

# قلمرو «حکم حکومتی» در حقوق اداری بر مبنای نظریه «منطقه الفراغ»

حسن سلیمی پوربانی \*

طاهره سادات نعیمی \*\*

سید علی ربانی موسویان \*\*\*

## چکیده

در دعاوی طاری، یکی از انواع دعاوی است که در قانون آیین دادرسی مدنی و قانون تشقواعد حقوقی «منطقه الفراغ»، یکی از مصادیق سه‌گانه حکم ولایی حاکم اسلامی به شمار می‌آیند. مصداق نخست حکم ولایی آن است که در تراحم با حکم اولیه صادر می‌شود، به این صورت که حاکم اسلامی مبتنی بر مصلحت عمومی و در مرحله اجرا، حکم شرعی اولی را به طور موقت تعطیل کند. در فرض دیگر، حکم ولایی به مثابه احکام و قواعد اجرایی حکم اولی شرعی عمل می‌کنند که هر دو این فرض‌ها، متمایز از احکام ولایی تأسیسی است. مصداق سوم احکام ولایی یا احکام ولایی تأسیسی ناظر به «منطقه الفراغ» است که بسیاری از قواعد حقوقی اعم از قوانین و مقررات را دربرمی‌گیرد. در نظام حقوقی ایران، نظریه «منطقه الفراغ» پذیرفته شده و بسیاری از اعمال قوه مقننه در قالب این نظریه قابل بررسی است. از سوی دیگر، دایره این نظریه شامل موضوعات جدید و مستحدثه می‌شود. به نظر می‌رسد در فضای حقوق اداری ایران نیز با توجه به نوپا بودن این رشته می‌توان از نظریه «منطقه الفراغ» به عنوان مبنا و ضابطه قانون‌گذاری استفاده کرد. پژوهش حاضر سعی دارد با روش تحلیلی و توصیفی و با ابزار کتاب‌خانه‌ای، گستره «منطقه الفراغ» را در تفکر سید محمدباقر صدر و حقوق اساسی ایران بررسی و تبیین کند. یافته‌های این پژوهش نشان می‌دهد که «منطقه الفراغ» با عنوان «منطقه العفو» نیز مطرح شده است. از مهم‌ترین ویژگی‌های این منطقه، تبدل و تغییر احکام حکومتی و قوانین در حیطه زمان و مکان‌های متفاوت است. نمونه این موضوع، احکام مربوط به تغییر جنسیت و تلقیح مصنوعی است که در زمان‌های گذشته مطرح نبود، اما در زمان کنونی و در جوامع اسلامی با آن مواجهیم.

**کلیدواژه‌ها:** منطقه الفراغ، حکم حکومتی، حقوق اساسی، حقوق اداری، مصلحت.

\*. دانشجوی دکتری، الهیات و معارف اسلامی، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد سمنان، دانشگاه آزاد اسلامی،

سمنان، ایران. Salimi.hassan5834@gmail.com

\*\* . استادیار، گروه فقه و حقوق، واحد اسلامشهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اسلامشهر، ایران و مدیر حوزه علمیه خواهران،

اسلامشهر، ایران. tsnaimi@gmail.com

\*\*\*. استادیار، گروه فقه و حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران،

ایران. arabani110@yahoo.com

## مقدمه

مقصود از «منطقه فراغ» در شریعت اسلامی، مجموعه امور و قضایایی است که شریعت اسلامی حق تشریح و قانون‌گذاری در آن را به ولی امر یا دستگاه قانون‌گذاری تحت امر وی یا مورد تأیید او سپرده است تا حکم متناسب برای شرایط متغیر را صادر کند. این قانون‌گذاری باید به گونه‌ای باشد که اهداف کلی شریعت اسلامی را تضمین کند.<sup>۱</sup> با شکل‌گیری اجتماع، مسئله قانون‌گذاری برای سامان‌دهی امور اجتماعی مردم نیز اهمیت یافت؛ چون مهم‌ترین عامل تنظیم مناسبات شهروندان است. امروزه حاکمیت قانون از جمله مؤلفه‌های حکمرانی خوب به شمار می‌رود و حکومت‌های دینی نیز که هدف اصلی خود را اجرای شریعت می‌دانند، در تلاش هستند تا شریعت را به صورت سازگار با اقتضات عصر جدید اجرا کنند.

مسئله اساسی پژوهش حاضر، بررسی جایگاه «منطقه الفراغ» در نظام حقوقی ایران است. منطقه الفراغ هم‌گام با واژه «منطقه العفو» در مذاهب اسلامی، بر اساس دیدگاهی استوار است که وجود منطقه یا قلمرویی ورای حکم شرعی یا فاقد حکم شرعی را در دین به رسمیت می‌شناسد و با این شناسایی، به حاکم اسلامی اجازه می‌دهد که در برخی مسائل اجتماعی با در نظر گرفتن ضوابط و قواعد، بر پایه اولیات و بدیهیات همراه با در نظر گرفتن نیازهای زمانی و مکانی به وضع قوانین و احکام مبتنی بر نیازهای مورد نظر بپردازد. محدوده منطقه الفراغ (مشمول بر موارد مبتنی بر ضوابط اباحت، مدرکات عقل عملی، مصلحت و احکام ولایی و حکومتی) در فرآیند تولید قواعد حقوقی و فقهی مبتنی بر ادراکات عقلی است که با رویکردی تطبیقی در این پژوهش بررسی می‌شود. سید محمدباقر صدر معتقد است که مکتب اسلام دارای دو جنبه مستقل است: یک جنبه را شارع به طور منجز تعیین می‌کند و تغییر و تبدیل در آن راه ندارد. جنبه دیگری را که «منطقه الفراغ» می‌نامند، ولی امر بر حسب نیازها و مقتضیات زمان و مکان تنظیم می‌کند. از این رو، «منطقه الفراغ»، تعبیری است نسبت به نصوص تشریحی، نه نسبت به واقعیت‌های عینی و خارجی جامعه عهد نبوی؛ چون اقدامات نبی اکرم (ص) در حدود این قلمرو طبق هدف‌های اقتصادی آن روزگار و احتیاجات عملی عصر صورت می‌پذیرفت.

با نگاهی اجمالی به ابواب فقه اسلامی، حضور گسترده حکم حاکم را می‌توان در آن یافت که حکم به رؤیت هلال، لزوم پرداخت زکات در صورت طلب حاکم، تسعیر اجناس احتکارشده، اجبار والی بر انجام حج، احکام قضایی و اجرای حدود، دیات و قصاص، نمونه‌هایی از آن است.

۱. حائری، سید علی‌اکبر، «منطقه الفراغ فی تشریح الاسلامی»، رسالة التقرب، ۱۳۷۵، شماره ۱۱، ص ۱۱۲.

از جمله اقتضات عصر جدید، به وجود آمدن مسائلی است که حکم آن‌ها در شریعت بر عهده حاکم حکومت نهاده شده است. اسلام به عنوان آیینی جامع و جاودان علاوه بر تأمین نیازهای فردی، پاسخ‌گوی نیازهای جامعه در حوزه امور عمومی و حکومتی است و احکامی وضع کرده است تا انسان در هیچ زمانی در بلاتکلیفی به سر نبرد. در مواقعی نیز که از انجام دادن احکام اولی ناتوان است، احکام ثانوی را مقرر داشته است. سرانجام برای باز کردن گره‌ها و معضلات سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی، احکام حکومتی را تشریح کرده است تا با قوه محرک اجتهاد، نظام قانون‌گذاری اسلام را در هر لحظه با نیازهای برخاسته از تحولات جهان به پیش ببرد.

