

نگاهی به ابعاد حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران

۲. پیرامون جایگاه و حوزه صلاحیت قوه مقننه

دوم: «فتوای معیار در قانونگذاری»

کد موضوعی: ۲۴۰

شماره مسلسل: ۱۲۰۴۴

آبان‌ماه ۱۳۹۰

دفتر: مطالعات حقوقی

## به نام خدا

### فهرست مطالب

۱	چکیده
۱	مقدمه
۲	۱. مفهوم شناسی
۷	۲. فتوای معیار در قانونگذاری
۱۹	نتیجه گیری
۲۱	منابع و مأخذ



## دوم: «فتوای معیار در قانونگذاری»

### چکیده

«قانونگذاری» در هر نظام حکومتی بی‌تردید مبتنی بر مبانی فکری - فلسفی آن نظام است و بر جهان‌بینی خاص آن نظام استوار می‌شود. بر همین اساس، در یک جامعه اسلامی، باید دستورات شرعی ملاک قانونگذاری قرار گیرند تا آن قوانین برای مردم جامعه اسلامی حجیت داشته باشد. در این گزارش ضمن بازتعریف برخی مفاهیم فقهی نظیر «فتوا»، «حکم»، «حجیت»، «حکم حکومتی» و...، به بررسی احتمالات مختلف در باب فتوای معیار در قانونگذاری پرداخته و به این نتیجه رسیده‌ایم که با توجه به مبانی فقهی نظام جمهوری اسلامی و براساس قانون اساسی، این، حکم فقیه حاکم است که یا به‌طور مستقیم و یا با یک تحلیل ثانویه و به‌واسطه تفویضی که در قانون اساسی و در انتصاب فقهای شورای نگهبان مندرج است ملاک قانونگذاری در جمهوری اسلامی قرار می‌گیرد و لذا مشروعیت و حجیت قوانین در جمهوری اسلامی، به حکم فقیه حاکم مستند می‌شود.

### مقدمه

پذیرش دین اسلام از سوی مردمان هر جامعه‌ای، متضمن گردن نهادن افراد آن جامعه به دستورات آیین آسمانی اسلام است تا با عمل به این دستورات، راه هدایت بر مردمان هموار گردد و آنان به مقام عبودیت نائل شوند.

در این میان، حکومت اسلامی نیز برای تحقق کارویژه اصلی خود که همانا تحقق حاکمیت الله و تسهیل عبودیت بندگان خداست، باید قوانینی منطبق بر اراده حکیمانه الهی را بر جامعه حاکم سازد. این اراده تشریحیه الهیه در زمان نبود و عدم دسترسی و یا غیبت امام معصوم (ع) از طریق «اجتهاد» فقها قابل کشف است. اما این امکان وجود دارد که فقها در استنباط از منابع اسلامی و کشف اراده شارع مقدس دچار اختلاف شوند و لذا در یک موضوع واحد، با نظرات فقهی مختلفی مواجه شویم که با وجود «حجیت» هریک از آنها برای صاحب فتوا و مقلدینش، کار حکومت اسلامی را در عمل، با مشکل مواجه می‌سازد؛ چه اینکه احکام، تصمیمات و مقررات حکومت اسلامی، بنابر اقتضای حکومتداری و قاعده حفظ نظام، باید عام‌الشمول و برای همگان، لازم‌الاجرا باشد تا نظم جامعه برقرار گردد و حال آنکه فتاوی مختلف فقها، از این ویژگی به دور است.

چنین تعارض و ابهامی در نظام جمهوری اسلامی ایران نیز به این نحو بروز پیدا می‌کند که

قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی، در چه صورتی، «منطبق بر موازین اسلامی» خواهند بود؟ آیا مطابقت با آنچه اکثریت فقها بدان رسیده‌اند باید ملاک باشد یا مطابقت با حتی یک نظر فقهی نیز موجد این وصف خواهد بود و یا آنکه ملاک و معیار دیگری قابل طرح است؟ به علاوه، اگر قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی در یک موضوع با فتوای یک فقیه تعارض داشت، تکلیف آن فقیه و مقلدینش در عمل به فتوای شرعی خود یا قانون مجلس شورای اسلامی چه خواهد بود؟

این گزارش درصدد است تا با حل نظری تعارض بین فتوای برخی فقها و مراجع تقلید با قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی، ملاک و معیاری منقح برای قانونگذاری در جمهوری اسلامی ارائه دهد و به این منظور، ضمن بازتعریف و تبیین برخی مفاهیم کلیدی در حوزه فقه سیاسی نظیر «حجیت»، «قانونگذاری»، «فتوا» و «حکم»، به بحث و بررسی درخصوص نظرات مطرح در مورد «فتوای معیار در قانونگذاری» بپردازد و نظر قابل پذیرش در نظام حقوقی ایران را تبیین نماید.

## ۱. مفهوم شناسی

### ۱-۱. حجیت

موضوع این گزارش عبارت است از «فتوای معیار در قانونگذاری». پس رابطه «فتوا» با «قانونگذاری» باید رابطه «معیار بودن» باشد که در اصطلاح اصول فقه به آن «حجیت» می‌گویند. اما منظور از حجیت بودن چیست و در چه صورتی عمل به یک فتوا در قانونگذاری، حجیت خواهد بود؟

حجت در لغت فارسی عبارت است از «نمودار، دلیل، بینه، برهان و آنچه بدان دعوی ثابت شود».<sup>۱</sup> در زبان عربی نیز به معنای «برهان و دلیل»<sup>۲</sup> و نیز «آنچه که قابلیت و صلاحیت برای احتجاج نمودن در برابر خصم را دارد»<sup>۳</sup> می‌باشد. در اصطلاح اصولیین «حجت» عبارت است از «چیزی که شریعت بدان اعتبار و ارزش و قدرت و نفوذ بخشیده است» یا «دلیل و راهی که اگر از آن پیروی شود به نتیجه مورد نظر و قبول می‌رسد».<sup>۴</sup> بنابراین هر فردی در صورت عمل به آنچه که از لحاظ شارع «حجیت» دارد، معذور خواهد بود و تکلیف خود را به انجام رسانده است.<sup>۵</sup>

۱. علی‌اکبر دهخدا، لغتنامه، مؤسسه لغتنامه هخدا، تهران، ۱۳۷۷، ص ۸۷۲۹.

۲. لوثیس معلوف، المنجد فی اللغة، ترجمه مصطفی رحیمی اردستانی، انتشارات صبا، ۱۳۸۰، ص ۱۵۴.

۳. ابی‌الحسین احمد ابن ابی‌فارس ابن زکریا، معجم مقاییس اللغة، مرکز نشر مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۴، ص ۳۰.

۴. حاج سید جوادی و دیگران، دایرة‌المعارف تشیع، نشر محبی، صص ۱۰۸ - ۱۱۰.

۵. از دیدگاه فقه امامیه، ادله و منابعی که دارای حجیت می‌باشد ۱۴ مورد است که هر یک از این موارد با وجود شرایط خاص خود، واجد وصف حجیت خواهند بود. برای اطلاعات بیشتر در این خصوص رک، سیدمحمد بن علی حجت کوه‌کمری، البیع (الملحق)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، ۱۴۰۹ ق، صص، ۴۵۸ - ۴۶۱ و نیز محسن شفائی، حجت و حجیت، چاپخانه حیدری، تهران، ۱۳۵۹.



بر همین اساس می‌توان گفت در یک نظام اسلامی قوانینی قابل پذیرش است که در رابطه انسان مکلف و شارع مقدس قابل احتجاج باشد و حجیت داشته باشد.<sup>۱</sup> اینکه در چه صورتی یک قانون، برای همه مکلفین «حجیت» دارد، در ضمن این گزارش مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

## ۱-۲. قانونگذاری

**مفهوم قانونگذاری:** همان‌گونه که از ظاهر این اصطلاح برمی‌آید، قانونگذاری به معنای «وضع قانون» است. قانون در لغت عبارت است از:

- رسم، قاعده، روش و آیین،

- امری کلی که بر همه جزئیاتش منطبق می‌گردد و احکام جزئیات از آن شناخته می‌شود،

- قاعده‌ای که مقامات صلاحیتدار آن را وضع و ابلاغ می‌کنند،<sup>۲</sup>

همچنین در لسان‌العرب آمده است: «قانون هر چیزی، راه و طریق سنجش آن است... و این

کلمه عربی نیست».<sup>۳</sup>

قانون در اصطلاح حقوقی در دو معنای «شکلی» و «ماهوی» قابل تعریف است. قانون در معنای شکلی عبارت است از «آنچه که نهاد قانونگذار (پارلمان) در یک نظام حقوقی با توجه به ضوابط مندرج در قانون اساسی تصویب می‌کند».<sup>۴</sup> اما قانون در معنای ماهوی عبارت است از «قاعده‌ای حقوقی (یعنی عام، دائمی، الزام‌آور و برخوردار از ضمانت اجرا)<sup>۵</sup> که ازسوی مراجع صلاحیتدار به تصویب رسیده است».

ازسوی دیگر قانون می‌تواند عام یا خاص باشد؛ در معنای عام شامل تصویب‌نامه‌ها و

آیین‌نامه‌ها نیز می‌شود، اما در معنای خاص صرفاً به مصوبات پارلمان اطلاق می‌شود.<sup>۶</sup>

در این تحقیق معنای خاص قانونگذاری مورد توجه خواهد بود، زیرا در نظام حقوقی جمهوری

اسلامی ایران و براساس اصل یکصدوسی‌وهشتم قانون اساسی، آیین‌نامه‌ها و تصویب‌نامه‌های

دولتی نباید مغایر قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی باشند و لذا ترسیم اصول کلی

قانونگذاری‌های مجلس، بر مصوبات دولتی نیز اعمال خواهد شد.

**- قانونگذاری در جمهوری اسلامی:** در جمهوری اسلامی ایران، در اصول متعدد قانون اساسی بر

۱. سیف‌الله صرامی، منابع قانونگذاری در اسلام، بوستان کتاب، قم، ۱۳۸۲، ص ۱۵۱.

۲. محمد معین، فرهنگ فارسی، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۵۳، ص ۲۶.

۳. ابن‌منظور، لسان‌العرب، ص ۳۲۸.

۴. ناصر کاتوزیان، فلسفه حقوق، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱ ص ۶۸.

۵. ناصر کاتوزیان، کلیات حقوق (نظریه عمومی)، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴، ص ۱۴۶.

۶. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۲۸۴۶.

این موضوع تأکید شده که قوانین باید مبتنی بر موازین و احکام شرعی وضع شوند. اصل چهارم قانون اساسی در همین زمینه بیان می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر برعهده فقهای شورای نگهبان است»، همچنین اصل هفتاد و دوم قانون اساسی نیز به صراحت به این مطلب اشاره کرده است که: «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد...».

بنابراین، این وظیفه مجلس شورای اسلامی است که مصوبات خود را براساس موازین اسلامی بنا کند و وظیفه شورای نگهبان نیز نظارت بر عمل به این وظیفه قانونی ازسوی مجلس است. در این میانه، باید بین دو دسته از قوانین، قائل به تفاوت شد: قوانینی که مستقیماً مأخوذ از فقه هستند و در مورد آنها حکم معین و صریحی وجود دارد (= قوانین شرعیه) و قوانینی که جزء امور مستحدثه هستند و سابقه‌ای در فقه ندارند مانند قوانین مربوط به راهنمایی و رانندگی، ثبت اسناد، گمرکات، بودجه و ... (= قوانین عرفیه). شهید صدر در «اقتصادنا» می‌گوید: «مکتب اسلام دارای دو جنبه مستقل است: یکی به‌طور منجز به وسیله شارع تعیین گردیده و تغییر و تبدیل در آن راه ندارد. جنبه دیگر که آن را «منطقه فراغ» نامیده‌ایم، باید به وسیله ولی‌امر بر حسب نیازها و مقتضیات زمان و مکان تنظیم شود...»<sup>۱</sup>.

درخصوص دسته دوم قوانین (قوانین عرفیه)، «انطباق بر شریعت» به این است که با موازین و اصول کلی و روح حاکم بر شریعت تعارضی نداشته باشند<sup>۲</sup> که تشخیص آن نیز باید برعهده کسانی باشد که با شریعت اسلام و اصول کلی آن، آشنایی کامل دارند.<sup>۳</sup> در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، این افراد همان فقهای شورای نگهبان هستند که «تشخیص» می‌دهند آیا قانونی با اصول کلی شریعت سازگار است یا خیر.<sup>۴</sup> به استدلالات مربوط به این موضوع، در ادامه این گزارش اشاره خواهد شد.

اما در مورد دسته اول قوانین که باید مأخوذ از فقه اسلامی باشد (قوانین شرعیه)، این اختلاف نظر وجود دارد که ملاک و معیاری که این قوانین باید براساس آن مورد سنجش قرار گیرند، چیست. این گزارش درصدد رفع این اختلاف و ابهام است.

۱. سیدمحمد باقر صدر، اقتصادنا، المجمع العلمی للتهجدی الصدر، ۱۴۰۸، ص ۷۲۵.

۲. سیدمحمد باقر صدر، نگرشی فقهی و مقدماتی به پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ترجمه امین رضا عابدی‌نژاد داورانی، مجله اندیشه صادق، ش ۱۰، نقل از،

//www.hawzah.net/fa/ArticleView.html?ArticleID=88936&SubjectID.tp=۸۲۹۲۳

۳. داوود فیرحی، شیعه و دمکراسی مشورتی در ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۷، بهار ۱۳۸۴، ص ۱۴۳.

۴. رجوع شود به ذیل اصل چهارم و نود و چهارم قانون اساسی.



### ۳-۱. فتوا

**مفهوم فتوا:** فتوا در لغت عبارت است از «روشن نمودن حکم مسئله»<sup>۱</sup> و لذا با معنای اصطلاحی اش که عبارت است از «اخبار به حکم کلی شریعت (نماز بدون وضو باطل است) یا یک حکم شخصی که بازگشتش به یک حکم کلی است (نماز زید باطل است، زیرا هرکس بدون وضو نماز بخواند نمازش باطل است)»<sup>۲</sup> تفاوت چندانی ندارد.

از آنجا که فتوا را تبیین حکم تشریح شده الهی دانسته‌اند، لذا مستقیماً مستند به اراده شارع مقدس است و نه نظر صاحب فتوا. بر همین اساس است که قبول آن نیازمند به اذن امام نیست، بلکه از کلیات کتاب و سنت و بلکه عقل، لزوم اتباع از آن قابل استخراج است.<sup>۳</sup>

در استنباط احکام شرعی از منابع شرعی که از سوی فقها صورت می‌گیرد، حالت‌های مختلفی امکان دارد بروز کند: یا آنکه همه فقها دارای استنباط مشترکی در یک موضوع هستند که به آن «اجماع فقها» گفته می‌شود، یا آنکه اکثریت آنها به یک برداشت خاص رسیده‌اند که به آن «مشهور فقها» یا «شهرت فتوایی» یا «فتوای مشهور» می‌گویند و نقطه مقابل آن را «فتوای شاذ و نادر» می‌نامند و یا آنکه بین فقها در یک موضوع اختلاف نظر وجود دارد و هر طرف قضیه دارای استدلال‌ات خاص خود است و طرفدارانی دارد و اصطلاحاً مورد اختلاف فتاوی واقع شده است.

**مفاهیم مشابه:** به طور کلی، فقیه یا یک «حکم الهی» را بیان می‌کند (که به آن فتوا می‌گویند) و یا یک «حکم حکومتی» صادر می‌نماید. «فتوا» و «حکم حکومتی» از جنبه‌های مختلف با هم متفاوت هستند که عبارتند از:

- از حیث اراده حاکم بر آن: در حکم فقهی، فقیه به تبیین اراده شارع می‌پردازد درحالی‌که در

حکم حکومتی، اراده حاکم است که مبنای تبیین موضوع قرار می‌گیرد.<sup>۴</sup>

- از حیث نحوه بیان: فتوای مجتهد عبارتست از بیان احکام کلی برای عموم در حالی‌که حکم

حکومتی می‌تواند به امور جزئی و مصداقی نیز تعلق بگیرد.<sup>۵</sup>

۱. لوئیس معلوف، المنجد فی اللغة، ترجمه مصطفی رحیمی اردستانی، انتشارات صبا، ۱۳۸۰، ص ۸۰۰.

۲. محمدحسن بن باقر نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، ص ۱۰۰ و ص ۴۰۳.

۳. همان.

۴. همان. در اینجا ممکن است این ایراد مطرح شود که اگر قرار باشد احکام حکومتی را در زمره احکام شرعی قلمداد کنیم، لازم است تا این احکام را نیز منتسب به اراده شارع مقدس بدانیم و نه اراده حاکم. در پاسخ باید گفت درست است که در ورای همه اعمال و اراده‌ها، اراده باری تعالی وجود دارد و همه اراده‌ها در نهایت، منتسب به اراده او هستند اما از آنجا که در احکام حکومتی، خداوند متعال، اعمال اراده از سوی شخص حاکم را تنفیذ کرده است، می‌توان این احکام را در درجه اول منسوب به اراده حاکم دانست. برای مثال اراده تشریحی الهی بر این قرار گرفته است که زکات از حیوانات خاصی اخذ شود و در عین حال، برای حاکم اسلامی این حق قرار داده شده است که در صورت صلاحدید، مقررات جدیدی را وضع نماید و لذا امیرالمؤمنین در برهه‌ای، بر اسبها نیز زکات می‌گرفتند. مسلماً تدوین این مقررات جدید، منتسب به اراده حاکم اسلامی است که البته مورد تأیید و تنفیذ شارع مقدس نیز قرار دارد.

۵. محمدجواد نوروزی، نظام سیاسی اسلام (سلسله دروس اندیشه‌های بنیادین اسلامی)، انتشارات مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی (ره)، ۱۳۸۰، ص ۱۹۶.

- از حیث حجیت: فتوای مجتهد فقط برای او و مقلدینش لازم‌الاجراست و حجت شرعی به حساب می‌آید، اما حکم فقیه حاکم اختصاص به مقلد ندارد و برای همه مردمی که در قلمروی خطاب قرار می‌گیرند (حتی مجتهد دیگری که اعلم از حاکم باشد) حجیت دارد.<sup>۱</sup>

احکام حکومتی یا در حوزه قضا و قضاوت و مربوط به فصل خصومت هستند که به آنها حکم قضایی می‌گویند و یا در حوزه تقنین مانند تحریم تنباکو توسط میرزای شیرازی و یا در حوزه اجرا مانند دستورات اجرایی و نظامات دولتی و یا مربوط به امور جزئی می‌باشند مانند نصب نماینده و حاکم در بلاد و مناصب.<sup>۲</sup>

#### ۴-۱. احوال شخصیه

«احوال» در لغت به جمع «حال» یعنی «وضع، امور و اعمال و کردار و کار و بار» اطلاق می‌شود.<sup>۳</sup>

«شخصیت» نیز به «شایستگی «شخص» برای دارا شدن حق و تکلیف اطلاق می‌گردد».<sup>۴</sup>

برخی حقوق‌دانان احوال شخصیه را به «اموری است که وضع و حالت شخص را در خانواده و کشور تعیین می‌کند»<sup>۵</sup> تعریف کرده‌اند، اما غالب آنها معتقدند ارائه تعریفی دقیق و جامع و مانع از «احوال شخصیه» که بتواند این مفهوم را به روشنی توضیح دهد امری مشکل است<sup>۶</sup> و حتی به اعتقاد برخی حقوق‌دانان این اصطلاح اساساً تعریف مشخصی ندارد<sup>۷</sup> و لذا اکثر حقوق‌دانان ترجیح داده‌اند به جای تعریف این اصطلاح یا در کنار ارائه تعریفی از آن، مصادیق آن را بیان کنند.<sup>۸</sup>

مصادیق احوال شخصیه که در واقع، قلمروی این مفهوم را نیز مشخص می‌کند عبارتند از: نکاح، طلاق، روابط مالی زوجین، ارث، وصیت، نسب، حضانت، قیمومیت، ولایت، اهلیت و مفاهیم مشابه و مرتبط با اینها.

با توجه به این تقسیم‌بندی که درخصوص قوانین عرفیه و قوانین شرعیه ارائه شد و با توجه

۱. محمدجواد نوروزی، مردم‌سالاری دینی و نظریه ولایت فقیه، انتشارات مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی (ره)، ۱۳۸۹، صص ۱۲۰-۱۲۵.

