



A Critical Appraisal of the Theory of *Bait al-Mal* Liability for Crimes Less Than Homicide Where the Perpetrator Is Unattainable

Seyyed Ehsan Rafiee Alavi ¹ ; Mohammad Taha Daliri ²

1. Assistant Professor of Jurisprudence Department of Baqer Al-Alum University of Qom. Qom. Iran.
rafieealavy272@gmail.com | ORCID: <https://orcid.org/0000>

2. Ph.D. student of Bagheral Uloom University (AS). bidari.1433@gmail.com

Article Info

Article Type:

Research Article

Article History:

Received 22 JUL 2025

Received in revised form
25 OCT 2025

Accepted 26 OCT 2025

Keywords:

Public Treasury (Bait
al-Mal)

Non-fatal crimes

Inaccessibility of the
perpetrator

La-yabtul (No right shall
be invalidated)

Public interest
(Maslahat)

ABSTRACT

Following Islamic jurisprudence, the Islamic Penal Code designates the Public Treasury (Bait al-Mal) as liable for the payment of Diyah (blood money) in certain circumstances. A critical question arises in this regard: in cases involving non-fatal crimes-where the perpetrator is inaccessible, such as due to flight or death-can the Public Treasury be held liable for the payment of Diyah? This specific issue is not explicitly addressed in traditional jurisprudential texts.

This study, conducted within the framework of Islamic jurisprudence through a descriptive-analytical and Ijtihadi (reasoning-based) method using library resources, examines the potential grounds for establishing Bait al-Mal liability. It evaluates three primary arguments: specific traditions concerning non-fatal crimes; traditions containing the rationale of “no right shall be invalidated” (La-yabtul); and the doctrine of utilizing the Public Treasury for the common interest of Muslims (Maslahat). The findings indicate that each of these arguments faces significant semantic and evidentiary challenges.

Cite this article:

Alavi Rafee. E & Daliri. MT (2026). “An Analysis and Critique of the Theory of Bait al-Mal’s Liability in Non-fatal Crimes under the Assumption of Inaccessibility of the Perpetrator.” *Journal of Jurisprudential and Fundamental Studies*. 12(43), 11-11.



© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.73800.3113>

Ultimately, this research concludes that based on the principle of individual criminal responsibility-a fundamental tenet of law-the liability rests solely with the perpetrator, and the Public Treasury cannot be held accountable in such cases.

امکان سنجی تفویض رأی فقهی شورای نگهبان در نظارت شرعی بر مقررات^۱

۱. سید احسان رفیعی علوی ؛ ۲. محمدطاها دلیری

۱. استادیار دانشگاه باقرالعلوم ۷ قم، وابسته به دفتر تبلیغات اسلامی قم، ایران. (نویسنده مسئول)؛

رایانامه: rafiealavy272@gmail.com؛ کد ارکید:

۲. دانشجوی دکتری تخصصی فقه و حقوق دانشگاه باقرالعلوم ۷ قم، ایران. رایانامه: bidari.1433@gmail.com



تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۱۰/۰۸

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۵/۰۵/۰۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۵/۱۰

امکان سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات
۹۳

چکیده

این پژوهش به بررسی امکان فقهی تفویض رأی فقهی فقهای شورای نگهبان در نظارت شرعی بر قوانین می پردازد. مسئله اصلی آن است که آیا نظارت شرعی شورا قائم به شخص فقهای آن است یا می توان بخشی از فرایند تکوین و تنظیم رأی را به نهادی تخصصی واگذار کرد. ابتدا ماهیت نظارت شرعی فقهای شورا در سه ساحت افتا، قضا و حکمرانی تبیین می شود و سپس حدود تفویض در هر ساحت، با تفکیک موضوع شناسی، تهیه و تنظیم رأی پیشنهادی و تصویب نهایی، ارزیابی می گردد. یافته ها نشان می دهد که در مقام افتا، رأی مجتهد دیگر برای فقیه شورا جایگزین اجتهاد

۱. رفیعی علوی، سید احسان، دلیری، محمد (۱۴۰۵). «امکان سنجی تفویض رأی فقهی شورای نگهبان در نظارت شرعی بر مقررات». جستارهای فقهی و اصولی. ۱۲: ۴۳ (۲). صص: ۱۱-۱۱.

doi: <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.73800.3113>



© ۱۴۰۴. نویسندگان دارنده حق مؤلف مقاله خود بدون محدودیت هستند.
ناشر: مرکز تخصصی آخوند خراسانی دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی.

و احراز شخصی او نمی‌شود؛ اما واگذاری موضوع‌شناسی، گردآوری و تحلیل ادله و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی مستدل، با حفظ بررسی و تصویب صریح اکثریت فقهای شورا، قابل دفاع است. در مقام قضا نیز بحث صاحب مناهل درباره اذن به غیر مجتهد برای قضاوت بر پایه فتوای مجتهد زنده، ناظر به فرض فقدان قاضی مجتهد و ضرورت جلوگیری از تعطیل حقوق و هرج و مرج است و نباید دلیل جواز تقلید مجتهد در افتا تلقی شود.

در ساحت حکمرانی، تشکیل «دیوان تخصصی فقهی نظارت بر مصوبات» نوعی سازمان‌دهی نهادی برای انجام تکلیف اصل چهارم قانون اساسی است، نه انتقال صلاحیت نهایی مقرر در اصول چهارم و نود و ششم. مقاله، برای عملیاتی کردن این نتیجه، متن مواد پیشنهادی الحاقی به آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان را ارائه می‌کند؛ بر اساس این مواد، دیوان می‌تواند رأی فقهی پیشنهادی را تولید و تنظیم کند؛ اما آن رأی تنها پس از تصویب صریح اکثریت فقهای شورای نگهبان اثر حقوقی می‌یابد و به آنان مستند می‌شود.

کلید واژه‌ها: شورای نگهبان، نظارت شرعی، تفویض رأی فقهی، قاضی مأذون، دیوان تخصصی فقهی

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۹۴

مقدمه

در فقه امامیه، مکلفان در برابر احکام شرعی یکی از سه راه اجتهاد، تقلید یا احتیاط را برمی‌گزینند و اعتبار عمل آنان منوط به التزام به یکی از این مسیرهاست. اجتهاد، به عنوان عالی‌ترین مرتبه استنباط حکم شرعی، شأنی شخص‌محور داشته و از همین رو، در سنت فقهی شیعه، افتا و قضا غالباً اموری قائم به شخص مجتهد تلقی شده‌اند. این تلقی، مبنای دیدگاه مشهور فقها در عدم جواز تقلید مجتهد از مجتهد دیگر و حساسیت نسبت به تفویض شئون فقهی است.

با پیروزی انقلاب اسلامی و تأسیس نظام جمهوری اسلامی ایران، فقه شیعه وارد مرحله‌ای جدید شد که در آن، اجتهاد فقهی به صورت نهادمند در فرایند حکمرانی و قانون‌گذاری ایفای نقش می‌کند. در این چارچوب، قانون اساسی

جمهوری اسلامی ایران، به منظور تضمین اسلامیت قوانین، نهاد شورای نگهبان را پیش‌بینی کرده و تشخیص انطباق قوانین و مقررات با موازین شرعی را بر عهده فقهای این شورا نهاده است. بدین ترتیب، اجتهاد فقهی از سطح کنش فردی فراتر رفته و به عنصری مؤثر در کنترل قواعد الزام‌آور عمومی تبدیل شده است.

با این حال، تجربه عملی نظارت شرعی نشان می‌دهد که فقهای شورای نگهبان با محدودیت‌های جدی مواجه هستند؛ از جمله گستردگی و تنوع روزافزون قوانین و مقررات، تخصصی‌شدن موضوعات و حجم بالای شکایات ارجاعی از دیوان عدالت اداری. این وضعیت، نظارت شرعی را در بسیاری از موارد به نظارتی پسینی، انفعالی و همراه با اطاله زمانی تبدیل کرده است؛ امری که می‌تواند به اجرای موقت مقررات مغایر با موازین شرعی و تضییع حقوق عمومی بینجامد.

پژوهش‌های پیشین درباره نظارت شرعی شورای نگهبان را می‌توان در چهار دسته جای داد. دسته نخست، آثاری هستند که جایگاه شورای نگهبان را در نظام حقوق اساسی و صلاحیت فقهای آن را بر پایه اصول چهارم، نود و یکم و نود و چهارم قانون اساسی تبیین کرده‌اند. این آثار بیشتر ناظر به مبانی نهادی و حقوقی شورای نگهبان هستند و کمتر به ماهیت فقهی رأی فقهای شورا و امکان تفویض آن پرداخته‌اند (فتحی، کوهی اصفهانی و طاهری، ۱۳۹۸، ۳۵، ۱۵۳).

دسته دوم، پژوهش‌هایی هستند که قلمرو نظارت شورای نگهبان را بررسی کرده‌اند. این آثار، از جمله پژوهش‌هایی که بر شمول اصل چهارم نسبت به همه قوانین و مقررات کشور تأکید دارند، عمدتاً در پی تعیین گستره نظارت شرعی هستند، نه تحلیل سازوکار فقهی صدور یا تفویض رأی فقهای شورا (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ۵۸). مقاله «بررسی قلمروی نظارت شورای نگهبان» نوشته سید احمد مرتضایی نیز از جهت تحلیل قلمرو اختیارات شورای نگهبان و نسبت نظارت با تشخیص صلاحیت اهمیت دارد؛ اما مستقیماً به مسئله تفویض رأی فقهی در نظارت شرعی بر مصوبات تقنینی نمی‌پردازد (مرتضایی، ۱۳۹۰، ۱۱۷).

دسته سوم، آثاری هستند که ماهیت نظرات شورای نگهبان و آثار حقوقی آن را تحلیل کرده‌اند. در این میان، مقاله «بررسی ماهیت نظرات شورای نگهبان» نوشته

طلابکی طرقي و ابريشمى راد، از جهت تبين جاىگاه حقوقى و آثار الزام آور نظر شورا قابل توجه است؛ با اين حال، رويکرد آن عمدتاً حقوقى و توصيفى است و پرسش از اينكه رأى فقهي فقهاى شورا از سنخ افتا، قضا، حكم حكومتى يا تركيبى از اين شئون است، در آن به صورت مستقل بررسى نمى شود.

