



Appointment and Selection Approaches in accordance with Iran's Criminal Legislation

Mohsen Borhani ¹ ; Mahdi Narestani ²

1. Faculty of Law and Political Science, University of Tehran; Tehran- Iran. (Corresponding Author);

m.borhani@ut.ac.ir | ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-6002-7324>

2. Assistant Professor of Law Department of Hakim Sabzevari University;; m.narestani@hsu.ac.ir

Article Info

Article Type:

Research Article

Article History:

Received 22 JUL 2025

Received in revised form
25 OCT 2025

Accepted 26 OCT 2025

Keywords:

Wilāyat al-Faqīh,
selection theory,
appointment theory,
criminal legislation.

ABSTRACT

According to the fifth principle of the Iranian constitution, the governance of the Islamic Republic of Iran is based on the theory of *wilāyat al-faqīh* (guardianship of the jurisprudent). In the political jurisprudence of *Shī'ah*, there are two different approaches and ideas in order to determine the legitimacy of the jurisprudence called selection and appointment, in which the formation of authority based on each one has its own process. Undoubtedly, the ruling political thought and its whyness will affect other government institutions. This study first describes the process of authority formation based on the two theories of selection and appointment and then analyzes the effects and consequences of each of the two theories on the issue of legislation and criminalization. In the end, by using the descriptive-comparative method, it was concluded that there is conformity and alignment with the theory of selection in the laws of Iran's criminal system. But regarding its compliance with the theory of appointment, not only there is no alignment, but it can be said that there is a definite opposition and it is not possible to consider the existing penal system as a product of the appointment theory.

Cite this article:

Narestani. M & Borhani. M (2026). "An Analysis and Critique of the Theory of Bait al-Mal's." *Journal of Jurisprudential and Fundamental Studies*. 12(43), 11-11.



© The Author(s).

Publisher: Islamic Propagation Office of Qom Seminary- Khorāsān-e-Razavi Branch. DOI: <https://doi.org/10.22034/jrj.2026.72905.3058>

**Journal of
Islamic Law and
Jurisprudence**

Vol.12, No.43
2026

154

رویکردهای انتصاب و انتخاب در انطباق با تقنین کیفری ایران^۱

۱. محسن برهانی؛ ۲. مهدی نارستانی 

۱. استادیار حقوق دانشگاه تهران، تهران: ایران؛ (نویسنده مسئول)

رایانامه: m.borhani@ut.ac.ir؛ کد ارکید: 7701-7167-0000-0000 <https://orcid.org/0000-0001-7701-7167>

۲. استادیار گروه حقوق دانشگاه حکیم سبزواری - سبزوار: ایران. رایانامه: m.narestani@hsu.ac.ir



تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۵/۲۰

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۱۰/۱۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۰/۱۲

چکیده

رویکردهای
انتصاب و انتخاب
در انطباق با تقنین
کیفری ایران

۱۵۵

حاکمیت جمهوری اسلامی ایران با توجه به اصل پنجم قانون اساسی مبتنی بر نظریه ولایت فقیه است. در فقه سیاسی شیعه در مقام تعلیل بر مشروعیت ولایت فقیه دو رویکرد و اندیشه متفاوت به نام انتخاب و انتصاب وجود دارد که تشکیل قدرت بر اساس هر یک، فرایند مختص به خود را دارد. بی تردید اندیشه سیاسی حاکم و چرایی آن، بر سایر نهادهای حکومتی اثرگذار خواهد بود. این تحقیق ابتدا به توصیف فرایند تشکیل قدرت بر اساس دو نظریه انتخاب و انتصاب پرداخته و سپس به واکاوی آثار و تبعات هر یک از دو نظریه در موضوع تقنین و جرم‌انگاری پرداخته است. در پایان با استفاده از روش توصیفی و تطبیقی این نتیجه حاصل شد که در امر تقنین کیفری در نظام کیفری ایران، انطباق و همسویی با نظریه انتخاب وجود دارد ولی در خصوص انطباق آن با نظریه

۱. برهانی، محسن و مهدی نارستانی (۱۴۰۵). «رویکردهای انتصاب و انتخاب در انطباق با تقنین کیفری ایران».

جستارهای فقهی و اصولی، ۱۲: ۴۳ (۲). صص: ۱۱-۱۱. <https://doi.org/10.22034/jrj.2022.61611.2320>



© ۱۴۰۴. نویسندگان دارنده حق مؤلف مقاله خود بدون محدودیت هستند.

ناشر: مرکز تخصصی آخوند خراسانی دفتر تبلیغات اسلامی خراسان رضوی.

انتصاب، نه تنها همسویی دیده نمی شود بلکه می توان گفت مخالفت قطعی وجود دارد و نمی توان نظام کیفری موجود را مولود نظریه انتصاب دانست.

کلیدواژه ها: ولایت فقیه، نظریه انتخاب، نظریه انتصاب، تقنین کیفری.

مقدمه

حاکمیت آن قدرت عالی‌ای است که بر کشور و مردم آن، اقتدار و برتری بلامنازع دارد به گونه‌ای که همگان در داخل کشور از آن اطاعت کنند و سایر کشورها به آن احترام گذاشته و به رسمیت بشناسند. در خصوص جوهره حاکمیت‌ها نظرات متفاوتی از دیرباز تاکنون مطرح و تجربه شده است (هاشمی، ۱۳۸۶، ۱/۲).

حاکمیت در ایران بعد از انقلاب سال ۱۳۵۷ با عنوان جمهوری اسلامی ایران رسمیت یافت و موردپذیرش قرار گرفت. در اصل پنجم قانون اساسی به یکی از ارکان اصلی حاکمیت اشاره می‌شود: «در زمان غیبت حضرت ولی عصر (عج) در جمهوری اسلامی ایران ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل و باتقوا، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است که طبق اصل یک‌صد و هفتم عهده‌دار آن می‌گردد».

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۵۶

اصل پنجم قانون اساسی جمهوری اسلامی ریشه در فقه سیاسی شیعه دارد؛ زیرا با آغاز عصر غیبت، این پرسش در فقه امامیه مطرح گردید که پس از غیبت، نیاز به حکومتی برای حفظ نظام جامعه و تضمین اجرای احکام دین است، بنابراین الگوی مناسب حکومت چگونه خواهد بود؟ بر اساس ادله فقهی، نظریات متعددی مطرح شد که هسته مشترک اغلب آن‌ها، لزوم تعلق یا تأیید حکومت از طریق نائب امام معصوم علیه السلام یعنی فقیه جامع الشرایط بود. در میان این نظریات، نظریه «ولایت فقیه» جایگاه خاص و ویژه‌ای دارد؛ نظریه‌ای که معتقد است در عصر غیبت، فقیه عادل و واجد شرایط رهبری باید در رأس جامعه اسلامی قرار گیرد.

این نظریه در نهایت در سال ۱۳۵۸ در قانون اساسی مورد پذیرش قرار گرفت.

در خصوص تبیین ولایت فقیه در عصر غیبت و تحلیل مبنای آن، دو نظریه و رویکرد در فقه معاصر شیعه وجود دارد که البته هر دو نظریه، زعامت را برای فقیه،

یک منصب می‌دانند؛ نظریه انتصاب (نصب) و نظریه انتخاب (نخب). این دو اندیشه و نگرش در فقه سیاسی شیعه تفاوت‌های متعددی داشته و آثار و تبعات و لوازم خاص را به دنبال دارد. این پژوهش در مقام مقایسه این دو نظریه با یکدیگر و بررسی ادله هریک از نظرات نیست بلکه به اثرات و تبعات این دو نظریه در عرصه یکی از مهم‌ترین بخش‌های حاکمیت، یعنی تقنین کیفری می‌پردازد.

