

مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز  
دوره هفدهم، شماره اول، پاییز ۱۳۸۰ (پیاپی ۳۳)  
(ویژه‌نامه حقوق)

حدود اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری

دکتر جلال‌الدین قیاسی\*\*

دانشگاه قم

دکتر محمد جعفر حبیب‌زاده\*

دانشگاه تربیت مدرس

چکیده

اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قاضی را در همه حال ملزم به رسیدگی و صدور حکم بر اساس قوانین مدون نموده و در حالات اجمال، ابهام، تعارض و سکوت قانون، او را به منابع شرعی ارجاع داده است. از آنجا که منابع شرعی از حیث شکلی فاقد ویژگیهای قانون مدون است، به نظر ما اصل ۱۶۷ با توجه به سایر اصول قانون اساسی و نیز اصول حاکم بر حقوق کیفری همچون اصل قانونی بودن جرم و مجازات و قاعده عدم عطف قانون به ماسبق مختص مسایل حقوقی باید باشد. برخی هم با قبول شمول اصل مذکور نسبت به امور کیفری آنرا شامل مرحله جرم‌انگاری ندانسته و فقط مختص به مرحله تعیین مجازات می‌دانند. در این مقاله ابتدا با تبیین مراد قانونگذار از اصل ۱۶۷، دیدگاه حقوقدانان نقد و بررسی شده و پس از آن مشکلات عملی این اصل مورد بحث قرار گرفته است. واژه‌های کلیدی: ۱. قانونی بودن جرم و مجازات ۲. قانون مدون ۳. منابع معتبر ۴. فتاوی معتبر ۵. اختیارات قاضی.

۱. مقدمه

اصل ۱۶۷ ق.ا. جمهوری اسلامی ایران، در مقام پاسخگویی به یکی از مشکلات بزرگ امر دادرسی، یعنی ارایه راه حلی جهت موارد ابهام، اجمال، تعارض و سکوت قانون، مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدون بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد». در همین رابطه و با مضمونی مشابه، مواد مختلفی در قوانین عادی به تصویب رسیده است. از جمله ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از آئین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۶۱ که مقرر می‌دارد: «احکام دادگاههای کیفری باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است. دادگاهها مکلفند حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابند و اگر قانونی نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی مشهور و معتبر حکم قضیه را صادر نمایند و دادگاهها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند».

در ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوانعالی کشور مصوب ۱۳۶۸/۴/۲۰ و ماده ۲۱۴ ق.ا. دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری نیز، حکم مذکور عیناً تکرار شده و تنها قید «مشهور» بعد از فتوی حذف گردیده است. ماده ۹ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ نیز مقرر می‌دارد: «قرارها و احکام

\* دانشیار گروه حقوق

\*\* استادیار گروه حقوق

دادگاهها باید مستدل بوده و مستند به قانون یا شرع و اصولی باشد که بر مبنای آن حکم صادر شده است. تخلف از این امر و انشاء رأی بدون استناد موجب محکومیت انتظامی خواهد بود.

تصویب مواد فوق، در واقع نشانگر تلقی قانونگذار عادی از اصل ۱۶۷ ق.ا. و تفسیر عملی آن است؛ اما برداشتهای دیگری از اصل مذکور وجود دارد که به واقعیت و مصلحت نزدیکتر است. برخی از حقوقدانان معتقدند اطلاق اصل ۱۶۷ ق.ا. مخالف با اصل قانونی بودن جرم و مجازات است و چون قانون اساسی جمهوری اسلامی که در اصول مختلف خود به روشنی اصل قانونی بودن جرم و مجازات را پذیرفته است، اصل مذکور امور کیفری را شامل نمی‌شود. (حبیب‌زاده، محقق داماد: ۱۳۷۴). برخی تنها حقوق کیفری ماهوی را از شمول آن خارج دانسته و آنرا منحصر به حقوق کیفری شکلی دانسته‌اند (آخوندی: ۱۳۶۸). در این نوشتار اصل مزبور را از دو دیدگاه مورد بررسی قرار داده‌ایم.

دیدگاه نخست دیدگاهی قضایی است. بدین معنی که قاضی در مقام اجرای قانون و فارغ از صواب و خطای مقنن در تصویب آن، به دنبال مدلول حقیقی قانون است و تمام هم‌وی متوجه آن است که مراد قانونگذار را بیابد و با کشف مراد وی، حتی اگر تصویب چنین قانونی را به صرفه و صلاح نداند، آن را اجرا کند؛ زیرا اجتهاد در مقابل نص جایز نیست و قاضی مجری قانون است، نه قانونگذار که دنبال صواب و صلاح است.

اما دیدگاه دوم، دیدگاهی علمی و در حیطه دکترین حقوقی است. این دیدگاه پس از کشف مواد مقنن، به نقد و بررسی آن پرداخته و به مشکلات عملی یا اشتباهات نظری مرتبط با قانون می‌پردازد و پیشنهادات خود را جهت اصلاح آن بیان می‌کند.

## ۲. بحث و بررسی

### ۲.۱. دیدگاه قضایی

رویه قضایی (در معنای عام خود)، از ابتدای پیروزی انقلاب اسلامی، از اصل ۱۶۷ ق.ا. برداشتی عام داشته و آنرا شامل حقوق کیفری و خصوصی دانسته و آرای فراوانی نیز در این رابطه صادر کرده است. استفتائات مکرر قضات دادگاههای بدوی یا دیوانعالی کشور از مراجع تقلید، در امور کیفری و مراجعه به کتب معتبر فقهی و اخذ قول مشهور فقهی، مؤید آن است که قضات کیفری که اغلب تحصیلکردگان حوزه هستند، اصل فوق را به نحو یکسان شامل امور کیفری و حقوقی می‌دانند.<sup>۱</sup> در این رابطه می‌توان به آرای صادره در زمینه موضوعاتی مانند اشتباه در قتل، ارتداد، معاونت در جرایم حدی، معاونت در قتل (تا قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰)، ممسک و ناظر در قتل، سرایت جنایت و موارد فراوان دیگر اشاره کرد که به رغم نبودن مستند قانونی بر اساس نظرات فقهی مورد بررسی قرار گرفته‌اند. باید توجه داشت موارد فوق منحصر به مرحله تعیین مجازات نبوده، بلکه حتی در تشخیص مجرمانه بودن عمل (جرم انگاری) نیز به اصل ۱۶۷ استناد شده است. مثلاً معاونت در جرایم مستوجب حد یا معاونت در قتل تا قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، در قوانین مدون عنوان مجرمانه نداشت و قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۶۱، معاونت را تنها در جرایم تعزیری قابل مجازات می‌دانست و در قانون حدود و قصاص مصوب سال ۱۳۶۱ نیز اشاره‌ای به معاون نشده بود. به همین دلیل قضات با تمسک به حکم فقهی «هر عمل حرامی قابل تعزیر است و قاعده حرمت اعانت برائتم» مرتکبین را به مجازات می‌رساندند.

