

نظریه تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانون‌گذاری

عبدالله حیدری^{۱*}، محمدجواد ارسطو^{۲**}، حسنعلی علی‌اکبریان^{۳***}

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۲۶

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: 10.22034/qjplk.2022.938.1093

چکیده

در بسیاری از قوانین اساسی کشورهای اسلامی، از جمله در اصل ۴ قانون اساسی ایران، تصریح شده است که همه قوانین باید بر اساس موازین اسلامی باشد. مطابقت با موازین اسلامی، از راه مطابقت با منابع دینی و فتاوی عالمان دین، میسر است. از این رو این پرسش قابل طرح است که معیار در مطابقت قوانین با شریعت کدام فتواست؟ نظریات متعددی ابراز شده است. می‌توان به نظریه‌های مطابقت با فتوای اعلم، مشهور، ولی امر، و کارآمد اشاره کرد. این نوشتار دیدگاه دیگری را با عنوان «نظریه تخییر در قانون‌گذاری» مطرح کرده و بر آن است که مطابقت با شریعت از راه مطابقت با هر یک از فتاوی فقهای شیعی قابل تحصیل است و با وضع قانون، طبق فتاوی هر یک از مجتهدان صاحب‌نظر، مطابقت با شریعت حاصل می‌شود. با الزام چنین قانونی از سوی نهادهای مسئول، عمل به آن الزام‌آور است. طبق این دیدگاه، الزامی بر وضع قانون مطابق با فتوای اعلم یا کارآمد یا دیدگاه مشهور وجود ندارد. می‌توان گفت طرفداران این نظریه شخصیت‌های برجسته‌ای چون محقق نراقی و صاحب جواهر هستند و سعی شده دلایل این دیدگاه بیان و اشکالات آن در حد توان رفع شود. رهاورد این دیدگاه را می‌توان تخییر در مقام قانون‌گذاری، تخییر در انتخاب فتوا توسط قاضی در موارد خلأ قانون، و تعیین معیار مخالفت با شرع شمرد؛ به این معنا که طبق این دیدگاه قانون‌گذار مخیر است بر اساس فتوای هر یک از فقیهان صاحب اعتبار وضع قانون کند و قاضی در صورت مواجهه با خلأ قانون، طبق فتوای هر یک از فقهای شیعی، رأی صادر کند. قانون و حکمی مخالف با شرع تلقی می‌شود که برخلاف حکم الزامی مورد اتفاق فقهای شیعی باشد. روش تحقیق در این

۱. دکتری فقه و حقوق قضایی جامعه المصطفی العالمیه، قم، ایران (نویسنده مسئول)

* Email: abdollahheydari1713@gmail.com

۲. دانشیار دانشگاه تهران، دانشکده‌گان فارابی، قم، ایران

** Email: mjarasta@ut.ac.ir

۳. دانشیار پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران

*** Email: ha.aliakbarian@gmail.com



پژوهش توصیفی-تحلیلی است.

واژگان کلیدی: تخییر، شریعت، فتوا، قانون، قانون‌گذاری

درآمد

نظام سیاسی به منظور اداره کشور نیاز به قانون دارد. قانون رابطه شهروندان و دولت را تعیین و دامنه اختیارات قوا را مشخص می‌کند. همچنین رابطه شهروندان را در مسائل مختلف حقوقی بیان می‌کند. مرزهای فعالیت شهروندان با وضع مقررات جزایی معین می‌شود. در صورت نبود قانون، کشور در هرج و مرج و بی‌نظمی فرومی‌رود. نظام سیاسی در جامعه دینی از این قاعده مستثنا نیست. از سوی دیگر جامعه دینی نمی‌تواند در وضع قانون نگاهی به شریعت نداشته باشد. زیرا شریعت، همان‌گونه که افراد را مکلف به عمل به شریعت می‌کند، دولت و نظام سیاسی را نیز موظف به اجرای شریعت می‌داند: «الَّذِينَ إِن مَكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَآمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ.» (حج: ۴۱). افزون بر آن، جامعه دینی نمی‌پذیرد در کشور قانون غیر مبتنی بر شریعت وضع و بر جامعه تطبیق شود. قانون در صورتی در جامعه مقبولیت می‌یابد و مؤمنان رفتارشان را بر پایه آن عیار می‌کنند که از مشروعیت برخوردار باشد.

نظام سیاسی مبتنی بر هنجارهای دینی در امر قانون‌گذاری با این پرسش مواجه است: قانون‌گذاری بر اساس شریعت چگونه باید صورت بگیرد؟ دو گزینه جهت اجرایی شدن این امر وجود دارد: یک. وضع قانون بر اساس منابع شریعت، یعنی کتاب و سنت؛ دو. وضع قانون بر پایه فتاوی‌ عالمان دین و فقیهان شریعت. امکان وضع قانون بر پایه منابع شریعت دشوار است. زیرا قوانین و مقررات زندگی در کتاب و سنت به شکل کدهای قانونی نیامده است تا بتوان به‌آسانی به آن‌ها مراجعه کرد، بلکه مضامین قوانین در سراسر کتاب و سنت به صورت پراکنده مطرح شده است. از سوی دیگر آیات مشتمل بر قوانین و مقررات نیاز به مفهوم‌شناسی دقیق دارد و اخبار و روایات، از نظر سندی و متنی و دلالت، نیاز به اعتبارسنجی دارد، نیز بسیاری از مسائل نوپیدا در کتاب و سنت به صورت صریح مطرح نشده است (صدر، ۱/۱۳۷۹: ۱۹ - ۲۲). در نتیجه، به دست آوردن قوانین و مقررات از کتاب و سنت نیاز به فراگیری مقدمات و دانش‌های فراوان سندشناسی و متن‌شناسی و قواعد زبان‌شناختی دارد و تحصیل آن بدون صرف عمر و تلاش و جهد فراوان امکان‌پذیر نیست. بنابراین، استنباط احکام برای همگان مقدور نیست. بدین ترتیب، تنها راه ممکن و معقول وضع قانون بر اساس گزینه دوم است. زیرا به دلیل برخوردارگی از تلاش و جهد کارشناسان علوم دینی از اتقان لازم برخوردار

است و همچنین از نظر شرعی و عقلایی حجیت و اعتبار مراجعه به آرای کارشناسان خبره دینی و فقهای جامع‌الشرایط در جای خود ثابت شده است که این مقال درصدد شرح آن نیست. مراجعه به فتاوی فقهای جهت وضع قانون اعم از دیدگاه‌ها و نظریاتی است که قبلاً ابراز شده یا در حین وضع قانون توسط کارشناسان دینی ابراز می‌شود و اختصاص به طیف خاصی ندارد.

وضع قانون بر اساس فتاوی عالمان دینی این پرسش را در پی دارد که کدام فتوا را در مقام وضع قانون باید معیار قرار داد؟ احتمالات متعدد در این مورد قابل طرح است؛ بسان وضع قانون بر اساس فتوای ولی امر، فتوای جماعت معین، مثل شورای نگهبان، فتوای اعلیٰ، فتوای مشهور، فتوای کارآمد. هر یک از نظریات یادشده در مقالات دیگران شرح و بسط داده شده است.^۱ اما این نوشتار درصدد تبیین و اثبات دیدگاه دیگری در مقام وضع قانون است و آن «تخییر در انتخاب فتاوا در مقام قانون‌گذاری» است. از این‌رو، این ایده «نظریه تخییر در قانون‌گذاری» نام نهاده شده است. در این نوشتار کوشش می‌شود این دیدگاه تشریح و مستندات و رهاورد آن بیان شود. ساختار کلی این نوشتار بدین صورت سامان‌دهی شده است: تبیین نظریه تخییر، مستندات نظریه تخییر، گستره تخییر، بررسی اشکالات نظریه تخییر، و در پایان نتایج نظریه تخییر. با توجه به موضوع، شیوه تحقیق در این نوشتار توصیفی-تحلیلی است.

۱. تبیین نظریه تخییر

نظریه تخییر در قانون‌گذاری بر آن است که قانون‌گذار در مقام وضع قانون مخیر است طبق هر یک از فتاوی فقهای شیعی وضع قانون کند و هیچ الزامی بر وضع قانون طبق فتوای اعلیٰ یا طبق فتوای ولی امر یا فتوای کارآمد یا فتاوی مشهور وجود ندارد. این دیدگاه، هرچند در مقام وضع قانون بدیع است، در عرصه اعمال فردی دیدگاه تازه‌ای نیست. جمعی از فقهای بزرگ شیعی، مانند محقق حلی در *شرائع* (حلی، ۱۴۰۸، ج ۴: ۶۱)، علامه حلی در *تحریر* (حلی، ۱۴۲۰، ج ۱: ۱۹۰)، *فخرالمحققین در ایضاح الفوائد* (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۴: ۲۹۵)، محقق قمی در *قوانین* (قمی، ۱۴۳۰، ج ۴: ۵۱۸ - ۵۱۹)، محقق نراقی در *مستند الشیعه* (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۴۶)، حسن کاشف‌الغطاء در *قضاء انوار الفقاهه* (کاشف‌الغطاء، ۱۴۲۲: ۹)، محقق نجفی در *جواهر* (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۴۳ - ۴۴)، و مرتضی حائری در *شرح عروه* (حائری، ۱۴۲۶، ج ۱: ۷۱) این نظر را پذیرفته‌اند. مثلاً محقق نراقی می‌گوید: «حق آن است که رجوع به هر یک از آنان (دو مجتهد غیر مساوی از نظر علم) جایز است. مردم مخیرند به هر کدام رجوع نمایند. چراکه مقتضای اصل و اطلاق ادله همین است و عمل صحابه این مدعا را تأیید می‌کند. زیرا آنان، در عین حال که از نظر فضل تفاوت داشتند، هر کدام متصدی افتاء شدند و ردی و انکار

بر عمل آنان صورت نگرفت.» (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۴۶).

پیامد اعتبار قول غیراعلم تخییر در عمل به فتاواست؛ به این معنا که شخص مخیر است در مسائل فردی طبق فتوای اعلم یا طبق نظر غیراعلم عمل کند و در مقام قانون‌گذاری مجاز است قانون را طبق فتاوای هر یک از فقهای شیعی وضع کند. یعنی از آرا و نظریات کسانی تبعیت کند که در این زمینه متخصص و صاحب‌نظر شمرده می‌شوند و طبق معیار و ضوابط علم به ابراز رأی و نظر می‌پردازند و دقت نظر لازم را دارند؛ هرچند نسبت به برخی افراد دیگر اعلم به شمار نمی‌روند.

