

## نظریه هنجاری دادرسی اساسی: بازخوانی ظرفیت قانون‌گذاری بر اساس نظریه خطابات قانونیه

سید احسان رفیعی علوی<sup>۱</sup>

محسن نورورزی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۱۰/۰۶      تاریخ تایید ۱۴۰۰/۱۲/۰۹

### چکیده

این تحقیق با تمرکز بر چالش فهم دقیق از موازین اسلامی به عنوان یک مفهوم بنیادین از قانون اساسی آغاز شده است تا نشان دهد فقدان دقیق از یک رویکرد دقیق در نظریه هنجاری دادرسی اساسی چگونه نظام تقنینی ما را در مرحله ابتکار و دادرسی اساسی رنجور نموده است. پس از دقت در موضوع، چالش تحقیق با تمرکز بر نظریه انطباق و ابزار قراردادن خطابات قانونی و قرائتی مستفاد از فلسفه فقه و حقوق از این روش درجه دوم، ثابت شده است که نظریه خطابات قانونی می‌تواند تمام مؤلفه‌های شکلی قانون را تأمین نموده و تمام ابعاد لازم به عنوان یک نظریه هنجاری دادرسی اساسی در فقه و سنت حقوق ایران را نیز دارا باشد.

واژگان کلیدی: تقنین شرعی، نظریه خطابات قانونیه، نظریه لزوم مطابقت قوانین با شرع، نظریه

۱. نویسنده مسئول، استاد سطح عالی حوزه علمیه و استادیار گروه فقه مضاف دانشگاه باقرالعلوم علیه السلام

phlq@bou.ac.ir

۲. محسن نورورزی، دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی دانشگاه امام صادق علیه السلام

montazerezohoor@hotmail.com

انقلاب اسلامی، تشکیل حکومت و پس از آن چهار دهه تجربه حکمرانی بر مدار فقه، نظام فکر اسلامی را با مسئله‌ای جدید به نام «برهم‌کنش<sup>۱</sup>» با قانون‌گذاری مدرن مواجه کرد. تقنین در تعامل با شرع، گرچه در دوره مشروطه آغاز گردید فراگیری کنونی را نداشت و تنها سویه‌هایی از هم زیستی در آن مشاهده می‌شود، اما تئوری فکر سیاسی قانون اساسی جمهوری اسلامی را قطعاً بایستی به جهت ممزوج بودن در ساحت ارزش‌های قانونی بسیار فراگیرتر و جامع‌تر از این نسبت دانست و شاید تلقی به «این همانی هویت» در این رابطه بعید نباشد.

از آنجا که قانون‌گذاری به مفهوم جدید آن، برای جامعه ضرورتاً آمیخته با مفهوم دولت است که قانون را توانمند می‌نماید و از سویی دولت به خوانش حقوق عمومی اکنون لامحاله با قانون اساسی پیوند خورده است، سه گانه قانون‌گذاری، دولت و قانون اساسی به عنوان مفاهیم ساختاری پایه در جامعه سیاسی جدید قلمداد می‌شوند. اندیشه فقهی در فقه سیاسی شیعه این سه گانه را براساس موازین شرع و اسلام نهادینه نموده است و قلب مفهومی قاب این سه گانه را مفهوم شرع تضمین و تامین می‌نماید. مفهوم «موازین شرع» همان قدر که بسیط و گاه بدیهی و ساده به نظر می‌رسد در حلقه فهم از ترکیبی چند لایه برخوردار است که پرده برداری از این مفهوم طبعا به جهت مقدمات ذکر شده سبب توفیق مفهوم دولت و مردم سالاری دینی و در نهایت ارتقاء قانون به مطلوب کیفی قانون اساسی خواهد شد. خاصه این مهم را باید افزود که موازین شرع در فقه شیعه از جهت سمانتیک<sup>۲</sup> علمی و واکاوی فقه اللغه حائز بار معنایی و سامان علمی<sup>۳</sup> خاص نبوده و مفهومی جدید تلقی می‌شود که لازم است تا فهم دقیق از آن ارائه شود. از این رو قطعاً یکی از تکالیف فلسفه فقه و حقوق ایرانی ترسیم دقیق هویت حکمی و حکمی مفهوم مذکور تلقی می‌شود. بارزترین نمود عینی این خلاء تئوریک در فرآیند دادرسی

1. Interaction.

2. Semiotics.

3. Discipline.

اساسی خود را نشان می‌دهد. جایی که نهاد تراز در نظارت بر قوانین، مقررات و تصمیمات مقامات حکومتی از جهت نقض حدود و اختیارات مندرج در قانون اساسی می‌کوشد انحراف و اعوجاج از مسیر حقوقی را بین نماید. در حقیقت تفسیر دادرسی اساسی از موازین شرع هسته اصلی بیان مسئله این تحقیق را به خود اختصاص داده است. بیان مسئله علمی تحقیق حاضر را در موضوعات عملی و مصادیق ذیل می‌توان مشاهده نمود: قوانینی که از زمان نگارش تاکنون، نسبت به شرعی بودن آن اختلاف نظر کامل وجود دارد. به عنوان مثال، قانون بانکداری اسلامی که همواره در مورد مشروعیت آن نقد های جدی وجود داشته است یا در مثالی دیگر قوانین حوزه خانواده از زمان تاسیس قانون اساسی جمهوری اسلامی اصلاح (کلی و جزئی) را به خود دیده است اما نمی‌توان تردید کرد که سرعت بالای نرخ طلاق نشان می‌دهد که حداقل حجمی از این اضمحلال ریشه در نابسامانی قانون دارد و حال آنکه خانواده محوری و ارتقاء خانواده، خطوط کلی نظام اسلامی در باره خانواده تلقی می‌شود و قطعا شارع راضی به ترک این مهم نیست. این موضوع در حالی است که دادرسی اساسی شورای نگهبان بر فراز قانونگذاری عادی وجود داشته است و حتی در موارد رجوع به مجمع تشخیص مصلحت نیز ضابطه شرعی برای این مهم تدارک دیده شده است و به معنای قانونگذاری محض عرفی نیست. اما فرجام تقنین با ادعا و شبه غیر شرعی بودن همراه بوده است و به نظر می‌رسد که قلب این ادعا در خلاف شرع بودن با فهم مختلف از «موازین شرعی» عجین شده است.

بند اول سیاست های کلی قانونگذاری ابلاغی رهبرانقلاب اسلامی، فهم وجود آسیب و بیان مسئله تحقیق را به خوبی بیان می‌کند<sup>۱</sup> و نشان می‌دهد که درک مشکل مقاله دقیق بوده است. بدین معنا که به نظر می‌رسد بعد از تجربه تقنین و عدم تامین قانون اساسی و ناکارآمدی اجرایی، اکنون لازم است تا نظریه های تفسیری قانونگذاری اسلامی مجدد بازخوانی شود و برای تضمین مطلوب فوق تنها و به صورت پسینی بر نظارت دادرسی اساسی نیز بسنده نشود؛ تشریح و ترسیم یک

۱. ابلاغی مقام معظم رهبری: (۱۳۹۸/۷/۶): «توجه به موازین شرع به عنوان اصلی ترین منشاء

قانونگذاری در تنظیم و تصویب طرح ها و لوایح قانونی.»

