

# تکثرگرایی حقوقی - فقهی، ثابتات شریعت و نظام تقنینی ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱/۲۷

تاریخ تأیید: ۱۴۰۱/۱۰/۲۷

محسن برهانی\*  
الهه لطفعلی‌زاده\*\*

## چکیده

وجود مؤلفه‌های تأثیرگذار بر نظام حقوقی نقطه عزیمت پلورالیسم حقوقی است؛ نظریه‌ای که بر محور بررسی تکثر در یک نظام حقوقی مطرح می‌شود. با توجه به وجود نوعی تعدد و چندگانگی در اغلب نظام‌های حقوقی از قبیل تکثر در مبانی و منابع، ضرورت توجه به این نظریه نمایان می‌گردد؛ امری که در نظام حقوقی ایران نیز قابل بررسی می‌باشد. نظام حقوقی ایران از زمان مشروطه در دوگانه شریعت/ قانون قرار گرفته است و جایگاه این دو به‌عنوان مبنای الزام‌آوری در نظام حقوقی هنوز یکی از مسائل اصلی این نظام به‌شمار می‌رود. با تصویب اصل چهارم قانون اساسی و مسئولیت شورای نگهبان در تطبیق مصوبات مجلس با موازین اسلامی، این مسئله پیچیده‌تر شد؛ چراکه استنباط فقهی امری متکثر است و یافتن یک نظر و جمع آن با اراده عمومی نیازمند تأمل می‌باشد. در این مقاله با تبیین مفهومی تکثرگرایی حقوقی و فقهی و توجه به ظرفیت‌های فقه اسلامی به این مهم پرداخته شده است که در صورت تکثر فتاوا، مجلس در انتخاب هر یک از نظرات به‌عنوان مبنای فقهی، اختیار دارد و شورای نگهبان نمی‌تواند به استناد مغایرت مصوبه با فتوای فقهای شورای نگهبان، آن مصوبه را خلاف شرع تشخیص دهد.

**واژگان کلیدی:** ثابتات شریعت، پلورالیسم حقوقی، تکثرگرایی فقهی، قانون اساسی، تکثر فتاوا، تخطئه، علم اجمالی.

187

حقوق اسلامی / سال بیستم / شماره ۷۶ / بهار ۱۴۰۲

\* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران (m.borhani@ut.ac.ir).

\*\* دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران (elahelotfalizade@gmail.com).

## مقدمه

دانش حقوق به‌عنوان روبنا مبتنی بر مبانی نظری خاصی است که به‌تبع تفاوت میان مبانی، منابع جدیدی برای حقوق تعریف می‌شود و مورد استناد قرار می‌گیرد. هرچند در نگاه اولیه، بسیاری از افراد چنین باور دارند که دانش حقوق از یک وحدت و یکپارچگی برخوردار است، اما نمی‌توان منکر تکثرهای مختلف در مبانی، منابع، تفاسیر حقوقی و... شد و چنین تکثری در بسیاری از نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است.

تکثرگرایی حقوقی (Legal Pluralism) به‌عنوان نظریه‌ای که کثرت عناصر و مؤلفه‌های تأثیرگذار بر نظام حقوقی را باور دارد، از دهه ۱۹۷۰ میلادی وارد ادبیات فلسفه حقوق شده و تا امروز به‌بالندگی قابل توجهی رسیده است. پلورالیسم حقوقی به‌لحاظ مفهومی، واجد تعریف واحدی نیست و در قلمرویی گسترده، هرگونه دو یا چندگانگی در نظام حقوقی اعم از تکثر مبانی، منابع، قواعد شکلی/ ماهوی، قواعد ملی/ فراملی و تفسیر قوانین در نظام حقوقی را شامل می‌شود. واکاوی پلورالیسم حقوقی در نظام حقوقی ایران و یافتن نمودهای این رویکرد، موضوعی قابل تأمل است؛ چراکه دوگانه شریعت/ عرف و یا دوگانه فقه/ قانون دیرزمانی است که مسئله اصلی اندیشمندان در حوزه حقوق و سیاست شده است. این دوگانه حاصل مواجهه ایرانیان با ساختار دولت مدرن در زمان مشروطیت و بعد از آن بوده است و در هر مقطعی به‌نحوی در مقابل این دوگانه موضع‌گیری شده است.

باتوجه به اینکه در اصل چهارم قانون اساسی، شریعت به‌عنوان مبانی برتر نظام تقنینی معرفی شده است و تمام قوانین باید منطبق بر آن باشد و ازسوی دیگر، با عنایت به آنکه ساختار فقه اسلامی مقتضی کثرت در مفهوم شریعت است، در نگاه اولیه هم در مبانی الزام‌آوری نظام حقوقی ایران با دو نهاد مختلف مواجهیم (شریعت و قانون) و هم در خود فقه و شریعت با نوعی کثرت به‌علت وجود فتاوی مختلف مواجه هستیم. به‌همین دلیل، تکثری در تکثر نمود پیدا می‌کند و برون‌رفت از چنین تکثری یعنی یافتن راهی میان منابع متکثر، مسئله‌ای قابل تأمل و بررسی است. در این مقاله تلاش خواهد شد با توجه به مبانی مورد قبول در شریعت، ضمن تبیین مفهوم تکثرگرایی و نسبت آن با نظام حقوقی ایران، به این مسئله پاسخ داده شود که: باوجود تکثر در مبانی نظام تقنینی ایران، بهترین راه‌حل در جمع میان اراده ملی و شریعت چیست؟

برای دستیابی به این مهم باید ابتدا مفهوم و انواع پلورالیسم حقوقی توضیح داده شود و سپس

ساختار فقه اسلامی و تکثر موجود در آن مورد بررسی قرار گیرد و سپس نمود این تکثر و امکان‌هایی که این تکثر برای نظام تقنینی ایران ایجاد می‌نماید مورد تأمل واقع شود. مقاله پیش رو بر همین اساس و با روشی توصیفی — تحلیلی در سه مرحله به واکاوی تکثرگرایی در نظام حقوقی ایران پرداخته است. این پژوهش در مقام تفسیر قانون اساسی نیست، بلکه با نگاهی نظری در پی یافتن ظرفیت‌های موجود در جمع میان فقه اسلامی و اراده ملی بدون تغییر ساختاری و پیشنهاد‌های ساختار شکنانه نسبت به فقه موجود است. هر چند شاید بتوان ادعا کرد که مدعای این مقاله مورد نظر نویسندگان قانون اساسی بوده است، اما اثبات این امر، مورد اهتمام این مقاله نیست و نیازمند پژوهش‌های آتی است.

## ۱. تکثرگرایی حقوقی

پلورالیسم از ریشه «Plural» به معنای تجمع و کثرت است و در مقابل اصطلاح مونیزم (Monism) قرار می‌گیرد. از نظر لغوی، پلورالیسم در دو معنا به کار گرفته شده است:

اول، زندگی در جامعه متشکل از گروه‌های نژادی مختلف دارای زندگی سیاسی و دینی مختلف؛

دوم، پذیرش اصل زندگی صلح‌آمیز این گروه‌های نژادی در یک جامعه (Oxford Dictionary, 2022).

در معنای اصطلاحی، پلورالیسم به تعددپذیری و تکثرانگاری و برتری نظری چندگانگی بر تک‌بودن اشاره دارد (مک لنان، ۱۳۹۴، ص ۴۷). همچنین کثرت‌گرایی به همزیستی ارزش‌ها و صفات انسانی متفاوت در یک جامعه تعریف شده است به نحوی که همه افراد بتوانند احساس خوشبختی و خوشحالی داشته باشند (Wollenberg, Anderson and Lopez, 2005, p.5). این اصطلاح در تهاجم علیه انحصارگرایی دولتی یا هرگونه نهاد قدرت بالادستی مطرح شد (مک لنان، ۱۳۹۴، ص ۸۶) و با ظهور مکتب لیبرالیسم به عنوان یک جنبش فلسفی بروز پیدا کرد.

رویکرد نظری پلورالیسم در دهه‌های اخیر، حوزه دانش‌های مختلف را تحت تأثیر خود قرار داده است که از جمله مهم‌ترین مصادیق آن می‌توان به پلورالیسم فلسفی در مفهوم دستیابی به حقیقت، پلورالیسم سیاسی در حوزه توزیع قدرت، پلورالیسم اجتماعی در راستای احترام به باورهای گروه اقلیت و پلورالیسم اخلاقی در معنای کثرت روش‌ها و ملاکات تعیین امور اخلاقی

اشاره نمود. حوزه مطالعات حقوقی نیز از نفوذ این نظریه بی بهره نبوده است. تعبیر پلورالیسم حقوقی، نخستین بار در دهه ۱۹۷۰ میلادی، در جریان برگزاری آکادمی انسان شناسی حقوقی که به مطالعات حقوقی در دوران استعمار و بعد از آن می‌پرداخت، بر سر زبان‌ها افتاد (Tamanaha, 2008, p.390) و ارجاعات به آن در دهه‌های بعد با گسترش مفهوم آن در زمینه‌های آکادمیک از انسان شناسی تا جامعه شناسی، تاریخ حقوقی، حقوق تطبیقی، حقوق بین‌الملل و فلسفه حقوق افزایش یافت، تا آنجا که دو دهه پس از معرفی ابتدایی پلورالیسم حقوقی در انسان شناسی حقوقی، در سال ۱۹۸۸، کثرت‌گرایی حقوقی به‌عنوان موضوع اصلی در تجدید مفهوم رابطه قانون/ جامعه معرفی شد (Tamanaha, 2021, p.2).

