

# قبض و بسط اصل (۱۶۷) قانون اساسی در قلمرو

## کیفری

رسول احمدزاده\* و غلامحسین الهام\*\*

تاریخ دریافت ۱۳۹۵/۱۰/۱۵ | تاریخ پذیرش ۱۳۹۷/۵/۳

پس از تصویب اصل (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، نظرات مختلفی در باب اصل قانونی بودن جرائم، مجازات‌ها و جایگاه آن در نظام حقوقی مطرح شده و همواره تحلیل‌ها و نقدهای متعددی به همراه چالش‌های گوناگون فقهی - حقوقی خصوصاً در حوزه کیفری در پی داشته است. از این رو شورای نگهبان در نظرهای مختلف خود همواره نظریه واحدی را مبنای عمل قرار داده است. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، وضع جدیدی در نظم حقوق کیفری ایجاد شده و در تلاش است تا به بحث‌های اختلافی پایان بخشد.

فارغ از بحث‌های حکمی این موضوع پرسش اصلی این پژوهش است که نحوه اجرای این اصل چگونه است و با چه معیاری می‌توان به اجرای اصل (۱۶۷) همت گمارد؟ با گشتاری در منابع کتابخانه‌ای و آرای قضایی؛ وضع جدید اجرای اصل (۱۶۷) در حقوق کیفری و نسبت آن با قوانین کیفری در پرتو فهم مراد مقنن و تحلیل آرا و نظریات شورای نگهبان مورد بررسی قرار گرفت و در نهایت راهکار عملی در خصوص اجرای این اصل توسط قضات، ارائه شد. ره‌آورد این مقاله عبارت است از آنکه سیاست تقنینی کیفری در مقام تبیین اصل (۱۶۷) قانون اساسی در ماده (۲۲۰) قانون مجازات اسلامی در قبال حدود و تعزیرات یکپارچه نیست و اصولاً قانون عادی که بایستی به شفافیت و تفصیل و کارآمدی اصول قانون اساسی یاری رساند، خود دچار اجمال و کلی‌گویی است که ثمره آن محجور ماندن و ناکارآمدی اصل (۱۶۷) در عمل خواهد شد.

**کلیدواژه‌ها: اصل (۱۶۷)؛ منابع معتبر فقهی؛ اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها؛ حدود؛ تعزیرات**

\* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسئول)؛

Email: rahmadzadeh@live.com

Email: dr.elham@ut.ac.ir

\*\* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران؛

## مقدمه

سابقه حاکمیت قانون در ایران قدمت زیادی ندارد؛ اولین اقدامات عرفی سازی به معنای امروزی به دوران مشروطه و تأسیس وزارت عدلیه و دادگستری مربوط است. از آن دوران به بعد با تصویب قوانین متعدد، حاکمیت قانون (به معنای قوانین مصوب مجلس) پدید آمد و در مقابل نظام اجتهادی که قدمتی برابر با حضور دین اسلام در ایران دارد، قد علم کرد. با پیروزی انقلاب اسلامی و تدوین قانون اساسی چالش مشروعیت حاکمیت قانون به نحو مطلوبی مرتفع شد و به موجب اصل (۴) قانون اساسی، قانون در مقام قضا و اجرا مشروعیت یافت.

اصل (۱۶۶) قانون اساسی در طول پذیرش حاکمیت قانون، مستدل بودن و مستند به قانون بودن احکام دادگاه‌ها را الزامی دانست. اما این نکته که قوانین بشری همواره به موازات پیشرفت علوم و تکنولوژی رشد کافی ندارد و همواره دنباله‌رو هستند، مغفول مانده بود. از این رو قانونگذار اساسی با توجه به مقتضیات و شرایط جامعه و در مقام پاسخ به یکی از مشکلات دادرسی نظام‌های قضایی و ارائه راه حل برای موارد سکوت، ابهام، اجمال، تعارض؛ با در نظر داشتن این نکته که قانون در مقام اجرا همواره با خلأهایی مواجه خواهد بود به دنبال ارائه راه حل منطقی و مشروعی برای پاسخگویی به موضوعات و دعاوی طرح شده قبل از روند تقنین کیفری، در موضع صریح و شفاف اصل (۱۶۷) را در قانون اساسی جای داد که به موجب آن «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 نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». در واقع این اصل پیوندگاه دو نظام حقوق عرفی و شرعی است با این توضیح که با توجه به اصل (۴) قانون اساسی حقوق عرفی هم در نظام حقوقی ایران ریشه در شرع دارد.

ازسویی «اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها» یکی از اصول منشعب از اصل حاکمیت قانون است که در رساله جرائم و مجازات‌های بکاریا (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۳۴) مطرح شده است. البته اکنون با پیشرفت جوامع و رشد و گسترش حقوق جزا و عقلانی شدن آن، اصلی که به تمام معنا، نماینده اصل حاکمیت قانون در قلمرو کیفری باشد، «اصل قانونی بودن امر

جزایی» است (خالقی، ۱۳۹۳: ۲۳). برخی از حقوقدانان معتقدند اطلاق اصل (۱۶۷) قانون اساسی مخالف با اصل قانونی بودن جرم و مجازات است (سپهوند، ۱۳۸۶: ۲۳) و به زعم آنها چون قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول مختلف خود همچون اصل (۳۶) به روشنی اصل قانونی بودن جرم و مجازات را پذیرفته است، اصل مذکور امور کیفری را شامل نمی‌شود (حبیب‌زاده و محقق داماد، ۱۳۷۴: ۲۳) و برخی تنها حقوق کیفری ماهوی را از شمول آن خارج دانسته و آن را منحصر به حقوق کیفری شکلی دانسته‌اند (آخوندی، ۱۳۶۸: ۹۴). این در حالی است که عده‌ای دیگر از حقوقدانان در اصل قضیه تشکیک کرده و وجود اصل یا اصولی صریح که متضمن پذیرش قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در قانون اساسی باشد را نفی کرده‌اند (سجادی‌نژاد، ۱۳۸۵: ۱۰۰). برای اینکه بتوان به بررسی اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در یک نظام حقوقی پرداخت، صرف احراز وجود عباراتی دایر بر پذیرش آن اصل در متون قانونی کفایت نمی‌کند و مهم‌ترین قدم، بررسی ماهیت و ساختار سیاست جنایی حاکم بر جامعه است. همچنین باید توجه داشت که رجوع به اصل (۱۶۷) قانون اساسی در امور کیفری همچون سکه دورویی است که در برخی مواقع در جهت منافع متهم به استخدام قضات درآمده است. از نمونه‌های بارز آن می‌توان گفت که در قانون مجازات اسلامی سابق، اشاره‌ای به حکم توبه محارب قبل از دستگیری نشده بود، اما توسل قضات به فقه در این مورد، منجر به تبرئه فرد متهم به محاربه می‌شود.<sup>۱</sup> در حال با توجه به اصل (۱۶۷) قانون اساسی، رویکردی که متضمن عبور از خط قرمز حاکمیت قانون باشد، مورد پذیرش قرار نگرفته و مطابق این اصل تنها استناد به فقه آن هم در موارد مشخص، تجویز شده است.

در پژوهش حاضر تلاش خواهد شد تا ضمن تبیین اصل (۱۶۷) قانون اساسی در پرتو فهم اراده قانونگذار و بررسی جایگاه آن در قوانین منسوخ و جاری و رویه قضایی، حدود

۱. در مقاله حاضر در یک رویکرد پسینی، پذیرش شمول این اصل در حقوق کیفری را مطابق با تفسیر واقع‌گرا از اصول موضوعی قرار داده‌ایم و به فراخور بحث، اشاره‌های کوتاهی به نظر موافقان و مخالفان حاکمیت اصل (۱۶۷) قانون اساسی در امور کیفری خواهیم داشت. برای مطالعه تفصیلی بنگرید به موحدی‌محب، ۱۳۸۸: ۱۴۴-۱۲۵؛ هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰: ۹۶-۶۹؛ مرعشی، ۱۳۷۶: ۲۳۲-۲۲۳؛ خوئینی و ذوالفقاری، ۱۳۹۰: ۱۰۰-۷۹؛ جباری، ۱۳۸۷: ۱۳۸-۱۲۷؛ حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۹۵: ۲۸۸-۲۵۷ و سایر منابعی که در خلال مقاله به آنها اشاره شده است.

اختیارات قاضی در اجرای این اصل قانون اساسی در امور کیفری مشخص و با طرح چند دیدگاه در باب نحوه رجوع به فقه توسط قضات، چالش‌ها و راهکارهای لازم ارائه شود.

