

قانون، مشروعیت، کارآمدی

عباسعلی کدخدایی*

دانشیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

محمد جواهری طهرانی

دانشجوی دکتری حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۱۱/۱۸ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۹/۳/۲۴)

چکیده:

با پیش بینی مجلس شورای اسلامی به عنوان نهاد مقنن و شورای نگهبان به عنوان نهاد ناظر در قانون اساسی مصوب ۵۸ پنداشته می‌شد رعایت شروط مشروعیت (شرط لازم) و کارآمدی (شرط کافی) قانون گذاری به نحو توأمان محقق گردیده است؛ لیکن با توجه به حدوث اختلافات متعدد و ایجاد مجمع تشخیص مصلحت نظام و فراهم شدن امکان تایید نظر مجلس شورای اسلامی در هنگام اختلاف با نظر شورای نگهبان، پرسش از وجاهت شرعی مصوبات مجمع تشخیص در این مقام خالی از وجه نخواهد بود. در تحقیق حاضر با روشی توصیفی-تحلیلی و بر اساس مطالعات کتابخانه ای پس از مرور حوادث تاریخی منجر به شکل گیری مجمع تشخیص مصلحت، به تحلیل مفهوم مصلحت در فقه و حجیت شرعی آن پرداخته شده و بر این اساس نظرات موجود در تبیین ماهیت شرعی این بخش از مصوبات مجمع را طرح و بررسی کرده ایم.

واژگان کلیدی:

مشروعیت، کارآمدی، احکام اولیه و ثانویه، حکم حکومتی، موازین شرع، مصلحت ظنی و قطعی.

مقدمه

اصل ۵۸ قانون اساسی سال ۱۳۵۸ مقرر می‌داشت: «اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای ملی (اسلامی) است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود و مصوبات آن پس از طی مراحلی که در اصول بعد می‌آید برای اجراء به قوه مجریه و قضائیه ابلاغ می‌شود». این صلاحیت به حدود مقرر در قانون اساسی و موازین و احکام مذهب رسمی کشور مقید شده^۱ و در راستای نظارت بر فرآیند قانونگذاری، شورای نگهبان تعیین شده بود.^۲ با لحاظ تمهیدات پیش گفته گمان آن بود که مسئله تامین نیازهای تقنینی جامعه با حفظ چارچوب‌ها و موازین شرعی کاملاً حل شده باشد؛ اما به مرور با ایجاد اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان، کشور با چالش تعارض مشروعیت و کارآمدی قوانین مواجه شد. این مسئله در هنگام تصویب قانون اراضی شهری و قانون کار به اوج خود رسید و سرانجام تلاش‌های انجام شده به منظور برون رفت از این مشکل به شکل گیری نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام منجر شد.

سوال اصلی در چالش مزبور این بوده و هست که چرا قوانین محل نزاع در قالب همان روند مقرر در قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ امکان تصویبشان فراهم نشد؟ آیا ماهیت غیر شرعی یا مغایر شرع این قوانین مشکل ساز بود؟ آیا در مکانیزم مقرر در قانون اساسی سال ۵۸ نقصی وجود داشت؟ و یا اینکه کارگزاران و مسئولان عملکرد مناسبی نداشته‌اند؟ و نهایتاً آنکه آیا تاسیس نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام به منزله عدول شیعه از دیدگاه سابق خود و پذیرش قانون گذاری بر اساس مصالح مرسله می‌باشد؟

مقاله حاضر در ابتدا به مرور حوادث تاریخی منجر به شکل گیری مجمع تشخیص مصلحت نظام پرداخته است تا بتواند فضای ذهنی مناسبی در خصوص چالش میان مجلس و شورای نگهبان و ضرورت اولیه شکل گیری مجمع تشخیص مصلحت نظام برای خواننده فراهم آورد. در ادامه با توجه به ماهیت مصلحت محور مصوبات مزبور تفصیلاً مفهوم مصلحت و حجیت شرعی آن در فقه بازشناسی شده است. بررسی و کاوش در نظریات رایج و مطرح در توجیه ماهیت شرعی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز سطوری از مقاله حاضر را به خود اختصاص داده است و در نهایت نیز این نظرات، تحلیل و ارزیابی شده و دیدگاه انصب طرح گردیده است.

۱. اصل ۷۲ قانون اساسی: «مجلس شورای اسلامی نمی تواند قوانینی وضع کند که با اصول احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد».

۲. ذیل اصل ۷۲ قانون اساسی: «...تشخیص این امر (عدم مغایرت با احکام مذهب رسمی و اصول قانون اساسی) به ترتیبی که در اصل ۹۶ آمده بر عهده شورای نگهبان است».

سیر تاریخی شکل گیری مجمع تشخیص مصلحت نظام

نخستین اختلاف در مورد قانون اراضی شهری مصوب مرداد ۱۳۶۰ بود که بر اساس آن، اراضی شهری، در اختیار دولت جمهوری اسلامی ایران قرار می‌گرفت و اسناد و مدارک مالکیت گذشته آن‌ها ارزش قانونی خود را از دست می‌داد. (ماده ۴ قانون اراضی شهری) این قانون با ایراد شرعی شورای نگهبان مواجه شد (مهرپور، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۶۹-۷۰). اما از آنجا که مجلس تصویب قانون مزبور را بدون اعمال تغییرات ضروری می‌دانست ریاست وقت مجلس در نامه‌ای، از امام خمینی (ره) تقاضا نمود معظم له در خصوص تصویب قوانین از باب احکام ثانویه مجلس را ارشاد نمایند. امام در پاسخ به این نامه در تاریخ ۱۳۶۰/۷/۱۹ مقرر داشتند: «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 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، خود به خود لغو می‌شود، مجازند در تصویب و اجرای آن^۱» (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۱۵، ص ۲۹۷). پس از این بود که شورای نگهبان نیز با توجه به تشخیص ضرورت از سوی مجلس، مصوبه مذکور را مغایر با موازین شرع ندانست. (مهرپور، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۸۰)

مسائل بحث‌انگیز دیگر میان مجلس و شورای نگهبان، مواردی چون قانون کار بود. این قانون در بر دارنده الزاماتی بود که دولت برای اشخاص حقیقی یا حقوقی در نظر می‌گرفت و در نتیجه آزادی عمل آنان را محدود می‌ساخت و معمولاً در بردارنده هزینه‌هایی بر خلاف خواست و رضایت افراد نیز می‌بود. به همین دلیل به عقیده برخی این گونه مصوبات نیز واجد شبهه مغایرت با موازین شرعی به نظر می‌رسید. در این خصوص امام خمینی تصریح فرمودند: «دولت می‌تواند در تمام مواردی که مردم استفاده از امکانات و خدمات دولتی می‌کنند با شروط اسلامی و حتی بدون شرط، قیمت مورد استفاده را از آنان بگیرد و این جاری است در جمیع مواردی که تحت سلطه حکومت است.» (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۲۰، ص ۴۳۵)

با این حال با توجه به اینکه علی‌رغم تمامی تلاش‌ها مشکلات و اختلافات بطور کامل برطرف نشد به ناچار امام خمینی علی‌رغم تصریح به اینکه «احتیاج به این مرحله نیست لکن برای غایت احتیاط...» دستور تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام در مقام رفع اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان را صادر کرد. (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۲۰، ص ۴۶۵-۴۶۶)

