

معيار دوگانه يا يگانه نظارت قضايي؛ تحليل عبارت شوراي نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات ديوان عدالت اداری

سيد مجتبي حسيني الموسوي^۱

چکیده

در نظام حقوقی ایران، ابطال مصوبات قوه مجریه در دیوان عدالت اداری از دو راه قانون و شرع امکان پذیر است. شورای نگهبان در پاسخ به برخی استعلام‌های دیوان عدالت اداری در مورد مغایرت مصوبه با شرع از عبارت کوتاه و مجمل «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست»، استفاده کرده است.

ابهام آمیز بودن عبارت شورای نگهبان سبب گردید که دیوان عدالت اداری، مقصود شورای نگهبان را از به‌کارگیری این عبارت استفسار کند. از اظهار نظر شورای نگهبان این‌گونه برمی‌آید که از میان آرای گوناگون در مورد ماهیت قانون و نسبت آن با شرع در نظام حقوقی، نظر این نهاد به حکم حکومتی نزدیک‌تر است. به سخن دیگر، قانون در کنار اجبار اجتماعی، الزام شرعی هم دارد. علاوه بر آن، دایره شرع بسیار گسترده‌تر از قانون است.

اگر دیوان عدالت اداری، مصوبه قوه مجریه را مغایر با قانون تشخیص ندهد، رأی دیوان بر آن دلالت دارد که مقرر قوه مجریه فقط با حکم حکومتی مغایرت ندارد، نه با دیگر احکام شرع. شورای نگهبان به صراحت بر این موضوع تأکید کرده است. خودداری از اظهار نظر صریح به ویژه در موضوعات جدید مانند مالیات و تأمین اجتماعی و ارجاع شورای نگهبان به این عبارت مبهم با یکی از اصول مهم دادرسی یعنی شفافیت هم خوانی ندارد. به نظر می‌رسد اگر نگاه این نهاد در مورد قانون در نظر گرفته شود، تنها با یک معیار در نظارت قضایی (شرع) روبه‌رو هستیم.

واژگان کلیدی: دیوان عدالت اداری، شورای نگهبان، شرع، قانون، مقرر، حکم حکومتی.

۱. استادیار رشته حقوق دانشکده علوم انسانی دانشگاه زنجان. almousavi.mojtaba@znu.ac.ir

استادیار رشته حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اراک. m-halmousavi@araku.ac.ir

مقدمه

جایگاه نظارت شرعی در نظام‌های گوناگون به نگرش مسئولان نظام‌ها به نقش دین در عرصه حکومت‌داری بستگی دارد. بعد از انقلاب اسلامی ایران، یکی از اهداف پیش رو، اجرای احکام دین در تمام زمینه‌های مرتبط با حکومت بود. این اهتمام را می‌توان در سراسر اصول قانون اساسی به خوبی مشاهده کرد، به گونه‌ای که مردمی‌ترین نهاد در ایران یعنی مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان که یکی از وظایف اصلی آن، پاسداری از احکام اسلام است، اعتباری ندارد.

یکی از راه‌های تحقق اصل چهارم قانون اساسی، دادخواهی از دیوان عدالت اداری به بهانه مغایر بودن مصوبه قوه مجریه با موازین اسلام است. رویه شورا در مقررات دولتی فرق می‌کند. به طور معمول، تا زمانی که شکایتی از سوی دیوان عدالت اداری نرسیده باشد، اصل بر این است که مصوبه قوه مجریه با موازین فقهی مغایرتی ندارد (اصل صحت). شورای نگهبان قبل از آن که مقرر قوه مجریه را با موازین فقهی انطباق دهد (ماهوی)، معیارهای شکلی قابلیت طرح دعوا در محاکم هم‌چون منقضی نشدن مدت اعتبار آیین‌نامه و انصراف شاکی را بررسی می‌کند. اگر دادخواست، ایراد شکلی نداشته باشد، نظر خود را اعلام می‌کند. این رویه از ابتدای پاسخ‌گویی به استعلامات دیوان عدالت اداری تاکنون ادامه داشته است.

این نقد به دیوان عدالت اداری وارد است که این مرجع قضایی باید مواردی را به شورای نگهبان ارجاع دهد که از نظر شکلی هیچ‌گونه اشکال و ایرادی نداشته باشد. با آن که قانون، صلاحیت هر یک از نهادها را به صراحت مشخص کرده است، اما فرآیند پاسخ‌گویی شورای نگهبان به استعلامات دیوان عدالت اداری، ساختاری روشن ندارد.

بر اساس اصل چهارم قانون اساسی، نظارت شرعی بر مصوبات قوه مجریه و مقننه از وظایف انحصاری شورای نگهبان است. شورا در انطباق مقررات با موازین شرع در موضوع‌های گوناگونی که دیوان عدالت اداری ارجاع داده، رویه متفاوتی در پیش گرفته است. اظهار نظرهای شورا را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم کرد:

۱. مقررات قوه مجریه در مورد مسائلی تدوین شده است که در فقه سنتی، ادبیاتی پربار درباره آن وجود دارد، مثل وقف و مالکیت زمین.

۱. عباسی، بیژن و سید مجتبی حسینی الموسوی، «بررسی رویه شکلی شورای نگهبان در انطباق مقررات دولتی با شرع»، حقوق اداری، سال هشتم، شماره بیست و پنجم، ۱۳۹۹، ص ۲۰۸.

۲. آیین‌نامه‌های قوه مجریه به موضوعاتی پرداخته است که سابقه چندانی در کتاب‌های فقهی برای آن نمی‌توان متصور شد، بلکه با تطبیق قواعد فقهی با موضوع مطرح شده باید جوابی برای آن یافت. گستره نفوذ قوه مجریه در موضوع‌های گوناگون از قبیل آموزش و پرورش، بهداشت، راه و شهرسازی، نیازمند یک سری مقررات لازم‌الاجراست که خطوط کلی ترسیم شده از سوی قوه مقننه را به مرحله فعلیت درآورد. پیچیده و تخصصی شدن بسیاری از حوزه‌های فعالیت دولت، این امکان را فراهم می‌کند که قاعده‌ای وضع کند که همسان مجلس، حق یا تکلیفی را بر عهده مردم بگذارد. گاهی شورا به جای آن‌که به صراحت در مورد مقرر ارجاعی اظهار نظر کند، تنها به این جمله «در صورتی که بر خلاف قانون نباشد، بر خلاف شرع نیست»، اکتفا و تصمیم‌گیری را به دیوان عدالت اداری احاله کرده است.^۱

شفافیت در آرای اعلامی از اصول مهم دادرسی است. طرفین دعوا از این حق برخوردارند که از مبانی فقهی دادرسی شرعی، آگاهی کامل پیدا کنند. این موضوع به ویژه برای قوه مجریه اهمیتی بسزا دارد؛ چون با درک درست از موازین فقهی از تصویب مقرره‌های خلاف شرع جلوگیری می‌کند و حقوق مردم کم‌تر تضییع می‌شود. از این رو، ضروری است دیدگاه شورای نگهبان از به‌کارگیری این جمله تبیین شود.

روش کار در این پژوهش به این قرار است که ابتدا جایگاه اصل چهارم و نقش دیوان عدالت اداری در استعلام از شورای نگهبان بررسی می‌شود. سپس به تبیین مفهوم قانون و شرع از دیدگاه فقه اسلامی خواهیم پرداخت. در آخر هم تلاش خواهیم کرد که مقصود شورای نگهبان را از این جمله مشخص کنیم.

گفتار اول: جایگاه اصل چهارم قانون اساسی در نظام حقوقی

شورای نگهبان بر اساس اصل چهارم قانون اساسی از این حق برخوردار است که مصوبات مجلس را اعاده یا آیین‌نامه‌های دولتی را مغایر با شرع اعلام کند. از دیرباز، این موضوع در میان حقوق دانان مطرح بوده که محدوده این اصل تا کجاست؟ آیا شورای نگهبان، حق نظارت شرعی خود را می‌تواند به

۱. رأی شماره ۷۵/۲۱/۰۵۷۳ مورخ ۷۵/۳/۲۶، ۷۵/۲۱/۰۵۷۴، ۷۵/۳/۲۶، ۷۵/۲۱/۰۵۷۷ مورخ ۷۵/۳/۲۹، ۱۳۷۵/۳/۲۹، ۷۵/۲۱/۰۹۹۳ مورخ ۷۵/۸/۱۰.

معیار دوگانه یا یگانه نظارت قضایی؛ تحلیل عبارت شورای نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری

مقررات پیش از انقلاب هم تسری دهد؟ اگر شورای نگهبان، قانون قبل از انقلاب را مغایر با موازین شرع بداند، مقرره‌هایی که بر اساس آن قانون تدوین شده باشد، اعتبار حقوقی نخواهند داشت. آیین‌نامه در نظام حقوقی بعد از قانون قرار می‌گیرد. اگر قانون، مغایر با شرع تشخیص داده شود، مقرره‌هایی هم که به منظور اجرای آن قانون تدوین شده است، مشروعیت نخواهند داشت.

