



The Theory of Conflict of Conditional Obligations in Legislation (A Theory in Legislation Based on Secondary Topics)

Hassanali Ali Akbarian¹

Received: 20/09/2020

Accepted: 15/11/2020

Abstract

The theory of conflict of conditional obligations in legislation is a theory on the scope and criteria of legislation based on the secondary topics (in jurisprudence). According to this theory, it is obligatory to observe the rulings of Islam (including permissible, obligatory, and status rulings) and the goals of religion and the purposes of Sharia in legislation, i.e., the condition for the correctness of legislation and the conditional obligation in legislation. If the obligation to observe one religious ruling in the legislation contradicts the obligation to comply with another religious ruling, or the obligation to observe a purpose of religion or a purpose of Sharia in the legislation, and the legislator considers the other party important, then, the law must be enacted according to the important party. The focus of discussion of this theory is in the position of the legislator against the unimportant ruling. According to this theory, he should ignore the law that is related to the unimportant ruling or enact the law in contradiction with it and appropriate to the important ruling. Since the permissible, obligatory and status rulings, as well as the aims of the religion and the purposes of the Sharia, are the subjects of this conditional obligation, it can be considered as the party to be conflicted. The criterion for permissibility of the law to be ignored, as well as legislation that is contrary to the religious ruling, is to observe the preferred principles of this conflict. In the present paper, the pillars of this theory are explained and proved in a jurisprudential way, to the extent of the capacity of a paper. This theory is related to the discourse of absolute Wilayat Faqih (Guardianship of the Islamic Jurist) and is based on it. The findings of this study are related to the duties of the Expediency Discernment Council (of Iran) in deciding on resolutions of the Islamic Consultative Assembly, which are introduced by the Guardian Council as illegal.

Keywords

Legislation, conflict, conditional obligation, permissible rulings, obligatory rulings, status rulings, purposes of Sharia, goals of religion.

1. Associate professor, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran. ha.aliakbarian@isca.ac.ir.

Ali Akbarian, H. A. (2020). The Theory of Conflict of Conditional Obligations in Legislation (A Theory in Legislation Based on Secondary Topics), The Scientific-research Quarterly Journal of *Fiqh*, 27(103), pp. 37-62. Doi: 10.22081/jf.2020. 58872.2132



نظریه تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری (نظریه‌ای در قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانوی)

حسنعلی علی‌اکبریان^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۳۰

چکیده

نظریه تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری، نظریه‌ای درباره قلمرو و ضوابط قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانوی است. بنابر این نظریه، رعایت احکام اسلام (اعم از مباح و الزامی و وضعی) و اهداف دین و مقاصد شریعت در قانون‌گذاری واجب است؛ یعنی شرط صحت قانون‌گذاری و واجب شرعی در قانون‌گذاری است. اگر وجوب رعایت یک حکم شرعی در قانون‌گذاری با وجوب رعایت حکم شرعی دیگر، یا با وجوب رعایت هدفی از اهداف دین یا مقصدی از مقاصد شریعت در قانون‌گذاری تراحم کرد و قانون‌گذار طرف دوم را اهم دانست، باید برای رعایت آن، قانون را مطابق طرف اهم وضع کند. محل بحث این نظریه، در موضع‌گیری قانون‌گذار در برابر حکم غیراهم است. بر اساس این نظریه، او باید قانونی را که مربوط به حکم غیراهم است مسکوت بگذارد یا مغایر با آن و مناسب با حکم اهم وضع کند. از آنجا که احکام مباح و الزامی و وضعی، و نیز اهداف دین و مقاصد شریعت، موضوع این واجب شرعی است، می‌تواند از این طریق طرف تراحم قرار گیرد. معیار جواز سکوت قانون و نیز قانون‌گذاری مغایر با حکم شرعی، رعایت مرجحات همین تراحم است. در این مقاله، ارکان این نظریه تبیین و به روش فقهی، در حد گنجایش یک مقاله، اثبات شده است. این نظریه در فضای گفتمان ولایت مطلقه فقیه و مبتنی بر آن است. یافته‌های این مقاله مربوط به وظایف مجمع تشخیص مصلحت نظام در تصمیم‌گیری درباره مصوباتی از مجلس شورای اسلامی است که توسط شورای نگهبان، خلاف شریعت معرفی می‌شوند.

کلیدواژه‌ها

قانون‌گذاری، تراحم، واجب شرعی، مباحات، الزامیات، وضعیات، مقاصد شریعت، اهداف دین.

ha.aliakbarian@isca.ac.ir

۱. دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی. قم، ایران.

* علی‌اکبریان، حسنعلی. (۱۳۹۹). نظریه تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری (نظریه‌ای در قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانوی). فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۷(۱۰۳)، صص ۳۷-۶۲. Doi: 10.22081/jf.2020.58872.2132



فقه

نظریه تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری

۱. مقدمه

در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران، گاه قانون مغایر با حکم اولی شرعی (به تشخیص فقهای شورای نگهبان) و بر اساس مصلحت (با تصویب مجمع تشخیص مصلحت) وضع می‌شود. این مسئله گرچه بنابر مبنای ولایت مطلقه فقیه فی الجمله مورد پذیرش است، ولی قلمرو و ضوابط آن نیازمند نظریه‌پردازی است و نظریات موجود در تبیین فقهی حیطه اختیارات و ضوابط آن نیازمند تنقیح بیشتر است. در نظریه «تزامم واجبات شرعی در قانون‌گذاری» که در کرسی تخصصی نوآوری در تاریخ ۱۹ دی ۱۳۹۸ در پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی به تصویب رسید، در این باره آمده است: رعایت احکام اسلام (اعم از مباح و الزامی و وضعی) و اهداف دین و مقاصد شریعت، در قانون‌گذاری واجب است. یعنی شرط صحت قانون‌گذاری و واجب شرعی در قانون‌گذاری است. اگر وجوب رعایت یک حکم شرعی در قانون‌گذاری با وجوب رعایت حکم شرعی دیگر، یا با وجوب رعایت هدفی از اهداف دین یا مقصدی از مقاصد شریعت در قانون‌گذاری تزامم کرد و قانون‌گذار طرف دوم را اهم دانست، باید برای رعایت آن، قانون را مطابق طرف اهم وضع کند. محل بحث این نظریه، در موضع‌گیری قانون‌گذار در برابر حکم غیراهم است. این نظریه بر آن است که او باید قانونی را که مربوط به حکم غیراهم است مسکوت بگذارد یا مغایر با آن و مناسب با حکم اهم وضع کند. از آنجا که احکام مباح و الزامی و وضعی، و نیز اهداف دین و مقاصد شریعت، موضوع این واجب شرعی هستند، می‌تواند از این طریق طرف تزامم قرار گیرد. معیار جواز سکوت قانون و نیز قانون‌گذاری مغایر با حکم شرعی، رعایت مرجحات همین تزامم است. این نظریه در فضای گفتمان ولایت مطلقه فقیه و مبتنی بر آن است.

به‌طور خلاصه، نظریه «تزامم واجبات شرعی در قانون‌گذاری» چهار مسئله را در این باره حل می‌کند:

۱. قلمروی از احکام شرعی که قانون‌گذار می‌تواند یا باید در آن قلمرو، قانون مغایر با یک حکم شرعی (به فتوای معیار در قانون‌گذاری) وضع کند: در این نظریه،



فقه

جميع احكام شرعى، اعم از تكليفى مباح و تكليفى الزامى و وضعى - كه داراى جنبه اجتماعى باشند- داخل در اين قلمرو شمرده شده است.

۲. ضابطه‌اى كه قانون‌گذار طبق آن مجاز است يا بايد قانون را مغاير با يك حكم شرعى وضع كند: در اين نظريه، فقط ضابطه تزامم و اجبات شرطى در قانون‌گذارى به عنوان معيار جواز يا لزوم وضع قانون مغاير با حكم شرعى معتبر دانسته شده است.

۳. امورى كه مى‌تواند طرف اين تزامم قرار گيرد: در اين نظريه، نه تنها احكام شرعى مباح و الزامى و وضعى، بلكه مقاصد شريعت و اهداف دين نيز مى‌تواند به دليل وجوب رعايت آنها در قانون‌گذارى طرف تزامم قرار گيرد كه در اين نظريه فقط «عدالت» به عنوان يكي از مهم‌ترين اهداف دين و مقاصد شريعت مطرح مى‌شود.

