

فتوای معیار در قانون گذاری

محمد جواد ارسطا

موضوع بحث فتوای معیار در قانون گذاری است. در ابتدا مقدماتی را عرض می‌کنم تا به موضوع اصلی برسیم. بدیهی است که یک حکومت به قانون نیاز دارد. ضرورت وجود قانون از بدیهیات است و نیازی به بحث ندارد. در حکومت اسلامی هم، مانند هر حکومت دیگری، این ضرورت وجود دارد که امور اجتماعی و فردی مردم، از طریق وضع قوانین مناسب سامان پیدا کند. اولین مسئله‌ای که در هنگام وضع قانون در یک کشور اسلامی مطرح می‌شود، این است که در تدوین قانون، فتوای کدام از یک فقها باید معیار قرار بگیرد؟ این پرسش، سؤال اصلی و محوری بحث ما است. مردم در امور فردی بر طبق فتاوی مرجع تقلید خود عمل می‌کنند؛ مثلاً شخصی که می‌خواهد معامله‌ای انجام دهد یا به کاری مشغول شود یا عبادتی را به جا بیاورد، بر اساس فتوای مرجع تقلید خود عمل می‌کند. لکن عمل کردن بر طبق فتوای مرجع تقلید، نمی‌تواند پاسخگوی همه‌ی مواردی که ما در آن نیاز به تقنین داریم، باشد، چون گاهی اوقات دو نفر با یکدیگر اختلاف پیدا می‌کنند، آنگاه قاضی باید بداند که بر اساس فتوای کدام یک از مراجع تقلید باید بین این دو نفر قضاوت کند. اگر قاضی مجتهد باشد، بر طبق استنباط شخصی خود این قضاوت را انجام خواهد داد، لکن در اکثر موارد مانند زمان حاضر، که محتاج مراجعه به قاضی مأذون هستیم، قاضی صاحب فتوا نیست تا بتواند بر اساس فتوای خود بین دو نفر که اختلاف پیدا کرده‌اند، دعوا را حل و فصل کند. بنابراین یکی از مواردی که ما در آن به تعیین فتوای معیار نیاز داریم، تعیین فتوای معیار در وضع قانونی است که توسط قوه‌ی قضاییه برای حل و فصل دعاوی در میان مردم مورد استفاده قرار می‌گیرد. حل و فصل دعاوی در میان مردم لایحه‌ی بسیار گسترده‌ای دارد که بیع، اجاره، جعاله، مضاربه، مساقات، نکاح، طلاق، حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مانند آن را شامل می‌شود. از دیگر مواردی که ضرورت وجود فتوای معیار کاملاً محرز است، جایی است که برخی از شخصیت‌های حقوقی می‌خواهند اقدام به عملی کنند که الزاماً باید بر طبق فتوای مشخصی عمل شود؛ مثل وزارت خانه‌ها، نهادها و مؤسسات دولتی، اینها می‌خواهند به بیع، اجاره، جعاله، مضاربه و مساقات اقدام کنند، بانک‌هایی که این کارها را انجام می‌دهند، بر اساس چه ملاک و ضابطه‌ای باید اقدام کنند؟ بدون شک ما در اینجا به قوانین مشخصی نیاز داریم که ضابطه‌ی انجام این امور را برای نهادها و مؤسسات دولتی مشخص کرده باشند. توضیحی که عرض می‌کنم، پاسخ به یک سؤال مقدر است. آن سؤال مقدر این است که افراد در امور فردی بر طبق فتوای مرجع خود و در امور اجتماعی بر طبق حکم حکومتی که حاکم صادر می‌کند، عمل می‌کنند، بنابراین دیگر مسئله‌ی فتوای معیار، کثیر الابتلاء نخواهد بود، چون شخص در امور فردی به فتوای مرجع تقلید خود مراجعه می‌کند و در امور اجتماعی هم، فقیه باید حکم حکومتی صادر کند. طبیعتاً ولی فقیه بر اساس استنباط شخصی خود حکم حکومتی صادر می‌کند. پس دیگر فتوای معیار چندان کثیر الابتلاء نخواهد بود. پاسخ این است که ما حتی با فرض حکم حکومتی، نیازمند فتوای معیار هستیم. در این دو مورد کثیر الابتلاء و بسیار وسیع نیازمند فتوای معیار هستیم؛ اول؛ مواردی که در آن اختلافاتی بین مردم به وجود می‌آید و قضات باید بر اساس قانون

مدونی که بر مبنای فتوای معیار تدوین می‌شود، آن اختلافات را حل و فصل کنند. از آنجا که دامنه‌ی اختلافات شامل اکثر ابواب فقهی می‌شود، به استثنای بعضی از ابواب عبادات، ما در تمام این ابواب به تدوین قانون بر طبق یک فتوای معیار نیاز داریم. دوم؛ در فعالیت‌های حقوقی که اشخاص حقوقی دولتی انجام می‌دهند. منظور از اقدامات حقوقی، اقداماتی است که منجر به حق و تکلیف می‌شود. هر کدام از معاملاتی که اشخاص حقوقی دولتی انجام می‌دهند، باید بر اساس یک قانون مدون باشد، آن قانون هم باید بر طبق یک فتوای معیار تدوین شده باشد تا بتواند برای اشخاص حقوقی مبنای عمل قرار گیرد؛ اعم از اینکه این فعالیت‌های حقوقی، داخلی باشد یا خارجی. در هر دو صورت نیازمند تدوین قانون بر اساس یک فتوای معیار هستیم.



پیشینه موضوع

به نظر می‌رسد نیاز ما به فتوای معیار، مسئله‌ی واضح و روشن باشد، اما عجیب اینجاست که در میان نوشته‌ها، مقالات و سخنرانی‌هایی که در این زمینه، از ابتدای پیروزی انقلاب تاکنون انجام شده است، ما کمتر می‌توانیم مباحث مربوط به فتوای معیار را پیدا کنیم. وقتی به مقالات و کتاب‌های نوشته شده در این زمینه مراجعه می‌کنیم، حتی در مباحثی که در هنگام تدوین قانون اساسی در جمع اعضای مجلس تدوین نهایی قانون اساسی پیش آمد، کمتر به بحث فتوای معیار اشاره شده است. در سال ۱۳۶۱، سومین کنفرانس اندیشه‌ی اسلامی در تهران برگزار شد، عنوان کلی این کنفرانس «حکومت در اسلام» بود، از میان مباحثی که در این کنفرانس توسط صاحب‌نظران و اساتید مطرح شد، فقط در دو مورد به این بحث اشاره شده بود که در حد یک یا ۳-۴ سطر بود. یک مورد آن در مقاله‌ی جناب آیت‌الله جنتی بود که در سومین کنفرانس اندیشه‌ی اسلامی مطرح شد و فقط در حد یک سطر اشاره کرده بودند که فتوای معیار باید وجود داشته باشد. مورد دوم هم در مقاله‌ای بود که جناب آیت‌الله شاهرودی در سومین کنفرانس اندیشه‌ی اسلامی ارائه داده بودند و در مجموعه مقالات آنجا منتشر شده بود. ایشان هم در حد یک پاراگراف چند خطی به این موضوع پرداختند. نظر نهایی ایشان در آن مقاله این بود که؛ «با توجه به اینکه فقیه حاکم، کسی است که سمت رهبری را در دست دارد و اصلح از سایرین است و صلاحیت بیشتری برای اداره‌ی حکومت دارد و علی‌القاعده فتوای او هم باید برای تدوین قانون معیار قرار بگیرد.» ایشان به همین اندازه اکتفا و از آن عبور کردند. سؤال این است که فتوای

معیار در وضع قانون در حکومت اسلامی چه فتوایی باید باشد، من می‌خواهم پاسخ‌های احتمالی را که می‌توان به این سؤال‌داد، بیشتر بررسی کنم تا ببینیم این پاسخ‌ها قابل پذیرش است یا نه.

