


## تأملی فقهی در برخی ابعاد حقوق عمومی «قانون‌گذاری» (جامعه‌پذیری و سکوت)

سید محسن قائمی خرق<sup>\*۱</sup> 

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۰۴

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: [10.22034/qjplk.2023.1538.1435](https://doi.org/10.22034/qjplk.2023.1538.1435)

### چکیده

قانون‌گذاری به مثابه فعلی برنامه‌ریز در زمینه تحقق احکام شرعی یا ماهیتی کارشناسانه و موضوع‌شناسانه برای احکام شرعی یا هویت تقنین در منطقه الفراغ امری است که نمی‌توان آن را جدای از جامعه و اقتضائات آن در نظر انگاشت. واقعیات اجتماعی گاه جنبه کاتالیزر برای تقنین اسلامی دارد و گاه مانعی برای تقنین یا اجرای قانون مبتنی بر شرع است. به هر روی، نگرش فقهی به ابعاد حقوق عمومی قانون‌گذاری و امکان و امتداد توجه به جامعه‌پذیری قانون و نیز جواز و گستره سکوت در قانون‌گذاری، به عنوان مسئله این نوشتار، امری است که فعل قانون‌گذاری را در محک جامعه‌شناسی فقهی قرار می‌دهد و دو راهبرد ضرورت جامعه‌پذیری قانون و سکوت قانون (در برابر تورم در تقنین) را پیش می‌نهد. اهمیت این نوشتار توصیفی-تحلیلی و کتابخانه‌ای از آن روست که عمدتاً با نگاه کل‌نگر تجزیه‌ناپذیر به شریعت، بدون توجه به بسترهای اجتماعی، تمرکز بر تورم قانون‌گذاری و فهم جایگاه مجلس شورای اسلامی به عنوان منشأ زاینده و پویای هنجارسازی بوده است. نوشته پیش‌آیند، ضمن آسیب‌شناسی این روند، به راهبرد تدریج (جامعه‌پذیری قانون) و ضرورت (سکوت نسبت به تقنین و در تقنین) مبتنی بر مبانی و مستندات فقهی و حقوقی دست یافته است.

**کلیدواژگان:** حقوق عمومی، جامعه‌پذیری قانون، سکوت قانون‌گذار، فقه التقنین، مجلس

شورای اسلامی

۱. دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی،

تهران، ایران

\* Email: m.ghaemi313@gmail.com





## A Jurisprudential Reflection on the Public-Law Aspects of Legislation (Socialization and Silence)

Seyyed Mohsen Ghaemi Khargh <sup>1\*</sup> 

1- PhD in Public Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran

DOI: [10.22034/qjplk.2023.1538.1435](https://doi.org/10.22034/qjplk.2023.1538.1435)

### Abstract

Expertise and thematics for Shari'a rulings or legislation in the Al-Faragh area can not be considered apart from society and its requirements. Social realities have sometimes been a catalyst for Islamic legislation and sometimes an obstacle to legislation or the implementation of sharia law. However, the jurisprudential attitude to the dimensions of public law and the possibility and extension of attention to the sociability of law, as well as the permission and extension of silence in legislation, as the issue of this paper, is what has put the act of legislation in the test of jurisprudential sociology. And the two strategies advance the necessity of the socialization of the law and the silence of the law (against inflation in legislation). The importance of this descriptive-analytical paper, using a library method is due to the fact that it mainly tries to multiply legislation with an integral view of Sharia, regardless of social contexts, and the necessity of the position of the Islamic Consultative Assembly as a productive and dynamic source of normalization. While the pathology of this process, has achieved a strategy of gradual (sociability of law) and necessity (silence towards legislation and in legislation) based on jurisprudential and legal principles and documents.

### Keywords

Public Law, Sociability of Law, Legislator Silence, Jurisprudence, Islamic Consultative Assembly.

---

\* **Email:** m.ghaemi313@gmail.com (Corresponding Author)



## مقدمه

از منظر حقوق عمومی، «قانون» مهم‌ترین مؤلفه یک نظام حقوقی است. البته این عنصر خود پایدار و ریشه‌دار در مبانی و منابع متعدد است؛ همچنان که اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز تصریح می‌کند که همه قوانین باید بر مبنای موازین اسلامی باشند. بر این اساس، مسئله اصلی این تحقیق آن است که قانون‌گذاری تابعی از چه اصولی در حقوق عمومی اسلام است؟ در بیان مسئله، گفتنی است عمدتاً نگاه نظام حقوقی به امر تقنین به عنوان امری فعال و ایجابی است. اما اینکه آیا سکوت برای قانون‌گذار و امتناع از تقنین برای وی ممکن بوده یا خیر و در صورت امکان تابع چه معیارها و موازین اسلامی است مورد بحث قرار نگرفته است. البته در تحدید چارچوب و مقصود از این مسئله باید توجه داشت که این نوشتار در پی ملاحظاتی برای تقنین فقه نیست، بلکه کارویژه آن تأملی فقهی بر برخی ابعاد حقوق عمومی قانون‌گذاری موضوعات است. از این رو، چنان که در قسمت تدریج یا سکوت بیان خواهد شد، این دو راهبرد به تعطیلی یا بر زمین ماندن حکم الله نخواهد انجامید؛ چه آنکه حکم شرعی تابع مصالح و مفاسدی است که در صورت تحقق این مصالح و مفاسد و تشریح حکم فقهی ثابت نسبت به زمان و مکان‌های مختلف نمی‌توان در تقنین آن زمان‌بندی یا تأخیر داشت. چنان که در صورت سکوت قانون نسبت به فقه نیز، در ساخت قضایی، قاضی مستند به فقه (اصل ۱۶۷ قانون اساسی) حکم الهی را اجرا خواهد کرد و حکم بر زمین نخواهد ماند. از این رو، تدریج یا سکوت در این نوشتار به معنای صرف نظر از اقامه احکامی همچون زکات یا حجاب، بر فرض نبود شرایط اقامه آن در برهه‌ای از زمان، نخواهد بود. بنابراین، این نوشتار در تلاش است با الهام‌گیری از اصولی که در تقنین الهی صورت گرفته است این اصول را به نظام تقنینی حکومت اسلامی تسری دهد (اصل تدریج و اصل سکوت).

مسئله این تحقیق تا کنون مورد بحث و گفت‌وگو واقع نشده و پیشینه‌ای در این خصوص یافت نشده است. تنها اثر موجود تحت عنوان درآمدی بر قانون‌گذاری فرهنگی، اصول و مبانی (۱۳۹۵) منتشر شده از سوی مرکز تحقیقات اسلامی مجلس نیز بدون بررسی فقهی و به صورت گذرا به وجود زمینه پذیرش اجتماعی برخورد کیفری پرداخته است. همچنین، تدریج به عنوان یک راهبرد، در صورت شرایط اجتماعی خاص، یا لزوم اقناع شهروندان و مکلفان قانون به منظور کارآمدی نظام سیاسی و کارآمدی قوانین موضوعه در حکومت اسلامی از دیگر راهبردهایی هستند که در صورت بررسی فقهی آن‌ها و تشخیص امتداد و گستره آن‌ها می‌توان به رفع برخی چالش‌های حقوقی موجود در حوزه تقنین، از جمله نقض‌پذیری گسترده و متروک ماندن قوانین، اختلال نظام قانون و قانون‌گذاری (در برابر حفظ نظام)، تورم قوانین و

تأسیس اصل محدود شدن حقوق و آزادی‌های شهروندی در عمل، و بسیاری از چالش‌های دیگر امید داشت و تمامی این موارد، بر اهمیت و ضرورت این تحقیق توصیفی-تحلیلی و مبتنی بر مطالعات کتابخانه‌ای دلالت دارد. بیان این نکته نیز در مقدمه ضرورت دارد که عمده راهبردهای مطرح در این نوشتار نمایانگر کارکردهای مختلف قانون است و ماهیتی بایدانگار دارد و این بدان معناست که ممکن است در میان قوانین ایران مواردی یافت شود که در این سنجه‌ها قابل نقد باشد و راهبردهای یادشده در خصوص آن‌ها رعایت نشده باشد. همچنین عدم رعایت این راهبردها بدان معنا نیست که «ذاتیات قانون» در آن خصوص رعایت نشده و اساساً آن خروجی قانون خوانده نمی‌شود، بلکه برای کارکرد بهتر قانون چنین راهبردهایی بررسی خواهند شد؛ مگر آنکه عدم رعایت این راهبردها منجر به عدم صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تقنین شود که در این صورت ذاتی قانون (ذی‌صلاح بودن مرجع تصویب‌کننده) مخدوش می‌شود و اساساً قانون نام نخواهد گرفت. این نوشته بی‌آنکه به سنت اطلاع در تحقیق وفادار باشد، با توجه به تفاهم نویسنده و خوانندگان بر سر مفاهیم تحقیق و همچنین اشاره به مفهوم در ذیل هر یک از ابعاد حقوق عمومی قانون‌گذاری، مطلب را در دو قسمت سامان داده است؛ در قسمت نخست تدرج و جامعه‌پذیری قانون و در قسمت دوم راهبرد سکوت قانون‌گذار مورد بررسی قرار گرفته است.

