

## مفهوم مصلحت و جایگاه آن در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران

● شهرام حسن پور \*

چکیده: اختلاف نظر میان شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی در خصوص مصوبات این مجلس، درپاره‌ای موارد منجر به اصرار هر یک از دو نهاد تقنینی و کنترل‌کننده مذکور، بر رأی و نظر خود شده است. تکرار این وضعیت در شرایطی که قانون اساسی در این زمینه ساکت بود، راه حلی را می‌طلبید. بنابراین، به دستور حضرت امام علیه السلام مجمع تشخیص مصلحت نظام تشکیل شد.

جایگاه قانونی و عملکرد این نهاد جدید - که در اصلاحات قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ وارد قانون اساسی شد - پس از بیان مفهوم مصلحت و ماهیت فقهی و حقوقی آن در این نوشتار بررسی شده است. در این بررسی نقش مصلحت در احکام ثانوی و نیز در تعارض احکام شرع به عنوان پایه درک جایگاه حقوقی مجمع مطمح نظر بوده، و از سوی دیگر به ضرورت داشتن یا ضرورت نداشتن این نهاد، و راههای قانونی و عملی کاهش، یا جلوگیری از اختلاف میان دو نهاد تقنینی و کنترلی توجه شده است.

واژه‌های کلیدی: ۱. احکام شرع ۲. مصلحت ۳. قانون اساسی ۴. مجمع تشخیص مصلحت نظام  
۵. مجلس شورای اسلامی ۶. شورای نگهبان

## طرح موضوع و کلیات

براساس قانون اساسی، مرجع قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران، مجلس شورای اسلامی است. همچنین، قوانین مصوب می‌باید در چارچوب شرع مقدس اسلام و قانون اساسی باشد. نهاد شورای نگهبان، تضمین این شرایط است که با اعلام مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با قوانین شرع و قانون اساسی، به آنها اعتبار می‌بخشد. به‌طور کلی، مجلس بدون شورای نگهبان اعتبار ندارد.

برخی از قوانینی که به وسیله شورای نگهبان رد می‌شوند، ضرورت و اهمیت خاصی دارند؛ به‌طوری که مجلس نمی‌تواند براحتی رد آنها را بپذیرد، زیرا سکوت مجلس در این موارد به معنای سکوت ماندن آن قوانین و در نهایت بی‌نصیب ماندن جامعه از اهداف و منافع آنها خواهد بود.

از آنجاکه تنها مرجع ایجاد قوانین مجلس است و نقش شورای نگهبان نیز - به اصطلاح فقهی - برای «اعتبار ما وقع است نه ایجاد مالم يقع»، لذا ردّ پاره‌ای از قوانین به وسیله شورای نگهبان، موجب بروز رویه‌ای شد که مجلس بر مصوبه خودش اصرار می‌کرده و این اصرار گاهی موجب جرح و تعدیل قوانین و تأمین نظرات شورای نگهبان می‌شد، و گاه نیز سالها در جریان ردّ و اصرار دو شورا بلا تکلیف و سرگردان می‌ماند.

در قانون اساسی نیز احتمال اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان پیش بینی نشده بود. در نتیجه، مجلس برای حل مشکل و خروج از بن‌بست، به رهبر انقلاب اسلامی، حضرت امام (ره)، متوسل شد.

همه اینها دست به دست هم دادند تا نهاد جدیدی به نام «مجمع تشخیص مصلحت نظام» به دستور حضرت امام (ره) شکل بگیرد. این نهاد در اصلاحات قانون اساسی (سال ۱۳۶۸) به‌طور قانونی در اصل یکصد و دوازدهم جای گرفت.

برای بررسی این موضوع در این طرح، ما با دو پدیده روبرو هستیم؛ یکی مصلحت و ماهیت آن، و دیگری «مجمع تشخیص مصلحت نظام» به عنوان سازمانی رسمی در نظام جمهوری اسلامی ایران که مطابق با قانون اساسی، «تشخیص مصلحت» به عنوان مهمترین وظیفه آن برشمرده شده است.

مصلحت بحثی است که ماهیت و صبغه حقوقی و فقهی دارد. سازمان تشخیص مصلحت در نظام جمهوری اسلامی ایران، ماهیتی سیاسی دارد و به حقوق اساسی نیز برمی‌گردد. پژوهشهایی که تاکنون در خصوص موضوع این طرح صورت گرفته است، عمدتاً به چند مقاله در نشریات و چندین کتاب برمی‌گردد که از نظر شکل و محتوای آنها را به دو دسته تقسیم نمود:

اول، پژوهشهایی که هدف مستقیم آنها به طرح و بررسی جایگاه سیاسی مجمع در ارکان نظام برمی‌گردد، و به ماهیت فقهی - حقوقی مصلحت توجهی ندارد.

دوم، شامل پژوهشهایی است که به ماهیت فقهی - حقوقی پدیده مصلحت می‌پردازد، بدون اینکه به مجمع تشخیص مصلحت نظام و نقش و جایگاه سیاسی آن در نظام، توجهی داشته باشد. این مقاله، درصدد است تا هر دو هدف پژوهشی فوق را در یک مجموعه منسجم و جامع دنبال کند. ضمن اینکه، هیچ یک از تحقیقات پژوهشی گذشته در حدی یک طرح جامع و کامل به این موضوع پرداختند؛ یعنی در حد تحقیقی که بخواهد ماهیت علمی و نظری مصلحت را در ارتباط با کارکرد عملی - سیاسی یک نهاد بررسی کند.

ضرورت دیگری که این تحقیق را اجتناب‌ناپذیر می‌کند، این است که علی‌رغم قانونمند شدن مجمع در اصلاحات قانون سال ۱۳۶۸ تا همین اواخر، حرکت قابل توجهی در جهت سازماندهی و تشکیلات مجمع صورت نگرفت. مقام معظم رهبری اواخر سال ۱۳۷۵، آقای هاشمی رفسنجانی را به سمت ریاست این مجمع برگزیدند. بدین ترتیب، موقعیت خاص و قابل توجهی از مجمع در اذهان عمومی، محافل علمی و مجامع سیاسی داخلی و خارجی شکل گرفت. از نظر تاریخی، در این تحقیق پس از تبیین شرایط سیاسی و عوامل تاریخی مؤثر در شکل‌گیری مجمع، این سؤال مطرح می‌شود که آیا شکل‌گیری مجمع، یک ضرورت قانونی و سیاسی حتمی و اجتناب‌ناپذیر بوده است آیا نقشها و کارکردهای مورد انتظار مجمع، از طریق نهادها و مراجع جاری قانونی دیگر قابل تأمین و تحصیل نبود؟

البته، باید این نهاد نوپا در حوزه نظام قانونگذاری و نهادهایی همچون: مجلس و شورای نگهبان، مطالعه و بررسی شود. بنابراین، باید پرسید که روابط متقابل مجلس، شورای نگهبان و مجمع چگونه

است؟ آیا مجمع در طول آنهاست، یا در عرض این نهادها فعالیت می‌کند؟

پاسخ دقیق همه این سؤاها، مستلزم این است که ماهیت و حقیقت علمی - نظری پدیده مصلحت در فقه و حقوق تبیین شود، زیرا قانون اساسی مهمترین وظیفه آن را تشخیص مصلحت برشمرده است. پس، باید پرسید که آیا مصلحت، قانون است یا منبع قانون؟ یا اینکه اصلاً موضوعات قوانین است که می‌باید تشخیص داده شوند؟

اگر مصلحت، قانون باشد، آیا مجمع می‌تواند یک مرجع قانونگذاری باشد؟ اگر قانون نباشد، توالی فاسد آن چیست؟ در ضرورت یا عدم ضرورت مجمع، باید گفت که قانون اساسی در ابتدای امر، مسئله اختلاف احتمالی میان مجلس و شورای نگهبان را پیش‌بینی نکرده بود. همچنانکه پیش از این یادآوری شد، سکوت مجلس در برابر همه مصوبات مردود، مطلوب و پسندیده نمی‌باشد، زیرا تنها مرجع ایجاد قوانین مجلس است. از این‌رو، به محض رد آنها از سوی شورای نگهبان، نباید اهداف و اغراض اصلی طرح آن قانون فراموش شوند. سکوت مجلس به منزله فراموشی آنهاست. در نتیجه، تنها راه حل ممکن در اصرار و پافشاری مجلس نهفته است. از آنجا که قانون اساسی به این مهم نیز نپرداخته بود، لذا به دنبال موضوعیت و عینیت قضیه، مقام رهبری اولین مرجعی بود که بدان رجوع شد.

مخالفت با احکام اولیه شرع، دلیل شورای نگهبان در رد اولین قانون مورد اختلاف (طرح قانونی اراضی شهری) بود. در حالی که، مجلس با علم و آگاهی و در مقام احکام ثانویه، آن را تصویب کرده بود و انتظار داشت که شورای نگهبان نیز بدین نکته توجه کند.

به دنبال رد آن از طرف شورای نگهبان، مجلس احتمالاً چنین استنباط کرد که شورای نگهبان، تصویب احکام ثانویه را در صلاحیت مجلس نمی‌داند. به همین دلیل، مجلس طی نامه‌ای از مقام رهبری خواست که صلاحیت تصویب احکام ثانویه را به استناد نظارت ایشان بر قوای سه‌گانه، به مجلس شورای اسلامی واگذار نماید.

به دنبال آن، مجلس شورای اسلامی برای جلب توجه شورای نگهبان، در ماده اول همان قانون اعاده شده تصریح می‌کند که این قانون بنابر ضرورت و استناد به احکام ثانویه و به‌طور موقت تصویب

می‌شود. از این به بعد، عنوان مصلحت بتدریج جانشین ضرورت شد.

