



The Basis for Selecting Judicial Decree (Fatwa) in Legislation and Trials Relying on Imam Khomeini's Views

Ehsan Babaei ^{1*} Habibeh Ghaffari ²

1. Assistant Professor, Department of Criminal Law & Criminology, Faculty of Humanity, University of Judicial Science And Administrative Services, Tehran, Iran. (Corresponding Author)

2. M.A, Department of Criminal Law & Criminology, Faculty of Humanity, Ale-Taha Institute of Higher Education, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Type of Article:

Original Research

Pages: 1-12

Corresponding Author's Info

ORCID: 0000-0001-7032-7082

TELL: +982166762573

Email: ehsanbabaei@ujas.ac.ir

Article history:

Received: 06 Apr 2021

Revised: 08 May 2021

Accepted: 06 Jun 2021

Published online: 22 Jun 2021

Keywords:

Law, Decree, Trial, Expediency, Efficiency,

ABSTRACT

The application of jurisprudence in the legislative or judicial process, often in the legal system and notably in criminal law, faces a number of challenges, including the emergence of disagreement among jurists on some topics. In order to become legislation, jurisprudential fatwas must be methodical and consistent with other regulations. The purpose of this article is to deconstruct a few selected fatwas that have been used in legislative and judicial proceedings. For this purpose the quantifiable metrics of 1- Guardian jurists' (Vali-ye faqih) fatwas, 2- popular jurists' fatwas, 3- the final opinions of the Islamic Republic of Iran Guardian council's jurists, 4- the fatwas of the most highly educated jurists, and 5- the efficient fatwas that are most related to the interests were investigated. Finally, based on the aforementioned quantifiable metrics, a fatwa that is more efficient and has jurisprudential validity will be introduced. This article, in addition to demonstrating the founder of the Islamic Republic of Iran's jurisprudential thoughts and governance method, also illustrates the Iranian legal system's effective capacity, in order to ensure the observance of Islamic regulations and to contribute to the development of the Iranian legal system's performance.



This is an open access article under the CC BY license.

© 2021 The Authors.

How to Cite This Article: Babaei, E & Ghaffari, H (2021). "The Basis for Selecting Judicial Decree (Fatwa) in Legislation and Trials Relying on Imam Khomeini's Views". *Journal of Comparative Criminal Jurisprudence*, 1(2): 1-12.



مقدمه

به دنبال تشکیل نظام جمهوری اسلامی، زمینه ایفای نقش بیشتر برای فقه شیعه در امر تدوین قوانین کیفری فراهم شد. شکل‌گیری قوانین و مقررات طبق موازین اسلامی به دو صورت محقق می‌گردد. در یک حالت، احکام فقهی در قالب قانون نگاشته و تصویب می‌شود و در حالت دوم، کافی است که در تدوین قانون، موازین فقهی رعایت شود و مغایرتی با احکام فقهی نداشته باشد. تنظیم احکام فقهی به صورت قانون و تعهد قانون به فقه، لوازمی دارد که غفلت از آن به ناکارآمدی قانون می‌انجامد. با توجه به همین مسأله است که گفته شده: «فقه به میدان عمل کشاندن و بر آن لباس قانون پوشاندن، هنر و فنی مستقل است که نه هر فقیهی بدان متصف است و نه هر حقوقدانی بدان آشنا.» (قیاسی ۱۳۷۵: ۱۳۵)

از جمله مسأله‌های پیش‌رو در تدوین قوانینی که خاستگاه فقهی دارند، تعیین معیار برای گزینش فتوا است. با این پرسش مواجه هستیم که در موضوعاتی که بین فقها اختلاف فتوا وجود دارد، کدام یک از این فتاوا باید مبنای قانونگذاری قرار گیرد؟ به عبارت دیگر برای اسلامی و شرعی بودن یک ماده قانونی، مطابقت یا عدم مغایرت آن با کدام یک از اقوال و نظریات فقهی ملاک خواهد بود؟

نیاز به معیار برای انتخاب فتوا، تنها به عرصه قانونگذاری منحصر نیست، بلکه این مسأله در زمینه دادرسی نیز قابل طرح است. بنا بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی، «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

وجود اختلاف نظر درباره حدود استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، موجب بی‌اهمیت تلقی شدن پرسش از ملاک انتخاب فتوا نیست؛ چرا که حتی در مورد امور کیفری، اصل

استناد مورد توافق حقوقدانان است (الهام و برهانی ۱۳۹۶: ۳۳؛ اردبیلی ۱۳۹۳: ۲۰۱؛ منصور آبادی ۱۳۹۷: ۹۸).

۱- ملاک‌های شناسایی فتوای معتبر

۱-۱- احتمال اول: فتوای ولی فقیه

شرایطی که در اصل ۱۰۹ قانون اساسی برای ولی فقیه شمرده شده است عبارت است از: صلاحیت علمی لازم برای افتا در ابواب مختلف فقه، عدالت و تقوای لازم برای رهبری امت اسلام و نیز بیش صحیح سیاسی و اجتماعی. با توجه به اهمیت شرایط یاد شده، استناد به فتاوی فقهی ولی فقیه را می‌توان به عنوان یکی از ملاک‌های فتوای معیار در نظر گرفت.

اصل اولی در باب ولایت، عدم ولایت شخصی بر دیگری می‌باشد و تنها پیامبران و امامان معصوم از این اصل خارج شده‌اند و ائمه نیز فقیه جامع الشرایط را برای ولایت بر مردم و تنظیم امور جامعه تعیین نموده‌اند. تعبیر «راویان حدیث یا سنت امامان معصوم (ع)» (حر عاملی، ۱۳۹۸: ۱۰۱/۱۸) در احادیث به ویژگی فقاقت اشاره دارد. علت استفاده از این تعبیر «راویان حدیث و سنت» به جای «فقها» این است که اصطلاح فقیه یا مجتهد در آن زمان به معنای مصطلح امروزی آن شناخته شده نبوده و یا این که فقهای آن روزگار در بین راویان احادیث بوده‌اند (هادوی تهرانی ۱۳۸۹: ۱۱۹). منظور از شرط فقاقت، «اجتهاد مطلق» است. یعنی شخص بتواند حکم هر مسأله‌ای را از منابع دینی، استنباط و استخراج نماید و این قدرت اجتهاد از نوع اجتهاد متجزی یعنی منحصر در دایره‌ی خاصی نباشد (جوادی آملی ۱۳۶۷: ۱۲۱).