### ۱. جامعه‌پذیری قانون و تدریج در تقنین

گاه کارویژه تقنین تنفیذ احکام شرعی و اضافه کردن جنبه اجرایی به این احکام است و این قانون در بستری از جامعه، اقتصاد، فرهنگ، و تمدن اجرا می‌شود که گاه فاصله میان این بسترها با آن احکام غیر قابل گذشت است. بدیهی است، اثبات این امر که قانون برآیندی از واقعیات اجتماعی است، با توجه به پذیرش این امر نزد حقوقدانان اسلامی، کاری سهل خواهد بود. اما، اینکه برنامه‌ریزی «شریعت» را به عدد زمان بسته کرد امری نیازمند بررسی و تحلیل «امکان» و نیز منطق عملکرد شارع در «همنوایی اجتماعی» با برخی اعمال مباح (اما در آینده حرام) در سنت اسلامی است. در ذیل ابتدا به مبانی امکان تدریج و جامعه‌پذیری پرداخته خواهد شد و پس از آن گستره جامعه‌پذیری در تقنین بررسی می‌شود.

#### ۱-۱. مبانی امکان جامعه‌پذیری و تدریج

در حوزه مبانی باید توجه داشت که نسبت به حوزه‌های غیر منصوص با تحلیل عملکرد شارع می‌توان به جواز قانون‌گذار نسبت به تدریج در تقنین آن‌ها نظر داد.

### ۱-۱-۱. روح و پارادایم حاکم بر تشریحات

باید توجه داشت که منظور از جامعه‌پذیری قانون آن نیست که قانون و مثلاً مجازات تابعی از اثرگذاری و بازدارندگی باشد. گرچه در صورت اعتقاد به «امضایی بودن و توقیفی نبودن» دسته‌ای از کیفرهای شرعی جامعه‌پذیری کیفرهای شرعی امری قابل پذیرش در این دست از کیفرها خواهد بود، در صورت عدم اعتقاد به این باور یا در خصوص دسته‌های دیگر کیفرها (کیفرهای تأسیسی) باید به ادله و متون مراجعه و رویه‌ی شارع و مناطات فقهی را لحاظ کرد. تدریج، به عنوان راهبردی برآمده از جامعه‌شناسی حقوق، در دو سیاق «تدریج در تشریح» و «تدریج در اجرای شریعت» قابل دسته‌بندی است. بدیهی است، با توجه به ماهیت قوه مقننه در جمهوری اسلامی ایران، می‌توان از قواعد هر دو گستره در اینجا سخن گفت. گرچه در صورت جواز تدریج در تقنین موضوعات مستحدثه یا تقنین شرع، می‌توان در قالب «تاجیل»، حکم نهایی را نیز تقنین کرد ولی سیر نیل به حکم نهایی را مدت‌دار و زمان‌مند قید کرده و اجرا را محدود به قید زمان در نظر گرفت. فارغ از این نکته، احکام دین در مقام تشریح هم‌زمان صادر نشده است (معرفت، ۱۳۸۴: ۷۲)؛ از جمله:

- تقدم تشریحی حکم زکات بر تحریم ربا؛
- تدریج در تحریم شراب (ابتدا در آیه ۹۷ سوره نحل، سپس در آیه ۲۱۹ سوره بقره، و در نهایت در آیه ۴۳ سوره نساء)؛
- تدریج در بیان احکام زکات (اجتهادی، ۱۳۶۳: ۳۰۹)؛
- تدریج در تحریم ربا (برای دیدن نظریه مخالف ← موسویان، ۱۳۸۰: ۹۹؛ جامعه مدرسین، ۱۳۸۱: ۹۷)؛
- در خصوص منظومه کیفری اسلام: تشریح رجم زانی محصنه و حد قذف در سال چهارم هجری، حد محاربه در سال ششم یا هفتم، قصاص نفس و اطراف و حد سرقت در سال هشتم، لعان در سال نه هجرت (القطان، ۲۰۰۱: ۱۶۶ - ۱۷۲)؛
- نوع تعامل حضرت رسول با مخالفان حکومت به منظور تألیف قلوب آنها (ابن کثیر، ۱۹۷۷: ۱۵۸)؛
- وجوب تدریجی جهاد: بدین صورت که ابتدا به صورت منع قتال در مکه (نساء/ ۷۷)، سپس اذن به مؤمنین برای قتال در مدینه (حج/ ۳۹)، و سپس وجوب آن (بقره/ ۲۱۹) تشریح شد.

با ملاحظه‌ای نسبت به منطق تدریج در تشریحات فوق می‌توان به این نتیجه رسید که هرگاه پدیده‌ای در بسترهای اجتماعی ریشه‌دار باشد و شرایط اجتماعی جامعه اسلامی مناسب اجرای

دفعی حکم شرعی نباشد، محو یکباره آن از طریق تقنین و تشریح امکان‌پذیر نیست و مقصود شارع از رهگذر تدریج محقق خواهد شد.

### ۱-۱-۲. حفظ نظام به معنای اعم

گاهی بستر اجتماعی می‌تواند زمینه تدریج را فراهم کند تا مانع از وهن حکم قطعی شرع در جامعه و اقتناع‌ناپذیری حکم توسط مردم شود؛ خواه این بسترهای اجتماعی به دلیل نوع تربیت مردم و حیات طولانی آن‌ها در شرایط غیر اسلامی باشد، خواه به سبب ریشه‌داری و رواج یک نهاد در جامعه طی سالیان متمادی، خواه به علت نبود نهاد دینی مناسب و کارآمد جهت جایگزینی نهاد غیر مشروع. بدیهی است در این موارد کلیت یک نظام قانون‌گذاری نیز مورد وهن و بی‌اعتنایی قرار خواهد گرفت و از این رو در مقام تراحم شکل‌گرفته سکوت در برابر چند حکم و عدم تقنین در حوزه برخی مسائل می‌تواند زمینه‌های اجرای سایر احکام را سلب نکند.

در تاریخ صدر اسلام نقل شده است که هنگام اعزام معاذ بن جبل، به عنوان کارگزار، به یمن، پیامبر اکرم به وی چنین فرمود: «تو به سوی مردمی از اهل کتاب می‌روی. بنابراین نخستین چیزی که بدان دعوت می‌کنی توحید الهی باشد. پس از آن، نمازهای پنجگانه را و پس از آن وجوب زکات اموال را ابلاغ کن.» (سویل، ۲۰۰۷: ۱۲). این تراحم با امر مهم و در نتیجه جواز تدریج در تقنین و اجرای شریعت را می‌توان در نمونه دیگری ملاحظه کرد. امیر مومنان در الزام به ترک بدعتِ صلاة تراویح در روایتی معتبر به سلیم بن قیسمی فرماید: «اگر بخواهم مردم را بر ترک این بدعت اجبار نمایم، اجتماع مسلمانان بر هم خورده و خلل در لشکر پدید خواهد آمد.» (حر عاملی، ۱۴۰۱: ۱۹۳). در منقول ابراهیم بن عمر یمانی از حضرت صادق (ع) نیز آمده: «خداوند هیچ پیامبری را مبعوث نکرد، مگر آنکه می‌دانست وقتی دین وی را تکمیل کند حرمت شرب خمر هم جزء مقررات آن دین خواهد بود. خمر همواره حرام بوده و هست و دین به تدریج خصلت‌های مردم را تغییر می‌دهد. اگر این امر یکباره صورت پذیرد، مردم از دین کناره خواهند گرفت.» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۷، ۲۳۷، ح ۱). یا در مرسله‌ای آمده: «خداوند وقتی اراده وجوب حکمی می‌کند به تدریج آن را وضع می‌کند تا مردم برای پذیرش آن آماده شوند و با امر و نهی الهی انس بگیرند. این سیر خداوند بر پایه تدبیر و به صلاح مردم است و سبب می‌شود مردم به فرمان خداوند عمل کنند و کمتر از آن بیزار شوند.» (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۲۴۲، ۱۴).

### ۱-۱-۳. ماهیت تقنین

افزون بر تراحم و مستندات یادشده، چنانچه تقنین را در پرتو امر به معروف و نهی از منکر (چه از سوی دولت نسبت به مردم چه مردم در قالب نمایندگان منتخب) نسبت به مردم

تحلیل کنیم، از جمله شروط امر و نهی فقدان مفسده و ضرر حتی برای یکی از مسلمانان است. بنا بر هنجارهای فقهی در صورت وجود ضرر و مفسده وجوب ساقط خواهد شد (نجفی، ۱۳۶۳: ۳۷۱)؛ همچنان که حکومت قاعده لاضرر بر دیگر احکام (خویی، ۱۳۸۶: ۵۳۰) نیز می‌تواند بر ضرورت سکوت در موارد پیش‌گفته دلالت کند.