۱. البته مدتی پس از این پاسخ، امام خمینی مقرر داشتند: به منظور اینکه موارد سه گانه اختلال نظام، ضرورت و حرج در تشخیص عناوین ثانویه صحیح صورت پذیرد مجلس لاقلاً دو ثلثش رای بدهد به این که این امر اضطراری است. (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۱۵، ص ۳۲۳)

مفهوم شناسی مصلحت و حجیت شرعی آن

اریاب لغت مصلحت را از نظر وزن و معنا همانند منفعت دانسته‌اند. (بحرالمحیط، لسان العرب، تاج العروس ماده صلح) زیرا مصلحت، یا اسم مکان است، یعنی محل و مکان صلح و صلاح که موجب نفع و بهره مندی است و یا مصدر، به معنای صلح و صلاح برقرار کردن میان افراد است که باز هم سبب منفعت رسیدن به افراد می‌شود. (رحمانی، ۱۳۸۵، ص ۱۳۹) مصلحت در مقابل مفسده به معنای خیر، صلاح و منفعت است. (شرتونی، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۶۵۶) دهخدا مصلحت را چنین تعریف کرده است: «مأخوذ از تازی مصلحه، مقابل مفسده، خلاف مفسدت، صواب، شایستگی، صلاح، آن چه که صلاح و نفع تشخیص شود. و مصلحت آمیز، یعنی مطابق صلاح کار، بر وفق مصلحت و مقتضا». (دهخدا، ۱۳۳۴، ص ۵۷۸)

تعریف اصطلاحی این مفهوم نیز جدا از تعریف لغوی آن نیست آن چنان که غزالی در این باره می‌نویسد: «به معنای جلب منفعت و دفع ضرر... بوده و مراد ما از مصلحت، تامین مقصود و هدف شرع است». (غزالی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۱۷۴) محمد سلام مدکور در تعریف اصطلاحی مصلحت می‌نویسد: مصلحت عبارت است از جلب منفعت و دفع ضرر به میزانی که غایات شریعت حفظ شود. (مدکور، ۱۹۶۴، ص ۹۳) همچنین گفته شده «مصلحت در اصطلاح علمای دین اسلام، شامل منافعی می‌شود که شارع حکیم برای بندگانش لحاظ کرده است. این منافع به ترتیب عبارتند از: حفظ دین، جان، عقل، نسل و اموال». (بوطی، ۱۴۱۲، ص ۲۷)

براین اساس، مصلحت «دفع ضرر دینی، دنیایی یا کسب نفع دینی یا دنیایی» است (قمی، ۱۳۰۳، ج ۲، ص ۸۵) به شرط آنکه هم حسنه دنیا باشد و هم حسنه آخرت. بنابراین امری مصلحت واقعی انسان است که هم به سود دنیا و هم به سود آخرت وی باشد. (جوادی آملی، ۱۳۷۹، ص ۴۶۶) همچنین در خصوص نگرش فریقین به موضوع مصلحت می‌توان گفت مالک بن انس و احمد بن حنبل از ائمه فقه اهل سنت آن را حجّت می‌دانند، حنبلی‌ها نیز مصلحت را حجّت می‌دانند ولی گاه در این خصوص اغراق‌هایی نیز داشته‌اند. ولی شافعی آن را حجّت نمی‌داند و می‌گوید: «عمل به مصالح مرسله مانند عمل به استحسان، تشریح و بدعت است». به حنفی‌ها نیز دیدگاه‌های متفاوتی نسبت داده شده است.^۱ (تسخیری، ۱۳۸۳، ص ۹۷)

در بین علمای شیعه نیز هستند کسانی که مصالح مرسله را پذیرفته و معتقدند: «شریعت مقدسه اسلام وضع نشده مگر برای آنکه مصالح بندگان را محقق سازد چیزی که این امر را

۱. با این حال برخی دیگر حجیت و ضرورت عمل به مصلحت را مورد اتفاق همه مسلمین دانسته‌اند. (العنکی، ۱۴۲۲، ص ۹۵ و ۹۶) و بر این اساس گفته شده همه علمای مسلمین قائل اند که مصلحت مرسله حجّت شرعی است و حکم شرعی بر اساس آن جعل می‌شود و واقعه‌ای که به نص یا اجماع یا قیاس یا استحسان، حکمی برای آن اثبات نشده، بر اساس مصلحت مرسل برای آن حکم صادر و تشریح می‌شود و احتیاجی به شاهدی از شرع بر اعتبار آن نیست. (خلاف، ۱۳۶۶، صص ۸۶-۸۵)

اثبات می‌کند نصوص وارده در شرع و احکام مختلف آن می‌باشد. بنابراین، اخذ به مصلحت مرسله با طبیعت و روح شریعت هماهنگ است و با اساس و اهداف آن سازگار می‌باشد». (مرعشی، ۱۳۷۳، ص ۵۲) ایشان در دفاع از حجیت مصالح مرسله استدلال کرده‌اند:

اخذ به مصالح که ما به آن قائل هستیم در صورتی جایز است که مجتهد وقوف کامل به دلایل شرعی بر اعتبار و یا الغاء مصالح داشته باشد. یعنی معتبره و ملغی شده را بداند و پس از علم به آنها و توجه به اینکه این مصالح از مصالح ملغی شده نیستند و مغایرتی با موازین شرعی ندارد بر مبنای آن عمل کند. (مرعشی، ۱۳۷۳، ص ۵۲) این در حالی که از سوی دیگر در رد حجیت مصالح مرسله و سایر طرق ابتکاری اهل تسنن در استنباط احکام شرعی گفته شده: «اهل سنت به دلیل فاصله گرفتن از امامان معصوم (ع) و مواجه شدن با فقر سند در اجتهاد، و به دلیل درگیر بودن با مسائل حکومتی و اجرایی و برخورد پی‌درپی با حوادث گوناگون، و به خاطر ضعف حاکم بر اصول فقه اهل سنت، از جهت مراجعه به اصول عملیه - که در اصول فقه شیعه با ساختاری منطقی و حساب شده، حضور جدی دارد و شک و حیرت را در بسیاری از موارد از بین می‌برد- ناچار شدند در استنباط احکام به اموری مراجعه کنند که در نگاه عموم فقیهان شیعه، از منابع و اسناد استنباط نیست، بلکه از مقاصد کلی شریعت یا از علل و حکمت‌های خرد احکام و یا استحسان و ذوق شخصی بوده که بر آن لباس دلیل پوشانده شده و سند استنباط قرار گرفته است» (علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۱۲۸).

