

نقش کارآمدی حکم شرعی در قانونگذاری در حکومت اسلامی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۴/۱۷

تاریخ تأیید: ۱۳۹۹/۱۲/۱۰

حسنعلی علی اکبریان*

چکیده

یکی از مهم‌ترین ضوابط قانونگذاری در حکومت اسلامی، لزوم رعایت احکام شرعی است. گاه عواملی باعث می‌شود حکم شرعی در ظرف زمانه قانونگذار، کارآمدی خود را از دست بدهد و نتواند اهداف مرتبط با خود را تأمین کند. موضوع مقاله حاضر، بررسی نقش کارآمدی و ناکارآمدی حکم شرعی در مقام قانونگذاری است؛ فرض بر آن است که فقیه در مقام استنباط، همه ضوابط اجتهاد را رعایت کرده و به فتوا رسیده است؛ بنابراین از نقش کارآمدی و ناکارآمدی در فرایند استنباط سخن نمی‌گوییم.

مهم‌ترین نقش‌های کارآمدی و ناکارآمدی حکم شرعی در قانونگذاری عبارت‌اند از: ۱. تعیین فتوای معیار در قانونگذاری بر اساس کارآمدی حکم شرعی. ۲. الزام قانونگذار به سکوت قانونی به دلیل ناکارآمدی موقت حکم شرعی؛ ۳. تعیین فتوای مناسب در قضاوت در موارد ارجاع قضات به فتاوا و تفسیر قانون در موارد سکوت حکمی قانون.

مباحث این مقاله از سنخ فقه قانونگذاری است؛ از این رو روش آن فقهی و بر اساس مکتب اهل بیت علیهم‌السلام است.

یافته‌های این مقاله نقش دقیق کارآمدی و ناکارآمدی حکم شرعی را در تعیین فتوای معیار در قانونگذاری نشان می‌دهد؛ و نقش آن در رجوع قضات به فتاوا و تفسیر قانون در موارد سکوت حقیقی و حکمی قانون را تعیین می‌کند.

واژگان کلیدی: کارآمدی، فتوا، حکم شرعی، ناکارآمدی، قانونگذاری، سکوت قانون.

مقدمه

موضوع مقاله حاضر، بررسی نقش کارآمدی و ناکارآمدی حکم شرعی در قانونگذاری است؛ معیار کارآمدی حکم شرعی، توانایی حکم شرعی در تأمین اغراض شارع از آن حکم شرعی و سازگاری با اغراض سایر احکام شرعی و مقاصد شریعت و اهداف دین است؛ و انسان می‌تواند در حیظه احکام اجتماعی فی الجمله آن را بشناسد؛ بنابراین ناکارآمدی حکم شرعی به معنای ناتوانی حکم شرعی در تأمین این اغراض و اهداف و مقاصد مربوط به آن حکم است. بحث از کارآمدی و ناکارآمدی حکم در دو مقام کاملاً مستقل قابل ارائه است: نخست نقش آن در فرایند استنباط و دیگری نقش آن در قانونگذاری پس از به اتمام رسیدن فرایند استنباط. موضوع این مقاله بحث دوم است؛ بنابراین مراد از حکم شرعی در این بحث، همان فتوای فقیه است؛ و مراد از ناکارآمدی حکم شرعی، ناکارآمدی موقعیتی (= موقت) در ظرف زمانه است. ناکارآمدی مطلق (= کلی) حکم حکم - بدین معنا که مستفاد از یک دلیل شرعی، در هیچ زمانی نه در زمان شارع و نه بعد از آن. توانایی یاد شده را نداشته باشد، فقط در بحث نقش کارآمدی حکم در مسیر فرایند استنباط و قبل به فتوا رسیدن فقیه کارایی دارد و در اینجا مراد نیست.

معنایی که برای کارآمدی و ناکارآمدی حکم شرعی گفته شد، معنایی مطابق اصطلاح کارآمدی و ناکارآمدی در سایر علوم، (ساترلند، ۱۳۹۰، ص ۱۱۷) و سازگار با معنای ارتكازی آن است. اما گاه معنای دیگری از ناکارآمدی حکم شرعی اراده می‌شود؛ و آن عدم قابلیت اجرای حکم شرعی به‌دلیلی غیر از عدم توانایی در تأمین اهداف آن است. برای نمونه اگر حکمی بتواند اهداف خود را تأمین کند و در این زمینه مانعی نداشته باشد، ولی به‌دلیل فشار افکار عمومی کشورهای دیگر یا فشار سازمان ملل و مانند آن، حکومت نتواند آن را اجرا کند یا حتی افکار عمومی جامعه اسلامی به‌دلیل غلبه فرهنگ غیراسلامی پذیرای آن نباشد و حکومت فعلاً به‌دلیل مصالح این‌گونه‌ای نتواند آن را اجرا کند، این حکم امروز ناکارآمد نامیده می‌شود، گرچه اگر اجرا شود بتواند اهداف خود را به‌درستی تأمین کند. یعنی حکمی است که با دنیای امروز نمی‌سازد.

نویسنده معنای نخست را معنای متفاهم در مباحث مرتبط می‌داند، اما به‌دلیل نزدیکی معنای دوم با آن در نقش‌آفرینی در قانونگذاری، معنای جامع آن دو را اراده می‌کند.

گرچه عنوان این نوشتار، نقش کارآمدی حکم شرعی در قانونگذاری است، ولی آنچه جایگاه بیشتری دارد ناکارآمدی حکم شرعی است. مانند بحث از نقش عدالت در استنباط، که آنچه بیشتر

نقش دارد ظلم است. این بدان دلیل است که احراز کارآمدی و عدالت بسیار دشوار است ولی احراز ناکارآمدی و ظلم آسان تر است.

مهم ترین نقش های کارآمدی حکم شرعی در قانونگذاری در دو مورد است:

۱. نخست موردی است که قانونگذار می خواهد بر اساس حکم شرعی قانون وضع کند. در این مورد، مهم ترین نقش کارآمدی، در تعیین فتوای معیار در قانونگذاری است.
۲. دیگری موردی است که قانونگذار به دلیل عروض عناوین ثانوی می خواهد درباره حکم شرعی، عمداً سکوت قانونی کند. در این مورد، هم باید از نقش کارآمدی در پیدایش سکوت عمدی قانونی بحث کرد و هم از نقش آن پس از سکوت (چه عمدی و چه غیرعمدی) قانونی براین اساس پرسش های این مقاله عبارت خواهد بود از این که: کارآمدی حکم شرعی چه نقشی در تعیین فتوای معیار در قانونگذاری دارد؟ و چه تأثیری در پیدایش سکوت عمدی قانونی می گذارد؟ و پس از سکوت قانونی، چه نقشی ایفا می کند؟

ساختار مقاله حاضر نیز براین اساس به دو عنوان اصلی: نقش کارآمدی حکم شرعی در تعیین فتوای معیار در قانونگذاری؛ و نقش کارآمدی حکم شرعی در موارد سکوت قانونی تنظیم شده است.

شایان ذکر است: قانونگذاری در حکومت اسلامی فقط به این نیست که احکام شریعت را تبدیل به قانون کند؛ ولی آنچه هست این است که رعایت احکام شریعت در قانونگذاری لازم است و همین مقدار از ارتباط برای بحث ما کافی است.