گرایش به سویه حقوقی پلورالیسم، از مباحث آکادمیک فراتر رفت و سیستم حقوق دولتی و توسعه اقتصادی را با چالش‌هایی مواجه کرد. در حالی که نظام‌های حقوقی عرفی و مذهبی به‌عنوان نظام‌های حقوقی محدود و مخالف حقوق زنان و حقوق بشر تلقی می‌شدند، دولت‌ها با تمرکز بر حاکمیت قانون و توسعه اقتصادی، میلیاردها دلار برای پیشرفت سیستم‌های حقوقی دولتی هزینه کردند که نتایج ناامیدکننده‌ای داشت (Tamanaha, 2021, p.2). در زمینه توسعه اقتصادی نیز کارشناسان توسعه بانک جهانی اظهار داشتند: «نظریه پردازان و دست اندرکاران توسعه یا کورکورانه پدیده‌های همه‌جانبه پلورالیسم حقوقی را نادیده می‌گیرند یا آن را به‌عنوان محدودیتی بر توسعه می‌دانند، وضعیتی معیوب که باید به نام مدرن‌سازی، ارتقای دولت و تقویت حاکمیت قانون بر آن فائق آمد» (Sage and Woolcock, 2012, p.1)؛ از این رو، اخیراً، کارشناسان توسعه به بررسی مجدد برخی مفروضات اساسی در مورد کثرت‌گرایی حقوقی و کشف فرصت‌های ناشی از آن اهتمام داشتند (ibid, p.2). با در نظر گرفتن همین چالش‌هاست که امروزه نظریه‌پردازان روابط بین‌الملل با تمرکز بر روابط پس از مناقشات سیاسی اذعان نمودند که درک پلورالیسم حقوقی برای هر مداخله حقوقی و سیاسی ضروری است (Swenson, 2018, p.438).

در خصوص تبیین مفهومی تکثرگرایی حقوقی، همواره اختلاف نظرها و پیچیدگی‌هایی در میان بوده و هر فرد یا گروهی تعریف مختص به خود را ارائه داده است. در تعریفی رایج، پلورالیسم حقوقی به تکثر یا تعدد هنجارها در یک نظام قانونی اطلاق می‌شود که این هنجارها در قلمرو اجتماعی مشترک، به طور همزمان با هم وجود دارند و در رویکردشان به موضوعات، مردم و قلمرو سرزمینی هم پوشانی دارند (Buchler, 2010, p.73)، به عبارت دیگر پلورالیسم حقوقی به نظام‌ها،

قواعد و قوانین حقوقی متفاوتی که در درون یک فضای جغرافیایی مشابه فعالیت می‌کنند، تعریف شده است (Avbelj, 2006, p.378). پلورالیسم حقوقی در معنای حکومت مکانیسم‌های حقوقی متفاوت بر موقعیت‌های حقوقی یکسان، بر این پیش فرض مبتنی است که حقوق لزوماً از دولت نشئت نمی‌گیرد، بلکه برخلاف نظر آنان که معتقد به تمرکزگرایی حقوقی هستند، می‌تواند منابع دیگری چون عرف یا مذهب هم داشته باشد، فلذا می‌توان از حقوق شرعی یا حقوق عرفی در کنار حقوق دولتی سخن گفت (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۸، ص ۶)؛ بدین ترتیب پلورالیسم حقوقی در معنای اخیر، نظریه‌ای در باب قانون است، با اعتقاد به وجود طیفی از هنجارهای مستقل از دولت که می‌توانند به موازات قانون، ایحاد الزام کنند.

در کنار تعریف فوق از پلورالیسم حقوقی، با تعاریف متعدد دیگری مواجه هستیم که در ادبیات کثرت‌گرایی حقوقی مورد بحث قرار گرفته‌اند و بسیار متفاوت هستند. برای مثال، عنوان پلورالیسم حقوقی برای اشاره به تعدد تفاسیر از مجموعه واحدی از قوانین، زیرمجموعه‌های حقوقی یک سیستم واحد، وجود دادگاه‌های حقوقی مشابه با قواعد حقوقی متفاوت، سیستم‌های حقوقی ترکیبی متشکل از تعامل نهادهای حقوقی متفاوت، همزیستی نرم‌های هنجاری جداگانه و مستقل در یک جامعه، همزیستی رژیم‌های ماهوی مختلف در حقوق بین‌الملل و همزیستی نظام‌های حقوقی متعدد در میان و موازی سیستم دولتی استفاده شده است (Tamanaha, 2021, p.3). این مفاهیم متکثر در تعریف پلورالیسم حقوقی اقتضای وضعیتی را دارد که می‌توان گفت خود اصطلاح تکثرگرایی حقوقی مبتلا به تکثر مفهومی است، به نحوی که هر نوع تکثری در نظام‌های حقوقی ملی و بین‌المللی اعم از منشأ و مبانی، منابع، قواعد شکلی و ماهوی، ساختارهای تقنینی و قضایی و تفسیر قوانین را شامل می‌شود. پذیرش چنین دامنه مفهومی گسترده‌ای از پلورالیسم حقوقی و تسری آن به حوزه تفسیر، این نتیجه را دربردارد که تمام نظام‌های حقوقی با نوعی تکثرگرایی رو به رو هستند، مگر آنکه نظام حقوقی، تفسیر قانون توسط قضات و حقوقدانان را ممنوع و یا به شدت محدود کرده باشد.

چنانچه قائل به تکثر مفهومی پلورالیسم حقوقی باشیم، هر پژوهشی در این زمینه باید معنا و قلمرو مفهومی مدنظر خود را به‌عنوان پیش فرض، انتخاب کند و ارائه دهد. هر چند کثرت‌گرایی حقوقی می‌تواند بخش‌های مختلف نظام حقوقی را تحت تأثیر خود قرار دهد، اما تکثرگرایی حقوقی در این مقال، به حوزه مبانی تقنین به‌صورت عام و تکثر در مبانی شرعی نظام تقنینی به‌صورت

خاص اختصاص دارد و با نگاهی درون ساختاری، مورد تحلیل قرار گرفته است. پلورالیسم حقوقی در این معنا، به تکرر مبانی در شکل‌گیری قواعد حقوقی نظر دارد و تنوع و تکرر نیروهای سازنده حقوق را هدف قرار می‌دهد.

پلورالیسم حقوقی به لحاظ مبنا و منشأ الزام‌آوری یک قاعده، تقسیم‌بندی‌های مختلفی دارد که یکی از مهم‌ترین آنها که مرتبط با بحث مقاله است، تقسیم‌بندی تکررگرایی به افقی و عمودی است: زمانی که مبناها از جهت اعتبار و ارزش تأثیرگذاری کاملاً مستقل باشند و برتری میان آنها نباشد، کثرت‌گرایی از نوع افقی محقق می‌شود، اما زمانی که رابطه حاکم میان مبناها از نوع طولی و سلسله‌مراتبی باشد، به نحوی که رقابتی بین آنها نباشد، کثرت‌گرایی طولی نمود پیدا می‌کند؛ در این نوع از پلورالیسم، همیشه یک مبنا به‌عنوان مبنا اول یا برتر وجود دارد که به سایر مبانی اعتبار می‌بخشد (شهابی، ۱۳۹۶، ص ۸۳). چنانچه در نظامی، مبنا الزام‌آوری قاعده حقوقی، شرع باشد، آنگاه نسبت به اراده دولت منشأ التزام‌آوری، با سوء ظن نگریده می‌شود، دولت واجد نقشی ایزاری در ایجاد قاعده حقوقی می‌گردد و بر همین اساس اراده الهی بر اراده دولت مقدم می‌شود. همین تقدم اراده الهی بر اراده دولت، نمودی از تکررگرایی طولی در مبانی نظام حقوقی است.

