

## در آمدی بر سکوت عمدی قانون در موارد وجود حکم شرعی

دریافت: ۱۴۰۴/۳/۱۰ تأیید: ۱۴۰۴/۷/۲ حسنعلی علی‌اکبریان\*

### چکیده

مقاله حاضر سکوت عمدی قانون در موارد وجود حکم شرعی را از پنج زاویه مطالعه کرده است: نخست عواملی که موجب می‌شود قانون‌گذار در باره یک حکم شرعی، با وجودی که مقتضی قانونی شدن را دارد، سکوت کند؛ دوم اهدافی که قانون‌گذار از این سکوت دنبال می‌کند؛ سوم اقتضائات فقهی این اهداف؛ چهارم بررسی وضعیت فعلی قانون‌گذاری نسبت به این اقتضائات و در نهایت پیشنهادهایی برای اصلاح وضعیت موجود. بنابراین، سؤال مقاله عبارت است از بررسی فقهی عوامل، اهداف و اقتضائات سکوت عمدی قانون در موارد وجود حکم شرعی و مقایسه آن با نظام قانون‌گذاری ج.ا.ا. یافته‌های مقاله که به روش فقهی به دست آمده است، نشان می‌دهد این عوامل عبارتند از: ۱. وجود مفسده اهم در وضع قانون ناشی از ناتوانی اجرای آن، فشار افکار عمومی، فشارهای بین‌المللی، مصلحت تدرج و تزامم؛ ۲. وجود مصلحت آزادی مردم یا مردم و قضات در عمل به فتاوی مختلف فقها. اهداف قانون‌گذار از چنین سکوتی عبارت است از: ۱. عدم اجرای آن حکم شرعی؛ ۲. اجرای آن بدون تقید به الزامات قانونی برای مردم، اما با وحدت رویه برای قضات و ۳. اجرای آن بدون الزامات قانونی، حتی برای قضات. اقتضائات سکوت قانون در همه اهداف نیازمند نظارت قانونی و در دو هدف نخست نیازمند اعمال ولایت است.

### واژگان کلیدی

قانون‌گذاری، حکم شرعی، حکم ولایی، سکوت قانون، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت

\* دانش‌آموخته حوزه علمیه و دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی: ha.aliakbarian@isca.ac.ir

## مقدمه

محل بحث این مقاله جایی است که یک حکم شرعی اقتضای قانونی شدن را دارد، اما عواملی مانع از آن می‌شود و قانون‌گذار آگاهانه و از روی عمد در برابر وضع آن قانون سکوت می‌کند؛ درحالی‌که قانون‌گذار در مجموع نظام حقوقی، باید به طور شفاف وظیفه مردم و قضات را در موارد سکوت قانون روشن کرده باشد؛ بنابراین، چهار نوع دیگر از سکوت قانون محل بحث نیست:

**نخست:** سکوت قانون در باره آن دسته از احکام شرعی که اصلاً اقتضای وضع قانون بر اساس آن‌ها وجود ندارد.

**دوم:** سکوت عمدی در مجموع نظام حقوقی، که نباید هیچ‌گونه سکوتی در آن وجود داشته باشد و موضع حکومت باید در قبال همه اموری که اقتضای قانونی شدن را دارند، روشن باشد و مردم و قضات در این باره در حیرت و سرگردانی نباشند.

**سوم:** سکوت غیر عمدی قانون که اگر از روی سهو و جهل و مانند آن باشد. چنین سکوتی باید با وضع قانون یا رأی وحدت رویه جبران شود.

**چهارم:** سکوت قانون در جایی که حکم شرعی وجود ندارد.

هم‌چنین این مقاله مبتنی بر مبنای ولایت مطلقه فقیه است و پیش‌فرض می‌گیرد که قانون در موارد وجود احکام شرعی، در دو فرض باید به صورت حکم ولایی صادر شود: یکی در موارد اختلاف فتوا و دیگری در جایی که قانون به دلیل مصالحی و عروض عناوین ثانوی، مغایر با مرّ حکم شرعی وضع می‌شود (علی‌اکبریان، ۱۴۰۳، ص ۲۷۶-۲۶۴).

روش این مقاله فقهی است و موضوع آن مربوط به قانون‌گذاری است؛ یعنی به وضعیت موجود سکوت عمدی قانون در نظام قانون‌گذاری ما نظر دارد.

نوآوری مقاله در تبیین عوامل و اهداف و اقتضائات فقهی سکوت عمدی قانون در موارد وجود حکم شرعی و ارائه پیشنهادهایی برای اصلاح وضعیت موجود است.

## تبیین اجمالی مشکلات فقهی سکوت عمدی قانون در وضعیت موجود

سکوت عمدی قانون در موارد وجود حکم شرعی، در قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران با مشکلاتی مواجه است:

۱. نظریه شفاف و تعریف‌شده‌ای آن را پشتیبانی و مدیریت نمی‌کند. سکوت عمدی قانون بیش‌تر در جایی مطرح شده است که حکومت نمی‌تواند یک حکم شرعی را اجرا کند یا اجرای آن دارای مفسده است (یعنی هدف اول برای سکوت عمدی قانون)؛ در حالی که اولاً در همین مورد نیز مباحث فقهی آن بحث شایسته ندارد و ثانیاً اهداف دیگر (یعنی هدف دوم و سوم سکوت عمدی قانون) مغفول مانده است.

۲. فرایند وضع قانون (در مقابل فرایند سکوت عمدی قانون) در قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران، مشمول نظارت شورای نگهبان و مصلحت‌اندیشی مجمع تشخیص مصلحت است. اما در فرایند سکوت عمدی قانون، تصمیم‌گیری توسط دولت و مجلس انجام می‌شود و نوبت نظارت و مصلحت‌اندیشی در آن، به شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام نمی‌رسد. در حالی که سکوت عمدی قانون در موارد وجود حکم شرعی از اموری است که مانند موارد وضع قانون نیازمند چنین نظارتی است.

وضعیت موجود قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران، به‌گونه‌ای طراحی شده است که عنصر نظارت، برای تضمین اسلامیت قوانین در آن، فقط در وضع قانون تأمین شده است و مسیر سکوت قانون در آن، بدون عنصر نظارت شورای نگهبان و مصلحت‌اندیشی مجمع تشخیص مصلحت صورت می‌گیرد. سکوت قانون، در وضعیت فعلی، از دو مسیر رخ می‌دهد:

سکوت نسبت به یک حکم شرعی در لایحه دولت و طرح مجلس؛

عدم تصویب قانون مربوط به یک حکم شرعی در مجلس؛ گرچه در لایحه و طرح آمده باشد.

در هیچ یک از این دو مسیر، عنصر نظارت قانونی در سکوت قانون، آن‌گونه که در موارد وضع قانون توسط شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت وجود دارد، دخالت داده نشده است.

چالش وضعیت موجود در نظارت بر سکوت قانون در دو مورد است: ۱. آن‌جا که

باید سکوت شود، ولی مصوب مجلس سکوت نکرده است؛ ۲. آن جا که نباید سکوت شود، ولی مصوب مجلس سکوت کرده است. در مورد اول، اگر قانون بر اساس حکم شرعی، در مجلس شورای اسلامی تصویب شود و فقهای شورای نگهبان وجود عواملی که اقتضای سکوت قانونی را دارد در آن احراز کنند، عملاً نمی‌توانند مصوبه مجلس را رد کنند؛ زیرا آن مصوبه مطابق حکم اولی شرعی است؛ بنابراین، نوبت تصمیم‌گیری در سکوت قانون به مجمع تشخیص مصلحت نیز نمی‌رسد.

