

## The preferences of adopting the Fatwa of the Leader as a standard Fatwa in legislation, with emphasis on the opinions of the Iranian Guardian Council

Vahid Heydari · PhD Student in Public Law, Faculty of Islamic Studies and Law, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. [v.heydari@isu.ac.ir](mailto:v.heydari@isu.ac.ir)

Mohammad Reza Asghari Shooestani · Assistant Professor, Department of Public Law, Faculty of Judicial Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Tehran. (Corresponding Author) [m.asghari@ujsas.ac.ir](mailto:m.asghari@ujsas.ac.ir)

### Abstract

In Islamic government, legislation is one of the most important examples of application of guardianship [Velayat] to people, their honors and properties. Therefore, recognizing the standard Fatwa in this area is extremely important, since it will be the legitimacy test of the legislative's actions. Considering that in the Age of Absence [of the Twelfth Imam] the right to apply guardianship has been assigned to a completely qualified jurist and assuming that a government has been formed, the making decision in social and governmental affairs (rulings of the Sultaniyeh [governance]) is the responsibility of the ruling jurist, the present article assumes that the standard Fatwa in legislation, which is the area of interference in social and governmental affairs, is the ruling jurist's Fatwa. With this assumption, this research, by re-investigating this basis in the opinions of constitutional judge, with a descriptive-analytical method and by examining the interpretive, consultative and comparative opinions of the Guardian Council, has come to this conclusion that several opinions from the constitutional judge support and strengthen the said assumption. On the other hand, this view that the Fatwa of Guardian Council's jurist is the test for measuring the legitimacy of the Parliament's enactments, can be interpreted as the confirmation of Constitutional Act by the ruling jurist and the assignment of supervision by him. Accepting this view will not only deprive the Guardian Council of the important task of supervising legislation, but also it will be a doubled emphasis on the necessity of satisfying some characteristics such as "justice", "awareness of the requirements of the time", "being a Muslim" and finally "expertise in various legal fields" which are mentioned in Principle 91 of the Constitutional Act in selecting jurists and lawyers of the Guardian Council.

**Keywords:** The Principle of Lack of Guardianship [Velayat], Rulings of the Sultaniyeh [Governance], Standard Fatwa, Legislation, Guardian Council, Constitutional Judge.



## مرحلات اتخاذ فتوای ولی فقیه به عنوان فتوای معیار در تقنین، با تأکید بر نظرات شورای نگهبان

وحید حیدری • دانشجوی دکتری حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.  
v.heydari@isu.ac.ir  
محمدرضا اصغری شورشستانی • استادیار، گروه حقوق عمومی و بین‌الملل، دانشکده حقوق قضایی، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)  
m.asghari@ujssas.ac.ir

### چکیده

در حکومت اسلامی، تقنین از جمله مهم‌ترین مصادیق اعمال ولایت و تصرف در نفوس، اعراض و اموال آحاد جامعه است. از این رو شناخت فتوای معیار در این حوزه از اهمیت زائدالوصفی برخوردار است؛ چراکه مشروعیت‌سنج اقدامات قوه مقننه خواهد بود. با عنایت به اینکه در عصر غیبت حق اعمال ولایت بر عهده فقیه جامع‌الشرایط نهاده شده است و نیز با التفات به اینکه در فرض تشکیل حکومت، تعیین تکلیف در امور اجتماعی و حکومتی (احکام سلطانی) بر عهده فقیه حاکم می‌باشد، مفروض نوشتار حاضر این است که «فتوای معیار در تقنین» که عرصه دخالت در امور اجتماعی و حکومتی است، فتوای فقیه حاکم است. با این فرض، این تحقیق به دنبال واکاوی این مبنا در نظرات دادرسی اساسی، با روش توصیفی تحلیلی و با بررسی نظرهای تفسیری، مشورتی و تطبیقی شورای نگهبان به این نتیجه رسیده است که نظرات متعددی از سوی دادرسی اساسی مؤید و تقویت‌کننده مفروض پیش‌گفته است و از دیگر سو، نظرهایی که مبنای سنجش شرعی بودن یا نبودن مصوبات مجلس شورای اسلامی را فتوای فقهای شورای نگهبان دانسته است، می‌توان حمل بر تنفیذ قانون اساسی توسط فقیه حاکم و تفویض نظارت از سوی وی دانست. پذیرش این دیدگاه (مبنا بودن فتوای فقیه حاکم در سنجش مشروعیت قوانین) نه تنها شورای نگهبان را از کارویژه مهم نظارت بر امر تقنین تهی نخواهد کرد، بلکه تأکید دوجندانی است بر لزوم تحقق اوصافی نظیر «عدالت»، «آگاهی به مقتضیات زمان»، «مسلمان بودن» و «درنهایت»، «تخصص در رشته‌های مختلف حقوقی» که در اصل نود و یکم قانون اساسی برای انتخاب فقها و حقوق‌دانان شورای نگهبان ذکر شده است.

واژگان کلیدی: اصل عدم ولایت، احکام سلطانی، فتوای معیار، قانون‌گذاری، شورای نگهبان، دادرسی اساسی.



#### مقدمه

لزوم ابتدای نظام حقوقی بر موازین شرعی، موضوعی است که اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران<sup>۱</sup> به آن تصریح کرده است. تا جایی که برخی معتقدند «نظارت شرعی ایدئال، نظارتی است که حاکمیت، تفوق و تحقق اصل ۴ قانون اساسی را به نحو احسن تضمین کند» (ابراهیمی و همکاران، ۱۴۰۰، ص. ۵۸۳). درحقیقت، مطابقت با شرع یا عدم مخالفت با آن را می‌توان تضمین‌کننده وجه اسلامی نظام حقوقی جمهوری اسلامی دانست. ازاین‌رو و با توجه به مبانی ضرورت حکومت بر اساس ما انزل الله<sup>۲</sup>، ضروری است تا نظام حقوقی موجودیت خود را از رهگذر تقنین، همواره موافق با شریعت بیابد. بنا بر اینکه قانون‌گذاری در هر جامعه‌ای، نموداری از مبانی فکری و فلسفی آن و نشان‌دهنده جهان‌بینی مختص آن جامعه است، در جامعه اسلامی نیز باید دستورات شرعی ملاک قانون‌گذاری قرار گیرند تا آن قوانین برای افراد جامعه حجیت داشته باشد. (حاج‌زاده، ۱۳۹۴، ص. ۵۹). با پذیرش این مطلب، لازم است درباره تعیین تراز احکام شرعی و موازین اسلامی به حد متقن و معلومی برسیم تا بتوان به تقنین متناسب با آن حکم کرد. به عبارت دیگر باید معین شود که قانون‌گذاری قرار است مطابق با کدام فتوا و کدام حکم فقهی سامان یابد؟ اثر و اهمیت پاسخ به این پرسش زمانی آشکار می‌شود که در عرصه اجتماعی، نیاز به تمشیت اموری باشد که در تعیین تکلیف فقهی آن‌ها میان فتاوی فقها اختلاف وجود دارد و تمسک به یک حکم، منتج به نتیجه‌ای مغایر و بلکه متعارض با اتخاذ حکم دیگر می‌شود. تحقیق حاضر با مفروض انگاشتن این مبنا که ادله فتوای «فقیه حاکم» دارای اثقان بیشتری نسبت به دیگر دیدگاه‌هاست، مسئله اصلی خود را واکاوی این مبنا یعنی اتخاذ فتوای ولی فقیه به مثابه فتوای معیار در نظرهای شورای نگهبان قرار داده است تا بتوان از قیل آن از ترجیح یا عدم ترجیح چنین مبنايي

۱. «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.»

۲. در آیات متعددی از قرآن کریم بر ضرورت حکم بما انزل الله اشاره شده است.

«... و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الکافرون» (مائده، ۴۴).

«... و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الفاسقون» (مائده، ۴۵).

«... و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الظالمون» (مائده، ۴۷).

سخن گفت.

