

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه شهید مطهری

رساله دکتری رشته فقه و حقوق جزا

عنوان

بازتاب نظریات ولایت‌فقیه بر نظام کیفری

استاد راهنما

آیت‌الله محقق داماد

استاد راهنما

دکتر سید صادق موسوی

استاد مشاور

دکتر محسن برهانی

پژوهشگر

مهدی نارستانی

۱۳۹۶-۱۳۹۷

ب



دانشگاه شهید مطهری

دستورالعمل حق مالکیت مادی و معنوی در مورد نتایج پژوهش های علمی دانشگاه شهید مطهری

باعنایت به سیاست های آموزشی و پژوهشی دانشگاه شهید مطهری در راستای ارج نهادن به فعالیت های علمی و پژوهشی و رعایت حقوق مادی و معنوی دانشگاه و پژوهشگران، لازم است اعضای هیأت علمی، دانشجویان، دانش آموختگان و دیگر همکاران طرح، در مورد نتایج پژوهش های علمی که تحت عناوین پایان نامه، رساله، و طرح های تحقیقاتی با هماهنگی دانشگاه انجام شده است، موارد ذیل را رعایت نمایند:

ماده ۱- حقوق مادی و معنوی پایان نامه ها / رساله های مصوب دانشگاه متعلق به دانشگاه است و هرگونه بهره برداری از آن باید با ذکر نام دانشگاه و رعایت آیین نامه ها و دستورالعمل های مصوب دانشگاه باشد.

ماده ۲- انتشار مقاله یا مقالات مستخرج از پایان نامه / رساله به صورت چاپ در نشریات علمی و یا ارائه در مجامع علمی می باید با نام دانشگاه بوده و استاد راهنما نویسنده مسئول مقاله باشند.

تبصره: در مقالاتی که پس از دانش آموختگی به صورت ترکیبی از اطلاعات جدید و نتایج حاصل از پایان نامه / رساله نیز منتشر می شود باید نام دانشگاه درج شود.

ماده ۳- انتشار کتاب حاصل از نتایج پایان نامه / رساله و تمامی طرح های تحقیقاتی دانشگاه باید بامجاز کتبی صادر از طریق حوزه پژوهشی دانشگاه و براساس آیین نامه های مصوب انجام شود.

ماده ۴- ثبت نظریه یا ارائه در جشنواره های ملی، منطقه ای و بین المللی که حاصل نتایج مستخرج از پایان نامه / رساله و تمامی طرح های تحقیقاتی دانشگاه باید با هماهنگی استادراهنمایا مجری طرح از طریق معاونت پژوهشی دانشگاه انجام گیرد.

نام و نام خانوادگی دانشجو:

تاریخ:

امضاء

تشکر و سپاس

از مقام محترم تولیت مدرسه عالی شهید مطهری ؛ حضرت آیت الله امامی کاشانی-دامت برکاته-که توفیق شاگردی در محضر ایشان را خداوند متعال عنایت نمود ، کمال تقدیر و تشکر را دارم.

از استاد گرامی آیت الله محقق داماد-دامت توفیقاته و استاد بزرگوار دکتر موسوی که با پذیرش راهنمایی این پژوهش این شاگرد حقیر را مورد لطف خود قرار داده و فرصت خوشه چینی از خرمن علم خود را به این جانب ارزانی نموده کمال تقدیر و تشکر را دارم و از درگاه خداوند سبحان بقای عمر ایشان را مسألت می نمایم.

و از استاد فرزانه جناب آقای دکتر برهانی که با پذیرش مشاوره این تحقیق از ابتدای آن همیشه یار و همراه بودند صمیمانه تشکر نموده و از درگاه احدیت استمرار توفیقات را برایشان آرزومندم.

و در ادامه از استاد عزیز جناب آقای دکتر نقیبی و استاد محترم دکتر فیرحی که این حقیر را مورد لطف و عنایت قرار دادند صمیمانه تشکر نموده و دعاگوی ایشان هستم.

اهداء و تقدیم به

این اثر ناقابل را به پیشگاه باعظمت زعیم مکه ، سید بطحاء ، حامی رسالت ، سید عجم و عرب، مؤمن قریش حضرت ابوطالب (ره) و همسر گرامی‌شان صدیقه مرضیه، کافله رسالت، والده امامت حضرت فاطمه بنت اسد (ره) اهداء می‌کنم که «ان الهدایا علی مقدار مهدیها» و از ساحت مقدسشان انتظار دارم با دیده قبول بدان نگریسته و گوشه چشمی به این بنده نیازمند به لطف و نظر شریفشان بیفکنند.