### ۱. تبیین اصل (۱۶۷) قانون اساسی

عده‌ای از حقوقدانان بر این نکته تأکید داشته‌اند که اصل (۱۶۷) قانون اساسی موضوعاً منصرف به دعاوی مدنی<sup>۱</sup> است و در حقوق کیفری فاقد کاربرد است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۲۱؛ بشیریه، ۱۳۸۷: ۱۵۴). در رویکرد دیگری جایگاه اصل (۱۶۷) را تشریحی و تفسیری دانسته‌اند و حداکثر دلالت آن را محدود به شناسایی معانی واژگان و احکام کرده‌اند (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۱۴۲). اما با توجه به مطالبی که بیان خواهد شد، به نظر می‌رسد طرفداران این نظرگاه بنا به پیش فرض‌های ذهنی خود، در مقام مصلحت‌اندیشی و حفظ یک نظریه حقوقی، در عمل از کشف مراد مقنن به دور افتاده و از فهم صحیح روح حاکم بر این اصل مغفول مانده‌اند. بدیهی است در مقام تفسیر، رسالت حقوقدانان باید کشف نظر قانونگذار باشد تا نظام حقوقی از آنارشیسم تفسیری<sup>۲</sup> به دور ماند. فارغ از بررسی نظریات مطرح شده در مقام مناقشه و تحلیل اصل مذکور، با توجه به مشروح مذاکرات در تدوین قانون اساسی<sup>۳</sup> و به کارگیری «مطلق» اصطلاح دعوا در اصل (۱۶۷) قانون اساسی و نبود دلیل مبنی بر انصراف

۱. ماده (۳) قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند والا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد.

تبصره - چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد.»

### 2. Interpretation Anarchism

۳. مشروح مذاکرات قانون اساسی نیز نشان می‌دهد که این اصل در همه دعاوی چه حقوقی و چه کیفری کاربرد دارد. برای مطالعه تفصیلی بنگرید به جلد دوم مشروح مذاکرات قانون اساسی:

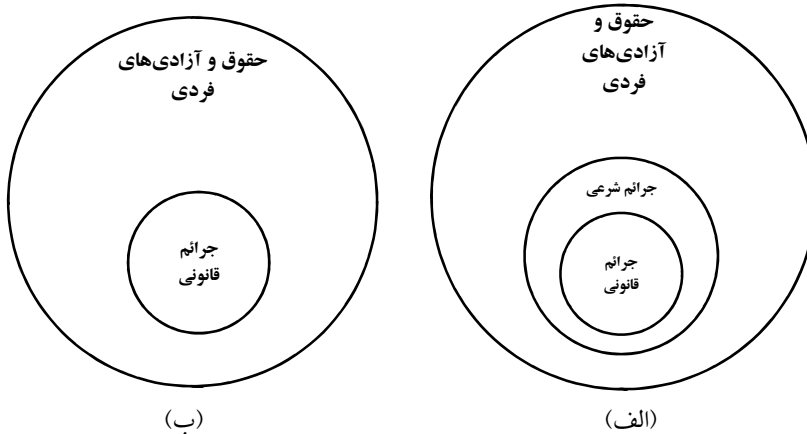
«... یک دعوی حق‌اللهی که می‌آید در دادگاه اگر قاضی این را رد بکند به‌عنوان اینکه خوب، در قانون که نیست من هم نمی‌توانم کاری بکنم بنابراین پرونده را همین‌طور بخواهاند. این باعث بدبینی مردم در بسیاری از موارد نسبت به دستگاه قضایی می‌شود و به مدیریت جا افتاده‌ای که می‌بایست ریاست قوه قضائیه داشته باشد لطمه می‌زند.»

دعوا در اصل مذکور به دعاوی مدنی، می‌توان بیان کرد اصل یاد شده شامل دعاوی کیفری هم می‌شود.<sup>۱</sup> در پیش‌نویس اصل (۱۶۷) (با عنوان اصل (۱۳۶)) آمده بود: «در مواردی که قاضی نتواند حکم دعاوی حقوقی را در قوانین موضوعه بیابد، باید با الهام از قواعد شرع، عرف و عادت مسلم و آنچه عدالت و مصالح عمومی اقتضا دارد حکم قضیه را صادر نماید». پیش‌نویس اصل (۱۶۷) دلالت صریح بر اختصاص آن به دعاوی حقوقی داشت. ولی در گروه بررسی اصول که بحث‌های تخصصی و تفصیلی اصول پیش‌نویس، در این گروه‌ها انجام می‌گرفت، اصل (۱۶۷) (با عنوان اصل (۱۵۶) گروه بررسی اصول) به شکل حاضر تغییر یافت (غفاری، ۱۳۹۱: ۱۲۱). علاوه بر آن، فهم قانونگذاران عادی و قوانین متعددی در طول روند قانونگذاری هم مؤید این نظر می‌باشند که بدان خواهیم پرداخت.

اصل (۱۶۷) قانون اساسی ناظر به چهار حوزه سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین است. روشن است که تفسیر این چهار حوزه در حقوق کیفری هم‌سنگ نیست، چراکه ورود به دایره سکوت در قوانین کیفری، جوازی در جهت جرم‌یابی فقهی است. فارغ از نظرات ارائه شده حقوقدانان، قانونگذار جمهوری اسلامی ایران تلاش کرده تا از اصل قانونی بودن که به‌زعم برخی از نویسندگان رکن رکن حقوق کیفری به‌شمار می‌آید (بشیریه، ۱۳۸۷: ۱۴۹)، برداشتی متناسب با ایدئولوژی خود به‌دست دهد و آن را تا اندازه زیادی به اصل «قانونی و شرعی بودن» جرائم و مجازات‌ها نزدیک سازد؛ در واقع مهم‌ترین کارویژه اصل (۱۶۷) قانون اساسی نزدیکی دو نظام حقوق عرفی و شرعی بوده است. لذا در هر حال با توجه به مشروعیت فقه، هیچ‌یک از افراد جامعه نباید مرتکب نقض احکام حدی اسلام شوند. بر این مبنا، قانونگذار اصل (۱۶۷) را به‌صورت مطلق ذکر کرده و آن را اعم از دعاوی حقوقی و کیفری می‌داند و احکام شرعی متمم قانون موضوعه هستند. شاید بتوان در تبیین مفهومی و تقریب ذهنی، این دو شکل را در وصف دو حالت اصل حاکمیت قانون در مدل ارائه شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در رهیافت اصل (۱۶۷) به دایره حقوق کیفری (شکل الف) و اصل حاکمیت قانون در مدل خام (شکل ب) ارائه کرد.

۱. قابل ذکر است هر جا در قانون اساسی مطلق اصطلاح دعوا به کار گرفته شده است منظور قانونگذار اعم از دعاوی

مدنی و کیفری است مانند اصل (۳۵) قانون اساسی.



با توجه به مبانی، سابقه و تحلیل‌هایی که خواهد آمد، اصل (۱۶۷) قانون اساسی مکمل قانون عادی و نارسایی‌های آن است و برای کارآمدی اصل حاکمیت قانون نظام‌های عرفی که البته در نظام حقوقی ایران ریشه در شرع دارد، به کمک آن آمده است. به عبارت روشن‌تر، تجویز رجوع به منابع شرعی در موارد انحصاری چهارگانه سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین، نظام عدالت کیفری را به هدف غایی خود نزدیک‌تر خواهد ساخت.<sup>۱</sup>

در جست‌وجوی مفهوم قانون در مقام استناد نیز باید اظهار داشت که مصداق قانون در نظام حقوقی ایران با سایر نظام‌ها متفاوت است. قانون، اغلب به مفهوم تبیین و منظور از آن تبیین ضوابط مقرر در منابع فقهی و اسلامی است (محسنی و فرج‌پور اصل مرنندی، ۱۳۹۲: ۱۰۲). بنابراین تعبیر امام خمینی (ره) برنامه‌ریزی به‌دست مجلس شورای اسلامی و قانونگذاری

۱. از آنجا که امروزه حقوقدانان به‌جای تعبیر قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، اصل حاکمیت قانون در نظام قضا را به کار می‌برند؛ شاید گفته شود حکم اصل (۱۶۷) قانون اساسی با اصل (قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها) و قاعده قبح عقاب بلا بیان در تعارض است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۵۱۶ و بندرچی، ۱۳۷۱: ۱۴۵-۱۴۳). اما در مقام پاسخ باید گفت به دلیل تصریح در متون فقهی و روایی ممنوعیت حدود بر همگان روشن بود، به همین دلیل قاعده قبح عقاب بلا بیان در چنین موردی جاری نمی‌شود تا بخواهد مانع از اجرای اصل (۱۶۷) باشد؛ زیرا بیان در قالب حکم فقهی صورت گرفته است. گذشته از این در صورت عدم اطلاع متهم از حکم، برخلاف نظام‌های عرفی که همه را عالم به قانون می‌پندارند و خلاف آن تقریباً غیرقابل اثبات است، جهل حکمی در فقه کیفری اسلام کاملاً مسموع است. همچنین از این نکته نباید غافل شد که در نظام ایران به دلیل ماهیت ویژه و ویژگی‌های منحصر به فرد، حاکمیت قانون به معنای حاکمیت قواعد اسلامی و مبانی شرعی است.

به دست شارع مقدس است. در واقع بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران تقنین را منحصر به شارع می‌داند (خمینی، ۱۳۸۶: ۱۱۶). حال چگونه ممکن است در شرایطی که مطابق اصل (۴) قانون اساسی اعتبار همه قوانین عادی و حتی قانون اساسی مقید به موازین شرعی است، خود شرع به همین میزان اعتبار نداشته باشد. اصل (۱۶۷) قانون اساسی بنیاد حاکمیت شرع را به طور صریح پذیرفته و احکام شرعی تدوین نشده در قالب مواد قانونی را در حکم قانون دانسته و در مقام پاسخگویی و ارائه راه‌حل به یکی از مشکلات بزرگ امر دادرسی، یعنی موارد ابهام، اجمال، تعارض و سکوت تدوین شده است. بر این اساس این نظریه تقویت می‌شود که قانونگذار جمهوری اسلامی ایران منابع معتبر اسلامی را در حکم قانون دانسته اما بین منابع معتبر اسلامی و قوانین مدون که طبق اصل (۴) قانون اساسی نمود منابع معتبر اسلامی به صورت غیر مستقیم است؛ رابطه طولی برقرار کرده و رجوع به منابع معتبر اسلامی را طبق اصل (۱۶۷) در درجه دوم قرار داده است.