### ۲.۲. دیدگاه علمی

عمده دلایل عدم شمول اصل ۱۶۷ ق.ا. بر امور کیفری به شرح زیر است:

الف) اصل ۱۶۷ در موارد سکوت، نقص، اجمال و تعارض قانون، قاضی را به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر ارجاع می‌دهد. لازمه چنین حکمی جرم دانستن رفتاری است که در قوانین موضوعه جرم شناخته نشده و یا اعمال مجازاتهایی است که در قوانین مدون ذکری از آنها به میان نیامده است. چنین کاری مخالف با اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که در خود قانون اساسی مورد قبول واقع شده است (حبیب‌زاده و محقق داماد، ۱۳۷۴، کاتوزیان، ۱۳۶۸، هاشمی، ۱۳۷۸).

ب) اصل ۱۶۷ در تعارض بدوی با اصل ۳۶ قانون اساسی است که مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». روشن است که مراد از قانون، قانون مدون است و منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر از مصادیق آن نیستند. بنابراین لازمه جمع بین دو اصل، تخصیص اصل ۱۶۷ ق.ا. بوسیله اصل ۳۶ ق.ا. و اختصاص یافتن آن به دعاوی حقوقی است.

ج) کلمه دعاوی در صدر اصل ۱۶۷ ق.ا. منصرف به مسایل حقوقی است. بر این اساس اصل ۱۶۷ ق.ا. اصولاً عموم و اطلاقی نسبت به مسایل کیفری ندارد تا با اصل ۳۶ ق.ا. تعارضی داشته باشد و محتاج به تخصیص شویم.

د) اصل ۱۶۷ ق.ا. مخالف با قاعده قبح عقاب بلا بیان است. زیرا در صورتی که مراد از منابع معتبر در اصل مذکور را کتابهای معروف فقهی همچون *جوهرالکلام*، *لمعه*، *مسالك* و غیره بدانیم، اگر قاضی با مراجعه بدانها عملی را جرم بدانند که در قوانین موضوعه بدان اشاره نشده، اگر چه فتاوی مذکور در این کتابها از لحاظ زمانی مقدم بر ارتکاب جرم است ولی درج فتاوی در آنها، بیان محسوب نمی‌شود؛ زیرا معنای بیان کردن، اعلام حکم به شکل روشن و قابل استفاده عموم از طریق مرجع قانونگذاری است؛ نه اعلام در یک کتاب تخصصی و فنی آن هم به زبان عربی (آخوندی، ۱۳۶۸). از لحاظ قانونی نیز در همین رابطه نظریه‌ای از سوی شورای نگهبان اعلام شده است که مراجعه به *تحریرالوسیله* را مخالف اصل ۱۵ قانون اساسی می‌داند (مهرپور، ۱۳۷۶). براساس نظر مذکور: «زبان و خط رسمی مشترک مردم ایران فارسی است. اسناد و مکاتبات و متون رسمی و کتب درسی باید با این زبان و خط باشد ولی استفاده از زبانهای محلی و قومی در مطبوعات و رسانه‌های گروهی و تدریس ادبیات آنها در مدارس در کنار زبان فارسی آزاد است» (مهرپور، ۴۸-۴۱: ۱۳۷۶). در صورتی که مراد از منابع معتبر، ادله اربعه باشد و قاضی مجتهد با مراجعه بدانها فتوی دهد یا قاضی مقلد به فتاوی معتبر یعنی فتاوی مراجع تقلید وقت مراجعه کند، مشکل نمایان‌تر می‌شود. زیرا صدور فتوی پس از ارتکاب جرم و در پی استنباط قاضی یا استفتای او صورت گرفته و بیان حکم حتی به شکل ناقص خود یعنی به عربی و به شکل فنی و اصطلاحی نیز صورت نگرفته است. هر چند استناد به این فتوی در جرایمی که در آینده ارتکاب می‌یابد با چنین مشکلی مواجه نیست، اما مشکل عدم بیان همچنان به قوت خود باقی است.

با توجه به همین جهات ممکن است گفته شود اصل ۱۶۷ ق.ا. ناظر به تعیین جرم نبوده و تنها جهت تعیین مجازات یا تعیین نوع جرم یا شروط مسؤولیت کیفری است و نمی‌توان با استناد بدان جرم انگاری کرد. اداره حقوقی دادگستری در نظریه شماره ۶۹/۲/۱۸-۷/۶۳۸۱ در مورد ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ که در واقع تکرار حکم مذکور در اصل ۱۶۷ است، می‌گوید: «... اعمال مقررات ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ جایی مورد پیدا می‌کند که در قضایای مطروحه حکم صریحی در قانون نباشد یا با عبارات و کلماتی مبهم و مجمل و غیر روشن احکام بیان شده که در ابتدا معنای آن غیر معلوم و بایستی به متون فقهی و فتاوی معتبر رجوع نمود. چنانکه معنای حق الله و حق الناس که در مواد ۲۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری و ۱۵۹ قانون تعزیرات از آنها اسم برده شده است، در قانون تعریف نشده یا جرایم قابل گذشت در قانون احصاء نشده یا بعضی جرایم، قابل گذشت بودن آن محل تأمل است. مانند سرقت تعزیری که آیا بعد از رفع امر الی الحاکم قابل گذشت هست یا نه و این نوع مسایل که با مراجعه به فتاوی فقهی باید دادگاه در مورد آنها تعیین تکلیف نماید...» (شهری و ستوده جهرمی، ۱۸۸: ۱۳۷۳).

از آنجا که قاعده قبح عقاب بلا بیان، مبنای توجیه اصل قانونی بودن جرم و مجازات است، این اشکال در واقع تقریر دیگری از اشکال اول یعنی اعلام مخالفت اصل ۱۶۷ با اصل قانونی بودن جرم و مجازات است.

ه) اصل ۱۶۷ قاضی را مکلف به صدور رأی در موارد سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین کرده است. اما این سخن به معنای آن نیست که وی باید حکم به مجازات بدهد (کلانتری، ۱۳۷۵). معنای این سخن آن است که قاضی باید با تمسک به اصل برائت، حکم به برائت دهد و حکم دعوا را تعیین کند و اصولاً نیازی به مراجعه به منابع معتبر اسلامی نیست تا به موجب آن حکم به مجازات داده شود.

