



دانشگاه تهران

دانشکده حقوق و علوم سیاسی

موضوع:

مبانی و عملکرد

مجمع تشخیص مصلحت نظام در حل اختلاف

میان مجلس و شورای نگهبان

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر ابراهیم موسی زاده

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر فیروز اصلانی

دانشجو:

نعمت اله خوش اخلاق

پایان نامه برای دریافت درجه ی کارشناسی ارشد در رشته حقوق عمومی

آذر ۱۳۹۰

برای حقوق پدیدآوران

تقدیم به روح ملکوتی استاد عزیزمان

حضرت آیت الله عمید زنجانی (ره)

که با صبوری و حوصله می تمام ما را در انجام این پژوهش یاری رسانند و دست تقدیر در

آخرین روزهای نگارش این پایان نامه، ما را از نعمت وجودش محروم ساخت.

چکیده

حدود تشخیص مصلحت توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام در حل اختلاف میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان را نبایستی خارج از محدوده ی شرع و قانون اساسی دانست. بر مبنای اصول متعدد قانون اساسی که بر حاکمیت اسلام بر قوانین و مقررات دلالت دارند، مصوبات مجمع نمی تواند برخلاف موازین شرع باشد و مصوباتی که از طرف شورای نگهبان خلاف شرع تشخیص داده شده به معنای مغایرت با احکام اولیه بوده و مجمع در خصوص این مصوبات بر مبنای احکام ثانویه و حکومتی تصمیم گیری می کند.

در خصوص بررسی مصوباتی هم که توسط شورای نگهبان خلاف قانون اساسی تشخیص داده می شوند نباید صلاحیت مجمع را ایجاد تغییر و تصرف در قانون اساسی دانست. بلکه آن را باید در استنباط و برداشت های متفاوت مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان از اصول قانون اساسی دانست. مجمع تشخیص مصلحت نظام در این موقعیت به عنوان مجمع عظیمی از کارشناسان کشور می باشد که امکان و استعداد بیشتری برای درک و کاربرد اصول قانون اساسی دارد. بر این مبنا مجمع صلاحیت تصمیم گیری بر خلاف نص صریح قانون اساسی را نداشته و نگرانی ها در خصوص پاسداری و حفظ جایگاه قانون اساسی نیز بر طرف خواهد شد.

واژگان کلیدی: مصلحت - احکام شرع - قانون اساسی - شورای نگهبان - مجمع تشخیص

مصلحت نظام

فهرست مطالب

عنوان..... صفحه

مقدمه ۱

فصل اول - کلیات و مفاهیم

مبحث اول: قانونگذاری

الف - مفهوم قانون ۶

ب - مراجع صلاحیت دار وضع قانون ۷

ج - فرآیند قانون گذاری ۹

د - قانون گذاری در اسلام ۱۰

مبحث دوم: مصلحت

الف - تعریف مصلحت ۱۲

ب - انواع مصلحت ۱۳

ج - دیدگاه ها در مصلحت ۱۵

فقهای شیعه ۱۵

فقهای اهل سنت ۱۶

اندیشمندان غرب ۱۷

امام خمینی (ره) ۲۰

مبحث سوم: مجمع تشخیص مصلحت نظام

الف - فرآیند شکل گیری مجمع ۲۳

۱- قبل از بازنگری ۶۸ ۲۴

۲- بعد از بازنگری ۶۸ ۲۸

ب - صلاحیت ها ۳۱

ج - اعضا ۳۳

د - تشکیلات ۳۴

فصل دوم - مبانی تشخیص مصلحت

مبحث اول: ادله شرعی مصلحت

الف - ادله وجود مصلحت در احکام ۳۸

ب - ادله مشروعیت مصلحت سنجی ۴۰

مبحث دوم: منابع عمده تشخیص مصلحت

- الف- شرع ۴۳
- ب- عرف و سیره عقلاء ۴۵
- ج- عقل ۴۶

مبحث سوم: ضوابط تشخیص مصلحت

- الف- تأمین اهداف شرع ۴۸
- ب- عمومی بودن ۵۰
- ج- کارشناسی ۵۲
- د- رعایت اهم و مهم ۵۴
- ه- قطعی بودن ۵۵

