



تاملی در رجوع به فقه در قلمرو حقوق کیفری با تاکید بر فلسفه قانونگذاری و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در نظام حقوقی ایران

پدیدآورنده (ها) : میربد، سید علیرضا

حقوق :: نشریه دین و قانون :: تابستان ۱۳۹۶ - شماره ۱۶

صفحات : از ۱۲۵ تا ۱۵۴

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1338357>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۰۵/۱۱

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- سازوکارهای ناظر بر صیانت از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- مصادره اموال در حقوق ایران با تاکید بر رویه دادگاه اصل ۴۹ قانون اساسی
- تاثیر اخلاق در جرم انگاری و جرم زدایی در نظام حقوق کیفری اسلامی ایران
- نقش توبه در اسقاط حدود
- پارلمان انگلستان یا مادر پارلمان ها
- چرایی وضع قانون اساسی از منظر بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران
- فرزند خواندگی از دیدگاه نوین روانپزشکی (مطالعه ۷۲۰ مورد مراجعه کننده خواهان فرزند به بخش روانپزشکی سازمان پزشکی قانونی کشور)
- «شکایت ثالث از عملیات اجرایی» در مقایسه با «اعتراض ثالث به رأی»
- جرم انگاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران
- نقد حقوق مالکیت ادبی- هنری مدرن و ملاک مالکیت فکری در عصر پسا مدرن
- مبحثی در محدودیتها و استثنائات حقوق مالکیت ادبی و هنری
- تحلیل ارکان جرم آدم ربایی در روند قانون گذاری ایران با نگاهی به حقوق فرانسه

عناوین مشابه

- بررسی و تبیین اکراه در حقوق کیفری ایران با تاکید بر تحولات قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲
- فلسفه مجازات ها در فقه کیفری اسلام
- تاملی بر نظریات علمای فقه و حقوق در باب دیه جراحات پزشکی (با تاکید بر مسوولیت کیفری پزشکان)
- قانونگذاری کیفری بر اساس فقه مالکيه در نظام های حقوقی معاصر (مطالعه موردی: لیبی، موریتانی و نیجریه)
- سیاست جنایی حاکم بر مسوولیت کیفری اشخاص حقوقی در قانون مجازات ۱۳۹۲
- تاملی بر نقش سن در تحقق بلوغ و مسوولیت کیفری دختران و تاثیر قانونگذار از آن در حوزه حدود و قصاص در قانون مجازات اسلامی (مصوب سال ۱۳۹۲)
- چالش های نظری و عملی فرآیند تعقیب، رسیدگی و اجرای مجازات اشخاص حقوقی در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲
- ضمانت اجرای حقوق محکوم علیه و کاستی های قانونگذاری در مرحله اجرای احکام کیفری با تاکید بر قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲
- بررسی تطبیقی سن مسوولیت کیفری اطفال در فقه اسلامی، اسناد بین المللی و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲
- سبب، تسبیب و آثار آن در صدور احکام جزایی جرم قتل غیر عمد با تاکید بر فقه امامیه و قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲

تأملی در رجوع به فقه در قلمرو حقوق کیفری با تأکید بر فلسفه قانونگذاری و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در نظام حقوقی ایران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۸/۱۵ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۹/۱۹ دکتر غلامرضا پیوندی* /

سید علیرضا میربد**

چکیده

تصریح قانونگذار اساسی ایران بر الزام قضات در رجوع به منابع معتبر و فتاوی فقهی در سال ۱۳۵۸ و از آن پس، ورود این امر به قوانین کیفری سرآغاز مباحث عمده‌ای بین حقوقدانان و قضات در عرصه نظر و عمل شد. عمده حقوقدانان به دلایل مختلف خصوصاً مخالفت مفاد اصل ۱۶۷ با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، ابهام در تشخیص منابع فقهی و فتاوی معتبر و نیز مخالفت این اقدام با فلسفه قانونگذاری در حکومت اسلامی، در پی تحدید و تقلیل گستره شمول این اصل هستند تا مفاد این اصل در امور کیفری قابل اجرا نباشد. اما در طرف دیگر قضات با الزام قانونی در رجوع به فقه هنگام نقص، اجمال و سکوت قوانین مواجه هستند. در این مقاله ضمن بیان نظرات مختلف در این خصوص با استناد به آخرین اراده قانونگذار در سال ۱۳۹۲، ریشه‌یابی فقهی موضوع و نیز با تأملی بر فلسفه قانونگذاری در نظام حقوقی ایران، رجوع قضات به فقه تنها در حدود شرعی و ابهامات مربوط به قصاص و دیات، ممکن دانسته شده و در نقطه مقابل تعزیرات فاقد این امکان معرفی شده است.

*. استادیار پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی (Pyvandi@yahoo.com).

** کارشناس ارشد حقوق عمومی، پردیس فارابی دانشگاه تهران (ali.mirbod@yahoo).

واژگان کلیدی: تعزیرات، حدود، فقه، قانون، جرم، مجازات.

مقدمه

قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ شمسی با وجود آنکه در ماده ۲ بر اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها تصریح داشت، اما در ماده ۱ به این بیان پرداخت که «مجازات‌های مصرّحه در این قانون از نقطه نظر حفظ انتظامات مملکتی مقرر و در محاکم عدلیه مجری خواهد بود و جرم‌هایی که موافق موازین اسلامی تعقیب و کشف شود بر طبق حدود و تعزیرات مقرر در شرع مجازات می‌شوند». بر این اساس در صورتی که جرائم مذکور در آن قانون وفق مقررات شرعی ثابت می‌گردید واجد مجازات مقرر در شرع می‌شد؛ برای نمونه در ماده ۲۰۷ همین قانون، مجازات لواط، زنا، محصنه، زنا با محارم نسبی و زنا با عتق در صورت اثبات شرعی اعدام معرفی شده است و این مجازات فقهی متفاوت از مجازات قانونی آن بود. در تحولات بعدی حقوق جزایی ایران، در ماده ۲ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ به صورت قاطع بیان شد که تنها فعل و ترک فعلی جرم محسوب می‌شود که به موجب قانون، برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی مقرر شده باشد و در واقع امکان مراجعه به فقه یا هر امری به جز قانون در امور جزایی منتفی شد. اما در عرصه حقوقی در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ امکان رجوع دادگاه به منابعی به جز قانون مطرح شده بود: «دادگاه‌های دادگستری مکلفند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانون در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند».

با پیروزی انقلاب اسلامی و تدوین و تصویب قانون اساسی در سال ۱۳۵۸ شمسی رجوع به فقه در موارد متعیّن تکلیفی قانونی شد که اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی بر این امر تصریح داشت. قانونگذار اساسی ضمن تأکید بر قانونی بودن جرائم و

مجازات‌ها در اصول ۳۲، ۳۶، ۱۶۶ و ۱۶۹، در اصل ۱۶۷ چنین اشعار داشت: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» مفاد این اصل از سال ۱۳۶۱ وارد قوانین عادی مصوب مجلس شورای اسلامی شد؛ ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب همین سال، اولین نمود این اصل در قوانین عادی بود. مطابق این ماده: «احکام دادگاه‌های کیفری باید مستدل و موجه بوده مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است. دادگاه‌ها مکلفند 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». همچنین ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸ نیز متضمن حکمی مشابه ماده ۲۸۹ قانون اصلاح بود. قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳ نیز در ماده ۸ خود چنین مقرر کرده بود: «قضات دادگاه‌ها و دادرهای عمومی و انقلاب مکلفند به دعاوی و شکایات و اعلامات موافق قوانین موضوعه و اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رسیدگی کنند و تصمیم قضائی را اتخاذ نمایند». ماده ۹ این قانون نیز به صورت ضمنی متذکر مفاد اصل ۱۶۷ شده بود. در سال ۱۳۷۸ نیز با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری همین موضوع در ماده ۲۱۴ این قانون بیان شد.^۱ با وجود اختلافات فراوان در باب مسائل ماهوی و اجرایی این مواد قانونی از سال ۱۳۶۱ اما در آخرین بیان، قانونگذار با ورود جزئی به موضوع در سال ۱۳۹۲ بر اساس ماده ۲۲۰

۱. به موجب ماده ۵۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲، مواد ۸ و ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب ۱۳۷۳ و نیز قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ نسخ شده است.