رابطه مصلحت با احکام ثانویه چگونه است؟ آیا همه احکام ثانویه بر مصلحت مبتنی‌اند؟ اگر صلاحیت تشخیص احکام ثانویه مبتنی بر مصلحت از طرف مقام رهبری به مجلس واگذار شده باشد، پس چرا مجدداً نهادی به اسم مجمع تشخیص مصلحت نظام شکل گرفت؟ چگونه ممکن است فقهای منصوب رهبری در شورای نگهبان با این مصلحت سنجی مجلس مخالفت نمایند، و بعد همین مصالح رد شده به وسیله منصوبان دیگر رهبر در مجمع تأیید و تصویب شود؟

حضرت امام (ره) مایل بودند که شورای نگهبان با عنایت به اهمیت مسئله مصلحت و تأیید مصوبات مجلس، مانع شکل‌گیری یک نهاد جدید در ارکان نظام بشود. اما اصرار شورای نگهبان بر رد برخی از قوانین دیگر، عملاً موجب شکل‌گیری مجمع تشخیص مصلحت نظام شد. عدم اقتناع شورای نگهبان، ریشه در عوامل خاصی دارد که به روش کار داخل آن شورا مطابق اصل نود و ششم قانون اساسی برمی‌گردد. این اصل، صلاحیت تأیید مصوبات مجلس از نظر انطباق با احکام شرع را فقط در شش مجتهد شورای نگهبان منحصر کرده است. واقعیت این است که مجمع درباره اختلاف مجلس و شورای نگهبان، همان نقش شورای نگهبان را تکرار می‌کند. اما اگر ماهیت مجمع را به عنوان سازمان مشاوره رهبری تعریف کنیم، در این صورت می‌توان گفت که تشخیص واقعی مصلحت در اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان، در صلاحیت مقام رهبری است و مجمع، مقام رهبری را در این مهم یاری می‌دهد.

با این تحلیل، دیگر لزومی ندارد که اساساً اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان، در اصل مربوط به مجمع تشخیص مصلحت وارد بشود؛ زیرا اگر مرجع حل اختلاف را رهبری بدانیم، در این صورت موضوع فوق می‌بایست در ردیف وظایف و اختیارات رهبری بیاید. همچنین، ذکر نشدن آن در ردیف وظایف و اختیارات رهبری نیز مشکل خاصی را به وجود نمی‌آورد، زیرا این صلاحیت از روح قانون اساسی با توجه به انتصاب فقهای شورای نگهبان از سوی ایشان و نیز نظارتشان بر همه قوای سه‌گانه و بی‌اعتباری مجلس بدون شورای نگهبان، قابل تحصیل است.

### حسن و قبح ذاتی و هدفمندی شریعت

نظام و اصول اعتقادی شرع مقدس اسلام، در علم کلام مطالعه و بررسی می‌شود. موضوع علم کلام، افعال خداوند است. وضع شریعت در مقام شارع الهی نیز یکی از همین شئون و افعال خداوند محسوب می‌شود. از همان سالهای اولیه، به تدوین و تکمیل علم کلام توجه شد. در این بحث، سؤال اصلی این است که هدف از وضع قوانین - که جلوه‌ای از طرف ذات مقدس پروردگار است - چیست؟ گروهی مشهور به اشاعره، منکر هدفمندی افعال خداوند در وضع شریعت شدند و آن را دون شأن و ذات او دانستند. مطابق اعتقاد اینان، احکام شرع تابع مصالح و مفاسد نیستند. از این رو، ممکن است شارع مقدس به چیزی امر کند که در آن مفسده باشد یا از چیزی نهی نماید که در آن مصلحت باشد. مهم این است که شارع بر آنها امر و نهی کرده است. پس به ناچار باید همه آنها را حمل بر مصلحت کنیم. به عبارت دیگر، ما حق نداریم بگوییم که خداوند عادل است تا امر و نهی او نیز مبتنی بر عدل باشد؛ زیرا: «الحسن ما امر به الشارع و القبیح ما نهی عنه». این کار، تقييد افعال خداوند است. با تقييد افعال خداوند به عدل یا حسن و قبح، لازم می‌آید که شارع حکیم در تشریح خودش محدود و مقید باشد و این تحدید و تقييد، هرگز در شأن او نیست (مذکور، بی تا، ج ۱، ص ۱۶۸). بنابراین، امری که در آن مفسده وجود دارد، پس از اینکه متعلق امر شارع قرار می‌گیرد، آن امر ذومفسده به ذو مصلحه تبدیل می‌شود. همچنین، نهی شارع از یک امر ذومصلحه، می‌تواند ذومفسده بسازد (بجنوردی، بی تا، صص ۵۲-۵۰)

در مقابل اینان، «عدلیه» معتقدند که برخی افعال قطع نظر از اینکه مورد اراده تکوینی یا تشریحی شارع قرار بگیرند، در ذات خود با افعال دیگر تفاوت دارند. یعنی، برخی از افعال در ذات خود عدل است. طبعاً، شارع مقدس نیز کارهای خودش را با معیار عدل برمی‌گزیند. از اینجا، بحث حسن و قبح ذاتی افعال و اشیا مطرح می‌شود.

چیزی که ما را به حسن و قبح ذاتی این افعال و امور رهنمون می‌کند، صرفاً عقل است. به همین دلیل، از حسن و قبح ذاتی به حسن و قبح عقلی نیز تعبیر شده است، و امور پیشگفته را «مستقلات» - از این حیث که درک و شناخت آنها به تنهایی از طریق عقل ممکن است - نیز می‌نامند

نتیجه بسیار مهم نظریه حسن وقبح ذاتی، اعتقاد به هدفمندی احکام شرع است. یعنی، احکام شرع به طور جزاف و بیهوده جعل نشده‌اند. هدف کلی همه احکام شرع نیز جلب منافع بندگان و دفع مفسدات از آنهاست. از هدفداری احکام شرع، حکمت و علل احکام نیز تعبیر می‌شود. منظور از حکمت، همان انگیزه و غایت شارع از جعل و تشریح احکام می‌باشد؛ یعنی جلب منافع بندگان و دفع مفسدات از آنها، که مرادف مصلحت می‌باشد (ریسونی، ۱۳۷۶، ص ۳۱):

«در این حال، مقصود از حکمت، مقصود اصلی از تشریح حکم است که غالباً با صفت ظاهر و معینی که علت نامیده شده، مرتبط است و دست یافتن به آن برای مردم به هنگام تعریف احکام شرع آسان است. و همین حکمت، علت حقیقی ترخیص شارع است. لیکن شارع نمی‌گوید، هر جا دچار سختی شدید، مشمول ترخیص می‌شوید، بلکه برای تحقق مشقت، نشانه‌ها و عوامل خاصی می‌گذارد و آنها را معین می‌کند، که اصولیان آنها را «اوصاف ظاهر منضبطه» یا علتها می‌نامند، و با بودن این علتها ترخیص صورت می‌گیرد؛ مانند: سفر، بیماری، ناتوانی، اضطرار و ...» (کره، ۱۳۷۶، ص ۳۱)

پس، به طور کلی واجمالی باید پذیرفت که کلیه احکام شرع، مبتنی بر حکمت و مصلحت هستند؛ اگر چه به طور دقیق و معین به آنها علم و آگاهی نداشته باشیم، زیرا ممکن است مصالح متعدّد و بسیار و علم دقیق آنها نزد خود شارع باشد.

### ملاکات و مدارک احکام شرع

مصلحت، مبنای کلیه احکام شرع است. قاعده: «کل ما حکم به الشرع حکم به العقل و کل ما حکم به العقل حکم به الشرع»، قاعده کلی کلامی و اعتقادی مسلمی است که در حوزه فقه و اصول نیز وارد شد، و یک اصل و قاعده اصولی مشهوری از آن استنتاج گردید که به قاعده «ملازمه» شهرت دارد. البته، قسمت دوم قاعده مطلق نیست؛ یعنی عقل نسبت به درک فلسفه و علل تام همه احکام شرع، عاجز و ناتوان است. در هر حال، ناتوانانی عقل در درک و بیان مصالح و همه حکمت‌هایی که احکام شرع بر آنها

بنا شده است، موجب خدشه و خلل‌پذیری قاعده فوق نمی‌شود. این، به ضعف عقل ما و آماده نبودن خودمان در ادراک همه مصالح و حکمتهای احکام شرع برمی‌گردد. وظیفه علم فقه، تعیین حقوق و تکالیف بندگان در رابطه با خداوند و نیز روابط با همدیگر می‌باشد.

این حقوق و تکالیف، با استناد به منابع احکام به دست می‌آیند. منابع احکام با مبانی احکام تفاوت دارد. کتاب، سنت، اجماع و عقل، منابع استنباط احکام در فقه شیعه به شمار می‌روند (دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، ۱۳۶۴، ص ۱۷۴):

«ناگفته نماند که واژه مبنا و منبع، معادل واژه «Base» و «Source» می‌باشد که در قرون اخیر، حقوقدانان مسلمان نیز در مباحث خود به کار برده‌اند. و لذا مقدار زیادی از ابهام این دو واژه به خاطر بی سابقه بودن آنها در جامعه اسلامی است. اصطلاحی که از دیرباز در میان فقهای مسلمان به جای مبنا و منبع به کار رفته است، ملاکات و مدارک بود؛ که مراد از اولی [ملاکات] مبانی احکام، و مراد از دومی [مدارک] منابع حقوق است. روشن است که ملاک احکام عبارت از اصولی است که احکام و مقررات اجتماعی براساس آن وضع گردیده، و مدارک احکام عبارت از منابعی است که از مسیر آنها احکام و وظایف اجتماعی در اختیار ما قرار می‌گیرد.»

یکی دیگر از علمای حقوق درباره تفاوت منابع و مبانی احکام و قوانین می‌گوید (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹، ص ۴۲):

«اصول قابل استناد برای اثبات حق یا تکلیف را منابع باید نامید. به این ترتیب، بین منابع حقوق و مبانی حقوق، رابطه عموم خصوص من وجه هست. در حقوق اسلام با اینکه منبع اصلی حقوق و تکالیف، خداوند است، از نظر قابلیت استناد برای اثبات حق تکلیف، چهار منبع حقوقی را معرفی می‌کنند که نزد امامیه عبارت است از: کتاب، سنت، اجماع و عقل. چون این چهار منبع وسیله اثبات حق و تکلیف است، آنها را «آدله» می‌نامند.»

در واقع باید گفت که مبانی یک نظام حقوقی، کلی‌ترین اصول و قواعدی است که نظام بر آنها استوار است. این کلیات، هیچگاه نمی‌توانند مستند حق و تکلیف قرار بگیرند.