نظریه دقیق تفسیری اساسی یا به تعبیر فلاسفه حقوق نظریه هنجاری قضاوت<sup>۱</sup> از موازین اسلامی مقنن را در ابتکار قانون نیز به تمرکز بر مفهوم فوق متأمل و حاذق به موضوع می‌نماید، از سویی نیز دادرسی اساسی با تدارک روش هنجاری مذکور می‌تواند دادرسی اساسی را با کیفیتی دقیق اعمال نماید. به تعبیر دیگر تجربه روشن ساخت که نظریه تفسیری «عدم مخالفت» که از تفسیر اصل چهارم قانون اساسی برداشت شده بود، کارایی لازم را نداشته است و این ناکارآمدی تجربی نشان از تفسیر ناروا و غیر دقیق از قلب مفهومی موازین اسلامی را نشان می‌دهد. عبور از نظریه عدم مخالفت به نظریه انطباق (انطباق قوانین با شرع مقدس)، التزام به نظریه ابتکار قوانین بر اساس موازین شرع را می‌طلبد. بدین معنا که قانون از مبدأ نظر تا عمل و از وضع تا اجرا، ناشی از جوشش از فقه باشد (کعبی، ۱۳۹۶، ص ۴). درحقیقت هاضمه فقهی فقه فتوا محور که کاربری آن برای فقه فردی تدارک دیده شده است، قدرت تضمین فقه در عرصه قانونگذاری را ندارد. در این تهافت به نظر میرسد که فکر معمار قانون اساسی امام خمینی (ره) در دانش اصول و با ابتکار نظریه خطابات قانونی این فرصت را فراهم می‌نماید تا فقه امکان تامین موازین شرع را در قواره قانون داشته باشد.

لذا سوال اصلی تحقیق چنین تدارک شده است: آیا نظریه خطابات قانونیه ظرفیت تبدیل به نظریه هنجاری قضاوت و دادرسی اساسی برای قانونگذاری در سنت ایرانی حقوق را تامین می‌نماید؟ فرضیه تحقیق نیز به صورت ایجابی نظر دارد و رابطه معنا داری نسبت بین نظریه خطابات قانونیه و قانونگذاری وجود دارد. به تعبیری دور شدن از رویکرد تکیه بر فتوا برای تضمین شریعت قانون و نزدیکی به نظریه خطابات سبب انسجام درونی و بیرونی نظام قانونگذاری و ارتقاء کیفیت قانونگذاری خواهد شد.

نوآوری تحقیق، رویکردی جدید را برای نظریه هنجاری دادرسی اساسی

۱. (normative theory of adjudication) یکی از مولفه های اصلی یک نظریه جامع حقوقی داشتن یک

الگوی هنجاری برای قضاوت است. که تعیین می کند چگونه در فرآیند دادرسی قضاوت مطلوب و

پایبندی به اصاله ارزش های فلسفی یک نظریه حقوقی ممکن می شود.

و قانونگذاری در مرحله ابتکار در مجلس و دولت را ارائه می‌نماید که کیفیت مطلوب قانون اساسی و سیاست‌های کلی را تضمین نماید. در پیشینه تحقیق در خصوص موضوع مذکور، تحقیقاتی پراکنده در مورد نظریه خطابات قانونیه، تفسیر شورای نگهبان از قانون اساسی و موازین شرع وجود دارد که در منابع تحقیق اشاره شده است اما هیچکدام به تصریح و مستقیم ابتکارات تطبیقی و نظریه پردازی تحقیق حاضر را با خود ندارد.

برای تایید و یا انکار فرضیه تحقیق ابتدا در فصل درآمد مفردات تحقیق و دو نظریه که در مورد مشروعیت قانون در دادرسی اساسی پذیرفته شده اند را بررسی نموده سپس دو نظریه حقوقی مذکور را به سنگ محک فقهی می‌آزماییم تا مشروعیت استفاده از دو نظریه را ثابت نماییم. سپس با انتخاب نظریه مختار در فقه قانونگذاری به سراغ ظرفیت اصولی نظریه خطابات می‌رویم تا ببینیم آیا نظریه حقوقی مختار می‌تواند با استفاده از ظرفیت اصولی خطابات کارآمدی قانونگذاری را هنجارمندی دادرسی تامین نماید. به تعبیری آیا توسط نظریه خطابات قانونی می‌تواند تضمین فقهی حقوقی برای نیل به قانون شرعی را ممکن نمایم. روش این تحقیق، توصیفی با تمرکز بر دانش فلسفه فقه و حقوق و رویکرد ارزشیابی است؛ برای این مهم ابتدا به تحلیل دالّ مرکزی تحقیق که نظریه خطابات قانونیه است و سپس به بازسازی مفاهیم مندرج در کلان مفهوم قانون براساس ظرفیت این نظریه پرداخته خواهد شد. در نهایت از رهگذر این بازسازی، به لزوم تغییر رویه دادرسی اساسی حکم می‌شود.

### درآمد: مفردات و مبانی نظری تحقیق

برای درک دقیق از گستره موضوعی و ادراک صحیح از ابعاد تحقیق، ابتدا به تعاریف مواردی که در این یادداشت مورد استفاده قرار می‌گیرد، به طور اجمال بررسی می‌نماییم، لذا در ذیل مفردات تحقیق حاضر بررسی شده است:

## ۱. مفردات تحقیق

### ۱.۱. قانون‌گذاری مدرن:

قانون‌گذاری به نحوی که امروزه رایج است، ناشی از تعریف خاصی است که از تقنین صورت گرفته است و ریشه در نظریات ناظر به دولت مدرن دارد. از این جهت می‌توان گفت که قانون قاعده‌ای است عام، الزام‌آور، مفید قطعیت، امری (در مقابل مشورتی)، واضح، علنی و معطوف به آینده است که توسط مرجع ذی صلاح (پارلمان) وضع می‌شود. (راسخ، ۱۳۸۵، ص ۱۳) این موارد از جمله ویژگی‌های قانون مدرن است که هستی آن، الزاماً منوط به عبور از مرجعی به نام مجلس قانون‌گذاری است. در بیان‌های دیگر گاهی از این نوع قانون تعبیر به قانون به معنای خاص می‌شود. اصل صیانت از قانون اساسی در قوانین عادی نیز از اصول کلی حاکم بر سلسله مراتب قوانین و مقررات است که می‌تواند محدودیت‌های مشروعی برای حفظ ارزش‌های قانون اساسی در قانون عادی تدارک نماید.

### ۱.۲. فقه قانون‌گذاری:

فقه تقنین یا فقه قانون‌گذاری در مقابل فقه فتوایی نوعی خروجی اجتهادی از فقه است که توانایی استنباط گزاره‌های علمی برای تدارک قانون را دارا باشد (علیدوست، ۱۳۹۵، ص ۶۱). و برخی معتقدند: بخشی از فقه سیاسی که رویکرد حکومتی دارد و به دلیل ویژگی‌های خاص قانون که در تعریف آن بیان شد، از فقه فردی فاصله می‌گیرد. (حاجی ده آبادی، ۱۳۷۹، ص ۱۰۰) به بیان دیگر، فقه زمانی که با رویکرد حکومتی به حوزه تقنین وارد شود، فقه قانون‌گذاری پدید خواهد آمد. حوزه ای از فقه مضاف به قانون‌گذاری که مشتمل بر دو ساحت تقنین فقه به معنای فرآیند نظری مطلوب و موجود تبدیل فقه به قواره قانون است که نظریه هنجاری قضاوت و دادرسی اساسی نیز در این تفلسف مطالعه می‌شود و ساحت دوم فقه تقنین به معنای مبادی کلامی، مبانی نظری و الگوهای تبدیل فقه به قانون.

### ۱.۳. فقه نظام:

تعاریف متعددی از فقه نظام مطرح شده است و اندیشمندان بر چند مولفه متمرکز شده اند: عدم اختصاص به ابواب فقهی خاص و فراگیر بودن فقه نظام (جزائری، ۱۳۹۹، ص ۵). تمرکز بر وجود مبانی و غایات در فقه نظام و وجود خطوط کلی برای شریعت در هر نظام فقهی در رویکرد محمد باقر صدر (میرباقری، عبداللهی و نوروزی ۱۳۹۵، ص ۶۱). کلان بودن فقه نظام (اراکی، ۱۳۹۷، ص ۷) در مقابل جزئی بودن فقه فردی. تکیه بر سرپرستی اجتماعی و روابط ولی فقیه و مردم در فقه نظام از منظر میرباقری (خلف حیاوی، ۱۳۹۸، ص ۹۷) در مقابل فقه موجود. که در نهایت سبب موضوع شناسی خاص حکومتی متمایز از فقه فردی می شود (مشکانی، ۱۳۹۰، ص ۱۳۳) لذا در یک تعریف جامع می توان فقه نظام را: خطوط کلی شریعت در همه ساحت های عبودی (فردی و اجتماعی) که با رویکرد کلان به ترسیم هویت مبانی و غایات اسلامی می پردازد و سبب موضوع شناسی خاص و موثر در روابط اجتماعی می گردد تعریف نمود.