قانون مجازات اسلامی به صراحت بیان کرد که «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود». از سوی دیگر در پیش نویس ماده ۲ لایحه مجازات اسلامی آمده 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 آن که در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد». اما نظر شورای نگهبان در این خصوص جالب توجه است: «ماده ۲ از این حیث که فعل یا ترک فعلی که شرعاً مجازات داشته باشد؛ ولی قانون متعرض مجازات آن نشده باشد مستوجب مجازات نمی‌داند خلاف موازین شرع شناخته شده هرگاه این ماده به صورت متن سابق اصلاح شود، ایراد برطرف می‌گردد».^۱ نهایتاً ماده ۲ قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ به این صورت به تصویب رسید: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود.» که در واقع متنی مشابه ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ است.

مراجعه قضات به فتاوی و منابع معتبر فقهی را می‌توان از سه زاویه قانونی، اجرایی و فراقانونی مورد بررسی قرار داد. اصلی‌ترین محل نزاع این قاعده با اصولی از قانون اساسی است که در بردارنده اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌هاست. در بخش اول ضمن تبیین نظرات موجود به نقد این نظرات پرداخته خواهد شد. تشخیص منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر نیز از جمله معضلاتی است که قاضی به هنگام نقص و اجمال قانون و در واقع در مرحله اجرای این الزام با آن روبه روست که در بخش دوم این موضوع بررسی خواهد شد. همچنین در عرصه فراقانونی ما با قاعده‌ای روبه روییم که از یک سو با مختصات برخی از انواع جرائم و از سوی دیگر با شاکله نظام قانونگذاری ایران در تعایر است و اساساً در همین بخش یعنی بخش سوم نظر مختار تبیین خواهد شد.

۱. نامه شماره ۵۵۴۲۲ مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ شورای نگهبان.

۱. امکان قانونی رجوع به فقه

در بین حقوقدانان کمتر کسی یافت می‌شود که از اصل ۱۶۷ سخن به میان آورده باشد؛ اما بحثی از تعارض این اصل با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و اصولی از قانونی اساسی را که محتوی این قاعده است، مطرح نکرده باشد (آخوندی، ۱۳۷۲: ۱۱۷-۱۱۸؛ محقق داماد، ۱۳۸۱: ج ۴، ص ۳۸؛ اردبیلی، ۱۳۹۴: ج ۱، ص ۲۰۲) اگرچه برخی به عنوان پیشنهاد، نظر مخالف این موضع را نیز بیان کرده‌اند (مهرپور، ۱۳۷۴: ۷۸؛ بندرچی، ۱۳۷۱: ۱۴۸-۱۵۰). در این بخش نظر مشهور حقوق دانان در خصوص امکان مراجعه به فقه با توجه به دیگر اصول قانونی مورد بررسی و ارزیابی قرار خواهد گرفت.^۱

۱.۱. تعارض اصول ۳۶ و ۱۶۷؛ تخصیص یا حکومت؟

در رابطه بین عام (اصل ۱۶۷) و خاص (اصول ۳۶، ۱۶۹ و بند ۴ اصل ۱۵۶)^۲ با یکدیگر، عام را می‌توان تخصیص زد و پیامد چنین نظری تخصیص اصل ۱۶۷ به وسیله اصل ۳۶ و در نهایت الغای عمومیت موجود در اصل ۱۶۷ می‌شود. از این رو «دعوی مذکور در اصل ۱۶۷ را فقط می‌توان منصرف به دعاوی حقوقی دانست و در مورد دعاوی کیفری، اصل ۳۶ که مبین اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌هاست، حاکم

۱. این نکته قابل ذکر است که غالب نظریات مطرح شده در این بخش متعلق به قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بوده است.

۲. اصل سی و ششم: حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.

۳. اصل صد و شصت و نهم: هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است، جرم محسوب نمی‌شود.

۴. اصل یکصد و پنجاه و ششم: قوه قضائیه قوه‌ای است مستقل که پشتیبان حقوق فردی و اجتماعی و مسئول تحقق بخشیدن به عدالت و عهده‌دار وظایف زیر است: ... ۴. کشف جرم و تعقیب مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام.

۵. لازم به ذکر است که نقطه اصلی تعارض مطرح شده، در اینجا میان اصل ۱۶۷ و اصل ۳۶ است و بقیه اصول تنها اشاره به چنین مسئله‌ای است، هرچند محور آنها امر دیگری است.

است؛ پس تا زمانی که قانون، عملی را جرم نشناخته نمی‌توان کسی را مجازات نمود (هاشمی، ۱۳۷۵: ج ۲، ص ۴۸۵). البته در مبنای فقهی این اصل علاوه بر ادله قرآنی و روایی، می‌توان به قاعده فقهی «قبح عقاب بلا بیان»^۱ اشاره کرد که یک قاعده عقلی و بدیهی است.

علاوه بر این، لفظ «تنها» در اصل ۳۶ افاده حصر می‌کند و حکم به مجازات را محصور در نصوص قانونی نموده است (محقق داماد، ۱۳۸۱: ج ۴، ص ۳۸). برخی دیگر از قائلین به این نظر بدون اشاره به تعارض اصل ۳۶ و ۱۶۷ و رابطه این دو اصل بایکدیگر به این بیان پرداخته‌اند که قانونگذار، قاعده‌ای را که در آیین دادرسی مدنی سابق وجود داشت، در قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری وارد نموده است و از این رو اصل ۱۶۷ را باید ناظر بر امور حقوقی و نه جزایی دانست (مهرپور، ۱۳۷۴: ۸۹).

پیامد این ادعا که اختصاص اصل ۱۶۷ به دعاوی حقوقی است عمدتاً با غفلت از مشروح مذاکرات تدوین نهایی قانون اساسی بیان شده است، حال آنکه یکی از بهترین شیوه‌های تفسیر قانون که همه حقوقدانان بر آن اتفاق نظر دارند، همین شیوه «تفسیر منطقی» یا «توضیحی» است (هاشمی، ۱۳۸۰: ۷۸). در اصل ۱۳۶ پیش‌نویس قانون اساسی که متن پیشنهادی تعدادی از حقوق‌دانان به مجلس خبرگان تدوین قانون اساسی و کمیسیون‌های تخصصی آن بود، چنین آمده «در مواردی که قاضی نتواند حکم دعاوی حقوق را در قوانین موضوعه بیابد باید با الهام از قواعد شرع، عرف و عادت مسلم و

۱. همواره در فقه امامیه مفاد این قاعده با تعبیر گوناگون مطرح بوده و در پذیرش این قاعده بالاتر از اجماع و ادله نقلی فراوان، تسالم فقیهان مطرح است و از جهاتی با اصل قانونی بودن جرم و مجازات قابل تطبیق است. به تعبیر فقهی و اصولی عقل به صورت مستقل حکم می‌کند؛ در صورتی که نسبت به فعلی از افعال خود توجه کند و احتمال حکمی را اعم از وجوب یا حرمت بدهد و به اندازه توانایی و امکان خود نسبت به دلیل آن جستجو کند و دلیلی نیابد و فعل مشکوک‌الحرمه را انجام و مشکوک‌الوجوب را ترک کند، مجازات و عقوبت چنین شخصی از طرف قانونگذار حکیم قبیح و بدون برهان است (ر.ک: علی مشکینی اردبیلی، اصطلاحات الأصول و معظم أبحاثها، ص ۴۸).

آنچه که عدالت و مصالح عمومی اقتضا دارد، حکم قضیه را صادر کند» اما این اصل مورد پذیرش گروه بررسی اصول واقع نشد (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ج ۴، ص ۱۹) و «دعوا» به صورت مطلق، یعنی بدون قید «حقوق» در اصل ۱۶۷ بیان شد که گویای نظر تدوین‌کنندگان قانون اساسی در سریان حکم این اصل در دعاوی حقوقی و نیز دعاوی کیفری می‌باشد (حسینی، ۱۳۸۳: ۶۴۹).

