



فتوای معیار در قانون گذاری

پدیدآورنده (ها) : علی اکبریان، حسن علی

حقوق :: نشریه دین و قانون :: زمستان ۱۳۹۲ - شماره ۲

صفحات : از ۹۷ تا ۱۱۶

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1070173>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۰۷/۲۰

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- فتوای معیار در قانونگذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران (نگاهی دوباره به مفهوم اعلامیت در منظومه فقه حکومتی شیعه)
- امکان سنجی فقهی قانون گذاری بر مبنای فتوای مشهور
- فتوای معیار در قانون گذاری
- مقایسه مفهوم مذاق شریعت با مصلحت و مقاصد شریعت
- چالشهای تعیین فتوای معیار در قانونگذاری با توجه به آرای امام خمینی(س)
- فقه جامعه محور، بستر بازشناسی فتوای معیار در قانون گذاری
- فتوای معیار در قانون گذاری؛ انطباق با مصالح الزامی
- تفسیر نظریه شهید صدر (ره) در باب کشف مذهب اقتصادی مطابق با مبانی فقه شیعه
- سازوکارهای کشف مقاصد شریعت
- کارکرد مقاصد شریعت در توسعه و تعمیق فقه امامیه
- اسلامی سازی سیاست تقنینی جمهوری اسلامی ایران؛ منطق و نگرش ها
- نیم نگاهی به مکتب فقهی غایت گرا

عناوین مشابه

- فقه جامعه محور، بستر بازشناسی فتوای معیار در قانون گذاری
- ارزیابی انتقادی فتوای مشهور به عنوان فتوای معیار در حوزه قانون گذاری جمهوری اسلامی ایران
- فتوای معیار در قانون گذاری؛ انطباق با مصالح الزامی
- معیار ترجیح فتوی به عنوان میزان شرعی در قانون گذاری با تطبیق بر قوانین خانواده
- معیار ارزیابی نتایج حاصل از مطالعات و پژوهش های علمی در نظام حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی، داوری های سرمایه گذاری و مقررات داوری ایران
- انصاف و عدالت در سیستم قانون گذاری ایران و رویکردهای قضایی امام خمینی(س)
- دستگاه قانون گذاری و حکمرانی امنیت ملی در ایران
- ارزیابی عملکرد کمیته ماده (۱۲) قانون احکام دائمی برنامه های توسعه کشور در رفع موانع قانونی و مقرراتی تولید و سرمایه گذاری (۱۳۹۶-۱۳۹۸)
- فتوای معیار در قانون گذاری
- تبدیل مجازات حبس در تبصره ماده ۳۷ قانون کاهش مجازات تعزیری ۱۳۹۹ ((نوعی ارزش گذاری در دادرسی برای امر به معروف)

فتوای معیار در قانون گذاری

حسنعلی علی اکبریان*

چکیده

برای قانون گذاری بر اساس احکام اسلام چه فتوایی معیار است؟ چهار رأی قابل طرح است: ۱. فتوای کارا تر؛ ۲. فتوای ولی فقیه چه خودش قانون گذاری کند، چه آن را به فقیه یا فقهای دیگری واگذارد؛ ۳. فتوای قانون گذار، چه ولی فقیه باشد چه از قانون گذاری به او وا گذاشته شده باشد؛ ۴. فتوای دارای مزیت اقربیت به واقع، مانند فتوای اعلم یا فتوای مشهور. در هر یک از سه رأی اخیر، در مواردی که قانون گذار مجاز است از فتوای معیار تخطی کند، فتوای کارا تر معیار خواهد بود. رأی مختار مقاله، در جایی که قانون گذار فقیه است و حکومت می کند، رأی سوم است و پس از آن رأی دوم و سپس چهارم قرار دارد. در جایی که فقیه حکومت نمی کند و قانون گذاری به دست عدول مؤمنین است، رأی چهارم با ملاحظاتی رأی مختار است و پس از آن رأی اول قرار دارد، و دو رأی دیگر سالبه به انتفای موضوع است.

واژگان کلیدی: ولی فقیه، قانون گذار، تخطئه، فتوا، فتوای اعلم، فتوای مشهور

* عضو هیأت علمی پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

پیش فرض این مقاله آن است که قانون گذاری باید بر اساس احکام شرعی صورت گیرد، و فتوای فقیه گویای احکام شرعی است. فتوای فقیه ممکن است مطابق واقع یا مخالف آن باشد؛ ولی به هر حال، وظیفه فعلی او عمل به فتوا است. سؤال مقاله این است که قانون گذار در دایره احکامی که فتوای فقها در آن اختلافی است باید، بر اساس چه فتوایی قانون گذاری کند؟ آیا هر فتوایی که در شرایط زمانه کارا تر است؟ فتوای ولی فقیه؟ فتوای فقیه اعلم؟ فتوای مشهور فقها؟ یا تفصیلاتی در بین است؟

نگاه این نوشتار به وضعیت موجود قانون گذاری در ایران نیست و مسئله را به صورت مستقل از آن بررسی فقهی می کند، ولی این بحث می تواند حکم فقهی وضعیت موجود را نیز روشن کند. نخست آرای مطرح یا قابل طرح در مسئله ارائه می شود، سپس ادله نظریه مختار تبیین می گردد، و در نهایت به نقد و بررسی ادله سایر آراء می پردازیم.

۱- آرای مطرح یا قابل طرح در فتوای معیار برای قانون گذاری

در این جا چهار رأی بیان می شود. شاید برخی از این رأی ها صرف احتمال باشند یا تا به حال به صورت مکتوب ارائه نشده باشند، ولی در بحث فقهی، صرف احتمال آن و قابلیت استناد آن به ادله فقهی، شایستگی مطرح کردن آنها را ایجاد می کند. همچنین برخی از ادله این آراء صرفاً برای دفاع از آن آورده شده است و قائل مکتوبی ندارد. ارائه بحث به این صورت، در مواردی به دلیل نو بودن آن، یا به دلیل حساسیت های سیاسی، تا به حال طرح جدی نشده اند، از روی ناچاری و افق گشایی است. و هدف این مقاله نیز بیش از افق گشایی فقهی در این مسئله نیست.

این چهار رأی را به ترتیبی بیان می کنیم که کمترین تکرار را مرتکب شویم؛ ولی در ترتیب بیان ادله، آنها را بر اساس اعتبار ادله مرتب می کنیم.

۱.۱. رأی اول: قانون گذاری بر اساس فتوایی که در شرایط زمانه کارا تر است
بر قانون گذار لازم نیست فتوای خودش را، یا فتوای یک شخص یا اشخاص معین - مانند فتوای اعلم یا مشهور - را رعایت کند، بلکه همه فتوای فقهای امامیه معیار او در رعایت اسلام خواهند بود، مشروط به اینکه دارای سه شرط باشند:

اولاً از روش صحیح استنباط به دست آمده باشند؛

ثانیاً با دیگر قوانین سازگاری داشته باشند؛
ثالثاً از دیگر فتاوا کارایی بیشتری در شرایط زمانه داشته باشند.
تذکر چند نکته در توضیح بیشتر این رأی لازم است:

نکته اول: این مبنا با مسئله تتبع رخص متفاوت است. در مسئله تتبع رخص، مقلد در میان فتاوی فقها به دنبال فتوایی می‌گردد که مشتمل بر رخصت و اباحه باشد، و در هر مسئله برای رهایی از تکلیف به فتوای رخصت عمل می‌کند. این مسئله در فقه سنی مطرح، و از سوی بسیاری از فقهای آنان نیز مردود شناخته شده است. مهم‌ترین تفاوت مسئله تتبع رخص با این رأی آن است که معیار در تتبع رخص جست‌وجوی رخصت است و در بحث ما جست‌وجوی فتوای کاراتر؛ چه رخصت باشد چه تکلیف.

