### چكيده

اصل قانونى بودن جرايم و مجازاتها در قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران به رسميت شناخته شده است؛ امّا با اين وجود بر پايه اصل 167 قانون اساسى، در موارد خلاء قانونى، قاضى موظف است تا به منابع يا فتاواى معتبر اسلامى مراجعه نمايد. پرسش اساسى در اين زمينه اين است كه با وجود اصل 36 و ديگر اصول مرتبط با اصل قانونى بودن، آيا اصل 167 شامل دعاوى كيفرى نيز مى‏شود و يا تنها به دعاوى مدنى اختصاص دارد؟ در اين زمينه چهار ديدگاه عمده مطرح گرديده است.

بر اساس ديدگاه اول، اصل 167 صرفا اختصاص به دعاوى مدنى دارد؛ زيرا اصل 36، اصل 167 را مورد تخصيص قرار داده است. بر پايه ديدگاه دوم، اصل 167، دعاوى كيفرى را نيز شامل است، ولى فقط قوانين كيفرى شكلى و نه ماهوى. بر مبناى نظريه سوم، اصل مزبور تنها مربوط به تشخيص موضوعات كيفرى است و نه جرم‏انگارى و تعيين مجازات. مطابق با ديدگاه چهارم، اصل 167، علاوه بر دعاوى مدنى، شامل دعاوى كيفرى نيز مى‏شود و قاضى مى‏تواند بر مبناى آن، اقدام به جرم‏انگارى نمايد. در اين مقاله به تبيين هر يك از اين ديدگاهها و نقد و بررسى آنها پرداخته‏ايم.

واژگان كليدى: اصل 167 و 36ق.ا.، اصل قانونى بودن مجازاتها، منابع و فتاواى معتبر اسلامى

### مقدمه

اصل قانونى بودن جرايم و مجازاتها كه از دستاوردهاى مهم حقوق بشر طى دو قرن اخير در جهان امروز به شمار مى‏رود از آغاز تشريع دين مبين اسلام، به عنوان يك اصل مسلّم و اساسى، در اين دين مورد پذيرش واقع گرديد.

قانون‏گذاران قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران با الهام از حقوق اسلام، در اصل 36 و 169 قانون اساسى، اين اصل مترقّى را به رسميت شناخته‏اند، به گونه‏اى كه اصل 36 ق.ا. بدون هيچ راى مخالفى به تصويب رسيد و از اين جهت در ميان اصول قانون اساسى كم نظير است.

ضرورت و اهميت اصل قانونى بودن جرايم و مجازاتها، در حقوق اساسى ايران از يك سو و توجه قانون اساسى به حاكميت شرع مقدس اسلام كه در دو اصل چهارم و يكصد و شصت و هفتم قانون اساسى متجلّى شده، از سوى ديگر موجب شده است تا بحث در مورد چگونگى رابطه اين اصول با يكديگر، به عنوان يكى از مباحث بسيار اختلافى در ميان حقوقدانان و نيز قضات دادگاهها، مطرح شود.

در اين مقاله بطور خاص به بررسى شيوه‏هاى حلّ تعارض ميان اصل 167 ق.ا. و اصل قانونى بودن جرايم و مجازاتها (اصل 36 ق.ا.) خواهيم پرداخت؛ يعنى بحث درباره اين موضوع كه آيا اساسا اصل 167 ق.ا. شامل دعاوى كيفرى نيز مى‏گردد و يا اختصاص به دعاوى مدنى دارد؟ و در صورت شمول اصل 167 نسبت به دعاوى كيفرى، تعارض آن با اصل 36 چگونه قابل توجيه است؟

در اين رابطه چهار ديدگاه عمده مطرح گرديده است. بر مبناى ديدگاه اول، اصل 167 مطلقا ناظر به دعاوى كيفرى نيست و با طرح اين نظريه، تعارض آن را با اصل 36 از اساس حل نموده‏اند. طبق ديدگاه دوم، اصل 167 شامل دعاوى كيفرى نيز مى‏گردد ولى فقط نسبت به قوانين شكلى و نه ماهوى، بر اساس نظريه سوم، اصل مزبور فقط مربوط به تشخيص موضوعات كيفرى است و نه تعيين جرم و مجازات. بر پايه نظريه چهارم، اصل 167 شامل مطلق دعاوى كيفرى است. هر يك از ديدگاههاى چهارگانه را در مبحث جداگانه‏اى مطرح نموده و سپس به تجزيه و تحليل آنها خواهيم پرداخت.