احتمال اول؛ فتوای معیار، فتوای ولی فقیه است

یکی از پاسخ‌هایی که به این سؤال می‌توان داد، پاسخی است که جناب آیت‌الله شاهرودی مطرح کردند، به این معنا که فتوای معیار، فتوای ولی فقیه است. از دلایلی که می‌توان برای پذیرش این نظریه مطرح کرد، این است که فقیه‌ی که سِمَت رهبری را برعهده می‌گیرد، علاوه بر اینکه باید حد نصاب فقاقت را داشته باشد، باید دارای شرایط دیگری مثل شجاعت، مدیریت، مدیریت، آگاهی به زمان و توانایی کافی برای اداره‌ی حکومت باشد. مجموعه‌ی این شرایط، به چنین فردی قابلیت‌هایی می‌دهد که بهتر از دیگران می‌تواند نیازهای موجود در یک حکومت را شناسایی کند و بر اساس آن، فتوایی را که برای حل آن مشکلات بهتر از سایر فتاوا می‌تواند کارآمد باشد، استنباط و استخراج کند و آن را معیار وضع قانون قرار دهد. این دلیل، به قول فقها یک دلیل اعتباری است یا به تعبیر دیگر یک دلیل استحسانی است. اگر بخواهیم یک دلیل فقهی‌تر ارائه بدهیم، می‌توانیم این دلیل را مطرح کنیم که اطلاق ادله‌ی ولایت فقیه، دلالت می‌کند بر اینکه همانطور که اداره‌ی حکومت به فقیه جامع‌الشرایطی که در سِمَت رهبری نظام قرار می‌گیرد، سپرده شده است، تمام لوازم اداره‌ی حکومت نیز به او سپرده شده است. اطلاق ادله‌ی ولایت فقیه در اینجا مُحکّم است؛ یعنی وقتی به مقبوله‌ی عمر بن حنظله مراجعه می‌کنیم، می‌فرماید «ینظران من کان منکم ممن قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف أحکامنا فلیرضوا به حکما فانی قد جعلته علیکم حاکما»^[1] در این حدیث «فانی قد جعلته علیکم حاکما»، اطلاق دارد. امام صادق (ع) مطابق این بیان که در مقبوله‌ی عمر بن حنظله آمده است، می‌فرماید من چنین کسی که فقیه جامع‌الشرایط است را بر شما حاکم قرار دادم. یعنی با تمام لوازم آن. یکی از لوازم حاکم بودن، وضع قانون است. در این امر شکی وجود ندارد. معنا ندارد کسی در سِمَت حاکم قرار بگیرد، اما مجاز به وضع قانون نباشد، چون بدون وضع قانون، نمی‌توان کشور را اداره کرد. از آنجا که امام (ع) فرموده است «فانی قد جعلته علیکم حاکما»، اطلاق این عبارت دلالت می‌کند بر اینکه تمام آنچه که جزء لوازم حاکم بودن است، امام معصوم (ع) به فقیه جامع‌الشرایط واگذار کرده است. یکی از آن لوازم هم ولایت بر تقنین است. پس یک دلیل فقهی که می‌توان برای این نظریه اقامه کرد، اطلاق ادله‌ی ولایت فقیه است که دلالت می‌کند بر اینکه ولایت بر تقنین به عنوان لازمه‌ی ولایت بر زعامت، به فقیه جامع‌الشرایط واگذار شده است. پس برای این نظریه که فتوای معیار، می‌تواند فتوای ولی فقیه باشد، ما یک دلیل اعتباری و یک دلیل فقهی اعتبار کردیم.

نقد احتمال اول

اما نقدی که بر این نظریه وارد است یا می‌توان وارد کرد، - که احتیاج به بررسی و تأمل دارد - این است که در خصوص دلیل اعتباری، همیشه اینطور نیست که فتوای ولی فقیه کارگشایترین و کارآمدترین فتوا باشد. ما در دلیل اعتباری این‌گونه استدلال کردیم که فقیه‌ی که در سِمَت رهبری یک نظام قرار می‌گیرد، علاوه بر فقاقت دارای شرایط دیگری هم هست و این شرایط سبب می‌شود که او بهتر بتواند مشکلات را شناسایی کند و بتواند فتوای کارآمدتر را از ادله استنباط کند. این مناقشه، مناقشه در همین دلیل است. مناقشه بر این اساس استوار است که همواره بین وجود شرایط لازم بر رهبری و دارا بودن فتوای کارآمدتر و راهگشاستر، ملازمه

برقرار نیست. شاهد عینی که همه‌ی ما به راحتی می‌توانیم به آن مراجعه کنیم، در زمان امام(ره) است. در زمان حضرت امام(ره)، مسائلی مطرح می‌شد که با فتوای این بزرگوار در اجرا با مشکلاتی مواجه می‌شد؛ به عنوان مثال فتوای مرحوم امام(ره) این بود که تعزیرات باید با شلاق اجرا شود و ایشان اجرای تعزیرات به شیوه‌های دیگر مانند جریمه‌ی مالی را مجاز نمی‌دانستند. در استفتائاتی که از مرحوم امام(ره) شده است، به این مطلب تصریح کردند. از موارد دیگری که در آن فتوای امام(ره) در عمل با مشکلاتی مواجه می‌شد، این مسئله بود که مرحوم امام(ره) حقوق معنوی را قبول نداشتند. به صراحت در صحیفه‌ی امام، جلد ۱۷، صفحه ۸۷ این تعبیر آمده است که «حق طبع و نشر به این معنا که کتابی را که کسی چاپ کرده و نشر نموده است، دیگری حق نداشته باشد با به دست آوردن یک نسخه از آن، آن را تجدید چاپ و نشر نماید، شرعی نیست». طبعاً در چنین مواردی، اگر این فتوا معیار قرار می‌گرفت، با دشواری‌هایی مواجه می‌شد. اگر ما حق نشر، طبع، حق اختراع و اکتشاف را که بر همین مبنا استوار است، مشروع ندانیم، یک اختلال نظام عجیبی در مسئله‌ی حقوق معنوی در کشور اتفاق می‌افتد. یک شخص کتابی را با زحمت تألیف کرده است و چه بسا با قرض کردن توانسته تعداد محدودی از این نسخه را چاپ کند، آنگاه یک ناشر یا یک فرد ثروتمند که این کتاب را ارزیابی کرده و به این نتیجه رسیده است که می‌تواند از این طریق سود زیادی به دست آورد، بتواند این کتاب را در تیراژ بالایی چاپ کند، بدون آنکه یک ریال به مؤلف و ناشر اول آن پرداخت کند. بر طبق این فتوا، ما نمی‌توانیم بگوییم کار ناشر دوم نامشروع است و جلوگیری از آن مشروعیت دارد. حال اگر ما هم بپذیریم که تمام مجازات‌های غیر حدی یعنی پایین‌تر از حد، مصداق تعزیر است، - که این مبنا مورد قبول اکثریت فقها است - آنگاه یک دسته از این مجازات‌ها؛ مثلاً مجازات‌هایی که در تخلف رانندگی اتفاق می‌افتد، واضح است که ما در اینجا نمی‌توانیم فتوای مرحوم امام و برخی از بزرگان دیگر که همین فتوا را داشتند به اجرا بگذاریم؛ یعنی شخصی را که مرتکب یک تخلف رانندگی شده است، به عنوان تعزیر شلاق بزنیم. واضح است که این امر موجب اختلال نظام خواهد شد. خود حضرت امام(ره) به این نکته توجه داشتند که برخی از فتاوای ایشان در اجرا با دشواری‌هایی روبرو خواهد شد. برای آنکه چنین دشواری‌هایی حل شود، فتوای خود را تغییر ندادند، چون بر اساس موازین استنباط، آن فتوا را صحیح می‌دانستند، لکن برخی از مسئولین عالی‌رتبه‌ی کشوری را که به ایشان مراجعه کرده بودند تا راهکاری برای این قضیه ارائه دهند، به فتوای برخی دیگر از فقها ارجاع می‌دادند تا در این مورد طبق فتوای آنها عمل کنند؛ برای مثال امام می‌فرمودند به فتوای فقیهی مراجعه کنید که تعزیر را با غیر شلاق نیز قابل اجرا می‌داند. پس یکی از مناقشاتی که در معیار قرار گرفتن فتوای رهبر ممکن است مطرح شود، این است که فتوای رهبر الزاماً همواره راهگشاسترین فتوا نیست.