فلسفه نظام سلسله‌مراتب بر این مبنا شکل می‌گیرد که قاعده مادون، اعتبار خود را از قاعده مافوق می‌گیرد. نظارت خودکار شورای نگهبان بر قوانین مصوب بعد از انقلاب، این فرض را در نظام حقوقی ایجاد می‌کند که قانون در حداقل‌ترین برداشت، مغایرتی با شرع ندارد. پاسخ به این پرسش، صاحب‌نظران را در دو جبهه متفاوت قرار می‌دهد که به ترتیب به بررسی آن خواهیم پرداخت. دلیل این اختلاف نظر واضح است؛ چون قانون اساسی در هیچ یک از اصول خود، راه حلی در این زمینه ارائه نداده است.

بند اول: تحدید اصل چهارم قانون اساسی به قانون و مقررات بعد از انقلاب

بر اساس این نظر، نظارت شرعی شورای نگهبان به مصوباتی محدود است که بعد از انقلاب اسلامی به تصویب رسیده شده باشد. اصل چهارم قانون اساسی که تنها مرجع ناظر بر مقررات را مشخص می‌کند، در این مقام نیست که بتواند مصوبات را ابطال کند. ورود شورای نگهبان به این دسته از مقررات باید مشابه باشد با آن چه در مجلس رخ می‌دهد؛ یعنی مصوبات را برای اصلاح به نهاد تقنین بازگرداند.^۱

قسمتی که این اصل را در قانون اساسی بیان کرده است، به اصول کلی ارتباط دارد. این صلاحیت عام و مطلق که شورای نگهبان بدون هیچ‌گونه محدودیتی بتواند هر مقرره‌ای را که خلاف شرع دید، از نظام حقوقی حذف کند، فراتر از ظرفیت‌های اصل چهارم قانون اساسی است. به سخن دیگر، اصول ۷۲ و ۹۶ قانون اساسی، چارچوب نظارت شرعی شورای نگهبان را به مصوبات مجلس شورای اسلامی محدود کرده است. مشکل بعدی پذیرش چنین صلاحیتی، مواجه شدن کشور با خلأ قانونی است که فساد آن، به مراتب، بیش‌تر از حالتی است که قانون، مخالف شرع در نظام حقوقی حاکم باشد.^۲

۱. پروین، خیرالله، حمید افکار سرند و میثم درویش متولی، «حکومت اصل چهارم قانون اساسی بر عموم و اطلاق سایر اصول، قوانین و مقررات»، فصل‌نامه حکومت اسلامی، شماره چهارم، سال هفتم، ۱۳۹۱، ص ۱۲۱.

۲. خامنه‌ای، سید محمد، «اصل چهارم قانون اساسی»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۲ و ۱۵۳، ص ۲۶.

بند دوم: گسترش نظارت شورای نگهبان به تمامی مقررات

در مقابل دیدگاه بالا، برخی بر این باور هستند که چتر نظارت شرعی شورای نگهبان بر تمام مقررات لازم‌الاجرای کشور سایه گسترانده است. میان اصل چهارم با اصول هفتاد و دوم و نود و ششم قانون اساسی، هیچ‌گونه ارتباط منطقی نمی‌توان پیدا کرد. گستره اصل چهارم تنها قواعد الزام‌آور تصویب‌شده در قوه مقننه را دربرنمی‌گیرد و بهره‌گیری از واژه «مقررات»، این ادعا را به خوبی اثبات می‌کند (اصل چهارم قانون اساسی).

نهاد مسئول تضمین ابقای قوانین و مقررات در چارچوب شرع در اصل نود و یکم مشخص شده است. بر این اساس، شورای نگهبان، دو تکلیف کاملاً مستقل و جدا از هم را بر عهده دارد.^۱ اعتراف ضمنی قائلین بر محدود شدن نظارت شرعی شورا در اصول بعدی، خود، دلیلی بر این برداشت نادرست است که آنان، اصل هفتاد و دوم را مختص اصل چهارم می‌پندارند؛ حال آن‌که طبق علم اصول، «خصوصیت مورد»، هرگز دایره عام را کم نمی‌کند.^۲

فرا دستوری بودن اصل چهارم، این نتیجه را در بر دارد که اگر دیگر اصول قانون اساسی با موازین اسلامی تعارض داشته باشند، اصل معارض تا جایی اعتبار دارد که با شرع موافقت داشته باشد. بر همین اساس، بالاترین سند حقوقی کشور در برابر شرع، تاب مقاومت ندارد؛ به طریق اولی، دیگر مقررات از این قاعده مستثنا نیستند.^۳

گفتار دوم: جایگاه دیوان عدالت اداری در استعلامات از شورای نگهبان

دیوان عدالت اداری، تنها مرجع ابطال آیین‌نامه‌های قوه مجریه (به معنای اعم آن) در نظام حقوقی ایران است. اگر خواهان به استناد شرع، ادعای مغایرت مقرر با موازین اسلامی را داشته باشد، دیوان حق اظهار نظر ماهوی ندارد. شورای نگهبان به استناد اصل چهارم قانون اساسی، تنها نهادی است که امکان اعلام مغایرت مقررات را با شرع دارد. رأی شورا الزام‌آور است و دیوان نمی‌تواند بر خلاف آن، اقدامی انجام دهد.

۱. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، تهران: میزان، ۱۳۸۰، ص ۲۴۴.

۲. موسی‌زاده، ابراهیم، «تحلیل فرجام‌شناختی اصل چهارم قانون اساسی»، فصل‌نامه حقوق، دوره چهلیم، شماره دوم، ۱۳۸۹، ص ۳۳۷.

۳. عمید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی (جلد ۱)، تهران: امیرکبیر، ۱۴۲۱، ص ۴۱۹.

معیار دوگانه یا یگانه نظارت قضایی؛ تحلیل عبارت شورای نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری

میان اندیشمندان در مورد نقش دیوان عدالت اداری در این گونه پرونده‌ها که از نظر ماهوی، حق ورود ندارد، اختلاف نظر هست. کاستن جایگاه دیوان به واسطه، با استقلال قضایی در تعارض است. نظر شورای نگهبان هم به منزله نظر کارشناس نیست که هیئت عمومی در قبول یا رد آن اختیار داشته باشد.

ماهیت دادرسی شرعی با دادرسی معمولی (قانونی) بسیار متفاوت است و هر کدام در نظم حقوقی، کارکرد خاص خود را دارند. درست است که اظهار نظر شورا از اعتبار امر مختومه برخوردار است، اما دیوان باید رأی را بدون هیچ گونه تغییری به خواهان اعلام کند. تا زمانی که دیوان، رأی را به طور رسمی اعلام نکند، مصوبه قوه مجریه، اعتبار خود را از دست نداده است.^۱

به سخن دیگر، دادرسی شرعی، دو مرحله جداگانه دارد. بخش اول، اظهار نظر ماهوی نسبت به مغایرت داشتن یا نداشتن آن از جانب شورا است. بخش دیگر، تکمیل فرآیند دادرسی و ابلاغ رأی به طرفین دعواست و هیچ یک به تنهایی اثر حقوقی ندارند.

گفتار سوم: مفهوم قانون در فقه اسلامی

بی‌تردید، قانون به معنایی که امروزه از آن فهمیده می‌شود، محصول دنیای مدرن است. کشورهای اسلامی به ویژه ایران بعد از عصر مشروطیت همواره با این پرسش مواجه بودند که نسبت قانون با احکام الهی (شرع) چیست؟ این بحث از اوایل شکل‌گیری نهضت مشروطه مطرح شد و بعد از پیروی انقلاب اسلامی و با حاکمیت شرع بر تمام جنبه‌های زندگی به اوج خود رسید. متفکران اسلامی در برابر این پدیده نوین، به موضع‌گیری‌های متفاوت و مختلفی دست زده‌اند.

بند اول: تعریف قانون از منظر حقوق اسلامی

«قانون» از نظر لغوی در این معناها به کار رفته است: خط‌کش، دستور، سؤال و تراز.^۲ معنای اصطلاحی «قانون» هم از معنای لغوی آن چندان دور نیافتاده، به گونه‌ای که از دیدگاه علم اصول، قانون، حقیقت شرعی به وقوع پیوسته است.^۳ ادبیات فقهی با لفظ «قانون»، بیگانه نیست و آن را در موارد متعددی به کار بسته است. برای مثال، یکی از فقها در تعریف قانون آورده است: قانون اسلامی،

۱. عباسی و حسین الموسوی، پیشین، ص ۲۰۹.

۲. معین، محمد، فرهنگ‌نامه، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۰، ص ۲۶۲۷.

۳. لطفی، اسدالله، مبانی استنباط حقوق اسلامی (جلد ۱)، تهران: جنگل، ۱۳۹۱، ص ۷۱.