مبحث چهارم: مرجع تشخیص مصلحت

- الف- عصر معصومین (ع) ۵۶
- ب- عصر غیبت ۵۷
- ج- در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران ۵۸

مبحث پنجم: مهم ترین مصادیق مصلحت در نظام اسلامی

- الف- حفظ دین ۶۰
- ب- حفظ نظام اسلامی ۶۱

فصل سوم- حدود اختیار مجمع در حل اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان

مبحث اول: دامنه اختیار مجمع

- الف- مواد اختلافی ۶۴
- ب- سایر مواد ۶۶

مبحث دوم: مصوبات خلاف شرع

- الف- حاکمیت اسلام بر قوانین و مقررات ۷۰
- ب- احکام اولیه، ثانویه و حکومتی ۷۲
- ج- دیدگاه و رویه شورای نگهبان در خصوص کنترل شرعی مصوبات ۷۳
- ۱- معیار اظهار نظر ۷۴
- ۲- حوزه فقهی صلاحیت ۷۴
- ۳- نحوه رأی گیری ۷۶
- د- تحلیل مصوبات خلاف شرع ۷۷

مبحث سوم: مصوبات خلاف قانون اساسی

- الف- ماهیت قانون اساسی ۸۲
- ب- لزوم پاسداری از قانون اساسی ۸۳
- ج- میزان اختیار مجمع در تصویب مصوبه مغایر قانون اساسی ۸۵
- د- مطالعه تطبیقی ۹۶
- مبحث چهارم: قانون گذاری مستقل مجمع** ۹۸

مبحث پنجم: ماهیت مصوبات مجمع

- الف- موقعیت مصوبات ۱۰۲
- ب- مدت اعتبار ۱۰۲

فصل چهارم - عملکرد مجمع

- مبحث اول: شیوهی کار مجمع (آئین نامه داخلی)** ۱۰۵

مبحث دوم: بررسی چند مصوبه مجمع

- الف- لایحه ی کار ۱۱۰
- ب- طرح تجمیع انتخابات دوره هشتم مجلس با دوره دهم ریاست جمهوری ۱۱۷
- ج- لایحه ی اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴ ۱۲۰

نتیجه گیری ۱۲۹

پیشنهادات ۱۳۱

مقدمه

۱- بیان مسئله

مجمع تشخیص مصلحت نظام از نهادهای مهم و تاثیر گذار در نظام جمهوری اسلامی ایران است که در ۱۳۶۶/۱۱/۱۷ به دنبال بن بستی که به دلیل اختلاف نظر میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان در روند قانون گذاری و تصمیم گیریهای اساسی پیش آمده بود، با فرمان امام خمینی (ره) تشکیل گردید و پس از بازنگری در سال ۱۳۶۸ طبق اصل ۱۱۲ اصلاحی، موجودیت و وظایف آن تثبیت گردید.

یکی از وظایف اصلی و مستقل این نهاد قبل و بعد از بازنگری در قانون اساسی حل اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان بر اساس تشخیص مصلحت می باشد. هر چند قبل از تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام مجلس شورای اسلامی راهی جز تبعیت از نظر شورای نگهبان را نداشت. لکن بعد از بروز اختلافها میان این دو نهاد و تشکیل مجمع، مجلس می تواند با اصرار بر مصوبه ای که توسط شورای نگهبان خلاف شرع یا قانون اساسی تشخیص داده شده است به عنوان مصلحت آن را به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع داده و مجمع در خصوص آن تصمیم گیری نماید. در خصوص این وظیفه ی مجمع، اختیارات و نحوه ی عملکرد آن، بحث و نظر ورزی های مختلفی وجود دارد از جمله اینکه آیا مصوبات و تصمیمات مجمع در موارد اختلاف نظر میان مجلس و شورای نگهبان می تواند خلاف موازین شرع و قانون اساسی باشد؟ در این صورت آیا می توان صحبت از حاکمیت قانون بویژه قانون اساسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران کرد؟ لذا به منظور بررسی بیشتر موضوع و نقش و جایگاه مصوبات مجمع در حاکمیت موازین شرع و قانون اساسی این پژوهش شکل گرفته تا با بررسی ابعاد مختلف موضوع به بیان میزان ارتباط مصوبات مجمع با اصل حاکمیت شرع و قانون اساسی پردازد.