و) اصل ۱۶۷ در تعارض با اصل ۱۶۹ است که مقرر می‌دارد: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است، جرم محسوب نمی‌شود». زیرا مراجعه به فتاوی معتبر نوعاً پس از ارتکاب فعل و در مورد پرونده‌های در

دست اقدام صورت می‌گیرد. بر این اساس فتوای مربوطه پس از ارتکاب فعل صادر می‌شود و در صورتی که عمل را جرم بداند با اصل ۱۶۹ منافات خواهد داشت (حبیب‌زاده و دیگران، ۱۳۷۴).

از آنجا که قاعده ممنوعیت عطف قانون به ماسبق که در اصل ۱۶۹ بیان شده است، از لوازم قاعده قبح عقاب بلابیان است؛ این استدلال نیز مؤید استدلال اول و چهارم است. برداشتهای فوق از روش قانونگذار در تدوین قانون اساسی به دو شکل قابل جمع بندی است.

اول- قانونگذار با علم و آگاهی، اصول ۱۶۷، ۳۶ و ۱۶۹ ق.ا. را به شکل عام و خاص تدوین کرده است تا اصل ۱۶۷ با ۳۶ و ۱۶۹ تخصیص خورده و به مسایل حقوقی اختصاص یابد. یعنی ظاهر عبارت مذکور در اصل ۱۶۷ عام است، ولی مراد مقنن از آن، معنای خاص (دعوی حقوقی) است.

دوم- قانونگذار هنگام تصویب اصل ۱۶۷، توجهی به احکام مندرج در اصول ۳۶ و ۱۶۹ و اصل قانونی بودن جرم و مجازات و منافات اصل ۱۶۷ با آنها نداشته و معنایی عام از کلمه "هر دعوی" اراده کرده و در واقع در مرحله ثبوت مرتکب تناقض گویی شده است؛ لیکن در مرحله اثبات از آنجا که رابطه اصول فوق با یکدیگر رابطه عام و خاص است، می‌توان عام را تخصیص زد و در واقع چنین معنایی قهراً بر مقنن تحمیل می‌شود. زیرا در مقام تفسیر قانون، همانگونه که طفل پس از تولد، حیات مستقل از مادر می‌یابد؛ قانون نیز در پاره‌ای جهات (و نه همه جهات) پس از تصویب به حیات مستقل از اراده مقنن دست می‌یابد؛ یعنی دلالت آن تابع ظهور الفاظ آن است. برای نمونه لازمه وجود دو قانون عام و خاص، تخصیص عام است ولو آنکه مقنن توجهی به این مسأله نداشته باشد.

### ۲.۳. نقد دیدگاه علمی

چنانکه دیدیم راه حل این دسته از حقوقدانان برای رفع اشکالاتی که خود بر اصل ۱۶۷ وارد می‌دانستند، اختصاص دادن آن به دعوی حقوقی است. اما این راه حل با مشکل دیگری روبروست و آن وجود مواد متعددی از قوانین عادی است. که همگی مؤید آن است که مراد قانونگذار از اصل ۱۶۷ معنایی عام است که شامل دعاوی کیفری نیز می‌شود. مانند ماده ۲۹۸ قانون اصلاح موادی از آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۶۱ و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوانعالی کشور مصوب ۱۳۶۸، ماده ۸ و ۹ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ و ماده ۲۱۴ ق.ا.د. دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۸ که در تمامی آنها قانونگذار به روشنی در دعاوی کیفری قاضی را به فتاوی و منابع معتبر ارجاع داده است. هر چند از نظر تفسیر قوانین، قانونگذار به مثابه شخص حقوقی واحدی تلقی می‌شود که تغییر و تبدل اشخاص حقیقی آن به وحدت آن لطمه وارد نمی‌کند؛ اما از آنجا که تصویب قانون اساسی و قانون عادی توسط دو نهاد مختلف (مجلس بررسی نهایی قانون اساسی و مجلس شورای اسلامی) صورت گرفته است، طبعاً برداشت قانونگذار عادی از قانون اساسی را نمی‌توان کاشف از اراده تصویب کنندگان قانون اساسی دانست. اما در هر حال وجود چنین موادی به مثابه تفسیر قانونگذار عادی از قانون اساسی است که در تعارض با دکترین حقوقی است و لذا حقوقدانان نیز در مقام پاسخگویی به توجیه و تأویل مواد مذکور دست زده‌اند. از جمله اینکه گفته‌اند: "ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از آیین دادرسی کیفری نیز در حقیقت انعکاس مفاد اصل ۱۶۷ مذکور در قلمرو آیین دادرسی کیفری است، ولی بهر حال با توجه به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و با توجه به روشنی و عمومیت ماده ۲ قانون راجع به مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد هر فعل یا ترک فعلی که مطابق قانون قابل مجازات یا مستلزم اقدامات تأمینی و تربیتی باشد جرم محسوب است و هیچ امری را نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه به موجب قانون برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی یا تربیتی معین شده باشد، نمی‌توان بدون نص قانونی عملی را جرم قلمداد کرد و به استناد ماده ۲۸۹ مذکور نسبت به آن کیفری تعیین نمود" (آخوندی، ۹۴: ۱۳۶۸). نویسندگان در ادامه بحث مدعی است ماده ۲۸۹ ناظر به حقوق جزای شکلی است و ارتباطی با حقوق جزای ماهوی ندارد و نقل آن در لایحه اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری با موازین قانونی تطبیق نمی‌کند و اشتباه محض است. همچنین در این زمینه گفته شده است: "فرض این است که قانونگذار عادی از اصول قانون اساسی تجاوز نمی‌کند و اصل قانونی بودن مجازات‌ها را محترم می‌دارد. پس ماده ۲۸۹ باید چنین معنی شود که جز در مورد حکم به مجازات که دادرسی محدود به متون قوانین است، دادگاه باید از منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور برای تکمیل قوانین استفاده کند.

وانگهی اگر هم مسلم شود که مقصود نویسندگان ماده ۲۸۹ این بوده است که به دادگاه اختیار دهد کاری را که در قانون جرم نیست مجازات کند، باید در مقام اجراء اصل ۳۶ را که یکی از پایه‌های تمدن کنونی است و در اصول دیگر آن قانون تأیید شده است (اصل ۱۳۲ و ۱۳۳) بر حکم ماده ۲۸۹ مقدم دارد (کاتوزیان، ۲۳۴: ۱۳۶۸).

