

## آثار پذیرش قاعده نفی خلو در نظام قانون گذاری ایران

محسن اسماعیلی \*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۰/۰۲

سید محمد حسین میرلوحی \*\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۱/۳۰

### چکیده

ساختار حکومتی جمهوری اسلامی ایران، آنچنانکه قانون اساسی تصریح می کند بر اساس احکام و حیاتی شکل گرفته است و بنا دارد صدر تا ذیل این بنا اسلامی باشد. یکی از مهم ترین قواعد فقهی که فقها بر آن اجماع دارند، قاعده «نفی خلو الوقائع عن الحکم» است. به اختصار این قاعده می گوید هیچ واقعه ای از وقائع عالم نیست که دارای حکم الهی نباشد، از این رو در این مقاله تلاش شده است با استفاده از روش کتابخانه ای به تحلیل انتقادی سیاست های تقنینی فعلی پرداخته و نتایج تأثیرات این قاعده بر نظام قانون گذاری در جمهوری اسلامی ایران مورد بررسی واقع گردد. نتایج این پژوهش حاکی از آن است که نظام فعلی تأمین کننده این قاعده نیست و باید مصدر اصلی تدوین قوانین در قوه مقننه متشکل از مجتهدین موضوع شناس و آشنا به تدوین قوانین باشد.

### واژگان کلیدی:

تقنین، قاعده نفی خلو، نظام قانون گذاری، شورای نگهبان، احکام اسلامی، قوانین اسلامی.

## مقدمه

نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران مبتنی بر قانون اساسی اسلامی خود برای تضمین اسلامیت، شورای نگهبان را صرفاً برای «عدم مغایرت» قوانین جعل شده ناظر بر عمده ترین مصدر قوانین یعنی مجلس شورای اسلامی طراحی کرده است. با عنایت به معارف مسلم اسلامی به نظر می‌رسد این ساختار، مطلوب غایی اسلام نمی‌باشد. زیرا در لابلای لسان فقها و نه در بابی مستقل یک قاعده بسیار مهم فقهی اشارتاً دیده می‌شود که چنانچه به آن در بستر فقه سیاسی و حکومتی نگریسته می‌شد، قطعاً بابی مهم و مفصل بدان اختصاص می‌یافت. این قاعده نفی یا منع خلو نام دارد؛ با پشتوانه‌ای عمیق از آیات، مانند: «تبیاناً لکل شیء (نحل/۸۹)» و روایات متعددی از جمله روایتی از امام صادق (علیه السلام): «خدا حلال و حرامی نیافریده جز آنکه برای آن مرزی مانند مرز خانه هست آنچه از جاده است جزء جاده محسوب شود و آنچه از خانه است بخانه تعلق دارد (این احکام خدای متعال آن قدر جامع است). تا آنجا که جریمه خراش و غیر خراش و یک تازیانه و نصف تازیانه در حلال و حرام خدا معین شده است» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۶۰).

بنابراین ادله متقن فقها اظهار می‌دارند که هر یک از وقایع عالم دارای قانونی الهی است و قدرت قانون گذاری تنها در اختیار خداست، به عنوان نمونه در تشریح این قاعده شیخ انصاری پس از بیان تواتر اخبار در وجود حکم برای هر واقعه از جانب خدا می‌فرماید: «ما نمی‌توانیم در جایی که حکمش را (فعالاً) نمی‌دانیم، حکم صادر نکنیم چرا که می‌دانیم شریعت کامل است به نحوی که هیچ واقعه‌ای خارج از حکم قطعی از جانب خدای متعال نیست و آنان که اگر حکمی که صادر می‌کند از قبل خودش باشد و از احکام منزل از ناحیه خدای متعال نباشد از کافران هستند» (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۳۷۹). از این رو با توجه به درک اهمیت موضوع، سؤال اصلی این نوشتار این است که رعایت قاعده نفی خلو در تقنین، چه تأثیراتی بر نظام قانون گذاری در ایران خواهد داشت. به نظر می‌رسد با این تتبع به این نتیجه خواهیم رسید که آنچه اکنون در حال اجرا در ساختار تقنینی کشور است، تضمین کننده قاعده نیست و چنانچه نخواهیم ساختار قانون اساسی کشور را تغییر دهیم، باید نهاد اصلی تدوین و تنقیح قوانین در

مجلس شورای اسلامی متشکل از مجتهدینی که اشراف به موضوعات مختلف دارند، باشد. یکی از نکات برجسته این نوشتار آن است که همان طور که گذشت هیچ یک از اندیشمندان تا به حال هیچ گاه پژوهش مستقلی برای این قاعده مبنایی فقه حکومتی اختصاص نداده اند. صرفاً آیت الله آملی لاریجانی در ضمن تقریرات دروس خود به این قاعده پرداخته و از وجوه اصولی و فلسفی، ابعاد آن را تشریح کرده اند (رک. آملی لاریجانی، صادق، «قاعده نفی الخلو»، فصلنامه تخصصی علم اصول، سال سوم، شماره ۷، پاییز ۱۳۸۶)، ۱۶۱-۲۰۸). البته اینکه تا به حال راجع به رابطه دین و قانون نوشته اند، قابل انکار نیست اما اولاً عمدتاً نتایج این پژوهش ها به هیچ پیشنهادی در تغییر ساختار نهاد تدوین قوانین کشور نشده و ثانیاً مشخصاً هیچ پشتوانه ای از این قاعده فقهی نداشته است. اما در این پژوهش با اتکاء به این قاعده فقهی در حدود قانون اساسی تلاش شده است تا عدم تطابق نظام تقنینی فعلی با شرع به خواسته شارع نزدیک تر گردد.

در پژوهشی با عنوان «فقه سیاسی و اختیارات تقنینی حاکم با تأکید بر آراء امام خمینی (علیه السلام)» صرفاً با تکیه بر آراء امام سعی شده است نظام فعلی تأیید و توجیه شود (قطبی، ۱۳۹۳، ص ۵-۲۹). یا در «عرف و تقنین احکام با رویکردی بر آراء امام خمینی (علیه السلام)» بیشتر به چگونگی کنترل حاکم بر اساس ضوابط اسلامی پرداخته است تا نحوه تقنین بر مبنای شریعت (ایزدی فر، ۱۳۹۱، ص ۹-۳۶) و در «شورا در حکومت و تقنین» به مشروعیت نهاد شورا در زمینه تقنین اشاره می کند (داراب کلایی، ۱۳۶۸، ص ۱۰۶-۱۲۴) که این دیدگاه در آینده نقد خواهد شد.

#### ۱. نسبت اسلام و قانون گذاری در قانون اساسی

والا ترین نقطه هرم قانون گذاری در تمام کشورهای دارای سیستم «غیر کامن لا» قانون اساسی است (ابوالحمد، ۱۳۶۰، ص ۲۷). این عالی ترین هنجار حقوقی در نظام ما در اصل چهارم به روشنی به حکومت شریعت اسلام بر قوانین جمهوری اسلامی ایران و البته تمامی مقررات حاکمه در این کشور اشعار دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است...».

نکات بسیار مهمی از این اصل قابل برداشت می‌باشد:

در ابتدا تلویحاً از این اصل فهمیده می‌شود که جایی نیست که اسلام حکمی نداشته باشد و قانون‌گذار با وضع این اصل، قاعده نفی خلو را اجمالاً پذیرفته است. به علاوه حکومت موازین اسلامی بر تمامی قوانین و مقررات دارای دو معناست: اول معنای عرفی حکومت، که مسلط بودن قوانین اسلام بر تمامی قوانین و مقررات را نتیجه می‌دهد. دوم با عنایت به این نکته که فقها و علمای علوم دینی از تأثیرگذاران اصلی تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی بودند، معنای اصولی «حکومت» ایفاد می‌گردد. مطالعه مشروح مذاکرات قانون اساسی نیز مؤید همین مطلب است (اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۳۴۹).

