

«فتوا» یا «قانون»؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی

مصطفی جبّاری*

استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۱/۲۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۶/۴/۱۲)

چکیده:

اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد که: "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 نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد." در این نوشتار، سؤالاتی درباره کارایی این اصل طرح و تلاش کرده‌ام نشان دهم علی‌رغم این که در تصور اولیه به نظر می‌آید این اصل مشکل گشاست و می‌تواند خلأ قوانین موضوعه را پر کند؛ با اندکی درنگ روشن خواهد شد که اجرای این اصل با چه دشواری‌هایی روبرو خواهد بود.

واژگان کلیدی:

قانون - فتوا - منابع معتبر اسلامی - فتاوی معتبر.

طرح مسئله

بدون تردید فقه غنی شیعه، بنیان و اساس قوانین موضوعه ایران در دو حوزه‌ی مدنی و جزا به شمار می‌رود، چندان که با نگاهی به قانون مدنی و قانون مجازات جمهوری اسلامی ایران می‌توان دریافت که شمار بسیاری از مواد آن دو، ترجمه‌ی فتاوی‌های فقهای پیشین است. شاید فضای تصویب قانون اساسی ایران، به ذهن قانون‌گذاران، القاء کرده بود که مشکل "عدم قانون" با "مراجعه قاضی به منابع معتبر اسلامی" یا "فتاوی معتبر" قابل حل است. شاید هم از این روست که در حوزه‌ی قانون مدنی، تغییراتی بسیار ناچیز انجام شده و در حوزه‌ی قانون مجازات از سال ۱۳۷۰ و پس از مصوبه‌ی ۱۳۷۵/۱۲/۲۶- که به مدت ده سال دوره‌ی آزمایشی این قانون تمدید شده است- تغییری اساسی رخ نداده است.

اکنون سؤال این است که آیا اصل ۱۶۷ قانون اساسی تا چه اندازه توانسته و پس از این می‌تواند مشکلات مستحدثه و روزافزون جامعه را حل کند:

۱- از ظاهر عبارت اصل ۱۶۷ بر می‌آید که قانون‌گذار دو گروه از قضات را در نظر داشته است: نخست گروهی که می‌توانند به "منابع معتبر اسلامی" که در فضای قانون‌گذاری غالب جمهوری اسلامی ایران که فضایی شیعی است؛ همانا کتاب و سنت و پس از آن دو اجماع و دلیل عقل است مراجعه کرده و حکم دعوا را با استناد به آن منابع- و به عبارت دیگر اجتهاد و استنباط از منابع- صادر کنند و این گروه از قضات، همان مجتهدانند. گروه دیگر قضاتی اند که قدرت استنباط از منابع را ندارند و ضرورتاً باید از فتاوی معتبر پیروی کنند یا شاید آن گروه از قضات مجتهد هستند که قدرت استنباط دارند ولی بر «دعوی مطرح شده»، حکمی که موجب اقناع وجدان آنان شود نمی‌یابند و از این روی ترجیح می‌دهند که از فتاوی معتبر استفاده کنند.

۲- اگر بپذیریم که قاضی، حق دارد به هنگام فقدان قانون مدون، به منابع معتبر اسلامی مراجعه و حکم قضیه را استنباط کند؛ در واقع پذیرفته‌ایم که دو قاضی مجتهد حق دارند در خصوص یک قضیه- و مثلاً در دو منطقه متفاوت از کشور- دو حکم متفاوت صادر کنند و البته دشواری‌های حاصل از این دیدگاه؛ دست کم از نظر زمانی که برای رسیدگی و قطعی شدن حکم مورد نیاز است، بر کسی پوشیده نیست.

۳- آیا "فتاوی معتبر" مفهومی روشن و خدشه‌ناپذیر است؟ نخستین پرسش این است که "اعتبار" یک فتوا چگونه تعیین می‌شود؟ چگونه می‌توان بین دو قاضی که یکی به فتوای شیخ طوسی عمل کرده است و دیگری به فتوای محقق حلی؛ داوری کرد و یک فتوا را معتبر و دیگری را غیر معتبر دانست؟ از سوی دیگر مرجعی وجود ندارد که حق اجبار قاضی را برای پیروی از فتوایی معین از دو فتوای متفاوت یک فقیه در یک قضیه یا فتوای فقیهی معین داشته