۱. نقش کارآمدی در تعیین فتوای معیار در قانونگذاری

پیش از ورود به نقل آراء و بررسی آنها درباره نقش کارآمدی در تعیین فتوای معیار در قانونگذاری، ذکر دو مقدمه لازم است:

مقدمه نخست: مسئله فتوای معیار در قانونگذاری، از نظر حقوقی فی الجمله روشن است. در تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۵ رئیس وقت مجلس شورای اسلامی سؤال نماینده مردم تبریز را در باره فتوای معیار در نظارت فقهای شورای نگهبان، از شورای نگهبان استفسار می کند. آن شورا، طی نامه شماره ۲۴۳۷ تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ فتوای فقهای شورای نگهبان را معیار دانسته است (شماره

۱۳۰۴۷/۲۵۱/د. ه. تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۵ مندرج در: <http://www.shora-gc.ir>) اما در سال‌های اخیر^۱ و حتی در همان اوائل^۲ نیز چالش‌هایی به وجود آمد که فقهای شورا در موارد نادری از این تفسیر خود عبور کردند. به هر حال با قطع نظر از آن تفسیر، که اعتبار حقوقی دارد، شایسته است این پرسش بررسی فقهی شود. در این مقاله، به آرای مختلف در مسئله فتوای معیار در قانونگذاری فقط اشاره می‌شود، ولی نقش کارآمدی در تعیین فتوای معیار، بنا بر آن آرا، مطرح می‌گردد.

مقدمه دوم: در مسئله فتوای معیار در قانونگذاری، دست کم آرای زیر وجود دارد: ۱. فتوای ولی فقیه؛ ۲. فتوای فقیه قانونگذار، ۳. فتوای اعلیٰ یا مشهور، ۴. فتوای کارآمد از میان فتاویٰ فقها. بنا بر همه این آرا، این مسئله صحیح است که قانون باید در شرایط کنونی به صورت حکم ولایی صادر شود؛ زیرا امروزه در بسیاری از احکام شرعی اختلاف فتوا وجود دارد (و اقلیت‌های دینی نیز در سرزمین اسلامی زندگی می‌کنند) برای اینکه الزام قانونی همگان به قانون، توسط حکومت، مشروعیت داشته باشد، قانون باید به صورت حکم ولایی صادر شود.

توضیح آن که: ممکن است فتوای شهروندی (اجتهاداً یا تقلیداً) مخالف فتوای معیار در قانونگذاری باشد و از این رو قانون را خلاف شرع بداند. اگر قانون به صورت حکم ولایی نباشد، حکومت حق ندارد چنین شهروندی را ملزم به آن قانون کند. همچنین عمل آن شهروند، گرچه بنا بر آن فتوای معیار در قانونگذاری خلاف شرع است، اما حکومت حق ندارد او را نهی از منکر کند؛ زیرا او در حال عمل به وظیفه شرعی خود است. در این حالت، تنها بنا بر مبنای حرمت اختلال نظام، یا وجوب حفظ نظام است که می‌توان - به نحو حداقلی و در موارد قدر متیقن - وجوب رعایت قانون را اثبات کرد. اما اگر وضع قانون به صورت حکم ولایی باشد، وجوب اطاعت از حکم ولایی باعث می‌شود وظیفه عملی آن شهروند، وجوب اطاعت از قانون باشد. آنگاه هم الزام

۱. مانند مسئله ارث زوجه از عمار، در اصلاح ماده (۹۴۶) قانون مدنی ۱۳۸۷/۱۱/۶: زوج از تمام اموال زوجه ارث می‌برد و زوجه در صورت فرزندان بودن زوج یک هشتم از عین اموال منقول و یک هشتم از قیمت اموال غیرمنقول اعم از عرصه و اعیان ارث می‌برد در صورتی که زوج هیچ فرزندی نداشته باشد سهم زوجه یک چهارم از کلیه اموال به ترتیب فوق می‌باشد. (این ماده به لحاظ انقضای مهلت‌های مقرر، موضوع اصول نود و چهارم (۹۴) و نود و پنجم (۹۵) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و عدم وصول پاسخ شورای محترم نگهبان، طی نامه شماره ۲۳۳۲۵۹ ۱۳۸۷/۱۲/۱۹ به دولت وقت ابلاغ گردید).

۲. برای نمونه در مسئله التعزیر بما یراه الحاکم، که حضرت امام (رضوان الله علیه) آنان را به آیه الله منتظری ارجاع داد. ر. ک: صحیفه امام، ج ۲۰، ص ۱۰۹-۱۱۰، نامه آیه الله رفسنجانی به حضرت امام و پاسخ آن. این نامه پس از رفت و برگشت چندین نامه از شورای نگهبان به حضرت امام و ناکارآمد بودن آنها بوده است.

او به قانون مشروع می‌شود هم نهی از منکر مورد پیدا می‌کند و هم مجازات بر تخلف، مشروع می‌شود. پس ولایی کردن قانون در حکومت اسلامی از راه‌های کارآمد سازی آن است. وضع قانون به صورت حکم ولایی فایده دیگری نیز دارد و آن لزوم شرعی اطاعت از آن است که باعث ضمانت اجرای درونی قانون می‌شود. این فایده نیز از راه‌های کارآمد سازی قانون است. به هر حال، این مطلب اقتضا می‌کند مصدر قانونگذاری - لااقل در موارد اختلاف فتوا - فقیه باشد؛ زیرا غیر فقیه ولایت برای صدور حکم ندارد. پس از ذکر این دو مقدمه، آرای موجود یا قابل طرح در این باره - با تقسیم بندی آنها از حیث نقش کارآمدی حکم شرعی در آن - بیان می‌شود:

۱-۱. رأی مختار؛ کارآمدی، ضابطه در حالات عارضی در تعیین فتوای معیار در قانونگذاری

چند رأی وجود دارد که همگی آنها در این نکته مشترک هستند که فتوای معینی معیار قانونگذاری است. این فتوای معین در نظر این آرا عبارت است از: ۱. فتوای ولی فقیه؛ ۲. فتوای فقیه اعلم؛ ۳. فتوای مشهور؛ ۴. فتوای فقیه قانونگذار (اعم از اینکه ولی فقیه باشد یا غیر او). رأی مختار نویسنده، رأی آخر است (علی اکبریان، ۱۳۹۲، ص ۹۷-۱۱۶) اختلاف این آرا در نقش کارآمدی حکم شرعی در تعیین فتوای معیار نیست، بلکه در اصل فتوای معیار است. به همین دلیل در این مقاله ذیل یک رأی آورده شدند. در اینجا توضیح و اثبات این نقش بر اساس رأی مختار نویسنده داده می‌شود و سپس با یک نکته تکمیلی، سه رأی دیگر به آن ملحق می‌شود.