۲. مستندات نظریه تخییر

۲-۱. سیره متشرعه

سیره اصحاب پیامبر و ائمه در عصر حضور و نیز عملکرد جامعه دینی در آن زمان بر این واقعیت استمرار یافت که آنان به عالمان دینی و اصحاب ائمه رجوع می‌کردند؛ درحالی‌که از نظر فضل کاملاً با یک‌دیگر متفاوت بودند و در فهم مسائل دینی چه‌بسا با هم اختلاف داشتند. بنابراین از سیره جامعه مسلمان در عصر پیامبر و امامان معصوم دانسته می‌شود که رجوع به عالمان دینی جهت دریافت مسائل دینی جایز است و فرقی میان اعلم و غیراعلم وجود ندارد؛ بلکه پیامبر و امامان معصوم^(ع) جامعه اسلامی را به رجوع به اصحاب و حواریین خود سفارش کرده‌اند. اگر رجوع به اعلم لازم بود، رجوع به پیامبر و امام معصوم منحصر می‌شد. زیرا در زمان آنان شخصی اعلم از آنان وجود نداشت (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۴۶؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۴۳-۴۴). صاحب **مفتاح الکرامه** می‌گوید: «کافی است برای تو آنچه را که حسن و شاء گفته است. او ۹۰۰ شیخ الحدیث را درک کرد که همه آنان می‌گفتند: جعفر بن محمد چنین روایت کرد. آیا گمان می‌کنید اهل کوفه با کثرتشان هرگاه می‌خواستند مسئله‌ای را سؤال کنند یا در موردی با همدیگر نزاع نمایند به افقه فقها و متضلع‌تر در اخبار و روایات مراجعه می‌کردند! (قطعاً چنین نبوده است.) اگر چنین سخنی (مراجعه به اعلم) تمام باشد، رجوع به منصوب از سوی امام نیز در فرض امکان رجوع به اعلم جایز نخواهد بود. امامت شخص مفضول بر فاضل نیز جایز نخواهد بود.» (عاملی، بی‌تا، ج ۱۰: ۴).

۲-۲. اطلاق ادله لفظی

اطلاق آیات کریمه نفر «وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْ لَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَ لِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ.» (توبه: ۱۲۲) (شایسته نیست مؤمنان همگی به سوی میدان جهاد کوچ کنند. چرا از هر گروهی طایفه‌ای کوچ نمی‌کند (و

طایفه‌ای در مدینه نمی‌ماند) تا در دین آگاهی یابند و به هنگام بازگشت به سوی قوم خود آن‌ها را بیم دهند، شاید (آنان از مخالفت پروردگار) خودداری کنند.، سؤال از اهل ذکر «فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ» (نحل: ۴۳؛ انبیاء: ۷) (اگر نمی‌دانید از آگاهان بپرسید.، نیز اطلاق روایات لزوم رجوع به عالمان دین این معنا را افاده می‌کند که دیدگاه‌ها و آرای عالمان مختلف و متعدد برای انسان‌های غیرعالم معتبر است و اشخاص در رجوع به هر یک از آنان مخیرند (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۷: ۴۶). زیرا از طرفی نصوص شریعت مسلمانان و جامعه اسلامی را به رجوع به عالمان دین، جهت فراگیری مسائل دینی و عمل به آن، موظف می‌کند و از سوی دیگر تردیدی نیست در زمان صدور نص سطح فهم راویان از روایات متفاوت بوده است و در زمان‌های بعد از زمان صدور نص اختلاف در فهم به دلیل اختلاف در برداشتها و پیش‌فرض‌ها راه یافته است. در نتیجه عالمان آرای مختلف ابراز می‌کنند. با وجود این واقعیت شریعت جامعه را به عالمان دین ارجاع داده است. این بدین معناست که این مقدار از اختلاف را مضر ندانسته و برای همه آرا اعتبار قائل شده است. فلسفه این امر را در دو چیز می‌توان جست‌وجو کرد: اول، تسهیل شریعت در امر دین، یعنی بنای شریعت بر دریافت سهل و آسان دین است نه بر سختگیری، و دوم، با نگاه کلامی آنچه در دین‌داری و دین‌مداری مهم است پذیرش و تسلیم در برابر اراده حق است. اگر چنین چیزی رعایت شود، در قرار گرفتن شخص در صراط تعبد کفایت می‌کند. بر این اساس قرار گرفتن در مسیر خطوط کلی دین و مشی طبق آن برای هدایت انسان کافی است و اختلاف در جزئیات، که به غرض تعبد و دین‌ورزی است، اشکال ندارد. چون از روی تسلیم در برابر حق صورت گرفته است. مهم در دین اسلام تسلیم در برابر حق است.

ممکن است بر این استدلال اعتراض شود که اطلاق آیات و روایات در صورتی مورد عمل قرار می‌گیرد که آن دلیل مقید لبی نداشته باشد. در خصوص باب تقلید مقید لبی داریم و آن سیره عقلا بر لزوم تبعیت از متخصص برتر و شخص اعلم است. بنابراین، اطلاقی منعقد نمی‌شود تا به آن تمسک شود. اما این اشکال پذیرفته نیست. زیرا خواهد آمد اولاً وجود چنین سیره‌ای در میان عقلا مسلم نیست. ثانیاً بر فرض که سیره عقلا بر پیروی از اعلم باشد، در این موارد اطلاق آیات و روایات حاکم است. زیرا اصحاب در زمان امامان معصوم طبق اطلاق نصوص متصدی افتاد شدند و هیچ اعتراضی به آنان نشد (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۳۴۳). امام در عین حضور در مدینه به برخی از اصحاب خود دستور داد در مسجد مدینه متصدی فتوا شوند (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۳۰: ۲۹۱). این نشانه آن است که سیره متشرعه در این مورد جاری بر

پیروی از مطلق عالمان دین بوده است و این سیره نشانه آن است که اطلاق آیات و روایات مورد عمل قرار گرفته و این اطلاق تقییدی را نپذیرفته است.

دو وجه فوق حجیت فتاوی فقها را هم در اعمال فردی اثبات می‌کند هم در ارتباط با جامعه و دولت. زیرا مستندات یادشده نفس فتوا را به عنوان حجت معرفی می‌کند و اجتماع و فرد در آن تأثیر نمی‌گذارد. در نتیجه در عرصه اجتماعی و حکومتی رجوع به عالمان و متخصصان مختلف شریعت مجاز است و قانون طبق هر فتوایی وضع شود مطابق با حجت خواهد بود.

۲-۳. ملازمه میان باب قضا و قانون‌گذاری

جمع کثیری از فقهای متقدم و معاصر شیعی، در باب قضا، عمل به حکم قاضی غیراعلم را حتی در فرض حضور قاضی داناتر کافی می‌دانند. زیرا اطلاق روایات قضا شامل قاضی غیراعلم نیز می‌شود.^۲ لازمه و پیامد این دیدگاه آن است که اعلامیت در مقام قانون‌گذاری نیز لازم نیست. زیرا میان قضا و داوری و قانون‌گذاری نوعی ملازمه وجود دارد. چون قانون‌گذاری مقدمه برای قضا و داوری است و همان‌گونه که گذشت طبق نظر جمع کثیری از فقها قضا و داوری طبق نظر غیراعلم منعی ندارد؛ بلکه گفته شده است قضا و داوری غیراعلم میان صحابه امر اجماعی بوده است (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۳: ۳۴۲). طبق این دیدگاه، قانون‌گذاری نیز طبق فتاوی غیراعلم منعی ندارد.

البته این وجه را نمی‌توان دلیل اثباتی دانست، بلکه صرفاً دلیل اقناعی است، و این معنا را می‌رساند که وضع قانون طبق فتاوی هر مجتهدی غیرمقبول نیست؛ همان‌گونه که در باب قضا داوری هر مجتهدی از نظر مشهور متأخرین فقهای شیعی مجاز است (اسماعیل‌پور، بی‌تا، ج ۱: ۷۹). وضع قانون مشابه باب قضا است. بنابراین، قانون‌گذاری طبق نظریات فقهای غیراعلم نیز جایز است.

۳. گستره تخییر

تخییر در عمل طبق فتاوا دو گونه است: استمراری و ابتدایی. تخییر ابتدایی بدین معناست که شخص قبل از عمل مخیر است یکی از فتاوی معتبر را اخذ کند. اما پس از عمل باید طبق همان فتوا عمل کند و مجاز نیست فتوای مرجع دینی دیگری را در مقام عمل اختیار کند. در برابر، تخییر استمراری به این معناست که شخص همواره در مقام عمل مخیر است طبق یکی از فتاوا عمل کند. اگر در واقعه‌ای طبق فتوایی عمل کرد، در واقعه دیگر می‌تواند طبق فتوای مرجع دینی دیگر عمل کند. فقیهان برجسته‌ای مانند محقق عراقی و اراکی و سید کاظم حائری

این نظر را اختیار کرده‌اند (عراقی، ۱۴۱۵: ۱۰؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۴۷۱ - ۴۷۵؛ حائری، ۱۳۸۸: ۵۴).^۳ از علامه حلی، شهید ثانی، و محقق کرکی نیز همین معنا نقل شده است (حلی، ۱۴۲۵، ج ۵: ۲۶۶؛ عاملی، ۱۴۲۰: ۵۱؛ محقق کرکی، ۱۴۰۹، ج ۲: ۲۵۳). با الهام از تخییر در اعمال فردی در عرصه اجتماعی می‌توان گفت تخییر ابتدایی در قانون‌گذاری بدین معناست که نهاد قانون‌گذار در ابتدا مخیر است طبق فتاوی یکی از متخصصان شریعت اقدام به وضع قانون کند. اما، پس از وضع قانون و عمل به آن، دیگر عدول مجاز نیست. در برابر، تخییر استمراری به این معناست که نهاد قانون‌گذار می‌تواند، پس از وضع قانون طبق فتاوی، از آن عدول کند و دیدگاه دیگری را معیار قرار دهد.

دیدگاه تخییر استمراری از اتقان کافی برخوردار است. اطلاق مستندات اعتبار فتاوا مؤید این دیدگاه است. ادله یادشده، همان‌گونه که دلالت بر اعتبار فتاوا قبل از عمل به هر یک دارد، بعد از عمل نیز دلالت بر اعتبار و حجیت آن دارد. در نتیجه شخص می‌تواند طبق آن عمل و نهاد قانون‌گذار طبق فتاوی دیگر اقدام به وضع قانون کند. بر فرض شک در شمول ادله اعتبار بعد از عمل، استصحاب حجیت تخییری به حال خود باقی است. چون قبل از عمل به فتوا هر یک از فتاوا حجیت داشت، بعد از عمل در فرض شک در حجیت استصحاب بقای حجیت هر یک از فتاوا قابل جریان است (خویی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۹۴، به نقل از قائلان به تخییر استمراری).

۴. بررسی اشکالات نظریه تخییر

۴ - ۱. سیره عقلا بر تبعیت از اعلم

مهم‌ترین دلیل لزوم تقلید در احکام شرعی و مسائل دینی سیره عقلاست. زندگی اجتماعی انسان‌ها در هم تنیده است. هر شخص متصدی فعالیت و کار در عرصه خاص یا در چند عرصه محدود است و نیازهای دیگران را در حد خود تأمین می‌کند و خود از محصول کار و فعالیت دیگران بهره می‌برد. هیچ انسانی توانایی آن را ندارد که در همه عرصه‌ها به کار و فعالیت بپردازد و نیازهای خود را تأمین کند. بر اساس این ضرورت، انسان در مقام نیاز از کار و محصول دیگران بهره می‌گیرد؛ مثلاً انسان غیرعالم به طب و هندسه، هنگام نیاز، به پزشک و مهندس مراجعه می‌کند. عرصه دین‌داری نیز از این قاعده مستثنا نیست. انسان غیرعالم به احکام شریعت در مقام عمل به انسان عالم و دانا به شریعت رجوع می‌کند و مسائل خود را از او می‌پرسد و طبق آن رفتار می‌کند. افزون بر آنکه عقلا در مسائل مورد نیاز به افراد متخصص رجوع می‌کنند، همه سعی و تلاش آنان بر این واقعیت استوار است که به افراد متخصص درجه اول و اعلم رجوع کنند. بر پایه سیره عقلا در مسائل دینی نیز رجوع به اعلم ضرورت دارد و انسان مجاز نیست به غیراعلم مراجعه کند. از این‌رو، جمع کثیری از فقهای شیعی فتوا به

وجوب تبعیت از اعلم داده‌اند. همه این امور مربوط به عرصه فردی است. در عرصه اجتماعی نیز چنین است. زیرا سیره عقلا بین این دو عرصه تفاوت نمی‌گذارد. در نتیجه، لازم است قانون‌گذاری طبق فتاوی فقیه اعلم صورت بگیرد (قائینی، ۱۳۹۴).