نکته دوم: در این مبنا فرقی میان این نیست که قانون‌گذاری مستقیماً توسط ولی‌فقیه صورت گیرد یا گروهی به نمایندگی از او یا مستقل از او قانون‌گذاری کنند.

۱.۲. رأی دوم: قانون‌گذاری بر اساس فتوای ولی‌فقیه، سپس فتوای کاراتر
این رأی در دو فرض، فتوای ولی‌فقیه را معیار قانون‌گذاری می‌داند: یکی فرضی که خود ولی‌فقیه به صورت مباشر قانون وضع می‌کند؛ و دیگری فرضی که قانون‌گذاری توسط فقهای دیگری صورت می‌گیرد، مانند آنچه توسط فقهای شورای نگهبان صورت می‌گیرد.^۱ یعنی در هر دو حالت، فتوای ولی‌فقیه معیار قانون‌گذاری قرار می‌گیرد.

این رأی معتقد است در مواردی، ولی‌فقیه یا فقیه دیگری که قانون‌گذاری می‌کند، مجاز بلکه ملزم است قانونی را بر خلاف حکم شرعی - به فتوای ولی‌فقیه - وضع کند، مانند اینکه وجوب رعایت یک حکم در قانون‌گذاری با وجوب رعایت حکم دیگری تراحم داشته باشد، و قانون‌گذار ملزم باشد برای رعایت حکم اهم، قانونی وضع کند که با حکم غیر اهم متفاوت باشد.^۲

در چنین فرضی، قانون‌گذار باید نخست به فتاوی فقهای دیگر توجه کند؛ اگر در بین آنها فتوایی وجود داشت که می‌توانست تراحم مذکور را برطرف کند، و در عین حال از روش صحیح استنباط به دست آمده بود، و با دیگر قوانین نیز سازگاری داشت، باید بر اساس آن فتوا قانون وضع کند.

۱. ۳. رأی سوم: قانون‌گذاری بر اساس فتوای قانون‌گذار، سپس فتوای کارا تر
اگر ولی‌فقیه خودش مستقیماً قانون وضع می‌کند باید فتوای خودش را معیار قرار دهد؛ ولی اگر
قانون‌گذاری را به فقیه یا فقهای دیگری واگذار کند، آنان باید بر اساس فتوای خودشان قانون‌گذاری
کنند، نه بر اساس فتوای ولی‌فقیه.

در هر یک از این دو حالت، اگر قانون‌گذار در ظرف تراحم مجاز به تخلف از فتوای خودش بود
فتاوای فقهای دیگر مانند رأی دوم جایگاه و اعتبار پیدا می‌کنند.

۱. ۴. رأی چهارم: قانون‌گذاری بر اساس فتوای مشهور یا فتوای اعلم، سپس فتوای کارا تر
چه ولی‌فقیه مستقیماً قانون وضع کند چه آن را به دیگرانی واگذار کند، قانون باید بر اساس
فتوایی وضع شود که از مزیت اقریبیت به واقع برخوردار است. موافقت مشهور یا رأی فقیه اعلم از
قرائن اقریبیت به واقع است.

در دوران بین فتوای مشهور و فتوای فقیه اعلم، فتوای کارا تر رجحان دارد. اگر قانون‌گذار مجوز
شرعی داشت که از فتوای مشهور و اعلم تخلفی کند، مانند فرض تراحم، فتاوای دیگر مجال طرح
پیدا می‌کنند. در این حالت نیز فتوای کارا تر رجحان پیدا می‌کند.

در واقع، رأی نخست از ابتدا فتوای کارا تر را معیار می‌داند، و سه رأی دیگر، هر یک قبل از رجوع
به فتوای کارا تر، معیار دیگری دارند: رأی دوم فتوای ولی‌فقیه را، رأی سوم فتوای قانون‌گذار را، و
رأی چهارم فتوای مشهور و اعلم را معیار قرار می‌دهند. رأی مختار این مقاله، در جایی که قانون‌گذار
فقیه است و فقیه حکومت می‌کند، رأی سوم است و پس از آن رأی دوم و چهارم قرار دارد؛ و در
جایی که فقیه حکومت نمی‌کند و قانون‌گذاری به دست عدول مؤمنین است، رأی چهارم با ملاحظاتی
رأی مختار است و پس از آن رأی اول قرار دارد، و دو رأی دیگر سالبه به انتفای موضوع است.

۲. ادله آراء

۲. ۱. دلیل رأی سوم، رأی مختار

دلیل رأی سوم مشتمل بر چند جزء است:

جزء اول: به اجرا درآوردن احکام اسلام در جامعه - که قانون‌گذاری برای آن صورت می‌گیرد -
وظیفه ولی‌فقیه است. اوست که باید احکام اسلام را از طریق قانون‌گذاری به اجرا رساند؛ بنابراین او

باید بر اساس فتوای خودش قانون وضع می‌کند تا احراز کند که احکام اسلام را اجرا کرده است. این نکته از ظاهر ادله ولایت فقیه به دست می‌آید:

امام صادق علیه السلام فرمود:

ينظران [إلى] من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما فإنى قد جعلته عليكم حاكما فإذا حكم بحكمنا فلم يقبله منه فإنما استخف بحكم الله و علينا رد و الراد علينا الراد على الله و هو على حد الشرك بالله.^۳

در این روایت فراز «من قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا» نشان می‌دهد که فتوای حاکم معیار حکم است. همچنین مرجع ضمیر مفرد غایب در «فليرضوا به حكما» و «جعلته عليكم حاكما» و «فإذا حكم بحكمنا» همه به همو باز می‌گردد.

حضرت امام علی (علیه السلام) می‌فرماید:

إنه ليس على الامام إلا ما حمل من أمر ربه. الابلاغ في الموعظة، و الاجتهاد في النصيحة، و الاحياء للسنة، و إقامة الحدود على مستحقيها.^۴

در این روایت به وضوح احیای سنت و اقامه حدود بر عهده امام گذاشته شده است.

امام حسین (علیه السلام) می‌فرماید:

مجارى الأمور و الأحكام على أيدي العلماء بالله الأمانة على حلاله و حرامه.^۵

در این روایت مجاری احکام در دست کسانی قرار داده شده است که امین بر حلال و حرام خدا هستند. چگونه ولی فقیه می‌تواند امین حلال و حرام باشد در حالی که آنچه را حرام می‌داند به دلیل فتوای دیگری که آن را حلال می‌داند مجاز کند؟

جزء دوم: بنا بر مبنای تخطئه - که مورد پذیرش مکتب امامیه است^۶ - او فتاوی دیگران را در آن موضوع، احکام اسلام نمی‌داند. بنابراین، قانون‌گذاری توسط او بر اساس فتوای دیگران، از سنخ قانون‌گذاری بر خلاف احکام اسلام خواهد بود و این کار مجوز شرعی می‌خواهد، و او در حالت طبیعی مجوزی برای تخطی از آنچه حکم اسلام می‌داند، ندارد. این مبنا، فقط در فرض وجود مجوز شرعی برای تخلف از احکام اسلام، مانند فرض تزاحم و اضطرار، قانون‌گذاری بر اساس فتوای دیگران را جایز می‌داند؛ و فرض این است که او خود را در چنین حالتی نمی‌بیند.

