

## Jurisprudential Challenges of Deliberate Legislative Silence in the Legal System of the Islamic Republic of Iran<sup>1</sup>

Hassan Ali Aliakbarian 

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



### Abstract

Deliberate legislative silence in cases where a Sharia ruling exists occurs when a religious ruling necessitates the enactment of a law based on it, but the legislator remains silent due to certain factors. Today, such silence in legislative system of Iran faces several jurisprudential issues: it lacks a clear supporting theory; in cases where deliberate legislative silence imposes an obligation on judges, it lacks the element of *wilayah* (authority), or at the very least, its existence is highly ambiguous; the standard fatwa is not applied in cases of deliberate legislative silence; it is not subject to the oversight of the Guardian Council and the Expediency Council, which oversee the enactment of laws; and in judicial unification rulings that resolve discrepancies in judicial opinions based on differences in fatwas, the jurisprudential considerations of deliberate legislative silence are ambiguous. A detailed examination of these issues, alongside the potential enhancement of the functions of deliberate legislative silence, transforms it into a significant issue—one that paves the way for

---

1. **Cite this article:** Aliakbarian, H. (2021). Jurisprudential challenges of deliberate legislative silence in the legal system of the Islamic Republic of Iran. *Journal of Fiqh and Politics*, 2(4), 7-38.  
<https://doi.org/10.22081/ijp.2025.70503.1048>

---

\* **Publisher:** Islamic Propagation Office of the Seminary of Qom (Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran). \***Type of article:** Research Article

---

▣ **Received:** 2024/12/10 • **Accepted:** 2025/04/02 • **Published online:** 2025/03/12

---

the formulation of a comprehensive theory on this subject. This article, employing a jurisprudential approach and examining the current status of deliberate legislative silence in the Iranian legal system, undertakes this task. The innovation of this study lies in its investigation of the jurisprudential challenges of deliberate legislative silence within the existing legislative framework of the Islamic Republic, transforming it into a researchable issue that sets the stage for the development of a comprehensive theory on the matter.

### **Keywords**

Deliberate legislative silence, Sharia ruling, *hukm wilayi* (authoritative ruling), Guardian Council, Expediency Council, judicial unification ruling.

## التحديات الفقهية للسكوت المتعمد للقانون في النظام التشريعي للجمهورية الإسلامية الإيرانية<sup>۱</sup>

حسنعلي علي أكبريان

أستاذ مشارك في المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية  
ha.aliakbarian@isca.ac.ir



### الملخص

السكوت المتعمد للقانون هو امتناع المشرع عن سنّ قانون في الحالات التي يوجد فيها حكم شرعي يستدعي وضع قانون بناءً عليه، وذلك لأسبابٍ مختلفة. واليوم، يواجه هذا السكوت في نظامنا التشريعي عدة إشكاليات فقهية: لا تدعمه نظرية واضحة، وفي الحالات التي يفرض فيها السكوت المتعمد للقانون الزاماً على القضاة فإنه يفتقر إلى عنصر الولاية، أو على الأقل يكتنفه غموض كبير، ولا يتم تطبيق الفتوى المعيارية في السكوت المتعمد للقانون، كما أنّ السكوت المتعمد للقانون لا يخضع لرقابة مجلس صيانة الدستور ومجمع تشخيص مصلحة النظام، التي توجد في حالات سن القانون، وفي قرارات توحيد الإجراءات القضائية التي تصدر في حالة اختلاف الآراء (الأحكام) القضائية بسبب اختلاف الفتاوى، فإنّ مراعاة المقتضيات الفقهية للسكوت المتعمد للقانون تواجه غموضاً ملحوظاً. إنّ الدراسة التفصيلية لهذه الإشكاليات، إلى جانب إمكانية تطوير وظائف السكوت المتعمد للقانون، تحوّلته إلى قضية تُبيّئ المجال لوضع نظرية حول هذا الموضوع. ومن هنا،

۱. استناداً إلى المقالة: علي أكبريان، حسنعلي، (۱۴۰۰). التحديات الفقهية للسكوت المتعمد للقانون في النظام التشريعي للجمهورية الإسلامية الإيرانية، الفقه والسياسة، ۲(۴)، صص ۳۸-۷.

<https://doi.org/10.22081/ijp.2025.70503.1048>

□ التصنيف: علمية محكمة، الناشر: مكتب الإعلام الإسلامي للحوزة العلمية في قم (المعهد العالي للعلوم والثقافة الإسلامية، قم، إيران) © المؤلفون

□ تاريخ الاستلام: ۲۰۲۴/۱۲/۱۰ • تاريخ القبول: ۲۰۲۵/۰۴/۰۲ • تاريخ النشر الإلكتروني: ۲۰۲۵/۰۳/۱۲

۹  
فقه  
سیاسی

چالش‌های فقهی سکوت عمدی قانون در نظام قانون گذاری جمهوری اسلامی ایران

يسعى هذا البحث، باتباع المنهج الفقهيّ والنظر إلى واقع السكوت المتعمد للقانون في النظام التشريعيّ الإيرانيّ، إلى القيام بهذا العمل. تكمن جِدّة البحث وإبداعه في دراسة الإشكاليات الفقهية للسكوت المتعمد للقانون في وضعه الراهن ضمن النظام التشريعيّ للجمهورية الإسلامية الإيرانية، وتحويله إلى قضية تمهّد لصياغة نظرية شاملة حول السكوت المتعمد للقانون.

### الكلمات المفتاحية

الحكم الشرعي، الحكم الولائي، مجلس صيانة الدستور، مجمع تشخيص مصلحة النظام، قرار توحيد الإجراءات القضائية

## چالش‌های فقهی سکوت عمدی قانون در نظام قانون گذاری

جمهوری اسلامی ایران<sup>۱</sup>


حسنعلی علی اکبریان

دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران  
 ha.aliakbarian@isca.ac.ir



### چکیده

سکوت عمدی قانون در موارد وجود حکم شرعی در جایی است که یک حکم شرعی اقتضای وضع قانون براساس آن وجود داشته باشد اما قانون گذار به دلیل عواملی در آن سکوت کند. امروز چنین سکوتی در نظام قانون گذاری ما با چند مشکل فقهی مواجه است: نظریه شفافی آن را پشتیبانی نمی کند؛ در مواردی که سکوت عمدی قانون، الزامی را بر قضات ایجاد می کند فاقد عنصر ولایت است، یا دست کم وجود آن با ابهام جدی مواجه است؛ فتوای معیار در سکوت عمدی قانون در آن اعمال نمی شود؛ سکوت عمدی قانون مشمول نظارت های شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت، که در موارد وضع قانون وجود دارد، نیست؛ در آرای وحدت رویه ای که در فرض اختلاف آرای قضایی به منشأ اختلاف فتوا صادر می شوند، رعایت اقتضانات فقهی سکوت عمدی قانون با ابهام مواجه است. بررسی تفصیلی این مشکلات در کنار امکان ارتقای کارکردهای سکوت عمدی قانون، آن را به یک مسئله تبدیل می کند؛ مسئله ای که زمینه را برای تدوین نظریه ای در این باره فراهم می سازد. مقاله حاضر با روش فقهی و با نگاه به وضعیت موجود سکوت

۱. **استناد به این مقاله:** علی اکبریان، حسنعلی. (۱۴۰۰). چالش های فقهی سکوت عمدی قانون در نظام قانون گذاری جمهوری اسلامی ایران، فقه و سیاست، ۲(۴)، صص ۷-۳۸.

<https://doi.org/10.22081/ijp.2025.70503.1048>

□ نوع مقاله: پژوهشی؛ ناشر: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم (پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران) © نویسندگان

□ تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۲۰ • تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۲ • تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۳/۱۲/۲۲

عمدی قانون در نظام قانون گذاری ایران این کار را انجام داده است. نوآوری مقاله در بررسی مشکلات فقهی سکوت عمدی قانون در وضعیت فعلی آن در نظام قانون گذاری جمهوری اسلامی، و تبدیل آن به یک مسئله برای زمینه سازی تدوین نظریه ای جامع در سکوت عمدی قانون است.

### کلیدواژه‌ها

سکوت عمدی قانون، حکم شرعی، حکم ولایی، شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت، رأی وحدت رویه.