شرط دیگر رهبر جامعه اسلامی «عدالت» است. عقل حکم می‌کند که نباید سرپرستی جامعه اسلامی را به دست فردی سپرد که پایبند به مبانی دینی نمی‌باشد و التزامی به رعایت احکام الهی ندارد. به علاوه، آیات قرآن بر منع اطاعت از فاسق و غیر عادل دلالت دارد و ولایت او را انکار می‌نماید (منتظری ۱۳۶۷: ۲۸۹). مانند آیه‌ی شریفه «وَلَا تُطِيعُوا مَنْ أَغْفَلُوا

مشهور شدن و آشکار شدن برای همه افراد نیز بیان شده است (درگاهی، ۱۳۹۴: ۹۵).

شهرت در میان فقها به معنای رواج و اشتها یک فتوا در میان فقها می باشد در صورتی که به حد اجماع نرسیده باشد و در نقطه‌ی مقابل آن، قول نادر و شاذ قرار دارد (مختاری مازندرانی، ۱۳۹۴: ۱۳۶). شهرت فتوایی به معنای شهرت داشتن فتوا در مسأله‌ای از مسائل است هر چند که فتوا دهندگان برای فتوای خود به روایتی استناد نکرده باشند که عدم استناد ممکن است ناشی از نبودن روایت در آن مسأله خاص و یا اعراض از روایت‌های موجود باشد (انصاری، ۱۳۹۳: ۲۳۱ و ۵۸۷). به عبارت دیگر آن دسته از فتواهایی که توسط تعداد زیادی از فقها صادر می گردد دارای شهرت فتوایی هستند مشروط به اینکه تعداد فتوا دهندگان به حد اجماع نرسیده باشد (ولائی، ۱۳۸۷: ۲۰۴).

بر این اساس به نظر می رسد فتوای مشهور، از اعتبار و جایگاهی برخوردار است که بتوان آن را در ردیف یکی از احتمالات برای تشخیص فتوای معیار در نظر گرفت.

۱-۳- احتمال سوم: دیدگاه فقهی فقهای شورای نگهبان

این پرسش قابل طرح است که فقهای شورای نگهبان در مقام اظهار نظر در مورد رابطه مصوبات مجلس با احکام شرع، کدام نظر فقهی را ملاک قرار دهند؟

یک فرض این است که فقهای شورای نگهبان باید نظرات فقهی مقام نصب کننده آنها که دیدگاه‌های رهبری می باشد را ملاک قرار دهند و آرای فقهی ایشان را ملاک رد یا تأیید مصوبات مجلس قرار دهند. در تأیید این نظریه بیان شده است چون فقهای شورای نگهبان به وسیله رهبری به این سمت گمارده می شوند و آنان نماینده رهبری در شورای نگهبان هستند، پس باید نظرات فقهی ایشان را اعمال نمایند. علاوه بر این، قانونگذاری وظیفه حاکم اسلامی می باشد و ایشان است که می تواند به منزله حاکم شرع به وضع قوانین و

قَلْبُهُ عَنْ ذِكْرِنَا وَ اتَّبَعَ هَوَاهُ» (کهف/۲۸) همچنین طبق روایت از رسول اکرم صلی الله علیه و آله و سلم منقول از امام محمد باقر علیه السلام، برخورداری از تقوا، شرط امامت و زمامداری است (کلینی، ۱۴۰۳: ۴۰۷/۱).

شرط دیگری که ولی فقیه باید از آن برخوردار باشد، «توانایی اداره امری است که بر عهده گرفته است» یعنی فقیه عادل می تواند زمام امور جامعه اسلامی را به دست بگیرد که توانایی اداره آن جامعه را داشته باشد (هادوی تهرانی، ۱۳۸۹: ۱۲۰). «بینش صحیح سیاسی و اجتماعی»، می تواند فقیه را از سایر فقها متمایز نموده و موجب انتخاب وی به عنوان رهبر شود. مدیریت یعنی فن و دانش سازمان دادن، راهنمایی کردن و کنترل فعالیت‌های افراد و گروه‌ها برای رسیدن به هدف‌های اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و... (آقا بخشی، ۱۳۸۷: ۳۳۷). لازمه انجام هر مسئولیتی، برخورداری از توانایی متناسب با آن می باشد. ویژگی شجاعت و قدرت به این علت جزء بایسته‌های ولی فقیه شمرده شده است که مدیریت صحیح امور حکومت اسلامی زمانی در عمل، محقق می گردد که علاوه بر بینش صحیح سیاسی - اجتماعی و تدبیر، شجاعت را نیز در شخصیت رهبر جامعه اسلامی شاهد باشیم (زرعت، ۱۳۸۸: ۱۱۹).

مجموعه این شرایط که باید در ولی فقیه وجود داشته باشد، این احتمال را موجه می سازد که فتوای ولی فقیه را فتوای معیار در نظر بگیریم.

۱-۲- احتمال دوم: نظر مشهور فقها (فتوای مشهور)

یکی از احتمالات در مورد فتوای معیار، می تواند فتوای مشهور باشد. شهرت در لغت به معنای شایع و پخش شدن، ظاهر شدن و بالا رفتن است (ولائی، ۱۳۸۷: ۲۰۳). همچنین به معنای شیوع و وضوح یک چیز نیز به کار برده شده است (مختاری مازندرانی، ۱۳۹۴: ۱۳۶) و به معنای رواج و انتشار چیزی بوده (حسینی، ۱۳۸۲: ۲۸۳) و در تعریف لغوی آن،

مقررات بپردازد و قوانین مصوب نیز با تنفیذ و نظارت ایشان است که مشروعیت می‌یابد (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ۶۷).