حکومت در معنای دوم عبارت است از: نظارت یک دلیل بر دلیل دیگر به منظور تفسیر آن، چه دلیل حاکم، موضوع دلیل محکوم، متعلق آن و چه حکم آن را تفسیر نماید. این نظارت و تفسیر می‌تواند به صورت توسعه و یا تضییق باشد، هر چند این توسعه و تضییق حقیقی نیست، بلکه تعبدی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ج ۳: ۴۴۸). مانند آنکه در دلیلی بیاید «عالم را گرامی بدار» و در دلیلی دیگر بیاید «ستاره‌شناس عالم نیست». موضوع «عالم» است و جمله «ستاره‌شناس عالم نیست» بر دلیل حاکم است، چون در موضوع آن تصرف کرده است بدین گونه که ستاره‌شناس را که دانای به وضع ستارگان است، غیر عالم اعتبار کرده است. (شیروانی و غرویان، ۱۳۸۳، ص ۵۰۳). به تعبیر دیگر حکومت یعنی دلیلی بر دلیل دیگر از ناحیه گفتمانی اولی باشد. در نتیجه بر فضای مورد بحث تا زمانی که از شریعت حکمی باشد ورود دیگر منابع ممنوع و از آنجا که ما معتقد به قاعده نفی خلو هستیم، فقط و فقط شریعت منبع قوانین می‌شود. با توجه به قرار گرفتن این اصل ذیل «اصول کلی» قانون اساسی و اینکه محتوای آن اشعار دارد که برخی اصول قانون اساسی بر بعضی اولویت دارند یا به تعبیر برخی حقوق‌دانان فرادستوری هستند، بنابراین اصل چهارم از این دسته از اصول است. یعنی حتی خود تفسیر قانون اساسی نیز باید «بر اساس موازین اسلامی» باشد.

## ۲. روند فعلی تقنینی ایران در تضمین اسلامیت

مهم‌ترین نکته در تضمین اسلامیت قوانین در جمهوری اسلامی ایران، شکل حکومت

است. اصل ۵۷ همه قوا را تابع ولایت مطلقه امر و امامت امت می‌کند. بر طبق این اصل در رأس حاکمیت فقیه جامع‌الشرایطی است که قوای دیگر ذیل ولایت مطلقه او فعالیت می‌کنند و طبعاً وی مراقبت ویژه‌ای از جریان اسلامیت نظام و خصوصاً قوانین جاری خواهد داشت.

حضرت امام (علیه السلام) به عنوان معمار انقلاب در تبیین این بعد از وظایف ولی فقیه معتقدند دستور مسلم صادره از تقلین این است که حاکم اسلامی احکام را بداند یعنی قانون دان باشد، افزون بر این مسلم است که «الفقهاء حکام علی السلاطین» یعنی حکام باید در جعل قوانین و مقررات تابع فقها باشند. در این صورت حکام حقیقی همان فقها هستند در نتیجه قانون حاکم، قانون شریعت می‌باشد (خمینی، ۱۳۸۷، ص ۴۸).

مسئله حائز اهمیت دیگر در راستای رسیدن به نتیجه پژوهش، بررسی موردی

تضمین اسلامیت گزاره‌هایی است که در ایران/ارزش قانونی دارند:

(۱) احکام حکومتی (۲) مصوبات شورای عالی امنیت ملی (۳) مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام (۴) قانون اساسی (۵) تفاسیر شورای نگهبان از قانون اساسی (۶) سیاست‌های کلی نظام (۷) قوانین مجلس (۸) همه‌پرسی تقنینی (۹) مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی (۱۰) مصوبات شورای عالی فضای مجازی (۱۱) مصوبات مجلس خبرگان رهبری (خمسه، ۱۳۹۳، ص ۳۰).

در راستای تضمین اسلامیت نظام تقنینی فعلی، سه مرجع تعیین کننده می‌باشند:

۱. ولی فقیه: موارد ذیل با عنایت به تصویب ولی فقیه طبعاً مراقبت عدم تغایر با احکام اسلامی معمول می‌گردد: احکام حکومتی، مصوبات شورای عالی امنیت ملی، مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام، قانون اساسی، سیاست‌های کلی نظام، همه‌پرسی تقنینی، مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی، مصوبات شورای عالی فضای مجازی.

۲. فقهای مجلس خبرگان رهبری: مصوبات مجلس خبرگان رهبری با عنایت به

اینکه همه اعضای مجلس از فقها هستند قطعاً مغایر با شرع نخواهد بود. (۱)

۳. شورای نگهبان: تفسیر قانون اساسی و قوانین مجلس.

در روند کنونی متضمن مشروعیت قوانین مجلس، شورای نگهبان است. اصول ۹۱

به بعد قانون اساسی متضمن تشریح همین مطلب است اما اصل ۹۶ مقرر می‌دارد:

«تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است».

اصل بحث این پژوهش متمرکز بر نقد تضمین اسلامیت قوانین مجلس شورای اسلامی می‌باشد که به صورت تفصیلی در آینده به آن پرداخته خواهد شد.

### ۳. نظریات رایج در تضمین اسلامیت در ساختار کنونی

درباره تضمین مشروعیت تقنین، دو رویکرد اصلی غیر متساوی وجود دارد، یکی لزوم تطابق تمامی قوانین با شرع مقدس و دیگری صرفاً لزوم عدم تغایر با موازین اسلامی است. مهم‌ترین دلیل شکل یافتن این دو گفتمان تعارض ظاهری الفاظ در خود قانون اساسی می‌باشد، آنچنانکه در اصول مختلف قانون اساسی دیده می‌شود این دو مفهوم کاملاً خودنمایی می‌کند:

اصل دوم: ۱۶- تنظیم سیاست خارجی کشور بر اساس معیارهای اسلام، تعهد برادرانه نسبت به همه مسلمانان و حمایت بی‌دریغ از مستضعفان جهان.

اصل چهارم: کلیه قوانین و مقررات... باید بر اساس موازین اسلامی باشد ...

اصل هفتم و دوم: مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...

اصل هشتم و پنجم: ...در این صورت مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور و یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...

اصل نود و یکم: به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آنها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود.

نیز این تفاوت تعبیر در اصول ۹۴، ۹۶، ۱۰۵ و ۱۷۰ هم دیده می‌شود.

اما این تعارض فکری در میان اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی هم قابل رؤیت می‌باشد. عمده بحث‌ها در این زمینه نیز ذیل اصل چهارم مطرح شده است:

به طور خلاصه می‌توان گفت شهید هاشمی نژاد (اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۸۸۵) و آقای قائمی (اداره کل روابط عمومی مجلس

شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۹۶۱) از جمله طرفداران نظریه عدم مغایرت و آیت الله منتظری (اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۳۱۴) و شهید بهشتی (اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۳۱۷) از طرفداران نظریه تطبیق بودند.