باشد، حتی می‌توان پرسید آیا استفتای قاضی یا مراجع قضایی از هر کدام از فقهای معاصر؛ "مشاوره" است یا "تقلید صرف"؟

اکنون تصور کنیم که در یک قضیه‌ی معین؛ دو قاضی به فتوای یک فقیه مراجعه کرده‌اند؛ اما آن فقیه دو فتوای متفاوت دارد:

اذا شهد اربعة على امرأة بالزنا قُبلاً؛ فادعت انها بكر، فشهد لها اربع نساء بذلك، فلا حدّ. و هل يحسد الشهود للفرية؟ قال في النهاية: نعم. و قال في المبسوط: "لا حد، لاحتمال الشبهة في المشاهدة".

و در آخر خود محقق حلی گفته است: و الاول اشبه (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۹۳۹).

محقق حلی در مختصر نافع - که پس از شرایع تدوین شده است - نیز ظاهراً به حکم مورد قبول دست نیافته است و همین تردید در آن‌جا نیز دیده می‌شود. وی در مبحث حد زنا گفته است: اذا شهد اربعة بالزنا قبلاً فشهدت اربع نساء بالبكاره فلا حدّ و في حد الشهود قولان. می‌بینیم که خود وی اظهار نظری نکرده است.

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، مرحوم شیخ طوسی ظاهراً دو فتوا دارد. اگر قضیه‌ای با این ویژگی طرح شود و در قانون مجازات اسلامی نتوان برای آن حکمی یافت چه باید کرد؟ اگر دو قاضی دو حکم متفاوت در خصوص قضیه‌ای این چنینی صادر کنند؛ سرنوشت "عدالت" چه خواهد شد؟

۴- چگونه می‌توان پذیرفت که از یک سو قانون اساسی به قاضی اجازه داده تا به "فتاوی معتبر" مراجعه کند و هیچ‌گونه قیدی در این باره ذکر نکرده است؛ و از سوی دیگر در فقه شیعه مشهور است که تقلید از فقیه متوفی جایز نیست؟ آیا عمل به فتوا و صدور حکم بر مبنای آن، تقلید از میت نیست؟ این که "قانون" چنین اجازه‌ای به قاضی داده است مشکل نظری و "اصولی - فقهی" عدم جواز تقلید از میت را مرتفع نخواهد کرد. اگر چنین باشد آیا باید بگوییم منظور قانون‌گذار از "فتاوی معتبر"؛ همانا فتوای فقهای معاصر قاضی است؟

نمونه‌ها^۱

ذکر چند نمونه از دو حوزه‌ی معاملات و مسائل کیفری شاید می‌تواند به تبیین بحث کمک بیشتری بکند که: اصل ۱۶۷ قانون اساسی تا چه حد ناتوان است و این که با روزافزون شدن مسائل جامعه‌ی اسلامی، چگونه در آینده‌ای نزدیک به سرعت از توان آن کاسته خواهد شد.

۱. جهت عدم اطاله کلام از ذکر نمونه‌های بیشتر، هم‌چنین از توضیح تردیدها و شروط و قیودی که در برخی از فتواها وجود دارد - حال آن‌که شماری دیگر از فتواها مقید و مشروط نیستند - خودداری شده است. با تأمل در فتاوا نمونه‌های دیگری از این اختلاف نظرات در حوزه‌های متفاوت فقهی می‌توان یافت.

نمونه ۱: اگر یکی از کفار اهل کتاب مسلمان شود سپس به دین خود باز گردد چه باید کرد؟

۱- اگر ارتداد مرتد ملی یا زن تکرار شود برخی از فقها می‌گویند: «وی در چهارمین بار کشته می‌شود» و برخی می‌گویند: «در سومین بار» اما نظر هر دو گروه خالی از اشکال نیست بلکه قول درست‌تر آن است که [اصلاً] کشته نمی‌شود.^۱

۲- امام خمینی نیز معتقد است که قتل، در بار چهارم با احتیاط سازگارتر است.^۲

۳- برابر نقل محقق حلی، شیخ طوسی دو قول را ذکر کرده ولی خود نظری قطعی نداده است.^۳

این فتوا بیانگر این است که خود مرحوم شیخ هم در حکم تردید داشته است. همچنین بیانگر این است که محقق حلی به حکم قطعی در این مسأله دست نیافته است زیرا پس از نقل قول شیخ، خود ایشان نظری نداده‌اند.

