
ماهیت و کارکرد قانون در مقایسه با فتوا

تاریخ دریافت: ۹۴/۲/۳۰

تاریخ تأیید: ۹۴/۵/۱۲

فریبا علاسوند

عضو هیئت علمی مرکز تحقیقات زن و خانواده - alasvand.f@gmail.com

چکیده

اداره حکومت نیازمند قوانین متنوعی است که ممکن است بر پایه ضرورت‌ها، مصلحت‌ها و شرایط تزاومی وضع شده، با احکام اولیه متفاوت باشد. با بررسی مؤلفه «ماهیت قانون»، «کارکرد قانون» و «فرآیند تبدیل فتوا به قانون» می‌توان دریافت که ماهیت قانون و فتوا، به ویژه از نظر ملاک و مصلحت، متفاوت بوده و نسبت میان این دو عموم و خصوص من وجه است. قانون از نظر کارکرد، وسیع‌تر از فتواست و قانون‌گذار ضمن تأکید بر احکام اسلامی، به ارزش‌های اجتماعی و اهداف دین هم نظر داشته و بر اساس آنها به قانون‌گذاری مبادرت می‌کند. در عین حال، به دلیل ضرورت قانون‌گذاری اسلامی، به الگویی جهت تبدیل فتوا به قانون نیازمندیم که هم عنوان «موازن شرعی» بر قوانین صادره صدق کند و هم نگاهی جامع به دین و نیازهای حکومت در آن لحاظ شده باشد.

واژگان کلیدی

قانون‌گذاری، احکام اولیه، مصلحت، تزاوم، عدالت.

۱. بیان مسئله

اصولی چند فراروی حکومت‌ها قرار دارد که در مورد حکومت اسلامی سه اصل حائز اهمیت است: اول، ایجاد انضباط اجتماعی از طریق قانون‌گذاری‌های تکلیفی و وضعی؛ دوم، تضمین احکام دین و سوم، تأمین اهداف دین. اهداف دین کم‌اهمیت‌تر از احکام نیستند و حکومت موظف است اهداف اجتماعی دین را تحقق بخشد.

همان‌طور که برخی فقیهان تصریح کرده‌اند، اگر حکومت دارای منبع و مصدر مشروعی باشد که به آن سلطه ببخشد و برنامه‌هایش هم بر اساس مصلحت‌های اجتماعی

باشد، می‌تواند به قانون‌گذاری پردازد (حائری ۱۳۹۹ق، ۱۴). حکومت در این راستا، افزون بر تأمین حداکثری اهداف دین، نباید قوانینی در ضدیت با احکام اولیه دین وضع نماید. برآیند حداقلی همه دیدگاه‌ها در قانون‌گذاری حکومت اسلامی آن است که قانون‌گذار نباید بر ضد احکام دین قانونی وضع کند، اما دیدگاه‌هایی نیز وجود دارند که تطابق بیشتر با احکام شرعی را در قانون‌گذاری شرط دانسته‌اند؛ برای مثال برخی از فقها قوانین حکومت را که به وسیله ولی فقیه صادر می‌شوند، به سازگاری با الزامات و قوانین شرعی مقید کرده‌اند (حائری ۱۴۲۴ق، ۱۲۹ و ۲۶۵).

اگر مراد از سازگاری در دیدگاه اخیر، موافقت قوانین با احکام اولیه شرع باشد، حکایت از رویکرد حداکثری در رعایت احکام شرعی دارد که هر چند در جای خود قابل تأمل است، اما با توجه به نیازهای یک حکومت در قانون‌گذاری تنگناهایی در اداره کشور ایجاد می‌کند.

این مطلب دقیقاً همان نکته‌ای است که امام خمینی بر آن اصرار داشته و بدون آن اختیارات حکومت را در قانون‌گذاری بی‌معنا می‌دانستند. ایشان در همین راستا در پاسخ به رئیس جمهور وقت، آیت‌الله خامنه‌ای، نوشتند:

اگر اختیارات حکومت فقط در چارچوب احکام فرعی الهی است باید عرض حکومت الهیه و ولایت مطلقه مفوضه به نبی اسلام یک پدیده بی‌معنا و محتوا باشد. اشاره می‌کنم به پیامدهای آن که هیچ‌کسی نمی‌تواند به آنها ملتزم باشد؛ مثلاً خیابان‌کشی‌ها که مستلزم تصرف در منزلی یا حریم آن است در چارچوب احکام فرعی الهی نیست. نظام وظیفه الزامی به جبهه‌ها و جلوگیری از ورود و خروج ارز و صدها امثال آن که از اختیارات دولت است بنا بر تفسیر شما خارج است ... حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته در موقعی که قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یک‌جانبه لغو کند؛ می‌تواند هر امری را چه عبادی و یا غیر عبادی که جریان آن مخالف مصالح اسلام است از آن مادامی که چنین است جلوگیری کند ... (موسوی خمینی ۱۳۷۸، ۲۰: ۱۷۰).

بر اساس نظریه امام که رویکردی منطقی به نیازمندی‌های قانون‌گذارانه حکومت دارد، سازوکاری برای جلوگیری از طرح و تصویب قوانین ضد اسلامی پیش‌بینی شده است که مراعات اصول، اهداف دین و مصالح اسلام بخشی از آنهاست.

شهید صدر نیز ضمن بیان دیدگاه خود درباره حیطه قانون‌گذاری حاکم اسلامی، سازوکاری برای جلوگیری از تقنین قوانین متضاد با احکام اسلامی پیش‌بینی کرده‌اند. بر اساس نظریه ایشان، در مواردی که در شریعت نظر قاطعی مبنی بر ایجاب و تحریم (احکام

الزامی) نباشد، حاکم که نمایندگی امت را بر عهده دارد می‌تواند به قانون‌گذاری بپردازد (صدر [بی‌تا]، ۱۲).

این عرصه همان عرصه «مباحات بالمعنی الاعم» است که در تئوری ایشان «منطقه الفراغ» نام دارد و حاکم برای قانون‌گذاری در آن به دو جهت باید توجه کند: اول آن که به ارزش‌های اجتماعی مورد نظر دین مانند مساوات، اخوت و عدالت به عنوان اهداف عالی اسلام توجه داشته باشد (همان، ۲۷). وجود ارزش‌های اجتماعی در دین، مقتضی یافتن شکل‌های قانون‌گذاری رو به تکاملی است که متناسب با شرایط و متغیرات در جهت تحقق آن ارزش‌ها باشد. دوم آن که بکوشد از سیره رسول اکرم و امامان معصوم «علیهم السلام»، جنبه‌های متغیر دین را که ناظر به شأن مدیریت اجتماعی آنها بوده است، از احکام ثابت تفکیک کرده و از آن رو که هر دو جنبه از مقام عصمت آنها پدیدار شده‌اند از احکام صادره برای پر کردن منطقه فراغ الهام گیرد (همان، ۲۸/ همو ۱۴۱۷ق، ۳۲۳-۳۲۴).

افزون بر ارزش‌های اجتماعی دین و بهره‌برداری از احکامی که معصومین «علیهم السلام» در منطقه فراغ اجرا می‌کردند، در نظر ایشان اهدافی که از تشریح احکام مد نظر شارع مقدس بوده، خود در حکم شاخص‌هایی هستند که در سایه آنها برای فقیه حاکم روشن می‌شود که جنبه‌های متغیر دین (عناصر متحرکه) در چه قالب‌های تشریحی جعل شوند (صدر [بی‌تا]، ۲۴-۲۵).