در فرض دوم فقهای شورای نگهبان را باید در اظهار نظر شرعی در مورد مصوبات مجلس، مستقل دانسته و بگوییم به واسطه دارا بودن قدرت اجتهاد و استنباط احکام شرعی، فقهای شورای نگهبان باید آرای فقهی خود را معیار عمل قرار دهند و به صورت مستقل اظهار نظر نمایند. این دیدگاه مبتنی بر دلایل زیر است:

اول اینکه از قانون اساسی و شرایط پیش بینی شده در اصل ۹۱ با تعبیر «شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز...» استفاده می‌شود که فقهای شورای نگهبان در اظهار نظرهای شرعی خود مستقل هستند. همچنین می‌توان تعدد فقهای شورای نگهبان مورد توجه قرار داد؛ زیرا اگر ملاک، آرای فقهی رهبری باشد نیازی به این که فقهای شورای نگهبان شش نفر باشند نبوده و یک فقیه برای این کار کافی بود. گزینه دیگر، شرط «فقاهاست» است. اگر قرار بود نظرات رهبری ملاک باشد و مصوبات مجلس با نظرات ایشان سنجیده شود نیاز به شرط فقاهاست دیده نمی‌شود؛ زیرا صرف آگاهی افراد به نظرات و آرای رهبری برای رسیدن به این سمت کافی بود. گزینه سوم نیز شرط «آگاهی به مقتضیات زمان و مسائل روز» است. این شرط نیز شاهدی بر این است که تشخیص خود آنان ملاک عمل می‌باشد زیرا فقهای شورا باید در آرای صادره توسط خودشان مقتضای زمان و مصالح جامعه را مد نظر قرار دهند (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ۶۷). همچنین مشروح مذاکرات خبرگان قانون اساسی، بر استقلال نظر فقهای شورای نگهبان دلالت دارد (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس، ۱۳۶۴: ۹۶۳/۳).

نظریه تفسیری شورای نگهبان نیز یک دلیل حقوقی بر استقلال نظر فقهای شورای نگهبان است که به موجب آن «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به طور

فتوایی با فقهای شورای نگهبان است» (مهرپور، ۱۳۸۸: ۱۳۸/۳-۱۳۹).

بنابراین فقهای شورای نگهبان با توجه به استدلال بیان شده هیچ الزامی ندارند که در هر موضوعی به دنبال کسب فتوا و نظر رهبری باشند و بر اساس فتوای او نظر دهند. البته رویه شورای نگهبان در طول این سال‌ها به این صورت بوده است که اگر در موضوع خاصی مقام رهبری نظر شرعی و فتوای روشن و مشخصی داشته است، فقهای شورای نگهبان نیز نظر مخالفی بیان نکرده‌اند و تشخیص خود را مطابق با فتوای ایشان اعمال کرده‌اند (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ۶۹؛ مهرپور، ۱۳۷۲: ۶).

۱-۴- احتمال چهارم: فتوای فقیه اعلم

فقیه اعلم کسی است که در فهم احکام اسلام از توان بیشتری برخوردار باشد و برای استنباط‌های فقهی خود دلایلی بیاورد که از اتقان و استحکام علمی بیشتر برخوردار باشد. به عبارت دیگر فرد اعلم کسی است که به وسیله مبانی موجود در عصری که زندگی می‌کند درک بهتری نسبت به دیگران داشته باشد (اسدی تبریزی، ۱۳۹۲: ۴۷). همچنین در بیانی مشابه آمده است: «مقصود از اعلم، قوت ملکه‌ای اجتهاد است به این معنا که به دقائق فقه مسلط باشد و در اجتهاد و استنباط احکام الهی مهارت بیشتری داشته باشد» (سبحانی، ۱۳۹۱: ۱۰۷).

دلیل اصلی بر لزوم تقلید، دلیل عقلی و روش عقلا در رجوع جاهل به عالم می‌باشد و سایر آیات و روایات، جنبه ارشادی به همین بنای عقلا دارند. به طور مسلم عقلای عالم در رجوع به متخصصین در امور با اهمیت در مواردی که اختلاف رأی و نظر وجود دارد، به اعلم مراجعه می‌نمایند؛ زیرا عقل سلیم، رأی و نظر مجتهد اعلم را دورتر از اشتباه و نزدیک‌تر به حقیقت می‌داند به همین خاطر پیروی از آراء وی را لازم می‌شمارد.

۱-۵- احتمال پنجم: فتوای کارآمد و مقرون به مصلحت

یکی دیگر از شاخص های تشخیص فتوای معیار، فتوایی است که ضمن برخورداری از ضوابط حجیت شرعی، معطوف به تأمین مصلحت جامعه باشد. مصلحت در لغت یعنی فایده، سود، بهره و نفع و جمع آن مصالح است. وقتی گفته می شود فعلی دارای مصلحت است، یعنی بر انجام دادن این فعل، فایده، سود، یا بهره ای دنیایی یا آخرتی، فردی یا اجتماعی مترتب است (غزالی، ۱۹۹۵: ۲۵۸). مصلحت از حیث لغت شناسی بر وزن «مَنْفَعَت» است و در وجه مصدری به معنای «صلاح» به کار رفته است (افتخاری ۱۳۹۰: ۲۰).