قانون واحدی است که مشروعیت و استمرار خودش را از شارع واحدی می‌گیرد که همه مسلمانان بر آن اتفاق نظر دارند و آن، کسی نیست جز ذات باری تعالی.^۱ بر اساس این تعریف، قانون در حقوق اسلامی باید این سه خصیصه را داشته باشد: کلی باشد؛ خواه الزامی باشد، مانند (حرام و واجب) و خواه غیر الزامی (مستحب و مکروه)؛ از طریق وحی رسیده باشد و جنبه دایمی داشته باشد.^۲

صاحب نظران، قانون را در رشته حقوق این گونه تعریف کرده‌اند: «قانون به قواعدی گفته می‌شود که یا با تشریفات مقرر در قانون اساسی، از طرف مجلس شورای اسلامی وضع شده است یا از راه همه‌پرسی به طور مستقیم به تصویب می‌رسد»^۳ یا «قانون عبارت است از قاعده‌ای که توسط یک قدرت عمومی مقرر شده و مدلول آن، الزام یا اذن و اباحه است و همه افراد باید از آن پیروی کنند».^۴ با وجود نقاط مشترک زیادی که میان دو مفهوم قانون در فقه اسلامی و حقوق می‌توان یافت، تفاوت‌هایی هم به چشم می‌خورد که باعث تمایز می‌گردد:

۱. نفوذ قانون، محدود به مرزهای کشوری است که این قاعده الزام‌آور در آن جا تصویب شده باشد، ولی حکم شرع به مکان ارتباطی ندارد.
۲. احکام شرع، فراگیر و تبدیل‌ناپذیر هستند، بر عکس قواعد حقوقی که با نیازهای انسان تغییر می‌کنند.^۵

بند دوم: دیدگاه فقیهان نسبت به قانون

پیش از پاسخ به نسبت‌سنجی میان قانون و شرع، این پرسش را همواره مطرح می‌کردند که با وجود احکام شرع آیا به قانون در عرصه اجتماع نیازی هست؟ خاتمیت دین اسلام این اقتضا را با خود به همراه دارد که قوانینش به تمام نیازهای انسان در همه اعصار پاسخ بدهد. با این وصف، احتیاج به قانون احساس نخواهد شد. در مرحله بعد، این سؤال پیش می‌آید که آیا انسان حق دارد

۱. حلی، حسن، ارشاد الاذهان (جلد ۱)، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۲ هـ.ق، ص ۸.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰، ص ۵۱۸.

۳. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱، ص ۱۲۰.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۱، ص ۹۵.

۵. ابوالصفا، محمد، التشریح الاسلامی صالح فی کل زمان و مکان، بی‌جا: بی‌نا، ۱۳۹۷ هـ.ق، ص ۱۰۶.

که برای هم نوعان خود، قاعده الزام آور وضع کند یا نه؟ به سخن دیگر، اندیشمندان اسلامی با این چالش جدی روبه رویند که حق حکمرانی که یکی از مصادیق بارز آن، تقنین است، تا چه حدی برای بشر به رسمیت شناخته شده است. اکنون نظرهای گوناگون درباره این موضوع را بررسی می کنیم.

۱. قانون در جوامع اسلامی، خاصیت برنامه ریزی دارد، نه قاعده گذاری

طیف وسیعی از فقیهان ژرف اندیش که حضرت امام خمینی (ره) و تعدادی از شاگردان بارزشان در رأس آن ها هستند، این اندیشه را دارند که بشر، حق قاعده گذاری الزام آور برای هم نوع خود را ندارد. تقنین، حق انحصاری ذات باری تعالی است که هر بشر در هر مقامی که بخواهد باشد، نمی تواند مردم را به ترک یا انجام کاری اجبار کند.^۱

قانون گذاری هنگامی ثمربخش است که از موضوعی که قصد قاعده گذاری برای آن داریم، شناخت کامل داشته باشیم. انسان، موجودی چند بعدی است که عقل بشری از درک تمام ظرایف آن عاجز است. بدون آگاهی همه جانبه از مصالح و مفساد نمی توان ادعا کرد که قانون، نظم اجتماعی مبتنی بر عدالت را به ارمغان خواهد آورد. اتفاق نظر شمار زیادی بر یک مسئله (اکثریت)، حقانیت آن را اثبات نمی کند. در اندیشه اسلامی، انسان، مالک چیزی نیست و حتی بر خودش هم سلطه و اختیاری ندارد، بلکه خداوند، مالک حقیقی تمام اشیاست. برآیند نفی مالکیت از بشر آن است که حق تقنین از او سلب می گردد؛ چون فردی که بر نفس خودش هیچ تسلطی ندارد، چگونه می تواند برای دیگران تعیین تکلیف کند.^۲

قانون از رهگذر اندیشه این دسته از متفکران، سه مرحله اساسی و بنیادی را پشت سر خواهد گذاشت: اولین ایستگاه، قاعده گذاری است که جز خداوند، هیچ کس حق دخالت در آن را ندارد. بعد از این مرحله، نوبت به استنباط احکام از منابع معتبر می رسد که فقها، عهده دار آن در جوامع اسلامی هستند. مجلس شورای اسلامی هم در این دو مرحله هیچ نقشی ندارد، بلکه تنها به شناسایی مشکلات و معضلات می پردازد. بعد از شناخت درست نیازهای کشور، تلاش می کند تا با بهره گیری از قوانین اسلام، پاسخ درستی برای آن پیدا کند. با این تفسیر، کار مجلس شورای اسلامی، بیش تر شبیه برنامه ریزی الزام آور برای تحقق هر چه بیش تر احکام اسلام در جامعه است.^۳

۱. سبحانی، جعفر، مبانی حکومت اسلامی، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۷۰، ص ۲۶۰.

۲. مصباح یزدی، محمدتقی، حقوق و سیاست در قرآن، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۷۷، ص ۹۹.

۳. منتظری، حسین علی، نظام الحکم فی الاسلام، تهران: سرابی، ۱۴۱۷ هـ.ق، ص ۲۳۵.

۲. ثانویت در امر تقنین

جریان فقهی مقابل همانند مکتب فکری نخستین، قانون را در اسلام به دو حیطة جداگانه تقسیم می‌کند:

۱. قانون منصوص: گزاره‌هایی که حکم معین و مشخصی در شرع دارند و وظیفه مجلس شورای اسلامی در قبال آن‌ها جز تفریع و تبدیل به مواد قانونی، چیز دیگری نیست.

۲. قانون غیر منصوص: مواردی که شرع در مورد آن‌ها سخنی نگفته است و اصطلاحاً به آن، امور حسبیه می‌گویند.

به نظر می‌رسد میان صاحب‌نظران از هر دو طیف این اتفاق نظر وجود دارد که در مواردی که شرع در مورد آن به صراحت سخن گفته باشد، کارکرد مجلس شورای اسلامی، تنها آماده‌سازی مفاد شرع در قالب متن جدید است. اختلاف اصلی در جایی است که اسلام درباره آن موضوع خاص، حکم معینی نداشته باشد.

آخوند خراسانی، یکی از بزرگ‌ترین اندیشمندان دوره مشروطیت، مسائلی را که شرع در مورد آن ساکت است (به عبارت دیگر، مباحثات)، بر عهده مجلس می‌گذارد. او در این زمینه بیان کرده است: «موجزاً تکلیف فعلی عامه مسلمین را بیان می‌کنم که موضوعات عرفیه و امور حسبیه در زمان غیبت، به عقلای مسلمین و ثقات مسلمین مَفُوض است و مصداق آن، همین دارالشورای کبرا بوده که امروز به ظلم و طغات و عصات جبراً منفصل شده است».^۱

از عبارت آخوند خراسانی این‌گونه فهمیده می‌شود که موضوع‌های عرفی را خارج از حیطة فقهها قلمداد می‌کند و آن را در اختیار وکلای مجلس می‌گذارد یا در حالت خوش بینانه، عقلای مسلمانان را که یکی از مصادیق آن، اعضای پارلمان است، در آن شریک می‌بیند. این رأی آخوند خراسانی با نظر مشهور شیعه در امور حسبیه در تضاد است. از همین رو، شاگرد پرآوازه‌اش، میرزای نایینی، دیدگاه استاد خویش را این‌گونه تعدیل کرد که مباشرت علمای دین در موضوع‌های عرفی لازم نیست و کسانی که مأذون از جانب فقهها باشند، برای تصدی و تصمیم‌گیری این قبیل از مسائل کفایت می‌کنند. سید حسن مدرّس هم با تقسیم‌بندی قانون به دو نوع ماهیتی و اداری، وظیفه مجلس را تنها وضع

۱. کفایی، عبدالحسن، مرگی در نور، تهران: زوار، ۱۳۵۹، ص ۲۵۴.

معیار دوگانه یا یگانه نظارت قضایی؛ تحلیل عبارت شورای نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری

مقررات در اموری می‌داند که به اداره کشور ارتباط دارد. این دیدگاه مدرّس به آرای شیخ فضل‌الله نوری نزدیک است که هدف از تأسیس مجلس را فقط نظم‌بخشی به امور اداره کشور می‌پندارد. محقق نایینی پا را از این فراتر گذاشته است و قوانین ماهیتی را صرفاً در حوزه منصوصات شرعی محدود نمی‌کند.