در مقابل نظریه تخصیص، ادعای حکومت نیز مطرح شده است؛ براساس قول قائلان به این نظر تخصیص در جایی وارد می‌شود که با عموم و خصوص مطلق روبه‌رو باشیم و حال اینکه در مورد دو اصل ۱۶۷ و اصل ۳۶ با عموم و خصوص من وجه مواجهیم؛ یعنی دو افتراق و یک اشتراک، بنابراین میان اصول ۱۶۷ و ۳۶ رابطه حاکم و محکوم برقرار است. با این اوصاف اصل ۱۶۷ شارح و افزایش‌دهنده مصداق «قانون» در اصل ۳۶ بوده پس مراجعه قاضی به منافع و فتاوی معتبر فقهی در چهار حالت سکوت، اجمال، نقص و ابهام در حکم رجوع به قانون است (قیاسی و ساریخانی و خسروشاهی، ۱۳۸۸: ج ۲، ص ۵۲؛ بابایی مهر، ۱۳۸۹: ۱۱۶-۱۱۷؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ج ۲، ص ۹۳؛ حسینی، ۱۳۸۳: ۶۶۹-۶۷۰). براساس این نظر، مقصود قانونگذار در اصل ۳۶ از واژه قانون صرفاً قانون مصوب مجلس نیست و با این توسعه مصدق، منابع و فتاوی فقهی نیز تحت عنوان قانون قرار می‌گیرد.

البته چنین امری با مقصود قانونگذار و همچنین عرف حقوقی نمی‌تواند منطبق باشد. مسلماً مقصود قانونگذار اساسی در این اصل تنها بحث از قانون مصوب مجلس با تأکید بر شرایط شکلی آن بوده و نه هر متنی که حاوی اوامر و نواهی باشد؛ خصوصاً اینکه در اصول ۵۸ و ۵۹ قانون اساسی طرق پدیداری قانون تنها به تصویب مجلس شورای اسلامی و همه‌پرسی منحصر شده است. به علاوه لفظ «قانون» در اصل ۳۶ بدون هرگونه قیدی مطرح شده و فهم عمومی و تخصصی از این واژه همان قانون مصوب مجلس شورای اسلامی با رعایت تمامی شرایط است. با این اوصاف بهتر است گفته شود که اصل ۱۶۷ نسبت به اصل ۳۶ واجد نقش تکمیل‌کنندگی و پیش‌بینی موارد خاص

می‌باشد؛ با این توضیح که در مواردی که قوانین کیفری دچار ابهام یا نقص می‌باشد، می‌توان منبع مکملی را برای رفع این نواقص معرفی کرد منبعی که بدون توجه به تفاوت‌های تصویب و ایجاد آن و با استناد به اراده قانونگذار، تنها در حکم قانون است و این امر هیچ منافاتی با اصل قانونی بودن جرم و مجازات ندارد.

۱.۲. عدم جریان اصل ۱۶۷ در تعیین مجازات

در مقام ارائه راه‌حل برخی برآنند که قانونگذار از مفاد قانون اساسی تعدی نمی‌کند و به اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها پایبند است. بنابراین آن‌دست از قوانین عادی را - مثل ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۶۱ - که ظاهراً در تعارض با اصل ۳۶ قانون اساسی است، باید با توجه به اصل قانونی بودن تفسیر کرد و چنین گفت که جز در مورد حکم به مجازات که دادرس محدود به متون قوانین است، دادگاه باید از منابع معتبر اسلامی و فتاوی‌ای مشهور برای تکمیل قوانین استفاده کند (کاتوزیان، ۱۳۷۵: ۲۳۴). برخی نیز برآنند که مقصود قانونگذار از یافتن حکم در موارد سکوت قانون این نیست که قاضی با استناد به منابع فقهی یا فتاوی‌ای معتبر فعل یا ترک فعلی را جرم بشناسد و حکم به مجازات متهم را صادر نماید؛ چراکه این امر مخالف اصل ۳۶ قانون اساسی و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) است. به‌ویژه اینکه دلالت اصل ۱۶۷ فقط بر آن است که دادگاه از صدور حکم امتناع نکند و در این موارد دادگاه کیفری موظف است به استناد اصل برائت حکم به بی‌گناهی متهم صادر نماید. به علاوه اینکه کاربرد رجوع به فقه در جایی نیز نمایان می‌شود که ماهیت برخی از حقایق شرعی و فقهی مبهم باشد و در این صورت می‌توان با رجوع به فقه این نقص را مرتفع ساخت (اردبیلی، ۱۳۹۴: ج ۱، ص ۲۰۲ - ۲۰۳).

با ملاحظه اصل ۱۶۷ و آن‌دست از قوانین عادی که مفاد این اصل را در خود جای داده‌اند، ابطال این نظر نیز آشکار می‌شود؛ در این متون قانونی سخن از «صدور حکم» و ارائه دستور قانونی رجوع به منابع و فتاوی فقهی در زمینه صدور حکم به‌عنوان امری

مستقل و بذاته است، نه صرفاً به‌عنوان مفسر قوانین. بنابراین محتویات این اصل علاوه بر نهی از استنکاف از صدور حکم و فصل خصومت، الزاماً بر مراجعه به منابع معتبر یا فتاوی فقهی و صدور رأی براساس آنها نیز دلالت دارد. البته نباید از فواید و محسّنات این نظر نیز غافل ماند؛ هرگاه قضات در مطلق دعاوی به هنگام صدور رأی با مشکلی از جهت ابهام در حکم یا مطابقت حکم و موضوع مواجه شوند، رجوع به منابع معتبر فقهی در این فروض مسلّم است؛ اما صحت این رجوع به معنای انحصار اصل ۱۶۷ در این کاربرد نیست.

۱.۳. عدم جریان اصل ۱۶۷ در امور جزایی ماهوی

عقاب بلا بیان در هر دوره زمانی امری قبیح و مذموم است؛ از این رو باید دستور موادی از قوانین عادی در مراجعه قاضی به منابع فقهی را محدود به قوانین شکلی جزایی دانست. به عبارتی این الزام به دلیل تناقض با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها هیچ ارتباطی با حقوق جزای ماهوی ندارد. افزون بر این، مفاد این اصل در قوانین مربوط به آیین دادرسی کیفری گنجانده شده که بدون شک در زمره قوانین شکلی جای می‌گیرند. بنابراین احکام مندرج در آن نیز تنها در امور شکلی جزایی جاری است و نه در غیر آن (آخوندی، ۱۳۷۲: ۱۱۷ - ۱۱۸).

اطلاق اصل ۱۶۷ و دیگر مواد قانونی حاوی مفاد این اصل، اجازه این برداشت را نخواهد داد که این حکم را تنها بر امور شکلی جزایی مترتب کنیم؛ خصوصاً ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی که حتی جرم‌انگاری در باب حدود ذکر نشده در قانون را نیز به قاضی سپرده است. همچنین باید توجه داشت که بیان یک ماده در قانون آیین دادرسی نشان‌دهنده شکلی بودن مفاد آن ماده نیست، چنانکه ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ به تعریف جرم و جنبه‌های مختلف آن می‌پردازد و بدون شک بیانی ماهوی از چیستی جرائم ارائه می‌دهد؛ در حالی که بنا بر این نظر باید فقط حاوی احکامی در باب امور شکلی و به عبارتی آیین

دادرسی باشد و نه احکامی ماهوی.

۱,۴. جریان اصل ۱۶۷ در احکام حقوقی صادره از دادگاه‌های کیفری

برخی نیز ادعای بعیدی را مطرح کرده‌اند؛ «دعوا»ی مذکور در اصل ۱۶۷ قانون اساسی ناظر به دعاوی حقوقی است و در امور کیفری شکایت مطرح است و نه دعوا؛ از این رو دعاوی کیفری مخصوصاً خارج از مفاد اصل ۱۶۷ بوده و اقدام قانونگذار عادی نیز در تدوین ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ فقط منحصر به احکام حقوقی صادره از دادگاه‌های کیفری است. بدین معنا که دادگاه‌های کیفری در خصوص رسیدگی به دادخواست جبران ضرر و زیان به تبع شکایت اصلی موظفند در صورت نقص و سکوت قانون به منابع و فتاوی فقهی رجوع کرده و ذیحق یا غیرذیحق بودن شاکی را اعلام نمایند (بندرچی، ۱۳۷۱: ۱۴۸ - ۱۵۰).

در خصوص بخش اول این ادعا پیش از این توضیح داده شد. اما براساس ادعای بخش اخیر نباید در قوانین مربوط به حقوق کیفری واژه دعوا به کار رفته باشد. حال آنکه به عنوان مثال در مواد ۸۶ و ۴۲۱ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲) از این واژه در خصوص جرائم به کار رفته است. پیش از این هم در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری (۱۳۷۸) از این واژه به کرات و در خصوص پرونده‌های کیفری استفاده شده است.^۱

۱,۵. فتاوی فقهی به مثابه دگترین حقوقی

برخی نیز در جهت توجیه رجوع به منابع فقهی توسط قضات فتوای معتبر را به دگترین یا عقیده علمای حقوق تنظیم کرده و گفته‌اند، همان‌طور که در برخی نظام‌های

۱. به عنوان مثال ماده ۱۸۵ این قانون چنین مقرر داشته است: در کلیه امور جزایی طرفین دعوا می‌توانند وکیل یا وکلای مدافع خود را انتخاب و معرفی نمایند. وقت دادرسی به متهم، شاکی، مدعی خصوصی و وکلای مدافع آنان ابلاغ خواهد شد. در صورت تعدد وکیل حضور یکی از وکلای هریک از طرفین برای تشکیل دادگاه و رسیدگی کافی است.