در تعریف اصطلاحی مصلحت، غزالی می نویسد: «مصلحت عبارت است از حفظ دین، جان، عقل، نسل و مال مردم. پس هر آنچه که متضمن حفظ این پنج اصل باشد، مصلحت است و هر آن چه که متضمن پایمال شدن این پنج اصل باشد، مفسده است و دفع آن مصلحت» (غزالی، ۱۹۹۵: ۲۵۸). برخی از فقیهان مصلحت را اعم از منافع و فواید مادی و معنوی دانسته اند و آن را در راستای منفعت مسلمانان، رفع نیازهای حکومت اسلامی و مسلمانان، تقویت اسلام و اقامه دین معنا کرده اند (نجفی، ۱۳۶۷: ۱۶۶؛ امام خمینی، ۱۴۲۱: ۴۴-۴۶).

فقیهان در ابواب مختلف فقه از مصلحت سخن گفته اند؛ از جمله در ابواب فقهی مکاسب محرمة، وقف، جهاد، حدود و تعزیرات. و به طور معمول هر جا سخن از ولایت و تولی بر امر یا کسی در فقه مطرح شده، رعایت مصلحت یا عدم مفسده مورد تولی نیز بیان شده است (صرامی، ۱۳۸۳: ۳۲). همچنین احکام ثانوی، یکی از مجاری کاربرد مصلحت در فقه است. می توان گفت شاخص مصلحت به دنبال تأمین کارآمدی است. بر اساس مصلحت، فتوایی معیار خواهد بود که نسبت مستقیم با حفظ نظام اجتماعی داشته باشد و نیز اهداف شریعت را بهتر تضمین کند.

۲- نقد و ارزیابی احتمالات

۱-۲- نقد احتمال اول: فتوای ولی فقیه

با در نظر گرفتن معیار حسن اداره جامعه اسلامی و ضرورت پرهیز از اختلال در ابعاد مختلف نظام جامعه اسلامی، اکتفا به فتاوی ولی فقیه، با این چالش مواجه می شود فتوای ولی فقیه، لزوماً کارآمدترین و کارگشایترین فتوا نیست؛ هر چند شرایطی ممتاز برای ولی فقیه در نظر گرفته شده است اما بین وجود شرایط لازم برای رهبری و دارا بودن فتوای کارآمدتر و راهگشایتر در همه ی موارد، ملازمه بر قرار نیست (ارسطا، ۱۳۹۳).

معیار قرار دادن فتوای ولی فقیه این معضل را به وجود می آورد که به دنبال تغییر ولی فقیه و با وجود اختلاف فتوا، فتوای معیار نیز دستخوش تغییر خواهد شد. با این فرض که ثبات در قوانین و مبانی حل و فصل اختلافات، لازمه یک نظام حقوقی مطلوب است، نمی توان فتوای معیار را تابع فتوای شخص ولی فقیه قرار داد (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۳: ۲۹۸-۳۰۰).

در پاسخ به این استدلال که اطلاق ادله فقهی، دلالت دارد 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؛ باید گفت لازمه اعطای ولایت بر زعامت این نیست که قوانین بر اساس فتاوی فقیه حاکم تدوین گردد. فرض استفاده از فتوای فقیهان دیگر در امر قانونگذاری یا دادرسی با ولایت فقیه قابل جمع است.

این نکته نیز قابل تأمل است که هر قدر ولی فقیه دارای مرتبه عالی فقهی باشد باز هم اشراف کامل بر همه جوانب و شؤون اداره جامعه اسلامی از عهده وی خارج است. این مسأله بر فرایند شکل گیری فتوا مؤثر است. به همین دلیل این نیاز وجود دارد که رهبر جامعه اسلامی در مسائل مختلف با اهل خبره و کارشناسان به مشورت بپردازد و حتی فراتر از

مشورت، تصمیم‌گیری را در مواردی به متخصصین واگذار نماید.

باید در نظر داشت که اکتفا به فتوای ولی فقیه در امر قانونگذاری یا دادرسی، با شیوه اداره جامعه اسلامی که مبتنی بر اصل مشورت است، مغایرت دارد و نظام ولایت فقیه را در معرض اتهام انحصارگرایی قرار می‌دهد.

۲-۲- نقد احتمال دوم: فتوای مشهور فقها

این معیار با این اشکال مواجه است که در همه مسائل فقهی، فتوای مشهور و برخوردار از پشتوانه اکثریت وجود ندارد؛ بین فقها چندین فتوا وجود دارد که هیچ کدام اکثریت غالب نیست (ارسطا، ۱۳۹۳).

اشکال دیگر این است که موارد خلأ قانونی در امور نو و جدید - مسائل مستحدثه - پدید می‌آید و در این موارد، دیدگاه مشهور وجود ندارد یعنی این مناقشات در مسائلی به وجود می‌آید که برای گذشتگان اصلاً مطرح نبوده است تا فتوای مشهوری شکل گرفته باشد.

کاربرد کلمه مشهور در اصطلاحات حقوقی و فقهی رایج بوده و می‌توان گفت به کار نگرفتن آن در اصل ۱۶۷ قانون اساسی دلیل بر مقصود نبودن آن می‌باشد، زیرا اگر مقصود قانونگذار از فتوای معیار، نظر مشهور فقها بوده می‌توانست به آن تصریح نماید.

۲-۳- نقد احتمال سوم: دیدگاه فقه‌های شورای نگهبان

یکی از اشکالات به این احتمال، این است که فقه‌های شورای نگهبان در طول زمان تغییر می‌کنند و فقه‌های جدیدی جایگزین آنها می‌شوند، در نتیجه فتوای مورد قبول اکثریت فقه‌های شورای نگهبان نیز دچار تغییر می‌شود. در این صورت با این مشکل مواجه می‌شویم که قوانین مصوب از مبنای واحدی پیروی نمی‌کنند و زمانی که از مبنای واحدی برخوردار نباشند، با عدم انسجام و تعارض درونی مواجه خواهیم شد (ارسطا، ۱۳۹۳).