داوود فیرحی از قسمتی از سخنان میرزا، «خروج احکام از این عموم از باب تخصص است، نه تخصیص»، چنین برداشت کرده است: «وی برخلاف شهید مدرّس، قوانین حاکمیتی را به حوزه منصوصات شرعی و ترفیع و تطبیق آن‌ها محدود نمی‌کند، بلکه آن را به غیر منصوصات و لاجرم به حوزه صلاحیت شورا هم می‌کشاند و ذیل عنوان عمومی شورا قرار می‌دهد... نایینی، بحث تقنین در موارد حاکمیتی را البته در موارد غیر منصوص به فلسفه ماهیت در تعبیر مدرّس نیز توسعه می‌دهد و مقید به فلسفه اداره نمی‌داند»^۱.

۳. منطقه الفراغ

۳.۱. منطقه الفراغ در اقتصاد ما

سید محمدباقر صدر برای طرح نظریه خود، ابتدا، احکام اسلام را به دو بخش ثابت و متغیر تقسیم می‌کند. سپس بر این باور است که احکام الزامی از امور ثابتند که حکومت اسلامی هرگز نمی‌تواند در آن تغییری دهد. در کنار احکام ثابت، یک سری حکم‌های غیر الزامی (متغیر) وجود دارد که این قسمت از احکام شریعت را «منطقه فراغ» نام‌گذاری کرده است. «منطقه الفراغ» هیچ‌گاه به حیطة واجب یا حرام وارد نمی‌شود، بلکه دایره نفوذ آن، مباحات به معنی عام یعنی مباح، مستحب و مکروه است.

صدر با انتقاد از رویه کسانی که تمام عملکرد حضرت محمد (ص) و ائمه معصومین را در شأن تبلیغی منحصر می‌دانند و جایگاهی برای امور حکومتی که پیامبر به عنوان رهبر انجام داده است، قائل نیستند؛ اختلاط میان این دو شأن را نادرست می‌داند.^۲ خاستگاه منطقه الفراغ، حکومت اسلامی به ویژه ولی امر است که مردم به استناد آیه ۵۹ سوره مبارکه نساء، موظف به اطاعت از دستورهای صادر شده از جانب دولت اسلامی هستند. او در ادامه، منع پیامبر از بخشیدن آب و گیاه

۱. فیرحی، داوود، در آستانه تجدد، تهران: نی، ۱۳۹۴، ص ۴۴۵.

۲. صدر، سید محمدباقر، اقتصاد ما، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷، ص ۳۸۰.

اضافه یا قیمت‌گذاری برخی اجناس در دوره حکومت علوی را از همین سلک ارزیابی می‌کند.^۱

۳.۲. منطقه الفراغ الاسلام يقود الحياة

صدر به مناسبت انتشار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، گریزی دوباره به نظریه منطقه فراغ می‌زند. وی دوباره بر این موضوع تأکید می‌کند که در اسلام، احکام به دو بخش الزامی و غیر الزامی تقسیم می‌شود. بعد از تأکید بر این دسته‌بندی، خداوند را مظهر تمام قدرت‌ها می‌داند که دیگر نیروهای حکومتی، مشروعیت خود را از او می‌گیرند. اگر قرار باشد قانون اساسی بر اساس مبانی اسلام هم نوشته شود، لازم است به این موضوع اهتمام کافی شود.

صدر در مرحله بعد بر شخصیت پیامبر به عنوان حاکم اسلامی تمرکز می‌کند. پیشوایان دین، عناصر متحرک دین را از ضوابط عام استخراج می‌کردند و آن را برای حل معضلات جامعه خود به کار می‌بستند. این وظیفه امروزه بر دوش ولی فقیه قرار گرفته است. شناخت عناصر متغیر، نیازمند درک دقیق و درست از ماهیت امور تغییرپذیر، فهم صحیح از وظایف و صلاحیت حاکم اسلامی (ولی فقیه) و تشخیص به موقع معیارهای ثابت است.

از دیدگاه صدر، مجلس به عنوان نمادی از عقلای جامعه می‌تواند در تحقق ضوابط سه‌گانه در صورت تفویض اختیار به ولی فقیه کمک کند. دخالت پارلمان در موضوع‌هایی که شرع به طور قطع در مورد آن‌ها اظهار نظر نکرده است، تحت عنوان تقنین یا قانون‌گذاری قرار می‌گیرد تا چارچوب حرکت جامعه را بر اساس اهداف غایی حکومت در اسلام تعیین کند.^۲

۴. قانون در جایگاه حکم حکومتی

از دیدگاه فقه حکومتی، احکام به سه دسته اولی، ثانوی، ولایی یا حکومتی تقسیم می‌شوند. در تعریف حکم حکومتی یا ولایی می‌توان گفت حکمی است که حاکم از این نظر صادر می‌کند که مقام ولایت دارد^۳ یا حکمی است که حاکم برای تأمین مصالح مقطعی و با توجه به شرایط زمان و

۱. امینی پژوه، حسین و محسن اسماعیلی، «منطقه الفراغ به مثابه نظریه قانون‌گذاری»، فصل‌نامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره دوم، ۱۳۹۱، ص ۳.

۲. صدر، سید محمدباقر، *الاسلام يقود الحياة*، قم: دارالصدر، ۱۳۸۲، ص ۱۹.

۳. بحرانی سند، محمد، *ملکية الدولة*، قم: فدک، ۱۴۲۸ هـ.ق، ص ۱۴۹.

مکان صادر می‌کند و بیش‌تر در مقام اجرا و تراحم اهم یا مهم مربوط است.^۱

سه ویژگی بارز حکم حکومتی چنین است:

۱. مصدر جعل حکم حکومتی، حاکم اسلامی است، در برابر حکم شرعی غیر حکومتی که مصدر آن، شرع و فتوای مجتهد، کاشف آن است.

۲. متعلق به انشای حاکم، حکم تکلیفی است یا حکم وضعی یا موضوع یکی از آن دو.

۳. حکم حکومتی در طول احکام اولیه و ثانویه قرار دارد، از این نظر که مقدمات اجرایی آن‌ها را فراهم می‌آورد.

بعد از شناخت و تبیین ماهیت حکم حکومتی به انواع آن می‌پردازیم:

۱. اجرای حکم اجرایی در مورد قصاص یا دیات؛

۲. احکام سیاسی مثل انتصاب مقام‌های قوه مجریه؛

۳. احکام برای آبادانی کشور مانند احداث راه یا خط آهن؛

۴. حکم در مورد امور نظامی از قبیل اجبار جوانان به خدمت سربازی؛

۵. احکام مربوط به قوه قضاییه یا امور اقتصادی مثل تعیین مالیات.^۲

در این جا قصدی برای اثبات نظریه ولایت فقیه نداریم؛ چون مفروض بر این است که از میان دیگر اقشار گوناگون جامعه، تنها فقها، صلاحیت حکومت بر جامعه را دارند. اداره دولت اسلامی به دلیل روبه‌رو شدن با حوادث مختلف، نیازمند سلسله احکام حکومتی است که در قالب قانون مصوب مجلس شورای اسلامی با تأیید شورای نگهبان به این ضرورت، پاسخ مناسب می‌دهد. این دو نهاد برشمرده در مقام بازوان ولی فقیه، کار صدور حکم حکومتی را بر عهده دارند. کار مجلس شورای اسلامی، تشخیص موضوعات متناسب با نیازهای جامعه است و در طرف دیگر، شورای نگهبان با تطبیق موارد پیشنهادی با عناوین کلی، حکم نهایی را صادر می‌کند.

۱. علی‌نوری، علی‌رضا، کلیات فقه (جلد ۱)، قم: یاقوت، ۱۳۸۰، ص ۳۳.

۲. بحرانی سند، محمد، أسس نظام سیاسی عند الامامیة، قم: فدک، ۱۴۲۶ ه.ق، ص ۳۱۴.

گفتار چهارم: مفهوم شرع در اسلام

«شریعت» در لغت به آب‌شخور مکانی اطلاق می‌شود که بدون طناب می‌توان از آب نوشید.^۱ شریعت در اصطلاح عبارت است از آن‌چه خداوند برای مردم تشریح می‌کند، خواه مربوط به عقاید باشد یا اخلاق یا افعال مکلفین از عبادات و معاملات^۲ یا یک نظام یا ایدئولوژی برای انسان که دارای سلسله عقاید و بینش‌ها و شناخت‌ها درباره جهان، خدا، انسان و جهان دیگر است. هم‌چنین مشتمل است بر سلسله دستورهایی برای رفتار در زندگی فردی و اجتماعی و این‌که چگونه باید بود و چگونه باید زیست. خلاصه، دین یعنی دستگاهی عظیم که به آن می‌گوییم شریعت.^۳ بشر پس از ایمان به شریعت آسمانی، مسئولیتی عظیم در برابر پروردگار خود دارد.