یکی از قلمروهایی که ارتباط نزدیکی با موضوع حاکمیت دارد، حقوق کیفری است و طبیعی است پذیرش یک نظریه سیاسی به احتمال بسیار زیاد، قلمرو تقنین کیفری و جرم‌انگاری را تحت تأثیر قرار می‌دهد. در راستای این امر بایستی به این پرسش پاسخ داد که تقنین کیفری مبتنی بر نظریه انتصاب با تقنین کیفری مبتنی بر نظریه انتخاب چه تفاوتی دارد؟ و در ادامه باید به این مهم پرداخت که نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران با کدام نظریه همسویی دارد؟

پاسخ به این دو پرسش مستلزم آن است که ابتدا به صورت اجمالی ماهیت و فرایند تشکیل قدرت بر اساس هر دو اندیشه انتخاب و انتصاب بررسی شود، سپس معیار تقنین کیفری از منظر این دو دیدگاه ترسیم گردد و بالاخره بررسی گردد که تقنین موجود در نظام کیفری ایران، قابل انطباق بر کدام یک از نظریات است؟

رویکردهای
انتصاب و انتخاب
در انطباق با تقنین
کیفری ایران

۱۵۷

الف) بررسی ماهیت اندیشه انتصاب و فرایند تشکیل قدرت

بررسی پیشینه موضوع ولایت فقیه، در متون فقهی شیعه، نشان می‌دهد که دو عنوان انتصاب و انتخاب از مصطلحات جدید در ادبیات فقه سیاسی شیعه هست چرا که نخستین نظریه‌پردازان این موضوع، سخن خویش را تحت عنوان «ولایت فقیه» مطرح کرده‌اند؛ البته از نظر برخی هرچند ارتکازات آن‌ها جز انتصاب نبوده است، اما واژه «انتصاب» در آن به چشم نمی‌خورد. بعد از انقلاب اسلامی ایران نظریه‌هایی جدید در زمینه حکومت ظهور کرد که یکی از آن‌ها گرایش خاص به نام «انتخاب» بود. بدین سان، میان متفکران شیعه، نظریه دیگری پیدا شد که برای جداسازی این دو گروه، واژه «انتصاب» و «انتخاب» به نظریه «ولایت فقیه» اضافه شد (جعفری‌پیشه فرد، ۱۳۸۰، ۱۱۲).

«انتصاب» در لغت به معنای «برپاداشتن» است (قرشی، ۱۴۱۲ق، ۶۷/۷؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ۴۳۴/۵) و در فقه سیاسی بدین معنا است که فقیهان جامع الشرایط، از سوی ائمه علیهم‌السلام به منصب ولایت منصوب شده‌اند و شرعاً مجاز به اعمال ولایت و انجام تصرفات مختلف در امور هستند (قاسمی، ۱۴۲۶ق، ۶۲/۱). پس منظور از منصوب شدن آن است که در عصر غیبت، فقیه واجد شرایط علمی و عملی از سوی امامان معصوم علیهم‌السلام به سِمَت فتوا، قضاوت و ولایت منصوب می‌شود. البته باید توجه داشت که نصب، به معنای تعیین صاحب‌عنوان برای مقام و سِمَت است و این غیر از اعلام شرایط است (جوادی آملی، ۱۳۸۹، ولایت فقیه، ۳۸۹).

نصب در ادبیات فقه سیاسی بر دو گونه است: نصب خاص و نصب عام. نصب خاص بدان معناست که فرد معین و مشخصی انتخاب می‌شود تا اعمال ولایت کند؛ مانند: انتصاب مالک اشتر توسط امیرالمؤمنین علیه‌السلام. منظور از نصب عام آن است که تعیین فقیه جامع شرایط علمی و عملی مقرر در فقه برای مقام‌های افتا، قضا و رهبری بی آن‌که به شخص معین یا عصر و زمان معلوم یا مکان و سرزمین مشخصی اختصاص یابد (جوادی آملی، ۱۳۸۹، نسیم اندیشه، ۸۳).

در نتیجه از منظر اندیشه انتصاب در عصر غیبت، ادله ولایت و امامت اقتضا می‌کند خداوند منصب ولایت را برای فقیه قرار دهد و شخص فقیه دارای حق ولایت و سرپرستی باشد همان‌طور که خود معصوم علیه‌السلام ولایت دارد. ولی فقیه، کسی است که منصوب امام زمان است و آن حضرت نیز منصوب خداست (مصباح یزدی، ۱۳۹۷، ۳۷۶). در واقع، ولایت فقیه از نوع نصب عام است و این حق ارتباطی با مردم ندارد و به مقتضای اطلاق ادله ولایت، بیعت نه در اصل ولایت و نه در وجوب اطاعت مردم از آنان شرط نیست و تنها نقشی که می‌توان برای آن تصور نمود فراهم کردن مقدمات بسطید و نفوذ قدرت فقیه در اجرا است (فیرحی، ۱۳۹۳، ۴۴۸-۴۵۰).

مؤلفه‌های تشکیل قدرت عبارت از: کسب قدرت، اعمال قدرت و توزیع قدرت که این مؤلفه‌ها در اندیشه انتصاب به صورت مختصر به شرح زیر است.

۱. **کسب قدرت:** باورمندان به اندیشه انتصاب معتقدند که فقیه جامع الشرایط

از سوی خداوند و امامان معصوم علیهم السلام، منصوب به ولایت بر جامعه اسلامی است (جواد آملی، ۱۳۸۹، ولایت فقیه، ۲۱۲) و مردم در این اندیشه در فرایند کسب قدرت فقیه و اعطاء قدرت به او نقشی ندارند؛ بلکه با آنان بیعت نموده و ولایت آن بزرگان را پذیرفتند، دست پیروی و بیعت می‌دهند (فیرحی، ۱۳۹۳، ۲۱۳). در نتیجه فرایند کسب قدرت و منشأ و مشروعیت آن در این اندیشه از ناحیه خداوند و در طول آن پیامبر و ائمه علیهم السلام است و فقیه منصوب به نصب عام الهی است.

۲. اعمال قدرت: فقیه جامع الشرایط، همه اختیارات پیامبر و امامان معصوم علیهم السلام را در اداره جامعه و حکومت داراست (امام خمینی، ۱۴۲۱، ق، ۲/۶۲۵؛ جواد آملی، ۱۳۸۹، نسیم اندیشه، ۱۷۷)، حتی برخی در خصوص قلمروی اعمال قدرت و حدود اختیارات فقیه حاکم، معتقدند که فقیه علاوه بر جمیع شئون و امور مربوط به جامعه، در امور مربوط اشخاص به منظور حفظ مصالح نظام دین و مسلمان می‌تواند اعمال قدرت کند و نیز می‌تواند فراتر از احکام اولیه اسلام و قانون اساسی عمل نماید تا نظام سیاسی محفوظ و مصالح مسلمین و امت اسلامی تأمین گردد (لک‌زایی، ۱۳۸۶، ۹۸).

