

## حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ ق.ا. در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

احمد حاجی ده‌آبادی\*

دانشیار دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۹۵/۳/۲؛ تاریخ پذیرش: ۹۵/۶/۲۷)

### چکیده

مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی موظف است که کوشش کند حکم هر دعوا را در قانون‌های مدون بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند. در این موضوع اختلافی نیست که در دعاوی مدنی قاضی می‌تواند، بلکه باید به منابع معتبر اسلامی مراجعه کند. اما در امور کیفری برخی موافق و برخی مخالفند. موافقان به عموم اصل مذکور استناد می‌کنند و مخالفان برخی با استناد به اصل ۳۶ ق.ا. و برخی به علت مشکلات عملی در رجوع به فقه، این اصل را در امور کیفری حاکم نمی‌دانند و در فرض نبودن مقررۀ قانونی، به لزوم صدور حکم برائت اصرار می‌ورزند. در این مقاله با تبیین دقیق محل نزاع، به داوری میان موافقان و مخالفان پرداخته شده و در این زمینه، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بررسی و بر این مطلب تأکید شده است که اصل رجوع به فقه در امور کیفری امکان دارد، هرچند در سعه آن تأملاتی است.

### واژگان کلیدی

اصل برائت، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل ۱۶۷ قانون اساسی، جرایم شرعی، حکومت و ورود، قاعده قبیح عقاب بالابیان.

## مقدمه

برای منابع حقوق جزا و به تعبیر بهتر منابع حقوق، تقسیمات متعددی ذکر شده‌اند، همچون صوری و مکمل (اردبیلی، ۱۳۹۳، ج ۱: ۱۸۵) و اصلی و فرعی (نوربها، ۱۳۷۹: ۳۷ و ۴۲). یکی از این تقسیمات، تقسیم منابع به منابع الزامی و ارشادی است (محسنی، ۱۳۵۴، ج ۱: ۳۹). مقصود از منابع الزامی منابعی هستند که قاضی در موقع صدور حکم حتماً باید به یکی از آنها استناد کند، وگرنه حکم قاضی نقض و قاضی در دادگاه انتظامی قضات تحت پیگرد قرار می‌گیرد، ولو آنکه حکم او از جهات دیگر صحیح باشد. در حال حاضر این الزام در اصل ۱۶۶ قانون اساسی تبلور یافته است: «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است». در مقابل، منابع ارشادی منابعی هستند که قاضی می‌تواند به آنها استناد کند، گرچه استناد انحصاری به این گروه از منابع، سبب نقض حکم وی می‌شود، البته از این جنبه که به منابع الزامی استناد نشده است. مصادیق منابع الزامی متعدّدند، همچون قانون اساسی، قانون‌های عادی، مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام و از جمله منابع و فتاوی معتبر اسلامی. در مورد اینکه آیا در صورت سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قانون‌های جزایی، قاضی حق مراجعه به فقه را دارد و به تعبیر دیگر منابع و فتاوی معتبر اسلامی جزو منابع الزامی حقوق جزا هستند یا خیر، اختلاف عقیده وجود دارد. با توجه به اینکه مسئله مذکور در مباحث جزایی بسیار سرنوشت‌ساز و دارای اهمیت فراوانی است و پاسخ مثبت به سؤال فوق ما را با حجم زیادی از احکام فقهی مواجه می‌کند که در قانون از آنها اثری نیست، باید مسئله به‌طور کامل بررسی شود.

سیر مطالب این نوشتار چنین است که ابتدا به تحریر محل نزاع می‌پردازیم (الف)؛ سپس از دلیل جواز رجوع به فقه بحث می‌شود (ب)؛ آنگاه به تبیین ادله عدم جواز رجوع به فقه یعنی نظر مخالفان خواهیم پرداخت که خود بر دو گروهند (ج)؛ سپس به ارزیابی ادله جواز و عدم جواز پرداخته می‌شود (د) آنگاه به بررسی قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از منظر رجوع به فقه می‌پردازیم (ه) و در نهایت با ذکر نکاتی بحث را پایان خواهیم داد (و).

## الف) تحریر محل نزاع

۱. بحث ما درباره وضعیت فعلی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران است، نه درباره وضعیتی که شاید داشته باشد، به تعبیر دیگر از هست و نیست بحث می‌کنیم، نه از باید و نباید.

۲. رجوع به منابع و فتاوی معتبر اسلامی دو حالت دارد. گاه حکم را قانون بیان کرده است، اما در قانون ابهام وجود دارد (مثلاً موضوع، شرایط ذکر شده در قانون و مانند آن) و در نتیجه برای تشخیص هر چه بهتر قانون، به فقه مراجعه می‌شود. این رجوع، اشکال ندارد و پذیرفته شده است. مثلاً در مورد واژه «الاقرب فالاقرب» که در ماده ۲۶۰ و ۳۱۳ ق.م.ا. ۱۳۷۰ آمده بود و از آن به «ضمان اقارب» تعبیر می‌شد، ابهام وجود داشت که آیا مراد همان عاقله است یا با عاقله تفاوت دارد و زن‌ها و نیز خویشاوندان مادری را هم دربر می‌گیرد. در نتیجه می‌توان برای تبیین مفهوم این واژه به فقه مراجعه کرد.<sup>۱</sup> همچنین برای تشخیص و تبیین معنای واژگان حیض و نفاس در ماده ۲۲۷ و واژگان مسلمان، ذمی، معاهد و مستأمن در ماده ۳۱۰ ق.م.ا. ۱۳۹۲ می‌توان به فقه مراجعه کرد.<sup>۲</sup> اما گاه رجوع به منابع و فتاوی معتبر فقهی برای شناخت حکم است، به این معنا که برای عملی در قانون مجازات تعیین نشده، اما در فقه چنین عملی قابل مجازات دانسته شده است. مثلاً در قانون برای وطی بهیمه (ارتباط جنسی با حیوانات)، استمناء، سحر، ادعای نبوت، امساک و نظارت در قتل عمد، مجازات تعیین نشده؛ در حالی که برای چنین اعمالی در فقه مجازات پیش‌بینی

۱. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، با آوردن واژه «عاقله» در ماده ۴۳۵ (که جایگزین مواد ۲۶۰ و ۳۱۳ ق.م.ا. ۱۳۷۰ شده است) ابهام فوق را مرتفع کرده است.

۲. دکتر اردبیلی در این زمینه می‌نویسد: «در مواردی که دادگاه‌های کیفری در یافتن ماهیت بعضی از حقایق شرعی و یا فقهی با نقص قانون مواجه‌اند، می‌توانند با استناد به منابع فقهی و یا فتاوی معتبر، این نقص را مرتفع سازند... قانونگذار مفهوم تمیز را در قانون مجازات اسلامی تعریف ننموده است و معلوم نیست طفل غیر ممیز یا طفل ممیز (ماده ۲۷۲ ق.م.ا.) به چه کسی خطاب می‌شود. بنابراین چون قانون در این مورد ساکت است، یافتن حکم مذکور در منابع فقهی و یا فتاوی معتبر... منافات ندارد و قاضی می‌تواند در مقام صدور رأی به آن استناد کند» (اردبیلی، ۱۳۹۳، ج ۱: ۲۰۳ - ۲۰۴).

شده است. حال یا به‌طور خاص یا با عنوان عام. آیا قاضی می‌تواند در این زمینه به فقه مراجعه کند و حکم به مجازات دهد؟ این سؤال در موارد ابهام، نقص و تعارض قانون‌ها نیز مطرح است.

در این زمینه اختلاف عقیده وجود دارد، برخی مخالف و برخی موافق رجوع به فقه هستند.

۳. بحث ما در این مقاله درباره اصل امکان رجوع به فقه در زمینه مسائل کیفری است، نه درباره سعه و ضیق آن. به تعبیر دیگر طبیعی است که موافقان رجوع به فقه، در زمینه سعه و ضیق رجوع به فقه یکسان نیندیشند و با هم اختلاف داشته باشند. موضوع مقاله این است که آیا فی‌الجمله و حداقل در برخی موارد می‌توان به فقه مراجعه کرد یا اینکه مانند مخالفان باید بگوییم که به‌هیچ‌وجه و در هیچ صورتی نمی‌توان برای تشخیص حکم به فقه مراجعه کرد.

#### ب) دلیل جواز رجوع به فقه

دلیل این مطلب عموم اصل ۱۶۷ ق.ا. است. مطابق این اصل:

«قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

واژه «هر دعوا» عام و شامل دعاوی مدنی و کیفری است و در نتیجه آنگاه که برای عملی در قانون‌های موضوعه مجازات تعیین نشده است، باید به فقه مراجعه کرد و در صورتی که در فقه هم برای چنین عملی مجازات تعیین نشده باشد، آنگاه حکم برائت صادر می‌شود. موافقان همچنین ماده ۲۱۴ ق.ا.د.ک. مصوب ۱۳۷۸ را که شبیه ماده ۳ ق.ا.د.م. مصوب ۱۳۷۹ است، به‌عنوان مؤیدی<sup>۱</sup> بر عقیده خود آورده‌اند:

۱. اینکه می‌گوییم «مؤید» و نه «دلیل» به آن خاطر است که اگر ادعای مخالفان مبنی بر عدم امکان رجوع به

«رای دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است. دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد، با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض یا ابهام قوانین مدون، از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند».

پیش از قانون فوق، قانون‌های دیگری مثل ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱<sup>۱</sup>، ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو مصوب ۱۳۶۸<sup>۳</sup> و ... بر عمومیت اصل ۱۶۷ و شمول آن بر موارد کیفری تأکید داشتند.