چکیده

با آغاز عصر غیبت، این پرسش در اندیشه فقهای امامیه مطرح گردید که پس از این به خلیفه الهی که تنها شخص صالح برای حکومت اسلامی است دسترسی نخواهد بود ولی نیاز به حکومت برای حفظ نظام جامعه بشر و اسلامی بودن آن برای تضمین اجرای احکام دین باقی است لذا به بازکاوی ادله فقهی پرداخته شد. در این باب نظریات متعددی مطرح شد که هسته مشترک اغلب آنها، لزوم تعلق یا تأیید حکومت از طریق نائب امام معصوم یعنی فقیه جامع‌الشرایط بود. از اصولی‌ترین این دیدگاه‌ها در فقه سیاسی شیعه، نظریه ولایت مطلقه فقیه به معنای لزوم تشکیل حکومت اسلامی و نظام سیاسی-اجتماعی با حضور فقیه عادل در رأس آن با سه شأن اساسی: ولایت، قضاوت و افتاء است؛ اما یکی از پرسش‌های بنیادین، نحوه به حکومت رسیدن فقیه و رابطه آن با امام معصوم (علیه‌السلام) و مردم (شهروندان) است. در فقه سیاسی، دو اندیشه اصلی در این باره مطرح است: الف) اندیشه انتصاب، ب) اندیشه انتخاب. آیا این نظریه‌ها نتایج کاربردی مختلفی در سه محور اصلی نظام حقوق کیفری جامعه اسلامی یعنی تقنین، دادرسی، اجرای مجازات و تخفیف و تبدیل مجازات، خواهند داشت؟ پژوهش حاضر که از نوع تحقیقات بنیادین توصیفی-تحلیلی بوده، با روش جمع‌آوری اطلاعات از طریق کتابخانه‌ای به تحلیل این دو دیدگاه و تبیین مبانی فقهی هر یک، کاربرد و تفاوت عملی این اندیشه را در نظام حقوق کیفری بررسی می‌نماید. از نتایج آن می‌توان به این اشاره نمود که طبق نظریه انتصاب تنها معیار و ملاک در جرم‌انگاری فتوا و نظر فقهی فقیه حاکم خواهد بود و تولید امر قضاوت توسط ولی فقیه با واسطه یا بی‌واسطه انجام می‌پذیرد و تولید اجرای مجازات حق الهی قطعاً با ولی فقیه خواهد بود و گرنه مشروعیتی نخواهد داشت و درباره مجازات حق الناس طبق فتوای فقیه حاکم عمل می‌شود؛ اما از دیدگاه ساختار انتخاب ممکن است فتوایی غیر از فتوای فقیه حاکم معیار باشد و تولید امر قضاوت و اجرای مجازات اعم از حق‌اللهمی و حق‌الناسی با توجه به نظرات فقهی به انتخاب مردم تعیین می‌گردد و منحصر در فتوای فقیه حاکم نخواهد بود.

کلمات کلیدی: ولایت فقیه، انتخاب، انتصاب، نظام کیفری، جرم‌انگاری، دادرسی،

اجرای مجازات

فهرست مطالب

مقدمه	۱
۱- طرح مسئله	۱
۲- انگیزه انتخاب	۶
۳- ضرورت تحقیق	۶
۴- پیشینه تحقیق	۷
۵- سؤالات اصلی و فرعی تحقیق	۹
۶- فرضیات تحقیق	۱۰
۷- روش تحقیق	۱۱
۸- نوع تحقیق	۱۱
۹- محدودیت‌ها و تنگناهای تحقیق	۱۲
۱۰- طرح کلی رساله	۱۲
بخش اول: مفهوم شناسی و کلیات	۱۴
فصل اول: مفهوم شناسی و مبانی مرتبط با «ولایت فقیه»	۱۶
گفتار اول: مفهوم شناسی «ولایت فقیه»	۱۷
مبحث اول - مفهوم شناسی واژه «ولایت»	۱۷
الف- معنای لغوی	۱۷
ب) معنای اصطلاحی	۱۸
مبحث دوم - مفهوم شناسی واژه «فقیه»	۱۸
الف - معنای فقیه	۱۸
ب- فقیه و عناوین مرتبط با آن در ادبیات فقهی	۲۰

مبحث سوم - مفهوم شناسی اصطلاح «ولایت فقیه»	۲۵
الف) ولایت تکوینی	۲۵
ب) ولایت بر تشریح	۲۶
ج) ولایت تشریحی	۲۶
گفتار دوم: شئون و قلمرو ولایت تشریحی فقیه	۲۸
مبحث اول - وظایف و شئون فقیه جامع الشرایط	۲۸
الف) منصب افتاء	۲۸
ب) منصب قضاوت	۲۹
ج) منصب ولاء	۲۹
مبحث دوم - قلمرو ولایت تشریحی فقیه	۳۰
مبحث سوم - نظریات فقها در ماهیت ولایت فقیه: «انتصاب یا انتخاب»	۳۱
الف- ماهیت ولایت فقیه بر اساس اندیشه انتصاب و انتخاب:	۳۲
۱- نظریه انتصاب:	۳۳
۱-۱ ماهیت اندیشه انتصاب:	۳۳
۱-۲ شاخص‌های اندیشه انتصاب	۳۴
۱-۳ چالش‌های اندیشه انتصاب	۳۶
۲- نظریه انتخاب	۳۷
۲-۱ ماهیت اندیشه انتخاب	۳۷
۲-۲ شاخص‌های اندیشه انتخاب	۳۸
۲-۳ چالش‌های اندیشه انتخاب	۳۹
ب- مقایسه بنیادین و کاربردی اندیشه انتصاب و انتخاب	۴۰
۱- اشتراکات:	۴۰
۲ - تفاوت‌ها:	۴۱
۱ - اندیشه انتصاب در میان فقهای معاصر	۴۲
۱-۱. آیت‌الله جوادی آملی	۴۲
۱-۲. آیت‌الله مؤمن قمی	۴۲