نمونه ۲: اگر زوج ببیند که بیگانه‌ای با زوجه‌اش زنا می‌کند و زوجه نیز به این کار تن داده است؛ آیا زوج می‌تواند راساً آن دو را بکشد؟

۱- محقق حلی و شهید ثانی معتقدند که زوج می‌تواند هر دو را به قتل برساند.^۴

۲- مرحوم آیه‌الله خویی ضمن آن‌که قتل را قول مشهور دانسته‌اند ولی معتقدند که این قول خالی از اشکال نیست و بنابراین آن را نپذیرفته‌اند. ایشان سپس در حوزه دلالت روایات این باب بحث می‌کنند که حتی اگر بپذیریم که روایات باب بر جواز قتل دلالت دارند فقط به قتل زانی ناظرند نه زانیه...^۵

نمونه ۳: اگر در وصیت‌نامه‌ای عربی از کلمات «جزء»، «سهم»، «شیء» و یا در وصیت‌نامه‌ای فارسی از کلمات «مقداری»، «بخشی»، «قسمتی» و... استفاده شده باشد و میان ورثه و موصی له در تعیین مصداق اختلاف شود چه باید کرد؟

۱. اذا تكرر الارتداد في المملی او في المرأة، قيل: يُقتل في الرابعه. وقيل: يقتل في الثالثه. وكلاهما لا يخلو من اشكال. بل الاظهر عدم القتل. (خویی، بی‌تا: ۳۳۲/۱).

۲. اذا تكرر الارتداد من المملی، قيل: يقتل في الثالثه. وقيل: في الرابعه وهو الاحوط. (خمینی، بی‌تا: ۶۲۵/۲).

۳. اذا تكرر الارتداد، قال الشيخ: يقتل في الرابعه. وقال: و روی اصحابنا: يقتل في الثالثه ايضا. (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۹۶۱).

۴. اذا وجد مع زوجته رجلا يزني، فله قتلها... (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۹۴۰). لو وجد مع زوجته رجلاً يزني بها فله قتلها و لا اثم. (شهید اول، ۱۴۱۰: ۲۵۶).

۵. المشهور علی أن من رأى زوجته يزني بها رجل و هي مطاوعه، جازله قتلها. و هو لا يخلو عن اشكال بل منع. انه لو تمت دلالة تلك الروایات علی جواز القتل فانما تتم فی خصوص قتل الرجل الزانی و لاتدل علی جواز قتل الزوجه المزنی بها... ثم ان الحكم علی تقدير ثبوته یخص بحال الزنا، فلو علم الزوج ان رجلاً " زنی بزوجه سابقاً لم یجز له قتله. (خویی، بی‌تا: ۸۴/۲).

۱- محقق حلی «سهم» و «شی» را معین کرده ولی درباره «جزء»، فقط به نقل اقوال بسنده کرده و خود نظری نداده است.^۱

۲- ابن ادریس نیز ظاهراً با تردید، درباره واژه‌ی «جزء» نظر داده است.^۲

۳- بنا به نقل ابن ادریس، درباره «سهم» نیز اختلاف نظر وجود دارد، اما درباره «شی» معتقد است که همان یک ششم است.^۳

نمونه ۴: اگر مردی که یکی از دو یا چند همسر (حداکثر چهار همسر) را که به عقد دائمی دارد بدون تعیین مطلقه کند آیا اصولاً چنین طلاق صحیح است یا خیر و کدام همسر مطلقه خواهد بود؟

۱- محقق حلی قائل به تفصیل است: که آیا زوج در نیت خود، زوجه معینی را در نظر داشته است یا خیر؟ اگر زوجه‌ای را در نیت نداشته است برخی از فقها قائل به بطلان طلاقند و برخی معتقدند که طلاق صحیح است اما مطلقه باید با شیوه قرعه معین شود.^۴

۲- شهید ثانی نیز می‌گوید برخی قائل به قرعه شده‌اند.^۵

نمونه ۵: اگر زوجی، زوجه خود را ظاهر کند اما در تشبیه از لفظ «ظهر» استفاده نکند، چه آثاری بر چنین ایقاعی مترتب است؟

۱- شیخ طوسی معتقد است اگر زوج عضوی از اعضای زوجه را به عضوی از اعضای مادر خود تشبیه کند و البته قصد ظاهر هم داشته باشد «مُظاهر» محسوب و بر ظهارش، آثار مترتب است. اما ابن جنید گفته است چنین کسی مظاهر نیست زیرا او بر قسمتی از بدن زوجه ظهار کرده است و کارش مانند مطلق است که یکی از زنان خود را [بدون تعیین] طلاق داده است و طلاقش واقع نیست.^۶

۱. من اوصی بجزء من ماله فیہ روایتان، أشهرهما العشر. و فی روایه سبع الثلث. و لو کان بسهم کان ثمنا. و لو کان بشی کان سدسا. (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۴۷۳).