حقوقی، دکترین یا عقیده علمای حقوق می‌تواند الهام‌بخش قاضی در اتخاذ تصمیم و صدور حکم در صورت عدم دسترسی به قانون باشد. در جمهوری اسلامی ایران نیز با توجه به ابتدای قوانین بر شرع اسلام، فتوای معتبر که همان نظریه فقهی فقهای بزرگ اسلامی است، می‌تواند راهنمای قاضی در اتخاذ تصمیم و حل قضیه باشد (مهرپور، ۱۳۷۴: ۸۷). ناگفته نماند که حتی در نظام‌های حقوقی رومی - ژرمنی نیز با وجود حاکمیت کامل قانون، لیکن عرف (داوید، ۱۳۷۸: ۱۲۱) و مهم‌تر از آن دکترین و نظر عالمان حقوق (همان: ۱۳۹) واجد نقشی جدی به گناه نقص، اجمال و ابهام قوانین هستند؛ خصوصاً اگر این بیان را بپذیریم که غالباً قانونگذار جز ترتیب اثر دادن به گرایش‌هایی که در دکترین توسعه‌یافته و تأیید قوانینی که علمای حقوق آماده کرده‌اند، کاری انجام نمی‌دهد (همان) و این چنین است که مفاد اصل ۱۶۷ و قوانین مذکور از نگاه برخی واجد چنان نقشی است که از آن با عنوان قاعده «تفسیر و تکمیل قانون» یاد می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵۸).

در بیان مشابهت میان دکترین و فتاوی فقهی این ایراد وجود دارد که دکترین در هیچ زمانی نتوانسته پایه قانون مستقلی باشد و فقط در نقش رهبر و راهنمای قانونگذار عمل کرده (همو، ۱۳۷۷: ج ۲، ص ۶۰۶) و به دلیل عدم ابتدا بر متن و نصی معین به سبختی می‌توان هماهنگی لازم جهت ایجاد یک قاعده حقوقی را بین این نظرها پدید آورد؛ حال آنکه فتاوی فقهی به دلیل تکیه بر ادله مشخص قابلیت صدور قواعد حقوقی، هرچند در قالب و شکل قانون را داراست. ضمن اینکه میان دکترین و فتاوی فقهی تمایز ذاتی وجود دارد؛ زیرا در نظام حقوقی اسلام فتاوی فقهی کاشف از حکم شرعی در موضوعات مشخص است؛ درحالی‌که دکترین حقوقی چنین نقشی را از اساس ندارد.

۱.۶. لزوم رجوع به فقه بر اساس موازین اسلامی

برخی در مقام دفاع از رجوع مطلق به فقه بیان داشته‌اند که برای اجرای منویات شرع مقدس نمی‌توان در انتظار فعل قانونگذار بود و حکم به جرم و مجازات موجود در شرع

نیازمند تصویب و گذراندن مراحل قانونی نیست، در غیراین صورت به صراحت اعتبار قانون بشری را مقدم بر اعتبار قانون مسلم الهی دانسته‌ایم و این امر قطعاً خلاف موازین اسلامی است. نکته قابل تأمل اینکه اگر بر فرض قانونگذار در زمانه‌ای جرائم قطعی همچون زنا، شرب خمر و سرقت حدی را از قانون مجازات حذف کند یا از ابتدا در قانون نیاورد، آیا باید قائل به عدم جرم بودن این افعال شد؟ (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵: ۲۶۳ - ۲۶۴).

در این بیان نوعی غفلت از هدف و غایت تشکیل نظام جمهوری اسلامی به نظر می‌رسد. به نص صریح قانون اساسی در موارد متعدد (مقدمه قانون اساسی، اصول ۲، ۴، ۱۲، ۱۵۶ و...) اساس تشکیل جمهوری اسلامی پاسداری از احکام شریعت حقه اسلام و اجرای آنها اعلام شده و اساساً بخشی از فلسفه قانونگذاری در این نظام صورت قانونی بخشیدن به احکام شرعی است. حال اگر روزی بنا بر حذف احکام مسلم شرعی از قوانین موضوعه قرار گیرد، مگر نه این است که نظام از شرعیت خود عدول نموده و در این صورت دیگر نمی‌توان آن را یک نظام اسلامی دانست؟ حال نظامی که بنیان آن اجرای منویات شرع مقدس است، خود برای اجرای این احکام طریقه‌ای را مشخص ساخته و آن هم قانونگذاری و طی مراحل مشخص در این جهت است تا بتوان به احکام پراکنده در متون فقهی صورتی مدون و واجد ضمانت اجرا بخشید.^۱

۲. مشکلات اجرایی

قانونگذار در اصل ۱۶۷ برای معرفی محل رجوع قاضی در صورت نقص یا اجمال قانون، از عنوان «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» بهره برده؛ عناوینی که هرگز از سوی قانونگذار تعریف نشده و ابهام در تشخیص آن دو معضل اساسی در اجرای این اصل و مواد قانونی مرتبط با آن است. حتی با وجود اینکه راه‌حل ناقصی توسط مجلس در لایحه مجازات اسلامی پیش‌بینی شده بود، شورای نگهبان آن را حذف نمود و

۱. در بخش امکان فراقانونی در این خصوص توضیح داده خواهد شد.

در حال حاضر با توجه به این ابهامات و عدم تفسیر قانونی از سوی شورای نگهبان، روش واحدی در رویه قضایی ایجاد نشد و سلیقه‌ها و روش‌های مختلفی در عمل پدید آمد (فتحی، ۱۳۹۳: ۱۴۲). بیان مطلق و بدون قید «قاضی» در این اصل از یک‌سو و بهره‌گیری از دو عنوان منابع اسلامی و فتاوی معتبر، از سوی دیگر، تناقض در برداشت از این اصل را پدیدار می‌سازد؛ چراکه با عدم تصریح قانونگذار بر تفکیک میان قضات مجتهد و مقلد در رجوع به منابع یا فتاوی، برخی برآنند که معقول این است که منابع معتبر به مجتهدان از قضات و فتاوی معتبر به قضات مقلد اختصاص داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۱۲) مضافاً اینکه شواهدی در مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در این خصوص موجود است. از سوی دیگر ظاهر این اصل و اطلاق آن مقتضای خلاف این امر را دارند.

۲.۱. منابع معتبر

بهره‌گیری از منابع معتبر اسلامی توسط قاضی با شرایط فعلی واجد چند ایراد اساسی ذیل است:

الف) منابع معتبر اسلامی حداقل دو برداشت را به ذهن متبادر می‌سازد: ممکن است مقصود از این عبارت، ادله اربعه، یعنی قرآن، سنت، اجماع و عقل باشد. در این صورت قاضی باید دست به استنباط و استخراج حکم فقهی بزند. این برداشت از عبارت منابع معتبر در مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی پیشنهاد شد؛ به این صورت که یکی از نمایندگان این مجلس با این استدلال که قضات غیرمجتهد در رجوع به منابع با مشکل دچار خواهند شد، با پیشنهاد افزودن عبارت فتاوی معتبر در پی این بود که قضات غیرمجتهد بتوانند با رجوع به فتاوی، حکم قضیه را صادر نمایند (صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ۱۳۶۴: ج ۳، ص ۱۶۵۱)؛ بنابراین قضات غیرمجتهد که در نظام قضایی فعلی ایران در اکثریت هستند، امکان رجوع به منابع معتبر را ندارند و فقط از فتاوی معتبر می‌توانند استفاده نمایند؛ اگرچه این نظر با اطلاق موجود

در اصل ۱۶۷ همخوانی ندارد.