همچنین از آنجا که مخاطب خطابات قانونی جامعه بما هو جامعه است، باید شرط امتثال حکم و قانون را قدرت «جامعه» یا حداقل نوع افراد جامعه - بر اتیان فعل به گونه صحیحی که منظور شارع است دانست و با توجه به ماهیت قانون چنانچه چنین امتثالی بر وجه صحیح به طور کلی یا در زمان حاضر ممکن نباشد تدریج در تقنین آن اولویت خواهد داشت. افزون بر این‌ها، برخی احکام جنبه مقدمه برای برخی دیگر از احکام دارند و منطقیاً باید نخست به فراهم شدن مقدمه نظر داشت؛ همچنان که توأمان امکان‌ناپذیری حکم (ذی‌المقدمه) نمی‌تواند دلیلی برای ترک مقدمه نیز باشد. زیرا «ما لا یدرک کله لا یترک جله».

#### ۴-۱-۱. دوران احکام بر مدار مصالح و مفاسد

احکام دائر مدار مصالح و مفاسد هستند<sup>۱</sup> و چنانچه تقنین یا اجرای حکم در حال حاضر یا به صورت دفعی منجر به نقض مصلحت شود علت حکم منتفی و به تبع حکم نیز منتفی خواهد شد؛ الاحکام تدور مع عللها وجودا و عدما. همچنین، تدریج می‌تواند مدل خاصی از «تغییر فتوا بر حسب تغییر احوال یا شرایط زمان و مکان» باشد.

#### ۵-۱-۱. سایر ادله

همچنین، تدریج از اخف به اثقل یک اصل است و متناسب با فطرت و طبیعت بشری است و می‌توان بر اساس آن به کمال و استقامت و التزام درونی به فضایل (و از جمله قانون) دست یافت (مودودی، ۱۳۹۵: ۵۰) و تدریج به نوعی تشویق به قانون‌گرایی است (شاطبی، ۱۴۱۷: ۱۴۹). شیوه مرسوم میان نظام‌های عقلایی قانون‌گذاری و سیاسی نیز در طول تاریخ تدریج بوده و غیر آن محکوم به نابودی و شکست شده است؛ نظیر نظام‌های توتالیتر و اشتراکی (زحیلی، ۱۴۲۰: ۸۸).

#### ۲-۱. گستره تدریج و جامعه‌پذیری در تقنین

بنا بر آنچه گذشت، تدریج مبتنی بر ادله وقوع احکام اسلامی است و نه مشروعیت احکام و نیز در پی ترک واجب یا انجام دادن حرام نیست؛ بلکه در پی تحقق مناط حکم است. باید توجه داشت که قید «تدریج» منافاتی با اسلامی بودن حکومت یا مسلمانی، که در آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا ادخلوا فی السلم (یعنی اسلام) کافه» ندارد. زیرا کسی که وارد اسلام می‌شود

عزم بر امتثال آنچه در استطاعتش هست دارد و این همان قول خداوند در آیه ۱۶ سوره تغابن است؛ «فاتقوا الله ما استطعتم». بنابراین راهبرد تدریج ابزاری برای تبعیض در شریعت نیست؛ بلکه قید استطاعت مجوز راهبرد تدریج است. از این رو، به همان سان که اجرای حد بر زن حامل به دلیل وجود مصلحت راجح به تأخیر می‌افتد و امری نامشروع یا نفی اسلام نیست، تأخیر در اجرای برخی مقررات به دلیل مصالح پیش‌گفته نیز منافاتی با التزام به اسلام و اسلامی بودن حکومت ندارد؛ چه آنکه نظیر کسی است که در دار غصبی است و شروع به خروج از آن برای بازگرداندن مغضوب به مالک کرده است و بدیهی است گرچه هنوز تصرف زایل نشده او در همین حین مطیع به شمار می‌رود (الزركشي، ۱۹۹۲: ۲۶۷). من شرع فی التوبة فله حکم التائب.

البته در بررسی این راهبرد باید توجه داشت که اولاً این راهبرد فقط یک «وسیله» برای تحقق مصالح ملت و آن هم در صورت ضرورت و نیاز به آن است و نباید نگاه «غایت» بدان اندوخت. بنابراین به محض آنکه تقنین حکم اصلی و اجرای کامل شریعت میسر شد تفریط و تقصیر و عدم عدول در این خصوص پذیرفتنی نخواهد بود. بر این اساس، باید یا تقنین حکم نهایی و تدریج‌پذیر صورت نگیرد یا در صورت تقنین اهداف و مراحل حکم زمان‌بندی شود و عزم بر حکم نهایی و مقدمه‌سازی آن باشد. ثانیاً، نکات پیش‌گفته رافع مسئولیت دولت اسلامی در تحقق زمینه‌های تقنین و اجرای قانون نخواهد بود. زیرا وفق قاعدة «یغتفر فی الابتداء ما لا یغتفر فی البقاء»، اگرچه در ابتدای اسلامی شدن یک جامعه یا نبود شرایط برای تقنین حکم اصلی از برخی اقدامات و معاصی چشم‌پوشی می‌شود، با گذشت زمان، چنین نخواهد بود. همچنین تدریج به معنای زدودن حرمت از فتوای حرمت (که به دلایل پیش‌گفته در قالب قانون نمی‌تواند قرار گیرد) نیست و نیز اصول اعتقادی را شامل نمی‌شود و فقط فروع را در بر می‌گیرد (شریف، ۱۹۹۹: ۱۷۵). نکته نهایی نیز آن است که امر تدریج و لزوم جامعه‌پذیری قانون «امر سیاسی محض» نیست، بلکه امری شرعی است که در آن حاجات و مصالح شرعیه لحاظ می‌شود. از این رو صرف تشخیص آن به نظر اهل سیاست صحیح نخواهد بود و نیازمند نظارت فقها است.

بنابراین در کنار توجه به مسئله اصلی این تحقیق، که الهام‌گیری از اصول تقنین الهی برای تقنین در حکومت اسلامی است و نه تقنین فقه، باید در نظر داشت که این راهبرد تحت عنوان تدریج و نه تعطیلی احکام است. توضیح اینکه در نسبت میان «قانون: الزام» و «فرهنگ» چه قانون، خود، تجلی از فرهنگ و ابزاری فرهنگی قلمداد شود چه اقدامات فرهنگی و نرم مقدمه



واجب قانون لحاظ شود این جستار راهبرد تدریج را پی گرفته و طبعاً در تدریج از اخف به اثقل حرکت می‌شود. از این رو، در این راهبرد نه تنها حکمی شرعی تعطیل نخواهد شد، بلکه مقدار ممکن و درصدی از آن اجرا می‌شود و در عین حال نیت و برآورد بر آن است تا زمینه‌های اجتماعی و تقنینی با هدف اجرای کامل و اقامه کامل همه درجات همه اوامر و نواهی الهی فراهم شود.

## ۲. سکوت در تقنین

سکوت به معنای خلاف نطق است و سکوت را از اصوات الحان شبیه تنفس میان دو نغمه تعبیر کرده‌اند (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۳۰۴). سکوت در اصطلاح حقوقدانان نیز عبارت است از وضع کسی که صریحاً اعلام اراده نمی‌کند و نیز کاری انجام نمی‌دهد که با رفتار او بتوان اراده‌اش را استنباط کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۲۶۱). سکوت قانون نیز به معنای فقدان قانون صریح و به‌خصوص نسبت به موضوعاتی معین است. در تعریفی دیگر، سکوت قانون به موردی معین اطلاق می‌شود که قوانین جاری جامعه از منظر قضایی تکلیف آن را معین نکرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۰۲). به تعبیر حقوقدانان عبارت «ما لا نص فیه» در فقه اسلامی بسیار رساتر و جامع‌تر از این عنوان می‌تواند باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۲۳) (همچنین است عبارت «ما سکت عنه الشارح» و «مسکوت عنه»). ولی نقص قانون و اطلاق قانون را نمی‌توان با سکوت در یک ردیف معنایی (ترادف) قرار داد؛ چه آنکه برای فرض اطلاق شرایط و مقدمات حکمت ضروری است و از این رو بیان بودن «اطلاق در مقام بیان» به نوعی مباین با سکوت خواهد بود. همچنین نقص قانون فروضی همچون اجمال قانون را نیز شامل می‌شود و از این رو نمی‌تواند مترادف با سکوت باشد. به هر روی، بر اساس دلالت‌های معناشناختی اصطلاح سکوت، این دانش‌واژه سکوت عمدی و سهوی، یعنی حتی مواردی را که قانونگذار اساساً به علت بی‌توجهی، قانونی وضع نکرده، نیز در بر می‌گیرد.<sup>۲</sup> سکوت به عنوان یک ترک فعل از سوی قانونگذار نسبت به تقنین امری است که کمتر در مورد امکان و گستره آن سخن به میان آمده است. مسئله اساسی در خصوص این بعد آن است که به‌راستی باید انتظاری گسترده از قانون داشت تا پاسخی برای همه مسائل و امور اجتماعی، سیاسی، اقتصادی، و ... معین کند؟ و چنانچه قانون را بتوان تنها راهبرد برای تعیین تکلیف حکمی موضوعات در حوزه عمومی یا آن دست از موضوعات خصوصی که حکمرانی حق دخالت در آن‌ها خواهد داشت دانست، آیا قانونگذار اجازه یا وظیفه به سکوت و انهدان برخی مسائل را دارد؟