از آنجا که قانونگذاری از شئون ولایت عام بر جامعه است، اگر ولی فقیه خودش مستقیماً قانون وضع می‌کند باید فتوای خودش را معیار قرار دهد؛ و از آنجا که قانونگذاری از شئون قابل تفکیک از سایر شئون ولایت است، ولی فقیه می‌تواند آن را به فقیه یا فقهای دیگری (مانند فقهای شورای نگهبان^۱) واگذار کند. در این حالت، آنان باید بر اساس فتوای خودشان قانونگذاری کنند. مستند این رأی ظاهر روایات ولایت فقیه، مانند روایت عمر بن حنظله و مبنای تخطئه است (ر.ک: علی اکبریان، ۱۳۹۶، ص ۸۸-۹۴/ همو، ۱۳۹۲، ص ۱۰۰-۱۰۴) در اینجا در پی تبیین نقش کارآمدی در

۱. گرچه نقش فقهای شورای نگهبان در وضع قانون - از دیدگاه حقوقی - قانونگذاری نیست؛ ولی به دلیل نکته‌ای که در مقدمه دوم در این بند ذکر شد قانونگذاری عملاً وظیفه فقیه است.

این رأی هستیم.

ادعای این رأی آن است که کارآمدی در انتخاب فتوای معیار فقط در یک جا دخالت دارد و آن جایی است که قانونگذار - چه ولی فقیه چه فقیه دیگری که قانونگذاری می کند - به دلیل عروض عناوین ثانوی، مُجاز، بلکه ملزم باشد قانون را مغایر با حکم اولی - به فتوای خودش - و مطابق با عنوان ثانوی وضع کند، مانند اینکه وجوب رعایت یک حکم اولی در قانونگذاری با وجوب رعایت حکم دیگری یا با وجوب رعایت مقصدی از مقاصد شریعت، مانند عدالت، تراحم داشته باشد و قانونگذار ملزم باشد برای رعایت طرف اهم، قانونی را مغایر با حکم غیر اهم وضع کند (همو، ۱۳۸۸، ص ۷۶/ همو، ۱۳۹۵، ص ۲۹-۴۰) در چنین فرضی، قانونگذار باید نخست به فتاوی فقهی دیگر در آن حکم غیر اهم توجه کند؛ اگر در بین آنها فتوایی وجود داشت که با طرف اهم سازگار بود و در عین حال از روش صحیح استنباط به دست آمده بود و با دیگر قوانین نیز سازگاری داشت، باید قانون را بر اساس آن فتوا وضع کند. و اگر چند فتوا دارای این ویژگی بودند، به حکم ترجیح عقلی، فتوای کارآمدتر معیار خواهد بود. یعنی در فرض تراحم یاد شده، قانونگذار در رعایت طرف اهم و مخالفت با طرف غیر اهم، مطلق العنان نیست و رعایت آن فتوای دیگر نسبت به مخالفت با جمیع فتاوا اولویت دارد.

نکته شایسته استدلال در این رأی، اثبات لزوم رعایت فتوای دیگر است؛ زیرا بنا بر مبنای تخطئه، فقیه قانونگذار، آن فتوا را باطل می داند، چگونه او می تواند برای آن حظی از صحت قائل شود.

پاسخ آن که، بنا بر مبنای تخطئه، فتوای سایر فقها نزد فقیه قانونگذار باطل است؛ اما جایی که او نمی تواند قانون را بر اساس فتوای خودش وضع کند، فتوای فقیه دیگری که در این ظرف تراحم، کارآمد است اولویت پیدا می کند. مستند این اولویت چند امر است:

عدم مخالفت با اجماع مرکب. وضع قانون مغایر با جمیع فتاوا، مخالفت عملی (و الزام مردم به مخالفت عملی) با اجماع مرکب است، در حالی که رعایت فتوای فقیه دیگر، باعث عدم ارتکاب چنین مخالفتی می شود.

رعایت قدر متیقن. رعایت فتوای دیگر، در چنین فرضی که قانونگذار موظف به تخطی از فتوای خودش است، قدر متیقن در دوران بین تعیین و تخییر است. زیرا از یک سو، در ظرف تراحم، امر قانونگذار دائر بین مخالفت با جمیع فتاوا و مخالفت فقط با فتوای خود است؛ از سوی دیگر،

در مواردی که مستندات فتوای او از امارات یا اصول عملیه است - که در غالب احکام شرعی چنین است - او احتمال مطابقت فتوای دیگر با حکم واقعی را نیز می‌دهد، گرچه وظیفه عملی خود را (در غیر ظرف قانونگذاری) عمل به فتوای خود می‌داند (احتمال مطابقت فتوای دیگر با حکم واقعی، منافاتی با فتوای او ندارد و مقتضای ظنی بودن دلیل فتوای او است).

تأمین مقبولیت عمومی در جامعه اسلامی. حکومت، مستند به آیه ۱۵۹ آل عمران: *فِيمَا رَحِمَةٍ مِنَ اللَّهِ لَنْتَ لَهُمْ وَلَا وَكُنْتَ فَظًّا غَلِيظَ الْقَلْبِ لَنْفَضُوا مِنْ حَوْلِكَ فَاعْفُ عَنْهُمْ وَاسْتَغْفِرْ لَهُمْ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ*، باید مقبولیت خود را در بین مردم حفظ کند. وقتی حکومت، قانونی را (ولو در ظرف تراحم) برخلاف جمیع فتاوا وضع کند، در افکار عمومی، متخلف از شریعت شناخته می‌شود، گر این تلقی افکار عمومی غلط باشد. در این حالت، مقبولیت او نزد افکار عمومی تضعیف می‌شود؛ در حالی که اگر در مسیر رعایت حکم اهم، به جای مخالفت با جمیع فتاوا، از برخی از فتاوا تبعیت کند هنوز متعبد به شریعت شناخته می‌شود. این نکته، خود، تأمین کننده کارآمدی قانون نیز هست.

رعایت حال برخی مقلدین. اگر فتوای دیگری که برای رفع تراحم، کارآمد است، فتوای یکی از مراجع زنده باشد، قانونی که بر اساس آن وضع می‌شود لااقل مطابق فتوای مقلدین آن مرجع است. این نکته هم در مقبولیت و ضمانت اجرای قانون مؤثر است و آن را از این حیث کارآمدتر می‌کند و هم یکی از مرجحات عقلایی در این نوع از تراحم به شمار می‌آید.

به هر حال، نقش کارآمدی حکم شرعی در تعیین فتوای معیار، فقط در جایی است که قانونگذار به دلیل تراحم یاد شده، مجبور باشد قانون را مغایر با حکم مهم (و مطابق با حکم اهم) به فتوای خودش وضع کند. در اینجا است که فتاوای دیگران برای او موضوعیت پیدا می‌کند و کارآمدی، معیار انتخاب یکی از آن فتاوا می‌شود.

پس از بیان جایگاه کارآمدی در تعیین فتوای معیار در قانونگذاری، این تذکر داده می‌شود که وقتی قانونگذار در تراحم یاد شده قرار گرفت و هیچ فتوایی را نیافت که سازگار با طرف اهم در تراحم باشد و باید علاوه بر قانونی که مناسب طرف اهم وضع می‌کند، قانونی را نیز درباره حکم غیر اهم وضع کند (یعنی نمی‌توانست در آن سکوت کند) باید قانونی را نیز مغایر با حکم غیر اهم وضع کند و لو این مغایریت، منجر به مخالفت با جمیع فتاوا باشد. مستند چنین جوازی، همان مستند ترجیح اهم بر مهم در سایر موارد تراحم است. در واقع، در این فرض، قانونگذار مندوحه‌ای

برای عدم مخالفت با جمیع فتاوا نداشته است و به دلیل قاعده اهم و مهم در تراحم یاد شده، مجبور به مخالفت ولایی با جمیع فتاوا شده است.