۲- ضرورت انجام پژوهش

بر اساس اصول متعدد قانون اساسی موازین شرع و احکام قانون اساسی به عنوان عالی ترین هنجارهای حقوقی بر تمامی قوانین و مقررات حاکم می باشد. آنچنان که طبق اصول ۷۱، ۷۲ و ۹۱ قانون اساسی کلیه

مصوبات مجلس شورای اسلامی باید در چهار چوب موازین شرع و قانون اساسی بوده باشد. از سوی دیگر بر اساس اصل ۱۱۲ قانون اساسی مجمع تشخیص مصلحت نظام می تواند در مواردی که مجلس به نظرات شورای نگهبان تمکین نمی کند، مصوباتی در جهت حل اختلاف داشته باشد. از آنجائیکه در بدو امر این اصل چنین شائبه‌ی را ایجاد می کند که این گونه مصوبات مجمع می تواند خلاف موازین شرع و قانون اساسی باشد و در صورت صحت چنین شائبه‌ی اصل حاکمیت قانون و شرع در نظام جمهوری اسلامی ایران مخدوش خواهد شد، لذا به منظور رفع شائبه مذکور و تحلیل حقوقی مصوبات مجمع انجام پژوهش در خصوص نمایاندن جایگاه مصوبات مجمع و نقش آن در پاسداری از قانون اساسی و احکام شرع امری لازم و ضروری می باشد که این پژوهش نیز در همین راستا و به منظور اثبات عدم مغایرت مصوبات مجمع با احکام شرع و قانون اساسی شکل گرفته است.

۳- سوال اصلی

مصلحت اندیشی مجمع تشخیص مصلحت نظام و مصوبات آن در چارچوب شرع و قانون اساسی است یا فراتر از آن می تواند باشد؟

۴- سوالات فرعی

۱- مفهوم مصلحت در نظام اسلامی چیست؟

۲- مبانی تشخیص مصلحت در نظام اسلامی مبتنی بر فقه شیعه چیست؟

۳- آیا مجمع تشخیص مصلحت نظام صلاحیت اتخاذ تصمیم مغایر با احکام شرع را دارد؟

۴- آیا مجمع تشخیص مصلحت نظام صلاحیت اتخاذ تصمیم مغایر با نص صریح قانون اساسی را دارد؟

۵- فرضیه تحقیق

با دقت در مبانی و اصول حاکم بر نظام جمهوری اسلامی ایران حدود مصلحت اندیشی مجمع تشخیص مصلحت نظام را بایستی در چارچوب موازین شرع و قانون اساسی دانست.

۶- فرضیه مغایر

در مقابل فرضیه رقیب معتقد است که حدود مصلحت اندیشی مجمع تشخیص مصلحت نظام خارج از موازین شرع و قانون اساسی بوده و این نهاد حاکم بر موازین شرع و اصول قانون اساسی می باشد .

۷- روش انجام تحقیق

در این پژوهش سعی شده است با استفاده از روش توصیفی -تحلیلی ضمن توصیف و بیان نظریات و داده های موجود با تحلیل آنها نتیجه ای مطلوب و قابل قبول مطرح گردد. در خصوص گردآوری اطلاعات و داده های لازم هم در این پژوهش از روش مطالعات کتابخانه ای استفاده شده است .

۸- پیشینه تحقیق

در یکی دو دهه ی اخیر وبعد از تشکیل مجمع هر چند پژوهش های ارزشمندی در خصوص ماهیت مصلحت ،جایگاه مجمع تشخیص مصلحت نظام و تحلیل مبانی فقهی حقوقی آن صورت گرفته ،لکن در خصوص این صلاحیت مجمع پژوهش مستقلی صورت نگرفته ودر آثار مرتبط با موضوع مجمع هم به صورت مختصر و گذرا به این موضوع پرداخته شده است .