۴۳	۳-۱. آیت‌الله مکارم شیرازی
۴۳	۲- اندیشه انتخاب در میان فقهای معاصر
۴۳	۲-۱. آیت‌الله خامنه‌ای
۴۴	۲-۲. آیت‌الله سبحانی
۴۴	۲-۳. آیت‌الله منتظری
۴۴	(د) نگاه قانون اساسی ایران به نوع حاکمیت
۴۶	فصل دوم: مفاهیم و نهادهای مؤثر در تعامل «نظام کیفری» با «نظام سیاسی»
۴۷	گفتار اول: مفهوم شناسی «نظام کیفری»
۴۹	گفتار دوم - مؤلفه‌های نظام کیفری
۴۹	مبحث اول: نهاد جرم‌انگاری و کیفر گذاری (تقنین)
۴۹	الف- ماهیت جرم‌انگاری و جایگاه آن:
۵۰	ب- مبانی جرم‌انگاری
۵۰	ج- اصول جرم‌انگاری
۵۱	د- تأثیر نظام سیاسی بر مؤلفه جرم‌انگاری:
۵۳	ه- ماهیت، مبانی و اصول جرم‌انگاری در نظام کیفری اسلام
۵۴	مبحث دوم: نهاد دادرسی
۵۴	الف- ضرورت امر دادرسی
۵۶	ب- ارکان نهاد دادرسی
۵۷	ج- نظام دادرسی عصر معصوم (علیه‌السلام)
۵۷	۱- ولایت بر قضاوت:
۵۹	۲- مباشرت بر قضاوت
۶۰	د- تأثیر نظام‌های سیاسی بر نهاد دادرسی نظام‌های کیفری
۶۱	مبحث سوم: نهاد مجازات در نظام کیفری
۶۲	الف- تعریف مجازات و ویژگی‌های
۶۲	۱- تعریف
۶۲	۲- ویژگی‌های مجازات:

ب-انواع مجازات و ثمرات تفکیک آن‌ها	۶۳
۱- انواع مجازات	۶۳
۲- ثمره تفکیک بین مجازات	۶۴
ج- تأثیر نظام سیاسی بر نهاد مجازات:	۶۶
بخش دوم: کارکرد اندیشه انتصاب و انتخاب در تقنین کیفری	۶۷
فصل اول: کارکرد اندیشه انتصاب و انتخاب در تقنین جرائم منصوص	۷۰
گفتار اول: فتوای معیار در جرائم منصوص بر مبنای اندیشه انتصاب و انتخاب	۷۳
مبحث اول - ملاک و معیار تشخیص قانون الهی از نگاه ساختار سیاسی انتصاب	۷۵
مبحث دوم - ملاک و معیار تشخیص قانون الهی از نگاه ساختار سیاسی انتخاب	۷۸
گفتار دوم: اقوال پیروان نظریه‌های انتصاب و انتخاب در خصوص فتوای معیار	۸۳
مبحث اول - پیروان نظریه انتصاب:	۸۳
مبحث دوم - پیروان نظریه انتخاب	۸۵
فصل دوم: کارکرد اندیشه انتصاب و انتخاب در تقنین جرائم غیرمنصوص	۸۹
گفتار اول: فتوای معیار در جرائم غیرمنصوص بر مبنای اندیشه انتصاب و انتخاب	۹۱
مبحث اول - ملاک و معیار جرم‌انگاری در غیر منصوص از نگاه ساختار سیاسی انتصاب	۹۲
مبحث دوم - ملاک و معیار جرم‌انگاری در غیرمنصوص از نگاه ساختار سیاسی انتخاب	۹۳
گفتار دوم: اقوال پیروان نظریه‌های انتصاب و انتخاب در خصوص فتوای معیار	۹۵
مبحث اول - پیروان نظریه انتصاب:	۹۵
مبحث دوم - پیروان نظریه انتخاب:	۹۹
فصل سوم: کارکرد اندیشه انتصاب و انتخاب در تقنین حقوق کیفری ایران	۱۰۳
گفتار اول - نگاه قانون اساسی ایران به مؤلفه تقنین	۱۰۵
گفتار دوم - نگاه قانون مجازات ایران به مؤلفه تقنین	۱۰۹
بخش سوم: کارکرد اندیشه انتصاب و انتخاب در نظام دادرسی کیفری	۱۱۲
فصل اول: ولایت بر قضاء در عصر حکومت اسلامی عصر غیبت	۱۱۵
گفتار اول: ولایت بر قضاء بر مبنای اندیشه انتصاب	۱۱۶

