

تطبیق فرایند تقنین در نظام جمهوری اسلامی ایران با نظریه‌ی قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی در راستای اجرای قوانین الهی

علیرضا دبیرنیا^{۱*}، فاطمه سادات نقوی^{۲**}

۱. استادیار دانشکده‌ی حقوق دانشگاه قم، قم، ایران
۲. کارشناس ارشد حقوق عمومی دانشگاه قم، قم، ایران

پذیرش: ۱۳۹۷/۳/۲۶

دریافت: ۱۳۹۷/۱/۲۲

چکیده

نظریه‌ی قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی برای اجرای قوانین الهی بر این مبنا استوار است که قانونگذاری از صلاحیت‌های شارع مقدس است و کارویژه‌ی پارلمان، برنامه‌ریزی در قالب تنظیم قوانین برای اجرای قوانین (احکام) الهی است. این برداشت از شأن قانونگذار در نظام حقوقی ایران از مبانی اسلامی نشأت گرفته است که در دیدگاه بنیانگذار نظام جمهوری اسلامی ایران و برخی فقهای مجلس مؤسسان قانون اساسی نیز مشهود است. در اصول قانون اساسی نیز به‌صراحت به «اختصاص تشریح به خداوند» و «نقش بنیادین وحی در بیان قوانین» اشاره شده است. این نوشتار با روشی توصیفی-تحلیلی در پی پاسخ به این پرسش است که آیا فرایند قانونگذاری در ایران با نظریه‌ی مذکور مطابقت دارد؟ این ابهام از آنجا ناشی می‌شود که ابتکار عمل قانونگذاری توسط پارلمان به‌نحوی است که صلاحیت شارع مقدس در قانونگذاری را عملاً به موضوعی غیرمؤثر تبدیل کرده، زیرا اجتهاد بر امر قانونگذاری در نظام مطلوب مقدم و در نظام حقوقی ایران مؤخر است. بر همین مبنا، مکانیزمی پیش‌بینی نشده است تا پارلمان از نتایج حاصل از اجتهاد فقها و در راستای اجرای احکام اسلامی، به قانونگذاری مبادرت ورزد، بلکه مجلس اغلب براساس نیازهای جامعه، به قانونگذاری می‌پردازد. بدین ترتیب، فقه در جایگاهی مؤخر از قانونگذاری قرار می‌گیرد و تنها به عدم مغایرت مصوبات با موازین اسلامی بسنده می‌کند. این تمایز ممکن است به بروز نواقصی در نظام قانونگذاری مبتنی بر شریعت مقدس منجر شود.

واژگان کلیدی: قانونگذاری، مجلس شورای اسلامی، اجتهاد، حکومت، احکام اسلامی.

* E-mail: dabirnia.alireza@gmail.com

E-mail: f.s.naghavi93@gmail.com

** نویسنده‌ی مسئول

مقدمه

قانونگذاری عرفی به شکل امروزی آن از زمان مشروطه به بعد مطرح شد و علمای اسلامی یا در قالب دفاع از مشروطه یا در قالب نظریه پردازی در خصوص طراحی نظام حکومتی اسلام، در این زمینه اظهار نظر کرده‌اند. از این میان آرای آیت‌الله نایینی و شهید سید محمدباقر صدر شایان توجه است. در نظریه‌های این دو عالم مجاهد می‌توان به دو نظریه‌ی قانونگذاری به‌مثابه‌ی ایجاد هنجار در حوزه‌ی منطقه‌الفراغ و قانونگذاری به‌مثابه‌ی مقدمه‌ی واجب اشاره کرد که در جای خود به شرح و نقد آن پرداخته شده است.^۱ از آن‌جا که موضوع مقاله‌ی حاضر، تطبیق مبنای مطلوب بر فرایند کنونی قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی است، از توضیح بیشتر احتراز می‌شود.

مبنای مطلوب قانونگذاری در رویکرد اسلامی را می‌توان قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی برای اجرای قوانین الهی دانست که حاصل نظریه‌پردازی برخی علمای انقلابی زمان معاصر است؛ علمایی که اغلب خود در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی حضور داشتند و از فعالان نهضت به‌شمار می‌روند. در نوشته‌ی پیش رو تلاش بر این است تا به این پرسش پاسخ داده شود که آیا فرایند کنونی قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران مطابق با نظریه‌ی مختار است؟

تطبیق نهادها و فرایندهای نظام جمهوری اسلامی بر مبنای فقهی می‌تواند به حاکمیت مؤثر ملت در چارچوب موازین اسلامی و نظام‌سازی اسلامی منجر شود. ضرورت اقتضا می‌کند که در فرایند حکومتداری، مسائل نظام سیاسی با نگاهی ژرف و انتقادی تحلیل شود. در موضوع پیش‌رو به‌خصوص در مورد نظریات قانونگذاری، هرچند کتاب ارزشمند *قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی، آسیب‌ها و بایسته‌ها* اثر آقای ابراهیم شفیعی سروستانی که با نگاه انتقادی به نظام قانونگذاری تدوین شده، قابل توجه است، تطبیق فرایند قانونگذاری بر مبنای نظریه‌ی ارائه‌شده، امری بدیع است. در ادامه نظریه‌ی مطلوب تشریح و سپس مراحل تقنین در نظام جمهوری اسلامی بررسی می‌شود و در نهایت، ضمن تطبیق این فرایند بر نظریه‌ی مطلوب، تحلیلی با رویکرد انتقادی نسبت به فرایند نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران ارائه می‌شود.

۱. قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی برای اجرای قوانین الهی

این نظریه به‌دلیل توجه به جایگاه تقنین در شرع مقدس و مجلس شورای اسلامی به‌عنوان نهاد برنامه‌ریز - نه نهاد قانونگذار - مورد توجه بسیاری از متفکران اسلامی قرار گرفته است. نقش مجلس به‌مثابه‌ی برنامه‌ریز، اولین بار در کتاب امام خمینی (ره) اشاره شد (خمینی، ۱۳۷۷: ۳۳ و ۳۴) و پس از آن، دیگر فقها و علما نیز در کتاب‌های خود به آن پرداختند. طرفداران این

نظریه، طرح خود را براساس مبانی کلامی مورد قبول شیعه بنا کرده‌اند و بر این اساس، برپایی حکومت از ضروریات عقلی است و هر حکومتی نیازمند قانون است. «در حکومت اسلامی قانونگذار خدا است» (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۵: ۵۹) و به‌جز خداوند کسی حق تقنین ندارد، چراکه «توحید در تقنین» جزء مراتب توحید است (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۵: ۵۹). به‌علاوه قوانین و احکام اسلام برای اداره‌ی امور جامعه وضع شده است (جعفری سبحانی، ۱۳۷۰: ۲۶). بنابراین هدف از تشکیل حکومت، اجرای احکام اسلامی است (خمینی، ۱۳۷۷: ۶۱). بر این اساس قانونگذاری در حکومت اسلامی متشکل از سه مرحله است:^۲

۱- مرحله‌ی تشریح احکام

براساس اعتقاد شیعه به انحصار تشریح به خداوند، تنها مرجع صالح در این مرحله خداوند است (جعفری سبحانی، ۱۳۷۰: ۲۵۹).

۲- شناخت قانون توسط مجتهدان

اگرچه قوانین الهی در کتاب، سنت و احادیث معصومین (ع) بیان شده، همه‌ی افراد قادر به بهره‌گیری از آن نیستند، چراکه این امر متوقف بر داشتن رشته‌ای از تخصص‌هاست. بنابراین در دوران غیبت، مجتهدان قوانین را از منابع استخراج می‌کنند و در اختیار مردم قرار می‌دهند. نکته‌ی مورد توجه در این مرحله آن است که مجتهد حق قانونگذاری ندارد، بلکه وظیفه‌ی او کشف قوانینی است که قبلاً انشا شده است (جعفری سبحانی، ۱۳۸۵: ۱۰۱) و این امر مبتنی بر مبنای جامعیت شریعت است. بر این اساس شیعیان معتقدند اسلام در خصوص همه‌ی امور دارای حکم است و همه چیز شامل نص خاص یا نص عام از سوی شارع می‌شود. به همین سبب در تشیع، اجتهاد به معنای قانونگذاری باطل است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۸: ۴۸۸)، به همین سبب، مرحله‌ی اجتهاد از مرحله‌ی قانونگذاری متمایز می‌شود.