## ۲. اصل (۱۶۷) و قوانین مورد تأیید شورای نگهبان

امکان تفسیر مواد قانونی توسط مقام قضایی، در مورد قوانین عادی (انطباق کلیات با موضوعات) پذیرفته شده<sup>۱</sup> و تفسیر قانون اساسی در صلاحیت اعضای محترم شورای نگهبان است؛<sup>۲</sup> چرا که قانون اساسی به عنوان یک میثاق ملی نیاز به نگهبانی دقیق دارد. اگر شورای نگهبان به عنوان مفسر قانون اساسی به تفسیر اصل (۱۶۷) قانون اساسی پردازد نزاع حقوقی حول این اصل خاتمه یافته و عموم بدان پایبند خواهند بود. اما شورای نگهبان تاکنون تفسیری از این اصل ارائه نکرده است. ارائه تصویری دقیق از موقعیت اصل (۱۶۷) در عرصه کیفی مستلزم کشف اراده واضع قانون اساسی و دقت در نگرش شورای نگهبان، به عنوان مفسر این قانون، در برخورد با مصوبات مجلس شورای اسلامی است (اکرمی، ۱۳۹۴: ۲۷). از این رو در نبود تفسیر رسمی از این اصل، رویه عملی شورا و مواضعی که نفیاً یا اثباتاً در خصوص قوانین عادی اتخاذ کرده است راهگشا خواهد بود،

۱. اصل (۷۳) قانون اساسی.

۲. اصل (۹۸) قانون اساسی.

بنابراین در ادامه به بررسی رویه عملی این شورا می‌پردازیم که در مقام تطبیق مصوبات مجلس با قانون اساسی و شرع، نسبت به مواد مختلف قوانین اظهار نظر کرده است.

### ۱-۲. جایگاه اصل (۱۶۷) در قوانین کیفری منسوخ و رویه قضایی

بعد از تصویب قانون اساسی، اولین بار در ماده (۲۸۹) قانون اصلاح موادی از آیین دادرسی کیفری<sup>۱</sup> مصوب سال ۱۳۶۱ اصل (۱۶۷) قانون اساسی با بیانی دیگر گنجانده شد و این ماده برخلاف نظر عده‌ای از حقوقدانان (افتخارجهرمی، ۱۳۸۷: ۹۵)، تأیید شورای نگهبان را به همراه داشت. ماده (۲۹) قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو و شعب دیوان عالی کشور نیز ترجمانی از ماده اخیر بود. ماده (۸) قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ نیز قضات این دادگاه‌ها را مکلف کرد به دعاوی و شکایات و اعلامات موافق قوانین موضوعه و اصل (۱۶۷) قانون اساسی رسیدگی و حکم صادر کنند. آخرین متن کیفری منسوخ نیز ماده (۲۱۴) قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور کیفری) مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ بود که مقرر می‌داشت: «رای دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن صادر شده است. دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی درخصوص 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».

قضات دادگاه‌های کیفری نیز از ابتدای پیروزی انقلاب اسلامی، از اصل (۱۶۷) قانون اساسی برداشتی عام داشته و آن را شامل حقوق کیفری دانسته و آرای فراوانی نیز در این خصوص صادر کرده‌اند. در این باره می‌توان به آرای صادره در موضوعاتی مانند اشتباه در قتل، ارتداد، معاونت در جرائم حدی، معاونت در قتل (تا قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰)، ممسک در قتل، سرایت جنایت و موارد فراوان دیگر اشاره کرد که به‌رغم نبودن مستند قانونی براساس نظرات فقهی مورد بررسی قرار گرفته و به

۱. ماده (۲۹) قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو مصوب سال ۱۳۶۸ نیز مفاد همین ماده را بیان می‌کرد و تنها در آن واژه «دادگاه» به «دادگاه‌ها» و عبارت «فتاوی مشهور و معتبر» به «فتاوی معتبر» تغییر کرده و بعضی از عبارات نیز تغییر جزئی یافته بودند.



صدور حکم منجر شده‌اند.<sup>۱</sup> باید توجه داشت موارد فوق منحصر به مرحله تعیین مجازات نبوده، بلکه حتی در تشخیص مجرمانه بودن عمل (جرم‌انگاری) نیز به اصل (۱۶۷) استناد شده است. مثلاً معاونت در جرائم 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 جرائم تعزیری قابل مجازات می‌دانست و در قانون حدود و قصاص مصوب سال ۱۳۶۱ نیز اشاره‌ای به معاون نشده بود. به همین دلیل قضاات با تمسک به قاعده فقهی «حرمت اعانت بر اثم» (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۱۷۳) و حکم فقهی «هر عمل حرامی قابل تعزیر است» (طوسی، ۱۳۵۱: ۶۹) مرتکبان را به مجازات می‌رساندند (قیاسی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۰: ۳۴). دیوان عالی کشور نیز در موارد متعدد به اصل (۱۶۷) قانون اساسی استناد جسته است، به‌عنوان مثال بخشی از رأی وحدت رویه ۶۸۳ - مورخ ۱۳۸۴/۱۰/۱۳ هیئت عمومی دیوان عالی کشور عنوان می‌دارد: «... در صورت سکوت قانون در این خصوص موضوع از مصادیق اصل (۱۶۷) قانون اساسی و ماده (۳) قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی بوده و به‌صراحت مقررات مرقوم باید به اصول و مبانی فقه اسلامی و فتاوی مسلم رجوع کرد».

با این تحلیل، دیدگاهی که اصل (۱۶۷) را در حوزه کیفری فاقد کاربرد دانسته بود، چندان قابل اعتنا به‌نظر نمی‌رسد؛ چه اینکه قانونگذار عادی هم در مقام پاسداری از این اصل اقدام به گنجاندن ضمانت اجرایی در قالب جرم‌انگاری مطابق ماده (۵۹۷) قانون تعزیرات (۱۳۷۵) کرده است و با آوردن این ماده در فصل دوازدهم با عنوان «امتناع از انجام وظایف قانونی» مقرر کرده است: «هریک از مقامات قضایی که شکایت و تظلمی مطابق شرایط قانونی نزد آنها برده شود و با وجود اینکه رسیدگی به آنها از وظایف آنان بوده به هر عذر و بهانه اگرچه به عذر سکوت یا اجمال یا تناقض قانون از قبول شکایت یا رسیدگی به آن امتناع کند یا صدور حکم را برخلاف قانون به تأخیر اندازد یا برخلاف صریح قانون رفتار کند دفعه اول از شش ماه تا یک سال و در صورت تکرار به انفصال دائم از شغل

۱. باین‌حال، دادگاه‌ها، در مواردی به احکام مصرح در منابع معتبر فقهی اعتنایی نشان نداده‌اند. مثل کور کردن کسی که از طریق دیده‌بانی، وقوع قتل عمد توسط فاعل را آسان می‌کند. درحالی‌که واضح است این مصداق و امساک، هر دو جلوه‌های معاونت در قتل هستند، که در قانون تکلیف‌شان روشن شده است.

قضایی محکوم می‌شود و در هر صورت به تأدیه خسارات وارده نیز محکوم خواهد شد». چنانچه گذشت، اصل (۱۶۷) قانون اساسی در آینه قوانین کیفری بعد از انقلاب و رویه قضایی به‌طور کامل منعکس بوده و تفسیر ضمنی شورای نگهبان (در تأیید قوانین) مبتنی بر شمول اصل بر امور کیفری بوده است.

## ۲-۲. جایگاه اصل (۱۶۷) در قوانین کیفری

قانون مجازات اسلامی به‌عنوان آخرین اراده قانونگذار در امور کیفری در بردارنده نکات مهمی است که نظریات شورای نگهبان در روند تصویب آن شایسته واکاوی و تحلیل است. در لایحه اولیه مجازات اسلامی که مورد تصویب کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی قرار گرفته بود، متن ماده (۲) بدین شرح 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 در اظهارنظر مورخ ۸۸/۱۰/۲۹ در اولین ایراد خود به لایحه مذکور ذیل این ماده را با این ایراد که «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 گردد ایراد برطرف می‌گردد»<sup>۱</sup> خلاف شرع تشخیص داد و در نتیجه ماده به همین صورت که در قانون آمده<sup>۲</sup> اصلاح شد و مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفت.<sup>۳</sup>

ماده (۲) لایحه 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 مسئله در منابع

۱. نامه شورای نگهبان به شماره ۸۸/۳۰/۳۷۱۳۵

۲. ماده (۲) قانون مجازات اسلامی: «هر رفتاری اعم از فعل و ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود».