۲. برای اطلاعات بیشتر ر.ک، دائرةالمعارف تشیع، صص ۴۲۱ به بعد و سیدکاظم مصطفوی، ماهیت حکم، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۱، ۱۳۸۸، صص ۲۸۹-۳۰۹.

۳. محمد معین، فرهنگ فارسی، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۵۳، ص ۱۶۱.

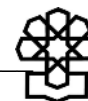
۴. محمدحسین ساکت، شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۶، ص ۵۸.

۵. همان، ص ۷۰.

۶. مسعود انصاری و محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴، صص ۱۱۷-۱۱۶.

۷. محمدجعفر جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۹۳.

۸. سیدمهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران، حقوق‌دان، ۱۳۷۷، ص ۲۵۱ و سیدحسین صفایی و سیدمرتضی قاسم‌زاده، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران، سمت، ۱۳۷۵، ص ۹ و علیرضا باریکلو، اشخاص و حمایت‌های حقوقی از آنان، تهران، مجد، ۱۳۷۷، صص ۲۵-۲۸.



به مصادیقی که حقوق‌دانان برای احوال شخصیه در حقوق ایران برشمرده‌اند، قانونگذاری‌های مربوط به احوال شخصیه را باید در زمره قوانین شرعیه دانست، زیرا بخش عظیمی از کتب فقهی به بحث مسائلی می‌پردازد که حقوق‌دانان آن را «احوال شخصیه» می‌دانند و لذا موضوع احوال شخصیه، در دایره مباحث مبهم و اختلافی در زمینه فتوای معیار در تقنین آنها قرار می‌گیرد و حل این تعارض و ابهام درخصوص اینکه در قوانین شرعیه، چه معیاری باید مورد توجه باشد، احوال شخصیه را نیز شامل می‌شود.

البته ممکن است برخی برای احوال شخصیه وجه متمایز و خصوصیت ویژه‌ای نسبت به دیگر موضوعات فقهی - حقوقی قائل باشند که آن را از دایره بحث کلی خارج کرده و نیازمند بحثی جزئی و خاص در مورد احوال شخصیه بدانند. برای مثال ممکن است با استناد به اصل دوازدهم قانون اساسی که برای پیروان مذاهب دیگر درخصوص احوال شخصیه‌شان آزادی قائل شده است، بیان شود احوال شخصیه از موضوعات خصوصی و کاملاً در حیطه فقه فردی است و نه فقه سیاسی و حکومتی و همین ویژگی خاص آن سبب می‌شود که نتوانیم ملاکی کلی که در مورد اسلامی دانستن دیگر قوانین جاری می‌دانیم، در این مورد هم جاری کنیم.

در پاسخ باید گفت همان دلیلی که ضرورت بحث از فتوای معیار در قوانین و موضوعات دیگر را ایجاب می‌کند، در اینجا هم وجود دارد و آن دلیل عبارت از این است که در موارد عدیده‌ای که بین فتاوی فقها اختلاف نظر وجود دارد، برای حل آن باید حاکمی وجود داشته باشد که هم فصل خصومت کند و هم نظر و فتوای او تعیین‌کننده و تمام‌کننده باشد و هم آن حکم را به اجرای درآورد. مثلاً اگر نکاحی بین دو نفر واقع شود و این نکاح بنابر فتوای زوج یا مرجع تقلیدش صحیح و بنابر فتوای زوجه یا مرجع تقلیدش باطل باشد تکلیف چیست. یا در مورد ارث زوجه از اموال غیرمنقول آیا باید به فتوای وارث عمل کرد یا مورث؟ و لذاست که برخی متفکرین<sup>۱</sup> معتقدند اساساً یکی از ادله وجوب تشکیل حکومت اسلامی رفع همین تعارض‌ها و مشکلات است.

## ۲. فتوای معیار در قانونگذاری

همان‌گونه که بیان شد بنابر اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران کلیه قوانین و مقررات باید بر اساس موازین اسلامی باشد و وظیفه تشخیص آن نیز با فقهای شورای نگهبان است.

۱. آیت‌الله محمدتقی مصباح یزدی، هفتمین جلسه از سلسله سخنرانی‌های تبیین علمی ولایت فقیه (۱۳۸۹/۳/۳)، برگرفته از پایگاه اطلاع‌رسانی ولایت فقیه ([www.velaiafefaghiih.com/download/1389-04-23/download19.aspx](http://www.velaiafefaghiih.com/download/1389-04-23/download19.aspx)) و نیز پایگاه اطلاع‌رسانی آیت‌الله مصباح یزدی ([http://www.mesbahyazdi.org/farsi/?speeches/lectures/velayat\\_1389/03-03-89.htm](http://www.mesbahyazdi.org/farsi/?speeches/lectures/velayat_1389/03-03-89.htm)).

اما در اینکه فقهای شورای نگهبان بر چه اساس و مبنایی باید این تشخیص را انجام دهند بین اندیشمندان حقوق اتفاق نظر کاملی وجود ندارد و در این بین، نظرات مختلفی ارائه شده است. در زیر به تبیین این نظریات و نقد و بررسی آنها خواهیم پرداخت.

## ۱-۲. فتوای خود فقهای شورای نگهبان

براساس این نظریه این، نظر فقهی خود فقهای شورای نگهبان است که به‌عنوان ملاک و معیار قانونگذاری قرار می‌گیرد.

– **ادله موافقین** – قائلین به حجیت نظر فقهی خود فقهای شورای نگهبان معتقدند اولاً اگر در مورد انطباق قوانین با موازین اسلامی نظر فقهی خود فقهای شورای نگهبان مدنظر دست‌اندرکاران تدوین قانون اساسی نبود لزومی نداشت که شرط فقیه بودن و عادل بودن و آگاه بودن به مقتضیات زمان و مسائل روز که در اصل نودویکم قانون اساسی آمده برای فقهای شورای نگهبان قرار داده شود، زیرا صرف انطباق یک مصوبه با اجماع فقها یا نظر مشهور و... از عهده افراد فاضل و متتبع که در حد اجتهاد و افتاء هم نباشند برمی‌آید.<sup>۱</sup> ثانیاً در مشروح مذاکرات قانون اساسی به صراحت بیان شده است که ملاک، فتوای خود فقهای شورای نگهبان است.<sup>۲</sup>

ثالثاً در پاسخ به استفساریه‌ای که یکی از نمایندگان مجلس شورای اسلامی در تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ از طریق ریاست وقت مجلس از شورای نگهبان داشته است، دبیر شورای نگهبان بیان می‌دارند: «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به‌طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است».<sup>۳</sup>

– **ادله مخالفین**: قائلین به عدم حجیت نظر فقهی خود فقهای شورای نگهبان بیان می‌دارند قانون اساسی وظیفه «تشخیص عدم مغایرت» را بر عهده فقهای شورای نگهبان قرار داده و «تشخیص» غیر از «استنباط» است.<sup>۴</sup> به‌علاوه، در غیر از اصل نودوچهارم قانون اساسی هر جا که بحث از نظارت شورای نگهبان بر قوانین مطرح شده است، ملاک را بر «عدم مغایرت» این قوانین بر موازین اسلامی استوار کرده است و از این رهگذر می‌توان نتیجه گرفت که فتوای خود فقهای شورای نگهبان مد نظر قانون نبوده است، زیرا در مورد هر مسئله‌ای که به فقهای شورای نگهبان ارجاع می‌شود، اگر نظر فقهی خود آنها ملاک باشد، آنها می‌توانند با کار اجتهادی در آن موضوع، فتوای

۱. حسین مهرپور، مجموعه نظریات شورای نگهبان (دوره اول از تیرماه ۱۳۵۹ تا تیرماه ۱۳۶۵)، دادگستر، ۱۳۸۷، ص ۱۰۸.

۲. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ص ۹۶۳.

۳. حسین مهرپور، پیشین.

۴. محسن کدیور، شرح شورای نگهبان در برابر قانون مجلس، مجله آفتاب، ش ۲۹.



خود را صادر کنند و در مرحله بعد انطباق یا عدم انطباق آن را بر فتوای خودشان اعلام نمایند، اما وقتی که قانون اساسی، ملاک و معیار دیگری را مقرر بداند از آنجا که امکان دارد موضوع مورد نظر در آن منبع دیگر مورد توجه قرار نگرفته باشد، فقهای شورای نگهبان موظفند با امور مشابه و اصول کلی مندرج در منابع به «عدم مغایرت» آن موضوع با اصول کلی رأی دهند.<sup>۱</sup>

همچنین رویه عملی شورای نگهبان نشان می‌دهد این شورا در موارد متعددی، حکم یک موضوع را از رهبری استفتا می‌کرده<sup>۲</sup> و لذا این‌گونه به نظر می‌رسد که خود فقها نیز تمایل به این نظر نداشته‌اند که نظر فقهی خود آنها ملاک قرار بگیرد. مضافاً اینکه فقهای شورای نگهبان عمدتاً از مراجع تقلید نیستند تا پیروی از نظر آنها - لاقلاً برای عده‌ای - حجیت شرعی ایجاد کند.

**- نقد و بررسی:** در نقد استدلالات مخالفین نظر فقهی خود فقهای شورای نگهبان می‌توان گفت تشتت در عبارات قانون اساسی ناشی از مسامحه دست‌اندرکاران نگارش قانون اساسی در هنگام تدوین آن بوده و نمی‌توان از آن مفهومی را استخراج کرد<sup>۳</sup> و لذا استدلالات لفظی مخالفین، نمی‌تواند چندان مورد قبول باشد. همچنین استناد به چند مورد استثنا در استفتای فقهای شورای نگهبان از رهبری در مقابل رویه مسلم و مستمر این شورا در اجتهاد قابل توجه نمی‌نمایاند و آن موارد استثنا را باید حمل بر وجود مصالحی در نظام اسلامی دانست.

تمسک به عدم حجیت نظر فقهی شورای نگهبان نیز با توجه به انتصاب آنها از سوی فقیه حاکم و انتساب آنها به وی، قابل خدشه می‌باشد. اما نظر موافقین نیز با دو ابهام و چالش روبروست که لازم است برای حل آن چاره‌ای اندیشیده شود.