مناقشهی دیگری که می‌توان در معیار قرار گرفتن فتوای رهبر مطرح کرد، این است که لازمه‌ی پذیرش معیار قرار گرفتن فتوای رهبر، این است که با تغییر رهبر، تمامی قوانینی که بر اساس مبانی خاص رهبر پیشین تدوین شده بود، تغییر پیدا کند. این کار بسیار سختی است. ما می‌دانیم که برخی از فتاوی‌ی‌های مقام معظم رهبری با برخی از فتاوی‌ی‌های مرحوم امام(ره) متفاوت است. اگر ما این مبنا را پذیرفته باشیم که فتوای معیار، فتوای رهبری است، آنگاه در تمام مواردی که اختلاف فتوا بین رهبر موجود و رهبر سابق محقق است، می‌بایست یکایک قوانینی را که احتمال می‌دهیم از فتوای خاص رهبر پیشین تأثیر پذیرفته است، مورد بازنگری قرار دهیم. این امر، کار بسیار سختی است. شاهد برای دشوار بودن آن این است که شما می‌بینید که قانون‌گذار ما بعد از گذشتن ۳۵ سال از انقلاب، هنوز نتوانسته است قانون تجارتی را که مصوب سال ۱۳۴۷ است، اصلاح کند. نزدیک به ۴۶ سال از طرح این قانون می‌گذرد، اما قانون‌گذار ما هنوز نتوانسته آن را اصلاح کند، در صورتی که موارد فراوانی وجود دارد که نیازمند اصلاح است. جایگزین کردن یک قانون مطلوب به جای قانون پیشین، کار دشواری است، قانونی که ما را دچار مشکلات جدیدی نکند. این امر هم یکی از دشواری‌هایی است که عملاً ما را با اختلال قانون‌گذاری مواجه می‌کند. من تعبیر اختلال نظام را مخصوصاً به کار می‌برم، چون این تعبیر به قاعده‌ی اختلال نظام اشاره دارد. فقها اختلال نظام را حرام می‌دانند. اختلال نظام یکی از عناوین ثانویه است که به دنبال خود یک حکم ثانویه می‌آورد. پس اگر ما بخواهیم بر طبق فتوای رهبر جدید، تمام قوانینی را که متأثر از اختلاف فتوا بوده است را مورد بازنگری قرار بدهیم، سبب اختلال نظام خواهد شد.

مناقشهی سومی که می‌توان برای این نظریه مطرح کرد، بر دلیل فقهی است. در دلیل فقهی گفتیم اطلاق ادله‌ی فقهی دلالت می‌کند بر اینکه لوازم ولایت بر زعامت نیز به فقیه جامع الشرایط اعطا شده است و یکی از لوازم ولایت بر زعامت، ولایت بر تقنین است. مناقشهی این است که در این دلیل می‌توان مطرح کرد، به طور اجمالی این است که لازمه‌ی اعطای ولایت بر زعامت، این نیست که فقیه حاکم الزاماً بر طبق فتوای خود قوانین را تدوین کند، بلکه لازمه‌ی ولایت بر زعامت این است که فقیه حاکم بر اساس آنچه که اصلح برای امت اسلامی است، قوانین را تدوین نماید، اعم از اینکه آنچه مصلحت است، مطابق با فتوای خود باشد یا نباشد. تفصیل این مناقشه را در ادامه خواهیم گفت. این احتمال اول در پاسخ به سؤال اصلی است که فتوای معیار، فتوای چه

کسی باید باشد؟ در پاسخ گفتیم فتوای ولی فقیه باید معیار باشد و بعضی از بزرگان از جمله آیت‌الله شاهرودی از این نظریه دفاع کردند. مقاله‌ی آیت‌الله شاهرود در سومین کنفرانس اندیشه‌ی اسلامی و در کتاب «حکومت در اسلام» در سال ۱۳۶۱ منتشر شد.

احتمال دوم؛ فتوای معیار، فتوای مشهور فقها است

احتمال دوم که در نظام قانون‌گذاری کشور ما نمونه‌ی عملی دارد، این است که فتوای معیار، فتوای مشهور فقها باشد. باید به این نکته توجه داشته باشیم که منظور ما از فتوای مشهور، الزاماً شهرت فتوایی به معنایی که در اصول فقه مطرح می‌شود، نیست. شهرت فتوایی در اصطلاح، به معنای مشهور بودن یک فتوا در میان فقهای شیعه است، بدون آنکه دارای مستند مشخصی باشد. اعم از اینکه عدم استناد به روایت معین، ناشی از فقدان روایت در مسئله باشد یا ناشی از دلیل دیگری باشد. مقصود بنده از فتوای مشهور در اینجا، الزاماً مساوی با شهرت فتوایی نیست؛ یعنی بعضی از مصادیق آن می‌تواند منطبق با شهرت فتوایی باشد و بعضی از آنها هم نباشد. مقصود من از فتوای مشهور در این بحث، این است که فتوایی در میان اکثریت فقهای شیعه مورد قبول باشد، اعم از آنکه فقهای آن فتوا به دلیل خاصی استناد کرده یا نکرده باشند. بنابراین ممکن است فتوای مشهور در یک مسئله‌ای اصطلاحاً دارای اشتها فتوایی به همان معنای مصطلح باشد یا نباشد. فتوای مشهور در اینجا به این معنا است: فتوایی که مورد قبول اکثریت فقهای شیعه است. سابقه‌ی تدوین قانون بر اساس فتوای مشهور، در نظام تقنین در ایران به سال ۱۳۰۷ برمی‌گردد. وقتی که قانون‌گذاران ما به تدوین قانون مدنی اقدام کردند که کار بسیار ارزشمندی انجام دادند، زیرا همچنان بعد از گذشت ۸۰ سال، می‌بینیم یک متن مستحکمی به عنوان قانون مدنی تدوین شده و در اختیار ما قرار گرفته است. بزرگانی در تدوین این قانون مدنی سهیم بودند که یکی از آنها مرحوم سیدمحمد فاطمی است. ایشان از کسانی بود که به تنهایی چند صد ماده‌ی قانون مدنی را تدوین کرد. بزرگان دیگری مانند مرحوم مصطفی عدل ملقب به منصور السلطنه، مرحوم محمد بروجردی عبده و مرحوم شایگان در تدوین قانون مدنی دخیل بودند. معروف این است که قانون مدنی بر اساس فتوای مشهور فقهای شیعه تدوین شده است، نه الزاماً براساس شهرت فتوایی. برخی در این امر مناقشه کردند و گفته‌اند این‌گونه نبوده است، ولی ما فرض را این چنین می‌گیریم، زیرا بزرگانی از حقوق دانان قدیمی کشور تصریح به این معنا کرده‌اند، لذا ما هم فعلاً این فرض را می‌پذیریم که اکثریت غالب مواد قانون مدنی ما بر طبق فتوای مشهور فقهای شیعه تدوین شده است. از این جهت دخیل در بحث اصلی ما نیست، چون ما احتمالات را بررسی می‌کنیم، چه قانون مدنی بر طبق فتوای مشهور تدوین شده باشد و چه نباشد، ما می‌خواهیم بگوییم یکی از پاسخ‌های احتمالی در یافتن اینکه فتوای معیار، فتوای چه کسی یا کسانی باید باشد، این است که فتوای مشهور فقها ملاک باشد. دلیلی که می‌توان برای پذیرش فتوای مشهور ارائه داد، این است که با توجه به آنکه شهرت، پشت این قضیه است، اکثریت فقهای شیعه در طول تاریخ در هر زمینه‌ای از یک فتوای خاصی دفاع کرده‌اند، علی‌القاعده این شهرت می‌تواند اطمینان بیشتری نسبت به صحت آن فتوا ایجاد کنند. در طول تاریخ فقه شیعه، فقهای برجسته زیادی بودند که برخی از آنها جزء نوابغ عالم فقهات و حتی نوابغ عالم علوم انسانی در زمینه‌های مختلف بودند و از یک فتوایی دفاع کردند. این به طور طبیعی برای انسان ایجاد اطمینان می‌کند. اطمینانی که بیش از میزان اطمینانی است که نسبت به دیگر فتاوا برای شخص