۳. شورای نگهبان در اظهارنظری قانون مربوط به دادگاه‌های عمومی و انقلاب و صلاحیت آنها در سال ۱۳۶۰ که در آن پیش‌بینی شده بود برای رسیدگی و صدور حکم در مورد حدود و قصاص و دیات، دادگاه‌ها به تحریرالوسیله حضرت امام خمینی (ره) و فتاوی‌ای ایشان مراجعه نمایند، اعلام داشتند هنگامی می‌توانند دادگاه‌ها به تحریرالوسیله مراجعه کنند که متن فارسی آن به‌عنوان یک متن قانونی (به‌صورت مواد قانونی) مطرح و به تصویب برسد (مهرپور، ۱۳۷۱: ۵).

حقوقی، تمسک بدان جایز است و شورای نگهبان با این پیش فرض که قانونگذار در اصل (۱۶۷) فتاوی معتبر و منابع معتبر را به عنوان یک منبع حقوقی ذکر کرده و با وجود آنها نوبت به اصل براءت و ماده (۲) قانون مجازات اسلامی نمی رسد؛ عبارت انتهایی ماده (۲) لایحه مذکور را خلاف شرع اعلام کرد.

در عین حال طبق ماده (۱۸) قانون مجازات اسلامی که به تأیید شورای نگهبان رسیده است: «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 می گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می شود. دادگاه در صدور حکم تعزیری، با رعایت مقررات قانونی، موارد زیر را مورد توجه قرار می دهد: ...» این ماده با تأکید سه گانه خود بر لفظ «قانون»، تعزیر را منحصر در قانون می داند و مقامات قضایی را در جرائم تعزیری به قانون گریایی و اجرای قانون مدون<sup>۱</sup> امر می کند. به تعبیر دیگر خود قانونگذار، اصل (۱۶۷) را در تعزیرات بی موضوع (و به تعبیر دقیق تر بی مصداق) کرده است. سیاق ماده نیز به نحوی تنظیم شده که مشخص باشد مقنن واژه «قانون» را در معنای خاص قانون موضوعه به کار برده است. تقابل اصطلاحات «شرع» و «قانون» در عبارات مواد (۱۰۳) و (۱۲۷) همان قانون مؤید این استظهار است. به نظر می رسد که با توجه به ماده فوق الذکر، دیگر در اتهامات تعزیری نمی توان به غیر از قانون، به منابع فقهی یا فتاوی معتبر استناد کرد. از سوی دیگر حکم ماده (۶۹) قانون مجازات اسلامی در خصوص جرائمی که نوع یا میزان تعزیر آنها در قوانین موضوعه تعیین نشده است؛ این برداشت را بیش از پیش تقویت می کند، زیرا مواردی که جرم تعزیری در قانون بیان شده، اما میزان مجازات تعیین نشده، قضات را صالح به تعیین کیفر ندانسته و اختیار آنها را به میزان کیفر مشخصی محدود ساخته است.<sup>۲</sup> حال چگونه ممکن است حق

۱. قانون مدون در مفهوم خاص، عبارت است از: «بیان صریح و روشن قانونگذار که پس از طی فرایند قانونگذاری بنا بر شرایط صحت تصویب قوانین در قالب مجموعه ای قانونی ظهور می یابد» (یوسفی فر، ۱۳۸۴: ۴۰).

۲. البته انتقاد ما به رویه شورای نگهبان همچنان پابرجاست و اعمال چنین قواعدی بی شک از یک سو وحدت رویه محاکم و از سوی دیگر امنیت قضایی مردم را از بین خواهد برد. چنانچه امام خمینی نیز از همان ابتدا به نظام قانونی و تدوین احکام اسلام تأکید داشتند. همچنین به نظر می رسد غفلت کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس از حذف ماده ←

تعیین کیفر تعزیری را به آنها بدون وجود جرم مشخصی در متن قوانین بدهد! در واقع به نظر می‌رسد شورای نگهبان با تأیید ماده (۱۸)، از نظرات قبلی خود که در خصوص تأیید ماده (۲۱۴) قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ نیز اظهار داشته و رجوع به اصل (۱۶۷) را به صورت مطلق پذیرفته بود؛ عدول کرده است. برخورد انفعالی شورای نگهبان در مواجهه با مواد قانونی و عدم بررسی نظام‌مند مواد در دایره قوانین موجب شده است که ماده (۱۸) بدون توجه ایراد از سوی شورای نگهبان به تأیید و ماده (۲) با رفع ایراد به مرحله قانونی شدن برسد.<sup>۱</sup> اما با تحلیلی عمیق‌تر متوجه خواهیم شد که پذیرش این ماده از سوی شورای نگهبان براساس تئوری تفکیک مرزهای تقنینی و قضایی قابل تحلیل است، چراکه اختیار قانونگذاری ولی فقیه در مدل حاکمیتی جمهوری اسلامی ایران به مجلس شورای اسلامی واگذار شده و این نهاد تقنینی نیز دایره رفتارهای قابل تعزیر را محدود به موارد مذکور در قانون دانسته و موارد خارج از آن را مشمول تعزیر نمی‌داند. به عبارت دیگر قوه‌ای که عهده‌دار شأن تقنینی حکومت است در قالب قوانین کیفری رفتارهای قابل تعزیر را بیان می‌کند و قوه دیگر (قوه قضائیه) که عهده‌دار شأن قضایی حکومت است، براساس آن عمل می‌کند. مبتنی بر این تحلیل باید توجه داشت سکوتی که در تعزیرات نسبت به جرم‌انگاری رفتارها صورت گرفته، سکوت بیانی است و خود قرینه محکمی است که مقنن خواهان تعزیر رفتارهای غیرمذکور در قانون نیست. به عبارت دیگر، حق تعزیر به حاکم (مجلس شورای اسلامی) واگذار شده است تا از آن برای اعمال بهتر حاکمیت خویش و اصلاح امور استفاده کند. حتی مطابق فتوای حضرت امام خمینی (ره) «قضات مأذون حق تعیین کیفر و تعزیر اشخاص را برای اعمالی که قانوناً کیفری برای آنها مقرر نشده، ندارند» و حق تعیین کیفر مختص نهاد قانونگذاری است. فقها نیز به این امر تصریح کرده‌اند که امر تعزیر به حاکم واگذار شده است تا اگر مصلحت بداند آن را اجرا کند و اگر تشخیص دهد

→ (۲۲۰) باعث این امر شده است؛ چرا که ماده (۲۲۱) لایحه (ماده (۲۲۰) قانون) به جهت عدم ذکر حد زناى محصنه در متن لایحه، درج شده بود که با ایراد شورای نگهبان مجدداً بدان اضافه گشت، اما با این وجود، ماده مذکور نیز با غفلت یا تغافل در شمار مواد قانون مجازات اسلامی باقی ماند.

۱. این نتیجه ناشی از این نکته است که «قانونگذاری مبتنی بر شرع» با «احراز عدم مغایرت قوانین با شرع» الزاماً نتیجه یکسانی به دست نخواهد داد که البته نیازمند تفصیل است و در مجال دیگری باید بدان پرداخت.

که مصلحت نیست، از اجرای آن خودداری کند (حلی، ۱۴۰۳ هـ.ق: ۱۶۸؛ حلی، ۱۴۲۰ هـ.ق: ۲۶۸؛ نجفی، ۱۳۹۸ هـ.ق: ۴۴۸؛ مجلسی، ۱۳۰۶ هـ.ق: ۱۶۳؛ سبزواری، ۱۴۱۳ هـ.ق: ۲۸). به گونه‌ای که ادعا شده است در این موضوع اختلافی وجود ندارد (طوسی، ۱۴۱۶ هـ.ق: ۴۹۷).

با این وجود شورای نگهبان اطلاق تعزیرات را خلاف شرع تشخیص داد و منجر به اتخاذ رویه دوگانه‌ای نسبت به جرائم تعزیری در قانون مجازات اسلامی شد. تبصره «۲» ماده (۱۱۵) قانون مجازات اسلامی مقرر داشته است: «اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند «ب» ماده (۷) و بندهای «الف» و «ب» ماده (۸) و مواد (۲۸)، (۳۹)، (۴۰)، (۴۵)، (۴۶)، (۹۲)، (۹۳) و (۱۰۵) این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود». اما بدون ارائه تعریف یا مصادیقی از تعزیرات منصوص شرعی در قانون، برای شناخت «تعزیر منصوص شرعی» ناگزیر از مراجعه به منابع معتبر فقهی هستیم. در واقع مصادیق تعزیرات منصوص شرعی از موارد ابهام و اجمال است و برای برون‌رفت از این معضل رجوع به اصل (۱۶۷) قانون اساسی تنها راهکار است. همچنین در ماده (۲۲۰) همان قانون که به تأیید شورای نگهبان رسیده، مقرر شده است: «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». چنانکه گفته شد عده‌ای برآنند که اگر اصل (۱۶۷) قانون اساسی شامل موارد سکوت در مجازات باشد، این به معنای فقدان موضوعیت اصل (۳۶) قانون اساسی خواهد بود (محبی، ۱۳۸۳ و ۱۳۸۴: ۹۵)، اما با توجه به ماده (۲۲۰) قانون مجازات اسلامی ظاهراً شورای نگهبان شمول اصل (۱۶۷) را نسبت به موارد سکوت قانون در جرم‌انگاری پذیرفته است. در اجرای تبصره «۲» ماده (۱۱۵) نیز ناگزیر از مراجعه به اصل (۱۶۷) قانون اساسی هستیم.