اما در جای دیگری از اصول در فصل مربوط به وظایف و اختیارات شورای نگهبان دوباره این بحث مورد مناقشه قرار می گیرد و آیت الله سید محمد خامنه ای در بحثی که مشخصاً منعکس کننده محتوای قاعده نفی خلو است، تحت عنوان مخالف در مورد قرارداد شش نفر حقوق دان - غیر از فقها - به عنوان عضو شورای نگهبان اینچنین استدلال می کند که با عنایت به اینکه بنیاد حقوقی رژیم گذشته که حاصل گرده برداری از غرب است، با انقلاب اسلامی و استقرار حکومت اسلام به کلی ابطال می شود، حقوق دانان، قضات و وکلای آن زمان را عملاً با جریان حقوقی جدید بیگانه می دانند و می گویند ایشان باید نظام حقوقی اسلام از جمله نظام تقنینی آن را جایگزین تفکر سابق نمایند (اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۹۴۸ و ۹۴۹) این تفکر را آیت الله صافی نیز در ذیل همان اصل یعنی نمود و یکم مطرح می کنند (اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۲، ص ۹۵۲).

#### ۴. مفاهیم بنیادین فقهی برای تغییراتی که مستلزم پذیرش قاعده است

یکی دیگر از مقدمات لازم برای رسیدن به پاسخ اصلی این پژوهش آشنایی با دسته بندی مبنایی احکام اسلامی است. بدین منظور ضروری است به تقسیم احکام به اولیه و ثانویه و حکومتی اشارتی داشته باشیم.

#### ۴-۱. انواع احکام اسلام: اولیه و ثانویه و حکومتی

البته «وصف اولی و ثانوی برای احکام نیز از اوصاف شرعی و به اصطلاح «حقیقت شرعی» نیست تا بتوانیم دنبال ضوابط و حدود آن در لسان شارع باشیم، بلکه فقط در کلام فقها خصوصاً اصولیان هنگامی که احکام با ملاحظه خصوصیات مربوط به آنها تقسیم می شود، استعمال شده است» (یزدی، محمد، ۱۴۱۶، ج ۵۴، ص ۴۹).

۴-۱-۱. احکام اولیه: احکامی است که بر عناوین اولیه موضوعات ترتیب داده

شده مانند وجوب غسل، وضو، نماز، روزه، حج، امثال آنکه برای هر مکلفی منهای هیچ فرض دیگری ثابت است.

۴-۱-۲. احکام ثانویه: احکامی است که برای عناوین ثانویه تشریح شده است؛ مانند: حرمت اضرار به نفس یا به غیر و حرمت فساد و اختلال نظم و رفع الزام از کارهای حرجی که در کلیه این موارد، احکام اولیه به مقتضای قانون «لا ضرر و لا حرج» و امثال آن برداشته می‌شود و احکام ثانویه جایگزین احکام اولیه می‌گردد. قید مهم در مورد احکام ثانویه مادام المصلحه و الضروره بودن این‌هاست (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۲۶).

نکته مهمی که در اینجا مختصراً بدان اشاره می‌شود این است که هنگام تعارض بین احکام اولیه و ثانویه، ثانویه مختار است (مرعشی نجفی، ۱۴۲۲ ق، ص ۱۵۳).

۴-۱-۳. احکام حکومتی: فرامین جزئی و اجرائی پیامبر (ﷺ) و امام (علیه السلام) به اعتبار منصب حکومت‌داری و به تعبیری آن دسته از احکام جزئی و اجرائی است که از جانب ایشان در منصب حکومت صادر می‌گردد.

اختلاف نظر در جایگاه حقیقی حکم حکومتی بسیار است (۲) مسلم و قدر متیقن عقیده شیعه و منبعث از اصل ولایت فقیه است، این است که حکم حکومتی، قطعاً داخل در شرع است فلذا از مصادیق احکامی است که قاعده نفی خلوشامل آن می‌شود.

بنابراین قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی ایران تحت تأثیر تبعیت از احکام اولیه، ثانویه و حکم حکومتی خواهد بود. از یک طرف ثابت بودن احکام اولیه، متغیر بودن احکام ثانویه تحت تأثیر شرایط زمان و مکان که از مؤلفه‌های مهم تأثیرگذار در یک نظام حقوقی در حال پیشرفت است و نیز جایگاه محوری ولایت فقیه در اصدار احکام حکومتی شرایط ویژه‌ای در صحنه عملیات تقنین در ایران دارد که در بند سوم به آن اشاره خواهد شد.

#### ۴-۲. تاریخچه تعامل مجلس و شورای نگهبان در رابطه با اقسام احکام

مطالعه یکی از گلوگاه‌های بسیار مهم تقنینی در تاریخ جمهوری اسلامی ما را به پاسخ اصلی این نوشتار نزدیک می‌کند. شورای نگهبان در همان اوائل انقلاب اولاً در مسئله قانون اراضی شهری و ثانیاً در قانون کار به مشکلی مبنایی با دولت وقت برخورد

می کند که تفصیل آن مکرراً در کتب و مقالات مرتبط آمده است. بالاجمال بررسی این تاریخچه مبین ضعف نظام تقنینی ما در برخورد با تقسیم بندی احکام اولیه، ثانویه و حکومتی و کارویژه نهادهای تقنینی در رابطه با این تقسیم بندی است. (۳)

#### ۵. تأثیر قاعده نفی خلو در عرصه نظر

بنابر آنچه گذشت، با رعایت اصول قانون اساسی و در مقام جمع تعارض تعبیر باید گفت اقتضای قاعده نفی خلو این است که قوانین موضوعه در نظام جمهوری اسلامی ایران، باید مطابق با احکام ثانویه باشد و با احکام اولیه تغایر نداشته باشد. توضیح آنکه احکام ثانوی، عناوینی است که بر مصداق عینی خارجی تعلق می گیرد، به عنوان مثال در حال حاضر در این مورد خاص اضطرار است، یا فلان مورد خاص مجرای لاجرح است. بنابراین ضرورتاً راهی جز انطباق قوانین با احکام ثانویه باقی نمی ماند. این معنا در فقه با عبارت مشهور «الانطباق قهری» در رابطه با عنوان ثانویه مکرراً تکرار شده است (کابلی، بی تا، ج ۴، ص ۱۵). از طرف دیگر تعبیر «عدم مغایرت» را برای قوانین اولیه برای این به کار می بریم که بالاخره در جایی که حکم حکومتی داریم یا حکم ثانوی ای در میان است جایی است که روی عنوان اولی بار می شود و آن را مادام المصلحه تغییر می دهد. در عین حال همان طور که گذشت این حکم ثانوی یا حکم حکومتی داخل در شریعت است، بنابراین «مغایرتی» با شرع ندارد. (۴)

#### ۶. تأثیر قاعده بر عملکرد مجلس در نظم کنونی

بدیهی است که علی رغم وجود برخی نهادهای دارای صلاحیت وضع قوانین و مقررات، اصلی ترین نهاد تقنینی در نظم کنونی جمهوری اسلامی ایران، مجلس شورای اسلامی می باشد. از سوی دیگر با توجه به اینکه دیگر نهادهای دارای صلاحیت تقنینی یا ذیل حکم حکومتی ولی فقیه قرار می گیرند یا خود فقیه می باشند، طبعاً اقتضائات قاعده نفی خلو رعایت می شود. بدین جهت پرداختن به تأثیر این قاعده بر ساختار مجلس الزامی می باشد.