۳- مرحله‌ی برنامه‌ریزی

قوانین شارع که توسط فقها از منابع استخراج می‌شود، به‌طور مستقیم در حکومت اسلامی قابل اجرا نیست. اجرای این قوانین کلی در جامعه نیازمند تهیه‌ی ضوابط و سازوکارهایی برای تطبیق و پیاده‌سازی است (مدنی، ۱۳۹۳: ۴۸). در این مرحله، حکومت نیازمند نهادی است که برای اجرایی ساختن این قوانین برنامه‌ریزی کند. حکومت اسلامی در این مرحله نیز نیازمند قوانین عرفی نیست، چراکه «احکام شرع حاوی قوانین و مقررات متنوعی است که یک نظام کلی اجتماعی را می‌سازد و در این نظام حقوقی هر آنچه بشر به آن نیاز دارد فراهم آمده است» (خمینی، ۱۳۷۷: ۲۱). بنابراین مجلس براساس فتاوی مستخرجه به نیاز جامعه‌ی اسلامی به قوانین در چارچوب قوانین اسلام پاسخ می‌دهد (منتظری، ۱۳۸۴، ج ۳: ۱۲۱-۱۲۲). از این‌رو

فتواهایی که مجتهدان صادر می‌کنند، به‌عنوان منبع قانونگذاری به‌کار می‌روند و ترسیم خطوط براساس آن صورت می‌گیرد. با توجه به این امر وظیفه‌ی قوه‌ی مقننه در حکومت اسلامی مراجعه‌ی مستقیم به منابع فقه نیست، بلکه تنها برنامه‌ریزی براساس احکامی است که مجتهدان از منابع شرع استنباط کرده‌اند (کعبی، ۱۳۹۴: ۱۷-۱۸) و تفاوت اساسی حکومت اسلامی با دیگر حکومت‌ها در همین نکته است. در اغلب کشورها قانونگذاری در دست مجلسی است که براساس عقل زمینی و تجربیات خود و خواست مردم اقدام به قانونگذاری می‌کند، اما در نظام اسلامی، مجلس درصدد اجرایی‌سازی احکام شرعی است (خمینی، ۱۳۷۷: ۳۳-۳۴). این مرحله از قانونگذاری شبیه به وضع آیین‌نامه‌ی اجرایی توسط قوه‌ی مجریه برای اجرای قوانین موضوعه از سوی قوه‌ی مقننه است. اگرچه در این مرحله قوه‌ی مجریه مقررات‌گذاری کرده و اجرای مقررات خود را ضمانت می‌کند، اما به این عمل قوه‌ی مجریه قانونگذاری گفته نمی‌شود، بلکه نوعی برنامه‌ریزی برای عملی شدن منویات قوه‌ی مقننه قلمداد می‌شود.

برخی علما در این مرحله به تفکیک قوانین ثابت و قوانین متغیر اشاره می‌کنند. مطابق این نظر، دنیای متحول نیازمند قوانین متحول است که باید توسط کارشناسان و متخصصان تهیه شود. بدیهی است این قانون‌نویسی به معنای تشریح نیست، بلکه باید در حدود قوانین کلی و اصول کلی اسلامی صورت پذیرد و تشخیص عدم مخالفت با احکام و اصول اسلام لاجرم با فقیهان است (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۵: ۱۰۲). با رویکردی کلی به دیدگاه قائلان به این نظریه می‌توان کارویژه‌های مجلس را در امور زیر احصا کرد:

- برنامه‌ریزی به‌منظور اجرای احکام ثابت در کشور؛
- قانونگذاری برای سامان دادن به امور غیرثابت در چارچوب احکام و اصول کلی اسلام.

برخی محققان در توضیح این مبنا، مرحله‌ی دیگری نیز به آن می‌افزایند و معتقدند که قبل از مرحله‌ی اجتهاد و استنباط، مرحله‌ی تبیین و تفسیر احکام وجود دارد (کعبی، ۱۳۹۴: ۱۷). بنابراین مرحله‌ی جعل و استنباط بر عهده‌ی مجتهدان است تا با استفاده از منابع چهارگانه، احکام را از متن اسلام استخراج کنند و در مقابل، مرحله‌ی تبیین و تفسیر بر عهده‌ی معصومین (ع) است. هرچند مطابق با اصل توحید و توحید در تشریح، قانونی در عرض قانون خداوند وضع نمی‌شود، اما می‌توانند قوانین الهی را تفسیر و تبیین کنند و به‌واسطه‌ی قوه‌ی عصمت از هر گونه خطا و اشتباه در این امر مصون هستند. بنابراین تفسیر معصومین (ع) از قانون الهی کاملاً قابل اعتماد است. از سوی دیگر، نفی صلاحیت قانونگذاری (تشریح) مستقل از تشریح الهی در خصوص معصومین (ع) به‌وضوح در کلمات برخی عالمان دین دیده می‌شود. امام خمینی (ره) بر مبنای

همین اعتقاد، شأن معصومین (ع) را اجرای قانون الهی می‌داند. پیامبر اکرم (ص) و امامان (ع) هرگز به وضع قانونی در مقابل قوانین الهی مبادرت نکرده‌اند، به استثنای موارد جزئی که از اختیارات حاکم به حساب می‌آید (خمینی، ۱۳۸۹، ج ۱۱، ۴۴۸-۴۴۹).

مبنای «قانونگذاری به مثابه‌ی برنامه‌ریزی» کامل‌ترین نظریه در تبیین جایگاه قوه‌ی مقننه در حکومت اسلامی در میان دیگر نظریه‌هاست. نظریه‌ی برنامه‌ریزی در صورتی که با نگاه حکومتی به فقه همراه شود، قادر خواهد بود تمامی نیاز جامعه‌ی اسلامی را به قانون برطرف کند. این نظریه، اصل را بر اجرای احکام اسلام قرار می‌دهد و احکام اسلامی ابتدا به ساکن شامل احکام اولیه است. بر مبنای این نظریه، مسائل مستحدثه باید به محضر فقها تقدیم شود و ایشان احکام اولیه‌ی اسلام را در این خصوص استخراج کنند. در صورتی که معیارهای احکام ثانوی محقق و اجرای احکام اولیه ناممکن شود، احکام ثانویه موقتاً به عرصه‌ی اجرا وارد می‌شوند و به همین سبب، سلسله‌مراتب قوانین در این دیدگاه قابل مشاهده است.

از یک سو قانونگذاری عرفی به معنی مصطلح با این نظریه همخوانی ندارد، چراکه این نظریه در توضیح مرحله‌ی اول، ورود به حیطه‌ی قانونگذاری را خلاف اصل توحید می‌شمرد و آن را به صراحت ممنوع می‌سازد. این تعارض ظاهری در نظریه‌ی ارائه‌شده، ریشه در اختلاف فقها و حقوقدانان در تعریف واژه‌ی «قانون» دارد. قانون در اندیشه‌ی فقها «مجموعه‌ی قوانین و مقررات اجتماعی است که از سوی خدای انسان و جهان برای برقراری نظم قسط و عدل در جامعه‌ی بشری تدوین می‌شود تا سعادت جامعه را تأمین سازد» (جوادی آملی، ۱۳۸۳: ۷۵). در واقع فقها قانونگذاری را مساوی با تشریح می‌دانند و قانون را نیز با شریعت یکسان می‌شمرند، در حالی که منبع قانون در اندیشه‌ی حقوقدانان، خارج از تعریف قانون است. در تعریف حقوقی قانون، اوصافی برای قانون در نظر گرفته می‌شود که بدون آن‌ها هیچ امر و نهی قانون محسوب نمی‌شود و یکی از اوصاف قانون، صدور آن از سوی قوه‌ی مقننه است (کدخدامرادی و حیدرنازاد، ۱۳۹۴: ۱۰). در حالی که احکام شرعی حتی در معنای عام قانون که شامل تمامی مصوبات مجلس و تصویب‌نامه‌ها و بخشنامه‌های اداری است نیز جای نمی‌گیرند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۲۰). به عبارت دیگر، واضع قانون نمی‌تواند کسی جز نهاد قانونگذاری زمینی باشد. این وصف از مهم‌ترین تمایزات حکم شرعی و قانون در نظر حقوقدانان است؛ در حالی که در اندیشه‌ی فقها تنها واضع قانون خداوند است و اساساً یکی از اوصاف قانون از منظر فقه، آسمانی و وحیانی بودن آن است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۵۱۸).