### مدرک عقل و استنباط احکام شرع

بحث انگیزترین دلیل یا منبع استنباط احکام در فقه شیعه، دلیل عقل است. اصولیان شیعه برای اثبات حجیت عقل، از دروازه‌ای به نام حسن و قبح ذاتی یا عقلی وارد می‌شوند. منابع اصلی و اولیه استنباط احکام، کتاب و سنت بودند. اما بتدریج به دنبال افزایش فاصله زمانی با سنت رسول اکرم ﷺ و فوت صحابه و تابعان آن حضرت و نیز اختلاف در تفسیر کتاب الهی، لزوم رجوع به دلایل دیگر؛ یعنی عقل و اجماع، قوت گرفت.

در کیفیت حجیت عقل و توجیه آن، مباحث فراوانی در گرفت. دلیل عقل، منبعی است که با در نظر گرفتن مبانی، حکم مورد نظر توجیه می‌شود. اما در دلایل و منابع دیگر، به‌طور اجمالی و کلی پذیرفته می‌شود که همه آنها بر اصل مصلحت و حکمت استوارند. و نیز در حجیت و استنباط دلیل عقل ما باید براساس مبانی آن حکم به قطع و یقین برسیم که آن حکم دارای مصلحت است، و نیز مصلحت آن هیچ تعارض و تنافی با شرع ندارد. به عبارت دیگر، ممکن است درباب عقل، مبنا و دلیل حکم در یک جا جمع باشند. عقل در این موارد، هم جزء مبانی برخی از احکام، و هم جزء دلیل آنهاست. مستقلات عقلی همگی جزء مبانی احکام محسوب می‌شوند، و عقل و شرع در استنباط آنها یکسانند. در غیر مستقلات عقلی، شرع مبانی دلیل عقل خواهد بود و عقل اجمالاً می‌پذیرد که همه آنها مبتنی بر مصلحت و حکمت هستند.

استفاده از عقل در اجتهاد، احتمالاً از زمان خود پیامبر ﷺ شروع شد. احادیثی که از ایشان به هنگام اعزام مبلغان به مناطق مختلف در آن روزگار نقل شده، مؤید این مدعاست. به هنگام اعزام معاذبن جبل به یمن نقل شده است که رسول اکرم ﷺ از وی پرسید:

«بم تحکم؟ قال: بكتاب الله. قال: فان لم تجد؟ قال: سنة رسول الله. قال: فان لم تجد؟ قال: اجتهد

برأیی.»

سپس، پیغمبر ﷺ نیز همین روش را تأیید کردند.

در مورد دیگر، پیامبر ﷺ به ابن مسعود فرمودند:

«اقض بالكتاب و السنة اذا وجدتهما. فان لم تجد الحكم فيهما، اجتهد برأيك.»

آنچه که به این مقاله ارتباط پیدا می‌کند، در واقع روش و دروازه‌های است که اصولیان شیعه از طریق آن به حجیت عقل می‌رسند. معیار در حجیت عقل، تحصیل «قطع» است. شارع این قطع تحصیلی را تأیید کرده است. در اصطلاح اصول، حجیت قطع جعلی نیست. بلکه انجعالی است. یعنی حجیت قطع عقلی ذاتی است و اعتباری نیست. حجیت قطع را شارع تضمین کرده، و حجیت همه حجیتها از همین قطع است (انصاری، بی تا، صص ۵-۶):

«هنگامی که مکلف به حکمی از احکام یا موضوعی از موضوعات احکام قطع یابد، مادامی که قطع موجود است، پیروی نمودن از آن واجب است، چون که قطع طریق به سوی واقع است و واقع را به کماله و تمامه به مکلف نشان می‌دهد. بنابراین، حجیت قطع و یقین اثباتاً و نفیاً قابل جعل از طرف شارع نمی‌باشد.»

به عبارت دیگر، حجیت، طریق و وسیله رسیدن به قطع و یقین است، و اطلاق حجت به خود قطع و یقین زیبنده نمی‌باشد. نکته دیگر اینکه، حجیت عقل قبل از حجیت شرع است؛ زیرا شرع با عقل اثبات می‌شود، و عقل شرط لازم برای ورود به محدوده شرع است. مثلاً شخص دیوانه اصلاً تکلیف ندارد، و فقدان عقل مانع ورود او به محدوده شرع می‌شود. همچنین اگر حکم عقلی بر لزوم متابعت از پیغمبر صلی الله علیه و آله و امام علیه السلام نمی‌بود، از کجا حجیت گفتارشان ثابت می‌شد؟ حجیت شرع با شرع، مستلزم دوراست. اگر حجیت عقل نمی‌بود، هیچگاه پیغمبران راستین از مدعیان دروغین نبوت تشخیص داده نمی‌شدند.

اجمالاً، اینکه عقل حکم می‌کند که هرگاه در امری به مصلحت ملزمه‌ای برسیم، باید آن را انجام دهیم، و برعکس هرگاه در امری به مفسده ملزمه‌ای برسیم، باید از آن پرهیز نماییم، بدیهی است که مصلحت متضمن نفع و مفسده جلب ضرر است و عقلاً انسان هیچگاه به ترک نفع و جلب ضرر راضی نمی‌شود. انسان همیشه به دنبال منفعت و دفع ضرر از خویش است.

#### تقسیمات احکام شرع و نقش مصلحت در احکام ثانویه

تقسیم احکام شرع به اولیه و ثانویه، یکی از قدیمترین و مهمترین تقسیمات احکام شرع است. مهمترین ویژگی احکام ثانویه، موقتی بودن آنهاست. بدین ترتیب، ممکن است تصور شود که کلیه

احکام متغیر، همان احکام ثانویه‌اند. مثلاً، یکی از محققان می‌گوید (جعفری، ۱۳۷۱، ص ۸۸):

«بخشی از معارف اسلام، مقررات و قوانینی هستند که در گذر زمان به جهت بروز مصالح و یا مفاسدی، توسط ولی امر مسلمانان وضع می‌گردد. این دسته از احکام، که بدانها ثانویه می‌گویند، تا هنگامی که مصالح و موجبات و علت صدور آنها باقی و پابرجا باشد و یا مفاسد و موانع برطرف نگردد، ثابت و پابرجاست و هر موقع اسباب آن برطرف شد، حکم هم برطرف می‌گردد؛ درست نظیر تحریم تنباکو»

قبل از اینکه احکام حکومتی جزء احکام اولیه یا ثانویه فرض شود، خوب است که رابطه احکام اولیه و ثانویه روشن گردد. واقعیت این است که این دو دسته از احکام، در مقابل یکدیگر قرار ندارد. در واقع، احکام ثانویه قسمی از احکام اولیه‌اند. اصل این است که همه احکام شرعی اولیه و دائمی هستند و احکام ثانویه یک حالت استثنایی و موقتی است. اما احکام حکومتی نمی‌تواند یک حالت استثنایی به شمار بیاید. البته، موقتی بودن احکام حکومتی با موقتی بودن احکام ثانویه، قابل مقایسه نیست. اصلاً، ماهیت اصلی احکام ثانویه، در موقتی بودن آنهاست، زیرا حالتی استثنایی محسوب می‌شود، اما ماهیت اصلی احکام حکومتی در موقتی بودن آنها نمی‌باشد، بلکه حاکمیت و مصلحت عناصر اصلی این دسته از احکام را تشکیل می‌دهد. شایسته نیست که این دو ماهیت متفاوت را در یک ردیف قرار دهیم و مقایسه کنیم. وانگهی، احکام ثانویه در صلاحیت مجتهد است، اما احکام حکومتی در صلاحیت فقیه و مجتهد حاکم می‌باشد.

با این مقدمات، شاید تصور شود که احکام حکومتی جزء احکام اولیه است. شکی نیست که کلیه احکام، از احکام اولیه شرعی اعتبار می‌گیرند و در نهایت به آن برمی‌گردند. ولی باید توجه داشت که شارع مقدس، جاعل احکام اولیه است؛ ولی احکام حکومتی به وسیله حاکم جامعه جعل می‌شوند. البته، مبانی و اصول اولیه احکام حکومتی، بر همان اصول و کلیات اولیه شرعی استوار است. همین عوامل موجب شده است تا برخی از محققان معاصر، طرح تقسیم جدیدی از احکام شرع را ارائه کنند، که برمبنای تازه و جدیدی استوار است. در این تقسیم‌بندی، احکام حکومتی به عنوان نوعی از احکام مستقل، در کنار احکام قرار می‌گیرد (گرچی، ۱۳۷۶، ص ۱۵):

«براین اساس حکم شرعی بر چهار گونه است: شخصی، فردی، خصوصی و عمومی. فقها معمولاً در کتب فقهی از دو قسم احکام «فردی» و «خصوصی» بحث می‌کنند، و احکام «شخصی» و «عمومی» را مورد توجه قرار نمی‌دهند.

احکام شخصی: احکامی‌اند که برای شخص خاصی جعل شده است؛ مثل احکامی که برای پیامبر صلی الله علیه و آله وجود داشت، از قبیل: تهجد و برخی از احکام دیگر. احکام فردی: احکامی که برای تک‌تک افراد وضع شده است، و هر فردی دارای حکم است؛ مثل اینکه همه باید نماز بخوانند.

احکام خصوصی: احکامی که ابتدا متوجه افراد خاصی است که دارای عنوان خاصی‌اند؛ مثل احکام بیع ابتدا متوجه بائع و مشتری است. احکام نکاح ابتدا متوجه زوج و زوجه است، هرچند ثانیاً و بالعرض برای دیگران نیز احکامی دارد.

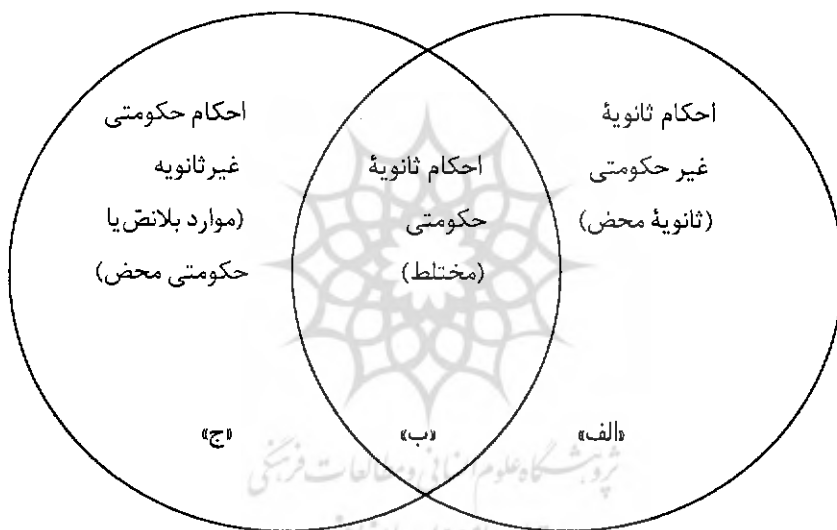
احکام عمومی: احکامی است که «موضوع آن جامعه است» و اگر افراد هم موضوع آن قرار می‌گیرند از آن روست که جامعه را به وجود می‌آورند. ولی «جامعه»، غیر از «مجموع» است. جامعه خود یک عنوان انتزاعی است. به این احکام عمومی، «احکام حکومتی» هم می‌توان گفت.