نتیجه هر دو نظر بالا، اشتباه قانونگذار در تصویب ماده ۲۸۹ و یا در نهایت اختصاص آن به قوانین جزایی شکلی است. اداره حقوقی دادگستری در یک نظریه مشورتی در مورد تعارض ماده ۲ قانون راجع به مجازات اسلامی با ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ که به روشنی ویژه مسایل کیفری است و اینکه آیا در مورد برخی از محرمات شرعی که در قانون مدون برای آن مجازاتی تعیین نشده است، به استناد ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ می‌توان افراد را تحت تعقیب قرارداد، معتقد است: "... و به عبارت اخیری اجازه ماده ۲۹ برای حل این نوع مشکلات قانونی است و به هیچ وجه افاده جعل جرایم جدید که در قانون برای آنها مجازاتی تعیین نشده است نمی‌نماید. توضیحاً اضافه می‌شود که با وجود ماده ۲ قانون راجع به مجازات اسلامی موردی که از جهت جرم بودن یا نبودن مبهم باشد وجود ندارد تا به فتاوی رجوع شود. زیرا اگر برای عملی، در قانون مجازات مقرر شده باشد جرم است و الاجرم نیست و شق ثالثی هم وجود ندارد." (شهری و دیگران، ۱۸۸: ۱۳۷۳).

در واقع اداره حقوقی معتقد است به محض شک در جرم بودن عملی که در قوانین مدون عنوان مجرمانه ندارد، با توجه به ماده ۲ و اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل برائت جاری می‌شود و نوبت به مراجعه به منابع فقهی و فتوی نمی‌رسد. این استدلال از لحاظ فنی صحیح نیست، زیرا قانونگذار در فرض سکوت قانون و با علم به این که چنین حالتی می‌تواند محل اجرای اصل برائت باشد قاضی را به منابع معتبر ارجاع داده است، بنابراین امکان تمسک به ماده ۲ ق. م. ا. و اصل برائت تا قبل از مراجعه به منابع شرعی وجود ندارد. دقیقاً مانند آن است که استصحاب در حالت امکان تمسک به برائت جعل شده است و لذا همواره بر اصل برائت مقدم است. همچنانکه قاعده فراغ، در حالت امکان تمسک به استصحاب جعل شده و لذا بر استصحاب حاکم است (قیاسی، ۱۳۷۵).

باید توجه داشت مفاد ماده ۲ قانون راجع به مجازات اسلامی همان اصل قانونی بودن جرم و مجازات و نتیجه آن اصل برائت است و اصل برائت یک فرض قانونی است که تنها پس از یأس از یافتن حکم مسأله در منابع حقوقی، تمسک بدان جایز است و قانونگذار در اصل ۱۶۷ فتاوی معتبر و منابع معتبر را به عنوان یک منبع حقوقی ذکر کرده و با وجود آنها نوبت به اصل برائت و ماده ۲ قانون راجع به مجازات اسلامی نمی‌رسد.

سخن اداره حقوقی بدان می‌ماند که دادرسی به دلیل شک در نسخ یک قانون کیفری، در جرم بودن عملی شک کند و استدلال کند که با اجرای اصل برائت، جرم بودن عمل زایل می‌شود و شکی باقی نمی‌ماند تا نیازی به استصحاب قانون سابق باشد، در حالی که قضیه بر عکس است و به دلیل تقدم استصحاب بر برائت، با استصحاب قانون سابق و جرم دانستن عمل، شکی باقی نمی‌ماند که نیازی به اجرای اصل برائت باشد، به همین شکل اصل ۱۶۷ بر ماده ۲ قانون راجع به مجازات اسلامی حاکم است.

دلیل دیگری که حقوقدانان با تمسک بدان نتیجه می‌گیرند که با اصل ۱۶۷ نمی‌توان عملی را جرم دانست، آن است که این کار با قاعده قبح عقاب بلا بیان که مورد پذیرش قانونگذار است در تعارض است (حبیبزاده و دیگران، ۱۳۷۴).

در پاسخ باید گفت اصل ۱۶۷ مضمون گسترده‌ای دارد و البته در آن قسمتی که با قاعده قبح عقاب بلا بیان منافات داشته باشد قابل عمل نیست و در واقع با این قاعده تخصیص می‌خورد. به همین دلیل نمی‌توان مرتکب عملی را بر اساس فتوایی که بعد از آن صادر شده و عمل را جرم می‌داند، مجازات کرد. یعنی فتوی نیز عطف به ماسبق نمی‌شود و تنها در موارد مشابه بعدی کاربرد دارد. در همین رابطه می‌توان به اصل ۱۶۹ نیز استناد کرد که مقرر می‌دارد هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود. اگر پذیرفتیم که اصل ۱۶۷ منابع شرعی را در حکم قانون قرار داده است، بنابراین اصل ۱۶۹ در پرتو آن چنین تفسیر می‌شود که هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد فتوایی که بعد از آن صادر شده جرم محسوب نمی‌شود. لکن لحاظ یک نکته دقیق در اینجا ضروری است و آن اینکه جرم محسوب نشدن عمل با استناد به فتوای متأخر تنها در جرایم مستحدث و نو ظهور است. اما ممکن است

معتقد شویم در جرایمی که مسبوق به سابقه حرمت شرعی است و تنها به دلیل اینکه در قانون مدون ذکر نشده، قاضی محکمه می‌تواند جهت مستند کردن حکم خود به استفتایی در آن زمینه دست زند، یا به دلیل اجماعی بودن آن به کتب معتبر استناد کند، لذا مشمول این بحث نمی‌شود. مانند معاونت در قتل یا معاونت در جرایم مستوجب حد که در قانون حدود و قصاص ذکر نشده بود؛ اما بدلیل تصریح در متون فقهی و روایی ممنوعیت آن بر همگان روشن بود، به همین دلیل قاعده قبح عقاب بلابیان در چنین موردی جاری نمی‌شود تا بخواهد مانع از اجرای اصل ۱۶۷ باشد؛ زیرا 'بیان' در قالب حکم فقهی صورت گرفته است. هیئت عمومی دیوانعالی کشور بر اساس همین برداشت در رأی وحدت رویه ۴۵-۱۳۶۵/۱۰/۲۵-۴۵ چنین اظهار نظر کرده است: 'ماده ۶ قانون مجازات اسلامی مصوب مهر ماه 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...'