#### ۱-۶. برنامه‌ریزی در حوزه احکام اولیه (ثابتات):

در صورت اجرایی شدن همه ابعاد قاعده نفی خلو، بازنگری در ساختار تدوین و تنقیح قوانین مجلس امری اجتناب‌ناپذیر است، همان‌طور که امام خمینی (ره) اشاره می‌فرماید: «هیچ‌کس حق قانون‌گذاری ندارد؛ و هیچ قانونی جز حکم شارع را نمی‌توان به مورد اجرا گذاشت. به همین سبب، در حکومت اسلامی به جای «مجلس قانون‌گذاری»، که یکی از سه دسته حکومت‌کنندگان را تشکیل می‌دهد، «مجلس برنامه‌ریزی» وجود دارد» (خمینی، ۱۳۸۷، ص ۴۴-۴۶). مسئله حائز اهمیت این است که با توجه به این بیان حضرت امام، تنفیذ قانون اساسی که در واقع تنفیذ «قوه مقننه» نیز هست، چگونه با این عقیده قابل جمع می‌باشد.

شاید یکی از وجوه جمع این بیان - که عملاً از محصولات اصلی این نوشتار هم قلمداد می‌شود - این باشد که در حیطة ثابتات، مجلس حق هیچ‌گونه دخل و تصرفی ندارد و حکم شرعی منصوص، خود قانون حکومت اسلامی است. به عبارت دیگر، در احکامی همچون حدود، قصاص، دیات، نکاح، طلاق و... قانون‌گذار صرفاً می‌تواند این احکام را عیناً وارد در مجموعه قانونی خود کند و نهایتاً برای اینکه اوصاف شکلی قانونی در آن رعایت شده باشد این احکام را در فصول، مواد، بنود و تبصره‌بندی‌های رایج تقنینی ویراستاری کند.

طبعاً این حق برای مقنن باقی است که برای اجرای همین احکام، روند اجرایی لازم را وضع کند تا در یک روند منطقی، وظایف حکومت و ملت در راستای برآورده شدن فحوای حکم اولیه مشخص گردد. این عملیات قوه مقننه، با تعاریف رایج در نظام‌های حقوقی چیزی جز «برنامه‌ریزی» نیست.

به‌عنوان مثال، در سرقت حدی که بنابر نص دارای شروط ۱۶ گانه است این شرایط باید به صورت واضح، ساده و همه فهم در قانون منعکس شود و برای اجرای این حدود تشکیلات و تشریفات لازم در قوانین و مقررات مربوطه درج گردد.

#### ۲-۶. قانون‌گذاری در حوزه احکام ثانویه (متغیرات)

احکام ثانویه آن دسته از مقررات جاری است که در انتظام امور و اجرای صلاحیت‌های اداره جامعه اسلامی تصویب می‌گردد، با صرف نظر از مبتنی بودن به حوزه خاصی از

احکام شرعی که به حسب شرایط زمان و مکان و سیالیت موضوع، دارای حکم ثانویه مخصوص به خود می‌شود. تعبیر نایینی در تنبیه الامه برای این دسته از احکام «معظم سیاسات نوعیه» (نایینی، ۱۴۲۴ هـ، ص ۱۳۳) و با تسامح شهید صدر در «منطقه الفراغ» (صدر، ۱۴۱۷ ق، ص ۳۸۰) نیز این موضوع را تشریح می‌کند، این‌جا همان حوزه‌ایست که مجلس شورای اسلامی با رعایت موازین اسلامی و با عنایت به عدم تغایر با احکام ثانویه شرعیه، به معنای واقعی کلمه دست به تقنین می‌زند.

این تغییر شرایط صرفاً در زمان بعد از معصومین (علیهم‌السلام) و یا فقط در حوزه احکام فردی (مثل برداشته شدن حکم روزه از شخص مریض بواسطه حکم ثانویه لاضرر) نمی‌باشد بلکه به عنوان نمونه در احادیث و نصوص شرعی آمده است پیامبر مردم مدینه را مجبور به واگذاری آب‌های زائد بر نیازشان کردند. بر اساس مسلمات شریعت اجتناب افراد از واگذاری اموال زائد بر نیازشان اصولاً ممنوع نیست و از محرمات اصیل به شمار نمی‌آید، این مسئله مبین آن است که منع و نهی پیامبر به دلیل اوضاع خاص سیاسی اجتماعی و اقتصادی آن زمان صورت گرفته است؛ چه آنکه در آن زمان مدینه نیاز شدیدی به رشد کشاورزی و دامداری داشت و کمبود آب اقتضاء می‌کرد مسلمانان آب‌های مازاد خود را که در حال عادی ملزم به واگذاری آن نیستند، در اختیار دیگران قرار دهند (اسماعیلی، ۱۳۹۱، ص ۱۳۰). نمونه دیگری که اتفاقاً در لابلای مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز دیده می‌شود، قوانین راهنمایی و رانندگی است. در اسلام به صورت کلی احکام «لزوم نظم در جامعه»، «رعایت حق الناس»، «حفظ دماء و نفوس» و امثالهم وجود دارد که مقنن در این حیطة و براساس شرایط زمان و مکان، تکنولوژی و اقتضائات حیات در این عصر به نوشتن قوانین لازم برای عبور و مرور باید اقدام کند.

حال در نظام جمهوری اسلامی نیز، با توجه به ورود جدی مجلس در تشخیص مصالح و مفاسد و وضع گزاره‌های لازم‌الاجرا در تأمین آن‌ها، عملاً همان روند رایج تقنین در تمامی کشورهای سیستم «قانون نوشته» اتفاق می‌افتد قطعاً تعبیر «قانون گذاری» در این حیطة صحیح است. البته بواسطه اینکه نمایندگان مجلس شورای اسلامی از مجتهدینی نیستند که بتوانند چارچوب احکام ثانویه را تشخیص دهند، رکن شورای نگهبان در کنار آن قرار می‌گیرد و برای تضمین قاطع تأثیر قاعده نفی خلو اصل نمود و

سوم قانون اساسی نیز وضع می‌گردد: «مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد».

نکته: این تقسیم‌بندی در نامه آیت‌الله جعفر سبحانی به رئیس مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۸۷ گوشزد شده است. توضیح آن که با ورود مجلس در حیطه احکام اولیه و دخل و تصرف در ارث و دیه زن ایشان فرمودند قانون‌گذاری دو مرحله دارد یکی تبیین حکم از نصوص که بر عهده فقهاست دیگری تصویب قوانین در مسائل اجتماعی و اقتصادی و ... در حدود شرع است که این وظیفه نمایندگان است. اما تجدید ارث زوجه از احکام اولیه مشمول نوع اول است که نمایندگان حق دخالت در این زمینه را ندارند. (۵)

#### ۷. شورا و قاعده نفی خلو

در تجدیدنظر ساختار کنونی نظام تقنین جمهوری اسلامی با عنایت به محتوای قاعده نفی خلو، در ابتدا به نظر می‌آید ورود شورا در تقنین جایگاهی ندارد. مگر نه این است که حکم الهی از طریق مسیر مشخص شده فقهی خویش باید استنباط شود و مبنا قراردادن اکثریت، امری مجعول از طرف بشر است؟  
برخی آیات مؤید این دیدگاه عبارتند از:

- و هیچ مرد و زن مؤمنی را نرسد هنگامی که خدا و پیامبرش کاری را حکم کنند برای آنان در کار خودشان اختیار باشد (احزاب/۳۶).
- اگر از بیشتر مردم روی زمین پیروی کنی تو را از راه خدا گمراه می‌کنند (انعام/۱۱۶).

اما دیدگاه مقابل، شورا را دارای مبنای شرعی می‌داند. آیه ۱۵۹ سوره آل عمران اصلی‌ترین دلیل است که خدای متعال خطاب به پیامبر اکرم (ﷺ) می‌فرماید: «در همه امور با مردم مشورت کن».