ممکن است گفته شود وقتی در حدود می‌توان و بلکه باید به فقه مراجعه کرد، به طریق اولی در تعزیرات هم می‌توان به فقه مراجعه کرد (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۹۵: ۲۷۸)؛ در پاسخ باید گفت قیاس اولویت در این بحث بنا به برداشت ما از قاعده «التعزیر بمایراه الحاکم» و تفکیک مرزهای تقنینی و قضایی فاقد موضوعیت است. وضعیت جرم‌انگاری حدود در حقوق کیفری اسلام پیشاقانونی<sup>۱</sup> است و وجود قانون یا عدم وجود آن اهمیت

بسیاری ندارد به نحوی که حتی اگر یک ماده قانونی در خصوص حدود در قوانین موضوعه درج نشده بود؛ با جمع اصل (۴) و (۱۶۷) قانون اساسی تعیین مجازات حدی دارای مشروعیت قانونی و شرعی لازم بود. اما اختیار تعیین تعزیر در صلاحیت اختصاصی حاکم اسلامی است (معرفت، ۱۳۶۶: ۶۹) و چنانچه گذشت این امر در دو مرحله کیفرگذاری و اعمال کیفر از یکدیگر منفک شده است.

بنابراین قانونگذار ایران در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ برای اولین بار به بحث‌های اختلافی پیرامون پذیرش اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها پایان داده (امیرزاده، ۱۳۸۴: ۲۴-۲۱) و با تصویب مواد (۱۸)، (۱۱۵) و (۲۲۰) اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها را به طور مقید مورد پذیرش قرار داده و تنها در باب حدود و آن هم حدودی که به مرحله تقنین وارد نشده است (مثل: ارتداد، وطی بهائم، سحر و ...)، به قضات اجازه رجوع به اصل (۱۶۷) قانون اساسی را داده است.<sup>۱</sup> همان‌طور که قبلاً بیان شد در اجرای تبصره «۲» ماده (۱۱۵) و در احصای تعزیرات منصوص شرعی نیز ناگزیر از اجرای اصل (۱۶۷) هستیم.

تصویب قانون آیین دادرسی کیفری در مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۴ و عدم ذکر ماده‌ای مشابه با ماده (۲۱۴) قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۷۸ نیز تأییدی بر برداشت قبلی از رویه شورای نگهبان است.<sup>۲</sup> هر چند انتظار می‌رفت که لایحه آیین دادرسی کیفری از این جهت مورد ایراد شورای نگهبان واقع شود؛ به هر روی با تصویب این قانون، قانونگذار از ارجاع قضات به اصل (۱۶۷) قانون اساسی در تعزیرات خودداری و این امر به تأیید ضمنی شورای نگهبان رسید. با این برداشت به نظر می‌رسد شورای نگهبان در تأیید این دو قانون،

۱. این دیدگاه در نظریه ۷/۱۹۴۸-۱۳۷۹/۳/۲۹ اداره حقوقی قوه قضائیه دیده می‌شود: «اصل (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده (۹) قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب و ماده (۲۱۴) قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ در واقع متضمن اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیز هست؛ زیرا مقررات یاد شده، رجوع به منابع فقهی را در امور کیفری، در مواردی که قانون ساکت است ولی در شرع، مجازات خاص برای آن مقرر نشده، تجویز کرده است. بنابراین قضات مأذون براساس مقررات یاد شده، می‌توانند عملی را که فاقد مجازات در قانون است لکن در شرع مجازات خاص برای آن مقرر شده، مثل ارتداد طبق مقررات شرعی مجازات نمایند».

۲. پرهیز از تکرار اصل (۱۶۷) قانون اساسی در قانون آیین دادرسی کیفری، با تکلیف مواجه نبودن شورای نگهبان نسبت به عدم ذکر اصل (۱۶۷) در قانون آیین دادرسی کیفری و سایر ادله‌ای که ممکن است در جهت رد استدلال مذکور اقامه شود، قابل توجه هستند؛ اما به قدری قوی نیستند که توجه‌گر فقدان ماده‌ای متناظر با اصل (۱۶۷) در قانون آیین دادرسی کیفری باشند.

در تفسیر ضمنی خود، عدم ارجاع قضات به فقه و منابع شرعی در تعزیرات را به اعتبار قاعده «التعزیر بمیراه الحاکم» محدود و تنها موارد مذکور در قانون را مصداق این قاعده فقهی دانسته است. تصویب و تأیید این دو قانون از سوی شورای نگهبان نویددهنده خاتمه چالش‌ها و نظرات مختلف حداقل در مقام اجراست؛ چراکه اگر پیش از این با استناد به قواعد تفسیری و نظایر آن تلاشی برای جمع اصول قانونی به عمل می‌آمد، تصریح مواد مذکور، تفسیر قانون را مشخص می‌کند.

### ۳. حدود اختیارات قاضی کیفی در اجرای اصل (۱۶۷) قانون اساسی

حال با توجه به اینکه اصل (۱۶۷) قانون اساسی به منظور رفع نقص‌های اصل حاکمیت قانون و ایجاد تعادل وضع شده است (تسخیری، ۱۳۸۵: ۵۱۱)، برای عملی کردن این اصل با موانع و محذورات عملی جدی مواجه خواهیم بود. این اصل قائل به تفکیک در بین قضات شده و منابع معتبر اسلامی (کتاب، سنت، عقل و اجماع) را مرجع قضات مجتهد و فتاوی معتبر را برای قضات مأذون پس از نیافتن حکم قانونی در بررسی ماهیت موضوع و انطباق آن با قوانین موجود، قرار داده است (شمس، ۱۳۹۱: ۲۰۴)؛ البته مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز مؤید این مطلب است (مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴). هر چند عده‌ای خلاف این نظر داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵۹). این برداشت موجب خواهد شد تا تنها کتاب، سنت، عقل و اجماع را جزء منابع معتبر بدانیم و رجوع به فتاوی معتبر توسط قضات مجتهد که تقلید بر آنها حرام است نیز ممنوع شود. با توجه به اینکه اکثریت قریب به اتفاق قضات کشور در حال حاضر مأذون هستند، همچنان مشکل عمده باقی خواهد ماند و آن عبارت است از ناتوانایی اکثر قضات در مراجعه به منابع معتبر فقهی و تشخیص و تمیز اعتبار منابع و فتاوی که قلمرویی پیچیده و تخصصی است (حسینی، ۱۳۹۴: ۱۵۰).<sup>۱</sup>

۱. البته گفتنی است با تأمل و تدقیق در اصل مذکور تبیین استخراج شده از «یا» ذکر شده در عبارت «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر»، محل تردید است؛ چه اینکه قانونگذار در تبصره ماده (۳) قانون آیین دادرسی مدنی قاضی مجتهدی را که قانون را مخالف نظر اجتهادی خود خلاف شرع بداند، مکلف به امتناع از رسیدگی و ارجاع پرونده به شعبه دیگر کرده است. همچنین این برداشت منجر به صدور احکام متعارض توسط قضات مجتهد خواهد شد که با آرای وحدت رویه نیز نمی‌توان، آنها را نقض کرد. لذا با عنایت به مراتب فوق و این نکته که با توجه به شرایط زمانی و

اینکه بنابر ظاهر و با توجه به تأیید قوانین عادی شورای نگهبان، مراد مقنن از اصل (۱۶۷) در امور کیفری تنها محدود به حدود ذکر نشده در قانون و تعزیرات منصوص شرعی شده است؛ بنابراین 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 روبه‌روست.

با توجه به ماده (۵۹۷) قانون تعزیرات<sup>۱</sup> مصوب ۱۳۷۵ برای قضاتی که از انجام وظایف قانونی امتناع می‌کنند، مجازات معین کرده، قاضی ناگزیر از عمل به ماده (۲۲۰) قانون مجازات اسلامی و اصل (۱۶۷) قانون اساسی است. قاضی در استناد به هریک از آرای فقهی دارای اختیار است، ولی این کار به صدور آرای متعارض منجر خواهد شد و مردم نیز خود را در معرض قوانین مختلف و متضادی خواهند یافت. جهل مردم نسبت به استنباطات قضات را نمی‌توان نادیده گرفت و به‌طور منطقی هم نمی‌توان مردم را مکلف به استنباطی کرد که در آینده احتمالاً قاضی پرونده به‌دست خواهد داد.

برای مثال فقها در تعداد جرائم مستوجب حد اختلاف نظر دارند. برخی جرائم حدی را هشت جرم (مرورید، ۱۴۱۰ ه.ق: ۳۲۹) و برخی تا ۱۷ مورد دانسته و عده‌ای تعداد جرائم حدی را تا ۲۰ مورد برشمرده‌اند (منتظری، بی تا: ۴). یا برای مثال اگر یکی از کفار اهل کتاب مسلمان شود و سپس به دین خود بازگردد چه باید کرد؟ برخی از فقها می‌فرمایند: «وی در چهارمین بار کشته می‌شود» (خمینی، بی تا: ۶۲۵) و برخی می‌فرمایند: «در سومین بار» (حلی، ۱۳۹۸ ه.ق: ۹۶۱) اما نظر هر دو گروه خالی از اشکال نیست بلکه

→ مکانی در دستگاه قضایی قضات مجتهد به تعداد انگشتان دست هم نیستند، در این پژوهش بیشتر درصدد هستیم، تا وضعیت اجرای اصل (۱۶۷) توسط قضات مأذون را تبیین کنیم.