۲. اذا اوصی الانسان بجزء من ماله و لم یبینه کان ذلک السبع من ماله، و روی انه یكون العشر. والاول هو المذهب و علیه العمل علی ما قدمناه. (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۷: ۲۰۷/۳).

۳. و ان اوصی بسهم من ماله کان ذلک الثمن و ذهب بعض اصحابنا رحمهم الله الی انه یكون السدس و الاول هو الاظهر و علیه العمل. و اذا اوصی بشی من ماله و لم یبین مقداره کان ذلک السدس من ماله علی ما قدمناه. (همان: ۲۰۸).

۴. ... لو کان له زوجتان او زوجات فقال زوجتی طالق، فان نوى معینه صح و یقبل تفسیره. و ان لم ینوی، یبطل الطلاق لعدم التعیین. و قیل: یصح و تستخرج بالقرعه، و هو اشبه (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۵۸۲).

۵. ... و قیل لایشرط و تستخرج المطلقه بالقرعه... و قواه المصنف فی الشرح... (شهید ثانی، ۱۴۰۳: ۲۸/۶).

۶. قال الشیخ فی المبسوط: لو شبّه عضواً من اعضائها بعضو من اعضاء امه، فقال: رجلک علی کرجل امی او بطنک علی کبطن امی... و نوى الظهار کان بجمیع ذلک مظاهراً و قال ابن الجنید: ان قال لها: فرجک او جزء منها علی کظهر امی لم یکن مظاهراً منها لانه انما ظاهر من بعضها کالمطلق بعض امراته لا یلزمه الطلاق. (اشتهاردی، ۱۴۱۶: ۲۷۵).

۲- شهید ثانی معتقد است در این مسأله دو وجه وجود دارد که خود وی قول به وقوع را اولی دانسته است.^۱

۳- محقق حلی نیز می‌گوید: برخی ظهار به بعض بدن را واقع نمی‌دانند و معتقدند که باید به منطوق آیه استدلال کنیم. اما ضمناً می‌گوید روایتی ضعیف بر وقوع چنین ظهاری دلالت دارد.^۲

اشکالی از این نوع که پدیده‌ی "ظهار" امروزه در محاکم مطرح نمی‌شود، مشکلی را حل نمی‌کند. بهر حال اگر مردی "ظهار" کند شرعاً آثاری بر آن مترتب می‌شود که قانوناً نمی‌توان آنها را - صرفاً به دلیل عدم ذکر مورد در قوانین مدونه - نادیده گرفت.

نمونه ۶: اگر زوج، با دختر برادر زن خود یا دختر خواهر زن خود ازدواج کند چه مشکلی پیش خواهد آمد؟

در ماده ۱۰۴۹ قانون مدنی آمده است: "هیچ کس نمی‌تواند دختر برادر زن یا دختر خواهر زن خود را بگیرد مگر با اجازه‌ی زن خود"

اما اگر علی‌رغم منع قانون از چنین ازدواجی، مردی چنین ازدواجی بکند چه ثمره‌ای بر آن مترتب است؟ اگر پاسخ سؤال در قانون نیامده باشد باید با مراجعه به متون معتبر فقهی؛ پاسخی برای آن یافت:

۱- محقق حلی، حکم به بطلان عقد دوم داده ولی اقوال دیگری را هم نقل کرده است که نشان از تشکیک آن است.^۳

۲- شهید ثانی نیز سه وجه را ذکر کرده است: بطلان عقد دوم، متوقف بودن صحت عقد دوم به رضایت عمه یا خاله، تخییر عمه و خاله برای تصمیم‌گیری که عقد دوم را فسخ کنند یا عقد خود را.^۴

و امام خمینی می‌گوید: و لو شبهها بجزء آخر من أجزاء الام غیرالظهر کراسها او یدها او بطنها؛ ففی وقوع الظهار قولان. احوطهما ذلک. (خمینی، بی تا: ۴۸۹/۲).