نظریه «منطقه الفراغ» محمدباقر صدر در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران راه یافته است. تدوین قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مسئله‌ای صرفاً داخلی و ملی نبود و اندیشمندان مسلمان بسیاری نسبت به آن احساس تعلق داشتند و برای تدوین بهتر و تطابق کامل آن با موازین شرعی، از هیچ تلاشی فروگذار نکردند. در این میان، نقش آیت‌الله سید محمدباقر صدر و تلاش‌های او در این زمینه، بعد از اندیشه‌های حضرت امام خمینی (ره) بااهمیت و کاملاً ممتاز است.<sup>۱</sup> صدر از همان نخستین تحقیقات خود همواره در پی قانون‌مند کردن جنبه‌های گوناگون جامعه اسلامی بر پایه دین مبین اسلام بود. مهم‌ترین اثر صدر در این باب، «رساله لمعه فقهیه تمهیدیه عن مشروع دستور الجمهوریه الاسلامیه ایران» یا طرح پیشنهادی قانون اساسی جمهوری اسلامی بود که سید محمود هاشمی شاهرودی به محضر امام خمینی تقدیم کرد.<sup>۲</sup> اهمیت این کار از دید بسیاری از محققان و نویسندگان داخلی دور مانده و در بیش‌تر کتاب‌های حقوق اساسی که در دانشگاه‌ها تدریس می‌شود، حتی نامی از صدر برده نشده است.<sup>۳</sup> در فضای حقوق اداری ایران نیز با توجه به جدید بودن این رشته حقوقی، خلأهای قانونی هم‌چنان وجود دارد که از نظریه «منطقه الفراغ» می‌توان در حوزه حقوق اداری بهره گرفت.

## گفتار اول. مفهوم «منطقه الفراغ» در اندیشه محمدباقر صدر

پردازش منطقه الفراغ حاکی از آن است که بحث مورد نظر اصالتاً بحثی مرتبط با حوزه عمل است و در نتیجه، صبغه فقهی دارد. با این حال، مباحث فقهی خالی از مبانی مؤثر بعید و قریب کلامی نیست. گذشته از مبانی کلامی بعیدی چون حجیت ادله و مانند آن،

۱. پناهی ارسنجانی، سجاد، «تأثیر اندیشه‌های علامه سید محمدباقر صدر در قانون اساسی جمهوری

اسلامی ایران»، مجله انسان‌پژوهی دینی، ۱۳۸۷، شماره ۱۷ و ۱۸، ص ۱۷۴.

۲. اندیشه ماندگار، قم: دبیرخانه کنگره بین‌المللی آیت‌الله العظمی صدر، ۱۳۷۳، ص ۱۵.

۳. الملاط، شبلی، تجدید الفقه الاسلامی، تحقیق: غسان غضن، بیروت: دارالنهار، ۱۹۹۸، ص ۱۶.

مبنای قریب این نظریه را می‌توان در دو مورد خلاصه کرد: یکی، خاتمیت و ابدیت شریعت و دیگری، جامعیت آن. مبنای کلامی اول را می‌توان مبنایی ایجابی دانست، به این معنا که به فهم بهتر این مباحث و کارکرد آن در حوزه شریعت کمک می‌کند و مبنای دوم را مبنایی سلبی؛ چون مانع برخی بدفهمی‌ها و سوء برداشت‌ها از این مباحث خواهد شد.

نظام حقوقی اسلام با دیگر نظام‌های حقوقی تفاوت ماهوی دارد. فرق قوانین موضوعه با قوانینی که دینی مثل اسلام جعل کرده، این است که هر وقت اوضاع و احوال اجتماعی عوض شود، قانون‌گذار قوانین موضوعه بشری را تغییر خواهد داد؛ چون فلسفه وضع قوانین، تنظیم روابط اجتماعی و جلوگیری از ایجاد هرج و مرج است. بنابراین، در این نوع نظام‌های حقوقی، اشخاص واضح قانون، ناظر بر مقررات هستند. نظام حقوقی اسلام، تفاوت بنیادین با این طریقه دارد. در نظام تشریحی اسلام، کسی که اولاً و بالذات حق تشریح دارد و قانون‌گذار اصیل به شمار می‌رود، خداوند و پیامبر است. حاکم اسلامی پس از پیامبر و امامان قطعاً چنین حقی ندارد. بنابراین، دین اسلام مشتمل بر عناصر ثابتی است که نیازهای ثابت بشر را تأمین می‌کند. از طرف دیگر، سازوکار تغییر و پاسخ‌گویی بر اساس ثابتات خود نسبت به شرایط و محیط‌ها و فرهنگ‌های متفاوت را در خود پیش‌بینی کرده است. در نتیجه، در نظام حقوقی اسلام باید سازوکار هماهنگ کردن شریعت با متغیرات زمان و مکان وجود داشته باشد؛ چون پس از جعل و ابلاغ قوانین شرعی توسط شارع مقدس، خود قانون‌گذار نیست که آن را با شرایط مختلف هماهنگ می‌کند. پس وجود منطقه الفراغ که تأمین‌کننده اهداف اسلام در حوزه متغیرات است، در این نظام حقوقی، ضروری به نظر می‌رسد.<sup>۱</sup>

اسلام، اصول تشریحی خود را درباره حیات اقتصادی به طور موقت و گذرا و برای یک دوره زمانی خاص وضع نکرده است تا با تبدیل دوره‌های تاریخی تغییر شکل یابد، بلکه آن را به عنوان نظریه‌ای برای تمام زمان‌ها وضع کرده است. بنابراین، برای برخورداری از عنصر شمول و عموم باید تحولات دوره‌های مختلف در ضمن عنصر متحرکی در آن منعکس شود. نظریه منطقه الفراغ، حق قانون‌گذاری و تشریح را برای حاکم شرعی در احکام غیر الزامی می‌داند؛ یعنی حیطة اختیارات ولی امر در منطقه الفراغ، اموری است که نص تشریح دال بر الزام در آن‌ها وجود نداشته باشد. این در حالی است که از وضع هر حکم و قانونی بر خلاف احکام و قوانین الهی نهی شده است. همه احکام پنج‌گانه تکلیفی اهمیت دارند و

۱. علی‌اکبری بابوکانی، احسان و احسان‌آهنگری، «بازپژوهی مبنای قانون‌گذاری در منطقه الفراغ نظام فقهی و حقوقی شیعه (با تأکید بر انگاره صدر)»، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۹۵، سال بیست و یکم، شماره ۸۲، ص ۱۳۷.

۲. صدر، سید محمدباقر، اقتصادنا، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۵، ص ۱۲۵.

حکم پروردگار محسوب می‌شوند و دلایل فراوانی وجود دارد که حق تغییر و تبدیل احکام الهی را حتی در مباحات و احکام غیر الزامی نداریم.<sup>۱</sup>

## گفتار دوم. تجلی منطقه الفراغ در نظام حقوق اساسی

صدر با ارائه نظریه منطقه الفراغ، حوزه قانون‌گذاری حکومت اسلامی را تبیین می‌کند. بنا بر عقیده ایشان، اسلام در نظام قانون‌گذاری خود، محدوده‌ای را خالی از حکم الزامی قرار داده است. خالی بودن این منطقه از حکم الزامی و وضع نشدن قواعد تفصیلی ثابت، امری تصادفی یا برخاسته از اهمال یا نقص در نظام قانون‌گذاری اسلام نیست، بلکه ناشی از ماهیت متغیر این منطقه است. شارع مقدس، وضع قواعد مناسب با اوضاع و احوال و مقتضیات زمان و مکان را با حفظ ضوابط و در چارچوب معینی به عهده ولی امر گذاشته است. در نتیجه، ولی فقیه می‌تواند با رعایت ضوابط قانون‌گذاری کند. این کار با عنایت و از سر حکمت انجام شده و اسلام به این وسیله، نظام قانون‌گذاری خود را جاودانه و مناسب برای همه زمان‌ها و مکان‌ها ساخته است. حکومت اسلامی باید این منطقه را بر اساس مقتضیات و مصالح زمان و اهداف شریعت پر کند.<sup>۲</sup>

## بند اول. نقص نداشتن در نظام شریعت در صورت وجود منطقه الفراغ

منطقه الفراغ، نقص نیست و این ادعا که اسلام برای برخی از موضوعات، حکمی پیش‌بینی نکرده، نیز نسبتی بی‌جاست. منطقه الفراغ به معنای قلمرویی است که دارای حکم مباح است، نه این‌که هیچ حکمی نداشته باشد. بنابراین، منطقه الفراغ نشانگر پویایی و توان اندیشه اسلامی در پاسخ‌گویی به مشکلات همه عصرها و نسل‌هاست و اسلام بر پایه روشی که بر اساس این موضوع ارائه می‌دهد، می‌تواند ضمن تأمین نیازهای ثابت انسان، همه نیازهای متغیر وی را برآورده سازد.<sup>۳</sup>

## بند دوم. وجود قابلیت منطقه الفراغ در وضع قوانین جدید مبتنی بر قواعد اخلاقی

نظام حقوقی باید با تجدید نظر در مفاهیم و مبانی مسئولیت حقوقی به هنجارها و

۱. قاندى، عبدالمجید، «تحلیل و ارزیابی نقدهای موجود بر نظریه منطقه الفراغ صدر»، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۹۲، سال هجدهم، شماره ۷۰، ص ۱۴۹.