۹- ساختار تحقیق

در این پژوهش در فصل اول مفاهیم و کلیات ودر فصل دوم مبانی تشخیص مصلحت مورد بحث واقع خواهد شد،چرا که در واقع مبنای حل اختلاف میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان ،تشخیص مصلحت است .در فصل سوم حدود اختیار مجمع در حل اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان ودر فصل چهارم به عملکرد مجمع خواهیم پرداخت .در فصل چهارم ،گرچه ابتدا براین بودیم که یک تحلیل آماری جامع

از مصوبات مجمع در این خصوص با توجه به معیار های مختلفی داشته باشیم اما علی رغم مراجعات مکرر به مجمع تشخیص مصلحت نظام و سایر نهادهای مرتبط امکان دسترسی به اطلاعات خام در این زمینه میسر نگردید و بنابراین در این فصل به بررسی عملکرد مجمع در چند مصوبه اکتفا خواهیم کرد.

فصل اول

مفاهیم و کلیات

مبحث اول: قانونگذاری

الف - مفهوم قانون

ریشه ی کلمه ی قانون، از کانون (kanôn) یونانی گرفته شده و از راه زبان سریانی وارد زبان عربی شده است. این واژه در اصل به معنای خط کش به کار رفته و بعد به قاعده برگشته است و امروز در زبانهای اروپایی به معنای شریعت کلیسایی استعمال می گردد.^۱

در خصوص مفهوم قانون، میان اندیشمندان اتفاق نظر وجود نداشته و از این مفهوم تعاریف و تقسیم بندی های مختلفی به عمل آمده است. به عبارتی می توان گفت که مفهوم قانون یک مفهوم نظری و تفسیر بردار است و هر کس تفسیر و معنایی خاص از قانون را بیان می کند.

توماس هابز، یک تصویر فرمان محور از قانون ارائه می دهد، از نگاه وی قانون مساوی با فرمان متکی به مجازات است. منتسکیو، یک تلقی اجتماعی و تاریخی از قانون دارد، در نگاه وی قانون یک قاعده ی اجتماعی، تاریخی است که از یک زمان و مکان به زمان و مکانی دیگر دگرگون می شود. ارسطو، قانون را به عنوان ابزار سیاست و در حقیقت تجلی اخلاق می داند، در نگاه وی قانون از یک چیستی اخلاقی برخوردار بوده و جزئی از آن به شمار می رود. در نگاه افلاطون، قانون یک قاعده ی عقلانی است و باید بر اساس دلایل معقول نوشته شده باشد والا یک دستور خطاست و نمی توان از آن اطاعت کرد. در نگاه پاره ای از علمای اسلامی مانند شیخ فضل الله نوری قانون معادل فرمان الهی به کار می رود و آنچه بنام قانونگذاری بدست بشر انجام می گیرد در حقیقت استنباط منطقی از احکام شریعت است.^۲

در اصطلاح حقوقی راجع به مفهوم قانون، یک معنای عام و یک معنای خاص ارائه می شود. در معنای عام «قانون تمام مقرراتی است که از طرف یکی از سازمان های صالح دولت وضع شده است، خواه این سازمان، قوه مقننه یا رئیس دولت یا یکی از اعضای قوه مجریه باشد. در این معنا قانون شامل تمام مصوبات مجلس،

۱- صبحی، رجب محمضانی، «فلسفه ی قانونگذاری در اسلام»، ترجمه ی اسماعیل گلستانی، تهران، آثار اندیشه، چاپ سوم، ۱۳۸۶، ص ۸

۲- راسخ، محمد، «بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری»، تهران، مرکز پژوهش های مجلس، چاپ اول، ۱۳۸۴، صص ۲۴-۱۱

تصویب نامه‌ها و بخشنامه‌های اداری نیز می‌شود.^۱ در معنای خاص «قانون به قواعدی گفته می‌شود که یا با تشریفات مقرر در قانون اساسی به وسیله‌ی مجلس شورای اسلامی وضع شده است، یا از راه همه‌پرسی به طور مستقیم به تصویب می‌رسد».^۲