در ایران، عرصه حقوقی کشور، پیش از مشروطه تحت سیطره دو نگاه بود: محاکم شرع که علما مسئولیت آن را به عهده داشتند و محاکم عرف که به‌وسیله صاحب منصبان دولتی اداره می‌شد، بر این اساس غلبه نوعی پلورالیسم حقوقی افقی یا استقلالی را در ساختار جامعه سنتی ایران آن زمان می‌توان مشاهده نمود (رستمی، ۱۳۹۹، ص ۲۶۱). با توجه به حوزه صلاحیت محاکم مذکور و مبانی شکل‌گیری آنها که همواره محل مناقشه بود، نوعی دوگانگی در مبنا و منبع (عرف/ شرع) بر نظام حقوقی ایران سایه افکننده بود که به موازات یکدیگر تداوم و همزیستی مسالمت‌آمیز داشته و گاه یکی بر دیگری در عمل غلبه می‌یافته است؛ بنابراین ادعای وجود نوعی رابطه افقی میان نیروهای مستقل سازنده قاعده حقوقی در نظام حقوقی پیشامشروطه که ثمره توزیع صلاحیت‌ها بود، بیراه نیست (همان). با شروع دوره پهلوی اول، هر چند برخی مواد قانونی در خصوص احکام موضوعات و جرائم صریحاً به شرع ارجاع داده بودند (مواد ۲، ۲۰۷، ۲۲۲ و ۲۷۹ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ و نیز مواد ۲۴۷ و ۴۲۱ قانون اصول محاکمات جزایی)، اما عملاً شریعت مستند محاکم قرار نگرفت، بلکه منبع برخی مواد قانونی دانسته شد؛ بنابراین پلورالیسم افقی در این دوره منتفی گردید و با مرجعیت قانون و اراده ملی، تنها پلورالیسم عمودی مدنظر قرار گرفت.

پس از انقلاب اسلامی، با تصویب قانون اساسی و اصل چهارم آن در سال ۱۳۵۸ مبنی بر اینکه کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد و تبعاً تشکیل شورای نگهبان برای نظارت بر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام شرع، این نسبت عمودی در رابطه میان عرف و شرع در نظام حقوقی ایران ادامه پیدا کرد، اما با مرجعیت شریعت؛ بدین نحو که عدم مغایرت با اراده الهی در رأس هرم، به عنوان مبنای برتر معرفی شد و رسمیت بخشیدن به عرف و اراده دولت در سایه همین مبنای برتر اعتبار پیدا کرد. براین اساس، هرچند هنجارهای با منشأ عرفی در ساختار نظام حقوقی موجود هستند و می‌توانند ایجاد الزام نمایند و حتی در چارچوب همین ساختار، اعمال مقررات شرعی نیازمند مدون شدن این مقررات به واسطه اراده دولت در معنای عام می‌باشد، اما هرگونه مغایرت با اراده شارع و احکام شرعی بر مبنای نظر شورای نگهبان، امکان زیست این هنجارها را منتفی می‌سازد و عرف و اراده عرفی ضرورتاً در طول اراده شرعی جای گذاری شده‌اند.

اگر پلورالیسم حقوقی وضعیتی باشد که در آن دو یا چند نظام حقوقی بر یکدیگر تأثیر متقابل دارند، در نظام حقوقی ایران به عنوان نظامی که قانون برآمده از دولت را به رسمیت می‌شناسد، حقوق عرفی و حقوق شرعی بر یکدیگر تأثیر متقابل دارند و همان طور که قبلاً اشاره شد، در رابطه‌ای طولی، این همزیستی شکل گرفته است. با معرفی شریعت به عنوان مبنای هنجاری برتر توسط قانون اساسی، به دلیل خاصیت ویژه فقه شیعه، بالاخص مکتب اصولی و تنوع بسیار زیاد نظرات فقهی حجت ساز در این دستگاه به مثابه مبنا و منشأ، می‌توان از تعبیر پلورالیسم حقوقی در دل ساختار دولتی نظام فعلی استفاده نمود (سهرابی، ۱۳۹۹، ص ۵۹)؛ چراکه ساختار موجود مطابق با تعریف پلورالیسم حقوقی در وضعیتی به سر می‌برد که علاوه بر تأثیرگذاری متقابل دو یا چند نظام حقوقی بر یکدیگر، مبانی شرعی آن به طور درون ساختاری مبتلا به تکرر است و تبیین این تکرر فقهی در بخش بعدی به تفصیل خواهد آمد.

## ۲. تکررگرای فقهی

شناخت احکام و گزاره‌های حقوقی در هر نظام حقوقی، نیازمند ارجاع به مرجعی روشن و حکم ساز است که بتواند حکم قضایای حقوقی را بیان نماید و ضرورت وجود چنین مرجعی از آن روست که وجود نظم و صدور احکام مشابه برای موضوعات مشابه از ارکان حقوق به شمار می‌رود.

منبع آن چیزی است که می‌توان در شناخت حکم حقوقی بدان استناد نمود؛ براین اساس، برای شناخت منابع حقوق، باید نظام حقوقی و اسناد بالادستی آن را مورد بررسی قرار داد تا بدین نکته دست یافت که بازیگران عرصه حقوق به کدامین منبع "می‌توانند" استناد نمایند و یا به کدام منبع «باید» استناد نمایند، اما مینا، چرایی منبع بودن یک منبع را تبیین می‌نماید و در حقیقت، مینا منبع است، لذا برای یافتن مینا، علم حقوق کافی نیست و هر جامعه‌ای با توجه به رویکردهای فکری خویش مبانی خاص فکری را می‌پذیرد که این مبانی، بنیان‌های حقوق را تشکیل می‌دهند (الهام و برهانی، ۱۴۰۰، ج ۱، ص ۲۴).

با وجود گرایش اغلب دولت‌های مدرن به انتخاب مبنای واحد، تکثر مبانی برای وضع قواعد در یک نظام حقوقی، امری محال نیست و عملاً در نظام‌های مختلفی این وضعیت، خواسته یا ناخواسته پدید آمده است. در ادبیات موجود در فلسفه حقوق، «قانون چیست؟» یا «حقوق چیست؟» (What is Law?) یکی از اصلی‌ترین پرسش‌های مطرح می‌باشد و گفتگو در مورد ماهیت حقوق (The Nature of Law) بخش جدایی‌ناپذیر مباحث فلسفه حقوق است. در میان لندیسمندان معاصر، برخی قانون را ترکیبی از قانون موضوعه (Law) و قواعد (Principles) می‌دانند که مبنای یکی اراده حکومت و مبنای دیگری، امور اخلاقی است و عملاً چنین رویکردی تکثر در مبانی را مورد پذیرش قرار می‌دهد؛ بنابراین پذیرش مبانی متکثر در یک نظام حقوقی مدرن، امری نادر و عجیب نیست، هر چند نوع مبانی متکثر و نحوه تعامل مبانی متکثر با یکدیگر جای بحث و تأمل دارد. در نظام حقوقی ایران به‌عنوان نظامی دینی، فقه یکی از مبانی این نظام محسوب می‌شود و به تبع استنتاجات و استنباطات متکثر و در عین حال روشمند و اصولی فقها، وجود نوعی پلورالیسم فقهی، امری مسلم و مفروض است. در نتیجه، تکثر در زیربنا (فقه)، تکثر در روبنا (نظام حقوقی) را در پی خواهد داشت. تبیین مدعای فوق، نیازمند توجه به برخی مفاهیم و مبانی است که ذیلاً مورد اشاره قرار خواهد گرفت.

اجتهاد در لغت به معنای تحمل سختی است و در اصطلاح هر چند برخی آن را ملکه‌ای می‌دانند که با آن توان استنباط حکم شرعی فرعی از ادله حاصل می‌شود و اجتهاد را به نوعی توانایی و قابلیت تفسیر کرده‌اند، اما باید گفت اجتهاد ناظر به صفت نفسانی نیست، بلکه ناظر به فعل خارجی فقیه است؛ بنابراین اجتهاد را باید به تلاش و کوشش بسیار برای تحصیل ظن به حکم شرعی تعریف نمود (آخوند خراسانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۴۶۳). فقیه در دانش فقه تلاش می‌کند به اراده



الهی یا همان اراده و خواست موجود در لوح محفوظ دست یابد و خروجی اجتهادش، حکم شرعی نام دارد که حجت بین او و خداوند است. در این ساختار، استنباط‌های منضبط فقها با یکدیگر متفاوت است و فتاوی و احکام متفاوتی استنباط می‌شود؛ چراکه دستگاه فهم هر فقیه با فقیه دیگر، متفاوت است و طبیعتاً خروجی دستگاه‌های فهم متفاوت، متفاوت خواهد بود؛ بنابراین ما نه با فقه، بلکه با فقه‌ها مواجه هستیم (برهانی، ۱۳۹۹، ص ۱۱۱). فتاوی فقہی و اجتهادات متکثر مجموعاً راه‌هایی متمایز برای فهم و بسط شریعت هستند، راه‌هایی که با نگاه بیرونی از حیث اعتبار شرعی برابرند؛ بنابراین آنچه فقها در فتاوی خود بیان می‌کنند فهم مبتنی بر ظن مجتهدان از مقصود شارع و حکم مورد نظر وی در مسئله موضوع فتواست و نه لزوماً نفس مقصود شارع و حکم معین مورد نظر در آن موضوع (امیدی، ۱۳۹۹، ص ۲۴۲). لذا از دو دیدگاه می‌توان به اجتهاد یک فقیه نظر کرد: از نگاه درونی، شخص فقیه بعد از استنباط یا ظن به حکم پیدا می‌کند و یا قطع نسبت به حکم و چنین آورده‌ای اگر مبتنی بر ظن معتبر و قطع وی باشد، بر وی و مقلدین او حجت الزام‌آور است و باید به مقتضای دریافت خویش عمل نمایند. اما از نگاه بیرونی، ناظر خارجی با فتاوی فقہی مختلف که حاصل اجتهادهای متفاوت است و با احکام متفاوتی منجر شده، مواجه است که هر یک ادعای استنباط حکم الله واقعی را دارد که در موضوع واحد ممکن است چندین فتوا وجود داشته باشد که چنانچه ذیلاً خواهد آمد بحث در صحت همه یا برخی یا هیچکدام، بحث بنیادین و مهمی است.

