

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و هفتم، شماره پیاپی ۱۰۲
پاییز ۱۳۹۴، ص ۸۷-۵۹

فتوای معیار در قانونگذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران* (نگاهی دوباره به مفهوم اعلامیت در منظومه فقه حکومتی شیعه)

هادی حاج زاده

دانشجوی دکتری حقوق عمومی پردیس قم دانشگاه تهران

Email: h.hajzadeh@ut.ac.ir

چکیده

«قانون گذاری» در هر نظام حکومتی بی تردید مبتنی بر مبانی فکری- فلسفی آن نظام است و بر جهان بینی خاص آن نظام استوار می شود. بر همین اساس، در یک جامعه اسلامی، باید دستورات شرعی ملاک قانون گذاری قرار گیرند تا آن قوانین برای مردم جامعه اسلامی حجیت داشته باشد. در این تحقیق ضمن بیان مختصری از پیشینه تاریخی بحث، به بررسی احتمالات مختلف در باب فتوای معیار در قانون گذاری پرداخته ایم که این احتمالات عبارت اند از: فتوای مشهور فقهی، فتوای مبتنی بر احتیاط، فتوای فقیه اعلم، هر فتوای فقهی و به این نتیجه رسیده ایم که با توجه به مبانی فقهی، فتوای فقیه اعلم به حجیت نزدیک تر است. سپس با اشاره به معیارهای «اعلمیت» در فقه سیاسی به این نتیجه رسیده ایم که در یک حکومت اسلامی، فقیه اعلم همان «فقیه حاکم» است که خبرگان جامعه اسلامی بر اعلامیت او در اداره امور جامعه بر اساس موازین اسلامی گواهی داده اند. در گام آخر و با توجه به مقرر فوق، رویه موجود در نظام جمهوری اسلامی در خصوص فتوای معیار در قانون گذاری تبیین و تشریح شده است و بیان شده که حکم و فتوای فقیه حاکم یا به طور مستقیم و یا با یک تحلیل ثانویه و به واسطه تفویضی که در قانون اساسی مندرج است (تفویض به مجلس در اتخاذ هر فتوای فقهی و تفویض به فقهای شورای نگهبان در اعمال نظر فقهی خویش) ملاک قانون گذاری در جمهوری اسلامی قرار می گیرد و لذا مشروعیت و حجیت قوانین در جمهوری اسلامی، نهایتاً قابل استناد به حکم فقیه حاکم است.

کلیدواژه ها: اعلامیت، قانون گذاری، فتوا، حکم.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۲/۰۴/۳۰؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۳/۱۰/۰۹.

مقدمه

اساساً یکی از مبانی شکل‌گیری نهضت اسلامی به رهبری امام خمینی (ره) را باید تحقق ابتدای قوانین بر دستورات و احکام شرعی دانست. بر همین اساس مقدمه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر می‌دارد: «... قانون‌گذاری که مبین ضابطه‌های مدیریت اجتماعی است بر مدار قرآن و سنت، جریان می‌یابد؛ بنابراین نظارت دقیق و جدی از ناحیه اسلام‌شناسان معادل و پرهیزگار و متعهد (فقهای عادل) امری محتوم و ضروری است...»

اما قانون اساسی برای تحقق این امر، مسیر پرفراز و نشیبی را در ماه‌های آغازین انقلاب طی کرد و نظرات مختلف و متفاوتی در این باره در تدوین آن ارائه گردید که بررسی آن‌ها به روشن شدن مفهوم و ماهیت قانون‌گذاری در نظام جمهوری اسلامی کمک می‌کند.

در پیش‌نویس اولیه قانون اساسی، شورای نگهبان به شکل کنونی آن مورد توجه نبوده و لذا به‌عنوان مثال در اصل چهارم پیشنهادی صرفاً مقرر شده بود «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی و غیره باید با رعایت کامل موازین اسلامی باشد» (مشروح مذاکرات، ۳۱۳). قبل از تدوین جزء اخیر و کنونی اصل چهارم قانون اساسی، در مجلس بررسی نهائی قانون اساسی راه‌حل‌های مختلفی به‌منظور نظارت بر این وظیفه مجلس شورای اسلامی به این شرح پیشنهاد شده بود: نظارت فقهاء و مجتهدین (مکارم، مشروح مذاکرات، ۳۴۷)، نظارت فقیه اعلم جامع‌الشرایط یا فقیه اعلم زمان (طاهری اصفهانی، مشروح مذاکرات، ۳۴۷)، نظارت فقهای جامع‌الشرایط (فوزی و ضیائی، مشروح مذاکرات، ۳۴۸)، نظارت شورای نگهبان (آیت، مشروح مذاکرات، ۳۴۹)، نظارت شورای فقها (حائری، مشروح مذاکرات، ۳۵۰)، نظارت شورای رهبری (رشیدیان، مشروح مذاکرات، ۳۵۱)، نظارت مجتهدان طراز اول (ربانی شیرازی، مشروح مذاکرات، ۳۵۳).

پیشنهادات اول، سوم، پنجم و ششم با این استدلال مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد که «تشخیص باید بر عهده یک مقام یا فرد یا گروهی باشد که خیلی صریح بشود آن‌ها را مشخص کنیم و مطلق فقها قابل تشخیص نیست و شاید مطلق مراجع هم قابل تشخیص نیست» (نائب رئیس، مشروح مذاکرات، ۳۴۷)؛ به عبارت دیگر «اگر بخواهیم این کار را محول بکنیم به فقهای جامع‌الشرایط زمان این یک معیار و ضابطه بخصوصی ندارد ... بنابراین باید تحت یک معیار و ضابطه در بیاید.» (منتظری، مشروح مذاکرات، ۳۵۰)

پیشنهاد فتوای فقیه اعلم نیز با این اشکال مواجه شد که «اگر در یک زمان یک فقیه اعلم

مشخص نداشته باشیم و دو یا سه نفر مساوی داشتیم که مکرر هم پیش می‌آید خصوصا در اوائل مرجعیت و این‌ها نظرات مختلفی داشتند تکلیف چیست». (نائب رئیس، مشروح مذاکرات، ۳۵۵)

همچنین پیشنهاد «شورای نگهبان» نیز با این انتقاد مواجه شد که اگر نظر کلیه اعضای شورای نگهبان (اعم از حقوقدانان و فقها) ملاک قرار داده شود چه بسا در یک موضوع، اکثریت فقها مخالف باشند اما به دلیل رأی حقوق دانان، آن موضوع، مورد تأیید واقع شود؛ به عبارت دیگر نمی‌توان تشخیص مخالفت یا موافقت اطلاق و عمومات قوانین با موازین اسلامی را به غیر متخصصین ارجاع داد. (مشروح مذاکرات، ۹۶۳)

در این بین پیشنهاد می‌شود که «تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان» باشد (منتظری، مشروح مذاکرات، ۳۵۰) که این پیشنهاد با اقبال مواجه شده و نهایتا به تصویب می‌رسد و به اینصورت، «مرجع تشخیص» انطباق قوانین بر موازین اسلامی معلوم می‌گردد اما در خصوص «ملاک تشخیص» به صراحت در این مباحثات، سخنی به میان نمی‌رود که آیا ملاک تشخیص نیز نظر فقهای خود فقهای شورای نگهبان است یا آنکه این فقها مکلف‌اند بر اساس یک ملاک و معیار دیگر، مبادرت به تشخیص نمایند.

بر این اساس در این پژوهش ابتدا نگاهی اجمالی خواهیم داشت به احتمالات مختلفی که در خصوص «ملاک تشخیص انطباق قوانین بر موازین اسلامی» قابل اعتنا و توجه می‌نمایند و سپس با توجه به تحول مفهوم اعلیت در فقه سیاسی به تحلیل رویه جاری قانونگذاری در نظام جمهوری اسلامی ایران از این منظر خواهیم پرداخت.

مهم‌ترین احتمالات در خصوص فتوای معیار در قانونگذاری به این شرح است:

۱- فتوای مشهور

در خصوص فتوای معیار در قانونگذاری اولین نظری که قابل توجه و بررسی می‌نمایند این نظر است که مجلس شورای اسلامی وظیفه دارد با توجه به فتوای مشهور فقها به تدوین و تصویب قوانین مبادرت کند و فقهای شورای نگهبان نیز وظیفه دارند مصوبات مجلس شورای اسلامی را با فتوای مشهور فقها انطباق داده و در صورت عدم مخالفت آن مصوبه با فتوای مشهور، آن را مورد تأیید قرار دهند؛ به عبارت دیگر، «شرعی بودن» یک مصوبه مجلس به آن است که مخالف با فتوای مشهور فقهای امامیه نباشد.

یکی از فقهای معاصر در این زمینه بیان می‌دارند: «چون بین آرای فقهاء اختلاف وجود دارد و قانون نیز باید بر طبق نظر فقهاء تصویب شود لذا بر اساس ادله شوری در اسلام، به نظر اکثریت فقهاء باید عمل شود» (شیرازی، الفقه، ۹).

یکی از صاحب‌نظران در این زمینه نیز بیان می‌دارد: «... مقام قانون‌گذاری که در حقیقت مرحله پیاده کردن کلیات اسلام است در فرم قانون، آیات شریفه قرآن، روایات ائمه معصومین (صلوات‌الله‌علیهم‌اجمعین) و فتاوی مشهور فقها را از فرم فقهی و علمی به فرم قانونی می‌آورد...» (یزدی، پیرامون ولایت فقیه، ۳۷۰).

ایشان در جای دیگری با صراحت بیشتری بیان می‌دارد: «بطور فهرست‌وار در خصوص اینکه کدام اسلام ملاک عمل است باید گفت در ضروریات اسلامی یک راه بیشتر نداریم و در موارد اختلاف در فروع جزئیة نیز فتاوی مشهور مقدم است و اگر در مورد اختلافی دلیل در دست نباشد نظر ولی امر حاکم به دلیل حاکمیت مقدم خواهد بود و همچنین در مواردی که نظر او با نظر مشهور اختلاف داشته باشد به علت شعاع قانون نظر مشهور بر آن تقدم دارد» (یزدی، شرح و تفسیر قانون اساسی، ۷۷-۷۸).

در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی و در پاسخ به ابهامات نسبت به رابطه رهبری و فقهای شورای نگهبان نیز اینگونه اظهار نظر شده است که «رهبری کسانی را در این شورا قرار می‌دهد که افکارشان با مشهور وفق می‌دهد» (تهرانی، ۹۷۴) و لذا قاعدتا باید وظیفه مجلس شورای اسلامی نیز تدوین قوانین بر اساس رأی مشهور فقها باشد تا تطابق بین مصوبه مجلس و نظر فقهی شورای نگهبان (که مبتنی بر نظر مشهور فقهاست) تأمین شود.