قدر متیقن این است که حق تعیین سرنوشت ملت ایران در قانون اساسی شناسایی شده و یکی از جنبه‌های مشارکت ملت در اداره‌ی کشور، قانونگذاری است که از طریق تعیین

نمایندگان در مجلس شورای اسلامی محقق می‌شود. نظر به اینکه ماهیت نظام جمهوری اسلامی ایران، اسلامی است، از این‌رو این ویژگی نه تنها در ساختارهای نظام باید مورد توجه قرار گیرد، بلکه ضرورت دارد تا وضع قوانین نیز متأثر از ماهیت اسلامی نظام باشد (داوری، ۱۳۹۴: ۳۶). قدر متیقن این است که حقوق در نظر دارد تعریف جامعی از قانون ارائه دهد، بدون آنکه از لحاظ ارزشی در آن خصوص قضاوت کند و در این فرض، احکام شرع می‌تواند منبع قانون تلقی شود، اما این مسئله شایان توجه است که احکام شرعی نمی‌توانند از ابتدا به ساکن به‌عنوان قانون تلقی شوند، بلکه در یک فرایند تقنینی می‌توانند به قانون تبدیل شوند. بنابراین منظور از «قانون» در عبارت «فرایند قانونگذاری» تعریف حقوقی آن است و منظور از قانون در جمله‌ی «قانونگذار فقط خداست»، معنای فقهی قانون مورد نظر است.

۲. فرایند قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران

در این بند مصادیق نهاد قانونگذاری و مراحل و فرایند تقنین در نظام جمهوری اسلامی بررسی می‌شود.

۲-۱. مصادیق نهاد قانونگذار در نظام جمهوری اسلامی

در حقوق اساسی هر کشوری، نهاد یا نهادهایی وجود دارند که امر قانونگذاری در صلاحیت آن‌ها قرار دارد. در بیشتر این کشورها این وظیفه بر عهده‌ی پارلمان قرار دارد و پارلمان این صلاحیت را انحصاراً اعمال می‌کند. در کشور ما به فراخور اهداف و نوع حکومت در کنار پارلمان، نهادهای دیگری نیز از حق قاعده‌گذاری برخوردارند. نهادهایی مانند مجلس خبرگان (در چارچوب اصل ۱۰۸ قانون اساسی)، شورای عالی امنیت ملی (در چارچوب اصل ۱۷۶)، شورای عالی انقلاب فرهنگی (مبتنی بر حکم حکومتی ۱۷ اسفندماه ۱۳۶۳ مقام معظم رهبری) و همه‌پرسی از نهادهای قانونگذار محسوب می‌شوند. با وجود نهادهای متعدد قاعده‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران، خصوصیات خاص قوه‌ی مقننه سبب می‌شود که یگانه مصداق نهاد قانونگذار در نظام جمهوری اسلامی منحصراً مجلس شورای اسلامی باشد. بنابراین منظور از «فرایند قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران» تصویب قوانین در مجلس شورای اسلامی است. اصل ۵۸ قانون اساسی به‌صراحت اعمال قوه‌ی مقننه را از طریق مجلس شورای اسلامی می‌داند و در اصل ۷۱ مسئولیت مجلس در امر قانونگذاری متصف به دو صفت «عمومیت» و «اختیار» شده است. برجسته‌ترین خصوصیتی که مجلس را از دیگر قاعده‌گذاران متمایز می‌کند، قلمرو عامی است که قانون اساسی برای قانونگذاری به آن اعطا کرده است. تضییق این قلمرو عام، صرف‌نظر از درستی یا نادرستی آن تنها از باب قاعده‌ی «ما

من عام و قد خصص» است. با وجود تصریح قانون اساسی، این موارد استثنا سبب نمی‌شود که اعطای عنوان «نهاد قانونگذاری» به دستگاهی جز مجلس شورای اسلامی راست آید. با این توضیحات تنها مسیر قانونگذاری عادی از طریق مجلس بررسی می‌شود.

۲-۲. مراحل تقنین

تقنین در نظام جمهوری اسلامی دارای چهار مرحله است. برخی نهادها در مرحله‌ی اول در قالب طرح یا لایحه پیشنهاد خود را تقدیم نهاد قانونگذار می‌کنند؛ در مرحله‌ی دوم، طرح‌ها و لوایح از سوی مجلس بررسی و تصویب می‌شود؛ در مرحله‌ی سوم، شورای نگهبان بر مصوبات مجلس نظارت می‌کند؛ در مرحله‌ی آخر و پیش از توشیح قانون و در صورت بروز اختلاف میان مجلس و شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت به حل اختلاف می‌پردازد.

۲-۲-۱. مرحله‌ی اول: ارائه‌ی پیشنهاد

بنابر تجویز قانونگذار اساسی، برخی نهادها نیز از صلاحیت ارائه‌ی پیشنهاد قانون به مجلس شورای اسلامی برخوردارند. این نهادها عبارت‌اند از: نمایندگان مجلس شورای اسلامی، قوه‌ی قضاییه، قوه‌ی مجریه و شورای عالی استان‌ها. این نهادها می‌توانند مبتکر قانون باشند، به این معنا که متنی را برای وضع قانون یا اصلاح آن تهیه کنند. اهمیت این مرحله در آن است که طراحان اولیه‌ی قانون، نقش اصلی را در شکل دادن به محورهای اصلی آن ایفا می‌کنند (پروین و اصلانی، ۱۳۹۱: ۲۴۱).

۲-۲-۱-۱. از طریق نمایندگان مجلس شورای اسلامی

مجلس شورای اسلامی منتخب مردم و برآمده از جامعه است که با خواست‌ها و نیازهای آن آشنایی دارد. این نهاد به‌عنوان اعمال‌کننده‌ی قوه‌ی مقننه باید علاوه بر بررسی لوایح برخی نهادهای صالح، خود از حق ابتکار وضع قانون برخوردار باشد. نمایندگان مجلس باید بتوانند در جایی که ضرورت وجود قانونی را برای کشور احساس می‌کند، با ارائه‌ی لایحه در صحن مجلس، خواستار بررسی و تصویب آن شوند. بر همین مبنا، قانون اساسی در اصل ۷۴ اعلام می‌دارد: «طرح‌های قانونی به پیشنهاد حداقل پانزده نفر از نمایندگان در مجلس شورای اسلامی قابل طرح است».

۲-۲-۱-۲. از طریق قوه‌ی قضاییه

براساس اصل حاکمیت قانون، اعمال قضایی باید در همه حال براساس قانون باشد و در راستای تحقق این هدف، قوه‌ی قضاییه می‌تواند خلأهای قانونی را شناسایی کند. این قوه همانند قوه‌ی مجریه باید از صلاحیت ابتکار قانون برخوردار باشد (هاشمی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۳۸۱) و به همین سبب قانونگذار اساسی در اصل ۱۵۸ «تهیه‌ی لوایح قضایی متناسب با جمهوری اسلامی»

را در زمره‌ی وظایف قوه‌ی قضائیه اعلام کرده است. بر همین اساس، لوایح قضایی از طریق هیأت وزیران تقدیم مجلس شورای اسلامی می‌شود تا در فرایند تصویب قانون قرار گیرد و «دولت موظف است این لوایح قضایی را که توسط رئیس قوه‌ی قضائیه تهیه و تحویل دولت می‌شود حداکثر ظرف سه ماه تقدیم مجلس شورای اسلامی نماید» (ماده‌ی ۳ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه‌ی قضائیه). بدیهی است دولت نمی‌تواند مستقلاً لایحه‌ی قضایی تهیه کند و هر گونه تغییر مربوط به امور قضایی در این لوایح فقط با جلب موافقت رئیس قوه‌ی قضائیه ممکن است (نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان به شماره‌ی ۷۹/۲/۱۰۶۵ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳۰). در عین حال، با الحاق یک تبصره به ماده‌ی ۳ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه‌ی قضائیه مصوب ۱۳۹۲/۷/۳۰ مجلس شورای اسلامی، که دولت در مدت مذکور نتواند نسبت به تصویب و ارسال لایحه به مجلس اقدام نماید و سه ماه دیگر از مهلت قانونی آن بگذرد، رئیس قوه‌ی قضائیه می‌تواند مستقیماً لایحه را به مجلس ارسال کند.

۲-۲-۳. از طریق قوه‌ی مجریه

وظیفه‌ی قانونی قوه‌ی مجریه سبب می‌شود که این نهاد ضرورتاً مهم‌ترین مبتکر قانون باشد. از سویی این قوه مسئول امور عمومی و اجرایی کشور است و نباید در مقام اجرا از حقوق و تکالیفی که قانون برای افراد مقرر کرده است، تخطی کند. علاوه بر این، قوه‌ی مجریه به سبب انجام همین وظیفه بیش از پارلمان به نقایص و کمبودهای قوانین واقف است و از این نظر، قوه‌ی مجریه می‌تواند بهترین پیشنهادها را ارائه دهد (قاضی شریعت‌پناهی، ۱۳۸۰: ۲۴۰)، به همین دلیل در اصل ۷۴ قانون اساسی آمده است: «لویح قانونی پس از تصویب هیأت وزیران به مجلس تقدیم شود».