دسته چهارم، پژوهش ها و گزارش هاى هستند كه به سازوكارهاى اجرايى نظارت شوراى نگهبان توجه كرده اند؛ مانند بحث از هيئت هاى نظارت بر انتخابات كه نشان دهنده امكان استفاده شورا از ساختارهاى واسط در اعمال نظارت است (نظرپور، ۱۳۸۷، ۷۷) و نيز تجربه شوراى فقهي بانك مركزى كه نمونه اى از بهره گيرى نهادى از فقهاى متخصص در ارزىابى انطباق مقررات و رويه هاى بانكى با موازين فقه اسلامى به شمار مى رود. با اين حال، اين آثار نيز معمولاً روشن نمى كنند كه استفاده از چنين نهادهاى از منظر فقهي، تفويض رأى فقهي است يا صرفاً كارشناسى، موضوع شناسى و آماده سازى مقدمات تصميم نهايى.

برآيند پيشينه نشان مى دهد كه ادبيات موجود، هرچند در تبين جاىگاه، قلمرو، آثار حقوقى و برخى سازوكارهاى اجرايى نظارت شوراى نگهبان مفيد است؛ اما مسئله «تفويض رأى فقهي فقهاى شوراى نگهبان» را به عنوان يك مسئله مستقل فقهي صورت بندى نكرده است. به ويژه، در اين آثار كمتر ميان تفويض در تشخيص موضوع، تفويض در كشف حكم شرعى و تفويض در تصميم نهايى تفكيك شده است؛ در حالى كه امكان تفويض در موضوع شناسى گسترده تر و كم چالش تر از تفويض در كشف حكم است و تصميم نهايى، با توجه به جاىگاه قانونى و شرعى فقهاى شوراى نگهبان، نيازمند قيود جدى ترى است.

از اين رو، نوآورى مقاله حاضر آن است كه نظارت شرعى فقهاى شوراى نگهبان را در سه لايه افتائى، قضايى و حكومتى بازخوانى مى كند و ميان سه مرحله «موضوع شناسى»، «تكوين و تنظيم رأى فقهي پيشنهاده» و «تصويب و انتساب رأى نهايى» تفكيك مى دهد. تفويض مورد دفاع، ناظر به دو مرحله نخست است و به معنای سلب يا انتقال صلاحيت نهايى فقهاى شورا نيست. افزون بر تحليل فقهي، مقاله براى نخستين بار اين الگو را در قالب مواد پيشنهاده قابل الحاق به

آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان صورت‌بندی می‌کند.

بر این اساس، پرسش اصلی پژوهش آن است که آیا می‌توان تهیه و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی درباره مصوبات را به دیوانی از فقهای متخصص سپرد و در عین حال، با الزام به بررسی و تصویب صریح اکثریت فقهای شورای نگهبان، صلاحیت شرعی و قانونی نهایی آنان را محفوظ داشت؟

پاسخ پیشنهادی مقاله، تأسیس «دیوان تخصصی فقهی نظارت بر مصوبات» است. این دیوان در حوزه‌های موضوعی مختلف، با همکاری فقهای متخصص و کارشناسان موضوعی، موضوع را تنقیح، ادله را ارزیابی و رأی فقهی پیشنهادی مستدل را تنظیم می‌کند؛ با این قید بنیادین که رأی دیوان مشورتی است و فقط پس از تصویب صریح اکثریت فقهای شورای نگهبان، به‌عنوان نظر شرعی شورا ابلاغ می‌شود.

۱. مبادی تصویری

پیش از ورود به بحث نخست، لازم است برخی از مفاهیمی را که به‌نوعی از مبادی مسئله فقهی ما به‌شمار می‌روند، مورد بررسی قرار دهیم تا تصور دقیق‌تری نسبت به آن‌ها پیدا کنیم.

۱.۱/۱. اجتهاد

یکی از مفاهیمی که در این بخش مورد بررسی قرار داده و معنای لغوی و اصطلاحی آن را تبیین می‌کنیم، مفهوم «اجتهاد» است. اهمیت این بحث از آن جهت است که وقتی پرسش می‌شود: تقلید مجتهد از مجتهدی دیگر چه حکمی دارد؟ نخست باید مشخص شود که مجتهد کیست؟ و اجتهاد در لغت و اصطلاح فقه به چه معنایی به کار رفته است؟

«اجتهاد» از ریشه «ج ه د» و در باب افتعال، به معنای صرف تمام توان برای دستیابی به چیزی است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۳/۱۳۵). در اصطلاح فقهی، تعاریف گوناگونی از این اصطلاح ارائه شده است. ابن حابط آن را تلاش برای تحصیل

ظن به حکم شرعی دانسته است (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۴۶۳)؛ اما آخوند خراسانی این تعریف را ناقص می‌شمارد و اجتهاد را صرف توانایی در تحصیل حجت بر حکم شرعی - چه بالقوه و چه بالفعل - می‌داند (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۴۶۳). شیخ بهایی اجتهاد را «ملکه‌ای» می‌خواند که فقیه به وسیله آن قادر به استنباط حکم شرعی فرعی است (بهایی، ۱۴۲۳ق، ۱۵۹).

در میان فقها، دو نکته محل اختلاف است: نخست آنکه برخی، مانند ابن حاجب و سید مرتضی، اجتهاد را صرف کوشش دانسته‌اند (سید مرتضی، ۱۴۰۵ق، ۲۶۲/۲؛ خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۴۶۳)؛ در حالی که بسیاری، همچون شیخ بهایی، آن را «ملکه» می‌دانند. دوم آنکه عده‌ای توان بالقوه در استنباط را کافی می‌دانند؛ ولی گروهی تحقق بالفعل را شرط می‌دانند (عراقی، ۱۳۸۸، ۲۵). اهمیت توجه به این اختلاف نظر در پژوهش ما از این جهت است که وقتی فقها درباره حکم تقلید مجتهد از مجتهدی دیگر بحث می‌کنند، باید توجه داشته باشیم که چه تعریفی از مجتهد دارند؛ آیا مقصود آن‌ها صرف ملکه استنباط است یا اینکه مجتهد را کسی می‌دانند که علاوه بر برخورداری از ملکه استنباط، در مسئله مورد نظر بالفعل توانایی استنباط دارد.

جستارهای
فقهی و اصولی
سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۹۸

۱/۲. تقلید

یکی دیگر از مفاهیمی که در این پژوهش لازم است ابعاد مختلف آن مورد بررسی قرار گیرد، مفهوم تقلید است؛ زیرا وقتی مسئله تقلید مجتهد از مجتهدی دیگر مطرح می‌شود، باید روشن شود این تقلید به چه معنا است.

«تقلید» از ریشه «ق ل د» در باب تفعیل، به معنای آویختن چیزی بر گردن است؛ مانند «تقلید البدنه» که در حج، به نشانه قربانی، بر گردن شتر می‌آویختند (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ۱۹/۵؛ جوهری، ۱۴۰۱ق، ۵۲۷/۲).

در اصطلاح فقهی و اصولی، تعابیر مختلفی ارائه شده است: برخی تقلید را مقدمه عمل به احکام دانسته‌اند؛ مانند «قبول قول دیگران اعم از قول اجتهادی یا قول یقینی» (سبزواری، ۱۴۲۷ق، ۲۱۹/۲) و یا «قبول قول غیر به شرطی که مستند

به اجتهاد نباشد» (عاملی، ۱۴۱۴ق، ۶۹/۲). گروهی دیگر آن را «التزام عملی به قول مجتهد معین» می‌دانند، حتی اگر هنوز به آن عمل نشده باشد (یزدی، ۱۴۰۹ق، ۵/۱) یا اخذ فتوای غیر برای عمل به آن دانسته‌اند (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ۴۳۴/۲).

در مقابل، برخی تقلید را خود «یک نوع عمل» معرفی کرده‌اند؛ مانند «عمل به قول غیر بدون حجت معلوم» (حلی، ۱۴۱۹ق، ۳۹۸/۱) یا «عمل مستند به نظر دیگری» (ابن عاملی، ۱۴۳۱ق، ۲۴۲). برخی اشکال کرده‌اند که این دسته میان تقلید و مقدمات آن خلط کرده‌اند (صدر، ۱۴۲۰ق، ۷۵).

۱/۳. نظارت شرعی

«نظارت» از ریشه «نظر» به معنای مشاهده و تأمل است (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ۴۴۴/۵؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ۸۳۰/۲) و گاه به معنای «پاکیزه نمودن باغ» نیز به کار رفته است که در فقه هم استعمال دارد (زبیدی، ۱۴۱۴ق، ۵۳۷/۷؛ فیومی، بی‌تا، ۶۱۲/۲). دهخدا نیز آن را مصدر «نظر» و به معنای دیدن با اندیشه دانسته است (دهخدا، ۱۳۷۷، ۲۲۵۶۱/۱۴). برآیند این معانی، دقت و مراقبتی است که برای صیانت از شیء در برابر فساد اعمال می‌شود.

در اصطلاح مدیریتی، نظارت مقایسه «بایدها» با «هست‌ها» و «مطلوب‌ها» با «موجودها» است (محسن‌شینی، ۱۳۸۴، ۲۳) و در حقوق، مراقبت بر عمل دیگری برای تحقق صحیح تکلیف است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۳۶۵۰/۵).

«نظارت شرعی» گونه‌ای خاص از نظارت است که فقهای شورای نگهبان براساس اصول چهارم و نود و یکم قانون اساسی، به‌عنوان تکلیف شرعی و حقوقی، موظف هستند بر مطابقت قوانین با موازین اسلامی نظارت داشته باشند.

۲. موضوع شناسی تفویض

موضوع تفویض در این پژوهش، واگذاری سازمان‌یافته دو مرحله از فرایند نظارت شرعی است: نخست، تشخیص و تنقیح موضوع و دوم، بررسی ادله و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی مستدل. فقهای شورای نگهبان می‌توانند این دو مرحله

را به دیوان یا شعب تخصصی بسپارند؛ اما ملزم به تبعیت از نتیجه نیستند و رأی پیشنهادی تا هنگام بررسی و تصویب صریح اکثریت فقهای شورا، اثر حقوقی ندارد.