۲. صدر، سید محمدباقر، سرچشمه‌های قدرت در حکومت اسلامی، ترجمه: اکبر ثبوت، تهران: روزبه، ۱۳۷۵، ص ۶۸۶.

۳. همان، ص ۷۲۶.

مصالح اخلاقی که در جامعه باید به آن‌ها اهتمام جدی کرد، بی‌اعتنایی نکند. مواردی مانند: «لزوم مساعدت به دیگران در موقعیت خطر و تهدید»، «منع افراد از اضرار به خود»، «لزوم جلوگیری از اقداماتی که به صورت غیر مستقیم برای دیگران ایجاد خسارت می‌کند»، «جلوگیری از اعمالی که ماهیتاً غیر اخلاقی باشند»، از جمله مصادیقی هستند که نظام حقوقی باید آن‌ها را شناسایی و از چنین هنجارهای اخلاقی حمایت کند.

اهتمام نداشتن به این امر به تضعیف اخلاق در جامعه منجر خواهد شد و عدالت را به عنوان هنجاری اخلاقی و آرمان حقوق در خطر می‌اندازد. بنابراین، قانون‌گذار مکلف است در وضع قواعد حقوقی به مصالح اخلاقی و شرعی اهتمام داشته باشد و به صورت مستقیم یا غیر مستقیم به حمایت از هنجارهای دینی و اخلاقی اقدام کند. به عبارت دیگر، قانون‌گذار نباید با استناد به منطق حقوقی صرف در برابر هنجارهای اخلاقی و مصالح شرعی بی‌اعتنا باشد.

### بند سوم. ضرورت منطقه الفراغ با عنایت به خلأ قوانین مدرن

پیشینه قانون‌گذاری مدرن در کشورهای اسلامی به بیش از دو سده نمی‌رسد. بنابراین، روش مواجهه حقوق‌دانان در کشورهای اسلامی با نظام‌های حقوقی غربی در این دوران بیش از همه نیازمند تأمل است. تحولات گسترده جوامع و شیوع مظاهر مدرنیته از جمله پذیرش نهادها و قواعد حقوقی غربی، جوامع اسلامی را نسبت به سنت حقوقی مبتنی بر شریعت اسلام بی‌توجه می‌کرد. البته در این مواجهه نابرابر، تجربه‌های قابل توجهی نیز بر اندوخته حقوق‌دانان اسلامی می‌افزود. تدوین «مجله الاحکام» در حکومت عثمانی، تدوین قانون مدنی مصر به دست عبدالرزاق سنه‌پوری و قانون مدنی در ایران از جمله اولین تلاش‌هایی است که در مواجهه با حقوق غربی به صورت محدود از الگوی تقنین فقه بهره گرفته‌اند. در کنار این رویکرد، بسیاری از مجموعه‌های قوانین به صورت مستقیم از قوانین کشورهای غربی از جمله فرانسه و سوییس اقتباس شده است و حتی حقوق‌دانان اروپایی آن را تدوین کرده‌اند. صرف نظر از توانایی یا ناتوانی نظام حقوقی مبتنی بر شریعت اسلام در تأسیس نظام حقوقی کارآمد باید این سؤال را پاسخ داد که با چه توجیه عقلی و فلسفی می‌توان انتظار داشت قواعد و نهادهای حقوقی مختص به جامعه‌ای، امکان حل مسائل و اداره روابط اجتماعی در جوامع دیگر را نیز داشته باشد؟

بی‌تردید، آشفستگی و اختلاط نظام حقوقی موجود در کشورهای اسلامی و از جمله ایران ناشی از نداشتن روش مناسب در مواجهه با دیگر نظام‌های حقوقی و از آن مهم‌تر، نداشتن تلاش جدی برای روزآمدسازی و موفق جلوه دادن نظام حقوقی مبتنی بر شریعت است که در کشورهای اسلامی سابقه‌ای دیرین دارد و پاسخ‌گوی مسائل حقوقی آن‌هاست.

می‌توان گفت اگر نظریه منطقه الفراغ را در مواردی که شریعت به آن نپرداخته است، جاری و ساری بدانیم، قابلیت دارد که از ظرفیت‌های اصیل نظام حقوقی مبتنی بر شریعت اسلامی بهره جوید. هم‌چنین در مواجهه با نظام‌های حقوقی غربی از موضع انفعال خارج شود و الگوی روش‌شناسی مناسبی معرفی کند تا مسلمانان هم از تجربه‌های دیگر نظام‌های حقوقی بهره گیرند و هم نظام حقوقی مبتنی بر شریعت از موضعی فعالانه و مبتنی بر نظام، نظریه، اهداف و سیاست‌ها به وضع قواعد و تولید نهادهای حقوقی بپردازد.

### بند چهارم. شیوه کاربست منطقه الفراغ در قانون اساسی

احکام ثابت شریعت که از نظر فقهی کاملاً مسلم هستند تا آن جا که به زندگی اجتماعی ارتباط پیدا می‌کنند، بخش ثابت حقوق اساسی را تشکیل می‌دهند؛ چه در قانون اساسی به آن‌ها تصریح شده باشد و چه نشده باشد.<sup>۱</sup> هر جا شریعت، حکم الزام‌آور و قاطعی مبنی بر حرمت یا وجوب نداشت، قوه مقننه که از سوی مردم انتخاب می‌شود، می‌تواند هر قانونی را وضع کند که مصلحت می‌داند، به شرط آن که مغایر قانون اساسی نباشد. قلمرو این گونه قوانین را منطقه فراغ می‌نامند و شامل همه مواردی می‌شود که شریعت به انسان‌ها قدرت انتخاب داده است.

می‌توان گفت که در کنار احکام تکلیفی شرعی، احکام دیگری وجود دارد که خداوند، ولایت و صلاحیت امر و نهی درباره آن‌ها را به ولی امر مسلمانان (حاکم شرع) داده است. از این رو، او می‌تواند در حدودی که مصلحت می‌داند، ولایت خود را بر مردم اعمال و امر و نهی کند. این همان چیزی است که به قول صدر در منطقه الفراغ صورت می‌گیرد. بنابراین، منطقه الفراغ، جایی است که پیش‌تر، حاکم شرع، آن را از جانب شارع اشغال نکرده باشد.<sup>۲</sup> صدر در رساله «قانون اساسی» در پاسخ به این پرسش که معنای ابتدای یک حکومت بر قوانین اسلام چیست، نوشته است: «این که حکومتی بر پایه اسلام باشد، یعنی قانون اساسی آن بر پایه تعالیم اسلام نوشته و دیگر قوانین نیز در سایه قانون اساسی به این شرح وضع شود: اولاً احکام شرعی مسلم و اجماعی بخش ثابت قانون اساسی را تشکیل می‌دهد؛ چه در متن قانون اساسی به صراحت ذکر شود و چه نشود. در مورد احکامی که مورد اختلاف است، تمام آرای اجتهادی معتبر است و مجلس می‌تواند رأی هر یک از فقیهان را مبنای قانون‌گذاری قرار دهد و نظری را که منافع مردم را بیش‌تر تأمین می‌کند، به عنوان قانون به تصویب برساند».<sup>۳</sup>

۱. صدر، سید محمدباقر، *الاسلام يقود الحياة، لمحة فقهية تمهيدية*، چاپ‌شده در: *المجموعة الكاملة*

للمؤلفات السيد محمدباقر الصدر، بيروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰، ص ۶۳.

۲. جمعی از مؤلفان، *پرسش‌ها و پاسخ‌ها*، قم: مؤسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی، بی تا، ص ۳۳.

۳. صدر، سرچشمه‌های قدرت در حکومت اسلامی، ص ۱۷.