حاصل می‌شود. ممکن است به عنوان یک دلیل فقهی بتوان به همان بیان مرحوم نائینی که در کتاب «تنبيه الامه و تنزيه المله» آورده است نیز استناد کرد. مرحوم نائینی در این کتاب در پذیرش رأی اکثریت، برای اینکه ملاک در اظهارنظرهای مجلس شورای ملی آن زمان باشد، به این بیان تمسک می‌کند که «اکثریت عند الدوران از اقوی مرجحات نوعیه است»؛ یعنی وقتی که دوران امر اتفاق می‌افتد، یک طرف نظری را داریم که اکثریت از آن دفاع می‌کند و یک طرف هم نظری را داریم که اقلیت از آن دفاع می‌کند و ما نمی‌دانیم نظر اکثریت را بپذیریم یا نظر اقلیت را، خود اکثریت یکی از مرجحات نوعیه است که نوع عقلاً آن را موجب ترجیح نظری می‌دانند که اکثریت از آن دفاع می‌کنند. مرحوم نائینی برای بیان خود به همان فرمایش امام(ع) شاهد می‌آورد «خذ بما اشتهر بين أصحابك و دع الشاذ النادر» [2]. استدلال مرحوم نائینی قابل استناد است و می‌توانیم بگوییم فتوای مشهور، نسبت به فتوای غیر مشهور ترجیح پیدا می‌کند، چون فتوای مشهور یعنی فتوایی که اکثریت فقها از آن دفاع کرده‌اند و اکثریت عند الدوران از اقوی مرجحات نوعیه است. پس دلیل تحلیلی که برای نظریه‌ی مشهور به عنوان فتوای معیار مطرح شد، با دلیل فقهی که برای این نظریه مطرح شد، بسیار به هم نزدیک است. منظور از اکثریت، اکثریت غالبی است که بیشتر بودن آن محرز می‌باشد.



نقد احتمال دوم

یکی از مناقشاتی که می‌توان در احتمال دوم مطرح کرد، این است که ما در همه‌ی مسائل فقهی، فتوای مشهور نداریم. این‌طور نیست که ما در همه‌ی مسائل فقهی بتوانیم بگوییم اکثریت از این نظر دفاع کردند و اقلیت از نظر دیگری. برخی از مسائل فقهی هستند که اصلاً مشهور در آن محقق نیست؛ مثلاً بین فقها ۴-۵ فتوا وجود دارد که هیچ کدام اکثریت غالب نیست، اکثریتی که مشمول روایت «خذ بما اشتهر بين أصحابك و دع الشاذ النادر» باشد.

مناقشه‌ی دوم این است که بسیاری از مسائل مورد ابتلاء در یک کشور، مسائل جدیدی است که اصلاً فتوای مشهور در مورد آن شکل نگرفته است؛ یعنی مسائلی است که برای گذشتگان اصلاً مطرح نبوده است تا فتوای مشهوری شکل گرفته باشد. مانند مسائل مربوط به شهرداری‌ها، شهرسازی، نظام وظیفه، نظام پزشکی، عبور

و مرور، ثبت احوال، ثبت اسناد، آموزش و پرورش، وزارت خانه‌های مختلف و غیره، همه‌ی اینها مسائلی دارند که اصلاً در گذشته برای فقها مطرح نبوده است تا ما بتوانیم فتوای مشهور را به دست آوریم. مناقشه‌ی دیگر این است که فتوای مشهور همواره کارآمدترین و راهگشاترین فتوا نیست؛ یعنی در عمل ما را مواجه می‌کند با همان اشکالی که در زمان حضرت امام(ره) پیش آمد که مثال آن را عرض کردم. فتوای مشهور فقها این است که تعزیر باید با شلاق اجرا شود، این فتوا خصوصاً در زمان حاضر برای ما راهگشا نیست.

- یکی از حضار: این نظر حضرت امام(ره) بوده است؟

- استاد ارسطا: بله. یکی از فقهای معاصر هم در اثبات همین دیدگاه کتابی به نام «التعزیر انواعه و احکامه» نوشتند و در آنجا اثبات کردند که تعزیر فقط باید با شلاق اجرا شود. اما برخی از فقهای دیگر استدلال کردند که تعزیر از طرق دیگر نیز قابل اجرا است. پس فتوای مشهور هم همواره کارآمدترین فتوا نیست و در بعضی از مسائل ما را با دشواری‌هایی روبرو می‌کند.