نمونه نزدیک این سازمان‌دهی، شورای فقهی بانک مرکزی است. مطابق ماده ۱۸ قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴۰۲، این شورا در ساختار بانک مرکزی برای حصول اطمینان از انطباق مصوبات و عملکردهای بانکی با موازین شرعی تشکیل می‌شود و پنج فقیه عضو آن، پس از پیشنهاد مشترک مدیر حوزه‌های علمیه و رئیس کل بانک مرکزی، با تأیید اکثریت فقهای شورای نگهبان انتخاب می‌شوند. الزام آور بودن تصمیمات آن شورا در قلمرو بانک مرکزی، جایگاه مستقل آن نهاد را نشان می‌دهد و به معنای قرارگرفتن آن زیر نظر شورای نگهبان یا محدودشدن صلاحیت فقهای شورا بر پایه اصل چهارم قانون اساسی نیست. ارزش این نمونه برای بحث حاضر، اثبات امکان ایجاد یک نهاد فقهی تخصصی با صلاحیت تعریف‌شده و حفظ مرجعیت نهایی نهاد مقرر در قانون اساسی است.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۰۰

۲/۱. تفکیک تفویض در تشخیص موضوع و کشف حکم

از سویی، در موضوع‌شناسی فقهی مسئله باید میان دو سطح تفویض تفکیک کرد: نخست، تفویض در تشخیص موضوع و تنقیح واقعیت‌های کارشناسانه؛ دوم، تفویض در کشف حکم شرعی و اعلام مغایرت یا عدم مغایرت مصوبه با موازین اسلامی. تفویض در سطح نخست، یعنی تشخیص موضوع، آسان‌تر و از نظر فقهی قابل دفاع‌تر است؛ زیرا بسیاری از مصوبات تقنینی و مقررات اجرایی ناظر به موضوعات تخصصی، مانند بانکداری، فناوری، شهرسازی، سلامت، محیط زیست، مالیات و حکمرانی فضای مجازی است و فقیه بدون گزارش دقیق کارشناسی نمی‌تواند موضوع حکم را به‌درستی احراز کند. در این سطح، کمیته یا دیوان تخصصی می‌تواند موضوع را تنقیح، مفروضات کارشناسی را روشن، آثار عملی مصوبه را بررسی و محل نزاع فقهی را برای فقهای شورا آماده کند.

در سطح دوم، یعنی کشف حکم و صورت‌بندی نتیجه، باید میان «تنظیم رأی فقهی پیشنهادی» و «تصویب رأی نهایی» تفکیک کرد. دیوان تخصصی می‌تواند همهٔ مراحل پژوهشی لازم را انجام دهد و حتی متن کامل و مستدل رأی مبنی بر مغایرت یا عدم مغایرت را پیشنهاد کند؛ اما این متن، به‌خودی‌خود رأی شورای نگهبان نیست. اثر شرعی و حقوقی مقرر در اصول چهارم و نود و ششم قانون اساسی، زمانی پدید می‌آید که اکثریت فقهای شورای نگهبان، پس از امکان مطالعه، پرسش، اصلاح یا رد پیشنهاد، آن را صریحاً تصویب کنند؛ بنابراین، الگوی مقاله، «تفویض در تکوین و تنظیم رأی پیشنهادی» و «حفظ تنفیذ نهایی» است، نه جایگزینی رأی غیر با رأی فقیه شورا.

همچنین، براساس اصل ۹۹ قانون اساسی، یکی از وظایف شورای نگهبان، نظارت بر انتخابات است. مادهٔ ۱ قانون نظارت شورای نگهبان بر انتخابات مصوب ۱۳۶۵/۵/۹، در بیان شیوهٔ اعمال این نظارت، مقرر می‌دارد: «پیش از شروع انتخابات از سوی شورای نگهبان پنج نفر از افراد مسلمان و مطلع و مورد اعتماد - به‌عنوان هیأت مرکزی نظارت بر انتخابات - با اکثریت آرا انتخاب و به وزارت کشور معرفی می‌شوند» (نظرپور، ۱۳۸۷، ۷۷). بر این اساس، می‌توان گفت که اعمال نظارت شورای نگهبان از طریق هیأت‌های نظارتی صورت می‌گیرد و بخشی از فرایند اجرایی این نظارت به این هیأت‌ها واگذار شده است. اینها برخی از نمونه‌هایی هستند که با بررسی ابعاد آن‌ها می‌توانند ایدهٔ تفویض نظارت شرعی شورای نگهبان به گروهی از فقها را تقویت کنند.

۳. تحریر مسئله

براساس اصل چهارم قانون اساسی، کلیهٔ قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشد و مرجع تشخیص اسلامی بودن قوانین بر عهدهٔ فقهای شورای نگهبان است (فتحی، کوهی اصفهانی و طاهری، ۱۳۹۸، ۳۵). بخشی از این وظیفهٔ نظارتی شورای نگهبان، با توجه به سازوکاری که در اصل ۹۴ قانون اساسی در نظر گرفته شده

امکان‌سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات
۱۰۱

است، نسبت به مصوبات مجلس صورت می‌گیرد؛ به‌طوری که پس از بررسی هر طرح یا لایحه در مجلس، رأی‌گیری در صحن علنی و کسب آرای اکثریت، مصوبه به شورای نگهبان ارائه می‌شود و شورای نگهبان موظف است که آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول، از نظر انطباق با موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و اگر آن را مغایر ببیند، برای تجدید نظر به مجلس بازگرداند و در غیر این صورت، مصوبه قابل اجرا خواهد بود (فتحی، کوهی اصفهانی و طاهری، ۱۳۹۸، ۱۵۳).

اما همه قوانین و مقررات کشور از طریق رأی‌گیری در مجلس ایجاد نمی‌شوند؛ بلکه حجم زیادی از مقررات کشور در قالب آیین‌نامه‌های اجرایی، توسط دولت یا دیگر نهادهای اجرایی تصویب می‌شوند. نظارت شورای نگهبان بر اسلامی بودن این مقررات به صورت ابتدایی نیست؛ بلکه مطابق ماده ۸۷ قانون دیوان عدالت اداری، هرگاه مصوبه‌ای صرفاً به سبب مغایرت با موازین شرعی مورد شکایت قرار گیرد، رئیس دیوان پس از تبادل دادخواست و دریافت پاسخ طرف شکایت، ضمن تعیین و تبیین هر یک از مواد و اجزایی که ادعای مغایرت آن‌ها با موازین شرعی شده است، موضوع را به همراه کلیه اسناد و مدارک پرونده، جهت اظهار نظر به شورای نگهبان ارسال می‌کند و نظر فقهای شورای نگهبان برای هیأت عمومی و هیأت‌های تخصصی لازم‌الاتباع است.

چالش عملی موجود در این زمینه آن است که حجم این شکایات بسیار زیاد است و بررسی و پاسخگویی به آن‌ها، زمان زیادی از فقهای شورای نگهبان می‌گیرد. با توجه به محدود بودن تعداد فقهای شورای نگهبان و حجم بالای این موارد، در بسیاری از موارد رسیدگی به این شکایات با تأخیر زمانی زیادی صورت می‌گیرد؛ به‌طوری که بررسی شکایات نشان می‌دهد در مواردی، پاسخ به یک شکایت بین یک تا دو سال به تأخیر افتاده است.

از سوی دیگر، نظارت شورای نگهبان نسبت به مقرراتی که خارج از فرایند تصویب مجلس وضع می‌شوند، پس از تصویب و اجرای آن‌ها و در پی طرح ادعای مغایرت با شرع صورت می‌گیرد؛ به‌طوری که معمولاً این نظارت زمانی

اعمال می‌شود که شکایتی از ناحیه دیوان عدالت اداری به شورای نگهبان ارسال شود. با توجه به حجم زیاد شکایات و محدودیت تعداد فقهای شورای نگهبان، به‌ندرت فقهای شورای نگهبان، رأساً و بدون طرح شکایت، از مغایرت یک مقررہ با شرع مطلع شوند.

از سوی دیگر، با توجه به اینکه این نظارت‌ها در موارد مذکور پس از تصویب و اجرای مقررات صورت می‌گیرد، ممکن است مقررہ‌ای خلاف موازین اسلامی باشد و برای مدتی به اجرا گذاشته شود و پس از گذشت مدتی، مغایرت آن با شرع کشف و اعلام شود. در چنین وضعیتی، هدف موردنظر در اصل چهارم قانون اساسی، یعنی تضمین انطباق قوانین و مقررات با موازین اسلامی، به صورت پیشگیرانه محقق نشده است.

اگر این حجم از شکایات و پاسخ‌های شورای نگهبان به آن‌ها را به صورت آماری مورد بررسی قرار دهیم، متوجه می‌شویم که سنخ بسیاری از این شکایات به گونه‌ای است که اگر بررسی تخصصی و جامعی نسبت به آن‌ها انجام گیرد، می‌توان به یک رویه واحد در پاسخ‌گویی به آن‌ها دست یافت؛ رویه‌ای که خود می‌تواند در صرفه‌جویی زمان و ارائه پاسخ‌های دقیق‌تر بسیار مؤثر باشد.

از مجموع این شواهد می‌توان به این جمع‌بندی رسید که نظارت شورای نگهبان در عمل، مطابق آنچه در قانون اساسی پیش‌بینی شده است، به صورت فراگیر اجرایی نمی‌شود؛ بلکه در مواردی مشاهده می‌شود که مقررات بدون انجام این نظارت شرعی تنظیم و اجرا می‌شوند. برخی از این موارد به شرح زیر است:

• برخی از مقررات و تصمیمات کشور حاصل مصوبات شوراهای شهر و شهرداری‌ها است که براساس اصل ۱۰۵ قانون اساسی، این تصمیمات نباید مخالف موازین شرع و قانون اساسی باشند.

• مصوبات شوراهای عالی کشور، مانند شورای عالی انقلاب فرهنگی، شورای عالی امنیت ملی، شورای عالی فضای مجازی و... نیز بخشی از مقررات و تصمیمات کشور را تشکیل می‌دهند.

با این حال، در عمل، سازوکار قانونی مشخصی برای نظارت بر شرعی بودن

امکان‌سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات

۱۰۳

این مصوبات وجود ندارد؛ به طوری که حتی دیوان عدالت اداری نیز صلاحیت رسیدگی و بررسی شکایات مربوط به مصوبات شوراها را ندارد. از این رو، زمینه‌ای برای اعمال نظارت شرعی شورای نگهبان بر این دسته از مصوبات وجود ندارد.