### ج) تبیین نظر عدم جواز رجوع به فقه

کسانی که مخالف رجوع به منابع و فتاوی معتبر فقهی هستند، بر دو گروهند:

#### ج.۱: مخالفت به علت اصل قانونی بودن جرم و مجازات

گروه اول که عمده مخالفان را تشکیل می‌دهند، رجوع به فقه را مخالف اصل قانونی بودن جرم و مجازات (سپهوند، ۱۳۸۶: ۲۳) و قاعده قبح عقاب بلا بیان (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۱۶، بندرچی، ۱۳۷۱: ۱۴۳ و ۱۴۵) و اصل ۳۶ ق.ا. می‌دانند که مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». این گروه عموم اصل ۱۶۷ را به وسیله اصل ۳۶ تخصیص زده‌اند (حبیب‌زاده، ۱۳۸۳: ۱۹؛ بشیریه، ۱۳۸۷: ۱۵۴) و در نتیجه مقصود از واژه «هر دعوا» را دعاوی غیرکیفری می‌دانند. در نتیجه دادگاه‌ها را موظف می‌دانند که برای اعمالی که در قانون‌های موضوعه جرم تلقی نشده‌اند،

---

فقه بر اساس اصل ۳۶ ق.ا. صحیح باشد، چاره‌ای نیست جز اینکه بگوییم ماده ۲۱۴ و مواد مشابه؛ خلاف قانون اساسی نوشته شده‌اند و غیرمعتبرند. به تعبیر دیگر چون قانون عادی همسنگ و همتراز با قانون اساسی نیست، در این بحث در عرض قانون اساسی به عنوان دلیل به شمار نمی‌آید.

۱ و ۳. این دو ماده عین ماده ۲۱۴ است. تنها به جای «دادگاه» واژه «دادگاه‌ها» و به جای عبارت «فتاوی معتبر» واژه «فتاوی مشهور و معتبر» آمده است.

با استناد به اصل برائت، حکم به بی‌گناهی متهم صادر کنند؛ هرچند چنین اعمالی در فتاوی و منابع معتبر، جرم تلقی شده باشد (اردبیلی، ۱۳۹۳، ج ۱: ۲۰۲؛ حبیب‌زاده، ۱۳۸۳: ۹ و ۱۱ و ۲۱).

### ج. ۲: مخالفت به علت مشکلات اجرایی

گروه دوم، رجوع به منابع و فتاوی معتبر فقهی را خلاف اصل قانونی بودن نمی‌دانند، بلکه عدم رجوع را به دلیل موانع اجرایی و محذورات عملی می‌دانند که از «عدم توانایی اکثر قضات به مراجعه به منابع معتبر فقهی و تشخیص و تمییز اعتبار منابع و فتاوی که قلمروی پیچیده و تخصصی است» (حسینی، ۱۳۸۳: ۱۵۰) ناشی می‌شود. ابهام و اجمال وازگان «منابع فقهی معتبر» و «فتاوی معتبر» سبب پیدایش موانع عملی نامبرده شده است: «اصولاً مقصود از "منابع فقهی معتبر" و "فتاوی معتبر" روشن نیست. اجمال و ابهام مفهوم منابع و فتاوی از اینجا ناشی می‌شود که "منابع فقهی معتبر" می‌توانند منابع معتبر استنباط احکام فقهی (کتاب و سنت) یا کتب و آثار فقهی فقها باشد. لازمه مفهوم نخست این است که مقنن کلیه قضات را مجتهد و قادر به استنباط حکم شرعی از منابع اصلی فقهی فرض کرده باشد، فرض کاملاً غیرواقعی ... به نظر می‌رسد مقصود قانونگذار از منابع معتبر فقهی، کتب و آثار فقهی باشد. در این صورت نیز قانونگذار قضات را به چیزی تکلیف کرده که در توان اکثریت غالب آنان نیست. مضافاً اگر مقصود از "منابع فقهی معتبر" کتب فقهی باشد، دیگر تعبیر "یا فتاوی معتبر" نمی‌تواند صحیح باشد، زیرا فتاوی معتبر جز با مراجعه به منابع فقهی معتبر قابل دسترسی نیست؛ باز هم می‌گذریم از اینکه مقصود از "فتاوی معتبر" نیز روشن نیست، آیا مقصود فتاوی اجماعی یا مشهور است؟ یا فتاوی است که به نظر قاضی دادگاه مستدل‌تر می‌باشد، هرچند خلاف مشهور باشد؟ ملاک "اعتبار" چیست؟ در صورت مخالفت فتاوی مشهور با فتاوی ولی فقیه زمان یا با نظر غالب فقهای شورای نگهبان تکلیف چیست؟ و بالأخره، اگر قضیه از مسائل مستحدثه‌ای باشد که در فقه

راجع به آن بحثی نشده و اجتهادی به عمل نیامده است، چگونه قاضی به تکلیف و الزام مصرح در ماده ۲۱۴ ق.ا.د.ک عمل بکند؟ و ...» (همان: ۱۵۱).

بنابراین «صحیح، مشروع، معقول و عملی، همان چیزی است که در ماده ۲ ق.م.ا [۱۳۷۰] بدان تصریح شده است. هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود» (همان: ۱۲۸). بنابراین می‌توان گفت از منظر این گروه، برای رجوع به فقه در امور کیفری، مقتضی وجود دارد اما به علت وجود موانع یا موانع، نمی‌توان به آن قائل شد.

#### د) ارزیابی ادله

در مقام ارزیابی نظریات و ادله بیان شده به نظر می‌رسد جواز رجوع به فقه صحیح است و در نتیجه در امور کیفری قاضی حق مراجعه به منابع و فتاوی معتبر را دارد. آنچه بر مقصود دلالت می‌کند، در اینجا آورده می‌شود.

#### د. ا. مخالف موازین شرعی بودن نظر مخالفان:

آنچه سبب می‌شود تا نظر موافقان صائب شمرده شود، اصل چهارم ق.ا. است. این اصل که هم‌تراز با سایر اصول نیست، بلکه حاکم بر آنهاست؛ مقرر می‌دارد: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است».

مطابق این اصل، سایر اصول قانون اساسی و همه قانون‌ها باید به گونه‌ای تفسیر و تبیین شوند که خلاف موازین اسلامی نباشند. حال سخن اینست که معنایی را که مخالفان (گروه اول) از اصل ۳۶ و اصل ۱۶۷ گرفته‌اند، خلاف موازین اسلامی است، زیرا بر اساس نظر این عده، اعتبار قانون بشری فوق قانون الهی است. به تعبیر دیگر فرموده خداوند متعال در قرآن مبتنی بر: «الزانیه والزانی فاجلدوا کل واحد منهما مائه جلده» (نور: ۲) و «السارق والسارقه فاقطعوا ایدیهما» (مائده: ۳۸) و مانند آن، مجوز مجازات کردن زناکار و دزد

نیست؛ بلکه باید صبر کرد تا مجلس شورای اسلامی تشکیل شود و بشر بر قانونگذاری شرع صحه بگذارد و آیات شریفه به صورت قانون موضوعه درآیند تا آنگاه بتوان بر زناکار و دزد حد جاری کرد! به تعبیر دیگر اگر روزی به فرض قانونگذار، زنا، لواط، شرب خمر، مساحقه و سرقت حدی و ... را از قانون مجازات اسلامی حذف کند یا به فرض از ابتدا اینها در قانون نیامده بود، این اعمال جرم تلقی نمی‌شوند و نمی‌شدند!! آیا برگشت نظر مخالفان جز به این است که اعتبار قانون بشری فوق قانون مسلم الهی است و جرم‌انگاری بشری فوق جرم‌انگاری الهی.

شایان ذکر است که قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ که برای پنج سال به طور آزمایشی تصویب شده بود، چندین بار تمدید اعتبار شد. اما در این اواخر قانونگذار سالانه آن را تمدید اعتبار می‌کرد تا هر چه سریع‌تر قانون جدید به تصویب برسد. در پایان سال ۱۳۹۰ قانونگذار آن را تمدید نکرد؛ حال یا به علت فراموشی یا به هر دلیل دیگر، تا اینکه در اردیبهشت ۱۳۹۱ تمدید اعتبار شد. یعنی در برهه‌ای از زمان که حدود یک تا دو ماه طول کشید، قانون معتبری نداشتیم. حال آیا مخالفان قائلند که قتل، ضرب، جرح، سرقت، زنا و لواط و ... که در این فاصله صورت گرفته، جرم نبوده است و تعقیب‌شدنی نیست و نمی‌توان بر قاتل عمدی، قصاص و بر قاتل غیرعمدی دیه را تحمیل کرد؟

همچنین قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ در ماده ۲۱۲ مقرر می‌داشت: «هرگاه دو یا چند مرد مسلمان مشترکاً مردی را بکشند، ولی دم با اذن ولی امر می‌تواند همه آنها را قصاص کند و ...» این قانون متعرض سایر صور نشده بود، یعنی قتل عمد یک زن توسط چند زن یا توسط چند مرد و زن و نیز قتل عمد مرد توسط چند مرد و زن. آیا می‌توانستیم بگوییم که شرکت در قتل عمد در چنین صورتی به علت فقد نص قانونی، جرم نیست و نمی‌توان شرکا را قصاص کرد؟ نیز در همین قانون، به مجازات شرکت در قطع عضو اشاره‌ای نشده بود و برخی اعتقاد داشتند که به علت فقدان نص قانونی، نمی‌توان همه شرکا را قطع عضو را قصاص کرد (با وجود آنکه مطابق فقه می‌توان شرکا را با پرداخت فاضل دیه قصاص کرد) و تنها می‌توان هر شریکی را به اندازه جنایتی مجازات کرد که انجام داده است (اردبیلی، ۱۳۷۹، ج ۱: ۲۹). تالی فاسد این نظر آن بود که مثلاً اگر دو نفر یکی از روی دست و دیگری از زیر دست، جراحی را بر دست دیگری وارد کنند و دست او را قطع



کنند، مجنی علیه تنها می تواند دست نفر اول را از بالا به اندازه جراحی که وارد کرده و دست نفر دوم را از زیر به اندازه جراحی که ایجاد کرده است، قطع کند و نمی تواند دست هیچ کدام را قطع کند. همچنین این نظر در جایی که دو نفر شمشیری را بلند و دست دیگری را قطع می کنند، عقیم است و معلوم نمی کند که چه باید کرد. البته بنا بر عقیده رجوع به فقه در هر دو فرض بالا<sup>۱</sup>، مجنی علیه می تواند دست هر دو را قطع کند، البته باید دیه یک دست را بین دو نفر جانی تقسیم کند. ماده ۳۷۳ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در این زمینه حکم قضیه را روشن کرده و به جواز قصاص همه شرکا با رد فاضل دیه یا قصاص یکی تصریح کرده، گرچه در فرض اخیر پرداخت فاضل دیه بر عهده جانی است که قصاص نمی شود.