۱-۲. یک نکته تکمیلی (الحاق آرای دیگر به رأی مختار در نقش کارآمدی در تعیین فتوای معیار)

گفته شد که آرای دیگری نیز در تعیین فتوای معیار وجود دارد که از دیدگاه نویسنده نکته مخالفتشان با رأی مختار در اصل تعیین فتوای معیار است؛ نه در نقش کارآمدی در تعیین فتوای معیار. البته نویسنده این نقش کارآمدی را درباره این آراء گفته است. یعنی معتقد است اگر این آرای دیگر را داشت، همین نقش کارآمدی را می توانست تبیین کند. در اینجا، این آرای دیگر نام برده شده و نقش کارآمدی حکم شرعی را در آنها بیان شود:

۱. قانونگذاری بر اساس فتوای ولی فقیه: این رأی، هم در فرضی که ولی فقیه مستقیماً قانونگذاری می کند و هم در فرضی که فقهای دیگری متصدی قانونگذاری اند، فتوای ولی فقیه را معیار قانونگذاری می داند. این رأی به آیت الله محمود هاشمی شاهرودی نسبت داده شده است (ر.ک: ارسطو، ۱۳۹۳). یکی از حقوقدان های سابق شورای نگهبان، نیز فتوای معیار در قانونگذاری در لایحه مجازات اسلامی در سال نود و دو را - عملاً - فتاوی حضرت امام و مقام معظم رهبری دانسته است (کعبی، ۱۳۹۳، ص ۴۴).

در این رأی نیز می توان گفت در موارد تراحم، که قانونگذار مجاز است قانونی را بر خلاف فتوای ولی فقیه وضع کند، فتوای کارآمدتر در میان فتاوی فقهای دیگر اولویت دارد؛ زیرا همان مستند رأی مختار در اینجا نیز قابل تطبیق است.

۲. قانونگذاری بر اساس فتوای مشهور یا فتوای اعلم: این رأی معتقد است قانونگذار، چه ولی فقیه، چه فقیه دیگر، باید قانون را بر اساس فتوایی وضع کند که از مزیت اقریبیت به واقع، از دیدگاه ناظر بیرونی، برخوردار است. موافقت با فتوای مشهور (حسینی شیرازی، ۱۴۱۹، ص ۹-۱۰) یا با

۱. ایشان برای این رأی به ادله شورا تمسک کرده است. همچنین نویسنده این رأی را در یک نشست غیر منتشر در دانشگاه آزاد قم از زبان حجت الاسلام والمسلمین محمد قانعی شنیده است. مستند ایشان مقبوله عمر بن حنظله بود. نویسنده در مقاله «چالش های کارآمدی در قانونگذاری بر اساس فقه و راه حل های آن»، ص ۹۶-۹۸، ادله دیگری را برای این رأی و رأی ترجیح فتوای فقیه اعلم نوشته است. برخی برای این مسئله، به بررسی ادله حجیت و عدم حجیت فتوای مشهور پرداخته اند، (هادی حاج زاده، ۱۳۹۴، ص ۶۱-۶۷) که به دلیل تفاوت مقام استنباط و

فتوای فقیه اعلم، از قرائن اقریبیت به واقع از دیدگاه ناظر بیرونی است. در دوران بین فتوای مشهور و فتوای فقیه اعلم، اگر از قرینه دیگری، اقریبیت به واقع یکی بر دیگری ثابت نشده باشد، فتوای کارآمدتر از میان آن دو رجحان عقلی دارد.

به هر حال، اگر قانونگذار به دلیل عروض تراحمی که در بند پیشین گفته شد، مجوز شرعی داشت که از هر دو فتوای مشهور و اعلم تخطی کند، فتاوای دیگر فقها، مجال بروز پیدا می‌کنند و فتوای کارآمدتر از آن میان، رجحان عقلی خواهد داشت.

نویسنده در عبارات هیچ یک از قائلین به این آراء، چنین نقشی را برای کارآمدی نیافته است؛ ولی معتقد است به فرض صحت آن آراء، باز باید قائل به چنین نقشی در حالات عارضی شد و دلیل آن نیز همان دلیل یاد شده در رأی مختار است.

خلاصه آن که: کارآمدی حکم شرعی، در فرض وجود فقیه واجد شرایط، فقط در حالت عارضی تراحم و جواز تخطی از فتوای معیار در قانونگذاری و روی آوری به فتاوای دیگر، ضابطه تعیین فتوای معیار است.

۱-۳. رأی غیرمختار؛ کارآمدی، ضابطه اساسی در تعیین فتوای معیار در قانونگذاری

این رأی معتقد است بر قانونگذار، چه ولی فقیه چه هر شخص دیگر، لازم نیست فتوای خودش را، یا فتوای یک شخص یا اشخاص معین - مانند فتوای خودش یا اعلم یا مشهور - را رعایت کند، بلکه همه فتاوای فقهای امامی، صلاحیت این را دارند که نشانه رعایت اسلام در قانونگذاری باشند؛ و امتیاز یکی بر دیگری - پس از سازگاری با دیگر قوانین - به کارآمدتری آن برای قانونگذاری در ظرف زمانه است (ر.ک: ارسطو، ۱۳۹۳) در این رأی، نقش کارآمدی در تعیین فتوای معیار در قانونگذاری پررنگ‌ترین نقش در بین دیگر آراء است؛ زیرا اولاً کارآمدی معیار اساسی تعیین است ثانیاً کارآمدتری، امتیاز بین فتاوای کارآمد محسوب می‌شود.

از دیدگاه مقاله حاضر، این رأی در جایی قابل قبول است که حکومت و قانونگذاری به دست عدول مؤمنین است و فقیه جامع شرایط وجود ندارد. زیرا در فرض وجود فقیه جامع شرایط، ادله‌ای که در رأی مختار گفته شد، مانع از آن است که فقیه قانونگذار، فتاوای دیگران را معیار

قانونگذاری قرار دهد؛ بنابراین نمی‌توان این رأی را به طور مطلق قبول کرد؛ بلکه تنها در فرض حکومت عدول مؤمنین قابل قبول است (ر.ک: علی اکبریان، ۱۳۹۲، ص ۹۷-۱۱۶).

۲. نقش کارآمدی در موارد سکوت قانونی

در مواردی که قانون در یک باره کاملاً، سکوت کرده است، «سکوت حقیقی قانون» صدق می‌کند؛ و به مواردی که قانون هست، ولی ابهام و اجمال دارد، یا قوانین با یکدیگر متعارض‌اند، «سکوت حکمی قانون» یا «در حکم سکوت قانون» گفته می‌شود (دانش‌پژوه، ۱۳۸۹، ص ۲۵۳) در تبیین نقش کارآمدی حکم شرعی در موارد سکوت قانونی دو نقش ارائه می‌شود: یکی نقش کارآمدی حکم شرعی در پیدایش سکوت قانونی؛ و دیگری نقش آن در تفسیر قانون.

