



Research Article

A Comparison of the Theory of Conflict of Conditional Obligations in Legislation with Other Theories (In the field of legislation based on secondary titles)

Hassanali Aliakbarian¹

Received: 18/09/2021

Accepted: 17/03/2022

Abstract

The theory of "conflict of conditional obligations in legislation" is about the scope and rules of legislation based on secondary titles. According to this theory, it is wajib (obligatory) in legislation that the rulings of Islam (including permissible, obligatory and status) and the goals of religion and the purposes of Sharia need to be all considered; that is, it is the condition of correctness, and is considered as the conditional obligation in legislation. These conditional obligations may conflict with each other, and it is in this conflict that the legislature finds the permission of legal silence or the permission of legislation contrary to the religious ruling. In the present article, this theory is compared with other theories in this regard, their

1. Associate Professor, Department of Philosophy of Jurisprudence and Law, Research Center for Jurisprudence and Law, Islamic Sciences and Culture Academy, Qom, Iran. ha.aliakbarian@isca.ac.ir.

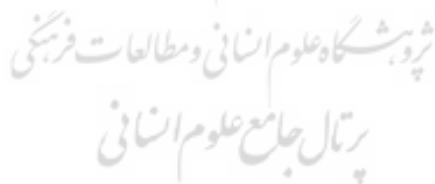
* Aliakbarian, H. A. (1401 AP). The Comparison of the Theory of Conflict of Conditional Obligations in Legislation with Other Theories (In the field of legislation based on secondary titles). *Journal of Fiqh*, 29(109), pp. 9-33. Doi: 10.22081/jf.2022.61922.2375.

Copyright © 2021, Author (s). This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>) which permits copy and redistribute the material just in noncommercial usages, provided the original work is properly cited.

commonalities and differences are described in detail, and through this comparison, the author has both explained the independence of the theory of the conflict of conditional obligations in legislation based on those theories, and has clarified the scope and rules of legislation based on secondary titles according to these theories. The proof of this theory has already been explained in the paper *The Theory of Conditional Obligations in Legislation* and here it is only compared with other theories. The method of this comparison is analytical and based on library sources. The result of this paper is a detailed explanation of the scope and rules of legislation and legal silence based on secondary titles, and it can be applied in the legislative system of the Islamic Republic of Iran , regarding the duties of the Guardian Council and the Expediency Discernment Council in legislation.

Keywords

Legislation, secondary titles, obligatory rulings, status rulings, goals of religion, purposes of Sharia, interests.



مقاله پژوهشی

مقایسه نظریه تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری با نظریات دیگر (در حوزه قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانوی)

حسنعلی علی‌اکبریان^۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۶/۲۷

چکیده

نظریه «تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری» درباره قلمرو و ضوابط قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانوی است. بر اساس این نظریه، رعایت احکام اسلام (اعم از مباح، الزامی و وضعی) و اهداف دین و مقاصد شریعت در قانون‌گذاری واجب است؛ یعنی شرط صحت، و واجب شرعی در قانون‌گذاری است. این واجبات شرعی ممکن است با یکدیگر تراحم کنند و در این تراحم است که قانون‌گذار جواز سکوت ثانوی یا جواز قانون‌گذاری مغایر با حکم شرعی را می‌یابد. در مقاله حاضر، این نظریه با نظریات دیگر در این باره مقایسه شده، اشتراکات و افتراقات آنها به تفصیل بیان شده، و نویسنده از گذر این مقایسه، هم استقلال نظریه تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری از آن نظریات را تبیین کرده، و هم قلمرو و ضوابط قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانویه را طبق این نظریات روشن کرده است. اثبات این نظریه قبلاً در مقاله «نظریه واجبات شرعی در قانون‌گذاری» تبیین شده و در اینجا صرفاً با نظریات دیگر مقایسه می‌شود. روش این مقایسه تحلیلی و بر اساس منابع کتابخانه‌ای است. دستاورد این مقاله تبیین دقیق قلمرو و ضابطه قانون‌گذاری و سکوت ثانوی بر اساس عناوین ثانوی، و کاربرد آن در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی، درباره وظایف شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت در قانون‌گذاری است.

کلیدواژه‌ها

قانون‌گذاری، عناوین ثانوی، احکام تکلیفی، احکام وضعی، اهداف دین، مقاصد شریعت، مصالح.

۱. دانشیار گروه فلسفه فقه و حقوق پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران.

ha.aliakbarian@isca.ac.ir

* علی‌اکبریان، حسنعلی. (۱۴۰۱). مقایسه نظریه تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری با نظریات دیگر (در حوزه قانون‌گذاری بر اساس عناوین ثانوی). فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۹(۱۰۹)، صص ۹-۳۳.

Doi:10.22081/jf.2022.61922.2375.

اعمال ولایت در حکومت اسلامی غالباً به صورت قانون گذاری است. در نظام قانون گذاری جمهوری اسلامی، فقهای شورای نگهبان متصدی تشخیص عدم مخالفت قوانین با احکام اسلام هستند. اگر آنان قانونی را مغایر با حکم شرعی تشخیص دادند رد می کنند، و اگر مصدر آن قانون (یعنی صاحب لایحه یا طرح) بر آن پافشاری کرد، آن قانون مردود، به مجمع تشخیص مصلحت می رود تا اگر آنان آن را مصلحت دیدند، مادام که مصلحت وجود دارد تصویب کنند. مشروعیت این قوانین به اعمال ولایت است. اینکه قانون گذار در چه قلمروی از احکام شرعی و با چه ضابطه ای می تواند قانونی را مغایر با حکم شرعی وضع کند، از مباحث مهم در بحث اختیارات ولایت فقیه است.

نظریات متفاوتی درباره قلمرو و ضابطه قانون گذاری مغایر با احکام اولی اسلام بر اساس عناوین ثانوی وجود دارد. یکی از این نظریات «نظریه واجبات شرطی در قانون گذاری» است. این نظریه در کرسی تخصصی نوآوری، در پژوهش گاه علوم و فرهنگ اسلامی، در تاریخ ۱۹ دی ۱۳۹۸ به تصویب رسید و ارکان و ادله آن، در مقاله ای با همین نام به تفصیل بیان شده است. در مقاله حاضر، این نظریه به همراه نظریات و آرای دیگری در این باره به اجمال معرفی می شود و اشتراکات و افتراقات نظریه واجبات شرطی در قانون گذاری با آنها بیان می گردد. در این مقاله، بر اساس «تعرف الأشياء بأضدادها» از گذر تبیین این اشتراکات و افتراقات، قلمرو و ضوابط قانون گذاری بر اساس عناوین ثانویه، بر طبق این نظریات روشن شده است.

محل بحث این مقاله، قانون گذاری به معنای خاص، در موارد وجود حکم شرعی است. بنابراین، اولاً از وضع آیین نامه و دستورالعمل و مانند آن که قانون به معنای اعم هستند، و نیز از قوانینی که ربطی به حکم شرعی ندارند، سخن گفته نمی شود.

روش این مقایسه تحلیلی و بر اساس منابع کتابخانه ای است. دستاورد این مقاله تبیین دقیق قلمرو و ضابطه قانون گذاری و سکوت قانونی بر اساس عناوین ثانوی، از دیدگاه

نظریات و آرای مطرح شده است، و کاربرد آن در نظام قانون گذاری جمهوری اسلامی، درباره وظایف شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت در قانون گذاری است.