### مبحث اول: عدم شمول اصل 167 نسبت به مطلق دعاوى كيفرى

چنانكه اشاره گرديد در خصوص دايره شمول اصل 167 ق.ا. برخى بر اين عقيده‏اند كه اصل مذكور اساسا ناظر به دعاوى مدنى است و نه كيفرى. در اين مبحث به طرح اين ديدگاه پرداخته و سپس نكاتى را در نقد آن ارائه خواهيم نمود.

### گفتار اول: طرح نظريه و توضيح ادله آن

بر مبناى اين نظريه، اصل 167 ق.ا. مطلقا شامل دعاوى كيفرى نيست بلكه اختصاص به دعاوى مدنى دارد. و اصل 36 ق.ا. و ساير اصولى كه دلالت بر اصل قانونى بودن جرايم و مجازاتها دارد، موجب تخصيص عموم اصل 167 گرديده است؛ اگر چه براى جبران ضرر و زيان ناشى از جرم، مى‏توان در يك دعواى كيفرى به اين اصل استناد نمود.(3)

برخى از طرفداران اين نظريه چنين استدلال نموده‏اند كه:

«اصل اساسى الزام به رسيدگى، صرفا دعاوى مدنى را شامل مى‏شود و در دعاوى كيفرى بر اساس اصل سى و ششم «حكم به مجازات و اجراى آن بايد تنها از طريق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.»...زيرا عقاب بلا بيان قبيح است. البته قبح عقاب بلا بيان، يك قاعده فقهى است و ظاهرا چنين استنباط مى‏شود كه منظور بيان مجازاتهايى باشد كه شارع اسلام مقرر داشته و يا فقهاى اسلام در مقام استنباط و صدور فتوى مجازاتهايى را بيان كرده‏اند كه قاضى به هنگام رسيدگى و صدور حكم، مجاز و در مواردى موظف به استناد به آنهاست. اما بايد توجه داشت كه قانونگذار اساسى با فرض مطابقت كليه قوانين و مقررات با موازين اسلامى [طبق اصل چهارم قانون اساسى] در اصل سى و ششم فوق الذكر تأكيد بر مجازات قانونى دارد. در غير اين صورت چه بسا در «منابع معتبر اسلامى و يا فتاوى معتبر» با يكديگر متغاير باشند و قضات در موارد مشابه به فتاوى متفاوت مراجعه كنند. و در نتيجه مبادرت به صدور احكام جزائى نامشابه يا نابرابر بنمايند. بنابر اين حاكميت قانون اساسى و مصلحت نظام، اقتضا مى‏كند كه قضات در دعاوى جزايى چنانچه قانونگذار نسبت به مجازات يك عمل ارتكابى ساكت باشد مطلقا از اعمال مجازات خوددارى نمايند.»(4)

مهم‏ترين نكات استدلال فوق به شرح ذيل است.

### الف) مخالفت اصل 167 با اصل قانونى بودن

اصل 36 قانون اساسى، اصل قانونى بودن جرم و مجازات را پذيرفته است و اگر اصل 167 ق.ا. شامل دعاوى كيفرى هم باشد، لازمه‏اش مخالفت با اصل قانونى بودن جرم و مجازات است كه زيربناى فقهى اصل قانونى بودن جرم و مجازات همان قاعده قبح عقاب بلا بيان است. بسيارى ديگر از حقوقدانان نيز عمده‏ترين دليل مخالفت خود را در مورد شمول اصل 167 نسبت به دعاوى كيفرى، مخالفت با اصل قانونى بودن جرايم و مجازاتها (اصل 36 ق.ا.) عنوان نموده‏اند.(5)

ايشان در مورد اين اشكال اساسى كه از ديدگاه فقهى، مقصود از اصل 36 (كه بيانگر اصل قانونى بودن و قاعده قبح عقاب بلا بيان است)، صرفا بيان مجازاتهايى است كه شارع اسلام مقرر داشته و يا فقهاى اسلام در مقام استنباط و صدور فتوا مجازاتهايى را بيان نموده‏اند، (در نتيجه ميان اصل 36 و شمول اصل 167 نسبت به دعاوى كيفرى هيچ گونه تنافى وجود ندارد.)، چنين پاسخ داده است:

اصل چهار قانون اساسى دلالت دارد بر اين كه قانونگذار اساسى فرض را بر مطابقت كليه قوانين و مقررات با موازين اسلامى نهاده است؛ لذا احتياجى به رجوع به خارج از چارچوب قانون نيست و تمامى جرايم شرعى بايد در قانون مدون تعريف و تعيين گردد تا قابليت اجرا داشته باشد.