### ۱.۴. نظریه خطابات قانونیه:

«نظریه خطابات قانونیه دیدگاهی است درباره چگونگی تشریح احکام در شریعت اسلام. این نظریه در پاسخ به این پرسش اصلی شکل می گیرد که آیا خطابات شرعیه ای که از طریق آن ها احکام شرعی اثبات می شود، اصالتاً منحل به افراد و تک تک اشخاص است و یا اینکه این خطابات اساساً قابل انحلال به اشخاص نیست؟ صاحب نظریه بر این عقیده است که خطابات شرعی بالاصاله متوجه فرد نیست و اگر افراد نیز خود را مخاطب شارع می بینند، از آن رو است که افراد جامعه مخاطب شارع می باشند. خطابی که بالاصاله متوجه جامعه است، خطاب قانونی نامیده می شود. بر اساس این نظریه، اراده تشریحی شارع مقدس عبارت از اراده انجام تکلیف از سوی مکلف و برانگیختن او برای عمل به تکلیف نیست، بلکه اراده قانون گذاری و جعل احکام «علی نحو العموم» است. (موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۳۸۶، ص ۸) لذا در خطابات عمومی شارع،

خطاب به تعداد مکلفین نخواهد بود بلکه خطاب به عنوان عام صورت می‌گیرد و از این جهت مقابله نظریه انحلال خطابات قرار می‌گیرد. دقیقاً مانند قوانین عرفی مجعول در جامعه (خمینی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۳۳۸) بر این اساس خطابات عام و غیر شرعی علی نحو عموم برای همه افراد جامعه است (عرب صالحی، ۱۳۹۶، ص ۱۱۳) لذا زبان و خطاب شارع نسبت به مواردی که در حیطه خطاب شخصی به حساب نمی‌آید، به نحو قانون است.

### ۱.۵. نظریه انحلال خطابات:

در نظر مشهور اصولیون در پاره‌ای از احکام، طلب شارع در عین این‌که یک خطاب است، به عدد مکلفین انحلال می‌یابد و در واقع به تعداد مکلفین خطاب محقق می‌شود. این نظریه تحت عنوان «انحلال در خطابات شرعی» مورد پذیرش اکثر علمای اصول قرار گرفته است. (مددی، ۱۳۹۵، ص ۸) بر اساس نظر مشهور اگر در خطاب شرعی، موضوع حکم، عنوان جمعی باشد که افراد و مصادیق متعدد برای آن قابل تصور است، حکم توسط آن عنوان جامع به افراد سرایت می‌کند بلکه به تعبیر دقیق‌تر باید گفت اساساً افراد موضوع در حقیقت موضوع حکم هستند و عنوان جامع در قضیه برای معرفی آن افراد آورده شده است. پس اگر برای موضوع مذکور در خطاب که موضوع منصوص و مصرح نامیده می‌شود، افراد و مصادیقی در نظر بگیریم باید گفت آن افراد و مصادیق موضوع واقعی هستند هر چند مذکور و مصرح در خطاب نیستند و چون وحدت یا تکثر حکم تابع موضوع است، اگر موضوع خطاب به موضوعات متعددی به تعداد افراد و مصادیق منحل شود، حکم نیز متعدد می‌شود. (اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۲) به بیان دیگر، ملاک انحلال خطاب نسبت به افراد است به طوری که اگر موضوع حکم تکلیفی که از سوی مولا با یک انشاء صادر شده است، دارای مصادیق و افراد متعدد باشد، آن حکم واحد از نظر عقل و عرف به احکام مستقل متعددی (به تعداد همه مصادیق) تقسیم می‌شود. (تبدیل حکم واحد به احکام متعدد به دلیل انحلال) (فرهادیان، ۱۳۹۶، ص ۸۱). خصوصیت این نظریه فروکاهیدن احکام به احکام فردی تبدیل هاضمه



عمومی و جامع کلی به هاضمه فردی تلقی می‌شود به نحوی که در نتیجه همواره شخص طبیعی به نحو فردی مکلف شرعی تلقی می‌شود.

## ۲. مبانی نظری:

برای ترسیم دقیق از هویت یک نظریه جامع حقوقی<sup>۱</sup> پنج مولفه ضروری بررسی شده است: ترسیم دقیق هویت یک حکم قانونی<sup>۲</sup>، مبانی قانونی<sup>۳</sup>، ادله قانونی<sup>۴</sup>، ارزش های قانونی<sup>۵</sup> و در نهایت یک نظریه هنجاری قضاوت که تضمین نماید قضاوت به عنوان محل تلاقی واقع به هنجارها توانسته است ارزش های قانون را در روابط اجتماعی تضمین و تأمین نماید. تا کنون در مورد دادرسی اساسی و نظریه هنجاری در مورد قضاوت دادرسی اساسی بیان شده است. یکی نظریه عدم مخالفت و یکی نظریه انطباق که در ذیل این دو مبانی نظری به رشته تحریر در آمده است. در مقام حدوث در مجلس خبرگان قانون اساسی و در مقام بقاء تفسیر از متون اساسی به جهت تعارضات و ابهامات هر دو نظریه هنوز دارای طرفدارانی هستند و در ظاهر طرفداران هر نظریه به بخشی از نصوص و گفتگوهای مذاکرات قانون اساسی استناد می‌کنند. علت و نسبت طرح این دو نظریه در قسمت مبانی نظری تحقیق از این جهت است که اساساً این دو نظریه سبب دو نوع خوانش هنجاری و قضاوت متفاوت و متنوع از موازین شرع می‌گردد. در حقیقت نظریه عدم مخالفت نوعی قرائت حداقلی و محدود از موازین شرع دارد و نظریه انطباق جغرافیای وسیع‌تر برای موازین شرع تدارک می‌نماید. در ذیل مختصات این دو نظریه به سامان آمده است:

- 
1. Comprehensive theory of law.
  2. nature of law.
  3. grounds of law.
  4. Nature of the reasons for action that law.
  5. Value of legality.

## ۲.۱. نظریه عدم مغایرت:

عدم مغایرت یک مفهوم سلبی است که با نگاهی گذرا به قانون اساسی، پنج بار<sup>۱</sup> در آن به کار رفته است. نظریه مذکور در صدد بیان این مطلب است که قوانین مصوب در مجلس شورای اسلامی نباید مغایر با شرع و موازین اسلامی باشد؛ به عبارتی دیگر اعضای شورای نگهبان نیازی نیست برای مهر صحت زدن و قانونی شدن آنچه در مجلس شورای اسلامی تصویب شده به نص خاص یا عامی در شرع اشاره کنند و همین که قوانین مصوب مخالفی با شرع یا قانون اساسی نداشته باشند کفایت می‌کند. ادبیات اصول مذکور در فوق، به خصوص لفظ «عدم مغایرت» با قوانین اسلام، جزء منابع حقوقی نظریه مذکور است. [این روش]، نیازی به ساختار سازی جدید نمی‌بیند و عمل عقلای عالم در حکومت‌های امروزی دنیا در شکل و شیوه قانون‌گذاری را قابل اتکا می‌داند. اما از حیث محتوا و مضمون، معتقد به تقنین مسائل فقهی و موارد عدم مغایر با فقه است. یعنی تلاش می‌کند تا با حفظ شکل پارلمانی مطابق شیوه معمول فعلی در دنیا، محتوای شریعت را - به جای اموری نظیر عرف که در دموکراسی امروزی پایه قانون‌گذاری است - تبدیل به قانون نماید و با پیش بینی نهاد یا افرادی از عدم تغایر محتوای قوانین با شریعت مطمئن گردد.» (کعبی، ۱۳۹۳، ص ۵ و ۶) لذا «براین اساس ولو نمی‌شود گفت که اسلام گفته است این باشد ... همین قدر که شما هیچ چیزی نداشته باشی که بگویی اسلامی این را نفی کرده است. اگر شما چیزی داشته باشی که بگویی حرف شما خلاف اسلام است ... اگر چیزی است که شما نه آیه‌ای، نه روایتی، نه فتوایی، هیچ یک از موازین اسلامی را ندارید که جلوی من بایستد و بگوید این غلط است، این می‌تواند قانون باشد. ولو حکم شرعی الهی نیست، ولی می‌تواند قانون باشد.» (یزدی، ۱۳۸۲، ص ۲۳۱) در مشروح مذاکرات قانون اساسی نیز، نیز برخی خبرگان معتقدند: «... یک طرف داریم که باید قوانین متخذ از شرع باشد و یکی دیگر این که مقرراتی است برای نظم عمومی، که این‌ها