ب) احتمال دیگر آنکه مراد از منابع معتبر اسلامی، کتب معتبر فقهی همچون جواهر الکلام، شرایع الاسلام و عروه الوثقی است (قیاسی و ساریخانی و خسروشاهی، ۱۳۸۸: ج ۲، ص ۵۰). در این صورت تعدد کتب فقهی و اختلاف نظر بین فقها، رجوع قضات را مبهم و پیچیده خواهد ساخت. اگر قاضی پرونده‌ای با رجوع به شرایع الاسلام حکمی صادر کرد و پرونده به مرحله تجدیدنظر رفت، حال تکلیف این دادگاه چیست؛ آیا موظف است به منبع استفاده شده توسط قاضی دادگاه بدوی پایبند باشد یا خیر؟ و پس از آن، برخورد دیوان عالی کشور در بررسی شکلی خود با این منبع چیست؟

ج) برخی بر این باورند که قضات در رجوع به منابع معتبر ممکن است با دو امر روبه‌رو باشند: تعیین جرم براساس منابع معتبر و تعیین مجازات براساس منابع معتبر. در این دو مورد فارغ از امکان‌سنجی این امر برای قضات غیرمجتهد - که در اصل، این عمل نوعی استخراج حکم است - با امری حادث روبه‌رویم که پس از ارتکاب جرم صورت گرفته و بیان جدیدی است که با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و قبح عقاب بلا بیان در تضاد است. به همین دلیل است که گفته شده نمی‌توان این اختیار را به قاضی داد که در مورد یک پرونده دست به نوعی قانونگذاری بزند (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ج ۲، ص ۳۹۶).

۲.۲. فتاوی معتبر

قضات دادگاه‌ها در رجوع به «فتاوی معتبر» بسان رجوع به منابع معتبر با ابهام زیادی روبه‌رو هستند؛ از این رو چند فرض را می‌توان در این خصوص مطرح کرد. رجوع به فتوای ولی فقیه، مرجع تقلید قاضی، مرجع تقلید متهم و فتوای مشهور (فتحی، ۱۳۹۳: ۱۴۲).

یکی از فقهای شورای نگهبان بر آن است که در این گونه موارد به فتوای ولی فقیه مراجعه خواهد شد که مسئولیت امور جامعه برعهده اوست و ولایت بالفعل دارد. فتوای

فردی غیر از ولی فقیه برای خود مجتهد و مقلدانش در عبادات و معاملات و هر موضوعی که با مسائل حکومتی مرتبط نباشد، حجت است؛ اما تصرف در اموال و ناموس و نفوس مردم به استناد فتوای فقیهی که ولایت بالفعل ندارد - اگرچه شأنیت آن را داشته باشد - صحیح نیست (یزدی، ۱۳۸۴: ۱۰۱ - ۱۰۲). در ماده ۲۲۱ لایحه مجازات اسلامی نیز راهکاری چنین در جهت عملی شدن نظر مذکور پیش‌بینی شده بود: «هرگاه رجوع به اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی لازم شود، مقام قضایی از رهبری استفتا خواهد کرد. مقام رهبری می‌تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض نماید». اما این ماده توسط شورای نگهبان حذف شد و به تصویب نرسید؛ لذا رجوع به فتوای ولی فقیه در حال حاضر واجد تعین قانونی نیست.

این نظر با این انتقاد مواجه است که چگونه می‌توان از فردی که مقلد مرجعی به جز ولی فقیه است، انتظار داشت که علاوه بر فتاوی مرجع خویش از فتاوی ولی فقیه نیز مطلع باشد و در آن موضع نیز او را بتوان مسئول تلقی نمود، خصوصاً محتمل است که فعل ارتكابی با مسائل حکومتی نیز مرتبط باشد. علاوه بر این باید در نظر داشت که استفتایی را که پس از وقوع فعل صورت گیرد، چگونه می‌توان با اطلاع متهم و آگاهی او از آن فتوا مطابقت داد (قیاسی و ساریخانی و خسروشاهی، ۱۳۸۸: ج ۲، ص ۵۱)؛ خصوصاً در حدود شرعی که آگاهی مرتکب از حرمت فعل نیز مورد تصریح قانونگذار در ماده ۲۱۷^۱ است و بدون تردید در مقابل اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها باید در پی پاسخی قانع‌کننده برای این مورد بود.

انتقاد اخیر از نظریه مذکور در تمامی فروض چهارگانه نیز مطرح است. به علاوه اینکه عنصر علم و آگاهی مرتکب از حرمت فعل، حتی از ناحیه فتوای مرجع تقلید خود نیز محتمل است.

۱. ماده ۲۱۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲): در جرائم موجب حد، مرتکب در صورتی مسئول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسئولیت کیفری به حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز آگاه باشد.

۳. بررسی مبنایی رجوع به فقه با توجه به قانون مجازات اسلامی ۹۲

با تصویب قانون مجازات ۱۳۹۲ امکان رجوع به فقه در مورد جرائم حدی شکل قانونی به خود گرفت، ولی برای سایر موارد خصوصاً تعزیرات در این قانون راهکار صریحی وجود ندارد. در این بخش ضمن تبیین نظریه مختار به هریک از محمل‌های احتمالی رجوع به فقه نیز اشاره شده است. حدود، تعزیرات، قصاص و دیات می‌تواند مواضع رجوع به فقه توسط قاضی باشد که در ادامه، این امر مورد امکان‌سنجی واقع شده است.

۳.۱. رویکرد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

ماده ۲ قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ جرم را به این صورت تعریف می‌کند: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود». این ماده که در واقع مشابه ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ است، در نتیجه ایراد شورای نگهبان به لایحه مجازات تصویب شد. در پیش‌نویس ماده ۲ لایحه مجازات اسلامی آمده 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». شورای نگهبان ضمن ایراد به این ماده، چنین اعلام داشت: «ماده ۲ از این حیث که فعل یا ترک فعلی که شرعاً مجازات داشته باشد، ولی قانون متعرض مجازات آن نشده باشد، مستوجب مجازات نمی‌داند، خلاف موازین شرع شناخته شد. هرگاه این ماده به صورت متن سابق اصلاح شود، ایراد برطرف می‌گردد».^۱ بنابراین متنی مشابه ماده ۲ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ تصویب شد.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ماده ۲۲۰ خود، نهایتاً پس از سال‌ها سکوت محمل اجرایی اصل ۱۶۷ را به صراحت بیان کرد. در این ماده آمده است: «در

۱. نامه شماره ۵۵۴۲۲ مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ شورای نگهبان.

مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود. این ماده به‌عنوان آخرین اراده مقنن تنها مورد قابل رجوع به منابع و فتاوی فقهی را حدودی اعلام کرده که در قانون به آنها اشاره نشده و ذکری از تعزیرات به میان نیاورده است. البته بر این امر، باید ماده ۱۸ این قانون را نیز افزود که در مقام تعریف تعزیر، تعیین نوع و میزان آن را فقط به قانون سپرده است. در ماده ۱۸ چنین آمده: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به‌موجب 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 به‌موجب قانون تعیین می‌شود».

۳،۲. رجوع به فقه با توجه به فلسفه قانونگذاری

قانونگذاری در هر نظام حقوقی در پی پُر کردن خلأهایی است که در جامعه احساس می‌شود و برای ساخت جامعه مطلوب و موردنظر است. بر این اساس تصویب قانون در جوامع مختلف توسط نهادهای قانونی و مشروع^۱ گویای نگرش کلی جامعه سیاسی به هنجارها و ارزش‌ها صورت می‌گیرد.

در نظام‌هایی که هنجاری برتر از اراده جمعی با چاشنی مصالح عمومی فاقد ارزش است یا به‌کلی انکار می‌شود و فقط بهبود وضعیت فعلی جامعه با جهت‌گیری‌های ملموس و تجربی، غایت قانونگذاران است، هر قانونی که برآمده از نهاد قانونگذاری توسط نمایندگان مردم و در جهت مصالح ملت باشد، فی نفسه واجد ارزش است. بالعکس در جوامعی که نظام سیاسی در آن بر پایه اصولی مافوق اراده جمعی و همگانی انسانی شکل گرفته و مشروعیت خود را وابسته به ارزش‌ها و اصول ماورای اراده بشر می‌داند، متون برآمده از نهادهای قانونی و مشروع را فقط بر حسب میزان انطباق با اصول

۱. ناگفته پیداست که عنصر مشروعیت یا حقانیت یک نظام سیاسی امری متفاوت و البته فراتر از قانونی بودن آن نظام است.