احتمال سوم؛ فتوای معیار فتوای فقهای است که بر تدوین و تصویب قانون نظارت می‌کنند

احتمال سوم در پاسخ به این سؤال که فتوای معیار چه فتوایی باید باشد، این است که فتوای معیار باید فتوای فقهای باشد که بر تدوین و تصویب قانون نظارت می‌کنند، به همان شیوه‌ای که در حال حاضر در جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود؛ یعنی فتوای فقهای شورای نگهبان. مطابق قانون اساسی وظیفه‌ی فقهای شورای نگهبان این است که بر مصوبات شورای مجلس اسلامی نظارت کنند برای آنکه با احکام اسلامی و اصول قانون اساسی مغایرت نداشته باشد. احراز عدم مغایرت مصوبات مجلس با احکام اسلامی صرفاً برعهده‌ی فقهای شورای نگهبان است، اما احراز عدم مغایرت مصوبات مجلس با قانون اساسی هم بر عهده‌ی فقها است و هم برعهده‌ی حقوقدانان. یعنی ۱۲ عضو شورای نگهبان که ۶ نفر فقیه و ۶ نفر حقوقدان هستند، در یک جلسه‌ی مشترک با هم اظهارنظر می‌کنند که آیا این مصوبه‌ی مجلس مغایرتی با اصول قانون اساسی دارد یا نه. اما هنگامی که بحث درباره‌ی این باشد که آیا مصوبه‌ی مجلس مغایرتی با احکام اسلامی دارد یا ندارد، فقط فقها درباره‌ی آن اظهارنظر می‌کنند. این مطلب در قانون اساسی ما به صراحت آمده است که «ملاک رأی اکثریت فقهای شورای نگهبان است» علاوه بر این یک استقصاء از شورای نگهبان داریم. در سال ۱۳۶۱، آقای رضوی نماینده‌ی تبریز بود. وی از شورای نگهبان استقصاء کرد که ملاک فقهای شورای نگهبان در اظهار نظر نسبت به مصوبات مجلس برای تشخیص اینکه این مصوبات مغایرتی با احکام اسلامی دارند یا ندارند، چیست؟ آقای رضوی در پرسش خود چند احتمال را مطرح کرد. یکی از احتمالات این بود که فقهای شورای نگهبان بر اساس فتوای مشهور اظهارنظر می‌کنند. احتمال دیگر این بود که بر اساس فتوای اجماعی اظهارنظر می‌کنند. احتمال سوم این بود که بر اساس فتوای ولی فقیه اظهارنظر می‌کنند. احتمال چهارم این بود که بر اساس فتوای خود اظهارنظر می‌کنند. پاسخی که فقهای شورای نگهبان به این سؤال دادند، این بود که اگرچه با مراجعه به قانون اساسی این مطلب واضح و روشن است، لکن آنچه که از اصول قانون اساسی به وضوح استفاده می‌شود، این است که تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات مجلس با احکام اسلامی بر عهده‌ی خود فقهای شورای نگهبان است که بر اساس نظر اجتهادی خود این اظهارنظر را انجام می‌دهند. پس یک احتمال این است که فقهای شورای نگهبان نظر اجتهادی خود را فتوای معیار قرار بدهند. چه دلیلی برای اثبات این احتمال می‌توان ارائه داد؟ یک

دلیل تحلیلی، استحسانی و اعتباری می‌توانیم اقامه کنیم و آن این است که فقهای شورای نگهبان افرادی هستند که لازم است با نیازهای زمان و موازین حقوقی آشنا باشند و در عین حال با فتاویٰ فقهای بزرگ شیعه نیز به دلیل داشتن مقام اجتهادی آشنا هستند. بنابراین با یک شناخت دقیق و فرصتی که به این کار اختصاص می‌دهند - چون اصلی‌ترین مسئولیت آنها همین امر است - می‌توانند کارآمدترین و مستحکم‌ترین فتوا را برای حل معضلات تقنینی نظام استخراج کنند. این یک دلیل تحلیلی یا استحسانی یا اعتباری است. وقتی دلیل استحسانی یا اعتباری می‌گوییم؛ یعنی نمی‌توانیم بر آن به عنوان یک دلیل فقهی تکیه داشته باشیم. اما به عنوان یک دلیل فقهی برای پذیرش این احتمال، ممکن است کسی این چنین بگوید که رهبر از آنجا که ولایت بر تقنین دارد، می‌تواند این ولایت را به منظور رعایت مصلحت نظام به افراد دیگری واگذار کند. می‌توانیم عملکرد حضرت امام(ره) را نیز بر همین اساس توجیه کنیم. وقتی که امام(ره) حکومت جمهوری اسلامی ایران را تأسیس و قانون اساسی را امضاء کردند، در قانون اساسی قید شده بود که فقهای شورای نگهبان مسئولیت احراز عدم مغایرت مصوبات مجلس با موازین شرعی را دارند. معنای این کار این است که امام(ره) بر اساس ولایتی که برای خود به عنوان فقیه جامع‌الشرایط قائل بودند، قسمتی از این ولایت را به فقهای شورای نگهبان اعطاء کردند که همان ولایت بر تقنین است. قانون اساسی در پایان اصل ۱۱۰ تصریح کرده است که رهبر می‌تواند برخی از مسئولیت‌های خود را به دیگران واگذار کند. مرحوم امام(ره) هم چنین کاری کردند و بعد از ایشان هم مقام معظم رهبری با پذیرش قانون اساسی، عملاً چنین ولایتی را به فقهای شورای نگهبان واگذار کردند.



نقد احتمال سوم

یکی از مناقشاتی که می‌توان در احتمال سوم مطرح کرد و من ندیدم در جایی مورد توجه قرار بگیرد، این است که فقهای شورای نگهبان در طول زمان دچار تغییر می‌شوند. تعداد قابل توجهی از اعضای شورای نگهبان از اول انقلاب تا الان تغییر کردند. زمانی آیت‌الله صافی جزء فقهای شورای نگهبان بودند و الان نیستند. آقای هاشمی شاهرودی و آقای استادی نیز زمانی جزء فقهای شورای نگهبانی بودند. پس اعضای شورای نگهبان تغییر می‌کنند. این تغییر موجب می‌شود که فتوای مورد قبول اکثریت فقهای شورای نگهبان نیز دچار تغییر

شود. زمانی که برخی از بزرگان مراجع در میان فقهای شورای نگهبان بودند، به شهادت برخی از اعضای شورای نگهبان، سیطره‌ی علمی آن فقها آنچنان زیاد بود که وقتی در مقام بحث و استدلال، نظریه‌ای را مطرح و دفاع می‌کردند، فقهای دیگر یا اکثریت آنها این نظریه را می‌پذیرفتند، چون می‌دیدند با ادله‌ی محکمی همراه است. طبعاً با بیرون رفتن این فقها و آمدن فقهای جدید دیدگاه حاکم بر فقهای شورای نگهبان دچار تغییر می‌شود. به عنوان مثال یک زمان دیدگاه حاکم بر فقهای شورای نگهبان این بود که حقوق معنوی مشروعیتی ندارد یا تعزیر باید با شلاق اجرا شود، اما بعد از گذشت چند سال و با آمدن فقهای جدید و عوض شدن برخی از فقها، این دیدگاه تغییر کرد. مشکلی که پیش می‌آید، چیست؟ مشکل این است که قانونی که در آن زمان تصویب شده است، بر طبق این مبنای فقهی تصویب شده است که مثلاً تعزیر با غیر شلاق مشروعیت ندارد. بنابراین حتی المقدور فقهای آن زمان کوشیده‌اند تعزیر با غیر شلاق را حذف کنند. پس کوشیده‌اند تا جایی که ممکن است تعزیر با غیر شلاق را نپذیرند. بعد از گذشت سال‌ها، دیدگاه فقهی حاکم بر فقهای شورای نگهبان عوض شده است. اکنون فقهای در شورای نگهبان هستند که تعزیر را با غیر شلاق هم مجاز می‌دانند و دیگر نیازی به احراز ضرورت هم نیست، لذا با دست باز تعزیرهای به وسلیه‌ی غیر شلاق را می‌پذیرند. در نتیجه ما بعد از گذشت چند سال وقتی به مجموعه‌ی قوانین قضایی خود نگاه می‌کنیم، می‌بینیم این مجموعه از مبنای فقهی واحدی پیروی نمی‌کنند. یک زمان بر اساس این مبنا تدوین شده و شکل گرفته که تعزیر با غیر شلاق مجاز نیست مگر در زمان ضرورت، اما در زمان دیگری بر طبق این مبنا تدوین شده که تعزیر با غیر شلاق هم مجاز است و نیازی هم به وجود ضرورت نیست. وقتی به قوانین باب حقوق معنوی مراجعه می‌کنیم، با این دوگانگی مبنا مواجه می‌شویم. دوگانگی مبنا خیلی مضر است. یعنی مجموعه قوانینی که درباره‌ی حقوق معنوی یا مجازات‌های اسلامی و غیره داریم، از مبنای واحدی برخوردار نیست. وقتی از مبنای واحدی برخوردار نباشند، دچار یک تعارض درونی می‌شوند. این یکی از معضلات و مشکلات برای نظام تقنینی یک کشور است. این یک ایراد مهم است که بر این نظریه وارد می‌شود. ایراد دیگر بر این احتمال، این است که فتوای فقهای شورای نگهبان الزاماً همواره کارآمدترین فتوا نیست.