جزء سوم: اگر قانون گذاری توسط ولی فقیه صورت گیرد بحث دیگری وجود ندارد؛ اما اگر فقیه یا فقهای دیگری قانون گذاری کنند سه فرض وجود دارد: ۱. ولی فقیه نتواند شخصاً قانون گذاری کند، و مجبور باشد آن را به فقیه یا فقهای دیگری واگذار کند، ۲. ولی فقیه مجبور به واگذاری نباشد، ولی قانون گذاری را از امور نیابت بردار بدانیم و او بدون عذر مجاز باشد قانون گذاری را واگذار کند، مانند اینکه او این و اگذاری را به مصلحت بداند. ۳. بنا بر مبنای نصب عام در ولایت فقیه،^۷ فقهای دیگری به یک شرط می‌توانند قانون گذاری را به عهده گیرند، و آن این است که ولی فقیه از ابتدا دست روی قانون گذاری نگذاشته باشد و سایر فقها از باب ولایت بتوانند قانون گذاری کنند؛ به عبارت دیگر شئون ولایت تجزیه شده باشد و فقیه‌ی که ولایت عام دارد یکی از شئون را به عهده نگرفته باشد، و در این فرض، فقهای دیگر ولایت در قانون گذاری دارند. رأی سوم در هر سه فرض می‌گوید فقهایی که قانون گذاری می‌کنند باید بر اساس فتوای خودشان عمل کنند و فتوای ولی فقیه برای آنان اعتبار ندارد.

مستند رأی سوم در این مسئله آن است که اولاً فقط فقیه ولایت بر صدور حکم و وضع قانون دارد؛^۸ بنابراین در هر سه فرض، فقط فقیه می‌تواند قانون گذاری کند. ثانیاً در فرض اول و دوم اگر قانون گذاری به فقیه‌ی و اگذار شود، بنا بر مبنای تخطئه، او نمی‌تواند بر اساس رأی دیگران حکمی صادر کند زیرا فتوای دیگران را باطل می‌داند، و خود را نیز در ظرف تراحم و جواز تخطی از حکم اسلام نمی‌داند. شاهد این مسئله آن است که اگر قاضی، فقیه باشد نمی‌تواند بر خلاف فتوای خودش حکم قضایی دهد حتی اگر تحت حکومت ولی فقیه قضاوت کند. بنابراین اگر قانون گذاری به او واگذار شود با همه لوازمش، از جمله لزوم رعایت فتوای خودش، واگذار می‌شود. مستند این رأی در فرض سوم روشن تر است؛ زیرا فقیه یا فقهایی که قانون گذاری می‌کنند نایب ولی فقیه نیستند و قانون گذاری مستند به آنان است نه به ولی فقیه.

تذکر این نکته لازم است که اولاً ما در این بحث ناظر به وضعیت فعلی قانون گذاری در جمهوری اسلامی و وظایف شورای نگهبان نیستیم؛ اما ممکن است آن را بنا بر هر سه فرض بالا توجیه کرد؛ ثانیاً هر یک از این سه فرض لوازم و شقوقی دارد که در این جا مجال طرح آنها نیست.

جزء چهارم: در جای خود بحث شده است که قانون گذار در حکومت اسلامی در ظرف تراحم میان رعایت دو یا چند حکم از احکام اسلام در قانون گذاری می‌تواند برای رعایت حکم اهم حکم یا

احکام غیر اهم را قانوناً مقید کند و یا حتی بر خلاف آنها قانون وضع کند و این به ملاک لزوم رعایت حکم اهم است.^۹ در چنین حالتی، اگر او در میان فتاوی فقهای امامیه فتوایی را بیابد که اولاً می‌تواند تزامم را بردارد، ثانیاً با دیگر قوانین نیز سازگاری دارد، ثالثاً مستند به روش‌های صحیح استنباط باشد باید قانون را بر اساس آن فتوا وضع کند.

به عبارت دیگر، در موارد جواز قانون‌گذاری بر خلاف احکام اسلام، در جایی که حکومت مکلف به وضع چنین قانونی است، وجود یک فتاوی معتبر امامیه، که بتواند تزامم را بردارد، مانند وجود مندوحه در موارد تقیه است. همچنان که در موارد تقیه، اگر مندوحه موجود باشد تقیه جایز نیست، در بحث ما نیز اگر فتوای یک فقیه امامی موجود باشد که بتواند تزامم را حل کند حاکم اسلامی باید قانون مخالف حکم غیر اهم (به رأی خودش) را بر اساس فتوای او وضع کند، و نمی‌تواند به شکل دیگری که مطابق هیچ فتوای معتبری نیست قانون‌گذاری کند.

پس حاکم اسلامی اولاً باید فتوای خودش را معیار قرار دهد، و هر جا به دلیل وجود موجب تخطی از فتوا، ملزم باشد بر خلاف رأی خودش قانون وضع کند، باید ابتدا تلاش کند بر اساس فتوای فقیه دیگری که غرض او را تأمین می‌کند قانون وضع کند؛ و اگر فتوای فقهای دیگر نیز نمی‌توانست تزامم را مرتفع کند نوبت به تخلف از سایر فتاوا می‌رسد. یعنی وقتی بر او جایز شد که قانون را بر خلاف فتوای خودش وضع کند این گونه نیست که دیگر هیچ محدودیتی نداشته باشد، و کاملاً مسیر او برای قانون‌گذاری باز باشد، بلکه باید جست‌وجو کند تا فتوای معتبری را بیابد که غرض او را تأمین کند و قانون را بر اساس آن وضع کند.

دو اشکال: ممکن است بر این رأی دو اشکال مطرح شود که این رأی باید به آنها پاسخ دهد:

اشکال اول: وقتی در مورد تزامم، وضع قانون بر خلاف حکم غیر اهم جایز شد او باید به کم‌ترین مخالفت با فتوای خودش اکتفا کند. مثلاً اگر با برداشتن یک قید از آن حکم می‌تواند تزامم را بردارد جایز نیست دو قید را بردارد. حال اگر فتوای دیگری که می‌تواند تزامم را بردارد دو قید با فتوای او تفاوت دارد برداشتن یک قید (که مطابق با فتوای هیچ فقیهی نیست)، نسبت به فتوای آن فقیه دیگر رجحان خواهد داشت.

پاسخ: اولاً حکمی که هیچ قائلی ندارد، به اجماع مرکب خلاف شرع است؛ ولی حکمی که فتوایی به آن وجود دارد این دلیل قطعی بر بطلان را ندارد. ثانیاً وقتی قانون‌گذار مجاز شد قانونی بر خلاف

فتوای خودش وضع کند، او از چه شاهدهی درک خواهد کرد که ترک یک قید، به واقع نزدیکتر از ترک دو قید است؟ به نظر می‌رسد قاعده میسور نیز در مورد افراد میسور از حکم جاری است نه درباره اجزاء و شرایط میسور از حکم؛ حتی اگر در اجزاء و شرایط میسور نیز جاری باشد فقط در اقل و اکثر استقلالی جاری خواهد شد نه در اقل و اکثر ارتباطی؛^۱ زیرا نسبت اقل با اکثر در آن، تباین است و قاعده میسور شامل آن نمی‌شود.