علامه نائینی در استظهار مشروعیت مجلس شورا در تنبیه الامه اینچنین می‌نویسد: «دلالت کلمه مبارکه «فی الأمر» که مفرد محلی و مفید عموم اطلاق است، بر اینکه متعلق مشورت مقرر در شریعت مطهره، کلیه امور سیاسی است، هم در غایت وضوح؛ و خروج احکام الهیه از این عموم از باب تخصّص است نه تخصیص» (نائینی، ۱۳۸۳، ص ۸۳ و ۸۴).

مفسرین شأن نزول این آیه را در ماجرای جنگ احد آورده‌اند که در آن‌جا پیامبر از اصحاب خود در باب جنگیدن در داخل یا خارج از شهر مشورت گرفتند (ابن کثیر دمشقی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۱۳۱).

نظریه‌ای که در تأیید وجود شورا و مبنای اکثریت، در نظام حقوقی اسلام خودنمایی می‌کند آیات مخالفین را این‌گونه توجیه می‌کند که اکثریت ذکر شده از دیدگاه این آیات اکثریت مذموم است. اکثریتی که مثلاً با عنایت به ذیل شریفه ۱۱۶ انعام از گمان‌های آلوده به هوی و هوس پیروی می‌کنند (ارسطا، ۱۳۹۳، ص ۱۶۹).

استدلال‌های موافقین و مخالفین شورا در این زمینه بسیار است و پرداختن مبسوط به ادله عقلی، قرآنی و روایی این مسئله در رسالت ما نیست. اما به هر حال مراجعه به سیره قطعیه پیامبر اکرم (ﷺ) مؤید این است که ایشان در امور مختلف اعم از نظامی و غیر نظامی مشورت می‌فرمودند (حیدری خراسانی، ۱۳۷۷، ص ۱۷).

اصلی‌ترین دلیل انکار شورا، این نکته است که مگر می‌شود حکم الهی از مصدری غیر الهی یعنی مشورت از اکثریت صادر شود؟ اما غفلت از دیگر ثمرات نهفته در نهاد شورا موجب این ایراد می‌شود. ابعادی چون «پرورش یافتن عقول مردم در تضارب آرا»، «استیقان پیدا کردن به صحت احکام الهی پس از تجارب عملی»، «پیدا کردن نقش فعال از جانب مردم در سرنوشت امت اسلامی» و دلائلی از این قبیل باعث شده که پیامبر اکرم (ﷺ) از این اصل بهره جویند.

اما به هر حال آنچه که روشن است، عدم تضمین قطعی اسلامیت قوانین صادر شده از نهاد شورا، آن هم با ترکیب غیر فقهایی است. بنابراین نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران از طرفی برای تأمین کردن ثمرات بسیار باارزش شورا و از سوی دیگر تضمین انطباق قوانین با موازین اسلامی، در کنار مجلس شورای اسلامی، شورای نگهبان را با کارویژه‌های ذکر شده تأسیس می‌کند.

## ۸. تأثیر قاعده در ساختار مجلس

تطوراتی که در اوائل انقلاب راجع به قانون کار و قانون اراضی شهری افتاد و چالش جدی‌ای در افکار عمومی نیز ایجاد کرد، در نهایت باعث تحولات مهمی در ساختار قانون گذاری در کشور شد، اما آرامش فعلی در روند کنونی نباید مشعر این باشد که

مشکلات قبلی تماماً مرتفع شده است.

۸-۱. بقای ایرادات کهنه: اتفاقاً همان جنس ایراداتی که شورای نگهبان در آن دوره وارد کرده بود، الان نیز قابل رؤیت است. به عنوان نمونه قانون تجارت فعلی حاکم بر کشور مصوب سال ۱۳۱۱ است و توقع ارتقای آن منطقی است. مجلس نیز این نیاز را به خوبی درک کرده و در فروردین ماه ۱۳۹۱ این مصوبه را برای قانون شدن به شورای نگهبان تقدیم داشت. (۶)

ایرادات متعدد مجمع فقهی شورای نگهبان (و نه خود شورای نگهبان) آنچنان جدی بود که این لایحه با بن بست مواجه شد و حتی فرصت طرح در شورای نگهبان را پیدا نکرد، پس از رفت و برگشت به مجلس و حتی اعمال اصلاحات در تاریخ ۲۷ خرداد ۹۱ به تصویب شورای نگهبان نرسید. (۷)

جنس ایرادات وارده بر این قانون همجنس ایراداتی است که در بنود گذشته به آن اشاره شد که نهایتاً منجر به عدم تصویب شد، این در حالیست که اهمیت این قانون در شرایط ویژه اقتصادی کشور ضروری است و مورد تأکید مسئولان برجسته نظام نیز بوده است. (۸) احاله تصویب این گونه قوانین نظام‌ساز به مجمع تشخیص نظام اولاً نقض غرض تأسیس نهاد قوه مقننه است و ثانیاً بر فرض صحت احاله این موارد به مجمع، بواسطه ساختار تشکیلاتی مجمع، تصویب این قوانین مورد نیاز کشور سال‌ها به درازا می‌انجامد.

۸-۲. تأثیر عینی: روشن است با رعایت شرایط نمایندگی مذکور در ماده ۲۸ قانون انتخابات مجلس شورای اسلامی که در بند مربوط به بحث ما اعتقاد و التزام به اسلام ذکر شده است، این هدف میسر نمی‌شود. لکن جهت تأمین اصل جمهوریت توأم با شورویت، از سوی دیگر تسریع در تأمین ثمرات قاعده و نیز عدم لزوم بازنگری در قانون اساسی می‌توان راه میانه‌ای را پیشنهاد داد.

در مرداد ۱۳۸۹ قانونی تحت عنوان «دستورالعمل اجرایی قانون تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور» تصویب شد که طبق آن تشکیلاتی با ساختار «شورای عالی، شورای راهبردی، اداره کل اسناد و تنقیح قوانین و گروه‌های کارشناسی» کارویژه تدوین و تنقیح قوانین را برعهده گرفت.

ما می توانیم ترکیب کمیسیون های شورای راهبردی و گروه های کارشناسی را طوری تعریف کنیم که راهبر اصلی آن فقها و مجتهدین فاضل آشنا با علم حقوق و شرایط قانون نویسی باشند - که با توجه به شرایط امروز جامعه حوزوی و دانشگاهی ما امری کاملاً قابل دسترسی است - و ایشان با کسب اطلاع از مصالح و مفاسد واقعی امور از کارشناسان متخصص هر امر، مشغول تدوین قوانینی باشند که می خواهد در صحن مجلس مورد بحث و گفتگو قرار گیرد. (۹)

### ۹. ملزومات نظری ساختار جدید

صرف تغییر یا ارتقای ساختاری در نهاد اصلی قانون گذاری در جمهوری اسلامی ایران کفایت نمی کند و ما باید از لحاظ نظری یکسری بایسته های قانون گذاری فقهی را حتماً مدنظر داشته باشیم:

۹-۱. شناخت دقیق تر موضوعات و مصادیق شرعی: امروزه با پیچیده شدن موضوعات مختلفی که در حیات بشری مطرح است، انطباق احکام شرعی بر برخی موضوعات به راحتی امکان پذیر نیست. بنابراین لازم است که فقیهان پیش از آنکه حکم موضوعی را بیان کنند، ابعاد مختلف آن موضوع را بشناسند و از تشابه و همانندی آن موضوع با موضوعی که در عصر شارع مورد حکم قرار گرفته مطمئن شوند.