در بررسی آثار موجود می‌توان به دو دسته از تحقیقات اشاره کرد. نخست، تحقیقاتی که وجهه همت آن‌ها تبیین فتوای معیار است و دوم، تحقیقاتی که به دنبال تحلیل نظرهای شورای نگهبان در پرتوی فتوای معیار هستند. مقاله‌های «فتوای معیار در قانون‌گذاری»، «بررسی کارآمدی فتوا در قانون‌گذاری» و «فقه جامعه‌محور، بستر بازشناسی فتوای معیار در قانون‌گذاری» هر کدام به‌نوعی در پی تعیین «فتوای کارآمد» به‌عنوان فتوای مبنا برای قانون‌گذاری هستند (ارسطا، ۱۳۹۸، ص. ۷۸؛ ارسطا، ۱۳۹۷، ص. ۱۶۳؛ رجایی و ارسطا، ۱۴۰۰، ص. ۲۳). مقاله «فتوای معیار در قانون‌گذاری» اصالت را از آن حکم فقیه قلمداد می‌کند و قانون‌گذاری در هر منصبی را که به فقیه سپرده شده باشد، دائر مدار حکم فقیه می‌داند (اکبری‌ان، ۱۳۹۲، ص. ۳۳)؛ چه ولی فقیه باشد که حکم وی به‌عنوان فتوای معیار خواهد بود و چه اینکه مجمعی از فقها مانند شورای نگهبان باشند که در آن صورت، فتوای خود ایشان معیار خواهد بود؛ زیرا عنصر قفاهت تعیین‌کننده صلاحیت تعیین مصداق فتوای معیار خواهد بود. در مقاله «امکان‌سنجی فقهی قانون‌گذاری بر مبنای فتوای مشهور» مبانی تعیین «فتوای مشهور» به‌عنوان معیار و ضابطه برای تقنین مورد بررسی قرار گرفته است. (جهاندوست دالنجان، ۱۳۹۴، ص. ۵). در کتاب الولایه‌الهیة الاسلامیه نیز به دلیل اینکه کیفیت اداره حکومت بر اساس تدبیر فقیه جامع‌الشرایط است، می‌توان این‌گونه استنباط کرد که نویسنده، فتوای «ولی فقیه» را به‌مثابه فتوای معیار در قانون‌گذاری قلمداد می‌کند (مؤمن قمی، ۱۴۲۵ق، ج ۳، ص. ۵۱۵).<sup>۱</sup> از سوی دیگر، دو مقاله «تحلیل فرایند نظارت شرعی شورای نگهبان بر مصوبات مجلس؛ مطالعه موردی: قانون مجازات اسلامی» و «تحلیل کارکرد احکام نظامیه ولی فقیه در آرا و نظرهای شورای نگهبان» به رشته تحریر درآمده است که هر دو به‌صورت موردی فرایند نظارت شورای نگهبان بر قانون مجازات اسلامی (اکرمی، ۱۳۹۳، ص. ۱) و سیاست جنایی تقنینی (زمانی، ۱۳۹۵، ص. ۳) را مطمح نظر قرار داده‌اند. نوآوری تحقیق حاضر نسبت به تحقیقات دسته نخست

۱. افزون بر منبع یادشده، برای مطالعه بیشتر در این باره رک. به:

سماواتی، عباس و موسوی بجنوردی، سیدمصطفی (۱۳۹۹). چالش‌های تعیین فتوای معیار در قانون‌گذاری با توجه به آرای امام‌خمینی (ره). پژوهش‌نامه متین، سال ۲۲، شماره ۸۸.  
جهانگیری، محسن و بنایی خیرآبادی، محمدعلی (۱۴۰۰). فتوای معیار در قانون‌گذاری؛ انطباق با مصالح الزامی. آموزه‌های فقه مدنی، سال ۱۳، شماره ۲۳.

در بررسی نظریات شورای نگهبان به مثابه نهادی است که در میدان حکمرانی، فتوای معیار را به محک تجربه سپرده و نسبت به تحقیقات دسته دوم این است که موضوع مطالعه در تحقیقات یادشده همان‌طور که گفته شد، به صورت موردی بوده است، ولی تحقیق حاضر منحصر به موضوع یا مصوبه خاصی نیست.

پژوهش پیش رو با روش توصیفی-تحلیلی نسبت به اطلاعات و داده‌های جمع‌آوری شده به روش کتابخانه‌ای در راستای تحلیل نظریات شورای نگهبان در مواجهه با مقوله فتوای معیار در زمینه تقنین، ابتدا کوشیده است ضمن اشاره به نظریه‌های رقیب، مبانی و دلایل معیار بودن فتوای ولی فقیه را در زمینه تقنین اثبات کند (۱) و سپس این مبنا را در نظریات شورای نگهبان واکاوی و تحلیل کند (۲) تا بتواند از رهگذر آن، وجوه ترجیح اتخاذ فتوای ولی فقیه را به مثابه فتوای معیار استخراج کند.

#### ۱. نظریه فتوای فقیه حاکم به مثابه فتوای معیار در تقنین

اصل ۱۰۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با بیان اینکه ولایت امر از آن فقیه جامع‌الشرایط است، «همه مسئولیت‌های ناشی از آن» را از آن وی می‌داند. از سوی دیگر، بنا بر تصریح یادشده در اصل ۴ قانون اساسی، تشخیص مطابقت قوانین و مقررات با موازین شرع، به فقهای شورای نگهبان اختصاص یافته است. اکنون با در نظر داشتن مسئولیت‌های ناشی از امر ولایت، آیا می‌توان درباره فتوای معیار، اخذ به فتوای حاکم را مقدم بر دیگر رویکردهای موجود در این باره از جمله «فتوای مشهور» دانست؟ در نظر برخی اندیشمندان به دلیل عدم تعیین مصداق در اصل بالا، نمی‌توان پاسخ مثبتی به این پرسش داد و با تصریح موجود در اصولی مانند اصل‌های ۴ و ۹۶<sup>۱</sup> قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، فتوای فقهای شورای نگهبان در این باره به‌عنوان فتوای معیار در قانون‌گذاری شایان استناد خواهد بود. گذشته از این، ادله دیگری نیز می‌توان بر عدم ضرورت تعیین فتوای حاکم جامع‌الشرایط اقامه کرد که عبارت‌اند از اولاً، صعوبت زیاد قبول فتوای ولی فقیه به‌عنوان فتوای معیار با این توضیح که استنباط و استخراج فتوا در تمام موضوعات مورد ابتلای جامعه که قانون‌گذاری درباره آن‌ها ضرورت دارد، کار ساده‌ای نیست و به صرف وقت و

۱. «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است».

دقت بسیار احتیاج دارد (ارسطا، ۱۳۹۸، ص. ۶۱). این موجب می‌شود که در برخی موضوعات، ولی فقیه دارای فتوا نباشد و زمینه برای رجوع به فتوای فقهای شورای نگهبان به‌عنوان مقام ذی‌صلاح در تطبیق قوانین و مقررات با شرع مقدس فراهم شود. ثانیاً، مقتضای حکمت و اگذاری اداره امور حکومتی به فقیه جامع‌الشرایط این است که اداره مزبور بر اساس بهترین شیوه عقلایی ممکن انجام شود؛ اعم از اینکه با فتوا و صلاحدید ولی فقیه موافق باشد یا خیر. به تعبیر دیگر، اداره امور کلان جامعه اسلامی با ولی فقیه بدین صورت که الزاماً فتاوی او معیار تقنین باشد، خلاف حکمت است؛ زیرا ولی فقیه نیز مانند هر انسان غیرمعصوم دیگر در معرض خطا و اشتباه قرار دارد و صرف قرار گرفتن او در مقام رهبری حکومت اسلامی، او را از خطا مصون نمی‌دارد یا احتمال خطای او را کاهش نمی‌دهد. از این‌رو اعطای مقام اداره جامعه اسلامی به فقیه جامع‌الشرایط نیز منصرف است از اینکه تطبیق تقنین با شریعت تنها مبتنی بر رأی و نظر اجتهادی او باشد (ارسطا، ۱۳۹۸، ص. ۷۲). این رویکرد برای جبران اشکال حجیت در این نوع مواجهه با صدور احکام، نظریه حجیت در اجتهاد نظام‌ساز را به‌عنوان راهکار معرفی می‌کند و در پاسخ به این پرسش که چنانچه رأی و فتوای ولی فقیه برای اداره جامعه اسلامی مناسب نباشد و اخذ فتوای دیگری (مشهور، کارآمد یا فتوای فقهای شورای نگهبان) لازم آید، در این صورت حجیت امور مبتنی بر آن فتوا چگونه خواهد بود؟ به‌عبارت‌دیگر، آیا تمشیت امور با فتوای یادشده واجد اوصاف معذرت و منجزیت خواهد بود یا خیر؟ با اشاره به لزوم نگاه جامعه‌محور به این‌گونه موضوعات و پرهیز از نگاه‌های فردمحور، اعتقاد بر این است که همین که آرای اتخاذشده نتیجه اجتهاد شرعی باشد، کفایت می‌کند (صدر، ۱۴۱۷ق، ص. ۳۹۵) و استناد اجتهادی به شریعت از اینکه فتوایی غیر از فتوای ولی فقیه را بتوان به‌عنوان فتوای معیار برگزید، کفایت می‌کند. ثالثاً، چنانچه فتوای ولی فقیه به‌عنوان فتوای معیار مورد پذیرش قرار گیرد، به بی‌اثر بودن نهاد فقهای شورای نگهبان منجر می‌شود؛ زیرا در این صورت دیگر نیاز نیست که جمعی از افرادی که دارای قوه استنباط احکام از ادله شرعی و به‌عبارت‌دیگر مجتهد هستند، در این نهاد گرد هم آیند و به کنترل قوانین و مقررات از جنبه شرعی بپردازند، بلکه می‌توان افراد آشنا با فتاوی ولی فقیه را مأمور به این کار کرد.