## ۱. کلیات

در این کلیات، پس از تبیین موضوع، مراد از الفاظ مهم در سکوت عمدی قانون تبیین می‌شود و ارکان سکوت عمدی قانون، که در این بحث با آن کار داریم، یعنی عوامل و اهداف سکوت عمدی قانون و اقتضات فقهی آن، ارائه می‌گردد.

### ۱-۱. تبیین موضوع

قانون‌گذاری در حکومت‌های پیچیده و گسترده امروزه امری گریزناپذیر است. احکام اجتماعی اسلام گرچه از سوی خداوند برای اداره جامعه جعل شده است، اما به دلیل اختلاف فتوا یا تعدد مصادیق موضوعات احکام، مصلحت و وحدت موقف حکومت در برابر آنها اقتضا دارد که حکومت با قانون‌گذاری در موضوع حکم شرعی، فتوای واحدی را یا مصادیق معینی از حکم شرعی را قانونی کند و این قانون را با حکم ولی، مشروع سازد (علی‌اکبریان، ۱۴۰۰، صص ۷۹-۸۸)؛ یعنی حکومت برای اعمال حاکمیت، به وجود حکم شرعی و فتاوی فقها اکتفا نمی‌کند؛ و این، قانون مهور به حکم ولایی است که وظایف حکومت و مردم را معین می‌کند.

اگر حکومت درباره یک حکم شرعی موضع خود را اعلام نکند، به گونه‌ای که کارگزاران حکومت ندانند در آن‌باره چه وظیفه‌ای دارند و مردم و قضات نیز در آن‌باره سرگردان و حیران باشند، پذیرفتنی نیست؛ و چنین سکوتی خالی از مصلحت و بلکه دارای مفسده است. به این‌گونه سکوت می‌توان سکوت در مجموع نظام حقوقی گفت. اما اگر سکوت قانون درباره یک حکم شرعی به گونه‌ای باشد که هم حکومت وظیفه خود را در قبال آن حکم شرعی بدانند، و هم تکلیف مردم و قضات در آن روشن باشد، چنین سکوتی می‌تواند یک شکل قانون‌گذاری باشد. به این‌گونه سکوت می‌توان سکوت در قانون عادی گفت (همان).

محل بحث این نوشتار جایی است که یک حکم شرعی اقتضای وضع قانون براساس آن را دارد، ولی قانون‌گذار به دلیل عروض عواملی، عمداً درباره آن حکم شرعی

سکوت می‌کند؛ و در عین حال، وظیفه حکومت، مردم، و قضات درباره آن حکم شرعی روشن است.

آنچه در این مقاله بررسی می‌شود مشکلات فقهی‌ای است که سکوت عمدی قانون در نظام قانون‌گذاری ما، در موارد وجود حکم شرعی دارد. نویسنده در مسیر بررسی این مشکلات فقهی، سکوت عمدی قانون را به‌عنوان ابزاری ترسیم نهایی می‌کند که می‌تواند به اجرای صحیح‌تر احکام شرعی در جامعه بینجامد.

نوآوری مقاله در بررسی مشکلات فقهی سکوت عمدی قانون در وضعیت فعلی آن در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی، و تبدیل آن به یک مسئله برای زمینه‌سازی تدوین یک نظریه جامع در سکوت عمدی قانون است.

#### ۱-۲. تعاریف

**قانون‌گذاری:** یعنی وضع قانون. مراد از قانون‌گذاری در اینجا قانون‌گذاری الهی نیست، بلکه قانون‌گذاری بشری توسط حکومت اسلامی است. قانون در اصطلاح حقوقی، دستوری کلی (و گاه جزئی) است که به‌وسیله مرجع صالح انشا شده و به‌وسیله مجالس قانون‌گذاری تصویب، و سپس به توشیح مرجع صلاحیت‌دار برسد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ص ۵۱۷). این معنا از قانون، معنای اخص آن است که در این نوشتار نیز همین معنا مراد است. قانون، معنای اعمی نیز دارد که شامل آیین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها و سایر مقررات حکومتی می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴، ص ۵۱۷).

**سکوت قانونی:** در جایی که اقتضای وضع قانون وجود دارد ولی قانون‌گذار قانونی را در مورد آن وضع نکرده است «سکوت قانونی» یا «خلاً قانونی» محقق شده است. همچنین موارد تعارض یا اجمال و ابهام قانون نیز «سکوت حکمی قانون» (دانش‌پژوه، ۱۳۸۹، ص ۲۵۳) است. سکوت قانون می‌تواند عمدی یا از روی سهو یا جهل باشد. در اینجا سکوت عمدی قانون مراد است.

**حکم ولایی:** حکم ولایی انشایی است که از سوی کسی که دارای ولایت است



صادر می‌شود (برای نمونه، ر.ک: موسوی خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۴۳۶؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق، ص ۴۹۸). حکم ولایی محل بحث، حکمی است که به قانون یا سکوت قانون تعلق می‌گیرد و با این حکم ولایی، قانون و سکوت قانون مشروعیت پیدا می‌کند، و بر فتاوا مقدم می‌شود (سیفی مازندرانی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۹).

**رأی وحدت رویه:** در ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ آمده است: «هر گاه از شعب مختلف دیوان عالی کشور یا دادگاه‌ها نسبت به موارد مشابه، اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی، با استنباط متفاوت از قوانین، آراء مختلفی صادر شود، رییس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور، به هر طریق که آگاه شوند، مکلفند نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه درخواست کنند. ... رأی اکثریت در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع، اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است؛ اما نسبت به رأی قطعی شده بی‌اثر است.»

در این نوشتار، وقتی از اصطلاح رأی وحدت رویه استفاده می‌شود، گرچه مقصود همین نهاد است، اما دو تفاوت با آن دارد: یکی آنکه محل بحث در پیشنهاد این نوشتار فقط آرای وحدت رویه‌ای است که اختلاف آرای قضایی در آن به دلیل اختلاف فتوا باشد، و درباره سایر آرا هیچ سخنی ندارد؛ دوم اینکه بنابر اقتضائات فقهی سکوت عمدی قانون، کارکردهای آن تغییر می‌کند.

### ۱-۳. ارکان سکوت عمدی قانون در موارد وجود حکم شرعی

در اینجا، عوامل، اهداف، و اقتضائات فقهی سکوت عمدی قانون، به‌عنوان ارکان سکوت عمدی قانون بیان می‌شود، تا براساس آن بتوان وضعیت سکوت عمدی قانون را در موارد وجود حکم شرعی ارزیابی کرد. تبیین ادله و شواهد این ارکان، به دلیل محدودیت حجم مقاله، و تمرکز بر غرض اصلی، نیازمند مقاله مستقلی است:

**عوامل سکوت عمدی قانون:** گاه در برابر اقتضای وضع قانون براساس یک حکم شرعی، موانعی پیش می‌آید که قانون‌گذار را وادار به مصلحت‌اندیشی در قانونی کردن

یا سکوت کردن درباره آن حکم شرعی می‌کند. این عوامل را می‌توان در دو دسته زیر تقسیم کرد:

- دسته نخست از عوامل: وجود مفسده در وضع قانون براساس یک حکم شرعی به دلیل ناتوانی اجرای قانون، فشار افکار عمومی، فشارهای بین‌المللی، مصلحت تدرج، تزاخم قانونی کردن یک حکم شرعی با امر اهم؛ مانند احکامی که اجرای آنها در شرایط و موقعیت خاص زمانه، مانع از اجرای حکم اهمی می‌شود. در همه این عوامل نوعی مفسده (مفسده موقت) در قانونی کردن یک حکم شرعی وجود دارد؛ و اقتضا می‌کند که قانون‌گذار در وضع قانون براساس آن حکم شرعی سکوت کند، یا اگر قانونی بر موضوع آن حکم شرعی وضع می‌کند قیودی از آن را حذف یا به آن اضافه کند که اجرای آن را فاقد مفسده کند. در هر صورت از وضع قانون براساس مَرِّ حکم شرعی (نه کمتر نه بیشتر) سکوت کرده است.