۱. تبیین اجمالی نظریه واجبات شرعی در قانون گذاری

رعایت احکام اسلام (اعم از مباح، الزامی و وضعی) و اهداف دین و مقاصد شریعت در قانون گذاری واجب است. یعنی شرط صحت قانون گذاری، و واجب شرعی در قانون گذاری است. اگر وجوب رعایت حکم شرعی در قانون گذاری با وجوب رعایت حکم شرعی دیگر یا با وجوب رعایت هدفی از اهداف دین یا مقصدی از مقاصد شریعت در قانون گذاری تراحم کرد، و قانون گذار طرف دوم را اهم دانست، باید برای رعایت آن، قانون را مطابق طرف اهم وضع کند. اما محل بحث این نظریه در موضع گیری قانون گذار در برابر حکم غیراهم است. بر اساس این نظریه، باید قانونی که مربوط به حکم غیراهم است مسکوت گذاشته شود یا مغایر با آن و مناسب با حکم اهم وضع شود. از آنجا که احکام مباح و الزامی و وضعی، و نیز اهداف دین و مقاصد شریعت، موضوع این واجب شرعی هستند، می توانند از این طریق طرف تراحم قرار گیرند. معیار جواز سکوت قانون و نیز قانون گذاری مغایر با حکم شرعی، رعایت مرجحات همین تراحم است. این نظریه تأکید دارد که تراحم یادشده میان خود احکام اسلام نیست، بلکه میان وجوب رعایت آنها در قانون گذاری است، و این وجوب وجوب نفسی نیست، بلکه وجوب شرعی در قانون گذاری است؛ یعنی هر جا قانون گذار خواست قانونی وضع کند، جواز قانون گذاری او مشروط به رعایت احکام اسلام و اهداف و مقاصد آن است. از همین رو است که معتقد است میان احکام مباح و الزامی و وضعی، و نیز اهداف و مقاصد اسلام، از این حیث که می توانند موضوع این وجوب رعایت قرار گیرند، تفاوتی نیست.

۲. تبیین اجمالی سایر نظریات و آرا

در برابر این نظریه، نظریات و آرای دیگری نیز وجود دارد که هریک قلمرو و ضابطه

- این اختیارات را ارائه داده است. این نظریات و آرا به سه گروه تقسیم می‌شود:
- گروه نخست: این اختیارات را در مباحات و با ضابطه مصلحت دانسته‌اند؛ مانند علامه طباطبایی و شهید صدر.
 - گروه دوم: الزامیات را نیز با ضابطه تزام میان احکام الزامی، به آن اضافه کرده‌اند؛ مانند استاد هادوی.
 - گروه سوم: احکام وضعی را به آن اضافه کرده و ضابطه اهم و مهم را در مقایسه این احکام با یکدیگر و با مصالح ارائه داده‌اند، اما نه روشن کرده‌اند که چگونه مصالح با احکام سنجیده می‌شود و نه بیان کرده‌اند که چگونه احکام مباح و وضعی در این مقایسه قرار می‌گیرد. آیا این مقایسه به تزام ملاکی است یا تزام امتثالی یا اصلاً از باب تزام نیست؟

۱-۲. نظریه اختیار قانون‌گذاری مغایر با احکام تکلیفی مباح

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

۲-۲. نظریه اختیار قانون‌گذاری مغایر با احکام تکلیفی مباح و الزامی

صاحبان این نظریه با نظریه نخست در قلمرو مباحات موافق‌اند، ولی این اختیار را

شامل احکام الزامی نیز می‌دانند (هادوی، ۱۳۷۷، صص ۱۳۱-۱۳۰؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۳). ضابطه اینان در وضع قانون مغایر با احکام تکلیفی الزامی، وقوع تراحم میان آنها است (هادوی، ۱۳۷۷، صص ۱۳۱-۱۳۰؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق، ص ۲۳).

۲-۳. رأی اختیار قانون‌گذاری مغایر با مطلق احکام شرعی و بر اساس مصالح و مقاصد

در کنار دو نظریه نخست، آرای دیگری وجود دارد که گرچه در برخی زوایا از دو نظریه یادشده گسترده‌ترند، اما به دلیل فقدان نظریه‌پردازی در اعطای ضابطه دقیق، با تعبیر رأی و نظر ارائه می‌شوند. در مقایسه این آرا با نظریه واجبات شرطی در قانون‌گذاری، مشکلات ناشی از فقدان نظریه‌پردازی در آنها روشن خواهد شد. از صاحبان این آرا به دو مورد اشاره می‌شود:

الف. کسانی که قلمرو احکام وضعی را مشمول چنین اختیاری دانسته‌اند (ارسطا، ۱۳۹۲، صص ۶۷۶-۶۵۳)، اما ضابطه آن را به‌طور کلی مصلحت اسلام و مسلمین (ارسطا، ۱۳۹۲، ص ۶۵۴) یا مصلحت اهم (ارسطا، ۱۳۹۲، ص ۶۵۶) معرفی کرده‌اند، ولی معلوم نکرده‌اند که چگونه این مصلحت و نیز احکام وضعی، طرف مقایسه با احکام تکلیفی الزامی قرار می‌گیرند؛ یعنی آیا این مقایسه به تراحم ملاکی است یا تراحم امثالی یا اصلاً از باب تراحم نیست.

ب. کسانی که مقاصد شریعت را هم در کنار احکام اسلام در قانون‌گذاری لازم‌الرعايه دانسته‌اند (صرامی، ۱۳۹۲، صص ۶۲۱-۶۱۹؛ جوادی آملی، ۱۳۶۸، صص ۹۱-۸۶)، ولی نظریه‌ای جز کلیت اهم و مهم در مقایسه مقاصد با احکام، یا مقایسه احکام وضعی و مباح در این اهم و مهم ارائه نداده‌اند.

نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری، از حیث قلمرو در زمره این گروه قرار دارد، با این تفاوت که قلمرو و ضابطه این اختیارات را در ضمن یک نظریه تنظیم کرده است؛ نظریه‌ای که باعث می‌شود تفاوت‌های بسیاری میان آن و سایر آرا پدید آید.

۳. اشتراک نظریه مختار با نظریات رقیب و نظرهای دیگر

اشتراک نظریه مختار با نظریه نخست، در پذیرش اصل اختیار الزام حکومتی در مباحات است.

اشتراک نظریه مختار با نظریه دوم، در پذیرش اصل اختیار الزام حکومتی در همه احکام تکلیفی و نیز استفاده از ابزار تراحم است.

اشتراک نظریه مختار با آرای دیگر، در پذیرش اصل اختیار وضع قوانین حکومتی در دایره همه احکام شرعی و دخالت مقاصد شریعت در این رابطه است. اما افتراق نظریه مختار از دو نظریه رقیب و آرای دیگر، با تفصیل بیشتری بیان می‌شود:

۴. افتراق نظریه مختار با نظریه نخست

نظریه مختار سه افتراق با نظریه نخست دارد:

۱. صاحبان نظریه نخست، فقط در دایره مباحات به اختیارات حاکم تصریح کرده‌اند، و آن را شامل الزامیات و احکام وضعی نمی‌دانند، و اگر دیگرانی آن را به الزامیات نیز توسعه داده‌اند توسعه این دیگران است، و به فرض پذیرش این توسعه نیز شامل احکام وضعی نمی‌شود.

۲. نظریه نخست، الزام حکومتی در مباحات را مخالفت با حکم شرعی نمی‌داند، در حالی که نظریه مختار آن را مخالفت با حکم شرعی دانسته، رعایت مباحات را در الزامات حکومتی مانند رعایت احکام الزامی واجب می‌داند.

۳. سومین افتراق که تابع افتراق دوم است آنکه نظریه نخست معیار قانون‌گذاری الزامی در دایره مباحات را وجود مصلحت می‌داند، ولی نظریه مختار معیار آن را مرجحات تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری می‌داند. معیار نظریه مختار منضبط است، در حالی که معیار نظریه نخست این انضباط را ندارد. عدم انضباط در این معیار باعث می‌شود وجود هر مصلحتی به هر میزان از اهمیت، مجوز الزام حکومتی در مباحات شرعی شود، و یا قابل قضاوت و ارزیابی نباشد؛ زیرا این نظریه از ابتدا الزام حکومتی در مباحات را مخالفت با حکم شرعی نمی‌داند.

