

## در جستجوی نظریه‌ای قانونگذاری در آثار برخی از فقیهان معاصر امامیه<sup>۱</sup>

دریافت: ۹۶/۶/۷ تأیید: ۹۶/۹/۲۰ حسین امینی پزوه\* و عباس کعبی\*\*

### چکیده

قانونگذاری همواره از موضوعات مهم علوم سیاسی بوده و اخیراً در نظریه حقوقی و حقوق عمومی نیز بدان توجه شده است. این موضوع در فقه و اصول اسلامی یا همان نظریه حقوقی اسلامی از اهمیت زیادی برخوردار است و از لحاظ عملی نیز در حکومت اسلامی دارای آثار بسیاری می‌باشد. بحث این مقاله جستجو در نظرات برخی فقیهان معاصر برای کشف و تنقیح نظریه‌ای فقهی در موضوع قانونگذاری است که می‌تواند متناظری برای نظریه قانونگذاری در نظریه حقوقی و حقوق عمومی مدرن باشد. این دسته از فقیهان در این موضوع دارای اشتراک نظر در بسیاری از مبانی و نتایج‌اند؛ به نحوی که می‌توان در نگاهی کلان، نظریه واحدی را به همه آنها نسبت داد. این مقاله به روش توصیفی - تحلیلی به حل این مسأله پرداخته است. بنابراین، اولاً به استخراج نظریه‌ای در این موضوع از مجموع نظرات ایشان مبادرت ورزیده و سه مرتبه حکم از منظر آنان؛ یعنی تشریح، تشخیص و برنامه‌ریزی را بررسی کرده است. سپس به ارائه تعریفی از مفهوم سیاسی و حقوقی قانونگذاری پرداخته و آن را در نظریه فقهی مطرح شده شناسایی کرده است. حاصل آنکه این مفهوم با آنچه که ایشان از آن به قانونگذاری تعبیر می‌کنند، متفاوت بوده و منحصر در مرتبه برنامه‌ریزی است.

### واژگان کلیدی

نظریه قانونگذاری، مراتب حکم، تشریح، نظریه فقهی، قانونگذاری، حکم شرعی، حکم حکومتی

\* دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشگاه امام صادق 7 : Ho.amini.po@gmail.com

\*\* عضو هیأت علمی مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی و عضو مجلس خبرگان رهبری.

## مقدمه

اسلام مهمترین رکن یک حکومت اسلامی و قوانین، مهمترین جلوه گاه اسلام در چنین نظام سیاسی است. از همین روست که امام خمینی<sup>1</sup> حکومت اسلامی را فقط حکومت قوانین الهی می‌داند (امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۶۲۳). لذا قانونگذاری در یک نظام سیاسی دینی از اهمیت بسیاری برخوردار است. در اندیشه حقوقی غرب، هرچند جستجو برای رسیدن به نظریه‌ای قانونگذاری<sup>۲</sup> امری کاملاً بدیع نیست، بلکه از اولین دغدغه‌های فیلسوفان دوره باستان و مدرن و نیز مکاتب حقوقی بوده، ولی آنچه امروزه شاهد آنیم، نظریه‌ای نوساخت است که نظریه حقوقی را از تمرکز بر دادرسی به قانونگذاری منتقل و از رویکرد قاضی‌محوری به مطالعه رفتار قانونگذار در حقوق و تحلیل‌های حقوقی جهت‌دهی کرده است (Flores, 2005, p.27). این مطالعات در دوره متأخر با عنوان فلسفه قانونگذاری<sup>۳</sup> نیز شناخته می‌شود و قانونگذاری را از ساحت دانش سیاسی به دانش حقوق منتقل کرده است و به پرسش‌های مختلفی مانند اعتبار هنجارها، معنای آنها و چارچوب نظام حقوقی پاسخ می‌گوید و خصوصاً بر ساخت قانون توسط قانونگذار توجه دارد (Wintgens, 2002, p.2). به دلایل مختلف از جمله رابطه‌ای که میان حکومت اسلامی و قوانین الهی از لسان امام خمینی<sup>1</sup> بیان شد، می‌توان ادعا کرد، بررسی اصولی و بنیادی قانون و قانونگذاری در نظریه حقوق اسلامی نیز نقشی محوری دارد و می‌تواند نقطه شروعی برای حل بسیاری از مسائل باشد. با این حال، باید اذعان کرد که همچنان جنبه سیاسی این مباحث در فقه اسلامی بر جنبه حقوقی آن غلبه دارد و ما هنوز نیازمند حل مسائل بنیادین در این باره‌ایم و وارد مسائل تکنیکی نشده‌ایم.

آنچه در اهمیت قانون و قانونگذاری بیان شد، ما را به لزوم وجود نظریه‌ای بومی مبتنی بر معارف اسلامی خصوصاً مباحث فقهی رهنمون می‌سازد. نظریه‌ای که فراتر از مجموعه نظرات و گزاره‌ها، علاوه بر مستظهر بودن به ادله و برخوردار بودن از حجیت، از انسجام درونی و کارآیی بیرونی نیز برخوردار باشد و به ما قدرت پیش‌بینی حل مسائل

نوپدید را بدهد. هرچند می‌توان بصورت پراکنده در تراث فقهی امامیه کلیاتی در این زمینه یافت، با این حال، بحث از این موضوع در آثار فقیهان، بیشتر مربوط به دوره معاصر و آغاز نهضت برای تشکیل حکومت دینی است که منجر به تأسیس نظام جمهوری اسلامی ایران شد. بحث این مقاله جستجو در نظرات برخی فقیهان معاصر برای کشف و تنقیح نظریه‌ای در موضوع قانونگذاری در فقه امامیه است. این دسته از فقیهان که در بسیاری از مبانی و نتایج مربوط به این موضوع دارای اشتراک نظرند، عبارتند از آیات عظام «عبدالله جوادی آملی»، «جعفر سبحانی تبریزی»، «لطف‌الله صافی گلپایگانی»، «ناصر مکارم شیرازی» و «حسینعلی منتظری نجف‌آبادی». این شباهت به‌نحوی است که می‌توان، نه در سطح نظرات جزئی، بلکه در سطحی کلان‌تر، نظریه واحدی را مستقل از نظریه‌های دیگری که می‌توان از فقه امامیه در این باره استخراج کرد، به همه آنها نسبت داد. این تشابه را می‌توان در سطوح فقهی و حقوقی بخصوص در موضوع حکم حکومتی و کارکرد مجلس رصد کرد و در سطحی عمیق‌تر بر تأکیدشان بر گزاره‌های کلامی خاصی همچون انحصار تشریح در خدا، خاتمیت، جهانشمولی، ابدیت و جامعیت شریعت یافت.

اهمیت بحث این پژوهش در چند امر نهفته است. بخشی مربوط به موضوع محوری این مقاله؛ یعنی قانونگذاری است که به توجه بیش از پیش به آن در نظریه حقوقی مدرن و اهمیت دوچندان آن در یک حکومت دینی اشاره شد. جنبه دیگر به استخراج و استنباط نظریه و نه صرف احکام جزئی از نصوص فقهی برمی‌گردد که به سبب مواجهه ناگزیر ما با نظریه‌های غیر بومی در سده گذشته و لزوم بهره‌گیری از منابع معرفتی بومی در حل مسائل داخلی جمهوری اسلامی ضروری است؛ نظریه‌هایی که می‌تواند متناظری برای نظریه‌های مدرن از جمله نظریه قانونگذاری باشد و در یک مطالعه تطبیقی، در مقایسه با این نظریه‌ها مطالعه شود. چنین نظریه‌ای می‌تواند ضامن اسلامیت نظام جمهوری اسلامی به‌عنوان مهمترین پایه این نظام باشد. ضمن اینکه بیان این مجموعه نظرات در قالب نظریه، می‌تواند امکان مقایسه آن را با دیگر نظریه‌های فقهی مشابه<sup>۴</sup> در این زمینه تسهیل و نیز به توسعه و رفع ایرادات احتمالی آن کمک

کند. توجه به شخصیت‌هایی که این پژوهش به دنبال استخراج نظریه از مجموع نظرات آنهاست، بعد دیگری از اهمیت آن را آشکار می‌کند؛ چراکه همه از مراجع تقلید شیعه در دوره معاصرند که این امر می‌تواند بیانگر اصالت فقهی نظرات آنان باشد. به علاوه، همه جزو نمایندگان مردم در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی سال ۱۳۵۸ بوده و عمدتاً نقش مؤثری در آن ایفا کرده‌اند.<sup>۵</sup> استخراج نظریه قانونگذاری از آرای ایشان، می‌تواند موجب آشنایی بیشتر جامعه حقوقی با دیدگاه طیف اثرگذاری از نمایندگان این مجلس که اغلب از شاگردان امام خمینی 1 بوده‌اند، شود و شاید بتواند ما را در فهم مراد قانونگذار اساسی و شناخت دقیق‌تر زوایای پیدا و پنهان قانون اساسی در مقام تفسیر اصول آن کمک کند.