به عقیده برخی دیگر «اگر در مصلحت از نصوص و قواعد عمومی معتبر استفاده شده باشد پذیرفتنی است. لیکن در این صورت مصالح مرسله اصلی مستقل در کنار قرآن و سنت نخواهد بود (بلکه) پیروی از قرآن و سنت به شمار می‌رود. در حقیقت اگر در استنباط مصلحت، از عقل استفاده شده باشد شرط عمل به چنین مصلحتی درک کامل آن با همه متعلقات و آثار آن، و وجود تمام شرایط و نبود همه موانع آن است». (تسخیری، ۱۳۸۲، ص ۱۰۶) بنابراین، می‌توان مصالح را به دو دسته تقسیم کرد:

۱. مصالح ظنی که فاقد وجاهت شرعی بوده و نمی‌تواند مبنای صدور حکم واقع شود؛
۲. مصالح قطعی که دارای وجاهت شرعی بوده و بنا بر حجیت قطع و به عنوان دلیل عقل^۱ البته با رعایت یکسری موازین ملاک عمل خواهد بود.^۲

۱. مراد از حکم عقلی، حکم قوه عاقله به معنی فلسفی آن نیست بلکه مراد حکمی است که عقل بطور جزم و یقین، بدون استناد به قرآن و سنت آن را صادر می‌کند. (صدر، ۱۴۰۵، ج ۴، ص ۱۱۹)

۲. محقق قمی در توضیحی که برای دلیل عقلی ذکر می‌نماید می‌فرماید خداوند متعال در این گونه امور به زبان عقل به ما فرمان می‌دهد و همانطوری که پیامبر ظاهر اوامر و نواهی را بیان می‌کند عقل نیز مبین پاره ای از احکام است. (مرعشی، ۱۳۷۳، ص ۴۶) همچنین گفته شده، خداوند بر مردم دو حجت دارد: حجت آشکار و حجت پنهان. حجت آشکار، رسولان و پیامبران و امامان - علیهم السلام - هستند و حجت پنهان، عقول مردم است. (حرانی، ۱۳۸۳، ص ۲۰۱)

همین مصالح قطعی نیز در مقام مبنا واقع شدن در صدور حکم شرعی با دو فرض قابل تحقق است:

الف. مصالح قطعی در موارد سکوت منصوصات شرعی، که اگرچه این بخش از مصالح موضوع مقاله حاضر نیست لیکن به نحو اجمالی می‌توان گفت تامین این مصالح بر مبنای شئون ولایی حاکم اسلامی و از طریق احکام حکومتی انجام می‌شود. در حقیقت این نوع از احکام در زمینه و میدان‌هایی است که حکم اولیه ای بر وجوب یا حرمت درباره آن موضوع از سوی شارع نرسیده است (منصور نژاد، ۱۳۷۷، ص ۱۰۷) ولی با تمسک بر ولایت ولی بر مبنای مصلحت قطعی مد نظر محدود به شرایط زمان و مکان، می‌توان در حیطه هنجارها قاعده سازی نمود.

ب. مصالح قطعی در موارد تعارض با احکام منصوص شرعی که این بخش از مصالح، موضوع اختلافات مجلس و شورای نگهبان نیز بوده است و از منافشه انگیزترین موضوعات در مباحث فقه سیاسی محسوب شده و صاحب نظران با دیدگاه‌های بعضاً متفاوتی به تحلیل این مسئله پرداخته و به منظور تامین این مصالح در جامعه راهکارهایی را تبیین کرده اند. بر این اساس، هر نظری که در باره مبنای مشروعیت عمل بر مبنای مصالح قطعی مغایر با موازین منصوص شرعی داشته باشیم لاجرم ماهیت شرعی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام را بر آن مبنا تبیین می‌گردد.

مشروعیت عمل بر مبنای مصالح معارض با منصوصات شرعی

در خصوص مبنای مشروعیت عمل بر مبنای مصالح مغایر با منصوصات شرعی، گروهی با تعریف نهاد احکام حکومتی در عرض احکام اولیه و ثانویه شرعی، با استناد به اطلاق اختیارات ولی فقیه، حکم حکومتی را واجد صلاحیت نافذ کردن مصالح معارض با موازین شرع دانسته‌اند. در مقابل برخی دیگر تنها مجرای تامین مصالح مذکور را تحقق عناوین احکام ثانویه می‌دانند. همچنین معدودی از اندیشمندان با اتکاء به جایگاه عقل به عنوان منبع مستقل استنباط احکام شرعی و ابزار تفسیر و تفصیل نصوص شرعی، تامین مصالح مزبور را بر پایه اجتهاد پویا و بر مبنای احکام اولیه شرعی ممکن می‌دانند.

۱. احکام حکومتی

حکم حکومتی: عبارت است از فرمان‌ها، قوانین و مقررات کلی و دستور اجرای احکام و قوانین شرعی که از سوی رهبری مشروع جامعه اسلامی در حوزه مسائل اجتماعی، با توجه به حق رهبری و با لحاظ مصلحت جامعه صادر می‌شود. (صرامی ۱۳۷۳ ص ۶۵) امام خمینی در تعریف

احکام حکومتی فرموده‌اند: احکام حکومتی، احکامی هستند که حاکم جامعه با توجه به ریاست و ولایتی که دارد صادر می‌کند و با احکامی که در مقام بیان دستورات الهی است متفاوت می‌باشد. (امام خمینی، ۱۳۸۵ ق، ج ۱، ص ۵۲)

علامه طباطبایی نیز معتقد است احکام حکومتی تصمیم‌هایی است که ولی امر در سایه قوانین شریعت و رعایت موافقت آن‌ها به حسب مصلحت وقت اتخاذ و طبق آن‌ها مقرراتی وضع و اجرا می‌کند. (طباطبایی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۸۷) صاحب نظران دیگر نیز تعاریف مشابهی ارائه کرده‌اند.^۱

بنابر تعاریف فوق مصوبات مجمع تشخیص مصلحت در مقام رفع اختلاف مجلس و شورای نگهبان از نوع احکام حکومتی در مقام تراحم با احکام شرعیه خواهد بود.^۲ در تایید این نظر به برخی اظهارات امام خمینی نیز استناد شده است: «اگر اختیارات حکومت در چهارچوب احکام فرعی الهیه است، باید عرضه حکومت الهیه و ولایت مطلقه مفوضه به نبی اسلام (ص) یک پدیده بی معنا و محتوا باشد..... باید عرض کنم حکومت، که شعبه ای از ولایت مطلقه رسول الله (ص) است، یکی از احکام اولیه اسلام است و مقدم بر تمام احکام فرعیه ...». (صحیفه امام، ج ۲۰، ص ۴۵۲) «... گفتارها و نوشتارهای آنها (اعضای نهضت آزادی) که منتشر کرده اند مستلزم آن است که دستورات حضرت مولی الموحدین امیر المومنین را در منصب ولایت و اجرای تعزیرات حکومتی که گاهی بر خلاف احکام اولیه و ثانویه اسلام است نادرست دانسته و آن بزرگوار را- نعوذ با...- تخطئه کرده بلکه مرتد بدانند و یا آنکه همه این امور را از وحی الهی بدانند که آن هم بر خلاف ضرورات اسلام است ...». (صحیفه امام ج ۲۲، پاسخ به نامه وزیر کشور در مورد نهضت آزادی)

قائلین به این نظر با استناد به اصل ولایت مطلقه فقیه، معتقدند مجمع تشخیص مصلحت نظام به عنوان ید متلقى از قبل رهبری در موارد تعارض شرع و نیازهای اجتماعی در حیطه قانون گذاری، اقدام به صدور حکم حکومتی می‌نماید. بنابر این نظر، مصالح اسلام و نظام مقدم بر سایر احکام فرعیه است و این امور از اختیارات ولی فقیه است. (اسفاد، محسنی، ۱۳۸۰، ص ۹۹) اگرچه در توصیف این دیدگاه تبیین‌های مختلفی صورت پذیرفته است لیکن محور اصلی در تمامی این قرائت‌ها مفهوم مصلحت عمومی است. (دبیر خانه مرکزی ائمه جمعه، ۱۳۶۸، ص ۲۱۸؛ رجایی، ۱۳۸۱، ص ۴۸؛ منصور نژاد، ۱۳۷۸، ص ۱۶۷)