مجلس در این مرحله قانون‌گذاری نمی‌کند، بلکه تنها از میان فتاوی‌ موجود، یک فتوا را به عنوان قانون الزام‌آور اعلام می‌کند. صدر در ادامه بیان می‌کند در مواردی که شریعت، حکمی الزام‌آور مبنی بر وجوب یا حرمت نداشته باشد، قوه مقننه می‌تواند هر قانونی را که به مصلحت مردم است، وضع کند.<sup>۱</sup> در بیان صدر، از این حوزه به منطقه الفراغ یاد می‌شود که شامل همه مواردی است که شریعت به مردم حق انتخاب داده است.

### گفتار سوم. قلمرو قانون‌گذاری در پرتو نظریه منطقه الفراغ

صدر مانند رهبر انقلاب اسلامی، اساس قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی ایران را احکام اسلام می‌داند و معتقد است که همه برنامه‌ها باید در پرتو شریعت اسلامی وضع شود. اصل چهارم قانون اساسی ایران هم به صراحت بیان می‌کند که قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی و سیاسی باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است. امام خمینی (ره) معتقد بود که تنها قانون برای اصلاح اجتماع کافی نیست، بلکه نیاز به مجری (قوه مجریه) و آن هم نیازمند ولی امر است؛ همان ولی امری که پس از رسول خدا (ص)، ائمه اطهار (ع) و در عصر غیبت کبری، مسئولیتش بر عهده فقهای عادل است.

صدر در طرح خود به منطقه الفراغ و قانون‌گذاری در آن اشاره می‌کند. به اعتقاد ایشان، برای اموری که مشمول حکم قاطع وجوب و حرمت نباشند، قوه مقننه که نماینده ملت است، قانونی را که به مصلحت مردم می‌داند، به گونه‌ای که معارض اساس قوانین اسلام نباشد، تصویب می‌کند. قلمرو این قانون‌گذاری شامل مواردی است که شرع آن‌ها را به صلاح‌دید خود مردم گذاشته و به مکلف، آزادی عمل در حدّ معارضه نداشتن با دیگر احکام اسلامی داده است. این محدوده را منطقه الفراغ می‌نامیم.<sup>۲</sup>

صدر با ارائه نظریه منطقه الفراغ به تبیین حوزه قانون‌گذاری حکومت اسلامی می‌پردازد. بنا بر عقیده ایشان، اسلام در نظام قانون‌گذاری خود، محدوده‌ای را خالی از حکم الزامی قرار داده است. خالی بودن این منطقه از حکم الزامی و وضع نشدن قواعد تفصیلی ثابت، امری تصادفی یا برخاسته از اهمال یا نقص در نظام قانون‌گذاری اسلام نیست، بلکه ناشی از ماهیت متغیر این منطقه است. شارع مقدس، وضع قواعد مناسب با اوضاع و احوال و مقتضیات زمان و مکان را با حفظ ضوابط و در چارچوب معینی بر عهده ولی امر گذاشته است. پیامبر اسلام، مبلغ شریعت بود و کلام خداوند متعال را بدون کم و کاست ابلاغ و اجرا می‌کرد، ولی در عین حال، ولی امر نیز بود و در منطقه الفراغ، قواعد و قوانین را وضع می‌کرد که قابلیت تغییر از

۱. همان.

۲. صدر، سید محمدباقر، طرح گسترده اقتصاد اسلامی، ترجمه: فخرالدین شوشتری، تهران: بدر، ۱۳۵۹، ص ۸۶.



سوی اولیای امور بعدی را داشته باشد. در نتیجه، ولی امر در برخورد با این احکام و روایات حاکی از آن‌ها می‌تواند آن‌ها را ثابت نداند و با رعایت ضوابط به قانون‌گذاری دست بزند. این کار با عنایت از سر حکمت انجام شده و اسلام، نظام قانون‌گذاری خود را این گونه جاودانه و مناسب برای همه زمان‌ها و مکان‌ها ساخته است. حکومت اسلامی باید این منطقه را بر اساس مصالح و مقتضیات زمان و اهداف شریعت پر کند.<sup>۱</sup>

### بند نخست. منطقه الفراغ و خلأ قانونی در حقوق اداری

برخی مباحث به دلیل پیشرفت در ابعاد و شاخه‌های مختلف زندگی بشر، مستحدثه و نوین به شمار می‌روند. از این رو، در آرای فقیهان به طور تفصیلی به آن‌ها پرداخته نشده است. از جمله می‌توان به احداث عقود جدیدی مانند بیمه، بحث عدم اعتبار شروط غیر منصفانه، پذیرش ضابطه نفع متوقع در خسارت قراردادی و حق انصراف مصرف‌کننده اشاره کرد. عقد بیمه به تبع احساس رو به فزونی بشر نسبت به اطمینان‌یابی از حفظ اموال و تضمین سلامتی پدید آمد و سابقه شرعی ندارد. از این رو، فقهای متقدم و میانه درباره آن تفسیر و تحلیل نکرده‌اند. فقهای معاصر پس از گذار از دو مرحله طرد مطلق و تفصیل بیمه به سه عقد هبه، صلح و ضمان، در مرحله نهایی، این نهاد را ذیل اصل آزادی قراردادی پذیرفته‌اند. به تبع آن، قوانین مختلف راجع به بیمه در نظام حقوقی ایران به تصویب رسید.<sup>۲</sup>

در همین فضا، حقوق اداری در ایران دارای مشکلات عدیده است. حقوق اداری در ایران، انبوهی از مسائل، مشکلات و موضوعات را پیش روی خود دارد که منجر به گستردگی سرفصل‌های حقوق اداری و ناتوانی در انتظام موضوعات می‌شود. دلیل اصلی این وضعیت هم در ذات حقوق اداری نهفته است؛ چون حقوق اداری، دربردارنده انبوهی از موضوعات مرتبط با امر عمومی است. یکی دیگر از معضلات اساسی در حقوق اداری ایران، معضل شناخت مفاهیم است. در ایران، سنت نوشتاری و اندیشه‌ای در فضای معرفت‌شناختی فقه و حقوق وجود داشته و از سده گذشته، مفاهیم دیگری از بیرون به این سنت درونی اضافه شده است. بنابراین، پس از مشروطه، مفاهیم گوناگونی از سنت غرب وارد حیات فعلی ما شده‌اند. با این حال، نتوانسته‌ایم نسبت این مفاهیم را با یکدیگر و کنار هم درک کنیم. برای مثال، مفهومی به نام «مسئولیت» از گذشته وجود دارد، اما در سده‌های اخیر، مفهومی با عنوان «مسئولیت مدنی دولت» مطرح شده که تأسیس حقوقی جدید است.<sup>۳</sup> از سوی دیگر،

۱. همان، ص ۶۸۶.

۲. بابایی، ایرج، حقوق بیمه، تهران: سمت، چاپ نهم، ۱۳۸۹، ص ۹.

۳. مولایی، آیت، «موانع و محدودیت‌های حقوق اداره در ایران در فرآیند تأسیس حقوق اداری ایران»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۳، ص ۲۰۰.

حقوق دانان، یکی از ویژگی‌های مهم حقوق اداری را جدید و نوپا بودن آن در حقوق داخلی می‌دانند.<sup>۱</sup> به همین دلیل، مسائل مستحدثه در حقوق اداری، بخش قابل توجهی از این رشته حقوقی را تشکیل می‌دهد.

یکی دیگر از موضوعاتی که ضرورت پویایی و تغییر و تحول را در حقوق اداری نشان می‌دهد، ضرورت خدمات‌رسانی عمومی و رعایت اصل انطباق در خدمات‌رسانی عمومی است. در حقوق ایران، «نظریه خدمات عمومی» به عنوان یکی از مبنای حقوق اداری پذیرفته شده است. بر این اساس، خدمت عمومی باید با تغییرات مختلف منافع یا به تعبیری دیگر، مصالح عمومی منطبق گردد. اگر نفع عمومی بر اثر تحولات داخلی و خارجی تغییر کند، خدمات عمومی نیز باید با این تغییرات انطباق یابد و از خدمات‌رسانی عمومی در اموری که دیگر متضمن نفع عمومی نیست، خودداری کند. در هیچ یک از متون قانونی و رویه قضایی جمهوری اسلامی ایران به صورت صریح و شفاف به وجود اصل انطباق اشاره نشده است. با این حال، در برخی قوانین و آرای صادرشده از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به موضوع انطباق خدمات عمومی با منافع افراد و جامعه اشاره شده است.<sup>۲</sup>

یکی از ابعاد مفهوم عدالت اداری، منفعت عمومی است که دو وجهی است: وجه نخست آن، ناظر بر اعمال و تصمیمات نوعی دولت و مراجع عمومی است که از طریق مقررات‌گذاری و وضع آیین‌نامه صورت می‌پذیرد. در وجه دوم که نظارت قضایی بر این گونه اعمال است، دادگاه‌های اداری بر مصلحت‌اندیشی دولت نظارت می‌کنند. این دو وجه از منفعت عمومی را می‌توان ترکیبی از تشخیص مصلحت از طریق مقررات‌گذاری و راستی‌آزمایی آن از سوی دادگاه‌های اداری دانست که دومی در حوزه عدالت اداری تعقیبی جای می‌گیرد.<sup>۳</sup>

بسیاری از موضوعات دیگر حقوق اداری نیز از این دست است و به نظر می‌رسد که در شمول نظریه منطقه الفراغ قرار می‌گیرند. البته کاربست نظریه منطقه الفراغ در حقوق اداری باید بر اساس ضوابط و معیارهایی صورت پذیرد.