بالاخره اصل ۱۶۷ وضعیت سکوت قانون را به عنوان یک وضعیت ممکن (نه لزوماً بایسته

و به مثابه یک اصل) مطرح کرده و یکی از اصول مهم خود را به حل این چالش اختصاص داده است. اما به نظر می‌رسد برخلاف نگرش به «سکوت به مثابه یک نقص» و گفت‌وگو درباره روش شکست آن<sup>۳</sup> باید از سکوت به عنوان یک راهبرد ضروری در قانون‌گذاری نیز یاد کرد. «ضرورت» را باید معیاری فرازین در ایجاد صلاحیت برای مجلس قانون‌گذار نسبت به تقنین دانست.<sup>۴</sup> به عبارت دیگر، صلاحیت عام مجلس شورای اسلامی به ضرورت پیوند خورده است و لزوماً نباید در پی تقنین و حکم نهادن در هر حوزه و در خصوص هر موضوع جدیدی بود. مقصود از ضرورت نیز وجود مقتضی قانون‌گذاری و فقدان موانع اجرایی (از قبیل فشار افکار عمومی یا بین‌المللی یا ظالمانه و ناکارآمد بودن برخی احکام به دلیل اجرایی نشدن حکم پیشین و مقدماتی آن) است؛ در غیر این صورت سکوت قابل پذیرش است. در ذیل ابتدا به مبانی امکان سکوت در تقنین پرداخته می‌شود و پس از آن گستره سکوت خواهد آمد.

## ۲-۱. مبانی و مستندات امکان سکوت در قانون‌گذاری

دلایل و مؤیدات متعددی در خصوص امکان سکوت در قانون‌گذاری قابل بیان است که در ادامه بیان می‌شود.

مثلاً از کلام فقها می‌توان به استظهاراتی در این خصوص دست یافت که مناط «ضرورت» بیان در موضع حاجت را تقویت کند. در همین زمینه فقها در مواردی که حرمت تکلیفی سکوت را بیان کرده‌اند عمدتاً تضييع حق دیگران را مبنای حرمت قرار داده‌اند (مثلاً ← طرابلسی، ۵۶۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۳۲۰؛ مجلسی اصفهانی، ۱۴۰۱: ۳۱۰؛ نجفی، ۱۳۶۳: ۱۸۱).<sup>۵</sup> از ادله دیگری که ضرورت را در مقیاس و امتدادی که بیان شد تقویت می‌کند «وجوب امر به معروف و نهی از منکر» و «قیح تأخیر بیان از وقت حاجت» به عنوان یک قاعده مورد اتفاق اصولیون امامیه و معتزله (علم‌الهدی، ۱۳۴۸: ۳۶۱؛ قمی، ۱۳۷۸: ۳۴۱) است. «ادله حرمت کتمان علم» نیز در این خصوص مفید است؛ به‌خصوص در صورتی که قانون‌گذاری از باب رجوع به خبره و کارشناس در موضوع‌شناسی باشد، خواه موضوع‌شناسی «مسائل مستحده» یا «موضوعات سیستمی در حکمرانی» و وظیفه مجلس به عنوان کارشناس باشد یا کارکرد مجلس به عنوان «نماینده عرف» در نظر آید (← امام خمینی، ۱۳۷۸: ۴۲۳) یا کارکرد «مشاوره» برای فقهای شورای نگهبان داشته باشد؛ البته در صورتی که موضوع‌شناسی عملیاتی فقهاتی و استنباطی دانسته شود.<sup>۶</sup> همچنین ادله «منع اغراء به جهل یا افعال قبیح» منافاتی با عنصر ضرورت در قانون‌گذاری ندارد. توضیح آنکه این قاعده به معنای آن است که نباید کاری صورت گیرد تا باعث شود افراد در جهل و گمراهی خود باقی بمانند و مسیر هدایت بر آنان بسته شود (حلبی، ۱۴۰۳: ۴۶۷). بنابراین، با تحقق زمینه این قاعده، ضرورت قانون‌گذاری نیز پدیدار

خواهد شد و منافاتی در میان نخواهد بود.

## ۲-۲. گستره سکوت در تقنین

به نظر می‌رسد جدای از ضرورت قانون‌گذاری و امکان سکوت در غیر حالت ضرورت بتوان موضوع سکوت را با توجه به مؤلفه‌های فقهی- قانونی زیر تحلیل کرد:

۱. وفق ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب سال ۱۳۱۸، «دادگاه‌های دادگستری مکلف‌اند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند». هم‌سو با این ماده، در ماده ۱ قانون مدنی مصر مقرر شده، در صورت سکوت قانون، عرف و حقوق اسلامی و مبانی حقوق طبیعی و عدالت می‌توانند منبع رفع سکوت و تکمیل حقوق باشند. همچنین در قانون احکام قضایی سودان (۱۹۸۳) مقرر شده: «در صورتی که قاضی نصی نیافت که بر اساس آن اجتهاد کند و حکم صادر کند ملزم به مراعات عرف در خصوص نزاع معاملاتی است؛ البته به شرطی که این عرف برخلاف شریعت اسلامی و مبانی عدالت فطری طبیعی نباشد.» (خیر حسب الرسول، ۲۰۰۱: ۶۷). همچنین، فارغ از اختلاف قرائت‌ها در خصوص گستره اصل ۱۶۸، مطابق این اصل «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». بنابراین، سکوت مقنن در نگاه اول و در برخی موارد نمی‌تواند سبب تضييع حق طرفین دعوا یا دیگران در سایر ساحت‌ها بشود. چه آنکه از یک سو قاضی طبق مبانی فقهی و نیز قانونی ملزم به رسیدگی به دعوا و صدور حکم (عند الاقتضا) است و چنانچه «هر یک از مقامات قضایی که شکایت و تظلمی مطابق شرایط قانونی نزد آن‌ها برده شود و با وجود اینکه رسیدگی به آن‌ها از وظایف آنان بوده به هر عذر و بهانه اگرچه به عذر سکوت یا اجمال یا تناقض قانون از قبول شکایت یا رسیدگی به آن امتناع کند ... دفعه اول از شش ماه تا یک سال و در صورت تکرار به انفعال دائم از شغل قضایی محکوم می‌شود و در هر صورت به تأدیة خسارات وارده نیز محکوم خواهد شد.» (قانون مجازات اسلامی، کتاب پنجم، مصوب ۱۳۷۵). بنابراین، می‌توان سکوت را از حیث «حکومتی» «آماره» ای برای ارجاع به عرف یا منابع شرعی دانست. همچنین این سکوت به عنوان یک راهبرد می‌تواند در مواردی که مرز میان امر اجرایی و امر تقنینی چندان شفاف نیست به نوعی نشان‌دهنده اراده مجلس بر ضرورت شبه تقنین از

رهگذر آیین‌نامه‌های قوه اجرایی باشد (سکوت ملابس یا سکوت همراه با قرینه به عنوان یک «اماره مرکب»).

۲. این‌گونه سکوت را می‌توان در مورد پارادایم‌ها و پیش‌فرض‌ها و زمینه‌ای که یک قانون یا فتوا در آن معنا می‌یابد و نوعی بستگی میان این زمینه و حکم وجود دارد در نظر داشت. مثلاً می‌توان جدید العهد بودن و تازه‌مسلمانی در فتاوی فقهی را ملاک قرار داد. به دیگر تعبیر، در صورتی که جامعه‌ای به تازگی به اسلام گرویده باشد ممکن است در مورد برخی گزاره‌ها و هنجارهای فقهی و قانونی سکوت صورت پذیرد. در این نگاه، رویکرد تدریج در قانون‌گذاری ملازمه با سکوت نسبت به مراحل بعدی حکم خواهد داشت. حوزه‌های منجر به «حرمت تنفیر از دین»<sup>۷</sup> و مفسده‌انگیز را نیز می‌توان به سکوت قانون و نهاد. همچنین در صورتی که ارائه فتوای واحد در «سیاق قانونی» مفسده‌انگیز باشد، مجلس برای استفاده قضات از فتاوی مختلف معتبر، می‌تواند سکوت در تقنین را پیش گیرد.