ابهام اول در خصوص حجیت شرعی نظر فقهی خود فقهای شورای نگهبان است. از آنجا که در موازین اسلامی نهاد و تأسیسی با نام یا محتوای شورای نگهبان وجود ندارد و بلکه ولایت افتاء و تقنین از آن فقیه حاکم است،<sup>۴</sup> اینکه چگونه نظر فقهی این چند فقیه حجیت دارد، نیازمند تبیین است. تبیین این موضوع اجمالاً در این مسئله نهفته است که فقیه حاکم به موجب قانون اساسی، این اختیار را به این نهاد واگذار کرده و نظر فقهی این فقها را تنفیذ کرده است و لذا این نهاد، از قبل فقیه حاکم به افتا در مورد قوانین می‌پردازند.

۱. همان.

۲. از جمله موارد اینچنینی می‌توان به استفتای شورای نگهبان از حضرت امام در خصوص الزام زوج به طلاق در صورت عسر و حرج زوجه و نیز در خصوص سن رشد در ۱۳۶۱/۱۰/۲۱، تغییر نظر شورای نگهبان در خصوص الزام به مسلمان بودن داور در قراردادهای بین‌المللی با توجه به نظر حضرت امام/۱۳۶۲/۱۲/۷، ارجاع به نظر حضرت امام در تحریرالوسیله در خصوص موضوع سرقفلی در نظریه تاریخ ۱۳۶۲/۵/۹، و استفتا از حضرت امام در خصوص موضوع سقط جنین در ۱۳۶۱/۸/۱۷ اشاره کرد. همگی به نقل از حسین مهرپور، پیشین، صص ۲۱۳-۲۱۴، ۲۳۲ و صص ۱۵۴، ۱۷۱.

۳. محسن اسماعیلی، تقریرات درس حقوق اساسی ایران، دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۷.

۴. محمدجواد ارسطو، نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۹، ص ۳۰.

ابهام دیگر از تفصیلی که شهید صدر بین قوانین شرعیه و عرفیه داده‌اند ناشی می‌شود و آن اینکه در قوانین عرفیه که هیچ سابقه فقهی در آنها ملحوظ نیست، عمل اجتهادی فقهای شورای نگهبان که عبارتست از تطبیق قانون با اصول و موازین کلی اسلامی قابل پذیرش است، اما در قوانین شرعیه به سادگی نمی‌توان فتوای خود فقهای شورای نگهبان را ملاک دانست، زیرا اولاً فتوای آنها در دسترس نیست و ثانیاً اینکه با این تلقی، اساساً فلسفه وجودی مجلس شورای اسلامی دچار خدشه می‌شود. توضیح آنکه براساس اصل چهارم قانون اساسی، کلیه قوانین باید براساس موازین اسلامی باشد و از آنجا که وظیفه قانونگذاری برعهده مجلس شورای اسلامی است لذا این وظیفه، متوجه مجلس است که سعی کند قوانین خود را مبتنی بر موازین اسلامی تهیه و تصویب کند و حال اگر قرار باشد کار مجلس صرفاً در این باشد که نظرات فقهای شورای نگهبان را به صورت قانون در آورد، جایگاه مجلس به یک مجلس تشریفاتی تنزل خواهد کرد در حالی که از دیدگاه شهید صدر مجلس باید بتواند بین جایگزین‌های مختلف اجتهادی، حق انتخاب داشته باشد.<sup>۱</sup>

نتیجه آنکه اگر بتوان نظر فقهی خود فقهای شورای نگهبان در شرعی دانستن قوانینی که در منطقه‌الفرغ قرار دارند را پذیرفت، اما در مورد قوانینی که در فقه دارای سابقه هستند و نظرات مختلفی در باب آنها وارد شده است، نه چندان منطقی است و نه به مصلحت است که مجلس را مکلف به پیروی از نظر فقهی فقهای شورای نگهبان بدانیم و لذا باید احتمالات دیگری را که برای ملاک و معیار قانونگذاری متصور است مورد بررسی قرار داد.

## ۲-۲. فتوای مبتنی بر احتیاط

- **تبیین بحث:** احتیاط را موجباتی دانسته‌اند که «رعایت آن، احاطه کامل و اطمینان انسان به انجام وظیفه شرعی را سبب می‌شود.<sup>۲</sup> مثلاً اگر در یک مسئله، برخی از مجتهدین حکم به حرمت داده باشند و برخی حکم به حرمت نداده باشند، احتیاط اقتضا می‌کند که از انجام آن فعل اجتناب شود و همچنین اگر برخی از مجتهدین در یک مسئله حکم به وجوب داده باشند و برخی حکم به وجوب نداده باشند احتیاط اقتضا می‌کند که از ترک آن فعل اجتناب شود.

با توجه به این مسئله، یکی از گزینه‌هایی که به‌عنوان ملاک قانونگذاری می‌تواند مطرح شود این است که قانونگذار بنابر قاعده «احتیاط» به قانونگذاری مبادرت کند و بدین‌وسیله تا حد امکان بین فتاوی مختلف را جمع کند. برای مثال اگر در یک مسئله برخی از فقها حکم به وجوب داده و برخی

۱. سیدمحمد باقر صدر، نگرشی فقهی و مقدماتی به پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۲. آیت‌الله سیدعلی خامنه‌ای، تحریرالمسائل، کویت، دارالنبأ، ۱۴۲۸ ق، ص ۱۱.



حکم به وجوب نداده‌اند لازم است تا قانونگذار آن موضع را به موجب قوانین، لازم‌الاجرا بداند.

- نقد و بررسی: در نقد این دیدگاه اولاً باید به پیچیدگی‌هایی که خود قاعده احتیاط با آن روبروست اشاره کرد که عمل به آن را در برخی موارد با مشکل روبرو می‌سازد. مثلاً اگر در یک مسئله، فتوای برخی از مجتهدین بر وجوب و فتوای برخی دیگر بر حرمت باشد، اقتضای احتیاط چیست؟ چنین پیچیدگی‌هایی - هرچند که در کتب فقهی مورد بررسی قرار گرفته و برای آنها راه‌حل‌هایی پیش‌بینی شده است - باعث می‌شود که عمل به قاعده «احتیاط» را به‌عنوان یک ملاک کلی برای حل معضلات و مسائل اجتماعی راهگشا ندانیم و نهایتاً آن را به حیطة مسائل فردی محدود کنیم، زیرا در حوزه مسائل اجتماعی و همان‌گونه که در ادامه مورد اشاره قرار خواهد گرفت، محل جریان قاعده مصلحت است و نه احتیاط.

### ۳-۲. فتوای مشهور

دیدگاه دیگری که ممکن است مطرح شود این است که آن چیزی که مورد اتفاق فقهای امامیه است یا لااقل در بین آنها شهرت دارد، به‌عنوان مبنا و ملاک قانونگذاری قرار گیرد.

بر این اساس، فقهای شورای نگهبان وظیفه دارند، مصوبات مجلس را با فتوای مشهور فقها انطباق دهند و در صورت عدم مخالفت آن مصوبه با فتوای مشهور، آن را مورد تأیید قرار دهند. به‌عبارت دیگر، «شرعی بودن» یک مصوبه مجلس به آن است که مخالف با فتوای مشهور فقهای امامیه نباشد.

برای تحلیل و بررسی این نظر، ابتدا باید حجیت عمل به فتوای مشهور از دیدگاه فقهی - حقوقی مورد بررسی قرار گیرد و در صورت اثبات حجیت آن، سپس نوبت به این بحث می‌رسد که آیا بر اساس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران این نظر قابل پذیرش است یا خیر؟

به‌طور کلی شهرت در سه معنای اصطلاحی، کاربرد بیشتری دارد: شهرت روایی، شهرت فتوایی و شهرت عملی.<sup>۱</sup>

در زمینه شهرت روایی، اختلافی وجود ندارد که این «شهرت»، یکی از مرجحات است و روایتی که راویان بیشتری آن را نقل کرده‌اند، بر روایت متعارض خود ترجیح دارد.<sup>۲</sup> شهرت عملی نیز یا بازگشتش به شهرت روایی است که در حجیت آن تردیدی نیست و یا آنکه به شهرت فتوایی بازگشت پیدا می‌کند. در مورد شهرت فتوایی و حجیت آن نیز اختلاف‌نظر وجود دارد به این صورت که برخی آن را دارای اعتبار و حجیت می‌دانند و برخی با رد استدلال‌ات گروه نخست، حجیت آن را

۱. محمدابراهیم جناتی، منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، بی‌تا، بی‌جا، ص ۱۱۵.

۲. پیشین، ص ۱۱۶.

نمی‌پذیرند. در ذیل به‌طور اجمالی به بررسی این دو دیدگاه خواهیم پرداخت.

- **دلایل موافقین:** برخی از علمای اصولی عقیده دارند که شهرت فتوایی از امارات معتبره است و می‌شود در استنباط احکام به آن اعتماد کرد. ادله این گروه به‌طور خلاصه به این شرح است:

- برخی با استناد به مفهوم آیه شریفه «إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصِيبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ»<sup>۱</sup> بیان می‌دارند که اگر «عادلی» بر مطلبی گواهی داد دیگر وجوب «تبیین» از بین خواهد رفت و به طریق اولی اگر جمعی از «عدول» که فقیه هم هستند بر مطلبی گواهی دادند، بدون تبیین می‌توان به آن عمل کرد و به عبارت دیگر دارای حجیت خواهد بود.<sup>۲</sup>

- برخی دیگر با استناد به بعضی از روایات، آنها را بر حجیت پیروی از نظر مشهور حمل می‌کنند. در این زمینه دو روایت مرفوعه زراره و مقبوله عمر ابن حنظله مورد استناد قرار گرفته‌اند. در مقبوله عمر ابن حنظله که راوی، تکلیف موارد اختلافی را از امام باقر (ع) می‌پرسد ایشان بیان می‌دارند «باید به روایتی عمل شود که مورد اتفاق راویان است و باید از روایت نادر پرهیز شود».<sup>۳</sup>

همچنین در مرفوعه زراره از امام صادق (ع) در مورد دو حدیث متعارض سؤال شده و ایشان بیان می‌دارند: «باید به آنچه که بین اصحاب مشهور است عمل شود و قول شاذ را ترک کنید».<sup>۴</sup>

در اینجا با آنکه راوی در مورد دو خبر و حدیث متعارض سؤال می‌کند، ولی جواب دارای اطلاق می‌باشد و هم اشتهار روایی و هم اشتهار فتوایی را دربرمی‌گیرد.