به عبارت دیگر در مخالف موازین اسلامی بودن تفسیر مخالفان از اصول ۳۶ و ۱۶۷ می توان چنین گفت که بنا بر فقه اسلامی و صناعت فقهی آیه شریفه «الزانیه والزانی فاجلدوا کل واحد منهما مائه جلده» و سایر آیات و روایاتی که مبین جرم بودن رفتاری هستند، مطلق محسوب می شوند، به این معنا که مطابق اطلاق این ادله، زنا، سرقت و ... جرمند، اعم از آنکه بشر آن را به شکل قانون موضوعه درآورد یا چنین نکنند.

با توجه به آنچه در بالا گفته شد، چاره ای نیست جز آنکه واژه «قانون» را در اصل ۳۶ به معنای عامی بدانیم که شامل «احکام شرعی» هم بشود. گرچه قبول داریم که واژه قانون ظهور در قانون موضوعه دارد، اما برای دچار نشدن به مشکل مخالفت با شرع و موازین اسلامی، باید واژه قانون در اصل فوق را به معنای عام بدانیم. برخی از حقوقدانان در این زمینه نوشته اند:

«این نظر (رجوع به فقه) که مبتنی بر تصریح قانونگذار در اصل ۱۶۷ و نیز با توجه به اصل چهارم همین قانون است، هرگز مغایر با اصل قانونی بودن جرم (اعلام قبلی ممنوعیت عمل) نبوده، بلکه احکام شرعی را در زمره قانون

---

۱. البته در فرض اول برخی مثل مرحوم امام خمینی قائل به صدق اشتراک در جنایت نیستند (موسوی خمینی، بی تا: ۵۱۸) و برخی مثل مرحوم آیت الله خویی به صدق اشتراک در جنایت قائلند (خویی، ۱۴۲۲: ۳۳).

محسوب و دارای همان آثار دانسته است» (صادقی، ۱۳۷۶: ۲۲).

اشکال: شاید در تأیید نظر مخالفان رجوع به فقه چنین گفته شود که اصل چهارم مقرر می‌دارد: «این اصل به اطلاق یا عموم ... حاکم است» اطلاق و عموم از مقوله ظاهر هستند و نه نص. پس اصل چهارم بر اصولی حاکم است که از مقوله ظاهر باشد نه اصولی که از مقوله نص هستند. حال ادعا آنست که اصل ۳۶ قانون اساسی از مقوله نص است و نه ظاهر؛ زیرا با به‌کاربردن دو واژه «باید» و «تنها» صراحت در مقصود دارد و دیگر ابهامی در آن باقی نمی‌ماند تا با حاکمیت اصل چهارم بر آن، بخواهیم ابهام را مرتفع کنیم.

پاسخ: اما این سخن صحیح نیست، زیرا اولاً گرچه اصل ۳۶ از این جنبه که واژگان «باید - تنها» را به‌کار برده، نص است؛ واژه «قانون» در آن نص نیست، یعنی نمی‌توان گفت واژه قانون بدون هیچ‌گونه شک و شبهه‌ای، به‌معنای قانون موضوعه است. بله، «قانون»، ظهور در قانون موضوعه دارد ولی نص در آن نیست، والا اگر نص باشد، واژه «قانون» شامل آرای وحدت رویه و آرای اصراری نمی‌شود و نتیجه آن خواهد بود که قاضی نمی‌تواند در اصدار حکم کیفری به رأی وحدت رویه و رأی اصراری استناد کند، زیرا این دو قانون نیستند. این در حالی است که قضیه برعکس است و قاضی می‌تواند به این دو منبع استناد کند.

نتیجه اینکه اصل ۳۶ از جنبه واژه قانون، ظاهر محسوب می‌شود و در نتیجه اصل چهارم بر آن حاکمیت پیدا می‌کند. به هر حال همان‌گونه که گفته شد، واژه قانون، ظهور در قانون موضوعه دارد و به‌معنای:

«مفهوم قانون در قانون اساسی، مفهومی مضیق است و این مفهوم با مذاقه در اصول ۵۷، ۵۸، ۵۹ قانون اساسی قابل درک است. با عنایت به اصول فوق، قانون صرفاً به مصوبات مجلس شورای اسلامی، کمیسیون‌های مجلس و نتایج همه‌پرسی اطلاق می‌گردد؛ البته این مصوبات نیز بدون تأیید شورای نگهبان (اصول ۹۳، ۹۴ و ۹۶ ق.ا.) و طی مراحل تشریفات قانونی مانند توشیح و

انتشار، عنوان قانون پیدا نمی‌کند و دارای اعتبار و قابلیت اجرا نیست»  
(حبیب‌زاده، ۱۳۸۳: ۲۰).

حال اگر گفته شود که قانون، نص در مفهوم فوق است و بنابراین شامل منابع و فتاوی فقهی نمی‌شود، نتیجه آن خواهد شد که قاضی در صدور حکم کیفری نمی‌تواند به آرای وحدت رویه و آرای اصراری (در همان پرونده‌ای که رأی اصراری صادر شده است) استناد کند؛ زیرا این امور قانون به مفهوم فوق نیستند. اگر گفته شود که قانون مفهوم عامی دارد که شامل این امور می‌شود، پذیرفته‌ایم که قانون، نص در قانون موضوعه نیست و ظاهر در آن است و در نتیجه اصل ۳۶ از این جنبه ظاهر محسوب می‌شود و اصل ۴ با آوردن عبارت «کلیه قوانین و مقررات ... از جمله اصول قانون اساسی حاکم است» نص محسوب می‌شود و نص بر ظاهر مقدم خواهد شد.

ثانیاً حتی اگر نص بودن اصل ۳۶ را از همه جهات بپذیریم، فلسفه وضع اصل چهارم قانون اساسی که عدم مخالفت کلیه قانون‌ها و مقررات با موازین شرع بوده، چنان قوی است که شامل اصول و قانون‌هایی هم می‌شود که در نص مطلوبند. به تعبیر دیگر معنا ندارد که قانون اساسی نصوص خلاف شرع را قانونی و آنها را لازم‌الاتباع بداند.

#### د) ۲. شواهدی بر جواز رجوع به فقه:

شواهد متعددی حکایت از آن دارند که واضع قانون و مفسر آن همگی به جواز رجوع به منابع و فتاوی معتبر اسلامی قائل هستند. نگاهی به مذاکرات مجلس خبرگان در زمان تصویب اصل ۱۶۷ مؤید اطلاق ظاهر و شمول آن بر تمامی دعاوی، اعم از مدنی و کیفری است.<sup>۱</sup> تصویب موادی از قانون‌های عادی مبنی بر جواز رجوع به منابع و فتاوی معتبر فقهی و تأیید آنها به وسیله شورای نگهبان به عنوان مفسر قانون اساسی در همین راستا تلقی می‌شود. موادی مثل ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک. و ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱ و نیز ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو مصوب ۱۳۶۸.

۱. در این زمینه رک. به صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی قانون اساسی، ج ۳: ۱۶۵۳.

شورای نگهبان نیز به‌عنوان مفسر قانون اساسی، علاوه بر تصویب مواد فوق‌الذکر که به‌گونه‌ای از نظر تفسیری آن شورا حکایت دارد، گاه بر جواز رجوع به شرع تصریح کرده است، چنانکه ماده ۲ لایحه قانون مجازات اسلامی مقرر می‌داشت: «جرم فعل یا ترک فعلی است که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است و هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد». شورای نگهبان در نامه شماره ۸۸/۳۰/۳۷۱۳۵ مورخ ۸۸/۱۰/۲۹ در مورد ماده ۲ لایحه ق.م.ا. مقرر داشته است:

«در ماده ۲ از این جهت که فعل یا ترک فعلی را که شرعاً مجازات داشته باشد، ولی قانون متعرض مجازات آن نشده، مستوجب مجازات نمی‌داند، خلاف موازین شرع شناخته شد. هرگاه این ماده به‌صورت متن سابق اصلاح شود، ایراد برطرف می‌گردد».

در نهایت کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس به‌منظور رفع ایراد شورای نگهبان، در آخرین اصلاحیه این لایحه مورخ ۱۳۹۰/۵/۲ ماده ۲ را به شرح زیر اصلاح کرد که در نهایت هم به همین شکل به تصویب رسید: «ماده ۲. هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود». روشن است که با حذف عبارت «هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد» امکان رجوع به منابع شرعی فراهم می‌شود و در نتیجه ماده ۲ قانون فعلی هیچ‌حصری را برای عمل مجرمانه به «عمل ممنوعه توسط قانون موضوعه» ایجاد نمی‌کند.

همچنین این شورا در نامه شماره ۳۳۷۸ مورخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۴ در پاسخ به نامه شورای عالی قضایی در مورد خسارت دیرکرد معتقد است: «اخذ مازاد بر بدهی بدهکار به‌عنوان خسارت تأخیر تأدیه ... خلاف موازین شرع [است]. لازم به تذکر است که تأخیر ادای دین حال پس از مطالبه طلبکار برای شخص متمکن شرعاً جرم و قابل تعزیر است».