۱. اصول ۷۲، ۸۵، ۹۱، ۹۴، ۹۶ قانون اساسی

باید مخالفت با شرع نداشته باشد...» (مشروح مذاکرات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ص ۳۲۰) ریشه این فکر در رویه فقهی «... علمای دینی نوگرا بودند که زیر عنوان مشروطه خواهان از ایشان نام برده می شود. با آن که ایشان، همچون گروه پیشین، آرای خود را مدلل به استدلال های فقهی می کردند، وضع قانون عرفی را در موضوعات خارج از حوزه احکام دینی می پذیرفتند و از مطابقت قانون با اصول دین سخن می رانند. با این حال، حتی چنین پذیرشی نیز به شکل کامل نبود و قید عدم مخالفت با شرع، به مثابه یک شرط تغییرناپذیر، به آن اضافه شد.» (راسخ و بخشی زاده، ۱۳۹۷، ص ۸۵)

از این جهت برخی با صراحت وظیفه دادرسی شورای نگهبان را تشخیص عدم مغایرت قوانین با شرع می داند و می نویسد: «به توجه به اصل ۹۴، که در ابتدا به آن اشاره شد، می توان گفت که انطباق بر موازین اسلام راهی برای رسیدن به عدم مغایرت است؛ اما موضوعیت ندارد. در هیچ جای دیگر قانون اساسی هم، غیر از اینجا، به بحث انطباق اشاره ای نشده است. در اصل ۹۶ هم تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس با احکام اسلام آمده که باز بحث عدم مغایرت است. پس اصول ۷۲، ۹۱، ۹۴، ۹۶، ۱۱۲، مستندات بحث ما در تشخیص عدم مغایرت است. بر مبنای این اصول، صریحاً می توانیم بگوییم آنچه که وظیفه شورای نگهبان است «تشخیص عدم مغایرت» است، نه تشخیص انطباق با موازین یا احکام اسلامی یا هر چیز دیگر.» (کدیور، ۱۳۸۲، ص ۵۸۲) او در جای دیگر از همین نوشته، اصل ۹۴ قانون اساسی را که نص در لفظ «انطباق» دارد، در مقام بیان نمی انگارد. لذا اساس تعبیر قانون اساسی را در تمامی موارد در همان کفایت تشخیص عدم مغایرت با شرع، قرار می دهد.

## ۲.۲. نظریه مطابقت:

در این نظریه که مستفاد و قرائت شده از اصل چهارم قانون اساسی است، به لزوم مطابقت قوانین با شرع حکم می کند. به عبارت دیگر، صرف عدم مغایرت را برای دست یابی به قانون اسلامی کافی نمی داند بلکه لزوم مطابقت را جزء لازم برای

رسیدن به قانون اسلامی تلقی می‌کند.

اصل چهارم قانون اساسی، بیان لزوم انطباق و ناکافی بودن صرف عدم مغایرت است: «این اصل را ما برای مبنا تنظیم کردیم که نه تنها قوانین و مقررات نباید مخالف اسلام باشد، بلکه باید از منابع اسلامی گرفته شده باشد.» (مشروح مذاکرات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، ص ۳۱۸) همچنین برخی دیگر در اظهار نظر نسبت به لزوم انطباق یا کفایت عدم مغایرت این طور بیان داشته است: «شأن نزول شورای نگهبان این است که این مصوبات کنترل بشود تا شرعی بودن آراء آن‌ها صد در صد معلوم شود... یعنی [مطابقتش با شرع] باید به تصویب اکثریت شورای نگهبان برسد.» و با تاکید بر دلالت لفظ «تشخیص» مندرج در اصل ۹۶ قانون اساسی که مستلزم نوعی اجتهاد و بررسی همه جانبه است و صراحت دلالت اصل ۴ همین قانون، لزوم مطابقت قوانین با شرع را وظیفه شورای نگهبان می‌داند. (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، ۱۳۶۱، ص ۱۴) علاوه بر آن، در جلسات مقدماتی مشروح مذاکرات قانون اساسی، تصریح به این پیشنهاد بوده است که هر اصل از قانون اساسی باید مستنبط از قرآن یا مستند به روش پیامبر یا ائمه اطهار (صلوات الله علیهم اجمعین) باشد و در ذیل هر اصل، سند آن ذکر شود. علاوه بر آن منظور از کلمه «قانون» در هر جای قانون اساسی، همان قانون و احکام الهی باشد. (مشروح مذاکرات، ۱۳۶۴، ص ۳۱۷) از این رو عده ای از متفکران قانون اساسی معتقدند: «مقصود قانون‌گذار، تطابق مصوبات با اسلام و الگو گرفتن از آن است نه صرف عدم تغایر، همان طور که از صورت مذاکرات مجلس خبرگان نیز همین مقصود فهمیده می‌شود.» (خامنه‌ای، ۱۳۶۹، ص ۱۳)

برآمد: تاملات در حجیت نظریه های عدم مغایرت و انطباق:

در این فراز بر این هستیم که دو نظریه هنجاری فوق را موضوع تاملات اجتهادی قرار دهیم. در بادی امر به نظر می‌رسد که نظریه انطباق بر نظریه عدم مخالفت مقدم است و جهت این تقدم هم انطباق این نظریه با اصل کلامی «اختصاص حق حاکمیت و تشریح و قانونگذاری به خداوند» است که اصل پایه و

ضروری اسلام و توحید عینی و عملی اصول دین تلقی می‌گردد و عام فوقانی فقه قانونگذاری تلقی می‌گردد. سپس در ادامه همخوانی این نظریه با نظریه خطابات و انحلال به جهت تضمین احکام قانونی بررسی خواهد شد. ادله ذیل نیز در اثبات نظریه انطباق مطرح است:

### ۱. ادله مشروعیت نظریه انطباق و عدم مخالفت

#### ۱.۱. اصل عدم ولایت تقنینی:

قطعاً هر مقرر قانون موجب نوعی تصرف در اموال و نفوس خلق می‌گردد و از این جهت با عموم ادله عدم ولایت احدی بر احدی (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲، ص ۵۵۶) متعارض خواهد گشت و هرگونه تصرف تقنینی در حقوق عامه باید با دلیل خاص همراه تا مشروع تلقی گردد. از این جهت درجایی که شک وجود دارد که آیا در قضاوت اساسی به عدم مخالفت با شرع یک مقرر وضعی بسنده نماییم؟ و یا اینکه بایستی به انطباق مقرره بکوشیم؟ شک مذکور نمی‌تواند استصحاب بقا عموم ادله عدم ولایت را تخصص دهد؛ خصوصاً اینکه مقتضی حقوق عامه احتیاط شرعی بوده و امکان تمسک به برائت وجود ندارد. لذا حتی در حکومت اسلامی که ولایت تقنینی برای حکومت و ولی فقیه تشریح شده است و با این‌که ولی فقیه و حکومت حق تقنین را دارا هستند، اما این حق ولایت محدود به حق حاکمیت و تشریح الاهی و در حدود حق تفیذ شده است و حاکم اسلامی حق اعمال ولایت تقنینی خود را در حدود حاکمیت الاهی و منابع فقهی دارد و لذا اعمال ولایت حاکم هم در انطباق با ادله شرعی ممکن و میسر است و کفایت به عدم مغایرت تا فحوص از دلیل ولو ادله عام و خطوط کلی شرع نامشروع و بلا دلیل خواهد بود.