گفتار پنجم: نسبت قانون با شرع

بحث اصلی از این‌جا شروع می‌شود که آیا قوانین مصوب در مجلس شورای اسلامی از نظر رتبه و مقام همانند حکم شرع است؟ پاسخ به این سؤال از دو جنبه قابل بررسی است:

۱. قانون به موضوعاتی می‌پردازد که حکم آن در شرع از قبل مشخص و معلوم شده باشد؛ مانند حرمت خوردن شراب. در این دسته از قوانین، جای هیچ‌گونه تردیدی وجود ندارد که قانون، هم‌ردیف حکم شرع است. وضع قانون در این موارد، تنها برای حفظ نظم اجتماع است. پس اگر فردی، شرب خمر کند، هم قانون را نقض کرده است و هم حکم شرع را.

۲. قانون به مسائلی می‌پردازد که در شرع، سابقه‌ای برای آن نمی‌توان یافت. برای مثال، مجلس، هر فرد را به پرداخت مالیات ملزم می‌کند. حال اگر شخصی از قانون تخطی کند و مالیات نپردازد، خلاف شرع انجام داده است؟

به نظر می‌رسد که در میان صاحب‌نظران بر این امر اتفاق نظر وجود دارد که اگر قانون به حوزه‌هایی بپردازد که فقه سنتی در مورد آن، تعیین تکلیف کرده باشد، حکم شرع تنها در لباس جدید ظاهر گشته است. این قسمت از قوانین، بخش اندکی از مصوبات مجلس را دربرمی‌گیرد. قسمت اعظم

۱. ابن فارس، پیشین، ج ۳، ص ۲۶۲.

۲. میراحمدی، مصطفی، رابطه فقه و حقوق، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۰، ص ۲۴.

۳. مطهری، مرتضی، آشنایی با قرآن (جلد ۱۳)، تهران: صدرا، ۱۳۸۱، ص ۲۳۲.

معیار دوگانه یا یگانه نظارت قضایی؛ تحلیل عبارت شورای نگهبان «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست» در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری

شامل مواردی می‌شود که شرع در مورد آن‌ها صحبت نکرده است. پاسخ به پرسش بالا مستلزم آن است که ابتدا، محدوده ولایت فقیه به خوبی ترسیم شود. چهار دیدگاه در این زمینه وجود دارد:

بند اول: ولایت در امور حسبی به معنای مضیق

بر اساس دیدگاه اول، فقیه تنها می‌تواند در برخی امور از قبیل حفظ مال غایب و صغیر و تصرف مال محجورین به اعمال تصرف بپردازد. بیش از آن مانند نکاح دختر صغیره یا اجرای حدود در زمان غیبت امام معصوم یا معامله برای مال غایب از ادله ولایت فقیه اثبات نمی‌گردد؛ چون اگر مجتهد هم میان مردم نباشد، این امور معطل نمی‌ماند. آیت‌الله خویی و محقق نایینی، نماینده این تفکر میان فقها هستند.^۱

بند دوم: ولایت در امور حسبی به معنای موسع

این دسته از فقیهان با قبول محدوده ترسیم‌شده از سوی مجتهدان دسته اول، پا را فراتر گذاشته و بر این باورند که اموری وجود دارد که شارع هرگز راضی به ترک آن نیست، مانند حفظ مرزها، دفاع از مرزهای کشورهای اسلامی، اقامه نماز جمعه یا هر امور دیگری که شرع، مکلف خاصی برای آن تعیین نکرده باشد.^۲

بند سوم: ولایت در حدود ضرورت (ولایت مقید)

یکی از وظایف ولی فقیه، صدور احکام حکومتی به منظور پیشبرد امور جامعه است. از نگاه این بخش از فقیهان، مجتهد حاکم تنها وقتی می‌تواند حکم صادر کند که ضرورتی در میان باشد و به جز احتیاج مبرم مردم یا دولت، حاکم اسلامی، حق قاعده‌گذاری الزام‌آور ندارد. فرض کنید که کشیدن خیابان برای تسهیل رفت‌وآمد خودروها و کاهش بار ترافیک لازم است. در این حالت، شکی نیست که ولی فقیه با اعمال حق ولایت و سرپرستی خود بر جامعه (احکام حکومتی)، کسانی را که به فروش املاک خود برای احداث خیابان راضی نیستند، وادار می‌سازد. اگر صورت مسئله تغییر کند، ساختن میدان یا پارک در شهر برای حل معضل آلودگی یا ترافیک نباشد و تنها جنبه زیباسازی آن منطقه معیار قرار بگیرد، ولی فقیه حق ندارد مالکان را به فروش یا ترک خانه مجبور کند.^۳

۱. نایینی، محمدحسین، منیة الطالب فی شرح المکاسب (جلد ۱)، تهران: مکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳، ص ۳۲۸.

۲. تبریزی، میرزا جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب (جلد ۳)، قم: اسماعیلیون، ۱۴۱۶ هـ.ق، ص ۳۹.

۳. مصباح یزدی، محمدتقی، ولایت فقیه، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۳، ص ۱۰۹.

بند چهارم: ولایت در حدود مصلحت (ولایت مطلقه)

صدور حکم حکومتی از جانب ولی فقیه به ضرورت محدود نیست و ولی فقیه هر جا صلاح ببیند، می‌تواند احکامی متناسب با اوضاع جامعه برای اتباع تحت‌الامر خود در نظر بگیرد. امام خمینی (ره) به عنوان چهره شاخص این جریان فقهی شناخته می‌شود. به اعتقاد ایشان، ولی فقیه دارای همان اختیاراتی است که ائمه به عنوان رهبر جامعه اسلامی از آن برخوردارند. مصلحت اجتماع، جایگاهی بسیار والا در اندیشه معمار کبیر انقلاب اسلامی دارد، به گونه‌ای که اگر ضرورت اقتضا کند، ولی فقیه این قدرت را دارد که احکام اولیه را به طور موقت معلق سازد. امام خمینی (ره)، توجه به این موضوع را معیار اصلی برای ارکان دولت هنگام صدور حکم حکومتی دانسته است: «می‌تواند هر امری، چه عبادی یا غیر عبادی است که جریان مخالف مصالح اسلام است، از آن مادامی که چنین است، جلوگیری کند. حکومت می‌تواند از حج که از فرایض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف صلاح کشورهای اسلامی دانسته، موقتاً جلوگیری کند».

مجتهد در عرصه فقه حکومتی باید توانایی لازم برای تشخیص مصلحت و تقدیم اهم بر مهم داشته باشد. بدون بینش سیاسی و اجتماعی، عرصه فقاقت در چارچوب مسائل صرفاً عبادی خواهد ماند و خارج از آن حق اظهار نظر ندارد. تفاوت بنیادی میان نظریه سوم و چهارم در این نقطه است که اولی، حق صدور حکم حکومتی را فقط در موارد ضرورت، مجاز می‌شمارد و دیگری، دایره آن را بر مدار مصلحت توسعه می‌دهد.

پیش‌فرض بر این مبنا استوار شده است که مجتهد جامع‌الشرایط تنها صلاحیت حکمرانی بر جامعه اسلامی را دارد. بعد از اثبات مشروعیت ولی فقیه، این سؤال پیش می‌آید که آیا میان حقانیت شرعی با واجب بودن اطاعت از حاکم اسلامی تلازم وجود دارد؟ برخی محققان، تصدی منصب فقیه را در رأس جامعه سیاسی می‌پذیرند، اما روایات دال بر ولایت فقیه، این معنا را نمی‌رساند که حکم صادرشده از جانب او، مجازات اخروی دارد.

صرامی در این زمینه بیان کرده است: «به این ترتیب، اگر حکم حکومتی و به طور کلی، تصمیمات حکومتی حکومت اسلامی به شرع هم منسوب باشد، به این معنا نیست که مفاد و محتوای حکم، شرعی و الهی است، بل به این معناست که حاکم یا حکومت مورد تأیید شرع، به

۱. موسوی خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور (جلد ۲)، تهران: عروج، ۱۳۸۷، ص ۱۷۸.

صدور آن پرداخته است یا حکم حکومتی فقط حق مجازات و تعقیب و آثار اجتماعی دارد... اما برای بیش از این مقدار، از روایات، دلالت خاصی به دست نیاوردیم. مثلاً عبور از چراغ قرمز فی نفسه به عنوان حکم حکومتی، عقاب اخروی نمی آورد.^۱

تبعیت از احکام حکومتی که در قانون تبلور پیدا می کند، بر مردم، وجوب شرعی ندارد. مهم ترین جنبه کاربرد قانون در زندگی اجتماعی، تنظیم روابط میان افراد است. این احکام چون از مرجع غیر الهی صادر می شود، نمی تواند متصف به حکم شرعی باشد. از این رو، بر مردم واجب نیست که از آن اطاعت کنند. به سخن دیگر، ملت در قبال قانون، الزام اجتماعی دارند، نه اجبار شرعی. البته می توان گفت قانون از این نظر که مصلحت شرعی را برآورده می کند، اطاعتش بر مردم واجب می گردد، مانند توقف هنگام چراغ قرمز که در صورت رعایت نکردن آن باعث اضرار به غیر می شود. این قانون، حکم شرع را پیدا می کند، اما نه به عنوان حکم حکومتی، بلکه در چارچوب حکم ثانویه جای می گیرد. اگر بخواهیم به طور خلاصه، دیدگاه این محققان را بیان کنیم، قانون در حکم شرع نیست.