احتمال چهارم؛ فتوای معیار، فتوای فقیه اعلم باشد

احتمال چهارم این است که فتوای معیار، فتوای فقیه اعلم باشد. باید ببینیم در میان فقها، فقیه اعلم چه کسی است و فتوای او را معیار قرار بدهیم. دلیل فقهی که برای این نظریه می‌توان مطرح کرد، همان دلیلی است که برای وجوب رجوع به فقیه اعلم مطرح کردند. اکثریت فقها می‌فرمایند تقلید از اعلم واجب است. پس با توجه به این مبنا، می‌توانیم بگوییم که برای تقنین هم باید به سراغ فتوای فقیه اعلم به عنوان فتوای معیار برویم.

نقد احتمال چهارم

یکی از مناقشات قابل طرح در این احتمال، این است که معمولاً در زمان حاضر دیگر نمی‌توانیم فقیه‌ی پیدا کنیم که در تمامی مسائل یا اکثر مسائل اعلم باشد. به خاطر اینکه دایره‌ی مسائل فقهی خیلی وسعت پیدا کرده است. یکی از فقها می‌گفت قبل از انقلاب، سؤالاتی که از ما می‌پرسیدند، سؤالات محدودی بود. اما بعد از انقلاب آن قدر سؤالات متفاوت در زمینه‌های مختلف و پیچیده از ما می‌پرسند که پاسخ دادن به آنها نیاز به

بررسی‌های بسیار جدی فقهی دارد. شناخت دقیق موضوع و تطبیق روایات بر موضوعات جدید کار دشواری است که به سادگی صورت نمی‌گیرد. مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید: «خداوند اجتهاد را روزی ما کند که از جهاد طولانی مدت سخت‌تر است.» این جهاد طولانی مدت که در زمان شیخ انصاری طولانی بوده است، در زمان ما به مراتب سخت‌تر و دشوارتر شده است. لذا یافتن فقیه اعلمی که در اکثریت مسائل اعلم از بقیه باشد، کار بسیار دشواری است. حتی در میان شاگردان فقها که الان به درجه‌ی فقاہت رسیدند، اگر سؤال کنید از میان اساتیدی که در محضر آنها تلمذ کردید، کدام را ترجیح می‌دهید؟ در موارد متعددی دیدم که فرمودند ما نمی‌توانیم با اطمینان ترجیح بدهیم. آقای فلانی در مسائل معاملات خیلی قوی است، آقای فلانی در مسائل عبادات خیلی قوی است، آقای فلانی در مسائل حدود و تعزیرات قوی است. اینگونه تفکیک می‌کنند و حتی بعضی‌ها تفکیک جزئی‌تری انجام می‌دهند. لذا الزاماً نمی‌توانند بگویند آقای «الف» در معاملات بهتر از آقای «ب» است. بنابراین تشخیص فقیه اعلم، کار بسیار دشواری است. مناقشه‌ی دوم این است که فتوای فقیه اعلم همواره کارآمدترین فتوا نیست، لذا همواره نمی‌تواند مشکلات ما را حل کند. در زمان حضرت امام (ره)، بسیاری از فقها امام (ره) را فقیه اعلم می‌دانستند، اما ایشان فتوایی داشتند که خودشان می‌دانستند آن فتوا راهگشا نیست. مناقشه‌ی سوم این است که اگر ملاک رفتن به سوی فتوای فقیه اعلم، این باشد که احتمال خطا در آن از فقیه غیر اعلم کمتر است، آنگاه این ملاک در فتوای شورایی از فقها به طریق اولی جریان پیدا می‌کند. به جای اینکه ما سراغ فقیه اعلم برویم، بر اساس همان ملاکی که ما را به سوی فتوای فقیه اعلم راهنمایی می‌کند، سزاوارتر است که به سمت فتوای شورایی از فقها برویم، چون در آن احتمال خطا از فتوای فقیه اعلم کمتر است.

احتمال پنجم؛ به دنبال کارآمدترین فتوا باشیم

احتمال پنجم این است که ما به دنبال کارآمدترین فتوا باشیم و فتوای معیار را فتوای کارآمدتر بدانیم. فتوای کارآمدتر در این اصطلاحی که به کار می‌برم، به معنای فتوایی است که دارای سه ویژگی باشد: اول؛ فتوایی که شاذ نباشد و بر اساس موازین پذیرفته شده‌ی اصولی و فقهی باشد. دوم؛ با سایر فتوایی که قوانین بر محور آنها تدوین می‌شود، یک مجموعه‌ی هماهنگ را تشکیل بدهد. سوم؛ پاسخگوی نیازهای زمان و حکومت اسلامی باشد. مجموعه‌ی این ویژگی‌ها، فتوایی را می‌سازد که ما از آن به فتوای کارآمد یا کارآمدتر تعبیر می‌کنیم. ریشه‌های این نظریه را می‌توان در کلام مرحوم شهید صدر مشاهده کرد. نمی‌گوییم که شهید صدر دقیقاً همین نظریه را مطرح کرده است، بلکه ریشه‌های آن را می‌توان در کلام ایشان دید. شهید صدر در ابتدا و اواسط کتاب «اقتصادنا» که درباره‌ی تدوین مکتب اقتصادی اسلام بحث می‌کنند، به این مطلب تصریح می‌کنند که من در تدوین مکتب اقتصادی اسلام، فتوای خود را معیار قرار ندادم، بلکه فتوایی را معیار قرار دادم که با سایر اجزای مکتب اقتصادی اسلام بتواند یک نظام هماهنگ را ایجاد کند. من از ترجمه فارسی کتاب این مطلب را نقل می‌کنم که مترجم آن آقای استهبیدی است و در سال ۱۳۶۰ چاپ شده است. یکی از عبارتهای ایشان این است «از این‌رو میان آنچه که در حقیقت پیامبر (ص) به عنوان تشریح اسلام آورده است و اجتهاد اشخاص، باید تفاوت قائل شویم. به عقیده‌ی ما تشریح واقعی اسلامی در زمینه‌های اقتصادی، ناگهانی و نامربوط و معلول نظریات ناهماهنگ و ناسازگار نمی‌باشد؛ بلکه بر عکس دارای اساس و مفاهیم یکپارچه و هماهنگ است. همین

اعتقاد ما را بر آن داشت تا احکام را روبنا تلقی نموده و از مطالعه‌ی روبنا به سراغ مسائل ژرف‌تر و شامل‌تر برویم و از آنجا به زیربناهای هماهنگ و بی‌تناقض دست یابیم. در این حالت است که مجتهد به عنوان استنباط‌کننده‌ی احکام باید به وسیله‌ی احکام برگزیده‌ی خویش برای کشف مطلب تحقیق نماید و مجموعه‌ی احکام هماهنگ و دارای مفهوم و تفسیری واحد و منسجم را اختیار کند تا بتواند نتیجه‌گیری صحیح به عمل بیاورد.» پس ریشه‌های این نظریه به کلام شیهد صدر در کتاب اقتصادنا برمی‌گردد.