بنابراین، سکوت عمدی را می‌توان در حکم قانون‌گذاری دانست و آثار و مقاصدی همچون موارد یادشده را به عنوان فلسفه سکوت در نظر انگاشت و به آثار آن ملتزم شد. البته از حیث حقوق اساسی ساختارگرا باید به این نکته نیز رهنمون شد که چنانچه مشروعیت قانون‌گذاری را مجلس ناشی از «ولایی بودن فرایند کلی (نه تفصیلی) قانون‌گذاری در اثر حکم ولایت فقیه» ندانیم یا ماهیت فقهی ساختار پارلمان را به عنوان کارگزار ولی فقیه در نظر نینگاریم، به نظر می‌رسد نتوان سکوت قانون را امری موافق با موازین اسلامی دانست. زیرا اگر محدوده اصل ۱۶۷ قانون اساسی منصرف از امور کیفری باشد، سکوت قانون مانع از اجرای حکم شرعی در حکومت اسلامی خواهد شد. بدیهی است این ایراد از آن رو قوت می‌گیرد که در وضع کنونی نظارت شورای نگهبان و مجمع تشخیص به عنوان نهادهای نظارتی ولی فقیه بر فرایند تقنین صرفاً ناظر بر فعل تقنین است و بر عدم فعل تقنین و سکوت قانون هیچ ولایت و نظارتی قابل اعمال نیست.

۳. افزون بر این، در مستندات شرعی نیز تورم احکام مطلوب دانسته نشده و در مواردی که ضرورتی در میان نباشد سکوت مطلوب است و ارشاد به اباحه دارد. به عبارت دیگر، اگر اصل رکن در شریعت اباحه در نظر گرفته شود، تقنین اباحه ضرورت ندارد و سکوت می‌تواند ارشاد به آن داشته باشد؛ همچنان که تقنین آن امری جز تأکید اباحه نخواهد بود. از امیر مؤمنان علی<sup>(ع)</sup> نقل شده خداوند متعال حدودی را معین کرده که نباید از آن حدود تعدی و تجاوز کنید و فرایضی را مشخص کرده که نسبت به آن‌ها نباید نافرمانی کنید و در مورد چیزهایی هم سکوت کرده که سکوت او از روی فراموشی نبوده و نباید خودتان را به

تکلف بیندازید، بلکه آن رحمتی از جانب خداوند برای شماست که آن را قبول کنید (صدوق، ۱۴۰۶: ۷۵).

در برخی دیگر از روایات ناظر به سکوت به آیه ۱۰۱ سوره مائده استناد شده که می‌فرماید: «یا ایها الذین آمنوا لاتسألوا عن اشیاء ان تبد لکم تسوءکم.»؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید از مسائلی سؤال نکنید که اگر برای شما آشکار شود شما را ناراحت می‌کند [و به تکلف می‌اندازد]. (← مجلسی، ۱۴۰۳: ۲۲۴). همچنین سلمان فارسی نقل قولی کرده که «الحلال ما أحلّه الله فی کتابه و الحرام ما حرّم الله فی کتابه و ما سکت عنه فهو مما عفا عنه.» (سید سابق، ۲۷۶). در میان مجامع روایی عامه نیز به حدیث معاذ بن جبل اشاره شده که وقتی حضرت رسول (ص) وی را برای امر قضاوت به یمن می‌فرستاد فرمود: «بم تقضی بینهم یا معاذ؟ قال: بکتاب الله. قال رسول الله (ص): فان لم تجد؟ قال: بسنة رسول الله. قال: فان لم تجد؟ قال: أجتهد برأیی و لا آلو. فقال (ص): الحمد لله الذی وفق رسول الله لما یرض الله.» (ابن حنبل، ۱۴۱۹: ۲۳۰؛ ابی داود، ۱۴۱۰: ۳۰۳؛ ترمذی، ۱۴۰۳: ۶۱۶).

مبنای امکان خلو واقعه از حکم نیز می‌تواند بر امکان سکوت از سوی قانون‌گذار در حکومت اسلامی دلالت داشته باشد. در واقع، عقل حاکم به امکان خلو واقعه از حکم و بلکه لزوم آن است و در تقویت این نظر حتی برخی از دانشیان فقه به عدم حکم اباحه در میان احکام تکلیفی تمسک جسته و اظهار داشته‌اند که مؤدای ادله اباحه اخبار از نبود اعتبار و حکم است نه انشای حکم (علی‌دوست، ۱۳۸۱: ۱۷۵). چون هدف از جعل حکم ایجاد بعث و تحریک در مخاطب است و چنین اثری در جعل اباحه یافت نمی‌شود. برخی دیگر نیز نوشته‌اند واقعه پس از تضارب مصالح و مفسد خالی از یکی از وجوه نیست؛ یا ذات مصلحت است یا ذات مفسده است یا خالی از یکی از این دو ملاک مفروض است که خود این دو قسم است: یا راساً و از ابتدا خالی از یکی از مصلحت و مفسده است یا بعد از تعارض مصلحت و مفسده هر دو متساقط شده و در فرض عدم رجحان یکی بر دیگری واقعه خالی از هر یک از دو ملاک شده است (القمی، ۱۴۲۸: ۱۸۹). وجه سوم با هر دو قسم دیگر نیز می‌تواند باشد: گاهی مقتضی برای جعل اباحه برای آن واقعه یافت می‌شود که در این حالت به اباحه مجعوله اباحه اقتضایی گفته می‌شود، مانند مصلحت تسهیل امر بر بندگان و اطلاق عنان آنان در این واقعه، و گاهی چنین مقتضی‌ای یافت نمی‌شود و اباحه در این قسم اباحه لاقضایی است. اشکال مرحوم امام بر این مورد آن است که جعل اباحه در اینجا معنا ندارد. زیرا وقتی فعل خالی از هر ملاکی بود مجالی برای تحقق اراده و کراهت وجود ندارد. چون

این دو از توابع علم به مصالح و مفساد هستند و مصلحت و مفسده‌ای نیز در بین نیست. از این رو، جعل اباحه معنا ندارد و اباحه در اینجا عقلی است.<sup>۸</sup> کاشف‌الغطاء نیز در همین زمینه معتقد است اخبار زیاد بر خالی بودن واقعه از احکام چهارگانه - چه رسد به خلو از جواز مطلق در موارد غیر ضروری و در مواردی که تصرف در حق بشر پیش نیاید - دلالت دارد. این اعتقاد به سان خورشید در وسط روز نمایان است و شیخ صدوق آن را از اعتقادات امامیه شمرده است (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۳: ۱۹۸). نراقی نیز می‌نویسد: «هیچ‌گونه دلیل عقلی برای ثبوت تکلیف در همه موارد وجود ندارد. چه مانعی دارد که خدا حکم را برای بعضی از کارها تعیین نماید و برای بعضی حکم تعیین ننماید؛ همان‌گونه که حدیث مشهور<sup>۹</sup> اسکتوا عما سکت الله<sup>۱۰</sup> (آنچه خدا نگفته شما نیز نگویید) و حدیث<sup>۱۱</sup> 'و سکت عن أشیا' (خدا اموری را بیان نکرده است). بر این مطلب دلالت دارد.» (نراقی، ۱۳۷۵: ۳۶۹). نراقی نمونه‌هایی برای خلو واقعه از حکم بیان می‌کند؛ نظیر همه کارهای حیوانات و کودکان و دیوانگان، همه اقدامات و حرکات و سکنت آن که اصلاً شریعت را نشنیده، و همه کارهای انسان قبل از بعثت بلکه به سکنت جمادات که خداوند به همه آنان احاطه دارد. و در عین حال هیچ‌یک از این مجموعه مکلف به هیچ حکم پیشینی از سوی خدا نیستند. مستدل به این نظایر می‌توان گفت هیچ معنی نیست که الباقی انسان‌های مکلف نیز نسبت به بعضی از کارهایشان بدون تکلیف باشند (نراقی، ۱۳۷۵: ۳۷۲). همچنین با توجه به مذاق شارع در حوزه غیر عبادات مبنی بر امضایی بودن احکام، عدم ردع (در قالب سکوت) و عدم تأسیس عمدی توسط قانون‌گذار نیز - چنان که قبلاً گذشت - می‌تواند همچون عدم ردع شارع ارشاد و ارجاعی به حکم عرف باشد؛ مگر آنکه خلاف آن با دلیل معتبر اثبات شود.

۴. شأن ولایت فقیه بر قانون‌گذاری قابل تفکیک میان مجلس و شورای نگهبان و قابل تفویض به ایشان است. در این چارچوب، تحلیل ماهیت تقنین فقیه در تراز فقه و در قالب «افتاء فقیه در عصر غیبت» می‌تواند از حیث نهادی نیز مسئله سکوت را تحلیل کند. با مراجعه به متون فقهی، می‌توان به دو رویکرد درباره ماهیت افتاء دست یافت. برخی افتاء را منصب می‌دانند که مختص معصومان و «حکومتی و ولایی» است و تصدی آن برای غیر معصوم نیازمند نصب معصوم است. برخی دیگر آن را جایگاهی علمی و جزء تکالیف مجتهد می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲: ۳۹۶). علامه حلی جزء معتقدان به باور نخست است و بر این باور است که امامان معصوم تصدی این منصب را به فقها تفویض کرده‌اند (ولایت عام فقها در عصر غیبت) (حلی، ۴۴۷؛ همچنین ← عراقی، ۱۳۸۰: ۶۶). عبارت مرحوم فاضل هندی در کتاب امر به معروف و نهی از منکر نیز دال بر این است که افتاء ماهیتی «منصب» گونه دارد.