- ۱۱۶..... مبحث اول - از نگاه ساختار سیاسی انتصاب
- ۱۱۷..... مبحث دوم: ولایت بر امر قضاء در کلام قائلین به انتصاب
- ۱۱۹..... گفتار دوم- ولایت بر قضاء بر مبنای اندیشه انتخاب
- ۱۱۹..... مبحث اول - از نگاه ساختار سیاسی انتخاب
- ۱۲۰..... مبحث دوم: ولایت بر امر قضاء در کلام قائلین به انتخاب
- ۱۲۳..... فصل دوم: مباشرت بر قضاء در حکومت اسلامی عصر غیبت
- ۱۲۵..... گفتار اول: مباشرت بر قضاء بر مبنای اندیشه انتصاب
- ۱۲۵..... مبحث اول - شرایط قاضی بر مبنای ساختار سیاسی اندیشه انتصاب
- ۱۲۷..... مبحث دوم - شرایط قاضی در کلام قائلین به اندیشه انتصاب
- ۱۲۷..... الف - قضاوت مجتهد متجزی
- ۱۲۸..... ب- قضاوت غیر مجتهد:
- ۱۲۸..... ۱ - مستقل در قضاوت باشد
- ۱۲۸..... ۲ - منصوب شدن غیر فقیه از طرف فقیه
- ۱۲۹..... ۳ - وکالت در قضاوت از طرف فقیه
- ۱۲۹..... ۴ - از باب ضرورت و عنوان ثانوی:
- ۱۳۰..... ج- قضاوت زن
- ۱۳۲..... گفتار دوم: مباشرت بر قضاء بر مبنای اندیشه انتخاب
- ۱۳۲..... مبحث اول - شرایط قاضی بر مبنای ساختار سیاسی اندیشه انتخاب
- ۱۳۳..... مبحث دوم - شرایط قاضی در کلام قائلین به اندیشه انتخاب
- ۱۳۳..... الف - قضاوت مجتهد متجزی
- ۱۳۴..... ب- قضاوت غیر مجتهد:
- ۱۳۵..... ۱ - مستقل در قضاوت باشد:
- ۱۳۶..... ۲ - منصوب شدن غیر فقیه از طرف فقیه
- ۱۳۷..... ۳ - وکالت در قضاوت از طرف فقیه
- ۱۳۹..... ۴ - از باب ضرورت و عنوان ثانوی:
- ۱۴۲..... ج - قضاوت زن

- فصل سوم: تعامل قضاات با ولی فقیه ۱۴۳
- گفتار اول: تعامل قضاات با ولی فقیه بر مبنای اندیشه انتصاب ۱۴۵
- مبحث اول - قضاات مجتهد ۱۴۵
- مبحث دوم - قضاات غیر مجتهد ۱۴۶
- گفتار دوم: تعامل قضاات با ولی فقیه بر مبنای اندیشه انتخاب ۱۴۸
- مبحث اول - قضاات مجتهد ۱۴۸
- مبحث دوم - قضاات غیر مجتهد ۱۴۹
- فصل چهارم: جایگاه ولایت فقیه در نظام دادرسی کیفری ایران ۱۵۱
- گفتار اول - نگاه قانون اساسی ایران به مؤلفه دادرسی ۱۵۳
- گفتار دوم - نگاه قانون مجازات ایران به مؤلفه دادرسی ۱۵۵
- بخش چهارم: کارکرد اندیشه انتصاب و انتخاب در نظام اجرای مجازات ۱۵۶
- فصل اول: مشروعیت اجرای مجازات در عصر غیبت؛ بر مبنای اندیشه انتصاب و انتخاب ۱۵۸
- گفتار اول: مشروعیت اجرای مجازات بر مبنای اندیشه انتصاب ۱۶۰
- مبحث اول - مشروعیت اجرای مجازات بر مبنای اندیشه انتصاب ۱۶۰
- مبحث دوم - مشروعیت اجرای مجازات در گفتار تابعین اندیشه انتصاب ۱۶۱
- گفتار دوم: مشروعیت اجرای مجازات بر مبنای اندیشه انتخاب ۱۶۲
- مبحث اول - مشروعیت اجرای مجازات بر مبنای ساختار سیاسی انتخاب ۱۶۲
- مبحث دوم - مشروعیت اجرای مجازات در گفتار تابعین اندیشه انتخاب ۱۶۳
- فصل دوم: متولی اجرای مجازات در عصر غیبت؛ بر مبنای اندیشه انتصاب و انتخاب ۱۶۴
- گفتار اول: متولی اجرای مجازات بر مبنای اندیشه انتصاب ۱۶۶
- مبحث اول - متولی اجرای مجازات بر مبنای اندیشه سیاسی انتصاب ۱۶۶
- مبحث دوم - متولی اجرای مجازات در گفتار پیروان اندیشه انتصاب ۱۶۷
- الف) مجازات حق الهی (حدود و تعزیرات عمومی) ۱۶۷
- ب) مجازات حق الناسی (قصاص، دیات، حدود و تعزیرات شخصی) ۱۶۸
- گفتار دوم: متولی اجرای مجازات بر مبنای اندیشه انتخاب ۱۷۰