در مورد دوم نیز از آن جا که شورای نگهبان قانون‌گذار به‌شمار نمی‌آید، نمی‌تواند حکم شرعی مسکوت‌مانده در قانون مصوب را به آن اضافه کند و یا مصوبه را به دلیل فقدان قانون مربوط به آن حکم شرعی رد کند. رویه فقهای شورای نگهبان نیز این نبوده است که در باره سکوت قانون تصمیم بگیرند. تأیید قانون مجازات اسلامی که حکم مجازات مرتد در آن مسکوت مانده است، از این قبیل است.

۳. در موارد وضع قانون، فرایند ولایی بودن قانون، برای مشروعیت بخشی به آن؛ یعنی جواز الزام آن بر مردم و بر قضات از سوی حکومت، در وضعیت فعلی، با اعمال ولایت فرایندی؛ یعنی تنفیذ ولایی نهادهای سه‌گانه مجلس، شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت، قابل توجیه و تفسیر است؛ زیرا هم تنفیذ ولایی این نهاد از سوی رهبر است، هم خاستگاه انتخاب فقهای شورای نگهبان و اعضای مجمع تشخیص مصلحت برای رعایت اموری است که در حکم ولایی او دخالت دارد. اما فرایند ولایی بودن سکوت قانون، در وضعیت فعلی، از ابهام جدی برخوردار است. زیرا خاستگاه انتخاب اعضای دولت و مجلس چیزی نیست که با تنفیذ ولایی نهاد دولت و نهاد مجلس تأمین‌کننده همان اموری باشد که در تنفیذ ولایی شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت وجود دارد.

در حالی که سکوت عمده قانون در هدف اول و دوم نیازمند اعمال ولایت است. یعنی اگر قانون‌گذار در هدف اول خود از سکوت می‌خواهد آن حکم شرعی توسط قضات اجرا نشود، وقتی می‌تواند قضات را الزام به عدم اجرای آن حکم شرعی کند که با حکم ولایی عدم اجرای آن حکم شرعی را الزامی کرده باشد و الا از نظر شرعی بر قضات لازم است به آن حکم شرعی عمل کنند. هم‌چنین در هدف دوم که قانون‌گذار

می‌خواهد قضات بر اساس فتوای واحدی قضاوت کنند و از فتوای خود پیروی نکنند، این الزام فقط با حکم ولایی مشروعیت پیدا می‌کند.

۴. در تلقی از اصل ۱۶۱ قانون اساسی، ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری و آیین‌نامه وظایف و اختیارات دیوان عالی کشور، دیوان عالی کشور وظیفه صدور رأی وحدت رویه بر اساس یکی از آرای قضایی متفاوت و صادرشده را دارد. یعنی هم دیوان ملزم به صدور رأی وحدت رویه است و هم رأی او باید بر اساس یکی از احکام قضایی‌ای باشد که قبلاً توسط قضات صادر شده است. در حالی که هم این الزام به صدور رأی و هم الزام به انتخاب یکی از آرای قضایی صادرشده، خلاف مبانی فقهی است. یعنی بنا بر هدف سومی که در این مقاله بیان می‌شود، در برخی موارد قانون‌گذار باید دست قضات را در عمل به فتاوا آزاد بگذارد و آنان را ملزم به قضاوت بر اساس یک فتوای معین نکند و اگر هم در برخی موارد دیگر بر اساس هدف دومی که در این مقاله گفته می‌شود می‌خواهد قضات را ملزم به رعایت یک فتوای واحد کند، آن فتوای واحد باید فتوای معیار در قانون‌گذاری باشد، نه الزاماً فتوای مستند یکی از آرای قضایی صادرشده قبلی توسط قضات.

تبیین تفصیلی و اثبات این مشکلات فقهی، که مسأله مقاله را سامان می‌دهد، در مقاله دیگری قابل مطالعه است (علی‌اکبریان، پاییز و زمستان ۱۴۰۰، ص ۷-۳۸) و در این مقاله، به عنوان پیش‌فرض پذیرفته می‌شود. در این مقاله، که روش آن تحلیل فقهی است، عوامل و اهداف و اقتضائات فقهی سکوت عمدی قانون در موارد وجود حکم شرعی معرفی و ادله و شواهد آن بیان شده است. این مقاله علاوه بر این که مشکلات فقهی یاد شده را حل می‌کند، می‌تواند بهترین کارایی را برای سکوت عمدی قانون ترسیم کند.

### عوامل سکوت عمدی قانون

گاه در برابر اقتضای وضع قانون بر اساس یک حکم شرعی موانعی پیش می‌آید که قانون‌گذار را وادار به مصلحت‌اندیشی در قانونی‌کردن یا سکوت در باره آن حکم شرعی می‌کند. این عوامل را می‌توان در دو دسته زیر تقسیم کرد:

دسته نخست از عوامل، وجود مفسده اهم در وضع قانون بر اساس یک حکم

شرعی به دلیل:

۱. ناتوانی در اجرای قانون، فشار افکار عمومی و فشارهای بین‌المللی؛  
۲. مصلحت تدرج ناشی از جدیدالعهد بودن جامعه اسلامی، یا تعطیل عمومی برخی از احکام اسلام در جامعه؛

۳. تراحم قانونی کردن یک حکم شرعی با امر اهم.

در همه این عوامل نوعی مفسده موقت در قانونی کردن یک حکم شرعی وجود دارد و اقتضا می‌کند که قانون‌گذار در وضع قانون بر اساس آن حکم شرعی سکوت کند، یا اگر قانونی در موضوع آن حکم شرعی وضع می‌کند، قیودی از آن را حذف یا به آن اضافه کند که اجرای آن را فاقد مفسده کند. در موارد حذف قیودی از موضوع حکم شرعی، سکوت عمدی از آن قیود رخ داده است.

دسته دوم از عوامل، وجود مصلحت آزادی مردم در عمل به فتاوی فقها؛ این مصلحت، خود، دو حالت دارد:

۱. مصلحت آزادی مردم در عمل به فتاوا، و مصلحت قضاوت قضات بر اساس قانون؛  
۲. مصلحت آزادی مردم و قضات در عمل به فتاوا.  
مصلحت آزادی مردم در عمل به فتاوی فقها، معمولاً در سکوت عمدی قانون‌مورد توجه قرار نمی‌گیرد و در نظام حقوقی ما، سکوت عمدی قانون، بیش‌تر وقتی مطرح می‌شود که مفسده‌ای در برابر اقتضای وضع قانون ایستادگی کند؛ در حالی که چنین نیست و مصلحت آزادگذاری مردم و حتی مصلحت آزادگذاری قضات در عمل به وظیفه شرعی خودشان، گاه برتر از مصلحت وحدت موضع حکومت بر اساس یک فتوای معین است.  
مطالب زیر می‌تواند دلیل و شاهد این عوامل باشد:

### ناتوانی حکومت در اجرای حکم شرعی

اگر حکومت قدرت اجرای یک حکم شرعی را نداشته باشد، نه تنها تکلیف او در اجرای آن حکم از عهده‌اش برداشته می‌شود، بلکه وضع قانونی که قدرت اجرای آن وجود ندارد، لغو می‌شود و صدور حکم ولایی نیز در آن بی‌معنا است.

توضیح آن که: قدرت، یا شرط جعل است یا شرط فعلیت و یا شرط تنجز حکم (حسینی زیدی، ۱۳۹۸، ش ۱، ص ۹۳-۱۱۰). بنا بر همه این مبانی، وقتی حکومت عاجز از اجرای یک حکم شرعی است، وظیفه‌ای نسبت به اجرای آن نخواهد داشت. در این صورت، حق ندارد حکم ولایی در اجرای آن صادر کند؛ زیرا اولاً: با حکم ولایی، تکلیف مستقلاً در اجرای حکمی ایجاد می‌کند که شارع اجرای آن را نخواست است و چنین حکم ولایی‌ای بدون خاستگاه مشروع است؛ ثانیاً: عواملی که باعث عجز حکومت از اجرای حکم شرعی می‌شود، یا ناشی از عجز خود حکومت در اجرای آن است و یا ناشی از مفسده‌ای است که به طور موقت در اجرای آن حکم شرعی وجود دارد. در حالت دوم - که تحقق آن نسبت به حالت اول بیشتر است - اجرای حکم شرعی مفسده موقت دارد و حکم ولایی به مضمون اجرای آن، حکم ولایی دارای مفسده است. به عبارت دیگر، در این موارد، سقوط تکلیف در آن، در فرض وجود مفسده مهم، از باب عزیمت است، نه رخصت.