ایشان درباره منبع استنباط احکام عمومی یا حکومتی می‌گویند (گرچی، ۱۳۷۶، ص ۱۵):

«منبع استنباط این قسم از احکام، با اقسام دیگر فرق دارد. اقسام دیگر از «کتاب و سنت و عقل و اجماع» اخذ و استنباط می‌شوند، ولی منبع و دلیل این احکام، «مصلح و مفاسد عمومی» است؛ ولو اینکه کلیاتی از آنها در کتاب و سنت هست، مثل: «ان تحكموا بالعدل» و یا امر به مساوات. در این قسم، برای رسیدن به چنین احکامی، باید از هر قشر و جمعیتی، گروهی از عقلا که مصالح و مفاسد عمومی را تشخیص می‌دهند، انتخاب شوند و آنها را جعل کنند. پس، دلیل اصلی این احکام مصالح و مفاسد است و تشخیص این مصالح و مفاسد هم با برگزیدگان جامعه است.»

به تعبیر فقها، در اینجا بنای عقلا منبع و مبنای احکام مجعول را تشکیل می‌دهد. از این رو، میان احکام حکومتی مبتنی بر مصلحت و احکام ثانویه، رابطه عموم و خصوص من وجه برقرار است. احکام ثانویه عناوین خاصی دارد. اگر این عناوین موضوع احکام حکومتی قرار بگیرد، به احکام ثانویه

حکومتی تبدیل می‌شود. اما برخی از عناوین ثانویه، فقط در صلاحیت فقیه است، و به حوزه حکومت و صلاحیت فقیه و مجتهد حاکم نمی‌آید. بنابراین، بازگشت برخی از احکام حکومتی، به عناوین احکام ثانویه است؛ همچنانکه برخی دیگر نیز به موارد بلانص - یا به تعبیر شهید صدر به «منطقة الفراغ» - برمی‌گردند. همچنین، ارتباط احکام ثانویه غیرحکومتی، احکام ثانویه حکومتی و احکام حکومتی غیرثانویه را می‌توان در نمودار ذیل نشان داد. حوزه «الف» در صلاحیت فقیه مفتی است، و حوزه «ب» و «ج» در صلاحیت فقیه و مجتهد حاکم قرار دارد.



در پایان این مبحث مهم، چند نکته ضرور مطرح می‌شود:

#### ۱. نسبت احکام اولیه با احکام ثانویه

در تقسیمات احکام، معمولاً احکام اولیه و ثانویه برحسب ظاهر مقابل یکدیگر قرار داده می‌شوند. اما در واقع و با توجه به ماهیت آن دو، باید گفت که احکام ثانویه، نوعی مستقل از احکام در مقابل احکام اولیه نیستند. در واقع، احکام ثانویه جزء و قسیم احکام اولیه‌اند. مهمترین عنصر مشترک

آنها نیز منبع جعل و صدورشان؛ یعنی شارع مقدس است. به عنوان مثال، همه عناوین ثانویه از قبیل: «اضطرار» و «الاحرج»، از ناحیه شارع مقدس جعل و صادر شده است.

## ۲. نسبت احکام حکومتی با احکام ثانویه

احکام حکومتی نیز همیشه جزء و قسیم احکام ثانویه نیستند. اصلاً، دانستن احکام حکومتی به عنوان جزئی از احکام ثانویه، جای شک و تردید دارد.

شاید بتوان همه آنها را جزء و اقسام احکام اولیه شرع فرض کرد، زیرا کاملیت، تمامیت و شمولیت احکام شرع و مقدس اسلام، قضیه‌ای مورد اتفاق همگان می‌باشد. حال اگر فلسفه احکام حکومتی را برای تکمیل شریعت و انطباق آن با نیازهای روز بدانیم، در این صورت خود بخود لازم می‌آید که شارع مقدس برخی از نیازها و ضروریات را مسکوت گذاشته باشد. شاید به همین دلیل، حضرت امام خمینی (ره) در آرا و نظراتشان به جای طرح بحث ثابت و متغیر در احکام شرع، به نظریه فراوانی موضوعات در احکام شرع پرداختند. درحالی که علامه طباطبائی معتقد است (طباطبائی، بی تا، ص ۲۰):

«...مقررات اسلام بر دو قسمند. و به عبارت دیگر، در جامعه اسلامی دو نوع مقررات اجرا می‌شود: نوع اول احکام آسمانی و قوانین شریعت که مواردی ثابت و احکام غیرقابل تغییر می‌باشند. اینها یک سلسله احکامی هستند که به وحی آسمانی به عنوان دین فطری غیرقابل نسخ رسول اکرم صلی الله علیه و آله نازل شده‌اند، و برای همیشه در میان بشر واجب الامر معرفی گردید؛ چنانکه در آیه اشاره شد: «فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم». و در سنت نیز وارد شده: «حلال محمد حلال الی یوم القيامة و حرام محمد حرام الی یوم القيامة». نوع دوم، مقرراتی است که از کرسی ولایت سرچشمه گرفته، به حسب مصلحت و وقت وضع شده و اجرا می‌شود. البته چنانکه روشن شد، این نوع از مقررات در بقا و زوال خود، تابع مقتضیات و موجبات وقت است و حتماً با پیشرفت مدنیات و تغییر مصالح و مفاسد، تغییر و تبدیل پیدا می‌کند. آری، خود اصل ولایت و رهبری جامعه - چنانکه خواهد آمد - چون یک حکم آسمانی از مواد شریعت

است، قابل تغییر و نسخ نیست.»

مطابق نظر شهید صدر، اسلام در نظام قانونگذاری خود، منطقی‌های خالی از احکام الزامی (و جوب و حرمت) قراردادده و تأمین و پاسخگویی آنها را برعهده ولی امر وفقیه حاکم قرار داده است، در حالی که مطابق نظر حضرت امام (ره)، (مبلغی، ۱۳۷۶، ص ۳۲):

«دست نزدن شارع به تشریح حکم نسبت به یک منطقیه، لازم نمی‌آید تا گفته شود براساس روایات هیچ مورد واقعه‌ای را شارع بدون حکم نگذاشته است. بلکه، لازم می‌آید که بپذیریم شارع در مقام تشریح، بسیار فعال عمل کرده و به اندازه موضوعات فراوانی که در سایه شرایط مختلف عینیت می‌یابند، حکم تشریح کرده است. همچنین به موجب آن، اعتقاد به دست کشیدن شارع از بخشی از احکام خود لازم نمی‌آید تا با اصل خدشه‌ناپذیر: «حلال محمد» مغایرت پیدا کند، زیرا همان طوری که گذشت، کنار رفتن یک حکم به خاطر منتفی شدن موضوع آن، به معنای بی‌اعتبار شدن آن نیست؛ چه بسیارند احکام شرعی که ما آنها را پیاده نمی‌کنیم، چون موضوع آنها محقق نیست. به عبارت دیگر، نظریه امام، ناظر به دگرگونی موضوع حکم شرعی است، نه خود حکم.»

باید توجه داشت که احکام و موضوعات احکام، از همدیگر جدایند و تفاوت دارند. همین جا لازم است که رابطه حکم و موضوع آن، کمی تبیین شود. احکام شرعی و قانونی همیشه از یک رشته قضایا تشکیل می‌شوند. این قضایا دو رکن عمده و یک عامل رابط دارند که آنها را به هم ربط می‌دهد. از این دو رکن، یکی طبعاً حق تقدم دارد. به همین سبب، آن رکن را در زبان فصیح به هنگام سخن گفتن مقدم می‌دارند؛ چنانکه در «ماده ۱۱» قانون مدنی: «اموال بر دو قسم است: منقول و غیرمنقول»، کلمه «اموال» رکن اول، عبارت: «دو قسم» رکن دوم و فعل «است» رابطه به شمار می‌رود. رکن اول قضیه را در علم منطق و اصول «موضوع» نامیده‌اند، و رکن دوم را در منطق «محمول» و در علم اصول «حکم» می‌نامند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹، ص ۱۵۵).

شهید محمدباقر صدر در این باره می‌گوید (صدر، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۳۱۹):

«... موضوع همیشه مقدم بر حکم است. موضوع، سبب فعلیت حکم است و فعلیت حکم سبب

ایجاد متعلق و داعی به سوی آن است. رابطه میان حکم و موضوع آن، به گونه‌ای است که اگر خود بخود موضوع وجود داشت، حکم نیز موجود خواهد بود؛ و اگر نبود، حکم هم نیست.

عده‌ای تصور می‌کنند که وظیفه مجتهد فقط تعیین حکم است و تشخیص موضوعات آن مطلقاً برعهده مقلدان می‌باشد. این اطلاق در اینجا صحت ندارد (محمدی، ۱۳۷۵، ص ۲۹۸):

«بدیهی است در [تشخیص] موضوعات شرعی [احکام] که احتیاج به اعمال نظر و اجتهاد دارد، مقلد باید از مجتهد «استفتاء» کند و از او پیروی نماید. مثلاً هر گاه در نکاح زنی تردید باشد، به علت اینکه از محارم رضاعی باشد، چون قرابت رضاعی مفهومی است شرعی که درک آن احتیاج به نظر اجتهادی دارد، لذا در این گونه موارد مقلدین نمی‌توانند شخصاً [مثلاً] اصل برائت را به کاربرند.»