۴. موارد جواز يا لزوم سكوت عمده قانون در برابر يك حكم شرعى: در اين نظريه، در همه مواردى كه وضع قانون مغاير با حكم شرعى، جازى يا لازم مى‌شود، چنان‌چه قانون‌گذار بتواند با سكوت قانونى درباره حكم غير اهم در ظرف تزامم، امكان اجراى فى الجملة آن را بدون مزاحمت با طرف اهم فراهم كند، سكوت قانونى، مقدم بر وضع قانون مغاير با حكم شرعى دانسته شده است.

در اين مقاله، اركان اين نظريه و ادله آن بيان مى‌شود و نسبت آن با نظريات ديگر در اين باره، به دليل محدوديت حجم مقاله، فقط به اشاره و در حد نياز براى فهم خود اين نظريه بيان مى‌گردد.

۲. مفاهيم

۲-۱. قانون‌گذارى

قانون در اصطلاح حقوقى، دستورى كلى (و گاه جزئى) است كه به وسيله مرجع صالح انشاء شده و به وسيله مجالس قانون‌گذارى تصويب، و سپس به توشيح مرجع صلاحيت‌دار برسد (جعفرى لنگرودى، ۱۳۷۷، ص ۵۱۷، بند ۴۰۹۱). اين معنا از قانون، معناى اخص آن است كه در اين نوشتار نيز همين معنا مراد است. قانون، معناى اعمى نيز دارد كه



فقه

شامل آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها و سایر مقررات حکومتی می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۷، ص ۵۱۷، بند ۴۰۹۱).

۲-۲. سکوت قانونی

در جایی که اقتضای وضع قانون وجود دارد ولی قانون‌گذار قانونی را وضع نکرده است، سکوت قانونی یا خلأ قانونی وجود دارد. همچنین در موارد تعارض یا اجمال و ابهام قانون نیز سکوت حکمی قانون وجود دارد (دانش‌پژوه، ۱۳۸۹، ص ۲۵۳). این سکوت می‌تواند عمدی یا از روی سهو یا جهل باشد. در اینجا سکوت عمدی قانون مراد است.

۲-۳. احکام تکلیفی

مراد از احکام تکلیفی، واجبات، محرمات، مستحبات، مکروهات، و مباحات به معنای اخص است؛ دو دسته نخست از الزامیات هستند و سه دسته دیگر از مباحات به معنای اعم. مباحات می‌توانند اقتضایی یا غیراقتضایی باشند (مشکینی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۲۰).

۲-۴. احکام وضعی

هر حکم شرعی‌ای که به صورت غیرمباشر، افعال مکلفان را جهت‌دهی کند حکم وضعی است (صدر، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۱۴۶). برخی هر حکم شرعی غیرتکلیفی را وضعی دانسته‌اند (مشکینی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۲۱).

۲-۵. مقاصد شریعت و اهداف دین

مقاصد شریعت غایات و اسراری است که شارع در احکام لحاظ کرده است (فاسی، ۱۹۹۱م، ص ۷). مقاصد به عام و خاص و جزئی تقسیم شده است (یوبی، ۱۴۱۴ق، صص ۳۸۸-۴۱۵) که مراد از آن در این نظریه، همه مراتب آن است؛ گرچه این نظریه فعلاً فقط بر عدالت به عنوان یکی از مهم‌ترین مقاصد عام شریعت تأکید دارد. از آنجا که دین گسترده‌تر از شریعت است و مثلاً اخلاق را نیز در بر می‌گیرد، اهداف دین از مقاصد شریعت گسترده‌تر است.



فقه

۲-۶. عدالت

عدالت به صوری و ماهوی تقسیم شده است؛ عدالت صوری برابری انسانها در برابر قانون و احکام شرعی است و عدالت ماهوی به محتوای قانون مربوط است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۶۱۷، عنوان ۲۳۹). مراد از آن در اینجا عدالت ماهوی است.

۲-۷. تراحم

تراحم در عنوان این نظریه تراحم امتثالی است و به معنای عدم امکان مکلف در امثال دو حکم الزامی با یکدیگر است (مشکینی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۰۸).

۲-۸. واجب شرعی

واجب شرعی در برابر واجب نفسی و به معنای شرط واجب برای یک واجب یا مستحب نفسی است. به واجب شرعی، واجب ضمنی یا غیرری نیز گفته می شود (ر.ک: ایروانی، ۲۰۰۷م، ج ۱، ص ۳۸۱).

۳. ارکان نظریه تراحم واجبات شرعی در قانون گذاری

این نظریه دارای هفت رکن، به شرح زیر است:

۳-۱. رکن اول

قانون گذاری وجوب مقدمی دارد و دست کم در موارد اختلاف فتوا باید به صورت حکم ولایی باشد: حاکم اسلامی باید جامعه خود را به گونه ای اداره کند که احکام اسلام و اهداف دین و مقاصد شریعت در آن محقق شود. چنین کاری گاه متوقف بر قانون گذاری است؛ و امروز این توقف محرز است. پس قانون گذاری در امروز وجوب مقدمی دارد. یکی از اسباب این وجوب مقدمی در حکومت اسلامی در دنیای امروز آن است که حکومت باید موضع خود را درباره احکامی که اقتضای وضع قانون بر اساس آنها وجود دارد، و مبتلا به اختلاف فتوا است روشن کند و بر این اساس نمی تواند حکم



۴۱

شرعی را به فتاوا یا به فتوای قانون‌گذار رها کند. پس حکومت نمی‌تواند مسئولیت خود را در قبال احکام شرعی، به‌صرف وجود احکام شرعی و بدون تبدیل آنها به قانون و حکم ولایی انجام دهد.

۲-۳. رکن دوم

رعایت احکام شرعی، شرط قانون‌گذاری، یعنی واجب شرعی در قانون‌گذاری است: قانون‌گذار باید در قانون‌گذاری، احکام اسلام را (چه مباح، چه الزامی و چه وضعی) رعایت کند و نمی‌تواند بدون مجوز شرعی، قانونی را مغایر با هیچ‌یک از احکام شرعی، حتی با مباحات، وضع کند، و یا به‌گونه‌ای درباره‌ی یک حکم شرعی سکوت کند که نشان از عدم ضمانت اجرای آن باشد. پس رعایت احکام شرعی، شرط قانون‌گذاری است، یعنی واجب شرعی در قانون‌گذاری است.



فقه

۳-۳. رکن سوم

احکام مباح و وضعی، مانند احکام الزامی، موضوع واجب شرعی در قانون‌گذاری است و از این طریق ممکن است طرف تزامم قرار گیرد: در برخی موارد، قانون‌گذار باید به دلیل تزامم امتثالی خاصی که برای او رخ می‌دهد، قانون را مغایر با یک حکم شرعی وضع کند. احکامی که ممکن است مشمول چنین تزاممی قرار گیرد، هم شامل احکام تکلیفی الزامی می‌شود، و هم شامل احکام تکلیفی مباح و احکام وضعی. تزامم امتثالی، در احکام تکلیفی الزامی متصور است؛ و حداکثر بنا بر برخی مبانی، در مستحبات نیز جاری است، ولی وجه امکان شمول این تزامم نسبت به سایر احکام مباح و احکام وضعی، آن است که رعایت آنها در قانون‌گذاری واجب است و در واقع «وجوب رعایت آنها در قانون‌گذاری» طرف تزامم قرار گرفته است، نه خود آنها؛ یعنی مثلاً وجوب رعایت حکم بطلان معامله ربوی در قانون‌گذاری، طرف تزامم با وجوب رعایت یک حکم شرعی دیگر قرار می‌گیرد. به عبارت دیگر، جمیع احکام اسلام - که قانون بر اساس آنها وضع می‌شود - چه تکلیفی مباح، چه تکلیفی الزامی، و چه وضعی، «موضوع» این واجب شرعی است.

۳-۴. رکن چهارم

عدالت نیز موضوع واجب شرعی در قانون‌گذاری است و از این طریق ممکن است طرف تزامم قرار گیرد: علاوه بر احکام شرعی، اهداف دین و مقاصد شریعت نیز در قانون‌گذاری لازم‌الریعیه هستند. پس رعایت آنها نیز واجب شرعی در قانون‌گذاری است، و از این حیث می‌توانند طرف تزامم قرار گیرند. در این نظریه، فقط «عدالت» به‌عنوان یکی از مهم‌ترین اهداف دین و مقاصد شریعت مورد توجه است؛ مثلاً ممکن است وجوب رعایت یک حکم الزامی در قانون‌گذاری با وجوب رعایت عدالت در قانون‌گذاری تزامم کند.