بنابراین، پرسش مقاله حاضر این است که آیا می‌توان از بیان مجموع نظرات جزئی این گروه از فقیهان به نظریه‌ای در موضوع قانونگذاری که متناظری برای نظریه قانونگذاری مدرن باشد، دست یافت؟ پاسخ این پرسش مستلزم اثبات دو ادعاست: اول می‌بایست امکان اطلاق نظریه بر مجموع نظرات ایشان ثابت شود. این امر از طریق بیان منسجم مجموعه نظرات آنان قابل دستیابی است. اما ادعای دوم، ناظر بودن این نظریه بر موضوع قانونگذاری است. این ادعا که اثبات آن بنظر دشوارتر می‌رسد، از راه شناسایی مفهوم حقوقی قانونگذاری در اندیشه ایشان دست‌یافتنی خواهد بود. به عبارت دیگر، می‌بایست وجود چنین کارکردی<sup>۶</sup> را که در ظاهر از سوی فقیهان یادشده در حکومت اسلام نفی شده است، در نظرات ایشان اثبات کرد. علت دشواری اثبات ادعای دوم، خلط مفاهیم فقه و حقوق است که در بسیاری از موارد راهزن اندیشه می‌شود و موجبات مقایسه‌های نادرست را فراهم می‌آورد. مفهوم «قانونگذاری» به‌عنوان مفهوم کلیدی این پژوهش از این حیث دارای اهمیت بیشتری است و خلط معانی در آن، دارای آثار عملی جدی‌تری می‌باشد.<sup>۷</sup>

به‌هرروی، هدف این مقاله پاسخ به پرسش یادشده از طریق اثبات دو فرضیه پیش‌گفته است. بنابراین، در بخش اول مقاله، مراتب حکم<sup>۸</sup> از نظر آنان بصورت منسجم و در قالب یک نظریه بیان می‌شود و در بخش دوم، در تحلیل حقوقی، ابتدا

مفهوم قانونگذاری در ادبیات حقوقی تبیین و پس از آن وجود چنین مفهومی در این نظریه فقهی امکان‌سنجی خواهد شد.

## ۱. مراتب حکم

این فقیهان مراتب حکم را بر اساس یک تقسیم کلان از حیث فاعل آن مرتبه و نتیجه حاصل از آن، که در قالب نوعی از احکام ظاهر می‌شود، شامل مرتبه تشریح احکام، مرتبه تشخیص و مرتبه برنامه‌ریزی دانسته‌اند که به ترتیب، اختصاص به خدا، فقیهان و در نهایت، مجالس نمایندگان دارد که در ادامه تبیین می‌شود.

### ۱-۱. مرتبه تشریح

«تشریح» در اصطلاح کلامی - که از آن به بدعت نیز تعبیر می‌شود - داخل کردن چیزی در دین است که می‌دانیم در آن نیست یا خارج کردن چیزی در آن است که می‌دانیم جزء آن نیست. در تعریفی عام‌تر، تشریح، داخل کردن آنچه نمی‌دانیم از دین است، در دین می‌باشد (سبحانی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۶۱-۶۰). در تعریفی دیگر، تشریح به جهت محدودیتی که برای فرد و جامعه ایجاد می‌کند، منحصر در خدا دانسته شده که از آن با عنوان توحید در تشریح هم یاد می‌شود و از فروع توحید در ربوبیت الهی است (سبحانی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۸۱) و نفی آن مستلزم شرک به خداست (صافی، ۱۳۹۰ق، ب)، (ص ۱۱۱). می‌توان بیان دوم در مورد تشریح را متعلق به فقه دانست. با این حال، این دو، چندان هم از هم بیگانه نیستند. بیان دوم در مورد تشریح، بعد از آن مطرح می‌شود که این عمل را تنها مختص به خدا بدانیم.

به غیر از مرجع تشریح که خداست، از نظر نتیجه، منجر به نزول احکام شرع یا شریعت می‌شود. این احکام که از آن به احکام الهی هم تعبیر شده (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۶۳۲)، مجموعه تعالیم اخلاقی و اجتماعی است که امکان تغییر در آنها با تکامل امت‌ها است. لذا می‌توان شریعت را به لفظ جمع هم استعمال کرد؛ چنانکه در قرآن نیز به تعدد شرایع اشاره شده است<sup>۹</sup> (سبحانی، ۱۴۰۰ق، ج ۱، ص ۵۴). شریعت دربردارنده احکام جزئی است و با دین که بین همه انبیا : مشترک و دربردارنده

خطوط کلی است، متفاوت می‌باشد<sup>۱۰</sup> (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ج ۲۲، ص ۵۹۱؛ سبحانی، ۱۳۷۹ (الف)، ج ۲، ص ۲۹۹).

هرچند شریعت انبیا : تغییرپذیر است، اما با توجه به گزاره‌های کلامی خاتمیت، جهانشمولی و ابدیت شریعت، شریعت پیامبر ﷺ آخرین و کامل‌ترین شریعت است و اگرچه شک در امکان نسخ بعضی از احکام در عصر رسالت وارد است، ولی شک در نسخ اصل شریعت یا بعضی از احکام آن بعد از رسالت، مخالف با ضرورت پذیرفته‌شده بین مسلمانان است (صافی، ۱۴۲۸ق، ج ۳، ص ۲۵۱). به تعبیر دیگر، شریعت اسلامی همان احکام ثابت الهی است که در مقابل احکام متغیر که اختیار آن به دست حاکم اسلامی است، قرار دارد (صافی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۰). از این دسته احکام با الگوگیری از ادبیات حقوقی و البته در معنایی متفاوت با آن، به «قوانین» هم تعبیر شده که در مقابل «مقررات»، که عبارت است از احکام متغیر، قرار می‌گیرد (سبحانی، ۱۴۲۸ق، ش ۴۸، ص ۱۶۵-۱۶۴ و ۳۴۹). با این وجود، این الگوگیری می‌تواند در وصف کلی بودن یکی و جزئی بودن دیگری مفید باشد و نه ثبات یکی و تغییر دیگری.

اگر از ولایت تشریحی پیامبر و ائمه : هم سخن گفته شود، این ولایت در هر معنایی؛ اعم از تفویض احکام، مرجعیت در فتوا یا ولایت در اجرا باشد، به هر حال، متفاوت با تشریح است، بلکه ایشان تنها آورنده، مبین، مفسر و شارح قوانین الهی‌اند و نه مشرّع آن (جوادی آملی، ۱۳۸۸، ج ۱۷، ص ۸۸).

مهمترین نکته آنکه در ادبیات کلامی و فقهی این فقیهان، واژه «تشریح» مترادف با واژگانی چون «تقنین»، «قانونگذاری» یا «وضع قانون» بکار رفته است (مکارم شیرازی، ۱۳۴۶، ص ۵۸؛ سبحانی، ۱۴۱۹ق (ب)، ص ۲۸؛ صافی، ۱۳۹۰ (الف)، ص ۲۲؛ جوادی آملی، ۱۳۸۷ (ب)، ص ۱۴۴؛ منتظری، ۱۳۸۷، ص ۴۲۷).<sup>۱۱</sup> نتیجه اینکه تأکید بسیار بر این است که قانونگذاری، تقنین یا وضع قانون، در معنای یادشده، تنها اختصاص به خدای متعال دارد و حتی پیامبر و ائمه : نیز از آن برخوردار نیستند.

## ۱-۲. مرتبه کشف احکام شرع

بعد از تشریح احکام الهی و ابلاغ آن از سوی پیامبر ۹، مرتبه استخراج احکام از منابع است. ائمه: احکام را یا از طریق نقل از پیامبر ۹ یا نقل از کتاب علی 7 یا از طریق استنباط از کتاب و سنت و یا از طریق اشراقات الهیه که علوم خاصی از جانب خداست، بیان می‌کنند<sup>۱۲</sup> (سبحانی، بی تا (ج)، ص ۳۵۱-۳۴۶). اما فقیهان در این مرتبه از روش اجتهاد استفاده می‌کنند. نتیجه این فرآیند، کشف احکام شرعی است. تفاوت احکام شرع در این مرتبه با مرتبه قبل، خصوصاً زمانی که توسط فقیهان استخراج می‌شود، آن است که احکام شرع در مرتبه قبل، همان احکام نفس‌الامری است بدون هیچ خطایی؛ در حالی که در این مرحله، امکان اشتباه برای غیر معصومان است. احکام شرعی در مهمترین تقسیم‌بندی در فقه و اصول، به احکام اولیه و ثانویه دسته‌بندی می‌شود. در ادامه، ابتدا به اجتهاد به‌عنوان روش مورد استفاده فقیهان در این مرتبه و سپس، به تفکیک بین احکام اولیه و ثانویه اشاره خواهد شد.