۱. براساس ماده (۵۹۷) قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵: «هریک از مقامات قضایی که شکایت و تظلمی مطابق شرایط قانونی نزد آنها برده شود و با وجود اینکه رسیدگی به آنها از وظایف آنان بوده به هر عذر و بهانه اگرچه به عذر سکوت یا اجمال یا تناقض قانون از قبول شکایت یا رسیدگی به آن امتناع کند یا صدور حکم را برخلاف قانون به تأخیر اندازد یا برخلاف صریح قانون رفتار کند دفعه اول از شش ماه تا یک سال و در صورت تکرار به انقصال از شغل قضایی محکوم می‌شود و در هر صورت به تأدیه خسارات وارده نیز محکوم خواهد شد». این ماده ضمانت اجرای اصل حاکمیت قانون و اصل (۱۶۷) قانون اساسی در مقام قضاء است. قاضی مکلف و ملزم به رسیدگی به دعاوی است. حتی در موارد سکوت نیز تکلیف از عهده قاضی برداشته نمی‌شود و ماده (۲۲۰) قانون مجازات اسلامی در این خصوص تصریح دارد.



قولی بر آن است که کشته نمی‌شود (خویی، ۱۳۹۰: ۱۵۷). حتی در تعیین مصادیق تعزیرات منصوص شرعی، اختلاف نظر فقها به قدری است که برخی دو عنوان و برخی دیگر تا ۱۴ عنوان را مصادق تعزیر منصوص شرعی دانسته‌اند (برهانی و نادری فرد، ۱۳۹۴: ۱۰۳).

تاکنون رویه قضایی در تردید بوده و نتوانسته روش منطقی و اصولی درباره اجرای اصل (۱۶۷) قانون اساسی انتخاب کند، بنابراین لازم است مجرای عملی واحدی برای اعمال این اصل در حقوق کیفری مورد پذیرش قرار گیرد. برای مرتفع ساختن این چالش ۶ نظر<sup>۱</sup> قابل ارائه است:

**یکم؛ اعمال نظر مرجع تقلید متهم<sup>۲</sup>:** به عنوان اولین راهکار به نظر می‌رسد که قاضی دادگاه، نظر مرجع تقلید متهم را اعمال کند. چرا که شخص مقلد براساس فتاوی مرجع خود عمل می‌کند و نظر هر مرجع برای مقلدینش حجیت دارد (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۳۹). اگر شخص متهم از مجتهدی تقلید و طبق فتوای او عمل کند و قاضی در اعمال حکم نظر مجتهد دیگری را مستند حکم خود قرار دهد؛ در این صورت وی را ملزم به فتوای مجتهد دیگر کرده است و چنین حکمی صحیح نخواهد بود. امام خمینی در مسئله ۶ باب زنا از کتاب *تحریر الوسیله* چنین آورده‌اند که: «اگر اجتهاد والی با اجتهاد کسی که مرتکب آن شده است مخالف باشد و والی آن را حرام نداند آیا حق اجرای حد دارد یا نه؟ شبهه دومی است، کما اینکه اگر برعکس آن باشد حدی بر او نیست» (خمینی، ۱۴۲۵ هـ. ق: ۱۷۵). بدیهی است که در این روش، صدور احکام متفاوت انکارناپذیر خواهد بود و به نوعی کثرت‌گرایی یا به پلورالیسم خواهیم رسید. همچنین ممکن است، اختلاف فتاوی به قدری فاحش باشد که فقیهی عملی را مشمول حد قتل و فقیهی دیگر همان عمل را موجب تعزیر به تازیانه بداند.

---

۱. حتی اگر فارغ از استدلال‌های طرح شده در پژوهش حاضر برای اثبات مدعای نگارنده اجرای اصل (۱۶۷) قانون اساسی سالبه به انتفاء موضوع باشد؛ اجرای مواردی همچون ماده (۱۲۷) قانون مجازات اسلامی که صریحاً در بخش ابتدایی خود تعیین مجازات معاون به موجب قانون را مشروط به عدم تعیین مجازات در شرع دانسته است؛ مستلزم استفاده از نظریات طرح شده است.

۲. این نظریه متعلق به یکی از اساتید فاضل و صاحب‌نظر در این زمینه، جناب آقای دکتر محسن برهانی (عضو هیئت علمی دانشگاه تهران) است.

**دوم؛ اتخاذ نظر مشهور فقهی:** با توجه به اینکه خط سیر جریان فقها بر اساس نظرات مشهور و مورد اتفاق علمای تشیع حرکت می‌کند و احتمال کمترین لغزش و انحراف در آن وجود دارد، قاضی دادگاه می‌تواند با بررسی نظرات فقهی مختلف، نظر مشهور فقهی را اتخاذ کند. این نظر نیز مشکلات عملی مختص خود را داراست زیرا که عمل به این نظر نیازمند تسلط و اشراف همه‌جانبه قضات به منابع و فتاوی فقهاست. نکته حائز اهمیت اینکه اگر قول مشهور خلاف مقتضیات و مصالح زمانی و مکانی بود، آیا اجرای آن بر مصالح نظام و مردم مقدم است؟ و این با اصل رسیدگی‌های قضایی در تعارض خواهد بود.

**سوم؛ عمل به نظر فقیه متخصص:** بر این اساس قاضی دادگاه باید نظر فقهی را اعمال کند که مشهور به تخصص در موضوع متنازع‌فیه است. تخصصی شدن فقه و شکل‌گیری فقاهت تخصصی سابقه‌ای طولانی دارد، هر بابی از ابواب یک متخصص نیاز دارد؛ چون ابواب فقه مشتت است و بررسی ادله عقلیه، نقلیه و اجماعیات تتبع بسیار می‌خواهد. این رویکرد در پی دستیابی به نظر شارع مقدس در آن امر مشخص است و بهترین روش آن را همین تخصصی کردن فقه می‌داند. برای مثال در باب حدود به آرای فقیه متخصصی همچون آیت‌الله خویی مراجعه کنیم. البته این نظر نیز همچون اعمال نظر مشهور فقهی تالی فاسدهای خاص خود را دارد.

**چهارم؛ لحاظ کردن منافع متهم:** بر این اساس قاضی دادگاه با توجه به اصل تفسیر به نفع متهم، از بین نظرات مختلف حکمی که به نفع متهم باشد را اعمال کند. در این روش قاضی نظرات حداقلی را برمی‌گزیند و در حد امکان سعی دارد، فتوایی که کمترین مجازات برای متهم را لحاظ کرده (اضیق فتاوی)، مبنای صدور حکم قرار دهد. هر چند این نظر گاه در صدد لحاظ کردن منافع متهم برمی‌آید، اما بدیهی است که اعتبار چندانی نخواهد داشت، زیرا با دست‌آویزی محترم (تفسیر به نفع متهم)، مبنای محترم دیگری (تفسیر واقع‌گرایانه) را خدشه‌دار می‌کند.

**پنجم؛ رجوع به فتاوی فقهای شورای نگهبان:** با توجه به اینکه تلقی شورای نگهبان از

شرع، استنباط فقهای شورای نگهبان است<sup>۱</sup> و آنها همواره مرجع تعیین کننده انطباق قوانین با شرع بوده‌اند، به نظر می‌رسد استنباط معتبر از منابع شرع (فتاوی معتبر) همان فتاوی فقهای شورای نگهبان باشد. چراکه بنابر تصریح اصول (۹۱)، (۹۴)، (۹۶) و (۹۷) از قانون اساسی تطبیق قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی با اصول قانون اساسی و احکام اسلامی در صلاحیت شورای نگهبان است و به نظر می‌رسد این موارد در صلاحیت حصری مرجع یاد شده باشد. از این جهت صلاحیت مذکور قابل واگذاری ولو بخشی از آن به مرجعی دیگر نیست (یوسفی فر، ۱۳۸۴: ۳۸) و در اجرای اصل (۱۶۷) قانون اساسی، قضات چاره‌ای جز استناد به فتاوی شورای نگهبان ندارند. استفتاء قضات دادگاه‌ها از فقهای شورای نگهبان خود می‌تواند تبدیل به منبع تکمیلی هم‌عرض قانون و منبع معتبری در جهت اجرای اصل (۱۶۷) باشد. البته اتمام دوره فقهای شورای نگهبان و جایگزینی آنها با افراد دیگر که ممکن است موجب اختلاف فتاوی آنها باشد؛ خود می‌تواند موجب تعارض و اختلاف در پاسخ باشد و رویه قضایی با صدور فتاوی متعارض دچار چالش شود.<sup>۲</sup>

**ششم؛ تبعیت از نظر ولی فقیه:** اکنون که جامعه تشیع از نعمت نظام اسلامی و ولایت فقیه متعمم گشته و زمینه اجرای احکام الهی فراهم است، وجیه‌ترین پیشنهادی که مطرح است، اعمال نظر ولی فقیه از سوی قاضی دادگاه است. چراکه قضاوت از شئون ولی فقیه است و قضات مشروعیت خود را از رابطه طولی که متصل به ولی فقیه است، کسب می‌کنند. همچنین براساس اصل (۵۷) قانون اساسی «قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران عبارت‌اند از: ... قوه

۱. نامه شماره ۲۴۳۷ تاریخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۱ شورای نگهبان:

«ریاست محترم مجلس شورای اسلامی

عطف به نامه شماره ۱۳۰۴۷/۲۵۱/د - ه مورخ ۱۳۶۳/۱۰/۱۵ اگرچه پاسخ سؤال با دقت در اصل (۴)، (۹۴) و (۹۶) قانون اساسی به وضوح معلوم می‌شود، مع‌ذالک پرسش ارسالی در جلسه شورای نگهبان مطرح و نظر اعضای شورا بر این است که: «تشخیص مغایرت یا انطباق قوانین با موازین اسلامی به‌طور نظر فتوایی با فقهای شورای نگهبان است».