- دسته دوم از عوامل: وجود مصلحت آزادی مردم در عمل به فتاویٰ فقها؛ این مصلحت، خود دو حالت دارد: مصلحت آزادی عمل براساس فتاوا فقط برای مردم باشد یا علاوه بر آن برای قضات هم باشد. مصلحت آزادی مردم در عمل به فتاویٰ فقها، معمولاً در سکوت عمدی قانون مورد غفلت است و در نظام حقوقی ما بیشتر وقتی سکوت عمدی قانون یا قانون براساس عناوین ثانوی مطرح می‌شود که مفسده‌ای در برابر آن اقتضای وضع قانون ایستادگی کند؛ درحالی که چنین نیست و مصلحت آزادگذاری مردم و حتی مصلحت آزادگذاری قضات در عمل به وظیفه شرعی خودشان، گاه برتر از مصلحت وحدت موضع حکومت براساس یک فتوا است.

**اهداف سکوت عمدی قانون:** براساس این دو دسته از عوامل، قانون‌گذار اهدافی

را از سکوت عمدی قانون در موارد وجود حکم شرعی دنبال می‌کند:

- **هدف نخست:** قانون‌گذار اجرای یک حکم شرعی توسط حکومت را در شرایط زمانه خود به‌طور موقت دارای مفسده اهم بداند و با سکوت قانونی بخواهد جامعه

را از آن مفسده برهاند. این هدف با عدم اجرای آن حکم شرعی توسط حکومت تأمین می‌شود. پس سکوت قانون در این مورد، باید دلالت بر ضمانت عدم اجرای آن حکم شرعی توسط حکومت داشته باشد.

• **هدف دوم:** قانون‌گذار مصلحت را در این بیند که مردم را در عمل به یک حکم شرعی براساس فتاوی خودشان آزاد بگذارد، و آزادی آنان را توسط قانون مستند به یک فتوای واحد بر مردم محدود نکند؛ اما در هنگام منازعه و رجوع مردم به قضات، حکومت، یک فتوای واحد را در محاکم قضایی اجرا کند. در این حالت، حکومت آن حکم شرعی را در قانون نمی‌آورد تا بر همگان الزامی نشود، اما هرگاه درباره موضوع آن حکم شرعی منازعه‌ای رخ داد و مردم به دادگاه رسمی کشور مراجعه کردند، حکومت به وسیله یک قانون غیرمصرح، آن را برای قضاوت قضات الزامی کند؛ یعنی قاضی ملزم باشد براساس آن قضاوت کند.

• **هدف سوم:** اگر در موارد هدف دوم، حکومت مصلحت را در عدم الزام قضات به وحدت رویه بداند، قضاوت قضات براساس آنچه در فقه القضا آمده است انجام می‌شود؛ یعنی حکومت درباره آن حکم شرعی هیچ حکم ولایی‌ای صادر و هیچ قانونی، نه مصرح و نه غیرمصرح، وضع نمی‌کند.

**اقتضانات فقهی سکوت عمدی قانون:** این سه هدف اقتضانات فقهی متفاوتی دارند:

• الزامات «سکوت عمدی قانون در موارد وجود حکم شرعی» بر قضات در هدف نخست این است که نباید براساس آن حکم شرعی، حکم صادر کنند. این الزام فقط به وسیله حکم ولایی می‌تواند بر قضات مشروعیت داشته باشد. اگر چنین حکم ولایی‌ای وجود نداشته باشد، نه حکومت حق دارد قضات را از حکم براساس آن حکم شرعی منع کند، نه قاضی ملزم به اطاعت از آن خواهد بود.

• الزامات آن بر قضات در هدف دوم این است که باید براساس رأی وحدت رویه، حکم کنند. کارکرد این رأی در هدف دوم این است که الزام بر مردم ندارد، ولی بر قضات الزام دارد. اگر رأی وحدت رویه متضمن حکم ولایی نباشد قاضی

نه تنها ملزم به حکم براساس رأی وحدت رویه نیست، در مواردی که وظیفه شرعی او عمل به فتوای دیگری است حکم براساس رأی وحدت رویه بر او جایز نیست.

- در هر دو هدف نخست، که سکوت قانون باید متضمن حکم ولایی باشد، یک اقتضای دیگر پدید می‌آید و آن رعایت فتوای معیار در قانون‌گذاری و در سکوت قانون است. فتوای معیار در سکوت قانون در همین مقاله بیان می‌شود.
- در هدف سوم سکوت عمدی قانون، حکومت هیچ دخالتی از طریق قانون‌گذاری در اجرای آن حکم شرعی نمی‌کند، و هیچ الزامی را در آن باره، نه برای مردم در غیر موارد نزاع، و نه برای قضات در موارد نزاع ندارد؛ بنابراین، نیازی نیز به اعمال ولایت در آن وجود ندارد. اما تصمیم‌گیری در تراحم دو مصلحت اقتضا می‌کند مشمول نظارت‌های قانونی، از سنخ نظارت مجمع تشخیص مصلحت باشد. این دو مصلحت عبارتند از: مصلحت آزادی قضات در عمل براساس فقه‌القضا، و مصلحت اتحاد موقف حکومت در قبال آن حکم شرعی، و عدالت صوری.

## ۲. بررسی وجود عنصر ولایت و نظارت در وضعیت موجود سکوت عمدی قانون

در این بحث، نخست مشکل وضعیت موجود سکوت عمدی قانون از حیث عنصر ولایت و نظارت بیان می‌شود، سپس فتوای معیار در سکوت عمدی قانون، که در مباحث فتوای معیار در قانون‌گذاری مغفول مانده و در این بحث کاربرد دارد ارائه می‌شود، آنگاه در دو بند، ناسازگاری وضعیت موجود سکوت عمدی قانون براساس مبنای مختار در فتوای معیار و سایر مبانی تبیین می‌گردد.

### ۲-۱. مشکل وضعیت موجود عنصر ولایت و نظارت در موارد وضع قانون

فرایند ولایی بودن قانون، در موارد وضع قانون، برای مشروعیت جواز الزام آن بر همگان از سوی حکومت، در وضعیت فعلی، خود دارای ابهام است؛ و در یک تحلیل، با تنفیذ ولایی نهادهای قانون‌گذاری توسط ولی فقیه، قوانین مستخرج از آنها نیز

مشمول حکم ولایی می‌شود. ابهام آنجاست که حکم ولایی از سوی ولی فقیه است ولی روند عمومی رفتار فقهای شورای نگهبان آن است که قوانین را به فتوای خودشان نظارت می‌کنند. این گونه حکم ولایی (یعنی صدور حکم ولایی براساس فتوای غیر) بنا بر برخی مبانی (ر.ک: علی‌اکبریان، ۱۳۹۲، صص ۹۷-۱۱۶؛ علی‌اکبریان، ۱۴۰۰، صص ۶۹-۹۲) به حکم اولی جایز نیست. عنصر حکم ولایی در رأی وحدت رویه‌ای نیز که در موارد اختلاف آرای قضایی از سوی دیوان عالی کشور صادر می‌شود، همین ابهام را دارد. اگر ولایی بودن این آرا را نیز براساس تنفیذ ولایی دیوان بدانیم، در مواردی که اختلاف آرای قضایی به دلیل اختلاف فتواست، رأی دیوان در وضعیت فعلی الزاماً براساس فتوای ولی فقیه نیست؛ و این نیز فقط در فرض عروض عنوان ثانوی مشروع است. این ابهام بنا بر مبانی دیگر در فتوای معیار در قانون‌گذاری نیز وارد است. از باب مثال، بنا بر مبنای بودن فتوای کارآمد (برای نمونه: ارسطو، ۱۳۹۸، صص ۵۵-۸۲) نیز، نه تفسیر فقهای شورای نگهبان از قانون اساسی رعایت فتوای کارآمد است، نه روند عملی آنان.

توضیح بیشتر آنکه وجود **عنصر ولایت در موارد وضع قانون**، در وضعیت فعلی ظاهراً این گونه است که با تنفیذ ولایی نهادهای قانون‌گذاری توسط ولی فقیه، مصوبات نهایی آن، مشمول حکم ولایی می‌شود؛ یعنی این گونه نیست که ولی فقیه تک‌تک قوانین را موردبهمورد حکم ولایی کند؛ بلکه یک بار نهادهای قانون‌گذاری را تنفیذ ولایی کرده است، و همین تنفیذ ولایی باعث ولایی شدن قوانین مصوب آن می‌شود، بدون اینکه حتی لازم باشد ولی فقیه از تک‌تک آنها آگاهی تفصیلی داشته باشد. نام این روش ولایی کردن قانون را می‌توان اعمال ولایت اجمالی یا فرایندی گذاشت، در مقابل اعمال ولایت تفصیلی.