### ۱-۲-۱. روش کشف احکام شرع توسط فقیهان

اجتهاد نهایت تلاش در استنباط احکام شرعی از منابع معین آن است (سبحانی، ۱۴۰۲ق، ج ۳، ص ۲۹۲). لزوم اجتهاد از طرفی، ناشی از خاتمیت و جامعیت شریعت و از طرف دیگر، ناشی از محدود بودن حوادث در زمان پیامبر ۹ است (سبحانی، ۱۳۸۵، ص ۲۶۵). ادله یا منابع و به‌تعبیر رایج‌تر نزد اهل سنت، مصادری که مجتهد در استنباط احکام شرعی بر آنها تکیه می‌کند، از نظر شیعه امامیه کتاب، سنت، اجماع و عقل است (سبحانی، ۱۳۷۹ (ب)، ص ۹). فقیهان این شأن را به‌عنوان مفتی و مرجعیت در تقلید انجام می‌دهند و نه به‌عنوان حاکم. آنچه در این مقام صادر می‌کنند «فتوا» است که نتیجه اجتهاد مجتهد و رأی او از ادله بوده و با «حکم» متفاوت است (صافی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۰). این امر مفاد آن فتوا را تنها برای مقلدان آن مرجع لازم‌الاتباع می‌سازد.

اجتهاد که بدان تشخیص، استنباط یا کشف احکام هم می‌گویند، با تشریح که مختص خداست، متفاوت است (جوادی آملی، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۴۵۷). اجتهاد از منظر فقه امامیه همان استنباط احکام شرعیه فرعیه بوده و همچنین امری غیر از قانونگذاری

است. برخلاف این نظر، اهل سنت مصادر تشریح را کتاب، سنت و اجماع دانسته و پس از آن از اجتهاد استفاده می‌کنند و بر اصولی تکیه می‌کنند که در رأس آن قیاس است (سبحانی، ۱۳۸۳، ص ۲۳۹). از نظر آنان، فقیه باید در مسائلی که در شرع برای آن حکمی نیامده است، تشریح حکم کند که منجر به قانونگذاری در حوزه‌ای که از نظر آنان غیر منصوص است می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۶۴ (ب)، ش ۱۲، ص ۳۸). اجتهاد در این معنا بجای وسیله‌بودن برای رسیدن به حکم الهی، تبدیل به منبعی از منابع حکم می‌شود و فقیه بجای اخبار از قوانین، خود به قانونگذار تبدیل می‌شود (سبحانی، ۱۴۱۷ق(الف)، ص ۲۴۸). مشکلات ناشی از ضرورت قائل شدن به چنین نقشی برای فقیه، آنان را مجبور به بستن باب اجتهاد کرده است (مکارم شیرازی، ۱۳۶۴ (ج)، ش ۱۳، ص ۳۹).

#### ۱-۲-۲. احکام اولیه و ثانویه

در فقه و اصول، تقسیم‌بندی‌های متعددی از احکام صورت گرفته که از مهمترین آنها تقسیم احکام شرع به احکام اولیه و ثانویه است. اهمیت این تقسیم اولاً به دلیل آثاری است که در فقه سیاسی و اجتماعی دارد. علاوه بر آن، عموماً از سوی فقیهان و خصوصاً از سوی فقیهان نام‌برده در مقدمه این پژوهش، حکم حکومتی که از مهمترین مفاهیم در فقه سیاسی و بخصوص قانونگذاری است، در نسبت با این دو دسته از احکام فهم می‌شود.

تقسیم احکام شرع به اولیه و ثانویه از جهت عناوینی است که بر موضوعات آنها عارض می‌شود. اگر این عنوان ثابت باشد و از عوارض و فوریت‌هایی که احکام را تغییر دهد نباشد، عنوان اولی و اگر از عارضه‌ها و فوریت‌هایی که گاهی با موضوعات پیوند می‌خورد و حکم آن را تغییر می‌دهد باشد، عنوان ثانوی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق، ص ۵۰۲). نکته مهم در احکام ثانویه توسعه‌ای است که در تعداد عناوین آنها داده شده است. از نظر ایشان، عناوین ثانویه، برخلاف آنچه که بسیاری نقل می‌کنند، منحصر در ضرورت و اضطرار نیست (مکارم شیرازی، ۱۳۶۶(الف)، ش ۵، ص ۱۴).



برخی آنها را شامل ضرورت و اضطرار، ضرر و ضرار، عسر و حرج، تقیه، مقدمه واجب یا حرام، اهم و مهم در تزامم و مصالح عامه مسلمین دانسته‌اند (سبحانی، بی تا(ب)، ص ۱۹) و برخی دیگر مواردی چون لزوم حفظ نظام، امر و نهی پدر، نذر، عهد، قسم، تأدیب کودک، قضای حاجت مؤمن، امر به معروف و نهی از منکر و دفاع از خود را هم از باب نمونه ذکر کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۶۶(ب)، ش ۶، ص ۱۸). این احکام خود ثابت است و تغییر بوجود آمده در موضوع، موجب تطبیق آنها بر آن می‌شود.

### ۱-۳. برنامه‌ریزی

در این قسمت در جستجوی مفهوم قانونگذاری به بررسی مرتبه سوم که در ادبیات برخی از ایشان «برنامه‌ریزی» نامیده شده است (سبحانی، بی تا، ج ۳، ص ۲۶۰؛ منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۶۱)، می‌پردازیم. از نظر آنان، این مرتبه در حکومت اسلامی، می‌تواند توسط مجلس نمایندگان انجام شود. با این حال، برخی از ایشان آن را مستقیماً به ولی فقیه نسبت داده‌اند (سبحانی، ۱۴۱۷ق(ب)، ص ۳۰؛ سبحانی، بی تا(الف)، ص ۳۱). برخلاف ظاهر، بین این دو نظر اختلافی نیست؛ زیرا این اختیار اصالتاً از آن فقیهی است که اعمال ولایت می‌کند و او آن را به نمایندگان یا مجلس نمایندگان واگذار کرده است.

در این مرحله، برخلاف مرتبه تشریح و استنباط که با احکام شرعی روبرو بودیم، با احکام حکومتی مواجهیم که در کلام ایشان، به احکام حاکم، احکام حکومت، احکام سلطانی، احکام نظامیه، احکام اجرایی، احکام ولایی، احکام سیاسی و مقررات هم تعبیر شده است. بنابراین، دستیابی به شناخت بیشتر نسبت به این مرتبه، در گرو فهم بیشتر احکام حکومتی است. ابتدا جایگاه و ماهیت حکم حکومتی و سپس نقش مجلس در اندیشه آنان بررسی می‌شود.

#### ۱-۳-۱. حکم حکومتی

احکام حکومتی در یک تعریف حداقلی، احکام موقتی هستند که اختیار آن اصالتاً بدست حاکم اسلامی یا در عصر غیبت با ولی فقیه است؛<sup>۱۳</sup> برخلاف فتوا که اختیار آن

بدست همه مجتهدان و مراجع تقلید می‌باشد. فقیه، این احکام را نه از باب مفتی و مرجعیت در تقلید، بلکه به دلیل دارا بودن شأن ولایت صادر می‌کند. با چنین وصفی، این احکام نه تنها برای مقلدان، بلکه برای عموم مسلمانان الزام‌آور است. برای شناخت بیشتر این احکام و زمینه‌سازی برای ارائه تحلیل حقوقی، ابتدا جایگاه و سپس ماهیت آنها از منظر ایشان بررسی خواهد شد.

### ۱-۳-۱. جایگاه حکم حکومتی

منظور از جایگاه حکم حکومتی، تعیین جایگاه آن در منظومه احکام فقهی است. هدف آن است که مشخص شود این احکام در تقسیمات رایج در فقه و اصول؛ مانند احکام ظاهری و واقعی، اولی و ثانوی، تأسیسی و امضایی و وضعی و تکلیفی در مقایسه با کدام دسته از احکام شناخته می‌شوند. طبیعی است که از هر مجموعه براساس ملاک‌های مختلف، تقسیم‌بندی‌های گوناگونی صورت می‌پذیرد. در اینجا نیز آن تقسیمی که گمان می‌رود آثار حقوقی بیشتری بر آن بار است، بیان می‌شود. این تقسیم مبتنی بر ملاک‌های متعددی است که در خلال بحث عیان خواهد شد.