بدین ترتیب شریعت بالمعنی الأخص (لوح محفوظ/ اراده تشریحی خداوند) مفهومی خارج از تأملات انسانی تلقی می‌گردد و به مثابه قلمروی تعریف می‌شود که تنها مختص به خداوند است و کسی جز ذات مقدس حق و اولیای مقرب الهی نسبت بدان علم ندارند، اما تلاش برای یافتن شریعت، اجتهاد نام دارد و ثمره اجتهاد، حکم فقہی است. در بستر متکثر اجتهادات و استنباطات فقہی، بحثی در اصول فقه مطرح شده است مبنی بر اینکه آیا یک حکم صحیح واحد، در لوح محفوظ مورد اراده الهی قرار گرفته است و تبعاً آیا هر فقیه‌ای با استنباط خود به حکم حقیقی و صحیح دست می‌یابد؟ دو گروه اصلی در پاسخ به این سوال شکل گرفتند: اهل تخطئه و اهل تصویب. اهل تخطئه (مخطئه) با اعتقاد به وحدت حکم الهی، در میان اقوال گوناگون فقها، تنها

یک رأی را منطبق با حکم واقعی و نفس الامری می‌دانند و دیگر آراء را خطا می‌شمارند،<sup>۱</sup> در حالی که بر اساس نظریه تصویب، رأی اجتهادی مجتهدان در عین اختلاف، درست قلمداد می‌شود؛ چراکه حکم خداوند تابع رأی و نظر مجتهد است و اینگونه نیست که خداوند درباره هر موضوعی، حکمی داشته باشد (آخوند خراسانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۴۶۸-۴۶۹)؛ به عبارت دیگر، مخطنه استدلال می‌کنند که یک حکم صحیح وجود دارد و اهل تصویب نظری برعکس دارند. مشهور امامیه، نظریه تخطئه است؛ اینکه برای هر موضوعی در واقع، تنها یک حکم وجود دارد و رأی صائب هم به تبع، منحصر در تشخیص و اصابت به آن حکم است و دست‌کم دلیل ظنی بر آن خواهد بود؛ ولی دلیل اعتبار آن دلیل ظنی حتماً باید قطعی باشد، همان‌طور که گفته شده ظنی بودن طریق با قطعی بودن حکم منافات ندارد (همان، ص ۴۶۹) یعنی فقیه باید بدان قطع پیدا کند تا بدان فتوی دهد. نکته ضروری در این چارچوب آن است که هر دو گروه، تکثر فقهی را به طور نظری معتبر می‌دانند، اما مخطنه ضمن نفی تابعیت حکم واقعی از رأی مجتهد، ابراز می‌دارند که علی‌رغم این تکثر، یک حکم منفرد و واحد در لوح محفوظ وجود دارد (Kaled Abou El Fahd, 2001, p.32).

با تدقیق در مطالب فوق می‌توان گفت در ساختار اجتهادی فقه اسلامی، با نگاه بیرونی برتری دادن یک تفسیر یا استنباط فقهی بر سایر تفاسیر، تصویری غلط و خلاف منطق حاکم در این ساختار است؛ چراکه مبتنی بر این پیش‌فرض است که قصد تقنینی الهی به درستی و با حتمیت درک شده است، در حالی که فقیه صرفاً فهم مبتنی بر ظن خود از اراده الهی را بیان می‌کند در عین حال از دیدگاه مجتهد و با نگاهی درونی به استنباط خود، وی با قطع و یقین ادعا می‌نماید که آنچه بدان حکم داده است حکم الله واقعی است و سایر فتاوی اشتباه است اما نمی‌تواند ادعا نماید که حتماً آورده فقهی وی، منطبق با لوح محفوظ و اراده الهی بوده است. نتیجتاً همین امر بستری را برای اذعان به کثرت‌گرایی در فقه اسلامی فراهم آورده است. با وجود آنکه وحدت‌گرایی حقوقی بر پیش‌فرض اعمال قوانین واحد با مبانی یکسان استوار است، تفکر حقوقی اسلام از نوعی معرفت‌شناسی حقوقی حمایت می‌کند که تکثر حقوقی را ممکن می‌سازد؛ بر این مبنا که هیچ فقیهی نمی‌تواند ادعا

۱. با این وجود عبارت مصطلح میان اهل تخطئه برگرفته از حدیث پیامبر ﷺ آن است که «للمصیب أجران وللمخطیء أجر واحد» یعنی مجتهدی که در اجتهاد خود به حکم واقعی دست یافته، دو پاداش دارد، اما مجتهدی که به حکم واقعی نمی‌رسد، یک پاداش دارد؛ چراکه پاداش برای فقیه به‌خاطر وصول به حکم درست نیست، بلکه از جهت استعمال روش قابل قبول و به‌کار بستن نهایت سعی و تلاش در این فرایند است.

کند حکم خدا را با قطع و یقین درک کرده است. بر همین اساس، فقیهان استدلال می‌کنند که مسئله اجتهاد فقهی، رسیدن به جواب درست نیست، بلکه به‌کار گرفتن همه سعی و تلاش برای به دست آوردن حکم درست در تلقی فقیه است و تا آن اندازه که فرد آن کار را بکند، به‌خاطر سعی و تلاش پاداش می‌گیرد؛ اگر استنباط وی به واقع اصابت کرد وی دو اجر می‌گیرد اما اگر اشتباه کرد، تنها یک اجر و ثواب به وی تعلق می‌گیرد.<sup>۱</sup> بدیهی است که واقع امر کشف نخواهد شد مگر در روز جزا که حقیقت در پیشگاه الهی روشن می‌شود و بدون تردید در این دنیا نمی‌توان تشخیص داد که کدام استنباط به واقع اصابت کرده و کدام یک اصابت نکرده است. با این تعبیر، هر فقیهی می‌تواند فهم متفاوتی داشته باشد و حکم متفاوتی در مقایسه با فقیه دیگر، استنباط کند، اما تمام این فتاوا و ادراکات تا آنجا که از نظر روش شناختی درست باشد، مشروع و معتبر هستند؛ بدین ترتیب حقوق اسلامی، پا به پای طیف اجتهادهای آن، حقوقی متنوع و متکثر است (بننکاس، ۱۳۹۹، ص ۳۹۸) و ساختار فقهی، پلورالیسم حقوقی را در جوامع اسلامی به حقیقتی اجتناب‌ناپذیر تبدیل کرده است. تکرر موجود از عدم قطعیتی نشأت می‌گیرد که فقها بدان اذعان دارند؛ اینکه به تشخیص درست قاعده در شرایط مختلف، اطمینان ندارند و تمام فتاوا مقید به یک قید ضمنی است، قید «فعلاً»: فعلاً استنباط از شریعت الهی در موضوعی خاص چنین است، اما متعاقباً ممکن است این استنباط متحول گردد و به‌همین دلیل است که به کرات با تبدل فتوی از سوی یک فقیه در زمان‌های مختلف مواجه هستیم. البته این امر مانعی بر عدم التزام به فتوای فعلی نیست چراکه استنباط فعلی، تولید الزام می‌نماید و آن استنباط حجت بین خلق و خالق است و معذرت و منجزیت را در پی دارد.

تاریخ فقه نمایانگر تکرر در هنجاریت است و استنباط هر فقیه منبع هنجاریت پیروان خود بوده است، از این رو در پیشینه زیست فقهی، هیچ فقیهی موجود نیست که با وجود سایر فقهای هم سطح، نظراتش به‌عنوان منبع منحصر در حل اختلاف محل رجوع باشد. هر چند ساختار تقنینی و قضایی نظام جمهوری اسلامی ایران به مثابه ساختاری دولتی، تلاش نمود تا جایگاه پیشین فقها در نقش منابع مستقل هنجاریت و اجرای احکام را به‌صورت نظام مند و در دل یک ساختار حقوقی ظاهراً مدرن و تحت لوای قانونی اساسی، سازمان‌دهی نماید و حکمی را به‌عنوان قانون یا هنجار معتبر شناسایی کند که مهر تأیید نظام سیاسی بر آن خورده باشد، اما به نظر می‌رسد این تکرر در هنجاریت، مبنای نظام تقنینی را تحت تأثیر قرار داده و از آنجاکه شریعت به‌عنوان مبنای مشروعیت

۱. للمصیب اجران و للمخطأ اجر واحد.

قانونگذاری در قانون اساسی گنجانده شده، قرار بر این است که به رسمیت شناختن قوانین و هنجارها توسط نظام سیاسی بر اساس مبنا و منبعی باشد، که ذاتاً متکثر است.