۳. توزیع قدرت: سازمان حکمرانی در حکومت اسلامی مبنی بر اندیشه انتصاب مانند یک مخروطی است که رأس مخروط ولی فقیه است که همه قوای سه‌گانه تحت امر و ولایت ایشان جمع شده است و انتهای مخروط مردم و شهروندان هستند و حکم از رأس مخروط به پایین تنزل می‌کند (تهرانی، ۱۴۲۱، ق، ۲۲۱/۳). به عبارت دیگر همه احکام در دست «ولی امر» متمرکز است و امکان حضور دیگر فقیهان حتی در اموری مثل قضا و حکومت وجود ندارد و حتی مشروعیت هر نوع انتخابات و نهادهای انتخابی مشروط به حکم و نظر حاکم منصوب الهی اعم از معصوم یا فقیه است (فیرحی، ۱۳۹۳، ۴۴۵). حتی اگر مصلحت اقتضا نماید که افراد یا نهادهای دیگری به انتخاب حاکم در امور حاکمیتی دخالت نمایند باید در حدود و حیطه‌ای باشند که فقیه حاکم تعیین می‌نماید (حائری، ۱۳۹۹، ق، ۷۸).

ثمره این شیوه تشکیل قدرت و حکومت آن است که همه سمت‌ها و

منصب‌های حکومتی باید با انتصاب فقیه حاکم باشد یا خود ایشان مستقیم اداره نمایند. این گونه ولایت سیاسی، موجب مشروعیت سایر نهادهای موجود در ساختار قدرت می‌گردد و به تعبیر برخی نظام و حکومت از او قوام می‌گیرد نه اینکه او جزئی از نظام باشد (فعنه النظام لا أنه عن النظام) (مؤمن، ۱۴۱۵ق، ۱۲).

ب) بررسی ماهیت اندیشه انتخاب و فرایند تشکیل قدرت

همان‌طور که در پیشینه نظریه انتصاب گفته شد دو عنوان انتصاب و انتخاب از واژگان تقابلی در ادبیات فقه سیاسی شیعه در عصر غیبت است؛ به اعتقاد برخی منشأ این نظریه، وجود نقد برخی از صاحب‌نظران به اندیشه انتصاب بود چرا که از نظر ایشان نصب عام فقیهان در دوره غیبت به لحاظ عقلی و در مقام ثبوت با اشکال مواجه بود لذا در مقام تأویل و تبیین ادله نقلی موجود، تحلیلی ارائه نمودند که سرانجام به نظریه انتخاب منتهی گردید (فیرحی، ۱۳۹۳، ۴۱۰). پیروان اندیشه انتخاب معتقدند که حاکمیت سیاسی در عصر غیبت، با انتخاب مردم، مطابق موازین شرعی شکل می‌گیرد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۶۰

«انتخاب» در لغت به معنای «برگزیدن و اختیار کردن» است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ۷۵۱/۱؛ حمیری، ۱۴۲۰ق، ۶۵۲۶/۱۰). در ادبیات معاصر فقه سیاسی، انتخاب عبارت است از واگذاری حق تعیین سرنوشت سیاسی و انتخاب حاکم از بین واجدین شرایط، به مردم. پس حکومت اسلامی در زمان غیبت انتخابی است (منتظری، ۱۴۰۹ق، ۴۱۷/۱-۴۰۵). برخی دیگر از طرفداران نظریه انتخاب معتقدند دو مفهوم «خبری» و «انشایی» از ولایت فقیه وجود دارد که ولایت فقیه به مفهوم خبری به معنای این است که فقهای عادل از جانب خدا منصوب به ولایت هستند. مطابق این نظریه مردم در دادن ولایت به فقیهان و انتخاب آنان سهمی ندارند بلکه وظیفه دارند که ولایت آنان را فرضاً از جانب خدا بپذیرند. ولی ولایت فقیه به مفهوم انشایی به معنای این است که باید مردم فقیهی را که دارای شرایط موجود در اصل پنجم باشد به ولایت انتخاب کنند... طبق این نظر نقش اصلی در سپردن ولایت به فقیه، با مردم است ارزش رأی مردم در حدی است که ولی فقیه را تعیین

می‌کند (فیرحی، ۱۳۹۳، ۴۰۵). با این پشتوانه فقهی که آنچه از ادله ولایت فقیه استظهار می‌شود فقاقت، شرط اهلیت و شأنت ولایت است نه سبب فعلیت و تنجیز آن و ادله ولایت فقیه نمی‌تواند ناظر به فعلیت ولایت هر یک از فقها باشد (آصفی، ۱۴۲۶، ۳۸۳-۳۸۴).

بر اساس نظریه انتخاب، شخص معینی از سوی شارع مقدس به ولایت منصوب نشده، بلکه خداوند وجود صفاتی را برای حاکم اسلامی اعتبار کرده است. پس هرچند شارع مقدس اصل انتخاب فرد واجد شرایط را از سوی مردم امضا کرده اما شکل حکومت نحوه انتخاب و ویژگی‌های انتخاب‌کنندگان و چگونگی اجرای آن به عقلا واگذار شده است. بر اساس این نظریه، بیعت وسیله انشای ولایت در زمان غیبت است و مشروعیت حکومت در چارچوب شرع، مستند به مردم است. با سازوکار شرایط ضمن عقد، اختیارات حاکم را به قانون اساسی می‌توان مقید نمود. همچنین می‌شود ولایت حاکم را به مدت مشخصی محدود کنند. ولی امر در دو صورت قابل عزل است: صفات معتبر را از دست دهد یا از تعهدات خود یعنی شرایط ضمن عقد در قالب قانون اساسی تخلف نماید. دولت، متصدی امور عمومی جامعه است و مردم در زندگی خصوصی و امور شخصی آزاد هستند. بنا بر نظریه ولایت انتخابی فقیه، فقیه حاکم بر قوای سه‌گانه اشراف دارد و تفکیک قوا فقط می‌تواند به شکل نسبی در قانون اساسی پیش‌بینی شود. بر اساس این نظریه، فقیه منتخب، ولایت دارد نه همه فقیهان (فیرحی، ۱۳۹۳، ۴۱۲).

مؤلفه‌های تشکیل قدرت عبارت از: کسب قدرت، اعمال قدرت و توزیع قدرت که این مؤلفه‌ها در اندیشه انتخاب به صورت مختصر به شرح زیر است.

۱. **کسب قدرت:** ولایت و حاکمیت فقیه واجد شرایط با انتخاب امت ثابت می‌گردد و مردم او را یا در یک مرحله (رأی مستقیم مردم) و یا دو مرحله (توسط خبرگان) انتخاب می‌کنند (منتظری، ۱۴۰۹ق، حکومت اسلامی، ۳۲۷/۲). بنابراین فرایند شکل‌گیری قدرت در اراده و رأی و انتخاب مردم نهفته است و این مردم هستند که حق اعمال ولایت را به فقیه جامع‌الشرایط اعطاء می‌کنند. به بیان دیگر، خداوند این حق را به مردم داده است که شخص واجد شرایط را برای تصدی امور خود

انتخاب کنند. پس حق انتخاب از طرف خداوند به مردم داده شده اما انتخاب از سوی مردم است؛ در این نظریه منبع مشروعیت ولایت در زمان غیبت برای شخص غیر معصوم، انتخاب مردم است نه نصب و جعل الهی (منتظری، ۱۴۲۹ق، ۲۴). در نتیجه فقیه نوعی مشروعیت الهی - مردمی خواهد داشت و قبل از بیعت مشروعیتی ندارد و اطاعت از او هم واجب نیست.