ب) مراجع صلاحیت‌دار وضع قانون

صرف نظر از مباحث فلسفی که راجع به مراجع صلاحیت‌دار وضع قانون وجود دارد.^۳ طبق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تشریح اختصاص به خدای یکتا داشته و وحی الهی نقش بنیادی در بیان قوانین دارد.^۴ از طرف دیگر امور کشور باید به اتکای آرای عمومی اداره شود و حاکمیت انسان در طول حاکمیت الهی مورد پذیرش قرار گرفته است.^۵ بنابراین اعمال قوه مقننه از سوی مردم، طبق ضوابط مدون در قانون اساسی، به طرق زیر صورت می‌پذیرد:

۱- مجلس شورای اسلامی

به موجب اصل ۵۸ قانون اساسی:

«اعمال قوه مقننه از طریق مجلس شورای اسلامی است که از نمایندگان منتخب مردم تشکیل می‌شود و مصوبات آن پس از طی مراحلی که در اصول بعد می‌آید، برای اجرا به قوه‌ی مجریه و قضائیه ابلاغ می‌گردد.»

۲- همه‌پرسی

به موجب اصل ۵۹ قانون اساسی:

«در مسائل بسیار مهم اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی ممکن است اعمال قوه مقننه از راه همه‌پرسی و مراجعه مستقیم به آرای مردم صورت می‌گیرد. درخواست مراجعه‌ی عمومی باید به تصویب دو سوم مجموع نمایندگان برسد.»

۱- کاتوزیان، ناصر، «مقدمه‌ی علم حقوق»، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ سی‌وهشتم، ۱۳۸۳، ص ۱۲۰

۲- همان

۳- راستخ، محمد، همان، صص ۱۴۵-۱۲۷

۴- بند ۱ و ۲ اصل دوم قانون اساسی

۵- اصول ۶ و ۵۶ قانون اساسی

به منظور اجرای این اصل «قانون همه پرسی جمهوری اسلامی ایران» در تاریخ ۱۳۶۸/۴/۴ به تصویب رسیده است. لکن تا کنون موردی برای اجرای آن ضرورت نیافته است.

۳- سایر مراجع صلاحیت دار

هر چند طبق قانون اساسی، قانونگذاری از شئون انحصاری مجلس می باشد و طبق صدر اصل ۸۵، مجلس نمی تواند این اختیار را به شخص یا هیئتی واگذار نماید، در عین حال به دلایل گوناگون من جمله دلایل فنی، تخصصی و لزوم تسریع در تصویب قوانین، به برخی نهادهای دیگر اجازه ی وضع مقررات داده شده است که عبارتند از:

۳-۱ کمیسیون های داخلی مجلس:

طبق اصل ۸۵ قانون اساسی مجلس شورای اسلامی می تواند اختیار وضع قوانین را با رعایت اصل ۷۲، به صورت آزمایشی و در مدتی که مجلس تعیین می کند، به کمیسیون های داخلی خود تفویض نماید.

۳-۲ هیات وزیران، کمیسیون های متشکل از چند وزیر و هر یک از وزرا

قانون اساسی در اصل ۸۵ و ۱۳۸، این اجازه را برای تصویب اساس نامه ها و آئین نامه ها داده است.

۳-۳ شوراهای

۳-۳-۱ شوراهای اسلامی شهر و روستا:

در اصول ۱۰۰ تا ۱۰۶ وظایف و اختیارات این شوراهای تعیین شده و کلیه مقامات کشوری که از طرف دولت تعیین می شوند، در حدود اختیارات شوراهای ملزم به رعایت تصمیمات آنها هستند.

۳-۳-۲ شورای عالی امنیت ملی:

این شورا از طریق «تعیین سیاست های دفاعی- امنیت کشور در محدوده ی سیاست های کلی تعیین شده از طرف مقام رهبری»^۱ در وضع قوانین و مقررات شرکت می جوید.

۱- اصل ۱۷۶ قانون اساسی

ج) فرآیند قانونگذاری

«منظور از فرآیند قانونگذاری، مراحلی است که مطابق قوانین و مقررات مربوط، مانند آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی، یک طرح یا لایحه باید طی کند تا پس از انجام آن مراحل و تشریفات متعدد، تبدیل به قانون شده و به آن عنوان شناخته شود»^۱.