اما آیا براستی «مشهور فقها» می‌تواند به عنوان یک منبع مستقل فقهی مورد استناد قرار بگیرد و در زمره موازین اسلامی قلمداد شود؟ آیا در همه موضوعات، شهرت فتوایی تحقق یافته و قابل استخراج است؟ اگر در یک موضوع، مشهور فقهای یک زمان بر یک نظر خاص بود و مشهور فقهای یک زمان دیگر بر نظری دیگر، مشهور کدام فقها (متقدم، متأخر یا معاصر) باید ملاک عمل قرار گیرد؟ آیا مجلس شورای اسلامی که اغلب اعضای آن را افراد غیر فقیه و غیر آشنا با مسائل فقهی - اصولی تشکیل می‌دهند می‌توانند فتاوی مشهور را استخراج کرده و بر مبنای آن عمل کنند؟ در مسائل مستحدثه که اختلاف نظر فقها عموماً زیاد است و یا امور عرفیه که فقها معمولاً اظهار نظر نکرده‌اند و یا در تشخیص موضوعات که اساساً محل صدور فتوا نیست، وظیفه مجلس شورای اسلامی چه می‌شود؟ آیا فقهای شورای نگهبان که دارای قوه

اجتهاد هستند مجاز هستند که به صرف فتوای اغلب فقها به یک موضوع و بدون بررسی فقهی آن، به آن نظر رأی دهند و به عبارت دیگر آیا «تقلید» فقها و مجتهدان شورای نگهبان از فتوای «مشهور» فقها، جائز شمرده می‌شود؟

برای پاسخ به این ابهامات ابتدا لازم است که حجیت فتوای مشهور از لحاظ اصولی و فقهی مورد بررسی قرار گیرد چرا که با توجه به مبانی اسلامی نظام جمهوری اسلامی و مبانی فقهی قانون اساسی، صرفاً نظریاتی را می‌توان به عنوان بنیان‌های نظری نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران پذیرفت که مبتنی بر آموزه‌های فقهی پذیرفته شده باشد.

به‌طور کلی شهرت در اصطلاح فقه در سه معنا به کار می‌رود: شهرت روایی، شهرت عملی و شهرت فتوایی (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۵).

در شهرت روایی کثرت ناقلان و روایان حدیث مطرح است و حدیثی که روایان زیادی آن را نقل کرده‌اند ولی تعداد آن‌ها به حد تواتر نمی‌رسد را حدیث مشهور می‌نامند.

اختلافی وجود ندارد که این «شهرت»، یکی از مرجحات است و روایتی که روایان بیشتری آن را نقل کرده‌اند، بر روایت متعارض خود ترجیح دارد (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۶).

شهرت عملی به این معناست که عمل و استناد به یک روایت در نزد بسیاری از فقها وجود داشته باشد اعم از اینکه آن حدیث را روایان زیادی نقل کرده باشند یا خیر.

این شهرت به عقیده بسیاری از فقها ضعف سند خبر را جبران می‌کند و هرگاه یک خبر ضعیف از سوی فقهای زیادی مورد استناد واقع شود، با این عمل، ضعف سند جبران می‌شود (محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، ۱۴۶).

اما شهرت فتوایی به این معناست که یک فتوا مورد اتفاق عده زیادی از فقهاء بوده ولی به حد اجماع نرسیده باشد. در مورد حجیت شهرت فتوایی، اتفاق نظر وجود ندارد.

برخی آن را مطلقاً دارای اعتبار و حجیت می‌دانند (شهید اول، الذکری، ۲۵/۱)، برخی با رد استدلال‌های گروه نخست، حجیت آن را نمی‌پذیرند (شیخ انصاری، فرائد الاصول، ۱۶۷/۱-۱۷۰؛ آخوند، کفایه، ۳۳۶) و برخی نیز با تفصیل بین شهرت قدما و متأخران، تنها شهرت بین قدما را حجت می‌دانند (بروجردی، نه‌ایة الاصول، ۹۹/۳-۱۰۰؛ امام خمینی، تهذیب الاصول، ۱۶۹/۲؛ همو، انوارالهدایه، ۲۶۲/۱).

ادله موافقان حجیت فتوای مشهور

غالباً حجیت فتوای مشهور را به شهید اول منسوب می‌کنند و ایشان را صریح‌ترین طرفدار

این نظریه و بلکه تنها طرفدار آن می‌دانند. وی صرفاً به دو دلیل تمسک جسته اما فقهای دیگر در ضمن بررسی حجیت فتوای مشهور به استدلال‌های محتمل دیگر نیز اشاره کرده و به آن‌ها پاسخ گفته‌اند.

عمده این استدلال‌ها در اثبات حجیت فتوای مشهور به این شرح است:

(آ) ملاک حجیت خبر واحد، ظن آور بودن آن است و چون همین علت (ظن آور بودن) در شهرت فتوایی نیز وجود دارد، لذا شهرت فتوایی نیز دارای حجیت و اعتبار خواهد بود (شهید اول، الذکری، ۲۵/۱).

(ب) عدالت فقهاء مانع از آن می‌شود که بدون داشتن علم، فتوا صادر کنند و دلیلی هم بر اشتباه آن‌ها در دست نداریم (همان).

(ج) انسداد باب علم و نیز علمی (ظن خاص و معتبر) در زمان غیبت و عدم دسترسی به معصوم باعث می‌شود تا هر نوع ظنی و از جمله شهرت فتوایی را حجت بدانیم.

(د) با توجه به آیه نبأ که بیان می‌دارد «اگر فاسقی» خبری برای شما آورد، در مورد آن خبر «تحقیق» کنید و از مفهوم مخالف آن می‌توان نتیجه گرفت که پس اگر «عادلی» خبری آورد، نیاز به تحقیق نیست و 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 (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۸).

(ه) روایاتی از قبیل مرفوعه زراره و مقبوله عمر ابن حنظله، بر حجیت پیروی از نظر مشهور اشعار دارند.

نقد و بررسی دلایل موافقان حجیت قول مشهور

(آ) استناد و قیاس به حجیت خبر واحد: اولین استدلال شهید دارای این مقدمات و نتیجه است: خبر واحد حجت است - دلیل حجیت خبر واحد ظن آور بودن آن است - فتوای مشهور نیز مانند خبر واحد ظن آور است - پس فتوای مشهور نیز حجت است. در این استدلال شهید دو ایراد عمده نهفته است: یکی اینکه درست است که خبر واحد غالباً ظن آور است اما در هیچ کدام از ادله حجیت خبر واحد این تعلیل دیده نشده است که خبر واحد به دلیل ظن آور بودن، حجت باشد، بلکه علمای اصولی گفته‌اند که هرگاه خبر واحدی دارای شرایط خاصی باشد معتبر است، اگر چه ظن آور نباشد (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۷-۱۱۸). به علاوه در این موضوع که اساساً «شهرت»، ظن آور باشد نیز تردید وجود دارد (کوه‌کمره‌ای، ۴۴۱)؛ و ثانیاً اینکه قیاس

خبر واحد با فتوای مشهور از نوع قیاس باطل در فقه امامیه است و قابل اعتنا نمی‌باشد.

ب) استناد به عدالت فقهای پیشین: 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 وجود عدالت، امکان بروز خطا و اشتباه را در فقهای سلف ساقط نمی‌کند و چه بسا آن‌ها در استنباط فقهی خود دچار خطا و اشتباه شده باشند (آشتیانی، بحرالفتاوی، ۱۱۵/۲).

ج) دلیل انسداد باب علم و علمی: به طور کلی در خصوص انسداد، دو طیف فکری در بین علمای شیعه وجود دارد. گروهی معتقدند شارع مقدس هم علم به احکام را حجت دانسته و هم برخی از ظنون خاصه (علمی) را و با کمک از این دو می‌توان بسیاری از احکام شرعیه را استخراج کرد و لذا تمسک به مطلق ظن برای خروج از انسداد هیچ جایگاهی ندارد. در مقابل، گروه دیگر معتقدند شارع مقدس صرفاً علم به احکام را حجت دانسته و چون علم (قطع و یقین) نسبت به بسیاری از فروع با وجود عدم دسترسی به معصوم امکان ندارد و هیچ طریقه ظنی معتبری نیز از سوی شارع معرفی نشده است لذا ناچاریم که برای عدم خروج از دین و اهمال دستوراتی که علم اجمالی به صدور آن‌ها داریم و با توجه به حکم عقل به همه ظنون عمل کنیم مگر آنکه دلیل خاصی از شارع مبنی بر عدم حجیت یک ظن خاص وارد شده باشد (مانند آنچه در مورد قیاس آمده است).

پرداختن به ادله هر یک از دو دیدگاه مجالی مجزا می‌طلبد که از حوصله این بحث خارج است و لذا صرفاً به ذکر این نکته بسنده می‌کنیم که اعظام علمای اصولی به‌ویژه متأخران و معاصران، طرفدار نظریه انفتاح هستند و در زمان حاضر نظریه انسداد از طرفداران بسیار اندکی برخوردار است.

د) عدم وجوب تبیین در خبر عادل: در رد استناد به آیه «ان جاءکم فاسق...» بیان شده است که در آیه مذکور نه در علت حکم می‌توان بطور قطعی اظهار نظر کرد و نه در مورد انحصار این علت و معلوم نیست که علت حکم، علت منحصر باشد؛ به عبارت دیگر صرف این که از مفهوم شرط استفاده شود که وجوب «تبیین» دایر مدار خبر فاسق است، معنایش این نیست که پس علت تامه وجوب «تبیین»، خبر فاسق است و هر جا خبر دهنده، فاسق نباشد وجوب «تبیین» نیست (جناتی، منابع اجتهاد، ۱۱۸).

ه) استناد روایی: در خصوص استنادات روایی مطرح شده، اصولیان بحث‌های مفصل و

فروانی را صورت داده‌اند که حاصل جمع آن عدم امکان اثبات حجیت فتوای مشهور با توجه به این دو روایت است.

و همچنین اگر استناد به ادله شوری را به عنوان یکی از دلایل حجیت فتوای مشهور به حساب بیاوریم (بر اساس نظر آقای سیدمحمد شیرازی)، در پاسخ به آن باید متذکر شد که استناد به شوری در اثبات حجیت عمل به فتوای مشهور فقها نیز استدلال تام و کاملی نیست چرا که اولاً در ادله شوری (به ویژه آیه کریمه وَ شَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ، فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ) 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 اینست که صرف مشورت، مورد امر واقع شده و پس از مشورت، تصمیم نهایی نه با نظر اکثریت که با نظر فرد حاکم است و ثانیاً اینکه شوری در زمینه مسائل اجتماعی که در محدوده مالانص فیه است مطرح می‌شود و در جائیکه الزام و نصی از سوی شارع وجود داشته باشد نوبت به شوری نمی‌رسد (علامه طباطبائی، ۸۷/۴؛ مکارم، پیشین).