اشکال دوم: قانونی که بنا است تراحم را مرتفع کند، به هر حال از نظر قانون‌گذار مخالف حکمی است که او آن را حکم اسلام می‌داند. حال که مجوز تخطی از فتوای او وجود دارد امر دائر مدار رعایت یکی از دو ضابطه است: ۱. کارآمدی حتی در فرضی که هیچ فتوایی مطابق آن نیست؛ ۲. مطابقت با فتوای فقیه دیگر. کارآمدی در قانون از اهمیت بالایی برخوردار است. اگر قانون‌گذار در وضعیت تراحم، بتواند قانونی کارآمد وضع کند بهتر از این است که ملزم به رعایت فتوای فقیه دیگر - که آن را خطا می‌داند - باشد.

پاسخ: اولاً احراز کارآمدی در یک قانون ضابطه می‌خواهد. ضابطه آن چیست؟ آیا عدم مطابقت با هیچ یک از فتاوای فقها، که نشانه یقینی بودن مخالفت آن با شریعت است، دلیلی بر ناکارآمدی نیست؟ به نظر می‌رسد اگر ضابطه عرفی و عقلایی بودن کارآمدی را، در مقابل ضابطه عدم مخالفت با اجماع مرکب فقها، معتبر بدانیم قانون به سمت عرفی شدن و جدایی از شریعت شتاب می‌گیرد؛ چرا که معیارهای عرف و عقلا در کارآمدی همواره با معیارهای شریعت یکسان نیست و بسته به اهداف، آرمان‌ها، آداب و رسوم، و الگوهای رفتاری در هر زمان و هر جامعه متفاوت می‌شود. ثانیاً مقصود از کارآمدی، توانایی فتوا در رفع تراحم است، و فرض این رأی آن است که فتوای مذکور این کارایی را دارد.

۲.۲. دلیل رأی دوم

اختلاف این رأی با رأی سوم فقط در جایی است که قانون‌گذاری توسط فقیه یا فقهای دیگری غیر از ولی فقیه صورت می‌گیرد. رأی سوم فتوای معیار را برای آنان فتوای خودشان می‌دانست و این رأی فتوای ولی فقیه را برای آنان فتوای معیار می‌داند. بنابراین در اینجا فقط به دلیل همین نکته پرداخته می‌شود. برای بیان و نقد و بررسی این دلیل مطالب زیر بیان می‌شود:

مطلب اول: این رأی حتماً باید فرض سوم از سه فرضی که در دلیل رأی سوم برای اعتبار فتوای فقیه قانون‌گذار گفته شد انکار کند. یعنی نپذیرد که در فرض وجود ولی فقیه، فقیه دیگری ممکن است ولایت بر قانون‌گذاری داشته باشد، حتی اگر ولی فقیه از اول دست روی آن نگذاشته باشد. مستند او در این مسئله می‌تواند یکی از دو امر باشد:

عدم قابلیت تجزیه ولایت؛ به گونه‌ای که ولایت در قانون‌گذاری را فقیهی به عهده گیرد و سایر شئون ولایت را فقیه دیگر. دلیل او بر این انکار می‌تواند تالی فاسدی باشد که در اختلاف رأی فقیه قانون‌گذار و ولی فقیه پیش می‌آید. ولی فقیه چگونه می‌تواند مجری قانونی باشد که مستند آن را باطل می‌داند؟!

نصب عام فقها به ولایت را نپذیرفته باشد؛ مانند اینکه مبنایش در ادله ولایت فقیه، فقط جعل صلاحیت برای فقها در تصدی ولایت باشد، و فعلیت آن متوقف بر انتخاب مردم باشد؛ آن گونه که برخی به آن قائل هستند.^{۱۱} بنا بر چنین مبنایی، وقتی فقیهی به ولایت انتخاب شد، سایر فقها اصلاً ولایت ندارند تا بتوانند در صورتی که ولی منتخب دست روی قانون‌گذاری نگذاشت، متصدی آن شوند.

در نقد این مطلب می‌توان گفت: امر اول قابل خدشه است؛ زیرا:

اولاً شئون ولایت، عرفاً و شرعاً و متشرعاً قابل تجزیه است. مسئله تفکیک قوا در حکومت‌های عرفی امروز از لوازم پذیرفته شده حکومت است. در شرع نیز شأن قضا و ولایت عام و ولایت بر قاصران و امثال آن، تفکیک شده است. سیره فقها نیز در تصدی متجزی ولایات بوده است. در حکومت ولایت فقیه ایران نیز ولایت بر وجوهات شرعی و مال مجهول المالک و امثال آن از ولایت عام تفکیک شده است.

ثانیاً مبنای نصب عام فقها به ولایت مبنای صحیحی است و دلیل مبنای انتخاب تام نیست و ما این مسئله را که در کتب فقهی به آن پرداخته شده، به منابع آن ارجاع می‌دهیم.^{۱۲}

ثالثاً تالی‌ای که به عنوان تالی فاسد گفته شد، فاسد نیست؛ زیرا تالی فاسد باید به فرض پذیرش مبنا باشد؛ یعنی اگر مبنا پذیرفته شود این تالی فاسد رخ می‌دهد. حال می‌گوییم اگر فقیه قانون‌گذار ولایت بر قانون‌گذاری داشته باشد قانون او در مقام اجرا بر همه فتاوی دیگر، حتی بر فتوای ولی فقیه

مقدم خواهد بود. بنابراین همان گونه که اگر او ولی نبود آن قانون بر او نافذ می‌بود و می‌بایست شخصاً به آن ملتزم می‌بود، در مقام ولایت نیز باید به آن ملتزم باشد.

مطلب دوم: نظر این رأی در باره دو فرض دیگر از سه فرض مذکور چیست؟ دو فرض دیگر، یکی این بود که: ولی فقیه نتواند شخصاً قانون‌گذاری کند، و مجبور باشد آن را به فقیه یا فقهای دیگری واگذار کند؛ و دیگری این بود که: ولی فقیه مجبور به واگذاری نباشد ولی قانون‌گذاری را از امور نیابت‌بردار بدانیم و او بدون عذر، مجاز باشد قانون‌گذاری را واگذار کند.