۹-۲. توجه به شرایط زمانی و مکانی اجرای احکام شرعی: مجتهدان و قانون گذاران پیش از آنکه حکمی را براساس اجتهاد مصطلح به صورت ماده قانونی تدوین و یا تصویب کنند، باید با بهره گیری از نظر کارشناسان مختلف اجتماعی، تمام زمینه ها، امکانات و تبعات اجرای آن ماده قانونی را حتی در درازمدت مورد بررسی قرار دهند، که این امر مؤکداً در منشور روحانیت امام بدان تأکید شده است. (۱۰)

۹-۳. توجه به اصول و قواعد کلی مورد نظر شارع: شرایط و مقتضیات زمان از مسائل مشتبهی است که گاه دستمایه فراموشی مقاصد شریعت می شود. در عین پاسخگویی به نیازهای شرعی جامعه باید با رعایت اصول اصیل فقهی، نگاه دقیق به مقاصد شریعت در تدوین قوانین را نصب العین قرار دهند.

۹-۴. توجه به تأثیر حکومت بر احکام شرعی: فقه شیعه بر خلاف فقه اهل تسنن در بستر قرون به علت دور بودن از حکومت ابعاد اجتماعی نحیفی نسبت به ابواب

فردی دارد. امروزه با تشکیل حکومت اسلامی و حاکمیت ولی فقیه دیگر نمی‌توان استنباط احکام را تنها در روابط فردی در نظر گرفت.

#### ۹-۵. توجه به پیوستگی و ارتباط نظام‌مند معارف دین: دین اسلام مجموعه‌ای

به هم پیوسته و نظام‌مند از عقاید، احکام و اخلاق است. این سه حوزه متفاوت در عین حال از درهم‌تنیدگی جدی برخوردارند. یک نظام حقوقی اسلامی زمانی موفق است که بتواند این منظومه را باهم تصور و تصدیق کند.

#### ۹-۶. توجه به قواعد، فنون و روش قانون‌گذاری: فقها و مجتهدان ورودکننده در

عرصه تقنین قطعاً باید از «فراوری» احکام شرعی به سمت قانون‌گذاری متداول آگاهی داشته باشند. یکی از مشکلات قانون‌گذاری پس از انقلاب اسلامی، رعایت نشدن قواعد، فنون و روش قانون‌گذاری است که موجب ابهام و یا اجمال برخی مواد قانونی و حتی برداشت نادرست از برخی دیگر شده است. البته این موضوع علل و عوامل مختلفی دارد که از جمله مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از: نبود و تجربه پیشینه لازم در زمینه قانون‌گذاری بر اساس فقه شیعه، ناآشنایی قانون‌گذاران با اصول و قواعد قانون‌نویسی، ترجمه لفظ به لفظ متون فقهی و ارائه آن‌ها به‌عنوان مواد قانونی بدون توجه به شرایط و بستر اجرایی این مواد. (۱۱)

### نتیجه‌گیری

قاعده نفی یا منع خلو الوقائع عن الحکم گرچه از سویی هم از شهرت در میان فقها برخوردار است، هم ادله متقن عقلی، قرآنی و روایی دارد اما تفسیرهای متعددی از آن ارائه شده است.

در این میان ما معتقد بودیم بر اساس مکانیسم اجتهاد می‌توان تمامی احکام الهی را خواه حکم واقعی خواه ظاهری با عنایت به مقتضیات زمان و مکان استنباط کرد و از این جهت هیچ واقعه‌ای از وقائع عالم بدون حکم الهی باقی نمی‌ماند. از سوی دیگر احکام را به سه دسته اولیه، ثانویه و حکومتی تقسیم کردیم. معتقدیم وظیفه مقنن در باب احکام اولیه صرفاً برنامه‌ریزی برای اجرای آن حکم است و در احکام ثانویه که «معظم سیاسات نوعیه» را نیز تشکیل می‌دهد. بواسطه دخیل بودن عنصر زمان و مکان، قانون‌گذاری (به معنای پذیرفته شده در عالم حقوق) انجام می‌شود. احکام حکومتی هم

که غالباً مصداقی و خود قانون هستند.

### پیشنهادها

بنابراین نظام حقوقی اسلامی نه یک نظام کامن لاس است که عرف - به معنای خاص خودش - مبنای تقنین قرار گیرد و نه مثل اغلب نظام های حقوقی جهان، پوزیتیویست که نمایندگان قوه تقنینی آن بخواهند صرفاً با در نظر گرفتن آگاهی های خود از نظامات رایج حقوقی و عنایت به مقتضیات عصر و مصر خود دست به قانون گذاری بزنند. سلطه تشریحیه تنها و تنها از آن خداست «ان الحکم الا لله» و تمام عناصر تقنینی در نظام حقوقی اسلام باید سعی کنند اراده شارع مقدس را کشف کنند.

لذا همان طور که در انتهای بخش آخر پیشنهاد شد، در حالت مطلوب، اتاق فکر اصلی تدوین و تنقیح قوانین ما باید از فقها و مجتهدین فاضل و آگاه به مقتضیات زمان و مکانی باشد که بتوانند اولاً فهم دقیقی از احکام اولیه اسلام داشته باشند و ثانیاً چارچوب احکام ثانویه را درک کنند و نهایتاً در کنار آنها بسته به موضوع مورد بحث کارشناسان متخصص حضور داشته باشند تا عملیات موضوع شناسی به نحو کامل اتفاق بیفتد. سپس قوانین فرآوری شده توسط این نهاد، بواسطه رعایت اقتضائات جمهوریت نظام، در مجلس شورای اسلامی طرح و به رأی گذاشته شود.

بدین منظور در نظام جامع علمی کشور یک نوع همبستگی جدی بین حوزه و دانشگاه لازم و ضروری است. همان طور که قوه قضائیه برای کادر سازی خویش دست به تأسیس دانشگاه علوم قضایی زد، قوه مقننه با همکاری حوزه علمیه، البته در ابعادی بسیار وسیع تر و تخصصی تر، می تواند نظام درسی پیشرفته ای را طراحی کند و این پیشنهاد پس از کمتر از یک دهه اتفاقی در دسترس و بسیار باارزش تلقی می شود.

### یادداشت ها

۱. ارجاعات: تضمین اسلامیت در مورد قانون اساسی رجوع شود به: (محسنی، ۱۳۸۱،

ص ۶۵) و (اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۱، ص ۵) و

(خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۱، ص ۱۰۳)

همه پرسی تقنینی رجوع شود به: (اسماعیلی، ۱۳۸۲، ص ۳۱-۳۸)

مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی رجوع شود به: (هدایت نیا، ۱۳۸۱، ص ۵۹-۶۳)  
 ۲. توضیح آنکه: فقها سه منصب غیر از منصب نبوت را برای معصومین (علیهم السلام) برشمرده‌اند:  
 ۱. تبلیغ ۲. حکومت ۳. قضاوت.

پیامبر (ﷺ) احکام کلی الهی را که مربوط به همه شئون زندگی انسان‌ها بوده را به مردم ابلاغ می‌نمود؛ اما چون اجرای همه احکام جز از راه به دست گرفتن حکومت میسر نبود، ایشان برای اجرای آن‌ها، بعد از تشکیل حکومت، دستورهایی صادر می‌نمودند، مانند: حکم به جنگ و صلح و اجرای حدود، که از شئون حاکم است؛ این احکام جزئی را احکام حکومتی می‌گویند که در واقع، در طول احکام الهی قرار گرفته است نه در عرض آن‌ها (خمینی، ۱۴۲۱ ق، ج ۲، ص ۶۲۹). برخی نیز اقسامی برای احکام حکومتی برشمرده‌اند: احکام حکومتی صادره در مقام تراحم با احکام اولی، احکام حکومتی تقویت‌کننده و مجری حکم اولیه و حکم حکومتی تأسیسی (مثل حکم ارتداد سلمان رشدی) (منصورنژاد، ۱۳۷۷، ص ۱۶).