فراقانونی می‌توان قانون شناخت. پس تصویب قانون در جامعه‌ای با نگرش اخیر، در واقع ضمانت اجرا بخشیدن به اصول ثابتی است که برای نظام سیاسی و چه‌بسا مردم واجد اهمیت فراقانونی است و از این پس مورد حمایت قوای حکومتی با چاشنی قوه قاهره است. البته در نظام حقوقی اخیر نیز قانونگذاری برخاسته از احساس نیاز جمعی به شرایط و اموری است که نبود آنها خللی را به جامعه وارد می‌کند. تقسیم طرح‌ها و لوایح در مجالس قانونگذاری براساس اهمیت و فوریت آنها پیش از بررسی محتوای آنها، گویای این مسئله مهم است. برای مثال در مجلس شورای اسلامی یکی از اولین اقدامات مجلس، تعیین یک فوریت، دو فوریت یا سه فوریت یک طرح یا لایحه براساس نیاز جامعه است. پس خروجی مجلس با عنوان قانون برآیندی است از نیاز جامعه با در نظر داشتن اصول و هنجارهای پیشاقانونی است که اساس اجتماع بر آن بنیان نهاده شده است. ساخت جمهوری اسلامی ایران نیز بر این اساس است. اصل ۲ قانون اساسی اشعار می‌دارد نظام جمهوری اسلامی ایران نظامی است مبتنی بر پایه ایمان به خدای یکتا و اختصاص حاکمیت و تشریح به او. اصل ۴ نیز بیان می‌کند کلیه قوانین و مقررات در ایران، اعم از مالی، اقتصادی، اداری، مدنی، جزایی، فرهنگی، سیاسی و غیر اینها، باید براساس موازین اسلامی باشد و این امر بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است. نهاد تشخیص‌دهنده این امر نیز شورای نگهبان می‌باشد.

حال با در نظر گرفتن این اصول می‌توان گفت که تشخیص قانونی شدن یک قاعده بنابر تشخیص مجلس مرکب از نمایندگان مردم صورت می‌گیرد و آنچه او در مقام قانونگذار اظهار می‌کند، استنباط قوه قانونگذاری از روح اسلام و آمیزه آن با مصالح ملی و عمومی است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ج ۲، ص ۳۹۶)؛ بنابراین قانونگذاری در این ساختار حقوقی هرگز نمی‌تواند غافل از شریعت اسلامی باشد و مقنن این اصول را با در نظر گرفتن مصالح و منافع عمومی واجد شکل قانونی و در واقع برخوردار از ضمانت اجرایی می‌کند و این اختیار برای نهاد قانونگذاری باقی می‌ماند که برخی احکام اسلامی را در

متون قانونی وارد نکند. آنچه الزامی است این است که قوانین باید با شرع مقدس در تعارض نباشد؛ به عبارتی الزام در بررسی عدم تعارض تمامی قوانین با شرع است، نه وارد نمودن تمامی احکام شرع به درون قانون؛ چراکه اساساً قانون در پاسخ به نیازها و اقتضائات شکل می‌گیرد و در موارد متعدد ممکن است حکمی شرعی که در کتب فقهی گذشته بیان شده، در حال حاضر فاقد کاربرد و تقاضا در جامعه باشد. البته در خصوص جرائم غیر از مواردی مانند حدود و قصاص، امر به دست حاکم اسلامی است که مواردی را که به مصلحت می‌داند، در قوانین پیش‌بینی کند. حتی این نهاد می‌تواند در مسائل اختلافی شرعی نیز فتوایی را که مصالح عمومی اقتضا می‌کند، به قانون تبدیل کند. حال با در نظر گرفتن اینکه فرض رجوع به فقه توسط دادرس در موارد ابهام و سکوت قانون فقط می‌تواند در مورد جرائم مربوط به حدود، تعزیرات، قصاص و دیات صورت گیرد، مفاهیم گفته‌شده در خصوص هر کدام از این فروض مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۳،۲،۱. حدود

در منابع فقهی به هر فعلی که واجد عقوبتی مقدر و مشخص در شرع مقدس باشد، حد اطلاق می‌شود (محقق حلی، ۴۰۸ق:ج ۴، ص ۱۳۶؛ فاضل هندی، ۴۱۶ق:ج ۱۰، ص ۴۰۷). از این روست که رجوع به فقه جهت یافتن حدود شرعی با ابهامات و پیچیدگی‌های کمتری نسبت به تعزیرات روبه‌روست. البته نباید از یاد برد که در حدود نیز اختلافاتی بین فقها وجود دارد؛ برای مثال برخی فقها، تعدادی از تعزیرات را در ذیل حدود آورده و در مجموع ۱۶ جرم حدی را برشمرده‌اند (خویی، ۴۲۲ق:ج ۱، ص ۲۰۳-۳۹۱) و برخی دیگر تعدادی از جرائم حدی را در زمره اعمال مستلزم تعزیر آورده و با تغییر دسته‌بندی رایج، حدود شرعی را در شش دسته بیان کرده‌اند (محقق حلی، ۴۰۸ق:ج ۴، ص ۱۳۷-۱۶۷). اما در هر صورت، در جرائم حدی نوع و میزان مجازات از سوی شارع تعیین شده است و در زمان حاضر نیز که براساس الزام اصل ۴

قانون اساسی قوانین مطابق با شرعیات تصویب و تدوین می‌شود، حدود شرعی در قانون احصا شده و با تتبع در متون فقه تنها برخی جرائم حدی همچون ارتداد (فاضل هندی، ۱۴۱۶ق: ج ۱۰، ص ۶۵۸)، سحر (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۹؛ محقق حلی، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۲۲۱) و ادعای نبوت (محقق حلی، ۱۴۱۸ق: ج ۱، ص ۲۲۱) را می‌توان یافت که در قانون مجازات اسلامی وارد نشده (فتحی، ۱۳۹۳: ۱۴۴) که در این خصوص ماده ۲۲۰ قانون مجازات ۱۳۹۲ تکلیف قضات را روشن نموده و به صراحت رجوع به فقه را در مورد جرائم حدی تعیین نموده است؛ اگرچه نباید از نظر دور داشت که این ماده ناظر به جرائم بسیار محدودی است و با توجه به شواهد و مشکلات بین‌المللی، بیشترین دلیل وضع ماده ۲۲۰ در قانون، مسئله ارتداد بوده است و در صورت بیان صریح در قانون با برخی از کنوانسیون‌های امضا شده توسط ایران در تضاد بود.

۳،۲،۲. تعزیرات

تعزیر در بیان فقها، عقوبت بدون میزان مشخص نامیده می‌شود^۱ (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۴، ص ۱۳۶) و برخلاف حدود که جرم و همچنین مجازات آن مشخص و مقدر است، در تعزیرات براساس قاعده «التعزیر لکل عمل محرّم»^۲ - که البته مورد پذیرش برخی از فقهاست - گفته شده است که می‌توان بر هر فعل حرام که مستلزم حد نباشد، اعم از صغیره و کبیره، عقوبت تعزیری تعیین نمود. در صورت پذیرش این قاعده - به هر میزان - بیشترین محمل رجوع به فقه در تعزیرات خواهد بود. در واقع اگر

۱. با وجود اجماع بر این تعریف اما فقها ۵ جرم تعزیری با مجازات معین را نیز احصا کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۴، ص ۳۲۶) که البته برخی از این مجازات‌ها را به جهت مشخص بودن میزان، در زمره حدود جای داده‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق: ج ۵، ص ۳۷۳).

۲. تقریرات دیگر این قاعده: «التعزیر لکل عمل محرّم»، «التعزیر فی کل معصیه»، «کل معصیه لم یرد فیها الحد فیهیها التعزیر»، «کل من خالف الشرع فعلیه حد او تعزیر»، «کل من اتی معصیه لا یجب بها الحد فانه یعزّر»، «التعزیر فی کل معصیه لا حد فیها ولا کفاره».

قائل به امکان جرم‌انگاری برای محرّمات باشیم، به دلیل وسعت معاصی نمی‌توان به همه آنها صورت قانونی بخشید. لذا رجوع به فقه در این شرایط متعین می‌شود و در صورت رد این نظر، مراجعه به فقه در خصوص تعزیرات قیدنشده در قانون نیز با محدودیت و چه بسا ممنوعیت جدی روبه‌رو شود. ابو صلاح حلبی در یکی از اولین متونی که در این خصوص به دست ما رسیده، چنین بیان داشته است: «شخص به واسطه اخلاق به هر واجب و انجام هر قبیحی که شریعت برای آن مجازات حد تعیین نکرده است، مستحق تعزیر می‌شود» (حلبی، ۴۰۳ق: ۴۱۶). شیخ طوسی در المبسوط (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ج ۸، ص ۶۹) ابن زهره در غنیه و ابن ادریس در السرائر، عباراتی در خصوص پذیرش قاعده مذکور بیان داشته‌اند (ابن زهره حلبی، ۴۱۷ق: ۴۳۵؛ ابن ادریس، ۴۱۰ق: ج ۳، ص ۵۳۴ - ۵۳۵). موافقان عمومیت جریان قاعده در همه معاصی در عین تنوع در نظرات، در مجموع چهار دلیل در اثبات مفاد این قاعده بیان کرده‌اند؛ ادله روایی، سیره معصومین (ع)، حفظ نظام و نهایتاً اجماع^۱.