۲. اعمال قدرت: در خصوص چگونگی اعمال قدرت در این اندیشه باید گفت: اولاً حق اعمال قدرت سیاسی و مشروعیت اعمال این حق تنها از فقیهی است که با رأی اکثریت مردم انتخاب شده است (لک‌زایی ۱۳۸۶، ۱۰۰).

ثانیاً، حکومت در اندیشه انتخاب، محصول قراردادی است که بین مردم و فقیه بسته می‌شود به‌طوری که ایجاب آن از طرف مردم و قبولش از جانب فقیه عادل انجام می‌پذیرد. لذا حاکم و مردم می‌توانند حکومت را مقید به رعایت قیودی از قبیل قانون اساسی یا هر آنچه لازم بدانند، بکنند (منتظری، ۱۴۰۹ق، ۲۶۳/۸). در نتیجه منشأ مشروعیت حکمرانی فقیه حاکم بعد از گفتگوی فقیه و مردم و رضایت طرفین نسبت به شرایط یکدیگر، بیعتی است که مردم با فرد واجد شرایط انجام می‌دهند. با بیعت، ولایت فقیه محقق می‌شود و مشروعیت می‌یابد. لذا عقد ولایت به‌عنوان یک عقد لازم می‌تواند شرایط ضمن عقد نیز داشته باشد که اطلاعات عقد را مقید سازد.

۳. توزیع قدرت: به باور برخی از طرفداران نظریه انتخاب، قدرت مانند یک مخروط از قاعده مخروط به رأس مخروط جمع‌آوری شده و تمرکز پیدا کند و مجدداً از رأس مخروط به‌سوی مردم باز می‌گردد (خلخالی، ۱۴۲۲ق، ۴۸۸). بنابراین قدرت را مردم و شهروندانی که قاعده مخروط هستند به ولی فقیه که در رأس مخروط است می‌دهند و بعد از ایجاد و تشکیلات، لازم است که این قدرت به رهبری برسد. لذا خود مردم یا هیئت مؤسس می‌توانند از قبل در ضمن شرط و یا به تعبیری در قانون اساسی، نحوه توزیع قدرت را تبیین نمایند که سیستم یا به صورت تفکیک قوا یا تمرکز قوا است. حاکم با اطلاع از کیفیت توزیع قدرت، اقدام به پذیرش ولایت و رهبری می‌نماید و تعیین شکل حاکمیت دینی از این نظر

تابع شرایط اجتماعی و خواست مردمی است (منتظری، ۱۴۲۹ق، دراسات، ۱۳).
ثمره این فرایند و اثر این نحوه تشکیل قدرت و حکومت آن است که همه
منصب‌های حکومتی در حکومت اسلامی باید مستقیم یا غیرمستقیم به انتخاب
مردم یا نمایندگان آنان باشد. البته در حیطه موازین شرعی و هرکجا که در ساختار
نیازمند به تبعیت از نظر فقهی باشد ظاهراً باید منطبق با فتوای موردپذیرش مردم باشد.

ج) معیار تقنین در اندیشه انتصاب و انتخاب

صاحب‌نظران و پیروان هر دو دیدگاه انتصاب و انتخاب باور دارند هدف
از تشکیل حکومت در عصر غیبت در حقیقت بازگرداندن حاکمیت جامعه به
محور الهی است که با حضور فقیه در رأس آن محقق می‌گردد و ولایت فقیه در
عصر غیبت ادامه ولایت امامان معصوم علیهم‌السلام است (خامنه‌ای، ۱۳۹۳، ۲۶۹؛ هادوی تهرانی،
۱۳۸۹، ۶۳). با توجه به محوریت فقه در این ساختار و از سوی دیگر تکرر فتاوا و
استنباط‌های مختلف، پرسش آن است که کدام‌یک از فتاوا بایستی لباس قانون بر
تن نماید؟ آیا پاسخ اندیشه انتصاب و اندیشه انتخاب به این پرسش متفاوت خواهد
بود؟

رویکردهای
انتصاب و انتخاب
در انطباق با تقنین
کیفری ایران
۱۶۳

معیار تقنین در اندیشه انتصاب

وقتی که منشأ قدرت فقیه حاکم، نصب الهی و محدوده اعمال قدرت او همانند
معصومان علیهم‌السلام است و ساختار هرم قدرت، ابتدا از رأس مخروط تشکیل می‌شود
و حکومت در تمام ابعاد و زوایایش از ولی فقیه شروع می‌گردد، دیگر سخن گفتن
از فتوای معیار از حیث موضوعی جایگاه ندارد؛ چرا که حکومت در اندیشه
انتصاب با خواست و اراده ولی فقیه تشکیل می‌گردد و حتی اعتبار قانون اساسی
بنا بر پذیرش حاکم است (مصباح یزدی، ۱۳۹۷، ۳۷۶)؛ دیگر، سخن گفتن از اینکه باید
کدام فتوا، معیار تقنین باشد بی‌معناست. تنها استنباط و خواست فقیه حاکم است
که باید در تمامی قوانین معیار قرار گیرد و مقنن بایستی در امور مختلف از حاکم
استفتاء کند و آن استفتاء را وارد قانون نماید.

ولی فقیه منشأ مشروعیت نظام است و تمام تشکیلات حکومت و نظام، از اراده و اختیارات او ناشی می‌شود؛ نظام از او ناشی می‌شود نه اینکه او جزء نظام باشد (مؤمن، ۱۴۱۵ق، ۱۲). به باور این دسته وقتی حکومت اسلامی تأسیس شد، تشخیص موضوعات، برای تشخیص مصالح و مفسد در جامعه اسلامی، در اختیار ولی امر است و امکان دارد مجلس، آن را قانون‌گذاری کند. بنابراین، تشخیص مصلحت و مفسده بر عهده ولی فقیه است و او می‌تواند از طریق مجلس، قانون‌گذاری را انجام دهد و یا از طریق هیئت وزرا این کارها انجام بگیرد (نعیمیان، ۱۳۹۰، ۴۸). در زمینه قانون‌گذاری نیز فقیه حاکم می‌تواند تحت نظارت خود، افراد دیگری - نمایندگان مجلس - را مسئول قانون‌گذاری نماید، قانون‌گذاری این افراد زمانی از نظر اسلام دارای اعتبار است که هر یک از ایشان از فقیه مأذون از طرف معصوم، اذن داشته باشند (کعبی، ۱۳۹۳، ۱۳۲).

۲. معیار تقنین در اندیشه انتخاب

به دلیل اینکه منشأ قدرت در این اندیشه حق اختیاری است که خداوند به مردم داده است و این مردم هستند که به فقیه در قالب عقد و قراردادی لازم، حق اعمال قدرت داده و با توجه توافقی بودن این امر، امکان شرط‌گذاری و مقید کردن چگونگی حکومت‌داری وجود دارد. بنابراین طبق این اندیشه تفکیک یا تمرکز قوا، هر دو امکان‌پذیر است و قطعاً هر کدام آثار خاص خود را دارند. در فرض تفکیک قوا طبعاً دایره ولی فقیه واجد شرایط، محدود به همان افتاء و نظارت بر مشروعیت قوانین کشور خواهد بود (منتظری، ۱۴۲۹ق، دراسات، ۱۴).