ایشان می‌نویسد: «اگر عمومیت و جوب امر به معروف و نهی از منکر نبود و حرمت کتمان علم و ترک حکم بما انزل الله نبود، بر فقها حکم و افتاء در زمان غیبت تنها با اذن امام زمان عجل الله جاز می‌شد.» (فاضل هندی، ۱۴۱۷: ۲۲۵). بنابراین، افتاء (الافتاء فی ما یحتاج الیها العامی فی عمله (انصاری، ۱۴۱۵: ۵۴۶) منصبی است که به دلیل اذن صریح معصوم یا به دلایلی مانند حرمت کتمان علم و امر به معروف و حرمت ترک حکم بما انزل الله موجب جواز آن در عصر غیبت می‌شود و در غیر آن صورت ولایتی در این خصوص متصور نخواهد بود. برخی دیگر نیز معتقدند که افتاء مانند قضا از فروع نبوت و ریاست عامه نیست (مخصوص امام نیست) و از این رو نیازمند نصب و جعل نخواهد بود و وجوب افتاء بر فقیه به جعل اولی است (آشتیانی، ۱۴۲۵: ۱۱۵۴). برخی دیگر قضا را منصبی حکومتی اما افتاء را حق اظهار نظر در مسائل شرعی و غیر قابل نصب و سلب می‌دانند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳: ۷؛ موسوی خلخالی، ۱۳۸۰: ۲۴۷). به نظر می‌رسد حتی اگر بتوان افتای فقیه را در مسائل عبادی نوعی واقعیت علمی دانست و بر آن بود که در مورد جنبه شخصی افتاء «در صورتی که خطری فقیه را تهدید نکند، افتاء بر فقیه واجب است» (کاشف‌الغطا، ۱۴۲۲: ۴۳۰؛ شهید اول، ۱۴۱۷: ۴۸)، بعد از نصب توسط امام مقام اجتماعی افتاء نیز تثبیت و وجوب افتاء تأکید می‌شود. به عبارت دیگر، تأثیر افتاء در مسائلی که مقتضی تصرف در امور مردم است نیازمند اذن معصوم است. افزون بر این کارکرد فتوا زمانی حاصل خواهد شد که افزون بر مستفتی فتوا بر سایرین نیز شرعاً حجت باشد تا بتواند به نظم‌بخشی و اجرای شریعت در سطح اجتماع بینجامد و نه آنکه فتوای فقیه تنها برای خودش معتبر بماند.

بنابراین در جمع‌بندی می‌توان گفت که افتاء منصبی ولایی است و از طریق ادله نصب فقها یا عناوینی همچون امر به معروف، منع ترک حکم بما انزل الله، و ... بر عهده فقیه است و نیز قابل تفویض و تفکیک میان مجلس و شورای نگهبان است. در این میان، خصایص ذاتی تقنین از سوی فقیه بر مصوبات نهادهای مفوض‌الیه نیز قابل تطبیق است و از جمله آن‌ها وجوب افتاء در موارد ضرورت و با رعایت مصلحت مولی‌علیهم است. همچنین با توجه به آنکه در سیره شرعیه منصب قضاوت و افتاء از یک‌دیگر جدا نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۴۰۹)، همان‌گونه که «ضرورت» حل و فصل دعوا مانع از امتناع قاضی از رسیدگی به حکم است، در خصوص تقنین نیز همین‌گونه خواهد بود و در صورت عدم ضرورت یا ضرورت عدم تقنین سکوت مجاز و بلکه لازم خواهد شد. در برخی رویه‌های قانون‌گذاری در عصر مشروطه نیز علما نسبت به امکان سکوت و واگذاری امر به عرف نظراتی بیان داشته‌اند که از آن جمله

می‌توان به نامهٔ ثقه الاسلام تبریزی به فضل علی تبریزی، یکی از نمایندگان آذربایجان در مجلس اول، که هر دو در لباس روحانیت و از امنای آذربایجان بودند، اشاره کرد. این نامه گرچه در خصوص رعایت اصل طراز در قانون گذاری است، در انتهای نامه ثقه الاسلام به گزاره‌ای کلی اشاره می‌کند: «گاهی ضرورت مقتضی سکوت است» (تبریزی، ۱۳۸۷: ۵۷)؛ همچنان که در قانون مدنی نیز در برخی موارد سکوت اختیار شده و امر به عرف واگذار شده است.

### نتیجه‌گیری

در پاسخ به مسئلهٔ تحقیق، تقنین گسترده و متکثر نمی‌تواند فضیلت یا امری ملازم و برآیند وظیفهٔ نمایندگی باشد. به نظر می‌رسد، ضرورت تقنین امری است که با تحقق آن نمایندگی فعال و مقتضی تقنین خواهد بود. ضرورت در این راهبرد دقیقاً هم‌سو با مصلحت عامه فهم می‌شود که تصرفات همهٔ ارکان حاکمیت منوط به احراز آن است. همچنین، تدریج و ضرورت توجه به بسترهای اجتماعی در هنگام قانون گذاری نیز گرچه نباید عرف‌گرایی یا حکم به غیر ما انزل الله تعبیر شود، می‌تواند امری هم‌سو با فطرت بشری قید استطاعت در احکام و حفظ نظام تلقی شود و در برابر مانع اختلال نظام تقنین، کارآمدی نظام سیاسی، و تغیر از دین شود. تدریج در امر تقنین می‌تواند کارکردی دوگانه داشته باشد؛ بدان معنا که اگر استطاعت به عنوان شرط فعلیت در نظر گرفته شود، چنین نصی که شرایط اجتماعی آن در جامعه فراهم نباشد عنوان قانون نخواهد داشت. اما اگر بدون توجه به این امر به مسئلهٔ تدریج نگرسته شود، جامعه‌پذیری قانون زمینهٔ کارکرد بهتر قانون را خواهد داشت. البته در این میان باید توجه داشت که ذاتی حاکمیت اسلامی (برخلاف دولت مدرن) هدایت‌محوری و دوران بر حول مفهوم امام است. بر این اساس، ماهیت حکومت آرمان‌گرای اسلامی نظر رو به جلو و پیشبرد امر اجتماعی، سیاسی، فرهنگی، و اقتصادی است. از این رو گرچه به قانون به عنوان امری فرهنگ‌ساز نگرسته نمی‌شود و الزام‌آوری و مجازات در برابر نقض آن عنصر ذاتی قانون است، چنانچه «قانون بتواند با درجهٔ تاب‌آوری بالاتر و اغماض در برابر نقض‌های اولیهٔ یک قانون در نظر گرفته شود»، می‌توان تدریج در تقنین اصل حکم را کنار نهاد و تدریج در اجرای قانون یا تدریج در مجازات نقض قانون را به عنوان راهبرد اساسی قوهٔ مقننه در پیش گرفت.





## یادداشت‌ها

۱. ← علی دوست، ۱۳۸۴: ۹.
۲. باید دقت که داشت که قاعده اصلی در وضعیت سکوت «لا ینسب الی ساکت قول» است (الشافعی، ۱۳۲۱: ج ۱، ۱۵۲). بر همین اساس، منظور از سکوت در این نوشتار سکوت در مقام بیان نیست، که طبق قاعده معروف «السکوتُ فی مقامات بیان، یجری البیان شرعاً فیکون من الکاشف الفعلی کالتقدیر» یا همان «السکوت فی معرض حاجه البیان» شرعاً جانشین بیان تلقی می‌شود (دراز، ۲۰۱۱: ۳۵۱).
۳. در خصوص این رویکرد مرسوم به سکوت ← بندرچی، ۱۳۹۸: ۴۹ - ۶۳؛ الهام و زهروی، ۱۳۹۶: ۴۴۳ - ۴۷۳. عمده نگاه در این آثار مختصر در این گزاره است که «عدم سکوت قانون مطلوبی مطلق است».
۴. همچنان که مقام معظم رهبری در خصوص ضرورت قانون‌گذاری، و اینکه حتی قانون بد بهتر از سکوت در تقنین است، می‌فرماید: «بی‌قانونی هرج و مرج است. قانون بد لاقول یک ضابطه‌ای است. خب، انسان اصلاحش می‌کند.» (بیانات در تاریخ ۱۳۹۰/۱۰/۱۹) و هرج و مرج در جامعه چه از نظر سیاسی چه از نظر اجتماعی در وهله اول تبعات غیر قابل‌تحملی دارد (بیانات در تاریخ ۱۳۸۱/۱۱/۱۵).
۵. در فقه عامه نیز فقط حرمت سکوت منحصر به مواردی مانند سکوت شاهد که منجر به تضییع حق می‌شود نبوده است؛ در این خصوص؛ ر.ک به: ابن جزی: ۲۰۵؛ البهوتی: ج ۴، ۳۹۰ به نقل از: دراز، ۱۹۸۴: ۱۳۳.
۶. برای ملاحظه نظری که موضوع‌شناسی را عملی فقهاتی می‌انگارد ← خوبی، ۱۴۱۶: ج ۱، ۳۴۹.
۷. برای ملاحظه قاعده ← علم‌الهدی، ۱۴۰۵: ج ۲، ۲۴۶؛ السیوری، ۱۴۰۳: ۱۵؛ اردبیلی: ۴۳۹.
۸. ← الخیمینی، ۱۴۱۵: ج ۲، ۱۸. افزون بر آنکه قاعده عدم خلو واقعه از حکم دلیلی ندارد، بلکه دلیل بر خلافش داریم (سبحانی، ۱۴۲۴: ج ۱، ۴۲۳).