مبحث اول - متولی اجرای مجازات بر مبنای اندیشه سیاسی انتخاب	۱۷۰
مبحث دوم - متولی اجرای مجازات در گفتار پیروان اندیشه انتخاب	۱۷۱
الف) مجازات حق الهی (حدود و تعزیرات عمومی)	۱۷۱
ب) مجازات حق الناسی (قصاص، دیات، حدود و تعزیرات شخصی)	۱۷۲
فصل سوم: اختیارات ولی فقیه در کیفیت اجرای مجازات: بر مبنای اندیشه انتصاب و انتخاب	۱۷۳
گفتار اول: اختیارات ولی فقیه در کیفیت اجرای مجازات بر مبنای اندیشه انتصاب	۱۷۴
مبحث اول - اختیارات ولی فقیه در کیفیت اجرای مجازات بر مبنای ساختار سیاسی انتصاب	۱۷۴
مبحث دوم - اختیارات ولی فقیه در کیفیت اجرای مجازات در گفتار پیروان اندیشه انتصاب	۱۷۵
الف) مجازات حق الهی (حدود و تعزیرات عمومی)	۱۷۵
ب) مجازات حق الناسی (قصاص، دیات، حدود و تعزیرات شخصی)	۱۷۸
گفتار دوم: اختیارات ولی فقیه در کیفیت اجرای مجازات بر مبنای اندیشه انتخاب	۱۸۱
مبحث اول - اختیارات ولی فقیه در کیفیت اجرای مجازات بر مبنای ساختار سیاسی انتخاب	۱۸۱
مبحث دوم - اختیارات ولی فقیه در کیفیت اجرای مجازات در گفتار پیروان اندیشه انتخاب	۱۸۲
الف) مجازات حق الهی	۱۸۲
ب) مجازات حق الناسی (قصاص، دیات، حدود و تعزیرات شخصی)	۱۸۴
فصل چهارم: اختیارات ولایت فقیه نسبت به مؤلفه مجازات در نظام کیفری ایران	۱۸۷
گفتار اول - نگاه قانون اساسی ایران به مؤلفه مجازات	۱۸۹
گفتار دوم - نگاه قانون مجازات ایران به مؤلفه مجازات	۱۹۲
نتیجه گیری	۱۹۴
منابع	۱۹۸
۱- منابع فارسی	۱۹۸
۲ - منابع عربی	۲۰۲
چکیده انگلیسی	۲۰۷

مقدمه

۱- طرح مسئله

با آغاز عصر غیبت پریشی به تدریج در اذهان فقیهان امامیه شکل گرفت، که در دوره‌ای که دسترسی به امام معصوم (علیه‌السلام)؛ به‌عنوان صاحب حق حکومت ممکن نیست درحالی‌که ضرورت عقلی وجود حکومت برای برپایی نظم عمومی و اجرای عدالت همچنان پابرجاست، چه باید کرد؟

در پاسخ به این پرسش، با تفحص در کتاب‌های فقهی و آراء اندیشمندان شیعی می‌توان به مجموعه‌ی متفاوت از نظرت فقها در باب حکومت اسلامی در عصر غیبت پی برد. برخی از نویسندگان تعداد نظریه‌های حکومت اسلامی در فقه سیاسی معاصر شیعه را تا حدود ده نظریه نام‌برده‌اند. در میان این نظریات، نظریه ولایت‌فقیه جایگاه خاص و ویژه‌ای دارد.

توضیح آنکه فقه سیاسی برخی فقها با پذیرش ولایت‌فقیهان جامع‌الشرایط و ترسیم عرصه‌های گوناگون ولایت‌فقیهان جامع‌الشرایط در گستره ابواب فقهی مانند قضاوت، اقامه حدود شرعی، اخذ خمس و زکات و مصرف آن‌ها، اقامه نماز جمعه، سرپرستی ایتام و محجوران، ازدواج و طلاق در مواردی خاص و عرصه‌های دیگر شکل گرفت، به‌طوری‌که ولایت و حکومت در عصر غیبت را منحصر به فقیه جامع‌الشرایط می‌دانند.

نظریه ولایت‌فقیه توسط بسیاری از فقها مطرح گردیده ولی در عصر معاصر توسط امام خمینی (ره) بسط داده‌شده است. ایشان در استدلال خود ابتدا با دلایل عقلی و نقلی به ضرورت تشکیل وجود قانون و حکومت اشاره می‌نمایند و پس از اثبات این ضرورت با توجه به آنکه اداره حکومت بدون حاکم و والی امکان ندارد، در عصر حضور، پیامبر اکرم (صلی‌الله علیه و آله) و ائمه اطهار (علیه‌السلام) را به‌عنوان والی و حاکم در حکومت اسلامی معرفی کرده است.