در بیان مرتبه تشریح، در مقابل احکام شریعت یا احکام شرعی یا احکام الهی، از دسته دیگری از احکام نامبرده و خصوصیتی از آنها بیان شد. آن احکام همان احکام حکومتی‌اند که در این قسمت بررسی می‌شوند. این تقسیم، رایج‌ترین تقسیمی است که می‌توان جایگاه احکام حکومتی را از آن دریافت. بنابراین، احکام حکومتی احکامی‌اند که در مشهورترین تقسیم، قسم احکام شرع‌اند و ویژگی‌هایی را در مقابله با این دسته از احکام دارا می‌باشند. می‌توان مقسم این تقسیم را بصورت کلی، احکام فقهی<sup>۱۴</sup> نام نهاد که بنظر، عام‌ترین عنوان برای مجموعه احکام خواهد بود. در این قسمت، تلاش می‌شود فهرست کاملی از انواع تفاوت‌ها و دوگانگی‌های میان این دو حکم که بصورت پراکنده در آثار ایشان اشاره شده ارائه شود تا جایگاه احکام حکومتی مشخص گردد. برخی از آنها در قسمت‌های قبل اشاره شده بود و در اینجا نیز برای جامع‌بودن این فهرست مجدداً بیان می‌شود:

الف) احکام شرعی احکام ثابت‌اند، برخلاف احکام حکومتی که متغیرند.  
ب) از احکام شرعی تعبیر به قانون شده است؛ در حالی که احکام حکومتی به دلیل برخی ویژگی‌ها، مقرر نامیده شده‌اند.

ج) احکام شرعی در قالب فتوا بیان می‌شوند، ولی احکام حکومتی بصورت حکم ظاهر می‌گردند.

د) فقیه به دلیل برخورداری از شأن افتا، احکام شرعی را از منابع استنباط می‌کند، در مقابل، صدور احکام حکومتی به منصب ولایت او برمی‌گردد.

ه) احکام شرع تنها برای مقلدان آن مرجع الزام‌آور بوده؛ در حالی که احکام حکومتی برای همگان لازم‌الاجراست.

و) احکام شرعی به شأن ثابت انسان؛ یعنی فطرت توحیدی او برمی‌گردد که فرازمانی است و احکام حکومتی به شأن جسمانی انسان که زمینی و زمانی بوده و به رابطه انسان با طبیعت مربوط است (جوادی آملی، ۱۴۱۲ق(ب)، ش ۷، ص ۳۸).

ز) لفظ «أطیعوا» در آیه ۵۹ سوره نساء<sup>۱۵</sup> بیانگر دو نوع اطاعت است که اولی اطاعت از خداست و دومی اطاعت از رسول و اولی الامر و اطاعت از رسول در مورد اول به رسالت او باز می‌گردد و در دومی به شأن ولایت (جوادی آملی، ۱۴۱۲ق(الف)، ش ۶، ص ۳۰). به همین ترتیب، اولی مربوط به احکام شرعی است و دومی در خصوص احکام حکومتی.

ح) احکام شرعی که از سوی ائمه : و فقیهان بیان می‌شود، به دلیل اینکه چیزی فراتر از بیان حکم الهی از سوی واسطه حکم و مبلغ رسالت نیست، احکام ارشادی محض است و در مقابل، احکام حکومتی صادرشده از سوی ایشان احکام مولوی است (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۱، ص ۲۹ و ۳۵).

ط) حکم شارع بنفسه مستند به خداست، ولی احکام حکومتی مستند به حاکم می‌باشد؛ هرچند جواز صدور حکم و نیز وجوب اطاعت از او، از احکام ثابت شرعی غیر قابل تغییر است (صافی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۰).

ی) حکم شرع مستقیماً از منابع برداشت می‌شود؛ در حالی که حکم حکومتی

مستنبط از کتاب و سنت بصورت مستقیم نیست؛ هرچند اساس ولایت از آن دو، قابل برداشت است (سبحانی، بی تا، ج ۲۴، ص ۸۶).

ک) ورود و تخصص یا حکومت و تخصیص در مورد حکم شرعی جاریست، ولی این موارد چهارگانه در مورد احکام حکومتی جاری نمی باشد؛ زیرا این احکام در محور ادله نمی باشد<sup>۱۶</sup> (جوادی آملی، بی تا، ص ۱۹۹).

ل) احکام شرعی احکامی کلی و عام اند، ولی احکام حکومتی احکامی جزئی اند؛ هرچند جزئی بودن در اینجا اضافی است و نه حقیقی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص ۴۹۶).

م) بحث از احکام حکومتی همیشه بحثی موضوعی است؛ در حالی که احکام شرعی چنین نیست (همان) که در ادامه این نکته روشن تر خواهد شد.

#### ۱-۳-۲. ماهیت حکم حکومتی

نتیجه ای که از قسمت پیشین حاصل شد، می تواند متضمن این شبهه باشد که احکام حکومتی از حیث ماده یا محتوا نیز چیزی غیر از احکام شرعی اند. این موضوع به شدت از سوی این فقیهان رد شده است. در واقع با توسل به ملاک محتوا، می توان تقسیم بندی دیگری از احکام شرعی و حکومتی داد که بر مبنای آن، احکام حکومتی نه قسیم احکام شرع، بلکه خود قسمی از آن هستند. در این قسمت، تلاش می شود با وجود دوگانگی های یادشده برای این دو حکم و بدون تخطی از آنها، این فرضیه که احکام حکومتی از حیث محتوا در طول احکام شرعی اند و نه در عرض آن، ثابت شود. فرضیه ای که از بیان سلسله مراتب حکم از منظر ایشان نیز قابل پیش بینی است.

آیه الله مکارم شیرازی ضمن تأکید بر لزوم استفاده از احکام شرع؛ اعم از اولیه و ثانویه در همه امور به عنوان وظیفه ای برای حاکم، در رابطه با ماهیت احکام حکومتی می گوید:

اینکه گاهی اوقات گفته می شود که حکم بر سه گونه، حکم اولی، حکم ثانوی و حکم حکومتی است و حاکم مقید به احکام اولیه و ثانویه نیست،

بلکه برخوردار از حکم مستقل ولایی در عرض احکام اولیه و ثانویه است، ناشی از خلط بین احکام تشریعی و احکام اجرایی است. نمی‌گوییم برای او حکم ولایی نیست، بلکه چنین حقی برای او ثابت است، اما نه در عرض آن دو، بلکه در طول آنها (همان، ص ۴۹۴).

در این سخن، ایشان با تأکید بر عدم خلط میان جایگاه این دو حکم، احکام حکومتی را از نظر محتوا در طول احکام شرعی می‌داند. «آیه‌الله سبحانی» نیز با صراحت به نسبت میان احکام حکومتی با احکام اولی و ثانوی اشاره کرده است و این احکام را «در طول احکام اولیه و ثانویه» می‌داند و بر خارج‌نشدن حکم حاکم از چارچوب احکام اولیه و ثانویه تأکید می‌کند (سبحانی، ۱۴۲۴ق، ص ۸۶). «آیه‌الله جوادی» نیز بدون ذکر احکام ثانویه، مانند سایرین معتقد است:

همه آنچه که مستقیماً از ادله شرعی استفاده می‌شود، حکم اولی اسلام است... اما آنچه در مرحله بعدی قرار می‌گیرد، مثلاً فقیه عادل از آن جهت که دارای سمت ولایت است، شخصی را به مقامی نصب کرد و دستورهای او را لازم‌الاتباع دانست... در طول احکام اولی اسلام است، نه در عرض آنها (جوادی آملی، بی‌تا، ص ۲۰۰).

به عبارت دیگر، نسبت میان احکام شرعی و حکومتی از این حیث «نسبت اصل با فرع است یا هدف با وسیله» (صافی، ۱۴۱۲ق، ص ۲۰).

قائل شدن به چنین ماهیتی برای حکم حکومتی به این دلیل است که ایشان در واقع این احکام را چیزی فراتر از حکم به اجرای احکام ثابت الهی؛ اعم از اولیه و ثانویه نمی‌دانند؛ چنانکه آیه‌الله جوادی در مورد احکام حکومتی می‌گوید: «حاکم اسلامی جهت اجرای احکام الهی، بنا بر مقتضیات اجتماعی، اوامر و نواهی مختلف و متغیری را صادر می‌کند» (جوادی آملی، ۱۳۶۸، ص ۹۳). «آیه‌الله منتظری» نیز در عبارتی مشابه می‌گوید: «جعل ولایت [برای فقیهان] با انگیزه جعل و تشریح [حکم از سوی ایشان] نیست، بلکه با انگیزه اجرای آنچه خدا نازل کرده صورت گرفته است» (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۲۹۵).