۲-۱. نقش کارآمدی حکم شرعی در پیدایش سکوت قانونی

برای بیان نقش کارآمدی حکم شرعی در پیدایش سکوت قانونی، به سه مطلب پرداخته می‌شود: ۱. عوامل پیدایش سکوت قانون؛ ۲. اهداف پیدایش سکوت قانون؛ و ۳. مقایسه زمان ما زمان رسول اکرم ﷺ در مقتضی وضع قانون و فقدان قانون.

۲-۱-۱. عوامل پیدایش سکوت قانون

یکی از مسائل مهم در باب سکوت قانونی، عوامل پیدایش سکوت قانونی است. از مهم‌ترین این عوامل - که مانع‌الجمع هم نیستند - می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

عجز و عدم قدرت ناشی از فشار افکار عمومی و فرهنگ باطل جامعه تحت حکومت اسلامی

عجز و عدم قدرت ناشی از فشارهای خارج از جامعه تحت حکومت اسلامی

عجز و عدم قدرت ناشی از ضعف داخلی حکومت

تزاخم

سه عامل نخست، تکلیف قانونگذاری را از حکومت برمی‌دارد و عامل اخیر، سکوت قانونی بر اساس مصالح برتر است. هر یک از این عوامل می‌تواند باعث ناکارآمدی موقعیتی و موقت حکم شرعی شده، باعث ایجاد سکوت قانونی در آن زمینه شود.

توضیح، آن‌که: حکم شرعی، که فرایند استنباط آن به پایان رسیده است، بی‌شک نمی‌تواند ناکارآمد مطلق باشد؛ اما ممکن است به دلیل عروض عواملی، ناکارآمدی موقعیتی و موقت پیدا

کند. عوامل یاد شده ممکن است باعث این ناکارآمدی شود.^۱

برای مثال عامل اول یا دوم، می‌توان به ناکارآمدی حکم شرعی مجازات ارتداد، در جامعه‌ای که فرهنگ همگرایی دینی در آن نفوذ شدید دارد، اشاره کرد. در این مثال، گرچه مشکل از فرهنگ غلط همگرایی دینی است؛ اما به هر حال، مجازات ارتداد در چنین جامعه‌ای هدف خود را، که تحکیم ایمان و بازدارندگی از ارتداد است، تأمین نمی‌کند. برای مثال عامل چهارم - که به معنای تراحم میان وجوب رعایت یک حکم شرعی در قانونگذاری با وجوب رعایت یک حکم شرعی دیگر یا با وجوب رعایت اهداف دین و مقاصد شریعت در قانونگذاری است - می‌تواند به موارد سکوت قانونی در جایی که قانونی کردن یک مجازات در شرایط خاص جامعه ظلم باشد؛ مانند برخی مجازات‌های مربوط به بی‌عفتی در جامعه‌ای که شرایط ازدواج در آن بسیار مشکل شده است، مثال زد.

۲-۱-۲. اهداف پیدایش سکوت عمدی قانون

نکته شایان ذکر در این بحث، آن است که مراد از سکوت قانونی در بحث عوامل پیدایش آن، سکوت عمدی قانون است، که قانونگذار آگاهانه به دلیل مصالحی که رویارویی با عوامل یاد شده اقتضا دارد، آن را ایجاد می‌کند. قانونگذار می‌خواهد از این ابزار سکوت، استفاده کند تا به یکی از دو هدف زیر دست یابد:

هدف نخست، آنکه جامعه را از مفسده موقتی که اجرای حکم شرعی در شرایط زمانه او اقتضا دارد برهاند. این هدف با عدم اجرای آن حکم شرعی تأمین می‌شود. پس سکوت قانون باید دلالت بر ضمانت عدم اجرای حکم شرعی داشته باشد؛ مانند موارد سکوت قانون در جرم‌انگاری یک گناه با تصریح به مبنای «قانونی بودن جرم و مجازات».

هدف دوم، آنکه دست قضات را در انتخاب فتاوی مختلف در یک مسئله باز بگذارد تا آنان بر اساس موقعیتی که بر موضوع و وضعیت اطراف دعوا و مانند آن حاکم است عادلانه‌ترین و کارآمدترین قضاوت را انجام دهند. این هدف با اجرای سیال حکم شرعی تأمین می‌شود؛ مانند

۱. وقتی در این بحث از ناکارآمدی حکم شرعی سخن می‌گوییم، مراد از آن هم می‌تواند معنای مختار از ناکارآمدی حکم شرعی (یعنی عدم توانایی حکم شرعی در تأمین اهداف آن) باشد، و هم معنای دیگری که در ابتدای مقاله به آن اشاره شد (یعنی عدم قابلیت اجرا کردن آن، گرچه این عدم قابلیت ناشی از عدم توانایی در تأمین اهداف حکم نباشد)؛ بنابراین در این بحث، مراد از ناکارآمدی هر دو معنا است.

سکوت قانون در حکم شرعی در موارد دعاوی مدنی و تصریح به «لزوم رجوع قاضی به فتاوی فقها در آن مورد»، بدون تعیین «رأی وحدت رویه».

از مثال‌های این مورد، می‌توان به قانون ازدواج موقت اشاره کرد. قانونگذار، به دلیل حساسیت‌های فرهنگی شدیدی که در فرهنگ ما نسبت به این حکم شرعی وجود دارد، سعی کرده است با ادبیات حساسیت زدا، نکاح دائم را مشمول حمایت قانونی و نکاح موقت را مشمول شریعت و مقررات قرار دهد و صرفاً به لزوم ثبت آن در موارد خاص بسنده کرده است.^۱ قانونگذار با این کار، هم از قانونی کردن احکام نکاح موقت طفره رفته است و هم با شرعی دانستن آن، مجال اجرای احکام آن توسط قضات را فراهم کرده است.

۲-۱-۳. مقایسه عصر حاضر و زمان رسول اکرم ﷺ در مقتضی وضع قانون و فقدان قانون

تفاوت زمان ما و زمان آن حضرت، هم در مقتضی وضع قانون است، هم در فقدان قانون: مقتضی وضع قانون در زمان ما، اختلاف فتاوی فقها در حکم شرعی، یا عروض عناوین ثانوی در موارد اتحاد فتوا است؛ که حکومت باید با وضع قانون و صدور حکم ولایی، موضع خود را در قبال اختلاف فتوا یا در قبال آن عناوین ثانوی روشن کند، تا بتواند جامعه را بر اساس یک موضعگیری واحد اداره کند. در موارد اختلاف فتوا، اگر قانون و حکم ولایی وجود نداشته باشد حکومت نمی‌تواند مردم را به یک فتوای معین الزام کند. در موارد عروض عنوان ثانوی مانند تزاحم نیز اگر قانون و حکم ولایی وجود نداشته باشد الزام مردم به تشخیص حکومت در تزاحم ممکن نیست. اما مقتضی وضع قانون و صدور حکم ولایی در زمان آن حضرت، فقط عروض عناوین ثانوی بوده است. در زمان آن حضرت، اختلافی در احکام شرعی وجود نداشت و آن حضرت بدون نیاز به قانونگذاری (و صدور حکم ولایی توسط آن حضرت) می‌توانست حکومت خود را بر اساس احکام شرعی اداره کند؛ و فقط در شرایط خاص و عروض برخی عناوین ثانوی نیازمند اعمال ولایت و صدور حکم ولایی بود. مانند مواردی که آن حضرت، احکام ولایی‌ای را مغایر با

۱. ماده ۲۱ (قانون حمایت خانواده، مصوب ۹۲/۱/۲۰): نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران در جهت محوریت و استواری روابط خانوادگی، نکاح دائم را که مبنای تشکیل خانواده است مورد حمایت قرار می‌دهد. نکاح موقت نیز تابع موازین و مقررات قانون مدنی است و ثبت آن در موارد زیر الزامی است: ۱. باردار شدن زوجه؛ ۲. توافق طرفین؛ ۳. شرط ضمن عقد.