با توجه به مجموع استدلال‌های گذشته پاسخ به تفصیل سوم یعنی تفصیل میان قوانین کیفری شکلی و ماهوی نیز روشن می‌شود. تفصیل اخیر علاوه بر اینکه هیچ دلیلی بر آن وجود ندارد و با ظاهر اصل ۱۶۷ ناسازگاری دارد، دچار این مشکل است که اصولاً منابع معتبر و فتاوی معتبر کمتر به مسایل شکلی پرداخته‌اند و وضع چنین اصلی به خاطر مسایل شکلی کیفری احتمالی بسیار دور از ذهن است. نتیجه استدلال‌های حقوقدانان را بشرح زیر می‌توان خلاصه کرد که برخی از آنان میان حقوق کیفری و حقوق خصوصی قایل به تفصیل شده، اصل ۱۶۷ را مختص به امور حقوقی دانسته‌اند و برخی دیگر با قبول شمول اصل ۱۶۷ نسبت به امور کیفری، میان مسایل مربوط به جرم انگاری و مسایل مربوط به تعیین مجازات قایل به تفصیل شده‌اند و بالاخره برخی نیز میان حقوق کیفری شکلی و ماهوی قایل به تفصیل شده‌اند. به نظر می‌رسد اگر قانونی دارای لوازم و پیامدهای منفی باشد یا با اصول کلی حقوقی ناسازگاری داشته باشد تنها راه حل، اصلاح قانون مذکور است و تحمیل معنایی بر خلاف ظاهر الفاظ مراد مقنن چندان قابل توجیه نیست. اینک در مقام داوری میان دیدگاه‌های مختلف، به بررسی و نقد هر یک می‌پردازیم.

#### ۲.۴. نقد مجموعی دیدگاه‌های مختلف

از نظر لغوی و عرف حقوقی اینکه گفته می‌شود، اصولاً کلمه 'دعوی' در اصل ۱۶۷ منصرف به دعاوی حقوقی است، دلیل محکمی نیست. زیرا کلمه دعوی چه قبل از تدوین قانون اساسی و چه بعد از آن در دعاوی کیفری نیز استعمال شده است که در این مورد می‌توان به عنوان نمونه به مواد ۳ و ۶ و ۵۲ قانون آیین دادرسی کیفری و نیز فصل پنجم از قانون مجازات اسلامی تحت عنوان شرایط دعاوی قتل، یا ماده ۲۲۸ از قانون مذکور اشاره کرد.

ادعای دیگر مبنی بر اینکه وجود اصولی چون اصل ۳۶ که مقرر می‌دارد 'حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد'، مانع عمومیت اصل ۱۶۷ و موجب تخصیص آن است، محل بحث است. زیرا می‌توان گفت رابطه بین دو اصل مذکور نه رابطه عام و خاص، بلکه رابطه حاکم و محکوم در اصطلاح علم اصول است. به این معنا که هرگاه دلیلی شارح دلیل دیگر بوده، یا به نحو تعبدی رافع موضوع آن باشد، دلیل نخست را حاکم و دیگری را محکوم می‌گوئیم (خویی، ۱۴۱۲ و نائینی، ۱۴۰۴). شارح بودن به دو شکل است: گاهی با توسعه دادن موضوع دلیل دیگر و گاه با محدود کردن آن. مثال توسعه دادن موضوع آن است که یک دلیل، امتناع از دادن نفقه به زوجه را جرم بداند و دلیل دیگر مطلقه رجعیه را زوجه یا در حکم زوجه بداند. ضیق نمودن دلیل دیگر مانند آنکه یک دلیل بر حرمت ربا دلالت داشته باشد و دلیل دیگر ربای میان پدر و پسر یا زوج و زوجه را ربا نداند. حکومت در شکل اخیر خود (تضییق موضوع) نتیجه‌اش با تخصیص یکی است، اما نحوه بیان آنها متفاوت است و به تعبیر اصولیون، زبان دلیل، در تخصیص و حکومت فرق می‌کند.

تخصیص ناظر به حکم و حکومت ناظر به موضوع است. اگر قانونگذار بگوید ربای میان پدر و پسر حرام نیست، تخصیص است و اگر بگوید ربای میان پدر و پسر ربا نیست، حکومت است. نکته مهم آن است که میان دلیل حاکم و محکوم هیچگونه تعارضی، حتی تعارض بدوی وجود ندارد، بلکه یک دلیل شارح دلیل دیگر است؛ در حالی که در تخصیص، تعارض بدوی وجود دارد که در نهایت با تخصیص عام، این تعارض رفع شده و دو حکم با یکدیگر جمع می‌گردند. با توجه به نکات یاد شده می‌توان گفت رابطه اصل ۱۶۷ با اصل ۳۶ از نوع حکومت و به شکل توسعه دلیل

است. بدین معنی که اصل ۳۶ مقرر می‌دارد که حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد و اصل ۱۶۷ می‌گوید در حالت سکوت، اجمال، تعارض و نقص قانون، فتاوی معتبر و منابع معتبر در حکم قانون است و فی‌الواقع قانونگذار به توسعه مصادیق قانون دست زده و منبع جدیدی بر منابع حقوقی کیفری اضافه کرده است ولو اینکه این روش قانونگذار نه به مصلحت است و نه با واقعیات سازمان قضایی ایران منطبق است. باید توجه داشت در رابطه عام و خاص یا مطلق و مقید یا حاکم و محکوم، کمی و زیادی طرفین تأثیری ندارد.

بدین معنی که صدها حکم عام با یک حکم خاص قابل تخصیص است و یک دلیل حاکم بر صدها دلیل محکوم حکومت دارد و همه آنها را تفسیر می‌کند. به همین جهت با پذیرش تفسیر بالا تمامی اصولی که در قانون اساسی امور کیفری را دایر مدار قانون قرار داده است، محکوم اصل ۱۶۷ می‌شوند و زیادی این اصول موجب انصراف اصل ۱۶۷ به امور کیفری نمی‌شود. به عنوان مثال بند ۴ اصل ۱۵۹ در مقام احصای وظایف قوه قضائیه بیان می‌دارد:

«... ۴- کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام؛ اصل ۱۶۹ نیز مقرر می‌دارد: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود.» هر دو اصل مذکور محکوم اصل ۱۶۷ که منابع معتبر اسلامی را در حکم مقررات مدون قرار داده است، واقع می‌شود.

