

ارزیابی انتقادی فتوای مشهور به عنوان معیار در حوزه قانون گذاری جمهوری اسلامی ایران*

□ سجاد جنابادی**

چکیده

اصل چهارم قانون اساسی اشعار می‌دارد که تمام قوانین جمهوری اسلامی ایران باید براساس موازین شرعی باشد اما درباره معیار و ملاک تشخیص این مطلب و این که قوانین و مقررات باید بر طبق چه فتوایی باشند، سخنی در این اصل بیان نشده است. در این خصوص احتمالات گوناگونی به عنوان معیار در حوزه قانون گذاری مطرح شده است که یکی از مهمترین آنها، لزوم قانون گذاری بر مبنای فتوای مشهور فقهاست.

این پژوهش درصدد ارزیابی انتقادی این مطلب است که چرا فتوای مشهور نمی‌تواند به عنوان فتوای ملاک و معیار در حوزه قانون گذاری قرار بگیرد؟ هرچند در این خصوص با کمبود پژوهش مواجه ایم سعی شده است با مراجعه روشمند به آثار مکتوب ارائه شده در این زمینه به ارزیابی انتقادی معیار قرار گرفتن فتوای مشهور به مثابه فتوای معیار در حوزه قانون گذاری پرداخته شود. نگارنده به این نتیجه رسیده است که فتوای مشهور با شش دلیل جدی در حوزه قانون گذاری مواجه است و نمی‌تواند به عنوان ملاک و معیار قانون گذاری قرار بگیرد.

واژگان کلیدی: فتوای معیار، فتوای مشهور، ارزیابی انتقادی، قانون گذاری، جمهوری اسلامی ایران.

* تاریخ وصول: ۱۴۰۰/۱۱/۲۰؛ تاریخ تصویب: ۱۴۰۱/۴/۱۵.

** کارشناسی ارشد و مدرس حوزه علمیه زاهدان (Mojenaabadi@yahoo.com).

مقدمه

هر نظام و حکومتی برای سامان بخشی به امور خویش نیاز مبرم به قانون دارد و حکومت اسلامی نیز از این قانون مستثنی نیست. از طرفی مشاهده می‌شود که وضع قانون در هر نظام و حکومتی برگرفته از مبانی فکری و فلسفی آن است و بر جهان بینی مخصوص آن نظام استوار می‌شود. از همین رو، در جوامع اسلامی، باید اوامر شرعی معیار وضع قانون قرار گیرند تا آن قوانین در حق عموم مردم معتبر باشد (حاج‌زاده، ۱۳۹۴: ۵۹). از سویی یکی از اهداف انقلاب اسلامی ایران تحقق و شکل‌پذیری قوانین آن براساس دستورات اسلامی بوده است. از این رو، اصل چهارم قانون اساسی بیان می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید براساس موازین اسلامی باشند».

پرسش به این سؤال که «برای قانون‌گذاری بر پایه احکام اسلامی چه فتوایی معیار و ملاک است» نظریات مختلفی ارائه شده است. برخی فتوای کارآمدتر، برخی فتوای ولی فقیه، عده‌ای دیگر فتوای فقهای شورای نگهبان، عده‌ای پیروی از رأی و نظر فقیه اعلم و گروهی فتوای مبتنی بر احتیاط را ملاک برای وضع قانون دانسته‌اند. به بیان ساده‌تر عموم مکلفان می‌توانند در حوزه فقه فردی به رأی مجتهد خویش عمل کنند اما در حوزه اجتماعی این امر ممکن نیست؛ چرا که تکثر در قوانین، سبب اختلال نظام، بی‌نظمی و هرج‌ومرج در نظامات اجتماعی می‌شود؛ لیکن همه پرسش در این است که معیار وحدت قوانین چیست؟ قوانین نظام اسلامی براساس فتوای کدام مجتهد باید شکل بگیرد؟

پژوهش حاضر درصدد است که با مراجعه روشمند به تحقیقات و پژوهش‌های مکتوب ارائه‌شده از اساتید خبره در حوزه قانون‌گذاری و فقه تقنینی به این سؤال مهم و کلیدی پاسخ دهد که: آیا فتوای مشهور می‌تواند معیار و ملاک به‌عنوان فتوای معیار در حیطه قانون‌گذاری قرار بگیرد؟ و در راستای این پرسش نیز باید مطرح شود که مراد از فتوای مشهور در این مبحث چیست؟