اگرچه نظریه اخیر باز هم از نظریه امام خمینی درباره اختیار حکومت در قانون‌گذاری محدودتر است، اما درباره قانون‌گذاری شاخص مهمی ارائه داده است. این شاخص «هماهنگی با اهداف و ارزش‌های دین» است تا خلأهای اجتماعی با توجه به شرایط متغیر پر شود. چنین کاری ضمن کوشش حداکثری برای تحقق اهداف، در راستای حفظ و ابرام همان احکام فرعی اولی صورت می‌گیرد.

بنابراین، فقیه در مقام حاکم با فقیه در مقام مرجع تفاوت داشته و در قانون‌گذاری علاوه بر توجه به احکام اولی شرعی به ابعاد دیگری نیز نظر دارد. وجود این مسائل است که بررسی نسبت میان فتوا و قانون را پراهمیت می‌نماید. به نظر می‌رسد که برای درک این نسبت نیازمند تحلیل ماهیت و کارکرد قانون و فهم تفاوت‌های آن با فتوا هستیم.

پرسش اصلی این تحقیق آن است که «آیا قانون در حکومت اسلامی الزاماً همان فتوا است؟»؛ به عبارت دیگر «آیا همه فتاوا باید به قانون تبدیل شوند یا همه قوانین باید مستند به

فتاوا بوده و فقط فتاوا هستند که می‌توانند به لباس قانون درآیند؟». دو سؤال فرعی دیگر هم قابل طرح هستند که به حل مسئله اصلی کمک می‌کند. اول این که «آیا کارکرد قانون در نهایت حفظ اهداف اصلی دین است، ولو این که به قیمت کنار نهادن برخی مفردات احکام تمام شود؛ یا این که تحفظ بر احکام اولیه لازم است؛ اگرچه این امر باعث از دست رفتن برخی اهداف دین گردد یا آن که راه سومی وجود دارد؟». دوم این که «نکات مهم در فرآیند تبدیل فتوا به قانون و معیار ترجیح فتوا در امر قانون‌گذاری چیست؟». برای پاسخ به این پرسش‌ها به بررسی سه مسئله نیازمندیم: «ماهیت قانون»، «کارکرد قانون» و «فرآیند تبدیل فتوا به قانون».

۲. ماهیت قانون

قانون از واژه یونانی kanon تعریف شده و به زبان عربی و سپس فارسی وارد شده است. در تبیین آن تعاریف متعددی در کتب ارائه شده است؛ از جمله این که نوشته‌اند: «قانون دستور کلی و گاهی جزئی است که به وسیله مرجع صالح انشا شده و به وسیله مجالس قانون‌گذاری تصویب و سپس به توشیح مرجع صلاحیت دار برسد و در معنای اعم، شامل مجموعه قواعد حقوقی است که به وسیله قانون‌گذار مقرر می‌شود» (جعفری لنگرودی ۱۳۷۶، ۵۱۷). بنابراین، محتوای قانون، الزام یا اباحه و اذن است که از مرکز قدرت صادر می‌شود.

قانون مهم‌ترین مؤلفه نظام حقوقی است که درباره ماهیت آن دیدگاه‌های متعددی بیان شده است. از نظر برخی نویسندگان، این پاسخ‌ها حاکی از نظری بودن و اختلافی بودن ماهیت قانون است (راسخ ۱۳۸۵، ۱۳-۱۵). با این وجود، برای قانون و ویژگی‌های ذاتی‌ای برشمرده‌اند تا گفت و گوها درباره آن بر پایه یک تعریف حداقلی شکل گیرد. در این تعریف حداقلی، مصدر قانون یک مقام ذی صلاح و مافوق است تا الزام‌آوری قانون تأمین شود؛ چیزی که باعث شده قانون با دیگر هنجارهای رفتاری متفاوت شود. از سوی دیگر، عدم پیروی از قانون، عکس‌العمل حکومت را به دنبال دارد و این حکومت است که اجرای آن را تضمین کرده و به التزام وجدان اکتفا و اتکا نمی‌کند (کاتوزیان ۱۳۷۷، ۱: ۴۳۰-۴۳۱). با ذکر این نکات کوتاه باید نسبت قانون با احکام الهی تبیین شود.

از نظر علمای مسلمان حق قانون‌گذاری منحصر در خداوند است؛ البته مراد آنها از قانون در چنین تعبیری احکام شرعی است. غایت احکام هم تحقق اسلام و گسترش عدالت میان آدمیان است. منشأ بودن خداوند برای قانون، به آن مشروعیت می‌دهد و

چنان که برخی محققان نوشته‌اند که «مشروعیت یک ترم تثوریک است» (راسخ ۱۳۸۵، ۳۱) و نظام حقوقی اسلام نیز بر پایه این بنیان نظری استوار شده است.

در کنار احکام، فقهای مسلمان به احکام سلطانی و حکومتی هم باور دارند که حدود این احکام از جهت نظری و عملی به حدود ولایت و سلطه حاکم مرتبط است. این قوانین بر اساس نیاز جامعه اسلامی و بر پایه مصلحت عمومی جعل شده، ماهیتی موقتی داشته و از نظر اعتبار و حجیت، به همان قوانین و احکام اولیه ارجاع پذیرند (منتظری ۱۴۰۹ق، ۲: ۶۰). این احکام در واقع قوانین مورد نیاز جامعه اسلامی بوده و مصلحت عمومی، دست‌مایه اصلی برای تبیین ماهیت چنین قوانینی و احیاناً منشأ تفاوت میان قانون و فتوا است؛ زیرا مصلحت‌های عمومی همواره منطبق بر مصلحت‌های نفس الامری که ملاک‌های احکام اولی می‌باشند، نیستند.

برخی فقها احکام حکومتی را ضامن اجرا و تطبیق احکام الهی می‌دانند که با توجه به زمان و مکان جعل می‌شوند و از این رو احکامی قابل تغییرند (صافی گلپایگانی ۱۴۱۲ق، ۳۰ و ۳۴). اما این احکام در موارد ضرورت و تزامم تشریح شده و دائرمدار ضرورت هستند (همان، ۹)؛ مانند این که حاکم در راستای حفظ نظام، اداره جامعه و ایجاد امنیت مالی و جانی مردم، از بعضی آزادی‌های مردم در زمان و مکانی خاص جلوگیری کند (همان، ۱۵). در این اعتقاد قوانینی که به وسیله حکومت قرار داده می‌شوند تنها در چارچوب ضرورت و یا در فرض تزامم میان احکام اولی و به منظور ترجیح اهم بر مهم، مشروعند. این رویکرد ماهیت قانون را چندان متفاوت از فتوا ندانسته و نگرش غیر توسعه‌ای به آن دارد.

افزون بر آنچه گذشت، حکومت برای اداره کشور به قوانین خرد و کلان متعددی احتیاج دارد که باید لازم‌الاجرا باشند، و گرنه اداره کشور ممکن نخواهد بود. اعتبار این قوانین تابع اصول حجیت درباره احکام شرعی نیست. در عین حال آنها باید از عقلانیتی برخوردار باشند که تقنین آنها را تبیین کند؛ مانند این که درباره احکام حکومتی خاص، تطابق با مصلحت عمومی شرط شده است (صافی گلپایگانی ۱۴۱۲ق، ۲۰/ گرجی ۱۳۶۹، ۲: ۲۸۷).

به هر روی، باور به اصالت حق قانون‌گذاری و تشریح در خداوند و باز نهادن مجالی برای دخالت حاکم در اداره کشور که ناگزیر از تقنین و صدور حکم می‌شود، مورد قبول فقهای زیادی است (رک: ضیایی فر ۱۳۸۲، ۳۱۵ - ۳۲۳).

