

Islamic Law and Jurisprudence Studies
Volume 15, Consecutive Number 30, Spring 2023
Issn:2717-0330

Journal Homepage: <https://feqh.semnan.ac.ir/>

This is an Open Access paper licensed under the Creative Commons License CC-BY 4.0 license.



Criminal legislation in the context of urisprudential disputes

Giidarzi.Siavash¹ - Shams Nateri.Mohammad Ebrahim^{2*}

1: PhD student in jurisprudence and criminal law, Kharazmi University, Tehran, Iran

2: Associate Professor of Criminal Law and Criminology, Farabi Campus University of Tehran, Qom, Iran: Corresponding Author (eshams@ut.ac.ir)

Legislation based on Imami jurisprudence has led to the richness and independence of our rights in decades of legislation. There has always been a debate about what criteria should be used to legislate according to jurisprudence And typically the focus has been on who or what is being followed And it is enough to provide general criteria and in practice there is no decisive criterion for this issue. This article discusses only the criminal law and the specific conditions and requirements of the law in this regard Because it is not possible to provide a standard for legislation on all laws with specific conditions and characteristics of each of them Because the law in each case can be very different from the law in other area And you have to think about each case according to its specific requirements And refrained from generalizations and providing a standard for all cases. This article seeks to provide an appropriate solution in the field of criminal law And prevented the entry of personal opinions and ideas into the field of legislation And as far as possible our criminal law Closer to the world criminal law without distancing itself from its originality.

Keywords: Imami jurisprudence, Legislation, Criminal Justice, Guardian Council, penalty.

- S. Giidarzi- M.E. Shams Nateri (2023). Criminal legislation in the context of urisprudential disputes, *Islamic Law and Jurisprudence Studies*, 15(30), 7-32.
[Doi: 10.22075/feqh.2022.24989.3077](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.24989.3077)



فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۵- شماره ۳۰- بهار ۱۴۰۲

صفحات ۷-۳۲ (علمی- پژوهشی)

تاریخ: وصول ۱۴۰۰/۰۷/۳۰- بازنگری ۱۴۰۰/۱۱/۰۸- پذیرش: ۱۴۰۰/۱۱/۱۱

قانونگذاری کیفری در بستر اختلافات فقهی

سیاووش گودرزی / ۱ / محمد ابراهیم شمس ناتری *۲

۱: دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزا، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران

۲: دانشیار حقوق جزا و جرم شناسی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران (نویسنده مسئول)

eshams@ut.ac.ir

چکیده

قانونگذاری براساس فقه امامیه، موجب غنا و استقلال حقوق ما در چند دهه قانونگذاری بوده است. همواره بحث و گفتگو در مورد این که قانونگذاری براساس فقه با چه ضابطه ای باید صورت بگیرد، وجود داشته و دارد و نوعاً توجه بدان سمت بوده که از نظر چه کس یا کسانی تبعیت شود و به ارائه ضوابط کلی بسنده شده و در عمل هم معیاری قاطع برای این مسأله مشاهده نمی شود. این نوشتار صرفاً از حقوق کیفری و شرایط و اقتضائات خاص وضع قوانین در این مورد بحث می کند؛ چرا که نمی توان در پی ارائه معیار برای قانونگذاری در مورد همه قوانین با شرایط و ویژگی های خاص هریک از آنها بود، زیرا وضع قانون در هر مورد می تواند با وضع قوانین در سایر حوزه ها بسیار متفاوت باشد و باید در هر مورد حسب اقتضائات خاص آن مورد اندیشید و از کلی گویی ها و ارائه یک معیار برای تمام موارد پرهیز نمود. این نوشتار در پی آن است که در حوزه وضع قوانین کیفری راهکار متناسب را ارائه بدهد و از ورود آراء و اندیشه های شخصی به حیطه قانونگذاری جلوگیری کرده و حتی الامکان بتواند حقوق کیفری ما را بدون آن که از اصالت خویش فاصله بگیرد به حقوق کیفری روز دنیا نزدیک تر کند.

کلیدواژه: فقه امامیه، قانونگذاری، حقوق کیفری، شورای نگهبان، مجازات.

- گودرزی، سیاووش؛ شمس ناتری، محمد ابراهیم (۱۴۰۲). قانونگذاری کیفری در بستر اختلافات فقهی. مجله

مطالعات فقه و حقوق اسلامی دانشگاه سمنان، شماره ۳۰، صفحات ۷-۳۲.

[Doi: 10.22075/feqh.2022.24989.3077](https://doi.org/10.22075/feqh.2022.24989.3077)

مقدمه

امر قانونگذاری صعوبت‌ها و ضرورت‌های آن، از جمله اموری است که بر کسی پوشیده نیست؛ امری که موجب قوام جامعه و حکومت نظم و ترتیب بر آن است. جامعه‌ای که قانون بر آن حکمفرما نباشد آینده‌ای جز فروپاشی و از هم‌گسیختگی در انتظار آن نیست، جامعه‌ای که در آن هر کس به وسیله زور و قدرت نظر خود را بر دیگران تحمیل کند و سرنوشت انسان‌ها در آن بسته به زور زورمندان است جز نابودی چه تقدیری می‌تواند داشته باشد. به طور کلی، اهمیت وجود قوانین در جوامع، از اموری است که چندان نیاز به شرح و توضیح ندارد. آن چه محلّ بحث و گفتگوهای طولانی بوده است نحوه وضع این قوانین و اجرای آنها بوده و هست. جوامع مختلف حسب سوابق تاریخی، فرهنگی، دینی، اجتماعی و ... خویش دست به قانونگذاری می‌زنند که یکی از مهم‌ترین این قوانین مواد راجع به مباحث کیفری و مجازات است.

جرائم و مجازات‌ها همواره از مباحث مورد بحث در میان متفکران از قرون گذشته تا به امروز بوده است و در مورد نحوه وضع و اجرای آنها اختلاف نظرات عمیق و گسترده‌ای وجود دارد. در این میان، برخی کشورها در وضع این قوانین کاملاً متأثر از قواعد و احکام مذهبی و دینی می‌باشند که حقوق کشور ما از جمله این کشورهاست. سالیان زیادی است که قانونگذار ایران برای وضع قوانین به منابع دینی و به طور خاصّ فقه امامیه مراجعه می‌کند. در دوران اخیر، یعنی پس از انقلاب اسلامی این امر به صورت خاصّ و با طرح در قانون اساسی (اصول ۴، ۹۱، ۹۴، ۹۶) حالت جدید و قابل توجهی به خود گرفته است. در این بین، آن چه توجه را به خود جلب می‌کند آن است که با مراجعه به فقه به عنوان منبع بخش مهمی از قوانین کیفری، آن چه بدو ذهن را به خود معطوف می‌دارد آن است که در بین اندیشمندان این حوزه بحث‌ها و اختلافات بعضاً عمیق مشاهده می‌شود و اولین سؤالی که به ذهن می‌رسد آن است که قانونگذار ایرانی بر چه اساسی و با چه معیارهایی از میان این نظرات، یک نظر را انتخاب و آن را به عنوان

قانون برمی‌گزیند و فرآیند وضع آن در مرحله تدوین لوایح و بررسی در شورای نگهبان چیست؟

با مراجعه به متون قوانین خصوصاً قوانین کیفری می‌توان ردّیابی از نظریات متفاوتی از قبیل مراجعه به نظر اجماعی فقهای امامیه، نظر مشهور فقهی، وجود تنها یک نظر معتبر، نظر اجتهادی شورای نگهبان و برخی دیدگاه‌های دیگر را یافت که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرند. در واقع، هرچند برخی از این معیارها در افواه رایج شده است اما با بررسی دقیق‌تر، آن‌چه بیشتر خود را نشان می‌دهد عدم وجود ضابطه دقیق و معیار مناسب حتی به عنوان یک اصل استثناء پذیر است. آن‌چه در این نوشتار مورد بررسی قرار می‌گیرد طرح و نقد برخی از معیارهای مهم در این بحث و سپس طرح معیار مقبول و مفید است. بدین توضیح که باید دید آیا اساساً باید به دنبال یک معیار در تمام موارد حقوقی، کیفری، سیاسی، اقتصادی و غیره برای مراجعه به فقه بود و یا باید با تفکیک موارد از یکدیگر در هر مورد به دنبال راهکار صحیح گشت؟ نیز این‌که در این میان آیا می‌توان با ارائه یک معیار نسبتاً دقیق و منسجم اولاً، از اعمال سلیقه‌ها در وضع قوانین جلوگیری کرد؛ و ثانیاً، چقدر می‌توان از ظرفیت فقه امامیه در جهت تعالی حقوق کیفری و نزدیک کردن آن به حقوق کیفری روز دنیا بهره برد؟