در پاسخ به این اشکال باید گفت: اولاً، جریان سیره عقلا بر رجوع به افراد متخصص و دانا انکارناپذیر است. همه انسان‌ها در موارد نیاز به انسان متخصص مراجعه می‌کنند. ولی رجوع به متخصص اعلم مسلم نیست. اگر انسان نیاز به ساخت خانه‌ای پیدا کند به یکی از مهندسان مراجعه می‌کند. این‌گونه نیست که در همه موارد نیاز به متخصص برتر و داناتر رجوع کند. شاهد بر مدعا آنکه اگر رئیس شهر مبتلا به مرض دشوار شود، این‌گونه نیست که دنبال متخصص‌ترین پزشک جهان بگردد؛ بلکه به یکی از اطباء متخصص مراجعه می‌کند. روی همین جهت، جمعی از فقها اصل جریان سیره عقلا بر رجوع به اعلم را نپذیرفته‌اند (حیدری، ۱۴۱۲: ۳۱۸ - ۳۱۹). کسانی هم که ادعای رجوع به اعلم را مطرح کرده‌اند سخنشان مبتنی بر داده‌های آماری نیست، بلکه بر اساس حدس و احتمال ذهنی است. امام خمینی در رابطه با رجوع به اعلم نیز رجوع به او را از نظر عقلا ضروری نمی‌داند. می‌گوید: «هل بناء العقلاء علی ترجیح قول الأفضل لدی العلم بمخالفته مع غیره إجمالاً أو تفصیلاً، یكون بنحو الإلزام، أو من باب حسن الاحتیاط و لیس بنحو اللزوم؟ لا یبعد الاحتمال الثانی. لوجود تمام الماک فی کلّهما و احتمال أفریئة قول الأعلم- علی فرض صحته- لم یکن بمثابة یری العقلاء ترجیحه علیه لزومیاً و لهذا تراهم یراجعون المفضول بمجرّد أعدار غیر وجهیة، کبعد الطریق و کثرة المراجعین و مشقة الرجوع إلیه ولو كانت قليلة و أمثال ذلك. ممّا یعلم أنه لو حکم العقل إلی الزاماً بالترجیح، لما كانت تلك الأعدار وجهیة لدی العقل و العقلاء.» (خمینی، ۱۴۲۶: ۸۷) (آیا بنای عقلا مبنی بر ترجیح رأی اعلم در فرض علم به مخالفت آن با رأی غیراعلم به صورت اجمالی یا تفصیلی به صورت الزامی است یا از باب حسن احتیاط است و به صورت الزامی نیست؟ احتمال دوم (الزامی نبودن) بعید نیست. زیرا ملاک در هر دو وجود دارد. صرف احتمال اقریب قول اعلم- بر فرض صحت آن- از نظر عقلا در حدی نیست که ترجیح رأی اعلم را الزام‌آور بدانند. از این رو می‌بینید مردم به دلیل عذرهای غیرموجه، مانند دوری راه و کثرت مراجعین و مشقت اندک و امثال آن، به غیراعلم مراجعه می‌کنند. اگر حکم عقل بر ترجیح جانب اعلم الزامی بود، چنین عذرهایی از نگاه عقل و در نزد عقلا پذیرفته نبود).

ثانیاً، بر فرض که سیره عقلا بر رجوع به متخصص اعلم جاری باشد، سیره متشرعه از زمان پیامبر و امام در مسائل دینی بر رجوع به همه افراد عالم و آگاه به مسائل دین جریان یافته

است. شاهد صدق مدعا آنکه امام به برخی از اصحاب خود دستور داد در مسجد مدینه بنشینند و احکام دین را برای مردم بازگو کنند، درحالی‌که خود امام در مدینه حضور داشت. اگر رجوع به اعلم ضرورت داشت، ارجاع به اصحاب در مدینه موجه نبود. زیرا هیچ انسانی اعلم از امام نیست.

۴-۲. روایات تبعیت از اعلم

شاید بتوان گفت تبعیت در مسائل دینی از هر عالم دین مجتهد و متخصص در احکام شریعت جایز و رواست. آیات نفر و سؤال از اهل ذکر این معنا را می‌رساند. اما این تبعیت تا زمانی است که اختلاف نظر میان اعلم و غیراعلم آشکار نشود. هرگاه اختلاف نظر میان آنان آشکار شود، طبق روایات، پیروی از اعلم لازم است. سیره عقلا نیز مؤید همین ادعاست. در روایت معتبر راوی از امام صادق^(ع) سؤال می‌کند: «در صورتی که دو نفر در موضوع مورد اختلاف دو نفر را میان خودشان داور قرار دهند، اما داوران اختلاف پیدا کنند، نظر کدام یک باید پذیرفته شود؟» امام می‌فرماید: «يُنْظَرُ إِلَى أَفْقَهِيهِمَا وَ أَعْلَمِيهِمَا بِأَحَادِيثِنَا وَ أَوْرَعِيهِمَا فَيُنْفَذُ حُكْمَهُ وَ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى الْآخِرِ.» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶: ۳۰۱؛ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳: ۸) (هر یک از آن دو فقیه‌تر، عالم‌تر به احادیث ما، و باتقواتر باشد حکم او نافذ است و حکم طرف مقابل مورد توجه قرار نمی‌گیرد).

در روایت عمر بن حنظله راوی از امام صادق^(ع) درباره دو شخصی سؤال می‌کند که درباره میراث یا دین با هم اختلاف دارند. امام، ضمن اینکه آنان را از رجوع به سلطان و قضات برحذر می‌دارد، می‌گوید: «يَنْظُرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا، وَ نَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَ حَرَامِنَا، وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا، فَلْيُرْضَوْا بِهِ حَكْمًا. فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا.» (طرفین نزاع شخصی را پیدا کنند که احادیث ما را نقل می‌کند، در مورد حلال و حرام ما تدبیر می‌کند، و احکام ما را می‌شناسد، به حکمیت و داوری او رضایت دهند. زیرا چنین شخصی را من قاضی و حاکم قرار دادم). راوی سؤال می‌کند که اگر طرفین نزاع به دو نفر واجد چنین صفاتی مراجعه کردند تا میانشان داوری کند، اما آنان در داوری و حدیث شما با همدیگر اختلاف پیدا کردند چه کار باید کرد؟ امام در جواب می‌فرماید: «الْحُكْمُ مَا حَكَمَ بِهِ أَعْلَهُمَا وَ أَفْقَهُهُمَا وَ أَصْدَقُهُمَا فِي الْحَدِيثِ وَ أَوْرَعُهُمَا وَ لَا يُلْتَفَتُ إِلَى مَا يَحْكُمُ بِهِ الْآخِرُ.» (کلینی، ۱۴۲۹، ج ۱: ۱۷۰؛ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳: ۹؛ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۶: ۳۰۲) (حکم همان حکمی است که عادل‌ترین و فقیه‌ترین و راستگوترین آنان در نقل حدیث و ورع‌ترین صادر کند و به حکم طرف دیگر توجه نمی‌شود). این دو روایت می‌رساند در موارد اختلاف داوری نظر شخص اعلم برتری دارد. در باب فتوا و قانون‌گذاری نیز همین معیار باید رعایت شود. یعنی در مسائل مورد اختلاف تقلید از

اعلم لازم است و در مقام قانون‌گذاری باید تقنین بر اساس فتاوی مرجع اعلم صورت بگیرد (قائینی، ۱۳۹۴).

پاسخ این ایراد چنین است: اولاً، اگر بنا شود طبق نص روایت در مورد اختلاف فتاوا در مسائل فردی یا قانون‌گذاری عمل شود، باید فتوای شخصی مقدم شود که واجد صفات عادل‌تر، ورع‌تر، فقیه‌تر، و عالم‌تر (طبق روایت دوم صادق‌تر در نقل حدیث) باشد؛ درحالی‌که کسی چنین سخنی را نگفته است. بر فرض که چنین سخنی را قبول کنیم، در جایی که این صفات از همدیگر تفکیک شود، نمی‌توان طبق روایت حکم به لزوم تقدیم فتوای اعلم کرد. چون این مورد خارج از دایره حکم روایت است (خامنی، ۱۴۲۶: ۱۰۵). ثانیاً، مورد روایات باب قضا و داوری است. روایت در گام اول مردم را ملزم به پیروی از عالمان دین متخصص در احکام شریعت می‌کند. در این مرحله سخنی از لزوم رجوع به اعلم مطرح نیست: «يَنْظُرَانِ إِلَى مَنْ كَانَ مِنْكُمْ مِمَّنْ قَدْ رَوَى حَدِيثَنَا وَ نَظَرَ فِي حَلَالِنَا وَ حَرَامِنَا وَ عَرَفَ أَحْكَامَنَا، فَلْيَرْضَوْا بِهِ حَكْمًا. فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتُهُ عَلَيْكُمْ حَاكِمًا». در گام دوم در فرضی که طرفین نزاع با اراده و اختیار خود دو نفر را به عنوان حکم قرار دهند و آنان با همدیگر در صدور حکم اختلاف کنند، امام داوری و حکم شخص اعلم و عادل را معیار برتری می‌داند. تقدیم داوری چنین شخصی کاملاً طبق معیار عقلایی است. زیرا اعلیت و عدلیت موجب می‌شود شائبه خلاف واقع و قرار گرفتن در معرض تطمیع برطرف شود. حال، اگر بخواهیم این روایت را در باب فتوا و قانون‌گذاری نیز جاری بدانیم، تنها حکم مرحله اول قابل جریان است. یعنی در مقام تقلید شخص می‌تواند از هر مجتهدی در احکام شریعت تقلید کند و در مقام قانون‌گذاری حاکمیت می‌تواند طبق فتاوی هر یک از مجتهدان وضع قانون کند. اما حکم مرحله دوم قابل جریان نیست. چون روایت مردم را ملزم نمی‌کند که فرد اعلم را انتخاب کنند، هرچند بدانند فرد اعلم وجود دارد؛ با اینکه اختلاف میان عالم و اعلم طبیعی است. حکم مرحله دوم اختصاص به فرض خاص قضا دارد. یعنی در فرضی که طرفین نزاع به دو عالم مجتهد رجوع کنند و آنان با همدیگر اختلاف کنند راه حل معقول تقدیم داوری شخص اعلم و عادل است. اما این حکم در جایی که شخص به عالم دین واحد رجوع کند جاری نیست. نمی‌توان حکم فرض خاص را به همه موارد سرایت داد.