درباره **عنصر نظارت در موارد وضع قانون**، در نظارت فقهای شورای نگهبان (در خصوص مسئله فتوای معیار) سه مستند وجود دارد:

- پاسخ شورای نگهبان در تاریخ ۱۱ دی ۱۳۶۳ به نامه یکی از نمایندگان مجلس، که مفاد آن، معیار بودن فتوای فقهای شورای نگهبان است (نامه شماره ۱۳۰۴۷/۲۵۱ / د.

در «<http://www.shora-gc.ir>».

- پاسخ رهبری در تاریخ ۱۱ اسفند ۱۳۸۸ به نامه یکی از فقهای شورای نگهبان، که مفاد آن، معیار بودن فتوای ولی فقیه است (غیرمنتشر).
  - عمل فقهای شورای نگهبان، که در غالب موارد، فتوای خودشان را، و در برخی لوایح، فتوای رهبری را (کعبی، ۱۳۹۳، ص ۴۴) و در نادری از موارد، فتوای ثالث را معیار نظارت قرار داده‌اند.
- بنابر هر سه مستند، و بنابر مبانی مختلف در فتوای معیار در قانون‌گذاری، وجود عنصر ولایت براساس نظارت فقهای شورای نگهبان دارای ابهام است. یعنی:
- بنابر این رأی که فتوای معیار در قانون‌گذاری «فتوای ولی فقیه» باشد، فقهای شورای نگهبان همواره براساس رأی ولی فقیه نظارت نمی‌کنند.
  - بنابر این رأی که معیار «فتوای فقیهی است که در قانون اعمال ولایت می‌کند، چه این فقیه ولی عام باشد چه این وظیفه از سوی ولی عام به او تفویض شده باشد» (ر.ک: علی‌اکبریان، ۱۳۹۲، صص ۹۷-۱۱۶؛ علی‌اکبریان، ۱۴۰۰، صص ۶۹-۹۲) یا همان اشکال وجود دارد، یا این اشکال که در وضعیت فعلی، وظیفه اعمال ولایت به فقهای شورای نگهبان تفویض نشده است.
  - بنابر این رأی که معیار «فتوای کارآمد» است (ارسطا، ۱۳۹۳) فقهای شورای نگهبان همواره به دنبال فتوای کارآمد نیستند.
- این ابهام در موارد وضع قانون بود، فرایند ولایی بودن سکوت قانون، در وضعیت فعلی، از ابهام بیشتری برخوردار است؛ یعنی توجیه «ولایی بودن سکوت قانون» با تنفیذ ولایی نهاد دولت در ارائه لایحه، و تنفیذ ولایی مجلس شورای اسلامی در ارائه طرح و تصویب طرح و لایحه، با ابهام بیشتری نسبت به توجیه «ولایی بودن وضع قانون» با چنین تنفیذی مواجه است.
- برای بررسی این منظور ابتدا باید فتوای معیار در سکوت قانون بررسی شود.

## ۲-۲. فتوای معیار در سکوت قانون

گمان نشود فتوای معیار در قانون‌گذاری فقط در وضع قانون مطرح است؛ در

سکوت قانون نیز بحث فتوای معیار مطرح می‌شود. برای نمونه، وقتی در عوامل سکوت قانون، به دنبال احراز عامل عجز هستیم، به دنبال عجز از اجرای حکم شرعی به فتوای چه کسی هستیم؟ شاید فتوای یک فقیه در یک حکم شرعی، به دلیل شرایط متغیر زمانه، غیر قابل اجرا باشد؛ و همین، سبب عجز حکومت از اجرای آن شود؛ ولی فتوای فقیه دیگر در همان شرایط قابل اجرا باشد. بنابراین، باید مطرح شود که در سکوت قانون چه فتوایی معیار است.

نویسنده هیچ سخنی درباره فتوای معیار در موارد سکوت قانون ندیده است؛ به هر حال، رأی نویسنده در فتوای معیار در موارد سکوت قانون، در اهداف سه‌گانه سکوت قانون متفاوت است: در هدف نخست، معیار جمیع فتاوا است؛ یعنی فقیه وقتی می‌تواند حکم ولایی به عدم اجرای یک حکم شرعی بدهد، که اجرای آن حکم به جمیع فتاوا دارای مفسده اهم باشد. اما در هدف دوم، که فقیه می‌خواهد فتوای خود را بر مردم الزامی نکند، اما قضاوت در قضاوت وحدت رویه داشته باشند، فتوای خودش معیار است. در هدف سوم که هیچ حکم ولایی‌ای در کار نیست، مسئله فتوای معیار مطرح نمی‌شود، و مسئله مربوط به مصلحت‌اندیشی درباره موضوع حکم است نه حکم آن.

توضیح آنکه مبنای مختار نویسنده در فتوای معیار در قانون‌گذاری این است که قانون باید بر اساس فتوای فقیهی وضع شود که وظیفه اعمال ولایت در قانون را به عهده دارد؛ زیرا او نمی‌تواند در غیر موارد عروض عنوان ثانوی بر اساس فتوای غیر حکم ولایی صادر کند. اگر وضع قانون بر اساس فتوای فقیهی که در وضع قانون اعمال ولایت می‌کند مبتلا به عنوان ثانوی بود، به گونه‌ای که نمی‌توانست بر اساس فتوای خودش حکم کند، فتوای کارآمد از میان سایر فتاوا برای او معتبر می‌شود و حکم کردن بر اساس آن فتوا نسبت به حکم کردن برخلاف جمیع فتاوا ترجیح دارد (علی‌اکبریان، ۱۴۰۰، صص ۷۵-۷۶). بنابراین، در هدف نخست سکوت قانون، که قانون‌گذار می‌خواهد با سکوتش آن حکم شرعی اجرا نشود، وقتی می‌تواند چنین حکمی کند که اجرای آن حکم شرعی به سایر فتاوا نیز دارای مفسده اهم باشد. بنابراین، در هدف نخست، عدم قابلیت اجرای تمامی

فتاوا در آن حکم شرعی معیار سکوت است. اما در هدف دوم، فرض بر آن است که صدور رأی وحدت رویه براساس فتوای او (هر فقیهی که بنا است در قانون اعمال ولایت کند) هیچ مفسده اهمی ندارد. بنابراین، فتوای خود او معیار است. نویسنده هیچ سخنی از صاحبان دیگر آرا در فتوای معیار در قانون گذاری درباره فتوای معیار در سکوت قانون ندیده است، و پس از بررسی وضعیت موجود عنصر ولایت در موارد سکوت عمدی قانون بنا بر رأی مختار، به آن آرای دیگر نیز اشاره خواهد کرد.

### ۲-۳. مشکل وضعیت موجود عنصر ولایت و نظارت در موارد سکوت عمدی قانون

وضعیت موجود قانون گذاری جمهوری اسلامی ایران، به گونه ای طراحی شده است که عنصر نظارت، برای تضمین اسلامیت قوانین در آن، فقط در وضع قانون تأمین شده است، و مسیر سکوت قانون در آن، بدون عنصر نظارت شورای نگهبان و مصلحت اندیشی مجمع تشخیص مصلحت صورت می گیرد. سکوت قانون، در وضعیت فعلی، از دو مسیر رخ می دهد:

- سکوت نسبت به یک حکم شرعی در لایحه دولت و طرح مجلس؛
- عدم تصویب قانون مربوط به یک حکم شرعی در مجلس، گرچه در لایحه و طرح آمده باشد.

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

چالش وضعیت موجود در نظارت بر سکوت قانون در دو مورد است: ۱. آنجا که باید سکوت شود، ولی مصوب مجلس سکوت نکرده است؛ ۲. آنجا که نباید سکوت شود ولی مصوب مجلس سکوت کرده است. در مورد اول، اگر قانون براساس حکم شرعی، در مجلس شورای اسلامی تصویب شود، و فقهای شورای نگهبان وجود عواملی که اقتضای سکوت قانونی را دارد در آن احراز کنند، عملاً نمی توانند مصوبه مجلس را



رد کنند؛ زیرا آن مصوبه مطابق حکم اولی شرعی است؛ بنابراین نوبت تصمیم‌گیری در سکوت قانون به مجمع تشخیص مصلحت نیز نمی‌رسد. در مورد دوم نیز از آنجا که شورای نگهبان قانون‌گذار به‌شمار نمی‌آید، نمی‌تواند حکم شرعی مسکوت‌مانده در قانون مصوب را به آن اضافه کند یا مصوب را به دلیل فقدان قانون مربوط به آن حکم شرعی رد کند.