البته رویه قضایی در این زمینه مختلف است. گرچه برخی قضاات در این زمینه به فقه

مراجعه نمی‌کنند و برخی معتقدند که می‌توان به فقه مراجعه کرد و چنین می‌کنند، اما دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه ۴۵-۲۵/۱۰/۱۳۶۵ تأکید کرده است: «ماده ۶ ق.م.ا. مصوب مهرماه ۱۳۶۱ که مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی را بر طبق قانونی قرار داده که قبل از وقوع جرم وضع شده باشد، منصرف از قوانین و احکام الهی از جمله راجع به قصاص می‌باشد که از صدر اسلام تشریح شده‌اند...» و در نتیجه ولو در مقررات قبل از انقلاب، قصاص نیامده بود، اگر کسی قبل از انقلاب مرتکب جنایت عمد مستوجب قصاص شده باشد، بر اساس مقررات شرعی مربوط به قصاص مجازات می‌شود. واضح است که ملاکی که در این رأی برای اعمال قصاص آمده است، شامل حدود و بلکه همه مجازات‌های شرعی می‌شود.

### د) ۳. پاسخ دلیل گروه اول مخالفان (استناد به اصل قانونی بودن جرم و مجازات):

مخالفان رجوع به فقه، عمدتاً به قاعده قبح عقاب بلا بیان و اصل قانونی بودن جرم و مجازات استناد کرده‌اند. در نقد استناد به قاعده مذکور می‌توان گفت که مطابق این قاعده عقاب کردن بدون بیان کردن قبیح است و برای عقاب باید پیشتر بیان حکم صورت گرفته باشد؛ ولی سخن این است که آیا بیان، منحصر به بیان فارسی است؟ آیا بیان واجبات و محرمات به وسیله شرع، بیان محسوب نمی‌شود؟

شاید گفته شود که همه جرایم شرعی در قرآن و روایات آمده‌اند که به زبان عربی است و اکثر مردم با زبان عربی آشنا نیستند. در نتیجه نمی‌توانند از احکام شرع مطلع شوند و در این صورت چگونه می‌توان مرتکبان جرایم شرعی را اعم از تارک واجب یا فاعل حرام مجازات کرد؟

«بسیاری از گناهان صغیره که شرعاً قابل تعزیرند، در رسائل عملیه فارسی بیان نشده‌اند، بلکه در کتب فقهی علمی و عربی که برای عامه قابل دسترسی نیست، بیان شده حتی عامه از گناه بودن بعضی از آنها نیز بی‌اطلاعند» (بندرچی، ۱۳۷۱: ۱۵۲).

پاسخ این است که اولاً همه منابع و متون فقهی به زبان عربی نیستند؛ ثانیاً افراد از

بسیاری از جرایم شرعی به لحاظ علقه دینی مطلعند و ثالثاً در صورت ارتکاب آن دسته جرایم شرعی که از جرم بودنشان مطلع نبوده‌اند، مسئولیت کیفری ندارند، چرا که برای تحقق مسئولیت کیفری در سیاست جنایی اسلام، علم به حکم و موضوع لازم است (حسینی، ۱۳۸۳: ۱۵۲). به تعبیر دیگر کسی که مرتکب عملی بشود که شرعاً حرام و دارای مجازات است، ولی از حرمت آن اطلاع نداشته باشد، مجازات نمی‌شود و در نتیجه جهل حکمی مانع مسئولیت کیفری است. بله برای دفعات بعد، امکان مجازات وی فراهم است. در این زمینه می‌توان به روایت صحیحه حلبی اشاره کرد که بر اساس آن امام صادق علیه السلام می‌فرماید:

«اگر کسی مسلمان شود و سپس شراب بیاشامد و زنا کند و ربا بخورد، درحالی که هیچ حلال و حرامی برای او روشن نشده باشد، اگر جاهل باشد، حد را بر او اقامه نمی‌کنم، مگر اینکه بینه علیه وی شهادت دهند که او سوره‌ای را که در آن حرمت زنا و شراب و رباخواری است، خوانده است. اگر او جاهل باشد او را به حرمت این اعمال آگاه می‌کنم و اگر پس از آن مرتکب این اعمال شود، او را شلاق زده و حد را بر وی اقامه می‌کنم» (عاملی، ۱۴۱۶، ج ۲۸: ۳۲).

در نتیجه علم به حرمت برای اجرای حتی تعزیر (مثل ربا) لازم است. بنابراین رجوع به فقه با قاعده قبح عقاب بلا بیان منافاتی ندارد. باید دانست که این قاعده و اصل قانونی بودن جرم و مجازات یکسان نیستند و آنچه از شرع استفاده می‌شود، همان قاعده قبح عقاب بلا بیان است. اما اصل قانونی بودن جرم و مجازات به این معنا که تنها عملی جرم و مجازات‌شدنی است که در قانون‌های موضوعه برای آن مجازات تعیین شده باشد؛ مستند شرعی ندارد. ضمن آنکه تفاوت‌های دیگری نیز بین این دو قاعده هست، مثلاً:

«قلمرو این قاعده وسیع‌تر از اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق عرفی معاصر است، چرا که اصل قانونی بودن جرم و مجازات راجع است به وضع قانون و به تبع آن مراحل ابلاغ و انتشار قانون. ولی فقها در مواردی که مکلف نه به علت تقصیر، بلکه به جهاتی دیگر نسبت به تکلیف صادره جاهل بوده است نیز، به این قاعده تمسک کرده‌اند. به دیگر سخن مراد از بیان در این

قاعده، بیان واصل است نه بیان صادر. بنابراین دایره شمول آن وسیع‌تر از اصل قانونی بودن جرم و مجازات است» (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۷۹ - ۸۰).

### فلسفه وضع اصل ۳۶ ق.ا.

سؤال مهمی که در اینجا پدید می‌آید، این است که اگر بتوان در امور کیفری به فقه مراجعه کرد، چه نیازی به اصل ۳۶ ق.ا. و اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست که هم در اصل ۳۶ و هم در اصول دیگر و مواد مختلف قانون‌های عادی تجلی پیدا کرده‌اند؟ و در نتیجه اصول متعددی از قانون اساسی که بر اصل قانونی بودن دلالت دارند، لغو و بی‌ثمر می‌شوند (حبیب‌زاده، ۱۳۸۳: ۱۸). به تعبیر دیگر در این فرض چه نیازی به قانونگذاری کیفری وجود دارد.

در پاسخ باید گفت: اولاً این سؤال و شبهه در قسمت رجوع به فقه در امور حقوقی هم وجود دارد. یعنی می‌توان پرسید که وقتی می‌توان در امور غیرکیفری به فقه مراجعه کرد (که قدر متیقن از اصل ۱۶۷ چنین است) چه نیازی هست که قانونگذار عادی به وضع و تصویب قانون‌های مربوط به خانواده، معاملات و معاهدات و ... پردازد؟

ثانیاً شکی نیست که با وجود اختلاف نظر در آرا و فتاوی فقهی، برگزیدن یک نظر و انعکاس آن به شکل قانون موضوعه (چه کیفری و چه غیرکیفری) دارای آثار فراوانی است؛ از جمله جلوگیری از هرج و مرج و روشن بودن وظایف اشخاص.

ثالثاً می‌توان گفت هدف قانونگذار در تصویب اصل ۳۶ آن بوده است که اعلام کند احکام صادره از دادگاه‌ها نباید بی‌ضابطه و بدون حساب و کتاب صادر شود؛ آن‌گونه که در حکومت‌های مستبدانه شاهان دیده می‌شد. به تعبیر دیگر احکام کیفری باید بر اساس قانون (در مفهوم عام که شامل منابع شرعی هم می‌شود) صادر شوند؛ نه آنکه بر اساس اراده حاکمان و بدون وجود هیچ‌گونه قانونی صادر شوند.

د. ۴. پاسخ دلیل گروه دوم مخالفان: دیدیم که گروه دوم مخالفان، رجوع به فقه را به علت موانع و محذورات عملی (یعنی به دلیل توانایی نداشتن اکثر قضات برای مراجعه به منابع معتبر فقهی و تشخیص منابع معتبر) نپذیرفته‌اند. در رد این نظر می‌توان گفت که اولاً:

دلیل ارائه شده اخص از مدعاست، چرا که تشخیص منابع معتبر در جایی لازم است که اختلاف فتوا وجود داشته باشد. اما در جایی که همه فقها یا بیشتر آنها یک نظر دارند، مراجعه به فقه محذور عملی ندارد. بر این اساس چرا نتوان مثلاً در مورد رابطه جنسی با حیوانات (وطی بهایم) که همه فقها به حرام بودن و تعزیر داشتن چنین عملی عقیده دارند، به فقه مراجعه کرد؟ ثانیاً: موانع و محذورات عملی در دعاوی مدنی هم وجود دارد. به تعبیر دیگر اگر گروه دوم قبول دارند که در دعاوی مدنی می‌توان به منابع و فتاوی معتبر مراجعه کرد؛ باید پرسید که اگر مقصود از منابع، منابع احکام است، لازمه آن مجتهد بودن قضات رسیدگی‌کننده به دعاوی مدنی است و اگر مقصود، متون و کتب فقهی باشد، بیشتر قضات توانایی مراجعه به منابع معتبر فقهی و تشخیص آنها را ندارند. در نتیجه همان اشکال‌های عملی که سبب شد بگویند قضات در دعاوی کیفری نمی‌توانند به فقه مراجعه کنند، در رجوع قضات در امور مدنی به فقه موجود است. اگر هم بگویند که در دعاوی مدنی نیز نمی‌توان به فقه مراجعه کرد، اصل ۱۶۷ ق.ا. از ریشه ساقط شده و اصلی لغو و حشو است. چیزی که نمی‌توان به آن ملتزم شد.

با توجه به شواهدی که گفته شد، واژه «دعوی» در اصل ۱۶۷ نباید این معنا را به ذهن خطور دهد که این اصل خاص دعاوی مدنی است؛ گرچه برخی به استناد همین واژه چنین گفته اند (بندرچی، ۱۳۷۱: ۱۴۸) زیرا:

«در پیش‌نویس اصل ۱۶۷ ق.ا. (با عنوان اصل ۱۳۶) آمده است: "در مواردی که قاضی نتواند حکم دعاوی حقوقی را در قوانین موضوعه بیابد، باید با الهام از قواعد شرع ... حکم قضیه را صادر نماید". پیش‌نویس اصل ۱۶۷ ق.ا. دلالت صریح بر اختصاص آن به دعاوی حقوقی داشت [ولی در اصلاح واژه حقوقی حذف گردید] ... علاوه بر این کلمه "دعوا" در اصطلاح قانون اساسی در موارد دیگری نیز در معنایی اعم از دعاوی کیفری و مدنی به کار رفته است. به‌عنوان نمونه در اصل ۳۵ ق.ا. آمده است: "در همه دادگاه‌ها طرفین دعوا حق دارند برای خود وکیل انتخاب نمایند ...". در این اصل آنچه قدر متیقن از مقصود قانونگذار بوده است، دعاوی کیفری است...» (هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰: ۸۷).



با توجه به آنچه ذکر شد دیگر به ذکر سایر احتمالاتی که در رابطه با تعارض اصل ۳۶ و اصل ۱۶۷ قانون اساسی و مواد قانونی مشابه آن گفته شده، نیازی نیست؛ از جمله اینکه رجوع به فقه در امور کیفری تنها در محدوده قانون‌های کیفری شکلی بوده و نه قانون‌های کیفری ماهوی (آخوندی، ۱۳۷۵، ج ۱: ۴۴)؛ شمول اصل ۱۶۷ نسبت به تشخیص موضوعات قانون است (این نظر در نظر مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه به شماره ۶۳۸۱-۷/۱۸/۱۲/۶۹ آمده است. رک به شهری و ستوده جهرمی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۸۸ - ۱۹۰). در نقد احتمال اول می‌توان گفت این احتمال، حمل اصل ۱۶۷ بر فرد نادر است و در نقد احتمال دوم باید گفت، وجود عبارت «حکم هر دعوا» در اصل ۱۶۷، نافی چنین احتمالی است (برای مطالعه بیشتر رک. به کوشا و هاشمی، ۱۳۸۰: ۷۸ - ۸۰).

#### ه) قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و رجوع به فقه

شواهد متعددی مبین آنند که قانونگذار قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به رجوع به فقه در امور کیفری اعتقاد دارد. در اینجا به بعضی از این موارد اشاره می‌شود و در ادامه در مورد امکان رجوع به فقه در جرایم تعزیری از منظر این قانون بحث می‌کنیم.

#### ه) ۱. ماده ۲ ق.م.ا. ۱۳۹۲

ماده ۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ مقرر می‌کند: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود». در اصلاحات این قانون، قانونگذار نیم‌نگاهی به ماده ۲ قانون مجازات عمومی ۱۳۵۲<sup>۱</sup> داشت و به‌همین دلیل در لایحه قانون مجازات اسلامی مقرر داشته بود:

«جرم، فعل یا ترک فعلی است که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است و هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد».

۱. این ماده شبیه ماده ۲ لایحه بود که در متن آمده است، فقط در کنار مجازات، «اقدامات تأمینی یا تربیتی» هم آورده بود.

شورای نگهبان در نامه شماره ۸۸/۳۰/۳۷۱۳۵ مورخ ۸۸/۱۰/۲۹ در این مورد، چنین اظهار نظر کرد:

«در ماده ۲ از این جهت که فعل یا ترک فعلی را که شرعاً مجازات داشته باشد، ولی قانون متعرض مجازات آن نشده، مستوجب مجازات نمی‌داند، خلاف موازین شرع شناخته شد. هرگاه این ماده به صورت متن سابق اصلاح شود، ایراد برطرف می‌گردد».

در نهایت کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس به منظور رفع ایراد شورای نگهبان، ماده ۲ را به شکل زیر تنظیم و تصویب کرد:

«ماده ۲- هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود».

بنابراین با توجه به سابقه ماده مذکور، باید اذعان داشت که این ماده حصری را در جرم بودن رفتارها ایجاد نمی‌کند؛ به این معنا که نمی‌توان گفت مفهوم این ماده آن است که اگر برای رفتاری در قانون (به معنای خاص کلمه) مجازات تعیین نشده است، آن رفتار جرم به شمار نمی‌رود. بنابراین اگر برای رفتاری در شرع، مجازات معین (حد) یا غیرمعین (تعزیر) پیش‌بینی شده باشد، آن رفتار نیز جرم به شمار می‌رود.

#### ه) ۲. ماده ۱۲۷

مطابق این ماده «در صورتی که در شرع یا قانون، مجازات دیگری برای معاون تعیین نشده باشد، مجازات وی به شرح زیر است ...» در نتیجه:

«اگر برای معاونت در جرمی مجازات خاصی در شرع تعیین شده باشد، همان مجازات اعمال می‌گردد. برای مثال مجازات ممسک و ناظر در قتل عمدی در شرع به ترتیب حبس ابد و کور کردن چشمان (میل کشیدن به چشمان) می‌باشد» (شمس ناتری و دیگران، ۱۳۹۲: ۲۱۱ - ۲۱۲).

در مورد ممسک و ناظر حتی می‌توان بر مبنای حدی بودن این دو رفتار و به استناد ماده ۲۲۰ ق.م.ا. ۱۳۹۲ (که در ادامه خواهد آمد) به اعمال مجازات شرعی این دو رفتار قائل شد.

### ه) ۳. ماده ۲۲۰

در مورد اینکه تعداد جرایم حدی چند مورد است، اختلاف عقیده وجود دارد. مشهور فقها در کتاب الحدود از هشت حد (زنا، لواط، مساحقه، قوادی، قذف، شرب مسکر، سرقت و محاربه) نام برده‌اند و هر یک را تحت فصلی درآورده‌اند و از آن بحث کرده‌اند. برخی همچون مرحوم آیت‌الله خویی تا ۱۷ مورد را جزو حدود آورده‌اند و بر هشت مورد بالا، مواردی همچون سحر، سب النبی ﷺ، ارتداد، ادعای پیامبری و فروش انسان حر و ... را افزوده‌اند (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱). برخی فقها سه مورد دیگر را که در کلام مرحوم آیت‌الله خویی نبود، افزوده‌اند و از جمله کسی که در روز رمضان با زن روزه‌دارش جماع کند و کسی که با زن حائضش جماع کند (منتظری، بی تا: ۴). اینها نشان می‌دهند که تعداد حدود به هشت مورد معروف منحصر نیست.

در ابتدا در لایحه قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ برخی از دیگر حدود آورده شده بود؛ در نهایت قانونگذار تنها دو مورد را افزود (بغی و افساد فی الارض در مواد ۲۸۶ و ۲۸۷) و در ماده ۲۲۰ در مورد بقیه حدود چنین مقرر می‌دارد:

«در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود».

### ه) ۴. امکان یا عدم امکان رجوع به فقه در جرایم تعزیری

گرچه جرم بر حسب مجازات به چهار قسم حدی، تعزیری، مستوجب قصاص و مستوجب دیه تقسیم می‌شود، اندک تامل و آشنایی با مبانی و مستندات فقهی این مطلب را روشن می‌کند که تعداد جرایم تعزیری نسبت به سه گروه دیگر، بسیار بیشتر است و شاید اغراق نباشد اگر بگوییم بالغ بر نود درصد جرایم شرعی، جرایم تعزیری هستند. از این میان بخش شایان توجهی در قانون‌های موضوعه آمده‌اند و به تعبیری جرم‌انگاری شده‌اند، اما بخشی از آنها در قانون‌های موضوعه نیامده‌اند. اموری همچون وطی بهایم، استمناء، نگاه شهوت‌انگیز به نامحرم، خودکشی و شروع به آن و معاونت در آن، تأخیر در ادای دین حال

با وجود تمکن و مطالبه طلبکار، تحصیل نامشروع مال دیگری از راهی غیر از راه‌های مذکور در قانون (همچون سرقت و خیانت در امانت و ...)، ایدای دیگران در مواردی که یکی از عناوین مجرمانه مذکور در قانون همچون ضرب و جرح و توهین و غیره صدق نمی‌کند و ...

پس از تصویب و ابلاغ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در برخی محافل حقوقی و نشست‌های علمی که با هدف تبیین نوآوری‌های این قانون برگزار شد، برخی حقوقدانان بیان کردند که بر اساس ماده ۲۲۰ این قانون در حدود، می‌توانیم به فقه مراجعه کنیم، اما در تعزیرات نمی‌توان چنین کرد؛ به این دلیل که قانونگذار در تعریف تعزیر مقرر کرده است: «ماده ۱۸. تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود. دادگاه در صدور حکم تعزیری، رعایت مقررات قانونی ...».

همان‌گونه که مشاهده می‌شود در این ماده، قانونگذار سه بار از واژه قانون استفاده و تأکید کرده است که تعزیرات باید به موجب قانون باشد. قانون‌ظهور در قانون موضوعه دارد و در نتیجه در تعزیرات نمی‌توان به فقه مراجعه کرد و برای اعمال حرامی که در فقه

---

۱. البته برخی معتقدند ماده ۲ قانون تشدید مجازات مرتکبین اختلاس و ارتشا و کلاهبرداری؛ با آوردن عبارت «... و یا به‌طور کلی مالی یا وجهی تحصیل کند که طریق تحصیل آن فاقد مشروعیت قانونی بوده ...» چنین رفتاری را جرم‌انگاری کرده است، اما در مقابل عده‌ای چنین عقیده ندارند و ماده ۲ را تنها در موضوع «جواز صادرات و واردات و موافقت اصولی و ...» می‌دانند و در نتیجه در بسیاری از موارد که شخصی را که از طریق نامشروع مال دیگری را تحصیل کرده، ولی بر عمل او یکی از عناوین جرایم علیه اموال و مالکیت صدق نمی‌کند، قابل مجازات نمی‌دانند و تنها اعتقاد دارند که می‌توان علیه او دعوی مدنی مبنی بر مطالبه مثل یا قیمت اموال اقامه نمود و نه دعوی کیفری؛ از جمله این موارد شوهری است که از دادن جهیزیه به زن مطلقه‌اش خودداری می‌کند؛ کسی که با فروش گوشت حیوان مرده و ... اموال دیگران را تحصیل کرده است، دخالت ورثه امین پس از فوت وی در اموال مورد امانت، خودداری.