۱-۴. توضیح افتراق نخست

علامه طباطبایی در مقاله «ولایت و زعامت» (طباطبایی، بی‌تا، صص ۸۳-۸۲) پس از آنکه حاکم اسلامی را به پدر خانواده، و احکام اسلام را به قوانین لازم‌الاجرای کشوری که آن خانواده در آن زندگی می‌کنند تشبیه می‌کند، معتقد است قوانین لازم‌الاجرای این خانواده دو دسته است: یکی قوانین کشور که ثابت هستند و پدر نقشی در تغییر آن ندارد، و دیگری تصمیمات او در اداره زندگی خانوادگی‌اش که متغیر و بر اساس مصالح است. به همین نسبت، احکام اسلام ثابت است و حاکم اسلامی نقشی در آن ندارد و تصمیمات حاکم اسلامی برای اداره جامعه‌اش متغیر و بر اساس مصالح است. علامه در این مقاله، ولو تصریح نکرده است که حوزه اختیارات تصمیمات حکومتی فقط حوزه مباحات است، ولی از تعبیر «لازم‌الاجرا» می‌توان چنین برداشتی را داشت. علامه، اما در تفسیر المیزان تشبیهی دیگر و بیان روشن‌تری دارد؛ او اختیارات حاکم اسلامی در وضع قوانین متغیر را به اختیارات شخص مکلف در رفتار فردی خود در مباحات تشبیه کرده و می‌گوید:

و سخن کوتاه اینکه قوانین اسلامی و احکامی که در آن است به حسب مبنا و مشرب با سایر قوانین اجتماعی که در بین مردم دایر است تفاوت دارد، و آن تفاوت این است که قوانین و سنت‌های بشری به اختلاف اعصار و دگرگونی‌هایی که در مصالح بشر پدید می‌آید دگرگون می‌شود؛ اما قوانین اسلامی به خاطر اینکه مبنایش مصالح و مفاسد واقعی است، اختلاف و دگرگونی نمی‌پذیرد؛ نه واجب و حرامش، و نه مستحب و مکروه و مباحش. چیزی که هست اینکه کارهایی که یک فرد از جامعه می‌تواند انجام بدهد یا ندهد و هر تصرفی را که می‌تواند بکند یا نکند، زمام‌دار جامعه می‌تواند مردم را به آن وادارد یا از آن بازدارد؛ گویا جامعه اسلامی یک فرد است، و زمام‌دار نیروی فکری و اراده‌کننده او است. بنابراین اگر جامعه اسلامی دارای زمام‌دار باشد، او می‌تواند مردم را از ظلم‌هایی که به اسم تعدد زوجات و مانند آن انجام می‌دهند منع کند، بدون آنکه تغییری در حکم شرعی به اباحه آن ایجاد شده

باشد. این ممنوعیت حکومتی، یک تصمیم اجرایی عمومی از روی مصلحت است، مانند تصمیم یک فرد بر ترک تعدد زوجات به دلیل مصلحتی که خود تشخیص داده است، بدون اینکه تغییری در حکم شرعی داده باشد؛ چراکه این ترک کردن به دلیل آن است که تعدد زوجات یک حکم مباح است که او می‌تواند تصمیم به ترک آن بگیرد (طباطبایی، ۱۴۰۷ق، ج ۴، ص ۱۹۴).

قلمرو اختیارات حاکم اسلامی در این عبارت، فقط شامل مباحات به معنای اعم می‌شود، زیرا گفته است «أن الأفعال التي للفرد من المجتمع أن يفعلها أو يتركها وكل تصرف له أن يتصرف به أو يدعه... من غير أن يتغير الحكم الإلهي بإباحته... لأنه حكم إباحي له أن يعزم على تركه»؛ گرچه علامه در فراز نخست، به اباحه تصریح نکرده، و عبارت او می‌تواند شامل منطقة العفو نیز شود، اما در دو فراز دیگر به آن تصریح کرده است.

شهید صدر نیز در اقتصادنا تصریح کرده است که اختیارات حاکم اسلامی در وضع قوانین الزامی، بر اساس مصالح، فقط در موضوعاتی است که شارع در آنها حکم الزامی ندارد؛ یعنی این اختیارات را در قلمرو مباحات به معنای اعم دانسته است. می‌گوید:

هر فعالیت و عملی که نص تشریحی بر حرمت و وجوب آن وارد نشده باشد، ولی امر می‌تواند با امر یا نهی خود، یک صفت ثانوی به آن بدهد... اما افعالی که تشریح تحریم آن به شکل عام ثابت شده باشد، مانند ربا، ولی امر حق امر به آن را ندارد. همچنین فعلی که شریعت به وجوب آن حکم کرده باشد، مانند انفاق زوج به زوجه، ولی امر نمی‌تواند از آن منع کند؛ زیرا اطاعت از اولی الامر در محدوده‌ای لازم است که با اطاعت از خدا و احکام عام او معارض نباشد (صدر، ۱۳۸۲، ص ۷۲۶).

در این عبارت، گرچه تعبیر صدر آن، یعنی «هر فعالیت و عملی که نص تشریحی بر حرمت و وجوب آن وارد نشده باشد» شامل مباحات و احکام وضعی می‌شود، ولی با توجه به تعلیل ذیل آن، شامل احکام وضعی نمی‌شود؛ زیرا احکام وضعی از حیث معارضت مذکور در این تعلیل، مانند احکام تکلیفی الزامی هستند؛ گذشته از اینکه

هیچ‌یک از شاگردان شهید نیز ادعای منطقه‌الفراغ او را شامل احکام وضعی ندانسته‌اند. برخی از شاگردان شهید صدر عبارتی دارند که می‌توان آن را به‌نوعی، توسعه منطقه‌الفراغ به احکام الزامی در ظرف تراحم با حکم اهم دانست. استاد بزرگوار نویسنده، حضرت آیه‌الله العظمی سید کاظم حسینی حائری حفظه الله می‌گوید: «تغییر حکم اولی به حکم ولایی فقط در جایی جایز است که حکم اولی الزامی نباشد. و تبدیل حکم اولی الزامی جایز نیست، مگر اینکه موضوعش عوض شود، گرچه این عوض شدن موضوع، بر اساس تراحم باشد» (حسینی حائری، ۱۴۱۴ق، ص ۱۶۵).

ظاهراً مقصود ایشان آن است که در حالت تراحم دو حکم الزامی، حکم اهم، به فعلیت خود باقی مانده، و حکم مهم، از فعلیت ساقط می‌شود. در این حالت، حکم مهم، فعلیت نخواهد داشت، و حکم الزامی به شمار نمی‌آید؛ پس وضع حکم ولایی بر خلاف آن، جایز می‌شود.

به عبارت دیگر، در حالتی که حکم مهم از فعلیت ساقط شده است، اگر حاکم اسلامی حکمی الزامی در مخالفت آن (مطابق حکم اهم) صادر کند، اطاعت از حکم حاکم اسلامی هیچ مخالفت عملی‌ای با احکام شارع در پی نخواهد داشت.

آیا این ادعا را می‌توان به شهید صدر نیز نسبت داد؟ ظاهراً این سخن را می‌توان به‌عنوان تکمیل (نه توضیح) بر سخن شهید صدر دانست، و عبارات شهید صدر تاب آن را ندارد؛ زیرا گرچه شهید صدر معیار جواز دخالت حاکم در مباحات را این دانسته که اطاعت از او باعث مخالفتی با شارع نمی‌شود، ولی بارها تصریح کرده است که او این اختیار را فقط در جایی می‌پذیرد که شارع حکم الزامی اولی نداشته باشد. برای نمونه می‌گوید:

هر فعالیت و عملی که نص تشریحی بر حرمت و وجوب آن وارد نشده باشد، ولی امر می‌تواند با امر یا نهی خود، یک صفت ثانوی به آن بدهد... اما افعالی که تشریح تحریم آن به‌شکل عام ثابت شده باشد، مانند ربا، ولی امر حق امر به آن را ندارد. همچنین فعلی که شریعت به وجوب آن حکم کرده باشد، مانند انفاق زوج به زوجه، ولی امر نمی‌تواند از آن منع کند؛ زیرا اطاعت از اولی‌الأمر

در محدوده‌ای لازم است که با اطاعت از خدا و احکام عام او معارض نباشد
(صدر، ۱۳۸۲، ص ۷۲۶).