#### ۱.۲. عرضه به ادله شرع، به معنای انطباق و موافقت:

در مجموعه روایات شیعه، احادیثی دال بر لزوم عرضه روایات بر قرآن کریم وجود دارد. معصومان (ع) در احادیث فراوانی فرموده‌اند سخنان ما را بر میزان الاهی، یعنی

قرآن کریم عرضه و با آن ارزیابی کنید و در صورت موافقت با قرآن، آن را بپذیرید. این احادیث به «اخبار عرض علی الكتاب» معروف است. از آنجایی که روایات مشرّع احکام شرعی بوده و قانون ایجاد می‌نماید یک اصل کلی این است که منابع احکام در مرحله اثبات در طول هم و بایستی به تایید برسند. لذا روایات بر قرآن عرضه می‌شود و موافقت سبب مشروعیت احکام مستنبط از روایات است. تنقیح مناط از ایجاد حکم و اعمال ولایت حکمی از این موضوع می‌تواند با توجه به الغاء خصوصیت ملاک در نظریه انطباق نیز قرار گرفته شود و لذا دلالت روایات عرض بر مسئله ما نیز حاکم است و چنانچه بنا بر اعمال احکام بر اشخاص باشد این احکام باید موافق میزان الهی باشند و عدم مخالفت کفایت از موضوع ندارد.

### ۱،۳. ادله مخالفین نظریه

در مقابل استنباط موافقت با احکام، نظریه رقیب به چند دلیل مخالف بوده و عدم مخالفت را کافی دانسته اند، بر این اساس چند دلیل برای تلقی موافقت به عدم مخالفت اقامه نموده اند که برای استنباط مدعای ما باید بررسی شود:

مسلم است که جزئیات بسیاری از معارف الهی و احکام شریعت در قرآن نیامده است و اگر تنها موافقت با قرآن دلیل اعتبار حدیث باشد در دستیابی به احکام دچار محذور خواهیم بود. همین دلیل در مسئله حقوقی ما نیز مطرح است که مگر مطالب فقهی در خصوص موضوعات جدید چقدر است که بنا باشد موافقت ملاک باشد؟ برخی نیز با این استدلال که اگر حدیث موافق یا مشابه آیات باشد چه نیازی به آن داریم چون همان مطلب در قرآن آمده است و از این جهت مدعی شده اند که مقصود از موافقت همان عدم مخالفت با قرآن است. متن برخی روایات عرض نیز مستعد است برای اینکه تفسیر بر عدم مخالفت شود. در مقابل ادعاهای مذکور بایستی پاسخ داد: اساساً در پاسخ به ادعای اول و دوم، موافقت با قرآن موافقت عینی و این همانی نیست و قطعاً موافقت کلی و معنایی است و نه تنها سبب معطل ماندن احکام نمی‌شود، بلکه سبب صیانت از اصل و میزان الهی (قرآن کریم) نیز می‌شود که هدف اصلی نظریه هنجاری دادرسی

نیز تلقی می‌گردد. در پاسخ به ادعای سوم هم بایستی گفت: این‌که مخالفت در برابر موافقت به کار رفته، تلازمی با اینکه مقصود از موافقت عدم مخالفت است، ندارد. علاوه بر اینکه در چند روایت، معیار قبول با تعبیری همچون داشتن یک یا دو شاهد قرآنی، شاهی از احادیث پیشین، تصدیق توسط قرآن و مشابهت به قرآن بیان شده است. این تعبیر می‌تواند ابهام موجود در تعبیر موافقت را از بین ببرند و نمی‌توان آنها را به عدم مخالفت ارجاع داد؛ بلکه شاید بتوان گفت احادیثی که در آنها از مخالف به «لایوافق» تعبیر شده؛ مخالفت به غیر موافق معنا می‌گردد یعنی حدیثی که موافق نیست، مخالف است.

بر اساس موارد مذکور اصل موافقت نظام ادله فقهی و صیانت از منابع مقرر و احکام در حقوق عمومی اسلام احداث می‌شود و حکم می‌نماید که ما نظریه انطباق را مشروع و کافی به تامین شریعت و موازین شرعی در قانونگذاری وضعی بدانیم. از سویی به نظر می‌رسد نظریه عدم مخالفت تنها نوعی راهگشایی برای رجوع به حقوق عرفی تلقی می‌گردد و با روح و وجدان مشترک حاکم بر نظام حقوقی اسلام تطبیق کافی ندارد.

## ۲. نسبت نظریه خطابات قانونی و انحلال با نظریه انطباق در قانونگذاری:

نظریه عدم مخالفت نیاز به حجم بالایی از موازین اسلامی ندارد و با حداقل فقه در نظرات مشهور موجود می‌تواند خود را در قانون باز انتشار و یا با استناد به گزاره اجمال و فقدان، راه تقنین عرفی را باز نماید. در نتیجه این نظریه گستره عمل فراوانی به قانونگذاری عرفی می‌دهد. اساساً یکی از دلایل نقضی طرفداران این گروه نیز همین است که تامین فقه در همه حوزه‌های قانونگذاری وضعی خصوصاً حوزه‌های نوظهور اجتماعی امری بعید و دیر حصول است که ضرورت فوری بودن قانون را تامین نمی‌نماید. در مقابل، اندیشه رقیب معتقد است که رویکرد عدم مخالفت سبب عدم انسجام در دادرسی و قانونگذاری خواهد شد و به علت نبود خطوط دقیق و نظامند سبب سوء استفاده از ظرفیت‌های فقهی انعطاف‌پذیر مانند حق شرط و تعزیر و... علیه اهداف شریعت و فقه می‌شود. در مقابل این

دلیل، فقیه متمایل به نظریه انطباق باید تدارکی دقیق و منسجم برای حوزه‌های متنوع و نودر فقه داشته باشد تا بتواند انطباق را تضمین نماید. برای این که فقه بتواند نظریه انطباق را برای تدارک موازین شرعی تضمین نماید بایستی مؤلفه‌های بنیادین قانونگذاری را تضمین نماید. در حقیقت برای اینکه نظریه انطباق بتواند به عنوان نظریه هنجاری دادرسی اساسی تلقی شود تنها کافی نیست که دلایل فلسفی کلامی در فلسفه فقه بیان کند بلکه باید بتواند در عمل نیز توانمندی و کارایی خود را ثابت نماید. در واقع نظریه انطباق در عملیات دادرسی و تطبیق خود از روش خطابات قانونی بهره می‌برد. لذا بایستی بررسی شود که مولفه‌های شکلی قانون چیست و خطابات قانونی چطور می‌تواند این مولفه‌های شکلی را برای نظریه انطباق تامین نماید. در ابتدا این مولفه‌ها بیان و سپس در نسبت با ابزار آلی خطابات قانونی برای تامین نظریه انطباق بررسی شده است:

#### ۲.۱. مؤلفه‌های شکلی ضروری برای قانونگذاری:

مقرره قانونی در فهم فلسفه حقوقی خود از جهت شکلی خصوصیتی دارد که هر نظریه ارزشی که بنا داشته باشد ماهیت خود را در قالب قانون قرار دهد باید این اقتضائات شکلی را تامین نماید:

الزام آور بودن: تکیه بر یک اقتدار بیرونی (دولت) و یا تکیه بر اقتدار درونی (حقوق طبیعی) که باید توسط قدرت بیرونی تامین شود. عام بودن: قانون یک قضیه کلی طبیعی و منطقی است و اساساً قانون فرد را به صورت شخصی ملاک قرار نمی‌دهد. امری بودن قاعده: قواعد حقوقی حاوی یک ماده امری هستند. علنی بودن: قواعد حقوقی باید ظاهر و برای همه قابل تطبیق باشند. واضح و هدفمند بودن: قواعد حقوقی باید دارای وضوح نسبت به اهداف باشند و تناقض منطقی با اهداف در آن وجود نداشته باشد. قطعیت قاعده قانونی: قانون باید دقیق، مستقیم و صریح باشد و بتواند دامنه عمل و باید و نبایدها را کاملاً مشخص نماید. اقناع کننده: قاعده قانونی باید ترغیب کننده باعث و زاجر باشد و چنانچه قانون فاقد این مؤلفه معنوی باشد، اثرگذاری واقعی خود را از دست خواهد داد



(راسخ، ۱۳۸۵، ص ۱۳). حال باید دید که ابزار نظریه خطابات تا چه حد و چگونه می تواند این مولفه های را برای نظریه انطباق تامین نماید.