۳-۵. رکن پنجم

وقوع تزامم امثالی میان واجبات شرعی ممکن است: وقوع تزامم امثالی میان واجبات شرعی، مانند وقوع تزامم میان سایر احکام الزامی ممکن است.

۳-۶. رکن ششم

تزامم در این نظریه میان واجبات شرعی در قانون‌گذاری است، نه میان واجبات نفسی: تأکید می‌شود که این تزامم میان واجبات شرعی است، نه میان خود احکام شرعی.

۳-۷. رکن هفتم

در موارد جواز وضع قانون مغایر با حکم شرعی، سکوت قانونی مقدم است: در مواردی که قانون‌گذار باید به دلیل تزامم یادشده، قانون را مغایر با حکم شرعی به فتوای خودش وضع کند، چنان‌چه با «سکوت قانونی» در برابر آن حکم شرعی بتواند بدون تزامم، آن حکم شرعی را نیز فی‌الجمله در جامعه محقق سازد، سکوت قانونی، مقدم بر وضع قانون مغایر با حکم شرعی خواهد بود. به عبارت دیگر، به جای اینکه یک قانون منطبق بر حکم مهم و یک قانون مغایر با حکم مهم وضع کند، فقط قانون منطبق بر حکم مهم را وضع می‌کند و درباره حکم مهم سکوت می‌کند.



فقه

۴. نظریه‌ها و آرای دیگر در این باره

قلمرو اختیارات ولی فقیه در ادبیات قدیم فقهی، با اصطلاحات «ولایت در امور حسبه» و «ولایت عامه» و «ولایت مطلقه» و مانند آن بیان می‌شد و در ادبیات جدید، به صورت ولایت تدخّل در مباحات و ولایت تدخّل در احکام تکلیفی الزامی و مانند آن بیان می‌شود. این ادبیات جدید، از سوی معتقدان به ولایت مطلقه فقیه ارائه می‌شود که در واقع، نظریات آنان تعیین‌کننده قلمرو اطلاق ولایت در احکام شرعی است. در اینجا به سه گروه از این ادبیات جدید اشاره می‌شود:

الف. نظریه اختیار قانون‌گذاری در حیطه مباحات: علامه طباطبایی (طباطبایی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۹۴) و شهید صدر (صدر، ۱۳۸۲، صص ۶۸۷-۶۸۹) از کسانی هستند که اختیارات حکومت اسلامی در این رابطه را در قلمرو مباحات می‌دانند. مهم‌ترین دلیل اینان -با استناد به آیه «النبی اولى بالمؤمنین من أنفسهم» (احزاب، ۶) و با تشبیه اختیار حکومت به اختیار فرد مکلف در مباحات (طباطبایی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۹۴) - آن است که قانون‌گذاری در این قلمرو باعث مخالفت با حکم شرعی نمی‌شود، زیرا حکم مباح مخالفت ندارد؛ پس اگر حاکم اسلامی مباحی را ممنوع کرد یا آن را الزامی کرد با حکم شرعی مخالفت نکرده است، یا باعث تغییر حکم شرعی نشده است. ضابطه اینان در جواز وضع قانون مغایر با حکم شرعی مباح، وجود مصلحت (طباطبایی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۹۴؛ صدر، ۱۳۸۲، ص ۴۱۱) یا مصلحت عام اجتماعی (صدر، ۱۳۸۲، ص ۴۴۵) در آن است.

ب. نظریه اختیار قانون‌گذاری در حیطه همه احکام تکلیفی: صاحبان این نظریه با نظریه نخست در قلمرو مباحات موافق‌اند، ولی این اختیار را شامل احکام الزامی نیز می‌دانند (هادوی، ۱۳۷۷، صص ۱۳۰-۱۳۱). ضابطه اینان در وضع قانون مغایر با احکام تکلیفی الزامی، وقوع تراحم میان آنها است (هادوی، ۱۳۷۷، صص ۱۳۰-۱۳۱).

ج. رأی اختیار قانون‌گذاری مغایر با مطلق احکام شرعی و بر اساس مصالح و مقاصد: در کنار این دو نظریه، نظرهای دیگری وجود دارد که گرچه در برخی زوایا از دو نظریه یادشده گسترده‌تر هستند، اما به دلیل فقدان نظریه‌پردازی در اعطای ضابطه دقیق، جداگانه بیان می‌شوند؛ مانند کسانی که قلمرو احکام وضعی را نیز مشمول چنین



فقه

اختیاری دانسته‌اند (ارسطا، ۱۳۹۲، صص ۶۵۳-۶۷۶)، اما ضابطه آن را به‌طور کلی مصلحت اسلام و مسلمین (ارسطا، ۱۳۹۲، ص ۶۵۴) یا مصلحت‌أهم (ارسطا، ۱۳۹۲، ص ۶۵۶) معرفی کرده‌اند و معلوم نکرده‌اند که اولاً این مصلحت چیست و چه ضابطه‌ای دارد. ابهام آن از آنجا است که چنین مصلحتی تعریف نشده است و بسیار کلی و سیال و سلیقه‌ای است، مگر آنکه به اهداف دین و مقاصد شریعت بازگردد. ثانیاً معلوم نکرده‌اند که چگونه این مصلحت و نیز احکام وضعی، طرف مقایسه با احکام تکلیفی الزامی قرار می‌گیرد؛ یعنی معلوم نکرده‌اند که آیا این مقایسه به تراحم ملاکی است یا تراحم امتثالی یا اصلاً از باب تراحم نیست. تراحم امتثالی فقط در احکام تکلیفی الزامی است، و احکام غیرالزامی را در بر نمی‌گیرد. تطبیق تراحم ملاکی در این بحث نیز مشکلات خود را دارد؛ از جمله اینکه در موارد تراحم ملاکی باید دو خطاب وجود داشته باشد که با هم تعارض کنند و باید به مرجحات باب تعارض رجوع کرد، نه مرجحات باب تراحم (البته شاید فی‌الجمله با مناقشاتی بتوان معلوم‌الاهمیه را محصل ترجیح دلالی دانست) (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۰۵ق، ج ۷، صص ۱۴۴-۱۵۱). و نیز مانند کسانی که مقاصد شریعت را در کنار احکام اسلام در قانون‌گذاری لازم‌الرعایه دانسته‌اند (صرامی، ۱۳۹۲، صص ۶۱۹-۶۲۱؛ جوادی آملی، ۱۳۶۸، صص ۸۶-۹۱)، ولی نظریه‌ای جز کلیت‌أهم و مهم در مقایسه مقاصد با احکام، و یا مقایسه احکام وضعی و مباح در این‌أهم و مهم ارائه نداده‌اند. مشکل اساسی این تعابیر، کاربرد تسامحی تراحم و مبهم‌گویی در رعایت‌أهم و مهم است.

لازم به ذکر است که اختلاف اینان با نظریه مختار، صرفاً در به‌کارگیری صحیح اصطلاح تراحم در نظریه مختار و تسامح در اصلاح در ادبیات آنان نیست و اختلاف ماهوی نیز دارند. مهم‌ترین اختلاف ماهوی نظریه مختار و این‌انظار در تعیین آن چیزی است که دقیقاً طرف تراحم قرار گرفته و در تعیین ضابطه و ملاک ترجیح در این تراحم است.

تبیین اشتراکات و افتراقات نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری با این سه دسته، به همراه نقد آنها، به دلیل محدودیت حجم مقاله، نیازمند اختصاص مقاله مستقل دیگری است.



۵. ادله هر یک از ارکان نظریه

۵-۱. دلیل رکن اول

دلیل این رکن در مطالب زیر بیان می‌شود:

۱. مسئولیت حکومت اسلامی در به‌اجرا درآوردن احکام اسلام در جامعه، (فی‌الجمله) مدعای جدیدی نیست و ادله نقلی زیادی بر آن دلالت دارد؛ دلیل عقلی ولایت فقیه نیز مشتمل بر آن است. این نظریه، اصل ولایت مطلقه فقیه را پیش‌فرض می‌گیرد و درباره قلمرو آن سخن می‌گوید. ادله مسئولیت حکومت در قبال احکام اسلام در دلیل رکن دوم این نظریه تبیین خواهد شد.

۲. اگر حکومت نتواند مسئولیت خود را در قبال احکام اسلام، بدون وضع قانون ایفا کند، قانون‌گذاری از باب مقدمه واجب خواهد شد (گرچه این وجوب عقلی باشد). یکی از اسباب احراز این تقدم، گستردگی و پیچیدگی اداره حکومت در عصر حاضر است که موضوعی مورد پذیرش حقوق‌دانان، به‌عنوان اهل‌خبره این موضوع است.