يكى از حقوقدانان در اين رابطه چنين اظهار مى‏دارد:

«همانطور كه اصل 4 ق.ا. تأكيد كرده است، قرآن و سنت و منابع فقهى، بايد منبع مورد رجوع قانونگذار در تدوين قانون باشد، نه منبع مورد رجوع قاضى. آنها در عرض قانون نيستند؛ بلكه پايه و زيربناى قانون مدون هستند كه صلاحيت مراجعه به آنها در اختيار قانونگذار است نه قاضى. به بيان ديگر والى يا رهبر جامعه مسلمين است كه صلاحيت اجراى حدود و تعزيرات اسلامى را دارد؛ (التعزير بيد الوالى) و قضات مأذون در حدود اذن او كه از طريق قوه مقننه اعلام مى‏گردد، حق رسيدگى به امور كيفرى را دارند...لذا در شرايط فعلى كه به دليل فقدان قضات واجد شرايط احكام اولى، قضات مأذون از جانب ولى امر متصدى سمت قضا هستند، براى تعيين عناوين مجرمانه و اجراى مجازاتهاى اسلامى و تعيين حدود صلاحيت محاكم و آيين دادرسى، با وجود ولى امر كه متولى امر حكومت است، نوبت به متولّيان قوه قضائيه كه منصوب ولى امر هستند نمى‏رسد.»(6)

بنابراين، مخالفت برخى حقوقدانان با شمول اصل 167 نسبت به دعاوى كيفرى، نه به جهت مخالفت با فقه و حقوق اسلام، بلكه به اين دليل است كه از روح قانون اساسى چنين استنباط مى‏شود كه در صدد مدوّن نمودن احكام شرع از طريق قوه مقننه تحت نظارت ولى امر (به عنوان هماهنگ كننده قواى سه گانه) بوده است، نه اعطاى اختيار قانونگذارى به قضاتى كه بسيارى از آنان فاقد شرايط قضا به معناى اسلامى آن هستند.

### ب) صدور احكام نامشابه و لزوم تشتّت آراى قضايى

شمول اصل 167 نسبت به دعاوى كيفرى با توجه به اختلاف نظر فقها در فتوا، مستلزم صدور آراى نامشابه يا نابرابر و بر خلاف مقتضاى حاكميت قانون اساسى و مصلحت نظام است.

تشتّت آرا و صدور احكام نامشابه، در امور كيفرى (طبق اصل 167)، از ديدگاه اقتصادى نيز به مصلحت نظام نيست؛ زيرا از نظر توسعه اقتصادى، كمتر كسى حاضر به سوق سرمايه‏هاى خود به سمت سرمايه گذاريهاى زيربنايى و اساسى خواهد بود.(7)

### ج) منافات اصل 167 با اختيار شوراى نگهبان در تطبيق قوانين

برخى نيز اين گونه استدلال نموده‏اند كه اصل 167 ق.ا. با اختيار شوراى نگهبان در تطبيق قوانين كه بر اساس اصل 4، 94 و 96 قانون اساسى به آنان واگذار گرديده است، منافات دارد؛ زيرا شوراى نگهبان معتقد است، در خصوص تمامى قوانين بايد نظر اجتهادى خود را بيان نمايد. بنابراين، چگونه مى‏توان به قاضى اختيار وضع قانون بر اساس اصل 167 و در نتيجه تطبيق آن با شرع را اعطا نمود، در حالى كه اين اختيار در انحصار شوراى نگهبان بوده و قابل واگذارى به غير نيست.(8)

### د) اولويت مستفاد از ماده 29 ق.ت.د.ك.

برخى از حقوقدانان در تأييد عدم شمول اصل 167 نسبت به دعاوى كيفرى چنين استدلال نموده‏اند كه بر اساس تبصره ماده 29 قانون تشكيل دادگاههاى كيفرى 1 و 2، «در صورتى كه قاضى، مجتهد جامع الشرايط باشد و فتواى فقهى او مخالف قانون مدون باشد پرونده جهت رسيدگى به قاضى ديگر محول مى‏شود.»