واقعیت این است که برخی از مواقع تشخیص موضوعات شرعی حکمی، مشکلتر از تشخیص خود حکم است. بنابراین، نمی‌توان گفت که تشخیص موضوع مطلقاً برعهده مقلدان است. وانگهی، به دنبال تشکیل حکومت اسلامی، کلیه احکام اجتماعی فقه رنگ حکومتی می‌گیرد، و بیان و اجرای آنها نیز تشخیص موضوعات برعهده حکومت خواهد بود. از این رو، حتی اگر یکی از مراجع وقت نیز درگیر یکی از موضوعات اجتماعی فقه بشود، نمی‌تواند در مقابل دیگری به فتوای خویش استناد نماید؛ بلکه تنها مرجع حل هرگونه اختلاف احتمالی، مرجع حکومت خواهد بود. این موضوع، یکی از مصادیق بسیار کوچک دیدگاه حضرت امام (ره) است که فرمودند: هرگاه یکی از مراجع وقت در زمان غیبت موفق به تشکیل حکومت بشود، بر دیگران است که از او اطاعت نمایند.

## نقش مصلحت در تعارض احکام شرع

### ۱. تعارض احکام

اصلی‌ترین وظیفه فقیه حاکم در جامعه اسلامی، همان اجرای قوانین و احکام شرعی است. در مقام اجرای احکام شرع، ممکن است که گاهی با تعارض و اجمال احکام یا سکوت شرع در برخی از موضوعات روبرو بشویم. سکوت شرع را می‌توان به همان موارد بلانص تعریف نمود. اما در مورد



تعارض باید گفت (محمدی، ۱۳۷۵، ص ۳۳۵):

«هرگاه دو یا چند دلیل متعادل در برابر یکدیگر قرار گیرند، به طوری که عرفاً نتوان آنها را جمع کرد و یکی ناسخ دیگری نباشد، در این صورت تعارض محقق است. گاهی دو دلیل در ظاهر با هم متعارضند، ولی یکی از آنها مرجحی دارد که بدان سبب بردیگری مقدم داشته می‌شود. این صورت، از تعارض خارج است. و به همین سبب، باب تعارض را معمولاً به دو بخش تقسیم می‌کنند؛ تعادل و ترجیح. در بخش اول، از دو یا چند دلیل بحث می‌کنند که هیچ یک بردیگری ترجیح نداشته باشد. و در بخش دوم، از ترجیح و مرجحات و اقسام آن بحث می‌کنند.»

واقعیت این است که تعارض میان ادله شرعی اندک است، زیرا تعارض یا تناقض در مرحله قانونگذاری و جعل است و بعید می‌نماید که شارع مقدس دو دلیل متعارض یا متناقض را بطلبد. شاید به همین دلیل، حکم تعارض در حقوق موضوعه با نظر علمای اصول و فقها تفاوت دارد. از این رو، (محمدی، ۱۳۷۵، صص ۳۳۶-۳۳۷):

«این جمله مشهور که: «الدلیلان اذا تعارضا تساقطا»، این از نظر حقوق موضوعه قابل قبول است. از نظر شرعی نیز علی القاعده می‌توان آن را پذیرفت، ولی اخبار و احادیث مختلف است. و همین امر باعث اختلاف نظر اصولیین و فقها گردیده که به طور خلاصه، بعضی معتقدند به تخییر، برخی معتقدند به احتیاط در صورت امکان و گرنه تخییر، و گروهی معتقدند به توقف.»

اما همان طور که یادآوری شد (محمدی، ۱۳۷۵، صص ۳۳۶-۳۳۷):

«گاهی دو دلیل به ظاهر متعارضند، ولی پس از دقت و چاره‌جویی معلوم می‌شود که تعارض واقعی نیست، چه منظور از تعارض واقعی این است که شارع و قانونگذار نتواند مدلول هر دو دلیل را بخواهد. اما در مورد تعارض ظاهری چنین نیست و خواستن هر دو ممکن است. این موارد عبارتند از: تزاحم احکام، تخصیص، ورود، حکومت و جمع عرفی.»

مباحث مربوط به تزاحم و به طور کلی تعارض ظاهری در علم اصول فقه، بسیار بیشتر از مباحث تعارض واقعی است. به طور کلی، این یک قاعده اساسی در همه علوم است که در مسائل و

موضوعات همسنگ یا هم‌نوع، امکان تعارض کمتر است تا در مسائل و موضوعات متفاوت. تعارض واقعی میان احکام زمانی بروز می‌کند که مسائل و موضوعات آن از یک نوع و سنخ نباشد. فقه شیعه تاکنون یک فقه فردی و شخصی بود، و برای مدت طولانی در قالب یک نظام سیاسی و حکومت اجرایی قرار نداشت. در حالی که حکومت به تعبیر حضرت امام (ره)، فلسفه عملی تمام فقه به شمار می‌رود.

فقه غیر حکومتی یک فقه فردی و به اصطلاح حقوق موضوعه، از مقولات حقوق خصوصی است. وقتی که یک نظام سیاسی بخواهد این فقه فردی را در قالب حکومت اجرا نماید، زمینه‌های تعارض فراوانی میان احکام دارای موضوعات فردی و احکام دارای موضوعات جمعی بروز می‌کند. تا وقتی که حکومتی در کار نباشد، اصلاً دلایل جمعی و عمومی احکام شرع موضوعیت نمی‌یابد. حکومت، نماینده عموم است. حاکم، مفتی نیست که فتوا بدهد، بلکه او با حکم حکومتی سروکار دارد. این احکام، باید متضمن منافع کلی و عمومی جامعه باشد.

متأسفانه فقه شیعه به دلیل نداشتن تجربه کافی در امر حکومت، نسبت به کشف و استنباط احکام عمومی بسیار ضعیف بوده است. احکام عمومی و خصوصی شرع قاعداً از یک سنخ نمی‌باشند. پس، امکان تعارض در اینجا قوی است. اجرای احکام عمومی، ممکن است که احکام دارای موضوعات شخصی و خصوصی را تحت الشعاع قرار بدهد. در توجیه تقدم و اولویت احکام عمومی و حکومتی، باید گفت که چون در احکام عمومی این تصرفات به نفع عموم و جامعه صورت می‌گیرد، در نهایت همه از حقوق فردی خودشان ضمن حقوق جمعی بهره‌مند می‌شوند. در اینجا، حقوق فردی اشخاص نفی نمی‌شود، بلکه حقوق فردی و شخصی، شکل جمعی و اجتماعی به خود می‌گیرد. اینکه گفته می‌شود تعارض در مرحله جعل و قانونگذاری است، به خاطر این است که هنوز به حکم نرسیدیم و از میان دو دلیل متعارض و متعارف، باید یکی را انتخاب کرد تا به حکم برسیم. در تزامن دو حکم وجود دارد و همین نقطه تفاوت میان تعارض و تزامن است، که اولی در مرحله جعل قوانین و دومی در مرحله اجرای

آن‌هاست. نقطه اشتراک تعارض و تزاخم در این است که هر دوی آنها با استناد به مبانی جعل قوانین و قاعده‌ا‌هم و مهم یا وجود یک مرجع خاص، یکی را برد‌گیری ترجیح می‌دهند.

## ۲. مفهوم و جایگاه مصلحت

قاعدتاً مبانی احکام برخلاف ادله احکام، نمی‌تواند مثبت حق و تکلیف باشد. ولی در اینجا، مبانی و دلیل احکام، تقریباً یکسانند. مصلحت جزء مبانی احکام است، که از دلیل عقل و حجیت عقل به دست می‌آید. البته، این مبانی در احکام عمومی که موجب اولویت آنها می‌شود، متکی بر کلیات و اصول شرعی است که مطابق آنها اجتماع بر فرد یا افراد ترجیح داده می‌شود. اولویت احکام عمومی بر احکام فردی، قسمی از احکام ثانویه شمرده می‌شود که تنها در صلاحیت فقیه و مجتهد حاکم جامعه است.

## مجمع تشخیص مصلحت

### ۱. نگاهی به نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران

مرجع قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران، مجلس شورای اسلامی است. اصل هفتاد و یکم قانون اساسی، مجلس را مجاز به وضع قوانین در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌داند. مطابق اصل نود و سوم قانون اساسی، همین مجلس بدون شورای نگهبان اعتبار نخواهد داشت، مگر در باره تصویب اعتبارنامه‌های نمایندگان و نیز شش نفر حقوقدان اعضای شورای نگهبان که از طرف رئیس قوه قضائیه به مجلس شورای اسلامی معرفی می‌شوند.

مطابق اصل نود و یکم قانون اساسی، وظیفه شورای نگهبان پاسداری از احکام اسلامی و قانون اساسی، از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنهاست. بنابراین از نظر سلسله مراتب در نظام قانونگذاری کشور، می‌توان گفت که شورای نگهبان یک مرجع عالی در برابر مجلس است. آیا ممکن نیست که میان یک مرجع عالی و بالاتر، و مرجع زیردست آن اختلاف بروز کند؟ قانونگذار اولیه قانون اساسی در خصوص رابطه مجلس و شورای نگهبان، اختلاف احتمالی میان آنها و مرجع حل اختلاف، هیچ چیزی را پیش بینی نکرده بود. تعرض نکردن قانونگذار بدین موضوع، ممکن است به

دلیل احتمالات ذیل باشد:

اول، قانونگذار، شورای نگهبان را یک مرجع عالی می‌دانسته و حق هیچ‌گونه اعتراض و اصراری برای مجلس در مقابل نظریه شورای نگهبان قائل نبوده است تا اختلاف میان دو نهاد موضوعیت بیابد. به عبارتی، شورای نگهبان یک مرجع عالی و مسلط بر مجلس است، و نظریه او قاطع و بلاتعقیب محسوب می‌شود.

دوم، قانونگذار مرجع حل اختلاف میان دو نهاد را مقام رهبری می‌دانسته، ولی به خاطر امکان استنباط این حقیقت از روح قانون و اصول کلی قانون اساسی، آن را تصریح نکرده است. از آنجا که نظام مبتنی بر اصل ولایت فقیه است و مطابق اصل پنجاه و هفتم قانون اساسی نیز قوای سه‌گانه نظام زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت قرار دارند، و مجلس بدون شورای نگهبان اعتبار ندارد، و شش نفر مجتهد این شورا به وسیله رهبر انتخاب می‌شوند، و شش نفر حقوقدان آن شورا نیز از طرف رئیس قوه قضائیه منصوب رهبر به آن معرفی می‌شوند، پس مرجع حل اختلاف مجلس و شورای نگهبان، خودبخود می‌بایست مقام رهبری باشد.