باتوجه به آنچه تاکنون بیان شد، ازسویی ساختار اجتهادی فقه اسلامی اقتضای تکثر و تعدد ادراکات فقهی را دارد و ازسوی دیگر اصل چهارم قانون اساسی، شریعت و عدم مغایرت با احکام آن را به عنوان مبنای برتر معرفی کرده و تبعاً شورای نگهبان در این بستر متکثر موظف به نظارت بر عدم مغایرت قوانین مصوب با اراده الهی گردیده است. یکی از مشکلات گنجاندن مبنای شرعی برای قانونگذاری در قانون اساسی، غیرواضح بودن مفهوم شریعت است، چه بسا تکثر مفاهیم محتمل از واژه شریعت، سوء تفسیر فقهای شورای نگهبان از این واژه را محتمل سازد. معمولاً در جوامعی که یک دین خاص و یا یک مذهب خاص به عنوان مبنای قانونگذاری انتخاب و اساسی سازی می‌گردد تا قوانین بر طبق آن تدوین و تصویب گردد، رویارویی جامعه حقوقی با چالش‌های مربوط به دوگانگی یا چندگانگی تبعات ساختاری، محتمل می‌باشد. در چنین وضعیتی فقهای شورای نگهبان در گزینش مفهوم منتخب از شریعت، آیا باید ملتزم به مبنای واحدی باشند؟ آیا لزوماً باید از مبنای اجتهادی خود پیروی کنند و معیاری شخصی در تأیید یا عدم تأیید مصوبات داشته باشند؟ آیا نظام حقوقی ایران، مقلدین شش فقیه هستند و فقهای شورای نگهبان به مثابه مرجع تقلید برای نظام حقوقی (به عنوان مکلفی که موظف به تبعیت است) عمل می‌کنند؟ و اگر مصوبه مجلس مبتنی بر نظریه‌ای فقهی — ولو نظر مشهور فقها باشد — اما برخلاف نظر فقهی اکثریت فقهای شورای نگهبان، به عنوان خلاف ما انزل الله آن مصوبه محکوم به رد شدن است؟ در بخش بعد، به تبیین الگوی مطلوب در مواجهه با این وضعیت متکثر حقوقی — فقهی خواهیم پرداخت.

لازم به ذکر است که این مقاله در مقام بیان انواع قرائت‌ها و تفاسیر فقهی و حقوقی و داوری میان آنها در ارتباط با تکثرگرایی نیست. در میان تفاسیر متفاوت، در دو طیف مختلف می‌توان از یکسو به تفاسیری دست یافت که بر ظرفیت‌های تکثرگرایانه تأکید و این امر را نقطه قوت رویکرد فقهی می‌دانند و ازسوی دیگر با تفاسیری مواجهیم که در نقطه مقابل این نگاه قرار دارند و با عدم توجه به خواست عمومی، بر تبعیت از یک نظر فقهی تأکید دارند. بدیهی است که این مقاله در مقام داوری میان این دو دسته از رویکردها نیست، بلکه در مقام آن است که برای رویکرد اول که مدعی وجود ظرفیت‌های تکثرگرایانه در نظام فقهی — حقوقی است، اقامه دلیل نماید. روشن است

که ارزیابی و مقارنه میان این دو رویکرد مجالی دیگر را اقتضا دارد.

### ۳. ثابتات شریعت؛ الگوی مطلوب نظام تقنینی

باتوجه به وضعیت ساختار تقنینی ایران، مسئله اصلی آن است که با چه معیار و با چه قرائتی از فقه، مقام ناظر (شورای نگهبان) مصوبات مقام واضع (مجلس) را مورد ارزیابی قرار می‌دهد؟ شاید بپرسد که ادعا شود یافتن این معیار، مهم‌ترین مسئله نظام تقنینی کشور در چهل سال اخیر است و بدون دست‌یافتن به این مهم، تمام ساختار نظام تقنینی و به‌تبع آن نظام اجرایی کشور دستخوش عدم قطعیت و تزلزل بوده و مصوبات نهایی فاقد سازواری لازم هستند و تعارض مختلف دامنگیر نظام تقنینی و اجرایی کشور خواهد شد. شورای نگهبان در پاسخ به سوال یکی از نمایندگان در مورخه ۱۱/۱۰/۱۳۶۳ در نامه شماره ۲۴۳۷ بیان داشت که: «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی بطور نظر فتوایی با فقهاء شورای نگهبان است». این نظر مبتلای به اجمال است و مسائل مرتبط با این موضوع مهم را نتوانسته است تبیین نماید.

199

در ابتدا توجه به یک مقدمه از دانش اصول ضروری است. یکی از مباحثی که در دانش اصول مطرح است، بحث علم اجمالی است. علم اجمالی در مقابل علم تفصیلی قرار دارد و به وضعیتی اشاره دارد که شخص هم علم دارد و هم علم ندارد؛ علم اجمالی، علم مردّد بین دو یا چند چیز است. ازسویی شخص علم دارد به یک واقعیت خارجی و ازسوی دیگر به صورت دقیق علم به این واقعیت خارجی ندارد. مثلاً می‌داند که محتویات یکی از دو ظرف شراب است، اما دقیق نمی‌داند که کدام‌یک از آنها حاوی شراب و کدامیک حاوی آب میوه است یا می‌داند نجاستی به لباس وی اصابت کرده است، اما نمی‌داند که بصورت دقیق پیراهن وی نجس شده است یا شلووار او و با می‌دانیم که الف یا ب قاتل است اما دقیق نمی‌دانیم که قاتل کدامیک از ایشان است. علم اجمالی با اینکه علم کامل نیست، اما جهل مطلق هم نیست و نمی‌توان نسبت به مفاد علم اجمالی، بی تفاوت بود، بلکه این علم منشأ نوعی تکلیف است و به عبارت دقیق چنین علمی، منجر است. با بروز علم اجمالی، مکلف اجمالاً می‌داند که تکلیف به انجام یک امر از میان دو یا چند امر را دارد، اما مشخص نیست دقیقاً کدام یک باید انجام شود. برای مکلف در برابر وضعیت حاصل از علم اجمالی، سه وضعیت قابل طرح است: مخالفت قطعیه به معنای ترک تمام اطراف علم اجمالی؛ دوم، موافقت قطعیه به معنای انجام تمام اطراف علم اجمالی و سوم موافقت احتمالی به معنای انجام

یکی از اطراف علم اجمالی. در میان اندیشمندان دانش اصول این امر مورد توافق است که مخالفت قطعی با علم اجمالی، حرام است؛ چراکه منجزیت علم اجمالی، عقلی است و نمی‌توان مرتکب ترک تمام اطراف موضوع شبهه شد (صدر، ۱۴۰۶، ص ۱۲۲).

اگر فتاوی‌ای مختلف فقهی را به‌عنوان امری خارجی ببینیم و نظام تقنینی را به‌عنوان مکلفی که در برابر حجج مختلف شرعی قرار دارد، آنگاه وضعیت علم اجمالی و ابتلای نظام تقنینی به چنین وضعیتی و برون‌رفت از این وضعیت، مسئله‌ای قابل تأمل خواهد بود. مواجهه با تکرر فتاوا و تأیید مطابقت یا عدم مطابقت قوانین و مقررات با این فتاوا در ساختار تقنینی، مصداقی از ابتلا به علم اجمالی است؛ چراکه اجمالاً این علم حاصل شده که درخصوص موضوعی خاص، فتاوی‌ای مختلفی وجود دارد که یا یکی از آنها درست است و یا تمام آنها اشتباه؛ درعین حال مسئله آن است که کدام یک به‌عنوان حکم شرعی مورد قبول قرار گیرد و مصوبه مجلس بر اساس آن ارزیابی گردد؟ مسلّم آن است که تصویب قانون در چارچوب نظام حقوقی و قانون اساسی مبتنی بر شریعت، نمی‌تواند به‌نحوی باشد که مخالف تمام فتاوی‌ای موجود در زمینه موضوع آن قانون باشد؛ به عبارت دیگر مصوبه مجلس نمی‌تواند مخالفت قطعی با تمامی فتاوی‌ای موجود داشته باشد، چون چنین مخالفت قطعی‌ای از نظر فقهی و شرعی مورد پذیرش نیست و یا تکلیف آوردن علم اجمالی منافات دارد. ازسوی دیگر، علی‌رغم آنکه برخی از مبانی اصولی بر این باورند که در علم اجمالی، موافقت قطعی ضروری است، اما در ما نحن فیه یعنی در بحث تقنین، موافقت قطعی با تمام فتاوی‌ای موجود عقلاً امکان‌پذیر نیست و درصورت تکرر نظرات فقهی و درعین حال تعارض این نظرات با یکدیگر، نمی‌توان قانونی را به تصویب رساند که موافق تمامی آنها باشد؛ چراکه چنین قانونی قطعاً متعارض خواهد بود و در موضوع واحد، احکام متفاوتی را بیان خواهد کرد که این مهم نه‌شده است و نه مطلوب. فلذا اگر ازسویی عدم مخالفت قطعی باید مد نظر باشد و ازسوی دیگر، موافقت قطعی با فتاوی‌ای متعدد نیز منتفی باشد، در قبال چنین علم اجمالی، تنها یک راه باقی می‌ماند و آن تجزیه احد الامرین است، به این معنا که موافقت احتمالی در عمل به علم اجمالی کفایت می‌کند؛ بدین ترتیب کافی است که مصوبه مجلس منطبق با یکی از فتاوی‌ای فقهی باشد و همین انطباق برای عبور از فیلتر شورای نگهبان کافی است و نباید تکلیف و تبعیت بیشتری را از مجلس مطالبه نمود.