## بند دوم. پذیرش مصلحت به عنوان مبنا و قاعده قانون‌گذاری

در حقوق اداری، مصلحت عمومی، دربردارنده مفهوم «نفع عمومی» است. برقراری نفع عمومی و نیز خدمات‌رسانی عمومی از مبنای حقوق اداری در ایران است. بنابراین، در حقوق اداری، مصلحت، ضابطه اصلی برای قانون‌گذاری و قاعده‌گذاری است.

۱. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، *حقوق اداری (جلد ۱)*، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۱۰.

۲. عباسی، بیژن و فاطمه کیا، «اصل انطباق خدمات عمومی در پرتو قوانین، مقررات و رویه قضایی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۲، سال اول، شماره ۱، ص ۵۸.

۳. باصری، بابک، «جستاری بر مفهوم عدالت»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۸، شماره ۸۸، ص ۲۹۳.

## الف. مفهوم‌شناسی مصلحت

«مصلحت»، در برابر مفسده به معنای خیر، نیکی و منفعت به کار رفته است. این اصطلاح فقهی حداقل دارای دو معنای مهم است. در معنای اول، مصلحت شامل منافعی می‌شود که شارع مقدس برای تعالی بندگان در نظر گرفته است که مهم‌ترین آن‌ها در ادبیات فقهی، «مقاصد خمس» نامیده می‌شوند و عبارتند از: دین، جان، عقل، نسل و مال.<sup>۱</sup> در نگاهی کلی، سه تلقی از مصلحت می‌توان ارائه داد: تلقی اول از ابتدای احکام الهی بر دفع مصالح و دفع مفسد سخن می‌گوید. تلقی فلسفی از وجود مصالح و مفاد پیشینی بحث می‌کند و تلقی فقهی که جایگاه مصالح در استنباط احکام شرعی در آن قابل توجه است.<sup>۲</sup> جوهر اصلی مفهوم «مصلحت» در معنای اول، همان فلسفه صدور احکام شرعی است که افراد در چارچوب اوامر و نواهی شارع به آن ملزم شده‌اند؛ خواه دلیل صدور حکم از جانب شارع بر مبنای تحصیل سود و نیکی برای افراد باشد یا در نتیجه ممانعت از ضرر و مفسده ایجاد شده باشد.<sup>۳</sup>

در معنای دوم، «مصلحت»، مفهوم دیگری دارد. باید در نظر داشت که بسیاری از فرمان‌ها و احکامی که انبیا و معصومین، چارچوب آن را تعیین کرده‌اند، در شرایطی غیر از تصدی حاکمیت و دولت بوده است. وقتی یک نظام سیاسی بخواهد احکام فقهی را در قالب حکومت اجرا کند، ممکن است زمینه‌های تعارض فراوانی میان احکام دارای موضوعات فردی با اقتضائات مدیریت امور جمعی در قالب یک کشور بروز کند. پس با مفهومی دیگر از مصلحت روبه‌رو می‌شویم. در فرضی که راهکارهای عادی نمی‌توانند منافع جمعی را محقق کنند، برای گزینش منافع جمعی باید راهکار و قاعده‌ای جست که این چهره از مصلحت را در فقه، قاعده «استصلاح» یا «مصلح مرسله» می‌نامند.<sup>۴</sup>

## ب. مصلحت به عنوان مبنای صدور حکم حکومتی

برای شناخت ماهیت احکام حکومتی، ناگزیر از شناخت مفهوم احکام اولیه و ثانویه هستیم. حکم اولی، حکمی است که بر افعال و ذوات به لحاظ عنوان نخستین آن‌ها بار می‌شود، مانند حکم و جوب که بر نماز بار شده است.<sup>۵</sup> این احکام بر اساس مصالح کلی و دایمی وضع شده‌اند. پس در شرایط عادی، ثابت و تغییرناپذیرند. حکم ثانویه عبارت است

۱. محمدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۱، ص ۲۳۶.

۲. سید باقری، سید کاظم، «نقش مصلحت در فقه سیاسی شیعه پس از انقلاب اسلامی»، فصل‌نامه مطالعات انقلاب اسلامی، ۱۳۹۰، سال هشتم، شماره ۲۴، ص ۸۱.

۳. جوادی آملی، عبدالله، *ولایت فقیه*، قم: اسراء، چاپ دوم، ۱۳۷۹، ص ۴۶۶.

۴. نظرزاده، عبدالله، «مصلحت و نقش آن در استنباط احکام شرعی و حکومتی»، فصل‌نامه سیاست متعالیه، ۱۳۹۲، سال اول، شماره ۱، ص ۷۶.

۵. مشکینی، علی، *اصلاحات الاصول*، قم: حکمت، ۱۳۸۴، ص ۱۲۱.

از جعل و حوب یا حرمت بر اساس شرایط خاص. به این ترتیب، هر گاه امکان دسترسی و عمل به حکم اولیه نباشد، از طرف شارع، حکم ثانویه مقرر می‌گردد.<sup>۱</sup> نوع سومی از احکام الهی نیز به احکام حکومتی مشهورند. احکام حکومتی، تصمیم‌هایی هستند که ولی امر در سایه قوانین شریعت و رعایت موافقت آن‌ها به حسب مصلحت زمان می‌گیرد و طبق آن‌ها مقرراتی وضع و اجرا می‌کند. این مقررات لازم‌الاجرا نیستند و مانند شریعت اعتبار دارند، با این تفاوت که قوانین آسمانی ثابت و تغییرناپذیرند و مقررات وضعی قابل تغییرند و در ثبات و بقا، تابع مصلحتی هستند که آن‌ها را به وجود آورده است. چون زندگی جامعه انسانی پیوسته در تحول و رو به تکامل است، این مقررات نیز به تدریج تغییر و تبدیل پیدا می‌کند و جای خود را به بهتر از خود خواهد داد.<sup>۲</sup> ویژگی دوم این نوع احکام، اجتماعی بودن آن‌هاست.<sup>۳</sup>

با توجه به آثار فقه‌های اسلامی و بر مبنای تحلیل مفهوم حکم حکومتی، مصلحت عمومی را می‌توان ملاک اصلی و اساسی حکم حکومتی دانست. احکام حاکم اسلامی با توجه به مسائل جامعه در چارچوب احکام شریعت برای اداره جامعه اسلامی صادر می‌شوند. به این ترتیب، مصلحت‌اندیشی، موضوع جواز صدور حکم حکومتی است تا جامعه اسلامی در عرصه تغییر و تحولات و اداره جامعه دست‌خوش معضلات و دچار عقب‌افتادگی نشود. بنابراین، مصلحت عمومی، مدار، مبنا و معیار صدور حکم حکومتی است و حاکم اسلامی با توجه به مقتضیات گوناگون جامعه صادر می‌کند.<sup>۴</sup>

برتری مصالح عمومی بر منافع فردی حکم می‌کند در جایی که اعمال یک اصل حقوقی به ضرر منافع جامعه باشد، دولت با توجه به مصلحت عمومی از تمکین به آن خودداری ورزد. برای مثال، در جایی که شفاف‌سازی در تصمیم‌گیری اداره موجب افشای اسرار محرمانه دولتی شود، دولت برای جلوگیری از اختلال در نظم عمومی باید بر اساس اصل مصلحت عمومی، از نشر بعضی تصمیم‌های خود برای عموم خودداری کند. چون حکومت، مصلحت عمومی را تشخیص می‌دهد که بر اساس شرایط و اوضاع و احوال جامعه در زمان‌ها و مکان‌های مختلف متفاوت است، اصل مصلحت عمومی، بیش‌تر جنبه سیاسی دارد.