به نظر نمی‌رسد هیچ‌کدام از ادله فوق، دلالت تام و تمامی در انتزاع اطلاق فتوای معیار به فتوای

ولی فقیه داشته باشند؛ زیرا اولاً، نیازی به تعیین تمام مسئولیت‌های ناشی از امر ولایت در اصل ۱۰۷ قانون اساسی نیست و با تأمل در مسئولیت ولی فقیه در اداره جامعه می‌توان به تمشیت امور مبتنی بر فتاوی وی پی برد. به عبارت دیگر، ولی فقیه مسئول چیزی است که خود بدان حکم کرده است و در عداد فتاوی خود او باشد و تصویری غیر از این منجر به ولایت فقیه جامع‌الشرایط نمی‌شود و به نوعی ولایت فقه خواهد بود. ثانیاً، لزومی ندارد که ولی فقیه در تمام ابواب فقهی دارای فتوا باشد تا به معیار بودن فتاوی وی حکم شود، بلکه معیار بودن فتاوی ولی فقیه به لحاظ رتبی است که موجب می‌شود در صورت نبود فتاوی ایشان، با تأیید وی، فتاوی دیگر مورد استفاده قرار گیرد. ثالثاً، اقتضای حکمت در اعطای ولایت به فقیه جامع‌الشرایط، پذیرش فتوا و حکم او در مقام اداره جامعه اسلامی است و استناد به احتمال خطای وی، موضوع علی‌حده‌ای است که دخیل در بحث حاضر نیست؛ زیرا تمام فقهای شیعه و بلکه تمام انسان‌ها غیر از معصومان (علیهم‌السلام) بری از خطا و اشتباه نیستند و این ارتباطی به معیار قرار دادن فتاوی ولی فقیه در قانون‌گذاری ندارد و در همین راستا، حجیت نیز تأمین می‌شود.<sup>۱</sup> رابعاً، این موضوع موجب تعطیلی شورای نگهبان نمی‌شود؛ زیرا به تعبیر نایب‌رئیس فقید مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، آیت‌الله شهید بهشتی، فقهای شورای نگهبان نقش فقه‌ای ولی فقیه را در تأیید انطباق با اسلام ایفا می‌کنند (حسینی بهشتی، ۱۳۸۳، ص. ۲۸۲). این موضوع لزوم خبرگی و اجتهاد ایشان را آشکار می‌سازد. به تعبیر دیگر، اقتضای ولایت فقیه در مجاری تقنینی چیزی جز این نیست که نظرهای وی از رهگذر عمل تطبیق اجتهادی و نه کارشناسانه صرف، توسط فقهای شورای نگهبان به منصف ظهور گذارده شود و سپس از مجاری اجرای قوانین، ولایت و تسلط وی در تمشیت امور و کیفیت اداره جامعه تأمین شود تا قوانین و مقررات مصوب و تضمین‌شده از نظر انطباق با اسلام، در مقام عمل هم اجرا شود و این همان ولایت فقیه است. به عبارت دیگر، فقهای جامع‌الشرایط هم هرچند تا پیش از تشکیل حکومت اسلامی و تصدی ولایت جامعه توسط فقیه حاکم، از سوی امام معصوم به صورت عام منصوب هستند، اما پس از تشکیل حکومت، حق اعمال ولایت را با اجازه ولی حاکم می‌یابند نه به استناد حق اولیه‌ای که به استناد نصب عام امام معصوم داشته‌اند. توجه به این موضوع

۱. البته امر حجیت در فقه نظام‌ساز شقوق دیگری دارد که پرداختن به آن‌ها موجب خروج از بحث می‌شود. یکی از آن‌ها، زمانی است که ولی فقیه حکم به اجرای فتوایی غیر از فتاوی خود می‌دهد که در این صورت عمل به فتاوی دیگر به دلیل حکم حاکم از معذرت و منجزیت برخوردار است.

از این باب اهمیت دارد که ممکن است تصور شود از آنجاکه حق اعمال ولایت برای فقها به صورت اولیه وجود دارد، بنابراین، برای مثال در نظام حقوقی جمهوری اسلامی، رئیس قوه قضائیه که از میان مجتهدان و فقهای جامع‌الشرایط انتخاب می‌شود، به استناد حق اولیه خویش، ولایت قضا را اعمال می‌کند و ولی فقیه حق عزل وی را نخواهد داشت درحالی‌که بر مبنای آنچه بیان شد، نادرستی این دیدگاه واضح است. بنابراین، تجلی ولایت فقیه جامع‌الشرایط در صحنه قانون‌گذاری، تبعیت از «احکام نظامیه»<sup>۱</sup> او در تقنین است که البته وظیفه شورای نگهبان را در بررسی مصوبات مجلس شورای اسلامی و مقررات بر مبنای همان احکام مشخص می‌کند (زمانی، ۱۳۹۵، ص. ۱). در نتیجه، در اتخاذ فتوای معیار در فرایند قانون‌گذاری، مبتنی بر دلایلی که عنوان شد، تقدم رتبی از آن فتاوی ولی فقیه است.

دلیل دیگر درباره مبنای بودن نظر فقیه حاکم در عرصه تقنین، این است که با التفات به اصل عدم ولایت، از آنجاکه در عصر غیبت، به استناد روایات متعدد، حق ولایت به معنی تصرف در جان، مال و عرض مسلمین بر عهده فقهای جامع‌الشرایط قرار داده شده است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۳، ص. ۲۱۴) و نیز از آنجاکه همگان، حتی کسانی که در مسائل فردی از فقیه حاکم تقلید نمی‌کنند، مکلف‌اند در امور حکومتی از فقیه حاکم تبعیت کنند (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق، صص. ۱۰-۱۱)<sup>۲</sup>، فارغ از استدلال‌های نقلی بالا، مبنای بودن نظر فقیه حاکم در امور اجتماعی موضوعی است که تصور آن موجب تصدیق آن است؛ زیرا برای مثال، اگر فرض کنیم رهبر جامعه اقدام به «اعلان

۱. قدر متیقن تعریف احکام نظامیه، احکامی است که ارتباط زیادتری با نظم عمومی دارد و ماهیت محض یا ماهیت تبعی آن‌ها فراتر از روابط شخصی میان افراد است؛ به‌گونه‌ای که نقض آن‌ها افزون بر ضمانت اجرای ترمیمی موجب اعمال ضمانت اجرای تنبیهی از ناحیه دولت و حاکمیت است (زمانی، ۱۳۹۵، ص. ۹).

۲. در پرسش و پاسخی از رهبر معظم انقلاب، مسئله فوق به این صورت مورد پرسش قرار گرفت «س ۵۲: در صورت تعارض فتوای ولی امر مسلمین با فتوای مرجعی در مسائل سیاسی، اجتماعی و فرهنگی، وظیفه شرعی مسلمانان چیست؟ آیا معیاری برای تفکیک احکام صادره از طرف مراجع تقلید و ولی فقیه وجود دارد؟ برای مثال، اگر نظر مرجع تقلید با نظر ولی فقیه در مسئله موسیقی اختلاف داشته باشد، متابعت از کدام یک از آنان واجب و مجزی است؟ به‌طورکلی، احکام حکومتی که در آن نظر ولی فقیه بر فتوای مراجع تقلید برتری دارد، کدام است؟»

ج: در مسائل مربوط به اداره کشور اسلامی و اموری که به عموم مسلمانان ارتباط دارد، نظر ولی امر مسلمین باید اطاعت شود، ولی در مسائل فردی محض، هر مکلفی باید از فتوای مرجع تقلیدش پیروی نماید» (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق، صص. ۱۰-۱۱).