در نقد این نظریه می توان بیان کرد که قائلان به الزام اجتماعی قانون، این مطلب را قبول دارند که نصب فقیه از مشروعیت دینی برخوردار است. بنا بر تعالیم اسلام، حق تشریح در این جهان، تنها به ذات باری تعالی تعلق دارد و تنها او می تواند تعیین کند چه کسی حق وضع قاعده الزام آور بر مردم را دارد. دلیل اطاعت مردم از پیامبر عظیم الشان آن بود که ایشان از جانب خداوند، اذن امر و نهی به امت اسلامی داشت. ائمه معصومین هم جانشین پیغمبر در این زمینه بودند. فقها نیز که ادامه دهنده راه این بزرگواران هستند، بنا بر نص صریح مقبوله عمرو بن حنظله، همه شئونی را دارند که امام دارد.

در اسلام، قانون درجات مختلفی دارد: درجه اول، قانونی است که خداوند به طور صریح در قرآن بیان کرده است. بعد از آن، قانونی است که پیامبر در مورد خاص با اذن پروردگار وضع کرده است. اوامر امام هم از این نظر که وجوب اطاعت آنان مانند پیامبر، حکمی است از سوی خداوند، در همین رتبه جای می گیرد. مجتهدان پیش از دستور معصوم با دیگر افراد در یک رتبه قرار دارند و هیچ کس نسبت به دیگری ولایت و سرپرستی ندارد. برای مثال، حضرت علی (ع) در حکمی از مردم خواست که به دستوره‌های مالک اشتر گوش فرادهند. پیش از این حکم، اوامر مالک اشتر برای مردم

۱. صرامی، سیف‌الله، «احکام حکومتی و مصلحت»، فصل نامه راهبرد، شماره چهارم، ۱۳۷۳، ص ۷۶.

ذاتاً ارزش و اعتباری نداشت، ولی بعد از فرمان معصوم، تخطی از منویات او، گناه محسوب می‌شد. پیروی از احکام فردی اگر از امام معصوم اذن داشته باشد، به دوران حیات یا غیبت او ارتباطی ندارد و این تفکیک بی‌مورد است.

بنا بر تعالیم اسلام، انسان مستقلاً حق قانون‌گذاری ندارد، مگر آن‌که در این راستا به او اذن داده باشند. در غیر این صورت، هر حکمی بگذارد، مشروع نخواهد بود.^۱ در زمان غیبت حضرت ولی عصر (عج)، فقهای عظام از جانب امام معصوم، این وظیفه را بر عهده دارند. شورای نگهبان به نیابت از ولی فقیه بعد از تشخیص موضوع در مجلس و تطبیق آن با عنوان کلی، حکم شرع را بیان می‌کند. عباس علی عمید زنجانی در این زمینه نوشته است: «قواعد کلی فقه برای روشن نمودن حکم شرعی هر پدیده در حوزه عمل انسان احتیاج به تطبیق دارد که فقها از آن به عمل تفریع یا استنباط تعبیر کرده‌اند و خواه ناخواه وقتی تطبیق قواعد کلی شرع بر موضوعات عینی و مفروض انجام می‌گیرد، حکم شرعی نام موضوع خود را به دنبال دارد».^۲

اگر قانون در نظام اسلامی تنها الزام اجتماعی در پی داشته باشد، به طور ضمنی، معترف شدیم که ماهیت حکم حکومتی با در نظر گرفتن مرجع صادرکننده متفاوت خواهد بود که خود این امر نیازمند دلیل است. مشروعیت و اطاعت از حاکم، لازم و ملزوم همدیگرند. از ادله ولایت فقیه نیز چنین برمی‌آید که پیروی از ولی فقیه وجوب شرعی دارد. پس طبیعی خواهد بود که اوامر او هم از وصف شرعی برخوردار باشند.

تشبیه حکم فردی که از درجه عصمت برخوردار است، با شخصی که از این مقام محروم است، قیاس مع‌الفارق است. وجوب شرعی اطاعت از امام از همین رتبه نشئت می‌گیرد که ولی فقیه فاقد آن است. کسی منکر آن نیست که میان فردی که معصوم است، با دیگران تفاوت‌های فاحشی وجود دارد، اما این سخن در جایی مصداق پیدا می‌کند که دستور فقیه جنبه شخصی پیدا کند. بی‌تردید، این بخش از اوامر فقیه، وجوب شرعی ندارد، ولی به نظر می‌رسد که اهداف عالی اسلام از حکومت از قبیل اقامه حدود و اجرای عدالت از وظایف حاکم است و در این زمینه، میان معصوم و غیر آن، مرزبندی نمی‌توان متصور شد.

۱. مصباح یزدی، محمدتقی، نظریه سیاسی اسلام، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۰، ص ۱۰۸.

۲. عمید زنجانی، پیشین، ج ۲، ص ۴۷.

ابتدا باید مشخص کرد که مرجع حکم حکومتی تنها به شخص ولی فقیه اختصاص دارد یا نهادی مثل مجلس شورای اسلامی یا قوه مجریه به نیابت آن می‌توانند احکام الزام‌آور را صادر کنند. ادبیات فقهی در این زمینه بسیار کم است. پس اگر قائل باشیم که جز مجتهد جامع الشرایط، کسی نمی‌تواند قائم مقام او شود، پرونده حکم حکومتی برای همیشه بسته خواهد شد. سیره حضرت علی (ع) هنگام زمام‌داری نشان می‌دهد که ایشان، اختیار صدور حکم حکومتی را به اشخاصی هم چون مالک اشتر تفویض کرده بود. واگذاری اختیار وضع حکم حکومتی، شخصی نبود، به این معنا که مالک اشتر از آن رو حق امر و نهی به مردم را داشت که فرماندار حضرت بود. حضرت علی (ع) خطاب به مردم مصر این‌گونه نوشت: «سخن او را بشنوید و از او اطاعت کنید در آن چه مطابق حق است...»^۱

با توجه به گستردگی بلاد اسلامی و تنوع وظایف حاکم اسلامی، این امر امکان‌پذیر نبود که امام علی (ع) در تمام موارد، خود، رأساً وارد عمل شود و حکم حکومتی متناسب با آن موضوع را بیان کند. پس ناگزیر باید نمایندگانی را برمی‌گزید که اداره مملکت را به واسطه آنان پیش ببرد.

گفتار ششم: نسبت سنجی شرع با قانون در رویه شورای نگهبان

شورای نگهبان در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری نسبت به ابهام‌زدایی از عبارت «در صورتی که بر خلاف قانون نباشد، بر خلاف شرع نیست»، این‌گونه نظر داد:^۲ «نظر شورا در همه جا این بوده که اگر خلاف قانون باشد، بالطبع خلاف شرع هم هست و چنین مفهوم کلی ندارد که هر جا خلاف قانون نباشد، خلاف شرع هم نیست، بلکه موارد مختلف است؛ ممکن است خلاف شرع باشد، ممکن است نباشد».^۳

از این سخن به درستی فهمیده می‌شود که شورای نگهبان، ماهیت قانون در جوامع اسلامی را حکم حکومتی می‌پندارد که احاد مردم باید از آن تبعیت کنند. نهادینه‌سازی مرجع صدور حکم حکومتی (مجلس) با نظارت شرعی ولی فقیه به طور غیر مستقیم (شورای نگهبان)، تفاوت بنیادی میان شرع و قانون را از میان برداشته است. حکم شرع از منابع معتبر اسلامی استخراج می‌گردد. برعکس آن، قانون

۱. نهج البلاغه، نامه ۵۲.

۲. رأی شماره ن/۱۷۸/ه مورخ ۱۳۷۵/۹/۸.

۳. رأی شماره ۱۳۷۶/۲۱/۱۰۲۱ مورخ ۱۳۷۶/۴/۲۴.

ابتدا نگارش می‌یابد. سپس با موازین فقهی تطبیق داده می‌شود. اگر قانون با شرع مغایرت نداشته باشد، به حکم شرعی دیگری تبدیل می‌شود که اعتبار آن تا پابرجا ماندن مصلحت است.

احکام اسلام در شرایط عادی از حالت ثبات و پایداری برخوردارند. تغییر اوضاع و احوال این امکان را فراهم می‌آورد که به طور موقت، حکم اولیه کنار گذاشته شود و حکم دیگری جای‌گزین گردد. مثال بارز آن در فقه عبادی، تیمم بدل از وضوست. ادله ولایت مطلقه فقیه، این اختیار را به حاکم اسلامی می‌دهد که اگر اجرای احکام اولیه، نظم اجتماع را بر هم می‌زند، آن را به طور موقت کنار بگذارد. تخصصی شدن موضوع‌ها و دقت نظر در اموری که تأثیر زیادی بر زندگی مردم دارد، وجود نهادهایی را ضروری می‌سازد که به ولی فقیه در اصدار حکم شرعی کمک کند.