در خصوص نتیجه پذیرش این نظریه در مرحله تقنین اختلاف نظر وجود دارد: از یکسو ادعا شده، ثمره این نظریه آن است که وقتی مردم تنها یک فقیه از میان فقهای صاحب فتوا و یا چند فقیه از میان آنان را به شکل شورایی، انتخاب کردند و به او حق نظارت بر قوانین کشور و احیاناً رد قوانین مخالف شرع را دادند، در حقیقت با کسب چنین سلطه‌ای نظر و فتوای او باید تبعیت شود چرا که از سوی اکثریت مردم واجد شرایط دانسته شده و این حق را یافته است و

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۶۴

در حقیقت مردم به او چنین اختیاری داده‌اند. به همین خاطر است که فقهای که از سوی اکثریت مردم این اختیار را نیافته‌اند - هرچند در مسائل فردی مورد رجوع گروهی از مردم باشند - چنین اختیاری را ندارند و تا مردم چنین حقی را به آنان اعطا نکنند نمی‌توانند در قوانین دخل و تصرفی نمایند (منتظری، ۱۴۲۹ق، دراسات، ۱۵). بنابراین نگاه و تفسیر می‌توان گفت که فتوای معیار، نظر و فتوای ولی فقیه مستقر خواهد بود که در قوانین باید منعکس گردد و در فرض تمرکز قوا هم قطعاً این حوزه در حیطه اختیار ولی فقیه خواهد بود. به تعبیر دیگر حوزه افتاء و نظارت، قدر مشترک بین دو فرض تفکیک یا تمرکز قوا است لذا از این جهت تفاوتی در امر تقنین ندارد.

اما از سوی دیگر می‌توان ادعا کرد که تبعیت تقنین از نظر ولی فقیه از ذاتیات این نظریه نیست و این امکان هم وجود دارد که مردم در ضمن عقد ولایت حتی از قبل، قوانین را تعیین نمایند یا این حق را برای خود و یا سایر فقها محفوظ نگه دارند و در ادامه از ایشان جهت اجرا و نظارت دعوت به عمل آورند و ایشان با توجه به مبانی فقهی خویش، اجرای چنین قوانین موجود و از قبل تعیین شده‌ای را، یا می‌پذیرد یا نمی‌پذیرد؟ در این فرض رهبری اصلاً هیچ گونه اثرگذاری بر امر تقنین ندارد و این مردم و یا هیئت مؤسس حکومت اسلامی هستند که امر تقنین را در اختیار خواهند داشت. در فرض اخیر از ساختار سیاسی اندیشه انتخاب که تمام نیازمندی‌های حکومت قبل از انتخاب رهبری معین و تعیین تکلیف شده است سؤال می‌شود که مردم و یا هیئت مؤسس و یا نمایندگان آن‌ها بر چه مبنایی قوانین و مقررات کیفری اسلامی را تعیین کرده‌اند؟ آیا ساختار سیاسی این اندیشه در خصوص فتوا یا نظر فقهی معیار اثرگذاری دارد؟ در فرض اخیر سخن از فتوای معیار و احتمالات متعدد آن صحیح است؛ ساختار سیاسی در خصوص تعیین فتوای معیار، نه در بعد ایجابی و نه سلبی، قید و شرطی را اقتضاء نمی‌کند و انعطاف‌پذیر است و می‌تواند هر فتوایی را وارد قانون نماید و دست مقنن باز است که هر معیاری را مورد قبول قرار دهد: فتوای مشهور فقها، فتوای اکثریت فقهای ناظر بر عملکرد مجلس قانون‌گذاری، فتوای جرم‌زدا و کیفرزدا از هر فقیه، فتوای

نزدیک به عدالت کیفری، فتوای مورد اقبال اکثریت مردم یا نمایندگان آنها، فتوا اعلم فقهی و

حتی در این اندیشه می توان وظیفه شناخت احکام بر عهده «گروه افتاء» قرار گیرد. به این بیان که مقصود آن است که فقها و مجتهدان که از نظر قدرت فکری و احاطه علمی در افق واحدی قرار دارند دورهم گرد آیند و در مسائل اسلامی باهم به تبادل نظر و شور پردازند و با تبادل افکار بسیاری از مشکلات بهتر حل می گردد و گره بسیاری از احوطها و احتیاطها از دست و پای مردم باز می شود (سبحانی، ۱۴۱۳ق. ۲/ ۲۷۹).

بنابراین و بر اساس نظریه انتخاب، انحصار تقنین در دستان فقیه و نیز لزوم تبعیت مقنن از ایشان و ابتناء تقنین بر استفتاء از ولی فقیه، منتفی است و دست مقنن در رجوع به استنباط سایر فقها باز است و امکان انتخاب برای مقنن در میان فتاوی مختلف مهیاست.

د) واکاوی اندیشه انتخاب یا انتصاب در قوانین کیفری ایران

«هر حکومت و دولتی با توجه به مبانی هستی شناسانه و مبانی معرفت شناسانه، که مبانی فکری هر نظام حقوقی را تشکیل می دهند، گام برمی دارد؛ زیرا در واقع نظام حقوقی یک حکومت و به تبع نظام حقوق، نظام کیفری آن نظام حقوقی، مصرف کننده مبانی نظری حکومت بوده و نظام حقوقی روبنا بوده و زیربنای نظام حقوقی در این موارد فلسفه، اخلاق و سیاست است» (الهام، برهانی، ۱۳۹۴، ۷۶/۱).

بنابراین بدون شک، وجود و انتخاب هر مبنای نظری آثار متفاوتی در عرصه مختلف یک نظام کیفری از جمله جرم انگاری در بر خواهد داشت.

مطابق اصل پنجم قانون اساسی در جمهوری اسلامی ایران ولایت امر و امامت امت بر عهده فقیه عادل و باتقوا، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است. درحالی که ملاک و معیاری برای تشخیص قوانین الهی اعم از کیفری و غیر کیفری ارائه ننموده است و صرفاً در خصوص متصدی و معیار کلی تقنین و ضمانت اجرای آن تصریح نموده است که مجلس وظیفه قانون گذاری دارد و باید

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۶۶

طبق موازین اسلامی که متبلور در فقیه شیعه است به وضع قانون پردازد (اصل چهارم، اصل هفتاد و یکم قانون اساسی)، «مجلس شورای اسلامی نمی تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده بر عهده شورای نگهبان است» (اصل هفتاد و دوم قانون اساسی).

اکنون با توجه به مقدمه فوق باید دید اگر در برخی موضوعات اعم از کیفری و غیر کیفری در تشخیص قانون الهی بین فقها اختلاف نظر وجود داشته باشد شورای نگهبان بر طبق کدام نظر فقهی عدم مغایرت را تشخیص می دهد؟ مطابق قانون اساسی، تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام با اکثریت فقهای شورای نگهبان و تشخیص عدم تعارض آن ها با قانون اساسی بر عهده اکثریت همه اعضای شورای نگهبان است (اصل نود و ششم قانون اساسی) که طبق اصل نود و یکم قانون اساسی اعضای فقهای شورای نگهبان باید مجتهد و دارای قدرت فقهی برای استنباط احکام اسلامی از ادله آن بر شیوه متعارف فقه باشند و با داشتن چنین شرطی صلاحیت اظهار نظر در احکام اسلام را احرار خواهند نمود (عمید زنجانی، ۱۴۲۱ق، ۳۹۸/۱). بنابراین از قانون اساسی هم معلوم نمی شود که در صورت اختلاف نظر میان فقهای شورای نگهبان چه ضابطه ای باید حاکم باشد. گرچه تشخیص اسلامی بودن قوانین از دیدگاه قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است ولی در اینکه معیار اعلام نظر این گروه کدام فتوا باشد به صراحت در قانون اساسی ذکر نشده است.