۱. رحمانی، ۱۳۸۲، ص ۳۶.

۲. طباطبایی، سید محمدحسین، *بحثی در مورد مرجعیت و روحانیت*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۴۱، ص ۸۳.

۳. راعی، مسعود و فرامرز عطریان، «حاکمیت قانون و احکام حکومتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، *مجله حکومت اسلامی*، ۱۳۹۱، سال هفدهم، شماره ۶۳، ص ۵۲.

۴. بالوی، مهدی و همکاران، «حکم حکومتی و مصلحت عمومی»، *فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری*، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۲، ص ۵۵.

به همین ترتیب، چون استناد به این اصل، مانع از استناد قضات به دیگر اصول حقوقی برای حمایت از حقوق شهروندی می‌شود، آن را استثنایی بر اصل حاکمیت قانون می‌پندارند. ادعای اخیر، به نوعی، اصل مصلحت عمومی را نقطه تلاقی نظریه منافع عمومی و اصل حاکمیت قانون می‌داند. از این رو، چنین برداشتی از اصل مصلحت عمومی، آن را در تقابل با دیگر اصول حقوقی قرار می‌دهد.

این برداشت، صحیح به نظر نمی‌رسد. در واقع، میان اصل حاکمیت قانون و اصل مصلحت عمومی تعارضی وجود ندارد؛ چون اجرا نشدن برخی از مقررات در شرایط خاص توسط دولت، مطابق و در چارچوب مجوزهای قانونی صورت می‌گیرد. پس اجرا نشدن قانون در شرایط خاص بر اساس مجوزهای قانونی، نوعی اجرای حکم قانون و صیانت از اصل حاکمیت قانون است.<sup>۱</sup> بنابراین، از نظر منطقی، اصول حقوقی به موازات و نه در مقابل اصل مصلحت عمومی قرار می‌گیرند. به طور کلی، اختیارات دولت باید در راستای مصلحت عمومی به کار گرفته شود. مصلحت عمومی به معنای مصلحت و منفعت اکثریت افراد یا حکومت نیست، بلکه منفعت و مصلحت مشترک همگان یا همان مصلحت حیات جمعی است.<sup>۲</sup> ملاک و مبنای تصرفات و احکام حکومتی، لزوم رعایت مصلحت نظام و جامعه و تقدیم آن بر دیگر مصالح است؛ خواه مصلحت به مفهوم مصلحت در جهت رفاه حال آنان باشد یا مصلحت نظام در بعد سیاسی که تشخیص آن هم با مقام امامت و ولایت است.<sup>۳</sup>

از نگاه روش‌شناسانه، مصلحت از دو منظر می‌تواند از مباحث حقوق محسوب شود. یکی، از منظر منطقه الفراغ فقه‌های معاصر امامیه و دیگری، از منظر مصالح مرسله فقه عامه. از زاویه نگاه کاربردی، نقش مصلحت به عنوان کاتالیزور انطباق حقوق اسلامی با تغییرات اجتماعی بسیار اهمیت دارد. ثبات یا تغییرپذیری قواعد شریعت در پاسخ‌گویی به نیازهای انسان، امروزه چون تیغی دولبه له و علیه شریعت به کار می‌رود. در شرایط کنونی جامعه ایران و با تشکیل جمهوری اسلامی، زمینه مناسبی برای شناسایی و اعمال مصالح فراهم آمده است تا از این رهگذر، توان پاسخ‌گویی فقه و حقوق امامیه به نیازهای نوین ثبت شود.<sup>۴</sup>

۱. پتنت، آریین و احمد مرکز مالگیری، مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری: امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷، ص ۱۲۷.

۲. راسخ، محمد، «حقوق اقتضای حداقلی عدالت»، در: حق و مصلحت (۲)، تهران: نی، ۱۳۹۲، ص ۵۷۲.

۳. عمید زنجانی، عباس‌علی، کلیات حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۷، ص ۲۲۰.

۴. خویینی، غفور و همایون رضایی‌نژاد، «مصلحت و مسائل نوظهور حقوق»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۰، سال دوازدهم، شماره ۳۳، ص ۸.

مطابق با نظریه مصلحت می‌توان سطوح آزادی‌ها و نظم‌ها را در قالب مصالح عمومی و مقاصد الشریعه تحلیل کرد. جالب است که اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی و شخص نایب رییس به مقتضیات نظریه مصلحت توجه داشتند و در مذاکرات این مجلس به لزوم استفاده از یک قاعده اصولی برای تشخیص مصلحت اقوی در مورد تراجم استناد شده بود.<sup>۱</sup>

### ج. امکان‌سنجی استناد به اصول حقوقی در فرض نبود قانون مبتنی بر منطقه الفراغ

در تقسیم‌بندی اصول حقوقی در نظام حقوقی ایران به اصول منطبق یا مستنبط از قانون یا اصول نوشته حقوق شامل اصول صریح یا اصول غیر صریح و اصول خارج از قانون باید گفت که تنها اصولی قابلیت استناد دارند که یا منطبق بر قانون یا مستنبط از آن باشند. به تعبیری، در نظام حقوقی ایران، دو نوع از اصول حقوقی قابلیت استناد دارند: اصول نوشته حقوق و اصول فراقانونی. در استناد به اصول نوشته حقوق که به صورت یک ماده قانونی محسوب می‌شود، بحثی وجود ندارد. در خصوص استناد به اصول فراقانونی که از روح قوانین قابل استنباط هستند، با عنایت به سوابق تقنینی در خصوص منابع احراز قواعد ماهوی در مقام صدور حکم می‌توان گفت که قانون‌گذار امکان استناد به اصولی را فراهم آورده است که مغایر شرع نباشند. مغایرت نداشتن با شرع به عنوان یکی از شاخص‌های استناد موجه به اصول حقوقی در رسیدگی‌های قضایی است. مغایرت نداشتن با شرع، مفهومی جدا از وجود سوابق اصل در شرع دارد؛ چون با تحولات روزافزون زندگی بشر ممکن است بگویند برای برخی از مباحث مستحدثه جدید نمی‌توان سابقه‌ای در فقه یافت. در تأیید این ادعا می‌توان به برخی اصول مدرن حقوق اداری مثل دسترسی به اطلاعات و اسناد اداری، سرعت در پاسخ‌گویی یا ممنوعیت تأخیر، تناسب و معقول بودن تصمیم اداری اشاره کرد.<sup>۲</sup>

### د. قلمرو قانون‌گذاری در حقوق اداری در پرتو نظریه منطقه الفراغ

در جمهوری اسلامی ایران، دیدگاه قانون‌گذاری مبتنی بر احکام شرعی در عمل با اشکال‌هایی مواجه شد که در قوانین مختلفی از جمله قانون اراضی شهری و قانون کار آشکار گردید و در نهایت، به ایجاد مجمع تشخیص مصلحت نظام انجامید. قانون اراضی شهری در مرداد ۱۳۶۰ از تصویب مجلس شورای اسلامی گذشت و برای اظهار نظر به شورای نگهبان

۱. غمامی، سید محمد مهدی، «نسبت آزادی‌ها و امنیت اقتصادی در نظام حقوق اساسی ایران»، فصل‌نامه مطالعات امنیت اقتصادی، ۱۳۹۹، سال اول، شماره ۲، ص ۱۳۵.

۲. آقای طوق، مسلم و سجاد مردانی، «استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۰، سال سوم، شماره ۶، ص ۱۷۰.