رأی دوم می‌تواند هر دو فرض را بپذیرد و پذیرش هر دو فرض با آن سازگاری دارد. یعنی اختلاف رأی دوم و سوم در پذیرش و انکار این فروض نیست، بلکه در ماهیت این نیابت است. به نظر می‌رسد: چه ولی فقیه مجبور به واگذاری باشد چه آن را به مصلحت بداند، رأی سوم آن را واگذاری کامل می‌داند و رأی دوم آن را واگذاری ناقص می‌داند. واگذاری ناقص یعنی اینکه نایب از طرف ولی فقیه و به جای او قانون‌گذاری می‌کند؛ به گونه‌ای که نایب، مستقل در قانون‌گذاری نیست، بلکه فقط بخشی از فرایند قانون‌گذاری را به عهده دارد؛ مانند شاگردی که درس استاد را تقریر و به کتاب تبدیل می‌کند. مقرر، باید رأی استاد را بنویسد و وظیفه او تبدیل گفتار به نوشتار و تنظیم مطالب و اضافه کردن مصادر و منابع است. در مقابل، واگذاری کامل یعنی اینکه نایب، واقعاً قانون‌گذاری می‌کند نه اینکه فقط بخشی از فرایند قانون‌گذاری را انجام دهد. سؤال این است که کدام واگذاری صحیح است؟ واگذاری کامل؟ یا ناقص؟ یا اینکه هر دو نوع واگذاری صحیح است و ولی فقیه می‌تواند هر یک از آن دو را انجام دهد؟ در پاسخ می‌توان گفت:

رأی دوم باید واگذاری کامل را باطل بداند. دلیل او در اینجا نیز می‌تواند عدم امکان تجزیه شئون ولایت باشد. اگر ولی فقیه بتواند قانون‌گذاری را به طور کامل به فقیهی و اگذار کند، این فرع امکان تجزیه شئون ولایت است و در این زمینه فرقی میان واگذاری و تصدی ابتدایی قانون‌گذاری توسط فقیه دیگر نیست. اگر مستند رأی سوم این باشد پاسخ آن قبلاً داده شد.

رأی سوم نیز باید واگذاری ناقص را نپذیرد. در توضیح این نکته باید از یک خطای شایع در تصویر مسئله پرده برداشت؛ خطایی که این مقاله نیز به دلیل مماشات با آن، مسئله را به خطا تصویر کرد. تصویر صحیح این است که واگذاری ناقص اصلاً واگذاری قانون‌گذاری نیست و اگر او کسانی را بگمارد که بر اساس فتوای او قانون‌گذاری کنند، در واقع خود اوست که قانون‌گذاری می‌کند و

فقط از آنان کمک گرفته است. یعنی ماهیت چنین قانون‌گذاری‌ای قانون‌گذاری خود ولی فقیه است و اصلاً واگذاری صورت نگرفته است. با این بیان شق سوم پاسخ نیز روشن می‌شود و آن اینکه وقتی گفته می‌شود ولی فقیه مختار است قانون‌گذاری را به صورت کامل یا ناقص واگذار کند یا نکند، معنایش این است که مختار است قانون‌گذاری را واگذار بکند یا نکند. همچنین با این بیان روشن می‌شود در واگذاری ناقص - که در واقع واگذاری نیست - کس یا کسانی که متصدی قانون‌گذاری ناقص می‌شوند، اصلاً لازم نیست فقیه باشند؛ بلکه کافی است آگاه به فتاوی ولی فقیه باشند.^{۱۳}

۳.۲. دلیل رأی چهارم

رأی چهارم فتوای مشهور و فتوای اعلم را بر دیگر فتاوا ترجیح می‌داد، و در دوران میان آن دو، کارآیی بیشتر را مرجح دانسته بود. همچنین در فرض جواز تخطی از فتوای مشهور و اعلم، فتوای کارا تر را به شرط استناد به روش صحیح استنباط و هماهنگی با سایر قوانین انتخاب کرده بود. دلیل این رأی مشتمل بر چند جزء است:

جزء اول: بنا بر مبنای تخطئه، در فتاوی اختلافی، فتوای همه فقها صحیح نیست، و فقط یکی از آنها مطابق حکم واقعی است. و در فرض اختلاف میان فتوای اعلم و غیر اعلم، در انتخاب فتوای معیار برای قانون‌گذاری، عقل حکم می‌کند که فتوای اعلم معیار قرار گیرد. زیرا فتوای اعلم، یا متعیناً باید معیار قرار گیرد یا تخییراً؛ و در شک میان تعیین و تخییر، احتیاط، اقتضای تعیین را دارد^{۱۴} و از آنجا که احتیاط در قانون‌گذاری بی‌معناست، باید فتوای اعلم را معیار قرار داد.

جزء دوم: از آنجا که شهرت^{۱۵} و اجماع منقول^{۱۶} در عدم جواز تقلید ابتدایی از میت، فقط مربوط به تقلید است و ربطی به قانون‌گذاری ندارد، فتوای اموات و احياء در یک رتبه قرار دارد. بر این اساس، دو نکته متفاوت با باب تقلید پدیدار می‌شود: یکی رجحان فتوای اعلم، اعم از حی و میت؛ و دیگری رجحان فتوای مشهور فقهای امامیه. بنابراین وقتی سخن از فتوای اعلم می‌شود، مراد از آن اعم از حی و میت است.

جزء سوم: فتوای مشهور نیز مانند فتوای اعلم دارای مزیت اقریبیت به واقع است، و مانند همان استدلالی که برای رجحان فتوای اعلم گفته شد برای رجحان فتوای مشهور نیز جاری است.

جزء چهارم: هرگاه فتوای اعلم با فتوای مشهور مخالف بود، مزیت اقریبیت به واقع کدام‌یک از آنها بر مزیت دیگری ترجیح دارد؟ بعید نیست بتوان گفت در موارد اختلاف میان فتوای اعلم و

مشهور، قول مشهور مزیت بیشتری برای اقریبیت به واقع دارد؛ زیرا مخالفت مشهور با علم، از دیدگاه ناظر بیرونی، مزیت اقریبیت به واقع فتوای علم را بیشتر تخریب می‌کند تا بالعکس. حضرت امام (رضوان الله علیه) در باب اجتهاد و تقلید سخنی به همین مضمون دارند که می‌توان از آن در بحث ما نیز بهره برد.^{۱۷} اما به فرض عدم تمامیت این رجحان و نیز در فرض شک به آن، این دو مزیت تساقط می‌کنند و قانون‌گذار مخیر بین فتوای علم و فتوای مشهور است و عقل در اینجا حکم به اخذ فتوای کارتر می‌کند.

جزء پنجم: در جایی که فتوای مشهور و علم یکسان است ولی وجوب رعایت این فتوا با وجوب رعایت حکم اهمی در تراحم است و قانون‌گذار باید برای رعایت حکم اهم، قانونی برخلاف آن فتوا وضع کند، نوبت به رعایت فتاوی دیگر می‌رسد و چون دیگر فتاوا مزیتی نسبت به یکدیگر ندارند عقل حکم می‌کند که فتوای کارتر معیار قرار گیرد.

در نقد و بررسی این دلیل می‌توان گفت: گویا صاحب این دلیل، قانون‌گذار را غیر فقیه فرض کرده، که خودش احکام اسلام را نمی‌شناسد و راه او به احکام شرعی فتاوی فقها است.

به همین دلیل از مزیت اقریبیت به واقع و فتوای علم و مشهور سخن گفته است؛ در حالی که اگر قانون‌گذار فقیه باشد خودش حکم شرعی را می‌شناسد و فتوای علم یا مشهور را، اگر مخالف با او باشد غلط و غیر معتبر می‌داند.

این دلیل در یک فرض می‌تواند مجال طرح پیدا کند، و آن جایی است که فقیهی که بتواند قانون‌گذاری کند در جامعه موجود نباشد و حکومت به دست عدول مؤمنین اداره شود. البته در چنین فرضی نیز باید تغییراتی و اضافاتی در این رأی و دلیل آن ایجاد شود؛ ولی فرض این نوشتار جایی است که قانون‌گذار فقیه است.