- کسانی که قیاس را معتبر می‌دانند برای اثبات حجیت شهرت به قیاس نیز تمسک جسته و گفته‌اند که ملاک حجیت خبر واحد، ظن‌آور بودن آن است و چون همین علت (ظن‌آور بودن) در شهرت فتوایی نیز وجود دارد، لذا شهرت فتوایی نیز دارای حجیت و اعتبار خواهد بود.<sup>۵</sup>

- شهید اول نیز در کتاب «ذکری الشیعه فی احکام الشریعه» در اثبات حجیت شهرت، علاوه بر دلیل سابق، بیان می‌دارد که عدالت فقها مانع از آن می‌شود که بدون داشتن علم، فتوا صادر کنند و دلیلی هم بر اشتباه آنها در دست نداریم.<sup>۶</sup>

- برخی دیگر نیز حجیت فتوای مشهور در قانونگذاری را به اصل شورا در اسلام بازگشت

۱. سوره حجرات، آیه ۶.

۲. محمدابراهیم جناتی، پیشین، ص ۱۱۸.

۳. «... ينظر الى ما كان من رواياتهما عنا في ذلك الذي حكما به المجمع عليه بين أصحابك فيؤخذ به من حكما و يترك الشاذ الذي ليس بمشهور فان المجمع عليه لا ريب فيه ...» (محمد ابن يعقوب ابن اسحاق كليني، الكافي، تهران، دارالكتب الاسلاميه، ۱۳۶۵، ص ۶۷).

۴. «... قلت جعلت فداك يأتي عنكما الخبران و الحديثان المتعارضان فبايهما نعمل؟ قال خذ بما اشتهر بين اصحابك ودع الشاذ النادر...» (مستدرک الوسائل، ص ۳۰۳ و بحار الانوار، ص ۲۴۶ و عوالي اللآلی، ص ۱۳۳).

۵. جناتی، پیشین.

۶. شهید اول، محمد بن مکی عاملی، ذکری الشیعه فی احکام الشریعه، ج ۱، ص ۵۲.



داده‌اند و بیان داشته‌اند چون بین آرای فقها اختلاف وجود دارد و قانون نیز باید بر طبق نظر فقها تصویب شود لذا براساس ادله شورا در اسلام، به نظر اکثریت فقها باید عمل شود.<sup>۱</sup>

- **دلایل مخالفین:** گروه دیگر که البته اکثر اندیشمندان اصولی را شامل می‌شود معتقدند که شهرت فتوایی دارای اعتبار نیست و به‌عنوان منبع مستقل و تام استنباط، نمی‌توان بر آن اعتماد کرد.<sup>۲</sup> ایشان در رد استدلال‌ات گروه نخست بیان داشته‌اند:

- در رد استناد به آیه «ان جاءکم فاسق...» بیان شده است که در آیه مذکور نه در علت حکم می‌توان به‌طور قطعی اظهار نظر کرد و نه در مورد انحصار این علت و معلوم نیست که علت حکم، علت منحصر باشد. به عبارت دیگر صرف اینکه از مفهوم شرط استفاده شود که وجوب «تبیّن» دایر مدار خبر فاسق است، معنایش این نیست که پس علت تامه وجوب «تبیّن»، خبر فاسق است و هر جا خبر فاسق نباشد وجوب «تبیّن» نیست.<sup>۳</sup>

- دلیل روایی نیز قابل خدشه است، زیرا احتمال دارد که مراد از «اشتهار» در کلام معصوم (ع) معنای لغوی آن باشد، یعنی «واضح و روشن». بنابر این معنای روایت چنین می‌شود «خذ بما وضع بین اصحابک» که معنای شهرت در این فرض اختصاص پیدا می‌کند به آنچه صدور آن از معصوم معلوم باشد (شهرت روایی)، نه آنچه صدور آن از معصوم مظنون یا مشکوک باشد.<sup>۴</sup> گذشته از این، هر پاسخی را باید متناسب با سؤال دانست و لذا در اینجا قدر مسلم این است که منظور از شهرت، شهرت روایی باشد، زیرا مورد سؤال دو خبر متعارض است و نمی‌شود از طریق آن، اعتبار شهرت فتوایی را ثابت نمود.

- استناد و قیاس به حجیت خبر واحد نیز مخدوش است، زیرا در هیچ کدام از ادله حجیت خبر واحد این تعلیل دیده نشده است که خبر واحد به دلیل ظن‌آور بودن، حجت باشد، بلکه علمای اصولی گفته‌اند که هرگاه خبر واحدی دارای شرایط خاصی باشد معتبر است، اگر چه ظن‌آور نباشد.<sup>۵</sup> به‌طور کلی در قرآن کریم پیروی از ظن مورد نهی قرار گرفته است: «إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً».<sup>۶</sup>

- در پاسخ به استدلال‌ات شهید نیز بیان شده است: اولاً علم هر فرد فقط برای خود او حجیت دارد و نه برای دیگران و چه بسا ممکن است دلیلی که برای یک فرد معتبر بوده و حجیت داشته و بر اساس آن فتوا صادر کرده است برای دیگری معتبر نباشد. ثانیاً اینکه شهید، حجیت ظن را مطلق

۱. سیدمحمد حسینی شیرازی، الفقه القانون، مرکز الرسول الأعظم (ص) للتحقیق و النشر، بیروت، ۱۴۱۹، ق ص، ۹.

۲. جناتی، پیشین، ص ۱۱۶.

۳. همان.

۴. همان.

۵. همان، صص ۱۱۷-۱۱۸.

۶. سوره یونس، آیه ۳۶، سوره نجم، آیه ۲۸.

دانسته در حالی که این موضوع محل تأمل است و به علاوه در این موضوع که اساساً «شهرت»، ظن آور باشد نیز تردید وجود دارد.<sup>۱</sup>

- استناد به شورا در اثبات حجیت عمل به فتوای مشهور فقها نیز استدلال تام و کاملی نیست، زیرا اولاً شورا صرفاً منحصر به موارد اختلاف نیست<sup>۲</sup> در حالی که استنادکنندگان به شورا، آن را منحصر به موارد اختلاف فتاوی دانسته‌اند.<sup>۳</sup> ثانیاً در ادله شورا (به ویژه آیه کریمه و شاورهم فی الأمر، فإذا عزم فتوکل علی الله) در اینکه صرف مشورت کردن مورد امر واقع شده یا آنکه عمل به نظر اکثریت نیز مفروض است، اختلاف نظر وجود دارد و نظر غالب بر این است که صرف مشورت، مورد امر واقع شده و پس از مشورت، تصمیم نهایی نه با نظر اکثریت که با نظر فرد حاکم است<sup>۴</sup> و ثالثاً اینکه شوری در زمینه مسائل اجتماعی که در محدوده مالانص فیه است مطرح می‌شود و در جایی که الزام و نصی از سوی شارع وجود داشته باشد نوبت به شورا نمی‌رسد.<sup>۵</sup>

- همچنین مرحوم آیت الله العظمی بروجردی با تقسیم فتاوی به سه دسته «مأثوره از معصوم»، «تفسیر کلام معصوم از سوی فقیه» و «مسائل فرعیه»، بیان می‌دارند اجماع و مشهور فقها، تنها در ضروریات دین که در قسم اول مندرج است حجت می‌باشد و در فرعیات نمی‌تواند حجت باشد.<sup>۶</sup> البته ایشان در ضروریات هم، مشهور فقهای متقدم تا قبل از شیخ الطائفه، طوسی، را حجت می‌دانند و معتقدند از زمان شیخ به بعد، مشهور نمی‌تواند کاشف از دلیل و روایتی باشد که احیاناً در گذر زمان به دست ما نرسیده است، زیرا از زمان شیخ طوسی به بعد فتاوی نوع دوم و سوم نیز وارد

۱. سیدمحمد بن علی حجت کوه‌کمری، کتاب البیع (الملحق)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۹ ق، ص، ۴۴۱.

۲. رجوع شود به اطلاقی که در امر به شورا نهفته است.

۳. سیدمحمد حسینی شیرازی، پیشین.

۴. مستند این نظر این است که فعل «عزمت» به صورت مفرد آمده و این نشان می‌دهد که تصمیم نهایی نه با نظر اکثریت، بلکه با نظر یک فرد واحد است. ر.ک ناصر مکارم شیرازی، تفسیر نمونه، دار الکتب الإسلامية، ۱۳۷۴، ص ۱۴۹.

۵. سیدمحمدحسین طباطبایی، میزان فی تفسیر القرآن، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۴، ص ۸۷ و نیز ناصر مکارم شیرازی، پیشین.

۶. پیشین، ص، ۴۳۹، و قد ذهب أستاذنا العلامة خریّت صناعة الفقهة رئیس الشیعة و حافظ الشریعة العلامة البروجردی أدام الله ظلالة، إلى حجیة الشهرة إذا تحققت بین القدمات فی أصول المسائل الفقهیة و رؤسها دون المسائل الفرعیة المتفرعة علیها.

... و قد تصدی الأستاذ أطال الله بقاه فی بعض آخر من ابحائه بتلخیص الاقسام فقال، إن الفتاوی الموجودة فی كتب الفقها علی ثلاثة أقسام. «الأول» الفتاوی المأثورة عن المعصوم، التي ذكرها فی كتبهم بعین ألفاظها المتلقاة منه. (إن الفتاوی الموجودة فی كتب القدمات هی عین الفتاوی المأثورة عن المعصومین (ع) بعین ألفاظها، فاشتهار الفتوی فی تلك الكتب یكون كاشفا عن وجود نص معتبر لم یصل إلینا) و «الثانی» العبارات المذكورة فی كتبهم، تفسیرا لفتاوی المعصوم و بیانا لمراده منها.

و «الثالث» المسائل الفرعیة المتفرعة علی القسم الأول.

و صرح بحجیة الشهرة فی القسم الأول من الفتاوی دون القسمین الأخیرین منها



فقه امامیه شده و کتب فقهی، صرفاً جنبه ماثوریت از معصوم نداشته‌اند.<sup>۱</sup>

**- نقد و بررسی:** از مجموع این دو دسته از استدلالات اجمالاً این نکته قابل اثبات است که حجیت عمل به مشهور فقها، لااقل در اکثر موارد محل تأمل و تردید است و نمی‌تواند یک منبع مستقل اجتهادی تلقی شود و در نتیجه نمی‌تواند یک معیار کلی برای قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران به‌شمار بیاید، زیرا براساس اصل چهارم قانون اساسی کلیه قوانین و مقررات باید مبتنی بر موازین اسلامی باشد و حال آنکه با توجه به ادله مخالفین، معلوم شد عمل کردن به نظر مشهور فقها نمی‌تواند به‌طور کامل و در همه موارد دارای حجیت شرعی باشد و قوانین را واجد وصف اسلامیت نماید.