نظر دیگری که در خصوص فتوای مشهور وجود دارد عدم حجیت آن در باب افتاء است که در ذیل به صورت اجمالی به بیان ادله و نقد و بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

ادله مخالفان حجیت فتوای مشهور

آ) دلیل عقل. برخی فقها در این زمینه با توجه به حکم عقل بیان داشته‌اند «فإن المشهور عدم حجية الشهرة و ما يستلزم وجوده عدمه، فهو محال» (نراقی، رساله الشهرة به نقل از آشتیانی، ۱۱۴) به این معنا که از آنجا که مشهور فقها قائل به عدم حجیت فتوای مشهور هستند لذا قائل شدن به حجیت آن مستلزم آنست که فتوای مشهور را حجت ندانیم.

ب) دلیل عدم حجیت یک فتوا (قول مشهور) برای کسی که ملکه استنباط احکام از ادله را دارد. همانگونه که در ادامه این نگاشته به نحو مبسوط‌تری اشاره خواهد شد، اساساً اصل اولی بر عدم حجیت قول یک فرد بر فرد دیگر است به این معنا که قول هیچ فردی بر فرد دیگر حجیت ندارد. این اصل تاجائی امتداد می‌یابد که دلیلی آن را تقیید یا تخصیص نزد. در اینجا ادله مربوط به تقلید و رجوع جاهل به عالم این اصل را تخصیص می‌زند و پر واضح است که این تخصیص، رجوع یک فقیه (= عالم) را به عالم دیگر در بر نمی‌گیرد و لذا اصل اولی به قوت خود باقی خواهد بود (محمدجواد فاضل، خارج فقه، جلسه ۳۴-۳۷). به علاوه، سیره عقلائی بر این است که درجائی که کسی خودش نظر دارد، رجوع به نظر دیگری مورد تقبیح

عقلاء قرار خواهد گرفت.

نقد و بررسی دلایل مخالفان حجیت فتوای مشهور

آ) استناد به حکم عقل. در پاسخ به حکم عقلی بیان شده باید گفت در «عدم حجیت شهرت فتوایی بنا بر مشهور»، شهرت فتوایی در مسائل فرعی فقهی مدنظر است و حال آنکه شهرت در عدم حجیت، یک مسأله اصولی است و لذا استلزامی بین وجود یکی و عدم دیگری وجود ندارد تا از وجود یکی، لاجرم عدم دیگری قابل اثبات باشد (شیخ انصاری، فرائد الاصول، ۱۱۴/۱-۱۱۵).

ب) عدم حجیت فتوای یک مجتهد برای مجتهد دیگر. هر چند این موضوع صحیح است که فتوای یک مجتهد برای مجتهد دیگر حجیت ندارد و بلکه پیروی از آن بر او حرام است اما باید توجه داشت که فتوای مشهور (فتوای جمع کثیری از فقها) ماهیت متفاوتی از یک فتوای فقهی دارد و لذا موضوعاً خارج از شمول استدلال‌ات ناظر به این مسأله می‌باشد؛ به عبارت دیگر، «یک» فتوا با فتوای «مشهور» ماهیتاً متفاوت است و چه بسا وصف «شهرت»، فتوا را حائز ویژگی‌هایی کند که پیروی از آن صحیح باشد؛ بنابراین استناد به این دلیل نیز تام و کامل نیست.

نتیجه آنکه با توجه به نقد و بررسی‌های صورت گرفته معلوم شد که هم نظرات طرفداران حجیت قول مشهور تمام نیست و نمی‌تواند افاده مطلوب کند و هم استدلال‌های مخالفان حجیت آن؛ بنابراین نه در اثبات حجیت فتوای مشهور دلیلی می‌توان اقامه کرد و نه در اثبات عدم حجیت آن. بسیاری از اصولیان به درستی بیان داشته‌اند که در بحث فتوای مشهور، صرفاً از آنجا که دلیلی بر حجت بودن آن در دسترس نیست و دلایل موافقان حجیت آن نیز قابل خدشه است، نمی‌توان این حجیت را مورد قبول قرار داد؛ به عبارت دیگر اینان معتقدند همانگونه که دلیل موجهی بر حجیت فتوای مشهور وجود ندارد، دلیلی هم بر عدم حجیت آن نمی‌توان اقامه کرد و لذا با جریان اصالة البرائة، باید حکم به عدم حجیت فتوای مشهور داد (آشتیانی، پیشین، ۱۲۰).

بنابراین رجوع به فتوای مشهور فقها نمی‌تواند معیار قابل قبولی برای قانون‌گذاری باشد.

۲- فتوای مبتنی بر احتیاط

احتیاط را موجباتی دانسته‌اند که «رعایت آن، احاطه کامل و اطمینان انسان به انجام وظیفه شرعی را سبب می‌شود» (خامنه‌ای، تحریرالمسائل، ۱۱). بر این اساس یکی از گزینه‌هایی که به

عنوان ملاک قانون‌گذاری می‌تواند مطرح شود اینست که قانون‌گذار بنا بر قاعده «احتیاط» به قانون‌گذاری مبادرت کند (حائری، بنیان حکومت در اسلام، ۲۳۱) و بدین وسیله تا حد امکان بین فتاوی مختلف را جمع کند و فقهای شورای نگهبان نیز تنها مصوباتی را مورد تأیید قرار دهند که مبتنی بر احتیاط باشد.

اما در خصوص عمل به احتیاط نیز اتفاق نظر کاملی بین فقهاء وجود ندارد به گونه‌ای که برخی فقهاء آن را لعب به امر مولی دانسته و تقبیح کرده‌اند (فاضل لنکرانی، الاجتهاد و التقلید، ۲۶-۲۸)، برخی آن را در مواردی مانند عقود و ایقاعات غیرقابل اجرا می‌دانند، برخی آن را برای مقلدان غیرممکن می‌شمرند و برخی دیگر نیز آن را در صورتی که باعث اختلال در نظام باشد رد کرده‌اند.

به طور کلی احتیاط یا در عبادات است، یا در امور توصلی و یا در عقود و ایقاعات (به معنای اعم). از آنجا که عمده حوزه تقنین به عقود و ایقاعات بازگشت می‌یابد لذا در این مقام صرفاً به بررسی امکان و جواز احتیاط در این امور خواهیم پرداخت.

با توجه به بررسی‌های صورت گرفته، مشهور فقهای شیعه قائل به جواز احتیاط در عقود و ایقاعات هستند اما در این بین، شیخ انصاری قائل به عدم جواز شده‌اند.

مرحوم شیخ انصاری در تعلیل نظر خود و در ضمن بحث از شرایط صیغه بیان می‌دارد که انشاء باید جزمی و حتمی باشد و معلق بر چیزی نشود و چنانچه معلق بر چیزی شود صحیح نیست. پس اگر کسی در عقد و ایقاع احتیاط بکند به اینصورت که مثلاً اگر در صیغه نکاح دو لفظ وارد شده، صیغه را به هر دو جاری کند در اینجا جزم که رکن انشاء است تحقق پیدا نمی‌کند چون وقتی صیغه اول نکاح را می‌خواند نمی‌داند علقه زوجیت محقق شده یا خیر و وقتی صیغه دوم نکاح را می‌خواند تردید دارد که علقه زوجیت حاصل شده یا نشده است؛ بنابراین کسی که احتیاط می‌کند جازم به انشاء نیست چرا که نمی‌داند اثر بر کدامیک از دو طرف عقد و ایقاع مترتب می‌شود؛ یعنی ترتب اثر بر صیغه برای این شخص مشکوک است (فاضل، پیشین، ۳۵).

اما پاسخی که به این استدلال شیخ داده شده این است که اعتبار جزم در انشاء هیچ منافاتی با تردیدی که در احتیاط است ندارد و این دو در دو نقطه‌ی جدای از هم قرار دارند. تردید مزبور، مربوط به یک چیز است و جزم، مربوط به یک امر دیگری به این معنا که فرد محتاط در عقود و ایقاعات نسبت به خود انشاء، جزم دارد اما نسبت به اثر انشاء که آیا تحقق یافته یا

نه تردید دارد و این دو از یکدیگر جداست؛ به عبارت دیگر فرد واقعا جزم دارد که با انشای صبغه، رابطه زوجیت را ایجاد کند اما تردید دارد که آیا فی الواقع این علقه و رابطه با این لفظ ایجاد شده است یا نه.

بنابراین، اشکال عدم جواز و حجیت شرعی عمل به احتیاط وارد نیست و مشهور فقهای شیعه نیز قائل به جواز آن شده‌اند؛ اما نکته دیگری که برخی از فقها به آن توجه کرده و آن را در زمره موارد عدم جواز عمل به احتیاط دانسته‌اند اینست که چنانچه عمل به احتیاط مخل به نظام باشد جائز نیست.

آقای خوئی این عقیده را دارند و می‌گویند که اگر احتیاط مخل به نظام باشد به این نحو که روال عادی زندگی را بهم بزند مشروعیت ندارد (خوئی، الرای السدید، ۱۶۸). نکته حائز اهمیت در این بین اینکه هم‌ایشان، احتیاطی که موجب عسرو حرج بشود را نیز صحیح می‌دانند اما اگر احتیاط مخل به نظام باشد (هرچند عسرو حرجی هم نباشد) را صحیح نمی‌دانند. در این مقام پر واضح است که عمل به احتیاط در حوزه قانون‌گذاری اگر هم امکان‌پذیر باشد بی‌تردید باعث بر هم خوردن بسیاری از نظامات در جامعه می‌شود و لذا موضوعا از محل احتیاط خارج است.

بنابراین عمل به احتیاط در حوزه قانون‌گذاری هم ثبوتا و هم اثبات ممکن و پذیرفتنی نیست.

۳- پیروی از نظر فقیه اعلم

راه‌حل دیگری که در خصوص فتوای معیار، محتمل به نظر می‌رسد اینست که مجلس شورای اسلامی فتوای فقیه اعلم در هر حوزه را ملاک مصوبات و قوانین خویش قرار دهد و فقهای شورای نگهبان نیز بر همین مساله نظارت و با توجه به آن، مصوبات مجلس را تایید یا رد نمایند.