با این بیان، می‌توان گفت: گر چه اگر قانون‌گذار فقیه باشد این رأی از میان آرای مذکور رتبه سوم را دارد، ولی اگر حکومت به دست فقیه نباشد و عدول مؤمنین جامعه را و قانون‌گذاری را به دست داشته باشند رتبه اول را دارد، و پس از آن رأی نخست قرار دارد، و دو رأی دیگر سالبه به انتفای موضوع خواهد بود، یعنی خارج از فرض می‌شوند.

۲.۴. دلیل رأی اول

دلیل این رأی چند امر است. هر یک از این امور زاویه‌ای از این رأی را اثبات می‌کند: **جزء اول:** آنچه بر قانون‌گذار لازم است، رعایت «احکام اسلام» است، و همه فتاوای معتبر فقهای امامیه قابلیت این را دارند که «حکم اسلام» محسوب شوند و فتوای یک نفر، از این حیث ترجیحی نسبت به فتوای دیگران ندارد، حتی فتوای حاکم یا فقیه اعلم نیز در این راستا موضوعیت ندارد؛ زیرا «حکم اسلام» بر همه فتاوای معتبر صدق می‌کند و نمی‌توان صدق «حکم اسلام» را از آنها سلب کرد.

شاهد این نکته آن است که اگر فقیهی بر اساس روش صحیح استنباط، در موضوعی که در آن اختلاف فتوا وجود دارد، حکمی (نه فتوایی) صادر کرد هیچ فقیه دیگری حق نقض آن حکم را ندارد، حتی اگر فتوایش با فتوای فقیه حاکم مخالف باشد.^{۱۸} بنابراین، موضوع ادله‌ای که اجرای احکام اسلام را بر عهده حاکم گذاشته با اجرای هر یک از آنها صادق خواهد بود.

جزء دوم: قانون‌گذاری بر اساس فتوای یک نفر معین، مانند حاکم، تالی فاسد دارد. این تالی فاسد در هر دو فرض قانون‌گذاری توسط ولی فقیه و توسط دیگران، به دو بیان زیر وجود دارد: **بیان اول:** وقتی حاکمی تمام قوانین را بر اساس فتوای خودش وضع کند با تغییر او، قوانین دستخوش تغییر می‌شوند زیرا حاکم جدید نیز باید بر اساس فتوای خودش قانون وضع کند و قوانین حاکم قبلی را ناصحیح خواهد دانست. پس حاکم جدید همان‌گونه که وضع قانون را بر اساس فتاوای دیگران صحیح نمی‌داند امضای آنها را نیز صحیح نخواهد دانست؛ و حکومتی که قوانین آن دائم در معرض تغییر است امنیت و بقا نخواهد داشت.

به عبارت دیگر، حکومت، به ویژه در جوامع امروز، باید از یک ثبات جمعی برخوردار باشد. قوام جامعه به حکومت است و حاکم - مثلاً ولی فقیه - یکی از عناصر آن است. گر چه ولی فقیه اصلی‌ترین عنصر حکومت است و مشروعیت حکومت به مشروعیت ولایت او است اما حکومت حیثیتی مستقل از شخص ولی فقیه دارد. حکومتی که ولی فقیهش در معرض تغییر است، اگر از یک ثبات نسبی در حکومت برخوردار نباشند، توان بقا نخواهند داشت.

بیان دوم: مانند همین تقریری که برای تغییر ولی فقیه گفته شد در فرض قانون‌گذاری توسط غیر ولی فقیه نیز صادق است. مثلاً در نظام قانون‌گذاری جمهوری اسلامی ایران، اگر بنا باشد فقهای

شورای نگهبان بر اساس فتوای شخصی خودشان بر اسلامیت قوانین نظارت کنند با تغییر آنها قانون باید تغییر کند.

جزء سوم: اقتضای ادله‌ای که ولایت را برای فقیه جعل کرده است این نیست که فقیه بر اساس فتوای خودش حکم کند بلکه این است که بر اساس روش عقلا حکومت کند؛ و روش عقلایی آن است که حاکم ملزم به رأی خود نباشد؛ بلکه بر اساس روش عقلا عمل کند. همین نکته نشان‌دهنده آن است که فتوای او معیار نیست. در این حالت فتاوی دیگر از حیث اعتبار یکسان خواهند بود و عقلا از بین آنها فتوای کاراتر را انتخاب می‌کنند.

در نقد و بررسی جزء اول این دلیل باید گفت: همان‌گونه که در دلیل رأی سوم بیان شد، ظاهر ادله آن است که فقها به ولایت نصب شده‌اند و هر فقیه‌ای که ولایت قانون‌گذاری را به دست گرفت او است که باید احکام اسلام را تشخیص دهد و قانون را بر اساس آن وضع کند؛ و بنا بر مبنای تخطئه نمی‌تواند قانون را بر اساس فتوایی که خطا می‌داند وضع کند. لذا اینکه گفته شود «حکم اسلام» بر همه فتاوا صدق می‌کند، از دید فقیه‌ای که مسئول قانون‌گذاری است صحیح نمی‌باشد. استشهادی نیز که برای مدعای خود کرد صحیح نیست؛ زیرا فرض شاهد این است که قاضی بر اساس فتوای خودش حکم کرده است؛ و اگر فقیه دیگری، حتی در صورت اختلاف فتوا در مستند حکم او، حق نقض حکم او را ندارد، به خاطر این است که آن قاضی از طرف امام معصوم علیه السلام حق قضاوت را بر اساس آنچه حکم اسلام می‌داند دارد، نه چون مستند قضاوت او حتماً حکم اسلام است به گونه‌ای که اگر قاضی دیگری در مانند همان موضوع با فتوای مغایری حکم دیگری کرد، مستند قضاوت او نیز حکم اسلام باشد. به عبارت دیگر حکم اسلام یکی بیشتر نیست، ولی وظیفه فعلی هر یک از دو قاضی، حکم بر اساس فتوای خودش است، و اسلام حکم او را نافذ دانسته، نه مستند او را.

در نقد و بررسی جزء دوم دلیل می‌توان گفت سه چیز وجود دارد که رأی اول بر آن تکیه دارد: کارایی، هماهنگی با سایر قوانین، ثبات. هماهنگی با سایر قوانین از اصول قانون‌گذاری است و همه آراء بر آن تأکید دارند.

ضمن اینکه اولاً: آنچه در قانون‌گذاری مطلوب است ثبات نسبی قانون است. آیا اگر در قانون‌گذاری عرفی قانون‌گذار به خطای خود در قانون پی ببرد آن را تغییر نمی‌دهد؟ اگر نمایندگان

مجلس جدید قانون دوره قبلی مجلس را خطا بدانند آیا اقدامی در جهت اصلاح آن انجام نمی‌دهند؟ هر عکس العمل و ملاحظه‌ای که قانون‌گذار عرفی در این زمینه دارد فقیه نیز دارد. ثانیاً: این قابل قبول نیست که برای یک اختلاف فتوای احتمالی و مفسده‌ای که نه تحقق آن محرز است و نه مفسدیت آن چندان بارز است، معیار قانون‌گذاری را از آنچه ظاهر ادله گویای آن است تغییر دهیم و فقیه را ملزم کنیم که از همان ابتدا، فتاوی را که خطا می‌داند معیار قانون‌گذاری قرار دهد.