۱. حکم حکومتی عبارت است از: فرمان حاکم (نه خدای تعالی) در راستای عمل کردن به حکم شرعی تکلیفی یا عمل به حکم وضعی یا عمل به موضوع آن دو در مورد خاص. (جواهرالکلام، ج ۴۰، ص ۱۰۰)

۲. این دیدگاه با قرائتی متفاوت و البته با اندکی مسامحه در استخدام الفاظ توسط یکی از اعضای شورای بازنگری قانون اساسی چنین بیان شده است: (مشروح مذاکرات بازنگری قانون اساسی ۱۳۸۰ ص ۸۳۸)

در این منظومه فکری کلیه احکامی که هریک از علما بزرگ شیعه از جمله آخوند خراسانی، سید محمد کاظم طباطبایی و سید اسماعیل صدر در راستای حفظ منافع جامعه مسلمین صادر نکرده اند از جنس احکام حکومتی قلمداد می‌شوند. (گروهی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ص ۳۰۰)

۲. احکام ثانویه

شورای نگهبان که به موجب اصل ۹۸ قانون اساسی مفسر رسمی این قانون می‌باشد در اظهار نظر صریحی ماهیت مصوبات مجمع را از جنس احکام شرعی قلمداد کرده و در پاسخ به استفساریه ریاست مجمع تشخیص مصلحت نظام، اصل ۱۱۲ ق.ا. را از شمول حکومت اصل ۴ خارج ندانسته است.^۱ این نظر باعث شد تا استفساریه جدیدی توسط رئیس مجمع تشخیص مصلحت نظام مطرح شود؛ و این بار نیز شورای نگهبان در مقام پاسخ و در قالب نظریه تفسیری دیگری اعلام کرد: «منظور از خلاف موازین شرع (در چارچوب اصل ۴ قانون اساسی) آن است که نه با احکام اولیه شرع سازگار باشد و نه با احکام عناوین ثانویه؛ و در این رابطه صدر اصل ۱۱۲ به مجمع تشخیص مصلحت تنها اجازه تعیین تکلیف به لحاظ عناوین ثانویه را داده است» (نظریه تفسیری شماره ۴۸۷۲، مورخ ۱۳۷۲/۴/۲۰).

براین اساس «احکام اولیه ما چه احکام تکلیفیه خمسه باشد یا سایر احکام وضعیه باشد تمام این احکام اولیه بوسیله احکام ثانویه قابل رفع است حتی واجبات و محرمات. یعنی اگر چنانچه واجبی باشد براساس قاعده حرج، قاعده لاضرر یا مقدمه لاضرر یا مقدمه واجب بودن یا مقدمه حرام بودن یا تعارض اهم و هم یا حتی امر فقیه و ولی امر که تمام اینها عناوین ثانویه است و احکام اولیه را برمی‌دارد...» (مشروح مذاکرات بازنگری قانون اساسی ۱۳۸۰ ص ۱۵۵۶)^۲

بر این مبنا هرچند حاکم اسلامی می‌تواند احکامی صادر کند که در ظاهر با احکام اولیه شرعی همخوانی ندارد، اما این امر بدین معنا نیست که ولی فقیه نسبت به الغا و تعطیلی احکام شرعی - هر چند موقت - ولایت دارد، بلکه به این معناست که ادله ولایت فقیه، دلالت دارد که فقیه موظف یا مختار است، در صورت تراحم بین احکام شرعی، به واسطه تشخیص حکم اهم به تعطیلی موقت حکم مهم (غیر اهم) فرمان دهد. (جوادی آملی، ۱۳۷۹: صص ۲۶۳-۲۵۱) در تایید این نظریه نیز می‌توان به موارد متعددی از دیدگاه‌های امام خمینی نیز اشاره نمود:

۱. «مطابق اصل چهارم قانون اساسی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی‌تواند خلاف موازین شرع باشد». (بند سوم نظریه تفسیری شماره ۴۵۷۵ مورخ ۱۳۷۲/۳/۳)

۲. اظهارات مشابه اعضای شورای بازنگری قانون اساسی نیز موید این دیدگاه است. (مشروح مذاکرات بازنگری قانون اساسی ۱۳۸۰، صص ۸۴۰ و ۱۵۵۸ و ۱۵۵۷ و ۱۵۳۲ و ۱۵۱۴)

۱. ایشان بارها در زمان تعارض میان شورای نگهبان و مجلس فرموده‌اند: «... در حال حاضر مصلحت در حکم ثانویه است، و صدور حکم بر مبنای احکام ثانویه نیز باید روی تشخیص صحیح باشد». (صحیفه نور امام، ج ۱۷ ص ۲۵۴)

۲. ایشان خطاب به حضرت آیت‌الله گلپایگانی اشعار داشته‌اند: «... اموری که در حفظ نظام اسلامی دخیل است یا ضرورت دارد که ترک یا فعل آن فساد انگیز است نمی‌شود به خواست عده‌ای طرفدار زمین‌خواران به همان منوال بماند جنالعالی مطمئن باشید... به حکم ثانوی شرع محدودیت‌هایی صورت می‌گیرد که با ترک آن، خطرهای عظیمی در کار است...». (صحیفه امام، ج ۱۵ ص ۳۱۱)

اما نکته‌ای که در خصوص تبیین ماهیت شرعی مصوبات مجمع تشخیص نظام در مقام رفع اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان، موید دیدگاه موقت بودن و حکومت داشتن این مصوبات بر مصوبات مجلس شورای اسلامی است در نظریه تفسیری شماره ۵۳۱۸ به تاریخ ۱۳۷۲/۷/۲۴ شورای نگهبان نیز انعکاس یافته است:

«هیچیک از مراجع قانون‌گذاری حق فسخ، رد و ابطال مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام را ندارد اما در صورتی که مصوبه تشخیص مصلحت مربوط به اختلاف نظر شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی بود مجلس پس از گذشت زمان معتدبه که تغییر مصلحت موجه باشد حق طرح و تصویب قانون مغایر را دارد...»

برخی از صاحب نظران در بسط و توسعه این نظر چنان افراط کرده‌اند که به صراحت همه موارد گفته شده به عنوان مصادیق حکم حکومتی را به عنوان حکم ثانوی قابل توجیه می‌دانند. (رک. رحمانی، ۱۳۸۵، ص ۱۰۳)

۳. احکام اولیه^۱

این نظر دیدگاهی است که کمتر در بین صاحب نظران مورد توجه واقع شده و در برخی بخش‌ها با ضعف‌هایی مواجه است. با این حال، بدیع بودن آن، سبب اختصاص بخش‌های از صفحات این مقاله به خود شده است. بر مبنای این دیدگاه با توجه به اعتقاد شیعه مبنی بر حکمت ذاتی موجود در احکام شریعت؛ بنابراین اقتضاء عقل آن است که کلیه مصالح و نیازهای اجتماعی که ماهیتی علی‌الدوام و به دور از محظورات غیر متعارف دارند در قالب احکام اولیه تامین شده و آن بخش از مصالح گذرا و موقت اجتماعی که در چارچوب