۳. دلیل اینکه قانون باید به‌صورت حکم ولایی صادر شود آن است که هر کس باید احکام شرعی را بر اساس فتوای خودش (اجتهاداً یا تقلیداً) امثال کند. اگر قانون به‌صورت حکم ولایی درنیاید، در صورتی که آن قانون، خلاف فتوای یک شهروند باشد، آن شهروند مسئول نیست آن قانون را امثال کند؛ بلکه باید از فتوای خود پیروی کند. همچنین حکومت نمی‌تواند او را ملزم به آن قانون کند و حق این کار را ندارد. اگر آن شهروند با قانون مخالفت کرد، حکومت حق مجازات او را نیز ندارد. این مسئله در فقه امر به معروف و نهی از منکر بحث شده است (موسوی خمینی، ۱۳۹۰ق، ج ۱، ص ۴۶۶، مسئله ۲).

در این حالت، تنها دلیل شرعی‌ای که می‌تواند اطاعت از قانون را بر آن شهروند الزام کند، مبنای حرمت اختلال نظام یا وجوب حفظ نظام است؛ اما این مبنا فقط بر اساس تزامم با احکام شرعی و تقدم آن بر احکام شرعی، آن هم بنابر تشخیص شهروند، کارایی حکومتی دارد و تأثیر آن در این باره، بسیار کمتر از جایی است که قانون‌گذار همه قوانین را به‌صورت حکم ولایی صادر کرده باشد.



فقه

اما اگر آن قانون به صورت حکم ولایی صادر شده باشد، هم اطاعت از قانون بر آن شهروند واجب می‌شود، هم حکومت حق الزام او به قانون را دارد، و هم می‌تواند او را در فرض مخالفت با قانون مجازات کند. حتی در مسائلی که اختلاف فتوا وجود ندارد و قانون نیز منطبق بر آن حکم شرعی است -طبق مبنای عدم تکلیف غیرمسلمانان به فروع- حکومت نمی‌تواند غیرمسلمانان و حتی صاحبان دیگر مذاهب اسلامی را الزام به آن قانون کند. ولی اگر قانون حکم ولایی باشد، الزام آنان وجه شرعی پیدا می‌کند.

۴. حیثیت دیگری نیز برای لزوم ولایی بودن قانون وجود دارد که شامل موارد اتفاق فتوا نیز می‌شود، و آن اینکه گاه لازم است حکومت در تنفیذ یک حکم شرعی -حتی در موارد اتفاق فتوا- مصداقی از مصادیق آن حکم را قانوناً لازم یا ممنوع کند، به گونه‌ای که شهروندان بدون آن قانون در انتخاب آن مصداق آزاد بوده باشند. این مسئله ممکن است در موارد زیر رخ دهد:

- در موارد تخییر عقلی (مصادیق واجبات تعیینی).

- در موارد تخییر شرعی (اطراف واجبات تخییری).

- در موارد تخییر کفایی (در کفائیات موسع).

۵-۲. دلیل رکن دوم

دلیل این رکن در مطالب زیر ارائه می‌شود:

۱. تأکید اصلی در این دلیل، بر لزوم رعایت احکام مباح در قانون‌گذاری، مانند لزوم رعایت احکام الزامی و وضعی است، تا مابه‌الامتیاز نظریه مختار را با دو نظریه رقیب اثبات کند؛ زیرا دو نظریه دیگر، در لزوم رعایت سایر احکام در قانون‌گذاری، با نظریه مختار مشترک هستند و لزومی به اثبات آن نیست.

برخی از روایاتی که بر لزوم رعایت احکام مباح -و بلکه مطلق احکام- در قانون‌گذاری دلالت دارند عبارتند از:

«... وإمضاء الحدود والأحكام ... الإمام يحل حلال الله، ويحرم حرام الله، ويقم حدود الله، ويذب عن دين الله» (کلینی رازی، ۱۳۸۸ق، ج ۱، ص ۲۰۰؛ صدوق، ۱۴۰۵ق، ص ۶۷۵).



حلال در این روایت شامل مباحات به معنای اعم نیز می‌شود و تعبیر «امضاء» و «یحل» و «یحرم» صرف اخبار نیست و شامل تنفیذ - که قانون‌گذاری نیز تنفیذ احکام است - می‌شود.

«مجارى الأمور و الأحكام على أیدی العلماء بالله الأمانة على حلاله و حرامه» (حرانی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۳۸)؛ تعبیر مجاری در این روایت مربوط به مقام اجرا و تحقق احکام است که مجال قانون‌گذاری است. «وأظهر أمر الإسلام كلاً صغيرة و كبيرة» (حرانی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۶)؛ تعبیر «أظهر» شامل تنفیذ حکم شرعی از مجرای قانون‌گذاری می‌شود و تعبیر «صغيرة و كبيرة» دلالت بر شمول در همه احکام اسلام بلکه اهداف و مقاصد اسلام دارد.

گرچه سند تک‌تک این روایات به تنهایی برای اثبات مدعا کافی نیست، اما مجموع آنها و ادله دیگری که آن را تأیید می‌کند (مانند ادله‌ای که در دلیل رکن چهارم خواهد آمد) برای استناد کافی است. مستفاد از این ادله، صرفاً مشروعیت و جواز قانون‌گذاری مطابق با احکام شرعی نیست، بلکه علاوه بر آن، وجوب رعایت احکام شرعی را نیز در جایی که قانون‌گذاری واجب می‌شود، اثبات می‌کند. پس قانون‌گذار حق ندارد بدون مجوز شرعی، قانونی را مغایر با احکام شرعی، حتی مغایر با مباحات، وضع کند.

۲. مناسبت حکم و موضوع باعث می‌شود اطلاق این ادله به احکامی اختصاص یابد که عرفاً مناسب دخالت حکومت در آن است. بنابراین، وجوب رعایت احکامی در طرف «تزام و واجبات شرطی در قانون‌گذاری» قرار می‌گیرد که به اداره جامعه مربوط می‌شود و مشمول این قرینه مناسبت حکم و موضوع باشد.

شایان ذکر است که حکومت در احکامی نیز که خارج از شمول این قرینه مناسبت حکم و موضوع است که به تسامح می‌توان آن را «حریم خصوصی» نامید، قانون وضع می‌کند؛ مانند احکام عبادات و احکام روابط شخصی افراد با یکدیگر و ... که گرچه قانون‌گذار آنها را قانونی نمی‌کند، اما برای حمایت از آنها، قوانینی در آن باره وضع می‌کند؛ مانند قانون حمایت از حریم خصوصی و قوانین مربوط به مساجد و اوقاف و سایر نهادهای فرهنگی.

۴. تأکید می‌شود که مسئولیت حاکم اسلامی و قانون‌گذار در قبال احکام شرعی، یک



فقه

حکم شرعی نفسی مستقل نیست، بلکه این است که باید آنها را در اداره جامعه رعایت کند و جامعه را بر اساس آنها اداره کند. به عبارت دیگر، رعایت احکام شرعی، شرط قانون گذاری است. این مسئله در عنوان «دلیل رکن ششم» بیشتر توضیح داده می شود.

۵-۳. دلیل رکن سوم

امکان وقوع تراحم امتثالی میان احکام تکلیفی الزامی مشکلی ندارد. بنابر برخی مبانی (ر.ک: مشکینی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۰۸؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۰۵ق، صص ۱۵۹-۱۶۰)، میان مستحبات نیز امکان وقوع تراحم وجود دارد. این نیز مسئله ای مبنایی است و مشکلی به بار نمی آورد. مشکل در وقوع تراحم در مباحات و وضعیات است. به هر حال، در اینجا دو مطلب درباره تراحم در الزامیات و تراحم در مباحات و وضعیات بیان می شود تا مبنای نظریه مختار و امتیاز آن از نظریات دیگر روشن شود:

۵-۳-۱. چگونگی قرار گرفتن احکام تکلیفی الزامی در طرف تراحم، بنابر نظریات

دیگر و نظریه مختار

کسانی که احکام الزامی را نیز علاوه بر مباحات، داخل در اختیارات حاکم اسلامی در صدور حکم ولایی مغایر با حکم شرعی دانسته اند، مشروعیت این دخالت را به دو گونه توجیه کرده اند:

نخست، توجیه از طریق قاعده ترجیح در تراحم میان الزامیات: وقتی دو حکم الزامی در قلمرو احکام اجتماعی با یکدیگر تراحم کردند رفع تراحم آن در اختیار حاکم اسلامی است و او باید برای رعایت حکم اهم، حکم ولایی مغایر با حکم مهم صادر کند (هادوی، ۱۳۷۷، صص ۱۳۰-۱۳۱).