گویی این امر در نظرات ایشان بصورت پیش فرض وجود دارد که در ظرف اجتماع، همواره بر موضوعات پیچیده، احکام گوناگونی قابل اجراست و این ولی فقیه است که می تواند و می بایست حکم اهم را تشخیص داده و از طریق حکم حکومتی به اجرای آن فرمان دهد. به همین دلیل است که در آرای ایشان، تأکید بسیاری بر مسأله تزامم احکام در حوزه عمل و نقش ولی فقیه نسبت به آنها مشاهده می شود. «آیه الله جوادی» بعد از تأکید بر اینکه صدور حکم حکومتی دخالت در قانونگذاری نیست، بلکه مربوط به اجراست، می گوید:

اگر این قوانین [شرعی] بدون تزامم قابل اجرا باشند، مشکلی وجود ندارد...، اما اگر اجرای یک قانون منجر به تزامم آن قانون با قوانین دیگر شد، ولی فقیه براساس مصلحت نظام اسلامی و نیز بر اساس جایگاه هر حکم از نظر اهمیت، حکم برتر و مهمتر را مقدم می دارد و آن را اجرا می کند و حکم مزاحم با آن را بطور موقت و تا زمانی که تزامم وجود دارد، تعطیل می نماید و پس از رفع تزامم، بلافاصله حکم تعطیل شده را به اجرا درخواهد آورد (جوادی آملی، ۱۳۹۰، ص ۲۴۷).

«آیه الله صافی» نیز مشابه با این نظر در مورد اجرایی بودن این احکام چنین می گوید: احکام سلطانی که از سوی صاحب آن صادر می شود، واجب است که برای اجرای احکام شرعی باشد و برای ترجیح بعضی از آنها بر برخی دیگر در موارد تزامم احکام و حقوق. پس این احکام قطعاً اختیاری را فراتر از حکم شرعی نمی دهد و تنها اختیار نسبت به حکم مهم وجود دارد که با حکم اهم، حسب تشخیص حاکم به لزوم ترک حقی یا به جهت حفظ حقی و یا جهت مهمتری فروگذارده شود (صافی، بی تا، ص ۱۸-۱۷).

برخی از ایشان بعد از اشاره به مسأله تزامم که از منظر ایشان خود یکی از عناوین ثانوی است، بر نقش سایر عناوین ثانوی در انتخاب اهم بر مهم و نهایتاً حکم به اهم تأکید کرده اند. «آیه الله سبحانی» در این زمینه معتقد است:

چنانچه بین برخی از احکام واقعی تزامم پیش آید، به نحوی که اگر در حل

مشکلات و حفظ حقوق دخالت نشود، مفاسدی حاصل می‌شود، در اینجا نقش حاکم و فقیه جامع‌الشرایط متصدی منصب ولایت است که بعضی از احکام واقعی را بر بعضی دیگر مقدم کند؛ به این نحو که تشخیص دهد که مورد از صغریات کدامیک از دو حکم واقعی است. به عبارت دیگر، هنگامی که تزامم بین احکام اولیه بوجود آید، برخی را بر برخی دیگر در سایه عناوین ثانویه مقدم می‌کند (سبحانی، ۱۴۲۴ق، ص ۸۵).

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

اعتقاد ایشان در مورد ماهیت حکم حکومتی، از این حیث که چیزی فراتر از احکام اولیه و ثانویه نیست، زمانی موجه‌تر بنظر می‌رسد که به توسعه‌ای که ایشان در عناوین و احکام ثانویه قائل شده‌اند، مجدداً توجه شود؛ زیرا ایشان احکام ثانویه را به عنوان مهمترین اسباب حکومت اسلامی برای حل معضلات دانسته‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص ۵۰۳).

### ۱-۳-۲. نقش مجلس در حکومت اسلامی

در این قسمت به نقش منحصر به فردی که برای مجلس نمایندگان در حکومت اسلامی قائل اند اشاره می‌شود. بعد از مطالبی که در مورد حکم حکومتی در مرتبه برنامه‌ریزی بیان شد، فهم نقش و کارکرد مجلس، آسان بنظر می‌رسد؛ زیرا بصورت خلاصه، می‌توان گفت کارکرد مجلس از نظر ایشان به‌عنوان یکی از کارویژه‌های تفویض شده ولی فقیه، صدور حکم حکومتی است. ایشان حکومت اسلامی را مانند دیگر حکومت‌ها نیازمند قوه قانونگذاری دانسته‌اند. با این حال، این قوه که از طریق مجالس نمایندگان اعمال حاکمیت می‌کند، در حکومت اسلامی کارکردی متفاوت با دیگر حکومت‌ها دارد. چنانکه گفته شد، برخی از ایشان این کارکرد را «برنامه‌ریزی» نامیده‌اند. این اصطلاح را اولین بار امام خمینی<sup>۱</sup> در کتاب «ولایت فقیه» خود بکار برده است. از نظر او، یگانه قدرت تقنینی و تشریحی خداست و مجلس در یک حکومت اسلامی برخلاف دیگر حکومت‌ها «برنامه‌ریز» است و نه «قانونگذار» (امام خمینی، ۱۴۲۳ق، ص ۴۴). در همین رابطه، توجه به سخنان «آیه‌الله سبحانی» در مجلس خبرگان قانون اساسی ۱۳۵۸ نیز قابل توجه است. او پس از اشاره به بند یک اصل دو قانون اساسی در مورد اختصاص حاکمیت و تشریح به خدا،<sup>۱۷</sup> در مورد کارکرد مجلس می‌گوید:

قوه مقننه را قبول داریم، ولی نه به آن معنا که در کشورهای غیر اسلامی است که در حقیقت، مجلس، قانونگذار است، مشرع است... [بلکه] با توجه به قوانین اسلامی، طبق آن قوانین، نیازها را تشخیص می‌دهد و مقررات را تصویب می‌کند<sup>۱۸</sup> (سبحانی، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۵۴۷).

علاوه بر تفاوت برنامه‌ریزی با تقنین، کارکرد مذکور با کشف احکام نیز متفاوت است، بلکه برنامه‌ریزی با وصفی که گذشت، در پرتو احکام شرعی مستخرج از سوی فقیهان صورت می‌گیرد. از همین رو است که همو به صراحت بیان داشته است:

احکام عام الهی از طهارت و حتی دیات از زمینه کاری طرح‌ها و لوایح و مقررات مجلس شورای اسلامی خارج است؛ چراکه این احکام عادتاً به



فقیهان بصورت مستقیم مرتبط است. پس احکام الهی مانند احکام بیع بالاتر از آن است که در آن، از جانب بندگان خدا مناقشه شود و یا تأییدی بر آن صورت پذیرد (سبحانی، ۱۴۱۷ق(الف)، ص ۲۵۲).

نتیجتاً این مطلب از نظرات ایشان قابل حصول است که هرچند در حکومت اسلامی مانند سایر حکومت‌ها از نظر اندامی<sup>۱۹</sup> نهادی به نام مجلس وجود دارد، با این حال از نظر کارکردی،<sup>۲۰</sup> از دیگر حکومت‌ها، به وصفی که گذشت، متمایز است.

دلیل اشتراک نظر یادشده را می‌توان علاوه بر اشتراک نظر فقهی ایشان در موضوع حکم حکومتی، در سطحی دیگر در اشتراک نظراتشان در مباحث کلامی بخصوص تأکید بر روی گزاره‌های کلامی خاصی دید. علاوه بر گزاره انحصار تشریح در خدا که در سخن امام خمینی<sup>۱</sup> هم بیان و بر آن تأکید شده بود، گزاره کلامی جامعیت شریعت هم قابل توجه است که از نظر اصولی بدین معناست که هیچ حادثه‌ای خالی از حکم از سوی خدا نیست.<sup>۲۱</sup> تأکید بر این گزاره بصورت‌های مختلف از جمله اصرار بر عدم وجود «منطقه الفراغ» در تشریح یا حوزه «لانص فیه» در آثار ایشان قابل مشاهده است.<sup>۲۲</sup> بر اساس مبانی کلامی و فقهی پیش‌گفته در مورد مجلس، باید گفت هیچکس را جز خدا حق تشریح و تقنین نیست و چنانچه شخص یا نهادی چون مجلس بخواهد به خود یا غیر خود حق تقنین دهد، این تصرف؛ چه از باب افزودن و چه کاستن باشد، «بدعت» بوده و مبتدع خارج از چارچوب توحید در تشریح است (سبحانی، بی‌تا، ج ۴، ص ۱۲۶).

## ۲. تحلیل حقوقی و شناسایی مفهوم قانونگذاری

مباحث کلامی و فقهی این دسته از فقیهان در موضوع قانونگذاری، بصورت منسجم و در قالب یک نظریه بیان شد و معنای آنچه که از آن به قانونگذاری تعبیر می‌کنند، مشخص گردید. در این قسمت، پاسخگویی به پرسش دوم مقاله مد نظر است. ابتدا مفهوم حقوقی قانونگذاری، نه بصورت کامل، بلکه تنها از بعدی که مورد نیاز پژوهش است، تبیین و سپس این مفهوم به نظریه فقهی مطرح‌شده عرضه و امکان وجود آن سنجش می‌شود.