از نظر پیشینه بحث باید گفت استخراج و وضع قوانین از متون فقهی خصوصاً در چند دهه اخیر، از مسائل مهم و بحث‌برانگیز در جامعه حقوقی، سیاسی و اجتماعی کشور ما بوده و هست. در این میان، پژوهشگران و صاحب‌نظران همواره تحقیقات خویش را در این زمینه ارائه داده و نظرات متفاوتی ابراز شده است که در جای خود قابل تقدیر و استفاده است. آن‌چه در این میان توجه را به خود جلب می‌نماید آن است که این نظرات به صورت کلی و برای وضع قوانین در همه موارد از جمله حقوقی، کیفری، اقتصادی و غیره ارائه می‌شوند، حال آن‌که هر یک از این موارد، اقتضائات خاص خود را دارد. قانونگذاری در مباحث حقوقی چندان مشابهتی به تقنین در امور کیفری ندارد و در سایر موارد نیز مسأله از همین قرار است. به عنوان نمونه، اگر برخی مصلحت را

معیار قانونگذاری می‌دانند (جهانگیری و خیرآبادی، ۱۴۰۰: ۱۱۶) آن را به عنوان معیار در تمام موارد معرفی می‌کنند. گذشته از ابهامات و ایرادات استناد به بحث مصلحت باید گفت که نقش مصلحت در تقنین حقوقی، بسیار متفاوت از تقنین کیفری است و نیز سایر حوزه‌های قانونگذاری و سایر معیارها.

تحقیق حاضر سعی بر آن دارد که با تفکیک میان حوزه‌های مختلف قانونگذاری در مواردی که برای وضع قوانین کیفری مراجعه به فقه می‌شود و در آن زمینه اختلاف نظر وجود دارد، معیاری صرفاً برای استفاده در این حوزه (تقنین کیفری) ارائه بدهد و از کلی‌گویی‌ها و وضع قواعد برای تمام زمینه‌های قانونگذاری پرهیزد؛ چرا که همان‌طور که بیان شد و در ادامه نیز می‌آید این اندیشه‌های کلی موجب اشکالات فراوان است. نویسندگان تلاش دارند ضمن طرح نظریات مختلف و نقد و بررسی آنها نظر اکتفا به قدر متیقن در وضع مجازات در موارد اختلافات فقهی را تبیین و ارائه نمایند.

۱- طرح و نقد دیدگاه‌ها

ابتدا سعی می‌شود به طور مفید و مختصر البته آن‌چنان که محل بحث نباشد برخی معیارهای رایج در مورد وضع قوانین بر اساس فقه امامیه را مورد بررسی قرار دهیم:

۱-۱- اجماع فقهای امامیه

اجماع در لغت به معنای اتفاق است (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۷۵/۱۱؛ طریحی، ۱۴۱۶: ۳۱۷/۴). در اصطلاح، مراد از اجماع آن است که یک اتفاق نظر خاص صورت بگیرد که عبارت است از اتفاق فقهای اسلام بر یک حکم شرعی یا اتفاق اهل حل و عقد از مسلمانان بر حکم یا اتفاق امت پیامبر (ص) بر حکم (صدر، ۱۳۹۱: ۳۵۲/۲)؛ بنا به تعریف‌های گوناگونی که از اجماع ارائه شده است هرچند این تعبیرها متفاوت‌اند اما ظاهراً همگی متوجه یک معنای جامع و مشترک هستند و آن اتفاق و همراهی بودن گروهی است که اتفاق کردن آنان بر یک رأی، نقش و شأنی در اثبات حکم شرعی دارد (مظفر، ۱۴۳۰: ۱۷۶).

با تمام اختلاف نظرات عمیق که میان فقهای امامیه و اهل سنت در مورد حجیت اجماع و آثار و احکام خاص آن وجود دارد (همان: ۱۷۷) این مسأله نقش خاصی را در آثار فقهی و اصولی فقهای امامیه داراست که طرق مختلفی برای بهره برداری از آن و جزئیات نحوه استناد به آن بیان شده است (حیدری، ۱۴۱۸: ۱۶۶) که اکنون محل بحث از آن جزئیات نیست. آن چه مستقیماً با موضوع این نوشتار ارتباط دارد آن است که باید دید آیا می‌توان معیار وجود حکم اجماعی را به عنوان معیار اصلی قانونگذاری قرار داد؟ آیا شورای نگهبان در مقام تطبیق قوانین با شرع و احراز عدم مخالفت، معیار اصلی خویش را حکم اجماعی میان فقهای امامیه قرار داده است؟ آیا می‌توان اساساً چنین معیاری را برای تطبیق قوانین با شرع برگزید؟

نقد و بررسی

اولاً، در مورد این که اصل اجماع در فقه امامیه مورد استناد باشد محل اشکال و تأمل است و در وجه حجیت آن بحث و نقد فراوان است (شیخ انصاری، ۱۳۹۰: ۲۸۴/۲ به بعد)؛ اما گذشته از این، در طول تاریخ فقه امامیه و بحث و بررسی های دقیق علمی چند صد ساله در این مورد، می‌توان ادعا کرد که در غالب موارد بلکه در اکثریت قریب به اتفاق سایر مسائل، اساساً اجماعی وجود ندارد؛ و نه تنها اجماع وجود نداشته بلکه در کتب فقهی که به بحث از اختلاف نظرات پرداخته‌اند (اعم از مقایسه آرای فقهای متعلق به یک مذهب خاص یا مقایسه مذاهب اسلامی) در برخی موارد با تعداد زیادی از آراء و نظریات روبرو می‌شویم (به عنوان نمونه ر.ک: شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۱۸/۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۶۲/۲۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۸۹/۹). نباید از وجود کلمه اجماع در متون فقهی در مورد برخی مسائل چنین برداشت کرد که در مسائل یاد شده واقعاً اجماع به معنای دقیق آن - که اتفاق نظر تمام علمای شیعه باشد - وجود دارد؛ چراکه در غالب موارد، اختلاف نظر وجود دارد و جالب آن که گاهی پس از بیان یک مسأله و ادعای اجماع در مورد آن بلافاصله نظرات مخالف مورد اشاره قرار می‌گیرند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶۰/۴۱). با وجود اختلافات فراوان در فروع و در نتیجه، در صورت معیار قرار دادن

اجماع باید در عمل، مدام از این اصل عدول شود و نمی‌توان آن را به عنوان معیار اصلی پذیرفت.