در عصر غیبت با نقل روایاتی حق حکومت را تنها برای فقیه عادل اختصاص داده‌اند و حاکم مشروع و منصوب را فقیه عادل می‌دانند. باگذشت زمان و ظهور و بروز نظریه ولایت فقیه در چند سال اخیر سؤال مهمی در خصوص مبنای مشروعیت ولایت مطلقه فقیه جامع الشرائط در بین پیروان این نظریه فقه سیاسی مطرح شد که در پاسخ به مبنای مشروعیت حکومت اسلامی فقیه در عصر غیبت دو اندیشه انتصاب و انتخاب در مقابل یکدیگر طرح شدند که پیروان هر دو اندیشه از شاگردان مرحوم امام خمینی (ره) می‌باشند که در خصوص منشأ و مبنای مشروعیت حکومت اسلامی فقیه در عصر غیبت اختلاف نظر دارند اگرچه آن‌ها در مشروعیت ولایت فقیه به این معنی که شارع مقدس، حکومت و سرپرستی جامعه اسلامی را در عصر غیبت، حق مسلم فقهای عادل واجد شرایط می‌داند، اختلافی ندارند.

اختلاف در این است که آیا شارع برای عصر غیبت فقط صفات حاکم اسلامی را تبیین کرده ولی رسمیت و اعتبار قانونی وی را به انتخاب مردم واگذار نموده است یا اینکه علاوه بر تنصیب صفات، در مرحله جعل و اعتبار نیز وارد شده و حاکم واجد شرایط را برای مقام ولایت نصب کرده است و اقبال مردم به یک فقیه صرفاً اقتدار بخش بوده، ولایت او را بالفعل ساخته و زمینه تحقق آن را فراهم می‌آورد.

بر اساس دیدگاهی که به نظریه انتخاب معروف است، ولایت از مقولات عقلی و محصول قرارداد طرفینی است که بین مردم و فقیه بسته می‌شود به طوری که ایجاب آن از طرف مردم و قبولش از جانب فقیه عادل انجام می‌پذیرد. بر مبنای این دیدگاه اعتبار و مشروعیت ولایت، ناشی از بیعت هست. بیعت وسیله انشاء تولیت بعد از مقاوله و رضایت است به این معنا که بعد از گفتگوی فقیه و مردم و رضایت طرفین نسبت به شرایط یکدیگر، مردم با فرد واجد شرایط بیعت می‌کنند یعنی اینکه حکمرانی او را می‌پذیرند و با بیعت، ولایت محقق می‌شود.

بر مبنای نظریه انتصاب، نصب به معنای تعیین صاحب یک عنوان برای تصدی یک مقام و سمت است و همان‌طور که فقیه جامع‌الشرایط برای تصدی مقام افتاء و مقام قضاء و به دست آوردن فتوا و یا استنباط احکام قضا و اجرای آن از جانب خداوند تبارک و تعالی و امام معصوم (علیه‌السلام) منصوب می‌گردد، در مسئله ولایت که سمت سوم فقیه است از ناحیه امام معصوم (علیه‌السلام) برای ولایت

حکومت نصب می‌شود البته به نصب عام به این معنی که فرد معین و خاصی تعیین نمی‌گردد بلکه فقط فقیه دارای شرایط مقرر در فقه برای مقام افتاء، قضاء و ولایت را منصوب به این مقامات می‌نماید.

هر حکومت یک نظام کیفری خاص مبتنی بر مبانی سیاسی خود را دارد. هر نظام کیفری متشکل از نهادهایی چون جرم‌انگاری و تقنین قوانین کیفری، سیستم قضایی، قضاوت، مدیریت و اجرای مجازات است. معمولاً رکن اساسی نظام سیاسی هر حکومتی یعنی نوع حاکمیت آن با توجه به مبانی سیاسی و جهان‌بینی و ادله مشروعیت آن حکومت‌ها بر ماهیت نهادهای نظام کیفری‌شان سایه می‌گستراند و نظام کیفری هم متأثر از این رکن و عنصر اساسی نظام سیاسی واقع می‌گردد.

بر همین اساس، حکومت اسلامی هم به‌عنوان یک حکومت مستثنای از این امر نیست. با توجه به اینکه رکن اساسی نظام سیاسی حکومت اسلامی در عصر غیبت مقام رهبری و ولایت فقیه است. و در خصوص مبانی مشروعیت رهبری و زعامت فقیه دو دیدگاه وجود دارد (انتخاب و انتصاب). و هر دیدگاه نظام سیاسی خاص خود را دارد. ما درصدد تشریح میزان اثرگذاری هر کدام از ساختارهای سیاسی این دو اندیشه بر مؤلفه‌های نظام کیفری هستیم. و یا به‌عبارت‌دیگر درصدد بیان مصادیق مداخله رهبری دینی در سه حوزه اصلی نظام کیفری با توجه به مبانی مشروعیت (انتخاب یا انتصاب) ولایت فقیه هستیم.