۴-۳. وجوب تبعیت از فتوای ولی امر

مسئولیت صیانت از دین‌مداری نظام سیاسی، ترویج دین و حسن اجرای شریعت در جامعه، و تعیین سیاست‌های کلان هم‌سو با اهداف دین و مصالح امت مطابق با شرایط زمان و

مکان به عهده رهبر دینی نظام سیاسی است. اصولاً فلسفه وجودی ولی امر آگاه و خبیر همین است. اگر در نظام سیاسی چنین شخصیتی به عنوان رهبر پذیرفته شود، باید در همه مسائل مربوط به عرصه دین نظریات و فتاوی او پذیرفته شود. زیرا او مسئول ترویج دین و اجرای احکام در جامعه است. او در صورتی می‌تواند دین را در جامعه اجرا کند که خود آن را احکام دینی بداند. اگر آموزه‌ای برخلاف نظریات اجتهادی او باشد، به طور طبیعی، وی آن را جزء دین نمی‌داند و به تبع ملزم به اجرای آن نیست؛ بلکه مجاز به اجرای آن نیست. با این نگاه لازم است قانون‌گذاری طبق فتاوی رهبر دینی- سیاسی مجتهد صورت بگیرد (ارسطا به نقل از هاشمی شاهرودی، ۱۳۹۳؛ یزدی، ۱۳۶۸: ۷۷ - ۷۸؛ کعبی، ۱۳۹۶).

پاسخ این ایراد چنین است: اولاً، دیدگاه‌ها و نظریات در مورد مشروعیت دولت مختلف است. به طور کلی سه دیدگاه عمده در این مورد وجود دارد: الف) نظریه انتصاب؛ این نظریه بر آن است که فقهای عادل خبیر و مدبر از سوی خداوند به عنوان زعیم جامعه اسلامی تعیین شده‌اند. طبق این دیدگاه مشروعیت دولت فقط از سوی خداوند تعیین می‌شود و مردم نقشی در اصل مشروعیت ندارند. مشهور فقهای شیعی این نظر را دارند (محقق کرکی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۱۴۲؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۵۲۹ - ۵۸۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۱: ۳۹۷ - ۳۹۹؛ بروجردی، ۱۴۱۶: ۷۲ - ۸۱). ب) نظریه انتخاب؛ این نظریه بر آن است که فقیه عادل و خبیر و مدبر از سوی جامعه اسلامی با انتخابات به عنوان زعیم جامعه اسلامی تعیین می‌شود. مشروعیت با فراهم شدن دو مؤلفه فقاقت و انتخاب تأمین می‌شود. این نظر منتظری و سبحانی است (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱: ۴۰۴ - ۴۰۵؛ سبحانی، بی‌تا: ۲۰۳ - ۲۹۶). ج) دیدگاه ولایت امت با نظارت فقها؛ این دیدگاه بر آن است که جامعه در تعیین والی و حاکم خود ولایت دارد و می‌تواند حاکم جامعه اسلامی را در فرض فقدان نص تعیین کند. اما لازم است حکومت آنان با نظارت فقهای مسلمان همراه باشد تا از مرزهای دین و شریعت تعدی نکند و از دین به عنوان باارزش‌ترین پدیده جامعه اسلامی صیانت شود. طبق این دیدگاه مشروعیت فقط وابسته به انتخاب امت است. این دیدگاه شهید صدر و شمس‌الدین است (صدر، ۱۴۲۱: ۱۱۹ - ۱۶۲؛ شمس‌الدین، ۱۴۱۱: ۲۳۴ - ۲۳۵). حال وضع قانون طبق فتاوی رهبر دینی- سیاسی جامعه اسلامی در صورتی لازم است که ما از میان نظریه‌های مشروعیت دولت نظریه انتصاب را مبنای مشروعیت بدانیم. چون طبق این نظر مشروعیت او وابسته به آرای مردم نیست. اگر توانست بر اساس مقبولیت میان مردم به عنوان رهبر دینی- سیاسی جامعه پذیرفته شود، می‌تواند طبق فتاوی خود جامعه را ملزم کند و نهادهای حکومت را موظف به وضع قانون طبق فتاوی خود کند. اما طبق سایر نظریات ولایت چنین الزامی وجود ندارد.

ثانیاً، بر فرض که در مبانی مشروعیت نظریه انتصاب را بپذیریم، بر ولی امر واجب نیست ضرورتاً طبق آرای خود اقدام به وضع قانون کند. زیرا آرای فقهی او برای خودش حجت است و الزام دیگران طبق آن واجب نیست. بنابراین، می‌تواند قانون‌گذاری و اجرای قانون را به نهادهای دیگر واگذار کند. شاهد بر ادعا قرائن تاریخی و روایات است. در زمان پیامبر و امیرالمؤمنین، قضات برای شهرهای مختلف تعیین می‌شد، بلکه در زمان امیرالمؤمنین در کوفه مسئولیت قضا به عهده شخص دیگر بود. روشن است فهم قضات منصوب با دیدگاه پیامبر و امیرالمؤمنین چه‌بسا مختلف بود. در عین حال، پیامبر و امیرالمؤمنین آنان را به منصب قضاوت گماشتند. این قرینه آن است که الزامی بر داوری طبق دیدگاه رهبر دینی- سیاسی جامعه اسلامی وجود ندارد. در نظام جمهوری اسلامی ایران نیز مطابق همین رویه رفتار شد. مثلاً نمونه فتوای امام خمینی درباره مالکیت معنوی عدم اعتبار آن است. در عین حال، در زمان ایشان قانون رعایت حقوق معنوی پذیرفته شد و موارد دیگر از این قبیل نیز وجود دارد.

ثالثاً، اگر قانون‌گذاری طبق فتاوی رهبر سیاسی- دینی جامعه را لازم بدانیم، لازمه‌اش آن است که اگر رهبر دینی در همه ابواب فقه و مسائل اجتماعی صاحب‌نظر نباشد یا به اجتهاد در آن ابواب نپرداخته باشد، وضع قانون دچار اشکال شود. زیرا از طرفی مجتهد است و نمی‌تواند طبق نظریات دیگران وضع قانون کند و از طرف دیگر خود نیز به اجتهاد در امور یادشده نپرداخته است. بلکه می‌توان گفت امروزه حتی برای کسانی که همه عمرشان را صرف اجتهاد و استنباط مسائل شرعی می‌کنند بررسی و استنباط در همه مسائل فقهی و اجتماعی برای آنان غیرمقدور است. افزون بر آن، پیامد این دیدگاه آن است که هرگاه دیدگاه رهبر در مسائل دینی تغییر یابد یا رهبری دینی نظام سیاسی تغییر کند، همه قوانین باید طبق دیدگاه نو و رهبری جدید تغییر کند. درحالی‌که تغییر قانون و قانون‌گذاری جدید به‌سهولت ممکن نیست.

رابعاً، طبق آنچه در قانون اساسی در اصل ۹۶ آمده «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان است». طبق تفسیر شورای نگهبان، معیار در مغایرت و عدم مغایرت قوانین مصوب مجلس نظر فتوایی فقهای شورای نگهبان است (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۱۶۹). طبق این تفسیر، معیار قرار دادن فتوای ولی امر با قانون اساسی دچار اشکال می‌شود. البته نظر دیگر آن است که معیار در مطابقت و عدم مطابقت با شرع نظر ولی امر است. در گام دوم نظر مشهور معیار است. این نظر را نگارنده در صحبتی که با یکی از فقهای شورای نگهبان داشت شنید. ایشان چنین استدلال کرد که قانون اساسی تشخیص مغایرت و عدم مغایرت قوانین با شرع را به عهده شورای نگهبان گذاشته، اما مشخص نکرده آنان کدام نظر را در مقام ارزیابی معیار قرار دهند. معیار،

طبق همان دلیل پیشین که گذشت، فتوای ولی امر است. گمان بر آن است که این نظر با روح قانون اساسی سازگار نیست. چون در قانون اساسی شرایط و صفات خاصی برای اعضای فقهای شورای نگهبان ذکر شده و وظایف مهمی به عهده آنان گذاشته شده است. مثلاً در اصل ۹۱ آمده است: «به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای ملی با آنها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود: شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با مقام رهبری است». واگذاری مسئولیت مطابقت یا عدم مغایرت قوانین با شریعت به عهده شورای نگهبان با صفات مذکور در قانون شاهد آن است که نظر آنان در قوانین نقش دارد. وگرنه اگر بنا بود صرفاً آرای مرجع اعلم یا ولی امر یا هر مقام علمی دیگری در قوانین لحاظ شود، نیازی به چنین تدابیری نبود. بلکه می‌توان آن را به تعداد افراد آگاه به فتاوی فقیهان واگذار کرد.

۴ - ۴. تبعیت از فتاوی فقهای شورای نگهبان

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در موارد مختلف نظارت بر مصوبات مجلس و قوانین مصوب مجلس را بر عهده شورای نگهبان گذاشته است؛ از جمله در اصل ۹۱ و ۹۶ به جایگاه شورای نگهبان اشاره شده است. در اصل ۹۱ آمده است: «به منظور پاسداری از احکام اسلام و قانون اساسی، از نظر عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای ملی با آنها، شورایی به نام شورای نگهبان با ترکیب زیر تشکیل می‌شود: ۱. شش نفر از فقهای عادل و آگاه به مقتضیات زمان و مسائل روز. انتخاب این عده با رهبر یا شورای رهبری است». در اصل ۹۶ آمده است: «تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آنها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است». در مشروح مذاکرات مجلس قانون اساسی نیز توسط رئیس مجلس قانون اساسی تصریح شده است که معیار در مطابقت یا عدم مخالفت با شریعت نظر فقهی فقهای شورای نگهبان است (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۳، ج ۲: ۹۶۳). همچنین در نامه دبیر شورای نگهبان در سال ۱۳۶۰ به این مطلب تصریح شده است (فتحی و کوهی اصفهانی، ۱۳۹۷: ۱۶۹). شورای نگهبان در بدو تشکیل چنین نظری داشته است. اما به مرور نظر آن به لزوم سنجش با فتاوی ولی امر و رهبر دینی نظام سیاسی تغییر یافته است. این احتمال در مطلب سوم این بحث مورد بررسی قرار گرفت. فعلاً سخن بر سر لزوم تبعیت از فتاوی فقهای شورای نگهبان است در مقام مطابقت و عدم مغایرت با شریعت.