۱. احکامی که شارع مقدس با توجه به مصالح و مفاسد واقعی و در حالت عادی یعنی بدون در نظر گرفتن حالات استثنایی (اضطرار و حرج) برای مکلفین مقرر فرموده حکم واقعی اولی نامیده می‌شود. (گرچی، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۲۸۶؛ مزینانی، بی تا، ص ۱۴۳؛ لطفی، ۱۳۸۴، ص ۲۹؛ قافی، شریعتی، ۱۳۷۸، ص ۳۴)

محظورات استثنایی و ضرورت‌ها حادث می‌گردند، به عنوان احکام استثنایی و موقت ثانویه مورد توجه واقع شود. اما در این بین آنچه کمتر مورد توجه واقع می‌شود تفاوت ماهیت مصالح دائمی مستتر در احکام اولیه با دائم الوجود بودن موضوعات این احکام در عالم خارج است. باید به این نکته توجه داشت ملاک تقسیم موقت یا دائمی بودن یک حکم، موجود بودن همیشگی موضوع آن نیست به علاوه چنانچه موضوع احکام اولیه به هر دلیلی در حال حاضر منتفی باشد به معنای ابطال، تغییر یا نسخ آن حکم نخواهد بود بلکه همان طور که خلق یک حکم اعتباری نیازمند جعل یا اعتبار از سوی معتبر است معدوم پنداشتن یک حکم اعتباری نیز نیازمند اعتبار جدید در حالت سلبی یا ایجابی متعارض می‌باشد.

اما در خصوص موضوع تحقیق حاضر یعنی معارض دانستن یک مصلحت و منفعت قطعی جامعه امروز با احکام شرعی، به نظر می‌رسد در مواجهه با این موارد لازم است به جای توجیه حکم مبتنی بر مصلحت به عنوان حکم ثانویه یا حکم حکومتی به بررسی منصوصات شرعی پرداخته شود و در صورت اطمینان از سند و دلالت نص مذکور دو فرض قابل تصور خواهد بود:

۱. حکم مصرح در نص شرعی به جهت قلب موضوع در زمان حاضر، از آنجا که محمل متناسب خود را برای اجراء ندارد منافع مطلوب را برای جامعه مسلمین به همراه نخواهد داشت لذا اجرای آن حکم با مصالح قطعی مسلمین در تعارض خواهد بود. برای مثال می‌توان به حکم ضمان عاقله در قوانین کیفری اسلام اشاره کرد؛ این حکم در جامعه امروز نه فقط به لحاظ اجرایی بلکه حتی در مقام پذیرش و توجیه عمومی نیز با چالش جدی مواجه است. در تبیین این چالش چنین می‌توان گفت که ضمان عاقله نوعی از مسئولیت جانشین، جهت جبران خسارت جانی بوده که به جهت ماهیت خاص روابط اجتماعی در صدر اسلام (جامعه‌ای خویشاوند محور که زندگی افراد در غالب بزرگ خانواده‌ها و قبایل استقرار و تداوم یافته بود) محل و موضوعی مناسب برای اجرا داشته و غایت و مصلحت مقصود در جعل این حکم را کاملاً محقق می‌کرده است. حال آنکه در جامعه امروز به جهت تغییر روابط و واحدهای زندگی اجتماعی و منتفی شدن موضوع مناسب این حکم، دیگر اجراء حکم مذکور وافی به مقصود نبوده و مصلحت مزبور را تامین نمی‌نماید. پس بهتر آن است این چنین احکامی فعلاً از دستور کار اجرایی حکومت خارج شوند تا زمانی که موضوع مناسب این احکام مجدداً موجود شود؛ و در زمان حاضر لازم است با توجه به منابع چهارگانه فقهات در نگاه شیعه به خصوص عقل و بناء عقلا و به شرط تامین ضرورات و اقتضائات جامعه اسلامی اقدام به قانون گذاری گردد.

۲. اگر حکم منصوص قطعاً دچار تغییر یا منتفی شدن موضوع نشده است می‌توان راهکار برون رفت از چالش مذکور را این گونه تبیین نمود که استفاده از ادله نقلی در استنباط احکام از حیث محتوا تابع فهم عقلایی از مصالح قطعی اجتماع و مقاصد شریعت می‌باشد. (مرعشی، ۱۳۷۳، ص ۴۷) چنین وجاهتی را برای عقل این گونه تبیین کرده‌اند: «توجه به مقاصد شریعت و مجموعه‌ی دین، گاه باعث می‌شود که سند معتبر دیگری مانند عقل در کنار عموم یا اطلاق سندی چون روایت معتبر مطرح شود و مانع انعقاد عموم یا اطلاق روایت در مرحله حجیت شود. از آنجا که درک عقل همانند مضمون روایت سندی است از اسناد و یکی از ادله چهارگانه به شمار می‌رود در فرض تعارض با اطلاق یا عموم نص، بر آن مقدم خواهد شد. (علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۴۷)

البته این به معنای غایت‌گرایی و حرکت در مسیر فقه اهل تسنن نخواهد بود همچنان که در خصوص مقاصد شریعت تاکید شده است «مقاصد شریعت و نصوص بیان‌کننده آن نمی‌تواند برای فقیه در استنباط احکام سند و دلیل قرار گیرد. منابع استنباط، تنها ادله‌ای است که بیان‌گر حکم شرعی می‌باشد، لیکن توجه دقیق و دائمی فقیه به مقاصد در استنباط و کشف احکام از ادله و منابع معتبر ضروری است. چون این توجه باعث می‌شود در بسیاری از موارد برداشت فقیه از ادله، غیر از برداشتی باشد که بدون این توجه صورت می‌گیرد». (علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۱۴۷)

بر این اساس، عقل و یافته‌های قطعی عقلی از جنس منابع محسوب می‌شود نه از جنس مقاصد شریعت، لذا احکام حاصل از این منبع دارای وجاهت شرعی می‌باشد. شیخ طوسی نسبت به جواز تخصیص عمومات به دلیل عقلی می‌گوید: اگر دلیلی (اگر چه عقلی) موجب علم شود، بایسته است که عمومات توسط آن تخصیص بخورد. (شیخ طوسی، بی تا، ج ۱، ص ۳۲۷) بر این اساس باید گفت شمار بسیاری از احکام شرع در زمینه‌های حکم عقلی یا حکم عقلایی است و اساساً بخشی فراوان از آنها در این باره ارشادی است و به این دلیل است که عقل می‌تواند و گاهی باید، عموم یا اطلاق برخی نصوص را تضییق کند و یا در مفاد آنها توسعه بدهد، زیرا احکامی که زمام آنها به دست عقل و عقلاست، حدود و قیود و گستره آنها نیز به دست عقل و عقلا می‌باشد. (خوانساری، ۱۳۶۵، ج ۳، ص ۲۱)

شهید محمد باقر صدر نیز تصریح می‌کند هدف از اجتهاد سازگار ساختن اندیشه اسلامی با رویدادهای زندگی است، چنانچه مدلول نص در قلمرو مسائل اجتماعی باشد، در این صورت باید نص را از دریچه فهم اجتماعی و ارتکاز مشترک میان مردم فهمید و چه بسا چنین فهمی موجب توسعه یا تضییق نص می‌شود و از این امر به تناسب حکم و موضوع یاد می‌شود. (الحسینی، ۱۹۹۶م، ص ۱۶۷)

بنابراین در مواجهه با نصوص شرعی معارض مصلحت قطعی یکی از این دو راه ملاک عمل خواهد بود:

۱. در صورت امکان نص قطعی با توجه به هدف حکم و اقتضائات اجتماعی تفسیر می‌شود و از ابتدا محدود و مقید تفسیر خواهد شد.