جنگ و صلح و بسیج نیروها»ی موضوع بند ۵ اصل ۱۱۰ قانون اساسی بکنند، اما دیگر فقها شرکت در جنگ را حرام اعلام کنند، نظام جامعه از هم گسیخته خواهد شد. با این وصف، چنانچه فقیه حاکم در مسئله‌ای حکومتی، فاقد فتوا و نظر منجز و صریح باشد یا آنکه مبنا قرار دادن فتوای فقیه حاکم، نظم حاکم بر نظام حقوقی را دچار اختلال کند، در چنین مواردی استناد به فتوای فقیه دیگر با اجازه فقیه حاکم، جایز است و حجیت خواهد داشت (سعدی، ۱۳۹۵، ص. ۵۹).

## ۲. نظرهای شورای نگهبان در مواجهه با نظریه فتوای معیار

احاله تعیین تکلیف درباره «احکام سلطانی» به نظر فقیه حاکم یا وکیل وی، به سال‌های نخستین شکل‌گیری شورای نگهبان برمی‌گردد<sup>۱</sup>، اما رویکرد شورای نگهبان در سنجش شرعی مصوبات و قوانین بر اساس نظر فقیه حاکم یا وکیل وی همواره یکسان نبوده است. بررسی نظرهای مختلف شورای نگهبان اعم از تفسیری، مشورتی و تطبیقی<sup>۲</sup>، نشان از رویه‌ای غالب در این زمینه دارد که در ادامه تبیین می‌شود.

از نخستین و صریح‌ترین نظرهای شورای نگهبان درباره ارجاع به نظر فقیه حاکم، نظر شماره ۶۷۸۲ مورخ ۱۳۶۱/۹/۲۹ است که به موجب آن مقرر شده است «به نظر اکثریت فقهای شورای نگهبان در مواردی که قانون به موجب صریح فتاوی رهبر معظم انقلاب، حضرت امام خمینی (مدظله) طبق تحریرالوسیله و توضیح المسائل مغایر با شرع است، عمل به آن قانون جایز نیست». مثال دیگر، نظر شماره ۷۹۱۱ مورخ ۱۳۶۱/۱۲/۱۰ شورای نگهبان است که به موجب آن، مقرر شده است «برحسب مسئله شماره ۲۲۸۴ توضیح المسائل چاپ جدید<sup>۳</sup> که با فتوای حضرت امام خمینی (مدظله‌العالی) تطبیق شده است... طبق فتوای جدید معظم له تصرف در اصل ربوی جایز است؛ هرچند شرط سود باطل و دریافت آن حرام می‌باشد.»؛ البته در سال ۱۳۶۳ پیرو استعلام یکی از نمایندگان مجلس درباره اینکه مبنای سنجش مصوبات مجلس با موازین شرع

۱. گفتنی است که حضرت آیت‌الله مؤمن در سال ۱۳۸۸ استفساریه‌ای از مقام معظم رهبری داشتند که ایشان به لزوم تبعیت از نظر حاکم در احکام سلطانی اشاره داشته‌اند؛ البته از لحاظ وجود نمونه نظرات پیشینی و پسینی درباره تبعیت فقهای شورای نگهبان از احکام سلطانی و نظامیه به لحاظ تاریخی و نیز رعایت اختصار، از ورود به آن صرف نظر می‌شود.

۲. نظرهایی که شورای نگهبان در مقام بررسی و تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی یا شرع ابراز می‌کند.

۳. مسئله شماره ۲۲۸۴ رساله حضرت امام خمینی (رحمت‌الله علیه) «ربا دادن مثل ربا گرفتن حرام است و کسی که قرض ربایی گرفته، اگرچه کار حرامی کرده، ولی اصل قرض صحیح است و می‌تواند در آن تصرف نماید».

چیست<sup>۱</sup>، شورای نگهبان به موجب نظر تفسیری شماره ۲۴۳۷ مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ شورای نگهبان بیان کرد «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است».

در تحلیل نظر اخیر و نسبت سنجی آن با نظرهای پیش گفته شورای نگهبان، به نظر می‌رسد با الثقات به نظر صریح حضرت امام خمینی (رحمت الله علیه) در پاسخ به استعلام رئیس وقت دیوان عالی کشور<sup>۲</sup> که به موجب آن مقرر شده بود «در احکام سلطانیه که خارج است از تعزیرات شرعیه،

---

۱. متن استعلام نماینده وقت مجلس که در تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۴ برای استفسار از شورای نگهبان تقدیم رئیس مجلس شده، به این شرح است: «طبق اصل ۹۶ قانون اساسی، تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان است، سؤال این است که این تشخیص کدام یک از صور زیر می‌باشد.

مغایرت با احکام شرع یعنی مغایرت

۱. با اجماع مسلمین.
  ۲. با اجماع فقهای مسلمین.
  ۳. با فتوای مشهور.
  ۴. با نظر و اجتهاد خود اعضای شورای نگهبان.
- که در سه صورت اول، نقش فقهای محترم شورای نگهبان، نقش تشخیص دهنده و در صورت اخیر، نقش فتوادهنده خواهد بود. و مطابقت با احکام شرع یعنی مطابقت با
۱. نظر و اجتهاد اعضای محترم شورای نگهبان.

۲. اجماع مسلمین.

۳. اجماع فقها.

۴. فتوای مشهور.

۵. فتوای غیر مشهور و غیر نادر

و به عبارت دیگر، آیا موافقت فی الجمله کافی نیست (مانند صورت پنجم)؟».

۱. «باسمه تعالی

محضر انور حضرت آیت الله العظمی امام خمینی (ادام الله ظله)

پس از عرض سلام، مستدعی است مسائل زیر را جواب فرمایید. در هیئت بررسی تعزیرات مورد نیاز است.

... ۱

۲. برای اداره امور کشور، قوانینی در مجلس تصویب می‌شود مانند قانون قاچاق، گمرکات و تخلفات رانندگی، قوانین شهرداری و به طور کلی احکام سلطانیه و برای اینکه مردم به این قوانین عمل کنند، برای متخلفین مجازات‌هایی در قانون تعیین می‌کنند. آیا این مجازات‌ها از باب تعزیر شرعی است و احکام شرعی تعزیرات از نظر کم و کیف بر این‌ها بار است یا قسم دیگر است و از تعزیرات جدا هستند و اگر موجب خلاف شرع نباشد، باید به آن‌ها عمل کرد؟

در حکم اولی است [و] متخلفین را به مجازات‌های بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می‌توانند مجازات کنند.» (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص. ۵۰۶) و نیز با عنایت به متن استفساریه مزبور نماینده مجلس شورای اسلامی که در آن سخن از مبنا قرار گرفتن «فتوای فقیه حاکم»<sup>۱</sup> نشده بود و نیز با توجه به نظرهای شورای نگهبان از لحاظ مبنا قرار دادن فتوای فقیه حاکم که نمونه‌های متعددی از آن مربوط به پیش از صدور این نظر (سال ۱۳۶۳) است و نمونه‌های متعدد دیگر مربوط به بعد از سال ۱۳۶۳، به نظر می‌رسد مبنای این نظر آن است که فقهای شورای نگهبان را در حقیقت، به‌مثابه وکلای فقیه حاکم در تشخیص انطباق مصوبات با موازین اسلام و نیز تشخیص عدم مغایرت آن‌ها با احکام شرع قلمداد کرده است.<sup>۲</sup>

درباره اینکه چرا با وجود تلقی ماهیت وکالت برای فقهای شورای نگهبان، در قانون اساسی شروطی مانند «اجتهاد»، «عدالت» و «آگاهی به مقتضیات زمان» برای آن‌ها ضروری اعلام شده است<sup>۳</sup>، باید گفت اجتهاد به‌مثابه فهم صحیح و روشمند احکام الهی تعریف شده است (طباطبایی، ۱۲۹۶، ص. ۵۶۹)، اما این کار می‌تواند به سه حالت اجتهاد تنظیمی، اجتهاد تبیینی و اجتهاد تطبیقی صورت پذیرد که هرکدام موضع و کارکرد خاص خود را در فرایند استخراج احکام اسلامی دارد (کعبی و فتاحی زفرقندی، ۱۳۹۵، صص. ۱۱۰-۱۱۱). باین‌وصف انطباق مصوبات مجلس با موازین شرع نیازمند اجتهاد است. از این‌رو مقنن اساسی به‌درستی فقاقت و آگاهی به مقتضیات زمان و مکان را برای فقهای شورای نگهبان شرط دانسته است. تا جایی که بر مبنای تفسیر

۳. «...».