اشکال بعدی در مرحله‌ای اتفاق می‌افتد که فقه‌های شورای بر سر موضوعات فقهی با یکدیگر دارای اختلاف نظر باشند. طبیعی است که در این موارد بنابر نظر اکثر فقه‌های شورای نگهبان عمل می‌شود و دیدگاه اکثریت ملاک قرار می‌گیرد. در صورتی که اکثریت، ملاکی برای تشخیص فتوای برتر نیست. قوت فتوای معیار باید ناشی از ویژگی‌های خود فتوا یا حداقل مستند به جایگاه صاحب فتوا باشد.

ایراد دیگر اینکه شاید در زمینه قانونگذاری، بتوان نظر اکثریت شورای نگهبان را معیار قرار داد، اما مشکل انتخاب فتوا در عرصه دادرسی توسط قاضی برطرف نمی‌شود.

۲-۴- نقد احتمال چهارم: فتوای فقیه اعلم

اشکال این معیار علاوه بر ایجاد تشّت در آرای قضایی، این است که ضابطه مشخصی برای تعیین فقیه اعلم وجود ندارد. در مورد اینکه معیار و مبنای تشخیص مرجع اعلم و در نتیجه فتوای معتبر چیست از سوی قانون‌گذار ملاکی ارائه نشده است. پس در نتیجه نمی‌توان به طور قطع، به اعلم بودن یک فقیه نظر داد.

نکته دیگر اینکه اعلم بودن، امری نسبی است. بدین معنا که در عصر حاضر دیگر نمی‌توانیم فقهی را پیدا نماییم که در تمامی مسائل یا اکثر مسائل فقهی اعلم باشد و این به دلیل وسعت پیدا کردن دایره مسائل فقهی است و هر کدام بر بخشی از مسائل اشراف دارند. این نکته به دشواری تشخیص فقیه اعلم دامن می‌زند (ارسطا، ۱۳۹۳).

۲-۵- نقد احتمال پنجم: فتوای کارآمد

احتمال آخر این است که ما به دنبال کارآمدترین فتوا باشیم. با در نظر گرفتن اینکه هدف اساسی در احکام، جلب مصالح دنیوی و اخروی جامعه است و با توجه به اینکه احتمالات قبل مانند فتوای ولی فقیه، نظر مشهور، دیدگاه فقه‌های شورای نگهبان و فتوای فقیه اعلم، صرفنظر از برخی اشکالات، تلازمی با تأمین مصلحت ندارد، به نظر می‌رسد

این دیدگاه قابل دفاع است که مصلحت به شکل مستقل، ملاک تعیین فتوا قرار گیرد. البته برای تشخیص مصلحت، به عنوان راهکار می‌توان هر یک از فتواها و دیدگاه‌های فقهی را مورد توجه قرار داد. به عبارت دیگر، آنچه هدف است و موضوعیت دارد، تأمین مصلحت و کارآمدی است و سایر راه‌های شمرده شده، همگی طریقت دارند.

۳- امکان‌سنجی مصلحت به عنوان فتوای معیار

۳-۱- توانمندی عقل در فهم مصالح اجتماعی

با در نظر گرفتن مصلحت به عنوان شاخص شناسایی فتوای معیار، این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌توان به شناخت مصلحت دست یافت؟ امکان شناخت مصلحت باید مفروض باشد تا در مرحله بعد، فتوای مقرون به مصلحت را انتخاب نمود. آیا عقل انسان از این توانایی برخوردار است که به فهم مصالح و مفاسد احکام دست یابد؟

طرفداران دیدگاه مبتنی بر امکان فهم و کشف مصالح و مفاسد مورد نظر شارع به وسیله عقل، با تأکید بر کبرای قانون ملازمه، بر این باورند که می‌توان از طریق عقل - و البته با در نظر گرفتن برخی شروط و محدودیت‌ها- مصالح و مفاسد کارها را فهمید و از این راه به حکم شارع رسید، هر چند در آن مورد، نصّ عام یا خاص شرعی وجود نداشته باشد (بای، ۱۳۹۶: ۴۱۶). البته این زمانی است که عقل، درک قاطعانه داشته باشد.

می‌توان با تفکیک امور تبعیدی از امور غیر تبعیدی مجال بیشتری را برای دخالت عقل در نظر گرفت. هر چه احکام از دایره تبعیدیات خارج گشته و به حوزه‌های مسائل اجتماعی نزدیک‌تر شوند به خاطر متفاوت بودن استنباط در احکام اقتصادی، اجتماعی و سیاسی در مقایسه با استنباط در حوزه عبادیات و منابع متفاوتی که از این دو حوزه در دست داریم، ضمن حفاظت از منابع شریعت، وحی و آموزه‌های دینی، می‌توانیم به نحو اجمال به شناخت برخی از مصالح توسط عقل تن دهیم (ایزدهی، ۱۳۹۳: ۳۳۴).

اگر چه درک مصالح و ملاک احکام، مخصوصاً در حوزه عبادیات کار دشواری است اما در امور اجتماعی و سیاسی غیر ممکن نیست؛ زیرا بسیاری از این امور به عرف، عادت، سیره عقلا، دگرگونی مناسبات اقتصادی- اجتماعی جوامع وابسته بوده و با تغییر این امور، احکام مربوط نیز دگرگون می‌شوند (مطهری، ۱۳۷۰: ۴۲). اما این دگرگونی از سنخ نسخ نیست بلکه از قبیل تبدیل حکم به واسطه تغییر موضوع و در سایه تغییر مصالح است که راهکارهای آن در فرآیند اجتهاد، پیش‌بینی شده است (ایزدهی، ۱۳۹۳: ۷۱-۷۳).