نقد نظریه پنجم

این نظریه با یک مشکل جدی مواجه است و اگر ما بتوانیم به آن مشکل پاسخ بدهیم، می‌توانیم از این نظریه دفاع کنیم. آن مشکل جدی این است که فتوایی که خود فقیه حاکم آن را قبول ندارد و اگر از او سؤال کنند که آیا به این مطلب فتوا می‌دهید، قبول نمی‌کند، چگونه می‌تواند چنین فتوایی را معیار قانون‌گذاری قرار بدهد؟ یعنی روایت‌هایی را که برای رسیدن به این فتوا مورد استناد قرار دادند، از نظر فقیه حاکم، سند و یا دلالت آن ناتمام است. پس از نظر فقهی او معتقد است که این فتوا به صورت ناصواب استخراج شده است و استنباط، استنباط تمامی نیست. حال چگونه می‌تواند بگوید این فتوایی که مبتنی بر استنباط ناتمام است، برای تدوین قانون محور قرار بگیرد؟ ما باید به این اشکال پاسخ بدهیم. ظاهراً اگر بخواهیم پاسخی به این اشکال بدهیم باید از این طریق وارد شویم. لازمه‌ی اعطای ولایت، از سوی ائمه (ع) به فقیه جامع‌الشرایط این نیست که ائمه (ع) به فقیه فرموده باشند «ای فقیه، ما به تو اعتماد داریم و فتوای تو را معتبر می‌شماریم، نه فتوای دیگری را. پس اگر می‌خواهید قانون وضع کنید، صرفاً فتوای خود را معیار قرار بدهید» چرا لازمه‌ی آن، این نیست؟ به این دلیل که ائمه (ع) اگر اعطای ولایت به فقیه کردند، غرضی داشتند و آن حفظ مصالح عمومی مسلمین در چارچوب رعایت موازین اسلامی بوده است. این چیزی که عرض کردم، تعریف ولایت است که در کلام برخی از بزرگان فقها مثل سیدمحمد بحر العلوم و آیت‌الله موسوی خلخالی در کتاب «حاکمیت در اسلام» دیده می‌شود. هدف از اعطای ولایت توسط ائمه (ع) به فقیه جامع‌الشرایط این امر بوده است. این هدف با معیار قرار دادن فتوای شخص ولی فقیه در موارد متعددی نقض می‌شود و نقض غرض لازم می‌آید. نقض غرض بر شخص حکیم قبیح است. اگر ائمه (ع) بخواهند غرض تأمین شود، باید به فقیه بگویند «ای فقیه، شما ولایت

دارید که بر اساس موازین شرعی، مصالح عمومی مسلمین را مطابق راهکارهای عقلایی تأمین کنید.» آن راهکارهایی که بالاترین میزان از مصالح عمومی را می‌تواند تأمین کند. وقتی فقیه می‌خواهد اقدام به تصمیم‌گیری کند، با صاحب‌نظران مشورت کند و تنها رأی خود را ملاک قرار ندهد و آن رأی را که بر اساس موازین عقلایی و روایاتی که در باب مشورت می‌توان به عنوان رأی اصلح مشخص کرد، معیار قرار بدهد، چه موافق با رأی شخصی خود باشد و چه نباشد. راهکارهای عقلایی اقتضا می‌کند که در امر قانونگذاری هم از این شیوه استفاده کند؛ یعنی برای تقنین به فتوای شخصی خود یا به فتوای ۴-۵ نفر اکتفا نکند، بلکه مجموعه‌ای از فقها را به عنوان شورای فقهی تقنین جمع کند، آن شورا هم فتوای شخصی خود را معیار قرار ندهند؛ بلکه با توجه به آن سه ویژگی که عرض شد، فتوای کارآمدتر را معیار قرار بدهند تا از این طریق غرض اصلی را بهتر بتوانند تأمین کنند. غرض اصلی، تأمین مصالح عمومی مسلمین در چارچوب موازین شرعی بر اساس راهکارهای عقلایی است. عجیب این است که خود مرحوم شهید صدر برای اثبات این دیدگاه با اینکه یک دیدگاه محوری در کتاب اقتصادنا است، دلیل فقهی مشخصی ارائه ندادند و شاید عجیب‌تر این باشد که برخی از شاگردان ایشان هم برای این نظریه، دلیل فقهی مشخصی ارائه نکردند و چه بسا برخی از آنها اصلاً این نظریه را نپذیرفتند. شیوه‌ای که مرحوم امام(ره) اتخاذ کردند، با احتمال پنجم قابل جمع و سازگار است. مرحوم امام(ره) پذیرفتند که فتوای شخص ولی فقیه، می‌تواند معیار قرار نگیرد و معنای آن، پذیرش این مطلب است که ایشان به عنوان یک فقیه از ادله‌ی ولایت فقیه این‌گونه استنباط کرده بودند که ائمه(ع) وقتی به فقیه جامع‌الشرایط اعطای ولایت می‌کنند، معنای اعطای ولایت این نیست که فقیه حتماً فتوای خود را معیار قرار دهد. معنای اینکه امام پذیرفتند فتوای خودشان معیار نباشد، این است که آن اطلاقی که از ادله‌ی ولایت فقیه عرض کردیم و برخی از فقها آن را استنباط کردند، امام استنباط نکرده بودند. این یک نکته‌ی بسیار مهم است که می‌تواند در تأیید احتمال پنجم مورد استفاده قرار بگیرد.

پرسش و پاسخ

- یکی از حضار: یکی از مناقشه‌های فقهای شورای نگهبان این بود که تغییر می‌کند، اما بعضی از اعضا ثابت اند و این مشکل را حل کردند. پس این نظریه درست‌تر است.

- استاد ارسطا: فقهای شورای نگهبان بر اساس اکثریت اظهار نظر می‌کنند. بنابراین فتوای یک نفر نمی‌تواند در این زمینه تأثیری داشته باشد.

- یکی از حضار: شما می‌گویید ویژگی دوم فتوای کارآمد، این است که باید با مجموعه قوانین هماهنگ باشد، اما مجموعه قوانینی که از قبل بوده، ضعف داشته است، لذا مجموعه قوانین جدید هم ضعف خواهند داشت.

- استاد ارسطا: فرض ما بر این است که از ابتدا بخواهیم یک مجموعه قوانین هماهنگ، منسجم و جامع را تدوین کنیم. اگر در برخی از موارد با این مشکلی که جنابعالی می‌فرمایید، روبرو شویم، کما اینکه مواجه هم هستیم، قبل از اینکه به تدوین یک نظام جامع بپردازیم، باید آن اشکالات را اصلاح کنیم و سپس نظام جامع را تدوین کنیم.

- این منجر به اختلال در نظام نمی‌شود؟

- استاد ارسطا: نه، رفع این اشکالات امکان‌پذیر است. الان به راحتی می‌توان مجموعه‌های فقهی متعددی را تشکیل داد، اشکالات قوانین را بررسی کرد و درصدد اصلاح آن برآمد. اشکالی که حضرت‌عالی می‌فرمایید، مطلب درستی است، اما قابل حل است.

- یکی از حضار: افرادی که در مقام مرجعیت و دخل و تصرف در گروه‌های اجتماعی هستند، نظر بدهند.