در بررسی این دو احتمال باید گفت که احتمال دوم ضعیف است. اگر قانونگذار چنین نظری می‌داشت، حتماً آن را بیان می‌کرد. همچنین در این نظر، به مرجع حل اختلاف احتمالی اشاره شده است، در حالی که هنوز بحث برسر این است که آیا قانونگذار اصل احتمال و موضوعیت اختلاف را می‌پذیرد؟ از آنجا که موضوع اصل اختلاف بر موضوع مرجع حل اختلاف مقدم است، بنابراین همان وجه اول اقوی است.

## ۲. زمینه‌های تاریخی - قانونی طرح مصلحت در نظام جمهوری اسلامی ایران

زمینه ابتدایی مصلحت در نظام قانونگذاری ایران، تحت عنوان «ضرورت» شکل گرفت. زمانی که قرار شد این جریان رسماً در اصول قانونی (قانون اساسی) وارد بشود، عنوان «مصلحت» جانشین «ضرورت» شد (مهرپور، ۱۳۷۲، ص ۴۸):

«قانون اراضی شهری در مردادماه ۱۳۶۰ از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشت و برای اظهار

نظر به شورای نگهبان فرستاده شد. طبق این قانون، کلیه اراضی موات شهری در اختیار دولت جمهوری اسلامی قرار می‌گیرد و اسناد و مدارک صادره در مورد آنها فاقد ارزش قانونی است. در مورد اراضی بایر نیز فقط صاحبان آن حداکثر می‌توانند تا ۱۰۰۰ متر در اختیار داشته باشند و آن را عمران و احیا کنند و حق فروش آن را ندارند مگر به دولت و با تقویم دولت. و مالکان اراضی بایر و دایر شهری موظفند زمینهای مورد نیاز دولت و شهرداریها را با تقویم دولت، به آنها بفروشند. در مورد اول؛ یعنی اراضی موات، مشکل و اختلاف ماهوی وجود نداشت. ولی شق دوم و سوم که آشکارا سلطه مالک را تهدید می‌کرد، مورد بحث فراوان (شورای نگهبان) واقع شد.

بر همین اساس شورای نگهبان طرح قانون اراضی شهر را مغایر شرع دانست و به شرح ذیل رد نمود (مهرپور، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۴۸):

«... قسمتهایی از ماده ۷ و ۸» و تبصره‌های آنها و ماده ۱۰ که با اراضی بایر و دایر ارتباط دارد و مغایر با آیه کریمه: «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ»، و حدیث شریف معروف: «لَا تَحِلُّ مَالُ امْرِءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنِ طَيْبِ نَفْسِهِ»، و قاعده: «النَّاسُ مَسْلُوبُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» می‌باشد، به نظر اکثریت فقها رد شد.»

این قانون در شرایطی به وسیله مجلس شورای اسلامی تصویب و از طرف شورای نگهبان رد شد، که اکثریت طبقات پایین جامعه در سراسر کشور بویژه شهرهای بزرگ، از معضل زمین و مسکن در رنج بودند. مجلس این قانون را از باب احکام ثانویه حکومتی تصویب کرده بود، و انتظار داشت که شورای نگهبان نیز بدین نکته توجه کند. واقعیت این است که ایرادهای شورای نگهبان به هنگام تصویب قانون، برای مجلس قابل پیش‌بینی بود. ولی - همان‌طور که یادآوری شد - مجلس با علم و آگاهی بدین موضوع و در مقام احکام ثانویه حکومتی، آن را تصویب کرد.

به دنبال رد شورای نگهبان، نگارنده احتمال می‌دهد که مجلس چنین استنباط کرد که شورای نگهبان اصولاً صلاحیت تصویب احکام ثانویه را برای مجلس قائل نیست. به همین دلیل، مجلس طی نامه‌ای از حضرت امام (ره) درخواست کرد که صلاحیت و حق تصویب احکام ثانویه را به مجلس واگذار کند. در هر حال، اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان و مرجع حل اختلاف - که قانونگذار آن

را پیش‌بینی نکرده بود - عملی گردید، و خودبخود مقام رهبری اولین مرجعی بود که بدان رجوع شد. امام خمینی نیز طی نامه‌ای، صلاحیت تصویب احکام ثانویه را به شرط کسب  $\frac{2}{3}$  آرای نمایندگان مجلس و نیز لزوم تصریح به موقتی بودن آنها، به مجلس شورای اسلامی واگذار کرد. به این ترتیب، مجلس شورای اسلامی طرح فوق‌الذکر را با اندکی جرح و تعدیل، مجدداً به شورای نگهبان فرستاد. مهمترین اصلاحات در ماده یک طرح قانونی اراضی شهری صورت گرفت. در این ماده با استناد به برخی از اصول قانون اساسی، کمبود شدید مسکن برای طبقات محروم جامعه، نیاز میرم دولت به زمین و نیز اجازه حضرت امام خمینی (ره) مبنی بر صلاحیت مجلس در تصویب احکام ثانویه، تصریح شد که طرح قانونی اراضی شهری، برای مدت ۵ سال «ضرورت» تشخیص داده می‌شود. شورای نگهبان این بار نیز طرح قانونی اصلاح شده را رد نمود، به این دلیل که (مهرپور، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۸۰):

«باتوجه به اینکه ضرورت مسکن در همه شهرها و بخشها در حدی که مجوز رفع ید از احکام

اولیه باشد، علی‌السویه نیست، بلکه در بعضی نقاط اصل آن منتفی است و... حاکی از این است که

ابعاد تشخیص مصلحت [ضرورت] در رابطه با این قانون [اراضی شهری] کامل نشده است.»

از پاسخ شورای نگهبان چنین برمی‌آید که مسئله «ضرورت» یا «مصلحت»، حدود وضوابطی دارد.

مصلحت و ضرورتی می‌تواند به عنوان حکم ثانوی و حکومتی مجوز رفع ید از احکام اولیه باشد، که موضوع آن مصلحت یا ضرورت مشمول عموم جامعه بوده باشد. مقصود از عمومیت در قانون اراضی شهری نیز عمومیت مکانی معضل مسکن در سراسر کشور بوده است. به عبارت دیگر، حکم ثانوی حکومتی باید متضمن نفع عمومی باشد و تازمانی که به این درجه نرسیده است، امکان رفع ید از احکام اولیه وجود نخواهد داشت.

سرانجام با اقناع شورای نگهبان درباره عمومیت و کلیت معضل مسکن در سراسر کشور، قانون

اراضی شهری تصویب شد. بعد از این قانون، مهمترین قانونی که مباحث گسترده‌ای را موجب شد و اختلاف میان دو نهاد مجلس و شورای نگهبان را پدید آورد، قانون کار بود. هدف از قوانین کار، تنظیم و تنسيق روابط کارگر و کارفرما در نظام جدید تولید و کار بود. در این قوانین الزامهایی بر دوطرف قرارداد کار تحمیل شد. از همان آغاز طرح این قانون، شبهاتی مطرح شد که آیا این قبیل مداخلات

والزامهای دولت مشروع است؟ زیرا براساس مبانی فقهی، رابطه کارگر و کارفرما یک قرارداد خصوصی محسوب می‌شود (مهرپور، ۱۳۷۲، ص ۵۴):

«در مشروعیت این امر شبهه و اشکال وجود داشت و راه‌حلی که برای رفع این اشکال اتخاذ

گردید، این بود که این الزام در قبایل خدماتی که دولت به افراد می‌دهد، قرار داده شود.»

مجلس نیز برای گریز از شبهه مذکور، در ماده یک مصوبه خودش به راه حل فوق استناد کرد و آن را به شورای نگهبان ارسال نمود. شورای نگهبان نیز به استثنای ماده یک فوق‌الذکر، سایر مواد قانون کار را مغایر با شرع اعلام نمود. مخالفت شورای نگهبان، موجب شکل‌گیری مباحث نظری بسیار مهمی درباره احکام حکومتی و شرایط آن شد. واقعیت این است که تکرار این مباحث بعد از طرح و تصویب طرح قانونی اراضی شهری، دور از انتظار می‌نمود، زیرا پس از پذیرفته شدن احکام حکومتی و نقش آن به عنوان یک فرمول کلی، دیگر لزومی برای بحث در باره تک تک طرحها و قوانین مشمول موضوع احکام حکومتی نخواهد بود. این موضوع، همان چیزی بود که حضرت امام علیه السلام انتظار داشتند که شورای نگهبان بدان توجه کند حضرت امام علیه السلام نسبت به نقش احکام ثانوی حکومتی معتقد بودند (امام خمینی، ۱۳۷۷، ج ۲۱، ص ۹۸):

«مسئله‌ای که در قدیم دارای حکمی بوده است، به ظاهر همان مسئله در روابط حاکم بر سیاست و اجتماع و اقتصاد یک نظام، ممکن است حکم جدیدی پیدا کند. بدان معنا که با شناخت دقیق روابط اقتصادی و اجتماعی و سیاسی، همان موضوع اول که از نظر ظاهر با قدیم فرقی نکرده است، واقعاً موضوع جدیدی شده است که قهراً حکم جدیدی می‌طلبد.»

درباره رابطه کارگر و کارفرما در قانون کار نیز می‌توان گفت که این رابطه در شرایط فعلی، با رابطه متعارف اجیر و موجر مطروحه در فقه گذشته ما تفاوت دارد. در قدیم رابطه این دو، یک رابطه ساده مبتنی بر آزادی اراده دوطرف و توافق آنها و عرف بود. اما امروزه جذب و به کارگیری نیروی کار و نیز اشکال و موضوعات کار، بسیار متنوع و پیچیده شده است؛ و عوامل متعدد داخلی و خارجی بر آن تأثیر می‌گذارند.

تحت تأثیر همین عوامل و شرایط، بسیاری از موضوعات حقوق موضوعه نیز کم‌کم تغییر شکل

داده واز دایره حقوق خصوصی وارد حقوق عمومی شده‌اند. در حقوق عمومی، همیشه یک طرف قضیه دولت است. بدیهی است که هر جا موضوع دولت در کار باشد، الزام و اجبار دولتی نیز به دنبال آن خواهد بود؛ البته، الزام و اجباری که به دنبال تأمین و اجرای نفع عمومی است. عمومی کردن حقوق خصوصی، امروزه مورد توجه حقوقدانان کشورهای توسعه یافته صنعتی است. نحوه فعالیت شرکتهای بزرگ و واحدهای تولیدی بزرگ، بویژه شرکتهای عظیم چند ملیتی، که گاه تا هزار شرکت و دفتر در سراسر جهان دارند، حقوق خصوصی را عمومی کرده است؛ زیرا در اداره این واحدها، جدا کردن این حقوق از یکدیگر کار مشکلی است. با شکست مفهوم کامل فردپرستی و فرو ریختن بت مالکیت فردی و شناخت یک مالکیت دسته جمعی برای سهامداران شرکتهای سهامی، حقوق خصوصی به حقوق عمومی تبدیل شده است و روز بروز دامنه آن گسترده می‌شود. هر چه شرکت سهامی بیشتر توسعه یابد، مالکیت دسته جمعی تر می‌گردد، زیرا شرکت سهامی مرکز تجمع سرمایه است و مالک این سرمایه هم خود شرکت سهامی یا شخصیت حقوقی است که تشکیل دهنده آن، گروهی از اشخاص است (فرشاد، ۱۳۳۶، ص ۱۶۵).