از این عبارت می‌توان به روشنی دریافت که در نظر او «حکم غیراهم در فرض
تزام» داخل در «عملی که نص تشریحی بر حرمت و وجوب آن وارد نشده باشد»
نیست. به عبارت دیگر، او دخالت حاکم اسلامی را در هر فعلی که نص شرعی بر
وجوب یا حرمت آن وجود دارد جایز نمی‌داند، گرچه آن وجوب یا حرمت به دلیل
تزام با حکم اهمی از فعلیت ساقط شده باشد.

گمان نشود بعد از سقوط فعلیت حکم غیراهم، به دلیل التزام با حکم اهم، شارع در
کنار حکم غیراهم، یک اباحه - به عنوان حکم ثانوی - جعل می‌کند؛ زیرا به فرض اشتغال
مکلف به حکم اهم، جعل اباحه برای غیراهم لغو است، و به فرض عدم اشتغال به اهم،
بنابر ترتب، فعلیت حکم الزامی مهم باقی است، و بنابر مبنای عدم ترتب، همچنان
مبتلای به نهی ناشی از التزام است، و اباحه‌ای برای آن نخواهد بود. بنابراین
نمی‌توان بیان حضرت استاد را توضیح کلام شهید صدر دانست. نویسنده نیز اذعان
دارد که حضرت استاد در این عبارت ادعای آن را ندارند که این سخن را می‌توان بر
عهد شهید صدر گذاشت؛ چرا که اصلاً ایشان در این عبارت در مقام بیان نظریه استاد
خود نیستند.

آیا این ادعا را می‌توان به علامه طباطبایی نسبت داد؟ علامه طباطبایی - در عبارات
یادشده از المیزان - دو تعبیر دارد:

- یکی آنکه «غیر أن الافعال التي للفرد من المجتمع أن يفعلها أو يتركها وكل
تصرف له أن يتصرف به أو يدعه فلوالی الأمر أن يأمر الناس بها أو ينهاهم عنها
ويتصرف في ذلك».
- و دیگر آنکه «أمكنه أن يمنع الناس عن هذه المظالم التي يتركونها باسم تعدد
الزوجات وغير ذلك من غير أن يتغير الحكم الإلهي بإباحته وإنما هو عزيمة
إجرائية عامة لمصلحة».

علامه در هر دو تعبیر تصریح به اباحه کرده است؛ در تعبیر نخست، «آزادی مکلف

در فعل و ترک»، بی‌شک شامل حکم الزامی غیراهم در ظرف تراحم نمی‌شود. در تعبیر دوم - که متفرع بر آن است - یک سخن اضافه هم دارد، و آن اینکه حکم الزامی حکومتی مربوط به مقام اجرا و از روی مصلحت است و منافاتی با حکم الهی اباحه ندارد. این سخن اضافه، یعنی «تفاوت حکم ولایی در مقام اجرا (که متغیر است) با حکم الهی (که ثابت است)» سخن صحیحی است و تمامی نظریات به آن اعتقاد دارند، ولی مهم آن است که علامه آن را متفرع بر مباحات دانسته است.

گذشته از آنکه اگر نظریه علامه و شهید صدر را به حکم الزامی در ظرف تراحم با حکم اهم سرایت دهیم، با مشکل دیگری در تعبیر آنها روبه‌رو می‌شویم و آن مشکل اکتفا به معیار مصلحت در کلمات این دو بزرگوار است. معیار صدور حکم ولایی مغایر با حکم الزامی در ظرف تراحم نزد نظریه دوم به معیار مرجحات باب تراحم است، نه صرف وجود مصلحت.

اما توسعه ادعای نظریه نخست به احکام وضعی، نه ادعا شده است و نه تعبیر صاحبان آن مجالی برای این توسعه باقی می‌گذارد.

۲-۴. توضیح افتراق دوم

عدم مخالفت الزام حکومتی در مباحات با حکم شرعی اباحه، به دو بیان در ادبیات صاحبان نظریه نخست مطرح شده است:

- نخست آنکه مردم در مباحات آزادند، و اگر مباح را انجام دهند یا ترک کنند، با حکم شرعی مخالفت نشده است؛ بر خلاف الزامیات که اگر والی واجبی را ممنوع کند یا به انجام حرامی دستور دهد، با آن حرام و واجب و مخالفت شده است.

- دوم آنکه الزام حکومتی، مربوط به مقام اجرا و موقت است؛ در حالی که حکم شرعی اباحه، حکم جاودان از سوی خداوند است.

نظریه مختار بیان نخست را نمی‌پذیرد و الزام حکومتی در مباحات را مخالفت با آن می‌داند، لکن در مقام تراحم واجبات شرعی در قانون‌گذاری، چنین مخالفتی را

جایز می‌داند. شاهد مخالفت الزام حکومتی با حکم مباح، ادله‌ای است که رعایت مباحات را مانند رعایت سایر احکام در اعمال ولایت لازم دانسته است (ر.ک: علی‌اکبریان، ۱۳۹۹، صص ۴۹-۴۷).

شایان توجه است که تشبیه دومی که در نظریه نخست وجود دارد، مشتمل بر خطایی است که باعث توهم عدم مخالفت می‌شود، و آن اینکه گمان شده است اختیار حاکم در الزام مردم به ترک مباح، مانند اختیار فرد مکلف در انجام یا ترک مباح است، به گونه‌ای که در هر دو، هیچ مخالفتی با حکم مباح نشده است. اما این تشبیه خطا است؛ زیرا وقتی فرد مکلف فعل مباح را انجام می‌دهد یا ترک می‌کند، آن را آزادانه انجام می‌دهد یا ترک می‌کند، اما وقتی حاکم اسلامی مردم را به آن الزام کند یا از آن منع کند، مردم در آن مباح آزاد نخواهند ماند. تشبیه علامه طباطبایی وقتی صحیح می‌بود که فرد مکلف می‌توانست خود را ملزم به انجام یا ترک مباح کند، در حالی که مکلف هرگز چنین اختیاری را، جز از طریق اسباب شرعی، مانند نذر و قسم و شرط ندارد؛ و فرض بر این است که حاکم، از این اسباب کمک نمی‌گیرد. آری، نویسنده معتقد است حاکم اسلامی این اختیار را به دلیل جعل ولایت از سوی شارع برای او دارد، ولی چنین ولایتی برای فرد مکلف جعل نشده است. پس تشبیه یادشده در کلام علامه، تشبیه مع‌الفارق است، و هیچ دخالتی در مدعای او ندارد. اختیار حاکم در ممنوعیت حکومتی مباح، یا الزام حکومتی مباح، فقط از طریق جعل ولایت قابل توجیه است، نه آزادی در مباحات و مانند آن. «آزادی مکلف در انجام و ترک مباح» در برابر «ولایت حاکم اسلامی بر تصرف در مباحات» کالحجر فی جنب الانسان است که هیچ نقشی در اختیارات حاکم ندارد.

نظریه مختار، با بیان دوم علامه موافق است، ولی بر خلاف نظریه نخست، آن را منحصر به مباحات نمی‌داند، و هر گونه حکم حکومتی را که در ظرف تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری صادر شده باشد، چه در وادی مباحات باشد چه در وادی الزامیات و وضعیات، حکم در مقام اجرا و موقت دانسته، و مقام آن را متفاوت با مقام حکم شرعی جاودان اسلام می‌داند.

۳-۴. توضیح افتراق سوم

در افتراق دوم بیان شد که الزام حکومتی در مباحات، مخالفت با مباح است، و حکومت، همان‌گونه که نمی‌تواند بدون مجوز شرعی با الزامیات مخالفت قانونی کند، نمی‌تواند بدون مجوز شرعی با مباحات مخالفت قانونی کند. این مجوز در نظریه نخست، صرف وجود مصلحت است. شاهد آن، علاوه بر عبارات خود آنان، تلقی برخی از صاحبان نظریه دوم است. استاد هادوی - که از صاحبان نظریه دوم است - یکی از تمایزات نظریه خود از نظریه نخست را در همین معیار دانسته است. البته از آنجا که نظریه مختار با نظریه دوم نیز متفاوت است، این معیار نیز بین نظریه دوم و نظریه مختار متفاوت است.