۱. در صورت ذکر این قید ممکن بود گفته شود پاسخ شورای نگهبان که گفته بود نظر فتوایی فقهای شورای نگهبان ملاک است، به معنای نفی مبنا بودن فتوای فقیه حاکم است درحالی‌که همان‌طور که گفته شد، قید «فتوای فقیه حاکم» در متن استفساریه ذکر نشده بود.

۲. از این‌رو اگر در موضوع خاصی حضرت امام خمینی (رحمت‌الله علیه) حکمی می‌داشت، فقهای شورای نگهبان خود را مکلف به رعایت این حکم می‌دانستند و حکم ولی فقیه را به‌مثابه معیار اصلی موازین اسلامی مطمح نظر قرار می‌دادند (کعبی، ۱۳۹۸، صص. ۲۴۲-۲۴۳).

۳. اصل ۹۱ قانون اساسی «به‌منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با آن‌ها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود.

۱. شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با مقام رهبری است.

۲. «...».

قصدگرا نسبت به قلمرو صلاحیت نظارتی شورای نگهبان با استناد به دیدگاه حضرت امام (رحمت‌الله علیه)، شورای نگهبان همچنین صلاحیت بررسی مصوبات مجلس با احکام ثانویه شرع یا به تعبیر مرسوم، تشخیص مصلحت نظام را نیز دارد. مستند این ادعا این است که حضرت امام (رحمت‌الله علیه) با وجود دستوری که درباره تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام در تاریخ ۱۷ بهمن ۱۳۶۶ صادر فرمودند، صلاحیت تشخیص مصالح نظام را برای شورای نگهبان برقرار دانستند و در پیام مورخ ۸ دی ۱۳۶۷، در قالب تذکری پدرا نه از اعضای شورای نگهبان خواستند که «خودشان قبل از این گیرها، مصلحت نظام را در نظر بگیرند؛ چراکه یکی از مسائل بسیار مهم در دنیای پر آشوب کنونی نقش زمان و مکان در اجتهاد و نوع تصمیم‌گیری‌هاست» (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۱، ص. ۲۱۸)

در ادامه ذکر نظرهای شورای نگهبان در راستای ارجاع مسائل مختلف به فتوای فقیه حاکم، مواردی وجود دارد که شورا برای جبران خلأ ناشی از ابطال قوانین مغایر با شرع از این ظرفیت استفاده کرده است. برای مثال، در نظر شماره ۵۱۸۸۷ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰، پس از اعلام مغایرت شرعی مواردی از قوانین و مقررات مصوب پیش از انقلاب، برای جبران خلأ ناشی از ابطال قوانین، مقرر شده است «بدیهی است در این موارد با توجه به فتوای مقام معظم رهبری (مد ظله‌العالی)، اگر ملک مشاع قابل تفکیک و تقسیم نباشد، هریک از شرکا می‌توانند به حاکم شرع مراجعه کنند تا شریک دیگر را به فروش سهم خود یا خرید سهم او ملزم نماید».

شورای نگهبان گاه با استناد به فتوای فقیه حاکم، بخش‌نامه‌های دستگاه‌های اجرایی را پیرو استعلام دیوان عدالت اداری<sup>۱</sup> خلاف شرع اعلام کرده است. برای مثال، می‌توان به نظر شماره ۳۸۳۵۴ مورخ ۱۳۸۹/۲/۲۹ اشاره کرد که به موجب آن، پیرو استعلام رئیس دیوان عدالت اداری در خصوص ادعای مغایرت تبصره ۱ ماده ۱۵ آیین‌نامه اجرایی تخلیه و فروش خانه‌های سازمانی با موازین شرع مقدس اسلام و فتوای مقام معظم رهبری از این حیث که مقرر کرده بود از متقاضیان وام، ۵ درصد سود به‌عنوان کارمزد گرفته شود، اعلام شده است: «با عنایت به فتوای مقام معظم

۱. گفتنی است به موجب تبصره ۲ ماده ۸۴ و نیز ماده ۸۷ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲/۳/۲۵ که در قوانین سال‌های ۱۳۶۰ و ۱۳۸۵ دیوان عدالت اداری نیز وجود داشت، در مواردی که از مصوبه دستگاه‌های اجرایی به لحاظ مغایرت با شرع، به دیوان عدالت اداری شکایت شود، دیوان عدالت اداری پس از استعلام و جلب نظر فقهای شورای نگهبان، نسبت به ورود یا رد شکایت اظهار نظر خواهد کرد.

رهبری (مدظله‌العالی)... در صورتی که مبلغ دریافتی به‌عنوان کارمزد، بیش از مقدار مورد نیاز در اداره صندوق وام‌دهنده باشد، اخذ مبلغ زائد خلاف موازین شرع است و اگر این صندوق هیچ خرجی نداشته باشد، اخذ تمام کارمزد خلاف موازین شرع می‌باشد».

از جمله نظرهای مهم شورای نگهبان، ایرادی است که نسبت به ماده ۲ طرح قانونی الحاق دادگاه‌های انقلاب به دادگستری جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۰/۳/۲۶ مجلس شورای اسلامی عنوان شده است. در ماده یادشده آمده بود: «چون بر طبق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد، دادگاه‌های انقلاب اسلامی موظف‌اند در مواردی که قانون مصوب شورای انقلاب اسلامی یا مجلس شورای اسلامی وجود دارد، طبق این قوانین عمل کنند و گرنه طبق فتاوی مدون امام (دام‌ظله) یا منابع دیگر معتبر اسلامی عمل نموده و رأی لازم را صادر نمایند». شورای نگهبان در نظر شماره ۲۷۳۷ مورخ ۱۳۶۰/۳/۳۰ اعلام کرد «ماده ۲ طرح قانونی مزبور که قضات دادگاه‌های انقلاب را مکلف می‌نماید در صورت نبودن قانون مصوب شورای انقلاب یا مجلس شورای اسلامی، طبق فتاوی امام (مدظله) یا منابع معتبر دیگر اسلامی که از جانب شورای عالی قضایی ابلاغ می‌گردد عمل نمایند، مغایر اصل ۱۶۷ قانون اساسی شناخته شد». همین سبب شد تا مجلس در اصلاحیه خود، تنها فتاوی امام در کتاب *تحریر الوسیله* را ملاک عمل قضات در صورت فقدان قانون قرار دهد. شورای نگهبان نیز در نظر شماره ۲۹۴۴ مورخ ۱۳۶۰/۴/۲۰ از این رو که ارجاع به فتاوی امام به‌مثابه فتاوی معیار، معتبر شده است، نسبت به مصوبه ایرادی نگرفت و تنها از آن رو که متن *تحریر الوسیله* عربی است و مطابق اصل ۱۵ قانون اساسی، متون رسمی باید به زبان فارسی باشد، اصلاحیه یادشده را مغایر اصل ۱۵ قانون اساسی اعلام کرد.

مشابه همین نظر، نظر دیگری از سوی شورای نگهبان در جریان رسیدگی به لایحه مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۰/۵/۲ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی نسبت به ماده ۲۲۱ ارائه شد. ماده یادشده در ابتدا به این صورت تنظیم شده بود «هرگاه رجوع به اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی لازم شود، مقام قضایی از رهبری استفتا می‌کند. مقام رهبری می‌تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض نماید». شورای نگهبان با آنکه در موارد متعددی