به تعزیرپذیر بودن آن اشاره شده (حال یا به‌طور خاص یا تحت قاعده‌التعزیر لکل حرام) اما در قانون برای آن مجازات تعیین نشده است، باید حکم برائت صادر کرد.  
**نقد:** اینکه نتوان در تعزیرات به استناد ماده ۱۸ به فقه مراجعه کرد، از جنبه‌های گوناگون جای نقد دارد:

اول. اگر ماده ۱۸ مانع رجوع به فقه در تعزیرات باشد، اصل ۳۶ قانون اساسی، بهتر مانع رجوع به فقه در کل حقوق کیفری، اعم از حدود، تعزیرات، قصاص و دیات است و دیگر نباید بین حدود و تعزیرات تفاوت گذاشت؛ زیرا اصل مزبور هم بر الزام و هم بر انحصار دلالت می‌کند: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها به‌موجب قانون ... باشد» امری که در ماده ۱۸ نشانی از آن دیده نمی‌شود.

دوم. ماده ۱۸ شبیه ماده ۲ ق.م.ا. ۱۳۷۰ و ماده ۲ ق.م.ا. ۱۳۹۲ است و اینکه سه بار واژه قانون در ماده ۱۸ ذکر شده است، نکته مد نظر (مراجعه نکردن به فقه در تعزیرات) را اثبات نمی‌کند و دیدیم که با وجود ماده ۲، قانون در ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ رجوع به فقه را پذیرفته است.

همچنین دیدیم که شورای نگهبان ماده ۲ قانون فعلی را از این جنبه که مانع رجوع به فقه در جرایم شرعی نیست (چرا که حصری را در جرایم ایجاد نمی‌کند) خلاف شرع نمی‌داند.

سوم. با توجه به مطالب بیان‌شده در مباحث قبلی که جواز رجوع به فقه مستند به اصل ۴ قانون اساسی است، این اصل بر ماده ۱۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲ حاکم است؛ حتی اگر بپذیریم که ماده ۱۸ بر انحصار تعزیرات به تعزیرات قانونی دلالت دارد. اصل چهارم بنا بر تصریح خود بر همه قانون‌ها و مقررات دیگر و حتی بر اصول قانون اساسی حاکم است.  
با توجه به آنچه در مباحث قبلی گذشت، روشن است که نمی‌توان گفت جرایم شرعی تعزیری تنها در صورتی که به‌شکل قانون موضوعه درآمده باشند، امکان رسیدگی و محاکمه دارند. به تعبیر دیگر ادله تعزیرات مثل روایتی که مقرر می‌دارد وطی با بهایم تعزیر دارد، اطلاق دارد، چه این عمل با عنوان مجرمانه در قانون موضوعه آورده شود یا چنین نشود.

چهارم. آیا نمی‌توان گفت وقتی در حدود می‌توان و بلکه باید به فقه مراجعه کرد، به طریق اولی در تعزیرات هم می‌توان به فقه مراجعه کرد؟ مجازات‌های حدی بسیار سنگین هستند؛ مثلاً مجازات سحر برای مسلمان اعدام و نیز مجازات ادعای پیامبری، اعدام و مجازات ارتداد فطری و ملی (در صورت عدم توبه) اعدام است، همچنین تکرار حد در بار چهارم مستوجب اعدام است. حال وقتی در این نوع مجازات‌ها بتوان به فقه مراجعه کرد، برای مجازات‌های تعزیری که قانون مجازات اسلامی آن را شامل تأدیبات و عتق و توبیخ (ماده ۴۳ و ۵۴ ق.م.ا. ۱۳۷۰) می‌دانست، نمی‌توان به فقه مراجعه کرد؟ به‌هرحال گستره وسیع تعزیرات مانع مراجعه به فقه نیست.

پنجم. برای جواز رجوع به فقه در زمینه تعزیرات، به تبصره ماده ۱۱۵ ق.م.ا. ۱۳۹۲ نیز می‌توان استناد کرد. بر مبنای این ماده:

«ماده ۱۱۵ - در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می‌شود. در سایر جرایم موجب تعزیر، دادگاه می‌تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید.  
تبصره ۱. ...

تبصره ۲. اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند ب ماده ۷ و بندهای الف و ب ماده ۸ و مواد ۲۷، ۳۹، ۴۰، ۴۵، ۴۶، ۹۳، ۹۴ و ۱۰۵ این قانون، شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود».

مقصود از تعزیرات منصوص شرعی، تعزیراتی هستند که میزان مجازات آنها منصوص و معین است، مثل جماع مرد با همسرش در حال حیض که مجازاتش ربع حد زانی (۲۵ ضربه شلاق) است یا جماع مرد روزه‌دار با همسر روزه‌دارش در روز ماه رمضان (اگر اکراهش کرده ۵۰ ضربه و اگر زن به اختیار حاضر شده است، مجازات هر یک ۲۵ ضربه) و نیز ازدواج مرد مسلمان که زوجه مسلمان دارد با زن غیرمسلمان و جماع با وی پیش از آنکه زوجه مسلمانش اذن دهد (که مستوجب شلاق دوازده و نیم ضربه است) (برای بررسی بیشتر رک. به شمس ناتری، ۱۳۹۲، ج ۱: ۳۳۹ - ۳۴۲).

تعزیرات منصوص شرعی در قانون نیامده است (نه ق.م.ا. ۱۳۹۲ و نه قانون‌های دیگر). حال اگر نتوان در تعزیرات به فقه مراجعه کرد، وضع این تبصره لغو است، چرا که سالبه به انتفاء موضوع می‌شود. پس وضع این تبصره، از جواز رجوع به فقه در تعزیرات حکایت می‌کند.

البته شاید گفته شود که تعزیر منصوص، تعزیری محسوب می‌شود که جرم بودنش منصوص است و نه اینکه بر اساس قاعده‌التعزیر لکل حرام تعیین شده باشد؛ مثلاً «المجتمعان تحت ازار واحد» در روایت آمده است (همچنین وطی بهایم و استمنا و خوردن گوشت خوک و ... در روایات آمده‌اند). برخی از این نوع تعزیرات در قانون جرم‌انگاری شده‌اند، در نتیجه وضع این تبصره لغو نیست. اما پاسخ این است که اولاً این تفسیر از تعزیر منصوص شرعی، خلاف مصطلح فقهاست؛ ثانیاً فلسفه وضع این تبصره نیز ما را به تفسیر اول (میزان مجازات منصوص) می‌رساند. گویا این‌گونه از تعزیرات چون میزانش معین شده، شبیه حد است و چون شارع اراده‌اش را در میزان مجازات بیان کرده است، حق نداریم خلاف اراده شارع عمل کنیم، والا اگر مراد از تعزیر منصوص، تعزیری باشد که جرم بودن آن منصوص است، چرا اطلاق ماده ۱۱۵ بخصوص ذیل آن (در سایر جرایم موجب تعزیر دادگاه می‌تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید) اعمال نشود؟ وقتی این‌گونه از تعزیرات تا ۷۴ ضربه و ... مجازات دارند و دست قاضی باز است، چرا قاضی نتواند تخفیف را اعمال کند؟

ثالثاً اگر بگوییم مقصود از تعزیر منصوص، تعزیری بوده که اصل جرم بودن آن منصوص است، قاضی برای تشخیص آن با توجه به حجم گسترده و تعداد زیاد این موارد، دچار مشکل می‌شود. قضات باید به آیات و روایات (نه متون فقهی) مراجعه کنند تا ببینند فلان عمل به‌عنوان جرم تعزیری شناخته شده است یا خیر؛ اما اگر بگوییم مقصود از تعزیرات منصوص، تعزیراتی هستند که میزان مجازاتشان منصوص است، تعداد اینها بسیار کم است و در نوشته‌های فقهی ذکر شده‌اند و در نتیجه مشکل بالا رخ نمی‌دهد.

رابعاً نگاهی به تبصره ۲ م ۱۱۵ و موادی که استثنا شده هم مؤید مطلب بالاست. مثلاً قانونگذار ماده ۱۰۵ که درباره مرور زمان است را منصرف از تعزیر منصوص می‌داند. این

بیشتر با تعزیری سازگاری دارد که میزان مجازاتش منصوص است: شبیه عدم جریان مرور زمان در حدود.

### (و) تذکر نکات

با تذکر نکاتی این بحث را خاتمه می‌دهیم.

#### ۱. مخالفان رجوع به فقه و موارد استثنا

آنان که به رجوع به فقه در امور کیفری اعتقاد ندارند، درباره مواد خاصی که قانونگذار اجازه رجوع به فقه را داده است، همچون ماده ۲۲۰ ق.م.ا. ۱۳۹۲ و ماده ۱۲۷ همین قانون (نسبت به ممسک و ناظر در قتل عمد) و ... دو گونه اظهار نظر کرده اند؛ برخی این مواد را خلاف قانون اساسی (اصل ۳۶ و ...) دانسته‌اند و قاضی را ملزم به ترجیح قانون اساسی بر قانون عادی می‌دانند (حبیب‌زاده، ۱۳۸۳: ۲۲؛ بشیریه، ۱۳۸۷: ۱۵۴) با وجود آنکه این مواد به وسیله شورای نگهبان تأیید شده و مخالف قانون اساسی به‌شمار نرفته است؛ اما برخی این موارد را استثنایی بر اصل قانونی بودن جرم و مجازات می‌دانند. عقیده هر دو گروه با اشکال مواجه است:

درباره نظر گروه اول باید گفت که وقتی شورای نگهبان به‌عنوان نهادی که باید مطابقت یا عدم مغایرت قانون‌های عادی را با شرع و قانون اساسی احراز و اعلام کند، چنین موادی را تأیید کرده است، خلاف قانون اساسی دانستن این مواد، نوعی اجتهاد در مقابل نص است که روا نیست. اما درباره اعتقاد گروه دوم که به تخصیص اصل قانونی بودن جرم و مجازات در این‌گونه مواد معتقدند، باید گفت که اگر مبنای اصل قانونی بودن را قاعده قبح عقاب بلابیان بدانیم، این قاعده حکمی عقلی و تخصیص‌ناپذیر است، زیرا عقاب بلابیان ظلم است و ظلم قبیح محسوب می‌شود (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۸۳) و معنا ندارد که بگوییم ظلم در برخی موارد قبیح نیست، زیرا قبح ظلم ذاتی است و انفکاک‌پذیر نیست. همچنین برخی دلایل عقلی که برای اصل قانونی بودن در کتاب‌ها ذکر شده است، این اصل را یک گزاره عقلی ترسیم می‌کند که به‌هیچ‌وجه تخصیص‌پذیر نیست.