این دیدگاه چند مانع دارد: اولاً، از نظر استنادی مستند روشن و واضح برای خصوص این نظر در نصوص شریعت نمی‌توان یافت. زیرا اگر مستند آن را آیات و روایات مربوط به مشاوره بدانیم، مانند آیه مبارکه «و شاورهم فی الأمر» (آل عمران: ۱۵۹) و آیه مبارکه «و أمرهم شورى بينهم» (شوری: ۳۸) و روایات مربوط به باب مشاورت، شمول آن نسبت به افتا و صدور رأی و تبعیت از رأی اکثریت دشوار است. افزون بر آن الزام به تبعیت از مشاوره را نمی‌رساند. اگر مستند آن را وجوب نصب قضات متعدد توسط پیامبر گرامی اسلام و امیرالمؤمنین بدانیم، به این بیان که قضات در فهمشان از نصوص شریعت متفاوت بوده‌اند، در نتیجه به نحوی کثرت‌گرایی در مقام حکم طبق شریعت پذیرفته شده است. این هم دچار این ایراد است که اگر نص صریح بر قضاوت شورایی و تبعیت از اکثریت می‌داشتیم، این سخن قابل پذیرش بود. ولی چنین نصی نداریم و در آن زمان قضاوت شورایی رایج هم نبوده است. اگر مستند این دیدگاه سیره عقلاییه معاصر باشد، از نظر فقهی سیره عقلاییه که به زمان معصوم منتهی نشود و سکوت امام و به تبع امضای امام را در پی نداشته باشد حجت نیست و اعتبار ندارد. ثانیاً، اگر ادعا شود مستند اعتبار نظریات فقهای شورای نگهبان همان مستند حجیت فتوای هر فقیه صاحب رأی و اعتبار است (نظریه مختار نگارنده در این مقال)، در این صورت لزوم به متابعت از اکثریت نیست، بلکه هر چه هر فتوایی از فقهای شورای نگهبان ابراز کند می‌تواند مدار اعتبار قرار بگیرد. افزون بر آن اگر مستند حجیت و اعتبار فتوای هر فقیهی باشد، اختصاص آن به تعداد محدود به نام شورای نگهبان وجهی ندارد. زیرا سند اعتبار اختصاص به آنان ندارد. بدون شک نمی‌توان گفت مستند اعتبار آرای فقهای شورای نگهبان لزوم تبعیت از فقیه اعلم است. چون واقعیت میدانی نشان‌دهنده آن است که فقهای شورای نگهبان فقهای اعلم معاصر نبوده و نیستند و خود نیز چنین ادعایی ندارند. بنابراین دلیل متابعت از اعلم شامل آنان نمی‌شود. ثالثاً، افزون بر مشکل استنادی، طبق بیان بعضی از استادان، این نظر از نظر عملی و اجرایی نیز مشکلاتی در پی دارد؛ اینکه اگر بنا شود معیار در مطابقت و عدم مطابقت با شریعت یا معیار در مخالفت و عدم مخالفت فتاوی فقهای شورای نگهبان باشد، لازمه‌اش این است که در صورت عدم مخالفت قانون با فتاوی فقهای شورای نگهبان قانون مشروع خواهد بود و در صورت مخالفت نامشروع خواهد بود. با نظرداشت اینکه فقهای شورای نگهبان در اثر سپری شدن مدت زمان معینشان در شورا یا در اثر مرگ و عوارض دیگر تغییر می‌یابند، گاهی فقهای دیگری حضور می‌یابند که فتاوی آنان چه‌بسا با فتاوی فقهای پیشین مخالف‌اند. در این صورت قوانین مخالف با این فتاوا حجیت و اعتبار خود را از دست می‌دهد. از سوی دیگر

تغییر قوانین به سهولت امکان‌پذیر نیست.

۴-۵. حجیت و اعتبار فتاوی کارآمد

یکی از نظریاتی که در باب فتوای معیار در قانون‌گذاری از سوی برخی از استادان و محققان مطرح شده آن است که در مقام قانون‌گذاری باید فتوایی را انتخاب کرد که نسبت به حل معضلات جامعه و نظام کارآمدی بیشتری داشته باشد؛ یعنی فتوایی که دارای سه ویژگی باشد: اول، فتوای شاذ نباشد و بر اساس موازین پذیرفته‌شده اصولی و فقهی باشد؛ دوم، با سایر فتاوایی که قوانین بر محور آن‌ها تدوین می‌شود یک مجموعه هماهنگ را تشکیل بدهد؛ سوم، پاسخگوی نیازهای زمان و حکومت اسلامی باشد (ارسطا، ۱۳۹۳).

پذیرش این دیدگاه دشوار است. زیرا دلیل معتبر فقهی بر اعتبار آن اقامه نشده است. صرف کارآمد بودن دلیل اعتبار نمی‌شود. باید از آیات و روایات دلیل فقهی اقامه شود. چنین دلیلی ذکر نشده است. از این رو نمی‌توان قانون‌گذاری را بر آن بنا نهاد. برخلاف نظریه تخییر که از پشتوانه علمی برخوردار است و مستندات و دلایل فقهی متعدد بر آن اقامه شد، جمع‌کنندگی از فقهای برجسته، مانند محقق حلی و محقق نراقی و محقق قمی، بر پایه همان مستندات جزء طرفداران این نظریه به شمار می‌روند. البته در مقام عمل نظریه فتوای کارآمد و نظریه تخییر چه بسا با همدیگر سازگار می‌شوند. زیرا هرچند نظریه تخییر هر فتوایی را حجت می‌داند، چون دلیل فقهی بر اعتبار آن اقامه شده است، اما در مقام تقنین شایسته است محسنات قانون‌گذاری مانند نزدیک بودن به عدالت، سازگاری با نظام قانونی کشور، سهولت برای جامعه و مردم در آن رعایت شود.

نظریه تخییر در عین حال که به لحاظ گستره با نظریه وضع قانون طبق فتاوی کارآمد متفاوت است و ضرورت ندارد مقنن طبق فتوای کارآمد وضع قانون کند، اما اگر تخییر در انتخاب فتاوا منجر به اختلال نظام یا هرج و مرج در کشور یا مخالفت با هر گونه الزامات شرعی دیگر باشد، تخییر مقید می‌شود. قانون باید طبق فتوایی وضع شود که مانع اختلال نظام شود. اما در همه جا این چنین نیست.

۴-۶. عدم شمول ادله اعتبار فتاوا

طبق نظریه تخییر همه فتاوا حجت و معتبر شمرده می‌شوند. حجیت و اعتبار فتاوا در گرو شمول ادله جواز تقلید نسبت به همه فتاواست. ولی شمول ادله تقلید نسبت به همه فتاوا ممکن نیست. چون چه بسا فتاوا با همدیگر معارض‌اند. ادله اعتبار فتاوا نمی‌تواند شامل دو فتوای متعارض شود. چون تنافی در مقام جعل و تشریح لازم می‌آید و صدور احکام متناقض و متضاد از خداوند حکیم محال است؛ بلکه نوبت به مرجحات باب تعارض می‌رسد. روایت

داود بن حصین و عمر بن حنظله پیشین اعلیت را به عنوان مرجح در فرض تعارض دو فتوا بیان می‌کند. بنابراین در فرض تعارض فتاوا تنها نظر فقیه اعلم حجت است و نظر غیراعلم حجیت و اعتبار ندارد. در نتیجه قانون‌گذار فقط مجاز به وضع قانون طبق نظر فقیه اعلم است. در مقام پاسخ به این ایراد می‌توان گفت: اولاً، در مورد ادله اعتبار فتوا نسبت به موارد تعارض دو مبنا وجود دارد.^۴ مبنای مشهور آن است که ادله اعتبار فتوا شامل دو یا چند فتوای متعارض نمی‌شود، به این دلیل که شمول آن از چهار حالت خارج نیست و همه حالات باطل است: الف) شمول ادله اعتبار نسبت به هر دو فتوا. این احتمال باطل است، چون مستلزم تعبد به دو امر متعارض است و چنین چیزی محال است؛ ب) شمول ادله اعتبار نسبت به یکی از دو فتوا به صورت معین. این احتمال نیز نادرست است، چون مستلزم ترجیح بلامرجح است؛ ج) شمول ادله اعتبار نسبت به یکی از فتاوا مشروط به عمل و التزام به آن فتوا. این احتمال نیز ناصواب است، چون لازمه‌اش این است که اگر مکلف همه فتاوی متعارض را رها کند و به هیچ‌یک از آنها عمل نکند باید چیزی به عهده او نباشد. چون تحصیل شرط واجب نیست، چنین امری قابل التزام نیست؛ د) شمول ادله اعتبار نسبت به یکی از فتاوا مشروط به عدم التزام و عمل به فتوای دیگر. این احتمال نیز صحیح نیست، چون مستلزم آن است که در صورتی که شخص عمل و التزام به همه فتاوا را ترک کند، باید همه فتاوا در حق او حجت باشد. لازمه حجیت همه فتاوا تعبد به دو امر متضاد و متناقض است. در نتیجه ادله اعتبار فتاوا شامل هیچ‌یک از دو فتوای متعارض نمی‌شود (خویی، ۱۴۲۰، ج ۳: ۳۶۶؛ نائینی، بی‌تا، ج ۴: ۷۵۵؛ عراقی، بی‌تا، ج ۴: ۱۷۴ - ۱۷۵). مبنای دیگر آن است که ادله اعتبار فتاوا شامل یکی از دو فتوا به صورت مشروط به عدم اخذ فتوای دیگر می‌شود. زیرا آنچه محال است جمع بین ضدین و نقیضین است. اما صرف تعبد و امر به ضدین یا نقیضین محال نیست. در نتیجه ادله اعتبار حجیت فتوا شامل یکی از دو فتوا به صورت مشروط به عدم اخذ دیگری می‌شود (فیاض، ۱۳۹۵، ج ۱۵: ۲۴۷). در نتیجه این‌گونه نیست که عدم شمول ادله اعتبار فتاوا نسبت به دو فتوای متعارض امر مسلم باشد. ثانیاً، بر فرض که عدم شمول ادله اعتبار فتاوا نسبت به موارد تعارض را بپذیریم، آیا هر دو فتوا از حجیت و اعتبار ساقط می‌شود یا فی الجمله حجیت دارد و نتیجه آن نفی نظر ثالث است؟ در این زمینه دو نظر وجود دارد. آخوند خراسانی و محقق نائینی و محقق عراقی بر آن‌اند که فی الجمله هر دو حجت است و با دو فتوای متعارض نفی ثالث می‌شود (خراسانی، ۱۴۱۲: ۴۳۹؛ نائینی، بی‌تا، ج ۴: ۷۵۵؛ عراقی، بی‌تا، ج ۴: ۱۷۵ - ۱۷۶). نتیجه این دیدگاه پس از تعارض باز تخییر در فتاواست. در برابر، محقق خویی بر آن است که هر دو فتوای متعارض به طور کامل از اعتبار ساقط می‌شود و

نسبت به نفی ثالث اثر ندارد (خویی، ۱۴۲۰، ج ۳: ۳۷۰). نتیجه این دیدگاه، پس از سقوط فتاوا، رجوع به عام فوقانی در صورت وجود چنین عامی است. در صورت نبود آن، باید به اصول عملیه به تناسب مورد رجوع شود (وحید خراسانی، ۱۴۴۰: ۷۵). ثالثاً، در آخر نسبت به مرجحیت اعلمیت نسبت به فتاوا در مقام تعارض، باید گفت اولاً اعلمیت از مرجحات نیست. چون اعلمیت و عدلیت از مرجحات باب قضا و داوری است، الغای خصوصیت از باب حکم و قضا به باب فتوا نتوان کرد. بر فرض الغای خصوصیت از نظر عرف میان باب قضا و فتوا، باز اشکال به طور کامل حل نمی‌شود. در فرضی که دو مجتهد از نظر علمی مساوی همدیگر باشند، در فرض تعارض میان فتاوی آنان باید طبق قواعد باب تعارض عمل کرد و همان دیدگاه‌ها و نظریات پیشین در این فرض خواهد آمد. نهایتاً دایره فتاوا قدری مضیق می‌شود.