وجود عنصر ولایت در موارد سکوت قانون ابهام بیشتری نسبت به موارد وضع قانون دارد. ابهام این نیست که سکوت امر عدمی است و امر عدمی نمی‌تواند حکم ولایی باشد؛ زیرا قبلاً توضیح داده شد که قانون‌گذار گرچه در قانون عادی درباره یک حکم شرعی سکوت کرده است، اما در کل نظام حقوقی تکلیف این سکوت را روشن کرده است. بنابراین، سکوت عمدی قانون نیز نوعی قانون‌گذاری است. در عنوان بعد ابهام موجود تبیین بیشتری می‌شود. در ادامه تبیین می‌شود که چرا وضعیت موجود عنصر نظارت و ولایت در سکوت عمدی قانون با مبانی فقهی ناسازگار است.

## ۲-۴. تبیین ناسازگاری وضعیت موجود عنصر ولایت و نظارت در سکوت عمدی قانون با

### مبانی فقهی

در عنوان پیشین گفته شد که وجود عنصر ولایت و نظارت برای مشروعیت بخشی به اقتضائات سکوت عمدی قانون، با ابهام جدی مواجه است. این ابهام از سه جهت است:

- اعمال ولایت اجمالی در موارد سکوت قانون، برخلاف موارد وضع قانون، قابل توجیه نیست؛
- شورای نگهبان نمی‌تواند مصوبه مجلس را، که مطابق حکم اولی شرعی است، به دلیل احراز عوامل سکوت رد کند؛
- شورای نگهبان نمی‌تواند موارد سکوت قانون در مصوبه مجلس را رد کند.

در اینجا برای تبیین ابهام در سه جهت یادشده، نخست در هریک از آنها توجیهی را که می‌توان برای دفاع از سازگاری وضعیت موجود عنصر ولایت و نظارت در سکوت عمدی قانون با مبانی فقهی ارائه داد بیان می‌کنیم و سپس با نقد و

بررسی آن، ناسازگاری وضعیت موجود سکوت عمدی قانون با آن اقتضائات را نمایان می‌کنیم:

**توجیه وجود عنصر ولایت در وضعیت موجود سکوت عمدی قانون:** آنچه درباره اعمال ولایت اجمالی و فرایندی، در موارد وضع قانون گفته شد، می‌تواند به فرایند سکوت قانون نیز سرایت داده شود. بدین صورت که ولی فقیه، با تنفیذ ولایی نهاد دولت، سکوت دولت از یک حکم شرعی در ارائه لایحه را تنفیذ ولایی کرده است؛ و با تنفیذ ولایی نهاد مجلس شورای اسلامی، سکوت مجلس از یک حکم شرعی در ارائه طرح را، یا عدم تصویب قانون مربوط به آن حکم شرعی در طرح و لایحه را تنفیذ ولایی کرده است. براساس این اشکال، فرایند سکوت قانون نیز ولایی خواهد بود، و تمامی موارد سکوت قانون از این دو مسیر نیز مشمول حکم ولایی اجمالی و فرایندی ولی فقیه می‌شود.

**نقد و بررسی:** مسئله اعمال ولایت اجمالی و فرایندی که در موارد وضع قانون گفته شد، گرچه خود دارای ابهام بود، اما تسری آن به موارد سکوت عمدی قانون در وضعیت موجود با ابهامات بیشتری مواجه است که مانع از آن می‌شود. در اعمال ولایت اجمالی و فرایندی در موارد وضع قانون، قانون‌گذار یا در شرایط عادی است یا در شرایط عروض عنوان ثانوی؛ در موارد قانون‌گذاری در شرایط عادی، ولی فقیه، می‌تواند فتوای شورای نگهبان را برای نظارت بر رعایت فتوای خودش بگمارد، تا قانونی که در نهادهای قانون‌گذاری تصویب می‌شود و بنا است با حکم ولایی تنفیذی او ولایی شود مطابق فتوای خودش باشد. در موارد قانون‌گذاری در شرایط عنوان ثانوی نیز، ولی فقیه معتمدان خود را در مجمع تشخیص مصلحت گمارده است تا وجود و اقتضائات عناوین ثانوی را احراز کنند تا قانونی که در آن تصویب می‌شود به احراز اجمالی او رسیده باشد. اما در فرایند فعلی سکوت قانون، با توجه به آنچه در مسئله فتوای معیار در سکوت قانون گفته شد (یعنی اینکه در سکوت قانون به هدف نخست، حکم شرعی باید به فتوای هیچ فقیهی قابل اجرا نباشد و در هدف دوم نیازمند اعمال ولایت به فتوای فقیهی است که در قانون اعمال ولایت می‌کند):

اولاً چنین نظارتی در موارد سکوت قانون وجود ندارد و تنفیذ ولایی اجمالی و فرایندی مذکور در گمان یادشده، تنفیذی نخواهد بود که به عنوان اولی صحیح باشد؛ زیرا نه برای رئیس و هیئت دولت و نه برای نمایندگان مجلس، مسئولیت نظارتی شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت تعریف شده است، و نه خاستگاه انتخاب آنان از سوی مردم چنین اقتضایی را دارد. دیوان عالی نیز در صدور رأی وحدت رویه، فتوای ولی فقیه را معیار قرار نمی دهد، بلکه عملاً یکی از آرای قضایی سابق محل بحث را انتخاب می کنند. فقیه یا فقهای نیز در دیوان متصدی اعمال ولایت نیست و اصلاً اعمال ولایت در شرح وظایف آن تعریف نشده است؛ اگر هم شده باشد باز مشکل رعایت فتوای معیار در اعمال ولایت وجود دارد.

ثانیاً اعمال ولایت در موارد وضع قانون، اعمال ولایت در یک امر وجودی است. امر وجودی با اراده و آگاهانه و از روی عمد انجام می شود؛ درحالی که اگر این راه را به موارد سکوت قانون نیز توسعه دهیم، ترک فعل می توان از روی عمد یا سهو باشد؛ و بی شک، ولایی کردن سکوت سهوی مقصود حکم ولایی نمی تواند باشد. این نکته نیز مانع از آن می شود که اعمال ولایت اجمالی و فرایندی در قانون را شامل موارد سکوت قانون بدانیم.

**توجیه وجود عنصر نظارت در جایی که مصوبه مجلس سکوت نکرده است:**  
گفته شد اگر مصوبه مجلس مطابق حکم شرعی باشد، فقهای شورای نگهبان اگر وجود عوامل سکوت قانون در آن حکم شرعی را احراز کنند، نمی توانند آن مصوبه را رد کنند؛ و به تبع، نوبت به نظارت مجمع تشخیص مصلحت نیز نمی رسد. بنابراین اگر در مجلس، تصمیم به سکوت در آن حکم شرعی گرفته نشود، نهادهای نظارتی نمی توانند در آن دخالت کنند و سکوت قانون در آن باره را الزام کنند.

توجیه وجود نظارت شورای نگهبان در چنین فرضی این است که در برخی از اصول قانون اساسی تعبیر «موازین اسلامی» (اصل چهارم و اصل نود و چهارم) و «موازین شرع» (اصل یکصد و دوازدهم) و «اصول و احکام مذهب رسمی کشور» (اصل هفتاد و دوم و اصل هشتاد و پنجم) به جای یا در کنار «احکام اسلام» (اصل نود و ششم) در معیار ارزیابی

فقه‌های شورای نگهبان آمده است. بنابراین اگر فقهای شورای نگهبان مصوبه مطابق احکام شریعت را، به دلیل احراز عوامل سکوت قانون در آن، مغایر با موازین اسلام (نه احکام اسلام) بدانند می‌توانند آن را رد کنند. مجمع تشخیص مصلحت نیز مصوباتی را که فقهای شورای نگهبان مغایر با موازین اسلام تشخیص داده‌اند می‌تواند تصویب یا رد کند. بنابراین هم فقهای شورای نگهبان می‌توانند درباره سکوت قانون تصمیم بگیرند، هم مجمع تشخیص مصلحت.