علاوه بر این می‌توان ادعا کرد به دلایل زیر امکان تخصیص اصل ۱۶۷ با اصل ۳۶ وجود ندارد:

الف) در تخصیص لازم است میان موضوع دو دلیل از لحاظ منطقی رابطه عموم و خصوص مطلق وجود داشته باشد، در حالی که رابطه این دو اصل عموم و خصوص من وجه است، یعنی دو ماده افتراق و یک ماده اشتراک دارند. بدین معنی که براساس اطلاق اصل ۳۶ حکم به مجازات خواه در حالت وضوح قانون، خواه در حالات چهارگانه (نقص، اجمال، تعارض، سکوت) باید بر اساس قانون باشد و بر اساس عموم اصل ۱۶۷ در حالات چهارگانه خواه در امور کیفری و خواه در امور حقوقی باید به منابع و فتاوی معتبر اسلامی رجوع کرد. نتیجه آنکه مسایل کیفری در حالت وضوح قانون فقط مشمول اصل ۳۶ و مسایل حقوقی در حالات چهارگانه فقط مشمول اصل ۱۶۷ و امور کیفری در حالات چهارگانه، مشمول هر دو اصل قرار می‌گیرند. در چنین حالتی برخی از اصولیون قایل به تساقط هر دو دلیل (آخوند خراسانی، ۱۱۱: بی‌تا) و برخی قایل به ترجیح عام (انصاری، ۴۵۷: بی‌تا) (که در اینجا ۱۶۷ است)، بر مطلق شده‌اند که در خصوص مسأله مورد بحث می‌توان اصل ۱۶۷ را به دلیل حاکم بودن ترجیح داد.

ب) اصولاً اصل ۳۶ منصرف از موارد چهارگانه اجمال، تعارض، سکوت و نقص قانون و فقط ناظر به موارد وضوح قانون است. زیرا معنی ندارد قانونگذار بگوید در حالت سکوت یا تعارض قانون، حکم به مجازات باید بر اساس قانون باشد. بنابراین اصل ۳۶ شامل موارد چهارگانه نمی‌شود تا بتواند آنها را از عموم اصل ۱۶۷ خارج کند. در واقع حکم موارد وضوح قانون، در اصل ۳۶ و حکم مواد چهارگانه در اصل ۱۶۷ مقرر شده است و قاضی نمی‌تواند در مواردی که قانون مدون وجود دارد به منابع یا فتاوی معتبر اسلامی استناد کند.

ممکن است توهم شود اصل ۳۶ در حالات چهارگانه نیز ما را به قانون ارجاع می‌دهد، اما بدین معنی که بر اساس اصل برائت که اصلی است قانونی باید حکم به برائت داد. چنین برداشتی از اصل ۳۶ منطبق با دیدگاه اداره حقوقی دادگستری است که در مباحث آتی به نقد آن می‌پردازیم.

ج) از بعضی اظهار نظرهای نمایندگان مجلس خبرگان قانون اساسی چنین فهمیده می‌شود که آنها اصل ۱۶۷ را به امور حقوقی اختصاص نداده‌اند<sup>۲</sup>، حتی در بررسی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها نیز تأکید برخی از نمایندگان بر آن بوده است که نمی‌توان به دلیل فقدان قانون مدون از اجرای مجازات‌های شرعی چشم پوشید و بحث از کیفیت تأمین همین نظریه منجر به اختلاف نظر گردیده که در نتیجه اصل قانونی بودن جرم و مجازات که در قالب عبارت زیر مطرح شده بود: «هیچ فعل یا ترک فعلی از نظر قانون جرم محسوب نمی‌شود مگر به استناد قانونی که پیش از آن وضع و اعلام شده است» به رأی گذاشته شد و تصویب نشد.<sup>۳</sup> به علت همین برداشت اعضای مجلس خبرگان بود که بعدها در جریان تصویب ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲، فقهای شورای نگهبان که خود از اعضای مجلس خبرگان بودند تخصیص را قبول نکردند و بالاخره تخصیص نیز رأی نیاورد و ماده مذکور به تصویب رسید.

### ۳. مشکلات اجرایی اصل ۱۶۷

اینک با توجه به اینکه بنابر ظاهر و با توجه به تأیید قوانین عادی توسط شورای نگهبان، مراد مقنن از اصل فوق معنایی عام بوده و شامل دعاوی حقوقی و کیفری می‌شود، باید دید آیا اتخاذ چنین روشی که با اصل قانونی بودن جرم و مجازاتها منافات دارد به مصلحت است یا نه و اصولاً اجرای اصل ۱۶۷ با چه مشکلاتی روبروست.

الف) در اصل ۱۶۷ به منابع معتبر اشاره شده است. دو برداشت از معنای منابع معتبر می‌توان ارائه کرد. اول اینکه مراد از آن، منابع استنباط احکام یعنی ادله اربعه (کتاب- سنت- عقل- اجماع) است، با این استدلال که در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی ابتدا تنها مراجعه به منابع معتبر پیشنهاد شده بود، سپس یکی از نمایندگان پیشنهاد می‌کند از آنجا که ممکن است قضات مجتهد نبوده و مقلد باشند، فتاوی معتبر نیز اضافه شود.<sup>۴</sup> بنابراین فتاوی برای قضات مقلد و منابع برای قضات مجتهد است و طبیعی است شأن مجتهد استنباط احکام از ادله اربعه است.

احتمال دوم آن که مراد از منابع معتبر، کتب فقهی مانند مسالک و جواهر و شرایع است. بنابراین برداشت، اصل ۱۶۷ از این حیث دارای اجمال است و مجمل هم حجت نیست؛ اگر چه احتمال اول به واقع نزدیکتر است.

ب) در مورد مخالفت روش اتخاذی در اصل ۱۶۷ ق. ۱. با اصل قانونی بودن جرم و مجازات و قاعده قبح عقاب بلابیان که ریشه اصل مذکور است، باید توجه داشت که اصل ۱۶۷ چهار صورت مختلف را در بر می‌گیرد. تعیین جرم بر اساس منابع معتبر، تعیین جرم بر اساس فتاوی معتبر، تعیین مجازات بر اساس منابع معتبر و تعیین مجازات بر اساس فتاوی معتبر. مسلماً تعیین جرم (جرم انگاری) بر اساس فتاوی معتبر در جرایم مستحدث تا قبل از اعلام فتوی، مخالف با قاعده قبح عقاب بلابیان است. زیرا در چنین حالتی استفتاء پس از ارتکاب عمل و در طی رسیدگی به پرونده صورت می‌گیرد و مرتکب فعل از این فتوی اطلاعی نداشته است. البته این فتوی برای موارد مشابه بعدی، قبل از جرم محسوب می‌شود، ولی با مشکل عدم اعلام روبروست. زیرا حداقل تاکنون مجرای قانونی برای اعلام استفتائات مذکور وجود نداشته است. اما در مورد تعیین جرم و مجازات بر اساس منابع معتبر، اگر مراد از منابع معتبر را ادله اربعه بدانیم باز با فتوی روبرو هستیم، اما نه با فتاوی مراجع تقلید بلکه با فتاوی قاضی مجتهد و مشکل سابق به طریق اولی وجود دارد. زیرا فتاوی مراجع تا حدودی در دسترس مردم قرار می‌گیرد، اما فتاوی قاضی چنین نیست.