دوم، توجیه از طریق غیرالزامی شمردن حکم غیراَهم در ظرف تراحم با حکم اهم: وقوع تراحم میان دو حکم الزامی، باعث غیرالزامی شدن حکم غیراَهم می شود، و از این طریق، داخل در اختیارات حاکم اسلامی در صدور حکم ولایی مغایر با حکم شرعی می شود (حسینی حائری، ۱۴۱۴ق، ص ۱۶۵).



نظریه مختار با هر دو توجیه مخالف است.

مخالفت نظریه مختار با توجیه نخست به دو وجه است:

وجه نخست: از یک سو، تراحم امثالی فقط در حیطه احکام تکلیفی الزامی است و شامل احکام وضعی نمی‌شود، و از سوی دیگر، اطلاق ادله ولایت فقیه، شامل اختیارات حاکم اسلامی در حیطه احکام وضعی نیز می‌شود. تصویری که این توجیه ارائه داده و می‌تواند ارائه دهد، فقط در حیطه احکام تکلیفی الزامی است. شاید به همین دلیل، نظریه دوم نتوانسته است توجیهی برای شمول این اختیارات در حیطه احکام وضعی بیان کند. این در حالی است که نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری با تصویری که از تراحم ترسیم کرده است نه تنها نتوانسته است احکام وضعی را نیز در حیطه اختیارات حاکم اسلامی در قالب تراحم ترسیم کند، بلکه مباحات را نیز و حتی اهداف و مقاصد را نیز - که از سنخ حکم شرعی نیستند - در قالب تراحم ترسیم کند. به عبارت دیگر، گنجایش توجیه و تفسیر تراحم در نظریه مختار، بسیار گسترده‌تر از توجیه یادشده است. وجه دوم: حتی در وادی احکام تکلیفی الزامی نیز برای اینکه بتوان مسئولیت حاکم اسلامی در رفع تراحم را توجیه کرد، باید او را مبتلای به اطراف تراحم دانست. نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری اولاً این کار را می‌کند و معتقد است بدون آن نمی‌توان حاکم اسلامی را همواره مبتلای به همه اطراف تراحم دانست؛ یعنی نمی‌توان با نظریه تراحم امثالی، بدون اینکه مبنای مختار در آن لحاظ شود، حاکم اسلامی را مبتلای به همه احکام دانست، ولی بنابر مبنای مختار، او در هنگام وضع قانون و صدور حکم ولایی، مکلف به رعایت همه احکام و اهداف و مقاصد در آن باره است؛ پس در آن واحد، مبتلای به همه آنها است. ثانیاً حتی اطلاق ادله ولایت فقیه نیز با این نظریه می‌تواند او را مبتلای به همه احکام شرعی کند. توضیح بیشتر درباره نیاز به ابتلای حاکم اسلامی به اطراف تراحم، در عنوان «دلیل رکن ششم» خواهد آمد.

مخالفت نظریه مختار با توجیه دوم نیز به سه وجه است:

وجه نخست: اینان اختیار حاکم اسلامی در مباحات را مستند به این می‌کنند که رعایت مباحات برای حاکم اسلامی لازم نیست. به نظر نویسنده، رعایت مباحات نیز



مانند الزامیات لازم است و دلیل آن گذشت.

وجه دوم: تزامم با حکم اهم باعث غیرالزامی شدن حکم مهم نمی شود، بلکه هم به عنوان اولی، هنوز حکم خود را دارد، و هم به عنوان ثانوی در ظرف تزامم، الزامی است و مکلف باید آن را به نفع حکم اهم ترک کند.

وجه سوم: بنابر برخی مبانی در باب تزامم - که نویسنده نیز آن را بعید نمی داند - حکم الزامی غیراهم حتی از فعلیت هم ساقط نمی شود، بلکه فقط مکلف در ترک آن به دلیل امتثال حکم اهم معذور است (موسوی خمینی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، صص ۲۹-۳۰).

۵-۳-۲. چگونگی قرار گرفتن احکام تکلیفی مباح و وضعی در طرف تزامم، بنابر

نظریه مختار

گفته شد که بنابر برخی مبانی، وقوع تزامم امتثالی میان مستحبات متصور است، اما تصور وقوع تزامم بنابر مبانی دیگر در مستحبات، و میان سایر مباحات و نیز میان مباحات و سایر احکام شرعی، مشکل است. نظریه مختار اطراف تزامم را خود احکام مباح و وضعی نمی داند، بلکه وجوب رعایت آنها در قانون گذاری را طرف تزامم می داند، و این وجوب - که وجوب شرطی است - می تواند طرف تزامم قرار گیرد. پس مباحات، موضوع این وجوب هستند و از این طریق داخل در اطراف تزامم می شوند. وضعیات نیز به همین شکل داخل در اطراف تزامم می شوند. پس نظریه مختار نیز مانند دیگران، تزامم را فقط در الزامیات می داند، ولی با قرارداد مباحات و وضعیات و بلکه خود احکام تکلیفی الزامی در موضوع آن واجب شرطی، آنها را داخل در اطراف تزامم می کند.

۵-۴. دلیل رکن چهارم

ادله فراوانی دلالت بر مسئولیت حکومت اسلامی در محقق ساختن اهداف دین و مقاصد شریعت، مانند «عدالت» دارد. این اهداف و مقاصد در یک رتبه نیستند. در این نظریه، فقط «عدالت» به عنوان یکی از مهم ترین اهداف دین و مقاصد شریعت بیان می شود.



مستندات این ادعا در چند دسته قابل ارائه است. پیش از آن، شایان توجه است که در اینکه عدالت از اهداف دین و مقاصد شریعت است نزاع چندانی وجود ندارد و آیات فراوانی بر آن دلالت دارد (مائده، ۸؛ نساء، ۵۸؛ نحل، ۹۰؛ شوری، ۱۵؛ مائده، ۴۲؛ اعراف، ۲۹؛ حجرات، ۹؛ نساء، ۱۳۵)، اما اینکه رعایت عدالت در کنار رعایت احکام شریعت در قانون‌گذاری واجب است و حکومت باید عدالت (عدالت ماهوی) را نیز مانند مَرِّ احکام شرعی رعایت کند، مستند به ادله زیر است:

- «وَقُلْ آمَنْتُ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنْ كِتَابٍ وَأُمِوْتُ لِأَعْدِلَ بَيْنَكُمُ» (شوری، ۱۵)؛ در این آیه، امر به عدالت در کنار ایمان به «ما أنزل الله» آمده است و مسئولیت مستقلی را علاوه بر لحاظ احکام شرعی بر دوش آن حضرت (و هر حکومت اسلامی) گذاشته است.

- «لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ» (حدید، ۲۵)؛ به نظر نویسنده، «میزان» در این آیه برای تطبیق کتاب در ظرف زمانه، برای تحقق قسط است. پس قسط، مسئولیتی مستقل در عرض مسئولیت در قبال کتاب است.

- ترکیب دو دسته از آیات: یکی آیاتی که حکم نکردن به آنچه خدا نازل فرموده را تبیح کرده است؛ مانند «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (مائده، ۴۴) یا «... فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مائده، ۴۵) یا «... فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (مائده: ۴۷)؛ و دیگری آیاتی که به حکم کردن به عدل و قسط امر کرده است؛ مانند «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء، ۵۸) یا «وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يَحِبُّ الْمُقْسِطِينَ» (مائده: ۴۲). حکم در این آیات مربوط به صرف حکم قضایی نیست و شامل حکم حکومتی نیز می‌شود.

در تمسک به این آیه‌ها، «ما أنزل الله» و «کتاب» بر احکام شرعی تطبیق شده و مسئله رعایت آنها در کنار رعایت عدالت، با این تطبیق بیان شده است. ممکن است بتوان وجه استدلال نزدیک‌تری نیز ارائه داد، و آن اینکه «ما أنزل الله» و «کتاب» مشتمل بر «عدالت» نیز هست و اصلاً از ابتدا تهافتی میان «ما أنزل الله» و «کتاب» از یک سو، و عدالت از



سوی دیگر قائل نشد. به عبارت دیگر، «ما أنزل الله» و «کتاب» فقط بر احکام شرعی تطبیق نشود، بلکه بر مجموع تعالیم دین (که مشتمل بر احکام و عدالت و سایر اهداف و مقاصد است) تطبیق یابد.