- استاد ارسطا: این نکته، فرمایش خوبی است. اصلاً لازمه‌ی احتمال پنجمی که مطرح کردیم، این است که یک گروهی از فقهایی که صاحب‌نظر و جزء فقه‌های برجسته باشند، دور هم جمع شوند تا فتوای کارآمدتر را شناسایی کنند تا الزاماً معیار، فتوای خودشان یا فتوای اکثریت آنها نباشد. اما اینکه آیا این ۵ احتمال استقرای کاملی شده است، من مدعی استقرای کامل نیستم. من مدعی این هستم که این ۵ احتمال، مهم‌ترین احتمالاتی است که در این نظریه و در پاسخ به این سؤال می‌توان مطرح کرد.

- دومین نکته این است که اشکال جدی که برای فتوای کارآمد مطرح کردید، با تشکیل مجمعی از فقه‌های شورای نگهبان خیلی کم‌رنگ می‌شود. به نظر من حضرت امام(ره) تلفیقی از این ۵ احتمال داشتند که در واقع آن اشکالات را از بین می‌برد و محاسن احتمال را اضافه می‌کند. این یک نکته‌ی مثبت است که حضرت امام یک مجمعی را در کنار فقه‌های شورای نگهبان تشکیل می‌دهد که اگر شورای نگهبان به یک جایی رسید که قانونی را خلاف شرع دانستند، هر چند که خودشان در شورای نگهبان گفتند که قبل از اینکه به مجمع تشخیص مصلحت برود، خودتان باید مصلحت جامعه را در نظر بگیرید و آن را اجرا کنید. ولی از آن طرف یک ساختاری را به نام مجمع تعیین کردند که در آن مسائل بررسی و بر اساس مصالح اجتماع حل می‌شود.

- استاد ارسطا: تلفیق بین این احتمالات، به معنای دقیق کلمه امکان‌پذیر نیست، چون برخی از این احتمالات در نقطه‌ی مقابل هم هستند.

- منظور من همه‌ی احتمالات نیست، ولی حداقل دو مورد آن می‌تواند با هم باشد.

- استاد ارسطا: بنابراین منظور شما این است که سعی بر این شده که پاره‌ای از مصالح و محاسن در برخی از این احتمالات در وضعیت فعلی کشور تأمین شود. این سخن قابل قبول است.

- یکی از حضار: طرح این موضوع چه ضرورتی دارد؟ که اگر این به درستی طرح شود، تبیین مسأله و استدلال‌ات آن به طور منسجم قابل طرح است، والا ممکن است اختلاف در مسأله ایجاد کند. به خصوص با تأکید بر کارآمدی می‌توان تا حدودی آن را مطرح کرد، ولی به هر حال این نقض را برطرف نمی‌کند. به عنوان نکته‌ی دوم نسبت فتوای معیار با حکم چیست؟ آیا این تلقی یا تعبیر درست است که بگوییم قانون مساوی با حکم است یا حداقل بگوییم قوانین آمره مساوی با حکم هستند؟ این موضوع با مسأله‌ی اول یعنی تبیین دقیق ضرورت مسأله ارتباط دارد. در خیلی از جاها ممکن است ما نیازمند نباشیم و لذا جنبه‌ی کاربردی و عملی پیدا نکند، کما اینکه در جاهایی ممکن است به فتوای اطراف دعوا مانند قاضی بر اساس مبادی قانونی بخواهیم مراجعه کنیم. یک جایی بنا به نص قانون، قاضی در صورت سکوت قانون به فتاوی فقه‌ها مراجعه می‌کند. اخیراً از بعضی از فقها استفتاء می‌کنند.

- استاد ارسطا: در خصوص سؤال دوم، سؤال شما این بود که رابطه‌ی فتوای معیار با حکم حکومتی چیست؟
-بله.

- استاد ارسطا: تصور بنده این است که الزام آور بودن عمل به فتوای معیار باید ناشی از حکم حکومتی دانسته شود. چه دلیلی وجود دارد که تمامی شهروندان یک کشور ملزم باشند بر اینکه بر طبق این ماده عمل کنند؛ مثلاً در باب عقد بیع، نکاح، طلاق و غیره، شرایط خاصی را معتبر شمرده است، چه ضرورتی دارد که ما مطابق آنها عمل کنیم؟ الزام به عمل بر طبق این مواد قانونی از حکم حکومتی ولی فقیه ناشی می‌شود. یعنی او حکم می‌کند که بر همگان عمل کردن بر طبق این مواد قانونی، لازم الاتباع باشد. حالا این مواد قانونی بر اساس چه فتوای معیاری تدوین شده‌اند؟ این بحث جداگانه‌ای است که در آن احتمالات پنجگانه‌ای که عرض کردیم، جریان می‌یابد.

- بخشی از این حکم حکومتی، قوانین غیرآمره است.

- استاد ارسطا: قوانین چه آمره باشد و چه غیر آمره، وقتی که این قانون حقی را برای من به رسمیت می‌شناسد، اینکه من این قانون را به عنوان یک قانون که حقی را اثبات کرده است، مشروع بدانم و این حق را از آن خود و کسانی که مشمول این قانون می‌شوند، بدانم، ولو اینکه الزام آور نباشد، از حکم حکومتی ناشی می‌شود. برای مثال یک قانونی الزام آور است که در این مورد اختلافی وجود ندارد. مانند اینکه اگر خواستید نسبت به یک مال غیر منقول، بیع داشته باشید، حتماً باید این بیع را در سند مکتوب کنید و اکتفا به یک سخن شفاهی نکنید. این الزام است و حکم حکومتی پشت این الزام وجود دارد. این حکم حکومتی باعث می‌شود که بر همه‌ی ما این الزام وجود داشته باشد و اگر خواستیم مثلاً یک قطعه زمین بخریم یا بفروشیم، حتماً به ثبت رسمی برسائیم. اما برخی از مواد قانونی مثل مواد قانونی مربوط به خيارات وجود دارند که الزام آور نیستند. اما قانونی که مربوط به خيارات است، وقتی مقرر می‌کند که شخصی که در چنین عقدی حضور پیدا می‌کند، برخوردار از حق خیار است، مشروعیت پذیرش این حق برای این فرد و اینکه مجاز است از این حق استفاده کند و اعمال این حق برای او مشروعیت دارد، و لو اینکه اعمال آن بر او الزامی نیست، به همان حکم حکومتی برمی‌گردد. یعنی باید بپذیریم چون در اینجا یک حکم حکومتی صادر شده است، مشروعیت ثبوت این حق را برای دارنده‌ی آن پذیرفتیم، ولو اینکه فتوای فقهای دیگری در میان هست که چنین حقی را برای این فرد ثابت شده نمی‌داند. حالا که ما مشروعیت ثبوت این حق را بر خلاف برخی از فتاوا پذیرفتیم، ناگزیر این مشروعیت باید به حکم حکومت فقیه حاکم مستند باشد. درباره‌ی مسأله‌ی اولی که در خصوص دلیل ضرورت طرح مسأله‌ی فتوای معیار مطرح فرمودید، من فکر می‌کنم این مسأله برای دوستان مفروغ‌عنه باشد. واضح است که در آن مسائلی که با اختلاف فتوا روبرو هستیم، در اولین قدم به عنوان قانون‌گذار با این سؤال مواجه می‌شویم که جمع‌کثیری از مسائل هم از همین قبیل هستند. ما با این سؤال مواجه می‌شویم که فتوای چه کسی را باید در قانون بیاوریم؟ خصوصاً وقتی که با این مسائل جدید مواجه می‌شویم که محل اختلاف نظر بین فقهای معاصر است. بنابراین ما نمی‌توانیم قدمی به سمت جلو در امر تقنین برداریم، بدون آنکه مشخص کنیم که فتوای معیار، چه فتوایی باید باشد تا ما آن را به عنوان قانون تدوین کنیم و به تصویب برسائیم.