این پژوهش یک پژوهش توصیفی - انتقادی است و به‌لحاظ هدف در زمره پژوهش‌های کاربردی قرار می‌گیرد. بخش اول این مقاله به مفاهیم کلیدی اختصاص دارد و به دو مفهوم «فتوا» و «فتوای معیار» می‌پردازد و پس از آن مراد از «شهرت» و «فتوای مشهور» را مورد بررسی قرار می‌دهد. در بخش دوم به امکان قرار گرفتن فتوای مشهور به‌عنوان فتوای معیار در حوزه قانون‌گذاری پرداخته شده و این باور به‌عنوان یک نظریه، نقد ارزیابی شده است.

پیشینه پژوهش

بررسی فتوای معیار در قانون‌گذاری از این منظر اهمیت دارد که وضعیت موجود در حوزه قانون‌گذاری کشور را مشخص می‌کند و اختلاف‌های موجود میان شورای نگهبان، مجلس شورای اسلامی و مجلس خبرگان را تا حد زیادی کاهش می‌دهد. چنین پژوهشی کمتر مورد توجه محققان قرار گرفته است. در خصوص فتوای معیار، مقالات و آثار ذیل به نگرش در آمده است:

محمدجواد ارسطو در پژوهشی با عنوان «فتوای معیار در قانون‌گذاری» می‌نویسد: «بالغ بر هشت احتمال در خصوص فتوای معیار وجود دارد» و با بررسی احتمالات، فتوای کارآمد را به‌عنوان نظریه راجح مالک و معیار می‌داند.

هادی حاج‌زاده از دیگر کسانی است که در پژوهشی با عنوان «فتوای معیار در قانون‌گذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران» (نگاهی دوباره به مفهوم اعلیت در فقه حکومتی شیعه) به این امر پرداخته است. او در پژوهش خویش به بررسی سه احتمال فتوای مشهور فقها، فتوای مبتنی بر احتیاط و فتوای فقیه اعلم، می‌پردازد و درنهایت به این نتیجه می‌رسد که فتوای فقیه اعلم به حجیت نزدیک‌تر است و فقیه اعلم در یک حکومت اسلامی همان فقیه حاکم است.

حسنعلی اکبریان نیز در پژوهش خود با عنوان «فتوای معیار در قانون‌گذاری» می‌گوید چهار رأی در این خصوص قابل طرح است و خود به این نتیجه می‌رسد که هرگاه قانون‌گذار فقیهی است که حکومت می‌کند، فتوای او ملاک و معیار قانون‌گذاری قرار می‌گیرد.

بخش ۱. مفاهیم کلیدی

در این بخش از پژوهش به بررسی دو مفهوم «فتوا» و «فتوای معیار» و سپس به توضیح انواع «شهرت» پرداخته می‌شود.

۱-۱. مفهوم فتوا

واژه فتوا از منظر لغویان یعنی رأی و نظر مجتهد و فقیه در احکام و فروعات شرعی (عمید، ۱۳۸۲: ذیل ماده «فتوا»). راغب اصفهانی این واژه را به معنای پاسخ دادن به مشکلات احکام می‌داند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۵، ص ۴). در اصطلاح، فتوا عبارت است از خبر دادن از حکم کلی خداوند در موضوعات کلی که با استناد به منابع چهارگانه (کتاب، سنت، عقل و اجماع) بیان می‌شود و ممکن است به صورت جمله خبری یا در قالب امر بیان گردد. به عنوان مثال، «نماز جمعه واجب است» یا «نماز جمعه را بخوانید» (ولایی، ۱۳۸۷: ص ۲۳۰). بر این اساس بیان کردن حکم شرعی در یک مسأله توسط فقیه، فتوا نام دارد که برای آگاهی مقلدان ارائه می‌شود (مرکز مطالعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹: ص ۶۰۰).

فتوا در جوامع مذهبی مسلمانان موضوعیت دارد و همان بیان حکم شرعی است که دارای خصایص زیر می‌باشد:

الف) فتوا از باب اخبار است و خبر از حکم باری تعالی می‌دهد؛ به تعبیر دیگر، فتوا همان بیان حکم شرعی کلی است.

ب) فتوا کلی است، به همین علت، مصلحت و شرایط خاص مکلفین در آن مورد توجه قرار نمی‌گیرد.