ادله‌ای که به طور کلی، حفظ اسلام را از وظایف حکومت دانسته است، مانند ادله‌ای که «امر به معروف و نهی از منکر» (برای نمونه: حج، ۴۱)، «پاسداشت معالم دین» (رضی، ۱۳۸۷، خطبه ۱۳۱، ص ۲۴۰؛ حرانی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۳۹)، «دفاع از اسلام» (کلینی رازی، ۱۳۸۸ق، ج ۱، ص ۲۰۰) و یا «اظهار کل اسلام، کوچک و بزرگش» (حرانی، ۱۴۱۴ق، ص ۲۵) را از وظایف حکومت دانسته است نیز می‌تواند از مستندات این ادعا باشد.

۵-۵. دلیل رکن پنجم

بسیاری از اصولیان تراحم میان واجبات گیری یا شرطی را پذیرفته‌اند (ر.ک: أنصاری، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۳۹۸؛ کاظمی خراسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۲۶۰؛ موسوی خوئی، ۱۳۶۹، ج ۲، ص ۳۱۶) و برخی آن را انکار کرده، دوران امر بین دو واجب گیری را به تعارض بازمی‌گردانند (موسوی خلخالی، ۱۳۹۶). برخی دیگر نیز وقوع تراحم را در واجبات گیری انکار می‌کنند و آن را فقط در واجباتی منکرند که کل تکلیف با انتفای شرط منتفی می‌شود (اعرافی، ۱۳۹۲). در پاسخ به این گروه می‌گوییم مورد تراحم در واجبات شرطی در قانون‌گذاری، از واجباتی است که با انتفای شرط کل واجب منتفی نمی‌شود، اما نه به بیانی که در بالا گفته شد، بلکه با این توضیح که یک واجب شرطی بیشتر وجود ندارد و آن «وجوب رعایت احکام اسلام و اهداف دین و مقاصد شریعت در قانون‌گذاری» است. آنچه متعدد است، مصادیق موضوع این واجب شرطی است که می‌تواند هر یک از احکام یا هر یک از اهداف و مقاصد باشد. پس این تراحم مانند تراحم دو مصداق از واجب نفسی است که امکان وقوع تراحم در آن مفروغ‌عنه است؛ مانند اطلاق «انقذ الغریق» که شامل هر دو غریق می‌شود و مکلف فقط قادر به انقاذ یکی از آن دو است. در اینجا فرض انتفای مشروط به انتفای شرط نمی‌شود.



۵-۶. دلیل رکن ششم

اطراف این تراحم دقیقاً چه مواردی است؟

سه تصویر قابل ارائه است:

تصویر نخست: اطراف تراحم، خود احکام الزامی هستند و قانون‌گذار در حل این تراحم اعمال ولایت می‌کند؛ این قول نظریه دوم است.

تصویر دوم: اطراف تراحم، خود احکام شرعی نیستند، بلکه تکلیف مستقل حکومت در قبال احکام و اهداف و مقاصد است و قانون‌گذار در حل این تراحم، اعمال ولایت می‌کند. این قول را کسی نگفته است و بسیار نزدیک به تصویر سخن نظریه مختار است و صرفاً برای توضیح بیشتر نظریه مختار ارائه می‌شود.

تصویر سوم: اطراف تراحم، وجوب رعایت احکام، اهداف و مقاصد در اعمال ولایت (به‌عنوان شرط جواز «به معنای اعم» اعمال ولایت) است و قانون‌گذار هر جا لازم بود اعمال ولایت کند، باید احکام و اهداف و مقاصد را رعایت کند.

نقد تصویر نخست: علت تأکید بر اینکه تراحم مذکور بین خود احکام شریعت نیست، سه نکته است:

نکته اول: مسئولیت حاکم اسلامی در احکام شرعی مانند مسئولیت سایر مکلفان و حتی خود او - از حیث شخصیت حقیقی اش - نیست. برای مثال، در حکم تکلیفی «حرمت ربا»، «ربا» متعلق حکم حرمت برای همه مکلفان است که باید از آن اجتناب کنند، ولی تکلیف حاکم اسلامی در حرمت ربا فقط اجتناب شخصی خودش نیست، بلکه باید جامعه را به گونه‌ای مدیریت کند که ربا در جامعه نباشد، یعنی ضامن اجرای حکم شرعی حرمت ربا باشد و همگان را به آن الزام کند و متخلفان از آن را مجازات کند و مال ربوی را به مالکانش بازگرداند. یعنی ربا متعلق تکلیف او نیست، بلکه «تنفیذ حکومتی و قانونی حرمت ربا» متعلق تکلیف او است.

به عبارت دیگر، قانون‌گذاری یعنی تنفیذ قانونی احکام و اهداف و مقاصد شریعت، بر او واجب (به وجوب مقدمی، آن گونه که در بند اول و دوم گفته شد) است. وقتی گفته می‌شود تنفیذ حکم شرعی وجوب غیر دارد، یعنی «تنفیذ» متعلق این وجوب



فقه

غیری است و «حکم شرعی» موضوع (یعنی متعلق متعلق) آن است.

شایان ذکر است که این تکلیفِ حاکم اسلامی درباره تنفیذ احکام شرعی، ربطی به وجوب اطاعت از احکام شرعی (که یک وجوب عقلی است) ندارد؛ بنابراین نمی‌توان اشکال کرد که به اجرا درآوردن احکام شرعی همان اطاعت از احکام شرعی است و حکمی در برابر خود حکم شرعی نیست.

نکته دوم: اگر تراحمی که قانون‌گذار در آن تصمیم‌گیری می‌کند میان خود احکام شرعی تصویر شود نه میان واجبات شرعی در قانون‌گذاری، با این مشکل مواجه می‌شویم که حاکم اسلامی در بسیاری از موارد محل بحث، مبتلای به خود احکام شرعی نیست و تصویر مداخله او در این تراحم، نیازمند توجیه بیرون از تراحم است؛ زیرا سؤال می‌شود که چگونه کسی که مبتلای به اطراف تراحم نیست در آن مداخله می‌کند؟ این مشکل گرچه با مبنای ولایت، از نظر فقهی، قابل رفع است، ولی نظریه مختار، علاوه بر اینکه مطابق واقع وظایف حاکم است، مشکل را از ریشه حل می‌کند و نیازمند توجیه بیرون از تراحم نیست؛ زیرا اطراف تراحم را طوری تصویر می‌کند که خود حاکم، مبتلای به آنها می‌شود. برای مثال، در مسئله تراحم میان وجوب حج و وجوب نهی از منکر که صاحبان نظریه دوم قائل به آن هستند، ممکن است حاکم اسلامی مبتلای به وجوب حج نباشد، مثلاً مستطیع نباشد یا قبلاً حَجَّةَ الْإِسْلَام را انجام داده باشد. بنابراین، جواز مداخله او در آن نیازمند توجیه است. اما بنابر نظریه مختار، اطراف تراحم، نفس دو حکم وجوب حج و وجوب نهی از منکر نیست، بلکه وجوب رعایت آن دو در قانون‌گذاری است و او خودش مبتلای به آنها است و خودش در تراحم قرار گرفته است.

اگر گمان شود که حاکم اسلامی می‌تواند برای کسانی که مبتلای به احکام متراحم هستند تعیین تکلیف کند و برای این کار لازم نیست خودش مبتلای به اطراف تراحم باشد، زیرا او بر مستطیعان ولایت دارد و اقتضای این ولایت آن است که همان‌گونه که خود آنان می‌توانند در مورد تراحم تصمیم بگیرند، او در این کار از آنان سزاوارتر باشد، پس لازم نیست خودش مبتلای به اطراف تراحم باشد، بلکه کافی است ولایت بر مبتلایان



به اطراف تراحم داشته باشد، در نتیجه نظریه مختار مزیتی از این جهت بر نظریه دوم ندارد. در پاسخ گفته می‌شود که ولایت حاکم شرعی بر آن مکلفان در این تصمیم‌گیری، یک مبنای فقهی صحیح است که هم نظریه مختار و هم نظریه دوم در پذیرش آن مشترک هستند، اما در پاسخ به این گمان، شواهدی ذکر می‌شود که مزیت تصویر نظریه مختار نسبت به تصویر نظریه دوم را نشان می‌دهد:

شاهد اول: سؤال می‌کنیم که آیا در همان مثال حج و عدم وجوب حجة الإسلام بر شخص حاکم، آیا او درباره حکم وجوب حج کاملاً بیگانه است و هیچ تکلیفی درباره آن ندارد و با این وجود متصدی تصمیم‌گیری در این تراحم است؟! آیا همین ولایت او بر دیگران در این تصمیم‌گیری، او را به نوعی درباره اجرای حکم وجوب حج (نه فقط برای خودش، بلکه برای همه اعضای جامعه‌اش) مسئول و مکلف نکرده است؟! توجه عمیق به این پرسش، انسان را به این نکته تنبیه می‌دهد که حاکم اسلامی گرچه شخصاً مکلف به وجوب حج نیست، اما وظیفه دیگری نسبت به وجوب حج دارد که با اعمال ولایت در فرض تراحم یاد شده، آن وظیفه را انجام داده است.