فرستاده شد. طبق این قانون، همه اراضی موات شهری در اختیار دولت جمهوری اسلامی قرار می‌گیرد و اسناد و مدارک مالکیت صادرشده در مورد آن‌ها ارزش قانونی ندارد. در مورد اراضی بایر نیز فقط صاحبان آن حداکثر می‌توانند تا ۱۰۰۰ متر در اختیار داشته باشند و آن را عمران و احیا کنند و حق فروش آن را ندارند، مگر به دولت. مالکان اراضی بایر و دایر شهری نیز موظفند زمین‌های مورد نیاز دولت و شهرداری‌ها را با تقویم دولت به آنان بفروشند. دو قسم اخیر منجر به بحث‌های فراوانی شد که آیا دولت حق محدودسازی حق مالکان را دارد یا خیر؟

شورای نگهبان این طرح قانونی را مغایر با موازین شرع اعلام کرد. سپس رئیس وقت مجلس شورای اسلامی به امام نامه‌ای نگاشت و خواستار تأیید شرعی این قانون بر اساس مصلحت و ضرورت و بر مبنای حکم ثانوی موقت در نظام ایران شد. حضرت امام در تاریخ ۱۳۶۰/۷/۱۹ در پاسخ فرمود: «بسم الله الرحمن الرحيم. آن‌چه در حفظ نظام جمهوری اسلامی دخالت دارد که فعل 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 و باید تصریح شود که هر یک از متصدیان اجرا از حدود مقرر تجاوز نمود، مجرم شناخته می‌شود»<sup>۱</sup>.

امام بعدها ملاک دو سوم آرای نمایندگان را برای تشخیص مصلحت اضافه کرد. قانون مجدداً در مجلس مطرح شد و به شورای نگهبان رفت، اما شورای نگهبان مجدداً قانون را با این استدلال رد کرد که ضرورت در همه کشور یکسان نیست و مجلس تفصیل کافی در مسئله را رعایت نکرده است. سرانجام این مصوبه با اصلاحاتی و بر اساس حکم امام تصویب شد.

بعد از قانون اراضی شهری، چند قانون دیگر نیز دچار اختلاف شد. مهم‌ترین قانون مورد اختلاف که سرانجام منجر به تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام گردید، قانون کار بود. بر اساس این قانون، حکومت می‌تواند در مورد شرایط کار، میزان مزد، ساعات کار، بیمه کارگر و امثال آن در قرارداد کارگر و کارفرما دخالت کند. دولت، مقرراتی را پیش‌بینی می‌کند و طرفین را ملزم می‌سازد که قرارداد خود را در چارچوب مقررات پیش‌بینی‌شده منعقد کنند. برای مثال، کارفرما مکلف می‌شود کارگر را بیمه کند و به میزان معینی، حق بیمه او را بپردازد. آیا چنین الزامی از سوی دولت بر خلاف قرارداد کارگر و کارفرما توجیه شرعی دارد یا خیر؟

۱. مهرپور، حسین، «مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه قانونی آن»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۱،

در مشروعیت این امر شبهه و اشکال وجود داشت؛ زیرا قرارداد کار در فقه، عقد اجاره است که وابسته به اراده طرفین است و اعمال ولایت حاکم در آن وجهی ندارد. راه حلی که برای رفع این اشکال پیشنهاد شد، این بود که این الزام در قبال خدماتی که دولت به افراد می‌دهد، قرار گیرد. اصلی‌ترین بهره از این قاعده نصیب لایحه قانون کار شد که از ابتدای طراحی موجب بحث‌های فراوانی شده بود. در ماده یک این قانون ذکر شد: «کلیه کارفرمایان، کارگران، کارگاه‌ها، مؤسسات تولیدی، صنعتی، خدماتی و کشاورزی که به هر نحو از امکانات دولتی مثل ارز، انرژی، مواد اولیه و اعتبارات بانکی استفاده می‌نمایند، مکلف به تبعیت از این قانون می‌باشند...». این لایحه در اواخر آبان ۱۳۶۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید و برای اظهار نظر به شورای نگهبان فرستاده شد. از بحث‌هایی که در مورد این لایحه به عمل آمد و مذاکراتی که وزیر کار و برخی دست‌اندرکاران تهیه این لایحه با اعضای شورای نگهبان داشتند، معلوم بود که شورای نگهبان با بسیاری از تکالیف و الزامات مقرر در این لایحه موافق نیست و فرمول ذکرشده در ماده اول را برای رفع اشکال کافی نمی‌داند.

شورای نگهبان ضمن وارد کردن ده‌ها اشکال شرعی به مسئله و رد لایحه، نامه‌ای نیز به امام نوشت. پس از مذاکرات گسترده در مورد این قانون، در نهایت، این مباحث، منجر به تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام و ارجاع امور به این مجمع گردید. همان طور که از استدلال‌ها و مواضع فقهای شورای نگهبان استنباط می‌شود، نظارت فقهی این شورا بدون در نظر گرفتن عنصر مصلحت در وضع قوانین صورت می‌گیرد و با وجود دیدگاه حضرت امام که شورای نگهبان، در وضع قوانین و نه در استنباط فقهی به عنصر مصلحت توجه کند، این امر محقق نمی‌شد که در نهایت، منجر به تأسیس نهاد مجمع تشخیص مصلحت نظام شد. رویکردی که تحولات فقهی در راستای اداره نظام و تجربه قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی ایران می‌تواند در اختیار صاحب‌نظران قرار دهد، آن است که اولاً مبتنی بر ادبیات فقهی ایجادشده در موضوع فقه نظام‌ساز یا فقه حکومتی باید به تدوین فقه و صدور فتاوی فقهی در ابعاد مختلف اجتماعی دست زد. در این صورت، قانون‌گذاری از پشتوانه فقهی قابل توجهی برخوردار خواهد شد. در گام بعدی نیز نسبت به آن دسته از موضوعات و مسائل حقوقی جدید که منطقه الفراغ شرعی قرار می‌گیرند، باید مبتنی بر الگوی پیشنهادی یعنی قانون‌گذاری نظام‌مند و مبتنی بر نظریه بومی اقدام کرد.



## نتیجه‌گیری

وجود «منطقه الفراغ» در نظام شریعت، نقضی بر آن نیست، بلکه شارع مقدس برای تأمین نیازهای روز، چنین حوزه‌ای را ترسیم کرده است تا متضمن حوزه انعطاف‌پذیر شریعت در مواجهه با تطور زمان باشد. مبنای قانون‌گذاری در این حوزه، قوانین کلی شرع و قانون اساسی است. از سوی دیگر، نظریه «منطقه الفراغ»، یکی از نظریه‌های پیشینی در نظام حقوق اسلامی است که می‌توان آن را به مثابه نظریه قانون‌گذاری در نظام حقوقی ایران نیز قرار داد. مؤلفه‌های اصلی این نظریه که از خاستگاه فقه امامیه و با انگیزه کارآمد نشان دادن نظام حقوقی مبتنی بر شریعت بیان شده است، عبارتند از:

منطقه الفراغ شرعی به آن معنا نیست که منطقه‌ای خالی از حکم در شریعت اسلامی وجود دارد، بلکه به این معناست که این حوزه، خالی از حکم الزامی است. منطقه الفراغ، حوزه گسترده‌ای را شامل می‌شود، به گونه‌ای که شامل همه اموری است که دلایل فقهی، ممنوعیت یا التزام خاصی را در آن ارائه نکرده است و می‌توان با تکیه بر عقلانیت یا تجربه موفق بشری، قواعد حقوقی وضع کرد. وضع قاعده حقوقی در منطقه الفراغ علاوه بر تأمین ضابطه مصلحت عمومی، مبتنی بر اختیارات حاکم اسلامی انجام می‌گیرد و مشروعیت قانون‌گذاری در منطقه الفراغ از اذن حاکم اسلامی ناشی می‌شود. به عبارت دیگر، قانون‌گذاری و تنفیذ احکام از شأن ولایت فقیه است. البته قانون‌گذار مبتنی بر نظریه منطقه الفراغ نمی‌تواند خارج از حوزه مباحات، حکم صادر کند؛ زیرا در این صورت، فقه از کارکرد خود خارج می‌شود. البته بر اساس عناوین ثانوی، این امکان وجود دارد که حکومت در موارد خاص، الزام قانونی بر خلاف احکام شرعی وضع کند.