مجلس شورای اسلامی در نظام فعلی همانند کارشناسی است که با تشخیص موضوع، حکم اصلی را به شورای نگهبان وامی‌گذارد. تا زمانی که شورای نگهبان، مغایرت با شرع را اعلام نکند، مصوبات مجلس، وصف الزام‌آوری به خود نخواهد گرفت. تأکید قوه مؤسس بر بی‌اعتباری مجلس شورای اسلامی بدون شورای نگهبان، این نکته را با خود دارد که مرجع نهایی صدور حکم حکومتی، شورای نگهبان است که نصف اعضای آن به طور مستقیم، منصوب ولی فقیه است. فقیه حاکم تنها مقامی است که حق دارد بنا بر مصلحت، احکام اولیه را تعطیل کند. نامه امام خمینی (ره) به رئیس جمهوری وقت هم از این دیدگاه ریشه می‌گیرد.

مصوبات قوه مجریه هنگام طرح در هیئت عمومی دیوان عدالت اداری از این چهار حالت خارج نیست:

۱. مصوبه با قانون مغایرت دارد، اما با شرع ندارد.
۲. مصوبه هم با قانون و هم با شرع مغایرت دارد.
۳. مصوبه تنها با شرع هم‌خوانی ندارد، ولی با قانون هماهنگ است.
۴. مصوبه نه با شرع و نه با قانون تضادی ندارد.

از تحلیل نظر شورای نگهبان این‌گونه برمی‌آید که اگر مصوبه با قانون موافق نباشد، از دو منظر ابطال می‌گردد. یکی، قانون است که دیوان عدالت اداری طبق صلاحیت بنیادی خود، آیین‌نامه را بی‌اثر می‌کند و دیگری، از سوی شرع است، ولی به طور غیر مستقیم با اعلام مغایرت مصوبات با قانون، کنترل شرعی تحقق می‌پذیرد. با احتساب نظر شورای نگهبان، تنها سه حالت باقی می‌ماند. حالت اول خودبه‌خود حذف می‌شود؛ چون بر اساس بافت حقوقی و نظارت خودکار دادرسی اساسی

(شرع)، قانون مصوب مجلس محال است با حکم شرع تعارض داشته باشد. نظر صادرشده از سوی شورا را باید بر این مبنا واکای کرد. البته به نظر می‌رسد که این دیدگاه، معطوف به قوانینی باشد که بعد از انقلاب اسلامی به تصویب رسیده، وگرنه اطلاق این رأی به قوانین مصوب پیش از استقرار نظام جمهوری اسلامی و شورای انقلاب، بسیار دور از ذهن است.

نظر تفسیری شورای نگهبان در پاسخ به شورای عالی قضایی وقت هنگام مواجهه با موارد مغایر شرع، در ذیل اصل چهارم قانون اساسی هم به این نکته اشاره دارد: «مستفاد از اصل چهارم قانون اساسی این است که اطلاق کلیه قوانین و مقررات در تمام زمینه‌ها باید مطابق موازین اسلامی باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است. بنابراین، قوانین و مقرراتی که در مراجع قضایی اجرا می‌گردد و شورای عالی قضایی، آن‌ها را مخالف موازین اسلامی می‌داند، جهت بررسی و تشخیص مطابقت یا مخالفت با موازین اسلامی برای فقهای شورای نگهبان ارسال دارید».

شورای نگهبان به صراحت در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری بیان کرده است که اگر مقرر خلاف قانون باشد، با شرع هم مغایرت دارد. قبل از تحلیل این عبارت باید بیان کرد که میان قانون و شرع از یک منظر، مشابهت وجود دارد. قانون و شرع بیانگر حکم کلی است که مکلفان را خطاب قرار می‌دهد. عمومی بودن قاعده حقوقی یا حکم شرع در برابر خطاب خاص است که از موضوع بحث خارج است.

شرع، رابطه انسان را در سه ضلع اعتقاد، اخلاق و حقوق تنظیم می‌کند. قانون تنها به حوزه انسان و اجتماع می‌پردازد. خاتمیت دین اسلام به این گونه تعبیر می‌شود که قواعد شرع در هر زمان و مکان قابلیت اعمال دارد. اشتراک در برخی حوزه‌ها و افتراق در دیگر مسائل، رابطه شرع و قانون را از منظر علم منطق در چارچوب عموم و خصوص، موجه قرار می‌دهد. به نظر می‌رسد که شورای نگهبان هم این دیدگاه را داشته باشد.

مجلس شورای اسلامی برای کنترل رفت و آمد در کشور قانون‌گذاری می‌کند. دادرس شرع هنگام بررسی مصوبه مجلس، به دلیل آن که با قاعده حفظ نظم منطبق است، آن را مغایر با شرع اعلام نمی‌کند. قوه مجریه در مقام مجری، آیین‌نامه وضع می‌کند. اگر مقرر دولت با قانون مغایر باشد، حکم شرع هم به نوعی نادیده انگاشته شده است؛ چون اگر مصوبه مجلس با موازین فقهی منطبق نباشد، چهره قانون به خود نخواهد گرفت. از زاویه دیگر، ممکن است آیین‌نامه مطابق با

قانون (حکم حکومتی) تدوین شده باشد، اما امکان دارد که با حکم دیگر شرع مغایر باشد. در مثال پیشین این احتمال هست که مقرره میان اشخاص در شرایط برابر تبعیض ایجاد کند.

در مجموع می‌توان گفت که نظارت خودکار شورای نگهبان بر مصوبات مجلس، آن را با حکم شرع یکسان می‌سازد (حکم حکومتی). این نهاد به نیابت از ولی فقیه، مرجع صدور حکم حکومتی است. از دید ماهوی، آیین‌نامه با قانون تفاوت بنیادی ندارد و تنها مرجع وضع‌کننده آن فرق می‌کند. شورای نگهبان، مقرره قوه مجریه را منهای قانون (حکم حکومتی) بررسی می‌کند. حکم شرع در برابر حکم قانون بسیار گسترده‌تر است. اگر آیین‌نامه، قانون را نقض نکند، دلیل بر آن نیست که با شرع مغایر نباشد.

فرض دیگر این است که مجری قانون بنا به وظایف خود به صورت مستقل، مقرره تصویب کند. شورای نگهبان، مقرره را صرفاً با حکم شرع تطبیق می‌دهد، اگر چه از نگاه این نهاد، قانون مصوب مجلس در مقام حکم حکومتی است. قانون صلاحیت هر یک از نهادهای نظارتی را به طور دقیق مشخص کرده است. شورای نگهبان هم این تفکیک صلاحیت را مغایر با شرع قلمداد نکرده است. شورای نگهبان در پاسخ به استعلامات دیوان عدالت اداری، بارها بر این موضوع تأکید کرده که انطباق یا مغایرت مقرره با قانون بر عهده مرجع قضایی است.^۱ قاعده حفظ نظم نیز ایجاب می‌کند که نهادهای حکومتی تنها در حدود صلاحیت خود، حق اعمال حاکمیت داشته باشند.

نتیجه‌گیری

نظارت در نظام اسلامی، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. حوزه‌ای در فرهنگ حکومت‌داری یافت نمی‌شود که حاکم، خود را نسبت به رفتارش، مسئول قلمداد نکند. اطلاق اصل چهارم قانون اساسی، این اختیار را به شورای نگهبان می‌دهد که هیچ مقرره الزام‌آوری، مغایر با شرع نباشد. گستره نظارت شرعی، محدود به قوانین و مقررات بعد از انقلاب نیست. نقش دیوان عدالت اداری در موارد مغایرت مصوبه با شرع، فراتر از یک واسطه منفعل است؛ یعنی تا زمانی که نهاد قضایی، ابطال را به طور رسمی اعلام نکند، مقرره، اعتبار حقوقی خود را از دست نمی‌دهد.

نگرش شورای نگهبان به قانون با در نظر گرفتن نظریه ولایت فقیه، تفاوت بنیادی با اندیشه

۱. واعظی، سید مجتبی، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، فصل‌نامه مطالعات حقوقی، دوره

اول، شماره ۳، ۱۳۸۸، ص ۱۳۴.

مرسوم دارد. جوامع اسلامی قبل از ظهور پدیده قانون با یک سری مسائل مواجه بودند که حکم آن در شرع تعیین شده بود. اگر قانون بخواهد در این موضوعها قاعده‌گذاری کند، حکم شرع تنها چهره جدید به خود می‌گیرد. بحث اصلی به مسائلی بازمی‌گردد که حکم اولیه آن در اسلام مباح است. بنا به دلایلی، دولت تصمیم می‌گیرد که اختیار مردم را محدود کند. طبیعت قانون با خود، الزام اجتماعی دارد. اجباری بودن رعایت قانون در جامعه اسلامی به سمت التزام شرعی حرکت می‌کند. قانون، ماهیت خود را به حکم حکومتی تغییر می‌دهد. این دیدگاه را به روشنی می‌توان از پاسخ شورای نگهبان به دیوان عدالت اداری استنباط کرد. اگر آیین‌نامه برخلاف قانون تنظیم گردد، مغایر با شرع پنداشته خواهد شد.