## منابع

- ابن حنبل، ا. (۱۴۱۹). *مسند احمد*. تحقیق گروه محققان. بیروت: عالم الکتاب.
- ابن کثیر، ا. (۱۹۷۷). *البدایة و النهایة*. بیروت: مکتبه المعارف.
- ابن منظور، ج. (۱۴۰۸). *لسان العرب*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- ابی داوود، س. (۱۴۱۰). *سنن*. بیروت: دار الفکر.
- اجتهادی، ا. (۱۳۶۳). *بررسی وضع مالی و مالیة مسلمانان*. تهران: سروش.
- آخوندی، م. (۱۳۷۲). *آیین دادرسی کیفری، در کلیات و دعاوی ناشی از جرم*. تهران: طبع و نشر.
- الاردبیلی، م. ا. *زبده البیان*. تهران: المکتبه المرتضویه.
- آشتیانی، م. م. (۱۴۲۵). *القضاء*. قم: کنگره علامه آشتیانی.
- امام خمینی، س. ر. (۱۳۷۸). *صحیفه امام*. تهران: مؤسسه آثار امام.
- انصاری، م. (۱۴۱۵). *المکاسب*. قم: کنگره شیخ اعظم انصاری.
- باقری فرد، م. ج. (۱۳۹۵). *درآمدی بر قانونگذاری فرهنگی: اصول و مبانی*. تهران: خرسندی.
- بخش فرهنگی جامعه مدرسین. (۱۳۸۱). *ریا*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- بندرچی، م. ع. (۱۳۹۸). «سکوت قانون و روش شکست آن». *دانشنامه های حقوقی*، ۲ (۳)، ۴۹-۶۳.
- تبریزی، م. ف. ع. آ (۱۳۸۷). *بحران دموکراسی در مجلس اول، یادداشت های میرزا فضل علی آقا تبریزی*. تهران: نگاه معاصر.
- الترمذی، ا. (۱۴۰۳). *سنن الترمذی*. بیروت: دار الفکر.
- جعفری لنگرودی، م. ج. (۱۳۷۲). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، م. ج. (۱۳۸۰). *مقدمه عمومی علم حقوق*. تهران: گنج دانش.
- حر عاملی، م. (۱۴۰۹). *تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل المسائل الشریعه*. قم: مؤسسه آل البيت.
- حلبی، ا. ت. (۱۴۰۳). *الکافی فی الفقه*، به کوشش رضا استادی. اصفهان: کتابخانه امام امیرالمؤمنین (ع).
- حلی، ح. (۱۴۱۷). *مختلف الشیعه*. قم: الاعلام الاسلامی.
- حلی، ح. (۱۴۲۲). *تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه*. قم: مؤسسه امام صادق.

- حلی، ح. تذکره الفقها. قم: مؤسسه آل البيت. ط ۳.
- الخمينی، ا. ر. (۱۴۱۵). *مناهج الوصول*. قم: مؤسسه النشر للآثار.
- خویی، س. ا. (۱۳۸۶). *مصباح الاصول*. نجف: مطبعة النجف.
- خویی، س. ا. (۱۴۱۶). *مبانی تکملة المنهاج*. قم: احیاء آثار الخوئی.
- خیر حسب الرسول، م. (۲۰۰۱). *اثر القواعد الفقهيّة فی التشريع و التقنين الحديث، فی دراسات فی الاجتهاد و التقنين*. ماليزيا: كلية الشريعة و القانون جامعه العلوم الاسلامیة.
- دراز، ر. (۲۰۱۱). *احکام السکوت فی الفقه الاسلامی*. بیروت: الحلبي الحقوقیة.
- الزحیلی، م. م. (۱۴۲۰). *التدرج فی التشريع و التطبيق فی الشريعة الإسلامیة*.
- سبحانی، ج. (۱۴۲۴). *تهذیب الاصول، تقریرات درس امام خمینی*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- سولیم، س. ا. (۲۰۰۷). *فقه التدرج فی تطبيق الاقتصاد الاسلامی*.
- السید السابق. *فقه السنه*. بیروت: دار الکتب العربی.
- السیوری، ف. م. (۱۴۰۳). *نضد القواعد الفقهيّة علی مذهب الامامیة*. قم: مکتبه المرعشی.
- الشاطبی، ا. (۱۴۱۷). *الموافقات، تحقیق مشهور بن حسن آل سلمان*. قاهره: دار ابن عفان.
- الشافعی، م. (۱۳۲۱). *الام، قاهره: دار المصریة*.
- شربناصی، ر. (۱۹۸۴). *السکوت و دلالتہ علی احکام الشرعیة*. بیروت: دار الفكر العربی.
- شریف، ع. م. (۱۹۹۹). *بحوث فقهیہ معاصرہ*. لبنان: ابن حزم.
- صدوق، ا. (۱۴۰۶). *من لایحضره الفقیه*. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
- طرابلسی، ق. ع. *المهذب*. قم: انتشارات اسلامی.
- طوسی، ح. (۱۴۲۸). *المبسوط*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عاملی، م. (۱۴۰۱). *وسائل الشیعه*. قم: انتشارات اسلامی.
- عاملی، م. (۱۴۱۷). *الدروس الشرعیة*. قم: جامعه مدرسین.
- عراقی، ع. (۱۳۸۰). *المعالم الزلفی*. قم: المطبعة العلمیة.
- علم الهدی، س. م. (۱۳۴۸). *النریة*. تهران: دانشگاه تهران.
- علم الهدی، س. م. (۱۴۰۵). *رسائل*. قم: دار القرآن الکریم.
- علی دوست، ا. (۱۳۸۱). *فقه و عقل*. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

- علی دوست، ا. (۱۳۸۴). «تبعیت یا عدم تبعیت احکام از مصالح و مفسدات واقعی». فقه و حقوق، (۶)، ۱ - ۱۹.
- فاضل هندی، م. (۱۴۱۷). *کشف اللثام*. قم: جامعه مدرسین.
- فیض کاشانی، م. م. (۱۴۰۱). *مفاتیح الشرائع*. بی جا: مجمع الذخائر الاسلامیه.
- القرضاوی، ی. (۱۴۲۹). *السیاسة الشرعية فی ضوء نصوص الشریعة و مقاصدها*. القاهرة: مکتبه و هبه.
- القطان، م. (۲۰۰۱). *تاریخ التشريع الاسلامی*. القاهرة: مکتبه و هبه.
- القمی، م. ح. (۱۴۲۸). «قاعدة نفی الخلو». *دراسات اصولیة*، ۳ (۹)، ۱۵۲ - ۱۹۰.
- کلینی، م. (۱۳۸۸). *الکافی*. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- کاتوزیان، ن. (۱۳۸۵). *اثبات و دلیل اثبات*. تهران: میزان.
- کاشف الغطاء، ج. (۱۴۲۳). *کشف الغطاء*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- مجلسی اصفهانی، م. ب. (۱۴۰۱). *بحار الانوار*. بیروت: مؤسسه الطبع.
- معرفت، م. ه. (۱۳۸۴). *علوم قرآنی*. قم: مؤسسه فرهنگی تمهید.
- مکارم شیرازی، ن. (۱۴۲۵). *انوار الفقاهة*. قم: مدرسه امام علی (ع).
- المودودی، ا. (۱۳۹۵). *القانون الاسلامی و طرق تنفیذه*. بیروت: مؤسسه الرساله.
- موسوی اردبیلی، س. ع. (۱۴۲۳). *فقه القضاء*. قم.
- موسویان، س. ع. (۱۳۸۴). «ثمرات فقهی یا اقتصادی دفعی یا تدریجی بودن ربا». *اقتصاد اسلامی*، ۱، ۸۷ - ۱۰۹.
- میرزای قمی، ا. (۱۳۷۸). *قوانین الاصول*. تهران.
- نجفی، م. م. (۱۹۸۱). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- نراقی، ا. (۱۳۷۵). *عوائد الایام*. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- الهام، غ. ح. و زهروی، ر. (۱۳۹۶). «بررسی تطبیقی چالش های ناشی از سکوت قانون». *حقوق تطبیقی*، ۱ (۲)، ۴۴۳ - ۴۷۳.