به هر حال، ادعا آن است که معیار مرجحات تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری دارای انضباط است؛ در حالی که معیار نظریه نخست، یعنی صرف وجود مصلحت، یا حتی وجود مصلحت اجتماعی، دارای این انضباط نیست.

شاید گمان شود که صاحبان نظریه نخست نیز معیار تراحم با مصلحت یا تراحم با مصلحت اجتماعی را دارند، و از آنجا که همواره مصلحت احکام مباح را در این تراحم، مغلوب می‌دانند آن را بیان نکرده‌اند؛ در پاسخ گفته می‌شود صحیح است که هر نوع اهم و مهم کردنی باید در قالب تراحم قرار گیرد، اما اولاً طرف تراحم میان نظریه نخست و نظریه مختار متفاوت است، و ثانیاً معلوم نیست نظریه نخست حکم مباح و مصلحت را چگونه طرف تراحم قرار داده است، در حالی که می‌دانیم تراحم اصطلاحی میان دو حکم الزامی است، و هیچ‌یک از اطراف تراحم در این بیان، (یعنی حکم مباح و مصلحت) حکم الزامی نیستند.

۵. افتراق نظریه مختار با نظریه دوم

نظریه مختار و نظریه دوم هر دو از ابزار تراحم برای توجیه اختیارات حاکم اسلامی استفاده کرده‌اند، اما چهار افتراق میان آنها وجود دارد:

۱. نظریه دوم، این تراحم را فقط در الزامیات مطرح کرده، و آن را در مباحات و

وضعیات ندانسته است؛ در حالی که نظریه مختار، آن را در هر سه وادی مباحات و الزامیات و وضعیات دانسته است.

۲. نظریه دوم، در دایره الزامیات، خود احکام الزامی را طرف تراحم قرار داده است؛ در حالی که نظریه مختار، «وجوب رعایت آنها در قانون گذاری» را طرف تراحم می‌داند، نه خود آنها را.

۳. نظریه دوم، تراحم را فقط در وادی احکام ترسیم کرده، ولی روشن نکرده است که مقایسه سایر اموری که باید با احکام سنجیده شود، مانند نظام‌های اسلامی، در چه قالبی با احکام اهم و مهم می‌شوند؛ در حالی که نظریه مختار با قراردادن اهداف و مقاصد در جایگاه موضوع حکم متراحم، توانسته است از قالب تراحم امثالی برای سنجش آنها با احکام استفاده کرده است.

۴. متفرع بر افتراق دوم، معیار ترجیح در تراحم نیز میان دو نظریه متفاوت است.

۵-۱. توضیح افتراق نخست

نظریه دوم، ابزار تراحم را برای توسعه اختیارات حکومت اسلامی از مباحات به الزامیات مطرح کرده است، و مثال‌هایی که برای آن زده، در همین وادی است. بنابراین تراحم نزد او نه شامل مباحات می‌شود نه شامل وضعیات. این در حالی است که نظریه مختار مباحات و الزامیات و وضعیات را -مانند هم- موضوع تراحم واجبات شرطی در قانون گذاری می‌داند.

۵-۲. توضیح افتراق دوم

تراحم نزد نظریه دوم، میان خود الزامیات است، در حالی که تراحم نزد نظریه مختار، میان وجوب رعایت آنها در قانون گذاری است؛ فرق است بین اینکه مثلاً «حرمت ربا» را متراحم با «وجوب حفظ نظام» بدانیم، و بین اینکه «وجوب رعایت حکم شرعی حرمت ربا در قانون گذاری» را متراحم با «وجوب رعایت حکم شرعی وجوب حفظ نظام در قانون گذاری» بدانیم. نیز فرق است بین اینکه مثلاً «وجوب حج» را متراحم با «وجوب براءت از مشرکان در حج» بدانیم، و بین اینکه «وجوب رعایت حکم شرعی

و وجوب حج در قانون گذاری» را متزاحم با «وجوب رعایت حکم شرعی و وجوب برائت از مشرکان در حج در قانون گذاری» بدانیم. احکام متزاحم نزد نظریه دوم، احکام شرعی «وجوب ربا و حرمت حج و وجوب حفظ نظام و وجوب برائت از مشرکان در حج» است، ولی احکام متزاحم نزد نظریه مختار، «وجوب رعایت احکام شرعی احکام یادشده (یعنی حرمت ربا و وجوب حج و وجوب حفظ نظام و وجوب برائت از مشرکان در حج) در قانون گذاری» است. پس این دو نظریه حتی در دایره الزامیات نیز با یکدیگر متفاوت هستند.

این تفاوت باعث شده است تا نظریه دوم تزاحم را فقط در وادی احکام تکلیفی الزامی مطرح کند، ولی نظریه مختار، تزاحم را در وادی همه احکام، و حتی اهداف و مقاصد مطرح کند.

نویسنده، برتری نظریه خود را نسبت به نظریه دوم از این حیث، و وجه ترجیح آن را در مقاله «نظریه تزاحم واجبات شرعی در قانون گذاری» (علی اکبریان، ۱۳۹۹، صص ۵۷-۵۴) توضیح داده است و در اینجا فقط ناظر به افتراق نظریه مختار با آن است.

۳-۵. توضیح افتراق سوم

در نظریه مختار، اهداف دین و مقاصد شریعت نیز مانند احکام شرعی ممکن است موضوع تزاحم واجبات شرعی در قانون گذاری قرار گیرند، بر خلاف نظریه دوم که از آن سخن نگفته است. البته برخی از صاحبان نظریه دوم رعایت نظام‌های اسلامی را نیز در کنار رعایت مصلحت در مباحات و رعایت قواعد تزاحم در الزامیات مطرح کرده‌اند (هادوی، ۱۳۷۷، ص ۱۳۲)، اما اشاره‌ای به اینکه رعایت نظام‌های اسلامی در چه قالبی با رعایت احکام سنجیده می‌شود، نکرده است. یعنی آیا قواعد باب تزاحم در آن جاری است؟ مگر نظام‌های اسلامی از سنخ احکام الزامی هستند که طرف تزاحم قرار گیرند؟ ظاهراً نکته آن این است که نظریه مختار توانسته است با قراردادن اهداف و مقاصد در جایگاه «موضوع حکم متزاحم» (یعنی وجوب رعایت... در قانون گذاری) آنها را نیز در تزاحم امتثالی وارد کند.

نویسنده در مقاله «نظریه واجبات شرعی در قانون گذاری»، (علی اکبریان، ۱۳۹۹، صص ۵۳-۵۱) ادله لزوم رعایت اهداف دین و مقاصد شریعت در قانون گذاری را توضیح داده است.