## ۲،۲. تحلیل مولفه های شکلی قانون در نسبت با نظریه خطابات قانونی

### ۲،۲،۱. الزام آور و قطعیت:

بی تردید مورد اتفاق ترین مؤلفه یک قاعده قانونی نزد فلاسفه حقوق حتی بنا به برخی تحقیقات تنها مولفه اصلی قانون وجود الزام یا ضمانت اجرا برای این قانون است. نظریه های اثبات گرا این الزام را با ریشه بیرونی و برآمده از قدرت دولت می دانند و نظریه های حقوق طبیعی ریشه این الزام را از درون قاعده تلقی می نمایند و به تعبیری ریشه های اخلاقی فعل را در آن دخیل می دانند.

در دیدگاه خطاب قانونی، وجود هر خطاب قانونی به معنای وجود دلیلی بر حکم است که از مولا صادر شده است (اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۲). حکم در این دیدگاه اعتبار مولا از دلیل متقن و معتبر است که ریشه در تکوین خلقت دارد و الزام حکم در ذات این دلیل تکوینی قرار دارد و ابراز این حکم ولو به شکل موجه جزئی به سبب می شود تا مکلف خبر از وجود الزام و اعتبار دلیل پیدا نماید. لذا از نگاه این نظریه که در مسائل حکم شناسی ابراز شده است، خطاب شرعی قانونی، الزامی ذاتی و درونی دارد که دلیل قطعی دارد و وجود حکمت در حکم مذکور قطعی است و الزام به توحید در عمل ریشه و باعث اصلی حکم و الزام آن تلقی می شود و از این جهت نزدیکی دیدگاه حقوق طبیعی به این نظر مسلم است و لذا این نظر، امکان تامین این مؤلفه شکلی اولیه را برخوردار می باشد. در مورد قطعیت، حقوقدانان حقوق مدرن معتقد هستند که قاعده قانونی قطعی یعنی اینکه قاعده مشورتی نبوده و به تعبیری قطع و لزوم داشته و مکلف نسبت به این موضوع بایستی اقدام نماید. اساساً بر اساس آنچه گذشت هر خطاب شرعی که قانونی باشد یک تلقی مطلوب کلی و قطعی تلقی می شود و اعلام آن از طرف مولا عمل جامع کلی مخاطبین به نحو امکان را می طلبد و به تعبیری دیگری امتثال قطعی از حکم خطاب به ایّ نحوکان لازم و ضروری است.

۲،۲،۲. عام بودن:

عام بودن قوانین دارای چند بعد است: قانون برای فرد نیست و عموم را در نظر می‌گیرد و بر همه افراد آن طبقه حکومت می‌کند. حکم قانون همه را در بر می‌گیرد و همه در برابر آن یکی هستند (راسخ، ۱۳۸۵، ص ۱۳). نظریه خطابات معتقد است: خصوصیات افراد مکلفین دخیل در غرض قانون‌گذار نیست و اوامر شرعی قانونی تعلق به طبیعت می‌گیرد (اسلامی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۲). از این جهت خطابات قانونی شارع یک عام کلی است و استثناء (ناتوان از خطاب) از اجرای قوانین از قانون به حکم بعدی خارج می‌شود و قدرت در فعلیت خطابات قانونی شرط نیست و حکم قانون را باید فراگیر در ایجاد انگیزه برای عموم مخاطبان دانست. در فراز دیگری از این نظریه تبیین شده است: در صحت خطابات قانونی شرعی، نظر عرف و عقلا ملاک است که دو نتیجه اصولی در فقه به همراه خواهد داشت: تصور مکلف شرعی به اعتبار خطاب خواهد بود و بدین جهت این جنس خطاب قانونی است که معین می‌کند مکلف این حکم مکلف طبیعی است و یا تعلق حکم بر مکلف اعتباری (شخصیت حقوقی) نیز ممکن است. از این جهت چنانچه خطاب ضرورت تصور مکلف اعتباری را داشته باشد، تصور چنین مکلفی ضروری و مشروع به جهت تامین نظر شارع ضروری عقلی تلقی می‌شود. از سویی دیگر این بیان در جنس تکلیف نیز موثر است و ممکن است احکام خمسه تکلیفی که حقیقت متشرعه عرف فقیهان از انحصار فعل مکلفین (طبیعی) است مورد نقد قرار دهد. بدین معنا که فقیهان بر اساس نظریه رقیب با تصور انحلال مخاطبان و تصور مخاطب به اشخاص طبیعی و اینکه تنها افعال اختیاری ایشان مورد خطاب شارع است و از سویی افعال اختیاری نیز در حصر عقلائی تنها به صور احکام خمسه متصور است تنها صور تکلیف شرعی را صور احکام خمسه دانسته اند و حقیقت زجر و بعث شارع را بر این پنج صورت تنقیح و تطبیق نموده اند.<sup>۱</sup> اما در اینجا چنانچه مکلف شرعی به اقتضای خطاب شخص

۱. از این روست که گاه دیده می‌شود لفظ حرمت در روایات در حکم فقیه تجلی به کراهت می‌کند و گاه

لفظ کراهت در روایات دلالت بر حرمت در فتوا می‌کند.

غیر طبیعی باشد، نه تنها تصور زجر و بعث و فعل نهایی مترتب آن نمی تواند به شکل صور خاص پنج گانه فعل اختیاری شخص طبیعی باشد، بلکه تکلیف در این موارد به صورت اقتضای ضروری خطاب و با لحاظ ظرف عقلایی و عرفی تکلیف منبعث از خطاب خواهد بود.

در مقابل، نظریه انحلال از این جهت که خطاب قانونی را قبل از تصور حکم شرعی منحل به تعداد خاطبان می کند، هاضمه فتوا محور در مقابل هاضمه تقنین محور نظریه خطابات دارد. به غیر از مبانی تحلیلی فوق که ضعف نظریه انحلال را به خوبی نشان می دهد، در عمل نیز جریان انحلالی فتوا محور برای اینکه بتوانند مکلف را از قید نامشروع بودن عمل به فتوای مجتهد خود رها کنند تنها می توانند با تمسک فتوای مشهور و عموم ادله حفظ نظام و لزوم وحدت رویه حقوقی قضایی تضمین عام بودن حکم و خارج کردن تکلیف مکلف از عمل به فتوای اعلم رها کنند. البته در مواردی که حکم مشهور وجود ندارد ایراد همچنان پابرجا خواهد بود یا در موردی که مکلف مجتهد است رویکرد انحلالی به شدت از فضای قانونی دور و نمی تواند قانون را تلقی به قبول نماید.