## References

- Abi Dawood, S. (1989). *Sunan*. Beirut: Dar al-Fakr.
- Akhundi, M. (1993). *Ayine Dadrasi Keyfari: Dar Da'avi Nashi az Jorm*. Tehran: Taba and Nash.
- Alam Al-Huda, S. M. (1984). *Rasa'il*. Qom: Dar al-Qur'an al-Karim.
- Alam Al-Huda, S. M. (1929). *Al-Dhari'a*. Tehran: University of Tehran.
- Al-Ardabili, M. A. *Zubda-Al-Bayan*. Tehran: Al-Maktab Al-Mortazawieh.
- Alidoost, A. (2002). *Fiqh va Aghl*. Tehran: Research Institute of Islamic Culture and Thought.
- Alidoust, A. (2004). "Dependence or Non-dependence of Religious Rules on Real Interests and Losses". *Journal of Jurisprudence and Law*, (6), 1-19.
- Al-Khomeini, S. R. (1994). *Manahij al-Araqi*. Qom: Institute of Al-Nashar Le-Athar.
- Al-Moodudi, A. (2015). *Al-Qunun al-Islami and Torogh-e-Tanfizeh*. Beirut: Al-Rasalah Institute.
- Al-Qaradawi, Y. (2008). *Al-Syasa al-Sharia Fi Zaue Nusus Al-Sharia Va Maqasedoha*. Cairo: Maktaba Wahba.
- Al-Qatan, M. (2001). *Tarikh-ul-Tashri-ul-Islami*. Cairo: Maktaba Wahba.
- Al-Qomi, M. H. (2007). "Qa'ida Nafi al-Kholovv". *Derasat Usuliya, Sunnah al-Arah*, (9), 152-190.
- Al-Sayed al-Al-Sabegh. *Fiqh Al-Sunnah*. Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi.
- Al-Shafea'i, M. (1903). *Al-Alam*. Cairo: Dar al-Masriyyah.
- Al-Shatabi, I. (1996). *Al-Mowafeqat, the famous research of ibn Hassan al-Salman*. Cairo: Dar Ibn Affan.
- Al-Siyuri, A. (1982). *Nazd al-Qawaed al-Fiqh Ala Madhhab-ul-Imamiya*. Qom: Maktaba Al-Marashi.
- Al-Tirmidhi, A. (1983). *Sunan al-Tirmidhi*. Beirut: Dar al-Fakr.
- Al-Zahili, M. M. (1999). *Al-Tadaraj fi al-Tashri va al-Taghnin fi al-Sharia al-Islami*.
- Ameli, M. (1980). *Wasael al-Shia*. Qom: Islamic Publications.
- Ameli, M. (1996). *Al-Duros al-Sharia*. Qom: Jamia Modaresin.
- Ansari, M. (1994). *Al-Makasab*. Qom: Congress of Sheikh Azam Ansari.
- Ashtiani, M. M. (2004). *Al-Qada*. Qom: Congress of Allameh Ashtiani.
- Bagheri Fard, M. H. (2015). *DarAmadi bar Ghanoongozari Farhangi: Osool va Mabani*. Tehran: Khorsandi.
- Bandarchi, M. R. (2018). "The Silence of the Law and the Method of its Defeat". *Legal Encyclopedias*, 2 (3), 49-63.

- Daraz, R. (2011). *The rules of silence in al-Islamic jurisprudence*, Beirut: Al-Halabi al-Haqjuyyah.
- Elham, G., & Zahravi, R. (2016). "A Comparative Analysis of the Challenges Posed by the Silence of the Law in the Iranian Criminal Law and Jurisprudence". *Comparative Law Review*, 8 (2). 473-443.
- Fazel Hendi, M. (1996). *Kashf Ul-Latham*. Qom: Jamia Modaresin.
- Feiz Kashani, M. M. (1980). *Mafatih-al-Shari'e*. Majma-ul-Zhakhaer al-Islamiya.
- Halabi, A. (1983). *Al-Kafi fi Fiqh, with the efforts of Reza Ustadi*. Isfahan: Library of Imam Amirul Momineen.
- Heli, H. (1996). *Mokhtalaf Al-Shia'i*. Qom: Al-Alam al-Islami.
- Heli, H. (2001). *Tahrir al-Hakam-al-Shariyah Ala Madhhab-al-Imamiyah*. Qom: Imam Sadiq Institute.
- Heli, H. *Tazkira al-Foqaha*. Qom: Al-Al-Bayt Institute.
- Hur Ameli, M. (1988). *Tafsil Vasaal Al-Shi'a ela Tahsil al-Mas'il al-Shari'a*. Qom: Al-Al-Bayt Institute.
- Ibn Hanbal, A. (1998). *Musnad Ahmad*. Group of Researchers' Research. Beirut: Alam al-Kitab.
- Ibn Kathir, I. (1977). *Al-Bidayah va Al-Nahayah*. Beirut: Al-Maarif Library.
- Ibn Manzoor, J. (1987). *Lesan al-Arab*. Beirut: Dar Ihya al-Tarath al-Arabi.
- Ijtihadi, A. (1984). *Review of the financial situation and finances of Muslims*. Tehran: Soroush.
- Imam Khomeini, S. R. (1998). *Sahifeh Imam*. Tehran: Institute of Imam's Works.
- Iraqi, A. (1960). *Al-Maalem Al-Zolfa*. Qom: Al-Matbaa Al-Alamiya.
- Jafari Langroudi, M. (1993). *Terminology Hoghoogh*. Tehran: Ganj Danesh.
- Jafari Langroudi, M. (2001). *Moghadame Omoomi Elme Hoghoogh*. Tehran: Ganj Danesh.
- Kashef al-Ghita, J. *Kashf al-Ghita*. Qom: Office of Islamic Propaganda.
- Katouzian, N. (2005). *Esbat va Dalil-e Esbat*. Tehran: Mizan.
- Khair Hassab al-Rasoul, M. (2001). *The effect of al-Qavaed al-Fiqhiyyah fi al-Tashri and al-Taqqinin al-Hadith, in Darasat fi Ijtihad and al-Taqqinin*. Malaysia: Al-Sharia and Al-Qunun Jamiat al-Uloom al-Islamiyya.
- Khoei, S. (2007). *Misbah-ul-Asul*. Najaf: Al-Najaf Press.
- Khoui, S. (2005). *Mabani Takmala al-Menhaj*. Qom: Revival of Al-Khoui's Works.
- Koleini, M. (1968). *Al-Kafi*. Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiya.
- Maarefat, M. H. (2004). *Quranic Sciences*. Qom: Tamhid Cultural Institute.
- Majlesi Esfahani, M. B. (1980). *Bihar al-Anwar*. Beirut: Al-Tabb Institute.

- Makarem Shirazi, N. (2004). *Anwar al-Faqaha*. Qom: Imam Ali (a.s.) school.
- Mirzai Qomi, A. (1958). *Gavanin Al-Usul*. Tehran.
- Mousavi Ardabili, S. A. K. (2002). *Fiqh-al-Qaza*. Qom.
- Mousaviyan, S. A. (2004). "Samarate Fiqhi ya Eghtesadie Daf'ei ya Tadriji Boodane Riba". *Islamic Economics Quarterly*, (1), 87-109.
- Nahj Al-Balaghah
- Najafi, S. M. H. (1981). *Jawaher al-Kalam Fi Sharh Sharaee al-Islam*.
- Naraghi, A. (1996). *Awaed Al-Ayam*. Qom: Maktab Al-Alam al-Islami.
- Sadouq. (1984). *Man La Yahzorho Al-Faqih*. Beirut: Est. Al-Alami Press.
- Sharbanasi, R. A. S. (1984). *Al-Sukut wa Dalalat Ala Ahkam al-Sharia*. Beirut: Dar al-Fikr al-Arabi.
- Sharif, A. G. M. (1999). *Buhuth Fiqhiyah Moaserah*. Lebanon: Ibn Hazm.
- Sobhani, J. (2003). *Tahzeeb al-Asul*. Lectures of Imam Khomeini. Tehran: Institute for Editing and Publishing the Works of Imam Khomeini.
- Suvaylem, S. (2007). *Jurisprudence of Gradation in the Application of Islamic Economy*.
- Tabrizi, M. (2008). *Bohrane Democracy dar Majlise Avval: Yaddashthaye Mirza Fazl Ali Agha Tabrizi*. Tehran: Contemporary View.
- Tarablosi, G. *Al-Muhadzab*. Qom: Islamic Publications.
- The cultural section of the community of teachers (2001). *Raba*. Qom: Islamic Propaganda Office.
- Tusi. (2007). *Al-Mabsut*. Qom: Al-Nashr al-Islami Foundation.