۱. و لو علقه بما یشمل الظهر کالبدن و الجسم فالوجهان، و اولی بالوقوع (شهید ثانی، ۱۴۰۳: ۱۲۷/۶).
 ۲. و لو شبهها ببد امه او شعرها او بطنها، قیل: لایقع اقتصاراً علی منطوق الآیه، و بالوقوع روایه فیها ضعف (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۶۲۴).

و لا اعتبار بغير لفظ الظهر (شهید اول، ۱۴۱۰: ۲۰۱).

و فی ثبوت الظهار فی التشبیه بغيرالظهر من الید و الرجل و نحوهما اشکال، و الاقرب العدم (خویی، ۱۳۹۷: ۳۳۶/۲).
 ۳. و لو تزوج بنت الأخ او بنت الاخت علی العمه او الخاله من غیر اذنهما کان العقد باطلا. و قیل: کان للعمه و الخاله الخیار فی اجازه العقد و فسخه او فسخ عقدهما بغير طلاق، و الاعتزال. و الاول اصح. (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۵۱۵).
 ۴. ان تقدم عقد العمه و الخاله، توقف العقد الثاني علی اذنهما فان بادر بدونه ففی بطلانه او وقوفه علی رضاهما فان فسخته بطل، او تخییرهما فیه و فی عقدهما اوجه: اوسطها الاوسط. (شهید ثانی، ۱۴۰۳: ۱۸۱/۵).

۳- لا يجوز نکاح بنت الاخ على العمه و بنت الاخت على الخاله ألبا باذنهما؛ ... فلو تزوجهما عليهما بدون اذنهما كان العقد الطارى كالفضولى على الاقوى، تتوقف صحته على اجازتهما، فان أجازتا جاز و ألبا بطل (خمينى، بی تا: ۴۱۶/۲).

نمونه ۷: آیا زوج قبل از انقضای عده عقد منقطع می‌تواند با خواهر زن خود ازدواج کند یا خیر؟

۱- برخی از فقها معتقدند اگر مدت نکاح منقطع منقضی شده باشد یا زوج مدت را بخشیده باشد، زوج نمی‌تواند قبل از انقضای عده با خواهر زن خود ازدواج کند هرچند که جدایی بین آن دو، «باین» است^۱.

۲- و در جامع‌الشتات چنین آمده است: سؤال ۳۳۶: آیا نکاح دو خواهر جایز است یا نه؟ و هرگاه یک خواهر را عقد کرد و بعد از آن دیگری را عقد کرد کدام حلال است و کدام حرام؟ و هرگاه خواهر را داشت و طلاق گفت، قبل از انقضای عده می‌تواند آن دیگری را نکاح کند یا نه؟ و آیا ...

جواب: ... و اما مسئله سوم: هرگاه زن خود را طلاق بگوید و خواهد خواهر او را بگیرد پس اگر طلاق او "بائن" است، جایز است نکاح خواهر او قبل از انقضای عده و ظاهراً در آن خلافی نیست و اخبار مستفیضه دلالت دارد بر آن. و اگر طلاق رجعی است جایز نیست نکاح خواهر او تا عده منقضی شود. و در این هم خلافی نیست و اخبار مستفیضه دلالت دارد بر آن و فحوائی صحیحیه زراره هم دلالت دارد بر آن.

و اما عده متعه: پس در آن خلاف است و منقول از اکثر اصحاب این است که آن در حکم عده طلاق بائن است و مفید و صدوق و کیدری قائل اند به عدم جواز... و دلیل این جماعت صحیحیه حسن بن سعید است؛ "قال: قرأت فی کتاب رجل الی ابی الحسن الرضا (ع): الرجل یتزوج المرأة متعه الی اجل مسمى، فینقضی الاجل بینهما، هل تحل له ان ینکح اختها قبل ان ینقضی عدتها؟ فکتب: لا یحل له ان یتزوجها حتی تنقضی عدتها". و همین حدیث را کلینی و ابن بابویه نیز روایت کرده اند و هم چنین در نوادر احمد بن محمد بن عیسی. و اما دلیل مشهور پس برنخوردم به چیزی مگر علت منصوصه که از اخبار مستفاد می‌شود در مسأله طلاق، مثل صحیحیه ابی بصیر: عن ابی عبدالله (ع): قال: سألت عن رجل اختلعت منه امرأته أیحل له ان یخطب اختها من قبل ان ینقضی عده المختلعه قال: نعم قد برأت عصمتها منه و لیس له علیها رجعه." و حسنیه حلبی (به ابراهیم بن هاشم)، عنه (ع) فی رجل طلق امرأته او