نکته حائز اهمیت ضرورت تغییر دیدگاه فقهای شورای نگهبان است؛ اعضای شورای نگهبان نباید این نهاد قانونی را با مدرسه و کرسی تدریس در حوزه علمیه یکی قلمداد کنند و در پی اقلان

سایر اعضای شورای نگهبان و به کرسی نشاندن نظر فقهی خود و الزام مجلس به تبعیت از آن باشند که این مسیر اشتباه، مسیری است که سال‌ها نظام تقنینی ایران را با چالش مواجه کرده است. مجلس تصمیم می‌گیرد و به صلاحدید خود امری را تقنین می‌کند؛ شورای نگهبان اولاً باید به دنبال آن باشد که باتوجه به فتاوی موجود، این تصمیم مجلس منطبق با یکی از فتاوا هست یا خیر؟ و اگر نباشد می‌توان وجهی شرعی برای آن یافت یا خیر؟ اگر هیچکدام از این دو امر محقق نشد و مخالفت قطعی با جمیع فتاوی محقق شد، باید مصوبه خلاف شرع شناخته شود و به مجلس بازگردانده شود.

امام خمینی<sup>ع</sup> در تاریخ ۴ بهمن ۱۳۶۱ درباره نظر تشخیصی شورای نگهبان بیان نمود: «شورای نگهبان نمی‌گوید خلاف فتوای من است یا خلاف فتوای زید است، او می‌گوید خلاف اسلام است» (خمینی، ۱۳۸۹، ص ۲۵۱). تفسیر امام خمینی<sup>ع</sup> به روشنی دلالت بر آن دارد که اظهار نظر شورای نگهبان فراتر از اختلاف نظرها و تکثر فتاواست؛ ضمن آنکه فقیه شورا نمی‌تواند فتوای احدی را چه فتوای خود و چه فتوای رهبری را معیار انطباق مصوبات با موازین شرعی قرار دهد و اظهار نظر شورا مبنی بر خلاف شرع بودن یک مصوبه، فقط به معنای مخالفت قطعی آن مصوبه با مسلمات شرعی است؛ چراکه هیچ فقیهی نمی‌تواند نظر اجتهادی فقیه دیگر را از اسلام نداند و تنها می‌تواند در اجتهاد شخصی خود و بنا بر ادراکات فقهی که بدان رسیده، فتوایی متفاوت با فتوای فقیه دیگر داشته باشد. از آنجایی که قانون اساسی ملاک و معیاری برای موازین اسلامی ارائه نداده، فتوای شخص خاص یا فتوای فقهای شورا ملاکی برای ارزیابی انطباق مصوبات با شریعت اسلامی نیست.

بر اساس مطالب فوق، روشن است که در راستای اعمال اصل چهارم قانون اساسی و نظارت شورای نگهبان بر مصوبات مجلس شورای اسلامی از جهت عدم مغایرت این مصوبات با موازین اسلامی، اتکای فقهای شورا به مبانی اجتهادی شخصی که خود قائل به آنها هستند و ارزیابی مصوبات ارجاع شده با معیاری شخصی، نه تنها ضروری نیست، بلکه تحدیدی برای اراده قانونگذار به‌شمار می‌رود و حتی می‌توان گفت که هیچ مستند و دلیلی برای تبعیت مجلس از نظر فقهی اکثریت فقهای شورای نگهبان وجود ندارد. با این توضیح که شورای نگهبان، مرجع کشف حکم الله نیست و چنین پیش فرضی مبتنی بر مرجعیت فقهی شورای نگهبان و ضرورت تفقه شش منصوب در آن شورا و تبعیت مجلس از تفقه سه نفر از شش نفر نیازمند تغییر است. نتیجه چنین

وضعیتی با مرور زمان چیزی نیست جز عدم سازواری در تقنین و بر هم خوردن تدریجی انسجام و یکپارچگی در نظام تقنینی. اگر قرار باشد شورا صرفاً موافقت قوانین با مبنای فقهی خود را ملاک قرار دهد، اراده اجتماعی تقطیع می‌شود، به این دلیل که مجلس قانونگذاری به نمایندگی از مردم در مقطع زمانی خاص، مصلحت اجتماعی را در تصویب یک مقرر می‌داند، اما آن مقرر در تضاد با مبنای فقهی شورای نگهبان است و شورا آن را خلاف ما انزل الله اعلام می‌کند؛ براین اساس فقه شورای نگهبان به مثابه مانعی برای اعمال اراده قانونگذار و تبعاً اراده ملت خواهد بود. اگر ادعای نظام اسلامی به‌عنوان یک نظام جمهوری آن است که در قانونگذاری بر اراده مردم ایستاده است و هیچ کس حق ندارد مصالح عالی کشور را تشخیص دهد جز مجلس قانونگذاری، چنین رویکردی در تنافی با ادعای مذکور است. فقیه شورای نگهبان نباید با این تصور که حکمی را بر اساس مبنای فقهی خودش شرعی می‌داند یا خیر، به تأیید مصوبات مجلس اقدام کند، چه آنکه ممکن است قانونی طبق مبنای آن فقیه، خلاف شرع باشد — که در عمل خارجی خودش، حتماً باید به فتوای خود عمل کند، اما نمایندگان مجلس در جایگاه نمایندگان ملت، ضرورتاً مقلد آن فقیه خاص نیستند تا منطبق با فتوای او قانون بنویسند. ضمن آنکه قانون برای فقهای شورای نگهبان نوشته نمی‌شود تا صرفاً منطبق با مبنای فقهی آنها باشد، بلکه برای تنظیم امور ملت تدوین می‌گردد؛ بنابراین شورای نگهبان وظیفه‌ای که در راستای اصل چهارم قانون اساسی بر عهده دارد، تشخیص انطباق مصوبه مجلس با یکی از حجج الهی و یکی از فتاوای فقهای دارای اتوریته فقهی و عدم مخالفت قطعی با اراده الهی است.

پرسش قابل طرح آن است که با بیان فوق، چه ضرورتی بر فقیه بودن شش عضو شورای نگهبان وجود دارد و آیا احراز موافقت احتمالی، نیازمند فقیه بودن ناظر است؟ با تعمق در مطالب فوق می‌توان گفت نظارت شورای نگهبان بر مصوبات ارجاع شده باید در حدی باشد که قانونگذار، قانونی در مخالفت قطعی با جمیع فتاوای فقهی وضع نکند و این امر قطعاً نیازمند تفقه و تسلط بر مبانی مختلف است. برای مثال ازدواج همجنس گراها علی جمیع المبانی مخالف با حکم شرع است، این در حالی که موضوعی چون جواز اهدای عضو یا جواز سقط درمانی، از مصادیقی نیستند که مخالفت قطعی علی جمیع المبانی داشته باشند.

در صورت انطباق مصوبه ارجاع شده با یکی از فتوایی که ادعای حجیت دارند، شورای نگهبان تنها در یک فرض، حق مداخله خواهد داشت و آن هم فرض احتیاط در تعرض به نفوس،



اموال و فروج مردم است. با توجه به اولویت حفظ دماء، اموال و فروج با استنباط از بخش عمده‌ای از متون فقهی، به نظر می‌رسد چنانچه مصوبه مجلس، متعرض نفوس، اموال و فروج مردم شده باشد، شورای نگهبان باید احتیاط پیشه کند و مصوبه را ردّ نماید؛ در غیر این صورت، آزادی و اختیارات مجلس قانونگذاری نباید محدود گردد. بر این اساس، در دوران بین محدودترین و مواجهه با تکثر فتاوا در موضوعی خاص، نمایندگان ملت دارای اختیار هستند و ثمره چنین اختیاری نیز نسبت در نظام تقنینی خواهد بود؛ چراکه اساساً خروجی دستگاه فقه، نسبی است و نکته بسیار مثبت فقه شیعه، در همین نسبی بودن احکام است که اجازه انطباق احکام با اقتضانات اجتماعی را می‌دهد. اساساً اجتهاد یک مفهوم نسبی و متحول در بستر زمان است و فقیه هر عصری با تلاشی که می‌کند، می‌تواند به فهم جدیدی متفاوت با پیشینیان خود برسد و همین امر با توجه به مبنای شرعی داشتن تقنین در نظام اسلامی موجب برای تحول در قوانین و مقررات می‌باشد؛ بنابراین اگر قانونگذار فتوای یکی از مراجع را وارد قانون کرد و فتوای مرجع دیگر را خارج از قلمرو تقنین نگاه داشت، قطعاً مرتکب خلاف شرع نشده است، بلکه این تکثر فتوا یکی از قابلیت‌هایی است که می‌توان از طریق آن مقنن را به سمت و سوی تغییرات در تقنین، همسو با مقتضیات اجتماعی سوق داد، بدون اینکه ساختار شکنانه به دنبال تغییر فقه و دستگاه فقاهت و مبنای یک نظام حقوق مبتنی بر دین بود (برهانی، ۱۳۹۹، ص ۱۲۱) مشروط به اینکه فتوا دارای اتوریته فقهی باشد و از سوی مراجع تقلید دارای صلاحیت فتوا صادر شده باشد و نه بر مبنای ذوقیات دل بخواهی غیر کارشناسان عرصه فقه و فقاهت.