تنها راهی که برای واکاوی اندیشه انتصاب یا اندیشه انتخاب در عرصه قانون گذاری وجود دارد آن است که به صورت عملی به مصوبات کیفری موجود مراجعه نماییم و با تطبیق این مصوبات با اندیشه انتصاب یا اندیشه انتخاب به این مهم دست یابیم که به صورت بالفعل کدام نگاه در شورای نگهبان به عنوان فیلتر قانون گذاری حاکم است و شورای نگهبان خود را منحصر در فتوای ولی فقیه دانسته است یا اینکه خیر چنین انحصاری از دید فقهای شورای نگهبان وجود ندارد؟ برای دست یافتن به این مهم نیازی نیست که تمامی قوانین کشور

مورد بررسی قرار گیرد بلکه اگر به صورت موجهه جزئی به برخی از قوانین به عنوان شاهد مثال ذکر شود که در آن موارد، مصوبه‌ای از سوی مجلس به تصویب رسیده و شورای نگهبان آن را تأیید کرده است اما این مصوبه با فتوای فقهی و استنباط ولی فقیه مخالف باشد، همین امر کفایت می‌کند برای اثبات آنکه نظریه انتصاب و یا تفسیر برخی از اندیشمندان نظریه انتخاب مبنی بر تبعیت مطلق قانون‌گذار از فتوای فقیه حاکم، مورد قبول قرار نگرفته و نظریه انتخاب در تفسیر دیگر که انحصار در برابر نظر ولی فقیه را ضروری نمی‌داند، مورد قبول قرار گرفته است.

۱. حذف مستند قانونی معیار بودن فتوای رهبری (مقتضای نظریه انتصاب)

ماده ۲۲۱ لایحه قانون مجازات اسلامی:

شاید یکی از مهم‌ترین دلایل بر نظریه انتخاب نحوه نگارش ماده ۲۲۱ قانون مجازات اسلامی باشد. در لایحه تقدیمی از سوی قوه قضاییه تصریح شده بود: «هرگاه رجوع به اصل یک‌صد و شصت و هفتم قانون اساسی لازم شود، مقام قضائی از رهبری استفتاء خواهد کرد. مقام رهبری می‌تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض نماید». شورای نگهبان به این ماده چنین ایراد گرفت و آن را مغایر قانون اساسی تشخیص داد: «در ماده ۱۲ مکرر در مواردی که مقام معظم رهبری فتوایی ندارد و قاضی می‌تواند از منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر حکم قضیه را استنباط نماید الزام قاضی به استفتاء از محضر مقام معظم رهبری مدظله‌العالی، مغایر اصل ۱۶۷ قانون اساسی شناخته شد» (الهام، برهانی، ۱۳۹۴، ۲/۳۱۵). در نهایت این ماده حذف شد و حذف این ماده می‌تواند دلیل مهمی بر عدم تبعیت از نظریه انتصاب باشد چرا که در حدود شرعی این امکان برای قاضی صادرکننده رأی وجود دارد که به سایر فتاوا مراجعه نماید. البته در این صورت قاعده درء و اصل برائت بایستی نقطه عزیمت باشد.

در ادامه به برخی از قوانین دیگر که مواد قانون مجازات اسلامی از استنباط فقهی ولی فقیه تبعیت ننموده است به عنوان شاهد بر عدول از نظریه انتصاب و گرایش به سمت نظریه انتخاب، اشاره خواهد شد.

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۶۸

۲. قلمروی شمول قسامه:

در بحث قسامه، فتوای رهبری بر محدود بودن قسامه است: «قسامه از طرق شرعی اثبات قتل یا قطع عضو یا کسر عضو یا جرح است و جریان آن در مثل تورم یا تغییر رنگ پوست معلوم نیست» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰، ۸۲). درحالی که ماده ۳۱۲ قانون مجازات اسلامی، کلیه جنایات را از طریق قسامه قابل اثبات می‌داند و مقرر می‌دارد: «جنایات علاوه بر طرق مقرر در کتاب اول این قانون، از طریق قسامه نیز ثابت می‌شود». با توجه به این که مطابق ماده ۷۱۵ قانون مجازات اسلامی، تورم یا تغییر رنگ پوست از موارد ثبوت دیه یا ارش و مصداق جنایت بر عضو است، در نتیجه از منظر قانون مجازات این نوع جنایات، با قسامه قابل اثبات هستند.

۳. مصادیق زنای به عنف:

در بحث زنای به عنف، رهبری در پاسخ به استفتایی مصادیق زنای به عنف را محدود دانسته است: «در صورتی که پزشک یا فرد دیگری هنگام بی‌هوشی بیمار برای عمل جراحی با وی زنا کند آیا زنای به عنف محسوب می‌شود؟ همچنین اگر در تیمارستان، پزشک یا روانشناس یا فرد دیگری با دختران جوانی که مشاعرشان کامل نیست یا دچار اختلال روانی هستند مرتکب زنا شوند آیا زنای به عنف است؟» ایشان پاسخ دادند: «در فرض سؤال زنای به عنف محسوب نمی‌شود» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰، ۳۷). درحالی که تبصره ۲ ماده ۲۲۴ ق.م.ا این گونه موارد را از مصادیق زنای به عنف دانسته و مقرر داشته است: «هرگاه کسی با زنی که راضی به زنای با او نباشد در حال بیهوشی، خواب یا مستی زنا کند رفتار او در حکم زنای به عنف است. در زنا از طریق اغفال و فریب دادن دختر نابالغ یا از طریق ربایش، تهدید و یا ترساندن زن اگرچه موجب تسلیم شدن او شود نیز حکم فوق جاری است».

۴. مالک فاضل دیه و محدوده اختیارات آن :

در این که آیا جانی مالک فاضل دیه است یا ورثه او، رهبری جانی را مالک

می‌داند: «دیه حق جانی است و باید به او داده شود» و در ادامه باز از ایشان پرسیده شده است: «آیا هر یک از وراث یا جانی حق گذشت از دیه را دارند یا خیر» (یعنی قاتل بدون دریافت دیه قصاص شود)؟ پاسخ ایشان آن است که: «باید رد صدق کند و در فرض مذکور رد صدق نمی‌کند» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰، ۱۰۳). بنابراین، جانی درعین حال که مالک فاضل دیه هست ولی حق گذشت ندارد، درحالی که مطابق ماده ۴۳۱ قانون مجازات اسلامی: «فاضل دیه یا سهم پرداختی شرکا از دیه جنایت، متعلق قصاص شونده است و او می‌تواند آن را به صاحب حق قصاص یا شرکای خود ببخشد و یا هر نوع تصرف مالکانه دیگری در آن انجام دهد».