۲-۲-۴. از طریق شورای عالی استان‌ها

مطابق با اصل ۱۰۱، شورای عالی استان‌ها که مرکب از نمایندگان شوراهای استان‌هاست، وظایف هماهنگی بین شوراهای محلی در امور عمرانی و رفاهی را بر عهده دارد و به همین سبب نیازمند قوانین اجرایی مشخص است تا بتواند وظایف محوله‌ی خود را به درستی انجام دهد (هاشمی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۴۰). در راستای تأمین این ضرورت، اصل ۱۰۲ مقرر می‌دارد: «شورای عالی استان‌ها حق دارد در حدود وظایف خود طرح‌هایی تهیه و مستقیماً یا از طریق دولت به مجلس شورای اسلامی پیشنهاد کند و این طرح‌ها باید در مجلس مورد بررسی قرار گیرد».

۲-۲-۲. مرحله‌ی دوم: بررسی و تصویب قانون

مجلس شورای اسلامی موظف است تمامی طرح‌ها و لوایحی را که از طرق قانونی تقدیم

می‌شود، بررسی کند. بدیهی است در نهایت مجلس می‌تواند پیشنهادهای رسیده را کلاً یا جزئاً رد یا قبول کند و از این نظر، صلاحیت مجلس در قانونگذاری اختیاری است. بدیهی است قانون اساسی در مواردی مجلس را مکلف به قانونگذاری کرده است^۳ که البته ضمانت اجرای مشخصی برای الزام مجلس به قانونگذاری در حیطة مورد نظر مقنن اساسی وجود ندارد.

۲-۲-۳. مرحله‌ی سوم: نظارت بر مصوبات

«شورای نگهبان به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی» (اصل ۹۱) در قانون اساسی پیش‌بینی شده است. این قانون تأکید می‌کند « کلیه‌ی قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه‌ی اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده‌ی فقهای شورای نگهبان است» (اصل ۴). برای تحقق این هدف، مقنن اساسی صلاحیت عام مجلس در قانونگذاری را محدود می‌کند و مقرر می‌دارد: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد» (اصل ۷۲). اهمیت شورای نگهبان به‌حدی است که «مجلس شورای اسلامی بدون وجود شورای نگهبان اعتبار قانونی ندارد» (اصل ۹۳).

۲-۲-۴. مرحله‌ی چهارم: حل اختلاف میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان

آخرین نهادی که پیش از توشیح رئیس‌جمهور در فرایند قانونگذاری قرار می‌گیرد، مجمع تشخیص مصلحت نظام است. مجمع مرجع حل اختلاف میان شورای نگهبان و مجلس شورای اسلامی است.

برخی معتقدند که مجمع اصولاً نمی‌تواند صرفاً براساس موازین اسلامی تصمیم‌گیری کند، چراکه مرجع تشخیص شرعی بودن مصوبات وفق اصل ۴ قانون اساسی، فقهای شورای نگهبان است. درحالی‌که مطابق یک دیدگاه، مجمع در جایگاه بالاتر از این شورا قرار دارد. مجمع باید برای تأمین مصلحت عام مردم و کشور فارغ از دغدغه‌ی شرعی بودن، تصمیم‌گیری کند، بنابراین تنها ملاک مجمع، مصلحت نظام و مردم خواهد بود (زارعی، ۱۳۸۳: ۳۲۴). البته به‌نظر می‌رسد تصمیم مجمع تشخیص در این خصوص لزوماً به‌منزله‌ی برتری مجمع نسبت به شورای نگهبان نیست، بلکه هر دو نهاد از جایگاه و صلاحیت‌های متفاوت در قانون اساسی برخوردارند.

قانونگذار اساسی با به‌کار بردن تمام دقت خود و صرف وقت بسیار در تصویب اصل ۴

کوشید تا اجرای این اصل را در نظام جمهوری اسلامی حتمی کند. بنابراین هر گونه تفسیری برخلاف این اصل، خلاف ظاهر قانون و خواست و خطمشی مقنن اساسی است. علاوه بر این شورای نگهبان ضمن نظریه‌ی تفسیری برخلاف چنین برداشتی از وظایف مجمع اعلام می‌دارد: «مطابق اصل چهارم قانون اساسی مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی‌تواند خلاف موازین شرع باشد و در مقام تعارض نسبت به اصل قانون اساسی مورد نظر مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان (موضوع صدر اصل ۱۱۲) و همچنین نسبت به سایر قوانین و مقررات دیگر کشور، مصوبه‌ی مجمع تشخیص مصلحت نظام حاکم است» (نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان به شماره ۴۵۷۵ مورخ ۱۳۷۲/۳/۳). این شورا در توضیح «خلاف موازین شرع» بیان می‌دارد: «منظور از "خلاف موازین شرع" آنست که نه با احکام اولیه‌ی شرع سازگار باشد و نه با احکام عناوین ثانویه و در این رابطه صدر اصل ۱۱۲ به مجمع تشخیص مصلحت تنها اجازه‌ی تعیین تکلیف به لحاظ عناوین ثانویه را داده است» (نظریه‌ی تفسیری شورای نگهبان به شماره‌ی ۴۸۷۲ مورخ ۱۳۷۲/۴/۲۰). مطابق با این نظریه‌ی تفسیری، مجمع می‌تواند براساس عناوین ثانویه تصمیم‌گیری کند که خود از موازین اسلامی محسوب می‌شوند. همچنین قانونگذاری ابتدایی (خارج از چارچوب اصل ۱۱۲)، تصویب قواعد دائمی و غیرموقت و ورود به موضوعاتی که شورای نگهبان آن را در صلاحیت مجمع نمی‌داند، از دیگر محدودیت‌های مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام است (فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۳: ۳۱-۴۰).

۳. تطبیق فرایند قانونگذاری با نظریه‌ی قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی

۱-۳. موارد انطباق

- ۱- فرایند قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران مانع از ورود قوانین خلاف موازین اسلامی به نظام حقوقی است. نظارت شورای نگهبان بر عدم مغایرت مصوبات مجلس با احکام اولیه و عمل مجمع تشخیص مصلحت نظام براساس احکام ثانویه این مهم را تحقق می‌بخشد.
- ۲- پذیرش نظریه‌ی ولایت مطلقه‌ی فقیه در اصل ۵۷ و اختیارات قانونی رهبر در اصل ۱۱۰ همچنان اعمال نظارت بر قانونگذاری را برای ولی فقیه شناسایی کرده است.

۲-۳. موارد تمایز

سازوکار قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران با مراحل قانونگذاری به‌مثابه‌ی

برنامه‌ریزی برای اجرای احکام اسلامی منطبق نیست. بدیهی است تمایز میان نظریه‌ی مختار و فرایند کنونی که در قانون اساسی پیش‌بینی شده است، سبب بروز ایرادات متعدد می‌شود که در مبحث بعد مطرح خواهد شد.

براساس نظریه‌ی قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی برای اجرای احکام اسلامی، در مرحله‌ی اول خداوند به‌عنوان یگانه مرجع صالح، احکام را تشریح می‌کند؛ در مرحله‌ی دوم، مجتهد با به‌کارگیری تخصص خود، این احکام را از منابع استخراج می‌کند. قوانین شارع که توسط فقها از منابع استخراج می‌شود، به‌طور مستقیم در حکومت اسلامی قابل اجرا نیست، لذا در این مرحله، ضرورت دارد تا برای اجرایی ساختن قوانین الهی، نهادی طراحی شود. بنابراین مجلس در مرحله‌ی سوم براساس فتاوی‌ مستخرجه و نیاز جامعه‌ی اسلامی به قوانین، در چارچوب قوانین اسلام پاسخ می‌دهد (متظری، ۱۳۸۴، ج ۳: ۱۲۱-۱۲۲). در این مقام، فتواهایی که مجتهدان صادر می‌کنند، به‌عنوان منبع قانونگذاری به‌کار می‌روند و ترسیم خطوط براساس آن صورت می‌گیرد. از یک سو مطابق نظریه‌ی مذکور، اساساً برنامه‌ریزی برای اجرای احکام الهی زمانی معنا می‌یابد که استخراج این احکام از منابع اسلامی انجام گرفته باشد، این در حالی است که در نظام حقوقی ایران، فقه تصریحاً به‌عنوان منبع قانونگذاری معرفی نشده است و مجلس نیز تکلیفی در این خصوص برای خود نمی‌شناسد. از سوی دیگر، مطابق مبانی مندرج در فصل اول و به‌ویژه اصل ۴ قانون اساسی، تمامی قوانین و مقررات لزوماً باید مطابق با موازین شرعی باشند و از این نظر، قدر متیقن این است که فقه نه‌تنها به‌عنوان یک منبع حقوقی در نظر گرفته می‌شود، بلکه به‌عنوان یک منبع معیار شناسایی شده است، هرچند در تعاریف و دسته‌بندی قوانین و مقررات در آثار نویسندگان، کمتر به آن توجه شده است. بنابراین دغدغه‌ی مجلس شورای اسلامی، شناسایی احکام الهی و چگونگی اجرای آن نیست، بلکه پاسخگویی به نیاز جامعه است و تنها می‌کوشد تا مصوبات مغایر با احکام اسلامی صادر نکند تا نظر شورای نگهبان تأمین شود. بنابراین نظارت فقهای شورای نگهبان که جریان اجتهاد در قوه‌ی مقننه خوانده می‌شود، نظارتی پسینی و منفعلانه است که هیچ شباهتی با مرحله‌ی دوم قانونگذاری در نظریه‌ی مختار ندارد.