۳-۲- تفکیک کشف ملاک احکام از فهم تبعات اجرای احکام

این نکته قابل توجه است که باید بین نقش عقل در دو زمینه فهم ملاک احکام با فهم مصالح اجتماعی تفکیک کرد. در زمینه نخست، کاربرد عقل در مسیر استنباط حکم مورد بررسی قرار می‌گیرد و در زمینه دوم، میزان توانمندی عقل در فهم مصالح و در واقع شناخت تبعات اجرای حکم و ارتباط آن با مصالح اجتماعی، موضوع بررسی است. توانمندی عقل در فهم تبعات فردی و اجتماعی اجرای احکام به توانمندی عقل در تشخیص مصالح اجتماعی مورد اهتمام شارع باز می‌گردد. به عنوان یک نمونه، آیه «و امر هم شوری بینهم» (شوری/۳۸) دلالت بر این سنخ توانمندی عقل دارد. این توانمندی زمینه استفاده از نظر کارشناسان و افراد متخصص در امور مختلف را فراهم می‌کند. برای تعیین فتوای معیار از یکسو باید در مقام استنباط حکم، به ملاک‌های احکام توجه داشت و از سوی دیگر، مقام اجرا توجه نمود و تبعات اجرای حکم را با مصالح اجتماعی مورد اهتمام شارع سنجید.

۳-۳- عدم انحصار مجاری حجّیت دیدگاه‌های فقهی از نظر

امام خمینی^(ه)

هر چند امام خمینی^(ه) از یک‌سو خود نظریه‌پرداز ولایت فقیه بود و از سوی دیگر به عنوان ولی فقیه، در ده سال اول تشکیل نظام جمهوری اسلامی، خود در رأس نظام سیاسی قرار داشت اما اینگونه نبود که قوانین مورد نیاز در نظام قضایی، لزوماً با آراء فقهی ایشان منطبق باشد.

نیست؛ ولی اگر دولت اسلامی مصلحت دید [و] مقرراتی در این باره وضع نمود مراعات آن لازم است» (امام خمینی، ۱۳۷۸: ۸۷/۱۷).

- نمونه چهارم: «بسمه تعالی. حضرت آیت الله العظمی امام خمینی دام‌عزه؛ اعدام شخص مفسد که در نظر مبارک مورد احتیاط است به نظر آیت الله منتظری جایز است و این مسأله در محاکم قضایی مورد احتیاج است. اگر اجازه می‌فرمایید در مراجع قضایی طبق نظر ایشان عمل شود. ادام الله عمرکم الشریف. ۷/۹/۶۶ - عبدالکریم موسوی - بسمه تعالی. مجازید بر طبق نظر شریف ایشان عمل نمایید. ۷/۹/۶۶ روح الله الموسوی الخمينی.» (امام خمینی، ۱۳۷۸: ۳۹۷/۲۰).

- نمونه پنجم: در پاسخ به استفهام سید احمد خمینی؛ «[۶۷/۱۱/۱۸] - به آقای موسوی اردبیلی گفتم: «در مورد فردی که محکوم به اعدام است، امام فرمودند: طبق شرع با آن عمل کنید». ایشان گفت: «طبق نظر [و تشخیص] خودم؟» گفتم: «آری». بعد شک کردم که شاید نباید به نظر خودش عمل کند. در ضمن شما بارها اجازه داده‌اید که ایشان طبق نظر خودش عمل کند. در ذیل این نامه بفرمایید که طبق نظر خودش عمل کند یا نظر شما؟ - بسمه تعالی، به نظر خودشان عمل کنند. روح الله الموسوی الخمينی» (امام خمینی، ۱۳۷۸: ۲۵۳/۲۱).

۴- شاخص‌های تشخیص فتوای کارآمد

۴-۱- نظام‌مندی احکام کیفری

رعایت نظام‌مندی احکام کیفری در انتخاب فتوای معیار به این معنا است که فتوایی که به این عنوان انتخاب می‌شود باید به گونه‌ای باشد که با سایر اجزای نظام حقوق کیفری هماهنگ و سازگار باشد. در تعریف نظام، آمده است: «نظام به معنی مجموعه‌ای از عناصر به هم پیوسته و هدفمند [است] که هدف واحدی را تعقیب می‌نماید» (کعبی، ۱۳۸۸: ۶-۱). نظام حقوق کیفری زمانی به وصف نظام‌مندی شناخته می‌شود که اجزای آن بدون اینکه با یکدیگر تعارض داشته باشند و آثار یکدیگر را خنثی نمایند، با همگرایی، اهداف مشخصی را تأمین می‌کنند. این وصف باید در مجموعه احکام فقهی که در نظام حقوق کیفری وارد می‌شود، رعایت گردد.

امام خمینی^(۵) در مقام تعیین تکلیف برخی معضلات قضایی، عمل طبق فتاوای سایر فقها، علی‌رغم اختلاف با فتوای خود را مجاز شمرده‌اند. این شیوه، اجازه می‌داد که در مورد معضلات قضایی در مقام تعیین رویه و در واقع قانونگذاری، طبق مصالح نظام عمل شود؛ هر چند با نظرات فقهی امام منطبق نباشد. می‌توان گفت از نگاه امام خمینی^(۵) برای شرعی بودن رویه‌ها و قوانین، کافی بود که آنچه مبنای عمل واقع می‌گردد دارای حجیت باشد، هر چند با فتوای ولی فقیه متفاوت باشد. با عمل طبق رویکرد امام، این امکان وجود دارد که برای رعایت مصالح اجتماعی و ساماندهی نظام اقتصادی، فرهنگی و سیاسی، دایره انتخاب فتاوای فقهی گسترده‌تر گردد و عبور «نظام‌مند» از نظرات فقهی ولی فقیه به معنای زیر پا نهادن شریعت و مبانی نظام اسلامی نباشد.

این رویکرد مبتنی بر اقتضائات تشکیل حکومت اسلامی است که وجود وحدت رویه در نظام قضایی از لوازم آن به شمار می‌رود. همچنین مطابق این رویکرد، تکرر فقهی به عنوان یک منبع برای نظام حقوقی به رسمیت شناخته می‌شود و فاصله بین دیدگاه فقهی فقها و آنچه به عنوان قانون اجرا می‌شود رعایت می‌گردد.