### ۲،۲،۳. امری، واضح و علنی بودن:

جنس قاعده قانونی نوعی هنجار است و این هنجار به جهت بعد اجتماعی و امکان تقبیح و اعمال ضمانت اجرا نیاز به شفافیت و علنی بودن دارد. نظریه انحلال مکلف را گرچه می تواند امری بودن را در احکام تکلیفی برای مکلف در جنبه فردی تضمین نماید ولیکن دو بعد از مشکل وجود دارد و در مرحله دادرسی اساسی فقیه فتوا محور با مشکل روبرو خواهد بود که فتوای معیار امری بودن کدام فتوا است؟ فتوای اعلم، فتوای خودش و یا حتی فتوای ولی فقیه؟ و چنانچه فقدان فتوا وجود داشته باشد باید چه کرد؟ به تعبیری، امری بودن گرچه در ذات تکلیف نهفته است و تکلیف نتیجه استنباط هر دو فقه انحلالی و غیرانحلالی است، اما فقه غیرانحلالی چنانچه گذشت ظرف عمومیتی دارد که اختلاف مرجع تعیین کننده امری بودن را تامین می کند. در حقیقت امری بودن در نظریه انحلال متضمن

نوعی فردیت است که هم در مرحله تقنین در مثال فوق آسیب آفرین و هم در مرحله قضا و تفسیر قانونی نیز می‌تواند مشکل آفرین شود. به طور مثال در جایی که قاضی بنا دارد شخص را برای تظاهر به عمل حرام در انظار عمومی محکوم نماید (موضوع ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی) و شخص متهم بر اساس نظر اعلم خود مرتکب فعل حرامی نشده مرجع حل اختلاف کدام است؟ ولی فقیه، مجتهد اعلم متهم، قاضی مجتهد یا نظر مشهور از مجتهدین؟ که هر کدام می‌تواند استدلال‌هایی فقهی را به همراه خود داشته باشد و هر پاسخ نیز با فروعی متعدد روبرو خواهد بود. در حقیقت نظریه انحلال نه تنها قدرت تامین نظریه تفسیری برای قانون را ندارد بلکه بسیاری از تشتت‌ها را به همراه خواهد داشت. در صورتی که نظریه خطابات هرگاه فعل امری را دایر نماید و خطابی را به حکم الزام آور کشف کند، وجود خطاب قانونی به راحتی فقه نظام و عام فوقانی را می‌پذیرد تا در مرحله حل اختلاف برداشت فقهی ملاک عمل باشد. در حقیقت هاضمه نظریه خطابات با فقه نظام سازگار بوده و وجود فقه نظام می‌تواند قاعده حل تعارضی برای مرجع اختلافات فقهی فوق تلقی گردد.

از نظر علنی بودن و شفافیت رفتار، وجود هرم خطاب شرعی قانونی و منبعث از آن فقه نظام و فقه احکام، نه تنها شفافیت مورد لزوم علنی بودن را تامین می‌نماید، بلکه شهروندان و مکلفان قانون را در هزار توی پیچیده قانون رها ننموده و حداقل دو فایده حقوقی خواهد داشت؛ اول آن‌که پیوستگی بین هرم منابع قانونی، امکان وجود یک مسئولیت اخلاقی در همه احکام قانونی را تامین می‌نماید و ثانیاً امکان هتک قانون و بی‌اعتنایی به قانون را در مکلف از بین خواهد برد. در صورتی که در نظریه انحلال می‌توان تکلیفی قانونی را متصور نمود که هیچ مسئولیت اخلاقی شرعی برای مکلف ندارد. از استدلال‌های فوق به راحتی می‌توان وضوح لازم برای قانون را نیز استنباط نمود.

#### ۲،۲،۴. افتاع‌کنندگی و هدفمندی:

بسیاری از فلاسفه حقوقی بر این اعتقاد هستند که قانون نیاز به یک نظریه

مشروعیت بخش اخلاقی برای قواعد خود دارد تا اقناع عمومی برای عمل به قانون را تدارک نماید (وکیلیان و مالگیری، ۱۳۹۵، ص ۲۹). در حقیقت قانون نه تنها با تمسک به الزام افراد را به سوی عمل مطلوب هدایت می‌کند، بلکه لزوم دارد تا به جهت اخلاقی نیز اقناع کننده باشد.

نظریه خطابات قانونی از طریق ظرفیت کلی طبیعی بودن خود فرصت خوبی را به تاسیس فقه نظامات می‌دهد تا خطوط کلی شریعت در یک نظام اجتماعی را تاسیس نماید. فقه نظام از این جهت که جزیی نبوده و کلان‌نگری را در خود نهادینه دارد، امکان استفاده از خطوط اخلاقی شریعت را در فقه و قانون نهادینه می‌نماید و این ظرفیت می‌تواند چالش‌های ادعا شده بین اخلاق، فقه و قانون را ترمیم نماید و همواره و در همه احکام قانونی قابل پی‌جویی و حتی محکی برای مشروعیت یک قاعده قانونی تلقی شود. حال آنکه انحلالی شدن خطاب و پیامد فتوا محور و فردی شدن، گرایش‌های جدی برای عذری شدن فقه<sup>۱</sup> در اثر جزیی نمودن احکام به دنبال دارد که چندان توجهی به کارکرد اجتماعی و خطوط کلی فقه نظام ندارد و از این جهت نیز کارآمد به تضمین یک نظریه قانونی نیست.

هدفمندی قانون نیز در پناه تضمن کل‌گرایی و تصور خطوط کلی از یک هنجار است که از جمع استدلال‌های فوق کاملاً واضح است. به تعبیری وجود فقه نظام برای تصور اهداف قانون امری ضروری است که نظریه خطابات به جهت خصوصیت تضمین‌کنندگی فقه نظام بیشتر و بهتر دارا می‌باشد. از جهت دیگر برای اینکه قانون بتواند به هدف تامین ارزش‌های اجتماعی برسد لازم است تا از انسجام کافی برخوردار باشد؛ به نحوی که احکام درونی یک قانون با احکام و بافت ارزش ماهوی حاکم بر قانون متعارض نباشد. چنانچه یک ماده از قانون حکمی

۱. در این اندیشه مستنبط به دنبال کشف وظیفه‌ای می‌گردد که در صورت عمل بدان از عقاب خداوند رهیده و سخنی مورد پذیرش او داشته باشد. در این روش اگر به طور یقینی یا گمان خاص یا اطمینانی به حکم شارع رسید آنرا مورد تمسک قرار می‌دهد و گرنه برای به دست آوردن اطمینان خود را به آب و آتش نمی‌زند و سعی در آن ندارد از تراکم ظنون به اطمینان برسد زیرا به پدیداری عدد (اطمینان) از کنار هم آمدن صفرها (ظنون)، باوری ندارد (علیدوست).

معارض با حکم دیگر و یا متعارض با روح هدف قانون داشته باشد، انسجام درونی قانون نقض شده است. همچنین در مقابل انسجام درونی مذکور انسجام بیرونی قرارداد بدین نحو که چنانچه احکام یک قانون روح حاکم بر ارزش های تقنینی یک نظام قانونگذاری را نقض نماید، انسجام بیرونی قانون نقض شده است. بدین منظور لازم است تا موازین شرعی که برای قانونگذاری تامین می شود خطوط کلی هر حوزه تقنینی را تامین نماید و در نسبت با حوزه فوقانی خود صیانت پذیر باشد. به طور مثال اگر حذف ربا از مبادلات اجتماعی یکی از خطوط کلی فقهی (فقه نظام) تلقی شود، احکام قوانین وضعی در تقنین و تفسیر اجرایی و قضایی نباید بتوانند به حیل متنوع از قدرت الزام این مهم دور شوند و انسجام درونی و بیرونی را نقض نمایند. به این جهت اگر موازین شرعی فقط احکام فرعی شخصی تصور شوند، قطعاً نتیجه نقض انسجام قانونی خواهد بود و در قالب قانون بانکداری بدون ربا، ربا ترویج خواهد شد. ناکارآمدی فقهی نظریه عدم مخالفت اکنون به جهت نیم نگاهی به واقعیت اقتصادی واضح است. اما نظریه خطابات قانونی از آنجایی که خطاب شرعی را کلی و جامع و غیر قابل تفکیک می بیند، این خصوصیت در نگاه به خطاب شرعی به چند جهت سبب تضمین انسجام قانون می گردد؛ کلی و جامع بودن حکم سبب می شود تا اولاً تصور دقیقی از فقه نظام خلق شود و کلی جامع طبیعی خطاب خطوط کلی شرعیت یا فقه نظام را تامین نماید. از سویی وجود خطاب کلی به شکل «عام فوقانی» مقدمه صیانت از فقه نظام در فقه احکام قانونی فرعی را تضمین می نماید و امکان نظری صیانت برای انسجام درونی و بیرونی فراهم می گردد. لذا از این جهت نیز نظریه خطابات قانونی به عنوان ابزار نظریه دادرسی انطباق توانایی بهتری برای هدفمندی و انسجام قوانین را دارا است.