ج) گستره و دایره فتوا، معمولاً محدود و نسبی است. یعنی فتوا فقط در حوزه خود مرجع فتوادهنده و مقلدان او لازم الاجراست و تنها بر آن‌ها حجت شرعی و تکلیف‌آور است.

از این رو زمانی که فقیه برای به دست آوردن حکم کلی باری تعالی در خصوص یک مسأله به منابع دینی مراجعه می‌کند و با استفاده از روش‌های مخصوصی که برای استنباط

وجود دارد، حکم مزبور را به دست می‌آورد و در اختیار مقلدین خویش قرار می‌دهد، از آن با عنوان «فتوا» یاد می‌کنند (هادوی تهرانی، ۱۳۷۳: ص ۱۱). بنابراین فتوا فقط برای مقلدین فتوادهنده حجت و معتبر است.

۲-۱. فتوای معیار

مراد از فتوای معیار، فتوایی است که براساس مبانی پذیرفته‌شده اصولی و فقهی باشد و با دیگر فتاوایی که قوانین بر مبنای آن‌ها تدوین شده است یک مجموعه هماهنگ و منسجم را تشکیل دهد و پاسخگوی نیازهای زمان و حکومت اسلامی باشد. فتوای معیار از لوازم وضع قانون در حکومت اسلامی است (کاکاوندی، ۱۳۹۶: ص ۲۰).

۳-۱. شهرت و اقسام آن

شهرت در لغت به معنای وضوح و آشکار بودن یا آشکار شدن امری است. در زبان عربی به «هلال ماه» به دلیل آشکار بودن آن «شهر» گفته می‌شود، همچنین به شخصی که جایگاهی روشن و شخصیتی شناخته‌شده دارد «مشهور» و «شهیر» می‌گویند (ابن منظور، ۱۴۰۸: ج ۷، ص ۲۲۶؛ زبیدی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۲، ص ۲۶۲).

در یک تعریف کلی می‌توان گفت شهرت در اصطلاح به معنای مشهور بودن یک امر دینی میان مسلمانان یا عده‌ای از آنان است (مشکینی، ۱۴۱۳ق). امر دینی که در تعریف شهرت بدان اشاره شد می‌تواند یک روایت، یا فتوا، یا استناد فقیهان به یک روایت باشد. بر همین اساس، شهرت در اصطلاح فقه بر سه قسم است (نابینی، ۱۴۲۱ق: ج ۴، ص ۷۵۸؛ مظفر، ۱۳۷۰: ج ۲، ص ۱۴۵؛ حکیم، ۱۹۷۹م: ص ۲۲۱):

الف. شهرت روایی

شهرت روایی، عبارت از شیوع نقل خبر از سوی شماری از روایان است به گونه‌ای که به حد تواتر نرسد. بر این اساس، روایت مشهور به روایتی گفته می‌شود که از سوی روایان متعدد

نقل شده و نقل آن میان روات و ارباب حدیث اشتهاار دارد. روایت مشهور ممکن است در عمل نیز با اقبال فقیهان مواجه شود و ممکن است در عمل و استناد به آن در میان فقها دارای شهرت نباشد.

ب. شهرت عملی

شهرت عملی، عبارت از استناد شمار بسیاری از فقیهان به یک روایت در مورد یک حکم شرعی است. به بیان دیگر، شهرت عملی آن است که در مورد یک مسأله شرعی، تعدادی از فقها با استناد به یک روایت، به یک صورت فتوا بدهند. پس در شهرت عملی سه عنصر وجود دارد: (۱) شیوع فتوا به یک حکم شرعی در میان فقها؛ (۲) معلوم بودن مستند فتوای مشهور و (۳) وجود روایتی که مستند به فتوای مشهور قرار گرفته باشد. در برخی از تألیفات اصولی به شهرت عملی، «شهرت در استناد» نیز گفته شده است (حکیم، همان).