۳-۳. انتقادات وارد بر فرایند قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران

عدم انطباق فرایند قانونگذاری بر نظریه‌ی مذکور، اشکالات ذیل را سبب شده است. در این قسمت انتقادات مطرح‌شده در فرایند قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران بررسی می‌شود و مسائلی مانند تقدم قانونگذاری بر امر اجتهاد، عدم پیش‌بینی سازوکار لازم برای ورود احکام اولیه به حوزه‌ی حقوق و تقلیل ساحت اجتهاد به اجتهاد تطبیقی، بررسی خواهد شد.

۳-۳-۱. تقدم قانونگذاری بر اجتهاد

بزرگ‌ترین انتقاد وارد بر نظام قانونگذاری کنونی، بزرگ‌ترین شقاق این نظام با نظام مطلوب است. با وجود تأخر مرحله‌ی قانونگذاری (برنامه‌ریزی) از اجتهاد در مبنای قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی در نظام کنونی، قانونگذاری مقدم بر اجتهاد است، این در حالی است که در دوران غیبت امام معصوم (عج) قانونگذاری در حکومت اسلامی باید مبتنی بر اجتهاد باشد، در غیر این صورت، نیاز جامعه به اجرای قوانین الهی به‌عنوان یکی از اصلی‌ترین وظایف نظام سیاسی مبتنی بر شریعت اسلام پاسخ داده نمی‌شود (کعبی، ۱۳۹۴: ۱۷). اصول عقیدتی و عملی اسلام که براساس کتاب و سنت است، در رأس نظام اسلامی قرار دارد و همه چیز باید از این قله سرازیر شود (حسینی بهشتی، ۱۳۵۸: ۴۷).

هرچند مراجع تقلید و مجتهدان عضو خبرگان قانون اساسی که در فرایند قانونگذاری جمهوری اسلامی حضور داشتند هیچ‌گاه به عدم تطابق این دو نظام اشاره نکردند. به‌طور مثال، در جریان طرح موضوع ارث زن از زمین در مجلس، آیت‌الله سبحانی ضمن تشریح دوباره‌ی نظریه‌ی قانونگذاری به‌مثابه‌ی برنامه‌ریزی و شأن مجلس شورای اسلامی در این امر مرقوم داشتند: «تحدید ارث زوجه از مسائل شرعی است که باید در آن، فقیهان اسلام نظر دهند، آنگاه مجلس برای اجرای این حکم، برنامه‌ریزی کند. همان‌طوری که تفکیک قوای سه‌گانه از اصول اساسی ما است، تفکیک این دو قلمرو نیز چنین است و آنچه بر عهده‌ی مراجع تقلید گذارده شده است، غیر از وظیفه‌ای است که بر عهده‌ی نمایندگان محترم است. به‌عبارت دیگر اقلیت و اکثریت در جایی معتبر است که مشروعیت آن را فقیهان امضا کرده باشند و آنگاه در اجرای آن به اکثریت آرا مراجعه می‌شود اما مسائلی که مربوط به خود شرع است، در آنجا اقلیت و اکثریت، فاقد اعتبار است و مسئله‌ی ارث زوجه از زمین و یا تساوی دیه‌ی زن و مرد، از مسائل فقهی است که باید در آن به فقها مراجعه کرد و از صلاحیت مجلس کاملاً بیرون است» (نامه‌ی آیت‌الله سبحانی به رئیس مجلس شورای اسلامی قابل دسترسی در: <http://hawzahnews.com/detail/News/230802>). بنابراین با وجود صلاحیت عام و اختیاری مجلس در امر قانونگذاری که در قانون اساسی به رسمیت شناخته شده، محدودیت‌های قابل توجهی نیز قابل مشاهده است، اما بی‌شک در نظام کنونی، تقنین مقدم بر اجتهاد تلقی می‌شود. حقوقدانانی که بی‌پروا مجلس را مرجع تعیین تکلیف در «حوادث واقعه» می‌پندارند (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱: ۶۰۵-۶۰۶)؛ در واقع چیزی بیشتر از آنچه را که در این نظام می‌نگرند، بازگو نمی‌کنند. تقدم قانونگذاری بر اجتهاد در نظام قانونگذاری فعلی سبب شده است که ورود احکام اولیه به حوزه‌ی حقوق وابسته به خواست مجلس باشد. مجلس شورای اسلامی به شهادت اصول قانون اساسی از صلاحیت عام و اختیاری قانونگذاری برخوردار است، به‌نحوی که می-

تواند از تقنین این احکام خودداری ورزد. این مهم در حالی است که تلاش مجتهدان در استخراج احکام از منابع اسلامی تنها زمانی ثمربخش خواهد بود که از طریقی در صحن علنی مجلس مطرح شود و وارد حقوق موضوعه گردد. در چنین فرضی، مجلس شورای اسلامی می‌تواند به‌عنوان مصداق نهاد برنامه‌ریز در اجرای احکام الهی تلقی شود.

بدیهی است نظام اسلامی حداقل نیازمند دو دسته از قوانین است؛ یکی قوانینی که فتاوی‌ی در پاسخ به حوادث واقع را که مستقیماً از شریعت اخذ شده است، برای اجرا آماده کند و به زبان حقوقی درآورد؛ دوم، قوانینی که به‌سبب بروز و ظهور ملاکات، حکم ثانوی مراحل تصویب را بگذرانند. در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تنها برای دسته‌ی دوم قوانین که البته قاعدتاً باید دایره‌ی تنگ‌تری از قوانین دسته‌ی اول داشته باشند، سازوکار تهیه، تدوین و تصویب پیش‌بینی شده است. اساساً در نظام جمهوری اسلامی ایران هیچ طریقی مستقلی برای ورود احکام اولیه به‌صورت قوانینی که پیوسته توسط فقها و مراجع از اسلام استخراج می‌شود، وجود ندارد. این در حالی است که هدف از تشکیل حکومت در لسان بنیانگذار و متفکران این نظام، اجرای احکام شریعت عنوان شده است، اما چگونه ممکن است نقش احکام اولیه‌ی اسلام در این سازوکار، تنها نظارت بر قوانین مصوبه باشد.

۳-۲. تقلیل ساحت اجتهاد به اجتهاد تطبیقی

طبق اصل ۲ قانون اساسی، وحی نقشی اساسی در بیان قوانین دارد و راه آن اجتهاد است. این اجتهاد مستمر در قوه‌ی مقننه از طریق شورای نگهبان جامه‌ی عمل می‌پوشد؛ هرچند برخی جایگاه فعلی اجتهاد در قانون اساسی را مؤثر می‌دانند (رجائی باغ سیائی، ۱۳۹۲: ۱۹). باید گفت در قوه‌ی مقننه به اجتهاد تطبیقی بسنده شده است و در این‌گونه موارد، اجتهاد فقیه تنها به‌دنبال پاسخ دادن به این پرسش است که آیا موضوع یا مصوبه برخلاف آموزه‌های شریعت اسلام است یا خیر؟ در این نوع اجتهاد، استنباط نقشی حداقلی دارد و تنها نقش آن بررسی عدم مغایرت مصوبات با شرع است (کعبی، ۱۳۹۴: ۲۱-۲۳). مشروعیت قوانین می‌تواند حداقلی یا حداکثری تحقق یابد و نظارت صرف احکام بر قوانین در سایه‌ی اجتهاد تطبیقی می‌تواند مشروعیت حداقلی را برای قوانین فراهم آورد و برداشت و اتخاذ قوانین و مقررات از موازین، اصول و احکام اسلامی در سایه‌ی استفاده‌ی حداکثری از اجتهاد مشروعیت حداکثری قوانین را در پی خواهد داشت. این امر را باید برداشتی متعالی از حقوق اسلامی دانست (درویش متولی، ۱۳۹۳: ۱۰-۱۱). بدیهی است ارتقای نقش اجتهاد در فرایند قانونگذاری پذیرفته‌شده در قانون اساسی با دفاع از لزوم مطابقت قوانین با موازین اسلامی ممکن نیست، زیرا بسیاری از مصوبات مجلس مستنبط از منابع شرعی نیست (درویش متولی، ۱۳۹۳: ۲۸) و

به همین سبب، بیشتر مصوبات با موازین اسلامی مطابقت ندارد. نکته‌ی قابل توجه این است که اگر شورای نگهبان مطابقت با احکام را ملاک خود قرار می‌داد، بسیاری از مصوبات با قید عدم مطابقت برخورد می‌کردند و تقنین با مشکل مواجه می‌شد (درویش متولی و علم الهدی، ۱۳۹۳: ۱۷). بنابراین گسترش نقش فقهای شورای نگهبان به تشخیص مطابقت مصوبات با موازین شرعی ناممکن است و اساساً تقدم قانونگذاری بر اجتهاد، لزوماً تقلیل ساحت اجتهاد به اجتهاد تطبیقی را در پی خواهد داشت.