## ۱-۲. مفهوم قانونگذاری در حقوق اساسی

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

در حقوق اساسی در بحث از کارکرد حکومت، از عمل قانونگذاری بصورت کلی و به‌عنوان کارویژه‌ای مشخص سخن به‌میان می‌آید. کارکرد حکومت، همان بروز و ظهور حاکمیت است که از سوی قدرت سیاسی یکپارچه بر کلیت جامعه سیاسی اعمال می‌شود. «ارسطو»، «لاک» و «منتسکیو» هر یک بر مبنای خود، کارکردهای سه‌گانه‌ای را برای حکومت تعریف کرده و از آن جمله قانونگذاری را نامبرده‌اند. قانونگذاری، اجرا و قضا، سه کارکردی هستند که قطعاً از امتیازات قدرت سیاسی بوده و در اصل، تنها حکومت است که می‌تواند آنها را اعمال کند (Oliva, 2009, p.32). این امر بخصوص در جوامع سیاسی پیچیده امروزی، از طریق نهادهای سیاسی خاص که پس از نهادینه‌شدن قدرت و در راستای توزیع آن شکل گرفته‌اند، اعمال می‌شود. این امری است که در همه حکومت‌ها مجرا بوده است و عقلای عالم بدان عمل کرده‌اند. قانونگذاری تنها بر آن عملکردی قابل اطلاق است که از سوی قدرت سیاسی انجام گیرد تا تضمینی برای اجرای آن وجود داشته باشد. بنابراین، می‌بایست قدر متیقن مفهوم قانونگذاری را، هرچند در معنایی شکلی و صوری و نه در معنایی مادی، صدور هنجار الزام‌آور از سوی حکومت دانست.

نکته دیگر برای فهم دقیق‌تر مفهوم قانونگذاری بخصوص از حیث مرجع آن، اینکه

به هر حال، قدرت سیاسی در همه اشکال خود چیزی غیر از عامل انسانی نیست؛ چراکه قانونگذار فرد واحد، شورایی خاص، عموم مردم، نمایندگان آنها در مجلس و مانند آنها باشد، به هر حال، از نظر ماهیت انسان است. از همین روست که برای قانونگذار، علاوه بر در نظر گرفتن دو شرط وحدت و صلاحیت، انسان بودن را هم ضروری دانسته‌اند و در بیانی دقیق، این شرط منصرف از دیدگاه و تصمیمی که فرد در ارتباط با هدف، منبع و مبنای قانون می‌گیرد، دانسته شده است. لذا فارغ از اینکه منبع قانون را وحی، عقل یا طبیعت بدانیم، یا به همین صورت، در مبنا و هدف قانون به نظرات مختلف معتقد باشیم، به هر حال، منافاتی با انسان بودن مرجع قانونگذاری ندارد (راسخ، ۱۳۸۴، ص ۱۲۹ و ۱۳۲). بنابراین، باید گفت از نظر حقوقی، فعلی قانونگذاری است که توسط قدرت سیاسی انجام شود که این قدرت هر چند در اشکال و نهادهای مختلف به اعمال حاکمیت می‌پردازد، ولی به هر حال، موجودی انسانی است.

## ۲-۲. امکان‌سنجی مفهوم قانونگذاری حقوقی در نظریه فقهی

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

مرتب اول را که مرتبه تشریح بود و در این نظریه از آن به قانونگذاری یاد شده بود، نمی‌توان قانونگذاری به معنای حقوقی دانست؛ زیرا عامل انسانی در آن وجود ندارد، بلکه تنها اختصاص به خدا دارد که همه حاکمیت‌ها و قدرت‌های حقیقی و اعتباری متعلق به اوست. همچنین مرتبه دوم را نیز نمی‌توان از نظر حقوقی قانونگذاری نامید؛

چون همانطور که بیان شد، اجتهاد در اختیار عموم فقیهان است و لزوماً منحصر در فقیه برخوردار از قدرت سیاسی؛ یعنی ولی فقیه نیست. در این مرتبه، با احکام کلی شرعی؛ اعم از اولیه و ثانویه مواجهیم که بدون نیاز به صدور حکم از سوی ولی فقیه و به صرف استنباط از سوی عموم فقیهان در جامعه لازم الاجراست؛ زیرا شارع مقدس خود مستقیماً به آنها حکم داده و اجرای آن را مقید به امر دیگری چون دستور حاکم یا دولت نکرده است. بنابراین، هرچند نتیجه حاصل شده از اعمال این مرتبه اخبار و اعلام، احکامی است که حتی لازم است به عنوان هنجار در جامعه لازم‌الاتباع باشد. با این حال، از آنجایی که به این هنجارها از سوی قدرت سیاسی فرمان داده نشده، نمی‌توان آن را از نظر سیاسی و حقوقی قانونگذاری دانست، بلکه اجتهاد، استنباط، تشخیص و کشف حکم است و نه وضع حکم.<sup>۳۳</sup> اما در مرتبه سوم از مراتب بیان‌شده؛ یعنی مرتبه برنامه‌ریزی، به وضوح نقش عامل انسانی معطوف به قدرت سیاسی قابل مشاهده است. در مرحله برنامه‌ریزی، از میان احکام فقهی، احکام حکومتی جریان دارد که مستقیم از سوی حاکم اسلامی یا ولی فقیه یا با ادبیاتی حقوقی‌تر مجلس نمایندگان یا مجلس شورا به عنوان نهاد سیاسی برخوردار از قدرت سیاسی و موظف به برنامه‌ریزی صادر می‌شود و به عنوان هنجار حقوقی در جامعه سیاسی اسلامی لازم‌الاجراء می‌باشد. به رغم اصرار صاحبان این نظریه مبنی بر عدم بکاربردن واژه قانونگذاری برای این مرتبه، به وضوح می‌توان در آن رنگ و بوی قانونگذاری در معنای حقوقی را دید و این عملکرد بخصوص از حیث مرجع وضع، چیزی جز قانونگذاری نیست.

توضیح بیشتر در این زمینه با تأکید بر نوع احکام، اینکه چون از نظر آنان احکام حکومتی تشخیص‌اهم و حکم به آن در زمان تراحم احکام در اجرا بوده و نیز حکم به اجرای احکام کلی الهی و تطبیق موضوعات بر احکام شرعی است، لذا عامل انسانی در آن نقش تعیین‌کننده دارد؛ زیرا اوست که باید اهم را تشخیص و به اجرای آن حکم دهد. علاوه بر آن، او این حق را هم دارد که بعد از انتخاب اهم، شیوه و کیفیت اجرای آن را نیز خود مشخص کند. به عبارت دیگر، هرچند باید آن را با کبرای حکم الهی مطابقت دهد، ولی به جهت کلی بودن حکم شرعی و جزئی بودن موضوعات، در مقام

عمل و به لحاظ مادی، اختیارات و انتخابات گسترده‌ای در دست اوست که چه بسا همه آنها با آن حکم کلی تطبیق داده شده و منافاتی با آن نداشته باشد. لذا او می‌تواند نسبت به آن موضوع در چارچوب آن احکام، روشی را که صلاح می‌داند انتخاب و به اجرای آن حکم دهد. انتخاب حکم اهم در موارد نزاحم به جهت محدودبودن گزینه‌های پیش رو، نوعی قانونگذاری خفیف است؛ زیرا عموماً بین دو یا چند حکم کلی انتخابی صورت می‌گیرد، ولی تعیین کیفیت اجرای حکم ثابت، بهره بیشتری از اعمال حاکمیت در قالب قانونگذاری دارد.

برخلاف احکام حکومتی، احکام شرعی که مربوط به مرتبه دوم بود، این چنین نیست و بسیاری از آنها با همان کلیت، پس از استنباط از سوی فقیهان و بدون نیاز به طی فرآیند قانونگذاری و گذر از مجرای نهادهای قدرت سیاسی لازم‌الاجراست. هرچند حکومت موظف است در محاکم بر اساس این هنجارها دادرسی کند و آنها را در جامعه اجرا کند، با این حال، مبتنی بر نظر این فقیهان، لازم‌الاتباع بودن آنها به سبب فرمان حکومت نیست، بلکه مستقیماً از سوی خدا تشریح و توسط فقیهان و با روش اجتهاد استنباط شده است و نیازمند امر دیگری نیست. اثر عملی منتج از این تفکیک، آن است که تصویب احکام شرعی توسط مجلس تنها جنبه اعلامی، اخباری و کشفی دارد؛ همانطور که پیش از تصویب مجلس نیز این احکام لازم‌الاجراء بوده است، ولی در مورد احکام حکومتی، مجلس نقش تعیین‌کننده داشته و نقش آن قانونگذاری، تأسیسی و وضع هنجار است و تنها پس از فرمان اوست که این احکام الزام‌اجرائی می‌یابند.

### نتیجه‌گیری

۱. مراحل الزام‌آوردن هنجارهای حقوقی در نگاهی کلان به سه مرحله قابل تقسیم است که می‌توان آن را در قالب یک نظریه پاسخگو به بسیاری مسائل در این حوزه، با عنوان نظریه‌ای قانونگذاری انتظام داد.
۲. مرحله نخست، مرحله تشریح یا تقنین است که منحصر در خداست و حاصل

آن شریعت یا احکام شرعی نفس‌الامری است که در زمان رسول خدا ﷺ بر او نازل شده و تغییرناپذیر و غیر قابل نسخ است.