ثالثاً: همه اینها به فرض این است که بر فقیه جدید لازم بدانیم که باید همه قوانین قدیمی را بازبینی کند و هر قانونی را که مستند به فتوای او نیست، بر اساس فتوای خودش تغییر دهد؛ در حالی که این گونه نیست و همان طور که اگر فقیهی که ولایت بر قضا دارد، حکمی قضایی را بر اساس فتوای خود صادر کرد فقهای دیگر حق نقض آن را ندارند.^{۱۹} اگر فقیهی نیز که ولایت بر قانون‌گذاری دارد قانونی وضع کرد آن قانون مادامی که طبیعت آن اقتضا می‌کند نافذ است و فقیه دیگری حق نقض آن را ندارد. مراد از «دوام در حد اقتضای طبیعی حکم» این است که اگر قانون بر اساس فتوا صورت گرفته اقتضای دوام تا زمان عروض عنوان ثانوی را دارد و اگر مثلاً در ظرف تراجم، بر خلاف فتوای معیار وضع شده، اقتضای طبیعی آن تا زمان بقای تراجم است و به محض رفع تراجم، چه در زمان ولایت فقیه قانون‌گذار چه در زمان ولایت فقیه دیگر، اقتضای طبیعی بقای قانون به پایان می‌رسد و قانون‌گذار - هر که هست - باید آن را مطابق حکم اولی اسلام اصلاح کند. این اقتضا در قانون‌گذاری عرفی نیز هست.

اگر در نصب افراد از سوی ولی فقیه، دیده می‌شود که با تغییر ولی فقیه، بقای منصوبین نیازمند تنفیذ حکم از سوی ولی جدید است این به دلیل اقتضای طبیعی نصب افراد است، و اختصاص به منصوبین ولی فقیه نیز ندارد و در هر نصب عرفی‌ای چنین اقتضایی وجود دارد، و این ربطی به نیاز به تنفیذ قوانین ندارد. بنابراین تالی فاسد مذکور، سالبه به انتفای موضوع است.

در نقد و بررسی جزء سوم دلیل می‌توان گفت: اولاً گفته شد که ظاهر ادله ولایت فقیه، و نیز اقتضای مبنای تخطئه این است که فقیه ولی باید بر اساس فتوای خود قانون‌گذاری کند و تخطی از فتوا مجوز شرعی می‌خواهد؛ ثانیاً لزوم مشورت مستلزم این نیست که فتوای قانون‌گذار معیار نباشد، زیرا ادله لزوم مشورت از حیث اینکه چه اموری متعلق مشورت باشد اطلاق ندارد و قدر متیقن آن،

امور مربوط به تنفیذ حکم، از قبیل شناخت موضوع حکم و مقتضیات زمانه و مانند آن است که در حیطة اختیار مردم است و شامل مشورت در اینکه حکم اسلام چیست نمی‌شود. بلکه بعید نیست از ظاهر اضافه امر به ضمیر در «امرهم شوری بینهم»^{۲۰} استفاده شود که مشورت فقط در امور خود آنان است و حکم شرعی در حیطة مردم نیست و باید از روش استنباط به دست آید.

شیخ طوسی در این باره می‌گوید:

خداوند مشاوره در احکام دین و آنچه مربوط به شریعت است را اراده فرموده، بلکه آنچه مربوط به جنگ و مانند آن است را اراده فرموده است و این مسئله اختلافی نیست.^{۲۱}

علامه عسگری در این باره به آیه ۳۵ سوره احزاب تمسک کرده و می‌گوید:

مشاوره فقط در امری صحیح است که امری از حکمی در آن از خدا و رسولش وارد نشده باشد. خدای سبحان فرمود: زمانی که خدا و رسولش حکمی کردند هیچ مرد و زن مؤمنی اختیاری در کارشان ندارد و هر کس با خدا و رسولش مخالفت کند به گمراهی آشکار گمراه شده است. «امر لم یرد فیه من الله و رسوله حکم، فقد قال الله سبحانه: " ما کان لمؤمن و لا مؤمنة إذا قضی الله و رسوله أمرا أن یکون لهم الخیرة من أمرهم، و من یعص الله و رسوله فقد ضلّ ضلالا مبینا»^{۲۲}

در جای دیگری می‌گوید مشاوره در کیفیت تنفیذ احکام اسلام است نه در مقام استنباط حکم شرعی^{۲۳}

برخی افتاء را نیز برای غیر معصوم در کنار سایر امور مورد مشورت دانسته‌اند.^{۲۴}

نتیجه

با توجه به دلایلی که در این مقاله مورد توجه قرار گرفت، در جایی که قانون‌گذار فقیه است و فقیه حکومت می‌کند، فتوای معیار، فتوای خود قانون‌گذار است؛ چه ولی فقیه باشد و چه قانون‌گذاری به وی واگذار شده باشد (رأی سوم). پس از این نظر، رأی دوم که فتوای ولی فقیه را معیار قانون‌گذاری معرفی کرده است و سپس فتوای دارای مزیت اقربیت مانند فتوای اعلم یا مشهور فقها، معیار قانون‌گذاری اسلامی قرار می‌گیرد.

پی نوشت

۱. عمل فقهای شورای نگهبان وضع قانون به معنای حقوقی آن نیست؛ ولی در اینجا وظیفه نظارت بر اسلامیت قانون مد نظر ما است و به تسامح، عمل آنان را قانون گذاری می نامیم.
۲. ر. ک: حسنعلی علی اکبریان، معیارهای بازشناسی احکام ثابت و متغیر، ج ۱، ص ۲۵.
۳. کلینی، الکافی، ج ۱، ص ۶۷، حدیث ۱۰.
۴. نهج البلاغه، خطبه ۱۰۵، ج ۱، ص ۲۰۲.
۵. ابن شعبه الحرانی، تحف العقول، ص ۲۳۸.
۶. ابوالقاسم خوئی، کتاب الاجتهاد و تقلید، ص ۱۴۸.
۷. ر. ک: محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۰، ص ۱۸؛ و حسینعلی منتظری، دراسات فی ولایة الفقیه، ج ۱، ص ۴۰۹.
۸. این نکته هم بنا بر مبنای نصب صحیح است هم بنا بر مبنای انتخاب.
۹. ر. ک: حسنعلی علی اکبریان، معیارهای بازشناسی احکام ثابت و متغیر در روایات، ج ۱، ص ۷۶؛ و همو، مقاله «حیطه امکان تبدیل حکم شرعی به قانون، و ضوابط آن»، فقه و قانون، ص ۲۲۵.
۱۰. ر. ک: ناصر مکارم شیرازی، القواعد الفقهیة، ج ۱، ص ۵۳۹.
۱۱. ر. ک: حسینعلی منتظری، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامية، ج ۱، ص ۴۹۳.
۱۲. برای نمونه ر. ک: سید کاظم حسینی حائری، الإمامة و قيادة المجتمع، ص ۴۳؛ همو، ولایة الأمر فی عصر الغیبة، ص ۱۶۹.
۱۳. برخی همین نکته را شاهد گرفته اند بر اینکه فقهای شورای نگهبان، به دلیل شرط فقه‌هاشتان، استقلال در قانون گذاری دارند. ر. ک: فرج الله هدایت نیا و محمدهادی کاویانی، بررسی - فقهی حقوقی شورای نگهبان، ص ۱۳۲.
۱۴. ر. ک: امام خمینی، الاجتهاد و التقليد، ص ۱۰۴-۱۱۴؛ ابوالقاسم خوئی، الاجتهاد و التقليد، ص ۱۳۴. در این دو منبع مسئله برای تقلید مطرح شده است و ما آن را برای فتوای معیار در قانون گذاری مطرح کردیم.
۱۵. جواز تقلید ابتدایی از میت، منسوب به اخباریان و میرزای قمی است. ر. ک: ابوالقاسم خوئی، الاجتهاد و التقليد، ص ۹۶.
۱۶. ر. ک: محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۱، ص ۴۰۲.
۱۷. ر. ک: امام خمینی، الاجتهاد و التقليد، ص ۱۰۷.