راه حل پیشنهادی جهت حل این مشکل آن است که حتی‌الامکان تمامی جرایم منصوص شرعی در قانون مدون به صورتی که آحاد جامعه بتوانند نسبت به آنها علم پیدا کنند آورده شود تا مشکل مذکور برطرف گردد.

در مورد جرایم مستحدث یا جرایم مستوجب مجازاتهای بازدارنده نیز احکام صادره جمع‌آوری و در اسرع وقت شکل قانونی به خود بگیرد و تا قبل از تدوین نیز حداقل در روزنامه رسمی درج شود و از کاربرد فتاوی جدید در دعاوی قبل از صدور آن، در مقام جرم انگاری خودداری شود.

ج) در اصل ۱۶۷ منابع معتبر و فتاوی معتبر در عرض هم ذکر شده‌اند و در موارد بسیاری ما با تعارض فتاوی روبرو هستیم، خواه تعارض فتاوی معتبر با یکدیگر و خواه تعارض منابع معتبر با یکدیگر و خواه تعارض فتاوی با منابع معتبر. قاضی در استناد به هر یک از آرای فقهی دارای اختیار است، ولی این کار منجر به صدور آرای متعارض خواهد گردید و مردم نیز خود را در معرض قوانین مختلف و متضادی خواهند یافت.

د) استفتائات قضایی به مرور زمان حجم عظیمی را تشکیل خواهد داد که پهلو به پهلو قوانین موضوعه خواهد زد. از آنجا که استفتائات مستقیماً توسط قضات و از شهرستانهای مختلف صورت می‌گیرد، بسیاری از آنها از وجود استفتای مشابه و گاه مخالف که در شهرهای دیگر حتی در شعبه‌های همان شهر وجود دارد، بی‌اطلاع هستند. مرکز تحقیقات قوه قضائیه (مرکز تحقیقات فقهی امام خمینی) در راستای حل این مشکل از قضات خواست که سؤالات خود را به آن مرکز ارسال کنند تا همه سؤالات و جوابها مجرای واحدی پیدا کند، ولی چنین درخواستی به هیچ وجه برای قاضی تکلیف قانونی ایجاد نمی‌کند تا از استفتای مستقیم خودداری کند و روند استفتائات به شکل مستقیم و خصوصی همچنان ادامه دارد.

ه) در مورد اینکه در فتاوی معتبر آیا ملاک فتوی، مرجع تقلید متهم یا قاضی یا ولی فقیه است، ابهام قانونی وجود دارد. همچنین در مورد اینکه ملاک معتبر بودن چیست، معیاری ارائه نشده است. مسلماً فتاوی مرجع مسلم تقلید، قدر



متیقن از فتاوی معتبر است. ولی اگر مرجعی مخالف نظام یا مرجعیت او محدود به ناحیه جغرافیایی خاصی بود، آیا فتاوی وی معتبر است و اصولاً اگر مجتهدی مرجع نبود فتاوی او معتبر خواهد بود؟ آیا مراد اعتبار فقهی است، یعنی فتوی بر اساس ضوابط فقهی صادر شده باشد یا شرایط دیگری نیز مورد نظر بوده است؟ برخی در موارد تعارض فتاوی، در امور اجرایی احتیاط را در اخذ به فتاوی ولی فقیه می‌دانند (یزدی، ۶۹۴: ۱۳۷۵). ولی چنانکه می‌دانیم شرط ولایت فقیه اجتهاد است و چه بسا مجتهدی در ابواب خاصی در عمل دست به استنباط نزده و فتاوی نداشته باشد، علاوه بر اینکه چنین احتیاطی محمل قانونی ندارد.

و) با توجه به آرای مختلف فقهی، مسلماً احکام متضادی بر اساس اصل ۱۶۷ صادر خواهد شد، آیا دیوان عالی کشور حق نقض رأی و یا صدور رأی وحدت رویه را در این مورد دارد؟

بر اساس اصل ۱۶۱: «دیوانعالی کشور به منظور نظارت بر اجرای قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسؤولیتهایی که طبق قانون به آن محول می‌شود بر اساس ضوابطی که رئیس قوه قضائیه تعیین می‌کند تشکیل می‌گردد». اگر با توجه به مباحث گذشته معنای قانون را توسعه داده و شامل منابع شرعی بدانیم، دیوان حق خواهد داشت چنانچه فتاوی معتبر نباشد یا قاضی در تطبیق فتوی بر مورد حکم اشتباه کرده باشد، حکم را نقض کند. ولی مشکل آنجاست که اگر فتوی معتبر بود و قاضی در تطبیق آن بر مورد نیز اشتباه نکرده بود، اما به دلیل وجود فتاوی متعارض، آرای متعارضی صادر شده باشد، دیوان حق صدور رأی وحدت رویه نخواهد داشت؛ زیرا دلیلی بر ترجیح یک فتوی بر فتاوی دیگر وجود ندارد. در آرای وحدت رویه فعلی، دیوانعالی یکی از دو رأی متعارض را به دلیل عدم مطابقت با قانون رد و دیگری را تأیید می‌کند. ولی در فتاوی معتبر فرض بر آن است که هر دو حکم بر اساس فتاوی صحیح قابل استناد صادر شده‌اند؛ لذا ترجیح یکی از آنها به وسیله دیوانعالی کشور ترجیح بلا مرجح است.