۴-۵. توضیح افتراق چهارم

وقتی نوع احکام متزاحم میان نظریه دوم و نظریه مختار متفاوت است، برخی ملاحظات در مرجحات تزاحم میان این دو نظریه نیز متفاوت خواهد بود. از باب نمونه به یک تفاوت اشاره می شود؛ برای توضیح این مطلب متذکر می شویم که یکی از مرجحات باب تزاحم اهمیت ملاک است، و مراد از آن مقایسه میان اهمیت ملاک دو حکم متزاحم است. ملاک دو حکم متزاحم در نظریه دوم -بنابر رأی مشهور و صحیح در بحث تبعیت احکام از مصالح و مفاسد- در متعلق آن است. در مثال تزاحم حرمت ربا و وجوب حفظ نظام، این ملاک در خود ربا (یعنی مفسده‌ای که در ربا است) و حفظ نظام (یعنی مصلحتی که در حفظ نظام وجود دارد) است، و با یکدیگر سنجیده می شوند. اما دو حکم متزاحم در نظریه مختار در همین مثال، وجوب رعایت حکم شرعی حرمت ربا در قانون گذاری، و وجوب رعایت حکم شرعی وجوب حفظ نظام در قانون گذاری است، و متعلق این دو حکم عبارتند از «رعایت حکم شرعی حرمت ربا در قانون گذاری» و «رعایت حکم شرعی وجوب حفظ نظام در قانون گذاری». ملاکی (مفسده‌ای) که در ربا وجود دارد، با ملاکی (مصلحتی) که در رعایت حکم شرعی حرمت ربا وجود دارد، از جهتی مشابه و از جهتی متفاوت است؛ جهت مشابهت‌شان در «مفسده ربا» است، که در هر دو وجود دارد، ولی جهت متفاوت‌شان در «مصلحت پاسداری از حکم شرعی حرمت ربا» است که فقط در تزاحم نظریه مختار است. این مصلحت اضافه، در تمامی موارد تزاحم واجبات شرعی در قانون گذاری وجود دارد. در اینجا برای سهولت در توضیح، نام مصلحت مشترک را که در متعلق احکام متزاحم نزد نظریه دوم است (مثلاً مفسده ربا و مصلحت حفظ نظام) «ملاک اول» می گذاریم، و نام مصلحت مختص احکام متزاحم نزد نظریه مختار را (مثلاً مصلحت رعایت احکام شرعی حرمت ربا و وجوب حفظ نظام در قانون گذاری) را «ملاک دوم» می گذاریم.

ملاک دوم، یعنی مصلحت رعایت حکم شرعی در قانون گذاری، ممکن است در زمان ها و مکان ها و فرهنگ های متفاوت، فرق داشته باشد، و اقتضانات متفاوتی در پی داشته باشد. در اینجا به چند اقتضای متفاوت اشاره می شود:

- در نظریه دوم هرگز تراحمی میان حکم الزامی و حکم مباح (به معنای اعم) رخ نمی دهد؛ هم به دلیل اینکه مباحات به دلیل عدم فرض مخالفت، طرف تراحم قرار نمی گیرند و هم به دلیل ضعف در ملاک، ولی در نظریه مختار که همه احکام شرعی ممکن است موضوع حکم متراحم قرار گیرند، فرض مقایسه ملاک دوم میان مباحات و الزامیات متصور است. بنابراین، ممکن است در جایی مصلحت و خوب رعایت یک مباح با مصلحت و خوب رعایت یک واجب برابری کند و یا از آن برتر باشد. به عبارت دیگر، در مقایسه ملاک دوم، این خیلی مهم نیست که حکم مورد نظر، و خوب و حرمت است یا مستحب و مکروه و مباح؛ زیرا مهم، و خوب رعایت آن حکم در قانون گذاری است. بله، به صورت غالبی (نه همیشگی) می توان پیش داوری کرد که و خوب رعایت و وضعیات مهم ترین ملاک دوم، و و خوب رعایت مباحات ضعیف ترین ملاک دوم را دارد، اما این همیشگی نیست، و ممکن است و خوب رعایت یک مباح به دلیل مصلحت تسهیل، در برخی ظروف اجتماعی، مهم تر از و خوب رعایت یک حرام باشد.

- ممکن است در یک جامعه، اعتقاد و پذیرش عمومی در برابر حکمی شرعی چنان قوی باشد که اگر قانون گذار در ظرف تراحم مجبور به مخالفت قانونی موقت با آن شود، هیچ تزلزلی در اعتقادات دینی مردم پدید نیاید، و فرهنگ عمومی آن جامعه، وضعیت قانون گذار را به خوبی درک کند، و بفهمد که او حکم شرعی را قبول دارد، و اکنون به دلیل تراحم است که به آن عمل نمی کند؛ در این حالت، اگر اعتقاد و پذیرش عمومی مردم درباره حکم دیگر از چنین جایگاهی برخوردار نباشد، و با مخالفت قانونی موقت با آن، در ظرف تراحم، اهمیت و ارزش آن در اذهان مردم کم شود، و آرام آرام، همان اعتقاد ضعیف مردم نیز از بین می رود. در چنین حالتی، قانون گذار نمی تواند به این نکته بی توجه باشد، زیرا

«وجوب رعایت آن حکم شرعی در قانون گذاری» که اکنون طرف تراحم قرار گرفته است، به ملاک پاسداری از احکام شرعی است. نظریه دوم باید فقط به اهمیت ملاک در متعلق حکم توجه کند؛ زیرا خود حکم شرعی را طرف تراحم می‌داند، ولی نظریه مختار که «وجوب رعایت آن حکم شرعی در قانون گذاری» را طرف تراحم می‌داند، باید به آن نیز در کنار توجه به مصلحت در متعلق حکم توجه کند؛ زیرا ملاک دوم آن، پاسداری از احکام شرعی است.

– ممکن است در یک جامعه، مبتلایان به یک حکم شرعی اکثریت یا همه مردم باشند، و مبتلایان به حکم شرعی دیگر افراد اندکی باشند، و در عین حال، ملاک اول در حکم دوم از اهمیت بیشتری نسبت به ملاک اول در حکم اول برخوردار باشد. در چنین حالتی نظریه دوم باید حکم دوم را در تراحم مقدم بداند و به هیچ وجه نباید به نکته کمیت مبتلایان به این دو حکم توجه کند، ولی نظریه مختار باید به آن نیز توجه کند؛ زیرا وجوب رعایت حکم شرعی مرتبط با رعایت آن در صحنه جامعه است، و صحنه جامعه شامل عمل مکلفان نیز می‌شود. اگر قانون گذار بیند با وضع قانون متناسب با حکم دوم اکثریت جامعه را مجبور به مخالفت با حکم شرعی (یعنی حکم اول) می‌کند ولی با وضع قانون متناسب با حکم اول فقط اندکی از افراد جامعه را مجبور به مخالفت با حکم شرعی (یعنی حکم دوم) می‌کند، همین مسئله در کنار ملاک اول می‌تواند در ترجیح او دخالت داشته باشد.

۶. افتراق نظریه مختار با آرای دیگر

نظر کسانی که احکام وضعی را نیز در قلمرو اختیارات قانون گذاری حکومتی دانسته‌اند و به حکومت این اختیار را داده‌اند که در شرایط خاصی قانون مغایر با حکم شرعی وضعی جعل کند، و نیز نظر کسانی که مقاصد شریعت را از منابع قانون گذاری دانسته‌اند با نظریه مختار هماهنگ است؛ اما در سه امر با یکدیگر افتراق دارند:

۱. این آراء، برخلاف نظریه مختار، قالب منقحی را برای مقایسه اهم و مهم در حکم وضعی و مباح و مقاصد ارائه نداده‌اند.

۲. این انظار، مانند نظریه «اختیار قانون‌گذاری مغایر با احکام تکلیفی مباح و الزامی» در سنجه اهم و مهم، فقط به ملاک موجود در «متعلق حکم شرعی» توجه کرده‌اند، و ملاک موجود در «رعایت حکم شرعی در قانون‌گذاری» را ندیده‌اند.

۳. هیچ‌یک از این آرا به قلمرو و ضابطه جواز سکوت قانونی توجه نکرده‌اند.

۱-۶. توضیح افتراق نخست

سنجه اهم و مهم در قالب تراحم امتثالی کاملاً روشن و منقح است، اما این قالب، فقط در قلمرو احکام تکلیفی الزامی، و حداکثر در قلمرو مستحبات نیز بر اساس برخی از مبانی (هاشمی شاهرودی، ۱۴۰۵ق، صص ۱۶۰-۱۵۹) جریان دارد، اما نه احکام مباح و نه احکام وضعی و نه مقاصد و مصالح نمی‌توانند در قالب تراحم امتثالی درآیند. احکام مباح اصلاً مخالفت ندارند تا مکلف نتواند میان امثال آنها جمع کند، احکام وضعی نیز امثال ندارند تا در تراحم داخل شوند.