آنچه را می‌توان به‌عنوان مصادیق مداخله رهبری دینی در سه حوزه اصلی نظام کیفری نام برد امور ذیل است:

نخست؛ تقنین و به عبارتی دیگر جرم‌انگاری و کیفر گذاری. آنچه مسلم و بدیهی است هر حکومتی با توجه به «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» برخی از رفتارهای افراد جامعه را با توجه مبانی سیاسی خود ممنوع اعلام نموده و برای مرتکبین این رفتارها مجازات قرا داده است اما در مبانی حکومت اسلامی بر اساس این عقیده که جواز یا ممنوعیت رفتارها به امر الهی بوده و تقنین مختص مقام پروردگار

عالم است و تقنین فقط کاشف از این تشریح الهی است که از طریق قوه اجتهاد و با استنباط از منابع دین کشف می شود.

لکن سؤالات مهمی اینجا وجود دارد و آن اینکه معیار و ملاک در کشف از قانون الهی چه فتوایی است؟ آیا در مقام کاشفیت بین موضوعات منصوصه و غیر منصوصه تفاوتی وجود خواهد داشت؟ و آیا اندیشه سیاسی حاکم بر حکومت اسلامی در تعیین ملاک و معیار اثرگذار است یا خیر؟

در پاسخ این به سؤالها نظریه‌های متفاوت ولایت فقیه {اندیشه انتصاب و اندیشه انتخاب} در هر دو حوزه منصوصات و غیر منصوصات با توجه به ساختار سیاسی خود و تشکیل فرایند قدرت، پاسخ متناسب با خود را دارند که در این پاسخها نقش رهبری دینی موردتوجه و التفات است. بر اساس بعضی از این اندیشه‌ها معیار کاشفیت فقط فتوای فقیه حاکم خواهد بود و طبق اندیشه دیگر امکان دارد گاهی سایر فتاوا هم بتوانند معیار و ملاک کاشفیت قرار گیرند.

دوم؛ قضاوت و اداره نظام قضایی جامعه. یکی دیگر از نهادهای یک نظام کیفری، ساختار قضایی و حدود اختیارات و استقلال قوه قضائیه نسبت به سایر قوای حکومتی هست. در این زمینه نیز پرسش‌های متعددی درباره حدود مداخله ولی فقیه مطرح است اینکه در ساختار حکومت اسلامی با توجه به نظریه‌های ولایت فقیه چهارچوب قضایی و حدود اختیارات ریس قوه قضائیه چگونه ترسیم شده است؟ آیا مقام قضا که از شئون فقیه است مستقیم بر عهده ولی فقیه است؟ تعامل قضا با ولی فقیه چگونه است؟ آیا حاکمیت یک فقیه، صلاحیت مقام قضاوت را از سایر فقها سلب می نماید؟

در پاسخ به این قبیل سؤالها نظریه‌های متفاوت ولایت فقیه {اندیشه انتصاب و اندیشه انتخاب} در دو حوزه تولیت و تصدی امر قضاوت با توجه به ساختار سیاسی خود و تشکیل فرایند قدرت، پاسخ‌های متناسب با خود را دارند که در این پاسخها نقش رهبری دینی موردتوجه و التفات هست. طبق برخی از اندیشه‌ها تولیت امر قضاوت شرعاً فقط بر عهده فقیه حاکم خواهد بود و طبق اندیشه دیگر ممکن است گاهی سایر فقها به انتخاب مردم یا روش‌های دیگر بتوانند متولی قرار بگیرند.

سوم؛ مجازات. یکی دیگر از نهادهای بحث از مدیریت مجازات هست که با توجه به نظریه‌های ولایت‌فقیه این موضوع که رهبری تا چه حد می‌تواند در اصل اجرای مجازات و عدم اجرای مجازات، مجری مجازات، شروط اجرای آن‌ها، معافیت از آن‌ها نقش ایفا نماید؟ محل بحث و نظر است که طبق برخی از اندیشه‌ها ملاک برای اجرای مجازات نظر فقهی فقیه حاکم خواهد بود و طبق اندیشه دیگر در برخی حالات امکان دارد سایر فتاوا هم بتوانند معیار و ملاک قرار گیرند.

اگرچه بنای این نوشته بر تطبیق این اندیشه‌ها بر نظام کیفری ایران نیست اما به‌عنوان نمونه برخی از موارد را که قانون مجازات اسلامی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۹۲ که در مواد مختلفی به نقش رهبری اشاره نموده است در ذیل مطرح می‌گردد:

۱. اختیار عفو مرتکب جرم حدی پس از توبه در صورتی که حد با اقرار ثابت شده باشد (ماده ۱۱۴ ق.م)
۲. عفو خاص (م ۹۶ ق.م)
۳. استیذان در قصاص (م ۴۱۷ ق.م)
۴. اذن در عفو یا قصاص کسی که ولی ندارد یا ولی او غایب است (م ۳۵۶ ق.م)
۵. تعیین دیه در هر سال توسط رئیس قوه قضاییه بر اساس نظر رهبری (م ۵۴۹ ق.م).