در خصوص روایاتی که موافقان عمومیت این قاعده مطرح نموده، برخی معاصران با بیان مجمل بودن آن روایات، بر این دلیل خدشه وارد نموده‌اند (خوانساری، ۴۰۵ق: ج ۷، ص ۹۸؛ گلپایگانی، ۴۱۲ق: ج ۲، ص ۱۵۷) به علاوه باید توجه داشت که بر اساس روایات مورد استناد موافقان، خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده و بر متجاوز از این حدود نیز حدی قرار داده است؛ اما دلیل وجود ندارد که مقصود از حد اخیر صرفاً حدود دنیوی اعم از حد و تعزیر باشد و روایات متضمن این معنا نیست که ضمانت اجرای تجاوز از تمامی حدود دنیوی است و ممکن است برخی از آنها صرفاً واجد ضمانت اجرای اخروی باشد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷: ۳۰۶). همچنین با رجوع به روایات خاص در باب تعزیرات (مجلسی، بی تا: ۶۰-۶۶) درمی‌یابیم که عمده این روایات در خصوص اموری است که در صورت تجمیع شرایط در زمره حدود جای

۱. برای تفصیل بیشتر، رک: خوبی، ۴۲۲ق: ج ۱، ص ۴۰۷؛ عمیدزنجانی، ۱۳۸۷: ج ۲، ص ۸-۱۴؛ حاجی ده‌آبادی،

می گرفت و این امر خود گویای آن است که تعزیر فاقد خصلت عمومیت در محرمات الهی است.

در خصوص استناد به سیره معصومین نیز گفته شده است که ایشان با آن همه مشکلات و مشغله نمی توانسته اند بر مرتکب هر گناهی حکم تعزیر جاری سازند (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ج ۲، ص ۱۴).

آیت الله خوانساری نیز حفظ نظام را از طریق نهی از منکر قابل حصول دانسته اند و قائل به کفایت آن هستند (خوانساری، ۱۴۰۵: ج ۷، ص ۹۸). همچنین آیت الله گلپایگانی ضمن پذیرش اصل لزوم حفظ نظام، این امر را از طریق حدود و تعزیرات منصوص شرعی و نیز نهی از منکر دست یافتنی دانسته اند (گلپایگانی، ۱۴۱۲: ج ۲، ص ۱۵۴)؛ بنابراین نوبت اساساً به تعزیر نمی رسد.

در مورد اجماع نیز باید گفت که برخی فقها در خصوص تعزیر بر کبائر ادعای اجماع را مطرح کرده اند (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۱، ص ۴۴۸). اما خلاف این امر نیز در کتب فقها موجود است (حسینی، ۱۳۸۳: ۱۴۶-۱۴۸؛ نیز همان: ۱۴۰-۱۴۱).^۱ با این اوصاف نمی توان پذیرفت که وضع تعزیر برای هر امر حرام بین فقها مورد اجماع است؛ بلکه نظرات مخالف در این خصوص بسیار مطرح شده است.

قاعده دیگری که در خصوص تعزیر بیان می شود، «التعزیر بما یراه الحاکم» است که بیانگر اختیار «حاکم» در حکم به تعزیر و میزان آن است. با وجود برداشت ظاهری از لفظ «حاکم» می توان شخص قاضی را صاحب حکم دانست اما تلقی فقها به هنگامه تعیین مرجع بیان نوع و میزان تعزیرات این امر را نه برعهده قاضی که عمدتاً با بهره گیری از الفاظ «سلطان» (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۷۹۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰: ج ۳، ص ۵۳۰)، «ولی امر» (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۴۳۵) و «امام» (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ج ۸، ص ۶۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ج ۴۱، ص ۴۴۸)، این مسئولیت را از مناصب ولایت مسلمانان و

۱. جهت تفصیل بیشتر، رک: حسینی، ۱۳۸۳: ۱۴۶-۱۴۸.

رهبری آن جامعه دانسته‌اند. برخی معاصران نیز با تتبع در روایات وارده در این خصوص، قائل به این هستند که در این متون نیز لفظ «حاکم» به معنای قاضی استعمال نشده و با توجه به روایاتی که ناظر به تعزیر مقدر از معصوم صادر شده است، می‌توان گفت که تعیین نوع و مقدار هر تعزیر در هر دوره به ولی امر یعنی مدیریت جامعه سپرده شده است (محقق داماد، ۱۳۸۱: ج ۴، ص ۲۳۲-۲۳۶؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۲۰۸).

با بیانی که در خصوص این دو قاعده آمد، روشن شد که اولاً در مورد جرم‌انگاری محرمات - که یکی از مهم‌ترین فروض ممکن در خصوص رجوع به فقه است - به‌عنوان تعزیر، اجماعی بین فقها وجود ندارد و ثانیاً تعزیر نیز به دست قاضی سپرده نشده، بلکه بر عهده مدیریت جامعه و ولی امر نهاده شده است.

علاوه بر مسائل مبنایی طرح‌شده، نباید از نظر دور داشت که اساساً قانونی شدن برخی محرمات شرعی از سوی قانونگذار امکان‌پذیر نبوده و او نمی‌توانسته آنها را در عداد قوانین آورد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۸۷: ۳۱۰). در واقع پذیرش عمومیت و توسعه مصادیق این قاعده مستلزم سریان تعزیر بر اموری است که از اساس در زمره مسائل اخلاقی قرار می‌گیرند.^۱ فارغ از تسری تعزیر بر افعال جوارحی فردی و اجتماعی، باید شاهد سریان تعزیر در خصوص محرمات جوانحی همچون ریا، بخل، سوءظن به خدا، ناامیدی از رحمت حق نیز بود و در این میان حتی قضات و حاکمان نیز از تیغ این اعمال قانون در امان نخواهند بود (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ج ۲، ص ۱۳). از این رو باید پذیرفت که «حکومت می‌تواند هر عملی را که موجب آزار و اذیت مردم، اخلال در نظام، هتک حیثیات، فساد امور، اخلال در امنیت عمومی و اعتماد مردم به یکدیگر می‌شود، تعزیر نماید و به‌طور کلی اعمالی که رسیدگی به آنها در صلاحیت حاکم است،

۱. بیان تمثیلی این امر در کتب برخی از فقها بدین سان آمده است: «خیلی از اوقات استاد هنگام تدریس با اشخاصی مواجه می‌شود که با سؤال و اشکال او را آزار می‌دهند یا فرزند کارهایی می‌کند که باعث اذیت پدر می‌شود. در این صورت لازمه پذیرش این قاعده این است که هرچه باعث اذیت دیگران می‌شود، جرم و قابل تعزیر باشد» (خوانساری، ۱۴۰۵: ج ۷، ص ۱۱۸).

در صورتی که خلاف شرعی صورت گیرد، حکومت می‌تواند تعزیر نماید؛ و آلا در هر مورد که در جواز تعزیر شک شود اصل، اقتضای عدم آن را دارد» (صافی، ۱۴۰۴ق: ۱۳۹) و جای تردید نیست در مورد افعالی که مخل به منافع و مصالح عمومی است، جرم‌انگاری صورت گرفته و دادرس هنگام دادرسی نیازی به رجوع به فقه به جهت جرم‌انگاری و یافتن مجازات نخواهد داشت. البته واضح است که این عدم رجوع از مراجعه به فقه در مورد جزئیات و ابهامات مواد قانونی انصراف دارد.