۵. مسئول پرداخت دیه در مورد علم اجمالی به جانی:

در صورتی که جانی مردد بین دو یا چند نفر معین بوده و امکان اثبات جنایت از طریق قسامه وجود نداشته باشد این که دیه به طور مساوی از اطراف علم اجمالی گرفته می‌شود یا از بیت‌المال یا با قرعه، مسئول پرداخت دیه مشخص می‌شود، نظر فقهی ولی فقیه آن است که: «احتیاط آن است که دیه از بیت‌المال داده شود مگر در صورتی که منشأ علم اجمالی اقرار دو نفر به قتل علی نحو الاستقلال باشد که در این صورت بعید نیست تخییر ولی در گرفتن دیه کامله از هر کدام از دو نفر» (مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰، ۱۱۲)، درحالی که قانون‌گذار در ماده ۴۷۹ ق.م.ا. مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی در اثر رفتار عده‌ای کشته یا مصدوم شود و جنایت مستند به برخی رفتارها باشد و مرتکب هر رفتار، مشخص نباشد همه آن‌ها باید دیه نفس یا صدمات را به طور مساوی بپردازند».

۶. تحقق جرم قذف از طریق نوشته:

در مورد تحقق جرم قذف از طریق نوشته نیز چنین عدم تبعیتی واضح است. قانون‌گذار در آخرین قانون‌گذاری در سال ۱۳۹۲ در تبصره ماده ۲۴۶، قذف را با نوشتن، هرچند به شیوه الکترونیکی، قابل تحقق می‌داند در مقابل مقام رهبری در پاسخ به این سؤال که آیا نسبت کتبی زنا به کسی، حکم قذف دارد؟ می‌فرماید:

جستارهای
فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۷۰

حد قذف جاری نمی‌شود (فتحی، ۱۳۹۳، ۵۸).

۷. مشروعیت تصمیم‌گیری قَیم در خصوص حق قصاص:

مطابق استفتاءات موجود از مقام معظم رهبری در صورت واگذاری اختیارات ولّی شرعی به قَیم منصوب ایشان، می‌تواند با رعایت مصلحت و غبطه صغیر نسبت به عفو قاتل یا تبدیل قصاص به دیه اقدام نماید (خامنه‌ای، ۱۴۲۴ق، ۳۳۷). حال آنکه مطابق نص ماده ۳۵۶ قانون مجازات «اگر مقتول یا مجنی علیه یا ولّی دمی که صغیر یا مجنون است ولّی نداشته باشد و یا ولّی او شناخته نشود و یا به او دسترسی نباشد، ولّی او، مقام رهبری است و رئیس قوه قضائیه با استیذان از مقام رهبری و در صورت موافقت ایشان، اختیار آن را به دادستان‌های مربوط تفویض می‌کند». دیگر سخنی از قَیم و حق تصمیم‌گیری آن مطرح نشده است.

۸. پرداخت فاضل دیه از بیت‌المال:

در ماده ۴۲۸ قانون مجازات اسلامی قانون‌گذار تصریح می‌نماید: «در مواردی که جنایت، نظم و امنیت عمومی را بر هم زند یا احساسات عمومی را جریحه‌دار کند و مصلحت در اجرای قصاص باشد لکن خواهان قصاص، تمکن از پرداخت فاضل دیه یا سهم دیگر صاحبان حق قصاص را نداشته باشد، با درخواست دادستان و تأیید رئیس قوه قضائیه، مقدار مذکور از بیت‌المال پرداخت می‌شود»، در حالی مقام رهبری در پاسخ با این سؤال: «در شرایطی که عدم قصاص یا تأخیر آن به مصلحت نباشد و چه‌بسا عوارض سیاسی و اجتماعی شدیدی در برداشته باشد آیا می‌توان فاضل دیه را از بیت‌المال پرداخت و حکم قصاص را اجرا نمود؟ فرمودند: مورد ثبوت دیه بر بیت‌المال نیست» (امامی، ۱۳۹۷، ۳۰۲). تعارض بین نظر فقهی فقیه حاکم با قانون مجازات مشهود است.

۹. مسئول پرداخت دیه عدم امکان قصاص به علت مرگ یا فرار مرتکب:

ماده ۴۳۵ قانون مجازات اسلامی: «هرگاه در جنایت عمدی، به علت مرگ

رویکردهای
انتصاب و انتخاب
در انطباق با تقنین
کیفری ایران
۱۷۱

یا فرار، دسترسی به مرتکب ممکن نباشد با درخواست صاحب حق، دیه جنایت از اموال مرتکب پرداخت می‌شود و در صورتی که مرتکب مالی نداشته باشد در خصوص قتل عمد، ولی دم می‌تواند دیه را از عاقله بگیرد و در صورت نبود عاقله یا عدم دسترسی به آن‌ها یا عدم تمکن آن‌ها، دیه از بیت‌المال پرداخت می‌شود و در غیر قتل، دیه بر بیت‌المال خواهد بود. چنانچه پس از اخذ دیه، دسترسی به مرتکب جنایت اعم از قتل و غیر قتل، ممکن شود در صورتی که اخذ دیه به جهت گذشت از قصاص نباشد، حق قصاص حسب مورد برای ولی دم یا مجنی علیه محفوظ است، لکن باید قبل از قصاص، دیه گرفته شده را برگرداند».

مطابق ظاهر این ماده قانونی در فرضی که مرتکب مالی نداشته باشد دیه از عاقله و سپس از بیت‌المال پرداخت می‌شود و اگر هرگونه مالی داشته باشد خواه از مستثنیات دین باشد یا از غیر آن، دیه از اموال مرتکب پرداخت می‌شود این حکم در فرضی که مرتکب از دنیا رفته باشد صحیح است اما در فرض فراری بودن مرتکب و عدم دسترسی به آن اینکه گفته شود مطلقاً از اموال موجود او دیه اخذ می‌شود با فتوای آیت‌الله خامنه‌ای تطابق ندارد چرا که ایشان در پاسخ استفتایی مقرر می‌نماید: «لزوم پرداخت دیه عمد و شبه عمد بر بستگان جانی مخصوص به موارد فوت یا فرار جانی است به نحوی که دسترسی به او نباشد و مشروط به این است که مالی از او که قابل صرف در پرداخت دیه باشد نمانده باشد بنابراین در صورت فوت جانی مستثنیات دین از مال او استثناء نمی‌شود و در صورت فرار نیز اگر مستثنیات دین برای رفع نیاز شخص خودش باشد استثناء نمی‌شود و الا اگر برای نیاز عایله تحت تکفل وی باشد استثناء می‌شود». مطابق قانون در پرداخت دیه رعایت مستثنیات دین مطلقاً لحاظ نمی‌شود ولی مطابق فتوای رهبری در خصوص خانواده تحت تکفل مرتکب باید مستثنیات دین باید رعایت شود (امامی، ۱۳۹۷، ۴۴۵).

در این بخش در مقام احصای تمام موادی که منطبق بر استنباط فقهی ولی فقیه نباشد، نیستیم بلکه همین مقدار کفایت می‌نماید برای اثبات این نکته که تقنین کیفری از پتانسیل نظریه انتخاب استفاده کرده است و خود را منحصر به یک

رویکرد فقهی ننموده است. چنانچه پیش از این گذشت، این انعطاف در گزینش فتاوی مختلف در تقنین، از اقتضائات و توابع نظریه انتخاب است و نظریه انتصاب چنین امری را برنمی تابد.