- نمونه اول: «اشکال ندارد که نظر علما و صاحب‌نظران اسلامی که انحرافی ندارند در روزنامه‌ها مطرح بشود. اما باید به این امر توجه داشت که آنچه مورد عمل باید قرار گیرد و به عنوان ضابطه در جمهوری اسلامی درآید، قوانینی است که از مجلس می‌گذرد و مورد تأیید و تصویب شورای نگهبان قرار گرفته است. باید مرز بین صاحب‌نظران و قوانین لازم‌الاجراء در جامعه مشخص شود» (امام خمینی، ۱۳۷۸: ۱۷/۲۱۵).

- نمونه دوم: «آنچه را مجلس شورای اسلامی تصویب نموده و به تأیید شورای نگهبان رسیده، هم شرعی است و هم قانونی می‌باشد» (امام خمینی، ۱۳۷۸: ۱۷/۳۱۷).

- نمونه سوم: «حق طبع و نشر، بدین معنی که کتابی را که کسی چاپ کرده و نشر نموده دیگری حق نداشته باشد به دست آوردن یک نسخه از آن، آن را تجدید چاپ و نشر نماید، شرعی

۴-۲- تسهیل زندگی مؤمنان

از مجموعه آیات و روایاتی که بر نیکویی خدمت به مردم و رفع نیازهای آنان دلالت دارد و مسلمانان را به تعاون و همکاری در مسیر آبادانی دنیا و آخرت توصیه می‌کند و نیز از لوازم و مقدمات تأکید بر عدالت و امنیت و فراگیری علم و انجام وقف و بسیاری از بایسته‌های اجتماعی اسلام می‌توان برداشت نمود که در اسلام تسهیل زندگی مؤمنان امری مطلوب است.

در هر جامعه‌ای مردم این انتظار را از نظام سیاسی خود دارند که حکومت به ساماندهی بسیاری از مسائل جامعه که مردم به تنهایی از عهده انجام آن ناتوان هستند، بپردازد. از جمله این امور می‌توان به عمران و آبادی شهرها و روستاها، تلاش برای سواد آموزی به تمام اقشار جامعه و بالا بردن سطح فرهنگ مردم و از همه مهم‌تر مبارزه با دشمنان یاد کرد (ایزدهی، ۱۳۹۳: ۳۶۹).

۴-۳- تقدم اهم بر مهم

قاعده اهم و مهم یا قانون اهمیت، به معنی تقدم حکم مهم‌تر در جایی است که بین دو حکم (مهم و مهم‌تر) تزامم وجود دارد. در نتیجه، هر زمان بین دو واجب تزامم وجود داشته باشد، در مقام رفع تزامم، در صورتی که یکی اهمیت بیشتری داشت بر دیگری مقدم می‌گردد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ۵۸۴/۱). اجرای قاعده اهم و مهم و رعایت مصلحت مهم‌تر یکی از شاخص‌ها در انتخاب فتوای معیار است. البته در تشخیص اینکه کدام مصلحت مهم‌تر است و کدام فتوا با تأمین مصلحت مهم‌تر تناسب بیشتری دارد، موضوع مستقلاً است که برای تشخیص آن به نظر کارشناسان و متخصصان نیازمند خواهیم بود.

نتیجه‌گیری

در بحث از فتوای معیار، پنج احتمال شامل ۱. فتوای ولی فقیه ۲. فتوای مشهور فقها ۳. برآیند دیدگاه فقهای شورای نگهبان ۴. فتوای فقیه اعلم و ۵. فتوای کارآمد و معطوف به مصلحت بررسی شد که در نهایت ملاک پنجم بهترین احتمال برای

انتخاب فتوا تشخیص داده شد. پرهیز از ارائه ضابطه شخصی، وجود عامل منطقی ترجیح، رفع نیاز حقوقی، برکناری از ابهام از جمله شاخص‌هایی بوده است که بر اساس آن ملاک‌های احتمالی مورد سنجش قرار گرفته است.

ملاک کارآمدی و به عبارت بهتر، رعایت مصلحت، عنوان جامعی است که سایر احتمالات در مقایسه با آن طریقت دارد. مصلحت در معنای کلی، مبنای همه احکام فقهی است و به معنای خاص در ردیف عناوین ثانویه قرار دارد که برای رفع معضلات، در نظام حقوقی کارگشا است.

صرفنظر از جایگاه مصلحت در فقه شیعه به عنوان یک مبنا، با مراجعه به سیره حکومتی امام خمینی^(ره) که خود نظریه‌پرداز و مجری نظام مبتنی بر فقه بوده است، می‌بینیم که ایشان در عرصه مدیریت جامعه، رویکرد توسعه دایره حجت را مورد تأیید قرار داده‌اند و در برخی معضلاتی که به ایشان ارجاع شده است، با وجود اختلاف نظر، به فتوای سایر فقها ارجاع داده‌اند. این رویکرد، ظرفیتی مناسب برای کارآمدی نظام حقوقی فراهم می‌کند.

سابقه قانون‌گذاری نشان از این دارد که قانون‌گذار ما تمایل زیادی به استفتاء از مقام رهبری و به کارگیری نظرات مشهور فقها را دارد. در حالی که اگر فتوا مبتنی بر روش اجتهادی باشد، منعی برای استفاده از دیدگاه سایر فقها وجود ندارد. طبیعی است که اجرای این دیدگاه، مستلزم نهادسازی و نیز مشارکت کارشناسان فقهی، حقوقی و سایر حوزه‌های مرتبط است.

ملاحظات اخلاقی: موارد مربوط به اخلاق در پژوهش رعایت گردید.

تعارض منافع: تدوین این مقاله، فاقد هرگونه تعارض منافی بوده است.

سهم نویسندگان: تنظیم و نگارش مقاله مشترکاً با سهمی برابر توسط نویسندگان انجام گرفته است.

تشکر و قدردانی: از تمام کسانی که ما را در تهیه این مقاله یاری رسانده‌اند، سپاسگزاریم.

تأمین اعتبار پژوهش: انجام این پژوهش بدون تأمین اعتبار مالی بوده است.