۱. اذا طلق زوجته، فان كان الطلاق رجعیاً لا یجوز و لا یصح نکاح اختها مالم تنقض عدتها ... نعم لو كانت متمتعه و انقضت مدتها او وهب العده لا یجوز له على الاحوط- لو لم یکن اقوى- نکاح اختها قبل انقضاء العده و ان كانت بائنه. (اصفهانى، ۱۳۹۷: ۳۸۱/۲، نیز خمينى، بی تا: ۴۱۸/۲).

اختلعت او بانت. أله ان يتزوج باختها؟ قال: فقال: اذا برأت عصمتها ولم يكن له عليها رجعه فله ان يخطب اختها". وجه استدلال این است که در این احادیث ظاهر می‌شود که علت جواز نکاح، انقطاع عصمت و عدم جواز رجوع است و آن در عده متعه موجود است. و این خالی از قوت نیست و لکن ترجیح این بر آن حدیث صحیح با وجود عمل جماعتی از قدماء، هم مشکل است. و احتیاط بسیار مؤکد است (میرزای قمی، ۱۳۷۵: ۵۳۰/۴ تا ۵۳۲).

نمونه ۸: حکم وصیت برای کافر حربی و مرتدین (فطری و ملی) چیست؟

- ۱- محقق حلی در صحت وصیت برای کافر حربی تردید کرده است ولی ظاهراً قائل به بطلان است.^۱
 - ۲- شهید اول نیز قائل است که وصیت برای کافر حربی و مرتد صحیح نیست. مشاهد می‌شود که بین مرتد فطری و ملی تفاوتی قائل نشده است.^۲
 - ۳- شهید ثانی به نوعی بین مرتد فطری و ملی قائل به تفصیل شده است.^۳
 - ۴- ظاهر قول ابن ادریس نشان می‌دهد که وی قائل به صحت وصیت است بی آن‌که میان حربی و غیر حربی، ملی و فطری، زن و مرد تفصیلی قائل شده باشد.^۴
 - ۵- مرحوم اصفهانی در عدم صحت وصیت برای کافر حربی و مرتد فطری اشکال کرده ولی نظر قاطعی ندارد.^۵
 - ۶- تصح الوصیه للذمی و للحربی... (خوبی، ۱۳۹۷: ۲۳۸/۲).
 - ۷- امام خمینی هم راجع به صحت یا بطلان وصیت برای کافر حربی و مرتد فطری نظری قاطع نداده است.^۶
- اکنون باید پرسید آیا می‌توان وصیت مسلمان را برای همسایه بودایی مذهبش که در جامعه مسلمین و با همزیستی مسالمت‌آمیز با مسلمانان زندگی می‌کند - بر اساس فتاوایی که وصیت را برای کافر حربی صحیح می‌دانند- با توجیه «دلیل اولویت» صحیح دانست: وقتی وصیت

۱. و فی الوصیه للحربی تردد، اظهره المنع. (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۴۷۹).

۲. تصح الوصیه للذمی و ان کان اجنبیا بخلاف الحربی و ان کان کافراً و کذا المرتد. (شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۶۹).

۳. و اما الملی و المرأه مطلقاً (خواه مرتد فطری خواه مرتد ملی) فلا مانع من صحه الوصیه له و هو خیره المصنف فی الدروس. (شهید ثانی، ۱۴۰۳: ۵۵/۵).

۴. و الوصیه تصح للکافر سواء کان ذا رحم او غیر ذلک لانها عطیه بعدالموت و لیس من شرطها نیه القربه و لا من مصححاتها. و ذهب بعض اصحابنا الی ان الوصیه للکافر لا تصح الا ان یکون ذا رحم للموصی. (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۷: ۱۸۶/۳).

۵. ... و لاتصح للحربی و لا للمرتد عن فطره علی اشکال (در پاورقی بعد از "علی اشکال" آمده است: فیهما). (اصفهانی، ۱۳۹۷: ۱۷۲/۲).