دبیر شورای نگهبان - لطف‌الله صافی»

۲. اگر معتقد به این نظر باشیم، مواردی وجود دارد که شورای نگهبان رفتار خاصی را قابل تعزیر دانسته است. برای مثال شورای نگهبان 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».

قضائیه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت ... اعمال می گردند». در رویه عملی قضات دادگاه‌های کیفری نیز بارها شاهد استناد به تحریرالوسیله امام خمینی به عنوان ولی فقیه جامعه بوده‌ایم. تقدم فتوای حاکم شرع بر سایر مراجع به ویژه در امور جاری حکومت اسلامی و نظم اجتماعی دلیل دیگری است که از نظر عقلی و نقلی می توان بدان استناد جست.

لایحه‌ای که مجلس برای اظهار نظر نزد شورای نگهبان ارسال کرده بود، در ماده (۲۲۱) مقرر می داشت: «هرگاه رجوع به اصل (۱۶۷) قانون اساسی لازم شود، مقام قضایی از رهبری استفتاء خواهد کرد. مقام رهبری می تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض نماید». اما اشکال شورای نگهبان مبنی بر اینکه «در مواردی مقام معظم رهبری فتوایی ندارند و قاضی می تواند از منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر حکم قضیه را استنباط نماید، الزام قاضی به استفتاء از محضر مقام معظم رهبری مدظله‌العالی، مغایر اصل (۱۶۷) قانون اساسی شناخته شد»، منجر به حذف این ماده از قانون مجازات اسلامی شد.

در مقام ارائه راهکار عملی و فارغ از بحث‌های دقیقی که در این خصوص قابل طرح است و در پژوهش حاضر مجال پرداختن به آن نیست؛ این نظر با توجه به اینکه اعمال ولایت قضات مأذون در طول ولایت رهبری جامعه (ولایت مطلقه فقیه) قرار دارد؛ موجه به نظر می رسد چنانکه برخی در مورد تعارض فتاوی، در امور اجرایی احتیاط را در اخذ به فتوای ولی فقیه می دانند (یزدی، ۱۳۷۵: ۶۹۴). البته عمل به هر یک از روش‌های پیش گفته برای قضات مجتهد، با مشکل مواجه خواهد شد، چراکه براساس اصل (۱۶۷) قانون اساسی، منابع معتبر مبنای قاضی مجتهد در صدور حکم خواهد بود و بدیهی است، الزام وی به پذیرش یک فتوا جایگاهی ندارد. همچنین این نکته نیز حائز اهمیت است که اگر حکم به حدی، همچون حد ارتداد خلاف مقتضیات و مصالح زمانی و مکانی باشد، آیا مصلحت‌اندیشی قاضی صواب خواهد بود؟ لذا گریزی از تدوین قانون عادی برای اصل (۱۶۷) و تعیین چارچوب اجرایی این اصل در حقوق موضوعه نداریم. بدون شک لازم است قانونگذار اصل (۱۶۷) 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 (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۹۵: ۲۸۵). البته در مواردی رئیس قوه قضائیه با صدور بخشنامه<sup>۱</sup> در پی حل مشکلات و محذورات عملی اصل (۱۶۷) قانون اساسی بوده است، اما به نظر می‌رسد که این بخشنامه‌ها قانون اساسی را تفسیر کرده است و اساساً بخشنامه چنین صلاحیتی ندارد (راسخ، ۱۳۹۴: ۱۰۳).

همچنین باید توجه داشت هر چند اختلاف در استنباط حقوقی امری اجتناب‌ناپذیر است و قانونگذار در مقام دادرسی و تمیز حق به قضات اجازه تفسیر داده است؛<sup>۲</sup> اما چنانچه احکام متفاوت از دادگاه‌ها نسبت به موضوعات مشابه صادر شود، اصل تساوی افراد در برابر قانون را خدشه‌دار می‌کند که امری پسندیده نیست. از این رو براساس اصل (۱۶۱) «دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسئولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول می‌شود براساس 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 فتوایی معتبر نباشد یا قاضی در تطبیق فتوا در مورد حکم اشتباه کرده باشد، حکم را نقض کند. ولی مشکل آنجاست که اگر فتوا معتبر بود و قاضی در تطبیق آن بر مورد 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 فتوا بر فتوای دیگر وجود ندارد. در آرای وحدت رویه فعلی، دیوان عالی 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 براساس فتوای صحیح

---

۱. «چون ... قانون مجازات اسلامی ... ساکت است و فتوای فقها عظام نسبت به موارد یاد شده متفاوت می‌شود و این امر موجب تشتت آرای محاکم و تطویل دادرسی در نظایر مورد می‌باشد لذا به منظور حل مشکل از مقام معظم رهبری نسبت به موارد فوق‌الذکر کسب تکلیف و استفتاء به عمل آمده و فتوای ایشان مبنی بر آن است که ولی قهری ولی دم می‌تواند با در نظر گرفتن مصلحت صغیر و مجنون تقاضای قصاص، عفو مع العوض یا بلاعوض و یا تأخیر برطبق مصلحت ولی دم نماید ... مراجع قضایی می‌توانند براساس اصل یکصد و شصت و هفتم و ... در نظایر مورد طبق فتوای مقام معظم رهبری عمل نموده ...» (رئیس قوه قضائیه، شماره ۱/۸۰/۷۵۵۹، مورخ ۱۳۸۰/۴/۲۸).

۲. اصل (۱۷۳) قانون اساسی: «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان، در مقام تمیز حق، از قوانین می‌کنند نیست».

قابل استناد صادر شده‌اند؛ لذا ترجیح یکی از آنها از سوی دیوان عالی کشور ترجیح بلامرجه است. این مسئله مشکل عمده‌ای را متوجه اصل (۱۶۷) می‌سازد و برخورد متفاوت نظام عدالت کیفری در موضوعات مشابه به‌طور جدی محل نقد و مذمت سیستم قضایی است.

#### ۴. جمع‌بندی، نتیجه‌گیری و پیشنهادها

قانونگذار در آخرین فرایند تقنین کیفری خود یعنی قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تا حدودی توانسته است اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها را در باب تعزیرات نهادینه کند و ازسویی با تصویب ماده (۲۲۰) قانون مجازات اسلامی این اختیار را به قضات داده است که در مورد حدودی که در قانون ذکر نشده به فقه مراجعه کنند، چراکه فقه در نظام حقوقی کشورمان به‌مثابه دکترین و چه‌بسا بسیار بالاتر از آن است. ناگفته پیداست که این رویکرد می‌تواند ضامن پویایی نظام دادرسی باشد. در جامعه‌ای که همواره رو به رشد است و با مسائل نوپدید روبه‌روست که شاید حکم آن را در هیچ یک از قوانین موضوعه کشور نتوان یافت؛ کارآمدی نظام عدالت کیفری را تضمین می‌کند، اما متأسفانه تاکنون اصل (۱۶۷) به‌خوبی تبیین نشده و در مقام اجرا با مشکلات عدیده‌ای ازجمله مجمل بودن معنای منابع معتبر، مبهم بودن ملاک اعتبار در منابع و فتاوی، تعارض منابع و فتاوی با یکدیگر و ... روبه‌روست. حال آنکه اصل مذکور برای جلوگیری از صدور احکام متعارض و ایجاد وحدت رویه عملی برای حفظ حقوق و آزادی‌های فردی آحاد جامعه است. پیچیدگی و عدم شفافیت قانون، کارآمدی آن را دچار تزلزل خواهد ساخت و فقدان صراحت و شفافیت خاصه در قوانین کیفری به حاکمیت قانون که از مؤلفه‌های اساسی زمامداری کارآمد محسوب می‌شود، آسیب وارد می‌کند. لذا قانونگذار باید از سیاست جنایی و کیفری مدون شده‌ای پیروی کند.

جالب آنکه شورای نگهبان در مقام تطبیق قانون مجازات اسلامی با قانون اساسی و شرع مقدس انحصار جرائم تعزیری غیرمنصوص به موارد مندرج در قانون را پذیرفته که اساساً به‌دست حاکم است؛ اما درخصوص حدود که طبعاً ماهیت مشخصی در فقه دارند و در عین اختلاف نظر فقها از تعداد مشخصی خارج نیستند، به قضات اجازه رجوع به منابع و

فتاوی معتبر شرعی داده است. طبیعی است این گونه قانونگذاری مشکلات جدی را به دنبال خواهد داشت که در مقاله حاضر به بخشی از آن پرداختیم.