منابع و مأخذ

- اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس، (۱۳۶۴). صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۵). حقوق جزای عمومی. جلد اول، چاپ چهل و نهم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

- ارسطا، محمد جواد (۱۳۸۹). نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران. چاپ اول، قم: مؤسسه بوستان کتاب.

- ارسطا، محمد جواد (۱۳۹۳). فتوای معیار در قانونگذاری. برگرفته از: <http://fahimco.com>

- اسدی تبریزی، حسن (۱۳۹۱). اجتهاد مبین. قم: انتشارات قلم مهر.

- آقا بخشی، علی اکبر و افشاری راد، مینو (۱۳۸۷). فرهنگ علوم سیاسی. چاپ دوم، تهران: چاپار.

- انصاری، مرتضی (۱۳۸۳). مطارح/انظار. مقرر: ابوالقاسم کلانتر تهرانی، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

- انصاری، مرتضی (۱۳۹۳). فرائد الاصول. مترجم: محمد مسعود عباسی زنجانی، جلد اول، چاپ چهارم، قم: انتشارات دار العلم.

- ایزدهی، سید سجاد (۱۳۹۳). مصلحت در فقه سیاسی شیعه. تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

- بای، حسینعلی (۱۳۹۶). فلسفه فقه. جلد اول و دوم، چاپ دوم، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۶). کلیات عقود و قراردادهای. چاپ دوم، تهران: میزان.

- البوطی، محمد سعید رمضان (۱۳۸۴). مصلحت و شریعت. ترجمه اصغر افتخاری، تهران: قصیده سرا.

- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۶۷). ولایت فقیه-رهبری در اسلام. تهران: مرکز نشر فرهنگی رجاء.

- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۳). بایسته‌های تقنین (با نگاهی انتقادی به قانون مجازات اسلامی). چاپ سوم، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

- حرعاملی، محمد بن حسن (بی‌تا). وسایل الشیعه. بیروت: دار احیا التراث العربی.

- حسینی، سید محمد (۱۳۸۲). فرهنگ لغات و اصطلاحات فقهی. تهران: سروش.

- درگاهی، محمدصادق (۱۳۹۴). منتخب فرهنگ واژه‌ها و اصطلاحات فقهی. تهران: انتشارات تنزیل.

- زراعت، عباس (۱۳۸۸). آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. چاپ پنجم، تهران: دانش پذیر.

- سبحانی، علیرضا (۱۳۹۱). اجتهاد و تقلید. قم: مؤسسه امام صادق علیه .

- صرامی، سیف الله (۱۳۸۳). «درآمدی بر جایگاه مصلحت در فقه». مجله قبسات، ۹(۲): ۸۱-۱۰۰.

- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۷). کلیات حقوق اساسی ایران. تهران: انتشارات مجد.

- غزالی، ابوحامد محمد بن محمد (۱۹۹۵). المستصفی من علم الاصول به ضمیمه فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت. بیروت: دارالصادر.

- قیاسی، جلال الدین. (۱۳۷۵). «ضرورت بازنگری در قانون مجازات اسلامی». نامه مفید، ۲(۱): ۱۳۵-۱۴۸.

- کعبی، عباس (۱۳۸۲). «تطبيق نظام حقوقی اسلام با حقوق وضعی معاصر». فصلنامه فقه اهل بیت فارسی، ۳۶(۴): ۱۰۰-۱۲۶.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۳). کافی-کتاب الحجّه. تصحیح علی اکبر غفاری، جلد اول، بیروت: دارالصعب.
- مختاری مازندرانی، محمد حسین (۱۳۹۴). فرهنگ اصطلاحات/اصولی. قم: عروه الوثقی.
- مشکینی، علی (۱۳۹۴). اصطلاحات علم اصول. ترجمه علیرضا شاه فضل، قم: مؤسسه بوستان کتاب.
- مطهری، مرتضی (۱۳۷۰). ختم نبوت. چاپ هفتم، قم: انتشارات صدرا.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲). انوار الاصول. قم: انتشارات امام علی بن ابیطالب.
- ملکی اصفهانی، مجتبی (۱۳۹۰). فرهنگ اصطلاحات اصولی. قم: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی.
- منتظری، حسینعلی (۱۳۶۷). مبانی فقهی حکومت اسلامی. ترجمه و تقریر محمود صلواتی، جلد اول، تهران: کیهان.
- منصورآبادی، عباس (۱۳۹۷). حقوق جزای عمومی. چاپ سوم، تهران: میزان.
- مهرپور، حسین (۱۳۷۲). «شورای نگهبان و بررسی قوانین». مجله حقوقی دادگستری، ۳(۳): ۵۵-۷۴.
- مهرپور، حسین (۱۳۷۱). مجموعه نظریات شورای نگهبان. تهران: کیهان.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۳۷۲). انوار الهدایه. جلد اول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۳۷۸). صحیفه امام خمینی. جلد ۲۰، ۲۱ و تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۳۸۸). اجتهاد و تقلید. مترجم: وهاب دانش پژوه، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی - عروج.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۱). کتاب البیع. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار خمینی.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۲). استفتائات. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۶۷). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. جلد سی و یکم و چهارم، چاپ سوم، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نظر پور، مهدی (۱۳۸۸). آشنایی با قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: دفتر نشر معارف.
- هادوی تهرانی، مهدی (۱۳۸۹). ولایت فقیه. چاپ چهارم، تهران: کانون اندیشه جوان.
- هاشمی، سید محمد (۱۳۸۹). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران- اصول و مبانی کلی نظام. چاپ دهم، تهران: نشر میزان.
- الهام، غلامحسین و برهانی، محسن (۱۳۹۶). درآمدی بر حقوق جزای عمومی. چاپ سوم، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- ولایی، عیسی (۱۳۸۷). فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول. چاپ ششم، تهران: نشر نی.