البته در مشروح مذاکرات قانون اساسی در مورد نظر فقهی فقهای شورای نگهبان این نکته مطرح شده است که باید فقهایی انتخاب شوند که نظراتشان عموماً منطبق بر مشهور فقهای امامیه باشد و نه نظرات شاذ و نادر،<sup>۲</sup> اما در مورد اینکه مجلس نیز مکلف است بنا بر نظر و فتوای مشهور به وضع قانون مبادرت کند نظری ابراز نشده و بلکه گفته شده مجلس کارش مصلحت‌اندیشی است.<sup>۳</sup>

#### ۴-۲. هر فتوای فقهی معتبر

**تبیین:** از آنجا که در قانون اساسی ملاک اسلامی دانستن قوانین، «مطابقت با موازین اسلامی» دانسته شده است، برخی بر این عقیده‌اند که با توجه به این وصف، پیروی از هر نظر فقهی برای اسلامی دانستن قانون کافی است و لذا کار قانونگذار این است که فتوایی که مصلحت جامعه اسلامی را بهتر تأمین می‌کند به‌عنوان معیار قانون برگزیند چه این فتوا، منطبق بر نظر مشهور فقها باشد یا فتوایی مورد اختلاف باشد و یا آنکه شاذ و نادر باشد. این رویکرد در قوانین برخی کشورهای اسلامی از جمله در قانون مدنی و احوال شخصیه کویت نیز مشاهده می‌شود.<sup>۴</sup>

دبیر کنونی شورای نگهبان، در گذشته نظری به این مضمون را ابراز داشته‌اند که در مورد اختلاف فتاوی، قانونگذار می‌تواند یکی از فتواهای معتبر - و البته غیر شاذ - را که مصلحت جامعه را بهتر تأمین می‌کند به‌صورت قانون ابلاغ نماید و در این صورت، شرط «عدم مخالفت با موازین اسلامی» که در قانون اساسی بیان شده نیز محقق خواهد شد.<sup>۵</sup>

یکی دیگر از نویسندگان نیز در این باب می‌گوید: «... نکته‌ای که باید در انتخاب یک فتوا مورد

۱. همان.

۲. صورت مشروح مذاکرات نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ص ۹۷۴.

۳. همان، ص ۹۴۷.

۴. حسین مهرپور، ضرورت تحول در قانونگذاری، نامه مفید، ش ۲، ۱۳۷۴، ص ۱۱۰.

۵. احمد جنتی، حکومت اسلامی و قانونگذاری، سازمان تبلیغات اسلامی، سومین کنفرانس اندیشه اسلامی، ۱۳۶۳، ص ۱۰.

توجه قرار گیرد این است که کدام فتوا با مقتضیات زمان و نیازهای روز جامعه اسلامی سازگارتر است و به هنگام اجرا کمتر دچار مشکل می‌شود. اگر بپذیریم که ملاک اسلامی بودن قوانین، عدم مغایرت صریح آنها با موازین شرعی است به نظر می‌رسد همین که قانونی با فتوای یک مجتهد مسلم جامع الشرایط موافق باشد اگرچه آن فتوا مخالف نظر مشهور فقها باشد برای اسلامی بودن کافی است و می‌توان آن را مبنای عمل قرار داد.<sup>۱</sup>

همچنین شهید صدر در «نگرشی فقهی و مقدماتی به پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران» و در ضمن تبیین قانونگذاری در جمهوری اسلامی بیان می‌دارد: «در مورد هر مسئله‌ای که نسبت به آن بیش از یک نظر فقهی وجود داشته باشد و به اصطلاح یک نظر دارای جایگزین‌های اجتهادی متعددی باشد، انتخاب گزینه مشخصی از میان این نظرات بر عهده قوه مقننه است. قوه‌ای که بر اساس مصلحت عمومی از سوی مردم انتخاب شده است».<sup>۲</sup>

**نقد و بررسی:** این نظر از آنجا که دائرمدار مصلحت است (آن هم مصالح متغیر که حجم عظیمی از مصالح مندرج در احکام و قوانین مربوط به حکومت و حوزه اجتماع را دربرمی‌گیرد و نه مصالح ثابت و نفس‌الامری که بیشتر در حوزه فردی قابل طرح است)<sup>۳</sup> می‌تواند مورد پسند و اقبال باشد، اما ابهامی که در برابر آن وجود دارد این است که اولاً تبدیل احکام ثابت اسلامی که در فقه، مضبوط و معین است، به بهانه وجود «مصلحت» پذیرفتنی نیست.<sup>۴</sup> ممکن است گفته شود که هر فتوایی واجد وصف اسلامی و دارای حجیت می‌باشد و لذا ایرادی متوجه انتخاب هر یک از فتاوی نخواهد بود؛ اما باید توجه داشت که مجرای انتخاب این فتوا در فقه به رسمیت شناخته نشده است

۱. ابراهیم شفیعی سروستانی، فقه و قانونگذاری، قم، مؤسسه فرهنگی طاهار، ۱۳۸۱، ص ۲۳۳.

۲. محمدباقر صدر، نگرشی فقهی و مقدماتی به پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ترجمه امین‌رضا عابدی‌نژاد داورانی.

۳. سیف‌الله صرامی، منابع قانونگذاری در اسلام، ص ۱۴۷.

۴. توضیح آنکه احکام شرعی در فقه تشیع به دو دسته احکام واقعی و احکام ظاهری تقسیم می‌شوند. وظیفه هر مجتهدی شناخت حکم واقعی شرعی است که باید براساس اجتهاد و با توجه به منابع و ادله فقهی، آن را استخراج کند، اما از آنجا که اجتهاد او مبتنی بر منابع فقهی موجود است لذا او براساس همین منابع به صدور حکم مبادرت می‌کند و لذا به حکمی که از مجتهد صادر می‌شود حکم ظاهری می‌گویند. این حکم ممکن است منطبق بر حکم واقعی باشد و ممکن است که با حکم واقعی تفاوت داشته باشد که در این صورت براساس فقه تشیع، با آنکه آن نظر فقهی به رسمیت شناخته نمی‌شود، اما مجتهد و مقلدانش معذور خواهند بود. از آنجا که امکان تطابق حکم ظاهری مجتهد اعلم با حکم واقعی الهی بیشتر است و بنابر اصل عقلی رجوع به اعلم، مکلفین و مقلدین وظیفه دارند فقیه اعلم را شناسایی کنند و از نظر فقهی او تبعیت نمایند. در اینجا این ابهام وجود دارد که آیا اگر عده‌ای (نمایندگان مجلس) تشخیص دادند که فتوای فقیه اعلم، با مصلحت کنونی جامعه، سازگاری ندارد، آیا می‌توان به فتوای فقیه دیگری مراجعه کرد و بدین وسیله حکم الهی را تبدیل نمود با آنکه می‌دانیم حکم الهی در واقع یکی بیشتر نیست و بنا بر حجیت ظن، حکم فقیه اعلم به حکم واقعی الهی نزدیک‌تر است و دیگر نظرات فقهی در واقع، حکم الهی نیستند. برای اطلاعات بیشتر درخصوص تخطئه و تصویب ر.ک، رضا اسلامی، درآمدی بر فقه اسلامی، قم، انتشارات مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، ۱۳۸۵، صص ۴۱-۴۳.



به این معنا که در فقه، انتخاب هر فتوایی باید منوط به تشخیص اعلمیت مرجع صادرکننده<sup>۱</sup> آن باشد تا بتوان آن را کاشف از اراده شارع مقدس دانست و نه اینکه مطابقت بیشتری با مصلحت کنونی جامعه مسلمین باشد. ثانیاً اینکه مجلس شورای اسلامی بر چه مبنا و دلیل و حجتی، وظیفه تشخیص مصالح نظام اسلامی را عهده‌دار شده است؟ زیرا تشخیص مصلحت جامعه اسلامی از شئون فقیه حاکم و اساساً مصدر احکام حکومتی است<sup>۲</sup> و لذا باید نصی وجود داشته باشد که فقیه حاکم این اختیار را به مجلس شورای اسلامی تفویض نموده است.

شهید صدر به این پرسش در کتاب اقتصادنا پاسخ می‌دهد<sup>۳</sup> که این پر کردن حوزه مباحات باید از طرف اولی‌الامر باشد و اینکه ایشان در این مقاله به قوه مقننه اشاره دارد احتمالاً مبتنی بر پیش‌فرض قانون اساسی جمهوری اسلامی است که اولی‌الامر و فقیه حاکم، این مسئله را به مجلس تفویض کرده است. این تعلیل از مقاله آیت‌الله سیدکاظم حسینی حائری که از شاگردان برجسته مرحوم شهید صدر بودند به‌خوبی قابل اثبات است: «... ولی فقیه ما را امر کرد که اعضای پارلمان را انتخاب کنید. امر او هم نافذ است. اگر یک وقتی نتیجه بد در آمده باشد، ولی فقیه حق وتو دارد. چون در رابطه با انتخابات دلیلی از کتاب و سنت نداریم. خوب اگر دلیلی از کتاب و سنت داشتیم، ولی فقیه هم مجبور بود که بسازد. چون او هم مسلمانی است مثل ما که باید به آن عمل کند. چون در رابطه با انتخابات دلیلی از کتاب و سنت نداریم و دلیلش امر ولی فقیه است و امرش هم نافذ می‌باشد، بنابراین مسئولیت آن هم از خود امر ولی فقیه است»<sup>۴</sup>.

با توجه به این مسئله، باید گفت پذیرش این دیدگاه به توجیه و تبیین دیدگاه بعدی بازگشت پیدا می‌کند، لذا باید به‌صورت جداگانه مورد بحث و بررسی قرار گیرد.