نسبت به مصوبات مجلس از حیث تخصیص عموم یا تقييد اطلاق اصول قانون اساسی با قانون عادی ایراد وارد کرده بود<sup>۱</sup>، این بار اطلاق عبارت «فتاوی معتبر» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی را که قانون‌گذار عادی مقید به «فتوای فقیه حاکم» کرده بود، مورد ایراد قرار نداد و تنها از این رو که چرا مصوبه مجلس این موضوع را اختصاص به بحث حدود کرده است، نسبت به آن ایراد گرفت<sup>۲</sup>. پیرو این تذکر، کمیسیون مربوط در مصوبه مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۴، مفاد یادشده را در قالب ماده ۱۲ مکرر به صورت زیر بیان کرد «هرگاه رجوع به اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران لازم شود، مقام قضایی از رهبری استفتا می‌کند. مقام رهبری می‌تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض نماید». در این نوبت نیز شورای نگهبان به موجب بند ۱ نظر شماره ۹۱/۳۰/۴۹۲۹۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۹ اعلام کرد «در ماده ۱۲ مکرر، در مواردی که مقام معظم رهبری مدظله‌العالی فتوایی ندارند، قاضی می‌تواند از منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را استنباط نماید. الزام قاضی به استفتا از محضر مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی)، مغایر اصل ۱۶۷ قانون اساسی شناخته شد». در فرایند اصلاح این عبارت، کمیسیون به جای تعیین تکلیف حالتی که مقام رهبری فاقد فتواست و عنداللزوم صدور فتوا را به وکیل خود نیز تفویض نداده است، در جلسه مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۴، ماده یادشده را به کلی حذف کرد. با توجه به اینکه ماده مزبور می‌توانست بهره‌گیری از ظرفیت موجود در اصل ۱۶۷ قانون اساسی را در نظام حقوقی به گونه مطلوبی ضابطه‌مند کند و نیز با توجه به اینکه در ذیل ماده مزبور تصریح به امکان تفویض اختیار از سوی رهبری شده بود، در صورت نبود فتوای رهبری، امکان رجوع به فتوای رئیس قوه قضائیه به عنوان وکیل فقیه حاکم وجود داشت، اقدام مجلس در حذف کلی ماده، محل نقد است. می‌توان گفت از آنجاکه رجوع به فتوایی غیر از فتوای فقیه حاکم در اداره حکومت، نیازمند اذن

---

۱. برای مشاهده ایراداتی از این نوع در نظرهای شورای نگهبان ر.ک. به: نظر شماره ۲۹۰۷ مورخ ۱۳۶۰/۴/۱۵ درباره لایحه انتخاب رئیس‌جمهوری کشور جمهوری اسلامی ایران که وجود شرط ۳۰ برای داوطلبان ریاست‌جمهوری را توسعه شروط یادشده در اصل ۱۱۵ دانسته و آن را مغایر با اصل یادشده تلقی کرده است. مشابه این ایراد در نظر شماره ۳۶۸۱ مورخ ۱۳۶۴/۳/۲۵ درباره لایحه انتخابات ریاست‌جمهوری اسلامی ایران تکرار شده است.

۲. بند ۲ نظر شماره ۹۱/۳۰/۴۸۰۶۳ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ شورای نگهبان درباره مصوبه یادشده بیان کرده بود «نظر به اینکه ماده ۲۲۱ اختصاص به حدود ندارد، لذا مناسب است به قسمت کلیات در کتاب اول، بعد از ماده ۱۲ منتقل شود».

فقیه حاکم است<sup>۱</sup> و نمی‌توان نصب رئیس قوه قضائیه توسط رهبری را متضمن تفویض اختیار صدور فتوا در مقامی که فقیه حاکم فاقد فتوا باشد، دانست، از این رو ایراد شورای نگهبان طبق رویه یادشده بود و در صورتی که مجلس شورای اسلامی برای وضعیتی که فقیه حاکم در موضوعی فاقد فتواست و صدور فتوا را نیز به شخص دیگری تفویض نکرده است، تعیین تکلیف می‌کند، به احتمال قوی شورا نسبت به اصل ماده یادشده، چنان‌که توضیح داده شد، ایرادی نمی‌گرفت.

مورد دیگر ایراد شورای نگهبان، در جریان بررسی لایحه احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور نسبت به ماده الحاقی ۵۲ است که عدم امکان معارضه سند عادی را با سند رسمی پیش‌بینی کرده بود. نگاهی به مشروح مذاکرات جلسه ۱۳۹۵/۹/۱۷ شورای نگهبان<sup>۲</sup> نشان می‌دهد، مبنای این ایراد نیز استناد به فتوای فقیه حاکم بوده است. توضیح اینکه، مجلس شورای اسلامی به موجب ماده الحاقی ۵۲ لایحه یادشده مصوب ۱۳۹۵/۴/۳۰ مقرر کرده بود «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت‌شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات، باید به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند، در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند». شورای نگهبان به موجب بند ۳۶ نظر شماره ۹۵/۱۰۲/۲۱۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۶/۱۶ اعلام کرد: «اطلاق ماده الحاقی ۵۲ نسبت به اسنادی که دارای اعتبار شرعی هستند، خلاف موازین شرع شناخته شد». همین ایراد باعث شد تا مجلس شورای اسلامی برای رفع ایراد شورای نگهبان، قید «مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است» را به ماده الحاقی ۵۲ بیفزاید تا در نهایت، به صورت متن کنونی و در قالب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، به صورت زیر درآید «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت‌شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات، باید به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است، در برابر اشخاص

۱. چنان‌که درباره اعدام شخص مفسد، فتوای امام خمینی (رحمت‌الله) بر احتیاط بود، اما از آنجاکه به نظر آیت‌الله منتظری این کار جایز بود، رئیس دیوان عالی کشور، طی استعلامی از حضرت امام درخواست رجوع به فتوای جواز را کرده و امام نیز این

اجازه را صادر کردند (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۰، ص ۳۹۷).

۲. متن یادشده تا زمان نگارش این مقاله انتشار عمومی نیافته است.

ثالث غیر قابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند».

همان‌طور که اشاره شد، در جلسه بررسی این ماده در شورای نگهبان، استنادات متعددی به فتاوی امام خمینی (رحمت‌الله علیه) و مقام معظم رهبری صورت گرفته است. برای مثال این استفتا که از محضر امام خمینی (رحمت‌الله علیه) پرسیده شده بود: «آیا اسناد رسمی مملکتی یا نوشته‌های عادی که با امضای علمای بزرگ و با مهر آن‌ها مههور باشد، در فصل خصومت می‌تواند مثل شاهد، حجت باشد یا فصل خصومت منحصر به علم و اقرار و بیّنه و یمین است و به غیر این‌ها نمی‌شود فصل خصومت کرد؟» ایشان در جواب مرقوم فرمودند: «اسناد کتبی حجیت شرعی ندارند مگر آنکه برای قاضی موجب علم باشد» (موسوی خمینی، ۱۴۲۲ق، ج ۳، صص. ۷۴-۷۵) یا در استفتای دیگری از محضر مقام معظم رهبری پرسیده شد: «آیا مجرد خرید ملک که دارای سند رسمی است با سند عادی و بدون ثبت سند رسمی آن به نام مشتری، شرعاً جایز است؟» ایشان در پاسخ مرقوم فرمودند: «در تحقق اصل خرید و فروش، تنظیم سند رسمی و ثبت آن شرط نیست، بلکه معیار، وقوع نقل و انتقال از طرف مالک یا وکیل یا ولی او است به نحوی که شرعاً صحیح باشد؛ هر چند در آن مورد اصلاً سندی تنظیم نشود» (حسینی خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق، ص. ۳۲۹).

از آنجاکه فهم صحیح نسبت به رویکرد شورای نگهبان در مواجهه با موضوع اصلی مقاله حاضر، افزون بر نظرهای مغایرتی که در آن‌ها شورای نگهبان، قانون یا مصوبه‌ای را به استناد مغایرت با فتوای فقیه حاکم رد کرده است، نیازمند توجه به نظرهای تأییدی یعنی مصوباتی که شورای نگهبان نسبت به آن‌ها ایرادی وارد نکرده نیز است، لازم است اشاره مختصری به مصوباتی که مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته است نیز بشود. نگاهی به نظرهایی از این دست نشان می‌دهد گاه شورای نگهبان در تأیید و عدم ایراد نسبت به برخی از مصوبات، برخلاف مبنای مورد قبول مقاله حاضر و حتی نظرهای دیگر خود عمل کرده است. برای مثال، می‌توان به تأیید موادی از لایحه مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ اشاره کرد که در آن‌ها به‌رغم نظر مقام رهبری مبنی بر اینکه در احکام نظامیه، فتوای ایشان مبناست و در صورتی که ایشان فتوا نداشته باشند، فتوای امام خمینی (رحمت‌الله) مبنای سنجش قوانین با شرع خواهد بود<sup>۱</sup>، خلاف نظر فقیه حاکم

۱. فتوای معظم‌له با مضمون یادشده به‌صورت عمومی انتشار نیافته است، اما در مشروح مذاکرات جلسه ۱۳۹۸/۶/۲۷ پیرو بحث درباره «طرح سامان‌دهی صنعت خودرو» مصوب ۱۳۹۸/۴/۱۲ مجلس شورای اسلامی، یکی از فقهای شورای نگهبان