گمان نشود تراحم در مباحات نیز متصور است، زیرا تراحم میان هر دو کار ضدی ممکن است چه مباح باشند چه نباشند؛ مثلاً شخص نمی‌تواند در آن واحد هم آب بخورد و هم بخوابد. اما این گمان باطل است، زیرا ماهیت تراحم امتثالی فقط به عدم امکان جمع میان دو فعل نیست، بلکه عدم امکان امثال دو حکم است، و از آنجا که انجام و ترک فعل مباح هر دو جایز است، مکلف هرگز در امثال دو حکم مباح در تنگنا قرار نمی‌گیرد، مگر در مستحبات بنا بر مبنای مذکور.

تطبيق قالب تراحم ملاکی نیز در این بحث مشکلات خود را دارد؛ از جمله اینکه در موارد تراحم ملاکی باید دو خطاب وجود داشته باشد که با هم تعارض کنند، و باید به مرجحات باب تعارض رجوع کرد نه مرجحات باب تراحم. البته شاید فی الجمله با مناقشاتی بتوان معلوم الأهمية را محصل ترجیح دلالی دانست (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۰۵ق، ج ۷، صص ۱۵۱-۱۴۴).

بنابراین وقتی این آرا حکم وضعی یا مصالح و مقاصد را در سنجه اهم و مهم با سایر احکام قرار می‌دهند، این سنجه را با تسامح به کار برده‌اند و سخن منقحی نگفته‌اند. به

همین دلیل است که این مقاله آنها را فاقد نظریه‌پردازی شمرده، و آنها را رأی و نظر دانسته است. به عبارت دیگر، این آرا ممکن است در فتوا و در عمل، از حیث شمول اختیار قانون‌گذاری در وضعیات و بر اساس مصالح و مقاصد، تفاوتی با نظریه مختار نداشته باشند، اما در نظریه‌پردازی با هم متفاوت‌اند.

این در حالی است که نظریه واجبات شرطی در قانون‌گذاری توانسته است با تصویر موضوع قرارداد احکام مباح و وضعی، و حتی اهداف و مقاصد دین در وجوب رعایت آنها در قانون‌گذاری، در عین حال که تراحم را میان دو واجب شرطی قرار داده است، این احکام را از طریق موضوع واجب شرطی، داخل در تراحم کند. البته، صاحب این نظریه، تصویر یادشده را بیان کرده است، نه اینکه او احکام و مقاصد را موضوع قرار داده باشد.

خلاصه آنکه این آرا نظریه‌ای برای سنجش و مقایسه میان احکام وضعی و مباحات و مقاصد و مصالح ارائه نداده‌اند. تعبیر اهم و مهم تعبیری سیال و مبهم است که در وادی احکام تکلیفی الزامی - از طریق مرجحات باب تراحم امثالی - شناخته شده است. اما اگر احکام مباح بخواهد از این طریق سنجیده شود، با مشکل عدم تحقق معیار تراحم (به جز در مستحبات بنا بر برخی مبانی) مواجه است. سنجش اهم و مهم در وادی احکام وضعی از طریق تراحم امثالی از مباحات نیز مشکل‌تر است، زیرا اصلاً مسئله امثال در آنها مطرح نیست و امثال فقط مربوط به احکام تکلیفی است. سنجش مصالح و مقاصد با یکدیگر از طریق اهم و مهم در ذات مصالح و مقاصد مشکلی ندارد، ولی سنجش آنها با احکام از طریق تراحم امثالی متصور نیست، زیرا مصالح و مفاصد نیز مانند احکام وضعی امثال ندارند. نظریه مختار توانسته است سنجش اهم و مهم در وادی مباحات و وضعیات و مقاصد را در کنار الزامیات از طریق تراحم امثالی ترسیم کند. به عبارت دیگر، این آرا در مستوای نظر باقی مانده‌اند و به مستوای نظریه نرسیده‌اند.

۲-۶. توضیح افتراق دوم

از آنجا که در این آرا، مانند نظریه دوم، از اهم و مهم میان خود احکام سخن گفته

شده است، ملاکی که در سنجه اهم و مهم لحاظ شده، ملاکی است که در متعلق احکام است که در این مقاله به نام ملاک اول خوانده شد. نظریه واجبات شرطی در سنجه اهم و مهم، علاوه بر لحاظ ملاک اول، به ملاک دیگری نیز توجه می‌کند که در رعایت احکام و اهداف و مقاصد در قانون‌گذاری وجود دارد که در این مقاله با نام ملاک دوم معرفی شد. این تفاوت ناشی از تفاوت در حکمی است که دقیقاً در اطراف تزامم قرار گرفته است. نظریه مختار، وجوب رعایت احکام در قانون‌گذاری را طرف تزامم قرار می‌دهد و اهم و مهم می‌کند، ولی این آرا، مانند نظریه دوم، خود احکام را. از دیدگاه این مقاله، لحاظ ملاک دوم در کنار ملاک اول (یعنی ملاک موجود در متعلق حکم) در ترجیح و سنجش اهم و مهم نقش دارد؛ و همین افتراق از مرجحات نظریه مختار است.

۳-۶. توضیح افتراق سوم

سوم آنکه همه این انظار، مانند سایر نظریات رقیب در این نوشتار، فقط به وضع قانون نظر دارند، در حالی که نظریه مختار به خلأ عمده قانون نیز - که از وظایف قانون‌گذار در قبال احکام شرعی است - نظر دارد، و آن را نیز با همان معیار تزامم امثالی در قانون‌گذاری تبیین کرده است. این نکته همچنین یکی از افتراقات نظریه مختار با دو نظریه دیگر است، و به دلیل اختصار فقط در اینجا بیان شد.

شایان ذکر است که تصمیم‌گیری درباره خلأ عمده قانون در قلمرو حکم شرعی از دیدگاه مقاله، مانند تصمیم‌گیری درباره وضع قانون (لااقل در مواردی که باید به صورت حکم ولایی صادر شود)، از وظایف فقیه بما هو ولی است؛ زیرا مراد از سکوت عمده قانون، سکوت قانونی در جایی است که حکم شرعی اقتضای وضع قانون بر اساس آن را دارد، اما مانعی وجود دارد که باعث سکوت قانونی می‌شود. تشخیص اینکه این مانع وجود دارد و مانعیت هم دارد بر عهده فقیه است. این تشخیص از دیدگاه این مقاله بر اساس همین تزامم واجبات شرطی در قانون‌گذاری صورت می‌گیرد؛ یعنی قانون‌گذار وقتی اجازه دارد درباره قانونی کردن حکمی شرعی - که مقتضی وضع قانون بر اساس آن وجود دارد - سکوت کند که در چنین تزاممی قرار گرفته باشد؛ مثلاً اگر وجوب رعایت حد شرعی

را در ظرف زمانه خاص برای جامعه خود با وجوب رعایت عدالت و یا با وجوب رعایت هدف دیگری در تراحم ببیند، باید درباره آن حد شرعی سکوت کند و یا اگر سکوت در آن برای رفع تراحم کافی نبود، باید قانونی را مغایر با آن و مناسب با طرف اهم وضع کند. از آنجا که سکوت قانونی در برخی موارد (مانند موارد جرم‌انگاری یک گناه) مستلزم تعطیل اجرای حکم شرعی است، و این تعطیلی فقط در حالت تراحم یادشده جایز است، این فقط فقیه دارای ولایت است که حق تشخیص و اعمال ولایت در سکوت قانونی را دارد.

در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی، اگر درباره قانونی کردن حکمی شرعی، دولت لایحه ندهد و مجلس نیز طرحی ندهد، نه فقهای شورای نگهبان در آن باره حق قانون‌گذاری دارند و نه مجمع تشخیص مصلحت. به عبارت دیگر، منشأ سکوت قانونی دولت و مجلس هستند.