اینها حقایقی است که انتظار می‌رفت تا شورای نگهبان به آنها توجه کند. در هر حال، قانون کار سالها میان اختلاف مجلس و شورای نگهبان، سرگردان مانده بود. در این مدت، حضرت امام (ره) به مناسبتهای مختلف براهمیت مسئله مصلحت و ضرورت در اداره امور نظام اسلامی تأکید کردند. سرانجام به دستور امام علیه السلام، مجمع تشخیص مصلحت نظام تشکیل شد. از متن این دستور چنین برمی‌آید که ایشان به تشکیل این مجمع بی‌علاقه بودند، و انتظار داشتند که مراجع ذی‌ربط با درک ضرورت واهمیت موضوع مصالح نظام، اختلاف با مجلس را خاتمه دهند. حضرت امام علیه السلام در تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۸ در بخشی از نامه‌ای که به اعضای مجمع تشخیص مصلحت نظام فرستادند، فرمودند (امام خمینی، ۱۳۶۹، ص ۶۱):

«تذکری پدران به اعضای عزیز شورای نگهبان می‌دهم که خودشان قبل از این گیرها، مصلحت‌نظام را در نظر بگیرند، چراکه یکی از مسایل بسیار مهم در دنیای پرآشوب کنونی، نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع تصمیم‌گیری‌ها است. حکومت، فلسفه عملی برخورد با شرک و کفر



و معضلات داخلی و خارجی را تعیین می‌کند. و این بحث‌های طلبگی مدارس که در چارچوب تئوری‌ها است، نه تنها قابل حل نیست که ما را به بن‌بست‌هایی می‌کشاند که منجر به نقض ظاهری قانون اساسی می‌گردد...»

اگر چه این تأکیدها زمینه‌های مباحث علمی نظری فراوانی را در درون نظام فراهم کرد، و لیکن هیچگاه موجب عدول شورای نگهبان از نظریاتش نگردید. این مجمع تا زمان بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، جایگاه قانونی معینی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نداشت. به دنبال اصلاحات قانون اساسی، شورای بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸، اصل ۱۱۲ قانون اساسی را به مجمع تشخیص مصلحت نظام اختصاص داد. در این اصل آمده است:

«مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و با قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند، و مشاوره در اموری که رهبری به آنان ارجاع می‌دهد و سایر وظایفی که در این قانون ذکر شده است، به دستور رهبری تشکیل می‌شود.»

نکته بسیار مهم درباره این اصل، آن است که آیا در همه مواردی که مصوبه مجلس از طرف شورای نگهبان مغایر با موازین شرع و قانون اساسی اعلام می‌شود، مسئله مصلحت موضوعیت می‌یابد به عبارت دیگر، آیا به محض بروز اختلاف، مسئله مصلحت موضوعیت می‌یابد؟ چرا قانونگذار می‌گوید که وظیفه مجمع برای تشخیص مصلحت، در مواردی است که شورای نگهبان مصوبه مجلس را مغایر با موازین شرع و قانون اساسی بداند؟ اجمالاً، باید گفت که قانونگذار اصل را بر حجیت نظر شورای نگهبان قرار داده است. واقعیت این است که هر مصوبه‌ای که از طرف شورای نگهبان رد می‌شود، موضوع مصلحت نمی‌باشد. زمانی موضوع مصلحت فرض می‌شود، که مجلس ادعا کند و بر مصوبه اعاده شده‌اش از سوی شورای نگهبان اصرار نماید؛ و در مقابل، شورای نگهبان نیز منکر آن شود. البته، این ادعای مجلس یک ادعای حقوقی به معنای خاص نیست، که محتاج اثبات از طرف مجلس باشد. قانونگذار به محض اختلاف، تشخیص را برعهده مجمع تشخیص مصلحت نهاده است.

### ۳. ضرورت مجمع تشخیص مصلحت نظام

برای تبیین دقیق این موضوع، می‌بایست زمینه‌های تاریخی قوانینی که موجب شکل‌گیری مجمع شدند، کاملاً بررسی شوند. چنانکه گفته شد، به هنگام بروز اولین اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان، مقام رهبری اولین مرجعی بود که به این اختلاف رسیدگی کرد. ایشان طی جوابی کلی و گویا، به مجلس حق دادند که بتواند در حوزه احکام ثانویه قانون جعل نماید (روابط عمومی، ۱۳۶۴، ص ۱۶۹):

«آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی دخالت دارد، که فعل یا ترک آن موجب اختلال نظام می‌شود و آنچه ضرورت دارد، که ترک آن یا فعل آن مستلزم فساد است و آنچه فعل یا ترک آن فعل مستلزم حرج است، پس از تشخیص موضوع به وسیله اکثریت وکلای مجلس شورای اسلامی با تصریح به موقت بودن آن، مادام که موضوع محقق است و پس از رفع موضوع خودبخود لغو می‌شود، مجازند در تصویب و اجرای آن. و باید تصریح شود که هر یک از متصدیان اجرا که از حدود مقرر تجاوز نموده، مجرم شناخته می‌شود و تعقیب قانونی و تعزیر شرعی می‌شود.»

در جریان مباحث مربوط به قانون کار، وزیر کار وقت در استفتایی از حضرت امام علیه السلام سؤال نمود:

«... آیا می‌توان برای واحدهایی که از امکانات و خدمات دولتی و عمومی از قبیل ... استفاده می‌نمایند، اعم از اینکه این استفاده از گذشته بوده و استمرار داشته باشد یا به تازگی به عمل آید، در ازای این استفاده شروط الزامی را مقرر نمود؟»

این استفتا تقویت پشتوانه‌های نظری قانون‌کار را در نظر داشت، که میان اختلاف مجلس و شورای نگهبان سرگردان مانده بود.

حضرت امام علیه السلام در پاسخ فرمودند:

«در هر صورت چه در گذشته و چه در حال، دولت می‌تواند شروط را مقرر نماید.»

نشانه‌های روشنی در جای جای سخنان امام علیه السلام دیده می‌شود و می‌رساند که ایشان تمایل چندانی به تشکیل نهادی در جنب شورای نگهبان نداشتند و مایل بودند که این شورا خود با روشن‌بینی و برداشت صحیح از حکومت اسلامی و اختیارات آن و درک واقعیات زمان، مسائل را بررسی

و در حل معضلات نظام کمک کند و موضع قانونی خود را مستحکم نماید. (امام خمینی ره، ۱۳۶۹، ص ۶۱)

مطالب پیشگفته، فقط اشکال ظاهری قضیه است. اما از نظر علمی و از دیدگاه تجزیه و تحلیل اصول قانون اساسی و بررسی ماهیت شورای نگهبان و ارتباط آن با مجلس، کمتر کار شده است. هر دو طرف قضیه به اهمیت و ماهیت مسائل آگاهی داشتند، ولی هیچگاه آن توافق دلخواه به دست نمی‌آمد. نتیجه آنکه با این شرایط ممکن بود گاهی قوانینی حتی با اکثریت قابل توجهی از نمایندگان مجلس تصویب بشود، اما به دلیل مغایرت با احکام شرع به وسیله اکثریت شش نفری فقهای شورای نگهبان یا به خاطر مغایرت با قانون اساسی به وسیله اکثریت مجموع دوازده نفری فقها و حقوقدانان شورای نگهبان ردّ بشود. ریشه علمی این معضل را می‌بایست در اصل نود و ششم قانون اساسی جستجو کرد که می‌گوید:

«تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی یا احکام شرع، با اکثریت فقهای شورای نگهبان است. و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی نیز برعهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است.»

همان‌طور که قبلاً یادآوری شد، مطابق قانون اساسی تنها مرجع وضع قوانین مجلس است. نقش شورای نگهبان نیز به اصطلاح فقهی برای «اعتبار موقوف است نه ایجاد مالم یقع». به عبارت دیگر، شورای نگهبان می‌تواند هر قانونی را با تشخیص خودش رد نماید، ولی ابتدائاً حق طرح و وضع ابتدایی و اولیه هیچ قانونی را ندارد. در مقابل، مجلس شورای اسلامی می‌تواند هر قانونی را وضع کند، ولی این احتمال وجود دارد که همه آنها به وسیله شورای نگهبان رد بشود. از این رو، تشخیص مغایرت نداشتن با شرع (مصوبات مجلس)، برعهده اکثریت جمع مجتهدان شورای نگهبان است. بدین ترتیب، شورای نگهبان مرجعی عالی در مقابل مجلس محسوب می‌شود.

قانونگذار در اصل نودوشش قانون اساسی، صلاحیت شورای نگهبان را در دو حوزه: قانون اساسی و احکام شرع، تفکیک کرده است. یعنی، اعضای حقوقدان شورای نگهبان فقط در موافقت یا مغایرت مصوبات مجلس با قانون اساسی حق اظهار نظر دارند. باید توجه داشت که مبنای و پایه‌های حقوق

منبعث از شرع مقدس است و چنین حقوقدانانی از اصول و قواعد شرعی بیگانه نیستند. وحدت صلاحیت حقوقدانان و فقهای شورای نگهبان، می‌تواند زمینه همفکریهای بسیار مفیدی را فراهم کند.

تاکنون عمده قوانینی که موجب بروز اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان شده، مربوط به مواردی است که اکثریت فقهای شورای نگهبان در آنها ملاک بوده است. با چنین شرایطی که در اصل نودوششم قانون اساسی پیش‌بینی شده است، عدم ایجاد اختلاف میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان کاملاً اجتناب‌ناپذیر می‌نماید.