برخی این نگرش را مطابق با جامعیت دین می‌پندارند و از این منظر، کفایت عدم مغایرت قوانین با احکام دین، جامعیت را تأمین و حمایت می‌کند (خراسانی، ۱۳۹۲: ۵۱-۵۲). در مقابل کسانی که واقع‌بینانه به جریان قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران نگرستند، بر نقش منفعلانه‌ی فقه در این نظام اذعان می‌کنند. فقه در برخورد انفعالی با مسائل، تنها در نقش یک نظاره‌گر است یا نقشی مانعی را ایفا می‌کند و در برابر احکام صادرشده که برخوردار از جنبه‌های سلبی و تحریمی است، اعلام موضع می‌کند، به نحوی که در این فرض، فقه به حاشیه می‌رود (جهانگیری، ۱۳۸۷: ۹). از سوی دیگر نقش اسلام و شریعت در جامعه، هدایتگری است و این هدایتگری به انبیا و به تبع ایشان به علمای بیدار اسلام اختصاص دارد (خمینی، ۱۳۸۹: ج ۱۳: ۴۳۲). لازمه‌ی اعتقاد به جامعیت دین اسلام، اعتقاد به توان پاسخگویی فقه اسلامی به تمامی نیاز جامعه و بشر به قانون است. فقه اسلامی در نگرش فقه حکومتی «تئوری واقعی و کامل اداره‌ی انسان و از گهواره تا گور است» (خمینی، ۱۳۸۹: ج ۲۱: ۲۸۹). بنابراین فقه پویا که نقش زمان و مکان را در زمره‌ی قواعد استنباط حکم شرعی در نظر می‌گیرد، توانایی اداره‌ی حکومت را دارد. بر همین مبنا، تقلیل اجتهاد به اجتهاد تطبیقی در فرایند قانونگذاری، سبب زاویه گرفتن قانون از فقه اسلامی می‌شود و به تدریج قوانین موضوعه از اهداف شریعت فاصله می‌گیرد و ممکن است قوانین دیگر هدایتگر جامعه، به سمت کمال نباشد (شریعتی، ۱۳۸۰: ۱۵۶-۱۵۷). بنابراین اکتفا به اجتهاد تطبیقی، محروم ساختن جامعه از احکام مترقی اسلام به عنوان احکامی واحد حول یک منظومه‌ی متحد است.

۳-۳-۳. ورود نظامات غیراسلامی مانند نظامات حقوقی، اقتصادی به نظام اسلامی

فرایند قانونگذاری توسط مجلس شورای اسلامی ایران که ابتکار عمل قانونگذاری را در اختیار نمایندگان مجلس قرار داده، حاصل این بینش این است که موضوعات جدید اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و مانند آن، همه معلول مناسبات دوران مدرن است. بنابراین دین باید قهراً آن‌ها را بپذیرد و موضع خود را در برابر آن تعیین کند، درحالی که موضوعات جدید اغلب در ساختاری ویژه ایجاد می‌شوند که خود بر ایدئولوژی‌ها و باورهای خاصی مبتنی است (امینی،

۱۳۷۹: ۶۱). برخورد منفعلانه‌ی فقه در برابر این نظامات غیراسلامی با وجود نیاز جامعه به نظامات گوناگون اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و مانند آن موجب ورود خواه‌ناخواه این نظامات به نظام اسلامی می‌شود. اگرچه جزء به جزء قوانین مغایرتی با احکام اسلام ندارد، ممکن است مجموعه‌ی این نظامات وارداتی در مغایرت با مقاصد و اهداف شریعت عمل کنند. قدر متیقن این است که ساختارهای یک نظام سیاسی می‌تواند ماهیت آن نظام را تحت تأثیر خود قرار دهد و لازم است در حکمرانی علاوه بر محتوا، به ساختار مناسب نیز توجه شود. این فرض قابل تصور است که بهره‌مندی از ساختارهای وارداتی می‌تواند به ایجاد چارچوبی منتهی شود که محتوای درونی فقه را تحت تأثیر خود قرار دهد و به عرف تبدیل شود (کدخدایی و طحان نظیف، ۱۳۹۳: ۶۰). بر همین اساس و در راستای استقرار مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران، ضرورت دارد تا ساختارهای متناسب با مبانی قانون اساسی نیز ایجاد شود.

۳-۲-۴. عدم تحقق نظام‌سازی اسلامی

فرایند قانونگذاری کنونی مبتنی بر اجتهاد تطبیقی نه‌تنها از ورود نظامات غیراسلامی ممانعت نمی‌کند، بلکه نظام‌سازی اسلامی را نیز تحقق نمی‌بخشد، این در حالی است که تحقق همه‌جانبه‌ی شریعت نیازمند ساختار جامع و متوقف بر نظریه‌پردازی و نظام‌سازی در این زمینه است. چنین امری لاجرم وابسته به آن است که نقطه‌ی عزیمت و آغاز قانونگذاری اجتهاد و نتایج حاصل آن باشد (کعبی، ۱۳۹۳: ۵-۱۶).

نگاهی کلی به قوانین موضوعه بیانگر این حقیقت است که فقه به‌صورت جامع و نظام‌وار بر کلیت این قوانین اشراف ندارد و بسیاری از قوانین نیز اساساً مبتنی بر نگاه فقهی نگاشته نشده است (اکبری، ۱۳۹۲: ۳۶۷).

دین اسلام متشکل از احکام پراکنده و جزیره‌ای نیست، بلکه این دین داعیه‌دار اداره‌ی حکومت است و اداره‌ی حکومت و جامعه نیازمند نظام‌سازی است. دوری اسلام از مسند قدرت سال‌های متمادی سبب شکل‌گیری اجتهاد بر رویکرد فردی شد. امری که نگاه سیستمی و کل‌گرا به اسلام نداشت و در این بستر، احکام مستنبط از شریعت اسلامی در یک نظام قرار نمی‌گرفتند و اسلام به‌عنوان دینی نظام‌ساز و اداره‌کننده‌ی عرصه‌های اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و مانند آن به جایگاه حقه‌ی خود نرسید. رشد جوامع اسلامی در قرون پنجم و ششم مبتنی بر استحصال نظامات گوناگون از احکام اسلام تحقق یافت و مسلمین با تکیه بر احکام اسلامی در تمامی زمینه‌های اجتماعی موفق شدند نظام نوینی را حاکم کنند و حقوقی کامل و مترقی را فراهم آورند که از بهترین نظام‌های حقوقی دنیا به‌شمار می‌رفت (مهرپور، ۱۳۷۴: ۳۱).

۳-۳-۵. احساس نیاز بیش از پیش به احکام ثانویه

عدم تحقق نظام‌سازی اسلامی از یک سو و ورود نظامات غیراسلامی از سوی دیگر، خود علتی برای ایجاد مشکلی دیگر می‌شود. دین اسلام به‌عنوان نظامی به‌هم‌پیوسته اهدافی را دنبال می‌کند و هر یک از احکام آن در متن این نظام می‌تواند جزئی از اجزای نیل جامعه به مقاصد شریعت باشد. زمانی که نگاه جزیره‌ای به احکام اسلامی حاکم شود، فهم جایگاه آن در کلیت اسلام ناممکن می‌شود و همین امر نیاز بیش از پیش به احکام ثانویه را در پی خواهد داشت. هنگامی که دین در نظامات گوناگون جامعه به منصفی ظهور نرسد و تمامی احکام آن به‌عنوان اجزای این نظام اجرا نشود، تنگناهای بسیاری در مسیر حرکت جامعه ایجاد می‌شود که تنها راه گذر از آن، شکل‌گیری احکام ثانوی است.