### - پیشنهادها

۱. قانونگذار باید تلاش کند تا با اصلاح ماده (۲۲۰) قانون مجازات اسلامی، سیاست جنایی تقنینی یکپارچه‌ای در اجرای اصل (۱۶۷) قانون اساسی کشورمان در خصوص حدود و تعزیرات اختیار کند.
۲. اصل (۱۶۷) قانون اساسی نیازمند تفسیر یا تصویب قانونی در مقام تبیین قواعد رجوع به فتواست که باید به دست شورای نگهبان یا مجلس شورای اسلامی صورت پذیرد. بدیهی است حداقل در مقام نظری در خصوص شیوه اجرای اصل (۱۶۷) چندگانگی و تنوع وجود دارد که چنین نابسامانی به تصریح و تحدید از سوی قانونگذار نیازمند است.
۳. در بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، آشتی و پیوند اصول (۳۶) و (۱۶۷) قانون اساسی باید بیش از پیش مورد توجه قرار گیرد تا نظام عدالت کیفری تقنینی بتواند راهبرد مشخصی را دنبال کند.

## منابع و مأخذ

۱. آخوندی، محمود (۱۳۶۸). *آئین دادرسی کیفری*، جلد اول، تهران، انتشارات وزارت ارشاد اسلامی.
۲. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲). *حقوق جزای عمومی*، جلد اول، چاپ سی ام، تهران، نشر میزان.
۳. افتخار جهرمی، گودرز (۱۳۸۷). «اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و تحولات آن»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ش ۲۵ و ۲۶.
۴. اکرمی، روح‌الله (۱۳۹۴). «صلاحیت قضایی کیفرگذاری مبتنی بر منابع اسلامی در پرتو اصول قانون اساسی و قوانین عادی»، مجله دانش حقوق عمومی، دوره ۴، ش ۱۱.
۵. الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۳۹۴). *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*، جلد اول، تهران، نشر میزان.
۶. امیرزاده، منصور (۱۳۸۴). «بررسی حقوقی مسئله ارتداد در ایران»، ققه و تاریخ تمدن ملل اسلامی، ش ۳ و ۴.
۷. برهانی، محسن و مریم نادری فرد (۱۳۹۴). «تجزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی»، پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، ش ۱۰.
۸. بشیری، تهمورث (۱۳۸۷). «پاسداشت حقوق اساسی در پرتو تعامل اصول (۳۶ و ۱۶۷) قانون اساسی»، حقوقی دادگستری، ش ۶۲ و ۶۳.
۹. بکاریا، سزار (۱۳۸۹). *رساله جرائم و مجازات‌ها*، ترجمه محمدعلی اردبیلی، تهران، نشر میزان.
۱۰. بندرچی، محمدرضا (۱۳۷۱). «اصل قانونی بودن جرائم و ماده (۲۹) قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۴.
۱۱. تسخیری، محمدعلی (۱۳۸۵). *در پرتو قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، ترجمه محمد سپهری، تهران، معاونت فرهنگی مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی.
۱۲. جباری، مصطفی (۱۳۸۷). «فتوا یا قانون نگاهی به اصل (۱۶۷) قانون اساسی»، حقوق، دوره ۳۸، ش ۳.
۱۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲). *ترمینولوژی حقوق*، چاپ ششم، تهران، نشر گنج دانش.
۱۴. حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۵). «حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل (۱۶۷) قانون اساسی در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۲، ش ۲.
۱۵. حبیب‌زاده، محمدجعفر و سیدمصطفی محقق داماد (۱۳۷۴). «اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق ایران»، نشریه علمی دانشگاه شاهد، تهران، ش ۹ و ۱۰.
۱۶. حسینی، سیدمحمد (۱۳۹۴). *سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران*، چاپ چهارم، تهران، انتشارات سمت.
۱۷. حلی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن (محقق) (۱۳۹۸ هـ. ق.). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، جلد چهارم، نجف، مطبوعه الاداب.



۱۸. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۳ هـ. ق). *شرائع الاسلام*، جلد چهارم، بیروت، دارالاضواء.
۱۹. حلی، ابومنصور حسن بن یوسف بن علی بن المطهر (علامه) (۱۴۲۰ هـ. ق). *قواعد الاحکام*، جلد دوم، قم، بی. نا.
۲۰. خالقی، علی (۱۳۹۳). *نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری*، چاپ دوم، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۲۱. خمینی، روح‌الله (۱۳۸۶). *صحیفه امام*، جلد هفدهم، چاپ چهارم، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۲. \_\_\_\_\_ (۱۴۲۵ هـ. ق). *تحریر الوسیله*، ترجمه علی اسلامی، جلد چهارم، قم، دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۲۳. \_\_\_\_\_ (بی تا). *تحریر الوسیله*، چاپ ششم، قم، انتشارات مؤسسه دارالعلم.
۲۴. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۰). *مبانی تکمله المنهاج*، ترجمه علیرضا سعید، جلد دوم، تهران، انتشارات خرسندی.
۲۵. خوئینی، غفور و سهیل ذوالفقاری (۱۳۹۰). «*خلأهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضایی ایران تأملی بر اصل (۱۶۷) قانون اساسی*»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، ش ۳۴.
۲۶. راسخ، محمد (۱۳۹۴). *وضع مقرر در قوه قضائیه*، چاپ اول، تهران، نشر دراک.
۲۷. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ هـ. ق). *مهذب الاحکام*، جلد بیست و هشتم، قم، نشر دفتر آیت‌الله سبزواری (ره).
۲۸. سپهوند، امیرخان (۱۳۸۶). *جرائم علیه اشخاص*، تهران، نشر مجد.
۲۹. سجادی نژاد، سیداحمد (۱۳۸۵). «*اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در فقه و حقوق*»، *مجله الهیات و حقوق*، ش ۲۰.
۳۰. شمس، عبدالله (۱۳۹۱). *آیین دادرسی مدنی (دوره پیشرفته)*، جلد دوم، تهران، نشر دراک.
۳۱. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۱۶ هـ. ق). *الخلاص فی الاحکام*، جلد پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی (وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم).
۳۲. \_\_\_\_\_ (۱۳۵۱). *المبسوط فی الفقه الامامیه*، جلد هشتم، تهران، المکتبه المرتضویه.
۳۳. غفاری، هدی (۱۳۹۱). «*نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران*»، *فصلنامه پژوهش حقوق*، سال چهاردهم، ش ۳۶.
۳۴. قیاسی، جلال‌الدین و محمدجعفر حبیب‌زاده (۱۳۸۰). «*حدود اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری*»، *علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز*، ش ۳۳.

۳۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). «جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۲.
۳۶. \_\_\_\_\_ (۱۳۹۲). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چاپ هشتادونهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۷. مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴). صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۳۸. مجلسی، محمد تقی (۱۳۰۶ هـ. ق). روضة المتقین شرح من لایحضره الفقیه، جلد دهم، قم، بنیاد فرهنگ اسلامی.
۳۹. مجبی، جلیل (۱۳۸۳ و ۱۳۸۴). «اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله گواه، ش ۲ و ۳.
۴۰. محسنی، فرید و علی اصغر فرج پور اصل مرندی (۱۳۹۲). «اصل «حاکمیت قانون» در نظام قضایی ایران»، مجله حکومت اسلامی، سال هجدهم، ش ۶۸.
۴۱. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۳). قواعد فقه، جلد چهارم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۲. مرعشی، سید محمد حسن (۱۳۷۶). «جایگاه فتوا در موارد فقد قانون»، تحقیقات اسلامی، سال دوازدهم، ش ۱ و ۲.
۴۳. مروارید، علی اصغر (۱۴۱۰ هـ. ق). سلسله الینایع الفقهیه، جلد بیست و سوم، بیروت، مؤسسه الفقه الشیعه و الدار الاسلامیه.
۴۴. معرفت، محمد هادی (۱۳۶۶). «بختی در تعزیرات (۲)»، فصلنامه حق «مطالعات حقوقی و قضایی»، ش ۱۰.
۴۵. منتظری، حسینعلی (بی تا). کتاب الحدود، چاپ اول، قم، انتشارات دارالفکر.
۴۶. موحدی‌محب، مهدی (۱۳۸۸). «اجتهاد قاضی در نظام قضایی ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱.
۴۷. مهرپور، حسین (۱۳۷۱). مجموعه نظریات شورای نگهبان، جلد اول، تهران، انتشارات کیهان.
۴۸. نجفی، محمد حسن (۱۳۹۸ هـ. ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ ششم، جلد چهل و یکم، تهران، المکتبه الاسلامیه.
۴۹. هاشمی، سید حسین و جعفر کوشا (۱۳۸۰). «بررسی تعارض اصل (۱۶۷) قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها»، نامه مفید، ش ۲۶.
۵۰. یزدی، محمد (۱۳۷۵). قانون اساسی برای همه، تهران، انتشارات امیرکبیر.
۵۱. یوسفی‌فر، شهروز (۱۳۸۴). «بررسی تحلیلی اصل (۱۶۷) قانون اساسی پژوهشی درباره موارد استناد قضات به غیر از قوانین مدون»، مجله دادرسی، ش ۵۴.