نکته قابل توجه آنکه قانون گذار در دو مورد صریحاً به نظر ولی فقیه اشاره کرده است: مورد اول در بحث تعیین مقادیر دیه است که ماده ۵۴۹ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: «موارد دیه کامل همان است که در مقررات شرع تعیین شده است و میزان آن در ابتدای هر سال توسط رئیس قوه قضائیه به تفصیل بر اساس نظر مقام رهبری تعیین و اعلام می شود». مورد دوم دیه اقلیت های دینی است؛ ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد: «بر اساس نظر حکومتی مقام رهبری، دیه جنایت بر اقلیت های دینی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به اندازه دیه مسلمان تعیین می گردد». وجود این دو مثال که در مثال دوم تصریح به حکم حکومتی شده است نمی تواند دلیلی برای نظریه انتصاب محسوب شود چرا که تبعیت در برخی از مواد قانونی نمی تواند تبعیت قانون گذار از نظریه انتصاب را به کرسی بنشانند بلکه وجود برخی موارد که مغایرت با نظر فقهی ولی امر دارد، می تواند تبعیت قانون گذار از نظریه انتخاب را به اثبات برساند.

رویکردهای
انتصاب و انتخاب
در انطباق با تقنین
کیفری ایران

۱۷۳

نتیجه گیری

در فقه سیاسی شیعه حاکمیت و ولایتی مورد پذیرش مردم است که از مشروعیت برخوردار باشد. در مبانی مشروعیت ولایت فقیه دو نظریه انتخاب و انتصاب از نظریات ممتاز و بارز این زمینه می باشند. پذیرش مردم و استقبال آنها از حاکمیت صرفاً اقتدار آفرین است (انتصاب) یا اینکه مشروعیت بخش است (انتخاب)؛ این همان عمده تفاوت مبانی این دو دیدگاه است که قطعاً این تفاوت مبانی در مؤلفه های مختلف حاکمیت، اثرگذار خواهد بود و یکی از موارد مهم آن در بُعد تقنین کیفری در نظام کیفری است که برخی از مصادیق آن به شرح زیر است:

۱- مطابق فرایند نظریه انتصاب محور مشروعیت نظام، فقیه حاکم در رأس

قدرت است در نتیجه فتوای معیار موضوعیتی ندارد تنها فتوایی که مشروعیت اجرایی دارد فتوای فقیه حاکم هست اما از منظر فرایند اندیشه انتخاب این امکان و انعطاف وجود دارد که سایر فتاوا هم مدنظر قرار گیرند.

۲- تنها راه مبنا قرار گرفتن سایر فتاوا (فتاوی غیر از فقیه حاکم) مطابق ساختار انتصاب، پذیرش این نظر فقهی است که اولاً رجوع مجتهد به غیر مطلقاً حرام و ممنوع نیست ثانیاً بین فقه فردی و حکومتی در مسئله رجوع مجتهد به غیر تفاوت قایل شویم. البته بررسی این مسئله پژوهش دیگری را می طلبد.

۳- در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تبعیت مطلق از نظر فقهی ولی فقیه به ویژه در موضوعاتی که معظم له فتوا دارند وجود ندارد.

منابع

- آصفی، محمد مهدی. ۱۴۲۶ق. ولایة الامر. تهران: المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب الاسلاميه.
- ابن فارس، احمد بن فارس. ۱۴۰۴ق. معجم مقائيس اللغة. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. ۱۴۱۴ق. لسان العرب. سوم، بیروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر.
- امام خمینی، سید روح الله. ۱۴۲۱ق. کتاب البیع (للإمام الخميني). تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- امامی، مسعود. ۱۳۹۷. شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اجرای قصاص. قم: موسسه دائره المعارف فقه اسلامی.
- تهرانی حسینی، سید محمد حسین. ۱۴۲۱ق. ولایت فقیه در حکومت اسلام. دوم، مشهد: انتشارات علامه طباطبائی.
- جعفر پیشه فرد، مصطفی. ۱۳۸۰. مفاهیم اساسی ولایت فقیه. بی جا: تهیه مرکز تحقیقات علمی دفتر دبیرخانه مجلس خبرگان.
- جوادی آملی، عبدالله. ۱۳۸۹. ولایت فقیه. نهم، قم: انتشارات اسراء.
- جوادی آملی، عبدالله. ۱۳۸۹. نسیم اندیشه دفتر سوم. دوم، قم: انتشارات اسراء.
- خامنه ای، سید علی (حسینی). ۱۳۹۳. ولایت و حکومت. سوم، تهران: چاپ سلمان فارسی.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳
۱۴۰۵

۱۷۴

- خامنه‌ای، سید علی (حسینی). ۱۴۲۴ق. أجوبة الاستفتاءات (فارسی). قم: دفتر معظم له در قم.
- خلخالی، سید محمد مهدی. ۱۴۲۲ق. حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه. مترجم: جعفر الهادی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- سبحانی، جعفر. ۱۴۱۳ق. مفاهیم القرآن. چهارم، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
- عمید زنجانی، عباسعلی. ۱۴۲۱ق. فقه سیاسی. چهارم، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- فتحی، حجت الله. ۱۳۹۳. شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حدود. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.
- الهام، غلامحسین و برهانی، محسن. ۱۳۹۴. درآمدی بر حقوق جزای عمومی جرم و مجرم. تهران: نشر میزان.
- فیرحی، داود. ۱۳۹۳. فقه و سیاست در ایران معاصر. تهران: نشر نی.
- قاسمی، محمدعلی و پژوهشگران دانشگاه علوم اسلامی رضوی. ۱۴۲۶ق. فقیهان امامی و عرصه‌های ولایت فقیه. مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- قرشی، سید علی اکبر. ۱۴۱۲ق. قاموس قرآن. ششم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
- کعبی، عباس و حکیمی، سجاد. «ماهیت نمایندگی مجلس در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران». حکومت اسلامی. ۱۳۹۳. (شماره ۷۲/ ۲۲ صفحه - از ۱۲۳ تا ۱۴۴).
- لک زایی، شریف. ۱۳۸۶. بررسی تطبیقی نظریه‌های ولایت فقیه. دوم، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- مصباح یزدی، محمدتقی. ۱۳۹۷. حکیمانه‌ترین حکومت: کاوشی در نظریه ولایت فقیه. چهارم، قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی رحمته الله علیه.
- منتظری نجف‌آبادی، حسین علی. ۱۴۰۹ق. مبانی فقهی حکومت اسلامی. مترجم: صلواتی، محمود و شکوری، ابوالفضل، قم: مؤسسه کیهان.
- منتظری نجف‌آبادی، حسین علی. ۱۴۰۹ق. دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الإسلامية. دوم، قم: نشر تفکر.
- منتظری نجف‌آبادی، حسین علی. ۱۴۲۹ق. حکومت دینی و حقوق انسان. قم: ارغوان دانش.
- مؤسسه آموزشی و پژوهشی قضا، ۱۳۹۰، ره توشه قضایی. قم: نشر قضا.
- مؤمن قمی، محمد. ۱۴۱۵ق. کلمات سدیدة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نعیمیان، ذبیح الله. «واکاوی انتقادی رابطه «تشریع و احکام حکومتی» در نظریه «منطقه الفراغ»». فصلنامه علمی، پژوهشی حکومت اسلامی. ۱۳۹۰. (شماره ۶۰؛ ۲۴ صفحه - از ۳۳ تا ۵۶).

هادوی تهرانی، مهدی. ۱۳۸۹. ولایت و دیانت. قم: مؤسسه خانه فرهنگی خرد.
هاشمی، سید محمود. ۱۳۸۶. حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای
سیاسی. هفدهم، تهران: نشر میزان.

جستارهای

فقهی و اصولی

سال دوازدهم، شماره پیاپی ۴۳

۱۴۰۵

۱۷۶