**نکته:** در زمینه ماهیت حکم حکومتی از دیرباز تاکنون اختلاف بسیار بوده است. {۲} در این مقال بواسطه رسالت اصلی ما فرصت پرداختن به این مسئله نیست اما به صورت گذرا باید گفت برخی از علما آن را در زمره احکام اولیه قرار می‌دهند که در رأس آن‌ها حضرت امام (علیه السلام) است (خمینی، ۱۳۸۹، ص ۴۵۷) برخی دیگر آن‌ها را در زمره احکام ثانویه می‌دانند، مثل شهید صدر که تعبیر «صفه ثانویه» را به کار می‌برد (صدر، ۱۴۱۷ ق، ص ۶۸۹) نیز آیت‌الله سبحانی چنین نظری دارند (سبحانی، ۱۴۱۵ ق، ج ۳، ۹۳) و برخی شق سومی را متصورند، سید محمود علوی معتقد است در هیچ‌کدام از دسته‌بندی اولیه و ثانویه قرار نمی‌گیرد چون از نصوص مستفاد نشده، ولی حکم حکومتی بر اساس مقتضیات زمان و مکان و مصالح آنی، صادر شده و مبتنی بر تشخیص مصلحت از سوی حاکم شرع می‌باشد؛ هر چند مستند مستقیم از نصوص شرعی برایش نباشد هر چند موقت بودن آن شباهتی را با احکام ثانوه منجر شود (علوی، ۱۳۹۱، ص ۳۰).

۳. به ناچار از همان ابتدای انقلاب دولت و مجلس لوایح و طرح‌هایی را تهیه و تصویب می‌کردند که گاه جنبه بنیادی داشت و نظم جدیدی را پایه‌گذاری می‌کرد. هدف زدودن آثار حکومت طاغوت و کوتاه کردن دست حکومت‌گران فاسد بود، که البته هدف مقدسی بوده و بدیهی است. اعضای شورای نگهبان نیز همین هدف را دنبال می‌کردند و محترم می‌شمردند ولی وقتی در قالب لایحه‌ای می‌خواست پیاده شود اختلاف نظر حاصل می‌شد. این اختلاف نظر بیش از همه در دو مورد بحث برانگیز شد: اول، قانون اراضی شهری: به

صورت خلاصه این قانون آشکارا سلطه مالک را تهدید می کرد، مورد بحث فراوان واقع شد و از وقتی که این طرح قانونی در مجلس مطرح گردید در محافل فقهی و حوزه های نیز کم و بیش در مورد آن بحث و اظهار نظر می شد. بحث ضرورت و احکام ثانویه نیز در همان جسته و گریخته عنوان می شد و هر چند ابتدا در تصویب طرح مزبور صریحاً مسئله ضرورت و توسل به احکام ثانویه مطرح نشد ولی طرفداران این طرح، در توجیه آن بیان می کردند که وضع موجود و مشکل مسکن و ضرورت توجه دولت به این مشکل تصویب آن را توجیه می کند.

به هر حال، شورای نگهبان در آن موقع این طرح قانونی را که صراحتاً بر مبنای ضرورت تصویب نشده بود مغایر با موازین شرع اعلام کرد (مهرپور، ۱۳۷۱، ۱۶).

در پی بروز این اختلاف که در ابتدای امر به نظر جزئی می آمد رئیس وقت مجلس نامه ای به حضرت امام می نویسد و حضرت امام با «عنوان ثانوی ضرورت» دستور به تصویب این قانون می دهند (هدایت نیا، ۱۳۸۰، ۱۲۰).

دوم. قانون کار: اما این اشکال مبنایی بار دیگر این بار به صورت سیستماتیک در مسئله قانون کار که می خواهد یک نظام حقوقی جدید را وضع کند رخ می نماید. اصلی ترین اشکال شرعی الزام کارفرمایان به انجام برخی موارد بود که علی رغم تأکید حضرت امام بر تصویب این قانون بواسطه مصالح، شورای نگهبان مخالفت می کند.

آنچنانکه از موضع گیری های شورای نگهبان در اوان انقلاب بر می آید ایشان خود را صرفاً معتقد به حراست از اسلام در باب احکام اولیه یا همان ثابتات می دانستند و لحاظ کردن عناصر متغیر زمان و مکان یا به تعبیری احکام ثانویه - مادام المصلحه - مأمور به تأمین آن هستند نمی دانستند. این فهم به صورت بسیار روشنی در سرتاسر نامه نگاری های دبیر محترم وقت شورای نگهبان دیده می شود و استناد به ابواب فقهی مزارعه و اجاره و تجارت و امثالهم روشن تر از دیگر تعابیر این موضع را روشن می کند؛ گرچه تصریح بدان نمی شود.

در مقابل حضرت امام با تأکید بر «مصالح اسلام»، «استلزام حرج در غیر این صورت»، «تأکید بر موقت بودن»، «قاعده ضرورت» و امثال این مفاهیم تلویحاً اعم بودن احکام از اولیه و ثانویه را یادآور می شدند. به عبارت دیگر حضرت امام پاسداری شورای نگهبان از اسلام را با عنایت به احکام ثانویه نیز تفسیر می فرمودند که صد البته تفسیری منطقی است؛ اما بواسطه دور بودن فقه شیعی از لوازم حکومت، این گفتمان به سختی غالب شد. اما به هرحال این تفکرات در عرصه عمل به پاسخ کاربردی ای نرسید و سران سه قوه و نخست وزیر و حجت الاسلام سید احمد خمینی در طی نامه ای از حضرت امام خواستند

- تا با وضع نهادی این خلأ جدی را جبران کنند. در نهایت، این تحولات منجر به تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام شد (شریعتی، ۱۳۸۰، ص ۳۰).
۴. آیت‌الله کعبی پس از تبیین نظرات مختلف راجع به تطابق یا عدم مغایرت قوانین یک راه‌حل بینابینی ارائه می‌دهند که بدین شرح است: در این راه‌حل کلیه قوانین و مقررات به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند: دسته‌ای از قوانین در حوزه‌هایی مورد تصویب قرار می‌گیرند که در آن حوزه حکم ثابت شرعی وجود دارد. در این دسته از قوانین نظریه انطباق جاری خواهد بود. بدین معنا که مقررات و قوانینی که در حوزه احکام شرعی ثابتی که از احکام اولیه به شمار می‌روند، همچون حدود، قصاص، دیات، نکاح، طلاق، وصیت، ارث و ... تصویب می‌گردند، بایستی منطبق بر احکام صادر شده از سوی شارع باشد و این احکام می‌بایست عیناً در قوانین لحاظ شوند؛ چرا که در احکام ثابت، مصالح و مفاسد از مقدمات حکم است که از سوی شارع مورد لحاظ قرار گرفته است و چون تنها با اجرای عین احکام، هدف اصلی کسب مصالح و دوری از مفاسد حاصل خواهد شد، پس انطباق قوانین و مقررات با احکام اسلامی موجب رسیدن به این نتیجه می‌گردد و از این رو بایستی قوانین و مقررات را «منطبق» با موازین نمود. در مقابل، دسته دیگری از قوانین و مقررات هستند که موضوع آن‌ها، مربوط به حوزه‌های دارای حکم ثابت نیست؛ یعنی آن دسته از مقررات جاری که در انتظام امور و اجرای صلاحیت‌های اداره جامعه اسلامی تصویب می‌گردد، بدون اینکه ناظر به حوزه خاصی از احکام شرعی باشد. در این دسته از قوانین، نظریه عدم مغایرت جریان پیدا می‌کند و آن‌ها بایستی صرفاً در چارچوب موازین اسلامی صادر شوند و عدم مخالفت و تغایر آن‌ها با موازین کفایت می‌کند (کعبی، ۱۳۹۳، ص ۲۷).
۵. (aftabnews.com) کدخبر: ۸۳۸۳۶، ۸۷/۱۱/۱۰
۶. سایت پژوهشکده شورای نگهبان:
- <http://www.shora-rc.ir/Portal/Home/ShowPage.aspx?Object=NEWS&CategoryID=b965dae5-85e8-4331-9523-6f1725050fe7&WebPartID=9ea150fe-8748-4c09-b054-8f74126f9db8&ID=4a8e81d6-2c01-4a3b-a5d9-88fb783c199e>
۷. رک، نظریه شورای نگهبان مستخرج از مجمع فقهی، مورخه ۱۳۹۳/۲/۱۰ با شماره ۹۳/ف/۱۱۷. ثبت شده در سایت پژوهشکده شورای نگهبان به آدرس: <http://www.shora-rc.ir/Portal/File/ShowFile.aspx?ID=9a18dd07-892f-445f-8db2-f08a30ca6171>
۸. سایت باشگاه خبرنگاران جوان: <http://www.yjc.ir/fa/news/4829678>
۹. در جلسه‌ای که در بهار ۱۳۹۴ خدمت ریاست قوه قضائیه آیت‌الله آملی لاریجانی داشتیم، با عنایت به این نکته که ایشان تنها فردی بودند که به صورت منقح بابی جداگانه در مسئله