به طور کلی مراحل و فرآیند قانونگذاری در پنج مرحله خلاصه می‌شود:

مرحله اول: پیشنهاد قانون در قالب طرح به وسیله نمایندگان مجلس یا لایحه توسط دولت یا طرح

قانونی شورای عالی استانها.^۲

مرحله دوم: بررسی و تصویب قانون که ممکن است به صورت عادی (دو شوری) یا فوری (یک شوری)،

دو یا سه فوریتی) باشد.

مرحله سوم: نظارت بر مصوبات؛ اسلامی بودن نظام سیاسی و مراعات اصل سلسله مراتب قوانین ایجاب

می‌کند که کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلام بوده و با قانون اساسی مغایرت نداشته باشد. قانون

اساسی این وظیفه را بر عهده شورای نگهبان گذاشته است.^۳

در صورتی که مصوبه از سوی شورای نگهبان مغایر با شرع و قانون اساسی شناخته شود، پس از طرح در

کمیسیون مربوطه و رای‌گیری مجدد در مجلس نسبت به آن، مصوبه بار دیگر به شورای نگهبان فرستاده

می‌شود، اگر این مصوبه هنوز وافی به نظرات شورای نگهبان نباشد و مجلس نظر شورای نگهبان را تأمین نکند،

مصوبه مذکور به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال می‌شود.^۴

مرحله چهارم: امضای رئیس جمهور و ابلاغ برای اجرا.^۵

مرحله پنجم: انتشار قانون توسط روزنامه رسمی.

۱- زارعی، محمدحسین، «مطالعه تطبیقی مجالس قانونگذاری»، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۲۰

۲- اصول ۷۴ و ۱۰۲ قانون اساسی

۳- اصول ۷۲، ۹۱، ۹۴، ۹۶ قانون اساسی

۴- ماده ۱۸۷ «آیین‌نامه داخلی مجلس»، مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۰

۵- اصل ۲۳ قانون اساسی

د) قانونگذاری در اسلام

در نظام حقوقی اسلام، برخلاف مکاتب حقوقی طبیعی، عقلی و پوزیتیویستی که انسان قانونگذاری می‌کند، قانونگذار واقعی و اصیل فقط خداوند متعال است. «إِنَّ الْحُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ»^۱ (حکم و فرمان مخصوص خداست). انحصار این حق به خداوند، ناشی از اندیشه‌ی توحید است. بر این اساس از دیدگاه اسلام بر مبنای توحید در ربوبیت تشریحی، این خداوند است که قوانین حاکم بر افراد و جوامع انسانی را وضع می‌کند. بنابراین انسان مکلف است فقط از دستورات و قوانین او اطاعت کند و پذیرفتن هر قانونی جز قانون الهی شرک محسوب می‌شود.

دلیل صلاحیت انحصاری خداوند در قانونگذاری این است که اولاً خداوند به همه‌ی حقایق آشکار و پنهان عالم و آدم و سعادت و شقاوت و برنامه‌های لازم برای کمال انسان آگاه است. ثانیاً خداوند از جعل و اعتبار قوانین هیچ سود و زبانی نمی‌برد و تنها براساس لطفش نسبت به بندگان و در جهت رشد و تعالی انسان به وضع قانون می‌پردازد. ثالثاً خطا، غفلت و نسیان هرگز نسبت به ساحت قدس ربوبی او راه ندارد.^۲

البته انحصار حق قانونگذاری به خداوند به این معنا نیست که انسان هیچ نقشی در قانونگذاری ندارد، بلکه در طول قانونگذاری خداوند، و نه در عرض آن، کسانی حق دارند قانون وضع کنند و آن قانون در صورتی معتبر و لازم‌الاجرا است، که به اذن خداوند باشد. نقش انسان در قانونگذاری، در قوانین ثابت و قوانین متغیر قابل تحقق است:

۱- نقش انسان در قوانین ثابت و پایدار: با توجه به اینکه قوانین اسلام، اعتباراتی مبتنی بر واقعیات و این واقعیات خود واجد ابعاد گوناگون می‌باشند، واگذاری حق قانونگذاری به انسان در این حوزه به دلیل عدم اطلاع بشری منطقی بنظر نمی‌رسد. به همین جهت در نظام حقوقی اسلام، برای وضع این دسته از قوانین به انسان عادی اجازه قانونگذاری داده نشده است و تنها در مواردی به پیامبر(ص) و ائمه(ع) به دلیل عصمت و علم فوق