یکی از اندیشمندان معاصر در ارتباط بین مجلس و شرع، بدون آنکه به مبنای مورد اشاره در بخش قبل پردازد، تقریری را ارائه کرده است که در راستای مطالب فوق‌الذکر قابل تأمل می‌باشد: «از آنجایی که شریعت، مصدر تقنین است، اولاً، احکامی که از مسلمات شرع است، لازم‌الاطاعه هستند، چه در قانون اساسی تصریح گردند و چه تصریحی به آنها نشود؛ ثانیاً، در موضوعاتی که مبتلا به تکثر فتاوا هستند، آن فتوایی مبنای تقنین قرار می‌گیرد و وارد قانون مدون می‌شود که مجلس قانونگذاری به نمایندگی از مردم آن فتوا را انتخاب می‌کند؛ ثالثاً، در منطقه الفراغ فقهی و قلمروی ما لا نص فیہ شارع که حکمی شرعی مبنی بر ایجاب یا تحریم موجود نیست، مجلس قانونگذاری که نماینده امت است بنابر مصلحت جمعی عمل کرده و قانونگذاری می‌کند» (صدر، ۱۳۹۹، ص ۲۲-۲۳). بنا بر نظریه فوق، نسبت به مسلمات شرع باید تبعیت نمود؛ منظور از مسلمات شرع،

احکامی است که در خصوص آنها هیچ‌گونه اختلاف نظر فقهی وجود ندارد و استنباط تمام فقها در خصوص این امر، یکسان می‌باشد. اما در دو دسته دیگر، اراده ملت از طریق نمایندگان ایشان است که جاری می‌شود؛ اگر در موردی تکثر فتوا وجود داشته باشد، به آن فتوایی باید لباس قانون پوشانده شود که نمایندگان مردم آن را انتخاب کرده اند، یعنی نظر اکثریت جامعه میان حجج مختلف فقهی به‌عنوان مرجح به حساب می‌آید. همچنین در ساحتی که شریعت بیان الزام‌آوری ندارد، باز هم این خواست و اراده ملت است که از طریق نمایندگانشان و با رعایت مصلحت عمومی به تقنین می‌پردازند؛ بنابراین خواست و اراده ملت در برخی موارد مرجح است؛ چراکه هیچ ترجیحی میان فتاوی مختلف وجود ندارد و در برخی موارد واضح است؛ چراکه هیچ بیانی از سوی شارع وجود ندارد و در این قلمرو خواست و اراده ملت است که باید در قانون تجلی پیدا نماید. این نظر در ادبیات برخی از فقهای معاصر - آیت الله العظمی سیستانی - به‌عنوان «ثابتات شریعت» (الثوابت الدینیة) مورد اشاره قرار گرفته است (الخفاف، ۱۴۳۵، ص ۲۷۷-۲۷۸) و همین نگاه در نهایت در ماده ۲ قانون اساسی عراق مورد استفاده قرار گرفت: «اسلام دین رسمی دولت است و منبع اساسی برای قانونگذاری می‌باشد: ۱. تصویب قانونی که با ثابتات احکام اسلامی در تعارض است مجاز نمی‌باشد، ۲. تصویب قانونی که با مبادی دموکراسی در تعارض است مجاز نمی‌باشد، ۳. تصویب قانونی که با حقوق و آزادی‌های اساسی مندرج در این قانون در تعارض است مجاز نمی‌باشد». استفاده از واژه ثابتات دینی، یعنی امری که از نظر شرعی، ثابت و مسلم است و آن چیزی نیست جز امر متفق علیه و اگر در امری، اختلاف نظر فقهی وجود داشت مشخص است که دیگر آن حکم، جزء ثابتات محسوب نمی‌شود.

واقعیتی تاریخی می‌تواند مؤید نظریه فوق باشد؛ در سال ۱۳۶۰ و پیش از تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام، بنیانگذار جمهوری اسلامی بر این عقیده بود که چنانچه نظر دو سوم نمایندگان مجلس بر مصلحتی مغایر با مسلمات شرعی تعلق گیرد، آن مصلحت می‌تواند حکم اولیه شرعی را کنار گذارد و موقتاً به‌عنوان مبنایی برای قانونگذاری اتخاذ شود<sup>۱</sup> (هاشمی، ۱۳۷۵، ص ۶۴۶). در این مورد ملاحظه می‌شود که نظر اکثریت نمایندگان قابلیت آن را دارد که حکم مسلم

۱. در پاسخ مورخ ۱۳۶۰/۷/۱۹ آمده است: «آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی ایران دخالت دارد که فعل یا ترک فعل آن موجب اختلال نظام می‌شود... پس از تشخیص موضوع به‌وسیله اکثریت دو سوم وکلای مجلس شورای اسلامی با تصریح به موقتی بودن آن مادام که موضوع محقق است و پس از رفع موضوع خود به خود لغو شود».

شرعی را کنار بگذارد، فلذا زمانی که نظر اکثریت نمایندگان طریقی برای تشخیص مصلحت جهت کنارگذاشتن حکم شرعی باشد، نباید استبعاد نمود که در میان احکام مختلف نظر نمایندگان ملاک پوشیدن لباس قانون بر فتاوا باشد. شاید بتوان گفت وقتی نظر دو سوم نمایندگان می‌تواند حکم شرعی را کنار بگذارد، به طریقی اولی می‌تواند در انتخاب میان یک فتوا از میان فتاوی مختلف، تعیین‌کننده باشد.

باتوجه مطالب فوق، باید اصل چهارم قانون اساسی را بدین گونه تفسیر نمود که اگر امری جزء مسلمات شرعی باشد و هیچ اختلافی درخصوص آن میان فقها وجود نداشته باشد، قانونگذار باید از آن تبعیت نماید، اما اگر امری از نظر فقهی مبتلای به تکثر فتوا بود، انطباق قانون با هر یک از فتاوی موجود فقهی، شرعی است و شورای نگهبان نمی‌تواند به علت مغایرت مصوبه با برخی از فتاوی فقهی آن مصوبه را خلاف شرع اعلام نماید؛ بنابراین مجلس شورای اسلامی ملزم به تبعیت از فتوای واحدی از شریعت نشده و این آزادی و حق انتخاب را دارد تا هر قرائتی را که به تشخیص نمایندگان ملت با مصلحت عمومی سازگار می‌داند، اختیار کند و به‌عنوان قانون اعلام نماید. بنا بر نظریه فوق، تهافت و تقابل میان اراده ملت ازسویی و شریعت از دیگر سو، به حداقل ممکن کاهش پیدا می‌کند و نهاد ناظر مانع از جریان اراده ملت در اداره کشور نخواهد بود و به بهترین صورت ممکن، مردم سالاری دینی ظهور و بروز پیدا می‌کند.

## نتیجه

تکثرگرایی حقوقی به‌عنوان رویکردی که هرگونه تعدد و کثرتی را در نظام حقوقی توجیه می‌نماید، باتوجه به قلمرو مفهومی گسترده‌اش کمابیش تمام نظام‌های حقوقی را درگیر کرده و مواجهه با آن به واقعیتی اجتناب‌ناپذیر تبدیل شده است. نظام حقوقی مجموعه‌ای از عناصر ساختاری و کارکردی است که این عناصر همانند ابزارهایی برای کارکرد منسجم نظم حقوقی و تعامل درونی آن عمل می‌کنند، اما تکثر در نیروهای سازنده هنجارهای حقوقی می‌تواند این کارکرد منسجم را با مشکل مواجه سازد. این نیروهای متکثر ممکن است در عرض یکدیگر و به‌صورت مستقل بر نظام حقوقی تأثیر بگذارند و یا به‌صورت طولی و در راستای یک هنجار برتر. هم‌چنین عناصر متکثر هنجاری می‌توانند موازی با نظام رسمی حاکم اعمال نفوذ کنند و یا نظام حقوقی را از درون دچار چالش نمایند.

آنچه از مفاهیم و اقسام مختلف پلورالیسم حقوقی در این مقاله مورد تحلیل قرار گرفت، تکثر مبانی مورد قبول برای وضع قواعد حقوقی بود که به صورت درون ساختاری، نظام تقنینی را تحت تأثیر قرار داده است. مطابق با اصل چهارم قانون اساسی تمام قوانین و مقررات مصوب باید بر اساس موازین اسلامی باشد و شورای نگهبان وظیفه نظارت بر این امر را دارد. «موازین اسلامی» با توجه به ساختار اجتهادی فقه، ملاک و معیاری متکثر به شمار می‌رود؛ چراکه هر فقیه بر اساس اصول و شیوه‌های روشمند می‌تواند به استنباط و ادراک متفاوتی از فقیه دیگر رسیده باشد و در این ساختار، اکثر موضوعات مبتلا به وضعیت تکثر فتاوا هستند.