## و) ۲. رجوع به فقه، سکه دو رو، به ضرر و به نفع متهم و مجرم و نفع جامعه

نکته حایز اهمیت و شایان تذکر این است که رجوع به فقه در موارد سکوت قانون، همیشه به کیفر دادن متهم منجر نمی‌شود و گاه به نفع متهم است یا اگر هم به ظاهر به ضرر متهم باشد، سبب احقاق حق بزه‌دیده و زیان‌دیده می‌شود و به نفع جامعه است. فقه منبعی بسیار غنی و کاربردی است که نمی‌توان به راحتی از کنار آن گذشت و آن را کنار گذاشت.

از جمله مواردی که رجوع به فقه به نفع متهم است، می‌توان به دو مورد زیر اشاره کرد: مطابق فقه توبه محارب قبل از دستگیری سبب سقوط حد می‌شود. این حکم که در آیه ۴۵ سوره مائده آمده است (... الا الذین تابوا من قبل ان تقدروا علیهم ...) در قانون حدود و قصاص سال ۱۳۶۱ آمده بود، اما در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ نیامده بود. مطابق قاعده باید در این مورد چنین می‌گفتیم که چون قانونگذار به سقوط مجازات محارب با توبه قبل از دستگیری اشاره نکرده است، مجازات ساقط نمی‌شود و بر او تحمیل می‌شود. اما اگر قائل به رجوع به فقه باشیم، مجازات ساقط خواهد شد. در حال حاضر تبصره ۱ ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بر چنین مطلبی تأکید می‌کند.

مثال دیگر در مورد تعزیر قاتل ساب‌النبی علیه السلام است. قتل مهدور الدم (به شرط اثبات مهدورالدم بودن وی) قصاص و دیه به دنبال ندارد، اما در برخی موارد تعزیر دارد و در برخی موارد تعزیر هم ندارد، همچون کشتن متجاوزز در دفاع مشروع. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در بند الف ماده ۳۰۲ کشتن کسی را که مرتکب عملی شده که شرعاً مستوجب قتل است، موجب قصاص و دیه نمی‌داند، اما مطابق تبصره ۱ آن را موجب تعزیر می‌داند و تعزیر چنین کسی بر اساس ماده ۶۱۲ ق.م.ا. ۱۳۷۵، سه تا ده سال حبس است. اطلاق ماده ۳۰۲، قتل ساب‌النبی علیه السلام را هم دربر می‌گیرد و باید قاتل ساب‌النبی علیه السلام را به سه تا ده سال حبس محکوم کرد. این در حالی است که در فقه نه تنها کشتن ساب‌النبی علیه السلام حرام نیست، بلکه مطابق برخی روایات اگر شخص خوف تلف مهمی مثل تلف نفس بر خود یا دیگری نداشته باشد، واجب است ساب را بکشد و بر فعل واجب، تعزیر مترتب نمی‌شود زیرا «التعزیر لکل حرام» پس در این مورد اگر به فقه مراجعه کنیم،

تعزیر هم منتفی می‌شود. روشن است که نمی‌توان گفت هر جا رجوع به فقه به نفع متهم است، پذیرفته می‌شود، اما اگر رجوع به ضرر متهم باشد، پذیرفته نیست. زیرا در اینجا ماده قانونی مبهمی وجود ندارد تا بگوییم به اقتضای تفسیر مضیق هرگاه رجوع به فقه به نفع متهم باشد، چنین رجوعی بدون اشکال است.

اما گاه رجوع به فقه گرچه به ضرر متهم است، به نفع زیان‌دیده یا جامعه خواهد بود. مانند موضوع مردی که در آرایشگاهی زنانه دوربینی گذاشته و چشم‌چرانی کرده است و نیز مسلمانی که عادت به کشتن کافر ذمی داشته باشد، مطابق نظر مشهور قریب به اجماع فقهای امامیه قصاص می‌شود، در حالی که اطلاق ماده ۳۰۱ ق.م.ا. ۹۲ اقتضای عدم قصاص را دارد.

### و) ۳. رجوع به فقه و قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

به نظر می‌رسد قانونگذار در این قانون به رجوع نکردن به فقه نظر دارد و این قانون مشعر به این معناست، زیرا در این قانون ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ نیامده و در ماده ۳۷۴ جایگزین آن آمده است:

«ماده ۳۷۴. دادگاه پس از اعلام ختم دادرسی با استعانت از خداوند متعال با تکیه بر شرف و وجدان و با توجه به محتویات پرونده و ادله موجود در همان جلسه و در صورت عدم امکان در اولین فرصت و حداکثر ظرف یک هفته به انشای رأی مبادرت می‌کند. رأی دادگاه باید مستدل و موجه و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است. تخلف از صدور رأی در مهلت مقرر، موجب محکومیت انتظامی تا درجه چهار است.»

با وجود این، از نیابردن ماده ۲۱۴ نمی‌توان چنین نتیجه‌ای گرفت، زیرا با وجود اصل ۴ قانون اساسی که بر همه قانون‌ها و مقررات حاکم است و عموم اصل ۱۶۷ و دیگر شواهدی که بیان شد و از جمله ایراد شورای نگهبان بر متن پیش‌نویس ماده ۲ ق.م.ا. ۱۳۹۲ دیگر جایی برای این استدلال و اشعار باقی نمی‌ماند.

### و) ۴. چالش‌های فراروی اصل ۱۶۷ و پاسخ آن

گفته می‌شود که حاکمیت اصل ۱۶۷ در امور کیفری با چالش‌هایی مواجه است. البته

برخی از این چالش‌های ادعایی، صحیح نیستند؛ مثلاً مداخله قضات در امور قانونگذاری کیفری با وجود آنکه به موجب اصل ۵۷ مبنی بر تفکیک قوا و اصل ۵۸ مبنی بر صلاحیت انحصاری قوه مقننه در وضع قانون، «وظیفه تعیین جرایم و مجازات‌های تعزیری به قوه مقننه واگذار گردیده است» (حبیب‌زاده، ۱۳۸۳: ۱۷ و ۱۱). این چالش از دو جنبه صحیح نیست، زیرا اولاً نتیجه حاکمیت اصل ۱۶۷ در امور کیفری، دخالت قضات در امر قانونگذاری کیفری نیست. یعنی به فرض اگر قاضی برای مرتکب سحر (که از جرایم حدی است) و برای وطی بهایم (که از جرایم تعزیری است) به ترتیب بر اساس ماده ۲۲۰ ق.م.ا. ۱۳۹۲ و ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ و اصل ۱۶۷ به فقه مراجعه کند، قانونگذاری انجام نداده است. چه ملازمه‌ای است بین رجوع به فقه و قانونگذاری؟ بله اگر قضات بدون رجوع به فقه و از پیش خود می‌توانستند امری را جرم تلقی کنند، این اشکال وارد بود؛ ثانیاً این اشکال اگر صحیح باشد، تنها به امور کیفری محدود نمی‌شود و از اساس اصل ۱۶۷ را با چالش مواجه می‌کند، زیرا در محدوده امور غیرکیفری که همگان بر حاکمیت اصل ۱۶۷ و جواز رجوع به فقه در آنها قائلند، دخالت قوه قضاییه و قضات در امر قانونگذاری را به دنبال دارد که مخالف اصل ۵۷ و ۵۸ ق.ا. خواهد بود.

سایر اشکال‌هایی که برای حاکمیت اصل ۱۶۷ در امور کیفری ذکر شده است، همین وضع را دارند؛ یعنی این اشکال‌ها به امور کیفری اختصاص ندارند و در امور غیرکیفری هم جاری و ساری هستند، گرچه به علت حساسیت حقوقدانان بیشتر در هنگام بحث از امور کیفری مطرح شده‌اند. اشکال‌هایی از قبیل روشن نبودن مفهوم رجوع به فتاوی فقهی که به معنای مشاوره است یا تقلید؟ عدم جواز تقلید از فقیه متوفی (در صورتی که مقصود از فتاوی معتبر، فتاوی فقهای درگذشته هم باشد)؛ تشتت در آرا و فتاوی؛ وجود آرای مختلف در یک قضیه از فقیهان برجسته و گاه از یک فقیه؛ پیدایش هرج و مرج در احکام دادگاه‌ها و عدم امکان دخالت دیوان عالی کشور برای ایجاد رأی وحدت رویه به علت آنکه اختلاف رویه ناشی از استنباط مختلف از قانون‌ها نیست و ... (جباری، ۱۳۸۷؛ حبیب‌زاده و قیاسی، ۱۳۸۰: ۴۰ - ۴۱).

مقصود ما اینست که اشکال‌های مذکور حتی در مقدار متیقن از اصل ۱۶۷ که امور

غیرکیفری باشد نیز موجود است و به امور کیفری اختصاص ندارد. بله برخی شبهات به امور کیفری اختصاص دارند، مثلاً:

«می‌توان گفت که جرم‌انگاری بر اساس اصل ۱۶۷ اگر با اصل قانونی بودن مصطلح در حقوق موضوعه مخالفت نداشته باشد، به‌طور قطع با قاعده قبح عقاب بلابیان - که به مراتب دامنۀ گسترده‌تری دارد - و نیز با قاعده درء و اصل لزوم احتیاط و توقف در شبهات قضایی، منافات دارد» (کوشا و هاشمی، ۱۳۸۰: ۹۱).