تقریبا در تمامی کتاب‌های اصولی و فقهی، بحث‌های نسبتا جامع و البته مشابهی در تقریر استدلال‌های مربوط به تعیین یا عدم تعیین تقلید از اعلم مطرح شده و پاسخ‌های تقریبا یکسانی نیز به هر یک از ادله داده شده است. در این بخش ابتدا ادله رجوع به اعلم مورد بررسی قرار می‌گیرد و سپس، مفهوم اعلمیت در فقه حکومتی و نظام جمهوری اسلامی ایران تبیین می‌شود و در پایان، حکم و نظر فقیه اعلم (= فقیه حاکم) در خصوص سازوکارهای قانون‌گذاری در

جمهوری اسلامی ارائه می‌گردد.

دلایل فقهی رجوع به اعلم

الف) اجماع: از بین فقهای متقدم سید مرتضی در الذریعه تقلید اعلم را علی‌رغم اختلافی بودن از مسلمات شیعه دانسته است (۳۱۷/۲) و از بین فقهای متأخر، محقق کرکی (محقق ثانی) ادعا کرده است که وجوب تقلید اعلم اجماعی است (محقق کرکی، ۱۷۶/۳).

- نقد و بررسی: در پاسخ به ادعای اجماع، بیان شده است که اولاً فقهای بسیاری وجود دارند که تصریح به وجود اختلاف در این زمینه داشته‌اند و ثانیاً حتی اگر چنین اجماعی نیز محقق باشد، اجماع منقول است و ارزش و اعتباری ندارد (خوئی، التنقیح، ۱۱۴) و ثالثاً احتمال قوی داده می‌شود که علت تعیین قول اعلم از نظر همه یا بیشتر علما، «اصل عملی» باشد که در نتیجه چنین اجماعی فاقد حجیت است (آخوند خراسانی، ۳۹۱/۳).

ب) سیره عقلائییه: سیره و بنای عملی عقلاء بر این است که در هر کاری که نیازمند مراجعه به اهل خبره است، به خبره‌ای مراجعه می‌کنند که نسبت به دیگران دارای مزیت علمی و فضیلت بیشتری باشد و از آنجا که این سیره عقلائییه از طرف شارع ممنوع و رد نشده، مورد تأیید شارع نیز می‌باشد.

- نقد و بررسی: درست است که عقلاء رجوع به اعلم را در هر حال حجت و دارای معذرت می‌دانند به این نحو که حتی در صورت عدم اصابت نظر اعلم با واقع، فرد رجوع کننده به اعلم مورد عتاب قرار نمی‌گیرد که چرا به او رجوع کرده است اما همین سیره عقلائییه امتثال نظر اعلم را در همه موارد دارای حسن و اطمینان‌بخش به حساب نمی‌آورد مثلاً اگر طبیب اعلم برای معالجه بیماری چند عمل جراحی را تجویز و طبیب غیراعلم تنها یک عمل را کافی بداند و در هیچ موردی نیز خطر مرگ در میان نباشد سیره عقلاء لزوماً رأی طبیب اعلم را بر نمی‌گزیند یا اگر فقیه اعلم در یکی از مسائل مربوط به قصاص حکم به قتل بدهد و فقیه غیراعلم حکم به پرداخت دیه، سیره عقلاء لزوماً رأی فقیه اعلم را نمی‌پذیرد. در چنین مواردی، شاید بتوان گفت عقلاء به نظر و رأی که موجب حصول اطمینان شود عمل می‌کنند و اگر اطمینان حاصل نشد بر طبق احتیاط عمل می‌کنند و لذا آنچه به نحو قطعی می‌توانیم در مورد سیره عقلائییه بگوییم این است که رجوع به افضل و اعلم در نزد عقلاء صرفاً ترجیح دارد.

ج) اقربیت به واقع: این دلیل یک قیاس شکل اول است و از یک صغری و کبری تشکیل

شده و آخوند آن را به این صورت تقریر کرده است: صغرا- فتوای اعلم اقرب الی الواقع است. کبرا- هر فتوایی که اقرب الی الواقع باشد، باید اخذ شود و حجت است. نتیجه- فتوای اعلم حجت است و باید اخذ شود و فتوای غیر اعلم حجت نیست (آخوند خراسانی، پیشین).

- نقد و بررسی: در صغرای استدلال مذکور بیان شده که قول اعلم به واقع نزدیک تر است درحالیکه مواردی را می توان در نظر گرفت که لزوماً این گونه نیست (شهید ثانی، مسالک، ۱۳/۳۴۴) مثلاً اگر قول فقیه غیر اعلم کنونی مطابق با اعلم فقهای گذشته باشد یا قول فقیه اعلم در بین فقهای حاضر شاذ تلقی شود، در چنین مواردی نمی توان به راحتی قائل به اقربیت قول اعلم به واقع شد.

همچنین در کبرای استدلال مذکور بیان شده که ملاک حجیت، اقربیت به واقع است درحالیکه چنین ملاکی ثابت نیست بلکه حجیت ملاکات دیگری دارد (آخوند خراسانی، ۳/۳۹۲؛ خوئی، التقیح، ۱/۱۱۸) و از این رو کسب حکم الهی از طریق علوم ممنوعه مانند جفر و رمل (علیرغم اقربیت آنها در برخی موارد) به کلی ممنوع و فاقد حجیت دانسته شده است. (د) استدلال منطقی: اعلم، نسبتش با غیر اعلم، نسبت عالم به جاهل است. رأی جاهل در برابر رأی عالم اعتبار و حجیت ندارد (با توجه به سیره عقلائی و ادله لفظی های که دلالت بر وجوب رجوع به عالم می کند) پس فتوای اعلم حجت است و فتوای غیر اعلم حجت نیست. - نقد و بررسی: در اینکه نسبت اعلم به عالم مانند عالم است به جاهل حقیقت آنست که نه از دید عرف و نه از دید شرع چنین رابطه ای قابل استناد نیست. در عرف به فردی که رأی و نظر دارد اما به قوت شخص دیگر نیست جاهل اطلاق نمی شود بلکه تنها او را در مرتبه ی پایین تری از لحاظ علم تلقی می کنند. مضافاً اینکه قول جاهل به هیچ وجه صلاحیت و شأنیت اتصاف به حجیت را ندارد در حالی که قول غیر اعلم در صورتی که معارض نداشته باشد، حجت است.

ه) استناد به دلایل مشروعیت تقلید: ادله سه گانه ای که برای مشروعیت تقلید اقامه می شود یعنی ادله لفظیه، دلیل انسداد و سیره عقلائی، تعیین رجوع به اعلم را نیز ثابت می کنند. آقای خوئی در تقریر این دلایل بیان می دارند که اطلاقات ادله لفظیه شامل متعارضان نمی شود و لذا رجوع به اعلم و قول اعلم تعیین خواهد یافت زیرا قول غیر اعلم در معارضه با قول اعلم از حجیت ساقط می شود. در مورد سیره عقلائی هم فرمودند بنای عقلاء بر رجوع به اعلم است و دلیل انسداد هم نتیجه اش حجیت مطلق فتوا است لکن از باب قدر متیقن رجوع به فتوای اعلم

می‌شود (خوئی، التنقیح، ۱/ ۱۱۳-۱۱۴).

- نقد و بررسی: در مورد سیره عقلانیه بیان گردید که این سیره صرفاً ترجیح رجوع به اعلم را می‌رساند. در مورد دلیل انسداد نیز می‌توان گفت نتیجه‌ی دلیل انسداد همان طور که خود آقای خوئی فرموده‌اند حجیت فتواست به نحو مطلق و بحث قدر متیقن که ایشان در ادامه به آن استناد کرده‌اند اساساً ارتباطی به دلیل انسداد ندارد و در باب ظن نیز هیچ‌یک از اصولیان به قدر متیقن ظنون استناد نکرده است چراکه قدرت دلیل انسداد تا این نقطه است که حجیت مطلق ظن را اثبات کند و زائد بر آن بر عهده دلیل انسداد نیست. در مورد اطلاعات ادله لفظیه نیز بنابر نظر صاحب کفایه، این اطلاعات صرفاً وجوب تقلید را می‌رساند و قادر به اثبات چیزی بیشتر از اصل تقلید نیست (آخوند خراسانی، ۵۴۲).

(و استدلال روایی: روایات متعددی نظیر مقبوله عمر بن حنظله، روایت داوود ابن حصین، روایت موسی ابن اکیل، عهدنامه امیرالمومنین به مالک اشتر و ... وجود دارد که بر لزوم تقلید اعلم دلالت دارند.

- نقد و بررسی: بحث‌های فروانی در خصوص سند و دلالت احادیث فوق مطرح شده و فی‌الجمله کسانی چون آخوند (آخوند خراسانی، ۳/ ۳۹۱)، خوئی (خوئی، الرأی السدید، ۳۲-۳۵) و امام خمینی بیان داشته‌اند که این احادیث نمی‌تواند حجیت شرعی فتوای اعلم را اثبات کند.

بنابراین همانگونه که اجمالاً مورد بررسی قرار گرفت، معلوم شد که لزوم اتخاذ قول اعلم صرفاً امری عقلانی است و ادله نقلی ارائه شده بر اثبات آن، همگی مورد خدشه قرار گرفته و تضعیف شده‌اند.

بر این اساس برخی از فقهاء و اصولیان معتقد شده‌اند که چون ما دلیل نقلی قابل اعتنائی نداریم که لزوم تقلید اعلم را برای ما اثبات کند (آخوند خراسانی، ۳/ ۳۸۹) (به این معنا که ادله نقلی قاصر از اثبات تعیین تقلید از اعلم است) و صرفاً بنابر حکم عقل می‌توان قائل به رجوع به اعلم بود لذا رجوع به اعلم احتیاطاً واجب است؛ به عبارت دیگر وقتی ما مواجه می‌شویم با اعلم و غیر اعلم اینجا مورد از موارد دوران بین تعیین و تخییر است یعنی امر دائر است بین اینکه از خصوص اعلم تقلید کنیم یا مخیر باشیم بین اعلم و غیر اعلم. در اینجا ابتدا در دوران بین تعیین و تخییر عقل حکم به اصالة التعیین می‌کند و می‌گوید طبق احتمالی که تخییر در آن نیست باید عمل کرد و در گام بعد و بر اساس قاعده اشتغال حکم می‌کند که چون اشتغال

یقینی مستدعی فراغ یقینی است پس احتیاطاً تقلید اعلم لازم است. در بین معاصران، فقهاء بسیاری تقلید اعلم را بنابر احتیاط وجوبی لازم دانسته‌اند (امام خمینی، تحریر، ۶؛ گلپایگانی، مختصر الاحکام، ۳؛ اراکی، المسائل الواضحه، ۶/۱؛ بهجت، جامع المسائل، ۱۴/۱؛ فاضل، الاحکام الواضحه، ۵).

بنابر این و از مجموع ادله و استدلالات مطرح شده می‌توان بیان داشت که تقلید از اعلم یا به نحو وجوب و یا احتیاط واجب، لازم و دارای حجیت است؛ اما این گزاره در زمان تشکیل حکومت اسلامی دارای حاشیه و تعریضی است که در ادامه به آن اشاره خواهد شد.