به عبارت دیگر، نظریه دوم، تراحم را فقط میان نفس احکام شریعت دیده است و به تبع، حاکم اسلامی را (در فرض یاد شده) مبتلای به تراحم ندیده است و ارتباط حاکم اسلامی با این تراحم را فقط از طریق ولایت او بر مکلفان مبتلای به تراحم دانسته است، ولی نظریه مختار، این ارتباط را علاوه بر پذیرش ولایت یاد شده، با قرارداد خود حاکم اسلامی در تراحم دیگری دانسته است که برای خود حاکم اسلامی در وجوب رعایت آن دو حکم شرعی در اعمال ولایتش رخ داده است.

شاهد دوم: مقاصد شریعت و اهداف دین، مانند عدالت، حکم شرعی (یعنی واجب نفسی) نیستند تا طرف تراحم قرار گیرند. این در حالی است که در عنوان «دلیل رکن چهارم» بیان شد که صدور حکم ولایی - که قانون از آن سنخ است - مشروط به رعایت آنها نیز هست؛ یعنی رعایت آنها نیز شرط قانون‌گذاری است. اگر تراحم یاد شده، مانند نظریه دوم، میان نفس احکام شرعی تصویر شود، نه مانند نظریه مختار میان واجبات شرطی در قانون‌گذاری، ابزاری برای مقایسه و اهم و مهم کردن میان حکم شرعی و عدالت یا سایر اهداف و مقاصد دین و شریعت وجود ندارد.



نقد تصویر دوم: گفته شد که تصویر دوم در سخن کسی نیامده است و بسیار نزدیک به تصویر سوم است (مربوط به نظریه مختار). تصویر دوم از سوی نویسنده برای امکان توضیح بیشتر تصویر سوم در نظریه مختار ارائه شده است. اگر تفاوت اندکی میان این تصویر و تصویر سوم در نظریه مختار نبود، نویسنده نظریه خود را در قالب همین تصویر ارائه می‌داد؛ زیرا ارائه نظریه مختار در قالب این تصویر، اولاً می‌تواند همه امتیازات نظریه مختار را تأمین کند و ثانیاً از آسانی بیشتر در اصطلاح نیز برخوردار است. یعنی ارائه نظریه مختار در قالب تصویر دوم، هم می‌تواند احکام مباح و وضعی را، مانند احکام الزامی، موضوع تراحم امتثالی قرار دهد، و هم اهداف و مقاصد را موضوع تراحم امتثالی قرار دهد، و هم مرجحات تراحم در آن، مانند مرجحات تراحم در نظریه مختار در قالب تصویر سوم باشد. پس آنچه در این نقد گفته می‌شود فقط مربوط به امتیاز تصویر سوم نسبت به تصویر دوم است، و گرنه به نظر نویسنده، ارائه نظریه در قالب تصویر دوم از جهت آسانی فهم، امتیاز بیشتری نسبت به ارائه نظریه در قالب تصویر سوم دارد.

به هر حال، دلیل اعراض نویسنده از تصویر دوم، عدم وجود دلیل بر تکلیف مستقل نفسی برای حاکم اسلامی در قانون‌گذاری و اعمال ولایت است. از دیدگاه نظریه مختار، قانون‌گذاری و اعمال ولایت، فعلی است که حاکم اسلامی و قانون‌گذار برای اداره جامعه انجام می‌دهند و البته راهکاری است که شریعت در اختیار آنان قرار داده است تا اگر اداره جامعه به آن نیاز داشت از آن استفاده کنند. پس اگر در زمانی لازم می‌شود، صرفاً و جوب مقدمی دارد. مسئولیت حکومت در قبال احکام شرعی و اهداف و مقاصد آن است که احکام شریعت و اهداف دین و مقاصد شریعت را در اعمال ولایت و اداره جامعه رعایت کنند و از آنها تخلف نکنند؛ «وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ» (نساء، ۵۸) و «وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ» (مائده، ۴۲).

۵-۷. دلیل رکن هفتم

دلیل تقدم سکوت قانون بر وضع قانون مغایر با حکم شرعی، قاعده «الضرورات تقدر بقدرها» است. این قاعده از دو جهت بر این مورد تطبیق می‌شود:



جهت نخست: در جایی که حکومت بتواند با سکوت قانونی، حکم غیرأهم را فی الجمله در جامعه جاری سازد، نمی تواند قانون را مغایر با آن حکم شرعی وضع کند حتی در آن موارد فی الجمله نیز قابل اجرا نباشد. این جهت در قوانین جمهوری اسلامی ایران در موارد حقوق مدنی است و در حقوق جزا، سکوت به معنای عدم جرم‌انگاری و اعلان عدم تعهد به اجرای حکم است.

جهت دوم: وضع قانون مغایر با حکم شرع، فعلی است که جز با مجوز شرعی (یعنی وقوع در تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری) جایز نمی شود و وقتی حکومت راهی برای رفع تراحم بدون وضع قانون دارد، مجوزی برای این فعل ندارد.

۶. نتیجه‌گیری

این مقاله با تبیین نظریه واجبات شرطی در قانون‌گذاری به نتایج زیر دست یافته است:

۱. جمیع احکام شرعی، اعم از تکلیفی مباح و تکلیفی الزامی و وضعی - که دارای جنبه اجتماعی باشند - می توانند به دلیل وجوب رعایت آنها در قانون‌گذاری، طرف تراحم با حکم مهم قرار گیرند، و قانون‌گذار برای رعایت طرف مهم، در قانونی کردن آنها سکوت کند یا قانون را مغایر با آن و مناسب با حکم مهم وضع کند.
۲. تنها ضابطه‌ای که قانون‌گذار بر اساس آن می تواند قانون را مغایر با حکم شرعی وضع کند تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری است. ضوابط دیگری که در این باره مطرح شده است، یا به این ضابطه بازمی‌گردد یا ضابطه منقح و روشنی نیست.
۳. علاوه بر احکام شرعی، مقاصد شریعت و اهداف دین نیز می تواند به دلیل وجوب رعایت آنها در قانون‌گذاری، طرف تراحم قرار گیرد که در این نظریه فقط «عدالت» به عنوان یکی از مهم‌ترین اهداف دین و مقاصد شریعت مطرح شده است.
۴. در همه مواردی که وضع قانون مغایر با حکم شرعی جایز می شود، چنانچه قانون‌گذار بتواند با سکوت قانونی درباره حکم غیرأهم در ظرف تراحم، امکان اجرای فی الجمله آن را بدون مزاحمت با طرف مهم فراهم کند، سکوت قانونی مقدم بر وضع قانون مغایر با حکم شرعی دانسته شده است.



فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. ارسطا، محمدجواد. (۱۳۹۲). حکم حکومتی و قانون. فقه و قانون: ایده‌ها پیشنهادها و راه‌حل‌های روشی، کنفرانس بین‌المللی فقه و قانون (قم: ۱۳۹۰)، قم: مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی.
۲. اعرافی، علیرضا. (۱۳۹۲). درس خارج اصول، جلسه ۲۵ آذر ۱۳۹۲، بازیابی شده از نشانی: <http://www.eshragh-erfan.com/index.php/skill-4/osool-feghh/315-tarattob/2195-tarattob-j23> تاریخ بازدید: ۲۹ مهر ۱۳۹۶ (سایت اشراق و عرفان، مرکز تنظیم و نشر آثار حضرت استاد اعرافی).
۳. أنصاری، مرتضی. (۱۴۱۹ق). فوائد الأصول (ج ۲). قم: لجنة تحقیق التراث الشيخ الأعظم و مجمع الفكر الإسلامي.
۴. ایروانی، باقر. (۲۰۰۷م). الحلقة الثالثة في أسلوبها الثاني (ج ۱، چاپ اول). تهران: بی‌نا.
۵. جعفری لنگرودی، جعفر. (۱۳۷۷). ترمینولوژی حقوق (چاپ ششم). تهران: گنج دانش.
۶. جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۶۸). ولایت فقیه: رهبری در اسلام. تهران: مرکز نشر فرهنگی رجاء.
۷. حرانی، ابن شعبه. (۱۴۱۴ق). تحف العقول عن آل الرسول ﷺ (محقق: علی اکبر غفاری). قم: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين.
۸. حسینی حائری، کاظم. (۱۴۱۴ق). ولایة الأمر فی عصر الغیبة. قم: مجمع الفكر الإسلامي.
۹. دانش پژوه، مصطفی. (۱۳۸۹). مقدمه علم حقوق با رویکرد به حقوق ایران و اسلام (چاپ اول). قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی.
۱۰. رضی، شریف. (۱۳۸۷ق). خطب الإمام علی عليه السلام (محقق: صبحی صالح). بیروت: بی‌نا.
۱۱. صدر، محمدباقر (۱۳۸۲). اقتصادنا (محقق: مکتب الإعلام الإسلامي فرع خراسان). قم: بوستان کتاب.
۱۲. صدوق، ابی جعفر محمد. (۱۴۰۵ق). کمال الدین و تمام النعمة (مصحح: علی اکبر غفاری). قم: مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
۱۳. صرامی، سیف‌الله. (۱۳۹۲). نقش نسبت بین منابع قانون‌گذاری در حکومت اسلامی در حل