از این جهت، به نظر می‌رسد نظارت شورای نگهبان، مطابق آنچه در اصل ۴ قانون اساسی پیش‌بینی شده، به طور کامل محقق نمی‌شود؛ زیرا نظارتی که در اصل ۴ قانون اساسی مطالبه شده، نظارتی فراگیر است که تضمین‌کننده اسلامی بودن قوانین و مقررات است؛ ولی آنچه در عمل محقق می‌شود، نظارتی منفعلانه و ناقص است؛ به طوری که در بسیاری از موارد، تا زمانی که شکایتی نسبت به مخالفت یک مقرر با احکام اسلامی ثبت نشود و به طریقی مغایرت آن برای شورای نگهبان کشف نشود، این شورا اقدام به بررسی و اعمال نظارت نمی‌کند. گویی در عمل، اصل بر مطابقت قوانین و مقررات با موازین اسلامی دانسته شده است.

بررسی ابعاد مختلف رویه عملی فقهای شورای نگهبان نشان می‌دهد که ما در زمینه نظارت شرعی و تضمین رعایت موازین شرعی در فقه سیاسی و دادرسی اساسی شورای نگهبان، با دو مشکل روبه‌رو هستیم:

۱. عدم امکان عملی: فقیه توان تمهید و بررسی کافی برای این حجم فوق‌العاده از مقررات را ندارد و این عدم توانایی، سبب اطاله دادرسی و تعطیل حقوق عامه و نیز تضییع حقوق اشخاص در فرآیند طولانی دادرسی اساسی و نظارت شرعی می‌گردد.

۲. عدم اعتماد به نظر اجتهادی غیر: فرآیند اجتهاد و نظارتی که توسط شورای نگهبان صورت می‌گیرد، کاملاً فردی و قائم به شخص است؛ به طوری که هر فقیه در همه موضوعات، به تنهایی بذل وسع نموده و اجتهاد می‌کند. در حالی که، اولاً گستردگی مسائل قابل بررسی از نظر کمی بسیار زیاد است و ثانیاً مسائل در موضوعات مختلف و متنوعی مطرح می‌شود که ارائه نظر اجتهادی در هریک از این موضوعات، نیازمند مطالعات تخصصی و ویژه در آن موضوع است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۰۴

لذا مسئله‌ای که در اینجا وجود دارد این است که آیا به لحاظ فقهی، نظارت شورای نگهبان بر قوانین، نظارتی قائم به فرد است و باید شخصاً توسط این فقها صورت گیرد یا اینکه می‌توان گفت شورای نگهبان باید تشکیلاتی داشته باشد که این تشکیلات، با نظر شورایی و با برخورداری از فقیهان متخصص در زمینه‌های مختلف و نمایندگانی در دستگاه‌های گوناگون، این نظارت را محقق کند؟

به تعبیر دقیق‌تر، آیا این امکان وجود دارد که فقهای شورای نگهبان رأی فقهی خود را در این موارد به مجموعه‌ها و کمیته‌های تخصصی فقهی که زیر نظر شورای نگهبان مشغول به فعالیت هستند، واگذار کنند یا خیر؟ چالش فقهی قابل طرح و بررسی در این مسئله آن است که اولاً ماهیت این نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان چیست و ثانیاً آیا این نظارت شرعی، با در نظر گرفتن ماهیت فقهی آن، قابل تفویض به گروهی از فقها هست یا خیر؟ در ادامه، نخست به بررسی فقهی ماهیت نظارت شرعی می‌پردازیم و سپس بررسی می‌کنیم که آیا این تفویض از نظر فقهی امکان‌پذیر است؟

۴. بررسی فقهی ماهیت نظارت شرعی

نظام سیاسی کشور ما، نظامی مکتبی و ایدئولوژیک است. در جوامع مکتبی، مردم با پذیرش آزادانه مکتب، در حقیقت اعلام می‌کنند که می‌خواهند تمام امور خود را براساس مکتب پایه‌ریزی نمایند. به همین دلیل است که در اصل چهارم قانون اساسی تصریح شده است که تمامی قوانین و مقررات در نظام جمهوری اسلامی باید براساس موازین شریعت و احکام شرعی باشد و نهاد قانون‌گذار نمی‌تواند قوانینی مغایر با اصول مذهب رسمی کشور وضع کند (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ۵۸). در حکومت اسلامی، جایگاه حاکمیت و رهبری جامعه اسلامی از ناحیه خداوند تعیین می‌شود و این حاکمیت متعلق به پیامبر ﷺ و پس از ایشان امام معصوم علیه السلام است و در دوران غیبت کبری، براساس ادله مختلف عقلی و نصوص شرعی که در قرآن کریم و از ناحیه اهل بیت علیهم السلام بیان شده است، به فقیه جامع الشرایط منتقل می‌شود. از جمله شئون مختلف ولایت معصوم که در دوران غیبت

امکان‌سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات

به فقیه منتقل می‌شود، سه شأن ولایت در فتوا، ولایت در قضا و ولایت در اجرا است (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ۹۲، ۱۰۷، ۱۲۲).

این شئون فقیه، شئونی درهم‌تنیده هستند که به راحتی از یکدیگر قابل تفکیک نیستند. از این جهت، ممکن است فقیه کاری را با لحاظ همه یا برخی از این شئون، به صورت هم‌زمان انجام دهد.

شورای نگهبان در نظام قانون‌گذاری ما نهادی است که به منظور اطمینان از مطابقت قوانین با موازین شریعت شکل گرفته است. مقصود از احکام شرعی، احکام اولیه، احکام ثانویه و احکام حکومتی است (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ۳۲۵، ۳۲۷)؛ بنابراین، قوانین کشور نباید با هیچ‌یک از این احکام سه‌گانه مغایرت داشته باشند. به این صورت که در مرحله نخست، قوانین باید منطبق با احکام اولیه باشند؛ البته گاهی اوقات شرایطی در کشور ایجاد می‌شود که ایجاب می‌کند قوانین به صورت حکم ثانویه یا حکم حکومتی تصویب شوند.

براساس اصل ۹۹ قانون اساسی، مسئولیت نظارت بر انتخابات و تأیید صلاحیت نمایندگان بر عهده شورای نگهبان است. از سوی دیگر، فقهای شورای نگهبان دارای یک‌سری وظایف اجرایی داخلی، مانند تصویب آیین‌نامه‌های داخلی، سازمان‌دهی کارگروه‌های بررسی، تقسیم کار و صدور دستورهای اجرایی، تعیین سازوکارهای جمع‌آوری اطلاعات و مدیریت روند بررسی صلاحیت‌ها هستند.

از آنجا که در فقه سیاسی شیعه، اصل بر عدم ولایت است (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ۲۳۷)، هرگونه عمل حاکمیتی که متضمن حکم بر مردم، تصرف در حقوق عمومی، تشخیص مصلحت جمعی یا فصل خصومت و داوری در امور اجتماعی باشد، شرعاً متوقف بر ثبوت ولایت برای فاعل است. نظارت شورای نگهبان بر انتخابات دقیقاً از همین سنخ است؛ زیرا تشخیص صلاحیت یا عدم صلاحیت افراد، تصرف در حق عمومی نامزدی و رأی‌دادن است. احراز صحت یا بطلان انتخابات نیز متضمن صدور حکمی نافذ درباره سرنوشت عمومی است. اعلام رد صلاحیت نیز در حکم تصمیمی قضایی - اداری و لازم‌الاجرا است. این امور بدون ولایت شرعی ممکن نیست؛ بنابراین، قانون اساسی هنگامی که چنین

اختیاری را به فقهای شورای نگهبان واگذار می کند، بالا‌صالحه ولایت در قضا و اجرا را برای آنان مفروض گرفته است.

البته با توجه به اینکه بخشی از اعضای شورای نگهبان فقیه هستند و همان گونه که در بخش های قبل اشاره شد، فقیه از ناحیه معصوم، به صورت بالقوه دارای چنین ولایتی است. این ولایت برای فقهای شورای نگهبان به صورت ولایت شرعی بالفعل محقق می شود؛ اما برای سایر اعضای شورای نگهبان، این ولایت به صورت ولایت قانونی و حقوقی است.

در نگاه اولیه، نظارت بر اسلامی بودن قوانین نیز مستلزم ثبوت ولایت در افتا است؛ اما بررسی صورت های مختلف نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان نشان می دهد که این نظارت بر اسلامی بودن قوانین، در برخی موارد، نوعی شأن قضایی است و از باب ولایت در قضا صورت می گیرد که در بخش های بعدی، ابعاد آن را بررسی خواهیم کرد.

با در نظر گرفتن این مقدمات، نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان را نمی توان صرفاً در قالب افتا یا قضا تحلیل کرد؛ بلکه این نظارت، به اعتبار جایگاه شورای نگهبان در فرایند تقنین و تضمین اسلامیت نظم حقوقی، واجد شأن حکومتی نیز هست. از این رو، نظارت شرعی شورا را می توان در سه سطح تحلیل کرد: شأن افتائی در کشف حکم شرعی، شأن قضایی در رسیدگی پسینی به ادعای مغایرت مقررات با شرع و شأن حکومتی در اعمال ولایت عمومی برای صیانت از اسلامیت قانون و نظم تقنینی. توجه به این سه شأن، در نتیجه پژوهش اثرگذار است؛ زیرا قلمرو و امکان تفویض در هریک از این سطوح یکسان نیست.

۴/۱. شأن ولایت در افتا در نظارت شرعی

چنان که در مباحث قبل اشاره شد، نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر مصوبات مجلس، به صورت پیشینی و فعال است و پیش از تأیید شورای نگهبان، مصوبه مجلس لازم الاجرا نخواهد بود. در این صورت، شورای نگهبان به عنوان جزئی از نهاد قانون گذار، دارای نقشی ویژه در وضع قانون است. از این جهت،

امکان سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات
۱۰۷

ماهیت این نظارت شرعی با لحاظ ولایت در افتا است.