«با توجه به تبصره مذكور اگر قاضى مجتهد جامع الشرايط نتواند بر اساس فتواى خود حكم دهد، قاضى مأذون به طريق اولى نمى‏تواند بر اساس نظر استنباطى خود از منابع فقهى حكم صادر كند. از طرف ديگر تشخيص منابع فقهى معتبر و فتاوى مشهور كار ساده‏اى نيست كه به قاضى مأذون واگذار شود.»(9)

با توجه به دلايل مزبور، طرفداران اين ديدگاه، چنين استنتاج نموده‏اند كه عموم اصل 167 ق.ا. توسط اصل 36 مورد تخصيص واقع گرديده و اصل 36 حاكم بر اصل 167 است.(10)

پيروان اين نظريه پس از حل تعارض اصل 167 با اصل 36 ق.ا.؛ در خصوص قوانين عادى كه صراحتا اصل 167 را شامل قوانين كيفرى دانسته است، مانند ماده 29 قانون تشكيل دادگاههاى كيفرى 1 و 2 و ماده 289 قانون اصلاح موادى از قانون آيين دادرسى كيفرى مصوب 61، موضع واحدى ارائه ننموده‏اند. برخى بر اين عقيده‏اند كه موادى همچون ماده 289 قانون مزبور كه خواسته است مفاد اصل 167 را در امور كيفرى نيز اجرا كند، به دليل مخالفت با قانون اساسى اجراى آن معلق مى‏ماند. و در نتيجه راه صحيح را در اين دانسته‏اند كه رويه قضايى كوشش كند تا با الهام گرفتن از انديشه‏هاى فقيهان، راه حل مورد انتخاب را به متن يا مفهوم يا روح قوانين نسبت دهد و گريبان از معركه بكشد كه طبيعتا اين راه براى قاضى دشوارتر است ولى در عوض استقلال و آزادى او محفوظ خواهد بود.(11)

امّا پذيرش نظريه تعليق قوانين عادى مزبور و امثال آن، متوقف بر قبول نظريه نظارت قضايى دادگاهها بر قانون اساسى است كه مورد پذيرش همه حقوقدانان نبوده و از مسائل اختلافى است.

علاوه بر آن، طرح اين نظريه كه انديشه فقيهان وسيله‏اى براى نسبت دادن راه حل مورد انتخاب به مفهوم يا روح قوانين قرار گيرد، با سخن همين دسته از حقوقدانان كه معتقدند استناد به منابع و فتاوى معتبر، قبل از مرحله استناد به روح قانون است، سازگار به نظر نمى‏رسد. زيرا اين عده از حقوقدانان معتقدند كه:

«در تجزيه ناپذيرى روح و عبارت قانون در جهان واقعيت نبايد ترديد كرد و از آن، نتيجه گرفت كه دادرس، همينكه مقصود را در واژه‏ها و عبارت قانون نيابد، به جاى تلاش در فهم روح قانون و يارى گرفتن از آن، بايد به منابع معتبر و فتاوى اسلامى رجوع كند.»(12)

با وجود چنين اعتقادى چگونه مى‏توان انديشه فقيهان را كاشف از روح قانون و در عرض آن دانست؟ (اگر چه اين نظريه كه انديشه فقيهان از طريق مراجعه به منابع و فتاوى معتبر، عاملى در كشف روح قانون است، فى نفسه ديدگاه صحيحى به نظر مى‏رسد.)

برخى بر اين عقيده‏اند كه: «با تصويب ماده 29 قانون تشكيل دادگاههاى كيفرى 1 و 2، مسأله نقض اصل قانونى بودن جرايم و مجازاتها دوباره مطرح گرديد. لكن با عنايت به ماده 2 قانون مجازات اسلامى مصوب 8/5/1370 به جرأت مى‏توان گفت كه مقرّرات قسمت اخير ماده 29 ق .تشكيل دادگاههاى كيفرى 1 و 2، از لحاظ جرم دانستن اعمال افراد به غير مصرحات قانونى بطور ضمنى نسخ گرديده‏است.»(13)

ولى در پاسخ مى‏توان گفت كه در اين صورت، ماده 2 قانون مجازات اسلامى سال 1370 نيز توسط ماده 8 قانون تشكيل دادگاههاى عمومى و انقلاب مصوب 1373 بطور ضمنى نسخ شده است.

بنابر اين براى حلّ مسأله به صورت «بنيادى»، بايد ديدگاه «نظارت قضايى» دادگاهها را بر قوانين عادى بپذيريم كه در اين صورت با وجود اصل 36 و 169 ق.ا. براى نسخ ماده 29 قانون مزبور، ديگر استناد به ماده 2 ق.م.ا. ضرورتى نخواهد داشت.

### گفتار دوم: تجزيه و تحليل نظريه

در نقد و بررسى نظريه پيش‏گفته نكات ذيل قابل توجه است.