- مشکل فقه و قانون. فقه و قانون ایده‌ها پیشنهاها و راه‌حل‌های روشی، کنفرانس بین‌المللی فقه و قانون (قم: ۱۳۹۰)، قم: مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی.
۱۴. طباطبایی، محمدحسین. (۱۴۰۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن (ج ۴). قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۱۵. فاسی، علال. (۱۹۹۱م). مقاصد الشريعة الإسلامية و مكارمها (چاپ پنجم). بیروت: مؤسسه علال فاسی و دار الغرب الإسلامی.
۱۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷). فلسفه حقوق (ج ۱). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۷. کاظمی خراسانی، محمدعلی. (۱۴۰۹ق). فوائد الاصول: تقرير بحث آية الله محمدحسین غروی نائینی (ج ۴). قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
۱۸. کلینی رازی، محمد بن یعقوب. (۱۳۸۸ق). الأصول من الكافي (ج ۱، مصحح: علی اکبر غفاری). تهران: دار الكتب الإسلامية.
۱۹. مشکینی، علی. (۱۴۱۳ق). اصطلاحات الاصول و معظم أبحاثها (چاپ پنجم). قم: دفتر نشر الهادی.
۲۰. موسوی خلخالی، محمد مهدی. (۱۳۹۶). درس خارج اصول، بازیابی شده از سایت <http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/khalkhali/osool/89/890724/>، تاریخ بازدید: ۲۹ مهر ۱۳۹۶.
۲۱. موسوی خمینی، روح‌الله. (۱۳۹۰ق). تحرير الوسيلة (ج ۱). نجف: مطبعة الآداب في النجف الأشرف.
۲۲. موسوی خمینی، روح‌الله. (۱۴۱۴ق). مناهج الوصول إلى علم الأصول (ج ۲، چاپ اول). قم: مؤسسه تنظیم و نشر تراث الامام الخميني و مطبعة مؤسسه العروج.
۲۳. موسوی خوئی، ابوالقاسم. (۱۳۶۹). أجود التقريرات: تقرير بحث آيت الله نائینی (ج ۲). قم: مؤسسه مطبوعات دينی و چاپخانه اهل البيت (ع).
۲۴. هادوی تهرانی، مهدی. (۱۳۷۷). ولایت فقيه. تهران: كانون انديشه جوان.
۲۵. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۴۰۵ق). بحوث في علم الأصول (ج ۷). بی‌جا: المجمع العلمی للشهيد الصدر.
۲۶. یوبی، محمد. (۱۴۱۴ق). مقاصد الشريعة الإسلامية و علاقتها بالأدلة الشرعية (چاپ اول). ریاض: دار الهجرة للنشر والتوزيع.



References

*Holy Quran.

1. al-Kulayni. (1388 AH). Usul al-Kafi (A. A. Ghaffari, Ed., Vol. 1). Tehran: Islamic Books House.
2. Al-Shaykh al-Saduq. (1405 AH). Kamal al-Din wa Tamam al-Ni'mah (A. A. Ghaffari, Ed.). Qom: Islamic Publishing Office.
3. Ansari, M. (1419 AH). Faraid al-Osul (Vol. 2). Qom: The Research Council of the Heritage of the Great Shaykh and the Islamic Thought Complex.
4. Araf, A. R. (1392 AP). Lesson outside the principles, session December 16, 2013, retrieved from <http://www.eshragh-erfan.com/index.php/skill-4/osoof-feghh/315-tarattob/2195-tarattob-j23>.
5. Arasta, M. J. (1392 AP). Government decree and law. Jurisprudence and Law: Ideas, Suggestions and Methodological Solutions, International Conference on Jurisprudence and Law (Qom: 1390), Qom: Islamic Research Center of the Islamic Consultative Assembly.
6. Ayatollah Khomeini. (1390 AH). Tahrir al-Wasila (Vol. 1). Najaf: Printing etiquette in Najaf Al-Ashraf.
7. Ayatollah Khomeini. (1414 AH). Methods of connection to the science of principles (1st ed., Vol. 2). Qom: Institute for Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works.
8. Daneshpajoo, M. (1389 AP). Introduction to Jurisprudence with an Approach to Iranian and Islamic Law (1st ed.). Qom: Research Institute of Hawzah and University. [In Persian].
9. Fassi, A. (1991). The purposes of Islamic law and its virtues (5th ed.). Beirut: Al-Fasi Foundation and Dar Al-Gharb Al-Islami.
10. Hadavi Tehrani, M. (1377 AP). Vilayat-e Faqih. Tehran: Young Thought Center.
11. Hashemi Shahroudi, M. (1405 AH). Research in the science of principles (Vol. 7). n.p.: The Scientific Assembly for Shahid Sadr.
12. Hosseini Haeri, K. (1414 AH). Province of affairs in the age of the unseen. Qom: Islamic Thought Association.
13. Ibn Shu'bah. (1414 AH). Tuhaf al-Uqulon the part of the Prophet (PBUH) (A. A. Ghaffari, Ed.) Qom: Islamic Publication Office.
14. Irvani, B. (2007). The third solution in the second style (Vol. 1, 1st ed.). Tehran: n.p.
15. Jafari Langroudi, J. (1377 AP). Legal Terminology (Sixth Ed.). Tehran: Treasure of Knowledge.
16. Javadi Amoli, A. (1368 AP). Vilayat-e-Faqih: Leadership in Islam. Tehran: Raja Cultural Publishing Center. [In Persian].
17. Katozian, Nasser (1377 AP). Philosophy of Law (Vol. 1). Tehran: Enteshar Co.
18. Kazemi Khorasani, M. A. (1409 AH). Benefits of Principles: Narration of the discussion of Ayatollah Mohammad Hussein Gharavi Naeini (Vol. 4). Qom: Islamic Publication Office.



فقه

19. Meshkini, Ali. (1413 AH). Terms of principles and the greatness of research (5th ed.). Qom: Al-Hadi Publishing Office.
20. Mousavi Khalkhali, M. M. (1396 AP). Lesson outside the principles, retrieved from <http://www.eshia.ir/feqh/archive/text/khalkhali/osool/89/890724/>, Visited: October 20, 2017.
21. Mousavi Khoei, A. (1360 AP). Existence of lectures: Lectures of Ayatollah Naini (Vol. 2). Qom: Religious Press Institute and Ahl al-Bayt Printing House.
22. Razi, S. (1387 AH). Sermon of Imam Ali (as) (S. Saleh, Ed.). Beirut: n.p.
23. Sadr, M. B. (1382 AP). *Our Economics* (Islamic Media School, Khorasan Branch, Ed.). Qom: Bustaneketab.
24. Sarami, S. (1392 AP). The role of the relationship between legislative sources in the Islamic government in solving the problem of jurisprudence and law. Jurisprudence and Law Ideas Suggestions and Methodological Solutions. International Conference on Jurisprudence and Law (Qom: 1390). Qom: Islamic Research Center of the Islamic Consultative Assembly.
25. Tabatabaei, S. M. H. (1407 AH). *al-Mizan fi Tafsir al-Qur'an* (Vol. 4). Qom: Islamic Publishing Office.
26. Yubi, M. (1414 AH). The purposes of Islamic law and their interest in religious evidence (1st ed.). Riyadh: Dar Al-Hijra for publishing and distribution.



فقه