در این موارد، فقهای شورای نگهبان به سبب برخورداری از قدرت فقاہت و ملکہ اجتہاد فقہی، در مواجهه با هر قانون و مقرره، در گام نخست با مراجعه به منابع دین، حکم خدا را در موضوع مصوبه کشف می کنند و نظر دین را در آن موضوع خاص اعلام می نمایند. این اقدام در اصطلاح «افتا» نامیده می شود (عبدالرحمان، بی تا، ۱/۲۴۴). از آنجا که افتا برای اجرای حکم در سطح کلان جامعه کافی نیست و برای تبدیل حکم شرعی به قانون، باید لباس قانون عرفی بر آن پوشاند، فقهای شورای نگهبان در گام بعدی، اقدام به نسبت سنجی میان مصوبه و آن فتوا می کنند و تلاش می کنند قانون را با حکم شرعی تطبیق دهند. در گام نهایی، مغایرت یا عدم مغایرت آن مصوبه با احکام شرعی و موازین اسلامی را احراز می نمایند.

پیمودن این مسیر، همراه با افتا و نوعی اجتہاد فقہی است. ازاین رو، در این موارد می توان گفت ماهیت نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان، نوعی قانون گذاری است و مستلزم اجتہاد فقہی است.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۰۸

۴/۲. شأن ولایت در قضا و نظارت شرعی

چنان که در مباحث قبل اشاره شد، نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان بر غیر از مصوبات مجلس، به صورت پسینی و انفعالی صورت می گیرد. در این نوع نظارت، پس از آنکه شکایتی نسبت به قانون یا مقرره ای، مبنی بر مغایرت آن با موازین شرعی، توسط شخص حقیقی یا حقوقی ثبت شد، فقهای شورای نگهبان اقدام به بررسی آن قانون یا مقرره می کنند و مغایرت یا عدم مغایرت آن مصوبه را احراز می نمایند. در این موارد، فرض بر آن است که تا پیش از نظارت شورای نگهبان، آن مصوبه به صورت لازم الاجرا است و این نظارت با هدف توقف اجرای مصوبات مغایر با موازین شرعی صورت می گیرد.

دقت در نوع نظارت فقهای شورای نگهبان در این موارد نشان می دهد که این نظارت با لحاظ شأن قضا صورت می گیرد؛ زیرا در فضای نظارت شرعی پسینی،

فقیه ناظر با فضای اجرا و اعمال حکم مواجه است و سعی می کند قانون اجرا شده را از حیث مطابقت با احکام شرع در مقام اجرا به بوته نقد بگذارد و در صورت مغایرت، زمینه جبران آثار آن را فراهم سازد. این تحلیل از شأن نظارتی شورای نگهبان در این موارد، مبتنی بر فهمی عقلایی است؛ از این رو، در نظام های حقوقی مدرن، نهاد متناظر با این نوع نظارت شرعی، «نهاد دادرسی قانون اساسی» نامیده می شود که ماهیتی کاملاً قضایی دارد.

۴/۳. شأن ولایت حکومتی در نظارت شرعی

افزون بر دو شأن افتائی و قضایی، نظارت شرعی شورای نگهبان از جهت حضور در فرایند تقنین و صیانت از اسلامیت نظام حقوقی، شأن حکومتی نیز دارد. تقنین صرفاً اعلام حکم شرعی یا فصل خصومت نیست، بلکه بخشی از تدبیر عمومی جامعه و تنظیم قواعد الزام آور عمومی است. از این رو، اعمال نظارت شرعی بر مصوبات تقنینی، به ویژه در مقام جلوگیری از ورود حکم مغایر با شریعت به نظام حقوقی، نوعی اعمال ولایت حکومتی برای حفظ نظم شرعی و حقوقی جامعه است. مبنای مختار در این مقاله آن است که قلمرو حکمرانی شرعی را نباید به معنای «منطقه خالی از شریعت» یا حوزه ای بیرون از هدایت تشریعی شارع فهم کرد. در فقه امامیه، حتی در قلمروهایی که نص خاص یا حکم الزامی تفصیلی وجود ندارد، حاکم اسلامی در خلأ هنجاری عمل نمی کند؛ بلکه در چارچوب اصول عام شریعت، مقاصد شرعی، مصالح عمومی، قواعد نفی عسر و حرج، حفظ نظام، منع اضرار، عدالت و منع مخالفت با احکام قطعی شرع تصمیم می گیرد؛ بنابراین، قلمرو حکمرانی را می توان «منطقه تنظیم و تدبیر عمومی» نامید؛ یعنی حوزه ای که در آن، شارع جهت ها، حدود و قیود کلان را مقرر کرده است؛ اما تعیین سازوکارهای اجرایی، تشکیلات اداری، تقسیم کار نهادی و شیوه های کارشناسی را به ولی امر و نهادهای مأذون از او واگذار کرده است.

بر این اساس، تفویض در ساحت حکومتی با تفویض در افتا و قضا تفاوت دارد. در افتا، مسئله اصلی، حجیت رأی اجتهادی غیر برای مجتهد است؛ در

امکان سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات
۱۰۹

قضا، مسئله اذن در منصب داوری و فصل خصومت است؛ اما در حکمرانی، مسئله اصلی، تنظیم نهادی فرایند انجام تکلیف عمومی است. ایجاد دیوان تخصصی فقهی، در صورتی مجاز است که سه سطح آن از یکدیگر تفکیک شود: موضوع‌شناسی و کارشناسی؛ تهیه و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی و بررسی، تصویب و انتساب رأی نهایی. دو سطح نخست قابل واگذاری هستند؛ ولی سطح سوم، به حکم اصول چهارم و نود و ششم قانون اساسی، در صلاحیت فقهای شورای نگهبان باقی می‌ماند.

پس پرسش درست این نیست که آیا فقیه شورا می‌تواند بدون احراز شخصی، از فتوای عضو دیوان تقلید کند؛ بلکه پرسش آن است که آیا می‌توان سازوکاری ایجاد کرد که محصول کامل پژوهش فقهی را به صورت «رأی پیشنهادی» در اختیار فقهای شورا قرار دهد. پاسخ مثبت است، مشروط بر آنکه هر فقیه امکان ارزیابی ادله را داشته باشد، شورا اختیار اصلاح یا رد پیشنهاد را حفظ کند و هیچ رأیی بدون تصویب صریح اکثریت فقهای شورا، به‌عنوان نظر شرعی شورای نگهبان ابلاغ نشود.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۱۰

۵. بررسی فقهی تفویض نظارت شرعی

پس از روشن‌شدن ماهیت نظارت شرعی، باید به بررسی این مسئله پردازیم که با در نظر گرفتن ماهیت فقهی این نظارت، آیا امکان واگذاری آن وجود دارد؟ از آنجا که اشاره شد این نظارت شرعی در سه سطح افتائی، قضایی و حکومتی قابل تحلیل است، باید بررسی کنیم که در هر یک از این سطوح، واگذاری یا سازمان‌دهی نهادی با چه چالش‌هایی مواجه است. در صورتی که نظارت شرعی ماهیت افتا داشته باشد، چالش اصلی این است که آیا یک مجتهد می‌تواند از مجتهد دیگر تقلید کند؟ در صورتی که ماهیت قضایی داشته باشد، مسئله در قالب امکان تفویض امر قضا تحلیل می‌شود و در صورتی که از منظر ولایت حکومتی نگریسته شود، مسئله اصلی، امکان تأسیس سازوکارهای تخصصی ذیل صلاحیت نهایی فقهای شورای نگهبان است.

۵/۱. بررسی کلمات فقها در مسئله تفویض در افتا

بررسی کلمات فقها نشان می‌دهد که در این مسئله، دیدگاه‌های مختلفی مطرح شده است که در ادامه، به بررسی این دیدگاه‌ها و ادله هریک می‌پردازیم.

۵/۱/۱. دیدگاه مشهور

مشهور فقها معتقدند تقلید از غیر، بر کسی که ملکه استنباط احکام را داشته باشد، حرام است (انصاری، ۱۴۰۴ق، ۵۳)، گرچه این شخص در مسئله مورد نظر استنباط نکرده باشد و بالفعل در آن مسئله مجتهد نباشد. قائلین به این دیدگاه، در مجموع، به ادله زیر استدلال کرده‌اند:

تناسب حکم و موضوع: برخی از فقها، مانند مرحوم آقا ضیاء و امام خمینی، معتقدند که موضوع حکم عدم جواز تقلید در این مسئله، توانایی استنباط است و از آنجا که در فرض مسئله، شخص دارای ملکه استنباط است، تقلید بر او حرام خواهد بود (عراقی، ۱۳۸۸، ۲۸۵؛ خمینی، ۱۴۲۶ق، ۶).

بنای عقلا: برخی از فقها معتقدند دلیل بر جواز تقلید از غیر، بنای عقلا بر رجوع جاهل به عالم است. موضوع بنای عقلا، جاهلی است که خودش راهی برای رسیدن به واقع ندارد. وقتی شخصی توانایی استنباط احکام شرعی را دارد، راهی برای رسیدن به واقع دارد و با رجوع به ادله و منابع و تلاش برای استنباط، می‌تواند وظیفه شرعی خود را پیدا کند؛ از این رو، چنین شخصی حق رجوع به غیر ندارد. از سوی دیگر، ما در میان عقلا بنایی نداریم که شخص عالم به عالم دیگری رجوع کند (خمینی، ۱۴۲۶ق، ۶). مرحوم آقای خویی در تقریری دیگر از این استدلال معتقد است که ادله‌ای که بر جواز رجوع جاهل به عالم دلالت دارد، از شخصی منصرف است که دارای ملکه استنباط است؛ زیرا چنین شخصی می‌تواند حجت به دست آورد. به‌ویژه اینکه چنین فردی با رجوع به ادله به جزم می‌رسد؛ ولی هنگامی که به غیر رجوع می‌کند، همچنان احتمال خطا وجود دارد (خویی، ۱۴۱۱ق، ۱۴).

اجماع تبعدی: مرحوم شیخ انصاری که از قائلین به این دیدگاه است، در بیان

استدلال می‌فرماید: «در بین فقهای شیعه هیچ کس قول به جواز را بیان نکرده است» (انصاری، ۱۴۰۴ق، ۵۳). مرحوم آقای خوبی از این تعبیر مرحوم شیخ انصاری استفاده کرده‌اند که ایشان در این مسئله به اجماع تعبدی استدلال می‌کنند (خویی، ۱۴۱۱ق، ۱۴).