۳،۲،۳. قصاص و دیات

در حوزه قصاص و دیات با توجه به اینکه اصل موضوع جنایات به‌طور کلی اعم از ضرب و جرح و قتل جرم‌انگاری شده است، به نظر می‌رسد در موارد خلأ و ابهام از نظر احکام و آثار تردیدی در جواز مراجعه نباشد؛ زیرا قانونگذار در بخش قصاص و دیات به بسیاری از موارد لازم در اصل جرم‌انگاری اشاره کرده است و موارد خاص و جزئی در مورد تبیین حکم مسئله یا عوارض بحث قصاص و دیه می‌ماند که در چنین مواردی مشکلی برای مراجعه نمی‌ماند، بلکه ضروری است که به فقه مراجعه شود تا دعوی کیفری فیصله پیدا کند. البته در صورتی که در همین موارد مراجعه به فقه مستلزم جرم‌انگاری جدید باشد، مباحث اختلافی محل بحث مطرح می‌گردد که شبیه به بحث حدود به تصریح قانونی نیاز دارد.

نتیجه

با بررسی مفاد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و دیگر قوانین عادی که محتوای این اصل را در خود جای داده‌اند، چند نکته به دست می‌آید:

الف) در خصوص تعارض یا عدم تعارض اصول ۳۶ و ۱۶۷ با یکدیگر با توجه به اشکالاتی که به هریک از نظریات تخصیص و نیز حکومت وارد شد، بهتر است قائل به این امر باشیم که اصل ۱۶۷ بدون آنکه مصادیق قانون را توسعه دهد، صرفاً نقش تکمیل‌کنندگی دارد و در موارد خاصی به صورت مشخص منابع و فتاوی فقهی را در حکم قانون قرار می‌دهد.

ب) با وجود این اجرای اصل ۱۶۷ با مشکلات جدی و مهمی روبه‌روست؛ خصوصاً اینکه در قانون هیچ سازوکاری برای رجوع به منابع یا فتاوی فقهی پیش‌بینی نشده است. ج) با وجود آنکه هیچ شکی در اراده قانونگذار جهت وارد نمودن قاعده رجوع در حقوق کیفری وجود ندارد، بنا به مختصات تعزیرات و جرائم تعزیری در فقه امامیه و همچنین عدم تصریح قانونگذار در قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ نمی‌توان این قاعده را در این خصوص مجرا دانست و فقط می‌توان بنابر تصریح ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی و خصوصیات جرائم حدی، حدود را محمل اجرایی اصل ۱۶۷ و قوانین مرتبط با آن دانست و در سایر موارد نمی‌توان این اختیار را به قاضی داد که در مورد یک پرونده دست به نوعی قانونگذاری بزند. البته در بخش تفسیر و استنباط از قوانین در بخش‌های مختلف اعم از حدود، قصاص، دیات و تعزیرات، باید به فقه رجوع کرد.

د) فلسفه قانونگذاری در جمهوری اسلامی ایران نیز اقتضای این امر را داراست که با تعیین و تبیین مراحل قانونگذاری در قانون اساسی و ابتنای کلیه قوانین بر احکام اسلام با نظارت شورای نگهبان، دیگر نتوان متون فقهی شرعی یا فتاوی فقهی را منبع مستقیم دانست؛ چراکه هرآنچه به تشخیص قانونگذار لازم بوده، در متون قانونی آمده و اگر حکمی شرعی بدل به قانون نشده، نیازی به این امر از سوی قانونگذار احساس

نمی‌شده است.

ه) در مباحث مربوط به جنایات (اعم از جنایات موجب قصاص یا دیه) قانونگذار جرم‌انگاری لازم را انجام داده است. ممکن است در برخی موارد قانونگذاری شده ابهام و اجمالی وجود داشته باشد که در این فرض رجوع به فقه هیچ مانعی ندارد و همه این‌چنین مواردی را می‌پذیرند.



منابع

۱. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، ج ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ ۵، ۱۳۷۲.
۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، تهران: میزان، چاپ ۴۵، ۱۳۹۴.
۳. بندرچی، محمدرضا، «اصل قانونی بودن جرائم و ماده ۹۲ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴، تابستان ۱۳۷۱.
۴. حاجی ده‌آبادی، احمد، «حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ ق.ا. در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، مجله پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۲، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۵.
۵. _____، قواعد فقه جزایی (حدود و تعزیرات، قصاص و دیات)، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ ۱، ۱۳۸۷.
۶. حسینی، سیدمحمد، «رابطه مفهوم شرعی گناه و مفهوم حقوقی جرم و نسبت تحریم و تجریم»، علوم جنایی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری)، تهران: سمت، چاپ ۱، ۱۳۸۳.
۷. _____، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، تهران: سمت، چاپ ۱، ۱۳۸۳.
۸. ابن زهره، حمزة بن علی حسینی، غنیة النزوع إلى علمي الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ ۱، ۱۴۱۷.
۹. حلی (ابن ادریس)، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۲، ۱۴۱۰ ق.
۱۰. حلی (محقق)، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، قم: مؤسسه المطبوعات الدینی، چاپ ۶، ۱۴۱۸ ق.
۱۱. _____، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ ۲، ۱۴۰۸ ق.
۱۲. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و

- الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۳ق.
۱۳. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ ۲، ۱۴۰۵ق.
۱۴. خویی، سیدابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، قم، مؤسسه احیاء الآثار الامام الخویی، چاپ اول، ۱۴۲۲.
۱۵. داوید، رنه، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، ترجمه حسین صفایی و محمد آشوری و عزت‌الله عراقی، تهران: مرکز نشر دانشگاهی، چاپ ۴، ۱۳۷۸.
۱۶. صافی، لطف‌الله، التعزیر (انواعه و ملحقاته)، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه بجماعه المدرسین، ۱۴۰۴ق.
۱۷. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۰۷ق.
۱۸. _____، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المكتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة، چاپ ۳، ۱۳۸۷ق.
۱۹. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ ۱، ۱۴۱۳.
۲۰. عمید زنجانی، عباسعلی، قواعد فقه (جلد دوم بخش حقوق جزا)، تهران: سمت، چاپ ۳، ۱۳۸۷.
۲۱. فاضل‌هندی، محمد بن حسن، كشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحكام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ ۱، ۱۴۱۶.
۲۲. فتحی، حجت‌الله، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی، تهران: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، چاپ ۱، ۱۳۹۳.
۲۳. قیاسی، جلال‌الدین، «حجیت عمومات قانون با وجود مخصص شرعی»، حقوق اسلامی، سال دهم، شماره ۳، زمستان ۱۳۹۲.
۲۴. قیاسی، جلال‌الدین و عادل ساریخانی و قدرت‌الله خسروشاهی، «مطالعه تطبیقی

- حقوق جزای عمومی؛ اسلام و حقوق موضوعه»، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ ۱، بهار ۱۳۸۸.
۲۵. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، تهران: شرکت انتشار، چاپ ۲۱، ۱۳۷۵.
۲۶. _____، فلسفه حقوق، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ۱، ۱۳۷۷.
۲۷. _____، «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۳۶، بهار ۱۳۷۶.
۲۸. گلیایگانی، سیدمحمدرضا، الدر المنضود فی احکام الحدود، قم: دارالقرآن الکریم، چاپ ۱، ۱۴۱۲ق.
۲۹. گلدوزیان، ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران: مجد، چاپ ۲، ۱۳۸۲.
۳۰. مجلسی، محمدباقر، حدود و قصاص و دیات، تهران: آثار اسلامی، چاپ ۱، بی تا.
۳۱. محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ ۳، ۱۳۸۱.
۳۲. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری، المقنعة، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ ۱، ۱۴۱۳ق.
۳۳. مهرپور، حسین، حقوق بشر در اسناد بین المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، تهران: اطلاعات، چاپ ۱، ۱۳۷۴.
۳۴. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ ۷، ۱۴۰۴ق.
۳۵. نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران: کانون وکلای دادگستری مرکز، چاپ ۱، زمستان ۱۳۶۹.
۳۶. ورعی، سیدجواد، مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانونگذار، قم: دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، چاپ ۱، ۱۳۸۵.
۳۷. هاشمی، سیدحسن و جعفر کوشا، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها»، نامه مفید، شماره ۲۶، تابستان ۱۳۸۰.
۳۸. هاشمی، سیدمحمد، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، مجتمع آموزش عالی

قم، چاپ ۲، ۱۳۷۵.

۳۹. هاشمی شاهرودی، سید محمود، بایسته‌های فقه جزا، تهران: میزان، چاپ ۱، ۱۳۷۸.
۴۰. یزدی، محمد، «نکاتی در فقه القضا»، مجله فقه اهل بیت (ع)، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، شماره ۴۲، تابستان ۱۳۸۴.
۴۱. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چاپ ۱، ۱۳۶۴.