مخالفین این نظریه، به ویژه در جریان انقلاب مشروطه، تنها قانون مرجع را همان احکام اسلامی می دانستند و معتقد بودند: کسی که معتقد به جعل قانون باشد از ربقه اسلام خارج است. آنان به صراحت قانون را همان احکام اسلامی و فتاوا قلمداد می کردند. محقق نائینی در تحلیل و نقد این گفته تصریح می دارد که این دیدگاه تدوین قانونی غیر از قانون اسلام را بدعت می داند، در حالی که اگر بر حسب نیاز تنظیماتی تدوین گردد، بدون التزام به این که این تنظیمات و قوانین جزء اسلام است، بدعتی رخ نداده است (غروی النائینی ۱۴۲۴ق، ۱۰۶-۱۰۷).

به نظر می رسد که نیازمندی به قانون در عرصه اداره جامعه غیر قابل انکار و امری وجدانی است. زمانی که حکومت اسلامی وارد میدان شده و برای زندگی مردم دست به مداخله می زند، در واقع با عرصه تزاخم تکالیف و مصالح فردی، اجتماعی و حاکمیتی روبه رو است که بدون دخالت حاکم و امکان قانون گذاری به صورت تکلیفی و وضعی، حل و فصل نخواهد شد.

امام خمینی در پاسخ به آیت الله محمدحسن قدیری درباره صدور فتوا در مورد شطرنج، برداشتی از روایات و اخبار را که به تحولات اساسی زندگی بشری توجه باشد تخطئه کرده و موجب فروپاشی تمدن جدید دانسته اند. از نظر ایشان، موضوع شناسی جهت توسعه فقه، ضروری و توجه به عناصر اقتصادی، اجتماعی و سیاسی لازم است؛ امری که ممکن است به تغییر موضوع بینجامد (موسوی خمینی ۱۳۷۲، ۲۱: ۱۵۱-۱۵۲ و ۲۸۹). از سوی دیگر، در فقه قوانین ثانویه ای وجود دارد که خود ناظر به قوانین دیگر (فتوهای جزئی ۱) هستند و روح آنها مراعات مصالح مسلمین است (همو ۱۴۲۳ق، ۱۲۴). بنابراین، افزون بر مراعات احکام اولی اسلام، امور دیگری هم در قانون گذاری کلان برای اداره جامعه مطرح است.

نکته مهم دیگر در امر قانون گذاری، آن است که قانون گاهی دست به تأسیس می زند. به عبارت دیگر، مسئولیتی را متوجه کسی کرده یا برای شخص، شیء یا موقعیتی الزامی را قرار می دهد. این امر به معنای ایجاد سلطه برای قانون نسبت به زندگی مردم است که احکام اسلامی درباره آن فروع متعددی دارند. حال اگر در همه موارد، احکام دین بر قانون گذاری مسلط باشند، حتی اگر ضرورت و مصلحت عمومی مسلمین خلاف آن را اقتضا کنند، وجود حکومت برای پیشبرد مقاصد کلی مسلمین در تعامل با ملل و کشورهای دیگر، کم فایده خواهد بود.

بر این اساس، می‌توان گفت قانون با فتوا از جهاتی تفاوت دارد. قانون از مقوله انشاء، ایجاد و وضع است و اطاعت از آن بر همه مسلمانان واجب است، چه مقلد رهبر (حاکم) باشند چه نباشند؛ اما فتوا فقط برای مقلدین مجتهدی خاص حجیت و اعتبار دارد. از سوی دیگر، در صورت تراحم فتوا با قانون وضع شده توسط رهبری مشروع جامعه فتوا نقض می‌گردد، ولی قانون به وسیله فتوا نقض نمی‌شود (آصفی ۱۴۲۶ق، ۲۰۴).

برخی دیگر نیز با تفکیک میان عناصر جهان‌شمول یا همان ابعاد و احکام ثابت دین از یک سو و عناصر موقعیتی یا همان ابعاد متغیر از سوی دیگر، فتوا را عنصر جهان‌شمول و قانون را تطبیق عناصر جهان‌شمول در موقعیت می‌دانند. بر همین اساس، قوانینی که به عنوان احکام ولایی تشریح شده‌اند، به جهت کاشفیت و اماریت اعتبار نیافته‌اند تا در صورت کشف خطا، حجت نباشند، بلکه تبعیت از آنها به دلیل موضوعیت است. به همین دلیل، درست نبودن قانون در نظر شخص یا گروهی مجوز مخالفت با آن نیست (هادوی تهرانی ۱۳۹۰، ۲۰).

چنان که گذشت، منشأ صدور قانونی که ممکن است با حکم شرعی سازگاری کاملی نداشته باشد (مثل این که امر مباحی را الزامی یا غیرمجاز کند)، وجود ضرورت - و نه اضطرار - و مصلحت‌های اجتماعی با قید عمومیت است؛ اما مصلحت در این بحث به معنای ملاک حکم شرعی و یا منبع صدور حکم اولی نیست، بلکه امری است موقتی که حاکم و جامعه اسلامی در برهه زمانی معینی نمی‌توانند آن را نادیده بگیرند.

البته برای قانون‌گذاری، به ویژه اگر بخواهد باعث نقض فتوا گردد، تشخیص مصالح عمومی، تعیین سلسله مراتب میان مصالح و وضعیت‌سنجی میان مصالح و پیامدهای بد احتمالی مهم‌ترین کار است. اگر تغییر و تحولات در بافت فرهنگی و اقتصادی جامعه امری واقعی است، رصد آثار و پیامدهای قوانین در زندگی مردم گریزناپذیر است.

گفتنی است، پیرو اختلاف مجلس و شورای نگهبان درباره ملاحظه مصالح موقت، امام خمینی در تاریخ ۱۹/۷/۱۳۶۰ مصوبات مجلس را با دو قید پذیرفتند: تشخیص موضوع یا همان مصلحت با رأی اکثریت نمایندگان و تصریح به موقتی بودن قانون مصوب بر اساس این تشخیص (موسوی خمینی ۱۳۶۹، ۱۵: ۱۸۸).^۲ چنان که ملاحظه می‌شود از متن حکم ایشان، هم امکان تشخیص مصلحت و اعتبار فی الجمله آن اثبات می‌شود و هم جهت جلوگیری از خطای زبانی در قانون‌نویسی، ذکر قید «موقت بودن» لازم می‌گردد تا مبادا

یک قانون موقت، شائبه دوام و اولیت پیدا کند.

این همه نشان می‌دهد که برای درک مصالح عمومی، حساسیت‌های فقهی در احراز همه جهات محسنه و نفی همه جهات مقبحه که اساساً احراز را با منع صغروی مواجه می‌کند، لازم نیست.^۲ در عین حال، به طور جدی تأکید می‌شود که حاکم، مسئول و یا قانون‌گذار، باید موارد ذیل را در استنتاج و کشف مصلحت مراعات کنند:

۱. فایده‌مندی حکم مربوطه برای جامعه و نظام اسلامی؛

۲. حفظ اهداف اصلی دین؛

۳. حداقلی بودن مضار دنیوی و اخروی؛

۴. عدم ضدیت با احکام اولیه شرعی؛

۵. مسئله شدن موضوع در جامعه با نگاه کلان و بر اساس تحلیل‌های علمی کارشناسان (در قانون‌گذاری کلان و نه خرد)؛^۳

۶. جلوگیری از تبدیل شدن ظرفیت مصلحت به تغییر تدریجی همه شریعت (احتراز از عرفی شدن و سکولاریزه شدن قوانین).

روشن است که بر اساس معیارهای ذاتی دین و در وضعیت اولیه، ملاک‌های نفس‌الامری بر مصلحت‌های اجتماعی نوپدید ترجیح دارند و قوانین حاکمیت در صورتی مشروعند که در راستای حفاظت از دین و اهداف آن و با توجه به احکام و ملاکات نفس‌الامری آنها باشند. بنابراین، همواره در مسیر تحول، آن دسته از قوانین و دستورالعمل‌هایی اعتبار خواهند داشت که ضمن تأمین مصلحت عمومی جامعه اسلامی، کمترین زاویه را از احکام تکلیفی و وضعی دین داشته باشند.