۱۸. ر. ک: یزدی، العروة الوثقی، ج ۶، ص ۴۴۹.
۱۹. مگر در صورتی که موضوع حکم از مواردی باشد که مستند حکم شرعی آن از یقینات است نه از اموری که اجتهادبردار است. ر. ک: طباطبایی یزدی، العروة الوثقی، ج ۶، ص ۴۴۹؛ و برای شمول این بحث در حکم ولایی غیر قضایی ر. ک: علی اکبر سیفی مازندرانی، دلیل تحریر الوسيلة (ولایة الفقیه)، [ج ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ دوم، تهران، ۱۴۲۸ ق.]، ص ۳۶-۳۷.
۲۰. شوری، آیه ۳۸.
۲۱. شیخ طوسی، المبسوط، ج ۸، ص ۹۸؛ و لم یرد تعالی المشاورة فی أحكام الدین و ما یتعلق بالشریعة، و إنما أراد ما یتعلق بتدبیر الحرب و نحوه بلا خلاف.
۲۲. علامه عسگری، معالم المدرستین، ج ۱، ص ۱۶۸: إنما یصح التشاور فی أمر لم یرد فیہ من الله و رسوله حکم، فقد قال الله سبحانه: " ما کان لمؤمن و لا مؤمنة إذا قضی الله و رسوله أمراً أن یكون لہم الخیرة من أمرہم، و من یعص الله و رسوله فقد ضلّ ضلالاً مبیناً.
۲۳. علامه عسگری، معالم المدرستین، ج ۱، ص ۳۷۵: ثم إن مشاوراتہ (صلی الله علیہ و آلہ) کانت فی مقام استجلاء رأی المسلمین فی کیفیة تنفيذ الاحکام الاسلامیة و لیست فی مقام استنباط الحکم الشرعی بالتشاور.
۲۴. محمد علی انصاری، الموسوعة الفقهیة المیسرة، ج ۲، ص ۳۱۱: الاستشارة مشروعة فی کل الأمور و تتأكد فی الأمور الخطیرة: مثل الافتاء و القضاء و تدبیر أمور المجتمع و نحو ذلك. هذا بالنسبة إلی غیر النبی (صلی الله علیہ و آلہ) و الأئمة (علیہم السلام)، و أما بالنسبة إلیہم فلم یستشیروا أحدا فیما یرتبط بالتشریح

کتابنامه

قرآن کریم

۱. أنصاری، محمد علی، الموسوعة الفقهية الميسرة، ج ۲، چاپ اول، مجمع الفكر الإسلامی، ۱۴۱۸ ه. ق.
۲. خوئی، ابو القاسم، کتاب الاجتهاد و التقليد، چاپ سوم، دار أنصاریان للطباعة و النشر، قم، ۱۴۱۱ ه. ق.
۳. ذهبی، محمد بن احمد، سير أعلام النبلاء، ج ۸، إشراف و تخريج: شعيب الأرناؤوط، تحقيق: نذير حمدان، چاپ نهم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ۱۴۱۳ ه. ق.
۴. سرهندي مجددي، محمد حسن جان، الأصول الأربعة في ترداد الوهابية، تحقيق و تعليق: أبو الرياض مولوى حكيم محمد معراج الدين أحمد، مكتبة اشيق، إستانبول، بی تا.
۵. سقاف، حسن بن علی، صحيح شرح العقيدة الطحاوية، چاپ اول، دار الإمام النووي، عمان، ۱۴۱۶ ه. ق.
۶. طباطبائی یزدی،
۷. طوسی، محمد بن حسن، المبسوط، ج ۸، تحقيق، تصحيح و تعليق: محمد باقر بهبودی، المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفرية، ۱۳۵۱ ش.
۸. عسکری، مرتضی، معالم المدرستين، ج ۱، مؤسسة النعمان للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، ۱۴۱۰ ه. ق.
۹. علی اکبریان، حسنعلی، معيارهای بازشناسی احکام ثابت و متغیر، ج ۱، چاپ اول، تهیه: پژوهشکده فقه و حقوق، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ۱۳۸۶ ش.
۱۰. علی اکبریان، حسنعلی، مقاله «حیطه امکان تبدیل حکم شرعی به قانون، و ضوابط آن»، فقه و قانون (ایده‌ها، پیشنهادها و راه‌حل‌های روشی)، گروهی از اندیشمندان و پژوهشگران کشورهای اسلامی، چاپ اول، مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی، قم، ۱۳۹۲ ش.
۱۱. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۱، تحقيق، تصحيح و تعليق: علی أكبر غفاری، چاپ پنجم، دار الکتب الإسلامية، طهران، ۱۳۶۳ ش.

۱۲. موسوی خمینی، روح الله، الاجتهاد و التقليد، تحقيق: مؤسسة تنظيم و نشر آثار الإمام الخميني، چاپ اول، مؤسسة تنظيم و نشر آثار الإمام الخميني، ۱۴۱۸ ه. ق.
۱۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۱ و ۴۰، تحقيق و تعليق: عباس قوچانی، تصحيح: محمد آخوندی، چاپ سوم، دار الكتب الإسلامية، طهران، ۱۳۶۲ ه. ق.
۱۴. نهج البلاغة (خطب الإمام علی علیه السلام)، ج ۱، تحقيق و شرح: محمد عبده، چاپ اول، دار الذخائر، قم، ۱۴۱۲ ه. ق.
۱۵. هدايت نیا، فرج الله، و کاویانی، محمد هادی، بررسی فقهی - حقوقی شورای نگهبان، چاپ اول، مرکز نشر پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۰ ش.
۱۶. سیفی مازندرانی، علی اکبر، دليل تحرير الوسيلة (ولاية الفقيه)، ج ۱، چاپ دوم، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، تهران، ۱۴۲۸ ق.
۱۷. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهية، ج ۱، چاپ سوم، مدرسة الإمام أمير المؤمنين (ع)، ۱۴۱۱ ه. ق.
۱۸. حسینی حائری، کاظم، الإمامة و قيادة المجتمع،
۱۹. حسینی حائری، کاظم، ولاية الأمر فی عصر الغيبة،
۲۰. طباطبائی یزدی، محمد کاظم، العروة الوثقی، ج ۶، چاپ اول، تحقيق و نشر: مؤسسة النشر الإسلامية التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ۱۴۲۳ ه. ق.