عمل شده است. مواردی مانند حکم به پرداخت دیه از بیت‌المال برای قاتل عمدی که فرار کرده است<sup>۱</sup>، دیه جنین<sup>۲</sup> و عدم اعدام لائط در صورتی است که به عنف یا اکراه یا بدون شرایط احسان مرتکب لواط شده باشد<sup>۳</sup>، از این دست است. ناگفته نماند که تنها در یک مورد یعنی عدم اعدام لائط با آنکه فتوای صریح و مشهور فقهای امامیه و از جمله امام خمینی (رحمت‌الله علیه) بر اعدام لائط در همه حالات است، به این دلیل که آیت‌الله خویی (رحمت‌الله علیه) قائل به اعدام لائط در صورت دارا بودن شرایط احسان بودند (موسوی خویی، ۱۴۰۱ق، ص. ۳۸) با اذن مقام معظم رهبری، تأیید ماده قانونی مربوط انجام شده است، اما در تأیید دو موضوع دیگر یعنی دیه جنین و نیز فرار قاتل عمدی، برخلاف فتوای امام خمینی (رحمت‌الله علیه) و مقام معظم رهبری، مصوبه مجلس از سوی شورای نگهبان تأیید شده و در حال حاضر به صورت قانون درآمده است<sup>۴</sup>.

### نتیجه‌گیری

با التفات به قول مختار مقاله حاضر که مبنا بودن فتوای ولی فقیه را در عرصه تقنین برگزیده است و با عنایت به نظرهای یادشده از شورای نگهبان در سنجش شرعی قوانین و مقررات، در پاسخ به

بیان می‌کنند «این مسئله چند بار خدمت حضرت آقا طرح شده است. ایشان فرمودند در جایی که امام (ره) نظر دارند یا خود شخص ایشان نظر دارند، نمی‌شود اعضای شورای نگهبان نظر شخصی خودشان را بیان کنند. بنابراین، در جایی که نظر صریح امام (ره) هست، به نظرم دیگر وجهی ندارد که خود ما به روایات مراجعه کنیم و بحث فقهی کنیم. ما باید همان نظر تحریرالوسیله را اعلام کنیم» (قابل دسترسی در وبگاه <https://b2n.ir/k39828>).

۱. ماده ۴۳۵ «هرگاه در جنایت عمدی به علت مرگ یا فرار، دسترسی به مرتکب ممکن نباشد، با درخواست صاحب حق، دیه جنایت از اموال مرتکب پرداخت می‌شود و در صورتی که مرتکب مالی نداشته باشد، در خصوص قتل عمد، ولی دم می‌تواند دیه را از عاقله بگیرد و در صورت نبود عاقله یا عدم دسترسی به آن‌ها یا عدم تمکن آنها، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود و در غیرقتل، دیه بر بیت‌المال خواهد بود. چنانچه پس از اخذ دیه، دسترسی به مرتکب جنایت اعم از قتل و غیرقتل ممکن شود، در صورتی که اخذ دیه به جهت گذشت از قصاص نباشد، حق قصاص حسب مورد برای ولی دم یا مجنی‌علیه محفوظ است، لکن باید قبل از قصاص، دیه گرفته‌شده را برگرداند».

۲. ماده ۳۰۶ «جنایت عمدی بر جنین هر چند پس از حلول روح باشد، موجب قصاص نیست. در این صورت مرتکب علاوه بر پرداخت دیه، به مجازات تعزیری مقرر در کتاب پنجم «تعزیرات» محکوم می‌شود».

۳. ماده ۲۳۴ «حد لواط برای فاعل در صورت عنف، اکراه یا دارا بودن شرایط احسان، اعدام و در غیر این صورت صد ضربه شلاق است. حد لواط برای مفعول در هر صورت (وجود یا عدم احسان) اعدام است».

۴. برای مشاهده مباحث تفصیلی درباره رویه شورای نگهبان در بررسی لایحه مجازات اسلامی ر.ک. به: اکرمی، ۱۳۹۳؛ زمانی،

پرسش اصلی مقاله به چند نکته می‌توان دست یافت.

۱. اقتضای ولایت فقیه در مجاری تقنینی چیزی جز این نیست که نظرهای وی از رهگذر عمل تطبیق اجتهادی و نه کارشناسانه صرف، توسط فقهای شورای نگهبان به منصفه ظهور گذارده شود و سپس از مجاری اجرای قوانین، ولایت و تسلط وی در تمشیت امور و کیفیت اداره جامعه تأمین شود تا قوانین و مقررات مصوب و تضمین شده از نظر انطباق با اسلام، در مقام عمل هم اجرا شود. این موضوع به اقتضای تبعیت از ولایت حاکم جامع‌الشرایط در عرصه تقنین است.

۲. با اصالت دادن به نظر مختار مقاله حاضر در بحث فتوای معیار و نیز با تمسک به نظرهای متعدد شورای نگهبان که به نوعی به مثابه دادرسی در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران ایفای نقش می‌کند، می‌توان مرجحاتی را برای اتخاذ فتوای فقیه حاکم در عرصه تقنین یافت و با همین مرجحات می‌توان مفهوم عبارت «فتاوی معتبر» را در اصل ۱۶۷ قانون اساسی به صورتی که در ماده ۱۲ مکرر لایحه مجازات اسلامی پیش‌بینی شده بود، تفسیر علمی<sup>۱</sup> کرد و مقام قضایی را مکلف کرد تا در صورت نیاز به استفاده از ظرفیت اصل ۱۶۷ قانون اساسی، از فتوای فقیه حاکم یا وکیل وی بهره بگیرد.

۳. بنا بر پذیرش ابتدای تقنین بر فتوای حاکم جامع‌الشرایط و نیز با استناد به نظرهای متعدد شورای نگهبان در این باره، می‌توان از این دیدگاه برای جبران خلأ ناشی از ابطال قوانین و مقررات مغایر با شرع نیز بهره گرفت.

---

۱. تفسیر به اعتبار مرجع و نهاد مفسر به چهار نوع تفسیر علمی یعنی تفسیری که از سوی علمای علم حقوق ارائه می‌شود، تفسیر اجرایی یعنی که تفسیری که از سوی مجریان قانون صورت می‌پذیرد، تفسیر قضایی که دادرسان در مقام تمیز حق انجام می‌دهند و در نهایت، تفسیر رسمی یا قانونی که از سوی مرجع رسمی تفسیر صورت می‌پذیرد، تقسیم شده است (برای تفصیل بیشتر رک. به: جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص. ۱۱۷۱). گفتنی است که از میان چهار نوع تفسیر یادشده، تنها نوع چهارم برای همگان لازم‌الاتباع و از وجه الزامی برخوردار است.