### مصلحت تدرج

عامل مصلحت تدرج ناشی از جدیدالعهده بودن جامعه اسلامی، یا تعطیل عمومی برخی از احکام اسلام در جامعه، می‌تواند به امور زیر مستند شود:

**الف)** احکام اسلام به هم پیوسته‌اند. برای نمونه، فلسفه تفاوت ارث زن و مرد در روایات، به احکام مهریه، وجوب نفقه، جهاد و ضمان دیه بر عاقله مرتبط شده است (صدوق، ۱۳۸۶ق، ج ۲، ص ۵۷۱-۵۷۰)؛ یعنی فلسفه نابرابری ارث مرد و زن با احکام مهریه و وجوب نفقه و جهاد بر مرد و ثبوت ضمان دیه بر عاقله توجیه شده است؛ گرچه حکم نصف بودن ارث زن نسبت به ارث مرد در مقام جعل، مقید به اجرای آن احکام مرتبط نشده است. یعنی حکم مطلق است، اما مصلحت آن مقید است. در این جا به جای مثال ارث که حکمی قرآنی و اجماعی است، از مسأله نصف بودن دیه زن نسبت به دیه مرد استفاده می‌کنیم. یعنی فرض می‌کنیم فلسفه نصف بودن دیه زن نسبت به دیه مرد، اختلاف آنان در همین احکام نفقه و مهریه و ضمان عاقله و جهاد است. حال، اگر در فرهنگ عمومی یک

جامعه، احکام مهریه، ضمان عاقله و وجوب نفقه عملاً اجرا نشود و جهادی هم در کار نباشد (یعنی این احکام از فرهنگ آن جامعه رخت بر بسته باشد و اجرا نشود)، اجرای احکام مربوط به تفاوت دیه زن و مرد در آن جامعه ظالمانه می‌نماید. حتی اگر قانون‌گذار، این احکام تعطیل شده را نیز به همراه احکام تفاوت دیه زن و مرد قانونی کند. این عامل می‌تواند به شکل تدرّج در انطباق قوانین با احکام اسلام، در قانون‌گذاری تأثیر داشته باشد.

توضیح آن‌که: حکومت همان‌گونه که باید احکام اسلام را در جامعه محقق کند، درباره مقاصد شریعت و اهداف دین و به‌ویژه عدالت نیز دارای مسئولیت است (علی اکبریان، ۱۳۹۵، ش ۱، ص ۴۷-۱۹). اگر ارتباط فلسفه برخی از احکام با یکدیگر در عالم ملاکات احراز شود و حکومت، وضعیت جامعه را چنین بیابد که برخی از این احکام مرتبط در جامعه به شکل عمومی و فراگیر (نه فردی و موردی) تعطیل شده و اجرای حکم دیگر، اهداف خود را تأمین نمی‌کند و ظالمانه می‌نماید، حکومت باید نخست در اجرایی کردن آن احکام تعطیل شده بکوشد تا زمینه قانونی کردن آن حکم نیز بدون تلقی ظلم فراهم شود؛ یعنی در ابتدا باید با سکوت در باره آن حکم، به صورت تدریجی، از تحقق ظلم موقت و موقعیتی جلوگیری کند و سپس با عمومی کردن آن احکام تعطیل شده در سطح جامعه، چهره ظلم را از آن حکم بزدايد و آن را قانونی کند.

در این جا برای پرهیز از خلط مبحث، تصریح می‌شود چنین تدرّجی در مقام استنباط حکم شرعی دخالت ندارد؛ زیرا با پایان دوران رسالت، شریعت اسلام تکمیل شده است و فقیه در مقام استنباط باید آن را بشناسد و تحولات متغیر جامعه دخالتی در این شناخت ندارد. با وجود این، تدرّج در مقام اجرای حکم شرعی در جامعه - که امروز در احکام اجتماعی با قانون‌گذاری انجام می‌شود - می‌تواند نقش داشته باشد و فقهی که می‌خواهد در این قانون اعمال ولایت کند، باید اسباب این تدرّج را احراز کند.

به عبارت دیگر، در فرض تحقق چنین حالتی؛ گرچه فقیه، ارتباط عالم ملاک این احکام را به عنوان «علت» نمی‌پذیرد و مثلاً در مقام فتوا، حکم تفاوت دیه را مقید به اجرای آن احکام دیگر نمی‌کند، ولی می‌پذیرد که «حکمت» این احکام با یکدیگر مرتبطند و در فرض تعطیل عمومی آن احکام دیگر، حکمت تفاوت دیه محقق نمی‌شود

و همین تحقیق نیافتن حکمت حکم است که تلقیِ ظلم را در پی دارد. از آنجا که فقیه در مقام قانون‌گذاری (نه در مقام استنباط) در برابر حکمت‌های احکام و مقاصد شریعت نیز مسؤولیت دارد، باید آن را در قانون‌گذاری لحاظ کند.

به دیگر سخن، تحقیق چنین حالتی، باعث رخ دادن عنوانی ثانوی می‌شود، و از آنجا که این عنوان ثانوی بروز اجتماعی دارد، تنفیذ حکم آن نیازمند حکم ولایی است، تا از هرج و مرج پرهیز شود. ابزار تنفیذ این حکم ثانوی قانون است. پس، گرچه فقیه در این حالت از قانونی‌کردن حکم اولی شریعت، به دلیل پیدایش عنوان ظلم، پرهیز می‌کند، ولی در واقع، حکم ثانوی شریعت را در ظرف زمانه خود به‌طور موقت تنفیذ کرده است. (علی‌اکبریان، ۱۳۹۵، ش ۱، ص ۳۶-۳۴).

چنین تدرّجی در غیر قانون‌گذاری؛ یعنی در پرورش فرزند، تربیت تازه‌مسلمان و آگاه‌سازی جامعه‌ای که تازه تشکیل حکومت اسلامی داده است نیز نقش دارد. قانون‌گذاری در جامعه‌ای که احکام اسلام در آن اجرا نمی‌شده و تازه حکومت اسلامی تشکیل داده و بنای اسلامی‌کردن قوانین را دارد، باید به‌گونه‌ای باشد که اجرای هیچ حکمی در آن ظالمانه نباشد.

شایسته ذکر است: تدرّج در مقام قانون‌گذاری، خود دارای مراحل است؛ گاه به طور کلی از قانونی‌کردن یک حکم شرعی سکوت می‌کند؛ مثلاً گناهی را که در اسلام دارای مجازات است، جرم‌انگاری نمی‌کند و در نظام حقوقی نیز به قانونی‌بودن جرم و مجازات تصریح می‌کند. گاه حکم شرعی را با تغییراتی قانونی می‌کند؛ مثلاً مرتبه ضعیف آن گناه را جرم‌انگاری می‌کند، یا مجازات خفیف‌تری برای آن معین می‌کند. در هر صورت، از قانونی‌کردن مرّ حکم شرعی سکوت کرده است.

ب) روایت نبوی خطاب به عایشه:

«لولا أن قومك حديث عهدهم بجاهلية لهدمت الكعبة ثم لجعلت لها بابين» (احمد بن حنبل،

بی‌تا، ج ۶، ص ۱۷۶).

در این روایت، دلیل اجرانشدن آن‌چه حضرت ﷺ صحیح و به‌حق می‌دانسته، تازه‌مسلمان شدن مردم بیان شده است. روایات دیگری نیز در باره تغییرات بنای کعبه و

چینش سنگ‌های ملحق به آن به دست مشرکین وجود دارد که از اصلاحات آن حضرت، تنها بازگرداندن مقام ابراهیم به دیوار کعبه پس از فتح مکه نقل شده است (صدوق، ۱۳۸۶ق، ج ۲، ص ۴۲۳). حتی پس از این که در دوران خلیفه دوم، مقام ابراهیم به جایگاه دوران جاهلیتش باز گردانده شد (ابن اثیر، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۵۶۲)، حضرت امیر علیه السلام نیز در دوران خلافت خود، به دلیل پافشاری مردم بر سنت عمر از اصلاح آن خودداری کرد (کلینی، ۱۳۸۹ق، ج ۸، ص ۵۹)، کما این که از اصلاح اقامه جماعت نافله رمضان به همین دلیل صرف نظر فرمود (همان، ص ۶۳-۶۲).

ج) تعمیم حکمت سلوک شارع در نزول قرآن و تشریح احکام: شارع در تشریح احکام و انزال قرآن، روش تدرّج را در پیش گرفت. حکمت این تدرّج را می‌توان به قانون‌گذاری نیز توسعه داد. ممکن است اشکال شود که حکمت احکام، به اتفاق فقیهان، منحصر نیست و بنا بر رأی مشهور، معمم هم نیست (شیری زنجانی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۰)، پس این سرایت حکمت نابجا است. در پاسخ به چنین اشکالی می‌توان گفت عدم تعمیم و تخصیص به حکمت حکم، اولاً: به «حکمت حکم» مربوط است و «حکمت سلوک شارع» حکمت حکم نیست؛ ثانیاً: این در «استنباط احکام» است و قانون‌گذاری استنباط حکم نیست، بلکه مدیریت اجرای احکام در جامعه است. سلوک یادشده شارع نیز نوعی مدیریت در تبلیغ دین و شریعت است. وضع قانون برای اجرا است و قانون‌گذاری که آن را وضع می‌کند، باید زمینه‌های امکان اجرای آن را نیز لحاظ کند.

به هر حال، حکمت سلوک شارع در نزول تدریجی قرآن، «خواننده‌شدن بر مردم با درنگ و تأمل» (اسراء (۱۷): ۱۰۶) و «استواری قلب پیامبر اکرم» (فرقان (۲۵): ۳۲) بوده است. این امور به قابلیت مردم و آن حضرت صلی الله علیه و آله مربوط می‌شود که نیازمند این تدرّج بوده‌اند. سلوک تدرّج در تشریح احکام (نه در نزول قرآن) نیز به احکامی مربوط می‌شود که ریشه در عادت و فرهنگ مردم داشت و شارع تغییر در سبک زندگی آنان را گام‌به‌گام پیش برد و به یک‌باره انجام نداد؛ مانند تدرّج در تشریح حرمت خمر (سید سابق، ۱۹۷۷م، ج ۲، ص ۳۶۸) یا تدرّج در تشدید تحریم خمر (عزه دروزه، ۱۴۲۱ق، ج ۶، ص ۳۹۰). فلسفه چنین سلوکی، روانی پذیرش مردم و آسانی اجبار آن بوده است (طباطبایی، بی تا، ج ۴، ص ۱۵۹).

این سلوک گرچه در باره قانون‌گذاری نیست، ولی فلسفه آن زمینه‌سازی برای تغییر گام‌به‌گام در سبک زندگی است. قانون‌گذاری نیز می‌خواهد سبک زندگی را در جامعه اصلاح کند.

## تزام

از شرایط قانون‌گذاری بر اساس احکام اسلام آن است که باید احکام اسلام و اهداف و مقاصد شریعت در آن رعایت شود (علی‌اکبریان، ۱۳۹۹، ش ۳، ص ۵۳-۵۱). هرگاه لزوم رعایت یک حکم شرعی در قانون‌گذاری با لزوم رعایت یک حکم دیگر یا لزوم رعایت یکی از مقاصد شریعت (مانند عدالت) تزام کرد، قانون‌گذار باید جانب اهم را رعایت کند. در این حالت، در باره طرف غیر اهم یا باید در باره آن سکوت کند و یا قانونی مغایر با آن و مطابق با حکم اهم وضع کند. بنابراین؛ تزام یادشده یکی از عوامل سکوت قانونی است.

تبیینی که از تزام ارائه شد، مطابق با نظریه تزام واجبات شرطی در قانون‌گذاری است (همان، ص ۶۲-۳۷). آنچه این مقاله بر آن تأکید دارد، متوقف بر نظریه تزام واجبات شرطی در قانون‌گذاری نیست و با دیگر نظریات در مسأله قانون‌گذاری در ظرف تزام نیز قابل تبیین است. به این بیان که هرگاه اجرای دو حکم شرعی با هم تزام کردند و تصمیم‌گیری در آن بر عهده حاکم اسلامی بود، حکومت باید با وضع قانون و اعمال ولایت، طرف اهم را رعایت کند و در باره حکم غیر اهم یکی از دو روش سکوت یا وضع قانون مغایر با حکم غیر اهم را انتخاب کند (علی‌اکبریان، ۱۴۰۱، ش ۱، ص ۳۳-۹). به عبارت دیگر، تفاوت نظریات مختلف در تبیین اطراف تزام، تمایزی را در بحث سکوت عمدی قانونی ایجاد نمی‌کند.

## مصلحت آزادی مردم در عمل به فتاوی مراجع

عامل مصلحت آزادی مردم در عمل به فتاوی مراجع دو جنبه دارد: یک جنبه به حسن امتثال حکم شرعی و دیگری به آرامش فضای روانی جامعه مربوط می‌شود.

در باره حسن امتثال حکم شرعی می‌توان گفت کیفیت عملی که از روی انتخاب، اختیار و آزادی انجام می‌شود، برتر از کیفیت عملی است که از روی اجبار باشد. طبیعت قانون، الزام و اجبار حکومتی و مجازات و جریمه در فرض تخلف است. حسن امتثال و برتری کیفیت عمل، خود دو حیثیت دارد که هر دو حائز اهمیت است: نخست از حیث تأثیری که بر رشد و تکامل انسان دارد. به وجدان می‌توان یافت که تمشق قصد قربت در توصلیات در فرض فقدان قانون حکومتی آسان‌تر از آن در فرض وجود قانون حکومتی است.

دوم از حیث تحقق هدفی که تشریح حکم در پی آن است. کیفیت عملی که به انگیزه الهی انجام شود، هدف از حکم شرعی را بهتر تأمین می‌کند. نه فقط به این دلیل که چشم الهی بیناتر از دوربین‌ها و مأموران نظارت قانون هستند، بلکه چون شوق پسند الهی بهترین امتثال را در پی دارد.

ممکن است گفته شود: کسی که انگیزه الهی دارد، قانون از انگیزه او نمی‌کاهد، بلکه انگیزه مضاعف ایجاد می‌کند. در پاسخ می‌گوییم: شاید در جامعه کاملاً یک‌پارچه و مؤمن چنین باشد، اما همواره چنین نیست و تجربه نشان داده است آن‌جا که فاصله‌ای میان فرهنگ عمومی و حاکمیت باشد، الزام قانونی لجاجت را تشدید و انگیزه امتثال را تضعیف می‌کند و از کیفیت امتثال نیز می‌کاهد. لذا این نکته به عنوان یک مصلحت موقعیتی در قانون‌گذاری مجال می‌یابد و نویسنده نیز در چنین فرضی بر این مصلحت اصرار دارد.

ممکن است گفته شود: در احکام توصلی که قوانین در آن حوزه هستند، آثار وضعی عمل مطلوب است و این آثار وابسته به انگیزه نیستند (قدردان قراملکی، ۱۴۰۳، ش ۲، ص ۳۵-۱۷). قانون اگر بتواند مسیر ارتکاب حرام را بر کسانی که متشرع نیستند ببندد توانسته است از بروز آثار وضعی حرام در جامعه بکاهد و همین نکته در مصلحت وضع قانون کافی است. در پاسخ می‌گوییم: صحیح است، ولی این مصلحت نافی وجود مصلحت پیشین نیست، و با آن در تراحم است و قانون‌گذار همواره باید در سنجش اهمیت مصالح و مفاسد پیرو مصلحت اهم در زمانه خود باشد و مصلحت زمانه نیز متغیر است.

جنبه دوم مربوط به آرامش فضای روانی جامعه است. نظام مرجعیت و تقلید مردم

از فقیهی که از نظر خودشان اعلم است، آرام‌ترین فضای روانی جامعه در تدین را ایجاد می‌کند. وضع قانون بر اساس یک فتوای معین از دو حیث باعث می‌شود یک حالت روانی نامناسب، دوگانه و پریشان در جامعه ایجاد کند:

حیثیت نخست آن است که قانون در حکومت مشروع و ولایی بر سایر فتاوا در آن موضوع مقدم است. این تقدم گر چه از نظر شرعی مقبول است (علی‌اکبریان، ۱۳۹۱، ش ۷۳، ص ۶۶-۴۶)، اما با از بین بردن اعتبار سایر فتاوا برای امثال و تقلید از مرجعی که مکلف او را اعلم می‌داند، آن آرامش فضای روانی دینداری بر هم می‌خورد.

حیثیت دوم مربوط به اختلاف مراجع در حیطه اختیارات حکومت اسلامی در قانون‌گذاری است. گرچه اطاعت از حکم ولی فقیهی که قائل به ولایت مطلقه است بر فقهای که ولایت مطلقه را قبول ندارند نیز واجب است (تبریزی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۴۰-۳۸)، ولی به هر حال، آرامش روانی دینداری مردم مصلحتی است که قانون‌گذار باید آن را لحاظ کند و در اهم و مهم کردن مصالح به آن نیز بیندیشد.

مصلحت آزادی مردم در عمل به فتاوی فقها قانون‌گذار را بر آن می‌دارد که در فرض احراز اهم بودن آن نسبت به سایر مصالحی که در همین بند بیان شد، از قانونی کردن آن حکم شرعی سکوت کند و اجرای آن را به مردم بر اساس فتاوی خودشان وا گذارد. اما مصلحت دیگری وجود دارد که باعث می‌شود قضات را در موارد قضاوت در آن حکم شرعی ملزم به یک فتوای واحد کند؛ آن مصلحت، عدالت صوری در قضاوت حکومتی و پرهیز از هرج و مرج قضایی و مانند آن است.

### مصلحت آزادی قضات

در مصلحت چهارم، حکومت مردم را در عمل به فتاوی فقها آزاد می‌گذاشت، ولی مصلحت عدالت صوری در قضاوت حکومتی مانع از آزادگذاری قضات می‌شد؛ در مصلحت پنجم، مصلحت اهمی در برابر این عدالت صوری قرار می‌گیرد که باعث سکوت قانون، حتی برای قضات می‌شود؛ مانند مصلحت حفظ نظام اجتماعی مرجعیت که اقتضای سکوت قانون در باره احکام خمس، حتی برای قضات را دارد.

## اهداف سکوت عمدی قانون

قانون‌گذار از گذر سکوت عمدی قانونی می‌خواهد به یکی از سه هدف زیر دست یابد: هدف نخست: قانون‌گذار اجرای یک حکم شرعی توسط حکومت را در شرایط زمانه خود به طور موقت دارای مفسده اهم بداند و با سکوت قانونی بخواهد جامعه را از آن مفسده برهاند. این هدف با عدم اجرای آن حکم شرعی توسط حکومت تأمین می‌شود. پس سکوت قانون در این مورد، باید دلالت بر ضمانت عدم اجرای آن حکم شرعی توسط حکومت داشته باشد. سازوکاری که در حقوق جزا می‌تواند چنین دلالتی داشته باشد، عبارت است از: تصریح در قانون اساسی به قانونی بودن جرم و مجازات و سکوت قانونی در جرم‌انگاری یک فعل که در شریعت حرام و دارای مجازات است.

هدف دوم: قانون‌گذار به دلیل موانع یادشده، مصلحت را در این بیند که مردم را در عمل به یک حکم شرعی (که اقتضای قانونی شدن را دارد) بر اساس فتاوی خودشان (اجتهاداً یا تقلیداً) آزاد بگذارد و آن حکم شرعی را توسط قانون مستند به یک فتوای واحد بر مردم محدود نکند، اما در هنگام منازعه و رجوع مردم به قضات، حکومت، یک فتوای واحد را در محاکم قضایی اجرا کند. در این حالت، حکومت آن حکم شرعی را در قانون نمی‌آورد تا بر همگان الزامی نشود و مردم بتوانند بر اساس فتاوی فقها، در آن به وظیفه خود عمل کنند. اما هرگاه در باره موضوع آن حکم شرعی منازعه‌ای رخ داد و مردم به دادگاه رسمی کشور مراجعه کردند، حکومت به وسیله یک قانون غیر مصرح، آن را برای قضاوت قضات الزامی کند. یعنی قاضی ملزم باشد بر اساس آن قضاوت کند. سازوکاری که امروز می‌تواند (با تغییراتی که مقاله حاضر در آن پیشنهاد کرده است) چنین کاری کند، رأی وحدت رویه توسط دیوان عالی کشور است که فتوای واحدی را در باره آن برای قضات تعیین می‌کند.

شایسته ذکر است: در وضعیت موجود، رأی وحدت رویه فقط بر اساس آرای قضایی متفاوت صادر شده انتخاب می‌گردد، اما در این مقاله اولاً: چنین محدودیتی لحاظ نشده است؛ ثانیاً: به دلیل لزوم ولایی بودن چنین رأیی، فتوای مستند رأی وحدت رویه فتوای معیار در قانون‌گذاری است.

هدف سوم: اگر در موارد هدف دوم، حکومت مصلحت را در عدم الزام قضات به وحدت رویه بداند، قضاوت قضات بر اساس آنچه در فقه القضاء آمده است، انجام می‌شود. یعنی حکومت در باره آن حکم شرعی هیچ حکم ولایی صادر و هیچ قانونی؛ نه مصرح و نه غیر مصرح وضع نمی‌کند تا مردم در انجام آن بر اساس اجتهاد و تقلید خود آزاد باشند و قضات نیز بر اساس وظیفه شرعی خود عمل کنند.

در وضعیت موجود، دیوان عالی کشور وظیفه ایجاد وحدت رویه دارد. مقاله حاضر پیشنهاد عدم الزام دیوان به این وظیفه را دارد. تصمیم‌گیری در باره صدور و عدم صدور رأی وحدت رویه به معیار مصالحی است که در عنوان «اقتضائات سکوت عمدی قانون» بیان می‌شود.

هم‌چنین، ادعای این مقاله فقط در محدوده وجود حکم شرعی است و در غیر آن، سخنی ندارد. بنابراین، آرای وحدت رویه‌ای که اختلاف قضات در آن مربوط به اختلاف در فتوا نیست، از محل بحث مقاله خارج است.

### ارتباط عوامل و اهداف سکوت عمدی قانون

در این مطلب، هر یک از اهداف سکوت قانون با عوامل یادشده سنجیده می‌شود:

هدف نخست، سکوت عمدی قانون عبارت بود از «عدم اجرای حکم شرعی به دلیل مفسده‌ا‌همی که بر اجرای آن مترتب می‌شود». این هدف با عوامل اول و دوم و سوم سکوت قانونی سازگار است؛ یعنی ممکن است:

ضعف اجرایی حکومت، فشار افکار عمومی یا بین‌المللی باعث شود حکومت قادر به اجرای یک حکم شرعی نباشد.

اجرای یک حکم شرعی به دلیل تعطیل عمومی یک حکم دیگر - که تحقق حکمت آن حکم شرعی اول مترتب بر تحقق خارجی آن حکم تعطیل شده است - ظالمانه و ناکارآمد شود. آنگاه اجرای آن دارای مفسده شود.

اجرای یک حکم، در ظرف تزاحم، دارای مفسده ترک حکم اهم باشد.

در فرض اول، حکومت قادر به اجرای حکم شرعی نیست و وضع قانون در آن لغو

است. در دو فرض دیگر، حکومت برای رهایی از مفسد یادشده، نباید آن حکم را اجرایی کند. در این فرض، سکوت قانون در جایی که به معنای عدم اجرای آن حکم شرعی باشد، جامعه را از ابتلای به آن مفسده می‌رهاند.

عوامل سوم و چهارم، سکوت عمدی قانون که عبارت بود از «مصلحت آزادی مردم یا مردم و قضات در عمل به فتاویٰ فقها»، اقتضای چنین هدفی را ندارد.

هدف دوم، سکوت عمدی قانون عبارت بود از «آزادگذاری مردم در عمل به فتاویٰ مختلف در باره یک حکم شرعی و ایجاد وحدت رویه در محاکم قضایی». این هدف ممکن است در فرض تحقق عامل اول و سوم، به دو شرط، مد نظر حکومت قرار گیرد: یکی آن که فشار افکار عمومی یا بین‌المللی با صرف عدم تصریح به آن حکم شرعی در قانون قابل رفع باشد و یا حساسیت خود را از دست بدهد و دیگر این که مصلحت اهمی حکومت را وادار به ایجاد وحدت رویه در محاکم قضایی کند. در فرض تحقق این دو شرط، حکومت می‌تواند با عدم تصریح به آن حکم در قانون از مفسده فشار افکار عمومی ببرد، ولی در محاکم قضایی با رأی وحدت رویه، آن مصلحت اهم را تأمین کند.

هدف سوم، سکوت عمدی قانون مانند هدف دوم بود؛ با این تفاوت که قضات در انتخاب فتوا در آن آزاد هستند. این هدف ممکن است در فرض تحقق همه عوامل و وجود مصلحت در آزادی قضات در انتخاب فتوا دنبال شود. در این جا تذکر دو نکته اهمیت دارد:

نخست آن که: همواره تحقق عدالت صوری در جامعه، مصلحتی را در وحدت رویه اقتضا می‌کند؛ در این حالت مصلحت آزادی مردم در انتخاب فتوا باید از مصلحت تحقق عدالت صوری بیش تر باشد.

دوم آن که: بر اساس برخی از مبانی، اگر فتوای دو طرف دعوا در مورد حکم شرعی محل دعوا یکسان باشد، قاضی باید به فتوای آنان حکم کند؛ گرچه خودش مجتهد باشد و فتوایش متفاوت با اطراف دعوا باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۳ق، ج ۶، ص ۴۶۰-۴۵۸). مصلحت ناشی از عدالت صوری در کل جامعه چه نسبتی با مصلحت

قضاوت بر اساس فتوای اطراف دعوا دارد؟ می توان گفت: اولاً نویسنده این مبنا را قبول ندارد و معتقد است قاضی فقیه حق ندارد به غیر از فتوای خودش قضاوت کند (علی اکبریان، ۱۴۰۳، ص ۲۷۶-۲۶۴). ثانیاً به فرض صحت این مبنا، اگر حکومت مصلحت عدالت صوری را اهم بداند، وقتی رأی وحدت رویه به صورت حکم ولایی صادر شود، مقدم بر این مبنا خواهد بود و این مبنا به فرض صحتش در جایی کارایی دارد که حکم ولایی بر خلاف آن وجود نداشته باشد.

### بررسی لزوم سکوت عمدی بر اساس هر یک از عوامل

اگر عوامل یادشده محقق شود، آیا سکوت قانون بر حکومت لازم می شود؟ در پاسخ می گوییم:

اگر اجرای حکم شرعی دارای چنان مفسده موقعیتی اهمی باشد که حتی اجرای غیر مصرح آن نیز مفسده داشته باشد، حکومت باید موضع عدم اجرای آن حکم توسط خودش را قانونی کند. قانونی کردن عدم اجرای آن حکم، یا با تصریح به عدم اجرا در قانون است و یا با سکوت قانونی که دلالت غیر مصرح بر عدم اجرای آن حکم داشته باشد. واضح است که اگر سکوت قانونی با دلالت غیر مصرح بتواند از مفسده اجرای آن حکم جلوگیری کند، نوبت به تصریح به عدم اجرای آن در قانون نمی رسد. پس در این فرض باید هدف اول را دنبال کند.

اگر اجرای حکم شرعی مفسده ای نداشته باشد، اما تصریح به آن در قانون دارای مفسده باشد، حکومت باید هدف دوم یا سوم را دنبال کند. به این صورت که اگر پراکندگی قضاوت قضات بر اساس فتاوی مختلف دارای مفسده باشد - که در وضعیت امروز غالباً چنین است و فرض شود اقتضای عدالت صوری نیز وحدت رویه است -، اما الزام مردم به فتوای واحد در غیر موارد نزاع، دارای مصلحت نباشد، حکومت باید هدف دوم را دنبال کند.

در فرض پیشین، اگر پراکندگی قضاوت قضات بر اساس فتاوی فقها مفسده نداشته باشد یا دارای مصلحت باشد، حکومت باید هدف سوم را دنبال کند.

## اقتضائات سکوت عمدی قانون

سکوت عمدی قانون، گر چه عدم فعل است، اما چنان‌که گفته شد، باید در نظام حقوقی تکلیف مردم و قضات در آن باره روشن باشد و معنای سکوت قانون کاملاً شفاف باشد. بنابراین، سکوت قانون بار معنایی حقوقی دارد و از سنخ قانون‌گذاری است و اعتبار شرعی آن در دو هدف نخست، به ولایت است؛ یعنی الزامات آن بر قضات نیازمند اعمال ولایت است.

در هدف سوم سکوت قانون، حکومت دخالت قانونی در اجرای آن حکم شرعی نمی‌کند و الزامی را در آن باره، نه برای مردم در غیر موارد نزاع و نه برای قضات در موارد نزاع ندارد؛ بنابراین، نیازی نیز به اعمال ولایت در آن وجود ندارد. اما تصمیم‌گیری در تراحم دو مصلحت اقتضا می‌کند، مشمول نظارت‌های قانونی، از سنخ نظارت مجمع تشخیص مصلحت باشد. این دو مصلحت عبارتند از: مصلحت در آزادی قضات در عمل بر اساس فقه القضاء و مصلحت اتحاد موقف حکومت در قبال آن حکم شرعی و عدالت صوری.

به عبارت دیگر، در این‌جا دو ادعا شده است: یکی این که سکوت عمدی قانون در دو هدف نخست نیازمند اعمال ولایت است و دیگر این که هدف سوم نیازمند نظارت قانونی مجمع تشخیص مصلحت است. این دو ادعا در دو مطلب زیر تبیین می‌شود:

### لزوم ولایی‌بودن سکوت عمدی قانون در دو هدف نخست

در هدف نخست، حکومت اجرای حکم شرعی را توسط قضات ممنوع می‌کند و قضات، گر چه مجتهد باشند، حق اجرای آن حکم شرعی را ندارند. در این‌جا اگر سکوت قانون که دلالت بر عدم جواز اجرای حکم شرعی دارد، حکم ولایی نباشد، وظیفه شرعی قاضی آن است که آن حکم شرعی را اجرا کند؛ درحالی که حکومت قصد عدم اجرای آن را دارد. این قصد جز با اعمال ولایت قابل الزام بر قاضی نیست.

برای مثال، وقتی قانون در جرم‌انگاری یک حرام سکوت عمدی می‌کند، گر چه به معنای عدم اجرای مجازات است، هیچ دلالتی بر جواز آن حرام ندارد و حرمت آن، به

حکم شرعی خودش باقی است. یکی از مرجحات سکوت قانون در جرم‌انگاری یک حرام نسبت به تصریح قانونی به عدم مجازات آن، ایهام به جواز قانونی ارتداد است. در هدف دوم، وقتی حکومت می‌خواهد با رأی وحدت رویه، قضات در آن حکم شرعی به فتوای واحدی حکم کنند، تقدم آن رأی وحدت رویه بر فتاوی دیگر فقط به اعمال ولایت امکان‌پذیر است. یعنی برای این که قاضی به جای قضاوت بر اساس وظیفه شرعی به رأی خودش ملزم به قضاوت بر اساس رأی وحدت رویه باشد، باید عنصر ولایت دخالت کند.

در این جا دو نکته شایسته توجه است:

رأی وحدت رویه، اگر به صورت حکم ولایی باشد، بر فتوای قاضی مجتهد نیز مقدم است و او می‌تواند به استناد آن قضاوت کند؛ گر چه فتوای خودش مغایر با آن باشد. اگر قانون‌گذار به او اجازه ارجاع پرونده به قاضی دیگر را داده است، صرفاً مبتنی بر احتیاط است.

از آن جا که رأی وحدت رویه در بحث ما (یعنی در هدف دوم) صرفاً برای قضات است و هیچ اعمال ولایتی برای مردم در غیر حالت رجوع به قضات وجود ندارد، مردم در انجام آن حکم شرعی بر اساس فتاوی مراجع آزادند. بنابراین، رأی وحدت رویه‌ای که در این جا اراده می‌شود، هیچ الزامی بر مردم در غیر موارد رجوع به قضات ندارد.

### لزوم نظارت قانونی بر سکوت عمدی قانون در هدف سوم

در هدف سوم، هیچ‌گونه اعمال ولایتی در سکوت قانون وجود ندارد و مردم و قضات در عمل بر اساس فتاوا آزاد هستند. دلیل لزوم نظارت قانونی بر چنین سکوتی آن است که تصمیم‌گیری در چنین سکوتی نیازمند مصلحت‌اندیش‌هایی از سنخ مصلحت‌اندیشی‌های مجمع تشخیص مصلحت در وضع قوانین بر اساس عناوین ثانوی است؛ زیرا مصلحت اتحاد موقف حکومت در برابر احکام شرعی و عدالت صوری (به فرض اقتضای آن) همواره در جوامع امروزی اقتضای وضع قانون و وحدت رویه را دارد.

## پیشنهاد مقاله برای تأمین عنصر نظارت و ولایت در سکوت قانون

بنا بر مطالب یادشده، در وضعیت فعلی، برای تأمین عنصر ولایت و عنصر نظارت در سکوت قانون، چهار پیشنهاد ارائه می‌شود. در هر یک از این پیشنهادها دو مطلب باید روشن شود: نخست آن که وضعیت موجود قانون‌گذاری ما قابلیت تأمین منویات مقاله حاضر را ندارد؛ ثانیاً پیشنهادهای این مقاله قابلیت تأمین آن را دارد.

### بازنگری در موارد سکوت قانون

مجمع تشخیص مصلحت، موارد سکوت قانون در موارد وجود احکام شرعی را در قوانین موجود و آرای وحدت رویه احصا کند و وجود و عدم عوامل سکوت قانونی را در شرایط زمانه، برای هر مورد از موارد سکوت قانون بررسی کند؛ تا در صورت احراز عوامل سکوت در هر مورد و درستی اقتضائات دلالتی سکوت بر اساس اهداف سه‌گانه سکوت عمدی قانون، با نظارت قانونی و اشراب عنصر ولایت، آن را کنترل و مشروع کند و در صورت عدم احراز عوامل سکوت در هر مورد، مجلس را الزام به وضع قانون در آن مورد کند و در صورتی که عوامل سکوت را احراز کرد، اما اقتضائات دلالتی سکوت قانون را مطابق اهداف سه‌گانه یادشده ندید، آن را درست کند.

چنین اختیاری در قانون اساسی برای مجمع تعریف نشده است. راهکار نزدیک‌تر آن به قانون اساسی آن است که مجمع به جای الزام مجلس به وضع قانون و اصلاح اقتضای دلالتی سکوت قانون، آن را از طریق پیشنهاد به مجلس یا دیوان عالی کشور انجام دهد.

لزوم پیشنهاد اول، از آن رو است که برخی از موارد سکوت قانون یا سهوی است و یا تأمین‌کننده هدف درستی از اهداف سه‌گانه، سکوت عمدی قانون نیست. دست کم امکان چنین مشکلی وجود دارد. امروز هیچ نهاد مسئولی بررسی موارد سکوت قانون و بررسی اقتضائات آن را بر عهده ندارد و معمولاً در روند فعالیت نهادهای مختلف دولتی و غیر دولتی شناسایی می‌شوند.

هم‌چنین اعمال ولایت در موارد سکوت قانون با ابهام جدی مواجه است و گفته شد که تنفیذ ولایی نهادهای حاکمیتی اعمال ولایت فرایندی را در این باره درست نمی‌کند و

در این مقاله به عنوان پیش فرض پذیرفته شد. اگر این مهم بر عهده مجمع تشخیص مصلحت گذارده شود، با سایر وظایف آن نهاد سازگاری دارد و فرایند اعمال ولایت در آن نیز بر اساس همان فرایند اعمال ولایت در دیگر مصوبات مجمع قابل تأمین است.

### اختیار لغو قوانین در صورت احراز عوامل سکوت عمدی قانون

مجمع تشخیص مصلحت نظام اختیار لغو قوانین مصوب و آرای وحدت رویه را در موارد احراز عوامل سکوت قانونی، با توجه به اهداف سه گانه یادشده و مصالح و مفاسد لغو قانون داشته باشد.

چنین اختیاری در قانون اساسی برای مجمع تعریف نشده است. راهکار نزدیک تر به قانون اساسی آن است که مجمع پیشنهاد لغو قانون را به مجلس بدهد.

لزوم پیشنهاد دوم از آن رو است که اگر مصوبه مجلس مغایر با حکم شرعی نباشد، فقهای شورای نگهبان آن را رد نمی کنند؛ گرچه عوامل سکوت عمدی قانون را در آن احراز کرده باشند. اگر اختیار لغو چنین قوانینی به مجمع تشخیص مصلحت داده شود، آن نهاد می تواند همه ملاحظات لازم در این باره را بسنجد. برخی از این ملاحظات عبارت است از:

مصلحت سنجی در این نکته که لغو قوانین مصوب که مدتی اجرا شده اند، چه تبعاتی دارد، باید با مصالح سکوت عمدی قانون از نظر مجمع اهم و مهم شود.

مجمع باید بررسی کند که کدام یک از اهداف سه گانه سکوت عمدی قانون را در مورد حکم شرعی مستند آن قانون دنبال کند. لغو قانون باید به صورتی انجام شود که هدف مطلوب را تأمین کند. برای مثال، اگر هدف نخست را در آن مورد دارد، باید جرم انگاری فعل از قانون لغو شود (در حالی که در نظام حقوقی به اصل قانونی بودن جرم و مجازات تصریح شده باشد)؛ اگر هدف دوم را دارد، باید علاوه بر لغو قانون مصرح، قانون غیر مصرحی برای قضات، مانند رأی وحدت رویه را پیش بینی کند و اگر هدف سوم را دنبال می کند، باید علاوه بر لغو قانون، دیوان عالی کشور را نیز از صدور رأی وحدت رویه ممنوع کند. هم چنین در هدف سوم باید علاوه بر بررسی قوانین برای شناسایی مواردی که باید سکوت عمدی قانون در آن رخ دهد، باید آرای وحدت رویه را نیز بررسی کند.

## رصد دائمی بقای عوامل سکوت عمدی قانون

به دلیل عارضی و ثانوی بودن عوامل سکوت و اقتضای موقت بودن آن، ضمن این که مجموع نظام، باید در حد امکان در رفع این عوامل بکوشند، رصد دائمی مجمع تشخیص مصلحت نیز نسبت به بقای عوامل سکوت قانون در هر مورد همیشگی باشد.

حتی در هدف سوم که هیچ قانون مصرح و غیر مصرحی در باره حکم شرعی وجود ندارد، مصلحت عدالت صوری باعث می شود عوامل سکوت قانون در آن عارضی باشد. به هر حال، نهادی باید متصدی رصد دائمی بقای عروض این عناوین و تحقق این عوامل باشد تا در صورت تغییر وضعیت، قانون را با ملاحظات لازم از سنخ ملاحظات مطلب پیشین از سکوت خارج کند.

شاید بتوان این وظیفه را از لوازم اصل ۱۱۲ قانون اساسی دانست. در عبارات:

مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند.

تعبیر «برای تشخیص مصلحت»؛ هم می تواند برای تشخیص وجود مصلحت باشد، هم بقای مصلحت، اما وظیفه تشخیص بقای مصلحت باید به صورت صریح برای آن تعریف شود.

## پیشنهادهای مربوط به رأی وحدت رویه

تصمیم گیری در باره رأی وحدت رویه؛ هم در اصل صدور یا عدم صدور، هم در لغو آرای سابق، هم در رعایت فتوای معیار و هم در تضمین عنصر ولایت، با رعایت اقتضائاتی که در این مقاله آمده است، به عهده دیوان عالی کشور باشد.

## نتیجه‌گیری

بر اساس آنچه گفته شد، در سکوت عمدی قانون در موارد وجود حکم شرعی به هدف اول و دوم، عنصر ولایت در سکوت برای مشروعیت الزامات آن لازم است، اما توجیه وجود این عنصر در وضعیت فعلی با ابهام جدی مواجه است. نظارت قانونی بر سکوت عمدی نیز در هیچ یک از اهداف سه‌گانه، توسط شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت وجود ندارد؛ در حالی که چنین نظارتی لازم است. پیشنهادهای نظریه حاضر با کم‌ترین تغییر در وضعیت فعلی، این دو مشکل را حل می‌کند.

هم‌چنین سکوت عمدی قانون در وضعیت فعلی بیش‌تر و بلکه تنها ناظر به هدف اول سکوت عمدی قانون است؛ در حالی که دو هدف دیگر آن نباید در قانون‌گذاری مغفول بماند. این دو هدف به اجرای بهتر و روان‌تر و بدون تنش‌تر احکام شرعی در جامعه، بدون دخالت قانونی حکومت می‌انجامد.

نویسنده اذعان دارد اجرای پیشنهادهای این مقاله با چالش‌هایی همراه است. به قطع، حقوق‌دانان می‌توانند راه حل‌های اجرایی‌تری برای حل این مشکلات و تأمین اهداف این مقاله بیابند.

## منابع و مأخذ

### \* قرآن کریم.

۱. ابن اثیر، محمد، *الکامل فی التاریخ*، ج ۲، بیروت: دار صادر للطباعة والنشر، ۱۳۸۵ق.
۲. احمد بن حنبل، *مسند احمد*، ج ۶، با حاشیه: منتخب کنز العمال فی سنن الأفعال والأعمال، بیروت: دار صادر، بی‌تا.
۳. تبریزی، میرزاجواد، *ارشاد الطالب الی تعلیق المکاسب (تقریر بحث آیه‌الله جواد تبریزی)*، ج ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ج ۳، ۱۴۱۶ق.
۴. حسینی زیدی، ابوالقاسم، «قدرت تامه، شرط انشاء، فعلیت یا تنجز»، *فقه و اصول*، دانشگاه فردوسی مشهد، سال پنجاه و یکم، ش ۱، پیاپی ۱۱۶، ۱۳۹۸.
۵. سابق، سید، *فقه السنه*، ج ۲، بیروت: دارالکتاب العربی، ج ۳، ۱۹۷۷م.
۶. شبیری زنجانی، موسی، *نکاح*، تقریرات درس آیه‌الله شبیری زنجانی، ج ۱، ناشر چاپی: قم: مؤسسه پژوهشی رأی‌پرداز. ناشر دیجیتال: اصفهان: مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه، ۱۳۸۲.

۷. صدوق، ابی جعفر محمد، **علل الشرائع**، ج ۲، نجف اشرف: منشورات المكتبة الحيدرية ومطبعها فی النجف، ۱۳۸۶ق.
۸. طباطبایی یزدی، محمدکاظم، **العروة الوثقی (مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام)**، ج ۲ و ۶، قم: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ۱۴۲۳ق.
۹. طباطبایی، محمدحسین، **الميزان فی تفسیر القرآن**. ج ۴، قم: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، بی تا.
۱۰. عزة دروزه، محمد، **التفسیر الحديث**، ج ۶، بیروت: دار الغرب الإسلامي، ج ۲، ۱۴۲۱ق.
۱۱. علی اکبریان، حسنعلی، «بررسی موارد نقض حکم و فتوا به حکم و فتوای دیگر در فقه سید یزدی»، همایش بین المللی سیدکاظم طباطبایی یزدی، منتشر شده در: **کاوشی نو در فقه اسلامی**، ش ۷۳، ۱۳۹۱.
۱۲. علی اکبریان، حسنعلی، «پیوست الحاقی در باره مبنای سوم از مبانی جایگاه ولایت در سکوت عمدی قانون»، در: **مهدی قاسمی، سلسله نشست های نظریه پردازی فقه و قانون گذاری**، ج ۱، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۴۰۳.
۱۳. علی اکبریان، حسنعلی، «چالش های فقهی سکوت عمدی قانون در نظام قانون گذاری جمهوری اسلامی ایران»، **دوفصلنامه علمی تخصصی فقه و سیاست**، سال دوم، ش ۲، پیاپی ۴، ۱۴۰۰ (الف).
۱۴. علی اکبریان، حسنعلی، «مقایسه نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون گذاری با نظریات دیگر»، **فقه**، سال بیست و نهم، ش ۱، پیاپی ۱۰۹، بهار ۱۴۰۱.
۱۵. علی اکبریان، حسنعلی، «نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون گذاری»، **فقه**، سال بیست و هفتم، ش ۳، پیاپی ۱۰۳، پاییز ۱۳۹۹.
۱۶. علی اکبریان، حسنعلی، «نقش عدالت در قانون گذاری در حکومت اسلامی»، **فقه**، سال بیست و سوم، ش ۱، پیاپی ۸۷، بهار و تابستان ۱۳۹۵.
۱۷. علی اکبریان، حسنعلی، «نقش کارآمدی حکم شرعی در قانون گذاری در حکومت اسلامی»، **حقوق اسلامی**، سال هجدهم، ش ۷۰، ۱۴۰۰ (ب).
۱۸. قدردان قراملکی، علی، «راهکار کارآمدسازی توصلیات فاقد قصد قربت از رهگذر ترتب ثواب»، **فصلنامه دین پژوهی و کارآمدی**، دوره چهارم، ش ۲، پیاپی ۱۲، تابستان ۱۴۰۳.
۱۹. کلینی، ابی جعفر محمد، **الکافی، الروضة من الکافی**، تصحیح و تعلیق: علی اکبر غفاری، ج ۸، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ج ۲، ۱۳۸۹ق.