نگارنده معتقد است که در صورت اصلاح اصل نودوششم قانون اساسی در جهت ایجاد وحدت صلاحیت حقوقدانان و فقهای شورای نگهبان در نظارت بر مصوبات مجلس شورای اسلامی، موارد اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان در تشخیص مصلحت، کاهش چشمگیری یابد. اما وقتی که اختلاف با شرایط فوق اجتناب‌ناپذیر باشد، طبعاً مرجع حل اختلاف نیز اجتناب‌ناپذیر خواهد بود. نپذیرفتن این راه حل و ایجاد مرجع دیگری به اسم مجمع تشخیص مصلحت نظام، بنابر ضروریاتی اجتناب‌ناپذیر است، ولی مشکلاتی نیز در پی خواهد داشت. شکی نیست که مجمع به عنوان نهادی در عرض شورای نگهبان قرار می‌گیرد، و همین موجب دوباره کاربها وضع سیستم قانونگذاری کشور خواهد شد. از نظر شکلی با توجه به نقش اساسی مجمع به عنوان مرجع اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان، باید گفت که مجمع تشخیص مصلحت نهادی در عرض شورای نگهبان است.

### راه‌حل و نتیجه‌گیری

در نظام جمهوری اسلامی، همه قوای حاکم حتی قوه مقننه، زیر نظر ولی فقیه قرار دارند و از او اعتبار می‌گیرند. مرجع قانونگذاری، مجلس شورای اسلامی است که از طرف شورای نگهبان منصوب رهبر (مستقیم یا غیرمستقیم) اعتبار می‌یابد. مطابق قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی حق وضع قوانین در عموم مسائل را دارد. قانون اساسی، آگاهی به زمان را از شرایط ولایت امر، امامت امت و نیز مجتهدان شورای نگهبان برشمرده است.

مهمترین محور ایفای نقش شورای نگهبان در حوزه احکام ثانویه و احکام حکومتی است. اجتهاد و استنباط در این حوزه از احکام، علاوه بر شتم اجتهاد دینی بسیار بالا و قوی، نیازمند جامعه شناسی فقهی - حقوقی قابل توجهی می باشد؛ زیرا در اینجا فتوا مطرح نیست، بلکه احکام حکومتی در کار می باشد که موضوع آن جامعه است. احکام ثانویه حکومتی در شأن فقیه حاکم می باشد، و فتوا در صلاحیت فقیه مفتی است. ارتباط فقیه مفتی با حکم و دلیل است، اما فقیه حاکم با حکم و مصلحت سروکار دارد.

مصلحت دلیل احکام نمی باشد، بلکه پایه و مبانی کلیه احکام شرعی و وضعی محسوب می شود. این در مرحله جعل و وضع قوانین است، اما به هنگام اجرای قوانین، مصلحت یکی از مرجحات باب تعارض و تزاحم احکام محسوب می شود. در احکام حکومتی عمومی، مصلحت به معنای تأمین و ترجیح منافع عمومی است.

نقش عمده شورای نگهبان، به تشخیص استثنائات و ثانویات از اصول اولیه شرع برمی گردد. اصلاً، شاید اجتهاد به معنای خاص، همانا تشخیص چنین استثنائات و ثانویاتی از اصول اولیه شرع باشد. عمومیات و اولیات شرع، از اموری است که هر اسلام شناس غیر متعهد نیز از آنها آگاه می شود. همان طور که اشاره شد، در نظام اسلامی - که در قانون اساسی ترسیم شده است - همه اینها در درجه اول در صلاحیت مقام رهبری است، که عملاً ایجاد، تأیید و اعتبارشان را به مجلس و شورای نگهبان واگذار کرده است. واگذاری این صلاحیت در مرتبه سوم به مجمع تشخیص مصلحت یا مرجع دیگری، مبتنی بر برخی ملاحظات حکومتی و بر مبنای مصلحت جامعه بوده است.

البته، شکل گیری این مرجع سوم در اثر نیاز و ضرورت اجتناب ناپذیری بوده است، که به نظر می رسد با اصلاح اصل نودوششم قانون اساسی تا حد زیادی قابل تأمین و ترمیم است.

انحصار صلاحیت تأیید مصوبات مجلس در حوزه احکام شرعی فقط برای شش نفر از مجتهدان شورای نگهبان، عملاً موجب عدم تحصیل اکثریت لازم از این جمع شش نفری و در نهایت، اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان در احکام ثانویه حکومتی مبتنی بر مصلحت می گردد. همان طور که گفته شد، اولین و مهمترین اختلافات مجلس و شورای نگهبان در قوانینی همچون: طرح قانونی

اراضی شهری و قانون کار، از این قبیل بوده است. توزیع یکسان صلاحیت حقوقدانان و فقه‌های شورای نگهبان برای تحصیل اکثریت آن شورا در تأیید عموم قوانین مصوبه مجلس، احتمال بروز اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان را کمتر خواهد کرد.

مبنای این استدلال این است که چون نظام حقوقی ایران تحت تأثیر مستقیم فقه اسلامی تدوین و تصویب می‌شود و یا اگر چنین اثرپذیری را با خود به همراه ندارد، لاقلاً مغایر با موازین اسلامی هم نباید باشد. بنابراین می‌توان با لحاظ دانش فقهی و حقوقی یک شخص وی را به عنوان حقوقدان یا فقیه شورای نگهبان پیشنهاد و منصوب کرد در این صورت می‌توان گفت با اندکی تغییر در اصل نودوشش قانون اساسی امکان دخالت و اعلام نظر تمام اعضای شورای نگهبان در هنگام بررسی مصوب مجلس شورای اسلامی فراهم خواهد شد و در نتیجه با افزایش حد نصاب برای تأیید یا رد مصوبات، موارد اختلاف میان شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی کمتر خواهد بود. از سوی دیگر چنین روشی موجب قوام و استحکام بیشتر مصوبات شورای نگهبان نیز خواهد شد.

استدلال مذکور در خصوص برخورداری اعضای شورای نگهبان از دانش فقهی و حقوقی صرفاً مختص حقوقدانان نیست بلکه شامل فقها نیز می‌شود زیرا صلاحیت اظهار نظر فقیهان شورا در خصوص مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی نیز مستلزم شناخت و آگاهی آنان به مسایل حقوقی است.

اصلاح پیشنهادی در اصل نودوشش قانون اساسی این شبهه را نیز برطرف می‌کند که حقوق ایران از شرع جدا و منفک است در حالی که در مقدمه و مبنای قانون اساسی - که به صراحت قابل درک است - مبنای حقوق ایران اسلام است و این دو جدایی‌ناپذیرند. تصویب اصل چهار قانون اساسی نیز مؤید مهم این مدعا است.

از طرفی، به دنبال پیروزی انقلاب اسلامی و شکل‌گیری تحولات بسیار عمده در نظام تعلیم و تربیت کشور، بسیاری از حقوقدانان مسلمان سعی می‌کنند تا معلومات حوزوی خویش را نیز تاحدودی تکمیل کنند، زیرا بخوبی دریافته‌اند که مطالعه در حقوق ایران بدون اطلاع عمیق از فقه بیفایده خواهد بود. امروزه، فارغ‌التحصیلان حقوق از مراکزی همچون: دانشگاه امام صادق علیه السلام، دانشگاه

مفید و مدرسه عالی شهید مطهری، با فارغ‌التحصیل عادی حقوق تفاوت دارد. بسیاری از علمای روحانی و طلاب جوان نیز سعی می‌کنند در کنار مطالعات حوزوی، به‌نحوی مطالعات دانشگاهی خویش را در حقوق تکمیل نمایند. انضمام آرای این دو گروه در شورای نگهبان، امر تحصیل و تشخیص مصلحت را آسانتر می‌کند. اما اگر با همه این تمهیدات باز هم در مواردی جزئی و نادر اختلافی میان مجلس و شورای نگهبان بروز کرد، تعیین مرجع صالح برای حل اختلاف که اینک مجمع تشخیص مصلحت نظام است ضرور می‌نماید.



کتابنامه

۱. [امام] خمینی، روح‌الله، صحیفه نور، سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ج ۲۱، چ ۱، ۱۳۶۹
۲. انصاری، مرتضی، فرائد الاصول، قم: انتشارات اسماعیلیان، ج ۱، بی تا
۳. بجنوردی، سیدمحمد، مقالات اصولی، بی جا، بی تا
۴. جعفری، محمدتقی، جایگاه تعقل و تعدد معارف اسلامی، مجله حوزه، شماره ۴۹، ۱۳۷۱
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۲، ۱۳۶۹
۶. دفتر همکاری حوزه و دانشگاه، درآمدی بر حقوق اسلامی، تهران: انتشارات سمت، چ ۱، ۱۳۶۴
۷. روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، نگاهی به اولین دوره مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴
۸. ریسونی، احمد، اهداف دین از دیدگاه شاطبی، ترجمه: سیدحسن اسلامی و سیدعلی ابهری، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمی قم، ۱۳۷۶
۹. صدر، سیدمحمدباقر، اقتصادنا، ترجمه ج. اسپهبدی، ج ۲، چ ۲، ۱۳۵۷
۱۰. همو، قواعد کلی استنباط، ترجمه و شرح: رضااسلامی، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمی، ۱۳۷۵
۱۱. طباطبائی، سیدمحمد حسین، معنویت تشیع، جمع‌آوری و تنظیم: محمد بدیعی، قم: انتشارات تشیع، بی تا
۱۲. فرشاد، محسن، مفهوم حقوق اقتصادی در ایران، انتشارات مدرسه عالی بازرگانی ایران، ۱۳۳۶
۱۳. گرجی، ابوالقاسم، روزنامه جمهوری اسلامی، ۲۱ مهر ۱۳۷۶، ص ۱۵
۱۴. مبلغی، احمد، «ثابت و متغیر»، کیهان اندیشه، شماره ۷۱، ۱۳۷۶
۱۵. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران: دانشگاه تهران، چ ۸، ۱۳۷۵
۱۶. مذکور، محمدسلام، مباحث الاحکام عند الاصولین، ج ۱، بی جا، بی تا
۱۷. مهرپور، حسین، دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی، تهران: انتشارات اطلاعات، چ ۱، ۱۳۷۲
۱۸. همو، مجموعه نظریات شورای نگهبان، سازمان انتشارات کیهان، چ ۱، ۱۳۷۱