۱-۲- قول یک فقیه به تنهایی

برخی در مقام ارائه راه حل برای بحث تشخیص انطباق قوانین با شرع بیان داشته‌اند: «اگر قانونی که در مجلس تصویب می‌شود حتی با فتوای یک فقیه معتبر انطباق داشته باشد احدی حق ندارد آن را خلاف شرع اعلام کند، حتی یک نظر فقهی، منتها نظر فقیه معتبر؛ مستندات مصوبات مجلس باید ذیل آن نوشته شود، مستندات این قانون فتوای مرجع تقلید است اگر مجلس می‌خواهد در حوزه زنان قانونی تصویب کند آن را برای تأیید به مرجع تقلید ارجاع می‌دهد. مثلاً در مورد شهادت زن یا کنوانسیون منع شکنجه فتوا داریم، فتوایی بالفعل و کاملاً همسو با اکثریت نمایندگان مجلس؛ باعث تعجب است که در چنین مواردی که فتوا داریم می‌گویند خلاف شرع است؛ یعنی مراجع مسلم تقلید نمی‌دانند اما شش نفر از حجج اسلام و فضلاء شورای نگهبان می‌دانند؛ حال آن که سنّ برخی از آقایان نصف دوران تدریس مراجع تقلید ما نیست. شورای نگهبان تنها در صورتی حق دارد مغایرت مصوبات مجلس با احکام شرع را اعلام کند که یا صحّت استناد به رأی فقهی به فقیه برایش احراز نشود و یا مفتی معتبر را نشانسد اما حق بحث در محتوای فتوا را ندارند؛ یعنی شرعاً مجاز نیست محتوای فتوای یک فقیه معتبر را به دلیل این که مخالف نظر شورای نگهبان است خلاف شرع اعلام کند» (کدیور، ۱۳۸۲: ۳).

نقد و بررسی

اولین بحثی که راجع به این نظریه خودنمایی می‌کند آن است که منظور از فقیه معتبر کیست و باید دارای چه ویژگی‌هایی باشد؟ و ثانیاً، مرجع احراز اعتبار فقیه، چه شخص یا اشخاص یا مرجع خاصی است که بدان پرداخته نشده است و در مقام عمل قطعاً ایجاد اشکال خواهد کرد.

اگر مراد آن باشد که فقهای شورای نگهبان در مورد اعتبار فقیه اظهار نظر بفرمایند شبیه همان ایرادی که خود ایشان در مقام بررسی مصوبات توسط شورای نگهبان وارد کرده، به نظر ایشان وارد است. ایراد دیگری که بر این نظریه وارد است آن که این نظر، خواسته یا ناخواسته در همان شرایطی قرار می‌گیرد که قصد پرهیز از آن را دارد. در واقع، صاحب این نظر قصد آن را دارد که با وضع این معیار، از اظهار نظر و تحمیل نظرهای شخصی در وضع قوانین جلوگیری کند و حال آن که این دیدگاه بیش از رویه جاری واجد چنین اشکالی است و می‌تواند راه را برای اظهار نظر و اجتهادهای شخصی باز کند. نیز پیدا است که این دیدگاه تا چه اندازه می‌تواند مورد سوء استفاده برخی افراد برای وضع قوانین مطابق امیال شخصی یا منافع حزبی و گروهی ایشان واقع شود.

۱-۳- قول مشهور فقهی

بعد از تدوین و وضع قانون مدنی که اهتمام حداکثری نویسندگان آن بر رعایت قول مشهور فقهی کاملاً مشهود است (کاظمی، ۱۳۹۸: ۲۵۶؛ الشریف، ۱۳۹۷: ۹۶) مشهور شده است که قوانین، بر اساس قول مشهور فقهای امامیه وضع می‌شوند و در عمل هم آن چه خصوصاً در گذشته دیده می‌شود همین دیدگاه بوده است. در مورد این که شهرت و وجه حجیت آن و نحوه تمسک بدان چیست و این که آیا اساساً در مورد همه مسائل، شهرت فقهی وجود دارد یا نه؟ و این که آیا فقهای شورای نگهبان در مورد انطباق قوانین با شرع قول مشهور فقهی را معیار سنجش خویش قرار داده‌اند یا خیر و در چه مواردی از این معیار تخلف شده و در اصطلاح، چه استثنائاتی بر آن وارد است مباحث دامنه‌داری همچون انواع شهرت در فقه و وجه حجیت آنها و ... وجود دارد که به طور مستقیم به این نوشتار مرتبط نیست، لذا از آن در می‌گذریم.

نقد و بررسی

اولاً، شاید ادعا شود که در برخی موارد در فقه، تمسک به قول مشهور فقهی ممکن است اما بدین گونه نیست که در تمام موارد الزاماً در فقه قول مشهوری وجود داشته باشد، بلکه اختلافات زیاد بوده و مواردی که دو گروه از فقهای بزرگ در مسائل مهم

اختلافات عمیق دارند کم نیستند، مانند بحث اجرا یا عدم اجرای حدود در عصر غیبت (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۳۱۲/۱).

ثانیاً، معیار دقیقی برای شناسایی قول مشهور ارائه نشده است؛ حتی در اجماعات در مسائل واحد از دو جهت مختلف ادعای اجماع شده است، تا چه رسد به قول مشهور (حیدری، ۱۴۱۸: ۱۷۵).

ثالثاً، بر فرض که این معیار پذیرفته شده باشد تاکنون مشخص نشده است که موارد عدول از این اصل چیست و با چه معیارهایی از آن می‌شود تخطی کرد یا تخطی شده است؟ مثال‌ها از این دست فراوان یافت می‌شود.

۱-۴- نظر اجتهادی فقهای شورای نگهبان

یکی از احتمالاتی که در مورد بحث تطبیق قوانین با شرع به نظر می‌رسد معیار نظر اجتهادی فقهای شورای نگهبان است؛ بدین شکل که هر دیدگاهی که توسط این شورا بررسی می‌شود معیار حکم شرع را نظر اجتهادی خویش قرار می‌دهند و اگر آن چه در مصوبات مجلس به تصویب می‌رسد با نظر اجتهادی اعضای این شورا و در واقع، اکثریت این اعضا موافق نباشد خلاف شرع تشخیص داده می‌شود هرچند در فقه امامیه و حتی در میان فحول علما، قائل یا قائلانی داشته باشد.

آیا این دیدگاه مقبول فقهای شورای نگهبان بوده است و اگر چنین بوده با چه شرایط و ضوابطی مطابق آن عمل شده است؟ سؤال و جواب یکی از نمایندگان از شورای نگهبان در مورد این مسأله نشان می‌دهد که همین دیدگاه، مقبول ایشان بوده است. پاسخ شورای نگهبان به سؤال مزبور این بوده است که: «تشخیص مغایرت و یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است» (فتحی، ۱۳۹۵: ۱۰).

نقد و بررسی

از این پرسش و پاسخ مشخص می‌شود چندین سال است که فقهای شورای نگهبان، نظر اجتهادی خویش را ملاک ارزیابی قوانین در مورد انطباق یا عدم انطباق با موازین

شرع می‌دانند و برخلاف آن چه که شایع است «نظر مشهور» فقهی، مبنای مورد پذیرش این شورا نیست.

به هر حال، پذیرش این دیدگاه به معنای نادیده انگاشتن تلاش‌های علمی عظیمی است که در طول تاریخ فقه امامیه صورت گرفته است. چگونه می‌شود که چش را بر روی تمام آثار و نظریات این گروه عظیم از دانشمندان بست و تنها آراء اجتهادی شش و بلکه چهار نفر را ملاک ارزیابی مصوبات مجلس با شرع دانست؟ چگونه نظر چهار نفر ملاک حکم اسلام در یک مسأله می‌شود که در آن مورد اختلاف نظر وجود دارد؟ در مسائل نوظهور و مسائلی که سابقه طرح در فقه و میان فقها را ندارد ممکن است چنین دیدگاهی به جهت آن که اجمالاً قوانین برخلاف اصول مسلم شرعی به مرحله اجرا نرسد پذیرفته شود که آن هم بسیار کم و ملحق به «النادر کالمعدوم» است؛ چراکه قانونگذاران عمدتاً و قانونگذار ایرانی به طور خاص در مواجهه با این مسائل چندان در غالب موارد با تأخیر عمل می‌کند که قبل از آن اگر مسأله از مسائل فقهی باشد بسیار مورد بررسی قرار گرفته و نظرات مختلفی پیرامون آن صادر شده است.

این مسأله آنجا بیشتر خود را نمایان می‌سازد که نظری در میان فقهای امامیه موجود بوده و دارای وجاهت کافی باشد و از طرفی نیازهای جامعه را بهتر پوشش بدهد، اما به دلیل آن که مخالف نظر اجتهادی فقهای شورای نگهبان است پذیرفته نشود؛ چنین امری را به سادگی نمی‌توان پذیرفت.