این تحقیق و پژوهش درصدد است که ضمن بیان دیدگاه‌ها و نظریاتی که در خصوص ولایت‌فقیه مطرح گردیده، بدون ورود در ادله قائلان، تأثیر این دیدگاه‌ها در مداخله رهبری به‌عنوان عنصر اصلی نظام سیاسی اسلام در مسائل کیفری از جمله در حیطه تقنین، قضا و اعمال مجازات را تحلیل نموده و در تکمیل بحث بررسی نماید که نظام کیفری ایران از چه دیدگاهی تبعیت نموده یا به کدام یک از این دو دیدگاه نزدیک هست.

۲- انگیزه انتخاب

فقها در زمان‌ها مختلف به دلیل آنکه کم‌تر در معرض حکمرانی بوده‌اند به مباحث حکومتی توجه کم‌تری داشته‌اند. بدین‌جهت فقه حکومتی شیعه از غنای کم‌تری نسبت به فقه عبادات برخوردار است. اکنون با تحقق نظامی مبتنی بر ولایت مطلقه فقیه بحث از حوزه‌های دخالت فقیه در عرصه‌های مختلف از جمله حقوق کیفری مطرح می‌گردد؛ لیکن چون تاکنون به‌طور خاص در این عرصه فعالیت پژوهشی چندانی صورت نگرفته است، هدف از ارائه این موضوع برداشتن گامی در جهت پیشبرد فقه حکومتی در عرصه حقوق کیفری و تبیین مبنا و چگونگی مداخله رهبری در این عرصه هست.

۳- ضرورت تحقیق

مسئله بازتاب نظریات پیرامون ولایت فقیه بر نظام کیفری حکومت اسلامی آن‌چنان‌که بایسته است موردعنایت فقها و حقوقدانان قرار نگرفته است و عدم بررسی و طرح آن در آثار فقهی و حقوقی گویای این کم‌توجهی هست.

از آنجاکه نظام سیاسی ما مترصد طراحی نظام حقوق کیفری اسلامی هست مسلماً ضروری است که در طراحی این نظام حقوقی بایستی ابتدای بر مبانی دقیق اسلامی به‌طورجدی مدنظر باشد که از اهم این مبانی، موضوع زعامت و ولایت فقیه هست. چراکه هنگامی می‌توان یک موضوع و حرکت را اسلامی نامید که مبتنی بر مبانی اسلامی مستنبط از منابع اسلامی باشد.

با توجه به تفاوت مبانی مشروعیت ولایت فقیه در دو تئوری انتخاب و انتصاب مشخصاً تفصیلی مسائل حقوق کیفری اسلامی نیز از آن متأثر خواهد گردید. بنابراین ارائه پژوهشی فقهی در این زمینه علاوه بر توسعه دانش حقوق اسلامی، به مسئولین حکومت اسلامی این امکان را می‌بخشد که مشروعیت و تطابق رفتار خود با مبانی اصیل اسلامی در حوزه نظام کیفری را مطمح نظر قرار دهند.

۴- پیشینه تحقیق

در خصوص مباحث مرتبط با مبحث ولایت فقیه کتب و مقالات گوناگونی به مرحله چاپ و نشر رسیده است که از نظر کمی حدود هزار اثر هست. در ادامه به برخی از آثار اشاره می‌شود.

البته اخیراً به همت مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان کتابی با عنوان «بانک جامع مقالات ولایت فقیه و حکومت اسلامی» به چاپ رسیده است که منبع خوبی جهت کتاب‌شناسی این موضوع است.

الف- کتاب‌ها

کتاب شئون و اختیارات ولی فقیه مرحوم امام خمینی (ره) (انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۳۷۱ ش) که ایشان با استناد به احادیث و روایات معصومین (علیهم‌السلام) شئون و اختیارات مطلقه ولی فقیه را تبیین کرده است. این کتاب ترجمه مبحث ولایت فقیه از کتاب «البیع» است.

کتاب‌های نظام الحکم فی الإسلام، حکومت دینی و حقوق انسان؛ دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامية در ۴ جلد که ترجمه آن به نام مبانی فقهی حکومت اسلامی در ۸ جلد از جمله آثار مرحوم منتظری در این موضوع است و کتاب ولایت فقیه جوادی آملی، کتاب الولاية الإلهية الإسلامية أو الحكومة الإسلامية مؤمن قمی، مبانی حکومت اسلامی جعفر سبحانی، حاکمیت در اسلام یا ولایت فقیه سید محمدمهدی موسوی خلخالی. در این آثار به مباحث رهبری دینی و حدود اختیارات آن اشاره شده است لیکن در این کتاب‌ها اصولاً به حیطة وظایف رهبری در امور کیفری و علی‌الخصوص مبانی این مداخله اشاره‌ای نشده است. بله در خصوص جلوه‌های مداخله و یا فقط بیان مبانی به‌طور موردی در منابع مختلف مواردی یافت می‌شود برای مثال:

شریف لک زایی در کتاب خود با عنوان بررسی تطبیقی نظریه‌های ولایت فقیه (نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم، ۱۳۸۶) به بررسی نظریه‌های ارائه‌شده درباره حکومت اسلامی در دوره غیبت