## ۵-۲. نظر فقیه حاکم (نظریه مختار)

در باب فتوای معیار در قانونگذاری نظرات مختلفی مطرح شد و بیان شد که هریک از این نظریات، دارای نوعی ابهام یا کاستی است و نمی‌تواند به‌طور کامل تبیین‌کننده حجیت قوانین در جمهوری

۱. این مسئله مبتنی بر اصل عقلی رجوع به اعلم است که در رساله‌های عملیه فقها نیز به آن اشاره شده است (ر.ک. آیت‌الله سیدعلی خامنه‌ای، تحریر المسائل، ص ۱۶، مسئله ۲۳) و حتی برخی از فقها متذکر شده‌اند که اگر در یک موضوع فقهی یک فقیه و در یک موضوع دیگر، یک فقیه دیگر اعلم باشد باید قائل به تبعیض در تقلید شد (آیت‌الله سیدابوالقاسم موسوی خویی، الاجتهاد و التقليد، چاپخانه نوظهور، ۱۴۱۱، ص ۲۴۸).

۲. عبدالحسین خسروپناه، گفت‌وگو با مصلحت در پرتوی شریعت و حکومت، تهران، مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر، ۱۳۷۹، ص ۱۶۳ و ابراهیم موسوی‌زاده، مفهوم مصلحت نظام و مرجع تشخیص آن در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران، حکومت اسلامی، ش ۱، ۱۳۸۸، ص ۶۷.

۳. سیدمحمد باقر صدر، اقتصادنا، المجمع العلمی للشهید الصدر، ۱۴۰۸، ق، صص، ۶۸۹-۶۹۱.

۴. سیدکاظم حائری، سیاست و حکومت، فصلنامه علوم سیاسی، سال اول، ش ۱، ۱۳۷۷، صص ۹-۱۵.

اسلامی باشد. اما اگر مبنا و معیار در قانونگذاری را نظر فقیه حاکم لحاظ کنیم، کاستی‌ها و ابهامات مطرح از بین خواهد رفت. تحلیل این نظر از طریق گزاره‌های ذیل امکانپذیر است:

همان‌گونه که در خلال مباحث مطرح شد قوانین در جمهوری اسلامی بنابر نظر شهید صدر یا تبیین‌کننده یک حکم شرعی هستند و یا آنکه حکمی در تناظر با آنها در شریعت وجود ندارد و در واقع در منطقه الفراغ تشریعی هستند.<sup>۱</sup> به‌علاوه ماهیت همه قوانین در جمهوری اسلامی حکم حکومتی است<sup>۲</sup> و لذا همه قوانین باید به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم مستند به نظر و اراده فقیه حاکم باشند تا هم مشروعیت آنها تأمین شود<sup>۳</sup> و هم فقیه حاکم بتواند در پیشگاه الهی حجت داشته باشد که در حیطة ولایت زعامت او، قوانینی اجرا شده است که وی به حجیت شرعی آنها ایمان داشته است.<sup>۴</sup> بنابراین، اصل اولی در ملاک مشروعیت همه قوانین، نظر و رأی فقیه حاکم است.

فقیه حاکم با توجه به شناختی که از جامعه و افراد و نهادهای جمهوری اسلامی دارد هم می‌تواند «حکم» به مدخلیت و حجیت فرد یا نهاد دیگری به‌عنوان مرجع تشخیص اسلامی بودن قوانین بدهد (کما اینکه به اعتقاد برخی، به‌موجب قانون اساسی فقهای شورای نگهبان ملاک قرار داده شده‌اند) و به‌طور غیرمستقیم، مشروعیت قوانین را به‌دست بدهد و هم می‌توان «فتوای» خود را به‌عنوان ملاک قانون معرفی نماید.

- وظیفه شورای نگهبان نیز در این میان بر این است که چنانچه در یک موضوع خاص، رهبری نظر خود را ابراز کرده‌اند، مصوبه مجلس را با نظر ایشان مطابقت دهد و اگر رهبری نظر خاصی در یک موضوع نداشته‌اند مصوبه مجلس را از حیث مطابقت با یک فتوای معتبر فقهی بسنجد و در واقع با یک کار اجتهادی اولاً قائلین به آنچه مجلس تصویب کرده را کشف کند و ثانیاً با بررسی استدلالات فقهی و مجرای صدور چنین نظری، متانت فقهی آن را ارزیابی نماید و در صورت تشخیص صدور آن فتوا در مجرای درست، آن مصوبه منطبق بر این فتوا را منطبق بر موازین اسلامی تشخیص دهند. البته این تحلیل را این‌گونه می‌توان پی گرفت که فقهای شورای نگهبان، آن فتوای مبنا را در صورتی درست و دارای متانت فقهی ارزیابی می‌کنند که با مبانی فقهی پذیرفته شده خودشان (مبانی که آنها به این نتیجه رسیده‌اند صحیح و منطبق بر واقع است و می‌تواند اراده تشریحیه الهیه را کشف کند) هماهنگ باشد و در واقع وقتی فقهای شورای نگهبان ابراز می‌کنند آن فتوای مبنای قانون، دارای وجاهت صحیح بوده

۱. شهید صدر، پیشین.

۲. سیف‌الله صرامی، احکام حکومتی و مصلحت، فصلنامه راهبرد، ش ۴، پاییز ۱۳۷۳، ص ۶۵ و منابع قانونگذاری در اسلام، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲، ص ۸۰. البته مسلماً این موضوع مورد اتفاق همه اندیشمندان و حقوق‌دانان نیست. برای اطلاع از نظر مخالف رک، احمد حاجی ده‌آبادی، بایسته‌های تقنین، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۳، ص ۲۷۴ به بعد.

۳. محمدتقی مصباح یزدی، سلسله مباحث اسلام، سیاست و حکومت، دفتر مطالعات و بررسی‌های سیاسی، ۱۳۷۷، ص ۳۲.

۴. احمد حاجی ده‌آبادی، بایسته‌های تقنین، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۳، ص ۲۹۹.



است مشعر به این معناست که نظر فقهی خود آنها نیز مبتنی بر آن است. همچنین لازم به ذکر است که به علت انتصاب فقهای شورای نگهبان از سوی فقیه حاکم، تشخیص آنها به طور غیرمستقیم منتسب به فقیه حاکم خواهد بود و درواقع، نقطه عزیمت ملاک بودن فتوای فقهای شورای نگهبان در قانونگذاری از همین انتصاب آنها از سوی فقیه حاکم است.

- در همین زمینه مقام معظم رهبری در پاسخ به استفتائی که از ایشان شده فرموده‌اند: «نظر ولی امر مسلمین در مسائل مرتبط با اداره کشور اسلامی و نیز موضوعات مربوط به کلیه مسلمین لازم‌الاتباع است و هر مکلفی فقط در مسائل فردی محض می‌تواند از نظر مرجع تقلیدش پیروی کند».<sup>۱</sup>

### نتیجه‌گیری

۱. اسلام، دینی است جامع که برنامه کامل زندگی انسان را در بعد فردی و اجتماعی دربردارد. دایره احکام اسلامی به قدری فراخ و گسترده است که هم رابطه انسان با خودش و خداوند را دربرمی‌گیرد (موضوعاتی نظیر طهارت، نجاست، عبادات و...)، هم رابطه انسان با دیگران را (مانند احوال شخصیه، امور مالی و...) و هم رابطه انسان با اجتماع را (مانند جهاد، امر به معروف، احکام مربوط به حکومت و...). مسلمان‌ها مکلف هستند تا با رعایت و عمل به این احکام و دستورات شرعی، حق بندگی و اطاعت را به‌جا آورند. این احکام در منابع شرعی (کتاب و سنت) تبیین شده است، اما از آنجا که همگان، توانایی و امکان تتبع در این منابع به‌منظور استخراج احکام و وظایف شرعی خود را ندارند، به حکم عقل، مکلف به پیروی از فقیهانی هستند که احکام و دستورات شارع را از منابع معتبر استخراج و منضبط ساخته‌اند. در این میانه این امکان وجود دارد که یک فقیه نسبت به یک فقیه دیگر در برخی مسائل، استنباط متفاوتی از منابع شرعی داشته باشد و این‌گونه است که بین فقیهان، اختلاف فتوا بروز می‌کند.<sup>۲</sup>

این اختلاف فتاوی در مسائلی که به «رابطه انسان با خودش یا خداوند» مربوط می‌شود خللی وارد نمی‌سازد و هرکس بنا بر اجتهاد خودش یا فتوای فقیهی که او را اعلم تشخیص داده به دستورات شرعی‌اش عمل می‌کند.

اما در مسائلی که رابطه فرد را با دیگران و با اجتماع تنظیم می‌کند، چنین اختلاف فتوایی

۱. آیت‌الله سیدعلی خامنه‌ای، اجوبه الاستفتائات، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۹، ص ۱۸.

۲. البته حکم واقعی الهی یکی بیشتر نیست، اما اگر فقیهی با تلاش و اجتهاد خود و با توجه به همه اصول مندرج در شریعت به استخراج یک حکم الهی مبادرت بورزد و بر همین اساس فتوایی صادر کند، این حکم برای او و کسانی که از او تقلید می‌کنند از لحاظ شریعت، «حجیت» خواهد داشت و او و مقلدینش در پیشگاه خداوند متعال معذور و مأجور خواهند بود هرچند که حکم ظاهری که او صادر کرده با حکم واقعی الهی متفاوت باشد.

می‌تواند موجب بروز مشکلات و ابهاماتی شود که نمونه این مشکلات را می‌توان در مسائل مربوط به احوال شخصیه یافت.

بنابراین همواره باید قاعده و فتوایی حاکم بر دیگر فتاوی وجود داشته باشد تا در موارد تزاحم و تعارض، گره‌گشای کار باشد و بتوان با عمل به آن، ضمن خروج از بن‌بست، عمل به تکلیف شرعی را نیز محقق کرد.

۲. در اصول متعدد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر شده که قانونگذاری براساس احکام و موازین اسلامی صورت گیرد و «مرجع تشخیص» این مطابقت را فقهای شورای نگهبان قرار داده است. با توجه به اختلاف استنباطها و فتوهای شرعی، این ابهام در حقوق اساسی ایران به وجود آمد که شورای نگهبان بر چه اساس و معیاری باید مطابقت با موازین اسلامی را تشخیص دهد؟ با توجه به مبنای اسلامی نظام، می‌توان احتمالات ممکن در این زمینه را عبارت دانست از فتوای خود فقهای شورای نگهبان، فتوای مطابق با احتیاط، فتوای مطابق با مشهور فقها، هر فتوای معتبری که با مصالح جامعه اسلامی هماهنگ‌تر است و فتوای فقیه حاکم.

۳. ایرادی عملی که متوجه ملاک قرار دادن فتوای خود فقهای شورای نگهبان می‌شود و نیز عدم حجیت ذاتی آن، ناتوانایی جریان قاعده احتیاط در حل معضلات اجتماعی، عدم حجیت تام عمل به فتوای مشهور و نیاز به تبیین مبنایی عمل به فتوهای مطابق مصلحت، سبب می‌شود تا نتوانیم هیچ یک از این نظرات را به‌عنوان مبنا و معیار قانونگذاری برگزینیم.

۴. پذیرش فتوا و حکم فقیه حاکم به‌عنوان ملاک و معیار قانونگذاری مبتنی بر دو جنبه استدلال است: بعد و جنبه اول آن است که ولایت «فقیه» بر زعامت و تقنین ایجاب می‌کند که کلیه قوانین منتسب به نظر و رأی او باشند تا حائز وصف «مشروعیت» و «انطباق بر موازین اسلامی» گردند. این انتساب به‌واسطه پیش‌بینی مکانیسم‌هایی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (که این قانون هم به دلیل تنفیذ فقیه حاکم مشروعیت پیدا کرده است) به‌صورت غیرمستقیم محقق می‌شود. به عبارت دیگر فقیه حاکم این‌گونه به‌موجب قانون اساسی مقرر داشته است که در تدوین قوانین جمهوری اسلامی ایران، نظر و رأی نهادهای دیگری معتبر و حجت است. بنابراین، با یک تحلیل ثانوی می‌توان به این امر قائل شد که این نظر فقیه حاکم است که در روند قانونگذاری جمهوری اسلامی اعمال می‌شود.

جنبه دیگر این تحلیل بر این استدلال مبتنی است که از آنجا که فقیه حاکم دارای ولایت بر زعامت و زمامداری است باید در هر اقدام و عملی که دستگاه حکومت از قبل او انجام می‌دهد دارای حجت شرعی باشد و بتواند در پیشگاه خداوند بر این اعمال، دلیل و برهان اقامه کند و لذا باید اجازه اعمال قوانینی را در جامعه بدهد که با اجتهاد خویش به حجیت آنها یقین پیدا کرده است.



بنابراین در کلیه اموری که تحت سیطره حاکمیت قرار دارد، یا باید با حکم فقیه حاکم به مرجع و نهاد دیگری مراجعه کرد و یا آنکه فتوای خود او مجری و مطاع باشد.

۵. بی‌تردید قانونگذاری‌های مربوط به احوال شخصیه نیز از این امر مستثنا نیست و رجوع به فتوای فقهای شورای نگهبان به واسطه حکم فقیه حاکم و یا فتوای مستقیم خود او، می‌تواند معیار مناسب و منقحی در این زمینه باشد که هم از تشتت در امور جلوگیری می‌کند و هم همگان با عمل به آن در پیشگاه شارع، معذور خواهند بود.

### منابع و مأخذ

۱. ابن زکریا، ابی‌الحسین احمد ابن ابی‌فارس. معجم مقاییس اللغة، مرکز نشر مکتب الاعلام الاسلامی، بی‌جا، ۱۴۰۴.
۲. ابن‌منظور، لسان العرب. دارالصادر، بیروت.
۳. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴.
۴. احسائی، ابن ابی‌جمهور. عوالی اللالی، قم، انتشارات سیدالشهدا، ۱۴۰۵.
۵. ارسطو، محمدجواد. نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۹.
۶. اسلامی، رضا. درآمدی بر فقه اسلامی، قم، انتشارات مرکز مدیریت حوزه علمیه، ۱۳۸۵.
۷. انصاری، مسعود و محمدعلی طاهری. دانشنامه حقوق خصوصی، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴.
۸. باریکلو، علیرضا. اشخاص و حمایت‌های حقوقی از آنان، تهران، مجد، ۱۳۷۷.
۹. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، ۱۳۷۸.
۱۰. جناتی، محمدابراهیم. منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی، بی‌تا، بی‌جا.
۱۱. جنتی، احمد. حکومت اسلامی و قانونگذاری، سازمان تبلیغات اسلامی، سومین کنفرانس اندیشه اسلامی، ۱۳۶۳.
۱۲. حائری، سیدکاظم. سیاست و حکومت، فصلنامه علوم سیاسی، ش ۱، ۱۳۷۷.
۱۳. حاج سیدجوادی و دیگران. دایرةالمعارف تشیع، نشر محبی.
۱۴. حاجی ده‌آبادی، احمد. بایسته‌های تقنین، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، تهران، ۱۳۸۳.
۱۵. آیت‌الله خامنه‌ای، سیدعلی. اجوبه الاستفتائات، سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۹.
۱۶. آیت‌الله خامنه‌ای، سیدعلی. تحریرالمسائل، کویت، دارالنبأ، ۱۴۲۸.
۱۷. خسروپناه، عبدالحسین. گفتمان مصلحت در پرتوی شریعت و حکومت، تهران، مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر، ۱۳۷۹.
۱۸. دهخدا، علی‌اکبر. لغتنامه، مؤسسه لغتنامه هخدا، تهران، ۱۳۷۷.
۱۹. ساکت، محمدحسین. شخصیت و اهلیت در حقوق مدنی، انتشارات جنگل، ۱۳۸۶.
۲۰. شفایی، محسن. حجت و حجیت، تهران، چاپخانه حیدری، ۱۳۵۹.
۲۱. شفیع‌ی سروستانی، ابراهیم. فقه و قانونگذاری، قم، مؤسسه فرهنگی طاها، ۱۳۸۱.
۲۲. شهیدی، سیدمهدی. تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران، حقوق‌دان، ۱۳۷۷.
۲۳. حسینی شیرازی، سیدمحمد. الفقه القانون، بیروت مرکز الرسول الأعظم (ص) للتحقیق و النشر، ۱۴۱۹ ق.

۲۴. صدر، سیدمحمد باقر. اقتصادنا، المجمع العلمی للشهید الصدر، ۱۴۰۸.
۲۵. صدر، سیدمحمد باقر. نگرشی فقهی و مقدماتی به پیش‌نویس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ترجمه امین‌رضا عابدی‌نژاد داورانی، مجله اندیشه صادق، ش ۱۰.
۲۶. صرامی، سیف‌الله. منابع قانونگذاری در اسلام، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۲.
۲۷. صرامی، سیف‌الله. احکام حکومتی و مصلحت، فصلنامه راهبرد، ش ۴، ۱۳۷۳.
۲۸. صفایی، سیدحسین و سیدمرتضی قاسم‌زاده. حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران، سمت، ۱۳۷۵.
۲۹. طباطبایی، سیدمحمدحسین. المیزان فی تفسیر القرآن، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۷۴.
۳۰. عاملی (شهید اول)، محمدبن‌مکی. ذکر الشیعة فی أحكام الشریعة، برگرفته از نرم‌افزار جامع فقه اهل بیت (ع)، مؤسسه تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی، نسخه ۱/۲.
۳۱. فیرحی، داوود. شیعه و دمکراسی مشورتی در ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۶۷، ۱۳۸۴.
۳۲. کاتوزیان، ناصر. فلسفه حقوق، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱.
۳۳. کاتوزیان، ناصر. کلیات حقوق (نظریه عمومی)، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
۳۴. کدیور، محسن. شرع شورای نگهبان در برابر قانون مجلس، مجله آفتاب.
۳۵. کلینی، محمد ابن یعقوب ابن اسحاق. الکافی، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۵.
۳۶. کوه‌کمری، سیدمحمدبن علی حجت. کتاب البیع (الملحق)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۹.
۳۷. مصباح یزدی، محمدتقی. سلسله مباحث اسلام، سیاست و حکومت، دفتر مطالعات و بررسی‌های سیاسی، ۱۳۷۷.
۳۸. مصطفوی، سیدکاظم. ماهیت حکم، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، ش ۱، ۱۳۸۸.
۳۹. معلوف، لوئیس. المنجد فی اللغة، ترجمه مصطفی رحیمی اردستانی، انتشارات صبا، ۱۳۸۰.
۴۰. معین، محمد. فرهنگ فارسی، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، تهران، ۱۳۵۳.
۴۱. مکارم شیرازی، ناصر. تفسیر نمونه، دارالکتب الإسلامیة، ۱۳۷۴.
۴۲. موسی‌زاده، ابراهیم. مفهوم مصلحت نظام و مرجع تشخیص آن در نظام قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران، حکومت اسلامی، ش ۱، ۱۳۸۸.
۴۳. آیت‌الله موسوی خویی، سید ابوالقاسم. الاجتهاد و التقليد، چاپخانه نوظهور، ۱۴۱۱.
۴۴. موسوی خمینی، سیدروح‌الله. صحیفه نور، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، ۱۳۷۸.
۴۵. مهرپور، حسین. ضرورت تحول در قانونگذاری، نامه مفید، ش ۲، ۱۳۷۴.
۴۶. مهرپور، حسین. مجموعه نظریات شورای نگهبان (دوره اول از تیرماه ۱۳۵۹ تا تیرماه ۱۳۶۵)، دادگستر، ۱۳۸۷.
۴۷. نوری، محمدجواد. نظام سیاسی اسلام (سلسله دروس اندیشه‌های بنیادین اسلامی)، انتشارات مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۰.
۴۸. نوری (محدث)، میرزا حسین. مستدرک الوسائل، مؤسسه آل‌بیت لاحیاء تراث، ۱۴۰۸.



مرکز پژوهش‌ها  
مجلس شورای اسلامی

شماره ۵ مسلسل: ۱۲۰۴۴

شناسنامه گزارش

عنوان گزارش: نگاهی به ابعاد حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران ۲. پیرامون جایگاه و حوزه صلاحیت قوه مقننه دوم: «فتوای معیار در قانونگذاری»

نام دفتر: مطالعات حقوقی (گروه حقوق عمومی)

تهیه و تدوین: هادی حاجزاده

ناظران علمی: علی بهادری جهرمی، سیدمحمد هادی راجی

مدیر مطالعه: حجت‌الاسلام والمسلمین جلیل محبی

متقاضی: معاونت پژوهشی

ویراستار تخصصی: —

ویراستار ادبی: —

واژه‌های کلیدی:

۱. حجیت

۲. قانونگذاری

۳. فتوا

۴. حکم

تاریخ انتشار: ۱۳۹۰/۸/۲۵