۱- انعام/۵۷

۲- مصباح، محمدتقی، «نظریه سیاسی اسلام»، ج ۱، قم، موسسه امام خمینی(ره)، چاپ سوم، ۱۳۸۳، صص ۲۴۵-۲۴۱

بشری آنها چنین اجازه‌ای داده شده است. غیر از این دو مورد استثنایی، هیچ انسانی حق قانونگذاری ندارد. بلکه نقش او صرفاً کشف اراده الهی است و نه جعل و وضع قانون.^۱

۲- نقش انسان در قوانین متغیر و غیر دائمی: از آنجا وضع قانون ثابت نسبت به موضوعات متحول و متغیر، منطقی به نظر نمی‌رسد و وضع قوانین گوناگون هم برای همه موضوعات متغیر امکان‌پذیر نیست، اختیار وضع قانون در این موارد به انسان واگذار شده است. بدین معنی که دولت اسلامی مشروع، در این موارد حق دارد که متناسب با موضوع و در راستای فلسفه‌ی اصلی احکام الهی به وضع قانون مبادرت ورزد. این نوع قواعد بر حسب مورد ممکن است مستقیماً توسط شخص حاکم یا نهادهایی که از طرف او مأذون هستند، وضع شود.^۲

۱- مصباح، محمدتقی، «حقوق و سیاست در قرآن»، ج ۱، قم، موسسه امام خمینی (ره)، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۱۵۴

۲- مصباح، محمدتقی، همان، ص ۱۵۵

مبحث دوم: مصلحت

الف) تعریف مصلحت

به لحاظ لغوی، مصلحت از ریشه‌ی صَلَح، در مقابل مفسده و به معنای صلاح، شایستگی، سود و فایده است.

ابن منظور در «لسان العرب» مصلحت را این گونه تعریف می کند:

«صلاح در مقابل فساد است... اصلاح، نقیض فساد و مصلحت عبارت از شایستگی است و شایستگی در مقابل فساد است. گفته می شود: صلح الشيء یصلح صلوحاً مثل دخل یدخل دخولاً»^۱

در فرهنگ «عمید» مصلحت چنین تعریف شده است:

«مصلحت (به فتح میم و لام و حا): آنچه باعث خیر و صلاح و نفع و آسایش انسان باشد»^۲

به لحاظ اصطلاحی از واژه مصلحت تعاریف گوناگونی از سوی اندیشمندان ارائه گردیده است. بر اساس

یک دیدگاه مصلحت این گونه تعریف شده است:

«هر پدیده و یا فعلی که متصف به خیر باشد دارای مصلحت است و هر پدیده و یا فعلی که متصف به شر باشد مفسده‌دار می باشد. و پدیده یا عمل خیر عبارت از وجود عینی یا اعتباری حسنی است که مفید نیز باشد، چنانکه عمل شر عبارت از وجود عینی یا اعتباری قبیحی است که زیان آور تلقی گردد.»^۳

و بر اساس این تعریف مصلحت دارای دو رکن اصلی است ۱- خوب بودن ۲- مفید بودن و تعریف

مصلحت به یکی از این دو رکن تعریف تک بعدی و ناقص است.

امام محمد غزالی مصلحت را این گونه تعریف می کند:

۱- ابن منظور، «لسان العرب»، ج ۲، صص ۵۱۷-۵۱۶، ماده صلح- به نقل از خسروپناه، عبدالحسین، «گفتمان مصلحت در پرتو شریعت و حکومت»، تهران، اندیشه‌ی جوان، چاپ اول،

۱۳۷۹، ص ۷۸

۲- عمید، حسن، «فرهنگ عمید»، تهران، امیرکبیر، چاپ سی و یکم، ۱۳۸۵، ص ۱۰۵۹

۳- عمید زنجانی، عباسعلی، «فقه سیاسی»، ج ۹، تهران، امیرکبیر، چاپ اول، ۱۳۸۴، ص ۹۳