## منابع

۱. قرآن کریم.
۲. امیرالمومنین، علی بن ابی طالب (علیه السلام). نهج البلاغه.
۳. ابراهیمی، مهدی، رضایی زاده، محمدجواد و بهادری جهرمی، محمد (۱۴۰۰). بایسته‌های نظارت شرعی فقهای شورای نگهبان در نظام حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. پژوهشنامه حقوق اسلامی، شماره ۵۴، ۶۰۴-۵۸۳.
۴. ارسطو، محمدجواد (۱۳۹۷). بررسی کارآمدی فتوا در قانون‌گذاری. مطالعات فقه معاصر، ۱۶۳-۱۹۰.
۵. ارسطو، محمدجواد (۱۳۹۸). فتوای معیار در قانون‌گذاری. فقه حکومتی، دوره ۴، ۵۵-۸۱.
۶. اکرمی، روح‌الله (۱۳۹۳). تحلیل فرایند نظارت شرعی شورای نگهبان بر مصوبات مجلس؛ مطالعه موردی: قانون مجازات اسلامی. دانش حقوق عمومی، شماره ۱، ۶۲-۱.
۷. بحر العلوم، محمدبن محمدتقی (۱۴۰۳ق). بلغة الفقیه (جلد ۳). چاپ ۴، تهران: منشورات مکتبه الصادق.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. چاپ ۴، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۹. جهان دوست دالنجان، مسعود (۱۳۹۴). امکان‌سنجی فقهی قانون‌گذاری بر مبنای فتوای مشهور. پژوهش‌نامه میان‌رشته‌ای فقهی، شماره ۷، ۲۶-۵.
۱۰. جهانگیری، محسن و بنایی خیرآبادی، محمدعلی (۱۴۰۰). فتوای معیار در قانون‌گذاری؛ انطباق با مصالح الزامی، آموزه‌های فقه مدنی، سال ۱۳، شماره ۲۳.
۱۱. حاج زاده، هادی (۱۳۹۴). فتوای معیار در قانون‌گذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران (نگاهی دوباره به مفهوم اعلی‌ت در منظومه فقه حکومتی شیعه). مطالعات اسلامی فقه و اصول، شماره ۱۰۲، ۸۷-۵۹.
۱۲. حسینی خامنه‌ای، سیدعلی (۱۴۲۴ق). أجابة الاستفتائات. قم: دفتر معظم‌له.
۱۳. رجایی، مهدی و ارسطو، محمدجواد (۱۴۰۰). فقه جامعه‌محور، بستر بازشناسی فتوای معیار در قانون‌گذاری. حکومت اسلامی، شماره ۲، ۲۳-۴۶.
۱۴. زمانی، امین‌الله (۱۳۹۵). تحلیل کارکرد احکام نظامیه ولی فقیه در آرا و نظرهای شورای نگهبان (بررسی موردی: سیاست جنایی تقنینی). دانش حقوق عمومی، شماره ۱۱، ۲۵-۱.
۱۵. سعدی، حسینعلی (۱۳۹۵). حجیت در اجتهاد نظام‌ساز با تأکید بر آرای آیت‌الله سیدمحمدباقر صدر. راهبرد فرهنگ، شماره ۳۲، صص ۴۳-۶۰.
۱۶. سماواتی، عباس و موسوی بجنوردی، سیدمصطفی (۱۳۹۹). چالش‌های تعیین فتوای معیار در

- قانون‌گذاری با توجه به آرای امام خمینی (ره). پژوهش‌نامه متین، سال ۲۲، شماره ۸۸.
۱۷. صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۹۳). اسلام راهبر زندگی (سیدمهدی زندیه، مترجم). قم: دارالصدر.
۱۸. صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۱۷ق)، اقتصادنا، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۱۹. طباطبایی، سیدمحمد (۱۲۹۶)، القواعد والفوائد والاجتهاد والتقليد (مفاتیح‌الاصول). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام).
۲۰. علی‌اکبریان، حسنعلی (۱۳۹۲). فتوای معیار در قانون‌گذاری. دین و قانون، شماره ۲، ۹۷-۱۱۶.
۲۱. کعبی، عباس (۱۳۹۸). تحلیل مبانی نظام جمهوری اسلامی ایران. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
۲۲. کعبی، عباس و فتاحی زفرقندی، علی (۱۳۹۵). سیاست‌های کلی نظام، راهکار ارتقای نظام قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران. دانش حقوق عمومی، شماره ۱۱، ۹۹-۱۲۲.
۲۳. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۷۸) صحیفه امام. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (رحمت‌الله علیه).
۲۴. موسوی خمینی، روح‌الله (۱۴۲۲ق). استفتائات جلد (جلد ۳). چاپ ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. موسوی خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۰۱ق). تکملة المنهاج. چاپ ۲۸، قم: مدینه‌العلم.
۲۶. مؤمن قمی، محمد (۱۴۲۵ق). الولاية الهیة الاسلامیة (جلد ۳). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

27. emam.com  
28. khamenei.ir  
29. nazarat.shora-rc.ir

## References:

1. The Holy Quran.
2. Amir al-Mu'minin, Ali ibn Abi Talib (PBUH). Nahj al-Balagha.
3. Akrami, Rouhollah (1393 SH). "Analysis of the Sharia Supervision Process of the Guardian Council on the Parliament's Legislation; A Case Study: Islamic Penal Code." Public Law Journal, No. 1, 1-62.
4. Aliakbarian, Hassanali (1392 SH). "Criterion Fatwa in Legislation." Religion and Law, No. 2, 97-116.
5. Arasta, Mohammad Javad (1397 SH). "Examining the Effectiveness of Fatwa in Legislation." Contemporary Jurisprudential Studies, 163-190.
6. Arasta, Mohammad Javad (1398 SH). "Criterion Fatwa in Legislation." Governmental Jurisprudence, Volume 4, 55-81.
7. Behr al-'Ulum, Mohammad ibn Mohammad Taqi (1403 AH). "Balaghah al-Fuqaha" (Volume 3). 4th Edition, Tehran: Mashar Publications.
8. Ebrahimi, Mehdi, Rezaeezadeh, Mohammad Javad, and Bahadori Jahromi, Mohammad (1400 SH). "The Necessities of Sharia Supervision by the Jurists of the Guardian Council in the Constitutional System of the Islamic Republic of Iran." Islamic Law Research Journal, No. 54, 583-604.
9. Hajizadeh, Hadi (1394 SH). "Criterion Fatwa in Legislation in the Legal System of the Islamic Republic of Iran (A Re-examination of the Concept of Expertise in the System of Shiite Governmental Jurisprudence)." Islamic Legal Studies, No. 102, 59-87.
10. Hosseini Khamenei, Seyyed Ali (1424 AH). "Ajwibat al-Istifta'at." Qom: Office of His Eminence.
11. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar (1368 SH). "Mobsut in Legal Terminology." 4th Edition, Tehran: Ganj-e Danesh Library.
12. Jahandoost Dalanjani, Masoud (1394 SH). "Feasibility of Legal Legislation Based on Famous Fatwas." Interdisciplinary Jurisprudential Research Journal, No. 7, 5-26.
13. Jahangiri, Mohsen and Banaei Khairabadi, Mohammad Ali (1400 SH). "Criterion Fatwa in Legislation: Alignment with Mandatory Interests." Principles of Civil Jurisprudence, Volume 13, No. 23.
14. Ka'bi, Abbas (1398 SH). "Analysis of the Foundations of the Islamic Republic of Iran System." Tehran: Council of Guardians Research Institute.
15. Ka'bi, Abbas, and Fattahi Zafarghandi, Ali (1395 SH). "Systemic Policies, Solutions for Enhancing the Legislative System in the Islamic Republic of Iran." Public Law Journal, No. 11, 99-122.
16. Momen Qomi, Mohammad (1425 AH). "Al-Wilayah al-Ilahiyyah al-Islamiyyah" (Volume 3). Qom: Institute of Islamic Publications.
17. Mousavi Khoei, Seyed Abolqasem (1401 AH). "Takmilat al-Minhaj." 28th Edition, Qom: Madinat al-Ilm Institute.
18. Mousavi Khomeini, Ruhollah (1378 SH). "Sahifeh-ye Imam." Tehran: Institute for the Publication and Dissemination of the Works of Imam Khomeini.
19. Mousavi Khomeini, Ruhollah (1422 AH). "Estifta'at" (Volume 3). 5th Edition, Qom: Office of Islamic Publications.
20. Rajaei, Mehdi, and Arasta, Mohammad Javad (1400 SH). "Society-Centered Jurisprudence: The Ground for Recognizing the Criterion Fatwa in Legislation." Islamic Government, No. 2, 23-46.
21. Sa'di, Hossein Ali (1395 SH). "Validity in Ijtihad of the System Builder with

- Emphasis on the Opinions of Ayatollah Seyed Mohammad Baqir Sadr." Strategic Culture, No. 32, 43-60.
22. Sadr, Seyed Mohammad Baqir (1393 SH). "Islam: The Way of Life" (Translated by Seyyed Mehdi Zandieh). Qom: Dar al-Sadr.
23. Sadr, Seyed Mohammad Baqir (1417 AH). "Eghtesaduna." Qom: Office of Propagation.
24. Samavati, Abbas and Moosavi Bojnourdi, Seyyed Mostafa (1399 SH). "Challenges of Determining the Criterion Fatwa in Legislation Based on Imam Khomeini's Opinions." Matin Research Journal, Volume 22, No. 88.
25. Tabatabai, Seyyed Mohammad (1296 AH). "Al-Qawaid wal-Fawa'id wal-Ijtihad wal-Taqlid (Mafatih al-Usul)." Qom: Al al-Bayt Institute.
26. Zamani, Aminullah (1395 SH). "Analysis of the Function of Legal Provisions in the Opinions and Views of the Guardian Council (Case Study: Legislative Policy)." Public Law Journal, No. 11, 1-25.
27. emam.com  
28. khamenei.ir  
29. nazarat.shora-rc.ir





پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی