

The Benchmark *Fatwa* (Legal Edict) in Criminal Legislation

Esmail Aghababaei Bani¹

(Received on: 2024-12-16; Accepted on: 2025-12-12)

Abstract

According to the Constitution, the laws of the country must not be opposed Sharia. However, the Constitution lacks a clear strategy for determining which *fatwa* serves as the benchmark for compliance or non-compliance with Sharia. Practically, the Guardian Council has adopted varying approaches, and theoretically, different perspectives have been proposed. These perspectives include considering the *fatwa* of the ruling Jurist (*Faqih*), the famous (*Mashhur*) *fatwa*, the efficient *fatwa*, or the easier *fatwa*. While all these theories have supporters and opponents, they face numerous constraints, particularly in the realm of Criminal Law.

These constraints include: the Principle of Innocence and the Principle of Interpretation in Favor of the Accused in law; and in *Fiqh* (Jurisprudence), the principle of no guardianship over another's property or life, the Principle of Caution in Guarding Lives (*Ihtiat fi al-Dima wa al-Nufus*), and the restriction of instances of Prohibited Acts (*Munkar*) to those without jurisprudential disagreement.

Considering these legal and jurisprudential restrictions, it can be argued that in Criminal Law, the only acceptable benchmark *fatwa* is one that advocates for the abolition of punishment or the minimum possible penalty, unless social necessities dictate otherwise. This view is not only jurisprudentially defensible but also has fewer drawbacks compared to other perspectives. Furthermore, the jurisprudential objections raised against this theory, such as the supposed limitation of governmental authority in penalizing, are all addressable.

Keywords: *Wilayat al-Faqih* (Guardianship of the Jurist), Legislation, Interpretation in Favor of the Accused, *Amr bi al-Ma'ruf* and *Nahy 'an al-Munkar*, Caution in Guarding Lives and Souls.

1. Associate Professor, Department of Jurisprudential and Legal Issues, Research Institute for Islamic Culture and Science, Research Center for Fiqh and Law, Qom, Iran. Aghababaei@isca.ac.ir

فتوای معیار در قانون‌گذاری کیفری

اسماعیل آقابابائی بنی^۱

(تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۹/۲۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۱/۲۴)

چکیده

طبق قانون اساسی، قوانین کشور نباید با شرع مخالفتی داشته باشد؛ ولی در اینکه معیار مخالف بودن یا مخالف نبودن با شرع کدام فتواست، قانون اساسی راهکار مشخصی ندارد؛ به لحاظ عملی، شورای نگهبان رویکردهای متفاوتی دارد و به لحاظ نظری، دیدگاه‌های مختلفی مطرح است. در نظر گرفتن فتوای فقیه حاکم، فتوای مشهور، فتوای کارآمد و فتوای آسان‌تر از آن جمله است؛ در حالی که همه نظریه‌های یادشده طرفداران و مخالفانی دارد، در خصوص قوانین کیفری با محدودیت‌های فراوانی مواجهیم، مانند اصل برائت و اصل تفسیر به نفع متهم در حقوق و اصل نبود ولایت کسی بر دیگری در مال و جان، اصل احتیاط در پاسداری از خون و اختصاص داشتن مصادیق منکر به مواردی که مخالف فقهی ندارد در فقه.

با توجه به محدودیت‌های حقوقی و فقهی یادشده می‌توان گفت در حقوق کیفری تنها فتوایی را می‌توان معیار دانست که از سلب مجازات یا کیفر حداقل سخن گفته است؛ مگر در مواردی که ضرورت‌های اجتماعی اقتضای دیگری داشته باشد. این دیدگاه افزون بر قابل دفاع بودن از نظر فقهی در مقایسه با دیگر دیدگاه‌ها از اشکال‌های کمتری برخوردار است و اشکال‌هایی که از نظر فقهی بر این نظریه مطرح می‌شود، از جمله محدود شدن اختیارات حاکمیت در کیفرگذاری، همگی قابل پاسخ‌گویی است.

کلیدواژه‌ها: ولایت فقیه، قانون‌گذاری، تفسیر به نفع متهم، امر به معروف و نهی از منکر، احتیاط در دماء و نفوس.

۱. دانشیار گروه مسائل فقهی و حقوقی، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ایران. Aghababaei@isca.ac.ir

مقدمه

با اینکه در دوران مشروطه و قبل از آن دغدغه شرعی بودن قوانین مطرح و در متمم قانون اساسی مشروطه بر آن تصریح شده بود؛ با پیروزی انقلاب اسلامی، شرعی شدن قوانین با تدوین قانون اساسی و تصریح بر آن و در اصول ۴، ۹۴ و ۹۶ جامه عمل به خود پوشید. با وجود این در مقام عمل به شرعی سازی قوانین، مشکلات متعدد و آرای مختلفی مطرح شد و پرسش مهم این بود که فتوای معیار و مبنا برای مشروع دانستن قانون کدام فتواست و آرای چون نظر فقیه حاکم، دیدگاه فقهای شورای نگهبان، دیدگاه فقیه اعلم، دیدگاه یکی از مراجع تقلید، مبنای فتوای کارآمد، کفایت یک رأی فقهی، رأی مشهور مطرح و هر کدام با نقض و ابرام هایی همراه شد. با این حال تا امروز این مسئله همچنان حل نشده باقی مانده و عملکرد متفاوت شورای محترم نگهبان در طول سال های اخیر نشان دهنده تقدم یا معیار بودن یکی از این آرا در عمل نیست.

در قانون اساسی نیز که با حضور صاحب نظران فقهی و تعدادی از مراجع تدوین شده است، در همسوسازی قوانین با شرع از عباراتی چون موازین اسلامی (اصل ۴)، موازین شرع (اصل ۱۱۲)، مبانی اسلام (اصل ۱۲۴)، مبانی اسلامی (اصل ۲۷)، اصول و احکام مذهبی رسمی کشور (اصل ۷۲)، احکام اسلام (اصول ۹۱ و ۹۶)، قوانین و مقررات اسلامی (اصل ۱۷۲)، اسلام (اصل ۲۸) و منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر (اصل ۱۶۷) استفاده شده و چنان که روشن است از این عبارات نمی توان فتوای معیاری را برای تدوین قانون به دست آورد و با توجه به روشن نبودن فتوای معیار در قانون اساسی و نبود راهکار عملی تاکنون و با توجه به اختلاف آرای که در این باره مطرح است، در خصوص قوانین کیفری از آنجا که با کیفر و ایجاد محدودیت و موانعی چون لزوم احتیاط در دماء و نفوس همراه است، این مسئله نمود جدی تر پیدا می کند. تغییر مکرر قوانین کیفری و تدوین بسیاری از مواد قانونی بر اساس آرای فقهی که گاه ترجمه مستقیم متون فقهی است، در کنار تحول اساسی که در قوانین کیفری بعد از انقلاب رخ داده است، پرداختن به این پرسش را ضروری می کند که با توجه به اصول حاکم بر حقوق کیفری از

جمله احتیاط در دماء و نفوس، اصل برائت و سیاست کیفر حداقلی در شرع با توجه به قاعده درء، کدام فتوا را در تدوین قوانین می‌توان مبنا و معیار قرار داد؟

به نظر می‌رسد با توجه به تفاوت وظایف فقیه حاکم که ناظر به کشورداری است با مجتهد جامع شرایطی که در مقام بیان حکم الهی فتوای خود را بیان می‌کند، الزامی به مراجعه به فتوای فقیه حاکم یا فقیه اعلم نیست و با توجه به مبنای تعزیر که نهی از منکر است و برخی اصول و قواعد دیگر حاکم بر جواز تعزیر، قوانین باید با گرایش حداقلی در کیفر تنظیم گردند. نیز لزوم احتیاط در دماء و نفوس مانع از آن است که حاکمیت در حدود و قصاص بتواند از هر نظر فقهی برای در نظر گرفتن کیفر بهره جوید. بر این اساس تازمانی که ممنوعیت ارتکاب فعلی از مسلمات فقه به شمار نیاید و فتوای قابل اعتماد مخالفی یافت شود، نمی‌توان آن را مصداق منکر و مشمول کیفر به شمار آورد. چنان‌که اجرای حدود و قصاص در جایی که آرای مبنی بر سقوط حد یا قصاص یافت شود، با قاعده مسلم احتیاط در دماء و نفوس ناهماهنگ است.

با این حال ممکن است به استناد مصلحت و حفظ نظام و عناوینی از این قبیل، برخی اعمال مشمول کیفر شوند یا به دلایلی از دایره کیفری بودن خارج گردند که به اصطلاح از مصادیق حکم ثانوی به شمار می‌آید و از بحث ما در این نوشته خارج است. همچنین ممکن است در مواردی سازگاری با رویکرد جهانی در نظام کیفری، معیاری برای تدوین قوانین کیفری به شمار آید که به دلیل مورد خاص بودن موضوع بحث ما در این نوشته نخواهد بود.

درباره پیشینه این موضوع گفتنی است تحقیق‌های متعددی در خصوص فتاوی معیار به نگارش درآمده است که مرتبط‌ترین آن مقاله «قانون‌گذاری کیفری در بستر اختلافات فقهی» (گودرزی و شمس ناتری، ۱۴۰۲ ه.ش) است. هر چند در مقاله یادشده تلاش شده است آرای فقهی بدون مجازات یا با مجازات کمتر معیار برای قانون‌گذاری قرار گیرد و از این جهت همسو با فرضیه این نوشته است، به اشکال‌های متعددی که از نظر فقهی بر این نظریه وارد است و نیز مبانی فقهی آن توجه کافی نشده است. بنابراین نوشتار حاضر می‌کوشد بدون تکرار

مطالبی که در آن مقاله آمده است، مبانی و اشکال‌های فقهی دیدگاه خود را مطرح و کامل کند و از این نظر می‌توان نوشته حاضر را بدون پیشینه مستقل دانست؛ هرچند بسیاری از فروع آن را می‌توان در نوشته‌های دیگران یافت.

بنابراین برای دستیابی به این هدف و پرسش و فرضیه مطرح شده، ابتدا دیدگاه مورد ادعا مبنی بر لزوم کیفرگرایی حداقلی را مطرح می‌کنیم، سپس به ادله‌ای می‌پردازیم که با توجه به آموزه‌های دینی و فقه می‌تواند مؤید دیدگاه یادشده باشد. در بخش بعدی اشکال‌های احتمالی وارد بر دیدگاه را مطرح و پاسخ می‌گوییم؛ در نهایت با طرح نمونه‌هایی از فقه که متأثر از دیدگاه مقاله می‌توانند در قانون‌گذاری مؤثر باشند می‌پردازیم و جمع‌بندی و نتیجه‌گیری بخش پایانی مقاله را به خود اختصاص خواهد داد.

۱. ملاک‌های فتوای معیار و طرح دیدگاه

چنان‌که اشاره شد تاکنون معیارهای متفاوتی برای سنجش قوانین با شرع بیان شده و هر کدام طرفداران و مخالفانی دارد؛ نظیر معیار بودن فتوای کارآمد (ارسطا، ۱۳۹۸ ه.ش)، معیار بودن فتوای فقیه حاکم با امکان واگذاری به فقیهان دیگر که در صورت دوم فتوای فقیه متولی قانون‌گذاری ملاک است (علی‌اکبریان، ۱۳۹۲ ه.ش)، معیار بودن فتوای فقیهی که مقلدان بیشتری دارد (قائینی، ۱۳۹۹ ه.ش) و ... تعدد نگرش‌ها به همراه معرفی نشدن معیار خاص در قانون اساسی این پرسش را پیش می‌آورد که آیا وجود اختلاف در خود معیار، دلیل بر این نیست که ضرورتی در گزیدن معیار نیست و به هر فتوایی می‌توان در قانون‌گذاری استناد کرد؟

به نظر می‌رسد در قوانین غیرکیفری، تعدد معیارها با توجه به تعدد مبانی پذیرفتنی است؛ بر همین اساس شورای نگهبان در مقام عمل به نظریه‌ها تاکنون حدود نه رویه را در رد یا تأیید قوانین در پیش گرفته است (ر.ک: اکرمی سراب، ۱۳۹۳ ه.ش)؛ ولی در خصوص قوانین کیفری محدودیت‌هایی وجود دارد که مانع بسط ید در رجوع به فتاوی متعدد می‌گردد؛ مانند اصل

برائت، سهولت در دین، احتیاط در جان و مال، اختصاص نهی از منکر به موارد اتفاقی بین فقیهان و... که در ادامه مقاله به تفصیل از آن سخن خواهیم گفت. بر این اساس می‌توان گفت همان‌گونه که در تفسیر و اجرای قانون لازم است نفع متهم لحاظ گردد و قوانین به نفع متهم با رویکرد حداقلی کیفر به کار گرفته شود، در وضع قوانین کیفری هم باید همین رویکرد در نظر گرفته شود و قانون‌گذار از فتوایی بهره گیرد که یا به نفع عقوبت ناظر است یا عقوبت حداقلی را در نظر گرفته است.

به بیان دیگر می‌توان گفت فتوای معیار در خصوص قوانین کیفری لازم است دارای ویژگی‌های زیر باشد:

الف) در عمل راهگشای قانون‌گذار باشد و از تعدد رویه‌ها و آشفتگی در قانون‌گذاری پرهیز کند.

ب) دارای حجیت شرعی باشد.

ج) با اصول حاکم بر کیفر مثل نفع متهم، اصل برائت، لزوم احتیاط در دماء و نفوس و سهل بودن دین سازگاری داشته باشد.

اما در قوانین غیرکیفری می‌توان از معیارهای دیگر از جمله کارآمدبودن فتوا (ارسطا، ۱۳۹۸ هـ.ش)، طرفدار بیشترداشتن (قائینی، ۱۴۲۴ هـ)، لزوم عمل فقیه متولی قانون بر اساس فتوای خود (ر.ک: علی اکبریان، ۱۳۹۲ هـ.ش) و مانند آن سخن گفت و بر اساس آن فتوایی را معیار قانون‌گذاری قرار داد.

دستیابی به معیارهای یادشده منوط به آن است که دلایل دیدگاه مطرح به عنوان فتوای معیار یعنی گرایش حداقلی به کیفر و بهره‌گیری از فتاوایی که نافی مجازات است یا مجازات کمتری را در مقایسه با دیگر فتاوا در نظر دارد، مطرح گردد. سپس به اشکال‌های وارد بر نظریه اشاره و پاسخ داده شود و در مرحله بعد نمونه‌های عینی تطبیق دیدگاه بر آرای فقهی و متعاقب آن مواد قانونی مطرح گردد که ادامه مقاله را به بررسی این سه مرحله اختصاص می‌دهیم.

۲. دلایل و مستندات

گفته شد در کیفرگزینی معیار در حقوق کیفری، نظری است که نافی مجازات است یا مجازات حداقلی را برای عمل ارتكابی در نظر می‌گیرد. از دلایل و مستندات زیر می‌توان برای اثبات این دیدگاه بهره گرفت:

۲-۱. امکان عمل به فتوای آسان‌تر

اختلاف در برداشت از آیات و روایات، اختلاف در معتبر بودن یا نبودن روایت، اختلاف در تطبیق احکام بر مصداق، اختلاف در مبانی اصولی و مواردی از این قبیل، سرچشمه اختلاف آرای فقهی است و در اینکه افراد مقلد در مراجعه به فتاوا به چه ملاکی باید عمل کنند، رجوع به اعلم و مخیر بودن در صورت مشخص نبودن اعلم مطرح است؛ ولی در جایی که یک نفر مثلاً در عبادات اعلم بود و دیگری در بحث دیگر فقهی یا در صورت تساوی، تقلید برخی مباحث از یک فقیه و برخی از فقیه دیگر مطرح است که از آن به تجزی در تقلید یاد می‌شود. بر فرض پذیرش تجزی در تقلید، بحث دیگر مراجعه به فتاوی مختلف و عمل به آسان‌ترین فتواست که با عنوان تتبع رخص در سخنان اهل سنت مطرح است و مخالفان و موافقانی دارد (برای دیدن آرا و استدلال‌ها، ر.ک: جمعی از پژوهشگران، ۱۴۳۲ هـ، ج ۵، ص ۵۱۲ به بعد).

برخی پس از بررسی اقوال یاد شده و نپذیرفتن تجزی در تقلید و تتبع رخص در تقلید، درباره مسائل اجتماعی نوشته‌اند: «این مقتضای قاعده اولی است؛ با این حال در مواردی که مصحلت عمومی در اداره جامعه اقتضا کند یا نظام قضایی برخلاف آن متوقف باشد، می‌توان از این قاعده خارج شد. در نتیجه حاکم یا دولت اسلامی می‌تواند یکی از آرای فقهی مشروع و دارای حجیت عام را برگزیند و آن را پایه قوانین و مقررات قرار دهد و این یکی از مسائل مهم و جدید است» (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۳۲ هـ، ج ۷، ص ۳۹۷)؛ آنگاه شواهدی از سخنان برخی فقیهان امامیه و اهل سنت را برای امکان پذیرش تجزی در تقلید در مسائل اجتماعی

بیان کرده‌اند. پذیرش این سخن به معنای امکان تدوین قانون بر مبنای فتاوی مختلف است که یک مصداق آن می‌تواند معیار قرار گرفتن فتوای آسان‌تر باشد.

از زاویه دیگر می‌توان گفت وقتی عدم مغایرت با شرع برای مشروع بودن قانون کافی است، انطباق آن با فتوای آسان‌تر به دلیل داشتن مستند فقهی، به طریق اولی می‌تواند مبنایی برای مشروع تلقی کردن قوانین به شمار آید. توضیح این‌که از زمان شروع قانون‌گذاری در ایران، شهید مدرس مجلسیان را به این نکته مهم تفتن داد که قانون لازم نیست موافق شرع باشد، باید مخالف شرع نباشد و بین آن دو فرق بسیار هست. اگر موافقت شرع را ملاک بدانیم، می‌شود عربستان صدر اسلام (فیرحی، ۱۳۹۴ ه.ش، ص ۲۶). همچنین با پیشنهاد نظارت فقیهان از سوی آخوند خراسانی، مجتهدان و شریعت‌مداران در حد اداره محاکم شرعی اختیارات داشتند، نمایندگان مجلس قانون‌گذاری می‌کردند و هیئت نظارت بدون حق در قانون‌گذاری صرفاً عدم مغایرت با شرع را بیان می‌نمودند (فیرحی، ۱۳۹۴ ه.ش، ص ۲۶). بعد انقلاب نیز این پرسش مدت‌ها محل بحث بود تا اینکه در شورای نگهبان در جلسه مورخ ۱۳۶۰/۴/۲ نه نفر از دوازده نفر حاضر در جلسه به کافی بودن عدم مغایرت رأی دادند (تفاسیر شورای نگهبان از اصل ۹۶)؛ در نتیجه مانع دیگری که در قانون‌گذاری بر مبنای شرع به نظر می‌رسید، در عمل رفع شد.

در نتیجه وقتی در نبود فتوا که از آن به حالت سکوت یاد می‌کنیم، می‌توان به مشروع بودن قانون نظر داد، در موارد بیان که می‌تواند در قالب فتوای آسان‌تر باشد، به طریق اولی می‌توان از مشروع بودن قانون سخن گفت. به بیان دیگر می‌توان گفت وظیفه حاکم شرعی، مخالفت نکردن با شرع است و مخالفت نکردن می‌تواند با عمل به فتوای آسان‌تر و تدوین قانون بر اساس آن جامه عمل به خود بپوشد. بر این اساس فتوایی که مساعد به حال افراد است، می‌تواند معیار قانون‌گذاری قرار گیرد.

۲-۲. اصل آزادی و سلطه بر جان و مال

نکته قابل توجه دیگر آن است که دین اسلام بر اصل احترام به آزادی و اختیارات افراد استوار است. بر این اساس، اصل عدم ولایت کسی بر دیگری از نبود سلطه بر جان و مال دیگران

حکایت دارد که در جای خود فقیهان به تفصیل بدان پرداخته‌اند (برای نمونه ر.ک: منتظری، ۱۴۱۵هـ، ج ۱، ص ۲۷ به بعد؛ جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳هـ، ج ۱۷، ص ۱۰۹). در نتیجه عبور از قاعده سلطه بر مال یا اثبات ولایت کسی بر دیگری نیاز به دلیل قوی دارد.

به بیان دیگر می‌توان گفت با توجه به اصل عدم سلطه و اصل اباحه، تعیین کیفر نیاز به دلیل کافی دارد تا جایی که با وجود پذیرش حجیت خبر واحد در آثار فقهی و اصولی، در جایی که تنها یک خبر حاکی از امکان کیفر در امری باشد، صرفاً به دلیل خبر واحد بودن، فقیهان از تعیین تعزیر سرباز زده‌اند؛ برای نمونه صاحب جواهر در بحث حدود عبارت «[هی] خبر واحد لایحکم به فی الحدود» (نجفی، [بی تا]، ج ۴۱، ص ۴۸۰) را به کار می‌برد و تصریح می‌کند به استناد خبر واحد نمی‌توان به جواز اجرای حدود در مورد خبر روی آورد و طبعاً اجماع هم که ملحق به خبر واحد است، چنین سرنوشتی را در پی خواهد داشت. همچنین فاضل آبی عبارت «هی خبر واحد فالاحسن فی الحدود الاجتناب عنه» (فاضل آبی، ۱۴۰۸هـ، ج ۲، ص ۵۷۲) را به کار می‌برد و عمل کردن به خبر واحد و نیز اجماع ملحق به خبر واحد را در مسائل حدود و امور کیفری مطلوب نمی‌داند.

بنابراین عبور از اصل آزادی و سلطه بر جان و مال، نیاز به دلیلی قوی دارد تا جایی که حتی خبر واحد که مستند صدور بسیاری از احکام فقهی است، در اینجا کاربرد نخواهد داشت. در نتیجه هر فتوایی که محدودیت بیشتری در آزادی و جان و مال افراد ایجاد می‌کند، بر پایه این استدلال قابل عمل نخواهد بود.

۲-۳. احتیاط در جان و مال

یکی از قواعد تخصیص ناپذیر در فقه، رعایت جانب احتیاط در جایی است که به تضییع مال یا سلب حیات یا نادیده گرفتن سلامتی منجر گردد که افزون بر استناد به آن در جای جای کتاب‌های فقهی، برخی به تفصیل به این قاعده و آثار آن در حقوق کیفری پرداخته‌اند (کلانتری و دیگران، ۱۳۹۵هـ.ش). بر این اساس اگر فتوایی اقتضای سلب حیات

یا نادیده گرفتن تمامیت جسمانی یا تعرض به مال دیگری را داشت و در فتوایی دیگر بر خلاف آن مشی شده بود، احتیاط در قانون‌گذاری اقتضای تدوین قانون بر مبنای نظر دوم را دارد. بنابراین لزوم احتیاط در دماء و نیاز به وجود دلیل کافی بر امکان کیفر، مانع از آن است که فتاوی ناظر به کیفر حداکثری و مخالف احتیاط را در قانون‌گذاری کیفری معیار قرار داد. به تعبیر برخی، قانون‌گذار در مراجعه به فتاوا آزاد است مگر در مواردی که صد درصد مغایر اسلام باشد (ر.ک: شفیعی سروستانی، ۱۳۸۵ ه.ش، ص ۳۳۱: گفتگو با آیت الله تبریزی) و در اینجا چون مراجعه به کیفر حداقلی مخالفتی با شرع ندارد و از طرف دیگر موافق احتیاط است، باید همان را در قانون‌گذاری مبنا قرار داد. چنان‌که برخی بر همین اساس لحاظ احتیاط در قانون‌نویسی را از اسباب پرهیز از کیفر اعدام در برخی جرایم دانسته‌اند (کلانتری و دیگران، ۱۳۹۵ ه.ش، ص ۱۴۴ به بعد).

۲-۴. وظیفه نهی از منکر

شاید بتوان مهم‌ترین دلیل تدوین و اجرای قوانین کیفری را اقامه معروف و نهی از منکر دانست و بر همین اساس برخی آن را از شئون حکومت به شمار آورده‌اند (منتظری، ۱۳۶۷ ه.ش، ج ۳، ص ۳۵۲)؛ از این رو تا زمانی که ضرورت اجتماعی اقتضای دیگری ندارد، پایبندی به قواعد حاکم بر نهی از منکر الزامی است؛ از جمله اینکه در امر به معروف و نهی از منکر، عقیده و باور ناهی و آمر ملاک نیست، بلکه باید معروف یا منکر بودن عمل از مسلمات شرع باشد. بر همین اساس می‌توان گفت در جایی که حاکم امری را مصداق منکر می‌داند، اما بر اساس نظر فقهی تعدادی دیگر مصداق نهی و منکر شرعی نیست، اگر فتوای حاکم معیار قانون‌گذاری قرار گیرد، در عمل کیفر برای عملی در نظر گرفته می‌شود که به باور حاکم، مصداق منکر است؛ ولی در نهایت با توجه به آرای مختلف نمی‌توان آن را مصداق منکر دانست. از این رو در بحث تعزیرات تنها مواردی که به اتفاق فقها جزء منکرات است، قابلیت جرم‌انگاری دارد نه موارد اختلافی؛ چراکه همان اختلاف می‌تواند از مصادیق منکر نبودن فعل از نظر مکلف باشد و چنان‌که در جای خود

بحث شده است، ملاک در نهی منکر بودن فعل از ناحیه مرتکب است؛ مثلاً اگر فقیهی سن بلوغ را در دختران سیزده سال می داند (مانند: فیض کاشانی، ۱۳۹۵ ه. ش، ج ۱، ص ۸۴)، فردی که بر اساس تقلید تا این سن رعایت احکام شرعی را نمی کند، قابل نهی نیست؛ هرچند بر اساس نظر نهی کننده سن بلوغ همان سن نه سال قمری باشد.

۲-۵. دیگر دلایل

افزون بر ادله پیش گفته، اصول حاکم بر قانون گذاری مثل اصل برائت، قاعده درء که به پرهیز از کیفر توصیه دارد، سهله و سمحه بودن شریعت که اقتضای دوری از سختگیری دارد، قاعده فقهی نفی عسر و حرج که در مسائل مختلف فقهی به برداشته شدن تکلیف می انجامد، منع از تنفر از دین و مباحثی از این قبیل نیز اقتضا دارد تا جایی که ضرورتی در بین نیست، از کیفر حداکثری پرهیز گردد و به جای آن از فتاوای نافی کیفر یا با کیفر حداقلی بهره گرفته شود که به دلیل محدودیت مقاله از تفصیل بحث خودداری می کنیم.

۳. نقد و بررسی ادله و آرای مخالف

با توجه به مطالبی که گذشت این نتیجه به دست آمد همان طور که در تفسیر قوانین کیفری لازم است نفع متهم لحاظ گردد و با توجه به اصل برائت قوانین به نفع متهم تفسیر شود، در وضع قوانین هم نمی توان بدون ملاحظه تکالیف شرعی و آزادی های مردم، قوانین سختگیرانه را بر اساس برخی فتاوا در نظر گرفت و لازم است در مقام وضع قانون برای نهی از منکر تنها به مواردی بسنده کرد که از نظر شرعی به اتفاق جزء منکرهاست و اگر یک یا چند فقیه چیزی را مصداق منکر ندانستند، دلیلی بر امکان وضع قانون و محروم کردن مردم از حق شرعی خود نداریم؛ همچنین در سایر موارد، فتوایی که با احتیاط در حفظ خون و جان و مال و آزادی هماهنگ تر است، مقدم بر سایر فتاوا به شمار می رود.

با این حال این نظر از جهاتی ممکن است نقد شدنی برسد که در ادامه به اختصار بدان می پردازیم.

۳-۱. لزوم عمل فقیه حاکم به فتوای خود

فقیه متولی قانون‌گذاری می‌تواند شخص فقیه حاکم یا فقیهانی باشند که به نیابت از وی یا به انتخاب وی وظیفه تطبیق قوانین با شرع را به عهده دارند. در جایی که وظیفه تطبیق قوانین با شرع را متوجه فقیه حاکم بدانیم، اولین پرسش مطرح در خصوص عبور فقیه حاکم از فتوای خود به فتوای مساعد به حال مردم این است که چرا فتوای معیار، فتوای فقیه سلطان و حاکم نیست؟ در حالی که فقیه صاحب ولایت متولی و مسئول اجرای شریعت مطابق فتوای حجت است و قهراً فتوای دارای حجت از نظر فقیه صاحب ولایت، فتوای خودش است. در تبیین بیشتر این اشکال می‌توان گفت دلایلی به شرح زیر اقتضای عمل فقیه به فتوای خود و منع از رجوع به دیگر فتاوا را دارد:

الف) آیاتی از قرآن کریم دستور می‌دهند حاکم باید طبق ما انزل الله حکم دهد؛ مانند «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ» (مائده ۵: ۴۴)، «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ» (مائده ۵: ۴۵) و «وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ» (مائده ۵: ۴۷). از آنجا که فقیه با استدلال، نظر دیگر فقیهان وارد و نظر خود را صائب می‌داند، عملاً «ما انزل الله» در حق وی همان چیزی خواهد بود که با اجتهاد بدان دست یافته است. در نتیجه عمل به هر فتوایی جز فتوای خود، حکم به غیر ما انزل الله و مشمول آیات فوق خواهد بود (ر.ک: ارسطو، ۱۳۹۸ ه.ش، ص ۶۳)؛ تا جایی که بر پایه همین استدلال برخی معتقدند بر خلاف رأی فقهی خود حکم کردن، شرعاً جایز نیست و در صورت ارتکاب، مصداق فسق خواهد بود (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ ه.ج، ص ۳۳۸). بدین ترتیب می‌توان گفت عمل به فتوای دیگران در قانون‌گذاری هم می‌تواند مصداق فسق تلقی شود.

ب) روایاتی از فقیه می‌خواهد در غیاب معصوم طبق حکم ائمه (ع) به دعاوی رسیدگی کند و حکم ائمه یعنی چیزی که خود فقیه از سخنان معصوم برداشت می‌کند؛ تعبیری مانند «عَرَفَ أَحْكَامَنَا» و «حَكَمَ بِحُكْمِنَا» در مقبوله عمر بن حنظله (طوسی، ۱۴۰۷ ه.ج

۶، ص ۲۱۸) و «يَعْلَمُ شَيْئًا مِنْ قَضَائِنَا» در نقل ابی خدیجه (طوسی، ۱۴۰۷ هـ، ج ۶، ص ۲۱۹) شاهد این مدعاست و تعبیر «أَمْنَاءُ اللَّهِ عَلَى حَلَالِهِ وَ حَرَامِهِ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ هـ، ج ۲۷، ص ۱۴۲) و تأکید بر امین بودن زمانی مصداق پیدا می‌کند که به آنچه از سخنان معصومان دست یافته است عمل کند و آن فتوای خود فقیه است.

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت کسانی که فتاوی دیگر را معیار برای قانون‌گذاری دانسته‌اند، آیات ناظر به حکم کردن طبق ما انزل الله را با توجه به شأن نزول آیات، ناظر به التزام به حکم جاهلیت دانسته‌اند نه ناظر به عمل به نظر دیگر فقیهان. در نتیجه می‌توان گفت مقصود پرهیز دادن از التزام به حکم جاهلی و حکم طاغوت است (ر.ک: هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳ هـ، ج ۱، ص ۳۳۹). در روایتی نیز آمده است: «الحکم حکمان: حکم الله عز و جل، و حکم أهل الجاهلية» (صدوق، ۱۴۱۳ هـ، ج ۳، ص ۴) و حکم الهی را در مقابل حکم جاهلیت قرار داده است نه در مقابل آرای دیگران.

همچنین درباره روایات می‌توان گفت اولاً این روایات ناظر به قضاوت‌اند نه ناظر به کشورداری؛ ثانیاً در همان مقام قضا برخی تصریح دارند که قاضی باید بر اساس وظیفه شرعی طرفین دعوا حکم کند نه بر اساس نظر خود: «لأنه حکم شرعی لهما بعد تقلیدهما له» (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴ هـ، ج ۶، ص ۴۵۹).

در نتیجه عدول فقیه حاکم در مقام قانون‌گذاری از فتوای خود، منافاتی با وظیفه فقهی وی در مقام فتوا ندارد. به بیان دیگر، مقتضای دلایل یادشده آن است که در مقام نظر، مجتهد ملزم است فتوای خود را بیان کند؛ ولی در مقام عمل در سطح جامعه، دلیلی بر التزام به آن وجود ندارد و حتی عدول از آن بر اساس وظیفه فقهی مقلدان دیگر مراجع به شرحی که اشاره شد، لازم است. چنان‌که شهید صدر بر پایه همین استدلال، نظریه مکتب اقتصادی را در کتاب اقتصادنا مطرح و از آن دفاع می‌کند و می‌نویسد همین که رأی فقهی نتیجه اجتهادی یکی از مجتهدان باشد، می‌تواند در تبیین نظام به کار آید و مخالف بودن آن با نظر شخص مؤلف خللی در مسئله ایجاد نمی‌کند (صدر، ۱۳۸۷ هـ.ش، ص ۴۹).

۳-۲. حجت شرعی بودن فتوای فقیه متولی انطباق قوانین

بحث حجت بودن فتوای فقیه حاکم برای او در اداره کشور، با عباراتی دیگر می‌تواند مربوط به فقیهان متولی قانون‌گذاری که هم اکنون طبق قانون اساسی متوجه فقهای شورای نگهبان است مطرح گردد و این پرسش را مطرح کند اینکه شورای نگهبان متشکل از شش فقیه است و استنباط آنان حجت شرعی است آیا مجاز به استناد به رأی فقیه دیگر هستند؟ آیا استناد به فتوای فقیه دیگر تقلید نخواهد بود؟

به بیان دیگر، با توجه به اختلاف‌هایی که در فتوای معیار از گذشته مطرح بوده و هست، راهکار قانون اساسی در اصل ۹۶ و اگذاری تشخیص عدم مغایرت مصوبات مجلس شورای اسلامی با احکام اسلام به اکثریت فقهای شورای نگهبان است. بر همین اساس در نظریه شماره ۲۴۳۷ شورای نگهبان به تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ در پاسخ به پرسش نماینده تبریز است آمده است: «اگرچه پاسخ سؤال با دقت در اصل ۴، ۹۴ و ۹۶ قانون اساسی به وضوح معلوم می‌شود، معذالک پرسش ارسالی در جلسه شورای نگهبان مطرح و نظر اعضای شورا بر این است که تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است».

همچنین برخی کوشیده‌اند فتوای معیار را فتوای فقیه‌ی بدانند که متولی تأیید مشروعیت قوانین است. طبق این نظر، در مرحله اول این وظیفه متوجه فقیه حاکم است و در صورت واگذاری آن به فقیهان دیگر چنان‌که در قانون اساسی این حق به شورای نگهبان واگذار شده است، فتوای فقهای همین شورا ملاک و معیار خواهد بود (علی اکبریان، ۱۳۹۲ هـ.ش). پاسخ این اشکال هم به صورت نقضی و حلی ارائه شدنی است:

اول: در مقام عمل شورای نگهبان بدان پایبند نمانده و رویکردهای متفاوتی را در تصویب قوانین مختلف و حتی یک قانون مانند قانون مجازات اسلامی، اتخاذ کرده است (ر.ک: اکرمی، ۱۳۹۳ هـ.ش).

دوم: همان دلایلی که برای جواز عبور فقیه حاکم از فتوای خود در قانون‌گذاری ارائه شده است، در اینجا نیز کاربرد خواهد داشت.

۳-۳. محدود شدن اختیارات حاکمیت

قاعده مشهور «التعزیر بما یراه الحاکم» در کنار ادله ولایت فقیه، اقتضا دارد فقیه حاکم طبق نظر خود و بر خلاف آرای دیگر فقیهان تعزیراتی را در نظر گیرد؛ در نتیجه دلیلی بر مقید کردن این ادله و منحصر ساختن اختیارات وی به برگزیدن رأی موافق احتیاط در دماء یا مجازات حداقلی نداریم، بلکه برعکس حاکمیت می تواند فعلی که در فقه مباح است را مشمول کیفر قرار دهد. در پاسخ می توان گفت:

اول: موارد ضرورت و الزام از بحث ما خارج است و تنها بر اساس حکم اولی و تبدیل آرای فقهی به قانون این پرسش مطرح است که آیا می توان فقیه حاکم را به اجرای کیفرهای حداقلی و بر اساس فتاوی دیگران مقید کرد یا خیر؟ فرضیه این نوشته به شرحی که گذشت، امکان چنین تقییدی است.

دوم: قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» بر فرض پذیرش به اصل فردی کردن مجازات ها ناظر است؛ یعنی در موارد تعزیر، مجازاتی از سوی شرع تعیین نشده است و لازم است قاضی رسیدگی کننده پس از بررسی شرایط مختلف در نهایت مجازات متناسب با جرم ارتكابی مرتکب را در نظر گیرد. حال اگر آن را ناظر به قاضی صادرکننده حکم ندانستیم، عملاً با فلسفه وضع این قاعده هم فاصله می گیریم و نمی توان گفت فقیه حاکم بدون ورود به پرونده قضایی و در نظر گرفتن شخصیت مرتکب بتواند مجازات متناسب را در مقام تقنین در نظر گیرد و قضات را به تبعیت از آن ملزم کند. به بیان دیگر، قاعده یاد شده ناظر به مقام قضا است و در مقام تقنین که محل بحث ماست، کاربردی ندارد؛ هر چند برخی کوشیده اند با معنای جدیدی که از واژه حاکم ارائه داده اند، آن را ناظر به تقنین بدانند (ر.ک: محقق داماد، ۱۴۰۶هـ، ج ۴، ص ۲۲۸ به بعد).

سوم: بر فرض ناظر بودن قاعده به بحث تقنین، تعزیر در فرضی جایز است که فرد مرتکب فعل حرام مسلّم شده باشد و حرام بودن عمل ارتكابی به اعتقاد قاضی یا حاکم، دلیلی برای جواز تعزیر به شمار نمی رود.

چهارم: از آنجاکه اصل عدم ولایت برای خروج نیاز به دلیل کافی دارد، شک در توسعه یا عدم توسعه ولایت فقیه حاکم بر موارد یادشده خود دلیل کافی بر عدم ولایت است.

پنجم: قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» در کنار قاعده فقهی «التعزیر لکل عمل محرم» معنا پیدا می‌کند و با توجه به اینکه حرام بودن عمل در اینجا با توجه به فتاوی مخالف روشن نیست، تعزیر در آن مشکل است و با استفاده از عبارت «بما یراه» هم نمی‌توان به جواز آن نظر داد؛ چراکه به تمسک به عام در شبهه مصداقیه می‌انجامد.

همچنین نمی‌توان گفت اگر فتوای فقیه حاکم بر توسعه ولایت بود، برای عمل کافی است؛ چراکه حیطه ولایت فقیه از نظر قانونی منوط به اختیاراتی است که در قانون اساسی برای وی در نظر گرفته شده است و از نظر فقهی می‌توان بر مبنای انتخاب قاضی در کتاب القضاء محدود بودن اختیارات وی در حیطه‌ای که طرفین تعیین کرده‌اند سخن گفت. گذشته از اینکه نفس تشکیک در ولایت - چنان‌که گذشت - خود دلیل کافی بر عدم ولایت است.

بر این اساس اصل عدم جواز تعزیر به حکم اولی بر ادله ولایت مقدم است و حتی ادله‌ای که بر جواز و تعیین اختیارات ولی فقیه دلالت دارد، بر امکان تسری تعزیر به موارد مخالف با نظر حاکم دلالتی ندارد و حاکم نمی‌تواند در مواردی که مستند تعزیر یا اجرای حد یا قصاص آرای فقهی است، صرفاً به استناد فتوای خود، فتوای فقیه دیگری را که عمل ارتكابی را فاقد جنبه کیفری می‌داند نادیده بگیرد و بر اساس آن قانون وضع کند.

از این رو این نکته نیز به دست می‌آید که قانون‌گذاران ملزم به رعایت فتوایی معین در قانون‌گذاری نیستند و از طرف دیگر استناد به هر فتوایی اعم از فقیهان سلف و خلف در قانون‌گذاری مجاز نیست، بلکه باید فتوایی معیار باشد که کیفر حداقلی یا انتفای کیفر را در نظر گیرد.

۳-۴. اختصاص احتیاط به نبود دلیل

احتیاط در دماء و نفوس اقتضا دارد فتوایی در قانون کیفری معیار قرار گیرد که مجازات کمتری را لحاظ می‌کند یا فعل ارتكابی را مجازات ناپذیر می‌داند؛ مثل پذیرش انکار بعد از

اقرار که برخی آن را مختص به رجم می‌دانند و برخی به همه حدود مستوجب سلب حیات سرایت می‌دهند و اگر نظر دوم ملاک قرار گیرد، طبعاً به مجازات‌های سلب حیات کمتری منجر خواهد شد. حال در اینجا چنانچه فتوای فقیه حاکم بر اختصاص آن به رجم باشد، نادیده گرفتن حیات در سایر جرایم حدی مخالف احتیاط نیست و در واقع عمل به نظر فقهی و اجتهادی خود است که ادله کافی بر حجیت آن داریم.

پاسخ آن است که در بحث تقلید چنین استدلالی ممکن است؛ ولی در بحث زمامداری چون باعث می‌شود خون کسانی ریخته شود که شرعاً و بنا بر تقلید از مجتهدان دیگر، حق حیات دارند، خلاف احتیاط به شمار می‌رود و اشکال طرح شده به دلیل همسان دانستن زمامداری با تقلید است. به بیان دیگر مقلد در تقلید بر اساس برخی معیارها به فتوای کسی تن می‌دهد و عمل به آن را معذور و منجز می‌داند؛ ولی در بحث الزام فقیه به تبعیت دیگران از فتوای او که در قالب قانون ابلاغ شده است، چنین معذرت و منجزیتی را نمی‌توان لحاظ کرد و کسی که شرعاً حق حیات دارد، با یک فتوا که احتمال خطا در آن منتفی نیست، قابل سلب نخواهد بود. بر همین اساس در بحث قضاوت، فقیهان فتوای نافذ در حق مقلد را ملاک دانسته‌اند نه فتوای قاضی را (ر.ک: (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴ هـ، ج ۶، ص ۴۵۹).

۳-۵. هم‌تراز نبودن فتاوا

پرسش دیگر در تقدم فتوای آسان‌تر در حقوق کیفری بر دیگر فتاوا آن است که آیا فتوای فقیهان در حجیت هم‌تراز هستند؟ چگونه هم‌ترازی یا اختلاف در تقدم و رتبه حجیت احراز شدنی است؟ به بیان دیگر، پس از امکان عبور فقیه حاکم و فقیه متولی تطبیق قوانین با شرع از فتوای خود به شرحی که گذشت، برخی از هم‌تراز نبودن فتاوا سخن گفته‌اند؛ در نتیجه از معیار بودن فتوای فقیه اعلم یا ملاک به شمار آمدن فتوای مشهور یا فتوای فقهی که مقلدان بیشتر دارد سخن گفته‌اند که نتیجه آن ناهم‌تراز تلقی شدن فتاواست.

در مقدم بودن فتوای فقیه اعلم بر دیگر فتاوا گفته می‌شود صحیح‌ترین فتوای ممکن در عصر غیبت همین است. بر همین اساس طرفداران این نظریه با استناد به اطلاق و عموم روایات ناظر به تقلید و سیره عقلا (برای مطالعه ر.ک: جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ هـ، ج ۱۵، ص ۱۴۴) از وجوب تبعیت از اعلم سخن گفته‌اند.

در پاسخ می‌توان گفت رجوع به اعلم مورد اتفاق نیست و چنان‌که برخی تصریح دارند، دلیل عمده در لزوم تقلید، بنای عقلا از جهت رجوع به کارشناس است (موحدی نجفی، ۱۳۸۷ هـ، ش، ج ۲، ص ۲۱) و در مراجعه به کارشناس، وثوق و اطمینان کافی است (موحدی نجفی، ۱۳۸۷ هـ، ش، ج ۲، ص ۱۳۷) و رجوع به اعلم در نهایت در سیره عقلا راجح است نه لازم (ر.ک: موحدی نجفی، ۱۳۸۷ هـ، ش، ج ۲، ص ۲۸۷ به نقل از: آیت الله خویی). تا جایی که برخی به صراحت به مخیر بودن مکلف در رجوع به اعلم و غیر اعلم تمایل نشان داده‌اند (برای دیدن برخی از این آرا، ر.ک: طباطبائی حکیم، ۱۴۲۸ هـ، ص ۶۸).

افزون بر اینکه ممکن است فقیه اعلم در همه مسائل نظر خود را بیان نکرده باشد یا ارجاع همه مسائل به وی باعث عسر و حرج گردد و برخی از قوانین قابلیت اجرایی خود را از دست دهند. گویا بر همین اساس است که برخی با وجود طرح معیار بودن فتوای فقیه اعلم، با توجه به رویه موجود عدول از آن را پذیرفته‌اند (حاج زاده، ۱۳۹۴ هـ، ش، ص ۷۶) و در نهایت به این نتیجه دست یافته‌اند که شورای نگهبان ابتدا فتوای منتخب مجلس را ملاک قرار می‌دهد و در مرتبه بر اساس فتوای خود عمل می‌کند (حاج زاده، ۱۳۹۴ هـ، ش، ص ۱۰۲).

مورد دیگر در مسئله هم‌تراز به شمار نیامدن فتاوا، مقدم بودن فتوای مشهور بر فتاوی دیگر است (قائینی، ۱۳۹۹ هـ، ش). در پاسخ می‌توان گفت مبنا قرار گرفتن شهرت هم به لحاظ عملی (پوربافرانی، ۱۳۸۳ هـ، ش) و هم نظری (جهان دوست، ۱۳۹۴ هـ، ش) انتقاداتی را برانگیخته است. مهم‌ترین اشکال این نظریه را می‌توان ناظر بودن قانون به مسائل جدید دانست که عمدتاً مورد توجه وسیع فقیهان قرار نگرفته و در نتیجه فتوای مشهوری شکل نگرفته است تا بتوان آن را معیاری برای قانون‌گذاری قرار داد (ارسطا، ۱۳۹۸ هـ، ش، ص ۷۷). افزون بر اینکه فتوای مشهور

بر اساس احتیاط شکل می‌گیرد و عمل به احتیاط اگر در اعمال فردی پسندیده و ممکن است، در مسائل اجتماعی قابل اتکا نیست و ممکن است جامعه را با عسر و حرج روبرو کند (ارسطا، ۱۳۹۸ هـ.ش، ص ۷۷). بنابراین گرچه در نگاه ابتدایی به نظر می‌رسد که بنا بر اختلاف مبانی، فتوای فقیه اعلم یا فتوای مشهور در سنجش با دیگر آرای فقهی مقدم باشد و هم‌تراز دیگر فتاوا تلقی نشود، نبود اتفاق بر آن دلیل بر هم‌تراز بودن فتاواست و نمی‌توان از تقدم فتوایی بر فتوای دیگر سخن گفت. همین استدلال در دیگر آرای فتوای معیار که فتوای خاصی را مقدم بر دیگر فتاوا می‌داند نیز طرح شدنی است.

در نتیجه با توجه به مقدم نبودن فتوای خاص و هم‌تراز تلقی شدن همه فتاوا، ترجیح در حقوق کیفری با فتوایی خواهد بود که نافی مجازات است یا فتوای کمتری را برای عمل ارتكابی در نظر می‌گیرد.

۴. نمونه آرای فقهی

از آنجا که معیار قرار دادن مجازات حداقلی آثار در خور توجهی در تدوین قوانین در پی خواهد داشت و دایره وسیعی از آرای فقهی را دربر می‌گیرد، در اینجا فقط به چند نمونه اشاره می‌کنیم: الف) در جایی که دو نفر به قتل مستقل یک فرد اقرار کنند، با دو رأی فقهی مواجهیم: یک نظر این است که اولیای دم در مراجعه به هر یک از اقرارکنندگان مختارند (برای نمونه ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۸ هـ.ج ۴، ص ۲۰۳؛ علامه حلی (الف)، ۱۴۱۳ هـ.ج ۳، ص ۶۱۲)؛ اما برخی دیگر به رغم وجود روایت در این باره، به شدت از تخییر انتقاد کرده‌اند و قصاص را منتفی دانسته‌اند (برای نمونه ر.ک: خوانساری، ۱۴۰۵ هـ.ج ۷، ص ۲۴۳ - ۲۴۴). یا در جایی که اولیای دم به جای قصاص مطالبه دیه کنند، برخی معتقدند تنها در صورت رضایت قاتل، قصاص تبدیل به دیه می‌شود (علامه حلی (ب)، ۱۴۱۳ هـ.ج ۹، ص ۲۸۶)؛ در حالی که طبق نظر دیگر، قصاص ساقط و لازم است قاتل به پرداخت دیه اقدام کند (ر.ک: قائینی، ۱۴۲۴ هـ.ج ۲، ص ۳۳). در این موارد که نمونه‌های مشابه دیگری هم در فقه می‌توان یافت، انتخاب نظر دوم به دلیل حفظ

خون و مانع شدن از قصاص با احتیاط در دماء سازگارتر است؛ درحالی که انتخاب نظر اول و تبدیل آن به قانون، منجر به ریخته شدن خون کسانی می‌گردد که طبق برخی آرای فقهی قابل توجه، استحقاق چنین کیفری را ندارند.

ب) در جایی که اثر جنایت با پیوند عضو رفع شود، در اینکه قصاص به قوت خود باقی است یا ساقط می‌گردد، آرای فقهی متفاوت اند و نفع متهم در انتفای قصاص است.

ج) در ترک انفاق در زمانی که پس از مطالبه نفقه تارک نفقه حاضر به پرداخت آن شود، درباره تعزیر برای نفقه‌ای که قبلاً پرداخت نشده، برخی از جواز تعزیر سخن گفته‌اند و برخی دیگر تعزیر پس از پرداخت نفقه را روا ندانسته‌اند. در اینجا قانون‌گذار نظریه جواز تعزیر مگر در فرض گذشت شاکی را مطرح کرده است (ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۹۱)؛ درحالی که رأی فقهی به نفع متهم اقتضا می‌کند در جایی که تارک نفقه آن را پرداخت می‌کند، وجهی برای تعزیر باقی نماند.

د) مورد دیگر، مصداق ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی در بحث تظاهر به عمل حرام است. در اینجا مقصود از عمل حرام، حرام بودن بر مبنای فتوای فقیه حاکم است یا فقیه اعلم یا اینکه عمل حرام یعنی عملی که همه فقیهان آن را حرام می‌دانند؟ اگر برخی بگویند حرام است و برخی حرام ندانند، مصداق ماده ۶۳۸ قرار نمی‌گیرد.

جمع‌بندی و نتیجه

۱. در حقوق کیفری، فتوایی را می‌توان معیار برای قانون‌گذاری قرار داد که این شرایط را داشته باشد: الف) در عمل راهگشای قانون‌گذار باشد و از تعدد رویه‌ها و آشفتگی در قانون‌گذاری پرهیز کند. ب) دارای حجیت شرعی باشد. ج) با اصول حاکم بر کیفر مثل نفع متهم، اصل برائت، لزوم احتیاط در دماء و نفوس و سهل بودن دین سازگاری داشته باشد.

۲. با توجه به ملاک‌های فتوای معیار به شرح بند قبل، برخلاف قوانین غیرکیفری که بسته به معیارهای مطرح می‌توان از فتاوای مختلف در قانون‌گذاری بهره گرفت و رویه عملی شورای

نگهبان نیز تاکنون چنین بوده است، در خصوص قوانین کیفری به دلیل محدودیت هایی که بر آن حاکم است، مثل اصل برائت که اقتضای نفی مجازات دارد مگر در صورت وجود دلیل کافی، قاعده درء، اصل سهولت در دین، منع از تنفر و ایجاد زمینه قانون گریزی و قانون ستیزی در جامعه و... لازم است فتوایی در قانون گذاری معیار تلقی شود که مجازات حداقلی یا نفی مجازات را توصیه می کند.

۳. دلایل مختلفی مثل امکان عمل به فتوای آسان تر، اصل آزادی و سلطه بر جان و مال، لزوم احتیاط در دماء و نفوس، اختصاص نهی از منکر به منکرات مسلم در شرع و مواردی از این قبیل حکایت از عدم جواز کیفر دارد مگر آنکه دلیل کافی بر وجود یا تشدید کیفر وجود داشته باشد؛ در غیر این صورت، ملاک نفی کیفر یا کیفر حداقلی خواهد بود.

۴. دلایلی چون لزوم عمل فقیه حاکم به فتوای خود، حجت بودن فتوای اعضای شورای نگهبان بر خود اعضا و عدم جواز تعدی از نظر فقهی خود در تطبیق قوانین، لزوم توسعه در اختیارات حاکم اسلامی در مدیریت و اداره کشور، لزوم عمل به فتوا در صورت وجود مستند کافی بدون توجه به اصل احتیاط در دماء و نفوس و هم تراز نبودن فتاوا در پذیرش مراجعه به فتاوی مساعد، اشکال هایی است که در رد دیدگاه کیفرگرایی حداقلی طرح شدنی است که همگی به شرحی که در متن مقاله گذشت، قابل پاسخ گویی است.

کتاب نامه

۱. ارسطا، محمد جواد. (۱۳۹۸ ه.ش). «فتوای معیار در قانون گذاری». فقه حکومتی. ش ۷.
۲. اکرمی سراب، روح الله. (۱۳۹۳ ه.ش). «تحلیل فرایند نظارت شرعی شورای نگهبان بر مصوبات مجلس؛ مطالعه موردی: قانون مجازات اسلامی». دانش حقوق عمومی (بررسی های حقوق عمومی سابق). س ۳. ش ۹.
۳. پوربافرانی، حسن. (۱۳۸۳ ه.ش). «نقد رویه شهرت گرایانه در سیاست جنایی تقنینی ایران». فصلنامه مفید. ش ۴۳.

۴. تفاسیر شورای نگهبان از اصل ۹۶ مندرج؛ در: <http://www.shora-gc.ir>

۵. جمعی از پژوهشگران. (۱۴۲۳ هـ). موسوعة الفقه الإسلامی طبقا لمذهب أهل البيت علیهم السلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام).
۶. جهان دوست و النجانب، مسعود امکان. (۱۳۹۴ هـ.ش). «امکان سنجی فقهی قانون گذاری بر مبنای فتوای مشهور». پژوهشنامه میان رشته ای فقهی (پژوهشنامه فقهی سابق). س ۴. ش ۱ (پیاپی ۷).
۷. حاج زاده، هادی. (۱۳۹۴ هـ.ش) «فتوای معیار در قانون گذاری در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران (نگاهی دوباره به مفهوم علمیت در منظومه فقه حکومتی شیعه)». فقه و اصول. س ۴۷. ش ۱۰۲.
۸. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ هـ). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت.
۹. حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ هـ). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۰. حلی (الف)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ هـ). قواعد الأحکام فی معرفة الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۱. حلی (ب)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ هـ). مختلف الشیعة فی أحکام الشریعة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۲. خوانساری، سید احمد بن یوسف. (۱۴۰۵ هـ). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۳. شفیع سروستانی، ابراهیم. (۱۳۸۵ هـ.ش). قانون گذاری در نظام جمهوری اسلامی (آسیب ها و بایسته ها). قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۴. صدر، سید محمد باقر. (۱۳۸۷ هـ.ش). اقتصادنا. قم: بوستان کتاب.
۱۵. صدوق، محمد بن علی بن بابویه. (۱۴۱۳ هـ). من لا یحضره الفقیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. طباطبایی حکیم، محمد سعید. (۱۴۲۸ هـ). مصباح المنهاج (الاجتهاد و التقليد). نجف: مؤسسة الحکمة والثقافة الإسلامية.
۱۷. طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۱۴ هـ). تکملة العروة الوثقی. قم: کتابفروشی داوری.
۱۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ هـ). تهذیب الأحکام. تهران: دارالکتب الإسلامية.
۱۹. علی اکبریان، حسنعلی. (۱۳۹۲ هـ). «فتوای معیار در قانون گذاری کیفری». دین و قانون. ش ۲.
۲۰. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب. (۱۴۰۸ هـ). کشف الرموز فی شرح مختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۱. فیرحی، داود. (۱۳۹۴ هـ.ش). «ریشه های شریعت و قانون (مصاحبه)». سخن ما. س ۲. ش ۷.
۲۲. قائینی، محمد. (۱۳۹۹ هـ.ش). «ضابط الفتوی المعتبر فی تقنینات الدولة الاسلامیه». المنهج الفقهي من منظر اهل البيت (ع). س ۱. ش ۱.

۲۳. قائینی، محمد. (۱۴۲۴ هـ). المبسوط فی فقه المسائل المعاصره (المسائل الطبیه). قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع).
۲۴. کلانتری، عباس؛ نفیسه متولی زاده نایینی؛ و صدیقه گلستان رو. (۱۳۹۵ هـ.ش). «احتیاط در دماء و کاربرد آن در حقوق کیفری». حقوق اسلامی. س ۱۳. ش ۵۱.
۲۵. گودرزی، سیاوش؛ و محمدابراهیم شمس ناتری. (۱۴۰۲ هـ.ش). «قانون گذاری کیفری در بستر اختلافات فقهی». مطالعات فقه و حقوق اسلامی. س ۱۵. ش ۳۰.
۲۶. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۶ هـ). قواعد فقه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۷. منتظری، حسینعلی. (۱۳۶۷ هـ.ش). مبانی فقهی حکومت اسلامی. ترجمه: محمود صلواتی. قم: کیهان.
۲۸. منتظری، حسینعلی. (۱۴۱۵ هـ). دراسات فی ولایة الفقیه وفقه الدولة الإسلامية. قم: نشر تفکر.
۲۹. موحدی نجفی، محمدباقر. (۱۳۸۷ هـ.ش). البرهان السدید فی الاجتهاد و التقليد. قم: دارالتفسیر.
۳۰. نجفی، محمدحسن. [بی تا]. جواهر الکلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۱. هاشمی شاهرودی، محمود. (۱۴۲۳ هـ). قراءات فقهیه معاصره. قم: مؤسسه دائرة معارف الفقه الاسلامی.