ج. شهرت فتوایی

شهرت فتوایی، عبارت از شیوع و اشتهاار یک فتوا در میان فقها با فرض معلوم نبودن مستند آن است. به سخن دیگر، اگر تعداد بسیاری در مورد یک مسأله شرعی به یک صورت فتوا بدهند و معلوم نباشد که براساس چه مدرک و مستندی فتوا داده‌اند، خواه هیچ روایتی مطابق فتوای مشهور موجود نباشد یا این که روایتی موجود باشد اما مشهور فقیهان بدان استناد نکرده باشند و یا استناد آنان به روایت، معلوم نباشد؛ در همه این صور با یک شهرت فتوایی روبه‌رو خواهیم بود. در بحث حاضر، مراد از فتوای مشهور، فتوایی است که پذیرفته و مورد قبول اکثریت غالب فقهای امامیه باشد؛ اکثریتی که بسیار بیشتر از نصف به‌علاوه یک نفر باشد؛ تفاوتی نمی‌کند که چنین اکثریتی از شهرت عملی یا شهرت فتوایی، نشأت گرفته باشد.

بخش ۲. ارزیابی فتوای مشهور به‌مثابه فتوای معیار

از مهمترین احتمالات در خصوص فتوای معیار در قانون‌گذاری که قابل توجه و بررسی

است این نظر است که مجلس شورای اسلامی باید با توجه به فتوای مشهور فقها به تدوین و تصویب قوانین مبادرت ورزد و از سوی دیگر، فقهای شورای نگهبان نیز باید مصوبات مجلس را با فتوای مشهور فقها انطباق دهند. به بیان دیگر، شرعی بودن یک مصوبه مجلس به آن است که مخالف با فتوای مشهور فقهای امامیه نباشد (حاج‌زاده، ۱۳۹۳: ص ۶۶). این دیدگاه، موافقان و ادله خاص خود را دارد. برخی از موافقان این دیدگاه، سخن خود را به ادله شورا مرتبط می‌کنند و در هر حال، باورشان این است که: «مقام قانون‌گذاری که در حقیقت مرحله پیاده کردن کلیات اسلام در فرم قانون است، آیات قرآن کریم و روایات اهل بیت علیهم‌السلام و فتاوی مشهور فقها را از فرم فقهی و عملی به فرم قانون می‌آورد (بزدی، ۱۳۶۸: ص ۳۷). درباره این دیدگاه، چند نکته و انتقاد قابل تأمل وجود دارد که در عمل مانع پذیرش فتوای مشهور به مثابه فتوای معیار در قانون‌گذاری می‌شود و در این جا به طرح و توضیح آن‌ها می‌پردازیم:

۲-۱. ناتمام بودن ادله حجیت فتوای مشهور

درباره حجیت فتوای مشهور همواره بین فقها اختلاف نظر وجود داشته است. دسته‌ای از آنان در شمار موافقان حجیت فتوای مشهور و عده‌ای دیگر در زمره مخالفان آن قرار دارند. شهید اول را می‌توان از نامدارترین فقیهانی دانست که قائل به حجیت فتوای مشهور است (مظفر، ۱۳۷۰: ج ۲، ص ۱۴۶). مهم‌ترین ادله‌ای که برای اعتبار شهرت بیان کرده‌اند بدین شرح است:

الف. دلیل اولویت

برخی از اندیشمندان، اعتبار فتوای مشهور را به ادله حجیت خبر واحد، ارتباط می‌دهند و معتقدند که با قیاس اولویت به خوبی می‌توان حجیت شهرت را اثبات کرد؛ زیرا می‌دانیم که خبر واحد، تنها افاده ظن می‌کند و با وجود این، معتبر شناخته شده است. حال اگر به این مطلب توجه کنیم که ظن حاصل از شهرت، اغلب قوی‌تر از ظن حاصل از خبر واحد است

به این نتیجه اذعان خواهیم کرد که به طریق اولی، شهرت نیز معتبر خواهد بود (مظفر، ۱۳۷۰: ص ۱۴۷؛ حکیم، ۱۹۷۹م: ص ۲۲۴).

به نظر می‌رسد این دلیل، نارسا و ضعیف است و در پاسخ به آن می‌توان گفت این استدلال در صورتی صحیح است که ملاک و علت یگانه اعتبار خبر واحد، افاده ظن باشد، اما می‌دانیم که خبر واحد تنها به این علت که افاده ظن می‌کند، معتبر شناخته نشده است. در واقع، اعتبار خبر واحد نشأت گرفته از روایات و سیره خردمندان است که در امور زندگی خود به خبر واحد اعتماد می‌کنند، بی آنکه افاده ظن فعلی، در اعتبار آن مدخلیت داشته باشد. به همین علت خبر واحد، حتی در صورتی که مفید ظن شخصی هم نباشد، معتبر خواهد بود (قافی و شریعتی، ۱۳۹۵: ص ۲۰۷).