عموم قرآنی و سنت: مرحوم شیخ انصاری در بیان استدلالی دیگر معتقد است که عمده دلیل در این مسئله آن است که اصل بر تقریرات و عموم ادله‌ای است که بر وجوب رجوع به قرآن و سنت برای فهم احکام دلالت می‌کند و از این ادله تنها افرادی خارج می‌شوند که قاصر از فهم و استنباط احکام هستند؛ بنابراین، وقتی کسی دارای ملکه استنباط احکام شرعی است و قادر به فهم احکام از منابع است، ترک استنباط و تقلید از غیر بر او حرام خواهد بود (انصاری، ۱۴۰۴ق، ۵۳).

تحصیل علم، مقتضای فطرت: مرحوم اصفهانی در بیان استدلالی می‌فرماید: «فطرت انسان مقتضی است که انسان سراغ تحصیل علم برود؛ همچنان که طبیعت انسان او را به سمت رفع جهل برمی‌انگیزاند، نه تبعیت از عالم. اگر او را به سمت تبعیت از عالم برانگیزاند، در فرضی است که او تمکن نداشته باشد، خودش حجت به دست آورد و به علم برسد» (اصفهانی، ۱۳۷۴ق، ۴۶۴/۳).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۱۲

۵/۱/۲. قول به جواز و ارزیابی آن

در میان فقهای امامیه، قول معتبری گزارش نشده است که تقلید مجتهد از مجتهد دیگر را به طور مطلق تجویز کند. از این رو، جواز تفویض رأی نهایی فقهای شورای نگهبان را نمی‌توان بر یک قول مطلق در باب تقلید مجتهد بنا کرد. سید مجاهد در مفاتیح الاصول، جواز مطلق را به برخی از فقهای اهل سنت نسبت می‌دهد؛ ولی خود، تقلید کسی را که توان استنباط دارد جایز نمی‌داند (مجاهد طباطبایی، ۱۲۹۶ق، ۶۰۴)؛ بنابراین، محل بررسی در فقه امامیه، تنها فروض استثنایی، مانند عجز شخصی یا ضیق وقت است، نه یک قاعده عام برای جایگزینی رأی مجتهدی با رأی مجتهد دیگر.

بعضی از فقها در مقام طرح ادله برای قائلین به جواز برآمده‌اند و معتقدند

از جمله ادله قائلین به جواز تقلید آن است که وقتی شخصی تمکن از اجتهاد داشته باشد؛ ولی در مسئله تحقیق نکرده باشد، در حکم جاهل است و بنای عقلا بر رجوع جاهل به عالم دلالت دارد؛ از این رو، چنین شخصی می‌تواند در این مسئله از مجتهدین دیگر تقلید کند (خویی، ۱۴۱۱ق، ۱۴).

البته در اشکال به این استدلال بیان شده است که ادله‌ای که رجوع جاهل به عالم را جایز می‌داند، از این فرد منصرف است؛ زیرا چنین شخصی می‌تواند در این مسئله تحقیق کند و به حجت دست یابد. علاوه بر این، هنگامی که چنین شخصی به قول غیر رجوع می‌کند، در نظر او احتمال دارد آن مجتهد در استنباط احکام دچار خطا شده باشد و نوعی شک در حجیت قول غیر در حق خودش وجود دارد و این شک برای او مساوی با جزم به عدم حجیت قول غیر برای اوست. از سوی دیگر، چنین شخصی مصداق آیه «فَسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» (نحل: ۴۳) نیست؛ زیرا او خودش در نهایت اهل ذکر است (خویی، ۱۴۱۱ق، ۱۴).

۵/۱/۳. قول به تفصیل

در بین فقها بعضی معتقد به تفصیل شده‌اند. در ادامه به بررسی برخی از مهم‌ترین اقوال قائل به تفصیل در این مسئله می‌پردازیم.

۵/۱/۳/۱. ضیق وقت یا عجز از تحقیق در مسئله

برخی از فقها معتقدند تقلید از شخصی که تمکن از اجتهاد دارد، در فرض ضیق وقت یا عجز از تحقیق در مسئله جایز است؛ زیرا قول به وجوب اجتهاد در این فرض، مستلزم تکلیف به مالایطاق است (موسوی قزوینی، ۱۲۵۸ق، ۱/۲۲۷). این قول، حتی در صورت پذیرش، ناظر به وضع استثنایی شخصی است که با وجود ملکه اجتهاد، در همان مسئله و در زمان لازم، واقعاً قادر به تحصیل حجت نیست؛ بنابراین از آن نمی‌توان قاعده‌ای عام برای واگذاری صلاحیت افتا یا الزام مجتهد به پیروی از رأی فقیه دیگر استخراج کرد. وضع فقهای شورای نگهبان نیز از سنخ عجز شخصی از استنباط نیست؛ مشکل

اصلی، کثرت پرونده‌ها، پیچیدگی موضوعات و محدودیت نهادی زمان است. ازاین‌رو، نظریه ضیق وقت، نهایتاً می‌تواند مؤید واگذاری موضوع‌شناسی، تتبع، تحلیل ادله و تنظیم پیش‌نویس رأی باشد، نه مجوز تقلید فقهای شورا یا انتقال رأی نهایی آنان؛ پس فقیه شورا باید امکان احراز و تصویب آگاهانه نتیجه را داشته باشد.

۵/۱/۳/۲. پیچیدگی راه رسیدن به واقع

برخی از فقها معتقدند تقلید از اعلم، در فرضی جایز است که راه رسیدن به واقع برای مجتهد پیچیده شود؛ زیرا فقیه در این شرایط نسبت به شخص اعلم، عامی محسوب می‌شود.

در اشکال به این نظریه گفته شده است که اگر دلیل تقلید از اعلم را وجود قصور در خود مستنبط بدانیم، این قصور در اعلم نیز قابل تصور است؛ همچنانکه در بسیاری از موارد مشاهده می‌شود که مسئله حتی برای شخص اعلم نیز پیچیده شده و راهی برای رسیدن به واقع وجود نداشته است. اگر این قصور در دلیل استنباط باشد، دیدگاه فقیه اعلم نیز در محل شبهه خواهد بود (موسوی زنجانی، ۱۳۱۶ق، ۱۹).

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۱۴

۵/۱/۴. دیدگاه‌های مشابه

در میان فقهای متأخر، دیدگاه‌هایی درباره نوع اجتهاد مطرح شده است که برخی از آن‌ها را می‌توان در شمار دیدگاه‌های تفصیلی در این مسئله برشمرد. در ادامه، به برخی از این دیدگاه‌ها اشاره می‌کنیم.

۵/۱/۴/۱. اجتهاد متوسط

نظریه اجتهاد متوسط که در سال‌های اخیر توسط برخی از محققین مطرح شده است، به بیان این نکته می‌پردازد که کسی که خود را متمکن از اجتهاد در پاره‌ای از مبادی استنباطی فروع می‌داند، می‌تواند در برخی از مبادی استنباط که در اثر تحقیق و تتبع، به خلاف نظر مرجع تقلید خود رسیده است، به رأی خود عمل کند

و آن را به مبادی ای که با تقلید از مرجع خود دریافت می کند، ضمیمه نماید و به نتیجه آن در فرع فقهی عمل کند.

قائلین به این دیدگاه در بیان استدلال معتقدند همه ادله جواز تقلید در فروع، اعم از آیات، سنت، بنای عقلا و دلیل عقلی انسدادی، برای اثبات جواز تقلید در مبادی استنباطی احکام نیز جریان دارد (حاجی سیدجواد، ۱۳۸۸، ۹).

در نگاه اولیه، این نظریه ناظر به مبادی اجتهاد است و خارج از محل نزاع در مسئله ما است؛ اما نکته ای که در این نظریه می تواند برای ما الهام بخش پاسخی جدید در مسئله باشد، این است که حد وسط استفاده شده در این استدلال، قابل تعمیم به پاسخ مسئله مورد نظر ماست. به این صورت که گفته شود در اجتهاد، دو لایه قابل تصویر است: لایه اول، جایی است که فقیه با در نظر گرفتن مبانی، به منابع استدلال رجوع می کند و تلاش می کند شواهد و ادله ای برای پاسخ به مسئله پیدا کند. لایه دوم، جایی است که فقیه تلاش می کند براساس ادله و قرائن موجود، تحلیلی جدید ارائه دهد و پاسخی مناسب برای مسئله پیدا کند.

چه بسا بتوان گفت با توجه به گستردگی مسائل در موضوعات مختلف و عدم احاطه یک فقیه بر همه موضوعات، گروهی از فقها اقدام به موضوع شناسی و تحقیق در لایه اول نمایند و گروهی دیگر از فقها، مبتنی بر تحقیقات آنان، اقدام به پاسخگویی و ارائه رأی فقهی نمایند.

۵/۱/۴/۲. فقه النظریه

فقه النظریه، روشی بدیع در متون فقهی است که با هدف کشف نظریات بنیادی اسلام در عرصه های گوناگون، چون اقتصاد، حقوق، سیاست و غیره دنبال می شود. این روش نوین از ابداعات فقیه متفکر، سید محمدباقر صدر است. البته عنوان «فقه النظریه» را خود شهید صدر جعل نکرده است؛ اما با تأمل در روش شناسی کشف نظریات اقتصادی که توسط ایشان اجرا شده است، مناسب بودن این نام برای روش مزبور آشکار می گردد (آقائری، ۱۳۹۲، ۱۰).

یکی از ویژگی های مهم فقه النظریه که سبب شد ما این نظریه را در شمار

نظریات دیگر بر شماریم، آن است که در فقه النظریه، فقیه در طرح نظریه خود می‌تواند از آرای فقهی سایر فقها که هماهنگی بیشتری با نظریه دارد، استفاده کند؛ هرچند خود از نظر فقهی بدان فتوا ندهد. این ویژگی از چالش برانگیزترین مباحثی است که شهید صدر در طراحی روش فقه النظریه مطرح می‌کند. ایشان تصریح می‌کند که تمامی احکام مورد استفاده در راستای کشف نظریات اقتصادی که در کتاب اقتصادنا گردآوری نموده است، نظر اجتهادی ایشان نیست و در مواردی، نظر سایر فقها را ترجیح داده است.