۵. نتایج دیدگاه تخییر

۵-۱. تخییر در قانون‌گذاری

نظریه تخییر موجب توسعه در مقام قانون‌گذاری می‌شود. قانون‌گذار می‌تواند طبق هر یک از فتاوی فقهای شیعی اقدام به وضع قانون کند. چون طبق این نظریه فتاوی همه فقهایان در عرض هم حجت است، وضع قانون طبق هر یک جایز است. پس از طی فرایند قانون‌گذاری، آن قانون برای جامعه الزام‌آور می‌شود. این ثمره مهم برای دولت و جامعه اسلامی است.

۵-۲. تخییر در خلأ قانون

فتاوی معیار در خلأ قانون جزء مباحث مورد اهتمام است. این پرسش مطرح است که در موارد نبود قانون قاضی طبق کدام فتوا داوری کند؟ طبق نظریه تخییر هر فتاوی معتبری می‌تواند مستند صدور حکم قرار بگیرد. چون همه آرای متخصصان علم شریعت اعتبار دارد. اما در مقام عمل، قاضی شایسته است فتوایی را انتخاب کند که با مجموعه قوانین سازگاری بیشتری دارد و به عدالت نزدیک‌تر است. البته در صورت تشتت آرای قضایی، شایسته است دیوان عالی فتوایی را توصیه کند که سازگار با نظام قضایی است.

البته این نکته را نیز باید در نظر داشت که در مقام قانون‌گذاری و صدور رأی شایسته است جهات دیگری، مانند مطابقت با ساختار نظام حقوقی و قانونی کشور، مورد توجه و التفات قرار گیرد. چون عدم سازگاری قانون با کل ساختار حقوقی نوعی هرج و مرج حقوقی به شمار می‌رود.

۵-۳. تعیین معیار در مخالفت با شرع

نظریه تخییر این پیامد را دارد که مخالفت با شریعت منحصر به مواردی است که قانون برخلاف احکام الزامی مورد اتفاق فقهای شیعی باشد. زیرا طبق این دیدگاه همه آرای فقهای شیعی اعتبار دارد. به تبع هر نظری از سوی فقیهی ارائه شود، طبق ادله حجیت فتوا، اعتبار دارد.

بنابراین، اگر قانون یا تصمیمی مطابق با آن باشد، مخالفت با شریعت تحقق نمی‌یابد. مخالفت با شریعت فقط در صورتی محقق می‌شود که با حکم مورد وفاق فقهای شیعی مخالف باشد.

نتیجه‌گیری

نتیجه‌گیری نهایی اینکه نظریهٔ تخییر این مطلب را افاده می‌کند که وضع قانون طبق هر یک از فتاوای مراجع و مجتهدان صاحب‌نظر مجاز است. این دیدگاه هم در اعمال فردی هم در قانون‌گذاری قابل جریان است. دلایل متقن بر اعتبار آن اقامه شده است و صاحب‌نظران صاحب نام و اعتبار، مانند محقق حلی و محقق نراقی و صاحب **جواهر**، جزء طرفداران این نظریه‌اند. این تخییر به صورت استمراری است؛ یعنی قوهٔ مقننه و سایر نهادهای مسئول قانون‌گذاری هرگاه بخواهند می‌توانند قانون دیگری را مطابق با آرای مجتهدان دیگری تصویب کنند. این نظریه همان‌گونه که گفته آمد نتایج بسیار مهمی دارد و دست قانون‌گذاران یک کشور و نیز نهادهای مسئول را تا حد زیادی در قانون‌گذاری باز می‌گذارد.

یادداشت

۱. محمدجواد ارسطو، «فتاوی معیار در قانون‌گذاری»، سخنرانی ایرادشده در مؤسسه فهیم به تاریخ ۱۳۹۳/۰۱/۳۰، <http://fahimco.com>؛ حسن‌علی علی‌اکبریان، «فتاوی معیار در قانون‌گذاری»، فصلنامه تخصصی دین و قانون، ۹۷ - ۱۱۶؛ عباس کعبی، «تحلیل مبانی اصول قانون اساسی»، اصل چهارم، بخش چهارم، تاریخ نشر ۱۳۹۶/۰۷/۲۰، vasael.ir؛ مسعود جهان‌دوست دالتجان، «امکان‌سنجی فقهی قانون‌گذاری بر مبنای مشهور»، دوفصلنامه علمی-تخصصی پژوهشنامه فقهی، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، ۵ - ۲۶؛ مصطفی جباری، «بن‌بست‌های موجود در ساختار اجرایی نظریه علمیت»، فصلنامه مطالعات اسلامی، شماره ۷۱، ۶۷ - ۸۲.
۲. برخی فقها در قاضی اجتهاد را کافی دانسته و اعلمیت را شرط ندانسته‌اند: ← محمد مفید، المقنعة: ۷۲۱؛ محمد بن الحسن طوسی، النهاية: ۳۳۷ و الخلاف، ج ۶: ۲۰۷؛ عبدالعزیز بن براج، المهذب، ج ۲: ۵۹۶ - ۵۹۷؛ ابوالصلاح حلبی، الکافی فی الفقه: ۴۲۲؛ حمزه بن زهره، غنیة النزوع: ۴۳۶؛ محمد بن ادریس، السرائر، ج ۲: ۱۵۴؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۴: ۶۱؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۳: ۴۲۱ - ۴۲۳ و نهاية الوصول، ج ۵: ۶۳؛ محمد بن الحسن حلی، ایضاح الفوائد، ج ۴: ۲۹۸؛ محمد قطان حلی، معالم الدین، ج ۲: ۳۴۰؛ میرزای قمی، رسائل المیرزا القمی، ج ۲: ۵۹۹؛ سید جواد عاملی، مفتاح الکرامه، طبع قدیم، ج ۱۰: ۴؛ احمد نراقی، مستند الشیعه، ج ۱۷: ۴۶؛ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۰: ۲۹ و ۴۳؛ سید علی قزوینی، التعليقه علی معالم الدین: ۴۹۰؛ حسین حویزی، التوضیح النافع: ۳۸۶؛ ضیاء‌الدین عراقی، تعليقه استدلالیه: ۱۴؛ سید احمد خوانساری، جامع المدارک، ج ۶: ۷؛ سید ابوالقاسم خویی، موسوعه الامام الخوئی، ج ۱: ۱۸۱ و ۳۶۳؛ سید محمدرضا گلپایگانی، کتاب القضاء و الشهادات، ج ۱: ۸۲؛ سید جعفر جزائری، منتهی الدرایه، ج ۸: ۵۷۳ - ۵۷۴؛ جواد تبریزی، دروس فی علم الاصول، ج ۶: ۴۰۳؛ حسینعلی منتظری، نظام الحکم فی الاسلام: ۲۶۲؛ سید عبدالکریم اردبیلی، فقه القضاء، ج ۱: ۱۷۲؛ سید کاظم حائری، القضاء فی الفقه الاسلامی: ۵۰.
۳. مثلاً سید کاظم حائری می‌گوید: «هل إن التخبیر استمراری؟ و الآن وصلت النوبه إلى الحدیث عمّن قلّد فقیهها، فهل يجوز له الرجوع بعد ذلك إلى فقیه آخر غیر أعلم أولاً؟ و أول ما یخطر بالبال بعد فرض إثبات التخبیر كون التخبیر استمراریاً، إمّا تمسکاً بإطلاق دلیل التخبیر لو كان الدلیل لفظیاً، أو بكون الارتکاز علی التخبیر الاستمراری لو كان الدلیل عبارة عن الارتکاز، و إمّا تمسکاً باستصحاب الحجیه التخبیریة بعد الأخذ أو العمل بإحداهما، فالنتیجه جواز العدول.»
۴. قواعد باب تعارض بر دو گونه است: قواعد اولی و قواعد ثانوی. قواعد ثانوی اختصاص به باب اخبار و روایات متعارض دارد و در باب فتاوا قابل جریان نیست. چون مورد آن روایات است. محقق نائینی همین مبنا را دارد (نائینی، بی‌تا، ج ۴: ۷۶۵). اما قواعد اولی باب تعارض در مورد فتاوا متعارض نیز جاری است. چون معیار در آن شمول ادله اعتبار نسبت به دو امر متعارض است؛ اعم از آنکه آن دو فتوا باشد یا دو روایت. بر همین اساس از قواعد باب تعارض در اصول فقه در این مورد استفاده شده است.
۵. قابل یادآوری است که دیدگاه نظریه تخبیر در انتخاب فتاوا مورد قبول استاد ارسطو و استاد علی‌اکبریان نمی‌باشد؛ ولی به‌عنوان یک دیدگاه علمی قابل طرح و بررسی است.



منابع

قرآن کریم.

۱. ابن براج، عبدالعزيز (۱۴۰۶ ق)، المهدب، قم: انتشارات اسلامی، چ اول.
۲. اراکی، محمدعلی (۱۴۱۵ ق)، رساله فی الاجتهاد و التقليد، قم: مؤسسه در راه حق، چ اول.
۳. اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۳ ق)، فقه القضاء، بی جا: قم، چ دوم.
۴. ارسطو، محمدجواد، «فتوای معیار در قانون گذاری»، سخنرانی در مؤسسه فهیم، ۱۳۹۳/۰۱/۳۰، <http://fahimco.com>.
۵. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۶ ق)، بحوث فی الاصول، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ دوم.
۶. بروجردی، سید حسین (۱۴۱۶ ق)، البدر الزاهر، قم: مکتب آیت الله منتظری، چ سوم.
۷. تبریزی، جواد (بی تا)، أسس القضاء و الشهادة، قم- ایران: دفتر مؤلف، چ اول.
۸. تبریزی، میرزا جواد (۱۳۸۷ ش)، دروس فی مسائل علم الاصول، قم، چ دوم.
۹. جباری، مصطفی (۱۳۸۵)، «بن بست های موجود در ساختار اجرایی نظریه اعلمیت»، فصلنامه مطالعات اسلامی.
۱۰. جزائری، سید جعفر مروج (۱۴۱۵ ق)، منتهی الدراية، قم: مؤسسه دارالکتاب، چ سوم.
۱۱. جهان دوست دالتجان، مسعود (۱۳۹۴)، «امکان سنجی فقهی قانون گذاری بر مبنای مشهور»، دو فصلنامه علمی- تخصصی پژوهشنامه فقهی، پاییز و زمستان.
۱۲. حائری، سید کاظم (۱۳۸۸ ش)، «حقیقه التقليد و حالاته»، مجله فقه اهل البيت، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اهل بيت، شماره ۵۰، تابستان.
۱۳. _____ (۱۴۱۵ ق)، القضاء فی الفقه الإسلامی، قم - ایران: مجمع اندیشه اسلامی، چ اول.
۱۴. حائری، مرتضی بن عبدالکریم (۱۴۲۶ ق)، شرح العروة الوثقی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۱۵. حر عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۰۹ ق)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل البيت، چ اول.
۱۶. حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ ق)، مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دار التفسیر، چ اول.
۱۷. حلبی، ابن زهره، حمزه (۱۴۱۷ ق)، غنیة النزوع، مؤسسه امام صادق (ع)، قم، چ اول.