ب) روایات

در برخی از روایات به اعتبار شهرت، تصریح شده است؛ مانند روایت زراره که در آن می‌گوید: «به امام باقر علیه السلام عرض کردم: فدایت شوم دو خبر متعارض از ناحیه شما به دست ما می‌رسد؛ به کدام یک عمل کنیم؟ حضرت فرمود: آنچه را مشهور میان اصحاب است بگیر و شاذ و نادر را رها کن...» (احسائی، ۱۴۰۳ق: ج ۴، ص ۱۳۳؛ نوری، ۱۴۰۸ق: ج ۱۷، ص ۳۰۳).

چنان‌که مشاهده می‌شود، امام علیه السلام در این روایت به طور کلی عمل به آنچه مشهور بین اصحاب است را لازم دانسته است؛ زیرا تعبیر «ما اشتهر بین اصحاب» شامل فتوای مشهور هم می‌شود و مخصوص روایت و خبر مشهور نیست.

پاسخ این استدلال با دقت در فرازهای قبلی روایت واضح می‌گردد. پرسش راوی، تنها در مورد روایات متعارض بوده و ناگزیر پاسخ امام علیه السلام نیز در همین خصوص قابل حمل است. در واقع عبارت «خُذ بِمَا اشتهر بین اصحاب» هرچند در ظاهر به صورت مطلق است، نمی‌توان آن را بدون توجه به سیاق روایت و محتوای سؤال راوی تفسیر کرد. پس مقصود از شهرت در این روایت، شهرت روایی است، نه فتوایی (قافی و شریعتی، ۱۳۹۵: ج ۲، ص ۲۰۶).

ج) عدالت فقهای سلف

به عقیده برخی اندیشمندان، عدالت فقهای متقدم و سلف مانع از آن است که بدون علم، دست به صدور فتوایی بزنند و از طرفی هم دلیلی بر اشتباه و خطای آنان پیرامون فتاوی‌شان در دست نداریم (شهید اول، بی تا: ص ۲۵).

در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت: اولاً علم هر شخصی تنها برای خودش حجیت و اعتبار دارد و ممکن است دلیلی که برای یک شخص از اعتبار و حجیت برخوردار بوده و براساس آن فتوا داده است برای سایرین معتبر نباشد. ثانیاً وجود عدالت در فقها، منجر به سقوط اشتباه و خطا در آرای آنان نمی‌شود؛ شاید آنان نیز در استنباطات و به دست‌آوری آرای فقهی خود دچار خطا و اشتباه شده باشند (آشتیانی، بی تا: ص ۱۱۵).

د) مفهوم مخالف در آیه نبأ

آیه مبارکه «نبأ» اشعار می‌دارد: «اگر خبر فاسقی به انسان رسید، در مورد آن خبر باید تحقیق و بررسی شود» و از مفهوم مخالف آن چنین به دست می‌آید که «اگر خبر عادل به انسان برسد، نیازی به تفحص و تحقیق نیست». بنابراین، اگر تعدادی از افراد عادل که در زمره فقها نیز قرار دارند بر مطالبی شهادت دهند و صححه بگذارند، به طریق اولی، بدون بررسی و تبیین می‌توان به آن تمسک جست و عمل کرد و این همان حجیت فتوای مشهور می‌باشد (جناتی، بی تا: ص ۱۱۸).

در پاسخ به این استدلال نیز می‌توان گفت: در آیه مذکور به صورت قطعی درباره علت حکم و نیز انحصار علت حکم نمی‌توان اظهار نظر کرد و مشخص نیست که علت حکم، علت منحصره باشد (همان).

بنابراین همان‌گونه که ملاحظه شد، دلایلی که از سوی طرفداران حجیت فتوای مشهور اقامه شده‌اند از اثبات مطلوب قاصرند و در نتیجه نمی‌توان فتوای مشهور را به عنوان فتوای معیار در حوزه قانون‌گذاری پذیرفت. از طرف دیگر، برای عدم حجیت فتوای مشهور نیز دلایلی اقامه گردیده است و این مزید بر علت می‌شود تا بگوییم فتوای مشهور نمی‌تواند معیار قانون‌گذاری قرار گیرد.