حکم اولی شرعی وضع فرمود (ر.ک: رحمانی، ۱۳۸۵، ص ۸۳-۱۰۴) برای آن حضرت، فقط این شرایط خاص، مقتضی صدور آن احکام ولایی بوده است.

فقدان قانون (و نبود حکم ولایی) نیز در زمان ما به دلیل وجود مانع است؛ اما در زمان آن حضرت به دلیل عدم وجود مقتضی برای وضع قانون و صدور حکم ولایی بوده است. حتی معنای فقدان قانون نیز میان زمان ما و زمان آن حضرت متفاوت است. فقدان قانون و حکم ولایی در زمان آن حضرت هرگز به معنای عدم ضمانت اجرای حکم شرعی نبوده است؛ ولی در زمان ما، در موارد حقوق جزا، بدین معنا است.

شاید به دلیل توجه به وضعیت زمان آن حضرت و غفلت از وضعیت زمان ما است که برخی از فقها، حکم ولایی را منحصر به موارد انطباق بر عناوین ثانویه دانسته‌اند (برای نمونه: خلخالی، ۱۴۲۵، ص ۶۹۰/علوی، ۱۴۲۲، ج ۱، ص ۱۳۵).

۲-۲. نقش کارآمدی پس از سکوت قانونی

یکی از مباحث مهم حقوقی در موارد سکوت قانونی، بحث تفسیر قانون است. تعبیر تفسیر، بیشتر در موارد سکوت حکمی قانون به کار می‌رود و در موارد سکوت حقیقی قانون - که قانون، مفقود است - از تعبیر تفسیر استفاده نمی‌شود. اما در اینجا به نقش کارآمدی حکم شرعی، در هر دو مورد: سکوت حقیقی و سکوت حکمی پرداخته می‌شود:

۲-۲-۱. نقش کارآمدی پس از سکوت حقیقی قانون

در این بحث خواهیم گفت که قاضی لاقفل در برخی از موارد سکوت حقیقی قانون، باید به فتاوا رجوع کند و اینجا است که سؤال می‌شود آیا کارآمدی حکم شرعی می‌تواند یکی از معیارهای گزینش فتوا باشد؟ برای روشن شدن پاسخ، مطالب زیر ارائه می‌شود:

مطلب اول: از دیدگاه حقوقی، در نظام قانونگذاری ایران، رجوع به فقه توسط قاضی در موارد سکوت قانونی، در دو مورد اتفاقی است: ۱. دعاوی مدنی؛ ۲. موارد جزایی، در جایی که سکوت قانون فقط در ناحیه موضوع است. و در یک مورد اختلافی است و آن موارد جزایی، در جایی که سکوت قانون در جرم انگاری یک رفتار است. برخی، بر اساس اصل قانونی بودن جرم و مجازات

در اصل سی و ششم قانون اساسی،^۱ رجوع به فقه را جایز نمی‌دانند؛ و برخی، با استناد به اصل چهارم،^۲ و صد و شصت و هفتم قانون اساسی،^۳ و ماده دویست و بیستم قانون مجازات اسلامی،^۴ رجوع به فقه را لازم می‌دانند.

از دیدگاه فقهی، مسئله وابسته به مجتهد بودن یا مجتهد نبودن قاضی و وجود و عدم رأی وحدت رویه از سوی حاکم اسلامی است؛ که در دو مطلب بعدی به آن پرداخته می‌شود.
مطلب دوم: مسئله رجوع به فتوا و منابع دین، دو صورت دارد:

صورت نخست، جایی است که قاضی فقیه باشد. در این صورت، اصل بر آن است که قاضی باید بر اساس فتوای خودش، که از منابع دین به دست آورده است حکم کند، چه فتوای خودش کارآمد باشد چه نباشد؛ چه فتوای فقیه دیگری کارآمدتر از فتوای او باشد یا نباشد. دلیل این مسئله اطلاقات قضا است؛ مانند: «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (مائده: ۴۴) و «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مائده: ۴۵) و «انظروا إلی من کان منکم قد روى حدیثنا ونظر فی حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا» (کلینی، ۱۳۶۷، ج ۷، ص ۴۱۲، ح ۴) و «ولکن انظروا إلی رجل منکم یعلم شیئاً من قضائنا» (همان، ح ۵).

دو آیه یاد شده، گرچه خطاب به یهود است، قاعده‌ای کلی و آبی از تخصیص است. در دو روایت یاد شده و نیز در دو آیه، احراز ما أنزل الله و حلال و حرام اهل بیت^{علیهم‌السلام} و قضاء ایشان برای فقیه، فقط در فتوای خودش ممکن است؛ و او - بنا بر مبنای تخطئه - احراز نمی‌کند فتوای دیگران ما أنزل الله و حلال و حرام و قضاء اهل بیت^{علیهم‌السلام} است.

شایان ذکر است در مواردی که قانون در حکومت مشروع سکوت نکرده است، قاضی فقیه می‌تواند و بلکه باید بر اساس قانون قضاوت کند؛ زیرا قانون در این حکومت به مثابه حکم ولایی

۱. حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.
۲. کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهاء شورای نگهبان است.
۳. قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتوای 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.
۴. در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.

است و حکم ولایی - به ملاک ورود (خلخالی، ۱۴۲۵، ص ۶۹۵)^۱ - بر فتاوی سایر فقها مقدم است. ولی اگر قاضی فقیه بخواهد در مواردی که قانون بر خلاف فتوای اوست احتیاط کند می‌تواند چنین پرونده‌ای را نپذیرد. قانون آیین دادرسی نیز چنین موردی را پیش‌بینی کرده است و به قاضی مجتهد اجازه داده است قرار عدم استماع دعوا صادر کرده، پرونده را احاله دهد.^۲

صورت دوم، جایی است که قاضی فقیه نباشد. در این صورت فقیه قانونگذار می‌تواند بر اساس ضابطه تراحم، برای تأمین دو هدفی که در سرفصل (اهداف پیدایش سکوت عمدی قانون) گفته شد سکوت قانونی کند. اگر هدف نخست را داشت باید قضات را از رجوع به فتاوا منع کند تا آن حکم شرعی اجرا نشود و اگر هدف دوم را داشت باید قضات را به فتاوا ارجاع دهد؛ بنابراین از نظر فقهی، مسئله رجوع قضات به فتاوا وابسته به اعمال ولایت قانونگذار بر اساس اهداف یاد شده در سکوت قانونی است؛ و نظریه کلی و جامع در این باره وجود ندارد.