**نقد و بررسی:** اولاً در متن اصل هفتاد و دوم و هشتاد و پنجم که تعبیر «اصول و احکام مذهب رسمی کشور» آمده است، آن را به اصل نود و ششم ارجاع داده، و در اصل نود و ششم فقط تعبیر «احکام اسلام» وجود دارد. از این ارجاع می‌توان چنین تفسیر کرد که مراد از اصول مذهب رسمی کشور نیز احکام مذهب رسمی است.

ثانیاً اگر تعبیر اصول و احکام مذهب رسمی کشور بتواند شامل عناوین ثانوی شود، این تفسیر را می‌توان برای قبل از اصلاح قانون اساسی و تشکیل مجمع تشخیص مصلحت، که وظیفه احراز عناوین ثانوی نیز بر عهده فقهای شورای نگهبان بود، پذیرفت؛ گرچه در همان زمان نیز فقهای شورای نگهبان تن به چنین وظیفه‌ای نمی‌دادند (ر.ک: شفیع سروسرستانی، ۱۳۸۵، ص ۶۱)، ولی برای بعد از اصلاح قانون اساسی و تشکیل مجمع تشخیص مصلحت، نمی‌توان چنین تعمیمی در وظیفه فقهای شورای نگهبان را در نظارت بر مصوبات مجلس پذیرفت.

ثالثاً حتی قبل از اصلاح قانون اساسی و تشکیل مجمع تشخیص مصلحت، که بنا بود اگر مصوبه‌ای که فقهای شورای نگهبان آن را مغایر با احکام شریعت معرفی کرده است، حائز آرای دو-سوم نمایندگان مجلس شورای اسلامی باشد، همین دو-سوم آرا به عنوان احراز عنوان ثانوی مصلحت لحاظ شود، این احراز را شایسته نیست به عنوان نظارت حقوقی پذیرفت. علت این ناشایستگی این است که وقتی دو-سوم نمایندگان مجلس به یک ماده قانونی رأی می‌دهند و فقهای شورای نگهبان آن را مغایر با موازین اسلام تشخیص دهند، چنین نیست که نمایندگان مجلس با توجه به مغایر بودن آن ماده قانونی با موازین اسلام به آن رأی داده باشند. به عبارت دیگر، فرق است بین «اعضای

مجمع تشخیص مصلحت که مصوبه مجلس را با توجه به اینکه مغایر با شرع است، براساس مصالح تصویب می‌کنند» و «نمایندگان مجلس که بدون توجه به مغایرت آن با موازین اسلام به آن رأی می‌دهند»؛ زیرا اگر آن نمایندگان آگاه بودند که ماده قانونی محل بحث مخالف موازین اسلام است، شاید آن را به‌عنوان مصلحت عنوان ثانوی تأیید نمی‌کردند و رأی‌دادنشان به آن به‌گمان عدم مغایرت آن با شرع بوده است. به‌ویژه اینکه فرض مسئله آن است که مصوبه مجلس مطابق شرع است. به همین دلیل است که نظارت مجمع تشخیص مصلحت را در این باره نظارت قانونی می‌دانیم ولی رأی نمایندگان مجلس را، گرچه به حد دو-سوم آرا رسیده باشد، نظارت قانونی لحاظ نمی‌کنیم.

### **توجیه وجود عنصر نظارت در جایی که مصوبه مجلس سکوت کرده است:**

گفته شد اگر در مصوبه مجلس درباره یک حکم شرعی سکوت شده باشد، شورای نگهبان نمی‌تواند آن مصوبه را به دلیل آن سکوت رد کند، حتی اگر احراز کند که مقتضی وضع قانون براساس آن حکم در همان مصوبه وجود دارد و مانعی نیز از آن وجود ندارد؛ و به تبع نوبت به نظارت مجمع تشخیص مصلحت نیز در این باره نمی‌رسد. پس تصمیم‌گیری درباره سکوت کردن قانون درباره آن حکم شرعی قبل از رسیدن به شورای نگهبان تمام می‌شود.

در اینجا نیز ممکن است همان توجیه قبلی مطرح شود که فقهای شورای نگهبان می‌توانند آن مصوبه را به دلیل فقدان قانون مربوط به آن حکم شرعی خلاف موازین اسلام تشخیص دهند.

**نقد و بررسی:** اولاً هر سه مطلبی که در پاسخ پیشین گفته شد در اینجا هم جاری است.

ثانیاً در اصل نود و چهارم قانون اساسی که وظیفه شورای نگهبان را تعیین کرده است آنان باید بر «مصوبات» مجلس نظارت کنند و مصوبه امر وجودی است و موارد سکوت جزء مصوبات نیست. البته راه فرارهایی از قبیل «دادن تذکر» و «ابهام‌انگاری» در مصوبات وجود دارد که ماهیت آن «مغایر موازین اسلام دانستن» نیست.

ثالثاً رویه فقهای شورای نگهبان نیز این نبوده است که درباره سکوت قانون تصمیم بگیرد. تأیید قانون مجازات اسلامی که در آن حکم مجازات مرتد در آن مسکوت مانده است، از این قبیل است.

## ۲-۵. تبیین ناسازگاری وضعیت موجود با سایر مبانی در فتوای معیار در قانون گذاری

در بحث فتوای معیار در قانون گذاری آرای متعددی وجود دارد اما در اینجا به دو رأی از مهم ترین آنها اشاره می شود و مشکل عدم تحقق عنصر نظارت و ولایت در موارد سکوت عمدی قانون براساس آنها تبیین می گردد.

**معیار بودن فتوای ولی فقیه در قانون گذاری:** براساس این رأی (کعبی، ۱۳۹۳، ص ۴۴) ابهامی که درباره وجود عنصر ولایت و نظارت در موارد وضع قانون گفته شد، نیز وجود دارد. صاحبان این رأی سخنی درباره فتوای معیار در موارد سکوت قانون نگفته اند، اما اگر در این موارد نیز فتوای او معیار باشد اشکالی که درباره وجود عنصر ولایت و نظارت در موارد سکوت قانون گفته شد، بنابر این رأی نیز وجود دارد؛ زیرا نظارت فقهی برای رعایت فتوای ولی فقیه، در هیچ یک از اهداف اول و دوم سکوت قانون، در این فرایند وجود ندارد.

**معیار بودن فتوای کارآمد در قانون گذاری:** براساس این رأی (ارسطا، ۱۳۹۳) ابهامی که درباره وجود عنصر ولایت و نظارت در موارد وضع قانون گفته شد، وجود ندارد؛ زیرا بنابر این رأی، ولی فقیه لازم نیست به فتوای خودش حکم کند. البته بنابراین رأی اشکال دیگری در وضعیت موجود وجود دارد؛ و آن اینکه همواره آرای فقهای شورای نگهبان کارآمدترین فتوا نیست.

صاحبان این رأی نیز سخنی درباره فتوای معیار در موارد سکوت قانون نگفته اند؛ اما اگر در این موارد نیز فتوای کارآمد معیار باشد، ابهامی که درباره وجود عنصر ولایت و نظارت در موارد سکوت قانون گفته شد، بنابر این رأی نیز وجود دارد؛ زیرا نظارت فقهی برای رعایت فتوای کارآمد، در هدف اول سکوت قانون، در این فرایند وجود ندارد.