در این جا مناسب است به یکی از ادله‌ای که برای عدم حجیت فتوای مشهور ارائه شده به صورت مختصر اشاره شود. این دلیل، عقلی و مبتنی بر بطلان منطقی دور است. این دلیل می‌گوید: «اکثر فقهای امامیه فتوای مشهور را حجت نمی‌دانند؛ پس اگر قائل شویم که «فتوای مشهور حجت است» این امر مستلزم آن خواهد بود که فتوای مشهور و اکثر فقها را حجت ندانیم» (آشتیانی، ۱۴۳۰ق: ص ۱۱۴).

۲-۲. دشواری دسترسی به فتوای مشهور

در پاره‌ای از موارد، تشخیص و دسترسی به فتوای مشهور بسیار سخت و دشوار است؛ گاهی حتی مشاهده می‌شود دو فتوایی که در مقابل یکدیگر قرار دارند و با یکدیگر در تعارض اند، هر دو مشهور نامیده می‌شوند، بدون آن که یکی از آن دو فتوا، مشهور بین قدما و دیگری مشهور بین متأخرین باشد (ارسطا، ۱۳۹۸: ص ۷۱).

۲-۳. عدم ثبات در فتوای مشهور

نقد سومی که می‌توان بر فتوای مشهور وارد دانست و بنا بر آن نتوان فتوای مشهور را به مثابه فتوای معیار در حوزه قانون‌گذاری پذیرفت این است که فتوای مشهور در ادوار مختلف متفاوت است. به این بیان که در پاره‌ای از موارد یک مسأله تا دوره‌ای خاص از تاریخ، به گونه‌ای است و در دوره دیگری، خلاف آن حکم مشهور شده است. حتی بر این فرض که مشهور را به اشتها یک رأی نزد فقهای متقدم اختصاص دهیم، این اشکال وجود دارد که در پاره‌ای از موارد هیچ‌یک از آرای فقها به حد شهرت نرسیده و در مسأله مورد نظر، شهرت شکل نگرفته است. در چنین مسائلی، قرار دادن فتوای مشهور به مثابه فتوای معیار در حوزه قانون‌گذاری سالبه به انتفاء موضوع است (جهانگیری و بنایی خیرآبادی، ۱۴۰۰ق: ص ۹۹).

۳-۴. عدم تحقق فتوای مشهور در مسائل مستحدثه

از جمله ایرادهای نظریه مورد بحث این است که در عصر حاضر روزبه‌روز مسائل

مستحدثه و نوظهور در حال گسترش و فزونی است. در اکثر موضوعات و مسائل مستحدثه و جدید اصلاً فتوایی محقق نشده است، چه برسد به آن‌که فتوایی را به مشهور نسبت دهیم. در خصوص چنین مسائلی که فتوای مشهور محقق نشده، قانون‌گذار براساس چه فتوایی به وضع قوانین پردازد؟

۲-۵. فتوای برآمده از احتیاط مستلزم عسر و حرج

در بسیاری از موارد، فتوای مشهور فقها، مبنی بر رعایت احتیاط است؛ به این علت که اکثر فقها سعی می‌کنند با رعایت احتیاط به طرز فتوا دهند و احکام شرعی را به اجرا درآورند که احتمال موافقت عمل‌شان با حکم واقعی در لوح محفوظ هرچه بیشتر افزایش یابد. چنین احتیاطی در مقام فتوا امری پسندیده به شمار می‌رود ولی در مقام وضع قوانین، جامعه را با عسر و حرج روبه‌رو می‌کند.

از سوی دیگر، درباره عمل به فتوای مبتنی بر احتیاط بین فقهای امامیه اتفاق نظر دیده نمی‌شود. برخی از آنان عمل به احتیاط را لعب به امر مولی دانسته و این شیوه را مذموم دانسته‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۰۴ق: ص ۱۰۶)، برخی از آنان عمل به احتیاط را در عقود و ایقاعات غیر قابل اجرا دانسته و برخی نیز این شیوه را برای مقلدین غیر ممکن می‌دانند و عده‌ای دیگر آن را به هنگامی که موجب اخلال و اختلال در نظام شود، جایز نمی‌دانند.