۶. تصح الوصیه للذمی و کذا للمرتد الملی ان لم یکن المال مما لایملکه الکافر کالمصحف. و فی عدم صحتها للحربی و المرتد الفطری تأمل. (خمینی، بی تا: ۲۴۰/۲).

برای کافر حربی صحیح است به دلیل اولی برای کافری که اهل کتاب نیست اما با مسلمانان سر ستیز هم ندارد، باید صحیح باشد.

نمونه ۹: مرگ مغزی: سؤال زیر عیناً از چند تن از فقهای معاصر پرسیده شده است

تعدادی از بیماران به دلیل ضایعات مغزی غیرقابل بازگشت و غیرقابل جبران، فعالیت‌های قشر مغز خود را از دست داده، در حالت اغمای کامل بوده و به تحریکات داخلی و خارجی پاسخ نمی‌دهند، ضمناً فعالیت‌های ساقه مغز خود را نیز از دست داده، فاقد تنفس و پاسخ به تحریکات متفاوت نوری و فیزیکی می‌باشند. در این گونه موارد احتمال بازگشت فعالیت‌های مورد اشاره مطلقاً وجود ندارد، بیمار دارای ضربان خودکار قلب بوده که ادامه این ضربان هم موقتی است و تنها به کمک دستگاه تنفس مصنوعی به مدت چند ساعت و حداکثر چند روز مقدور می‌باشد. این وضعیت در اصطلاح پزشکی، "مرگ مغزی" نامیده می‌شود. از طرفی نجات جان عده دیگری از بیماران منوط به استفاده از اعضای مبتلایان به مرگ مغزی است.

با عنایت به این‌که این اشخاص فاقد تنفس، شعور، احساس و حرکت ارادی هستند و هیچ‌گاه حیات خود را باز نمی‌یابند:

الف- آیا در صورت احراز شرایط فوق، می‌توان از اعضای افراد مبتلا به مرگ مغزی، برای نجات جان بیماران دیگر استفاده کرد؟

ب- آیا صرف ضرورت نجات جان مسلمان نیازمند به پیوند عضو، برای جواز قطع عضو کافی است یا اذن قبلی و وصیت صاحب عضو لازم است؟

۱- اگر صدق کند که شخص مذکور مرده است و احتمال برگشت در بین نیست حکم آن حکم سایر اموات است و احکام آن در فصل نهم گذشت و اجازه‌ی ولی لازم نیست. و بنا بر احتیاط واجب دیه آن پرداخت شود، و به مصرف خیرات برای میت برسد (منتظری، ۱۳۸۱: ۱۱۹).

۲- آیت الله میرزا جواد آقا تبریزی: قطع اعضای مسلمان مبتلا به مرگ مغزی و پیوند زدن آن به بدن شخص دیگر اشکال دارد و اذن صاحب عضو در زمان حیات و اعلام رضای او اثری در حکم ندارد و وصیت به امر مزبور نافذ نیست و اولیای میت چنین حقی ندارند که اجازه قطع اعضای او را بدهند و در صورت قطع اعضای مبتلا به مرگ مغزی دیه آن بر قطع کننده است و به حسب سهام ارث بین ورثه‌ی میت تقسیم می‌شود. (حیعی، ۱۳۸۰: ۱۸۵ و ۱۸۶).

۳- امام خمینی: بر فرض مذکور چنانچه حیات انسان دیگری متوقف بر این باشد، با اجازه صاحب قلب یا کبد و امثال آن جایز است (همان: ۱۸۱).

۴- حضرت آیت الله خامنه‌ای: در فرض سؤال، استفاده از اعضای بدن موصوف در صورتی که نجات نفس محترمه‌ای متوقف بر آن باشد اشکال ندارد (همان: ۱۸۸).

- ۵- آیت الله یوسف صانعی: ... قطع اعضای او برای پیوند فی حد نفسه با توجه به مسأله اذن اولیا و وصیت جایز می‌باشد (همان: ۱۹۷).
- ۶- آیت الله محمدتقی بهجت: در صورت توقف حیات مریض‌هایی بر این کار؛ با احتیاط در استیدان از ورثه و استیدان از حاکم شرع و تحقق موت حقیقی اشکال ندارد و صرف موت مغزی کفایت نمی‌کند (همان: ۱۸۴).