در عین حال، شکل‌گیری موقعیت‌های عینی در زندگی رو به تحول بشر، حاکمان و قانون‌گذاران را به سمت تشریح قوانین موقت سوق می‌دهد تا دین همواره در زندگی کارآمد بماند. لغزندگی این امر و احتمال فروافتادن در ورطه مصلحت‌های موهوم، حساسیت در امور فوق را لازم می‌کند.

بنا بر آنچه گذشت، نگاه سخت‌گیرانه به «احراز مصلحت»، حکومت را در امر قانون‌گذاری دچار مشکل می‌کند. «حجت» در مسیر مصلحت‌یابی، الزاماً جنبه کشف از واقع را ندارد، بلکه تابعی از کوشش حداکثری فقیه حاکم و یا قانون‌گذاران مأذون از طرف وی، برای درک ضرورت‌ها و نیازمندی‌های جامعه و حکومت اسلامی است و زمانی

که کارشناسی‌های دقیق، رجحان یک طرف را ثابت کند و ترک آن را موجب ضرر برای جامعه اسلامی یا نظام اسلامی بداند، قوانین حکومتی محقق خواهند شد.

نکات فوق درباره قوانین خانواده که عرصه خصوصی مردم است و همچنین درباره قراردادهای خصوصی مردم، به طور ویژه باید مورد توجه قرار گیرند. به عبارت دیگر، خانواده حیطة خصوصی است، اما برخی تصمیم‌گیری‌ها درباره آن ابعاد اجتماعی دارد. در چنین مواردی است که حکومت در قوانین مربوط به خانواده مداخله می‌کند.

ممکن است خانواده با پشت سر نهادن برخی از تحولات که متأثر از شرایط جهانی و الزامات زندگی در عصر جدید است، به سمت تغییراتی سوق داده شود؛ مانند بالا رفتن سن ازدواج، کم‌فرزندی، اشتغال مادران، وقوع بیشتر پدیده طلاق و موارد دیگر. باید دانست چنین مسائلی در چه شرایطی و با چه شاخص‌های کمی و کیفی به مسئله اجتماعی تبدیل و دخالت قانون‌گذارانه در آنها برای حکومت ضرورت یا مصلحت می‌یابد.

یکی از مصادیق این موارد، تعداد فرزندان در یک خانواده است. این امر در وهله اول و بنا بر احکام اولی دین و فتاوی فقهی، به تصمیم شخصی زوجین بستگی دارد و دین نیز درباره فرزندآوری توصیه‌هایی دارد که از استجاب فراتر نمی‌روند. افزون بر این، جمعیت در هر کشور همواره یک مسئله حکومتی و کاهش و افزایش آن دارای آثار فراوان سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است. به همین جهت، حکومت در ایران طی دو مقطع، یکی برای کاهش جمعیت و دیگری برای افزایش آن، قانون‌گذاری کرد که چنین کاری به تنهایی دارای منطق عقلایی است، اما در مرحله اول، مصلحت‌سنجی و قانون‌گذاری به درستی صورت نگرفت و باعث تضعیف نظریه دخالت حکومت در عرصه خانواده شد. مسائلی که در این باره اهمیت داشتند عبارتند از:

۱. غفلت از موقتی بودن مصلحت و قوانین مبتنی بر آن که باعث استمرار بیش از حد برنامه‌ریزی‌های کنترل جمعیت و کاهش نگران‌کننده آن گردید؛

۲. غفلت از ابعاد گوناگون کنترل جمعیت مانند بی‌اعتنایی اهل سنت به قوانین فوق و تأثیرات فرهنگی، اجتماعی و اقتصادی کاهش جمعیت شیعه در درازمدت، در ارزیابی مصلحت. در واقع مصلحت‌شناسان فقط به ابعاد اقتصادی کوتاه‌مدت پدیده جمعیت نظر داشتند و از تأثیر قانون بر تغییر هنجارها و عادات‌های مردم غافل بودند. اصولاً اگر مردم به آثار دل‌پذیر شکلی از قانون که آنها را در آسایش بیشتری قرار می‌دهد خو بگیرند (مانند

رفاه برآمده از تک‌فرزندی)، تغییر دوباره عادت به وسیله قانون کار آسانی نخواهد بود. مثال دیگر، گذران اوقات فراغت اعضای خانواده در یک کشور است. به اقتضای احکام اولیه هر کسی از آزادی انتخاب در این باره برخوردار است و به عنوان یک مسلمان موظف است به احکام شرعی مانند حرمت ایذاء، حرمت اسراف، خودداری از لهو و سایر احکام فردی توجه کند. حکومت در صورتی در شکل گذران اوقات فراغت افراد و خانواده‌ها مداخله و در این حوزه مباح قوانین الزام‌آور جعل می‌کند که وجود مصلحت عمومی محرز یا مورد اطمینان باشد. این مصلحت، مصلحت اجرایی است و به همین جهت در تراحم با مصلحت واقعی احکام مرجوح که مصلحت تشریعی است، قرار نمی‌گیرند. با توجه به تمام آنچه گذشت، می‌توان رابطه میان قانون و فتوا را عموم و خصوص من وجه دانست.

۳. کارکرد قانون

فرق میان قانون و فتوا می‌تواند به کارکرد و انتظار از هر یک برگردد. نگاه بیرونی قانون‌گذار یا حاکم اسلامی به شرایط اجتماعی و ضرورت‌های عینی و مطابق و واقعی، موقعیتی غیر از مطابق و واقع نفس‌الامری در برابر قانون ایجاد می‌کند. به عبارت دیگر، تقنین به عنوان یک امر اعتباری به عناصر بیشتری غیر از ملاک‌های نفس‌الامری توجه دارد.

اگر یکی از کارکردهای قانون ایجاد انضباط در رفتار اجتماعی باشد، آنگاه دخالت عناصر و متغیرهای جدید در حوزه رفتار عمومی و ضرورت توجه قانون‌گذار به آنها گریزناپذیر است.

آنگاه که حکم فقهی به صورت جزئی از نظام حقوقی در قالب قانون عرضه می‌شود، با مجموعه اجزای تشکیل‌دهنده جامعه در ارتباط قرار می‌گیرد و از این منظر باید هم به تنهایی و هم در دید کلان و در پیوند با سایر اجزا کارآمد باشد. این کارآمدی معنایی گسترده‌تر از استفاده از احکام ثانویه دارد (حاجی‌ده‌آبادی ۱۳۸۹، ۲۴۶). بنابراین، قانون کارکرد وسیع‌تری از فتوا خواهد داشت.

با توجه به آثار و کارکرد قانون و انتظارات گسترده‌تر از آن، قانون‌گذار ممکن است قانون را نسبت به فتوا توسعه داده یا تضییق کند، بی آن‌که متعرض تغییر شریعت شود. گاهی نیز سکوت قانون و واگذاری یک حکم شرعی به اراده‌های کاملاً شخصی مردم بیشتر مایه حفظ فتوا می‌گردد، زیرا نکته مهم در این منش قانون‌گذارانه، تحفظ بر احکام

شرعی، توجه به دین و اهداف کلی آن و متغیرهای اجتماعی است. برای مثال، همان‌گونه که برخی محققان آورده‌اند، «برابر دیدگاه فقهی، مرد می‌تواند هر زمان خواست همسر خود را طلاق دهد و نیز می‌تواند چهار همسر برگزیند و به تعداد دلخواه همسر موقت داشته باشد و با وجود این چه بسا اطلاق این حکم را با توجه به مصالح عمومی جامعه (و حتی مصلحت نظام اسلامی) ۵ نتوان مستقیماً در متن قانون آورد. پذیرش این که مرد هرگاه خواست طلاق‌نامه را برای همسر خود بفرستد و زندگی جدیدی با همسر دیگری آغاز کند، شاید از نگاه فقه فردی امر ناخوشایندی نباشد، اما نمی‌توان قانون را پناهگاه چنین آزادی عملی برای مردان قرار داد. از این روست که در گذار از فقه به قانون، عنصر مصلحت عامه و اهداف حکومت اسلامی نقش بسیار مهمی دارند» (امینی ۱۳۷۹، ۵۶).

مثال دیگر که در سال‌های اخیر محل مجادله گروه‌های مختلفی در کشور بوده است، ارائه نظریه جنسی اسلام و قانون‌گذاری درباره راه‌حل‌های دینی رفع نیازهای شهوی انسان است. قانون‌گذار به شکل‌های مختلف و با تحدید دایره ازدواج مجدد، کوشش کرد تا مسائل وابسته را حل کند، اما هر بار با مسائل جدیدی مواجه شد.

طرفداران آگاهی‌بخشی درباره ازدواج موقت و ترویج آن برای حل بحران جنسی در کشور، در مقابل مخالفان جدی و مصممی قرار دارند که ازدواج موقت را خلاف غبطه و مصلحت دختر، اقتدار والدین، تربیت دینی و میل جوانان برای ازدواج دائم می‌دانند. هر گروه دلایلی داشته و اصرار دارند حکومت بدان سو حرکت کند. در حالی که به نظر می‌رسد حکومت برای نظم‌بخشی به رفتار اجتماعی، باید به اولویت‌های اصلی دین و اهداف کلی و مهم‌تر توجه کرده و ای بسا که وظیفه حکومت در این باره کوشش حداکثری برای ازدواج دائم و پایدار باشد و حل مسائل باقی‌مانده باید به اراده‌ها و صلاح‌دید شخصی مردم واگذار شود.

کارکرد دیگر قانون را می‌توان اجرای عدالت دانست. در این باره تقریرهای متفاوتی وجود دارد. درک ما از تفاوت این دو پرسش که «چه رفتاری عادلانه است؟» و «چه رفتاری قانونی است؟»، کاملاً به فهم ما از مفهوم عدالت وابسته است. اگر عدالت به معنای اجرای قانون موضوعه باشد، به این معناست که قوانین، تنها منبع هنجارها هستند. در این نگاه، مطابقت یا عدم مطابقت یک رفتار با مفاد قانون، تعیین می‌کند که آن رفتار عادلانه و بهنجار است یا خیر. این دیدگاهی است که مخالفان رابطه «حقوق و طبیعت» و «حقوق و

اخلاق» در شناخت ماهیت امر حقوقی از آن دفاع می‌کنند. از نظر «کلسن» چیزی که یک رویداد را به عملی حقوقی تبدیل می‌کند، معنای عینی‌ای است که به آن عمل داده می‌شود؛ معنایی که قانون‌گذار یا قاضی بر اساس قوانین به آن عمل نسبت می‌دهند (۱۹۷۳م، ۵۲). در این رویکرد رفتار مطابق با قانون، عادلانه هم است.

اگر عدالت را به معنای اجرای قانون بدانیم، کارکرد قانون و فتوا در این‌باره همسنگ نیستند؛ زیرا فتوای شرعی اعم از دستورات الزامی هستند. اگرچه همه ارزش‌های اخلاقی در کتب فقهی ذکر نمی‌شوند، اما در رساله‌های عملیه که ناظر به فقه حکومتی نیستند، فتوای زیادی درباره مستحبات و مکروهات وجود دارد که در واقع احکام اخلاقی محسوب می‌شوند. این در حالی است که زبان قانون زبانی تکلیفی است و به دلیل پیش‌بینی ضمانت‌های کیفری برای نهاده‌های وضعی‌اش، الزام و اجباری نهفته در آن وجود دارد.

ویژگی فوق‌الذکر اگرچه خصلت به حق قانون است، اما به نظر می‌رسد باید عدالت را امری فراتر از مطابقت با قانون مدون و ارزشی حاکم بر حقوق دانست (همان، ۵۷-۵۸). ۶ در نتیجه، این ترکیب اخلاق و حقوق است که عدالت را تأمین می‌کند. در این صورت می‌توان اخلاق را به عنوان یکی از منابع شکل‌گیری قانون برشمرد و بر همین اساس، در صورت نیاز، فتاوی اخلاقی را با انجام کار کارشناسی دقیق به قانون تبدیل کرد.

امروزه حتی حقوق‌دانان یا فیلسوفان حقوقی که به ایدئولوژیک بودن حقوق معترضند و به تعبیری از اندیشه حقوقی ناب حمایت می‌کنند، اعتقاد دارند کارآمدی یک نظام حقوقی به عواملی بیش از ترس از ضمانت اجرا یا ترس از تحقق یافتن عمل اجباری (مجازاتی که گریبان مجرم را می‌گیرد) وابسته است و دلایل دیگری مانند انگیزه‌های دینی یا اخلاقی، احترام به آداب و رسوم اجتماعی و نگرانی از طرد اجتماعی نیز در این بین ضروری هستند (کلسن ۱۹۷۳م، ۷۳).

افزون بر قانون‌گذاری، حکومت به وسیله افزایش دانش حقوقی، فرهنگی، دینی و اخلاقی و تقویت اراده‌های مذهبی و اخلاقی معطوف به خیر و عاقبت‌هراسی، به اجرای حقوق و پای‌بندی به قانون کمک می‌کند. قوانین در بهترین شکل خود، احقاق حقوق فردی و اجتماعی را مد نظر دارند، اما قانون با اراده‌های آزاد مواجه است که این اراده‌ها صرف نظر از تأثیر نسبی نظام کیفری در جلوگیری از تخلف قانون، همواره امکان هنجار‌گریزی و قانون‌گریزی دارند. بنابراین، منطقی نیست که قانون مردم را به سمتی

دعوت کند که امیال و انگیزه‌های شخصی افراد به آن سو جهت نگرفته‌اند.

مطلب فوق، ذیل بحث مهم رابطه اخلاق و حقوق درج می‌شود. اگرچه در این که دقیقاً رابطه اخلاق و قانون چیست، دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد، اما تعداد قابل توجهی از محققان قانون را ادامه اخلاق دانسته و معتقدند قانون نمی‌تواند با اخلاق مغایر باشد (راسخ ۱۳۸۵، ۳۰). برخی نیز معتقدند که حتی اگر اخلاقی بودن خود قانون را جزو عناصر ذاتی آن ندانیم، بی‌تردید قوانین باید همسو با اخلاق باشند تا وجدان انسان‌ها قانع و به آن ملتزم گردند (دورکین، ۱۳۸۱، ۱۳۹).

علاوه بر ضرورت عدم مغایرت قانون با اخلاق، می‌توان نگاه هنجاری‌تری به قانون داشت. قانون می‌تواند حداقل به اخلاق دعوت یا زمینه اجرای آن را فراهم کند و یا با استناد به قواعد و اصول کلی، از بی‌اخلاقی در اجرای قانون جلوگیری کند. توجه به معیارهای اخلاقی برای قانون و فرآیند قانون‌گذاری و بعد تربیتی قانون در راستای اهداف کلی تر فراقانونی، قانون را کارآمد می‌کند.

تأکید بر معروف و فضیلت‌های اخلاقی در اجرای قانون، مانند عدالت و پرهیز از استهزای دین با سوءاستفاده از احکام دینی، از امتیازات دستگاه فقهی است که باید در قانون‌گذاری مورد توجه قرار گیرد.

قابل ذکر است که پذیرش این مبنا خود می‌تواند باعث لغزندگی قانون شود و امکان تفسیرهای دل‌بخوایی درباره قانون را افزایش دهد. فهم این که چه قانونی صد در صد و برای همگان عین عدالت یا اخلاق است، کار بسیار مشکلی است و قانون‌گذار برای اجتناب از مواجهه با این مشکل، باید منحصراً به گزاره‌های اخلاقی دین که در کنار بسته حقوقی مربوط مطرح هستند، اعتنا کند؛ مانند الزامی کردن هدیه مرد به همسرش هنگام طلاق که به «متععه طلاق» معروف است در قوانین برخی کشورهای اسلامی. تأکید بر بسته اخلاقی دین در کنار حقوق، در مواردی که جبران خسارتی یا تأدیه حقی متوقف بر آن باشد، از ورود تفسیرهای دل‌بخوایانه از عدالت تا حدود زیادی جلوگیری می‌کند و در عین حال از مشروعیت هم برخوردار است.

راهکار دیگر برای بسط عدالت، استفاده از قوانین مکمل برای احقاق حق و حمایت از طرف ضعیف در مرافعه و یا قرارداد است تا راه سوءاستفاده از مفاد قانونی و ظلم آشکار مسدود گردد؛ برای مثال، زمانی که زمام طلاق به طور یک‌جانبه در دست مردان است،

جهت جلوگیری از بهره‌برداری نادرست از این حق و پرهیز از قضاوت ناعادلانه، می‌توان با تنظیم مکمل‌های قانونی، هم‌پدیده طلاق را محدود کرد و هم در صورت وقوع آن، شرایطی را به وجود آورد که زنان از نظر مالی امکان ادامه یک زندگی آبرومندانه را داشته باشند. در غیر این صورت و با خوانش اول از عدالت، مردی که هر وقت بخواهد همسرش را طلاق می‌دهد و با تحت فشار قرار دادن او از ادای حقوق مالی‌اش خودداری کرده و طلاق را به صورت توافقی یا به ظاهر به صورت خلع صورت می‌دهد، به آن دلیل که مخالفت با مفاد قانون نکرده ظاهراً عدالت را اجرا کرده است.

همچنان که بر اساس قانون، ادعای مرد مبنی بر عدم تمکین زن در محاکم مسموع نیست، مگر این که زن بدون اجازه همسر از خانه خارج شده باشد. در این صورت هم تنها حمایت قانونی از مرد، امکان قطع نفقه زن با حکم دادگاه و کسب اجازه برای ازدواج مجدد است؛ چیزی که به حال مردی که خواهان بازگشت همسر و ادامه زندگی باشد، سودمند نیست.

اجرای این احکام در قرائت مذکور عادلانه است، اما با نگاهی گسترده‌تر و واقع‌بینانه به ضد عدالت تبدیل می‌شوند. وجود قوانینی مانند الزام زوجین به مشاوره‌های تخصصی با هزینه کرد حکومت، روح اصلی عدالت را در جامعه جاری می‌سازد؛ زیرا به اهداف دین درباره خانواده که همانا حفظ فروج است، بیش از احکام آن توجه دارد.

در این فرض بخشی از راهکارهای قانونی از جنس قانون‌گذاری نخواهند بود، بلکه نیازمند کارشناسی‌هایی هستند که بتوانند از مسائل اصلی رمزگشایی کنند. چنین نتایجی از توجه قانون‌گذار به دین و اهداف و ارزش‌های بنیادی آن درباره خانواده، فتوای شرعی الزامی و غیر الزامی و نگرش توسعه‌ای به کارکرد قانون به دست می‌آیند.

۴. تبدیل فتوا به قانون

با وجود تفاوت‌های ماهوی که میان فتوا و قانون وجود دارد، در هر کشور اسلامی که شریعت مبنای قانون‌گذاری باشد، فتواها به طور عمده به قانون تبدیل می‌شوند. در این صورت اولین پرسشی که به ذهن می‌آید، این است که فتاوی شرعی چگونه به قانون تبدیل می‌شوند و در این خصوص چه فرآیندی طی می‌شود. برای مثال در کشوری مانند عربستان، منبع اصلی حقوق، فقه حنبلی است که در شماری از رساله‌های مخصوص توسط فقهای برجسته تنظیم شده است و دادگاه‌ها موظفند آرای خود را بر اساس چند رساله

برجسته و سنتی نگاشته شده توسط قضات حنبلی، صادر کنند. در عین حال، فرآیندی هم برای پاسخ‌گویی به مسائل حقوقی دیگر که احیاناً در منابع پیش‌گفته ذکر نشده‌اند، توسط شورای عالی قضایی ترسیم گردیده و طی سلسله مراتبی مشخص شده است که در موارد مقتضی قضات چگونه عمل کنند (دادمرزی ۱۳۹۰، ۱۱۹).

در ایران نیز فرآیند معینی در این باره وجود دارد. در دوره پهلوی اول، مواد شریعت در قالب ادبیات حقوقی تدوین گردید و از متن رساله‌ای فاصله گرفت. چنین کاری تحت نظارت تعدادی از روحانیان صورت گرفت (ر.ک: بهرامی احمدی، ۱۳۸۳/۱ نائینی ۱۳۸۹، مقدمه رسول جعفریان) و پس از آن دچار جزر و مدهایی هم شد، ولی پس از انقلاب اسلامی انطباق قوانین با شریعت با جدیت بیشتری دنبال گردید. افزون بر آن، بروز مسائل جدید و مورد نیاز در ابعاد فقه حکومتی به توسعه امر قانون‌گذاری منجر شد.

نکته مهم در این باره، پیچیدگی فرآیند قانون‌گذاری و چگونگی تبدیل فتوا به قانون است. به لحاظ تئوریک درباره انتخاب فتوایی که باید به قانون تبدیل شود، مسائلی وجود دارد. این امر به ضمیمه تکرر مراکز تقنینی و نظارتی در کشور، سازمان تقنین را با مشکلاتی مواجه کرده است.

با وجود مشخص بودن سازمان تقنین و نظارت (مجلس، شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت)، برای ترجیح فتوایی که به قانون تبدیل می‌شود میزان و معیار شفافیت وجود ندارد. مراکز قانون‌گذاری باید قوانین را با موازین شرعی بسنجند، اما به دلیل این که مقیس علیه در قانون متعین نشده و تعیین آن در قالب هر فتوایی نیز دچار اشکالات مبنایی است، تعارض‌هایی پدید آمده است. منشأ مشکلات نیز به تعبیر «موازین شرعی»، فقدان معیار جهت ترجیح فتوا در امر قانون‌گذاری و برداشت نادرست از کارکرد قانون و فتوا برمی‌گردد (علاسوند ۱۳۹۲، ۱۵۱-۱۶۰).

بدیهی است قانون‌گذاران و قضات و به طور کلی حکومت، در انتخاب مبنای قانون و صدور احکام و قوانین، معطل نمی‌مانند؛ زیرا ضرورت‌های اجتماعی و لزوم انتظام قانونی برای حوادث و رخدادها ایجاب می‌کند که تکلیف هر مورد در قانون معلوم و مراعات و مسائل ارجاعی به محاکم حل و فصل شوند، اما انجام این کار به صورت موردی و بدون ایجاد یک قاعده در سیستم قانون‌گذاری موجب تشویش در امر تقنین و قضا می‌گردد.