اشکال دیگر آن است که بر فرض، یک مصوبه یا یک ماده خاص در رابطه با یک مسأله براساس نظر یکی از فقهای عظام تصویب شود و سپس فقهای شورای نگهبان آن را به حکم خلاف شرع توصیف کنند، عدم پذیرش نظر فقهی امثال شهیدین، صاحب جواهر، امام خمینی(ره) و غیره، با توصیف به خلاف شرع را به هیچ عنوان نمی‌توان پذیرفت؛ آن چه در این مقام رخ می‌دهد اختلاف نظر اجتهادی است و نه تنها در فقه بلکه در سایر علوم همواره موجود بوده و هست؛ اما این که بتوان این آراء و نظریات را

به عنوان خلاف شرع نپذیرفت نه تنها جای تأمل که محل ردّ است (بنگرید به سیر تصویب قانون کار و روند و دلایل تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام).

سؤال دیگری که ممکن است مطرح شود آن است که چگونه ممکن است فقهای شورای نگهبان، قانونی را که مطابق نظر اجتهادی خویش خلاف شرع می‌دانند مورد تأیید قرار بدهند؟ در پاسخ باید گفت اولاً، همان طور که در لابه‌لای مطالب بیان شد ملاک، ارزیابی قوانین با شرع است و نظرات اجتهادی فقهای شورای نگهبان مساوی با عنوان شرع نیست که البته بحث در خصوص موارد اختلافی است.

ثانیاً، فقهای شورای نگهبان که در مقام تطبیق قوانین و در مقام تصمیم‌گیری برای یک کشور و ملت هستند نباید میان نظرات شخصی و قوانین لازم برای اداره یک کشور خلط نمایند. اگر اینگونه باشد سایر فقها که قانونی را مخالف دیدگاه اجتهادی خویش می‌بینند نباید از آن تمکین کنند و حتی بدتر، اگر مقلدین، قانونی را مخالف فتوای مرجع تقلید خویش بیابند نباید آن را رعایت کنند و این مسأله خود موجب هرج و مرج و بی‌نظمی است و اساساً هدف اولیه از وضع قوانین را مورد خدشه قرار می‌دهد.

بحث دیگری که باید مطرح شود آن است که آیا اکنون که قوانین به تصویب می‌رسند و شورای نگهبان نظر اجتهادی این شورا را ملاک تشخیص قرار داده است قوانینی که به تصویب می‌رسند مطابق نظر اجتهادی ایشان است؟ مثلاً مجازات زناى محصنه که در قانون و مصوبه سال ۱۳۹۲ دچار تغییر اساسی شده است نظر فقهی شورای نگهبان است؟ اساساً در شرع آن چه در مورد مجازات زناى محصنه در ماده ۲۲۵ (یعنی فرق میان مجازات در این مورد در صورت اثبات با بیّنه و غیر آن و نیز موافقت رئیس قوه قضائیه) بیان شده، وجود ندارد و ما می‌دانیم که شورای نگهبان قوانین را با ادله اولیه مورد سنجش قرار می‌دهد. احکام مندرج در مورد مجازات زناى محصنه مطابق ادله اولیه در شرع هیچ جایگاهی ندارد.

در مورد ماده ۲۲۰ هم مسأله از همین قرار است؛ اگر ملاک، نظر اجتهادی فقهای شورای نگهبان است پس چگونه قانون، ارجاع به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، یعنی منابع و فتاوی معتبر اسلامی می دهد و مورد تأیید شورای نگهبان قرار می گیرد.

آن چه با مطالعه این مباحث به دست می آید آن است که در حقیقت، مشخص نیست قوانین دقیقاً با چه معیاری با مقررات شرع مورد سنجش قرار می گیرند و هر یک از ملاک ها که در نظر گرفته می شود مواردی هم یافت می شوند که با آن ملاک تنافی دارند؛ در حالی که مشخص نیست به چه دلیلی از آن اصل عدول شده است. این مسأله یک مسأله ساده نیست که بتوان به سادگی از آن گذشت و باید با ملاک های خاص این مسأله به انجام برسد تا کمتر مشکلات و موانع بر سر راه قانونگذاری ایجاد شود؛ چنان که در زمان تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام و فرمان حضرت امام (ره)، ایشان بیان داشتند که اساساً نیاز به چنین مرحله ای وجود ندارد که این خود نشان از آن دارد که حضرت امام (ره) بسیار دید وسیع تر و بازتری نسبت به فقهای شورای نگهبان در مورد انطباق قوانین با شرع داشته اند.

۱-۵- نظر به فتوای أعلم

مراجعه به فتوای أعلم و نظر او، همواره در میان فقها و اصولیان امامیه مطمح نظر بوده و هست و برخی از ایشان با توجه به حکم عقل و روایات (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۴۶/۸) مراجعه به أعلم را ضروری می دانند و برخی دیگر، موافقتی با آن ندارند (علم الهدی، ۱۳۶۳: ۸۰۱/۲؛ خمینی، ۱۴۲۹: ۱۴۷)؛ ممکن است با توجه به این مطلب چنین به ذهن برسد که در مقام قانونگذاری و استخراج مواد قانونی از فقه نیز باید به نظر أعلم مراجعه کرده و آن را به عنوان اصل در قانونگذاری پذیرفت و قوانین را بر اساس نظر أعلم فقها وضع و به تصویب رساند. این دیدگاه دارای اشکالاتی خصوصاً در مقام عمل می باشد که ذیلاً بدان پرداخته می شود.

نقد و بررسی

شناخت فقیه أعلم و تبعیت از نظر او همواره از موارد چالش برانگیز در میان صاحب نظران فقه و اصول امامیه بوده و هست، چرا که نمی توان به سادگی شخصی را در یک زمان خاص در میان همه صاحب نظران به عنوان أعلم معرفی کرد و شخص یا اشخاصی نیز که بخواهند شخص أعلم را بشناسند خود باید در همان سطح علمی و یا برتر باشند؛ از همین رو برخی بزرگان در مراجعه به أعلم برای تقلید و مقلدین هم تشکیکات فراوان دارند و به سادگی آن را نمی پذیرند (همان).

اگر نهایتاً دیدگاه تبعیت از أعلم برای مقلدین در مقام تقلید برای انجام امور فردی و شخصی را بتوان پذیرفت اما پذیرش این دیدگاه برای وضع قوانین علاوه بر اشکالات پیش گفته، با اشکالات دیگری نیز مواجه است؛ از جمله آن که اگر تشخیص فقیه أعلم در زمان خاصی میسر باشد شناخت أعلم در میان تمام اعصار و تاریخ فقه شیعه اگر غیر ممکن نباشد موجب عسر و حرج است و نیز این دیدگاه موجب سدّ باب مراجعه و استفاده از اختلاف دیدگاه های مفید و کاربردی سایر فقها که خود از بزرگان فقه امامیه هستند، می شود. ایراد دیگر آن که مراجعه به فتوای فقیه أعلم در مورد مسائلی که ایشان در خصوص آنها فتوایی ندارد خصوصاً در مورد مسائل مستحدثه، قانونگذاری را با مشکل اساسی مواجه می کند.

۱-۶- نظر منتخب

اولین مسأله ای که در این مقام از آن باید بحث شود آن است که باید دست از کلی گویی و کلی اندیشی برداشت و پذیرفت که در موارد مختلف باید حسب اقتضانات آن مورد اندیشید. آیا واقعاً ارائه یک معیار برای تمام موارد از جمله قوانین و مقررات حقوقی، کیفری، اقتصادی، سیاسی و غیره درست است؟

به نظر می رسد باید دست به تفکیک زده و از ارائه معیار در تمام موارد پرهیز نمود تا بهتر بتوان در هر مورد حسب اقتضانات خاص آن، اقدام کرد و این نوشتار نیز صرفاً از ارائه معیار برای تقنین در امور کیفری در مواردی که قانونگذاری بر اساس منابع اسلامی صورت می گیرد بحث می کند.

آن چه بدو ذهن را به خود مشغول می‌دارد آن است که در این میان، بیشتر توجه به این سمت و سو بوده است که نظر چه کس یا کسانی برای انطباق قوانین با شرع مورد استناد واقع شود و کمتر به دنبال یک ضابطه غیر شخصی یا حداقل تکیه بر اشخاص به علاوه یک معیار قاطع بوده‌اند.

۱-۶- معیار برگزیده

حقوق اسلام در مورد مجازات‌ها سراسر نشان از آن دارد که چه در مقام وضع قوانین و چه اجرای آنها سعی در بزه پوشی، عفو و گذشت است (خصوصاً در جرایم منافی عفت) و همواره در مورد مجازات‌ها کمال احتیاط پیش گرفته شده است و می‌توان اصل احتیاط را به عنوان یک معیار قاطع در مجازات‌ها عنوان کرد. این احتیاط همواره چه در احکام و چه در موضوعات، مدنظر فقهای امامیه بوده و از آن به خوبی استفاده شده است که البته خاص قوانین جزایی اسلامی نیست ولی در حقوق کیفری اسلامی دارای ظهور و بروز فراوانی است. وجود قاعده درأ، اصل برائت، قواع راجع به توبه و ... مؤید این ادعاست (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۴۴/۳؛ مصطفوی، ۱۴۲۱: ۱۱۷؛ پوربافرانی و رستمی نجف آبادی، ۱۳۹۹: ۱۰۸).

به هر حال، در طول تاریخ، عالمان فراوانی در این راه تلاش کرده و استنباط‌های خاص خود از ادله را بیان داشته‌اند که قانونگذار به نتیجه این تلاش‌های علمی مراجعه می‌کند بدون این که در این جایگاه، حق و توانایی قضاوت در مورد آرای ایشان را داشته باشد. قانونگذار در این مقام یعنی مقام قانونگذاری، نمی‌تواند آرای علما را توصیف به ضعیف و قوی و اشتباه یا صحیح نماید، بلکه به نتایج این تلاش‌های علمی مراجعه می‌کند و با توجه به یک معیار، آنها را به عنوان مواد قانونی وضع می‌کند که آن معیار در حقوق کیفری باید آن باشد که در موارد اختلافی - چه در مورد موضوعات و چه در مورد احکام - هرگاه در فقه در مورد اصل جرم بودن یک رفتار اختلاف نظر وجود دارد قانونگذار حق ندارد از دیدگاهی تبعیت کند که آن رفتار را جرم می‌داند، بلکه باید با پذیرش دیدگاهی که قائل به عدم جرم انگاری آن رفتار است از وارد کردن آن

رفتار در حیطه جرایم خودداری کند. در خصوص مواردی نیز که در اصل جرم بودن یک رفتار در فقه اتفاق نظر وجود داشته اما در مورد مجازات آن رفتار اختلاف وجود دارد - چه از حیث نوع یا میزان مجازات - آن نظری باید به عنوان قانون کیفری انتخاب شود که میزان مجازات کمتری را به مرتکبین آن رفتار (اعم از فعل و ترک فعل) وارد می کند. این نظر منطبق با اصل مهمّ و اساسی احتیاط در دماء یا به طور کلی احتیاط در مجازات نمودن افراد است.

قانونگذار با توجه به کتب فقهی در تعریف حدّ چنین بیان می دارد: «حدّ مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدّس، تعیین شده است»؛ این تعریف چنان می نماید که گویی هیچ اختلاف و بحثی در تعداد حدود، انواع حدود، مجازات ها و غیره وجود ندارد و همگی متفق القول در این زمینه اظهار نظر کرده اند، حال آن که اختلاف در این زمینه ها چندان کم نیست. درست است این اختلافات به اندازه اختلاف نظرها در معاملات به معنای اخصّ نیست، اما چنین هم نیست که هیچ اختلافی در این زمینه وجود نداشته باشد، چنان که حتی در اصل تعداد جرایم حدّی در فقه اختلاف وجود دارد و برخی جرائم که از نظر عده ای تعزیری است در سخن برخی دیگر، از جمله حدود بیان شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۷/۱۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵۱۹/۳). قانونگذار ایران در این چند دهه قانونگذاری براساس فقه امامیه در برخی مجازات های حدّی دخل و تصرفی کرده است که به هیچ وجه با این تعریف سازگار نیست و از آن مهمّ تر این که مجازات برخی جرایم را دچار تغییراتی کرده است که اختلاف فاحش با یکدیگر دارند و آشکارا نشان از آن دارد که معیار خاصی در این زمینه حکمفرما نیست و یا آن که موارد تخطّی از آن زیاد است.

چگونه می شود جرمی که در زمره حدود است و بنا به تعریف پیش گفته از حیث نوع میزان و کیفیت، ثابت است چندین سال دارای مجازات سنگین اعدام است و سپس به مجازات بسیار سبک تر نسبت به قبل یعنی صد ضربه شلاق تغییر می یابد؟ مجازات یک جرم حدّی دیگر سالیان درازی مطلقاً رجم است و سپس دچار تغییراتی اساسی

می‌شود، یا آن چه در مورد مجازات محاربه و افساد فی الارض رخ داده است چگونه می‌توان توجیه کرد. چنین تغییراتی را که منتسب به شرع است آن هم بخشی از احکام شرعی که ادعا می‌شود همواره یکسان بوده و هستند.

باید به دنبال ضابطه‌ای غیر شخصی بود به این معنا که اکتفا یا تأکید بر نظر فرد یا افراد خاصی نشود و گرنه همین وضع ادامه پیدا خواهد کرد و موجب سوء ظن به احکام الهی و یا اعمال نظر شخصی در انتخاب نظر در میان نظرات مختلف می‌شود، همانگونه که اکنون مشخص نیست با چه ملاکی مجازات جرم شنیع لواط به یکباره چنین تغییر کرده است یا مجازات قتل جنین با چه معیاری چنین تغییر کرده یا در مورد زنانی محصنه و غیره. افراد جامعه علی‌الخصوص آنها که این مجازات‌ها در حق آنان یا نزدیکان آنان اجرا شده است حق دارند بپرسند چگونه فردی به موجب یک حکم شرعی که تغییرناپذیر است اعدام شده است و اکنون دیگری به سبب همان جرم مستحق صد ضربه شلاق است خصوصاً که این مجازات‌ها از جمله مجازات‌های تعزیری یا عرفی نیست که شرایط زمان مکان و غیره به این اندازه روی آن تاثیر بگذارد، حتی چنین تفسیری در مورد مجازات‌های عرفی اعم از کاهش یا افزایش شدید مجازات بدون دلیل موجه چندان پذیرفتنی نیست. به هر حال، این موارد و سایر موارد مشابه نشان از آن دارد که باید به دنبال ضابطه‌ای دقیق‌تر بود که با روح شرع و احکام و مقررات مجازات‌ها همخوانی بیشتری داشته باشد.

هرگاه در یک زمان با انجام تحقیقات گسترده آرای فقهای عظام استخراج شود و با توجه به معیار پیش گفته که نباید در این میان به دلخواه یا مصلحت اندیشی‌های بعضاً موقت و ناپایدار دست به انتخاب نظر زد، اختلافات استخراج شده مشخص شود آیا همه صاحب‌نظران در یک مصداق خاص مثلاً نظر به جرم بودن آن رفتار دارند یا نه؟ اگر عده‌ای رفتاری را مباح دانسته و آن را مستوجب مجازات نمی‌دانند اقدام به جرم‌انگاری آن عمل بر خلاف احتیاط و تورم کیفری و جرم‌انگاری فراوان است.