مواجهه با تکثر فتاوا در ساختار تقنینی و تأیید مطابقت یا عدم مطابقت قوانین و مقررات با این فتاوا، مصداقی از ابتلا به علم اجمالی است؛ چراکه اجمالاً می‌دانیم در خصوص موضوعی خاص، فتاوی مختلفی وجود دارد که یا یکی از آنها درست است و یا تمام آنها اشتباه، اما مسئله مهم آن است که برای انتخاب حکم شرعی از میان این فتاوی مختلف، راهکار ارائه شود. مطابق با مبانی اصولی، ازسویی، مصوبه مجلس نمی‌تواند مخالفت قطعی با تمامی فتاوی موجود داشته باشد، چون چنین مخالفت قطعی‌ای از نظر فقهی و شرعی مورد پذیرش نیست و با تکلیف آوری بودن علم اجمالی منافات دارد و ازسوی دیگر، در فرض تکثر نظرات فقهی و تعارض این نظرات با یکدیگر، نمی‌توان قانونی را به تصویب رساند که موافقت قطعی با تمامی آنها داشته باشد، در نتیجه موافقت احتمالی در عمل به علم اجمالی به معنای انطباق مصوبه مجلس با یکی از فتاوی فقهی برای عبور از فیلتر شورای نگهبان کفایت می‌کند و تکلیف و تبعیت بیشتری از مجلس انتظار نمی‌رود.

در وضعیت فوق، در تفسیر اصل چهارم قانون اساسی با نگاهی به نظریه شهید صدر<sup>۱۰</sup> توضیح داده شد که اگر امری بدون وجود هیچ اختلافی میان فقها، جزء مسلمات شرعی باشد، قانونگذار باید از آن تبعیت نماید، اما اگر امری مبتلای به تکثر فتوا باشد، تنجز احداً امرین اقتضای آن را دارد که قانون صرفاً منطبق بر یک از فتاوی موجود فقهی باشد و شورای نگهبان نمی‌تولند به علت مغایرت مصوبه با برخی از فتاوی فقهی آن مصوبه را خلاف شرع اعلام نماید؛ بنابراین در تطبیق قوانین مصوب با موازین اسلامی مطابق با اصل ۴ قانون اساسی و تبعیت از اصول و احکام مذهب رسمی کشور مطابق با اصول ۷۲ و ۸۵ قانون اساسی، نمایندگان مردم ملزم به تبعیت از فتاوی واحدی از شریعت نیستند و آزادی و اختیار عمل دارند که با لحاظ مصالح اجتماعی، مصوبه خود را بر اساس یکی از فتاوی موجود تدوین نمایند تا هم مخالفتی قطعی با شریعت در کار نباشد و

موازن اسلامی رعایت شود و هم اراده جمعی از طریق نمایندگان ملت اعمال گردد. فلذا فقهای شورای نگهبان با اجتناب از تمسک به اجتهادات شخصی نباید در مسیر تقنین مانع تراشی کنند و با احترام به آزادی نمایندگان در امر قانونگذاری، تنها در صورتی که مصوبه ارجاع شده با تمام فتاوی فقهای مخالف باشد و یا متعرض به نفوس، اموال و فروع مردم شده باشد، باید مداخله کرده و مصوبه را تأیید ننمایند. در این صورت، تهافت و تقابل میان اراده ملت و شریعت به حداقل ممکن می‌رسد و با جریان اراده ملت در اداره کشور، مردم سالاری دینی به بهترین شکل ممکن، تجلی می‌یابد. بر همین اساس عبارت «موازن اسلامی و موازن اسلام» که در چهارده اصل قانون اساسی (اصول ۴، ۲۰، ۲۱، ۲۶، ۶۱، ۹۴، ۱۰۵، ۱۱۰، ۱۱۲، ۱۵۱، ۱۶۸، ۱۷۱، ۱۷۵ و ۱۷۷) ذکر گردیده، باید بر این معنا حمل شود.



## منابع

۱. الهام، غلامحسین و محسن برهانی؛ درآمدی بر حقوق جزای عمومی، جرم و مجرم؛ ج ۱، چ ۶، تهران: نشر میزان، ۱۴۰۰.
۲. امیدی، جلیل؛ «قانونگذاری اسلامی و مسئله تنوع مذاهب فقهی؛ نقدی بر قانون اساسی و قانون مجازات اسلامی ایران»، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و حقوق؛ به کوشش فیروز محمودی جانکی و جمشید غلاملو؛ ج ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۹، ص ۲۳۶-۲۶۶.
۳. برهانی، محسن؛ «فقه سنتی و منتقدانش؛ هم‌افزایی یا تقلیل؟»، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و حقوق؛ به کوشش فیروز محمودی جانکی و جمشید غلاملو؛ ج ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۹، ص ۱۱۰-۱۲۳.
۴. بنتکاس، الیاس؛ «تشتت آرا در حقوق کیفری اسلامی و نقش مدرن اجتهاد»، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی تحولات حقوق کیفری کشورهای اسلامی در پرتو تعامل شرع و حقوق؛ به کوشش فیروز محمودی جانکی و جمشید غلاملو، ترجمه شیرین بیات؛ ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۹.
۵. خراسانی، محمدکاظم؛ کفایة الأصول؛ ج ۱، قم: مؤسسه آل‌البتیة لإحياء التراث، ۱۴۰۹ق.
۶. الخفاف، حامد؛ النصوص الصادرة عن سماحة السيد السيستاني؛ ج ۴، بیروت: دارالمورخ العربي، ۱۴۳۵ق.
۷. خمینی، سیدروح‌الله؛ صحیفه امام؛ ج ۷، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۹.
۸. رستمی، هادی؛ «پلورالیسم حقوقی»، دانشنامه سیاست‌گذاری حقوقی؛ به کوشش لعیا جنیدی و امیرحسن نیازپور؛ تهران: ریاست جمهوری (معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات)، ۱۳۹۹.
۹. شهابی، مهدی؛ فلسفه حقوق؛ ج ۱، تهران: سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۶.
۱۰. صدر، سیدمحمدباقر؛ دروس فی علم‌الأصول؛ ج ۱، بیروت: دارالکتاب اللبنانی، ۱۴۰۶ق.
۱۱. صدر، سیدمحمدباقر؛ لمحة فقهية تمهيدية عن مشروع دستور الجمهورية الإسلامية في إيران؛

- قم: مطبعة خيام، ۱۳۹۹ق.
۱۲. مک لنان، گرگور؛ پلورالیسم؛ ترجمه جهانگیر معینی علمداری؛ ج ۳، تهران: انتشارات آشیان، ۱۳۹۴.
۱۳. میر محمدصادقی، حسین؛ «پلورالیسم حقوقی»، مجله آموزه‌های حقوقی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۱۲، تابستان ۱۳۸۸، ص ۳-۱۳.
۱۴. هاشمی، سیدمحمد؛ حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: ج ۲، ج ۲، قم: مجتمع آموزش عالی قم، ۱۳۷۵.
15. Avbelj, Matej; *The EU and Many Faces of Legal Pluralism, Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol.2, No.1, 2006, Available at <https://hrcak.srce.hr/file/44725>.
16. Buchler, Andrea, *Islamic law in Europe? Legal pluralism and Its Limits in European Family Law*, Farnham England, Ashgate Publishing Limited, 2010.
17. Kaled Abou El Fadl, *Speaking in God's Name: Islamic, Law, Authority and Women*, Oxford: One World Publication, 2001.
18. L. Neo, Jaclyn, "State Legal Pluralism and Religious Courts: Semi-Autonomy and Jurisdictional Allocations in Pluri-Legal Arrangements", *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Edited by Paul Schiff Berman, Oxford University Press, 2020, p879-900.
19. *Oxford Learner's Dictionaries*, "Definition of Pluralism", Available at <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/pluralism?q=pluralism>, 2022.
20. Sage, Caroline, Michael Woolcock, *Introduction: Legal Pluralism and Development Policy: Scholars and Practitioners in Dialogue*, in Brian Z. Tamanaha, Caroline Sage, and Michael Woolcock, eds., *Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue*, New York: Cambridge University Press, 2012.
21. Swenson, Geoffrey, "Legal Pluralism in Theory and Practice", *International Studies Review* 20, 2018, p438-462.

22. Tamanaha, Brian Z., "Understanding Legal Pluralism", *The Julius Stone Institute of Jurisprudence*, Faculty of Law, University of Sydney, 2008, p375-411.
23. Tamanaha, Brian Z., *Legal Pluralism Explained: History, Theory, Consequences*, New York: Oxford University Press, 2021.
24. Wollenberg, Eva, Jon Anderson, Citlalli López, *Though all things differ: Pluralism as a basis for cooperation in forests*, Center for International Forestry Research Jl. CIFOR, Situ Gede, Sindang Barang, Bogor Barat 16680, Indonesia, 2005, Available at [https://www.cifor.org/publications/pdf\\_files/BWollenberg0501.pdf](https://www.cifor.org/publications/pdf_files/BWollenberg0501.pdf).