۱۸. حلبی، ابوالصلاح، تقی‌الدین (۱۴۰۳ ق)، *الكافی فی الفقه*، اصفهان- ایران: کتابخانه امام امیرالمؤمنین، چ اول.
۱۹. حلبی، ابن ادريس، محمد بن منصور (۱۴۱۰ ق)، *السرائر*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ دوم.
۲۰. حلبی، علامه حسن بن یوسف (۱۴۲۰ ق)، *تحریر الأحكام الشرعیه*، قم: مؤسسه امام صادق(ع)، چ اول.
۲۱. _____ (۱۴۱۳ ق)، *قواعد الأحكام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۲۲. _____ (۱۴۲۵ ق)، *نهاية الوصول الى علم الأصول*، قم: مؤسسه امام صادق(ع)، چ اول.
۲۳. _____ (۱۴۲۵ ق)، *نهاية الوصول*، قم، چ اول.
۲۴. حلبی، محقق جعفر بن الحسن (۱۴۰۸ ق)، *شرائع الإسلام*، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چ دوم.
۲۵. حلبی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق)، *إيضاح الفوائد*، قم- ایران: مؤسسه اسماعیلیان، چ اول.
۲۶. حلبی، محمد بن شجاع قطان (۱۴۲۴ ق)، *معالم الدين*، قم: مؤسسه امام صادق(ع)، چ اول.
۲۷. حویزی، حسین (۱۴۱۶ ق)، *التوضیح النافع*، قم: انتشارات اسلامی، چ دوم.
۲۸. حیدری، سید علی نقی (۱۴۱۲ ق)، *أصول الاستنباط*، قم: لجنة إدارة حوزة، چ اول.
۲۹. خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۲ ق)، *کفاية الاصول*، بیروت: مؤسسه آل البيت، چ دوم.
۳۰. خمینی، روح‌الله (۱۴۲۶ ق)، *الاجتهاد و التقليد*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چ اول.
۳۱. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵ ق)، *جامع المدارک*، قم- ایران: مؤسسه اسماعیلیان، چ دوم.
۳۲. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ ق)، *موسوعة الامام الخوئی*، قم: مؤسسه احیاء آثار آیت‌الله خویی، چ اول.
۳۳. _____ (۱۴۲۰ ق)، *مصباح الاصول*، تقریر سید محمدسرور واعظ، قم: مکتبه الداوری، چ ششم.
۳۴. سبحانی، جعفر (بی‌تا)، *معالم الحكومة الاسلامیة*، تقریر جعفر الهادی، مکتبه الامام امیرالمؤمنین.
۳۵. شب‌زنده‌دار، مهدی، *مکاتب اجتهادی*، <http://wikifeqh.ir>.

۳۶. شمس‌الدین، محمد مهدی (۱۴۱۱ ق)، نظام الحكم و الادارة فى الإسلام، بیروت: المؤسسة الدولية، چ دوم.
۳۷. صدر، محمد باقر (۱۳۷۹ ش)، المعالم الجديدة، قم: کنگره شهید صدر، چ اول.
۳۸. _____ (۱۴۲۱ ق)، الإسلام يقود الحياة، قم: المؤتمر العالمى للشهيد الصدر، چ اول.
۳۹. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسى نهايى قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران (۱۳۶۴)، تهران: مجلس شورای اسلامى، چ اول.
۴۰. صدوق، محمد بن على (۱۴۱۳ ق)، من لا يحضره الفقيه، تحقيق على اكر غفارى، قم: دفتر انتشارات اسلامى، چ دوم.
۴۱. طوسى، محمد بن الحسن (۱۴۱۴ ق)، الامالى، قم: دار الثقافة، چ اول.
۴۲. _____ (۱۴۰۷ ق)، تهذيب الاحكام، تهران: دار الكتب الاسلاميه، چ چهارم.
۴۳. _____ (۱۴۰۰ ق)، النهاية، دار الكتاب العربى، بيروت، چ دوم.
۴۴. _____ (۱۴۰۷ ق)، الخلاف، قم- ايران: دفتر انتشارات اسلامى، چ اول.
۴۵. عاملى، زين الدين بن على (شهيد ثانى) (۱۴۱۳ ق)، مسالك الافهام، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه، چ اول.
۴۶. _____ (۱۴۲۱ ق)، رسائل الشهيد الثانى، قم: انتشارات دفتر تبليغات اسلامى، چ اول.
۴۷. _____ (۱۴۲۰ ق)، المقاصد العلية فى شرح الرسالة الألفية، قم: دفتر تبليغات اسلامى حوزه علمية قم، چ اول.
۴۸. عاملى، سيد جواد (بى تا)، مفتاح الكرامة (ط- القديمة)، دار إحياء التراث العربى، بيروت، چ اول.
۴۹. عراقى، ضياء الدين (بى تا)، نهاية الافكار، تقرير محمد تقى بروجردى، قم: انتشارات اسلامى، چ اول.
۵۰. _____ (۱۴۱۵ ق)، تعليقه استدلالية على العروة الوثقى، قم: انتشارات اسلامى، چ دوم.
۵۱. على اكبريان، حسن على (۱۳۹۲)، «فتاوى معيار در قانون گذارى»، فصلنامه تخصصى دين و قانون، شماره ۲، سال اول.
۵۲. على دوست، ابوالقاسم، روش شناسى فقهى مكتب نجف و مكتب قم، <http://mobahebat.ir>

۵۳. فتحی، محمد؛ کوهی اصفهانی، کاظم (۱۳۹۷). **قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران همراه با نظرات تفسیری شورای نگهبان**، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، چ اول.
۵۴. فیاض، محمداسحاق (۱۳۹۵ ش)، **المباحث الاصولیة**، قم: نشر صاحب الأمر، چ اول.
۵۵. قائینی، محمد (۱۳۹۳)، نشست علمی با عنوان «بررسی جایگاه فقهی و حقوقی شورای نگهبان در قانون‌گذاری»، توسط محمد قائینی و محمدجواد ارسطو، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۳/۱۱/۰۱.
۵۶. قزوینی، سید علی (۱۴۲۷ ق)، **التعلیقه علی معالم الاصول**، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۵۷. قمش‌های، محمدعلی اسماعیل‌پور، **البراهین الواضحات - دراسات فی القضاء**، قم، چ اول.
۵۸. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۴۳۰ ق)، **القوانین المحکمة**، قم: احیاء الکتب الإسلامیة، چ اول.
۵۹. _____ (۱۴۲۷ ق)، **رسائل المیرزا القمی**، قم - ایران: دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، چ اول.
۶۰. کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ ق)، **أنوار الفقاهة - کتاب القضاء**، نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء، چ اول.
۶۱. کعبی، عباس، **تحلیل مبانی اصول قانون اساسی**، اصل چهارم، بخش چهارم، نشر vasael.ir، ۱۳۹۶/۰۷/۲۰.
۶۲. کرکی، علی بن حسین (۱۴۰۹ ق)، **رسائل المحقق الکرکی**، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی و دفتر نشر اسلامی، چ اول.
۶۳. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ ق)، **الکافی** (ط - دار الحدیث)، قم: دار الحدیث للطباعة و النشر، چ اول.
۶۴. گرامی، محمدعلی (۱۳۸۵ ش)، **مکاتب اصولی قم و نجف، افتراق‌ها و اشتراک‌ها**، قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم، چ اول.
۶۵. گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۳ ق)، **کتاب القضاء**، قم: دار القرآن الکریم، چ اول.
۶۶. محقق کرکی، علی (۱۴۰۹ ق)، **رسائل المحقق الکرکی**، قم: کتابخانه مرعشی نجفی و دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
۶۷. مفید، محمد (۱۴۱۳ ق)، **المقتعة، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید**، قم - ایران، چ اول.

۶۸. منتظری، حسین علی (۱۴۱۷ ق)، نظام الحكم في الإسلام، قم- ایران: نشر سرایی، چ دوم.
۶۹. _____ (۱۴۰۹ ق)، دراسات في ولاية الفقيه، قم: نشر تفکر، چ دوم.
۷۰. نائینی، محمدحسین (بی تا)، فوائد الاصول، تقرير محمدعلی کاظمی، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی، چ دوم.
۷۱. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق)، جواهر الکلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی، چ هفتم.
۷۲. نراقی، احمد (۱۴۱۵ ق)، مستند الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، چ اول.
۷۳. _____ (۱۴۱۷ ق)، عوائد الايام، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، چ اول.
۷۴. وحید خراسانی، حسین (۱۴۴۰ ق)، المعنى في الاصول، تقرير نزار آل سنبل القطیفی، مدرسه امام باقر العلوم، چ اول.
۷۵. یزدی، محمد (۱۳۶۸ ش)، شرح و تفسیر قانون اساسی، بی جا: مؤسسه تحقیق و نشر نور، چ اول.

References

The Holy Quran

1. Ibb Barraj, Abdul Aziz (1406 AH), *al-Muhazzab*, Qom, Islamic Publications, first edition.
2. Araki, Muhammad Ali, (1415 AH), *Resalah fi al-Ijtihad wa al-Taqlid*, Qom, Dar Rah Haqq Institute, first edition.
3. Ardabili, Sayyid Abdul Karim (1423 AH), *Fiqh al-Qadha* (np), Qom, - Iran, second edition.
4. Arasta, Muhammad Jawad, "The Standard Fatwa in Legislation", Lecture delivered in Fahim Institute, 20 April 2014, <http://fahimco.com>.
5. Isfahani, Muhammad Husayn (1416), *Buhuth fi al-Usul*, Qom, Islamic Publications Office, second edition.
6. Imam Khomeini, Rohullah (1426 AH), *al-Ijtihad wa al-Taqlid*, Tehran, Institute for Preparation and Compilation of Imam Khomeini's Works, first edition.
7. Boroujerdi, Sayyid Husayn (1416 AH) *al-Badr al-Zāhir*, Qom, Ayatollah Montazeri Office, third edition.
8. Tabrizi, Jawad (nd), *Usas al-Qadha wa al-Shahāda*, Mu'allif Office, Qom, Iran, first edition.
9. Tabrizi, Mirza Jawad, (1387 of Persian solar calendar), *Durūs fi Masā'il Ilm al-Usul*, Qom, second edition.
10. Jabbar, Mustafa, *The Existing Obstacles in the Executive Structure of the Theory of Knowledge*, Islamic Studies Periodical, 1385 (Persian calendar).