۲. با استناد به درک قطعی عقل، نوبت به دلیل لبی می‌رسد که صلاحیت تعارض با دلیل نقلی را دارد. (علیدوست، ۱۳۸۴، ص ۱۵۲)

تحلیل نظریات پیشین و تبیین اندیشه مطلوب

همان گونه در سطور پیشین گفته شد در رویکرد اول بر اساس ایستا پنداشتن احکام و موازین شرعی و دوگانه تصور نمودن شوؤن مراجع و مجتهدین از صلاحیت و اختیارات ولی فقیه، تنها مجرای تمشیت امور جامعه مسلمین در مواجهه با این تعارض، استناد به حکم حکومتی و اطلاق اختیارات ولی فقیه پنداشته شده است. قائلین به این رویکرد معتقدند ولی فقیه حق دارد به جهت اطلاق اختیارات، حکم اولیه یا ثانویه معارض با مصلحت امروز جامعه را موقتاً تعطیل نماید.

اگرچه اصل تاسیس و مشروعیت حکم حکومتی از مسلمات فقه شیعه و مجرای تشکیل و کارآمدی حکومت اسلامی در عصر غیبت می‌باشد لیکن تمسک به نهاد حکم حکومتی در توجیه ماهیت شرعی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام در مقام رفع اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان واجد ایراداتی می‌باشد.

اولاً؛ لزوم توجه به مصالح اجتماعی و نیازهای مردم در قانون گذاری امری مسلم و از لوازم قانون گذاری کارآمد در راستای ارائه نظریه مطلوب حکومت دینی می‌باشد لیکن اهمیت این نکته نافی ضرورت عملکرد ضابطه مند حاکمان دینی در وضع قوانین و مقررات نمی‌باشد. در حقیقت شرط بقاء مشروعیت حکومت دینی، پایبندی به ضوابط شرعی در همه امور از جمله جزئی ترین موارد حکمرانی می‌باشد بنابراین نمی‌توان آنچنان که اهل تسنن بر سر دوراهی پایبندی به ضوابط شرعی و تامین مصالح امروز، به حاکم (حکومت) اسلامی اختیار مطلق اعطا کردند، عمل شود؛ بنابراین تلاش برای یافتن مجرای تحلیل و ارائه پاسخ به موضوعات مستحده در چارچوب احکام اولیه و ثانویه شرعی جهت تامین توامان مشروعیت و کارآمدی قوانین در حکومت دینی امری اجتناب ناپذیر به نظر می‌رسد؛ در غیر این صورت به حکومت بی ضابطه حکمرانان و سیال شدن ضوابط شرعی گرفتار خواهیم شد؛ و اگر گفته شود پذیرش این ایده، حکومت مبتنی بر حاکمیت دین و شریعت را به حکومت دین داران و متشرعین تبدیل خواهد کرد خالی از وجه نخواهد بود.

ثانیاً؛ چگونه ممکن است دینی ادعای خاتمیت داشته باشد در حالی که موازین شریعتش جامع مصالح و منافع پیروان خود نیست؟ آیا لازمه ادعای جامعیت جز به لحاظ کردن مقتضیات زمان در غالب موازین شرع است؟ اساساً موازین به معنای قواعد و جهت گیری کلی چه تفاوتی با موضوعات استقرار احکام دارند؟ آیا شایسته است شریعت مدعی جامعیت، تامین مصالح پیروان خود را تماماً در قالب احکامی استثنایی و موقت یا در قالب اختیارات فوق العاده حاکمان جستجو نماید؟ در نهایت اگر حکومت را فلسفه عملی احکام شرعی بدانیم چگونه ترک و نقض احکام شرعی آن هم در یک گستره وسیع که به یک اصل تبدیل شده است قابل پذیرش می‌باشد؟

ثالثاً؛ در صورتی که ادعا شود احکام حکومتی، خود بخشی از احکام شرعی بوده و عمل به آن رافع مسئولیت شرعی می‌باشد این گزاره از دو حیث محل اشکال می‌باشد:

۱. با دقت در عبارات فقها و بزرگانی که به تبیین حکم حکومتی پرداخته‌اند به وضوح ملاحظه خواهیم نمود موافقت و در راستای احکام اولیه و ثانویه بودن به عنوان شرط مشروعیت احکام حکومتی تصریح شده است.

۲. چنانچه برخی دستور مصلحت گرایانه‌ی معارض احکام اولیه و ثانویه ولی فقیه را با این توجیه که به منظور حفظ حکومت اسلامی بوده از موازین مستقل شرع محسوب نمایند باید پرسید آنگاه چگونه می‌توان این گونه دستورات ولی فقیه را در راستای اطمینان از استمرار شرایط رهبری مورد نظارت قرار دهند؟ این ایراد آن هنگام بیشتر رخ می‌نماید که رهبری این صلاحیت را به شخص یا نهاد دیگری تفویض نمایند آنگاه حتی ولی فقیه نیز نمی‌تواند معیاری جهت نظارت بر عملکرد این شخص یا نهاد در اختیار داشته باشد به خصوص که مصلحت در نگاه قائلین به این دیدگاه مسبوق به متون و موازین فقهی نبوده و تشخیص آن کاملاً در اختیار مقام اعمال کننده این صلاحیت می‌باشد. این امر مغایر ضرورت اجرای امر به معروف و نهی از منکر نسبت به حاکمان در جامعه اسلامی بوده و نتیجه‌ای جز شناور کردن موازین شرعی و احکام فقهی نخواهد داشت تا جایی که چه بسا در بلند مدت قوانین موضوعه ماهیتی متفاوت و بیگانه با موازین و احکام اولیه و ثانویه شرعی می‌تواند داشته باشد.

رابعاً، با لحاظ این نکته که مصوبات مزبور به تایید ولی فقیه نمی‌رسد پذیرش این نظر منجر به نفی هرگونه نظارت بر مصوبات مزبور شده و نتیجه‌ای جز عملکرد شبهه انگیز مجمع تشخیص مصلحت نظام در برنخواهد داشت.

بنابر مراتب فوق ضمن تاکید بر جایگاه ویژه حکم حکومتی، به مثابه بنیان مشروعیت بخش و الزام آور کلیه قوانین و مقررات و فرامین در جمهوری اسلامی ایران، به نظر می‌رسد

توجیه ماهیت شرعی مصوبات محل بحث در قالب نظریه حکم حکومتی چندان مطابق اصول و موازین شرعی و عقلی نیست.

در رویکرد دوم تمسک به احکام ثانویه تنها مجرای ممکن در پذیرش مصالح قطعی معارض با احکام اولیه شرعی شناخته شده است. این نظر بدون هر گونه بحث پیچیده و مبهم، مصوبات مجمع را منطبق بر موازین شرعی تفسیر می‌نماید و با توجه به شمول حکومت اصل چهارم قانون اساسی بر این گونه مصوبات و همچنین تعریف معیارهای خاص در تعیین عناوین احکام ثانویه در خصوص برخی موضوعات امکان بالقوه نظارت بر این گونه مصوبات و جلوگیری از اشتباهات و سوء استفاده‌های احتمالی را فراهم می‌آورد.