### ۳. بررسی مشکلات فقهی وضعیت موجود رأی وحدت رویه

وضعیت موجود صدور رأی وحدت رویه در دیوان عالی کشور، از حیث آنچه در ارکان سکوت عمدی قانون گفته شد دارای سه مشکل است، که در بندهای زیر بیان می‌شود:

#### ۳-۱. مشکل الزام دیوان به صدور رأی وحدت رویه

طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری، دیوان عالی کشور مکلف است در مواردی که در شعب مختلف دیوان عالی کشور یا دادگاه‌ها نسبت به موارد مشابه، اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی، با استنباط متفاوت از قوانین، آراء مختلفی صادر شود، رأی وحدت رویه صادر کند. از آنجا که تعبیر «با استنباط متفاوت از قوانین» به معنای وجود سکوت (خلاً) حکمی قانون است (دانش‌پژوه، ۱۳۸۹، ص ۲۵۳)، در واقع این تکلیف دیوان جایی را برای تحقق هدف سوم از اهداف سکوت عمدی قانون باقی نمی‌گذارد و این بدین معناست که قانون‌گذار مصلحت وحدت رویه را به‌طور کلی مقدم بر مصلحت آزادی قضا در عمل به شریعت دیده است. این در حالی است که گرچه در بسیاری از موارد مصلحت وحدت رویه مقدم است، اما کلیت چنین تقدیمی دلیل ندارد. برای توضیح این اشکال به چند مثال اشاره می‌شود:

**مثال اول:** احکام شرعی خمس به دلیل ارتباط با حق الناس و بیت‌المال، از مواردی است که اقتضای وضع قانون براساس آن وجود دارد؛ اما حکومت به دلیل مصالحی، مانند مصلحت حفظ نظام اجتماعی مرجعیت - که از سنخ عوامل دسته دوم سکوت است - می‌تواند مردم را در عمل به فتاوی فقها آزاد بگذارد و قانونی درباره آن وضع نکند. فرض کنید دو نزاع در این باره رخ دهد؛ دو نفر خمس خود را به دو وکیل می‌دهند که آن را به مرجع ذیصلاح بدهد. وکیل اول آن را به ولی فقیه می‌دهد در حالی که نوع مصرف خمس نزد ولی فقیه متفاوت با نوع مصرف آن نزد مرجع تقلید موکلش است. وکیل دوم آن را به فقیهی می‌دهد که نوع مصرفش با نوع مصرف ولی فقیه متفاوت است در حالی که فتوای مرجع تقلید موکلش این است که خمس را

باید به ولی فقیه داد. هر دو موکل نزاع را نزد دو قاضی می‌برند و قضات نیز به دلیل خلأ قانون در آن، دو رأی قضایی براساس دو فتوا صادر می‌کنند. در اینجا رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان، ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مکلفند نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه درخواست کنند؛ در حالی که قانون گذار ورود قانون به این مسئله را به صلاح نمی‌داند؛ و صدور رأی وحدت رویه در آن با مصلحتی که اقتضای سکوت داشت منافات دارد.

این مثال می‌تواند نشان دهد که الزام دیوان عالی کشور به صدور رأی وحدت رویه الزامی بدون پشتوانه فقهی کافی است و جز اتحاد موقف و عدالت صوری توجیه دیگری ندارد. اتحاد موقف را در همین مثال دیدیم که گاه دارای مفسده است و دلیلی بر الزام حکومت به اتحاد موقف در برابر همه احکام شرعی وجود ندارد. نقش عدالت صوری نیز در این باره در عنوان «جایگاه عدالت صوری در سکوت عمده قانون» بررسی خواهد شد.

**مثال دوم:** حکومت به دلیل وجود فشار افکار عمومی - که از سنخ عوامل دسته اول سکوت است - نمی‌خواهد برخی از مسائل شرعی نکاح موقت را قانونی کند؛ در حالیکه اجرای آنها را در جامعه دارای مفسده نمی‌داند. در این حالت می‌تواند در باره آنها سکوت کند تا مردم براساس فتاوی فقها در انجام آن آزاد باشند. در عین حال ممکن است به دلیل دفاع از حقوق زنان در نکاح موقت و مصلحت وحدت رویه، قوانینی را به صورت غیرمصرح (مثلاً با نهاد رأی وحدت رویه)، فقط برای قضات و بدون الزام بر مردم در غیر موارد دعاوی وضع کند. با این کار هم در قانون تصریح به آن احکام نکاح موقت نکرده است و خود را از مفسده فشار افکار عمومی رهانیده است و هم مردم را در عمل به فتاوی فقها در آن آزاد گذاشته است تا از مصالح آن احکام شرعی بهره‌مند شوند؛ و هم در مواردی که مصلحت دیده، رأی وحدت رویه صادر کرده تا در موارد نزاع، از حقوق مردم به اساس فتوای واحدی دفاع شود.

در این مثال چند نکته شایان توجه است: نخست آنکه رأی وحدت رویه در فرض وجود مصلحت صادر می‌شود و الزامی به صدور آن به طور مطلق نیست. دوم آنکه



صدور چنین رأیی (به عنوان قانون غیر مصرح) متوقف بر تحقق خارجی آرای قضایی متفاوت نیست و قانون‌گذار می‌تواند مستقیماً آن را صادر کند. سوم اینکه فتوایی که معیار چنین رأیی است الزاماً نباید قبلاً توسط یک قاضی مستند حکم قرار گرفته باشد، بلکه معیار آن همان فتوای معیار در قانون‌گذاری است. چهارم آنکه چنین رأیی هیچ الزامی را برای مردم در غیر موارد رجوع به قضات ندارد.

در این مثال، امکان دارد که قانون‌گذار برخی امور را درباره نکاح موقت، که دارای آن مفسده اجتماعی نیست، برای مردم هم قانونی کند؛ مانند الزام به ثبت رسمی نکاح موقت در فرض تولد فرزند از آن (ماده ۲۱ قانون حمایت خانواده، مصوب ۱۳۹۱) که این مسئله خارج از موضوع بحث از سکوت عمدی قانون است.

### ۲-۳. مشکل عنصر ولایت و نظارت در رأی وحدت رویه

در موارد صدور رأی وحدت رویه قضات باید از آن پس براساس آن حکم کنند. مشروعیت این الزام، فقط می‌تواند به حکم ولایی باشد. اگر حکم ولایی نباشد نه حکومت مشروع است قضات را ملزم به حکم براساس یک فتوای معین کند نه بر قضات جایز است در مواردی که فتوای مستند رأی وحدت رویه خلاف وظیفه شرعی او در قضاوت است براساس آن حکم کند. اما اگر حکم ولایی باشد، هم الزام حکومت مشروع است هم عمل قاضی.

آیا می‌شود عنصر ولایت را با همان تنفیذ ولایی نهاد دیوان عالی کشور، یعنی ولایت اجمالی و فرایندی درست کرد و گفت ولی فقیه یک بار دیوان را تنفیذ ولایی می‌کند و تمامی آرای آن حکم ولایی می‌شود؟ پاسخ منفی است؛ زیرا چنین اعمال ولایتی فقط وقتی به عنوان اولی صحیح است که رأی وحدت رویه براساس فتوای ولی فقیه صادر شود و در فرض وضعیت موجود، که رأی براساس یکی از آرای قضایی سابق صادر می‌شود، جز در فرض عروض عنوان ثانوی صحیح نیست؛ و احراز چنین فرضی در قانون پیش‌بینی نشده است.

آیا می‌شود گفت اگر این اعمال ولایت، از سوی ولی فقیه به فقیه یا فقهایی که در

هیئت عمومی دیوان عالی هستند تفویض شود مشکل حل می‌شود؟ باز هم پاسخ منفی است؛ زیرا اولاً فعلاً چنین تفویضی وجود ندارد به فرض هم به وجود آید، در وضعیت موجود صحیح نخواهد بود، زیرا هیئت عمومی دیوان عالی موظف است یکی از آرای صادر شده قبلی را به عنوان رأی وحدت رویه صادر کند و چنین اعمال ولایتی بر اساس فتوای غیر فقط در فرض عروض عنوان ثانوی جایز است.

در مجموع، وضعیت موجود صدور رأی وحدت رویه نمی‌تواند عنصر نظارت و ولایت را درست کند؛ یا دست کم با ابهام جدی مواجه است.

### ۳-۳. جایگاه عدالت صوری در سکوت عمدی قانون

عدالت صوری ممکن است به تعابیر مختلف تلقی شود: رفتار برابر با انسان‌های برابر؛ برابری مردم در برابر قانون؛ بی‌طرفی و فقدان جانبداری (ر.ک: واعظی، ۱۳۸۴، صص ۸۵-۹۸). اما همه آنها در این مشترک‌اند که اولاً به مقام اجرا مربوط است، ثانیاً مشتمل بر عدم تبعیض میان افرادی است که وضعیت یکسان دارند؛ ثالثاً نگاهی به محتوای رفتاری که باید میان انسان‌های برابر بشود ندارد.

حال، سؤال این است که آیا عدالت صوری همواره اقتضای وحدت رویه دارد و اگر حکومت اجرای یک حکم شرعی را به فتاوی‌ای فقها برای مردم و قضات آزاد بگذارد با عدالت صوری مخالفت کرده است؟ این سؤال پس از فرض آن است که عدالت صوری را یکی از زوایای عدالت دانسته و اطلاقات عدالت را در آن معتبر بدانیم؛ که در این مقاله چنین اطلاقی را فرض می‌گیریم و وارد بحث از آن نمی‌شویم.