درباره دست‌یابی به راهکاری که فرآیند تبدیل فتوا به قانون را تبیین کند، باید توجه

داشت که فتوا به عنوان فتوا، تنها از رهگذر برتری فتوای اعلم، تحت الشعاع فتوای دیگر قرار می‌گیرد، اما قانون بر اساس همان ادله و عقلانیتی که تشکیل حکومت را ایجاب می‌کرد، بر فتوا ترجیح دارد.

به نظر می‌رسد برای این امر می‌توان از این الگو تبعیت کرد که با استناد به اصل چهارم قانون اساسی و قید «موازن اسلامی» در آن و مقتضای مکتب تخطئه در فقه شیعه، در وهله اول رجوع به فتاوی همه مراجع در مقام ثبوت برای قانون‌گذار بی‌اشکال است. آنگاه برای گزینش فتوا و در مقام اثبات، قانون‌گذاران به قاعده‌ای نیازمندند که در آن، به کارشناسی فقیه حاکم، به متغیرهای مؤثر در امر اداره حکومت، به ویژه موضوع‌شناسی، مصلحت‌سنجی و پیامدهای اجتماعی فتوا توجه کافی شده باشد. بر این اساس، تقدم رأی حاکم در مواردی که چنین رأیی وجود داشته باشد و یا استعمال آن لازم باشد، صحیح است. در مرحله بعد، اگر رجوع به فتوای اعلم یا فتوای مشهور از باب واقع‌نمایی یا تراکم حجج باشد، فتوای اعلم یا مشهور بر فتاوی دیگر مقدم خواهند بود؛ مگر آن که ضرورت‌ها و مصلحت‌های اجتماعی قطعی حکم دیگری را اقتضا نمایند. در تقدم فتوای اعلم بر غیر اعلم دلایل متعددی اقامه شده است. اگرچه برخی از فقها تنها دلیل غیر قابل مناقشه بر لزوم رجوع به فتوای اعلم را سیره عقلایی دانند (خویی ۱۴۱۸ق، ۱: ۱۱۹)، اما برخی دیگر معتقدند که ملاک، اقربیت فتوای اعلم به واقع (نسبت به فتوای غیر اعلم) است (کمپانی اصفهانی ۱۳۷۴، ۳: ۴۷۸-۴۷۹). از نصوص فقهی باب تعادل و ترجیح که معصوم راوی را به افقه، عدل و اوریع ارجاع می‌دهد (حر عاملی ۱۴۰۹ق، ۴: ۹۵، ۱۰۱ و ۱۱۰)، به دست می‌آید که هر امری که طریقت روایت به سوی واقع را تقویت کند، معیار ترجیح حدیث است. حال اگر در آن زمان حدیث همان فتوای مورد عمل مردم بود، آن خصوصیات می‌توانند دلیلی بر ترجیح فتوا هم باشند^۷، زیرا اصل، عمل به واقع و احراز حکم واقعی بوده و مبنا در اعتبار حجج و امارات، از جمله فتوا، طریقت است (خویی، ۱۴۱۸ق، ۱: ۱۰۵). اتخاذ چنین ملاکی برای قانون‌گذاری نیز به احتیاط نزدیک‌تر و برای تحفظ بر احکام اولیه و ملاک‌های نفس‌الامری منطقی‌تر است.

صرف نظر از این دو امر، فتاوی سایر مراجع، حتی فقهای شورای نگهبان، برابری و شورای نگهبان به عنوان نگاهبان انطباق قوانین با شرع، از میان فتاوی مراجع، فتوایی را برمی‌گزیند که بتواند مرجع حل مشکلات در سطح کلان حکومتی قرار گرفته و با اصول و

اهداف کلی دین تطابق بیشتری داشته باشد. چنین امری می‌تواند به صورت یک قاعده، مبنای قانون‌گذاری باشد.

نکته بعد در تبدیل فتوا به قانون و ترجیح یک فتوا بر فتاوی دیگر آن است که بدانیم آیا میان عرصه‌های قانون‌گذاری در این باره تفاوت وجود دارد یا خیر. ممکن است فتوایی درباره یک مسئله ابعاد اجتماعی بزرگی داشته و موضوع‌شناسی یا حیطه‌شناسی موضوع نیازمند کارشناسی در عرصه ملی یا بین‌المللی باشد و یا به عکس حساسیت دینی در موضوعی آنچنان باشد که قانون‌گذار درباره آن به هیچ وجه نباید به تحولات اجتماعی توجه کرده و احکام و قوانین خود را با نگاه به آنها تغییر دهد. شناخت این امور ملاحظات گسترده‌ای را در فرآیند تبدیل فتوا به قانون می‌طلبد.

از سوی دیگر، متن قانون به طور طبیعی کلی و دائمی است. کلیت و دوام در قانون تابع صلاح‌دید حکومت و قانون‌گذار است، اما اگر این دو قید بر طبق منع، یعنی فتوا، وارد قانون شده باشند باید توجه داشت که آیا فتوا مستنبط از دلیل لفظی بوده تا بتوان به اطلاق یا عموم آن استناد جست و یا مستفاد از دلیل لئی است. برخی محققان به مواردی اشاره کرده‌اند که حکم موجود در شریعت، مفاد دلیل لئی بوده، ولی در قانون این امر ملاحظه نشده و لئی بودن دلیل به مرور زمان فراموش شده و یا مورد غفلت قرار گرفته است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۹، ۲۵۶ - ۲۵۹). چنین امری خود می‌تواند باعث دوری قانون از شریعت گردد، زیرا در دلیل لئی باید به قدر متیقن عمل کرد که اخذ به عموم یا اطلاق بی‌معناست. این در حالی است که ذکر حکم مذکور در قالب الفاظ قانونی، با توجه به قیود «کلیت» و «دوام» در قانون، این ذهنیت را ایجاد می‌کند که حکم عام یا مطلق است.

نتیجه این که تبدیل فتوا به قانون خود امری تخصصی و در معرض آسیب است و با تغییر و تحول شرایط اجتماعی، به طور مداوم باید آسیب‌شناسی شود. برخی از خلأهای قانون‌گذاری مربوط به این امر است؛ برای مثال، در مبحث قوانین خانواده محتوای قرآنی لزوم همیاری و معاضدت زن و شوهر و معاشرت به معروف، در متن قانون مدنی ذکر شده است. این محتوا در فتاوی فقهی، مصادیق مستحب و واجبی دارد. با توجه به ماهیت قانون و ارکان اصلی آن مانند «الزام‌آوری»، قانون‌گذار باید به مصادیق الزامی آن اشاره و تأثیر عرف را در دوام و کلیت مصادیق آن در نظر بگیرد.

نتیجه‌گیری

قانون با گستره وسیع تری که نسبت به فتوا دارد، از لوازم حکومت و اداره جامعه است. منطق تشکیل حکومت از این گستره حمایت می‌کند و زمانی که سخن از حکومت اسلامی است، چنین قانونی ویژگی‌های خاصی مانند همسویی با اهداف دین و عدم ضدیت با احکام آن را دارد. قانون برای رفع نیازمندی‌های حکومت در اداره امور کشور وضع می‌شود. قوانین در کشور ما اگرچه اعم از احکام شرعی هستند، اما در راستای حفظ اهداف کلی دین و بسط زمینه برای اجرای احکام اولیه آن قرار دارند و در عین حال، برای عینیت بخشیدن به سازوکارهای قانونی در یک موقعیت خاص تشریح شده و به همین دلیل موقتی و محدود به بقای مصلحت‌اند؛ در عین حال، در مواردی نیز ممکن است از باب تراحم ملاک‌ها مغایر با احکام اولیه باشند. بر این اساس، ملاک و مصلحت قانون می‌تواند با ملاک و مصلحت فتوا متفاوت باشد. احکام از ملاک‌های نفس‌الامری تبعیت می‌کنند؛ در حالی که قانون ممکن است از ملاک و مصلحت‌های اجرایی و عمومی پیروی کند.