نتیجه‌گیری

۱. نظریه «اختیار قانون‌گذاری مغایر با احکام تکلیفی مباح» با نظریه «تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری» در پذیرش اصل اختیار قانون‌گذاری در قلمرو مباحات اشتراک دارد؛ ولی در سه امر با آن متفاوت است:
 - به اختیارات حاکم، فقط در دایره مباحات تصریح کرده، و شامل الزامیات و احکام وضعی نمی‌شود؛ و اگر دیگرانی آن را به الزامیات نیز توسعه داده‌اند توسعه این دیگران است، و به فرض پذیرش این توسعه نیز شامل احکام وضعی نمی‌شود.
 - الزام حکومتی در مباحات را مخالفت با حکم شرعی نمی‌داند، در حالی که نظریه مختار آن را مخالفت با حکم شرعی دانسته، رعایت مباحات را در الزامات حکومتی مانند رعایت احکام الزامی واجب می‌داند.
 - معیار قانون‌گذاری الزامی در دایره مباحات را وجود مصلحت می‌داند، ولی نظریه مختار معیار آن را مرجحات تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری می‌داند.
۲. نظریه «اختیار قانون‌گذاری مغایر با احکام تکلیفی مباح و الزامی» با نظریه «تراحم

واجبات شرطی در قانون‌گذاری» در اصل اختیار قانون‌گذاری در قلمرو احکام تکلیفی و نیز استفاده از ابزار تراحم مشترک است، اما چهار افتراق با آن دارد:

(۱) تراحم را فقط در الزامیات مطرح کرده، و آن را در مباحات و وضعیات ندانسته است، در حالی که نظریه مختار، آن را در هر سه وادی مباحات و الزامیات و وضعیات ترسیم کرده است.

(۲) در دایره الزامیات، خود احکام الزامی را طرف تراحم قرار داده است، در حالی که نظریه مختار «وجوب رعایت آنها در قانون‌گذاری» را طرف تراحم می‌داند، نه خود آنها را.

(۳) تراحم را فقط در وادی احکام ترسیم کرده، و روشن نکرده است که مقایسه سایر اموری که باید با احکام سنجیده شود، مانند نظام‌های اسلامی، در چه قالبی با احکام اهم و مهم می‌شوند؛ در حالی که نظریه مختار با قراردادن اهداف و مقاصد در جایگاه موضوع حکم متراحم، توانسته است از قالب تراحم امتثالی برای سنجش آنها با احکام استفاده کند.

(۴) معیار ترجیح در تراحم نیز میان دو نظریه متفاوت است.

۳. نظر کسانی که احکام وضعی را نیز در قلمرو اختیارات قانون‌گذاری حکومتی دانسته‌اند، و نیز نظر کسانی که مقاصد شریعت را از منابع قانون‌گذاری دانسته‌اند، با نظریه «تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری» از این حیث هماهنگ است، اما در سه امر با یکدیگر افتراق دارند:

- این انظار، بر خلاف نظریه مختار، قالب منقحی برای مقایسه اهم و مهم در حکم وضعی و مباح و مقاصد ارائه نداده‌اند.

- این انظار، مانند نظریه «اختیار قانون‌گذاری مغایر با احکام تکلیفی مباح و الزامی» در سنجه اهم و مهم، فقط به ملاک موجود در «متعلق حکم شرعی» توجه کرده‌اند، و ملاک موجود در «رعایت حکم شرعی در قانون‌گذاری» را ندیده‌اند.

- این انظار، به قلمرو و ضابطه جواز سکوت قانونی توجه نکرده‌اند. این نکته در تمایز نظریه مختار با نظریات دیگر نیز صادق است.

فهرست منابع

* قرآن کریم

۱. ارسطا، محمدجواد. (۱۳۹۲). حکم حکومتی و قانون. فقه و قانون: ایده‌ها، پیشنهادهای و راه‌حل‌های روشی: کنفرانس بین‌المللی فقه و قانون (قم: ۱۳۹۰). قم: مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی.
۲. جوادی آملی، عبدالله. (۱۳۶۸). ولایت فقیه رهبری در اسلام (چاپ دوم). تهران: مرکز نشر فرهنگی رجاء.
۳. حسینی حائری، کاظم. (۱۴۱۴ق). ولایة الأمر فی عصر الغیبه. قم: مجمع الفکر الإسلامی.
۴. صدر، محمدباقر. (۱۳۸۲). اقتصادنا (محقق: مکتب الإعلام الإسلامی - فرع خراسان). قم: بوستان کتاب.
۵. صرامی، سیف‌الله. (۱۳۹۲). نقش نسبت منابع قانون‌گذاری در حکومت اسلامی در حل مشکل فقه و قانون. فقه و قانون: ایده‌ها، پیشنهادهای و راه‌حل‌های روشی: کنفرانس بین‌المللی فقه و قانون (قم: ۱۳۹۰). قم: مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی.
۶. طباطبایی، سیدمحمدحسین. (۱۴۰۷ق). المیزان فی تفسیر القرآن (ج ۴). قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجامعة المدرسین.
۷. طباطبایی، سیدمحمدحسین. (بی‌تا). ولایت و زعامت. بحثی درباره مرجیت و روحانیت. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۸. علی اکبریان، حسنعلی. (۱۳۹۹). نظریه تراحم واجبات شرطی در قانون‌گذاری. فصلنامه علمی - پژوهشی فقه، ۲۷(۱۰۳)، صص ۳۶-۶۲.
۹. مؤمن قمی، محمد. (۱۴۱۵ق). کلمات سدیدة فی مسائل جدیدة (چاپ اول). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۰. هادوی تهرانی، مهدی. (۱۳۷۷). ولایت فقیه (چاپ اول). تهران: کانون اندیشه جوان.
۱۱. هاشمی شاهرودی، سیدمحمود. (۱۴۰۵ق). بحوث فی علم الأصول (ج ۷). بی‌جا: المجمع العلمی للشهید الصدر.

References

* The Holy Qur'an

1. Arasta, M. J. (1392 AP). *Government decree and law. Jurisprudence and Law: Ideas, Suggestions, and Methodological Solutions*: International Conference on Jurisprudence and Law (Qom: 1390 AP). Qom: Islamic Research Center of the Islamic Consultative Assembly. [In Persian]
2. Hadavi Tehrani, M. (1377 AP). *Velayat-e-Faqih*. (1st ed.). Tehran: Young Thought Center. [In Persian]
3. Hashemi Shahroudi, S. M. (1405 AH). *Bohouth fi Ilm al-Usul*. (vol. 7). Al-Majma' al-Ilmi le al-Shahid al-Sadr. [In Arabic]
4. Javadi Amoli, A. (1368 AP). *Velayat-e Faqih of Imam Khamenei in Islam*. (2nd ed.). Tehran: Raja Cultural Publishing Center. [In Persian]
5. Hosseini Haeri, K. (1414 AH). *Wilayat al-Amr fi Asr al-Qaibah*. Qom: Majma' al-Fikr al-Islami. [In Arabic]
6. Sadr, M. B. (1382 AP). *Iqtisadona*. (Maktab al-A'alam al-Islami - Khorasan branch). Qom: Bustan Kitab. [In Persian]
7. Sarami, S. (1392 AP). *The role of the ratio of legislative resources in the Islamic government in solving the problem of jurisprudence and law. Jurisprudence and Law: Ideas, Suggestions, and Methodological Solutions*. International Conference on Jurisprudence and Law (Qom: 1390 AP). Qom: Islamic Research Center of the Islamic Consultative Assembly. [In Persian]
8. Tabatabaei, S. M. H. (1407 AH). *Al-Mizan fi Tafsir al-Qur'an* (vol. 4). Qom: Mu'asisah al-Nashr al-Islami al-Tabi'ah le Jama'ah al-Mudaresin. [In Arabic]
9. Tabatabaei, S. M. H. (n.d.). *Guardianship and leadership. Discussion on authority and the clergy*. Tehran: Enteshar Co.
10. Ali Akbarian, H. A. (1399 AP). Theory of Conflict of Conditional Obligations in Legislation. *Journal of Fiqh*, 27(103), pp. 36-62. [In Persian]
11. Mo'men Qomi, M. (1415 AH). *Kalamat Sadidah fi Masa'il Jadidah*. (1st ed.). Qom: Islamic Publications Office affiliated with the Qom Seminary Teachers Association. [In Arabic]