اگرچه مبنای احکام حکومتی در مقام عدم تنفیذ احکام اولیه نیز مصلحت است، باید به این حقیقت توجه داشت که مصلحت و منفعت اصلی، اجرای احکام الهی است (جوادی آملی، ۱۳۸۱: ۱۰۲-۱۰۳). بنابراین بالاترین مصلحت‌گرایی تلاش برای تحقق احکام اسلامی است و باید دانست که مصالح بشری در دنیا و آخرت اساساً در پرتو احکام اسلامی محقق می‌شود، امری که فلسفه‌ی تشریح احکام را تشکیل می‌دهد (جوادی آملی، ۱۳۸۱: ۱۰۸-۱۰۹). بنابراین باید کوشید با تقدم اجتهاد بر تقنین و تحقق نظام‌سازی براساس دین اسلام، از تجویز مکرر احکام ثانوی و گذر از احکام اولی جلوگیری کرد و در این مسیر دچار تخصیص اکثر نشد.

۳-۳-۶. خطر عرفی شدن قوانین

سکولاریزه شدن دین و عرفی شدن احکام دینی در نتیجه‌ی قانونگذاری فعلی، امری است که برخی اندیشمندان خطر آن را گوشزد کرده‌اند (الشریف، ۱۳۹۳: ۵۴۷). «عرفی شدن فرایندی است که طی آن اهمیت و تأثیر امور اعتقادی، اخلاقیات و احکام دین در سطوح فردی و اجتماعی کاهش می‌یابد و نوعی رویکرد این‌جهانی به زندگی جایگزین رویکرد دینی می‌شود» (بستان (نجفی)، ۱۳۹۳: ۹۳). سکولاریزاسیون تمامی آموزه‌ها، دستورها و برنامه‌های دین را در سنجهی عقل و تجربه قرار می‌دهد و هر یک از این امور را که با عقل خود موافق نبیند، رد می‌کند. در این صورت مصلحت‌سنجی‌های عقل، ملاک قبول و رد دستورهای دین می‌شود و استناد به وحی الهی از ارزش ساقط می‌گردد. اگر عقل «داور نهایی در اخذ و رد جزء به جزء احکام و معارف اسلامی و دین باشد، در این صورت اخیر است که دین در حد پدیده‌ای عرفی و دنیوی پایین می‌آید» (کردفیروزجایی، ۱۳۸۴: ۵۲).

در این فرایند، دین و دولت به‌تدریج با الزامات دوران مدرن منطبق می‌شوند که در این صورت از نقش دین و آموزه‌های دینی در زندگی فردی، نهادها، ساختارها و مناسبات

اجتماعی کاسته می‌شود و آموزه‌های تجربی و عقلانی جایگزین آن می‌گردد (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۱۴۲). محو تدریجی ملاحظات دینی در قوانین اساسی و عادی از شاخصه‌های این فرایند در حوزه‌ی اجتماعی است (شجاعی‌وند، ۱۳۸۱: ۱۵۱).

عرفی شدن قوانین معلول تقدم قانونگذاری بر اجتهاد است و این امر ورود نابسامان نظامات غیردینی و عرفی را که حاصل تجربیات دنیای غرب در توسعه‌ی مادی است، به حوزه‌ی قوانین هموار می‌سازد. در آن هنگام که مسیری برای نظام سازی براساس آموزه‌ها و دستورهای دین پیش‌بینی نگردد و شأن اجتهاد که تنها طریقه‌ی این امر است در فرآیند قانونگذاری در حد اجتهاد تطبیقی تنزل یابد، عرفی شدن قوانین پدیده‌ای است که از تحقق آن گریزی نخواهد بود. در تبیین این مسئله، می‌توان به قوانین مصوب در دوران سازندگی اشاره کرد که نقش احکام و دستورهای اسلامی در حوزه‌ی سیاستگذاری، قانونگذاری و برنامه‌ریزی کمرنگ شد و در مقابل مدل‌های توسعه‌ی غربی و تجربیات بعضاً شکست‌خورده در کشورهای دیگر مورد توجه بیشتری قرار گرفت (شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵: ۱۴۲).

قانونگذاری تنها براساس نیازهای زمانه و نه براساس شریعت و داده‌های وحیانی، عامل اصلی عرفی شدن قوانین در نظام کنونی است. به گفته‌ی برخی دست‌اندرکاران اگر قید لزوم عدم مغایرت قوانین با موازین اسلامی در تأیید قوانین در قانون اساسی پیش‌بینی نمی‌شد و روند قانونگذاری همین مسیر را می‌پیمود، به‌جز در پنج یا ده درصد قوانین مصوب، اختلاف چشمگیری میان آن با قوانین به‌اصطلاح اسلامی کنونی مشاهده نمی‌شد. تا زمانی‌که شریعت مقدس، ابتکار عمل را در قانونگذاری در دست نداشته باشد و تنها به مانند پاسبانی اجازه‌ی ورود و خروج بدهد، این مدل توسعه‌ی عرفی است که الگوی پیشرفت کشور را تعیین می‌کند، درحالی‌که اگر در مدل توسعه‌ی دینی، امکان بروز و ظهور می‌یافت، خلأها و نواقص کنونی برطرف می‌شد. وام گرفتن از ساختارهای حقوقی غیردینی و وصله زدن آن به نظام اسلامی، اشکال عمده‌ی دیگری است که در این فرایند به‌وجود آمده است و تا زمانی‌که قانونگذار می‌کوشد تا نهادهای اسلامی در قالب ساختارهای عرفی نتیجه دهند، مشکلات و نواقص تقنین برطرف نخواهد شد (درویش متولی و علم‌الهدی، ۱۳۹۳: ۲۱-۲۲).

نتیجه‌گیری

آن دسته از علمایی که قانونگذاری به شکل امروزی آن را ممکن دانسته‌اند، مبانی فقهی و کلامی متعددی را برای آن مطرح کرده‌اند. از این میان علمای انقلابی معاصر و در رأس ایشان امام خمینی (ره) و علمای حاضر در مجلس خبرگان قانون اساسی ضمن طرح نظریه‌ی

«قانونگذاری به مثابه‌ی برنامه‌ریزی برای اجرای احکام الهی» نظام قانونگذاری کنونی را پی ریختند. مطابق این نظریه قانونگذاری در حکومت اسلامی متشکل از سه مرحله است؛ در مرحله‌ی اول احکام از ناحیه‌ی خداوند تشریح می‌شود؛ در مرحله‌ی دوم این احکام توسط مجتهدان کشف می‌شود؛ و در مرحله‌ی سوم توسط مجلس برنامه‌ریز به حوزه‌ی حقوق وارد می‌گردد. نویسندگان بر این باورند که این مراحل به‌تمامه در فرایند موجود رعایت نشده است. مطالعه‌ی فرایند تقنین در نظام جمهوری اسلامی ایران از مرحله‌ی ارائه‌ی پیشنهاد از طرق گوناگون تا مرحله بررسی و تصویب پیشنهادها در مرحله‌ی دوم و نظارت بر مصوبات در مرحله‌ی سوم و حل اختلافات میان مجلس و شورای نگهبان در مرحله‌ی آخر، این نکته را روشن می‌سازد که مجلس مقدم بر مجتهدان براساس نیاز جامعه و نه براساس احکام اسلامی قانون وضع می‌کند و مجتهدان شورای نگهبان تنها امکان نظارت پسینی و اجتهاد تطبیقی دارند و حق دخل و تصرف در مصوبه‌ی مجلس را ندارند. براساس آنچه گفته شد، تمایزی اساسی میان نظریه‌ی مذکور و فرایند کنونی وجود دارد و آن تقدم اجتهاد بر برنامه‌ریزی در نظام مطلوب و تأخر آن در نظام موجود است. این تمایز بنیادین سبب بروز اشکالاتی در نظام تقنین می‌شود. از جمله‌ی این ایرادات تقلیل ساحت اجتهاد به اجتهاد تطبیقی است. همچنین در این نظام، مسیری برای ورود انواع احکام اولیه به حوزه‌ی حقوق پیش‌بینی نشده است. علاوه بر آن تقدم برنامه‌ریزی سبب ورود نظامات غیربومی مانند نظام اقتصادی و حقوقی به نظام اسلامی می‌شود؛ بنابراین نظام‌سازی اسلامی از این طریق میسر نخواهد شد و در درازمدت خطر عرفی شدن قوانین نظام اسلامی را تهدید می‌کند.