قاعده نفی خلو داشتند، موضوع را مطرح کردم و ایشان بر اهمیت زایدالوصف آن اشاره کردند. در لابلای بحث علمی که خدمت ایشان در این باب داشتیم، بحث به این جا رسید که در نظم کنونی حقوقی ما چگونه این قاعده قابل تأمین است، که پیشنهاد مذکور راجع به مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی را ایشان مطرح فرمودند.

۱۰. رک، خمینی، ۱۳۸۹، ج ۲۱، ص ۲۸۹

۹. رک. کتاب فقه و قانون گذاری، شفیعی سروستانی، ابراهیم، ۱۳۸۱، ص ۲۱۸ - ۲۴۶.

### کتابنامه

#### فارسی

ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۶۰)، «مسئله سلسله مراتب قوانین در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران چرا قانونی بر قانون دیگر برتر است؟»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال یازدهم، شماره ۲۲.

اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، صورت مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی، تهران: اداره کل روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ اول، مجلدات مختلف.

ارسطا، محمد جواد (۱۳۹۰)، «مشورت و رای اکثریت»، مجله فقه حکومتی، سال اول، پیش شماره ۲.

اسماعیلی، محسن (۱۳۹۱)، دین و قانون، تهران: نشر دانشگاه امام صادق (ع)، چاپ اول.  
اسماعیلی، محسن (۱۳۸۲)، «همه پرسى و شورای نگهبان»، روش شناسی علوم انسانی، سال نهم، شماره ۳۶.

ایزدی فر، علی اکبر (۱۳۹۱)، «عرف و تقنین احکام با رویکردی بر آراء امام خمینی (عج)»، مطالعات حقوقی دولت اسلامی، شماره ۱.

آملی لاریجانی، صادق (۱۳۸۶)، «قاعده نفی الخلو»، فصلنامه تخصصی علم اصول، سال سوم، شماره ۷، پاییز، ۱۶۱ - ۲۰۸.

حاجی علی خمسه، مرتضی (۱۳۹۳)، سلسله مراتب قوانین در جمهوری اسلامی ایران، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول.

حیدری خراسانی، محمد جواد (۱۳۷۷)، «مشورت در سیره حضرت محمد (ص)»، مجله فرهنگ کوثر، سال دوم، شماره ۲۴.

- خلخال، سید محمد مهدی موسوی (۱۴۲۲هـ)، *حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۸۷)، *ولایت فقیه*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (علیه السلام)، چاپ چهاردهم.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۸۹)، *صحیفه امام*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (علیه السلام)، چاپ پنجم، جلد ۱۱.
- داراب کلایی، اسماعیل (۱۳۶۸)، «شورا در حکومت و تقنین»، *مجله نور علم*، شماره نهم دوره سوم.
- شریعتی، محمد صادق (۱۳۸۰)، *بررسی فقهی حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام*، قم: بوستان کتاب، چاپ اول.
- علوی، سید محمود و ایرانیور، بهرام (۱۳۹۱)، «ماهیت احکام حکومتی»، *مجله حکومت اسلامی*، سال هفدهم، شماره ۶۵.
- غروی، محسن (۱۳۸۳)، *اصول استنباط*، مترجم: شیروانی، علی، قم: دارالفکر، چاپ دوم.
- قطبی، میلاد (۱۳۹۳)، «فقه سیاسی و اختیارات تقنینی حاکم با تأکید بر آراء امام خمینی»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، شماره ۲۸.
- کعبی، عباس (۱۳۹۳)، *تحلیل مبانی اصل چهارم قانون اساسی*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چاپ اول.
- محسنی، فرید (۱۳۸۱)، *قانون اساسی*، تهران: فجر اسلام، چاپ اول.
- منصورنژاد، محمد (۱۳۷۷)، «قانون گذاری در حکومت اسلامی»، *مجله حکومت اسلامی*، سال سوم، شماره ۷.
- مهرپور، حسین (۱۳۷۱)، «مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه قانونی آن»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۰.
- نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۴۲۴ هـ)، *تنبيه الأمة و تنزیه المله*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- هدایت نیا، فرج الله (۱۳۸۱)، «جایگاه حقوقی شورای عالی انقلاب فرهنگی»، *رواق اندیشه*، شماره ۸.
- یزدی، محمد (۱۴۱۶هـ)، *نظریه امام خمینی در مورد احکام ثانویه (مجله فقه اهل بیت علیهم السلام)*، قم: مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، چاپ اول، جلد ۵۴.

### عربی

ابن کثیر دمشقی (۱۴۱۹هـ)، اسماعیل بن عمرو. تفسیر القرآن العظیم، بیروت: دار الکتب العلمیة، منشورات محمدعلی بیضون، چاپ اول، جلد ۲.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۶هـ)، فرائد الاصول، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، جلد ۱.

خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱هـ)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (علیه السلام)، چاپ اول، جلد ۲.

سبحانی، جعفر (۱۴۱۵هـ)، الرسائل الاربع، قم: موسسه امام صادق (علیه السلام)، چاپ اول، جلد ۳. صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷هـ)، اقتصادنا، قم: دفتر تبلیغات اسلامی (شعبه خراسان)، چاپ اول. کابلی، محمد اسحاق فیاض (بی تا)، تعالیق مبسوطه علی العروة الوثقی، قم: انتشارات محلاتی، جلد ۴.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷هـ)، الکافی، تهران: دارالکتب الإسلامیه، چاپ اول، جلد ۱. مرعشی نجفی، شهاب الدین (۱۴۲۲هـ)، القول الرشید فی الاجتهاد و التقليد، قم: کتابخانه حضرت آیت الله العظمی مرعشی نجفی (علیه السلام)، چاپ اول.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۸هـ)، انوار الاصول، قم: مدرسه الامام علی بن ابیطالب، ۱۴۲۸ ق چاپ دوم، جلد ۳.