ولی فقیه در رأس حکومت اسلامی، حق صدور فرمان حکومتی را دارد. احکام حکومتی بر اساس مصالح و مفاسد جاری کشور وضع می‌گردد. قوه مقننه در نظام اسلامی، موضوع احکام را تشخیص می‌دهد. شورای نگهبان هم آن را با موازین فقهی انطباق می‌دهد که حکم حکومتی مغایر با شرع نباشد. آحاد ملت وظیفه دارند از فرمان حکومتی اطاعت کنند. اگر دیوان عدالت اداری رأی بدهد که آیین‌نامه برخلاف قانون است، تنها مغایرت یک نوع از احکام شرع را احراز کرده است. از سمت دیگر، رأی دیوان عدالت اداری بر ابرام یا ابطال مصوبه تنها بر این دلالت دارد که مصوبه با قانون (حکم حکومتی) مغایرتی ندارد و به این معنی نیست که با دیگر احکام شرع مطابقت دارد.

رویه شورای نگهبان در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری همواره نشان می‌دهد که این شورا هرگز از صلاحیت خاص خود عدول نکرده است. اگر شاکي، مصوبه دولتی را مغایر با شرع می‌پندارد، دادخواهی عادلانه ایجاب می‌کند که جواب روشن به خواهان داده شود. طفره رفتن از پاسخ و احاله دادن موضوع به قانون یا به کاربردن عبارت‌های ابهام‌آمیز هم چون «در صورتی که برخلاف قانون نباشد، خلاف شرع نیست»، کارآمدی نظارت شرعی را با مشکل روبه‌رو می‌کند. این گونه اظهار نظرها، درست نقطه مقابل هدف قانون‌گذار قرار دارد؛ چون احاله تشخیص مغایرت با شرع به معنای تمرکز تصمیم‌گیری در یک نهاد است. تفکیک صلاحیت‌ها به دو قسمت شرع و قانون نیز از اموری است که قوه مؤسس بر آن تأکید داشته و به نوعی جزو مسائل ماهوی نظام حقوقی است.

فهرست منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۰.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۱.
۳. جناتی، ابراهیم، ادوار فقه و کیفیت بیان، تهران: کیهان، ۱۳۷۴.
۴. سبحانی، جعفر، مبانی حکومت اسلامی، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۳۷۰.
۵. صدر، سید محمدباقر، اقتصاد ما، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷.
۶. علی نوری، علی رضا، کلیات فقه (جلد ۱)، قم: یاقوت، ۱۳۸۰.
۷. عمید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی (جلد ۱)، تهران: امیرکبیر، ۱۴۲۱.
۸. فیرحی، داوود، در آستانه تجدد، تهران: نی، ۱۳۹۴.
۹. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.
۱۰. کفایی، عبدالحسن، مرگی در نور، تهران: زوار، ۱۳۵۹.
۱۱. لطفی، اسدالله، مبانی استنباط حقوق اسلامی (جلد ۱)، تهران: جنگل، ۱۳۹۱.
۱۲. مصباح یزدی، محمدتقی، نظریه سیاسی اسلام، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۰.
۱۳. مصباح یزدی، محمدتقی، ولایت فقیه، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۹۳.
۱۴. مصباح یزدی، محمدتقی، حقوق و سیاست در قرآن، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۷۷.
۱۵. مطهری، مرتضی، آشنایی با قرآن (جلد ۱۳)، تهران: صدرا، ۱۳۸۱.
۱۶. معین، محمد، فرهنگ نامه، تهران: امیرکبیر، ۱۳۷۰.
۱۷. موسوی خمینی، سید روح‌الله، صحیفه نور (جلد ۲)، تهران: عروج، ۱۳۸۷.
۱۸. میراحمدی، مصطفی، رابطه فقه و حقوق، قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۰.
۱۹. هاشمی، سید محمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (جلد ۲)، تهران: میزان، ۱۳۸۰.

ب) مقاله

۱. امینی پژوه، حسین و محسن اسماعیلی، «منطقه الفراغ به مثابه نظریه قانون گذاری»، فصل نامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره دوم، ۱۳۹۱، صص ۲۰۱.
۲. پروین، خیرالله، حمید افکار سرند و میثم درویش متولی، «حکومت اصل چهارم قانون اساسی بر عموم و اطلاق سایر اصول، قوانین و مقررات»، فصل نامه حکومت اسلامی، شماره چهارم، سال هفتم، ۱۳۹۱، صص ۱۳۲-۱۰۹.
۳. خامنه ای، سید محمد، «اصل چهارم قانون اساسی»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۵۲ و ۱۵۳.
۴. صرامی، سیف الله، «احکام حکومتی و مصلحت»، فصل نامه راهبرد، شماره چهارم، ۱۳۷۳، صص ۹۲-۶۳.
۵. عباسی، بیژن و سید مجتبی حسینی الموسوی، «بررسی رویه شکلی شورای نگهبان در انطباق مقررات دولتی با شرع»، حقوق اداری، سال هشتم، شماره بیست و پنجم، ۱۳۹۹، صص ۲۳۳-۲۰۷.
۶. موسی زاده، ابراهیم، «تحلیل فرجام شناختی اصل چهارم قانون اساسی»، فصل نامه حقوق، دوره چهارم، شماره دوم، ۱۳۸۹، صص ۳۴۴-۳۲۵.
۷. واعظی، سید مجتبی، «نقش دیوان عدالت اداری در دادرسی شرعی مقررات اداری»، فصل نامه مطالعات حقوقی، دوره اول، شماره ۳، ۱۳۸۸، صص ۱۵۱-۱۲۵.

ج) نظر شورای نگهبان

۱. شماره ۷۵/۲۱/۰۵۷۳ مورخ ۷۵/۳/۲۶.
۲. شماره ۷۵/۲۱/۰۵۷۴ مورخ ۷۵/۳/۲۶.
۳. شماره ۷۵/۲۱/۰۵۷۷ مورخ ۷۵/۳/۲۹.
۴. شماره ن/۱۷۸/۰ مورخ ۷۵/۹/۸.
۵. شماره ۷۵/۲۱/۰۹۹۳ مورخ ۷۵/۸/۱۰.
۶. شماره ۷۶/۲۱/۱۰۲۱ مورخ ۷۶/۴/۲۴.

۲. عربی

الف) کتاب

۱. ابوالصفا، محمد، التشریح الاسلامی صالح فی کل زمان و مکان، بی‌جا: بی‌نا، ۱۳۹۷ ه.ق.
۲. بحرانی سند، محمد، أسس نظام سیاسی عند الامامیه، قم: فدک، ۱۴۲۶ ه.ق.
۳. بحرانی سند، محمد، ملکیه الدوله، قم: فدک، ۱۴۲۸ ه.ق.
۴. تبریزی، میرزا جواد، ارشاد الطالب الی التعلیق علی المکاسب (جلد ۳)، قم: اسماعیلیون، ۱۴۱۶ ه.ق.
۵. حلّی، حسن، ارشاد الاذهان، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۲ ه.ق.
۶. صدر، سید محمدباقر، الاسلام یقود الحیاه، قم: دارالصدر، ۱۳۸۲.
۷. منتظری، حسین علی، نظام الحکم فی الاسلام، تهران: سرایی، ۱۴۱۷ ه.ق.
۸. نایینی، محمدحسین، منیه الطالب فی شرح المکاسب (جلد ۱)، تهران: مکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

The dual or single criterion of judicial supervision; the analysis of the statement of the Guardian Council “if it is not against the law, it is not against the Sharia” in response to the queries of the Administrative Court of Justice

Seyed Mojtaba Hosseini Almousavi¹

Abstract

The fourth principle of the constitution is to guarantee the rule of Sharia in Iran's legal system. The automatic supervision of the Guardian Council on the approvals of the Parliament in advance shows the importance of proportionality between Sharia and the law. The annulment of a government regulation due to its contradiction with the Sharia is beyond the jurisdiction of the Court of Administrative Justice. It is enough to state clearly that “if it is not against the law, it is not against Sharia” and the final decision is left to the Court of Administrative Justice. The correct analysis of this sentence shows the basic judge's view on the concept of law. Despite the strong disagreement among jurists about the nature of the law and its sphere of influence, in cases where it is written. The Shura's reference to the approved laws indicates that the later law is a declaration of non-contradiction with the Sharia as a government ruling. Refraining from expressing an explicit opinion, especially in matters that are a product of the modern world, such as taxes, social security, etc., is not compatible with the dynamics of jurisprudence. Transparency in the declaratory judgment is considered one of the important principles of the proceedings, which provides the possibility of persuasion and preventing the re-approval of the illegal provision.

Keywords: Court of Administrative Justice, Guardian Council, Sharia, Law, Decree

1. assistant of professor of law, smh.almousavi@gmail.com.