اگر اتفاق نظر بر جرم بودن رفتاری وجود داشته ولی در نوع یا میزان مجازات اختلاف نظر وجود دارد تعیین مجازات شدید، آن هم زمانی که بزرگان فقه امامیه صاحب نظرات مختلف هستند، هم خلاف احتیاط و هم فاقد توجیه شرعی است. به عنوان مثال، در جرم محاربه و افساد فی الارض در مورد نوع مجازات و شرایط آن چقدر اختلاف نظر وجود دارد (خمینی، بی تا: ۴۹۳/۲؛ طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۵۳/۱۶؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۰۷/۲۸)؛ برخی آن را یک جرم می‌دانند و برخی دو جرم و غیره. پرواضح است که تمسک به دیدگاهی که محاربه و افساد فی الارض را یک جرم می‌داند یا شرایط تحقق جرم محاربه را در افساد فی الارض هم حاکم می‌داند و در فقه هم قائلان سرشناس دارد چگونه می‌تواند میزان مجازات های اعدام را کاهش دهد یا مجازات های سنگین بدنی را سبک تر گرداند؟ در این مبحث، ادله و احکام ثانویه مطرح نیست که مورد ایراد واقع شود، بلکه تبعیت از نظر فقهای عظام مطابق آن چه از ادله اولیه به دست آورده‌اند مطرح است.

مطابق این دیدگاه، دیگر بحث عدم رعایت شرع در قانونگذاری مطرح نیست؛ اگر به عنوان نمونه، نظری از امام خمینی (ره)، صاحب جواهر، آیه الله خوئی، یا دیگران وجود دارد که در مورد خاصی مثلاً، قائل به مجازات اعدام نیستند مانند آن چه در مورد جرم لواط رخ داده است (خوئی، ۱۴۲۲: ۲۸۰/۱) پذیرش آن کاملاً مبتنی بر عقل و شرع و برخی تحقیقات و نظرات جدید علمی در حقوق کیفری است. فقه و شرع بنای مخالفت با چنین تحقیقاتی را ندارند و تنها در صورتی که تحقیقات و نظرات جدید در حقوق کیفری در تضاد و تعارض با اصول و قواعد مسلم شرعی باشند باید آنها را به کنار نهاد. عجیب آن که فتوا و نظری از بزرگان فقه امامیه به عنوان متن قانون در مجلس به تصویب برسد و فقهای محترم شورای نگهبان بخواهند آن را به عنوان خلاف شرع نپذیرند، پذیرش چنین دیدگاه و نظری و رفتار مطابق آن به هیچ وجه صحیح نبوده و آرای این بزرگان را نمی‌توان توصیف به خلاف شرع نمود و اساساً در جایگاهی که قانونگذار ایرانی قرار دارد - یعنی آن که به نتیجه و محصول کار فقها مراجعه می‌کند -

داوری در مورد این نتایج در این مقام نمی‌تواند مقبول باشد. از نگاه حقوق کیفری عرفی هم این دیدگاه می‌تواند بسیار مؤثر و مورد قبول واقع شود؛ چراکه امروزه نظریاتی که صرفاً مجازات شدید و سنگین را موجب پیشگیری از جرم می‌دانست جایگاه خود را از دست داده است و مورد قبول قانونگذار ایرانی نیز واقع شده است که در قانون کاهش حبس تعزیری و ماده ۴۵ الحاقی به قانون مبارزه با مواد مخدر آشکارا خود را بروز داده است و بعد از سال‌ها تجربه مشخص شده است که صرف مجازات سنگین، مانع از وقوع جرایم نیست.

اساساً این تفکر که مجازات سنگین و سخت در موارد اختلافی به شرع نسبت داده شود فاقد وجهت شرعی است و حتی می‌توان آن را خلاف احتیاط دانست. به هر حال، این دیدگاه باعث می‌شود بدون تمسک به ادله ثانویه یا بی‌توجهی به میراث فقهی، بتوان به نظام‌های نوین حقوق کیفری هم نزدیک شد. به عنوان مثال، امروزه مجازات سلب حیات یا مجازات‌های بدنی چندان جایگاهی در میان حقوقدانان ندارد و ضعف این مجازات‌ها در برآورده کردن اهداف مهم حقوق کیفری نمایان شده است که در بالا مثال بارز آن که ماده ۴۵ الحاقی است بیان گردید. لذا می‌توان از این ظرفیت بهره برد و هم مطابق احتیاط عمل کرد و هم آن که به حقوق کیفری نوین دنیا در مواردی که مبتنی بر مطالعات عمیق و دقیق است نزدیک شد. اگر در میان نظرات فقهی در موردی اختلاف نظر وجود دارد، برخی مجازات جرمی را سلب حیات می‌دانند و برخی خیر، چه توجیهی وجود دارد که از نظری پیروی شود که مجازات سلب حیات را فتوا داده است؟ آیا می‌توان به مصلحت اندیشی‌های بعضاً ناقص و غیر صحیح استناد کرد و بدتر آن که آن حکم را به شرع منتسب کرد؟ چه پاسخی وجود دارد برای مواردی که در طول سال‌های متمادی افراد زیادی براساس آن قانون که قانون محکم و بدون تغییر شرع نامیده شده است اعدام شده‌اند و اکنون متوجه شده‌ایم که اثرگذاری چندان نداشته است و بعد برای تغییر به فتوای فقیه دیگری مراجعه و مجازات کمتر مانند حبس ابد یا شلاق برای آن تعیین می‌کنیم.

در عصری که مجازات اعدام (به عنوان نمونه) مخالفین مهمی دارد که ادله قابل توجه داشته و در شرع نیز در مورد دماء، احتیاط فراوان شده است چگونه در اختلاف نظرات فقهی که برخی قائل به اعدام و برخی به عدم اعدام قائل هستند حکم اعدام به عنوان قانون وضع می شود؟ از اینرو، خواه با توجه به احتیاط در دماء مطابق شرع و خواه تمسک به یافته های نوین در حقوق کیفری و جرم زدایی، باید در آن بخش از حقوق ما که مبتنی بر فقه است در موارد اختلافی، نظری را برگزید که موجب تحمیل مجازات کمتر یا عدم مجازات می شود که هم ضابطه نسبتاً دقیقی در مقایسه با سایر معیارها دارد و هم آن که می توان از آن در جهت استفاده برای کاهش فشارهای سیاسی و حقوق بشری بهره برد. این دیدگاه با توجه به فقه و نه با تعطیل کردن مراجعه به آن در قانونگذاری که خود مضرات فراوان دارد، می تواند به دقیق تر شدن وضع قوانین در موارد استفاده از فقه در حقوق کیفری و نیز نزدیکی بیشتر به سیستم های حقوق کیفری دنیا به ما کمک کند. در سطح جهانی تلاش ها بر آن است که با مجازات های کمتر اما اصولی، اهداف حقوق کیفری از جمله ایجاد مانع بر سر راه انجام اقدامات مجرمانه حاصل شود. به هر حال، ما هم نمی توانیم به عنوان عضوی از جامعه جهانی از این دیدگاه ها و مسائل خود را به کلی برکنار بدانیم، خصوصاً آنجا که این دیدگاه، مطابق با شرع باشد یا حداقل مخالفتی با شرع نداشته باشد. نمونه های تأثیر این رویکردها در طول چند دهه قانونگذاری خود را به خوبی نشان داده است؛ مانند عدم تصریح به برخی حدود در متن قانون، تغییر در مجازات جرم لواط پس از چند دهه، تغییرات در مجازات زنا، محصنه و ... هر چند ممکن است علل و عوامل دیگری هم باعث این رفتارها یا تغییر رفتارها باشد اما قطعاً یکی از مهم ترین آنها ملاحظات حقوق بشری و بین المللی است. بنابراین آن چه باید ملاک قانونگذاری کیفری در موارد رجوع به فقه باشد نه شخص یا اشخاص خاص، بلکه آن است که باید در میان آرای فقهای امامیه آن نظری که مجازات کمتری را بر مجرمان تحمیل می کند یا اساساً مجازاتی را تحمیل نمی کند انتخاب شود مگر آن که از موارد استثناء باشد که در ادامه بیان خواهد شد.

ممکن است چنین تصوّر شود که در این صورت، نقش شورای نگهبان کاملاً منفعلانه خواهد شد و حال آن که چنین نیست؛ چراکه نظری که انتخاب می‌شود حتماً باید در شرع مطرح شده باشد؛ ثانیاً، باید به موارد استثناء که در ادامه می‌آید نیز توجه شود که البته ممکن است برخی از آن موارد در حیطه اختیارات شورای نگهبان نباشد. اگر ایراد شود که ممکن است حکم شرع بدین صورت اجرا نشود باید گفت همین ایراد در مورد تمامی ضابطه‌ها در مورد آراء استخراجی از اختلافات فقهی وارد است و نیز اساساً شدت مجازات، ارتباطی با شرع ندارد و مزیت این نظر آن است که احتیاط در آن رعایت می‌شود و همان‌طور که پیامبر اکرم (ص) بیان داشته‌اند اگر گناهکاری به مجازات نرسد بهتر از آن است که بی‌گناهی مجازات شود (شمس ناتری، ۱۳۹۵: ۷۲).

نباید چنین پنداشت که این دیدگاه‌ها باعث آن می‌شود یا در پی آن است که ما مبانی و ریشه‌های اصیل و عمیق حقوق خویش را فراموش کرده و صرفاً توجه به مبانی غیر ایرانی - اسلامی داشته باشیم یا آن که متمسک به ادله ثانویه شده باشد، بلکه بحث آنجا مطرح می‌شود که فقه امامیه، این امکان را به ما می‌دهد که به حقوق کیفری روز دنیا نزدیک شویم. آنگاه که در فقه در مورد یک مسأله اختلاف نظر وجود دارد و یک نظر کاملاً یا بیشتر ما را به حقوق کیفری نوین نزدیک می‌کند اصرار بر این که از نظر مخالف تبعیت شود دیگر وجاهت ندارد. بنای حقوق ما آن است که از شرع تبعیت کند، نه آن که در مقابل اصول و قواعد حقوق کیفری و حقوق بشری ایستادگی کند؛ آنجایی که در فقه اختلاف نظر وجود دارد و یک نظر منطبق یا نزدیک به حقوق کیفری روز دنیاست و یا با قواعد و مقررات حقوق بشری انطباق یا نزدیکی دارد پذیرفتن آن بیش از آن که عمل به شرع باشد موجب تحمیل زیان‌های فراوان سیاسی و بین‌المللی بر کشور است که خود شرعاً جایز نیست.

۲- موارد امکان عدول از نظر منتخب

پذیرش این نظریه و تبعیت از نظراتی در فقه که میزان مجازات کمتری را به مجرم تحمیل می‌کند یا در مواردی که اختلاف در اصل جرم بودن یا نبودن عملی است

پذیرش قول به عدم جرم انگاری نیز، مانند سایر اصول و ضوابط، خصوصاً در این بحث، بدون استثناء و مطلق نیست. امر قانونگذاری به همین دلیل مشکل است که از طرفی باید معیارها و ضوابط خاص خود را داشته باشد تا حقوق جامعه و شهروندان مورد تضییع واقع نشود و از طرفی پذیرش یک معیار به عنوان معیار تخطی ناپذیر نمی تواند پاسخگوی چنین امر خطیری باشد. گاهی عواملی ایجاب می کند که از برخی اصول تخطی شود و به اصطلاح همین که عنوان اصل بر آن اطلاق می شود یعنی استثنائاتی در مورد آن وجود دارد.

از طرفی موارد استثناء هم نباید چندان زیاد و بدون ضابطه باشد که اصل را تحت الشعاع خود قرار بدهد و یا به تعبیر اصولی، تخصیص اکثر لازم بیاید؛ بلکه موارد استثناء هم باید منضبط و دقیق بکار گرفته شوند. مثلاً چنین نشود که معیار انطباق را نظر اجتهادی فقهای شورای نگهبان بدانیم و سپس نظراتی مورد تصویب قرار بگیرد که اساساً نمی تواند یک نظر فقهی منطبق با ادله اولیه باشد و قطعاً نظر فقهی فقهای آن شورا نیست، مانند مثال هایی که ذکر شد.

ذیلاً به طور مختصر به موارد استثناء اشاره می کنیم:

۲-۱- تناسب میان جرم و مجازات

تناسب میان جرم و مجازات یکی از مهم ترین اصول حقوق کیفری در پیشبرد اهداف خود است؛ دیدگاهی که مجازات سنگین و خشن را موجب پیشگیری از وقوع جرم می داند امروزه به فراموشی سپرده شده است و اما از طرف دیگر، مجازات سبک و کم اهمیت نیز موجب آن است که مجازات، بازدارندگی کافی را نداشته باشد. علیرغم تأکید بر اهمیت تناسب در عدالت کیفری، قاعده راجع به تناسب در تعیین کیفر مبهم و تشخیص قانونی در این خصوص بر پایه برخی اصول و مبانی ضعیف است؛ در نتیجه، چگونگی استفاده از اصل تناسب در دعاوی کیفری همواره مورد بحث و انتقاد قرار گرفته است (جوانبخت و محمدی، ۱۳۹۵: ۱۵۷).

به هر حال، بحث تناسب میان جرم و مجازات، مورد قبول همگان است هر چند در مورد مصادیق آن ممکن است اختلاف نظر وجود داشته باشد؛ لذا این مورد را می‌توان از موارد استثناء به شمار آورد؛ به این معنا که هرگاه برای یک جرم که در فقه بر جرم بودن آن رفتار اتفاق نظر وجود داشته ولی در مورد مجازات آن اختلاف وجود دارد اگر مطابق اصل پیش گفته، مجازات کمتر مد نظر قرار گیرد آشکارا در تعارض با اصل تناسب قرار می‌گیرد و مجازات آنقدر خفیف است که بی‌اثر می‌شود و هدف اصلی اجرای مجازات‌ها را از بین می‌برد می‌توان به مجازات براساس نظر دیگر، البته با رعایت سلسله مراتب مراجعه کرد، یا اگر در مورد مسأله‌ای در فقه امامیه در مورد این که اساساً این رفتار مجرمانه است یا نه؟ اختلاف نظر وجود دارد و امروزه آن رفتار نیازمند پاسخگویی کیفری است می‌توان با رعایت اصل منتخب دست به جرم‌انگاری آن رفتار زد. همان طور که گفته شد این مسأله باید به‌طور آشکار وجود داشته باشد. در واقع با ذکر دلیل، مشخص شود چگونه این مجازات با جرم ارتكابی تناسب ندارد و یا مطابق نظر متخصصین عدم جرم‌انگاری یک رفتار خاص که در فقه برخی آن را جرم می‌دانند و برخی نمی‌دانند، موجب ورود آسیب‌های اجتماعی می‌شود.

۲-۲- مصالح عالی‌ه اجتماع

مصلحت‌اندیشی همواره یکی از مسائل مهم و مطرح در میان فقهای امامیه در مقابل فقهای عامه بوده و هست و دیدگاه‌های متفاوتی در این زمینه ابراز شده است (علیدوست، ۱۳۸۷: ۳۷ به بعد). با تمام بحث‌ها و اختلاف‌ها نظرات فقهی پیرامون مسأله مصلحت که اکنون محل بحث از آن نیست مسأله مصلحت‌اندیشی در وضع قوانین جایگاه خاص خود را دارد که مصداق بارز آن تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام در سیستم قانونگذاری جمهوری اسلامی ایران است. مصلحت نیز همچون عدالت از مفاهیمی است که هرگاه از آن سخن گفته می‌شود بسیار آسان می‌نماید، اما هرگاه قرار است به مرحله اجرا برسد دشواری‌های خاص خود را دارد. در واقع، مصلحت از جمله مواردی است که اگر کاملاً کنار گذاشته شود امر قانونگذاری را با مشکل مواجه می‌کند

و اگر باب وسیعی برای آن باز شود راه را برای اظهار نظرهای شخصی، مصلحت های بعضاً غیر ضروری و ... باز می کند و اساساً هدف از منضبط نمودن بحث تقنین براساس فقه را با چالش مواجه می کند؛ نیز مرجع تشخیص مصلحت و مصادیق آن بسیار مهم و اساسی است، لذا ما مصلحت را با این قید که باید راجع به ضرورت های عالیه اجتماعی باشد به عنوان یک استثناء می پذیریم و قانونگذار می تواند در صورتی که یک نظر در فقه با اصلی که بیان شد مطابقت داشته اما در تعارض آشکار با مصالح عالیه اجتماعی است از آن حکم عدول کرده و مجازات سنگین بعدی را اعمال نماید؛ مثلاً اگر در فقه برخی قائل به عدم مجازات قاتل در قتل ذمی هستند و این عدم مجازات، آشکارا در تعارض با مصالح اجتماعی است با این استثناء کنار گذاشته می شود.