از میان فقها، شیخ انصاری قائل به عدم جواز احتیاط در عقود و ایقاعات است. وی در بحث از شرایط صیغه، معتقد است که انشاء باید جزمی و حتمی باشد؛ از این‌رو اگر انشاء معلق بر چیزی شود صحیح نخواهد بود. هرچند معلق‌علیه یک امر قطعی‌الوقوع و محقق‌الوقوع باشد. بنابراین اگر شخصی شک کند که آیا علقه زوجیت با لفظ فارسی محقق می‌شود یا خیر و صیغه نکاح را یک‌بار به صورت عربی و بار دوم به صورت فارسی بخواند عقدش صحیح نخواهد بود. همین‌طور اگر در اجرای صیغه طلاق شک کند که آیا انقطاع علقه زوجیت با جمله فعلیه تحقق پیدا می‌کند یا با جمله اسمیه و بنا بر احتیاط با هر دو نوع

جمله، صیغه طلاق را بخواند از منظر مرحوم شیخ انصاری جازم به انشاء نبوده به این دلیل نمی‌داند که اثر بر ایقاع مترتب شده است یا نه و بنا بر این، احتیاط در معاملات جایز نیست. به این استدلال و کلام شیخ، چنین جواب داده‌اند که معتبر بودن جزم در انشاء با تردیدی که در احتیاط است تنافی ندارد؛ تردید مزبور، مربوط به یک امر و جزم، مربوط به امر دیگری است. فردی که در عقود و ایقاعات احتیاط جاری می‌کند نسبت به خود انشاء، جزم دارد اما نسبت به این امر که آیا اثر انشاء محقق شده یا نه تردید دارد و این دو امر از یکدیگر جدا هستند. به بیان دیگر، چنین شخصی حقیقتاً و در واقع جزم و یقین دارد که با انشاء صیغه، رابطه زوجیت ایجاد می‌شود ولی تردید از این ناحیه است که آیا در واقع این رابطه و علقه با این لفظ خاص ایجاد شده است یا نه (حاج‌زاده، ۱۳۹۴: ص ۱۱).

به نظر می‌رسد اشکال عدم جواز و حجیت شرعی عمل به فتوایی که مطابق با احتیاط باشد، وارد نیست و مشهور فقهای شیعه نیز قائل به جواز آن شده‌اند اما نکته دیگری که عده‌ای از فقها به آن توجه کرده‌اند و آن را از ادله عدم جواز عمل به احتیاط دانسته‌اند، این است که چنانچه عمل به احتیاط منحل به نظام باشد جایز نیست.

مرحوم خوئی بر این باور است که اگر احتیاط باعث اختلال نظام شود، به صورتی که شرایط عادی زیست آدمیان را برهم زند، مشروعیت ندارد (خوئی، ۱۳۸۶: ص ۱۶۸). نکته قابل توجه در اندیشه مرحوم خوئی این است که وی احتیاط مستلزم عسر و حرج را نیز روا می‌داند اما اگر احتیاط منحل به نظام باشد صحیح و روا نمی‌داند. از این رو روشن است که عمل به فتوای مشهور مطابق با احتیاط در حیطة قانون‌گذاری اگر امکان‌پذیر هم باشد، باعث برهم خوردن بسیاری از نظامات در جامعه می‌شود و در نتیجه موضوعاً از محل احتیاط خارج است. بنابراین عمل به فتوای مشهوری که برآمده از احتیاط باشد، هم در مقام ثبوت و هم در مقام اثبات ممکن و پذیرفتنی نیست.

۲-۶. دوران میان فتوای مشهور با فتوای اعلم و کارآمدتر

یکی از اشکالات مهم این است که اگر ملاک و معیار قانون‌گذار برای وضع قوانین، فتوای

مشهور باشد، با دوران میان فتوای مشهور و اعلم یا میان فتوای مشهور و فتوای کارآمدتر، کدام فتوا را باید ملاک قانون‌گذاری قرار داد؟ فتوای اعلم یا فتوای مشهور؟ فتوای کارآمدتر یا فتوای مشهور؟

عقل سلیم رجوع به فتوای اعلم و فتوای کارآمدتر را ترجیح می‌دهد. بنابراین، فتوای مشهور نمی‌تواند همواره به مثابه فتوای معیار برای قانون‌گذاری قرار بگیرد.