مفهوم اعلم در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران

با شکل‌گیری نظام جمهوری اسلامی ایران و استقرار اندیشه ولایت فقیه، برخی مفاهیم فقهی که در گذر زمان، به حوزه فقه خصوصی محدود شده بود مورد بازخوانی قرار گرفت و متناسب با فقه سیاسی شیعه، بازسازی شد. یکی از این مفاهیم، مفهوم اعلم و نظریه اعلمیت در تقلید بود. تا پیش از شکل‌گیری نظام جمهوری اسلامی، عمده بحث‌های مربوط به اعلمیت صرفاً کیروی بود به این معنا که همانگونه که اشاره رفت، تمامی هم‌اندیشمندان بر اثبات تعیین فتوای اعلم یا عدم آن معطوف شده بود اما با استقرار نظام حکومتی مبتنی بر فقه و پیدایش افق‌های جدید در این حوزه، بحث صغروی این مسأله نیز پررنگ شد و مورد ارزیابی مجدد و دقیق‌تر قرار گرفت و آن اینکه اساساً اعلم در یک «حکومت اسلامی» کیست و چه ویژگی‌هایی باید داشته باشد و آیا مفهوم معهود در رساله‌های عملیه از اعلم، در حوزه فقه حکومتی نیز کاربرد دارد و یا آنکه باید به دنبال ملاک و معیار دیگری در این حوزه بود.

بر اساس نظر حضرت امام (ره) و برخی شاگردان ایشان و نیز برخی از فقهای معاصر، اعلمیت در زعامت با اعلمیت در فقاہت دارای عموم و خصوص من وجه است به این معنا که نه در زعامت، اعلمیت در همه ابواب فقهی لازم است و نه در مرجعیت، اعلم بودن در اداره شئون جامعه اسلامی. بنابر نظر صریح حضرت امام (ره) «اجتهاد مصطلح در حوزه‌ها کافی نمی‌باشد، بلکه یک فرد اگر اعلم در علوم معهود حوزه‌ها هم باشد ولی نتواند مصلحت جامعه را تشخیص دهد و یا نتواند افراد صالح را از افراد ناصالح تشخیص دهد و به طور کلی در زمینه اجتماعی و سیاسی فاقد بینش صحیح و قدرت تصمیم‌گیری باشد این فرد در مسائل اجتماعی و حکومتی مجتهد نیست و نمی‌تواند زمام جامعه را به دست بگیرد... یک مجتهد باید زیرکی و هوش و فراست و هدایت یک جامعه بزرگ اسلامی و حتی غیراسلامی را داشته

باشد و علاوه بر خلوص و تقوی و زهد که در خود شأن مجتهد است، واقعا مدیر و مدبر باشد...» (امام خمینی، صحیفه نور، ۱۲۹/۲۱ به نقل از ورعی، ۵۶۳)

ایشان در جای دیگری فرموده‌اند: «وضع و شرایط و مقتضیات مرجعیت در وضع فعلی با شرایط مدیریت کشور با هم فرق دارد و آنهایی که در مقام رهبری هستند با آنهایی که در مقام مرجعیت هستند یک جور نیستند...» (ورعی، پیشین)

مقام معظم رهبری نیز برخلاف فقهای گذشته که اعلمیت را صرفا اقوی بودن در استنباط احکام می‌دانستند بیان می‌دارند: «ملاک اعلمیت این است که آن مرجع نسبت به سایر مراجع قدرت بیشتری بر شناخت حکم الهی داشته و بهتر بتواند احکام شرعی را از ادله آن استنباط نماید و همچنین نسبت به اوضاع زمان خود به مقداری که در تشخیص موضوعات احکام و ابراز نظر فقهی مؤثر است آگاه‌تر باشد.» (آیه‌الله خامنه‌ای، اجوبه‌الاستفتائات، ۴)

یکی از شاگردان حضرت امام نیز به صراحت به این نکته اذعان می‌کند که «اعلم در احکام برای تقلید شرط است و اعلم در موضوعات برای ولایت.» (مکارم، انوارالفقاهه (کتاب‌البیع)، ۴۷۴)

شاگرد دیگر ایشان در این مقام بیان داشته است: «فالأعلم، الأبصر بالاحکام الکلیه و بالموضوعات و ماهیه الحوادث الواقعه و الظروف المحیطه و مسائل العصر» (منتظری، دراسات فی ولایة الفقیه، ۳۰۸/۱) یعنی: پس همانا اعلم کسی است که بر احکام کلیه و به موضوعات و نیز اوضاع زمانه و شرایط مکانی و زمانی دانایتر باشد.

همچنین یکی دیگر از فقهای معاصر معتقد است مقصود از اعلمیت، اعلمیت درخصوص علم فقه نیست بلکه مراد اینست که رهبر باید با توجه به مجموعه شرایط لازم برای رهبری مانند علم فقه، علم به موضوعات برای اجرای احکام الهی، دانش سیاسی و اجتماعی و ... اعلم باشد یعنی اعلمیت من حیث المجموع. (حائری، شرط اعلمیت در رهبری، حکومت اسلامی، ۱۸۵/۲)

اما درخصوص مبنای فقهی چنین دیدگاهی در شورای بازننگری قانون اساسی بررسی نسبتا مفصلی صورت گرفته و اینگونه نتیجه‌گیری شده است که «اولا مبنای تقلید، رجوع جاهل به عالم است و چنین سیره‌ای بین عقلاء [قطعی] نیست که حتما به اعلم مراجعه کنند و ثانيا اگر هم اعلمیت یکی از شرایط مرجع تقلید باشد در ولایت فقیه چنین شرطی نیست چون ادله ولایت فقیه غیر از ادله اجتهاد و تقلید است و ثالثا اعلمیت در مرجع تقلید با اعلمیت در

رهبری تفاوت دارد به این معنا که در مرجع، اعلمیت در علوم رایج حوزه‌ها منظور است ولی در رهبری افزون بر آن باید در موضوعات سیاسی - اجتماعی نیز اعلم باشد». (یزدی، هاشمیان، مشکینی، مشروح مذاکرات بازرنگری، به نقل از ورعی، ۵۶۵)

به بیان دیگر «مسأله اعلمیت، عقلی است و روایات مربوطه هم ارشاد به حکم عقل است. بحث و جوب تقلید از اعلم هم همیشه بین فقهاء اختلاف بوده و هیچگاه انفاقی نبوده است اما مسأله رهبری غیر از مرجعیت تقلید است. درباره رهبری نمی‌توان به ادله مربوط به اجتهاد و تقلید مراجعه کرد ... اگر دلیل عقلی در اینجا هم قابل استناد باشد اعلم در جمیع جهات دخیله در رهبری را اثبات می‌کند یعنی در مدیریت قوی‌تر، در آشنایی با مسائل زمان قوی‌تر، در صراحت و قدرت تصمیم‌گیری تواناتر». (یزدی، به نقل از ورعی، پیشین)

البته این تفاوت نگرش و بازآفرینی مفهوم اعلمیت را هرچند باید از برکات تشکیل نظام جمهوری اسلامی دانست اما فقهای گذشته نیز از آن غافل نبوده و به نوعی به آن اشاراتی داشته‌اند به عنوان مثال مرحوم سیدکاظم یزدی صاحب عروه می‌فرماید: «لا يعتبر الاعلمیه فیما امره راجع الی المجتهد الا فی التقليد و اما الولایه علی الأیتام و المجانین و الاوقاف الی لا متولی لها و الوصایا الی لا وصی لها و نحو ذالک فلا يعتبر فیها الاعلمیه.» (صاحب عروه، ۱/ ۲۵) یعنی: مسأله اعلمیت در اموری که به مجتهد مربوط می‌شود تنها در مورد تقلید معتبر است اما در خصوص ولایت بر ایتام و مجانین و اوقافی که متولی ندارند و وصایای بدون وصی و مانند این‌ها، اعلمیت ملاک نیست. بر این اساس فقهای گذشته با وجود آنکه تصور تشکیل حکومتی که یک فقیه در رأس آن قرار داشته باشد را نداشتند اما در مسائل اجتماعی جامعه مسلمین تصریح به این داشتند که صرف اعلمیت به هیچوجه شرط تصرف نیست و صرفاً در مسائل فردی و حوزه خصوصی، اعلمیت معهود ملاک است و حتی آقای حکیم در حاشیه این کلام سید در عروه، ادعای اجماع در این مورد را کرده است (حکیم، مستمسک عروه، ۱/ ۱۰۶).

چنین عقیده‌ای علاوه بر کتب فقهی، در رویه فقهای گذشته نیز قابل ملاحظه است. به عنوان مثال نقل شده است که وقتی صاحب جواهر، شیخ انصاری را که همگان به اعلمیت او باور داشتند به عنوان اعلم بعد از خود تعیین کرد، شیخ فرمود صاحب جواهر مرا طبق عقیده خود به این عنوان معرفی نموده است و من معتقدم سعید العلمای بابلی مازندرانی از من اعلم است و بایستی او زمام زعامت و مرجعیت را به دست گیرد و لذا نامه‌ای مشروح به سعید

العلماء نوشت و نظر خود را اظهار داشت و از او خواست تصدی زعامت مسلمین را به عهده گیرد. سعید العلماء در پاسخ شیخ نوشت که من فعلا کفایت این امر را ندارم و شما بدان سزاوارترید و به حق تعیین شده‌اید. به این ترتیب از آنجا که شیخ انصاری در اداره امور جامعه مسلمین توانا تر می‌نمود، زعامت جامعه اسلامی را عهده‌دار شد (جناتی، سیر تاریخ تقلید از اعلم، کیهان اندیشه، ۶/ ۲۹).

بنابراین معلوم شد که در یک حکومت اسلامی، اعلم کسی است که در شناخت موضوعات و اداره شئون جامعه اسلامی خبره‌تر باشد و نه آنکه صرفاً از قوه استنباط قوی‌تری در احکام و اصول برخوردار باشد. شناخت چنین اعلمی نیز نه با شهادت صرفاً دو نفر بلکه با شهادت مجلسی از خبرگان و فقهای جامعه اسلامی صورت می‌گیرد.

اما با این وجود در رویه جاری نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران چنین امری مشاهده نمی‌شود که کلیه قوانین و مقررات کشور به طور کامل منطبق با آراء فقیه اعلم (حاکم جامعه اسلامی) تدوین شود. تبیین و توجیه این رویه نیازمند دقت در سازوکارهای مندرج در قانون اساسی است که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

دیدگاه فقیه حاکم (اعلم) در خصوص سازوکار قانونگذاری در جمهوری اسلامی

ایران

بیان شد که فقیه اعلم در حوزه اجتماعی همان فقیه حاکم است (که جمعی از خبرگان و فقهای اسلام به اعلمیت او رأی داده‌اند) و فقیه حاکم نیز کسی است که ولایت مطلقه امر و امامت امت را بر عهده دارد و مشروعیت بخش نهادها و قوانین در جامعه اسلامی است. در مشروح مذاکرات بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران برخی اعضا در بحث پیرامون اصل چهارم قانون اساسی چنین ابراز داشته‌اند که «... با فرمان امام است که بسیاری از تصرفات حکومت، مشروعیت پیدا می‌کند، گمرک، مالیات و عوارض، بدون صلاحدید امام که اخذ آن را به مصلحت مسلمین و مخارج مملکت صلاح بداند حرام است. در عین حال فقیه با دیگران مشورت می‌کند، مجلس شورای ملی چنین جایگاهی دارد. مصوبات مجلس بدون تأیید فقیه برای مردم لازم‌الاتباع نیست چون تا مهر تأیید فقیه بر آن نباشد آن را حکم خدا ندانسته و اطاعتش را لازم نمی‌شمارند» (مشروح مذاکرات، ۹۴۳-۹۴۴). در همین زمینه استفتائی از مقام معظم رهبری انجام شده که ایشان در پاسخ بیان 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.» (خامنه‌ای، اجوبه‌الاستفتائات، ۱۱)

اما در این میان این سؤال مطرح می‌شود که آیا برای آنکه قوانین برای همه مردم لازم‌الاتباع شود مجلس باید آن‌ها را بر اساس «فتوای» فقیه حاکم تدوین و تصویب نماید و فقهای شورای نگهبان هم که منصوب رهبری هستند در واقع وکیل ایشان در نظارت بر قوانین‌اند و باید بنابر نظر و رأی موکل خود انجام وظیفه نمایند؟ (جوادی آملی، ولایت فقیه، ۲۰۸) و آیا در چنین صورتی جایگاه مجلس و شورای نگهبان به یک جایگاه تشریفاتی تنزل نخواهد یافت؟

در پاسخ باید گفت که مشروعیت کلیه قوانین و مقررات در جامعه اسلامی و لازم‌الاتباع بودن آن‌ها برای کلیه افراد، تنها منحصر به این نیست که کلیه این قوانین بنابر «فتوای» فقیه حاکم تدوین شود بلکه اگر فقیه حاکم، «حکم» به لزوم تبعیت از یک مرجع یا نهاد یا مکانیسم مشخصی بدهد و یا آنکه فتوا به جواز رجوع به غیر اعلم در حوزه عمومی بدهد، به خاطر این حکم و فتوا، همه افراد جامعه اسلامی (و حتی فقها و مراجع تقلید) شرعاً مکلف به پیروی می‌شوند. ولی فقیه با تأیید و التزام عملی به قانون اساسی در واقع، «حکم» به لزوم پیروی از مکانیسم‌های آن داده است و لذا بر کلیه افراد لازم است از آن پیروی کنند.

نتیجه آنکه در نظام جمهوری اسلامی ایران «نظر ولی امر مسلمین در مسائل مرتبط با اداره کشور» بر پیروی از مکانیسم‌های مندرج در قانون اساسی قرار گرفته و ایشان با تأیید و التزام عملی به این قانون، سازوکارهای موجود در آن را مشروعیت بخشیده‌اند. این سازوکارها در دو سطح «عادی» و «فوق‌العاده» یا غیرعادی قابل شناسایی است.

سازوکارهای فوق‌العاده در زمانی است که ولی فقیه، پیروی از سازوکارهای عادی را به مصلحت جامعه نمی‌بیند یا آن را باعث بروز معضلاتی برای نظام اسلامی تشخیص می‌دهد و لذا می‌تواند مبادرت به صدور «حکم» خاص در یک زمینه معین نماید (ارسطا، ۳۱۰ و ۳۱۳-۳۲۰). در چنین مواردی هم مجلس شورای اسلامی و هم فقهای شورای نگهبان مکلف به پیروی از نظر ولی فقیه هستند چرا که این نظر، هم «در مسائل مرتبط با اداره کشور اسلامی» صادر شده و مصداق حکم حکومتی است که برای کلیه افراد «لازم‌الاتباع» است و هیچ فقیهی حق مزاحمت با آن را ندارد (امام خمینی، کتاب‌البیع، ۱۱۱-۱۱۲) و هم اینکه از فقیه اعلم در حوزه عمومی صادر شده است و مشمول ادله لزوم تقلید اعلم می‌شود.

سازوکارهای عادی قانون اساسی نیز عبارتست از گردش کار جاری امور بدون دخالت

مستقیم ولی فقیه در فرآیندهای مرتبط با آن موضوع. در این حوزه، مجلس شورای اسلامی می‌تواند از بین جایگزین‌های مختلف اجتهادی حق انتخاب داشته باشد و فقهای شورای نگهبان نیز با تحلیلی که در ادامه می‌آید مکلف‌اند نظر اجتهادی خود را اعمال نمایند. تفصیل این سازوکارها بدین شرح است:

آ- مجلس شورای اسلامی و اتخاذ هر فتوای معتبر فقهی

همانگونه که بیان شد مجلس شورای اسلامی می‌تواند در فقدان نظر خاص ولی فقیه و یا اذن وی به رجوع به دیگر نظرات فقهی، به نظر دیگر فقها رجوع کند. چنین رویکردی که قوه مقننه بتواند از هر فتوای معتبر فقهی در قانون‌گذاری بهره بگیرد در قوانین برخی کشورهای اسلامی از جمله در قانون مدنی و احوال شخصیه کویت نیز مشاهده می‌شود (مهرپور، ضرورت تحول در قانون‌گذاری، نامه مفید، ۲/ ۱۱۰).

برخی صاحب‌نظران نیز 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 به صورت قانون ابلاغ نماید و در اینصورت، شرط «عدم مخالفت با موازین اسلامی» که در قانون اساسی بیان شده نیز محقق خواهد شد (جتتی، حکومت اسلامی و قانون‌گذاری، ۱۰).

همچنین یکی دیگر از نویسندگان در این باب می‌گوید: «... نکته‌ای که باید در انتخاب یک فتوا مورد توجه قرارگیرد 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 جامع‌الشرایط موافق باشد اگرچه آن فتوا مخالف نظر مشهور فقها باشد برای اسلامی بودن کافی است و می‌توان آن را مبنای عمل قرار داد.» (شفیعی سروستانی، فقه و قانون‌گذاری، ۲۳۳)

شهید صدر نیز در پاسخ به نامه برخی علمای لبنان در خصوص جمهوری اسلامی و در ضمن تبیین قانون‌گذاری در جمهوری اسلامی بیان می‌دارد: «در احکامی که مجتهدان بر اساس اجتهاد مشروع، چند رأی مختلف دارند، قوه مقننه در برگزیدن یکی از آن‌ها بر اساس مصلحت جامعه آزاد است.» (سیدمحمدباقر صدر، جمهوری اسلامی، ۱۶) البته پر واضح است که این نظریه شهید صدر مبتنی بر پیش‌فرض‌های قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و تفویض این

اختیار از سوی فقیه حاکم است چراکه ایشان در کتاب اقتصادنا تصریح می‌کنند که پر کردن حوزه مباحث باید از طرف اولی‌الامر باشد (صدر، اقتصادنا، ۶۸۹-۶۹۱). چنین تعلیل و تبیینی را می‌توان در نگاه شاگردان برجسته شهید صدر با صراحت بیشتری مشاهده کرد: «... 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 و تو 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 مسؤلیت آن هم از خود امر ولی فقیه است.» (حائری، سیاست و حکومت، فصلنامه علوم سیاسی، ۱/ ۹-۱۵)

در مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی و از سؤال و جوابی که بین یکی از اعضای این مجلس و نایب‌رئیس آن صورت گرفته می‌توان اینگونه استنباط کرد که تلقی مجلس خبرگان قانون اساسی نیز بر این امر بوده است که مجلس شورای اسلامی می‌تواند هر فتوای معتبر فقهی را در تدوین قوانین ملاک قرار دهد و لزومی به تبعیت از یک فتوای خاص ندارد.

ب- فقهای شورای نگهبان و اعتبار فتوای خود آنها

همانگونه که بیان شد در مواردی که ولی فقیه، حکم خاص و الزام‌آوری را ابراز نداشته‌اند، مکانیسم‌های متداول قانون اساسی مورد اجرا قرار خواهد گرفت؛ اما در اینکه این مکانیسم‌ها درخصوص نظارت فقهای شورای نگهبان بر مصوبات مجلس به چه طریقی صورت می‌گیرد، بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد به این نحو که برخی معتقدند با توجه به منابع حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، فتوای خود فقهای شورای نگهبان ملاک است و برخی دیگر معتقدند که وظیفه فقهای شورای نگهبان این است که در صورت وجود حتی یک فتوای معتبر فقهی در تأیید مصوبه مجلس شورای اسلامی، آن مصوبه را مطابق با شرع اعلام نمایند.

- ادله موافقان حجیت فتوای خود فقهای شورای نگهبان: قائلان به حجیت نظر فقهی خود

فقهای شورای نگهبان در اثبات ادعای خود به این دلایل تمسک جسته‌اند:

آ) 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 ۹۱ آمده برای فقهای شورای

نگهبان قرار داده شود چرا که صرف انطباق یک مصوبه با اجماع فقهاء یا نظر مشهور یا احتیاط و ... از عهده افراد فاضل و متتبع که در حد اجتهاد و افتاء هم نباشند بر می آید (مهرپور، مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۰۸/۲).

ب) در مشروح مذاکرات قانون اساسی به صراحت بیان شده است که ملاک، فتوای خود فقهای شورای نگهبان است (مشروح مذاکرات، ۹۶۳/۲).

ج) 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 بطور نظر فتوایی با فقهاء شورای نگهبان است» (مهرپور، پیشین).

د) از دیدگاه فقهی، پیروی از نظر فقهی مجتهد دیگر برای فردی که دارای ملکه اجتهاد است جائز نیست. هم به حکم عقل و هم به حکم سیره و به هم مقتضای ادله نقلیه. بنابر حکم عقل، با توجه به اینکه فرد مجتهد، متمکن از استنباط احکام از ادله است و می‌تواند حکم مسئله مورد نیازش را خودش استخراج نماید، برای عقل با رجوع به فتوای غیر، یقین به فراغ ذمه حاصل نمی‌شود.

از نظر سیره عقلا و سیره متشرعه نیز کسی که خود در یک موضوع صاحب‌نظر است به نظر دیگری عمل نمی‌کند زیرا بنای عقلاء بر رجوع جاهل به عالم است و نه عالم به عالم و اگر کسی که تمکن از علم دارد به دیگری رجوع نماید و اتفاقاً نظر دیگری مخالف واقع در بیاید، فرد رجوع‌کننده مورد مذمت عقلا قرار خواهد گرفت.

با توجه به ادله نقلی و به ویژه ادله لفظیه جواز تقلید نیز قطعاً چنین شخصی از شمول این ادله خارج است و نمی‌تواند به دیگری مراجعه نماید (مرتضوی لنگرودی، ۳۹) زیرا ادله تقلید شامل کسی که متمکن از تحصیل علم به احکام است نمی‌شود و مختص کسی است که جاهل به احکام است و تمکن از تحصیل علم به احکام هم ندارد.

- ادله مخالفان حجیت فتوای فقهای شورای نگهبان: در مقابل، برخی معتقدند فقهای شورای نگهبان تنها مکلف‌اند که وجود یک فتوای معتبر فقهی در زمینه مصوبه مورد نظر را احراز نمایند و نه اینکه مبادرت به کار اجتهادی نمایند. ادله و مستندات این گروه به این شرح است:

آ) قانون اساسی وظیفه «تشخیص عدم مغایرت» را بر عهده فقهای شورای نگهبان قرار داده

و «تشخیص» غیر از «استنباط» است (کدیور، شرع شورای نگهبان در برابر قانون مجلس، مجله آفتاب، ۲۹) به این معنا که اجتهاد کردن بر اساس منابع معتبر را استنباط می‌گویند اما تشخیص صرفاً این است که امری را بر امر دیگر تطبیق داده و انطباق یا عدم انطباق آن را به دست آورند.

ب) در غیر از اصل ۹۴، 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 مدنظر قانون‌گذاران نبوده است چراکه در مورد هر مسأله‌ای که به فقهای شورای نگهبان ارجاع می‌شود، اگر نظر فقهی خود آن‌ها ملاک باشد، آن‌ها می‌توانند با کار اجتهادی در آن موضوع، فتوای 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 موظف‌اند با امور مشابه و اصول کلی مندرج در منابع، به «عدم مغایرت» آن موضوع با اصول کلی رای دهند (کدیور، پیشین).

ج) رویه عملی شورای نگهبان نشان می‌دهد این شورا در موارد متعددی، حکم یک موضوع را از رهبری استفتاء می‌کرده و لذا اینگونه به نظر می‌رسد که خود فقها نیز تمایل به این نظر نداشته‌اند که نظر فقهی خود آن‌ها ملاک قرار بگیرد.

د) با وجود آنکه رجوع فرد مجتهد به مجتهد دیگر از سوی بسیاری از فقها رد شده است (شهید اول، الذکری، ۱۷۱/۲) اما در عین حال تفکیک و تفصیلی که برخی فقهاء، بین مجتهدی که احکام را استنباط کرده و مجتهدی که ملکه و قدرت استنباط را دارد اما هنوز مبادرت به استنباط احکام نکرده در این مقام می‌تواند راهگشا باشد. توضیح آنکه درست است که فقهای شورای نگهبان به درجه اجتهاد رسیده‌اند اما از آنجا که عمدتاً از مراجع تقلید نیستند تا سابقاً بر روی موضوعات مورد نظر به مذاقه پرداخته و نظر فقهی خود را با توجه به ادله استخراج کرده باشند لذا بنابر نظر برخی فقهاء (محقق حلی، معارج‌الاصول، ۲۰۲) در مسائلی که هنوز به استنباط نپرداخته‌اند می‌توانند به مجتهد دیگر رجوع کنند.

دلیلی که بر این نظر اقامه شده است این است که: مکلف در بدو امر مخیر بین اجتهاد، تقلید و احتیاط بوده است و از دیدگاه شارع هیچیک از این سه راه بر دیگری رجحان و برتری

نداشته به این معنا که هیچ تقدیمی در اجتهاد نسبت به دو قسم دیگر متصور نبوده است. حال که شک در این است که آیا برای شخصی که ملکه استنباط همه احکام را دارد نیز این حالت سابق همچنان وجود دارد و این شخص می‌تواند همان تخییری که در بدو امر برای او ثابت بوده است را واجد باشد یا اینکه باید او را با توجه به ادله منع تقلید عالم، از شمول خطابات مربوطه مستثنا کرد، ظاهر آنست که با توجه به استصحاب وضع سابق، جواز تقلید چنین فردی همچنان به قوت خود باقی خواهد بود. البته ممکن است این اشکال مطرح شود که چنین شخصی متمکن از تحصیل علم و استنباط است و چون صدق عالم بر او می‌شود، لذا اجتهاد برای او تعیین می‌یابد و نه تخییر بین اجتهاد یا تقلید اما باید توجه داشت که به صرف قدرت بر استنباط و داشتن ملکه، عنوان عالم بر او صادق نخواهد بود چراکه مقصود از «عالم» در ادله منع تقلید عالم، «عالم به احکام» است و نه عالم به مبادی و راههای استنباط احکام و ادله لفظیه (خوئی، التنیح، ۱/ ۱۹).

- نقد و بررسی: در نقد استدلال‌های مخالفان 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 (اسماعیلی، تقریرات) و لذا استدلال‌های لفظی مخالفان، نمی‌تواند چندان مورد قبول باشد.

همچنین استناد به چند مورد استثناء در استفتای فقهای شورای نگهبان از رهبری در مقابل رویه مسلم و مستمر این شورا در اجتهاد و نظر صریحشان در این خصوص قابل توجه نمی‌نمایاند و آن موارد استثناء را باید حمل بر وجود مصالحی در نظام اسلامی دانست.

ادله و بررسی فقهی مطرح شده نیز هرچند بدون اشکال و پذیرفتنی می‌نمایاند اما اولاً مخالف نظر و رأی قاطبه فقهای معاصر است و ثانیاً اینکه صرفاً جواز رجوع آن‌ها به فتوای فقیه دیگری را نشان می‌دهد و لذا اگر ادله حقوقی موافقان را بپذیریم، فقهای شورای نگهبان مکلف خواهند بود که در این زمینه قوه استنباط خود را بکار گیرند و نه آنکه به نظر فقهای دیگر استناد کنند؛ به عبارت دیگر هرچند رجوع فقهای شورای نگهبان به فتوای فقهای دیگر از نظر فقهی بلامانع باشد اما از آنجا که حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران آن‌ها را مکلف به رجوع به فتوای خودشان می‌داند، لذا رجوع به نظر فقهی خودشان (به جز در مواردی که فقیه حاکم مبادرت به صدور «حکم» می‌نماید) تعیین می‌یابد.

نتیجتاً می‌توان گفت که فقهای شورای نگهبان مکلف‌اند در بررسی مصوبات مجلس

شورای اسلامی نظر فقهی خود را ملاک قرار دهند و بر مبنای آن به تشخیص مطابقت یا عدم مغایرت آن مصوبه با موازین اسلامی مبادرت ورزند.

بدین ترتیب اولاً در موضوعاتی که ولی فقیه حکم صریح و الزامی ارائه کرده‌اند هم مجلس شورای اسلامی و هم شورای نگهبان مکلف‌اند از این نظر تبعیت کنند و فقهای شورای نگهبان باید مصوبه مجلس را که مغایر با نظر الزامی ولی فقیه تدوین و تصویب شده مغایر با شرع اعلام نمایند هرچند نظر فقهی خود اعضای شورای نگهبان نیز منطبق بر مصوبه مجلس شورای اسلامی باشد. ثانیاً در موضوعات و حوزه‌هایی که ولی فقیه حکم الزامی و مشخصی ارائه نکرده‌اند یا فتوا به جواز رجوع به فقهای دیگر داده‌اند مجلس شورای اسلامی می‌تواند از هر نظر فقهی معتبری پیروی نماید و مصوبات خود را بر آن مبتنی سازد و به عبارت دیگر مجلس می‌تواند با توجه به مصالحی که تشخیص می‌دهد بین جایگزین‌های مختلف اجتهادی، یکی را برگزیند. ثالثاً فقهای شورای نگهبان به علت واجدیت ملکه اجتهاد و برخورداری از مقام فقاها و ولایت افتاء، مکلف‌اند در هر مورد به نظر فقهی خود رجوع کنند و اساساً تقلید آن‌ها از نظر فقهی (و نه حکم) دیگر مجتهدان (ولو اعلم از آنها باشند) جایز نیست (امام خمینی، کتاب البیع، ۱۱۱) و لذا ملاک و معیار اولیه اینست که آن‌ها به نظر اجتهادی خود رجوع کنند؛ و رابعاً اینکه ممکن است این ابهام مطرح شود که چگونه برای انطباق قوانین بر موازین اسلامی، برای مجلس و شورای نگهبان، دو معیار متفاوت قرار می‌گیرد و حال آنکه قرار است یک امر واحد محقق شود. پاسخ این ابهام در این نکته است که فقهای شورای نگهبان در واقع مستندات فقهی آن فتوایی را که مجلس به عنوان مبنای قانون برگزیده است مورد توجه قرار داده و بررسی می‌کند که آیا این فتوا، از مجاری صحیح و با مقدمات متقنی صادر شده است یا خیر. اگر پاسخ فقهای شورای نگهبان به این سؤال مثبت باشد بدین معناست که نظر فقهی خود آن‌ها نیز بر چنین امری تحقق گرفته و لذا به نظر فقهی خودشان عمل کرده‌اند و اگر پاسخ منفی باشد، باز آن‌ها به نظر فقهی خود عمل کرده‌اند و در عین حال اعلام می‌نمایند که مجلس، از وظیفه خود که پیروی از یکی از فتاوی «معتبر» فقهی است عدول کرده و یک فتوای غیرمعتبر را به عنوان مبنای قانون برگزیده است.

نتیجه‌گیری

۱. در اصول متعدد قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقرر شده که قانونگذاری باید بر

اساس احکام و موازین اسلامی صورت بگیرد. اصل چهارم قانون اساسی، «مرجع انجام» این مقرر قانونی را مجلس شورای اسلامی و «مرجع نظارت» بر آن را فقهای شورای نگهبان قرار داده است. اختلاف استنباطها و فتوای شرعی، این ابهام را در حقوق اساسی ایران به وجود آورده است که مجلس شورای اسلامی و فقهای شورای نگهبان بر چه اساس و معیاری باید مطابقت با موازین اسلامی را محقق کنند؟ با توجه به پیش فرض‌هایی که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تعبیه شده و با عنایت به مبنای اسلامی نظام، می‌توان احتمالات ممکن در این زمینه را عبارت دانست از فتوای مطابق با مشهور فقهاء، فتوای مطابق با احتیاط، فتوای فقیه اعلم، هر فتوای معتبری که با مصالح جامعه اسلامی هماهنگ‌تر است، فتوای خودِ فقهای شورای نگهبان و فتوای فقیه حاکم.

۲. در بازنگری قانون اساسی در سال ۱۳۶۸ تلقی نوینی از نظریه اعلیت ارائه شد و این نظریه با توجه به مؤلفه‌های فقه حکومتی مورد بازسازی و بازخوانی قرار گرفت. بر این اساس، همانگونه که تقلید از فقیه اعلم در مسائل فردی تعیین دارد و وی با شهادت دو انسان عادل قابل شناسایی است، تقلید از فقیه اعلم در اداره جامعه اسلامی نیز تعیین دارد و با شهادت مجلسی از خبرگان دینی جامعه اسلامی می‌توان چنین فقیه‌ی را مورد شناسایی قرار داد.

۳. در خصوص فتوای معیار در قانون‌گذاری، می‌توان گفت نظر فقیه حاکم در جمهوری اسلامی ایران بر این تعلق گرفته که سازوکارهای از پیش تعیین شده قانون اساسی ملاک عمل قرار بگیرد. بر اساس این سازوکارها، مجلس شورای اسلامی می‌تواند در قانونگذاری‌های خود از هر نظر فقهی معتبر استفاده کرده و هرکدام از این جایگزین‌های اجتهادی را که نزدیک‌تر به مصلحت جامعه اسلامی تشخیص داد به عنوان مبنای قانون برگزیند و بدینوسیله وظیفه خود را در لزوم ابتدای قوانین بر شرع به انجام رسانیده است. فقهای شورای نگهبان نیز مکلف‌اند با کار اجتهادی خود، مبنای فقهی مورد استناد مجلس شورای اسلامی را بررسی نموده و در صورت صحیح و معتبر دانستن آن، آن را مورد تأیید قرار دهند. در اینصورت می‌توان گفت این فقها، نظر و فتوای خود را منطبق بر فتوای مورد استناد مجلس دانسته و با توجه به فتوای خود، آن مصوبه را مورد تأیید قرار داده‌اند. در صورتی هم که فقهای شورای نگهبان، فتوای مورد استناد مجلس شورای اسلامی را معتبر و در مجاری صحیح اجتهادی تشخیص ندهند بر اساس «تشخیص» خود، آن مصوبه را خلاف موازین اسلامی اعلام خواهند نمود.

۴. بی‌تردید در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مجلس شورای اسلامی و فقهای

شورای نگهبان مآذون به انجام ترتیباتی هستند که در فوق به آن‌ها اشاره رفت و در عین حال با توجه به بند هشت اصل یکصد و دهم فقیه حاکم می‌تواند در موارد مقتضی که سازوکارهای موجود، مصالح جامعه اسلامی را تأمین نمی‌کند یا حتی آن‌ها را تهدید می‌نماید، با صدور «حکم» حکومتی، هم مجلس شورای اسلامی و هم فقهای شورای نگهبان را ملزم به پیروی از نظر خاصی نماید.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۲ ق.
- _____، *کفایة الاصول*، ترجمه محمد مسعود عباسی، قم، انتشارات دارالفکر، چاپ اول ۱۳۸۶.
- آشتیانی، محمد حسن بن جعفر، *بحر الفوائد فی شرح الفرائد*، ذوی القربی، چاپ اول ۱۴۳۰ ق.
- ارسطا، محمد جواد، *نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران*، قم، بوستان کتاب، ۱۳۸۹.
- اسماعیلی، محسن، *تقریرات درس حقوق اساسی ایران*، دانشگاه امام صادق ع، ۱۳۸۷.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *الاجتهاد و التقليد*، کتابفروشی امید، چاپ اول ۱۴۰۴ ق.
- _____، *فرائد الاصول*، قم، مؤسسه دار الکتاب، ۱۳۷۷.
- بروجردی، حسین، *نهایة الاصول* (تقریرات)، انتشارات ایران، قم، ۱۳۷۵.
- جناتی، محمد ابراهیم، *منابع اجتهاد از دیدگاه مذاهب اسلامی*، بی‌جا، بی‌تا.
- _____، «سیر تاریخی تقلید از اعلم»، کیهان اندیشه، ش ۲۹.
- جنتی، احمد، *حکومت اسلامی و قانون‌گذاری*، سازمان تبلیغات اسلامی، سومین کنفرانس اندیشه اسلامی، ۱۳۶۳.
- جوادی آملی، عبدالله، *ولایت فقیه: ولایت فقاها و عدالت*، مرکز نشر اسراء، چاپ اول ۱۳۷۸.
- حائری، کاظم، «سیاست و حکومت»، فصلنامه علوم سیاسی، سال اول، شماره ۱، ۱۳۷۷.
- _____، «شرط اعلمیت در رهبری»، تنظیم از سید مفیدالدین حسینی، حکومت اسلامی، سال سوم، ش ۲.
- _____، *بنیان حکومت در اسلام* (اساس الحکومة الاسلامیه)، وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول ۱۳۶۴.
- حجت کوه‌کمره‌ای، محمد، *کتاب البیع* (الملحق)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ق.

- حسینی سیستانی، علی، *رساله توضیح المسائل*، چاپ اول ۱۳۷۳.
- حسینی شیرازی، محمد، *الفقه، القانون*، بیروت، مرکز الرسول الأعظم (ص) للتحقیق و النشر، چاپ دوم، ۱۴۱۹ ق.
- حکیم، محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، مؤسسة دارالتفسیر، قم، چاپ اول ۱۴۱۶ ق.
- خامنه‌ای، علی، *اجوبه الاستفتائات*، سازمان تبلیغات اسلامی، چاپ اول ۱۳۸۹.
- _____، *تحریر المسائل*، کویت، دارالنبأ، چاپ دوم، ۱۴۲۸ ق.
- خمینی، روح‌الله، *انوار الهدایة فی تعلیقات علی کفایة*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۴۱۳ ق.
- _____، *تحریر الوسیله*، بی‌جا.
- _____، *تهذیب الأصول* (تقریرات)، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، تهران، ۱۳۸۲.
- _____، *کتاب البیع*، ترجمه مبحث ولایت فقیه (شئون و اختیارات ولی فقیه)، وزارت ارشاد اسلامی، اول ۱۳۶۵.
- خوئی، ابوالقاسم، *التنقیح فی شرح العروة الوثقی*، الجزء الاول: التقليد، مؤسسه إحياء آثار الإمام خوئی، قم، ۱۴۱۸ ق.
- _____، *الرأی السدید فی الاجتهاد و التقليد و الاحتیاط و القضاء*، مقرر: غلامرضا عرفانیان، نجف، اول ۱۳۸۶ ق.
- شفیعی سروستانی، ابراهیم، *فقه و قانونگذاری*، مؤسسه فرهنگی طها، قم، چاپ اول ۱۳۸۱.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *مسالك الأفهام الی تنقیح شرایع الاسلام*، مؤسسه المعارف الاسلامیه، الاولى، ۱۴۱۸ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *ذکر الشیعة فی احکام الشریعة*، بصیرتی، قم، بی‌تا.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، چاپ هفتم، بی‌تا.
- صدر، محمد باقر، *اقتصادنا، المجمع العلمی للشهید الصدر*، چاپ دوم، ۱۴۰۸
- _____، *جمهوری اسلامی*، ترجمه سید جعفر حجت، انتشارات روزبه، بی‌تا
- صرامی، سیف‌الله، *منابع قانونگذاری در اسلام*، بوستان کتاب، قم، چاپ اول ۱۳۸۲
- صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ اول ۱۳۶۴.
- طباطبایی، محمدحسین، *المیزان فی تفسیر القرآن*، ترجمه موسوی همدانی، سید محمد باقر، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، پنجم، ۱۳۷۴.

علم‌الهدی، علی بن حسین، *الذریعة الى الأصول الشریعة*، با تصحیح و مقدمه و تعلیقات ابوالقاسم گرجی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۸.

فاضل موحدی لنکرانی، محمد، *تفصیل الشریعة فی شرح تحریرالوسیله* (الاجتهاد و التقلید)، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دوم، ۱۴۱۴ ق.

_____، *درس خارج فقه*، جلسات سی و چهارم تا سی و هفتم، ۱۳۸۹

کلدیور، محسن، «*شرح شورای نگهبان در برابر قانون مجلس*»، مجله آفتاب، شماره ۲۹.

محقق حلی، جعفر بن حسن، *معارض الاصول*، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، چاپ اول ۱۴۰۳ ق.
محقق داماد، مصطفی، *مباحثی از اصول فقه (دفتر دوم)*، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ نهم، ۱۳۷۹.

محقق کرکی، علی بن حسین، *رسائل*، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، قم، چاپ اول ۱۴۰۹ ق.

مرتضوی لنگرودی، محمد حسن، *الدر النضید فی الاجتهاد و الاحتیاط و التقلید* (حاشیه‌ای بر عروة‌الوثقی سید محمد کاظم طباطبائی یزدی)، مؤسسه انصاریان، قم، چاپ اول ۱۴۱۲ ق.
مصباح یزدی، محمد تقی، *مردم‌سالاری دینی و نظریه ولایت فقیه*، به کوشش محمدجواد نوروزی، انتشارات مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی، چاپ پنجم، ۱۳۸۹.

_____، *نظام سیاسی اسلام* (سلسله دروس اندیشه‌های بنیادین اسلامی)، به کوشش محمدجواد نوروزی، انتشارات مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی، چاپ دوم، ۱۳۸۰.
مکارم شیرازی، ناصر، *انوارالفقاهه* (جزء الاول: کتاب البیع)، مدرسه امام امیرالمؤمنین، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.

_____، *تفسیر نمونه*، دار الکتب الإسلامیة، چاپ اول ۱۳۷۴.

منتظری، حسینعلی، *دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامیة*، المركز العالمی للدراسات الاسلامیة، الاولى، ۱۴۰۸ ق.

مهرپور، حسین، «*ضرورت تحول در قانونگذاری*»، *نامه مفید*، سال اول، ش ۲، ۱۳۷۴.

_____، *مجموعه نظریات شورای نگهبان* (دوره اول از تیرماه ۱۳۵۹ تا تیرماه ۱۳۶۵)، دادگستر، چاپ اول ۱۳۸۷.

ورعی، جواد، *مبانی و مستندات قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، دبیرخانه مجمع تشخیص مصلحت نظام، قم، چاپ اول ۱۳۸۶.

یزدی، محمد، *شرح و تفسیر قانون اساسی*، مؤسسه تحقیقاتی انتشاراتی نور، ۱۳۶۸.

_____، *مجموعه سخنرانی‌های پیرامون ولایت فقیه*، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول ۱۳۶۳.