به هر حال، در مواردی که قاضی باید به فتاوا رجوع کند، کارآمدی یا کارآمدتری می‌تواند به عنوان یکی از مرجحات انتخاب فتوا توسط قاضی مطرح شود.

ممکن است گمان شود بر اساس آنچه در صورت قبل گفته شد (که قاضی فقیه باید بر اساس فتوای خودش حکم کند) قاضی غیر فقیه نیز باید بر اساس فتوای مرجع تقلیدش حکم کند. اما این گمان صحیح نیست؛ زیرا او در مقام انجام تکلیف خود نیست که ملزم به رعایت فتوای مرجع تقلیدش باشد. اگر حاکم مشروع، که او را به قضاوت نصب کرده، هر راهی را برای حکم کردن در چنین مواردی پیش پای او قرار داده باشد او باید همان راه را برود. پس برای مثال، امروز که حکومت مشروع، وظیفه او را طبق اصل صد و شصت و هفتم قانون اساسی^۳، در دعاوی مدنی،

۱. برخی این تقدم را از باب تخصیص (تقیید) دانسته‌اند. (علی‌اکبر سیفی مازندرانی، [بی‌تا]، ص ۲۹).

۲. ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب (در امور مدنی): قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند و الا مستتکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد. تبصره: چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بدانند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد.

۳. 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

رجوع به «فتاوی معتبر» دانسته است او باید به همان رجوع کند و اگر دو فتوای معتبر را در آن مورد یافت و رأی وحدت رویه‌ای نیز فتوای معینی را بر او ملزم نمی‌کرد^۱ او در انتخاب هر یک از آن دو آزاد است و اینجا است که اگر یکی از آن دو فتوا ناکارآمد بود یا یکی کارآمدتر از دیگری بود، این می‌تواند از مرجحات انتخاب فتوا باشد، به ویژه اگر این دو فتوا از جهت سایر مرجحات - مانند شهرت - مساوی باشند.

از آنجا که مورد قضایی همواره یک مصداق خاص است، سنجه و معیار کارآمدی فتوا برای قاضی می‌تواند رعایت عدل و انصاف در مورد باشد. عدل و انصافی که او احساس می‌کند با انتخاب یکی از فتاوا، بهتر تأمین می‌شود.

مطلب سوم: در موارد سکوت قانون، در جایی که قضات باید به فتاوا رجوع کنند، امکان تشتت آرای قضات در موضوع واحد وجود دارد. حتی در موارد وجود قانون نیز گاه برداشت قضات از قانون متفاوت است و این اختلاف برداشت باعث تشتت آرای آنان می‌شود. در چنین مواردی، اگر حاکم اسلامی مصلحت ثانوی را در تشتت آرا نبیند اقدام به وحدت آرا می‌کند؛ زیرا تشتت آرافی حد نفسه خلاف مصلحت است. در نظام قضایی ایران، هیئت عمومی دیوان عالی کشور مسئول صدور آرای وحدت رویه است؛ و این آرا، برای قضات الزام‌آور می‌باشد.

کارآمدی در اینجا نیز می‌تواند نقش داشته باشد. یعنی مثلاً هیئت عمومی دیوان عالی کشور می‌تواند از بین احکامی که تا به حال صادر شده است، آن را که کارآمدتر است به عنوان رأی وحدت رویه اعلام کند.

اما اگر حاکم اسلامی مصلحت را در تشتت آرا بداند، رأی وحدت رویه صادر نمی‌کند و قضات را در انتخاب فتاوا آزاد می‌گذارد. این آزادی نیز یکی از مصالحی است که قانونگذار می‌تواند برای کارآمد سازی قوانین، از ابزار سکوت در موارد اختلاف فتوا استفاده کند.

مطلب چهارم: در جایی که سکوت قانون، عمدی و بر اساس مصلحت نیست، قانونگذار باید در صدد وضع قانون یا رفع ابهام و تعارض از آن برآید. در اینجا نقش کارآمدی همان است که در نقش کارآمدی در فتوای معیار برای قانونگذاری گفته شد.

رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

۱. در اصطلاح به آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور که پیروی از آن برای تمام دادگاه‌ها الزامی است آراء وحدت رویه می‌گویند.

۲-۲-۲. نقش کارآمدی در موارد سکوت حکمی قانون

در مواردی که قانون، سکوت حکمی دارد و نیازمند تفسیر می‌شود مرجع ذی‌صلاح^۱ در تفسیر قانون باید آن را تفسیر کند. این مرجع ذی‌صلاح در نظام قانونگذاری ایران، شورای نگهبان درباره قانون اساسی،^۲ مجلس شورای اسلامی درباره قوانین عادی،^۳ و قضات درباره قوانین مربوط به دادرسی‌های خاص^۴ است. به هر حال، مرجع تفسیر باید به مذاکرات پشت صحنه و روح قانون و اموری از این دست رجوع کند و دست او در تفسیر قانون به بازی دست قضات در موارد سکوت حقیقی نیست. هر گاه آن مذاکرات و اسناد بالادستی و روح قانون و...، تفسیر خاصی را ارائه نمی‌داد یا تحمل چند تفسیر را داشت اینجا است که نوبت به نقش کارآمدی می‌رسد.

به عبارت دیگر، مفسر در تفسیر قانون در مواردی که قانون وجود دارد ولی مبتلای به ابهام یا اجمال یا تعارض است، باید تلاش کند تا آنچه را قانونگذار مد نظر داشته است بیابد و نمی‌تواند اموری را که بیگانه از خاستگاه آن قانون است در آن دخالت دهد. اما اگر با وجود توجه کافی به قرائنی که غرض قانونگذار را روشن می‌کند به نتیجه روشنی نرسید یا نتایج متعددی را به دست آورد، این مورد قابلیت الحاق به موارد سکوت حقیقی را پیدا می‌کند.

نتیجه

کارآمدی فتوای فقیه، بنا بر رأی مختار - که فتوای معیار در قانونگذاری را فتوای فقیه قانونگذار می‌داند - فقط در حالتی که قانونگذار به دلیل عروض عناوین ثانوی نتواند بر اساس فتوای خودش قانون وضع کند، ضابطه در تعیین فتوای معیار قرار می‌گیرد. اما بنا بر رأی غیر مختار، ضابطه اصلی

۱. تفاسیر علمی از سوی غیر مراجع ذی‌صلاح، مانند حقوقدانان، اعتبار رسمی ندارد اما عملاً می‌تواند در تفسیر مراجع ذی‌صلاح مؤثر باشد. به این تفسیر تفسیر شخصی یا نظری و علمی گفته می‌شود. ر.ک: مصطفی دانش پڑوه، مقدمه علم حقوق، ص ۲۳۷-۲۳۸.

۲. با استناد به اصل ۹۸ قانون اساسی: «تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می‌شود.»

۳. با استناد به صدر اصل ۷۳ قانون اساسی: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است ...»