نتیجه

با ارزیابی و تحلیل فتوای مشهور به مثابه فتوای معیار در قانون‌گذاری، به این نتیجه می‌رسیم که چندین اشکال اساسی در عمل مانع پذیرش فتوای مشهور به عنوان فتوای معیار می‌شود. از جمله آن موانع می‌توان به امور ذیل اشاره کرد:

۱. در برخی مسائل فقهی، شهرت میان فقهای متقدم با شهرت میان فقهای متأخر شیعه تفاوت دارد.

۲. تشخیص فتوای مشهور در بسیاری از موارد بسیار دشوار است.

۳. فتوای مشهوری که برآمده از احتیاط باشد اگر به عنوان ملاک و معیار برای قانون‌گذاری قرار گیرد، جامعه را با عسر و حرج و اختلال نظام مواجه و روبه‌رو می‌کند.

۴. در بسیاری از موارد جدید، فتوای مشهوری وجود ندارد تا قانون‌گذار براساس آن به وضع قانون بپردازد.

۵. ادله‌ای که برای حجیت فتوای مشهور، بیان کرده‌اند (از قبیل دلیل اولویت، روایات و مانند

این‌ها)، ناتمام‌اند و بنابراین می‌توان گفت هیچ دلیل معتبری بر اعتبار شهرت وجود ندارد.

۶. در هنگام دوران امر میان فتوای مشهور و فتوای اعلم و یا دوران بین فتوای مشهور و فتوای کارآمدتر، قانون‌گذار نمی‌تواند به فتوای مشهور عمل کند و فتوای مشهور را به مثابه فتوای معیار قرار دهد؛ زیرا هر عقل سلیمی حکم می‌کند که در چنین مواردی باید به فتوای اعلم یا کارآمدتر رجوع شود.

کتابنامه

- آشتیانی، محمدحسن، *بحر الفوائد فی شرح الفوائد*، ذوی القربی، چاپ اول، ۱۴۳۰ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۸ق.
- احسائی، ابن ابی جمهور، *غوالی اللثالی*، مطبعه سید الشهداء، قم، ۱۴۰۳ق.
- ارسطا، محمدجواد، *فتوای معیار در قانون گذاری*، مجله فقه حکومتی، شماره هفتم، ۱۳۹۸.
- انصاری، مرتضی، *مکاسب، بخش بیع*، دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین، قم، ۱۳۹۲.
- جناتی، محمد ابراهیم، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، بی نا، تهران، بی تا.
- جهانگیری، محسن و بنایی خیرآبادی، محمدعلی، *فتوای معیار در قانون گذاری؛ انطباق با مصالح الزامی*، دو فصلنامه آموزه های فقه مدنی، دوره ۱۳، شماره ۲۳، ۱۴۰۰ش.
- حاج زاده، هادی، *فتوای معیار در قانون گذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران*، مجله مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، ۱۳۹۳.
- حکیم، محمدتقی، *اصول العامه للفقہ المقارن*، آل البیت (ع)، چاپ دوم، قم، ۱۹۷۹م.
- خویی، ابوالقاسم، *الرأی السدید فی الاجتهاد والتقلید والاحتیاط والقضا*، تقریر غلامرضا عرفانیان، نجف، ۱۳۸۶.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، دار القلم - الدار الشامیة، بیروت، ۱۴۱۲ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *ذکری الشیعة فی احکام الشریعة*، بصیرتی، قم، بی تا.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة*، دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه، قم، ۱۴۱۴ق.
- عمید زنجانی، عباسعلی، *فقه سیاسی*، انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۳۷.
- مشکینی، میرزاعلی، *اصطلاحات الاصول*، نشر الهادی، قم، ۱۴۱۳ق.
- مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، دفتر تبلیغات، قم، ۱۳۷۰.
- نایینی، محمدحسین، *فوائد الاصول*، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۲۱ق.

ارزیابی انتقادی فتوای مشهور به‌عنوان فتوای معیار در حوزه قانون‌گذاری □ ۱۰۹

نوری، میرزاحسین، *مستدرک الوسایل*، مؤسسه آل‌ال‌بیت علیه‌السلام، قم، ۱۴۰۸ ق.
هادوی تهرانی، مهدی، *فقه حکومتی و حکومت فقهی*، ویژه‌نامه رسالت به مناسبت پنجمین
سالگرد رحلت امام خمینی علیه‌السلام، ۱۳۷۳.
یزدی، محمد، *شرح و تفسیر قانون اساسی*، مؤسسه تحقیقاتی انتشاراتی نور، ۱۳۶۸.