ایشان در توجیه این عمل می‌گویند: «در بعضی از حالات، کشف نظریه اسلامی و قواعد مکتبی کامل و شامل که با روبنای شریعت و تفصیل احکام فقهی منسجم باشد، امکان‌پذیر نیست. تنها راه غلبه بر این مشکل، استفاده از آرای سایر فقهاست» (صدر، ۱۴۲۴ق، ۴۶۰).

به عبارت دیگر، اگر محقق فقه النظریه صرفاً به آرای فقهی خود در مجموعه احکام گردآوری شده اکتفا کند، ممکن است در مسیر کشف نظریه متوقف شود؛ چراکه گاهی نظرات فقهی محقق، از هماهنگی لازم با نظریه برخوردار نیست. در این صورت، اکتفا به نظرات فقهی شخصی، منجر به توقف کشف نظریه شده و ثمرات راهبردی فقه النظریه نیز از دست می‌رود؛ اما از آنجا که «المیسور لا یتربک بالمعسور»، محقق می‌تواند با بهره‌گیری از نظرات سایر فقها، از بن‌بست به وجود آمده عبور کرده و در مسیر کشف نظریه گام بردارد.

محقق فقه النظریه به دنبال قوانین کلی در عرصه‌های پژوهشی خویش است تا بدین وسیله فقه را از چارچوب احکام خرد و فردی رها کرده و وارد عرصه‌های کلان اجتماعی نماید. اساس فقه النظریه بر این تفکر استوار است که احکام شریعت، اگرچه در ظاهر جدا و منفرد به نظر می‌رسند؛ اما در واقع با یکدیگر مرتبط بوده و از یک نظریه منسجم و متقن سرچشمه گرفته‌اند. به عبارت دیگر، هر حکمی به صورت منفصل از سایر احکام جعل نشده و شارع مقدس براساس یک مجموعه خطوط کلی، به جعل احکام پرداخته است (آقائزلی، ۱۳۹۲، ۱۰).

وظیفه فقه النظریه، کشف این خطوط کلی است تا در امتداد آن، چارچوب

کلان اقتصادی، حقوقی، سیاسی و اجتماعی اسلام مشخص گردد. البته روشن است که خروجی این نظریه، مجموعه‌ای از قضایای بنیادین است که اساس مکتب اقتصادی، سیاسی و اجتماعی اسلام را شکل می‌دهد و در آن، فقیه به دنبال کشف خطوط کلی حاکم بر احکام به‌ظاهر متفرق است (آقائری، ۱۳۹۲، ۱۱)؛ بنابراین، حتی خود شهید صدر که مبتکر این نظریه است، آن را در کشف مسائل خرد فقهی استفاده نکرد.

اهمیت این نظریه از این جهت است که شورای نگهبان در بررسی‌های متعدد خود، گاهی به رویه واحدی می‌رسد که نوعاً ناظر به خطوط کلی شریعت در حوزه‌های سیاسی، اقتصادی و... است. در این موارد، می‌توان از این ایده اجتهادی شهید صدر استفاده کرد.

۵/۲. بررسی کلمات فقها در مسئله تفویض در قضا

در بحث قضا باید میان دو مسئله تفکیک کرد: نخست، نصب یا تفویض امر قضا به فقیه جامع الشرایط؛ دوم، اذن دادن به شخص غیر مجتهد یا مقلد برای قضاوت براساس فتوای مجتهد زنده، آن هم در فرض فقدان قاضی مجتهد و ضرورت جلوگیری از تعطیل حقوق. کلام صاحب مناهل مربوط به مسئله دوم است و انتقال آن به بحث تقلید مجتهد در مقام افتا، خلط دو باب مستقل فقهی خواهد بود. صاحب مناهل در مبحث شرایط قاضی، این فرض را مطرح می‌کند که شخص نرسیده به رتبه اجتهاد، هنگامی که دسترسی به قاضی مجتهد ممکن نیست، با تقلید از مجتهد زنده عهده‌دار قضاوت شود. استدلال او به عسر و حرج، کمبود تعداد لازم قضات مجتهد، تعطیل حقوق و اموال و باقی ماندن منازعات ناظر است؛ زیرا منحصر کردن همه دعاوی در قضاوت مجتهدان واجد شرایط، در بسیاری از زمان‌ها و مکان‌ها به اختلال نظام قضایی و گسترش نزاع می‌انجامد (مجاهد طباطبایی، بی‌تا، ۶۹۸-۶۹۹)؛ بنابراین، «ضرورت» در این عبارت، ضرورت سامان دادن امر قضا است، نه مجوزی برای تقلید مجتهد از مجتهد دیگر در افتا.

صاحب جواهر نیز در همین زمینه، پس از نقل شرط اجتهاد، امکان نصب

امکان‌سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات
۱۱۷

شخصی را بررسی می‌کند که احکام را از راه تقلید دانسته و بر قابلیت اذن مجتهد به مقلد خویش برای قضاوت براساس فتاوی او استدلال می‌نماید؛ هرچند این دیدگاه در میان فقها محل اختلاف است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۹۱۸/۴۰). در این تصویر، منبع حکم، فتوی مجتهد است، قاضی مأذون، مأمور تطبیق و فصل خصومت است و نفوذ عمل او از اذن معتبر ناشی می‌شود. پس بحث «تفویض اجرای قضا» است، نه انتقال ملکه اجتهاد یا حجیت بخشیدن به تقلید یک مجتهد از مجتهد دیگر. در مقابل، شیخ انصاری قضاوت غیرمجتهد را حتی با فرض اذن نافذ نمی‌داند و ادله نصب را ناظر به فقیه واجد شرایط می‌شمارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ۴۰۳۸). پس اختلاف صاحب مناهل و صاحب جواهر با این دیدگاه، اختلافی در باب «قاضی مأذون غیرمجتهد» است. بر این مبنا، اشکال به اطلاق سخن شیخ انصاری در باب عدم جواز تقلید مجتهد، ناشی از خلط قضا با افتا است و در نتیجه وارد نیست. برای مسئله حاضر، این مناقشه فقط می‌تواند مؤید امکان جداسازی نهادی تولید نظر تخصصی از مرحله تنفیذ نهایی باشد، نه دلیل استقلال دیوان از فقهای شورای نگهبان.

۵/۳. تفویض از منظر ولایت حکومتی و نسبت آن با حکم و موضوع

اگر نظارت شرعی شورای نگهبان از منظر ولایت حکومتی تحلیل شود، تفویض مورد بحث ناظر به اداره و سازمان‌دهی فرایند نظارت است. ایجاد دیوان یا شعب تخصصی، انتقال ولایت یا صلاحیت قانون اساسی نیست؛ بلکه تمهیدی نهادی برای تحقق دقیق‌تر و سریع‌تر وظیفه‌ای است که اصل چهارم بر عهده فقهای شورای نگهبان نهاده است.

در این چارچوب، دیوان می‌تواند موضوع را تنقیح کند، نظر کارشناسان را اخذ نماید، ادله فقهی و اقوال را گردآوری و ارزیابی کند و رأی فقهی پیشنهادی کامل - شامل منطوق، مستندات و آثار حقوقی - را تنظیم نماید. با این حال، این محصول تا پیش از بررسی و تصویب صریح اکثریت فقهای شورای نگهبان، صرفاً یک نظر مشورتی است.

در نتیجه، الگوی قابل دفاع عبارت است از «تفویض تکوین و تنظیم رأی

پیشنهادی» همراه با «عدم تفویض تنفیذ نهایی». این جمع، هم از ظرفیت تقسیم کار تخصصی بهره می‌گیرد و هم انتساب شرعی و قانونی نظر نهایی به فقهای شورای نگهبان را حفظ می‌کند.

۵/۴. الگوی الحاق موادی به آیین نامه داخلی شورای نگهبان

با توجه به اینکه اصول چهارم و نود و ششم قانون اساسی، تشخیص نهایی عدم مغایرت مصوبات با موازین اسلامی را به فقهای شورای نگهبان سپرده‌اند، قانون عادی نمی‌تواند این صلاحیت را به نهادی دیگر منتقل کند. با این حال، تنظیم تشکیلات و تقسیم کار داخلی شورا، بدون سلب صلاحیت نهایی فقها، در قالب آیین نامه داخلی امکان‌پذیر است. از این رو، متن زیر به عنوان مواد الحاقی پیشنهادی به آیین نامه داخلی شورای نگهبان ارائه می‌شود:

ماده پیشنهادی ۱: به منظور ارتقای سرعت، دقت و تخصص در نظارت شرعی بر مصوبات و مقررات، «دیوان تخصصی فقهی نظارت بر مصوبات» زیر نظر فقهای شورای نگهبان تشکیل می‌شود. دیوان در حدود این مواد، عهده‌دار موضوع‌شناسی، بررسی اجتهادی و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی است.

ماده پیشنهادی ۲: دیوان دارای شعب تخصصی متناسب با حوزه‌های اقتصادی و بانکی، حقوق عمومی، قضایی، فرهنگی و اجتماعی، سلامت و محیط زیست، فناوری و سایر موضوعات مورد نیاز است. اعضای فقیه هر شعبه از میان مجتهدان یا صاحب نظران واجد توان استنباط در حوزه تخصصی مربوط، با تصویب اکثریت فقهای شورای نگهبان انتخاب می‌شوند. کارشناسان موضوعی می‌توانند بدون حق رأی فقهی در شعب حضور یابند.

ماده پیشنهادی ۳: وظایف هر شعبه عبارت است از تنقیح موضوع و تبیین آثار واقعی و حقوقی مصوبه، گردآوری و ارزیابی ادله، اقوال و رویه‌های فقهی مرتبط، تنظیم رأی فقهی پیشنهادی مستدل درباره مغایرت یا عدم مغایرت مصوبه با موازین اسلامی و پاسخ به پرسش‌ها و انجام بررسی تکمیلی مورد درخواست فقهای شورای نگهبان.

امکان‌سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات

ماده پیشنهادی ۴: رأی دیوان و شعب آن مشورتی است و به تنهایی هیچ اثر حقوقی ندارد. رأی پیشنهادی فقط پس از بررسی و تصویب صریح اکثریت فقهای شورای نگهبان، در حدود اصول چهارم و نود و ششم قانون اساسی، به فقهای شورا مستند و به عنوان نظر شورای نگهبان ابلاغ می شود. سکوت، عدم رد یا تأیید کلی روش رسیدگی، جایگزین تصویب صریح نیست.