ممکن است قانون‌گذار در مقام وضع قاعده حقوقی یا دادگاه‌ها در مقام اجرای این قواعد با تراحم روبه‌رو شوند. در این صورت نیز نیازمند ضوابطی هستند که مبتنی بر آن، به انتخاب مصلحت برتر و وضع یا اجرای قاعده حقوقی متناسب با آن دست بزنند. به نظر می‌رسد یکی از مرجحات برای قانون‌گذاری در منطقه الفراغ، توجه به مصالح حقیقی و نوعی انسان در ابعاد مختلف فردی، خانوادگی و اجتماعی است. به عبارت دیگر، اگر قانونی در تأمین این مصالح ذاتی و نوعی انسان، مصلحت بیش‌تری را فراهم می‌سازد، قانون‌گذار حکیم باید نسبت به ترجیح آن بر قوانین مخل مصالح نوعی یا حتی بی‌اعتنا به آن‌ها اقدام کند.

## فهرست منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب

۱. امامی، محمد و کورش استوارسنگری، **حقوق اداری (جلد ۱)**، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۲. **اندیشه ماندگار**، قم: دبیرخانه کنگره بین‌المللی آیت‌الله العظمی صدر، ۱۳۷۳.
۳. بابایی، ایرج، **حقوق بیمه**، تهران: سمت، چاپ نهم، ۱۳۸۹.
۴. پتفت، آرین و احمد مرکز مال‌میری، **مفهوم و قلمرو اصول کلی حقوق اداری: امکان و چگونگی استناد به آن در رسیدگی‌های قضایی**، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷.
۵. راسخ، محمد، «**حقوق اقتضای حداقلی عدالت**»، در: حق و مصلحت (۲)، تهران: نی، ۱۳۹۲.
۶. جمعی از مؤلفان، **پرسش‌ها و پاسخ‌ها**، قم: مؤسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی، بی تا.
۷. جوادی آملی، عبدالله، **ولایت فقیه**، قم: اسراء، چاپ دوم، ۱۳۷۹.
۸. صدر، سید محمدباقر، **سرچشمه‌های قدرت در حکومت اسلامی**، ترجمه: اکبر ثبوت، تهران: روزبه، ۱۳۷۵.
۹. صدر، سید محمدباقر، **طرح گسترده اقتصاد اسلامی**، ترجمه: فخرالدین شوشتری، تهران: بدر، ۱۳۵۹.
۱۰. طباطبایی، سید محمدحسین، **بحثی در مورد مرجعیت و روحانیت**، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۴۱.
۱۱. عمید زنجانی، عباس‌علی، **کلیات حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران: مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
۱۲. محمدی، ابوالحسن، **مبانی استنباط حقوق اسلامی**، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۹۱.

#### ب) مقاله

۱. آقای طوق، مسلم و سجاد مردانی، «**استناد به اصول حقوقی در آرای دیوان عدالت اداری**»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۴۰۰، سال سوم، شماره ۶.

۲. باصری، بابک، «جستاری بر مفهوم عدالت»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۹۸، شماره ۸۸.
۳. بالوی، مهدی و همکاران، «حکم حکومتی و مصلحت عمومی»، فصل‌نامه پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۲.
۴. پناهی ارسنجانی، سجاد، «تأثیر اندیشه‌های علامه سید محمدباقر صدر در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله انسان پژوهی دینی، ۱۳۸۷، شماره ۱۷ و ۱۸.
۵. خویینی، غفور و همایون رضایی‌نژاد، «مصلحت و مسائل نوظهور حقوق»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۳۹۰، سال دوازدهم، شماره ۳۳.
۶. راعی، مسعود و فرامرز عطریان، «حاکمیت قانون و احکام حکومتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۹۱، سال هفدهم، شماره ۶۳.
۷. سید باقری، سید کاظم، «نقش مصلحت در فقه سیاسی شیعه پس از انقلاب اسلامی»، فصل‌نامه مطالعات انقلاب اسلامی، ۱۳۹۰، سال هشتم، شماره ۲۴.
۸. عباسی، بیژن و فاطمه کیا، «اصل انطباق خدمات عمومی در پرتو قوانین، مقررات و رویه قضایی جمهوری اسلامی ایران»، فصل‌نامه حقوق اداری، ۱۳۹۲، سال اول، شماره ۱.
۹. علی‌اکبری بابوکانی، احسان و احسان آهنگری، «بازپژوهی مبانی قانون‌گذاری در منطقه الفراغ نظام فقهی و حقوقی شیعه (با تأکید بر انگاره صدر)»، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۹۵، سال بیست و یکم، شماره ۸۲.
۱۰. غمامی، سید محمدمهدی، «نسبت آزادی‌ها و امنیت اقتصادی در نظام حقوق اساسی ایران»، فصل‌نامه مطالعات امنیت اقتصادی، ۱۳۹۹، سال اول، شماره ۲.
۱۱. قائدی، عبدالمجید، «تحلیل و ارزیابی نقدهای موجود بر نظریه منطقه الفراغ صدر»، مجله حکومت اسلامی، ۱۳۹۲، سال هجدهم، شماره ۷۰.
۱۲. مولایی، آیت، «موانع و محدودیت‌های حقوق اداره در ایران در فرآیند تأسیس حقوق اداری ایران»، مجله پژوهش‌های نوین حقوق اداری، ۱۳۹۹، سال دوم، شماره ۳.
۱۳. مهرپور، حسین، «مجمع تشخیص مصلحت نظام و جایگاه قانونی آن»، مجله تحقیقات حقوقی، ۱۳۷۱، شماره ۱۰.
۱۴. نظرزاده، عبدالله، «مصلحت و نقش آن در استنباط احکام شرعی و حکومتی»، فصل‌نامه سیاست متعالیه، ۱۳۹۲، سال اول، شماره ۱.

## ۲. عربی

۱. حائری، سید علی اکبر، «منطقه الفراغ فی تشریع الاسلامی»، رسالة التقريب، ۱۳۷۵، شماره ۱۱.
۲. حائری، سید کاظم، اساس الحکومه الاسلامیه، بیروت: مطبعه النيل، چاپ اول، ۱۳۹۹.
۳. صدر، سید محمدباقر، اقتصادنا، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۵.
۴. صدر، سید محمدباقر، الاسلام يقود الحياة، لمحة فقهية تمهيدية، چاپ شده در: المجموعة الكاملة لمؤلفات السيد محمدباقر الصدر، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰.
۵. کلینی، محمد یعقوب، اصول الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷.
۶. مشکینی، علی، اصلاحات الاصول، قم: حکمت، ۱۳۸۴.
۷. الملاط، شبلی، تجدید الفقه الاسلامی، تحقیق: غسان غضن، بیروت: دارالنهج، ۱۹۹۸.

# The scope of government decree in administrative law based on the theory of al-Faragh region

Hassan Salimiporbani\*

Tahereh Sadat Na'imi\*\*

Ali Rabbani Mousavian\*\*\*

## Abstract:

The present research tries to investigate and explain the extent of Al-Faragh region in the thinking of Martyr Sadr and the fundamental rights of Iran, using the analytical and descriptive method and library tools. The most characteristic of this region is the change of government rulings and laws in different time and places. Such as the rulings related to sex change and artificial insemination, which were not discussed in the past, but we are facing them in the present time and in Islamic societies. Legal rules Al-Faragh region is considered as one of the three examples of Islamic ruler's ruling. The first example is the provincial decree which is issued in conjunction with the initial decree in such a way that the Islamic ruler, based on the public interest and in the implementation phase, temporarily closes the first Sharia decree; in the other case, the provincial decree is like the executive orders and rules of the first decree. They act according to Sharia, both of these assumptions are different from the established provincial decrees; the third example is the provincial decrees or the established provincial decrees regarding Al-Faragh region, which includes many legal rules, including laws and regulations. In Iran's legal system, the theory of Al-Faragh region It is acceptable and many acts of the legislature can be examined in this form of this theory. On the other hand, the scope of this theory includes new and invented issues. field, it is possible to use the theory of al-Faragh region as a basis and rule of law.

**Keywords:**al-Faragh region, government decree, constitutional rights, administrative rights, expediency.

---

\*. PhD student, Theology and Islamic Studies, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Semnan Branch, Islamic Azad University, Semnan, Iran. Salimi.hassan5834@gmail.com,

\*\* . Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Islamshahr Branch, Islamic Azad University, Islamshahr, Iran and Director of Sishteran Seminary, Islamshahr, Iran. (Corresponding Author) tsnaimi@gmail.com

\*\*\*. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Law, Faculty of Literature and Humanities, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran, a.rabbani110@yahoo.com