لیکن علی‌رغم نکات مثبت فوق این دیدگاه واجد دو ایراد اساسی می‌باشد:

۱. احکام ثانویه دارای عناوینی خاص در فقه می‌باشد که تنها در صورت تعیین آن عناوین بر موضوعات می‌توان صحبت از احکام ثانویه نمود. به علاوه توجه به رویه و عملکرد مجلس در مقام اصرار بر مصوبه مغایر شرع و مراحل بررسی موضوع در مجمع تشخیص مصلحت نظام، اثبات می‌نماید نهادهای مزبور چندان به دنبال احراز عناوین احکام ثانویه در مسئله نبوده و نیستند.

۲. ماهیتاً احکام ثانویه به احکامی استثنائی اطلاق می‌شود که مربوط به اوضاع یا موضوعات نامتعارف بوده و اعتبار این احکام موقت و ناپایدار می‌باشد. حال آنکه با دقت در مصوبات متعدد و کثیر مجمع از یکسو و ماهیت بعضاً دائمی برخی از آنها از سوی دیگر شروط استثنایی بودن و موقت بودن همه مصوبات مجمع چندان قابل تحقق و چه بسا قابل تصور به نظر نمی‌رسد.

بنابر مراتب فوق به نظر می‌آید استناد به احکام ثانویه نمی‌تواند مشروعیت و اعتبار همه مصوبات لازم در تامین اقتضائات امروز جامعه اسلامی را فراهم آورد.

اما در خصوص رویکرد سوم یعنی حکم اولیه دانستن مصوبات مذکور؛ اگرچه این دیدگاه تا حدود زیادی به کارآمدی فقه و حفظ و جاهت شرعی حکومت جمهوری اسلامی ایران در تامین نیازهای اجتماعی منجر خواهد شد لیکن نباید با افراط در توجیه همه چالش‌های نظام قانون گذاری موضوعه به عنوان حکم اولیه از ظرفیت به حق احکام ثانویه در فقه چشم پوشی نمود به خصوص که به هیچ عنوان نمی‌توان تحقق عناوین منجر به احکام ثانویه از جمله اضطرار و ماهیت استثنایی و فوق العاده در برخی از مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام را نادیده انگاشت. همچنین نباید در احراز قطعیت مصالح معارض با نصوص شرعی مسامحه کرد چراکه این امر نتیجه‌ای جز فرو ریختن بنیان مرصوص شریعت و گسستگی موازین شرعی نخواهد داشت.

بنابر مراتب فوق به نظر می‌رسد شایسته است مواردی که مصلحت مد نظر مجلس، مغایر احکام اولیه شرعی تشخیص داده شده، به دو گروه تقسیم شود؛ گروه اول مصالحی که ماهیتی استثنایی و موقتی دارند که در چارچوب عناوین خاص احکام ثانویه به نحو موقت و فوق العاده می‌توان در خصوص این موارد قانون گذاری نمود و گروه دوم آن بخش از مصالحی را در بر می‌گیرد که اولاً ماهیتی متعارف و دائمی دارند و ثانیاً در چارچوب عناوین احکام ثانویه شرعی قابل پذیرش نمی‌باشند در این موارد لازم است با توجه به اقتضائات زمان و تاکید بر دلیل عقلی به عنوان منبعی مستقلی که صلاحیت تفسیر، تضییق و توسعه قلمرو منصوصات شرعی را دارا می‌باشد، امکان تصویب این مصالح را در غالب یکی از موارد ذیل فراهم آورند:

۱. متون و احکام شرعی مغایر به نحوی تفسیر شود که مصلحت قطعی موجود را نیز شامل شود.

۲. تضییق و تخصیص حکم شرعی مذکور به دلیل لبی معتبر موجود در قضیه.

۳. در صورتی که به جهت تحولات اجتماعی موضوع حکم دچار چنان تغییر و دگرگونی شده که اجرای حکم مذکور وافی به مقصود شارع مقدس نمی‌باشد می‌توان موضوع را موضوعی مستحدثه انگاشت و بر اساس موازین عقلی (به عنوان یکی از منابع فقهی) و با تکیه بر شئون ولایی حاکم اسلامی نسبت به آن قانون گذاری نمود.

در پایان با تامل در مطالب پیش گفته و از آنجایی که بر اساس مدلول بند یک اصل ۹۱ قانون اساسی "آگاه بودن به مقتضیات زمان و مسائل روز" از شرایط عضویت فقها در شورای نگهبان می‌باشد؛ به نظر می‌آید توجه به مصالح نظام در مرحله قانون گذاری و ارزیابی مصالح جامعه در چارچوب اجتهاد پویا از وظایف ذاتی فقهای شورای نگهبان می‌باشد. براین اساس کوتاهی فقهای وقت شورای نگهبان در انجام این وظیفه مذکور و زمینه سازی برای واگذاری این صلاحیت به مجمع تشخیص مصلحت نظام قابل انتقاد به نظر می‌رسد. حضرت آیت ... امامی کاشانی از فقهای وقت شورای نگهبان نیز در جریان مشروح مذاکرات شورای بازننگری قانون اساسی با انتقاد از رویه سابق شورای نگهبان که در اظهار نظر به احکام ثانوی و حکومتی امعان نظر نداشته‌اند، با استناد به وصیت نامه امام خمینی (ره) وظیفه بررسی و تایید مصالح را بر عهده فقهای شورای نگهبان دانسته‌اند. (مشروح مذاکرات بازننگری قانون اساسی ۱۳۸۰ص ۸۳۶)

برآیند

بنابر آنچه گفته شد به وضوح وجاهت شرعی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام در مقام رفع اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان قابل دفاع می‌نماید و به نظر می‌رسد دیدگاه

انصب در تبیین ماهیت شرعی مصوبات مزبور آن است که ضمن تفکیک قائل شدن بین مصوبات مبتنی بر مصالح دائمی و مصوبات مبتنی بر مصالح گذرا و موقت، مصوبات نوع اول را از جنس احکام اولیه شرعی، و نوع دوم را از سنخ احکام ثانویه شرعی قلمداد نماییم. در حقیقت، این دیدگاه ضمن واقع نگری نسبت به اقسام مختلف مصالح اجتماعی، ضرورت پاسخ گویی به نیازهای اجتماعی در قالب موازین و احکام شریعت را ممکن می نماید. البته این نکته اساسی مفروض است که این دیدگاه به هیچ عنوان در پی موجه نمودن تخطی های احتمالی مجمع در انجام وظایف خود نمی باشد. بنابراین هرگونه تصمیم گیری مجمع در مقام رفع اختلاف مجلس و شورای نگهبان لازم است، در چارچوب اصول حاکم بر استنباط احکام اولیه و ثانویه شرعی انجام پذیرد؛ در غیر این صورت این مصوبات فاقد وجاهت شرعی بوده و فقهای شورای نگهبان موظف خواهند بود به موجب اصل چهارم قانون اساسی مصوبات مزبور را ابطال کنند.