نتیجه

از آن‌چه به اختصار فراوان گفته شد می‌توان دریافت که در آینده‌ای نه چندان دور، همراه روزافزون شدن مسائل جدید اقتصادی و اجتماعی و پزشکی و ... که سابقه‌ای در فقه ندارند، چه مشکلاتی پیش خواهد آمد. به هر حال اگر قوانین مورد نیاز جامعه، توسط قوه مقننه تدوین نشود، راه دیگر این است که قضات بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی به «فتاوی معتبر» مراجعه کنند و البته بدیهی است که این بار فتاوی معتبر، فتاوی فقیهانی چون علامه و محقق و شهیدین نیست بلکه فتاوی فقهای بسیار متأخر و هم روزگار با قاضی خواهد بود. فتاوی را که درباره مرگ مغزی نقل کردم بیانگر این است که اختلاف نظر فقهای معاصر درباره مسائل مستحدثه کمتر از اختلاف نظر فقهای پیشین درباره مسائل قدیمی و کار شده نیست. نیز نگاهی گذرا به موضوع «تلقیح مصنوعی» و روش‌های جدید دیگری که با این شیوه قرابت دارند و اختلاف نظر فقهای معاصر در آنها؛ می‌تواند چشم‌انداز روشن‌تری درباره مقدار کارایی اصل ۱۶۷ پیش روی قانون‌گذاران بگذارد.

بنابراین شاید راه‌حل مناسب و اجرایی مشکل آن است که مجمعی از صاحب‌نظران تشکیل شود تا به‌هنگام نیاز در اسرع وقت و بر اساس شیوه‌های اصولی و فقهی و به کارگیری قواعد حقوقی، پس از بررسی‌های لازم در فتاوی فقها و سنجش آرا، بهترین رأی را برگزیده و پاسخگوی مشکلات نهاد دادرسی باشند. این کار باعث خواهد شد تا هم آرای قضایی صادره مبتنی بر فتاوی معتبر، متفاوت و متشکست نباشد و هم دادرسان به جای مراجعه سریع و بی‌درنگ به فتاوی متأخران و عمل بر اساس آن‌ها، پشتوانه‌ای از یک بحث کارشناسی قوی در آرای خود داشته باشند. با اجرای این شیوه، «قانون» جایگزین «فتوا» خواهد شد.

منابع و مأخذ

۱. اشتهاودی، علی، (۱۴۱۶)، «مجموعه فتاوی ابن الجنید»، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
۲. اصفهانی، سید ابوالحسن، (۱۳۹۷)، «وسيله النجاه»، با تعلیقات سید محمدرضا موسوی گلپایگانی، بیروت، ج ۲، دارالتعارف للمطبوعات.

۳. حبیبی، حسین، (۱۳۸۰)، «مرگ مغزی و پیوند اعضا از دیدگاه فقه و حقوق»، قم، بوستان کتاب قم (انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی)، چاپ اول.
۴. حلی، احمد بن ادریس، (۱۴۱۷)، «کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوا»، ج ۳، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ چهارم.
۵. خمینی، امام روح الله، «تحریر الوسیله»، ج ۲، طهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه، بی تا.
۶. خوبی، سید ابوالقاسم، «مبانی تکمله المنهاج»، نجف، مطبعه الآداب، بی تا.
۷. خوبی، سید ابوالقاسم، (۱۳۹۷)، «منهاج الصالحین»، ج ۲، نجف، مطبعه النعمان، چاپ ۲۱.
۸. شهید اول، (۱۴۱۰)، «اللمعه الدمشقیه»، مؤسسه فقه الشیعه، لبنان، چاپ اول.
۹. شهید ثانی، (۱۴۰۳)، «الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه»، ج ۵ و ۶، با تعلیقات سید محمد کلانتر، قم، دارالهادی للمطبوعات.
۱۰. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۱۱. قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.
۱۲. قمی، میرزا ابوالقاسم، (۱۳۷۵)، «جامع الشتات»، به تصحیح و اهتمام مرتضی رضوی، ج ۴، تهران، سازمان انتشارات کیهان، چاپ اول.
۱۳. محقق حلی، (۱۴۰۳)، «شرایع الاسلام»، با تعلیقات سید صادق شیرازی، قم، دار الهدی للطباعه و النشر.
۱۴. منتظری، حسینعلی، (۱۳۸۱)، «احکام پزشکی مطابق با فتاوی حضرت آیه الله منتظری»، تهران، نشر سایه، چاپ اول.