نتیجه گیری

قانونگذاری در امور کیفری از لحاظ پیوند عمیق آن با حقوق و آزادی های فرد و جامعه، سخت محتاج دقت نظر و اندیشه است و از همین رو، همواره مورد توجه اندیشمندان در طول قرون و اعصار بوده و هست. فقه امامیه به عنوان یک منبع غنی و اصیل، همواره استقلال حقوقی ما را تضمین نموده است. بهره برداری از این میراث کهن را نمی توان بدون ضابطه یا با جزم اندیشی به پیش برد، بلکه باید همواره از ظرفیت این منبع عظیم برای پیشبرد و تعالی حقوق، خصوصاً حقوق کیفری که به طور خاص محل بحث ما است، استفاده کرد. در طول سالیان دراز که با همت برخی بزرگان، فقه امامیه منبع و مرجع قانونگذاری در کشور ما شد و پس از انقلاب اسلامی به طور رسمی و به حکم قانون اساسی مورد توجه قرار گرفت، با توجه به این که در فقه امامیه به واسطه تلاش های چند صد ساله، نظرات و دیدگاه های بسیاری مطرح گردیده است، بحث و گفتگوی فراوانی در مورد این که با چه معیار و ضابطه ای می توان به فقه مراجعه کرده و این نظرات را به عنوان قانون وضع کرد، صورت گرفته است که مهم ترین موارد آن در متن بالا، مورد نقد و بررسی قرار گرفت.

راهکار مورد توجه در این نوشتار بر این اساس است که هر یک از حوزه های مختلف قانونگذاری از جمله قوانین کیفری، حقوقی، اقتصادی و ... شرایط و اقتضانات خاص خود را دارد و نباید برای ارائه معیار در تمام موارد، به طور یکسان اندیشید بلکه باید اقتضانات خاص هر حوزه تقنین را مد نظر قرار داد. در این نوشتار که متمرکز بر قانونگذاری کیفری و قواعد خاص آن است از جمله احتیاط در مجازات و توجه ویژه شرع مقدس به این امر، کم اثر بودن مجازات های سنگین در پیشگیری از وقوع جرم، نزدیک کردن حقوق کیفری داخلی به معیارهای حقوق بشری و بین المللی با توجه به ظرفیت های فقهی و نقد وارد بر نظرات و روند قانونگذاری کیفری در چند دهه اخیر که نشان از عدم وجود ضابطه ای دقیق (هرچند استثناء پذیر) در امر قانونگذاری دارد، به این نتیجه رسیده ایم که در مواردی که در فقه امامیه در مورد اصل جرم بودن یک رفتار اختلاف نظر وجود دارد قانونگذار نمی تواند آن رفتار را جرم انگاری نموده و به مجازات مرتکبین آن رفتار پردازد و نیز در موارد اختلاف در مورد مجازات رفتاری که در شرع، در اصل جرم بودن آن اتفاق نظر وجود دارد باید به نظری مراجعه شود که میزان مجازات کمتری را بر مجرم وارد می کند و به قدر متیقن اکتفا بشود که با سیره و روش شارع مقدس در وضع و اجرای مجازات ها انطباق بیشتری دارد و نیز از ایجاد اختلاف فاحش و بدون دلیل کافی در وضع مجازات برای جرایم واحد نظیر آن چه در طول چند دهه قانونگذاری در مورد مجازات جرم لواط، زنا، محصنه، سقط جنین و ... رخ داده است، جلوگیری می کند و البته در این مسیر به موارد استثناء که ذکر گردید نیز باید توجه شود.

منابع

- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۳۹۰)، **فرائد الاصول**، ج ۲، قم: دار العلم.
- پوربافرانی، محمود؛ رستمی نجف آبادی، حامد (۱۳۹۹)، **شمول شبهه در قاعده درأ**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۲، ۱۰۷-۱۳۶.

- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام**، ج ۱۴، قم: المعارف الاسلامیه.
- جهانگیری، محسن؛ بنایی خیر آبادی، محمدعلی (۱۴۰۰)، **فتوای معیار در قانونگذاری؛ انطباق با مصالح الزامی**، آموزه های فقه مدنی، ۲۳، ۹۱-۱۱۸.
- جوانبخت، محمد؛ محمدی، سهیلا (۱۳۹۵)، **تعارض اصل تناسب جرم و مجازات با اهداف مجازات ها**، وکیل مدافع، ۱۵، ۱۵۳-۱۷۷.
- حاج عبدالباقی، مریم (۱۳۸۶)، **مروری بر فتوهای تازه آیه الله صانعی**، شهروند، ۲۴.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۲۸ و ۳۰، قم: مؤسسه آل البیت (ع).
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۲۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، **قواعد الاحکام**، ج ۳، قم: مؤسسه الاسلامی.
- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، **مختلف الشیعه فی احکام الشریعه**، ج ۹، چ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلّی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۱، چ ۲، قم: اسماعیلیان.
- حلّی، ابن ادریس (۱۴۱۰ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۳، چ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حیدری، سید علی نقی (۱۴۱۸ق)، **اصول الاستنباط**، ج ۱، بیروت: دار السیره.
- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۲۹ق)، **تهذیب الاصول**، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خمینی (امام)، سید روح الله (بی تا)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، قم: دار العلم.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، **مبانی تکلمه المنهاج**، ج ۱، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
- شریف، محمد مهدی (۱۳۹۷)، **درنگی در تاریخچه تدوین قانون مدنی ایران**، مجله حقوقی، ۸۹-۱۰۸.
- شمس ناتری، محمدابراهیم؛ کلاتری، حمیدرضا؛ زارع، ابراهیم؛ ریاضت، زینب (۱۳۹۵)، **قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی**، ج ۱، چ ۳، تهران: میزان.

- صدر (شهید)، سید محمدباقر (۱۳۹۱)، **دروس فی علم الاصول**، ج ۲، چ ۶، قم: بوستان کتاب.
- طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی (۱۴۱۸ق)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، ج ۱۶، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- طریحی، فخر الدین (۱۴۱۶ق)، **مجمع البحرين**، ج ۴، چ ۳، تهران: مرتضوی.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، **الخلاص**، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- علم الهدی، سید مرتضی (۱۳۶۳)، **الذریعه الی اصول الشریعه**، ج ۲، تهران: مؤسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۷)، **مصلحت در فقه امامیه**، فقه و حقوق، ۱۸، ۳۵-۵۸.
- فتحی، محمد (۱۳۹۵)، **اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان**، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.
- کاظمی، محمود (۱۳۹۸)، **قانون مدنی یا فقه فارسی**، پژوهش حقوق خصوصی، ۲۹، ۲۴۹-۲۷۷.
- کدیور، محسن (۱۳۸۲)، **شرع شورای نگهبان در برابر قانون مجلس**، بازتاب اندیشه، ۴۳.
- مصطفوی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، **مائه قاعده فقهیه**، چ ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مظفر، محمدرضا (۱۴۳۰ق)، **اصول الفقه**، چ ۵، قم: اسلامی.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۴۱، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- واسطی زبیدی، محب الدین (۱۴۱۴ق)، **تاج العروس**، ج ۱۱، بیروت: دار الفکر.