اما با مطالب این جستار پاسخ اشکال فوق روشن می‌شود که رجوع به فقه با قاعده قبح عقاب بلابیان هیچ‌گونه تعارضی ندارد؛ ضمن اینکه اصل لزوم احتیاط و توقف در شبهات قضایی، در جایی است که بیان شرع صادر و واصل نشده باشد و وقتی شرع مقدس برای اعمالی از قبیل سحر و ارتداد و وطنی بهایم و ... مجازات تعیین کرده، چه جای رجوع به اصل احتیاط و توقف در شبهه است؟ نیز رجوع به فقه در امور کیفری با قاعده درء هیچ منافاتی ندارد، گرچه ادعا شده است:

«... اصل ۱۶۷ با قاعده درء که خود از قواعد پذیرفته‌شده در نزد فقهاست، منافات دارد ... با توجه به اینکه جرایم مورد اجماع و اتفاق فقهای شیعه صراحتاً در قوانین کیفری ایران آمده است، بنابراین قاضی کیفری در مواردی به اصل ۱۶۷ نیازمند است که مسئله مورد نظر از مباحث اختلافی نزد فقها باشد و در این‌گونه مسائل غالباً برای قاضی شبهه در حکم عارض می‌گردد، زیرا با وجود اختلافی بودن مسئله و عدم تصریح آن در قانون موضوعه، چگونه قاضی می‌تواند به دور از هر گونه شبهه و از روی یقین و اطمینان به ما انزل‌الله‌بودن ... حکم عادلانه‌ای صادر کند؟ آیا الزام قضات (آن هم قضات مأذون) به مجازات متهم بر اساس منابع و فتاوی معتبر اسلامی در مباحث اختلافی میان فقها، خود خلاف منابع معتبر اسلامی (قاعده قبح عقاب بلابیان، قاعده درء و لزوم احتیاط در امر قضا) نیست؟» (کوشا و هاشمی، ۱۳۸۰: ۹۰ - ۹۱).

پاسخ اشکال مزبور هم این است که اولاً همه جرایم اتفاقی و اجماعی در قانون‌ها نیامده‌اند، چنانکه می‌توان به سحر، ارتداد، امساک، نظارت در قتل عمد، ادعای نبوت، وطی بهایم، خودکشی و ... اشاره کرد؛ ثانیاً شبهه حکمی برای مجتهد رخ می‌دهد و نه برای قاضی بماهو قاضی. شبهه قاضی تنها از نوع شبهه موضوعی است؛ ثالثاً به فرض هم که شبهه حکمی را برای قاضی محقق بدانیم، در این گونه موارد تمسک به قاعده در ا به صرف وجود شبهه، شبیه تمسک به اصل برائت قبل از فحوص است که یقیناً صحیح نیست. به هر حال اگر قاضی مجتهد است با رجوع و استنباط فقهی و اگر مقلد است، با رجوع به منابع معتبر اسلامی، حکم قضیه را پیدا می‌کند و شبهه برطرف می‌شود.

#### و) ۵. لزوم نهادینه کردن اصل ۱۶۷

بدون شک لازم است قانونگذار اصل ۱۶۷ ق.ا. را نهادینه کند، به این معنا که اولاً فتاوی و منابع معتبر اسلامی را مشخص کند و ثانیاً وظیفه قضات را در فرض تعدد منابع و فتاوی معتبر روشن کند. طبیعی است که تا حصول این امر، تفسیر قضات از منابع و فتاوی معتبر ملاک عمل خواهد بود و اختلاف رویه امر گریزناپذیری است.

#### نتیجه‌گیری و پیشنهاد

۱. در مورد اینکه در امور کیفری در فرض سکوت قانون و برای تشخیص حکم آیا می‌توان به فقه مراجعه کرد یا خیر، دو عقیده متفاوت وجود دارد: موافقان به عموم اصل ۱۶۷ قانون اساسی استناد می‌کنند؛ اما مخالفان بر دو گروهند. گروه اول (که عمده ایشان را تشکیل می‌دهد) رجوع را خلاف اصل قانونی بودن جرم و مجازات و قاعده قبح عقاب بلا بیان دانسته‌اند و اصل ۳۶ ق.ا. را منحصص عموم اصل ۱۶۷ می‌دانند؛ گروه دوم رجوع به فقه را به دلیل مشکلاتی که ناشی از عدم آشنایی قضات با مباحث فقهی است، روا نمی‌دانند.
۲. در مقام داوری به نظر حق با موافقان است و آنچه دلیل بر این مطلب خواهد بود، حاکمیت اصل چهارم قانون اساسی بر همه قانون‌ها و از جمله اصول قانون اساسی است.

۳. بیشتر مشکلاتی که در رجوع به فقه در امور کیفری بیان شده است، به امور کیفری اختصاص ندارند و در امور مدنی هم جاری هستند؛ اموری مثل آشنا نبودن قضات با متون فقهی؛ نیاز نداشتن به قانونگذاری در فرض جواز به فقه؛ لزوم پیدایش هرج و مرج به علت اختلاف فتاوی فقهی و ...
۴. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز رجوع به فقه را پذیرفته است و شواهد متعددی برای این قضیه وجود دارد، از جمله اصلاح ماده ۲ بر اساس ایراد شورای نگهبان، ماده ۱۲۷ و ماده ۲۲۰. اینکه بگوییم مطابق این قانون می‌توان در حدود به فقه مراجعه کرد، اما در تعزیرات بر اساس ماده ۱۸ نمی‌توان به فقه مراجعه کرد، پذیرفتنی نیست.
۵. به نظر می‌رسد قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ با حذف ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸، اشعار به عدم رجوع به فقه دارد، اما با وجود حاکمیت اصل ۴ بر همه قانون‌ها و اصل ۱۶۷، جایی برای این اشعار باقی نمی‌ماند.
۶. برای پرهیز از مشکلات پیشنهاد می‌شود که اولاً قانونگذار سعی وافر بکند که قانونگذاری جامع و مانع انجام دهد؛ ثانیاً لازم است قانونگذار عادی فتاوی و منابع معتبر فقهی را تبیین و تعریف کند. طبیعی است در حال حاضر تشخیص این امر بر عهده قضات است. در این زمینه قضات باید به اجماعات فقه رجوع کنند. اما در مشهورات می‌توانند با در نظر گرفتن فتاوی مختلف، نظر فقهی قوی را برگزینند.

## منابع

۱. آخوندی، محمود (۱۳۷۵). آیین دادرسی کیفری، ج ۱، چ هفتم، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲. اتابکی، لطف‌الله (۱۳۶۴). بحثی درباره اصل قانونی بودن جرم و مجازات و شعاع دلالت و حکومت آن، فصلنامه حق دادگستری جمهوری اسلامی ایران، دفتر دوم: ۱۶۲ - ۱۶۵.
۳. اردبیلی، محمد علی (۱۳۷۹). حقوق جزای عمومی، ج ۱، میزان، چ اول، تهران: میزان.
۴. اردبیلی، محمد علی (۱۳۹۳). حقوق جزای عمومی، ج ۱، چ سی و هشتم، تهران: میزان.
۵. بشیریه، تهمورث (۱۳۸۷). پاسداشت حقوق اساسی در پرتو تعامل اصول ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۲ و ۶۳: ۱۴۵ - ۱۵۶.
۶. بندرچی، محمد رضا (۱۳۷۱). اصل قانونی بودن جرایم و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴: ۱۴۱ - ۱۵۲.
۷. جباری، مصطفی (۱۳۸۷). فتوا یا قانون؛ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۸، شماره ۳: ۱۲۷ - ۱۳۸.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). ترمینولوژی حقوق، ششم، تهران: گنج دانش.
۹. حبیب‌زاده، محمدجعفر و قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۸۰). حدود اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ۳۳: ۳۳ تا ۴۲.
۱۰. حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۸۳). مجازات عمل حرام و تعارض آن با قانونمندی در قانون اساسی ایران، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، شماره سوم: ۸ - ۲۴.
۱۱. حر عاملی، حسن (۱۴۱۶) وسایل‌الشیعه، ج ۲۸، چ سوم، قم: مؤسسه آل‌البیت علیه السلام.
۱۲. حسینی، سید محمد (۱۳۸۳). سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، اول، تهران: سمت و دانشگاه تهران.

۱۳. خوئینی، غفور و ذوالفقاری، سهیل (۱۳۹۰). *خلاهای تقنینی و اجرایی فتوا در نظام قضایی ایران، تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۳۴: ۷۹ - ۱۰۰.*
۱۴. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲). *مبانی تکمله المنهاج، ج ۴۱ و ۴۲، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.*
۱۵. سپهوند، امیرخان (۱۳۸۶). *جرایم علیه اشخاص، اول، تهران: مجد.*
۱۶. شمس ناتری، محمد ابراهیم و دیگران (۱۳۹۲). *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، اول، تهران: میزان.*
۱۷. شهری، غلامرضا و ستوده جهرمی، سروش (۱۳۷۳). *نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه در زمینه مسائل کیفری، ج ۱، تهران: روزنامه رسمی کشور.*
۱۸. صادقی، هادی (۱۳۷۶). *جرایم علیه اشخاص، اول، تهران: میزان.*
۱۹. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی (۱۳۶۴). *تهران: انتشارات مجلس شورای اسلامی.*
۲۰. کوشا، جعفر و هاشمی، سید حسین (۱۳۸۰). *بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، نامه مفید، شماره ۲۶: ۶۹ - ۹۶.*
۲۱. محسنی، مرتضی (۱۳۵۴). *دوره حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران: انتشارات دانشگاه ملی.*
۲۲. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۸). *قاعده قبح عقاب بلا بیان و مقایسه آن با اصل قانونی بودن، مجله پژوهش‌های فلسفی - کلامی، شماره ۱: ۷۶ - ۹۱.*
۲۳. منتظری، حسینعلی (بی تا). *کتاب الحدود، قم: دارالفکر.*
۲۴. موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا). *تحریر الوسیله، ج ۲، دوم، قم: دارالعلم.*
۲۵. نوربها، رضا (۱۳۷۹). *زمینه حقوق جزای عمومی، چهارم، تهران: نشر دادآفرین و کتابخانه گنج دانش.*