۳. مرحله دوم، مرحله کشف احکام شرعی است که از سوی امامان : و فقیهان انجام می‌شود؛ با این تفاوت که ائمه : به دلیل عصمت و علم الهی، همان احکام شرعی نفس‌الامری نازل شده به پیامبر ﷺ را بیان می‌کنند، ولی فقها با روش اجتهاد، این احکام را از منابع آن استخراج می‌کنند.

۴. مرحله سوم، مرحله برنامه‌ریزی است که اختصاص به ولی فقیه دارد و امروزه از طریق مجلس نمایندگان اعمال می‌شود و نتیجه آن صدور احکام حکومتی است.

۵. احکام حکومتی احکام مستند به حاکم و موقت‌اند که حاکم آنها را در قالب حکم صادر می‌کند و برای عموم الزام‌آورند. این احکام از نظر جایگاه در بین مجموعه احکام فقهی، قسیم احکام شرعی‌اند که شامل احکام الهی ابدی؛ اعم از اولیه و ثانویه می‌باشند و فقها آنها را از طریق اجتهاد، از منابع آن استخراج و در قالب فتوا بیان می‌کنند و تنها برای مقلدان آنها الزام‌آور است.

۶. به‌رغم این جایگاه، احکام حکومتی از نظر مادی یا محتوایی، خارج از احکام شرعی نیستند، بلکه صغریایی برای احکام کلی الهی یا حکم به اجرای آنها یا ترجیح یکی از آنها بر دیگری در موارد تراحم می‌باشند.

۷. قانونگذاری در علوم سیاسی و حقوق کارکردی است که از نظر مرجع، از سوی موجود انسانی (اعم از فرد یا نهاد) برخوردار از قدرت سیاسی انجام می‌شود و قابل انطباق با مرحله برنامه‌ریزی در نظریه یادشده است. این در حالی است که فقهای موضوع بحث، تقنین را در معنای تشریح اراده کرده و آن را تنها منحصر در خدا دانسته‌اند.

۸. مجلس شورا در صورت ورود به حوزه احکام شرعی نقشی اعلامی و اخباری، برای بیان هنجارهایی که از پیش الزام‌آور بوده دارد، که متفاوت با قانونگذاری است، ولی در حوزه احکام حکومتی نقش او وضعی و تأسیسی است.

۹. قطعاً این نظریه، هم کامل نیست و هم خالی از اشکال بنظر نمی‌رسد و باید

بیش از این توسعه یابد. برای نمونه، در خصوص اختلاف نظر بین احکام شرعی و معیار الزام‌آور بودن هر یک از آنها ساکت است. همچنین در موارد متعددی، از جمله در لازم‌الاجراء دانستن احکام شرعی بدون طی تشریفات قانونگذاری، با حاکمیت قانون تعارض دارد. لازم است هر یک از این موارد در پژوهش‌های مستقل در آینده بررسی شود.

## یادداشت‌ها

۱. این پژوهش به سفارش و با حمایت پژوهشکده شورای نگهبان صورت گرفته است.
2. Theory of legislation.
3. Legisprudence.
۴. برای نمونه، می‌توان از نظرات شهید صدر در این خصوص یاد کرد و آن را نظریه منطقه‌الفراغ نامید.
۵. در این زمینه، ر.ک: صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۴، ص ۴۴۸-۴۳۱ و ۴۵۰.
6. Function.
۷. واژه قانونگذاری در این تحقیق، حسب مورد، در یکی از دو معنای فقهی بیان شده از سوی صاحب‌نظران این پژوهش یا معنای حقوقی متناظر با واژه (Legislation) بکار رفته که دقت در تشخیص معنای این مشترک لفظی با توجه به قرائن در هر قسمت، برای جلوگیری از اشتباه لازم است.
۸. مراتب حکم در این پژوهش با آنچه که در اصول فقه تحت این عنوان یا عنوان مراحل حکم بحث می‌شود متفاوت است؛ هر چند قابل مقایسه با آن می‌باشد. این مراحل در اصول فقه براساس یک دسته‌بندی به دو مرحله «جعل و انشا» و «فعلیت» و براساس دسته‌بندی دیگر، به چهار مرحله «اقتضا»، «انشا»، «فعلیت» و «تنجز یا تنجیز» تقسیم می‌شود. برخی از ایشان مرحله انشای حکم را با مرحله تصویب قانون توسط مجلس و قبل از ابلاغ برای اجراء قیاس کرده‌اند که الزامی برای اشخاص ایجاد نمی‌کند (ناصر مکارم شیرازی، *انوار الاصول*، ج ۳، ص ۲۵۲ و ۵۶۸).
۹. «وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً

وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ» (مائده(۵): ۴۸).

۱۰. در این زمینه، تعاریفی که بنظر از تعریف سابق عام‌تر می‌آید نیز وجود دارد. برای مثال، شریعت مجموعه‌ای از عقاید، اخلاق و احکام دانسته شده که فقه، بخشی از آن است (عبدالله جوادی آملی، دین شناسی، ص ۲۵۰).

۱۱. با این وجود، ایشان در پاره‌ای موارد، قانونگذاری و تشریح را مترادف بکار نبرده و قانونگذاری را چنانکه مرسوم است، به مجلس نمایندگان هم نسبت داده‌اند (حسینعلی منتظری، *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة*، ج ۲، ص ۶۲-۶۱) یا آن را در موارد جزئی برای فقیه بدون اشکال دانسته‌اند (ناصر مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ص ۵۰۸) که توضیح آن در ادامه مقاله خواهد آمد.

۱۲. برای دیدن پاره‌ای از روایات در این خصوص، ر.ک: حسین بروجردی، *جامع الاحادیث الشیعة*، ج ۱، ص ۱۲۶.

۱۳. این تعریف حداقلی مربوط به حکم حکومتی در صلاحیت ولی فقیه است و نه پیامبر و ائمه ؛ زیرا از نظر برخی، بعضی از احکام حکومتی صادره از سوی ایشان، همچون «لاضرر و لااضرار» احکام حکومتی ثابتی هستند. اصل در این احکام بر موقتی بودن است، مگر با وجود دلایل حالیه و مقالیه (حسینعلی منتظری، *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة*، ج ۴، ص ۱۶۴).

۱۴. با این حال، برخی از ایشان، گاهی احکام حکومتی را در مقابل احکام فقهی دانسته و در واقع، احکام فقهی را در معنای احکام شرعی بکار گرفته‌اند (همان، ج ۲، ص ۳۳۹).

۱۵. «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ...».

۱۶. این تفکیک مناقشه‌پذیر بنظر می‌رسد؛ زیرا این احتمال وجود دارد که حاکم، احکامی را بصورت پی‌درپی صادر کند که هر یک با دیگری دارای نسبت‌ها و رابطه‌های یادشده باشند و لذا ارتباطی با خارج بودن این احکام از ادله ندارد.

۱۷. جمهوری اسلامی نظامی است بر پایه ایمان به: ۱. خدای یکتا (لا اله الا الله) و اختصاص حاکمیت و تشریح به او و لزوم تسلیم در برابر امر او، ۲. ...

۱۸. «قانون» و «مقررات» در معانی‌ایی که پیش از این از ایشان ذکر شد، بکار رفته است.

19. Organic.

20. Functional.

۲۱. قاعده نفی خلو الوقایع عن الحکم.



۲۲. برخی از آنها به همین جهت با مفاهیمی چون «ما لانص فیه» و یا «منطقة الفراغ» که در لسان فقه‌های امامیه وجود دارد، مخالفت کرده و اعتقاد به آن را مستلزم نفی جامعیت شریعت و مختص اهل سنت دانسته‌اند (ناصر مکارم شیرازی، *مجله نور علم*، ش ۱۰، ص ۵۷ و ش ۱۵، ص ۷۳). با این حال، چنانچه مقصود منطقه‌الفراغی باشد که شهید صدر از آن نام برده و به تشریح آن می‌پردازد، پیش از این در پژوهش‌های بسیاری ثابت شده که این مخالفت وجهی ندارد. از همین رو است که برخی دیگر از ایشان نه تنها با آن مخالفتی نداشته، بلکه در تأیید آن توضیحاتی داده‌اند (جعفر سبحانی، *کاوش‌هایی پیرامون ولایت فقیه*، ص ۱۰۱؛ عبدالله جوادی آملی، *نسبت دین و دنیا*، ص ۱۱۹). همچنین اصطلاح «لانص فیه» در بیان ایشان نه به معنای خالی از حکم، بلکه به معنای حوزه‌ای است که در آن، حکم جزئی وجود ندارد و باید حکم آن را از ضوابط کلی استخراج کرد (جعفر سبحانی، *اصول الفقه المقارن فیما لانص فیه*، ص ۲۶)؛ چه اینکه هیچ چیز از امر دین و دنیا و هیچ واقعه و حادثه‌ای نیست، مگر آنکه حکمی هرچند کلی در مورد آن وجود دارد (لطف‌الله صافی، *مع الخطیب فی خطوطه العریضه*، ص ۳۰).