در پاسخ می‌توان گفت: عدالت صوری برابری مردم در قبال قانون و حکم شرعی است. اگر حکومت در یک باره قانونی وضع نکند عدالت صوری از حیث برابری قانونی، سالبه به انتفای موضوع است. می‌ماند برابری مردم در قبال حکم شرعی، با فرض فتاوی‌ای مختلف فقها. آیا اینکه مردم در قبال حکم شرعی برابرند با اختلاف فقها در آن حکم شرعی منافات دارد؟ برای مثال اگر یک فقیه ارث زوجه از اصل زمین را می‌پذیرد و دیگری آن را از قیمت زمین می‌داند، و فقیه سوم اصل ارث از آن را نمی‌پذیرد، این

اختلاف فتوا با عدالت صوری منافات دارد؟ اینجا سالبه به انتفای موضوع نیست، ولی عدالت صوری نیز شکسته نشده است. توضیح آنکه همه مقلدان مرجع اول در قبال فتوای اول برابرند، و همه مقلدان مرجع دوم نیز در قبال فتوای دوم با هم برابرند؛ و همین‌طور همه مقلدان فقیه سوم. انتخاب مرجع نیز به تشخیص خود مقلدان است. منشأ اختلاف فتوای فقها در این مسئله ربطی به عدالت صوری ندارد. اختلاف فقها در استظهار از روایات، که منشأ اختلاف فتوا شده است، باعث صدق عرفی رفتار تبعیض‌آمیز نمی‌شود. تبعیض در جایی صدق می‌کند که یک معیار واحد وجود داشته باشد اما آن معیار واحد برای یکی اجرا شود و برای دیگری اجرا نشود. معیار در لزوم عمل به حکم شرعی، فتوای فقیه است. ما مکلف به حکم شرعی واقعی، در لوح محفوظ نیستیم. حکم شرعی تا برای مکلف از طریق معتبر مکشوف نباشد تکلیفی برای او نمی‌آورد. به عبارت دیگر حکم ظاهری مکلف بر او منجز است و حکم واقعی اگر مغایر با حکم ظاهری معتبر باشد بر او منجز نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۲۷۸). پس عدالت صوری برابری مردم در قبال حکم ظاهری - یعنی فتوا - است، که آن هم می‌تواند متعدد باشد؛ نه در قبال حکم واقعی غیر مکشوف که یکی است.

#### ۴. نتیجه و پیشنهاد

از مجموع آنچه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت وضعیت موجود سکوت عمدی قانون با مشکلات فقهی زیر مواجه است:

- سکوت عمدی قانون در وضعیت موجود، بیشتر با هدف عدم اجرای حکم شرعی مورد توجه بوده است (هدف اول سکوت عمدی قانون)؛ در حالی که سکوت عمدی قانون می‌تواند در موارد دیگری (هدف دوم و سوم سکوت عمدی قانون) به اجرای بهتر احکام شرعی در جامعه بدون الزام قانونی کمک کند.
- در مواردی که سکوت عمدی قانون، الزامی را بر قضات ایجاد می‌کند (در هدف اول و دوم سکوت عمدی قانون) باید متضمن حکم ولایی باشد تا هم این الزام از سوی حکومت مشروع باشد و هم قضات در تبعیت از آن با مشکل فقهی مواجه

- نشوند؛ درحالی که عنصر ولایی در آن با ابهام مواجه است.
- فرایند سکوت عمدی قانون به گونه‌ای است که شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نقش مؤثری در آن ندارند؛ درحالی که لزوم ولایی بودن آن در هدف اول و دوم سکوت عمدی قانون، و تراحم آن با مصلحت اتحاد موضع حکومت، اقتضای چنین نظارتی را دارد.
- نهاد رأی وحدت رویه، می‌تواند با تغییراتی در شرح وظایف، عنصر ولایت و نظارت را براساس اقتضائات سکوت عمدی قانون، تأمین کند.

## فهرست منابع

- ارسطا، محمدجواد. (۱۳۹۸). «فتوای معیار در قانون گذاری»، فقه حکومتی، ۷، صص ۵۵-۸۲.
- آخوند خراسانی، کاظم. (۱۴۰۹ق). کفایة الأصول (محقق مؤسسه آل البيت لإحياء التراث، چاپ اول). قم: چاپخانه مهر.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۴). ترمینولوژی حقوق (چاپ هفتم). تهران: گنج دانش.
- 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.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر. (۱۴۱۷ق). دلیل تحریر الوسيلة (ولایة الفقیه، چاپ اول). بی جا: مطبعة مؤسسة العروج، مؤسسة تنظیم و نشر آثار الإمام الخميني.
- شفیعی سروستانی، ابراهیم. (۱۳۸۵). قانون گذاری در نظام جمهوری اسلامی: آسیب ها و بایسته ها. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، پژوهشکده فقه و حقوق.
- علی اکبریان، حسنعلی. (۱۳۹۲). «فتوای معیار در قانون گذاری»، فصل نامه تخصصی دین و قانون، ۲، صص ۱-۳۸.
- علی اکبریان، حسنعلی. (۱۴۰۰). «نقش کارآمدی حکم شرعی در قانون گذاری در حکومت اسلامی»، فصلنامه حقوق اسلامی، ۷۰، صص ۷۹-۸۸.
- کعبی، عباس. (۱۳۹۳). مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران تحلیل مبانی اصل چهارم قانون اساسی. بی جا: پژوهشکده شورای نگهبان، دفتر مطالعات نظام سازی اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۲ق). بحوث فقهیه مهمه (چاپ اول). قم: انتشارات نسل جوان.

موسوی خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۱۸ق). صراط النجاة (تعليقه نویس: الميرزا التبريزي) (ج ۳، چاپ اول). قم: المركز الثقافي أمين.  
واعظی، احمد. (۱۳۸۴). «عدالت صوری عدالت محتوایی»، فصلنامه علوم سیاسی، ۲۹، صص ۸۵-۹۸.

## References

- Akhund Khurasani, K. (1989). *Kifayat al-usul* (Alulbayt Le Ihya al-Torath, Ed.; 1st ed.). Qom: Mahr Printing House. [In Arabic]
- Alikbarian, H. A. (2013). Fatwa as a criterion in legislation. *Specialized Quarterly of Religion and Law*, 2, 1-38. [In Persian]
- Alikbarian, H. A. (2021). The Role of the Effectiveness of Shari'a Rulings in Legislation in an Islamic Government. *Quarterly Journal of Islamic Law*, 70, 79-88. [In Persian]
- Arasta, M. J. (2019). Fatwa as a criterion in legislation. *Journal of Governmental Fiqh*, 7, 55-82. [In Persian]
- Danesh Pajouh, M. (2010). *Introduction to the Science of Law with a Focus on Iranian and Islamic Law* (1st ed.). Qom: Research Institute of Seminary and University and the Organization for the Study and Compilation of University Humanities Books (SAMT), Center for Human Sciences Research and Development. [In Persian]
- Jafari Langarudi, M. J. (1995). *Terminology of Law* (7th ed.). Tehran: Ganj Danesh. [In Persian]
- Kabi, A. (2014). *Analytical Foundations of the Islamic Republic of Iran: An Analysis of the Foundations of Article 4 of the Constitution*. Research Institute of the Guardian Council, Office for Islamic Systemization Studies. [In Persian]
- Makarem Shirazi, N. (2002). *Important Juridical Discussions* (1st ed.). Qom: Nasl Javan Publications. [In Arabic]
- Mousavi Khoei, A. (1997). *Sirat al-Najat* (Commentator: M. Tabrizi) (Vol. 3, 1st ed.). Qom: Amin Cultural Center. [In Arabic]
- Seifi Mazandarani, A. A. (1997). *Dalil Tahrir al-Wasilah* (Wilayat al-Faqih, 1st ed.). Printing House of the Al-Arooj Foundation, Institute for Organizing and Publishing the Works of Imam Khomeini. [In Arabic]
- Shafiei Sarvestani, I. (2006). *Legislation in the Islamic Republic System: Challenges and*

*Requirements*. Qom: Islamic Sciences and Culture Academy, Research Center for Jurisprudence and Law. [In Persian]

Vaezi, A. (2005). Formal Justice versus Substantive Justice. *Quarterly Journal of Political Science*, 29, 85-98. [In Persian]