یادداشت‌ها

۱. مؤلف در پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد خود با عنوان «جایگاه نهاد قانونگذار در فقه حکومتی و نظام جمهوری اسلامی ایران» دفاع‌شده در سال ۱۳۹۵ در دانشگاه قم به تبیین این موارد مفصلاً پرداخته است.
۲. تبیین سه‌مرحله‌ای بودن قانونگذاری در اسلام را به‌طور مشخص می‌توان در کتاب‌های ذیل مشاهده کرد:
حکومت اسلامی در چشم‌انداز ما اثر آیت‌الله جعفر سبحانی تبریزی
و مبانی فقهی حکومت اسلام اثر آیت‌الله حسینعلی منتظری
ن.ک: هاشمی، ۱۳۹۱: ۱۳۴.

منابع

۱. الشریف، محمدمهدی (۱۳۹۳)، منطق حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ سوم.
۲. اکبری، کمال (۱۳۹۲)، فقه سیاسی و جمهوری اسلامی ایران، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه‌ی اسلامی، چ اول.
۳. امینی، علیرضا (۱۳۷۹)، «فقه و مسئله‌ی قانون»، بازتاب اندیشه، بی‌دوره، ش ۱۲، صص ۶۱-۵۶.
۴. بستان (نجفی)، حسین (۱۳۹۳)، «عرفی شدن در اندیشه‌ی علامه طباطبائی»، معرفت فرهنگی و اجتماعی، بی‌دوره، ش ۱۹، صص ۸۹-۱۱۲.
۵. پروین، خیرالله و فیروز اصلانی (۱۳۹۱)، اصول و مبانی حقوق اساسی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ اول.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶)، ترمینولوژی، تهران: کتابخانه‌ی گنج دانش، چ هجدهم.
۷. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۳)، فلسفه‌ی حقوق بشر، قم: مرکز نشر اسراء، چ چهارم.
۸. ----- (۱۳۸۱)، نسبت دین و دنیا: بررسی و نقد نظریه‌ی سکولاریسم، قم: مرکز نشر اسراء، چ اول.
۹. جهانگیری، محسن (۱۳۸۷)، «سرمقاله: فقه پویا»، الهیات و حقوق، بی‌دوره، ش ۲۷، صص ۱۲-۳.
۱۰. حسینی بهشتی، سید محمد (۱۳۹۴)، مبانی نظری قانون اساسی: گفتارهای حسینی‌ی ارشاد و مشهد به انضمام متن کامل قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸، تهران، روزنه، چ دوم.
۱۱. خراسانی، رضا (۱۳۹۲)، «روش‌شناسی فقه حکومتی در سپهر اندیشه‌ی فقهی سیاسی امام خمینی»، پژوهشنامه‌ی انقلاب اسلامی (دانشگاه همدان)، بی‌دوره، ش ۹، صص ۴۷-۶۸.
۱۲. داوری، محسن (۱۳۹۴)، ماهیت قانون (۳) قانون در جمهوری اسلامی ایران، گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، به شماره‌ی مسلسل ۱۴۷۰۳، قابل دسترسی در <http://rc.majlis.ir/fa/report/show/953508>.
۱۳. درویش متولی، میثم (۱۳۹۳)، تحلیل و بررسی جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان، نظارت شورای نگهبان بر مصوبات مجلس، مطابقت یا عدم مغایرت؟، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۳۰۰۳۷، قابل دسترسی در <http://yon.ir/M36i>.

۱۴. درویش متولی، میثم (۱۳۹۴)، «شرح مبسوط قانون اساسی، شرح اصل نودوچهارم و نودوپنجم قانون اساسی»، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۴۰۰۶۶، قابل دسترسی در <http://yon.ir/W94q>.
۱۵. درویش متولی، میثم و سید حجت‌اله علم‌الهدی (۱۳۹۳)، «تحلیل و بررسی جایگاه و صلاحیت‌های شورای نگهبان (گفتگو با آیت‌الله کعبی)»، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۳۰۰۰۵، قابل دسترسی در yon.ir/uFtfc.
۱۶. رجائی باغ سیائی، مهدی (۱۳۹۲)، «آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی، بررسی مفهوم اجتهاد»، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۲۰۰۸۷، قابل دسترسی در <http://yon.ir/7yYy>.
۱۷. زارعی، محمدحسین (۱۳۸۳)، «با تأملی در ماهیت حقوقی سیاست‌های کلی نظام) نظام قانونگذاری ایران و جایگاه مجمع تشخیص مصلحت»، راهبرد، بی‌دوره، ش ۳۴، صص ۳۲۰-۳۳۳.
۱۸. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۵)، حکومت اسلامی در چشم‌انداز ما، قم: مؤسسه‌ی امام صادق (ع)، چ اول.
۱۹. ----- (۱۳۷۰)، مبانی حکومت اسلامی، ترجمه: داوود الهامی، قم: مؤسسه‌ی علمی و فرهنگی سیدالشهدا، چ اول.
۲۰. شجاعی وند، علیرضا (۱۳۸۱)، «بازشناسی عرفی شدن در دو تجربه‌ی مسیحی و اسلامی»، راهبرد، بی‌دوره، ش ۲۴، صص ۱۴۶-۱۷۷.
۲۱. شریعتی، محمدصادق (۱۳۸۰)، بررسی فقهی و حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام، قم: بوستان کتاب قم، چ اول.
۲۲. شفیعی سروستانی، ابراهیم (۱۳۸۵)، قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چ اول.
۲۳. فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۳)، «شرح مبسوط قانون اساسی، شرح اصل یکصد و دوازدهم قانون اساسی»، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۳۰۱۵۱، قابل دسترسی در <http://yon.ir/ywb9>.
۲۴. قاضی شریعت‌پناهی، ابوالفضل (۱۳۸۰)، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران: دادگستر، چ ششم.
۲۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه‌ی حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ اول، ج ۲.
۲۶. ----- (۱۳۹۲)، مقدمه‌ی علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: انتشار، چ نود.

۲۷. کدخدامرادی، کمال و ولی‌الله حیدرنژاد (۱۳۹۴)، «آشنایی با مفاهیم حقوق عمومی، بررسی مفهوم «قانون»»، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۴۰۱۳۹، قابل دسترسی در <http://yon.ir/2MEe>.
۲۸. کدخدایی، عباسعلی و هادی طحان‌نظیف (۱۳۹۳)، «تأثیر ساختارهای حکومتی بر ماهیت نظام سیاسی از منظر عاملیت و ساختار»، فصلنامه‌ی دانش حقوق عمومی، ش ۱۰.
۲۹. کرد فیروز جایی، یارعلی (۱۳۸۴)، «عرفی شدن دین»، رواق اندیشه، بی‌دوره، ش ۴۲، صص ۴۰-۶۴.
۳۰. کعبی، عباس (۱۳۹۴)، «گفتارهایی در حقوق عمومی اسلامی، سیاست‌های کلی نظام، راهکار ارتقای نظام قانون‌گذار اسلامی»، علی فتاحی زفرقندی، علی بهادری جهرمی، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۴۰۱۳۷، قابل دسترسی در <http://yon.ir/u8ZV>.
۳۱. کعبی، عباس (۱۳۹۳)، «مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، تحلیل مبانی اصل چهارم قانون اساسی»، محسن ابوالحسنی، گزارش پژوهشی پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، به شماره‌ی مسلسل ۱۳۹۳۰۱۱۱، قابل دسترسی در <http://yon.ir/OvI2>.
۳۲. مدنی، سید محمود (۱۳۹۳)، احکام مصلحتی در فقه اسلامی، مشهد: بنیاد پژوهش‌های اسلامی، ج اول.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۸)، تفسیر نمونه، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چ چهل و سوم، ج ۳.
۳۴. منتظری، حسینعلی (۱۳۸۴)، مبانی فقهی حکومت اسلامی، دراسات فی ولایت الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه، ترجمه و تنظیم: محمود صلواتی و ابوالفضل شکوری، قم: تفکر، بی‌چا، ج ۳.
۳۵. خمینی موسوی، روح‌الله (۱۳۸۹)، صحیفه‌ی امام، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س)، چ پنجم، ج ۱۱، ۱۳ و ۲۱.
۳۶. ----- (۱۳۷۷)، ولایت فقیه (حکومت اسلامی)، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چ هفتم.
۳۷. مهرپور، حسین (۱۳۷۴)، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، تهران: اطلاعات، چ دوم.
۳۸. نظریه‌های تفسیری شورای نگهبان قابل دسترسی در <http://yon.ir/bzu2>.
۳۹. هاشمی، سید محمد (۱۳۸۷)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: میزان، چ بیستم، ج ۲.