منابع و ماخذ

الف - فارسی

۱. خلاف، عبدالوهاب، (۱۹۴۷م) علم اصول الفقه و خلاصه تاریخ التشریح الاسلامی، چاپ سوم، قاهره: انتشارات نصر.
۲. امام خمینی، روح الله، (۱۳۸۵ق)، الرسائل، مجتبی تهرانی (محشی)، دو جلدی، قم: مطبعه العلمیه.
۳. امام خمینی، روح ...، (۱۳۷۸)، صحیفه امام، چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی،
۴. خوانساری، سید احمد (۱۳۶۵ش)، جامع المدارک، تحقیق علی اکبر غفاری، چاپ دوم، تهران: مکتبه الصدوق.
۵. دبیر خانه مرکزی ائمه جمعه، (۱۳۶۸)، ولایت فقیه زیر بنای حکومت اسلامی، تهران: نشر بنیاد.
۶. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۳۴) لغت نامه، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۷. رجایی، حسین، (۱۳۸۱)، «ولایت فقیه و حل معضلات نظام»، مجله رواق اندیشه، شماره ۱۱، ص ۴۳-۶۰.
۸. رحمانی، محمد، (۱۳۸۵)، «مصلحت در حکومت نبوی (احکام حکومتی)»، مجله حکومت اسلامی، شماره ۴۲، ص ۹۳-۱۱۸.
۹. شرتونی، سعید، (۱۴۰۳ق) اقرب الموارد، چاپ اول، قم: مکتبه آیت الله مرعشی.
۱۰. صرامی، سیف ...، (۱۳۷۳)، «احکام حکومتی و مصالح»، فصلنامه راهبرد، شماره ۴، ص ۶۳-۹۴.
۱۱. صدر، سید محمدباقر، (۱۴۰۵ق) بحوث فی علم الاصول، سید محمود هاشمی شاهرودی، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۱۲. صدر، سید محمد باقر، (۱۳۸۲)، اقتصادنا، قم: بوستان کتاب.
۱۳. صفری، محسن، (۱۳۸۷)، «شریعت اسلامی و استدلال عقلی از منظر امامیه»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۲، صص ۱۹۱-۲۱۴.
۱۴. صورت مشروح مذاکرات شورای بازنگری قانون اساسی، (۱۳۸۰)، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۱۵. طباطبایی، محمد حسین، (۱۳۸۷)، بررسی های اسلامی، سیدهادی خسروشاهی (شراح)، دو جلدی، قم: بوستان کتاب.
۱۶. علی دوست، ابوالقاسم، (۱۳۸۴)، «فقه و مقاصد شریعت»، مجله فقه اهل بیت، شماره ۴۱، صص ۱۱۸-۱۵۸.

۱۷. قافی، حسین، شریعتی، سعید، (۱۳۷۸)، *اصول فقه کاربردی*، چاپ سوم، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و انتشارات سمت.
۱۸. قماش، سعید، (۱۳۸۰) «بازشناسی جایگاه عقل در فقه شیعه»، *مجله رواق اندیشه*، شماره ۳، ص ۴۶-۵۷.
۱۹. علی دوست، ابوالقاسم، (۱۳۸۴) «فقه و مقاصد شریعت»، *مجله فقه اهل بیت*، شماره ۴۱، ص ۱۱۸-۱۵۸.
۲۰. غزالی، محمد بن محمد، (۱۴۱۳ق) *المستصفی من علم الاصول*، بیروت: نشر دارالفکر.
۲۱. قمی، میرزا ابوالقاسم، (۱۳۷۸ق) *قوانین الاصول*، تهران: المکتبه الاسلامیه.
۲۲. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۳۶۵)، *اصول کافی*، علی اکبر غفاری صفت، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۲۳. گرجی، ابوالقاسم، (۱۳۶۹) *مقالات حقوقی*، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۴. گروهی از نویسندگان، (۱۳۷۴)، *ملاکات احکام و احکام حکومتی*، تهران: نشر عروج.
۲۵. لطفی، اسد...، (۱۳۸۴)، *اصول فقه*، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.
۲۶. مجلسی، محمدباقر، (۱۴۰۳ق)، *بحار الانوار*، چاپ سوم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۷. *مجموعه نظریات شورای نگهبان* (۱۳۸۱)، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران.
۲۸. محسنی، فرید، نجفی اسفاد، مرتضی، (۱۳۸۰) «بررسی حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه آن در نظام جمهوری اسلامی ایران»، *مجله دیدگاههای حقوقی*، شماره ۲۱-۲۲، ص ۸۷-۱۱۴.
۲۹. ماکور، محمدسلام، (۱۹۶۴م) *مدخل الفقه الاسلامی*، القاهرة: نشر المکتبه القومیة للنشر والطباعة.
- مرعشی شوشتری، محمد حسن، (۱۳۷۳) *دیدگاههای نو در حقوق کیفری*، تهران: نشر میزان.
۳۰. مزینانی، محمد صادق، (بی تا)، «جایگاه و قلمرو حکم و فتوا»، *مجله حوزه*، شماره ۵۶ و ۵۷.
۳۱. مشکینی، علی، (۱۳۷۴)، *اصطلاحات الاصول و معظم ابحانها*، چاپ ششم، قم: انتشارات الهادی.
۳۲. معین، محمد، (۱۳۷۹)، *فرهنگ فارسی*، تهران: انتشارات امیرکبیر.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۳)، *انوار الفقاہه*، قم: ناشر مدرسه امام علی بن ابیطالب (ع).
۳۴. منصور نژاد، محمد، (۱۳۷۸)، «بررسی تطبیقی مفهوم مصلحت از دیدگاه امام خمینی (ره) و اندیشمندان غربی»، *مجله حکومت اسلامی*، شماره ۱۲، ص ۱۳۸-۱۷۴.
۳۵. منصور نژاد، محمد، (۱۳۷۷)، «قانون گذاری در حکومت اسلامی»، *مجله حکومت اسلامی*، شماره ۷، ص ۹۳-۱۱۸.
۳۶. مهرپور حسین، (۱۳۷۱) *مجموعه نظریات شورای نگهبان*، تهران: ناشر کیهان.
۳۷. مهرپور حسین، (۱۳۷۲) *دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی*، تهران: انتشارات روزنامه اطلاعات.
۳۸. نائینی، محمد حسین، (۱۴۰۴ق)، *واند الاصول*، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۹. نجفی، محمد حسن، (۱۳۹۲ق)، *جواهر الکلام*، محمد آخوندی، چاپ هفتم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.

ب- اینترنتی

- 1-<http://www.hawzah.net>.
- 2-<http://www.majlesekhobregan.ir>.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

- «شخصیت حقوقی جامعه و اتحادیه اروپایی»، سال ۷۸، شماره ۴۴. گزارش: «گزارش کنفرانس دیپلماتیک جهت حمایت از آثار صوتی - تصویری هنرمندان و تولیدکنندگان»، سال ۸۰، شماره ۵۱ - «نگرش به ساختار دیوان دادگستری اروپایی و نقش آن در روند همبستگی اتحادیه»، سال ۸۰، شماره ۵۱ - «منطق حاکم بر توجیه صیانت از قانون اساسی»، سال ۸۳، شماره ۶۶. «مشروعیت قانون اساسی»، سال ۸۴، شماره ۷۰. «ماهیت اتحادیه اروپایی و چالش قانون اساسی» سال ۱۳۸۶، شماره ۳. «تحول مفهوم مصونیت قضایی دولت در پرتو رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و دادگاه‌های ملی اروپا» سال ۱۳۸۹، شماره ۶. «تبار شناسی نظریه نظم عمومی در حقوق بین‌الملل» سال ۱۳۸۹، شماره ۴.