۲۳. لازم‌الاجراء بودن این احکام در جامعه با مشکل عملی اختلاف آرای فقها مواجه است که بحث آن از حوصله این پژوهش خارج است. برای پاسخ به ایرادات واردشده در این زمینه رک: جعفر سبحانی، *الاجتهاد و الحیاة*، ص ۲۴۹.

## منابع و مأخذ

۱. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ج ۱، تهران: چاپخانه مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴.
۲. -----، *راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ج ۴، تهران: چاپخانه مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸.
۳. امام خمینی، *سیدروح‌الله، کتاب البیع*، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
۴. -----، *ولایت فقیه*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ج ۱۲، ۱۴۲۳ق.

۵. بروجردی، حسین، جامع احادیث الشيعة، ج ۱، تهران: فرهنگ سبز، بی تا.
۶. جوادی آملی، عبدالله، ولایت فقیه، رهبری در اسلام، بی جا: رجا، ج ۲، ۱۳۶۸.
۷. -----، دین شناسی، قم: اسراء، ۱۳۸۱.
۸. -----، سرچشمه اندیشه، ج ۴، قم: اسراء، ج ۲، ۱۳۸۴.
۹. -----، ولایت در قرآن، قم: اسراء، ج ۵، ۱۳۸۷ (ب).
۱۰. -----، جامعه در قرآن، ج ۱۷، قم: اسراء، ج ۲، ۱۳۸۸.
۱۱. -----، تسنیم، ج ۲۲، قم: اسراء، ۱۳۸۹.
۱۲. -----، پیرامون وحی و رهبری، تهران: الزهراء، ج ۳، بی تا.
۱۳. -----، نسبت دین و دنیا، قم: اسراء، ج ۵، ۱۳۸۷ (الف).
۱۴. -----، ولایت فقیه، ولایت فقاہت و عدالت، قم: اسراء، ج ۱۴، ۱۳۹۰.
۱۵. -----، «الولاية التشريعية والولاية بمعنى الحكومة»، بقیة الله، ش ۶، ۱۴۱۲ (الف).
۱۶. -----، «حکم الحكومة و الحكم الثانوی»، بقیة الله، ش ۷، ۱۴۱۲ (ب).
۱۷. راسخ، محمد، بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری، تهران: مرکز پژوهش های مجلس، ۱۳۸۴.
۱۸. سبحانی، جعفر، مدخل مسائل جدید در علم کلام، ج ۲، قم: امام صادق ۷، ۱۳۷۹ (الف).
۱۹. -----، مصادر الفقه الاسلامی و منابعه، بیروت: دارالاضواء، ۱۳۷۹ (ب).
۲۰. -----، رسائل اصولیة، قم: امام صادق ۷، ۱۳۸۳.
۲۱. -----، کاوش های پیرامون ولایت، قم: امام صادق ۷، ۱۳۸۴.
۲۲. -----، منشور عقاید امامیه، قم: امام صادق ۷، ج ۳، ۱۳۸۵.
۲۳. -----، معالم التوحید فی القرآن الکریم، ج ۱، تهران: دارالکتب الاسلامیة، ۱۴۰۰.
۲۴. -----، معالم النبوة فی القرآن الکریم، ج ۳، اصفهان: مکتبة الامام امیرالمؤمنین ۷، ۱۴۰۲.
۲۵. -----، الهیات علی هدی الكتاب و السنة و العقل، ج ۲، قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیة، ج ۳، ۱۴۱۱ ق.
۲۶. -----، الرسائل الأربع، ج ۴، قم: امام صادق ۷، ۱۴۱۵.
۲۷. -----، «التفتين في الحكومة الاسلامية»، الاجتهاد والحياة، حوار علی الورق، بی جا: مرکز الغدير للدراسات الاسلامیة، ج ۲، ۱۴۱۷ (الف).

۲۸. -----، الاسماء الثلاثة، الاله و الرب و العبادة، قم: امام صادق 7، ۱۴۱۷ق(ب).
۲۹. -----، اصول الفقه المقارن فيما لانص فيه، قم: امام صادق 7، ۱۴۱۹ق(الف).
۳۰. -----، بحوث قرآنية فى التوحيد و الشرك، قم: امام صادق 7، ۱۴۱۹ق(ب).
۳۱. -----، الاسلام و متطلبات العصر أو دور الزمان و المكان فى الاستنباط، قم: الامام الصادق 7، ۱۴۲۴ق.
۳۲. -----، سلسلة المسائل الفقهية، ج ۲۴، قم: بی نا، بی تا.
۳۳. -----، التوحيد و الشرك فى القرآن الكريم، بيروت: دارالتعارف للمطبوعات، بی تا(الف).
۳۴. -----، الاعتصام بالكتاب و السنة، قم: بی نا، بی تا(ج).
۳۵. -----، «الاحكام الشرعية بين الثواب و المتغيرات»، مجله فقه اهل البيت :، ش ۴۸، ۱۴۲۸ق.
۳۶. -----، الملل و النحل، ج ۴، قم: بی نا، بی تا.
۳۷. -----، رسائل و مقالات، ج ۳، قم: بی نا، بی تا.
۳۸. -----، رسالة تأثير الزمان و المكان على استنباط الاحكام الشرعية و الحكومية، قم: امام صادق 7، بی تا(ب).
۳۹. صافى، لطف الله، مع الخطيب فى خطوطه العريضة، تهران: سپهر، ج ۶، ۱۴۰۸ق.
۴۰. -----، ضرورة وجود الحكومة أو الولاية للفقيه، بی جا: بی نا، بی تا.
۴۱. -----، نظام امامت و رهبرى، قم: مسجد جمکران، ج ۲، ۱۳۹۰(الف).
۴۲. -----، ولايت تكوينی و ولايت تشريعی، قم: مسجد جمکران، ج ۲، ۱۳۹۰(ب).
۴۳. -----، الاحكام الشرعية ثابتة لاتتغير، قم: دارالقرآن الكريم، ۱۴۱۲ق.
۴۴. -----، بيان الاصول، ج ۳، قم: دائرة التوجيه و الارشاد الدينی فى مكتب المرجع الدينی آية الله العظمى لطف الله الصافى، ۱۴۲۸ق.
۴۵. مكارم شیرازی، ناصر، رهبران بزرگ و مسؤوليت های بزرگتر، تهران: محمدی، ج ۲، ۱۳۴۶.
۴۶. -----، «عناوين اوليه و عناوين ثانويه در يك بحث ساده و روشن»، درس های از مكتب اسلام، ش ۵، ۱۳۶۶(الف).
۴۷. -----، «نمونه های زنده ای از عناوين ثانويه در فقه اسلامي»، درس های از مكتب اسلام، ش ۶، ۱۳۶۶(ب).

۴۸. ----- «تحقیق و بررسی در منابع اجتهاد در فقه شیعه و اهل سنت(۱)»، مجله نور علم، ش ۱۰، ۱۳۶۴(الف).
۴۹. ----- «قیاس، استحسان، مصالح مرسله و سد ذرایع»، مجله نور علم، ش ۱۲، ۱۳۶۴(ب).
۵۰. ----- «کاربرد استحسان در فقه عامه»، مجله نور علم، ش ۱۳، ۱۳۶۴(ج).
۵۱. ----- «مصالح مرسله چیست؟»، مجله نور علم، ش ۱۵، ۱۳۶۵.
۵۲. ----- «بحوث فقهیه هامة، قم: مدرسة الامام علی بن ابیطالب 7، ۱۴۲۲ق.
۵۳. ----- «أنوار الفقاهة، قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب 7، ۱۴۲۵ق.
۵۴. ----- «انوار الأصول، ج ۳، قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب 7، ج ۲، ۱۴۲۸ق.
۵۵. منتظری، حسینعلی، «دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية، ج ۱، ۲، ۴، قم: تفکر، ج ۲، ۱۴۰۹ق.
۵۶. ----- «اسلام دین فطرت، تهران: سایه، ج ۳، ۱۳۸۷.
57. Flores, Imer.B, The quest for legisprudence: Constitutionalism v. Legalism. In **The theory and practice of legalization: Essays on legisprudence**, Aldershot: Asghate, 2005.
58. Wintgens, Luc, “Rationality in Legislation - Legal Theory as **Legisprudence: An Introduction**” in **Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation**, Oxford: Hart Publishing, 2002.
59. Oliva, Éric, **Droit Constitutionnel**, Paris: Dalloz, 6ème édition, 2009.