اینها مجموعه‌ای از مشکلاتی است که اصل ۱۶۷ در مقام اجرا با آن روبروست. حذف این اصل از قانون اساسی صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا بخش عظیمی از قوانین کیفری ایران متخذ از احکام شرعی است و در هر صورت قاضی همواره با مشکلات نظری جدیدی روبرو خواهد شد که مراجعه به منابع شرعی خواه کتابهای معتبر و خواه فتاوی معتبر در آن مورد راه‌گشا است. تا قبل از پیروزی انقلاب اسلامی به دلیل اقتباس قوانین ایران از کشورهای اروپایی، قضات از منابع نخستین جهت تفسیر قوانین و رفع ابهامات آن سود می‌جستند و این رویه‌ای است که هم اکنون نیز در کشورهای عربی ادامه دارد. بنابراین لزومی ندارد قوانین مدون را از ریشه آن جدا کنیم. اما باید موارد اجمال و ابهام و تعارض و به ویژه سکوت قانون را تقلیل داد. قانونگذار باید نقش فعالتری یافته و خلأهای قانونی را سریعتر پر کند و در مواردی که چاره‌ای جز مراجعه به منابع شرعی نیست باید این عمل قانونمند گردد. در حالت جرم‌انگاری در جرایم مستحدث و نوظهور بر اساس اصل ۱۶۹ و قاعده قبح عقاب بلا بیان، جرم بودن و حرمت عمل مذکور اعلام گردد و احکام مربوط به آنها عطف به ماسبق نگردد و سرانجام استفاده از منابع شرعی به شکل صحیح ساماندهی شود و قانونگذار خود به عنوان واضع قانون از آنها استفاده کند و احکام مذکور را به صورت قانون موضوعه تدوین و به مردم اعلام کند؛ تا هم اصل تفکیک قوا رعایت شده باشد و هم مقررات شرعی بلا اجرا نماند.

#### ۴. نتیجه‌گیری

ظاهراً اصل ۱۶۷ ق، از دیدگاه تصویب کنندگان آن عام بوده و اختصاص به امور حقوقی ندارد و موضوعات حقوق کیفری را نیز در بر می‌گیرد. رابطه اصل ۱۶۷ با اصل ۳۶ و ۱۶۹ رابطه حاکم و محکوم در اصطلاح علم اصول است و تعارضی میان آنها وجود ندارد، بلکه قانونگذار در اصل ۱۶۷ در حالات خاصی همچون اجمال، تعارض، سکوت و نقص قانون مدون، منابع معتبر و فتاوی معتبر را در شمار منابع حقوقی قرار داده و به توسعه مصادیق قانون دست زده است. براساس همین تفسیر از اصل ۱۶۷ و جمع آن با دیگر اصول قانون اساسی، عطف به ماسبق کردن فتاوی قاضی مجتهد یا مراجع تقلید در خصوص جرایم مستحدث در مقام تقنین (جرم‌انگاری) جایز نیست. اصل ۱۶۷ در مقام اجرا با مشکلات عدیده‌ای روبروست که از آن جمله است: مجمل بودن معنای منابع معتبر، مبهم بودن ملاک اعتبار در منابع و فتاوی، نابسامانی در امر استفتائات قضایی، حجم عظیم فتاوی معتبر، تعارض منابع و فتاوی با یکدیگر و فقدان یک

مجرای قانونی جهت اعلام فتاوی مذکور به مردم و دست‌اندرکاران امور قضایی و بالاخره نقش نظارتی دیوان عالی کشور در تشخیص نظر و فتوای معتبر. اما در عین حال حذف اصل مذکور نیز صحیح نیست زیرا در تشخیص موضوعات و مصادیق می‌تواند راهگشای محاکم باشد. ولی باید با اتخاذ تدابیر اصولی، تا آنجا که مقدور است پیامدهای منفی این اصل را تقلیل داد و در عمل رویه‌های اتخاذ کرد که قضات در تشخیص احکام کیفری به استناد آن جرم‌انگاری نکنند. در این راستا باید قوه مقننه تا آنجا که ممکن است دست به تدوین احکام شرعی در قالب قوانین موضوعه بزند و قضات از عطف به ماسبق کردن فتاوی جدید که در مقام جرم‌انگاری است و به مردم اعلام نشده است خودداری کنند؛ تا فتاوی مذکور به صورت قانون مدون و به مردم اعلام شود. مسأله استفتای امور قضایی به شکل صحیح ساماندهی شود و سرانجام راهی جهت صدور رأی وحدت رویه در مواردی که احکام متعارض مستند به فتاوی متعارض است، تعیین شود.

### یادداشتها

- ۱- برای اطلاع بیشتر ر. ک: پاسخ و سئوالات از کمیسیون استفتات شورای عالی قضایی، انتشارات روزنامه رسمی، ج: ۱، س: ۱۳۶۲، ج: ۲، س: ۱۳۶۳، ج: ۳، س: ۱۳۶۵.
- ۲- برای اطلاع بیشتر ر. ک: صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، انتشارات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج: ۳، ص: ۱۶۵۳.
- ۳- برای اطلاع بیشتر ر. ک: صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، انتشارات مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج: ۱.
- ۴- همان.

### منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم. (بی‌تا). *کفایه الاصول*. قم: انتشارات امام الهدی، ج: ۲.
- آخوندی، محمود. (۱۳۶۸). *آئین دادرسی کیفری*. تهران: انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، ج: ۱.
- انصاری، مرتضی. (بی‌تا). *فوائد الاصول*. چاپ سنگی.
- حبیب‌زاده، محمد جعفر و محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۷۴). *اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق ایران*. نشریه علمی دانشگاه شاهد، تهران: س: ۳، پاییز و زمستان، ش: ۹ و ۱۰، ص: ۴۰-۲۰.
- خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۲). *مصباح الاصول*. قم: انتشارات مکتبه الداوری، ج: ۳.
- شهری، غلامرضا و ستوده جهرمی، سروش (گردآورنده). (۱۳۷۳). *نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسایل کیفری (از سال ۵۸ تا ۷۱)*. انتشارات روزنامه‌رسمی، ج: ۱.
- قیاسی، جلال‌الدین. (۱۳۷۵). *ضرورت بازنگری در قانون مجازات اسلامی*. فصلنامه مفید، بهار، ش: ۱، ص: ۱۳۸-۱۳۷.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۶۸). *مقدمه علم حقوق*. تهران: انتشارات بهنشر، چاپ شانزدهم.
- کلاتری، کیومرث. (۱۳۷۵). *اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها*. بابل: انتشارات دانشگاه مازندران.
- مهرپور، حسین. (۱۳۷۶). *سرگشت تعزیرات، قانون وکلا*. ش: ۱۴۹-۱۴۸.
- نائینی، محمد حسین. (۱۴۰۴). *فوائد الاصول*. قم: انتشارات مؤسسه نشر اسلامی، ج: ۴.
- هاشمی، سید محمد. (۱۳۷۸). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ج: ۲.
- یزدی، محمد. (۱۳۷۵). *قانون اساسی برای همه*. تهران: انتشارات امیر کبیر.