اهمیت حفظ قوانین شرعی در قالب قوانین کشور، توجه به فتوا را مورد توجه قانون‌گذار قرار داده و از این رو فرآیند تبدیل فتوا به قانون نیازمند آسیب‌شناسی و رفع موانع نظری و عملی است. این فرآیند با دو مسئله روبه‌روست: ۱) غفلت از ماهیت و کارکرد قانون در مقایسه با فتوا که موجب نگاه انقباضی به قانون و جمود بر فتاوی ناظر به احکام اولیه می‌شود؛ ۲) غفلت از ویژگی‌های مؤثر و مهم در فتوا و مرجع آن، یعنی متون دینی، که ممکن است باعث دوری قانون از حکم شرعی در دو جهت مهم «کلیت» و «دوام» و دوری از اهداف و قواعد مهم فراقه‌ی دین مانند «عدالت» و «اخلاق» گردد.

پی نوشت

۱. تأکید از نگارنده رساله است.
۲. ایشان در پیامی به مجمع تشخیص مصلحت تأکید کردند: «مصلحت نظام از امور مهمه‌ای است که گاهی غفلت از آن، موجب شکست اسلام عزیز می‌گردد» (موسوی خمینی ۱۳۶۹، ج. ۲: ۱۷۶).
۳. درباره استنباط مستقل عقل نسبت به احکام اولی شرعی، چنین امری وجود دارد. دانشمندان علم اصول اگرچه به لحاظ نظری معتقدند که عقل می‌تواند به طور مستقل حکم شرعی را درک کند، اما پیشاپیش باید احراز کنند که همه جهات محسنه (ملاک و مصلحت کامل لازمه الاستیفاء) یا جهات مقبحه (ملاک و مفسده لازمه الترك) را درک کرده تا بر اساس آن بتوانند بر فعل یا ترک فعلی به طور قطعی حکم نمایند. همین الزام بر عقل باعث شده که بگویند صغرای قیاس استنباط که عقل بگوید فلان کار حسن است یا قبیح، به قدری محدود و نادر رخ می‌دهد که به سختی می‌توان از درک مستقل عقل به حکم شرعی رسید (ر.ک: صدر ۱۴۰۵ق، ج. ۱: ۱۳۸).
۴. برای مثال، گاهی بی‌توجهی به نواقصی در اجرای قانون طلاق یا شیوع تعدد زوجات یا ازدواج موقت میان مردان متأهل و دختران جوان مجرد یا ابعاد خانوار و مسائلی از این دست، سرمایه اجتماعی برای جریان‌های فمینیستی ایجاد و مردم را به مقابله با نظام اسلامی یا فقه اسلامی می‌کشاند.
۵. تأکید از نگارنده رساله است.
۶. چیزی که کلسن قبول ندارد. وی معتقد است که حقوق به عنوان یک مقوله اخلاقی با عدالت برابر است؛ البته عدالت به معنای یک امر مطلق، نه مطابق قانون موضوعه.
۷. قابل ذکر است که درباره ملازمه میان روایت و فتوا در ملاک‌های ترجیح مذکور در روایات فوق، کلمات موافق و مخالف زیادی میان عالمان فقه و اصول وجود دارد که ما از میان آنها یکی از دیدگاه‌ها را برگزیدیم.

فهرست منابع

الف) کتابها

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۷۶.
۲. حاجی ده‌آبادی، احمد؛ بایسته‌های تقنین با نگاهی انتقادی به قانون مجازات اسلامی؛ تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۹.
۳. حائری، سید الکاظم؛ اساس الحکومه الاسلامیه. بیروت: مطبعه النبل، ۱۳۹۹ق.
۴. حر عاملی، محمدبن حسن؛ تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه؛ قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹ق.
۵. خویی، سید ابوالقاسم؛ موسوعه الإمام الخوئی؛ ج. ۱. قم: مؤسسهٔ إحياء آثار الإمام الخوئی، ۱۴۱۸ق.
۶. دادمرزی، سید مهدی؛ حقوق خانواده اسلامی؛ ویراستار: عبدالله نعیم؛ قم: انتشارات دانشگاه قم، ۱۳۹۰.
۷. دورکین، رونالد؛ نافرمانی مدنی در حق و مصلحت؛ ترجمهٔ محمد راسخ. تهران: طرح نو، ۱۳۸۱.
۸. صافی گلپایگانی، لطف‌الله؛ الاحکام الشرعیه لا تتغیر؛ قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲ق.
۹. صدر، سید محمد باقر؛ الاسلام یقود الحیاه؛ [بی‌جا]: [بی‌نا]، [بی‌تا]،
۱۰. _____؛ بحوث فی علم الاصول؛ ج ۱، قم: المجمع العالی، ۱۴۰۵ق.
۱۱. ضیایی فر، سعید؛ جایگاه مبانی کلامی در اجتهاد؛ قم: بوستان کتاب، ۱۳۸۲.
۱۲. غروی النائینی، محمدحسین؛ تنبیه الامه و تنزیه المله؛ مصحح: سید جواد ورعی؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۴ق.
۱۳. کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق؛ تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
۱۴. کلسن، هانس؛ ۱۹۷۳م. نظریه حقوقی ناب؛ ترجمهٔ اسماعیل نعمت‌اللهی؛ تهران: سمت، ۱۹۷۳م.
۱۵. کمپانی اصفهانی، محمدحسین؛ القواعد الفقهیة والاجتهاد والتقلید (نهایة الدراییه)؛ ج ۳، قم:

- کتاب فروشی سیدالشهداء علیه السلام، ۱۳۷۴.
۱۶. گرجی، ابوالقاسم؛ مقالات حقوقی؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
۱۷. منتظری، حسینعلی؛ *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة*؛ قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیة، ۱۴۰۹ق.
۱۸. موسوی خمینی، سید روح‌الله؛ *صحیفه نور*؛ ج ۱۵. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۹.
۱۹. _____؛ *صحیفه نور*؛ ج ۲۱، تهران: سازمان مدارک فرهنگی انقلاب اسلامی، ۱۳۷۲.
۲۰. _____؛ *صحیفه نور*؛ ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸.
۲۱. _____؛ *ولایت فقیه*؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۳ق.
۲۲. نائینی، احمدرضا؛ ۱۳۸۹. *مقدمه‌ای بر خاطرات سید محمد فاطمی قمی*؛ نوشته سید محمد فاطمی قمی؛ تهران: انتشارات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۸۹.
۲۳. هادوی تهرانی، مهدی؛ *نظریه اندیشه مدون در اسلام*؛ قم: مؤسسه رواق حکمت؛ ۱۳۹۰.
- ب) مقالات**
۲۴. امینی، علیرضا؛ «فقه و مسئله قانون»؛ پژوهش حوزه، ش ۳ (۳)، ۱۳۷۹، ص ۵۱ - ۵۹.
۲۵. بهرامی احمدی، حمید؛ ۱۳۸۳، «تاریخچه تدوین قانون مدنی»؛ فصلنامه دانشگاه امام صادق، ش ۲۴ (۴)، ۱۳۸۳، ص ۳۳ - ۵۱.
۲۶. راسخ، محمد؛ «ویژگی‌های ذاتی و عرضی قانون»؛ فصلنامه مجلس و پژوهش، ش ۵۱ (۱)، ۱۳۸۵، ص ۱۳ - ۴۰.
- ج) پایان‌نامه**
۲۷. علاسوند، فریبا؛ «نحوه و حدود دخالت حکومت در قوانین خانواده با توجه به الزامات شرعی و اختیار زوجین»؛ پایان‌نامه سطح چهار (دکتری)، مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه خواهران، ۱۳۹۲.