۴. با استناد به ذیل اصل ۷۳ قانون اساسی: «... مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادستان، در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند نیست.»

در تعیین فتوای معیار در قانونگذاری است. در جایی که فقیه حکومت نمی‌کند و قانونگذاری به دست عدول مؤمنین است، فتوای کارآمد می‌تواند با ملاحظاتی، معیار قانونگذاری قرار گیرد.

سکوت عمدی قانونی بر اساس عوامل عجز و تراحم رخ می‌دهد. عامل عجز، تکلیف قانونگذاری را از حکومت بر می‌دارد و در عامل تراحم، سکوت قانونی بر اساس مصالح برتر است. سکوت عمدی قانون به دو هدف رخ می‌دهد: یکی آنکه جامعه را از مفسده موقعیتی و موقتی که اجرای حکم شرعی در شرایط زمانه او اقتضا دارد برهاند. و دیگر آنکه دست قضات را در انتخاب فتاوی مختلف در یک مسئله باز بگذارد تا آنان بر اساس موقعیتی که بر موضوع و وضعیت اطراف دعوا و مانند آن حاکم است عادلانه‌ترین و کارآمدترین قضاوت را انجام دهند.

نقش کارآمدی فتوا پس از سکوت قانونی در جایی است که قاضی باید به فتاوا رجوع کند. از دیدگاه حقوقی، در نظام قانونگذاری ایران، رجوع به فتاوا توسط قاضی در موارد سکوت قانونی، در دو مورد اتفاقی است: ۱. دعاوی مدنی؛ ۲. موارد جزایی در جایی که سکوت قانون فقط در ناحیه موضوع است. و در یک مورد اختلافی است و آن موارد جزایی در جایی که سکوت قانون در جرم انگاری یک رفتار است. اما از دیدگاه فقهی، مسئله وابسته به مجتهد بودن یا مجتهد نبودن قاضی و وجود و عدم رأی وحدت رویه از سوی حاکم اسلامی است.

در جایی که قاضی فقیه باشد و قانون نیز سکوت کرده است، باید بر اساس فتوای خودش، که از منابع دین به دست آورده است حکم کند، چه فتوای خودش کارآمد باشد چه نباشد؛ چه فتوای فقیه دیگری کارآمدتر از فتوای او باشد یا نباشد. در اینجا نیز دو عامل عجز و تراحم می‌تواند باعث پرهیز قاضی فقیه از حکم کردن باشد. اگر قاضی، فقیه نباشد و قانون نیز سکوت کرده است، باید بر اساس فتاوی فقهی حکم کند. در اینجا است که کارآمدی یا کارآمدتری می‌تواند به عنوان یکی از مرجحات انتخاب فتوا توسط قاضی مطرح شود.

در موارد سکوت قانون، در جایی که قضات باید به فتاوا رجوع کنند، اگر حاکم اسلامی مصلحت ثانوی را در تشتت آرا نبیند اقدام به وحدت آرا می‌کند. این آرا، برای قضات الزام‌آور است. کارآمدی در تعیین رأی وحدت رویه مؤثر است. اما اگر حاکم اسلامی مصلحت را در تشتت آرا بداند رأی وحدت رویه صادر نمی‌کند و قضات را در انتخاب فتاوا آزاد می‌گذارد. این آزادی نیز یکی از مصالحی است که قانونگذار می‌تواند برای کارآمد سازی قوانین از ابزار سکوت در موارد اختلاف فتوا استفاده می‌کند.

در مواردی که قانون، سکوت حکمی دارد و نیازمند تفسیر می‌شود مرجع ذی صلاح تفسیر، باید به مذاکرات پشت صحنه و روح قانون و اموری از این دست رجوع کند. هر گاه آن مذاکرات و اسناد بالادستی و روح قانون و...، تفسیر خاصی را ارائه نمی‌داد یا تحمل چند تفسیر را داشت نوبت به نقش کارآمدی می‌رسد.

منابع

۱. ارسطا، محمدجواد؛ نشست فتوای معیار در قانونگذاری؛ مندرج در: <http://fahimco.com/Post/Details/3146>؛ مؤسسه فهیم، فروردین ۱۳۹۳.
۲. حاجزاده، هادی؛ «فتوای معیار در قانونگذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران»، مطالعات اسلامی، فقه و اصول؛ ش ۱۰۲، پاییز ۱۳۹۴، ص ۵۹-۸۷.
۳. حسینی شیرازی، محمد؛ الفقه والقانون؛ ج ۲، بیروت: مرکز الرسول الأعظم ﷺ للتحقیق والنشر، ۱۴۱۹ق.
۴. خلخالی، محمدمهدی؛ الحاکمیه فی الإسلام؛ قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۵ق.
۵. خمینی، سیدروح الله؛ صحیفه امام (نرم افزار مجموعه آثار حضرت امام خمینی ﷺ)؛ قم: مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
۶. دانش پژوه، مصطفی؛ مقدمه علم حقوق با رویکرد به حقوق ایران و اسلام؛ قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، ۱۳۸۹.
۷. رحمانی زروندی، محمدرضا؛ «احکام حکومتی در سیره سیاسی پیامبر اعظم ﷺ»، مجله فقه و اصول؛ ش ۱ و ۲، قم: جامعه المصطفی العالمیه، ۱۳۸۵.
۸. ساترلند، جاناتان و دیانا کانول؛ مفاهیم کلیدی مدیریت منابع انسانی؛ ترجمه مهدی مشفق؛ تهران: دانشگاه امام صادق ﷺ، ۱۳۹۰.
۹. سیفی مازندرانی، علی اکبر؛ دلیل تحریر الوسیله (ولایة الفقیه)؛ [بی جا]: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ﷺ، [۱۳۷۵].
۱۰. علوی، عادل؛ القول الرشید فی الاجتهاد والتقلید؛ ج ۱، قم: ستاره، ۱۴۲۲ق.
۱۱. علی اکبریان، حسنعلی؛ «چالش‌های کارآمدی در قانونگذاری بر اساس فقه و راه حل‌های آن»، مجله فقه حکومتی؛ پیش شماره ۲، ۱۳۹۶.
۱۲. علی اکبریان، حسنعلی؛ «فتوای معیار در قانونگذاری»، مجله دین و قانون؛ ش ۲، زمستان ۱۳۹۲، ص ۹۷-۱۱۶.

۱۳. علی اکبریان، حسنعلی؛ «نقش عدالت در قانونگذاری در حکومت اسلامی»، مجله کاوشی نو در فقه؛ ش ۸۷، بهار و تابستان ۱۳۹۵، ص ۱۹-۴۷.
۱۴. علی اکبریان، حسنعلی؛ معیارهای بازشناسی احکام ثابت و متغیر در روایات؛ ج ۱، چ ۲، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۸.
۱۵. کعبی، عباس؛ مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران تحلیل مبانی اصل چهارم قانون اساسی؛ [بی جا]: پژوهشکده شورای نگهبان (دفتر مطالعات نظام سازی اسلامی)، ۱۳۹۳.
۱۶. کلینی رازی، محمدبن یعقوب؛ الفروع من الکافی؛ تصحیح و تعلیق علی اکبر غفاری؛ ج ۷، چ ۳، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۶۷.