ماده پیشنهادی ۵: ارجاع پرونده به دیوان، نافی صلاحیت فقهای شورای نگهبان برای رسیدگی مستقیم نیست. فقهای شورا می توانند رأی پیشنهادی را تأیید، اصلاح، برای بررسی مجدد اعاده یا رد کنند. ترتیب ارجاع، نصاب داخلی شعب، مهلت رسیدگی و سازوکار رسیدگی فوری به مصوبات دارای مهلت قانون اساسی، در دستورالعملی به تصویب اکثریت فقهای شورای نگهبان می رسد.

بر اساس این پیشنهاد، «تفویض رأی فقهی» در معنای دقیق و قابل پذیرش آن، تفویض اختیار تولید و تنظیم رأی پیشنهادی است؛ اما مرحله ای که به رأی اثر الزام آور می بخشد، به صراحت در اختیار فقهای شورای نگهبان باقی می ماند. بدین ترتیب، پیشنهاد هم قابلیت تبدیل به قاعده نهادی را دارد و هم با نصاب و مرجع مقرر در قانون اساسی تعارض پیدا نمی کند.

نتیجه گیری

اصل چهارم قانون اساسی، تضمین انطباق همه قوانین و مقررات با موازین اسلامی را بر عهده فقهای شورای نگهبان نهاده است؛ اما کثرت و تخصصی شدن مقررات و محدودیت زمانی رسیدگی، استفاده از یک سازوکار نهادمند و تخصصی را ضروری ساخته است.

تحلیل فقهی نشان داد که باید میان سه ساحت افتا، قضا و حکمرانی و نیز میان سه مرحله موضوع شناسی، تهیه و تنظیم رأی پیشنهادی و تصویب رأی نهایی تفکیک کرد. امکان تفویض در این مراحل و ساحت ها یکسان نیست.

در مقام افتا، رأی مجتهد دیگر برای فقیه شورای نگهبان، صرفاً به دلیل ضیق وقت نهادی یا کثرت پرونده ها، حجت جایگزین نمی شود؛ بنابراین، آنچه قابل

واگذاری است، موضوع‌شناسی، تتبع، تحلیل ادله و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی است؛ نه احراز و تصویب نهایی مغایرت یا عدم مغایرت.

در مقام قضا، کلام صاحب مناہل درباره قاضی غیر مجتہد مأذون، ناظر به فرض فقدان قاضی مجتہد و ضرورت جلوگیری از تعطیل حقوق و اختلال نظام است. صاحب جواهر این ظرفیت را در چارچوب اذن مجتہد بررسی می‌کند، در حالی که شیخ انصاری نفوذ قضاوت غیر مجتہد را حتی با اذن نمی‌پذیرد. از این رو، این مناقشه در باب قضا است و نمی‌توان آن را مستند جواز تقلید مجتہد در افتا یا مبنای اشکال به اطلاق سخن شیخ انصاری قرار داد.

در ساحت حکمرانی، ایجاد دیوان تخصصی فقهی، سازمان‌دهی انجام یک وظیفه عمومی است. این دیوان می‌تواند رأی فقهی پیشنهادی کامل و مستدل را تولید کند؛ اما محصول آن تا پیش از تصویب صریح اکثریت فقه‌های شورای نگهبان، مشورتی و فاقد اثر حقوقی است.

بر همین مبنا، مقاله پنج ماده پیشنهادی برای الحاق به آیین‌نامه داخلی شورای نگهبان ارائه کرد که ساختار دیوان، شعب تخصصی، وظایف، وصف مشورتی آراء و اختیار کامل فقه‌های شورا در تأیید، اصلاح، اعاده یا رد رأی پیشنهادی را روشن می‌سازد.

پاسخ نهایی آن است که «تفویض رأی فقهی» اگر به معنای انتقال صلاحیت نهایی فقه‌های شورای نگهبان باشد، قابل پذیرش نیست؛ اما اگر به معنای تفویض تکوین و تنظیم رأی فقهی پیشنهادی به نهادی تخصصی، همراه با بررسی و تصویب صریح اکثریت فقه‌های شورا باشد، از نظر فقهی و حقوقی قابل دفاع و از حیث عملی کارآمد است.

امکان‌سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات

منابع

قرآن کریم

ابن عاملی، حسین بن زین الدین. (۱۴۳۱ق). معالم الدین و ملاذ المجتهدین. چاپ دوازدهم. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

ابن فارس، احمد. (۱۴۰۴ق). المعجم فی مقایس اللغة. تحقیق و تصحیح: عبدالسلام محمد هارون. قم: مکتب الإعلام الاسلامی.

ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ق). لسان العرب. تحقیق و تصحیح: جمال الدین میردامادی. بیروت: دارالفکر.

اصفهانى، محمدحسین. (۱۳۷۴ق). نهایه الدرايه فی شرح الکفایه. قم: سیدالشهدا علیه السلام.

انصاری، مرتضی بن محمدامین. (۱۴۰۴ق). اجتهاد و تقلید. قم: مکتبه المفید.

آقانظری، حسن. (۱۳۹۲). روش شناسی فقه نظریات اقتصادی از منظر شهید صدر. مجله معرفت اقتصادی، ۴(۲)، ۱۰.

آیین نامه داخلی شورای نگهبان، مصوب ۱۳۷۹/۴/۲۲، با اصلاحات بعدی.

بهایى، محمد بن حسین. (۱۴۲۳ق). زبده الاصول. قم: نشر مرصاد.

جعفری لنگرودی، محمد، تاریخ نشر ۱۳۸۱ش، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.

جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰ق). الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیه. تحقیق و تصحیح احمد عبدالغفور عطار. بیروت: دارالعلم للملایین.

حاجی سیدجوادی، سید فرید. (۱۳۸۸). گزارشی از همایش کرسی نظریه پردازی اجتهاد متوسط. مجله فقه اهل بیت علیه السلام، ۱۵(۵۸-۵۹)، ۳۵۵-۳۶۴.

حلی، حسن بن یوسف (علامه حلی). (۱۴۱۹ق). نهایه الاحکام فی معرفه الاحکام. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

خراسانی، محمدکاظم بن حسین. (۱۴۰۹ق). کفایه الاصول. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

خلخالى، سید محمد مهدی موسوی - مترجم، جعفر الهادی، ۱۴۲۲ق، حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه، قم - ایران ناشر: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، تاریخ نشر: ۱۴۲۲ ه.ق.

خمینی، سیدروح الله موسوی. (۱۴۲۶ق). الاجتهاد و التقليد. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خویی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۱ق). الرأى السديد فى الاجتهاد و التقليد و الاحتياط و القضاء.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۲۲

چاپ دوم. قم: المطبعة العلمية.

دهخدا، علی اکبر، تاریخ نشر ۱۳۷۳ش، لغت نامه دهخدا، تعداد مجلدات ۱۵، تهران، ایران، نشر روزنه.
زبیدی، محمد مرتضی. (۱۴۱۴ق). تاج العروس من جواهر القاموس. تحقیق و تصحیح علی هلالی و علی سیری. بیروت: دارالفکر.
سبزواری، محمدباقر بن مؤمن. (۱۲۴۷ق). ذخیره المعاد فی شرح الإرشاد. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

سید مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۰۵ق). رسائل شریف مرتضی. تحقیق و تصحیح سیدمهدی رجائی. قم: نشر دارالقرآن الکریم.
صدر، رضا. (۱۴۲۰ق). الاجتهاد و التقليد. چاپ دوم. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
صدر، سید محمدباقر. (۱۴۲۴ق). اقتصادنا (موسوعة الشهيد الصدر). قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصیه للشهید الصدر.
عاملی، علی بن حسین (محقق ثانی). (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. چاپ دوم. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

عبدالرحمان، محمود. (بی تا). معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهيہ. بی جا: بی نا.
عراقی، ضیاء الدین. (۱۳۸۸). الاجتهاد و التقليد. تقریرات میرزا هاشم آملی. قم: نوید اسلام.
فتحی، محمد، کوهی اصفهانی، کاظم و طاهری، سیدمحسن. (۱۳۹۸). قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
فیومی، احمد بن محمد مقری، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، تعداد جلد: ۱، ناشر: منشورات دار الرضی، بی تا، نوبت چاپ: اول، مکان چاپ: قم- ایران
قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصول چهارم و نود و ششم.

قانون بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، مصوب ۱۴۰۲/۳/۳۰، ماده ۱۸.
مجاهد طباطبائی، سید محمدعلی. (۱۲۹۶ق). مفاتیح الاصول. قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
مجاهد طباطبائی، سید محمدعلی. (بی تا). کتاب المناهل. قم: مؤسسه آل البيت.
محسن شیخی، علی اصغر، (۱۳۸۴ش). نظارت و باررسی. قم: زمزم هدایت. چاپ اول.
مرتضایی، سید احمد. (۱۳۹۰). بررسی قلمروی نظارت شورای نگهبان. معرفت. ۲۰(۶)، ۱۱۷.
موسوی زنجانی، محمد بن ابوالقاسم. (۱۳۱۶ق). التنقیذ لاحکام التقليد. تهران: احمد شیرازی.
موسوی قزوینی، سید ابراهیم. (۱۲۵۸ق). نتایج الافکار. بمبئی: مؤلف.
نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. تحقیق و تصحیح

امکان سنجی
تفویض رأی فقهی
شورای نگهبان در
نظارت شرعی بر
مقررات

۱۲۳

عباس قوچانی و علی آخوندی. چاپ هفتم. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
نظرپور، مهدی و مرکز تحقیقات اسلامی سپاه. (۱۳۸۷). آشنایی با نظام جمهوری اسلامی
ایران. قم: زمزم هدایت.
هدایت‌نیا، فرج‌الله، ۱۳۸۷ش، شورای نگهبان، پرسش‌ها و پاسخ، نشر کانون اندیشه جوان،
چاپ اول، تهران.
یزدی، سید محمدکاظم. (۱۴۰۹ق). العروة الوثقی فیما نعم به البلوی. چاپ دوم. بیروت: مؤسسة
الاعلمی للمطبوعات.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۲۴