، مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۶. مؤسسه آل‌الیت علیهم السلام لاحیاء التراث و مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹، *فرهنگ نامه اصول فقه*، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۳۷. موسوی خوانساری، احمد، ۱۳۵۵، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، محقق: علی اکبر غفاری و احمد موسوی خوانساری، قم، مکتبه الصدوق.
۳۸. نایینی، محمدحسین، ۱۳۷۶، *فوائد الأصول*، محقق محمدعلی کاظمی خراسانی، قم، جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم، مؤسسة النشر الإسلامی.
۳۹. نایینی، محمدحسین، ۱۳۸۲، *تنبيه الأمة و تنزيه الملة*، محقق جواد ورعی، قم، بوستان کتاب.
۴۰. ورعی، سید جواد، ۱۳۸۶، *مبانی و مستندات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، قم، دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری.
۴۱. وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۷۳، *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، همراه با اصلاحات شورای بازنگری قانون اساسی مصوب ۱۳۶۸*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات.
۴۲. یزدی، محمد، ۱۳۹۰، *چند نکته*، قم، محمد یزدی.