## نتیجه گیری

در نظام قانونی ما، در هم تنیدگی موازین اسلام در قانونگذاری ضرورتی را برای فلسفه فقه به وجود آورده است که بی تردید سخن از نظام قانونی بدون یک نظریه هنجاری دادرسی در فقه امری ناصواب و قرائتی غیر مصاب به حق تلقی می شود. لذا ضروری می دارد که هر نظریه هنجاری در دادرسی اساسی از قانون در همه مراحل حدوث و بقاء قانون مبتنی بر تحلیلی نظامند از فقه موازین اسلامی باشد به تعبیر دیگر در مراحل سه گانه تقنین، قضاء و اجرای قانون همواره باید جانب تفسیری دقیق از موازین اسلامی با روش شناسی دقیق رعایت شود.

در طول تحقیق نشان داده شده است که تضمین مؤلفه های شکلی قانون: عام بودن، الزامی بودن، قطعیت و هدفمندی و اقناع کنندگی، چگونه در نظریه خطابات قانونی به عنوان ابزار نظریه انطباق سبب ارتقاء موازین اسلامی می گردد.

چالش نیاز به یک فهم از قانون در فقه و یک فهم دقیق در قانون از فقه با قابلیت تضمین مؤلفه های شکلی قانون در این تحقیق با تمرکز بر نظریه انطباق با تمرکز بر ابزار آلی خطابات قانونی حضرت امام (ره) حل شد و بیان شد که نه تنها این نظریه قادر به حل چالش های موجود در عرصه قانونگذاری در مرحله ابتکار و دادرسی اساسی است بلکه تمرکز بر راه حل مقاله می تواند سرمایه اجتماعی قانون و کارآمدی به اهداف را نیز تامین نماید (البته این موارد می تواند فرضیه هایی برای تحقیقات بعدی در این رابطه باشد).

تحقیق در ابعاد تاریخی این نظریه که چرا فقه انصراف به فتوای فردی پیدا نموده است و اینکه اساساً آیا در تاریخ فقه و شریعت سبقه فضای قانونی بیشتر بوده است یا عبد و مولا و اینکه آیا تبدیل به رویکرد فردی شدن فتاوا صرفاً ناشی از عوامل جامعه شناسی معرفت در نزد فقه و فقیه است؟ تحقیقاتی هستند که ادامه تحقیق حاضر تلقی می شوند و می توانند به ارتقاء نظریه مذکور دامن زنند.

## منابع فارسی

۱. ابن فارس، احمد بن زکریا (۱۴۰۴ ق)، معجم مقاییس اللغه، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم.
۲. اراکی، محسن، ۱۳۹۷، گزارشی از بیانات آیت الله اراکی در مرکز جامع علوم اسلامی ولی امر در خصوص فقه نظام
۳. اسلامی، رضا، ۱۳۸۸، نظریه عدم انحلال خطابات قانونی، فقه، بهار و تابستان ۸۸، شماره ۵۹ و ۶۰
۴. حاجی ده آبادی، احمد، ۱۳۷۹، فقه و قانون گذاری، قیسات، شماره ۱۵ و ۱۶
۵. حسینی خامنه‌ای، سید محمد، ۱۳۶۹، بخش تحقیق: اصل چهارم قانون اساسی، کانون وکلا، شماره ۱۵۲ و ۱۵۳
۶. حسینی مراغی، عبدالفتاح بن علی (۱۴۱۷ ق)، العناوین الفقہیة، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۷. خلف حیاوی، سنا، ۱۳۹۸، درآمدی بر فقه سرپرستی از دیدگاه آیت الله میرباقری، نظام ولایی، شماره ۱
۸. خمینی، روح الله، ۱۳۸۲، تهذیب الأصول، جلد: ۱ و ۲، اسماعیلیان، قم - ایران
۹. راسخ، محمد و بخشی زاده، فاطمه، ۱۳۹۷، شرع گرایان و قانون در عصر انقلاب مشروطه ایران، حقوق دادگستری، سال هشتاد و دوم، شماره ۱۰۱
۱۰. راسخ، محمد، ۱۳۸۵، ویژگی های ذاتی و عرضی قانون، مجلس و پژوهش، سال سیزدهم، شماره ۵۱
۱۱. شریعتمدار جزایری، سید نورالدین، ۱۳۹۹، فقه نظام، اختصاص به یک یا چند باب ندارد، <http://ijtihadnet.ir>



۱۲. صاحب جواهر، محمد حسن (۱۴۰۴ ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار الإحياء التراث العربی، بیروت.
۱۳. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ج ۱، ۱۳۶۴، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس اسلامی
۱۴. عرب صالحی، محمد، ۱۳۹۶، تحلیل خطابات قانونیه، آثار، اشکالات و پاسخ آن، فقه و اصول، سال چهل و نهم، شماره ۱۱۰
۱۵. علیدوست، ابوالقاسم، ۱۳۹۵، ظرفیت های فقه در رویارویی با مسائل دنیای معاصر، اقتصاد اسلامی، شماره ۶۲
۱۶. فرهادیان، عبدالرضا، ۱۳۹۶، بررسی تطبیقی خطابات شرعی از دیدگاه مشهور و امام خمینی، پژوهشنامه متین، سال نوزدهم، شماره ۷۴
۱۷. کدیور، محسن، ۱۳۸۲، شرح شورای نگهبان در برابر قانون مجلس، بازتاب اندیشه، شماره ۴۳
۱۸. کعبی، عباس، ۱۳۹۳، تحلیل مبانی اصل چهارم قانون اساسی، پژوهشکده شورای نگهبان
۱۹. کعبی، عباس، ۱۳۹۶، نقطه عزیمت قانون گذاری باید محصول اجتهاد فقها باشد، <http://ijtihadnet.ir>
۲۰. مددی، سید محمود، تنظیم و تحقیق محمد عرب محفوظی، تقریر درس خارج نظریه انحلال در خطابات شرعیه، ۱۳۹۵
۲۱. مشروح مذاکرات شورای نگهبان جلسه مورخ ۱۳۶۱/۳/۲۰ شورای نگهبان، تاریخ انتشار ۱۳۹۷/۰۹/۱۵
۲۲. مشکانی سبزواری، عباسعلی و مشکانی سبزواری، عبدالحسین، ۱۳۹۰، مناسبات فقه و حکومت، حکومت اسلامی، سال شانزدهم، شماره ۳، پیاپی ۶۱

۲۳. موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، خطابات قانونیه، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، موسسه چاپ و نشر عروج، تهران - ایران، ۱۳۸۶ ه.ش.

۲۴. میرباقری، سیدمحمد مهدی و عبداللهی، یحیی و نوروزی، حسن، ۱۳۹۵، فقه حکومتی از منظر شهید صدر، راهبرد فرهنگ، شماره ۳۶

۲۵. وکیلان، حسن و مرکز مالگیری، احمد، ۱۳۹۵، مقدمه‌ای بر فلسفه قانونگذاری، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵۱

۲۶. یزدی، محمد، ۱۳۸۲، شرح و تبیین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، امام عصر عجل الله تعالی فرجه الشریف

### منابع لاتین:

1. Adler, B.E. (1993), "Financial and Political Theories of American Corporate Bankruptcy," Stanford Law Rev. 45: 311-346.
2. Mohammed Ababou, Changement et socialisation de l'identité islamique, Fès, Info-print, 2001, 321 p, lire en ligne [archive], p. 30.