11. Jazā'iri, Sayyid Ja'far Murawwij (1415 AH), *Muntaha al-Dirāya*, Qom, Dar al-Kitāb Institute, third edition.
12. Jahān Dust Dālinjan, Mas'ud, *Jurisprudential Feasibility of Legislation based on Widely Held Opinion*, Bi-Quarterly Journal of Jurisprudence, Fall and Winter 2015.
13. Ha'eri, Sayyid Kazem (2009), *The Reality of Taqlid and Its Various Conditions*, Journal of Ahl al-Bayt Jurisprudence, Institute of Encyclopedia of Ahl al-Bayt Jurisprudence, Issue No.50, Summer, 2009.
14. Ha'eri, Murteza b. Abdul Karim (1426 AH), *al-Urwah al-Wuthqa*, Qom, Islamic Publications Office, first edition.
15. Ha'eri, Sayyid Kazem (1415 AH), *al-Qadha fi al-Fiqh al-Islamic*, Islamic Thought Assembly, Qom, Iran, first edition.
16. Hurr Amili, Muhammad b. al-Hasan (1409 AH), *Wasā'il al-Shī'a*, Qom, Aalulbayt (as) Institute, first edition.
17. Hakim, Sayyid Mohsen (1416 AH), *Mustamsak al-'Urwah al-Wuthqa*, Qom, Dar al-Tafsir al-Institute, first edition.
18. Halabi, Ibn Zuhra, Hamza (1417 AH) *Ghunyat al-Nuzū'*, Imam Sadiq (as) Institute, Qom, Iran, first edition.
19. Halabi, Abu al-Salah, Taqi al-Dīn (1403 AH), *al-Kafi fi al-Fiqh*, Imam Amir al-Muminin Library, Isfahan, Iran, first edition.
20. Hilli, Allama Hasan b. Yusuf (1420 AH), *Tahrir al-Ahkām al-Shar'iyya*, Qom, Imam al-Sadiq Institute, first edition.
21. Hilli, Mohaqiq Ja'far b. al-Hasan (1408 AH), *Sharāyi' al-Islam*, Qom, Isma'iliyan Institute, second edition.
22. Hilli, Ibn Idris, Muhammad b. Mansur (1410 AH), *al-Sarā'ir*, Islamic Publications Office, Qom, second edition.
23. Hilli, Hasan b. Yusuf (1425 AH), *Nihayat al-Usul*, Qom, first edition.
24. Hilli, 'Allama Hasan b. Yusuf (1413 AH), *Qawā'id al-Ahkām*, Islamic Publications Office, Qom, first edition.
25. Hilli, 'Allama Hasan b. Yusuf (1425 AH), *Nihāyat al-Usul ila 'Ilm al-Usul*, Qom, Imam Sadiq Institute, Qom, Iran, first edition.
26. Hilli, Muhammad b. Hasan (1387 AH), *Idhāh al-Fawā'id*, Isma'iliyan Institute, Qom, Iran, first edition.
27. Hilli, Muhammad b. Shujā' Qatṭān (1424 AH), *Ma'ālim al-Dīn*, Imam Sadiq Institute, Qom, Iran, first edition.
28. Huwayzi, Husayn (1416 AH), *al-Tawdhih al-Nāfi'*, Islamic Publications Office, Qom, Iran, second edition.

29. Haydari, Sayyid Ali Naqi (1412 AH), *Usūl al-Istinbāṭ*, Qom, Administrative Board of the Islamic Seminary, first edition.
30. Khusāni, Muhammad Kazem (1412 AH), *Kifāyat al-Usul*, Beirut, Aalulbayt Institute, second edition.
31. Khansāri, Sayyid Ahmad (1405 AH), *Jami' al-Madarik*, Isma'iliyan Institute, Qom, Iran, second edition.
32. Khoei, Sayyid Abulqasim, (1418 AH), *al-Imam al-Khoei Encyclopedia*, Qom, Institute for the Revival of Ayatollah Kheoi's Works, first edition.
33. Khoei, Sayyid Abulqasim, (1420 AH), *Misbāh al-Usul*, explained and expounded by Sayyid Muhammad Sarwar Wā'iz, Qom, Qom, Al-Dāwari Library, sixth edition.
34. Subhani, Ja'far, *Ma'ālim al-Hukuma al-Islamiyya*, expounded by Ja'far al-Hādī (nd), al-Imam Amir al-Mu'mini Library.
35. Shab Zinda Dar, Mahdi, Ijtihādi Libraries, <http://wikifeqh.ir>
36. Shams al-Din, Muhammad Mahdi, 1411 AH), *Nizām al-Hukm wa al-Idāra fi al-Islam*, Beirut, al-Mu'assisa al-Duwaliyya, second edition.
37. Sadr, Muhammad Baqir (1379 Persian solar calendar), *al-Ma'ālim al-Jadida*, Qom, Shahid al-Sadr Congress, first edition.
38. Sadr, Muhammad Baqir (1421 AH), *al-Islam Yaqudu al-Hayāt*, Qom, Shahid Sadr International Conference, first edition.
39. Annotated Report of the Negotiations of the Parliament of the Final Review of the Constitution of the Islamic Republic of Iran (1364), Tehran, Islamic Council, first edition.
40. Sadūq, Muhammad Ali (1413 AH), *Man la Yahdhuruhu al-Faqih*, researched by Ali Akbar Ghaffari, Qom, Islamic Publications Office, second edition.
41. Ṭūsī, Muḥammad b. al-Ḥasan (1414 AH), *al-Amāli*, Qom, Dar al-Thaqāfa, first edition.
42. Ṭūsī, Muḥammad b. al-Ḥasan (1407 AH), *Tahdhīb al-Ahkām*, Tehran, Dar al-Kutub al-Islamiyya, fourth edition.
43. Ṭūsī, Muḥammad b. al-Ḥasan (1400 AH), *al-Nihāya*, Dar al-Kitab al-'Arabī, Beirut, second edition.
44. Ṭūsī, Muḥammad b. al-Ḥasan (1407 AH), *al-Khilaf*, Islamic Publications Office, Qom, Iran, first edition.
45. 'Amilī, Zayn al-Dīn (1413 AH), *Masālik al-Ifhām*, Qom, al-Ma'ārif al-Islamiyya Institute, first edition.
46. 'Amilī, Zayn al-Dīn (1421 AH), *Rasā'il al-Shahīd al-Thani*, Qom, publication of the Islamic Propagation Office, first edition.

47. Āmilī, Shahīd Zayn al-Dīn b. ‘Alī (1420 AH), *al-Maqāsid al-‘Aliyya fi Sharḥ al-Resala al-Alifa*, Qom, Islamic Propagations Office in the Islamic Seminary of Qom, first edition.
48. Āmilī, Sayyid Jawad (nd), *Miftāḥ al-Karāma* (old edition), Dar Ihya al-Turath al-Arabi, Beirut, first edition.
49. ‘Araqi, Ziā al-Din (nd), *Nihāyat al-Afkār*, annotated by Muhammad Taqi Boroujerdi, Qom, Islamic Publications, First edition.
50. ‘Araqi, Ziā al-Din, (1415 AH), *A Demonstrative Annotation on al-‘Urwa al-Wuthqa*, Qom, Islamic Publications, second edition.
51. Ali Akbariyan, Hasan Ali, *Standar Fatwa in Legislation*, Professional Periodical on Religion and Law, Issue no.2, first year, winter 2013.
52. Ali Dust, Abulqasim, *Jurisprudential Methodology*, Qom and Najaf Office, <http://mobahebat.ir>
53. Fathi, Muhammad, Kuhi Isfahani, Kazem (1397 Persian calendar), *the Constitution of the Islamic Republic of Iran along with the exegetic opinions of the Guardian Council*, Tehran, Guardian Council Research Office, first edition.
54. Fayyāz, Muhammad Ishāq (1395 Persian calendar), *al-Mabaheth al-Usuliyya*, Qom, Sahib al-Amr Publications, first edition.
55. Qaeini, Muhammad (1393 Persian calendar), dubbed "Investigating the Juridical and Legal status of the Guardian Council in Legislation" by Muhammad Qaeini and Muhammad Jawad Arasta, Research Institute of Islamic Sciences and Culture, Qom, 2014.
56. Qazwini, Sayyid Ali (1427 AH), *al-Ta‘liqa ‘Alā Ma‘ālim al-Usul*, Qom, Islamic Publications Office, first edition.
57. Qumsha-e, Muhammad Ali Isma‘ilpour, *al-Barahin al-Wazehāt – Dirāsāt fi al-Qadhā*, Qom, first edition.
58. Qummi, Abulqasim (1427 AH), *al-Qawānin al-Muhkama*, Qom Revival of Islamic Books, first edition.
59. Qummi, Abulqasim, (1427 AH), *Rasā‘il al-Mirza al-Qummi*, Islamic Propagations Office, Khurasan Branch, Qom, Iran, first edition.
60. Kāshif al-Ghita, Hasan b. Ja‘far (1422 AH), *Anwār al-Faqāha – Kitāb al-Qadha*, Najaf, Kāshif al-Ghita Institute, first edition.
61. Ka‘bi, Abbas, *Analysis of the Fundamentals of the Articles of the Constitution*, Article IV, part four, dated 20/7/1396 (2017), <http://vasael.ir>
62. Karaki, Ali b. Husayn (1409 AH), *Rasā‘il al-Muhaqiq al-Karaki*, Qom, Ayatollah Mar‘ashi Najafi Library and Islamic Publications Office, first edition.

63. Kulayni, Muhammad Ya'qub (1429 AH), *al-Kafi*, printed by Al-Hadith Center for Printing and Publication, Qom, first edition.
64. Gرامي, Muhammad Ali (1385 Persian solar calendar), *The Usuli Schools of Qom and Najaf, Differences and Commonalities*, Qom, the Islamic Seminary Management Center, Qom, first edition.
65. Gulpaygani, Sayyid Muhammad Reza (1413 AH), *Kitab al-Qadha*, Dar al-Qur'an, Qom, first edition.
66. Muhaqiq Karaki, Ali (1409 AH), *Rasā'il al-Muhaqiq al-Karaki*, Qom, Ayatollah Mar'ashi Najafi Library and Islamic Publications Office, first edition.
67. Mufid, Muhammad (1413 AH), *al-Muqni'a, Shaykh Mufid Millennium Conference*, Qom, Iran, first edition.
68. Montazeri, Husayn Ali (1417 AH), *the Government System in Islam*, Sarāyi Publications, Qom, Iran, second edition.
69. Montazeri, Husayn Ali (1409 AH), *Dirāsāt fī Wilyat al-Faqih*, Qom, Tafakkur Publications, second edition.
70. Na'eini, Muhammad Husayn (nd), *Fawā'id al-Usul*, Annotated by Muhammad Ali Kazemi, Qom, Islamic Publications Office, second edition.
71. Najafi, Muhammad Hasan (1404 AH), *Jawāhir al-Kalam*, Beirut, Dar Ihyat al-Turath al-Arabi, seventh edition.
72. Naraqī, Ahmad (1417 AH), *Mustanad al-Shi'a*, Qom, Aalulbayt (a) Institute, first edition.
73. Naraqī, Ahmad, (1417 AH), *'Awā'id al-Ayyām*, Qom, Islamic Propagations Office, first edition.
74. Wahīd Khurasani, Husayn (1440 AH), *al-Mughni fī al-Usūl*, annotated by Nazzār Aal Sunbul al-Qaṭīfī, Imam Baqir al-'Ulūm School, first edition.
75. Yazdi, Muhammad (1989 AD), *Exposition and Interpretation of the Constitution*, (np), Noor Research and Publication Institute, first edition.