### الف) محتواى اصل 4 ق.ا. در مورد لزوم اسلامى بودن قوانين

اصل 4 ق.ا. بر اين موضوع دلالت دارد كه همه احكام و مقررات بايد اسلامى باشد؛ اما چنين دلالتى ندارد كه هر قانونى كه در شرع مقدس وجود دارد بالفعل در قانون اساسى و قوانين عادى موجود است و قانون اساسى و قوانين عادى ايران از اين نظر هيچ گونه نقصى نداشته و ضرورتا اسلامى است؛ زيرا در اين صورت معنا نداشت كه در ذيل اصل چهارم بگويد: «اين اصل بر اطلاق يا عموم همه اصول قانون اساسى و قوانين و مقررات حاكم است.»

در تأييد اين ادعا برخى چنين استدلال نموده‏اند كه اصل 36 ق.ا. دلالت بر «حصر» دارد؛ زيرا كلمه «تنها» از ادات حصر بوده و دال بر اين است كه حكم به اجراى مجازات از طريق غير قانون و به وسيله مرجعى غير از آنچه قانون تعيين كرده است، مغاير با اصول قانون اساسى است.(14)

مخالفين اين استدلال معتقدند، فرض بر اين است كه خود قانون (اصل 167 و ديگر قوانين عادى) چنين اجازه‏اى را به قاضى داده است، درست مانند اجازه قانونگذارى به قوه مجريه در خصوص وضع برخى قوانين در امور خلافى كه در بسيارى از كشورها رايج است.

در پاسخ مى‏توان گفت كه اختيار قاضى طبق اصل 167 ق.ا. بر فرض شمول نسبت به امور كيفرى به مراتب گسترده‏تر خواهد بود و حقوق فردى بيشتر در مخاطره خواهد افتاد.

اصل 4 ق.ا.در دعاوى مدنى هم، فرض را بر مطابقت كليه مقررات و قوانين مدنى با موازين اسلامى نهاده است؛ ولى با اين وجود در مورد خلاء قانونى، قاضى در دعاوى مدنى موظف به عمل به اصل 167 مى‏باشد. به بيان ديگر، اگر صرف فرض قانون‏گذار مبنى بر تطبيق مقررات جزائى با اسلام، موجب عدم جواز رجوع قاضى كيفرى، به اصل 167 باشد، در دعاوى مدنى هم، با توجه به وجود اين فرض، بايد قاضى از رجوع به اصل 167 منع گردد؛ چون از اين جهت با هم فرقى ندارند. شاهد بر عدم فرق ميان دعاوى مدنى و كيفرى در اين جهت، اين است كه در خود اصل 4 ق .ا. كه مستند ايشان بود آمده است: «كليه قوانين و مقررات مدنى، جزائى...»

### ب) بررسى مشكل صدور احكام نامشابه

در مورد مشكل صدور احكام نامشابه يا نابرابر، بايد گفت اين اشكال در فرضى كه غالب قضات مجتهد باشند كاملاً صحيح است؛ ولى با واقعيت فعلى نظام قضايى، مطابقت ندارد؛ زيرا اكثر قضات، غير مجتهد هستند. و در فرضى كه قاضى مجتهد نباشد بايد معين نمود كه مراد از «فتاوى معتبر»كه قاضى غير مجتهد طبق اصل 167 موظف به رجوع به آنها مى‏باشد ، چيست؟

در مسأله فوق، اگر بپذيريم كه مراد از فتاوى معتبر «نظر ولى فقيه» باشد، در اين صورت مشكل صدور احكام نامشابه يا نابرابر مرتفع خواهد شد؛ ولى بنابر ديگر احتمالات ، اين اشكال وارد است. و اگر قاضى غير مجتهد متهم را بر مبناى فتواى «مرجع تقليد» متهم، مجازات كند قبح عقاب بلا بيان كه مبناى اصل 36 ق.ا. است نيز مرتفع خواهد شد، چون فرض بر اين است كه محكوم عليه نسبت به فتاوى مرجع تقليد خود علم داشته و يا اگر محكوم عليه مجتهد باشد، طبق نظر اجتهادى خودش عليه او حكم صادر كند. (البته در اين فرض اگر چه متهمى كه مجتهد است بعد از ارتكاب جرمِ مسقطِ عدالت، يكى از شرايط اجتهاد را از دست خواهد داد، ولى قبل از ارتكاب جرم مسقط عدالت، شرط اجتهاد را داشته و فرض اين است كه قاضى بر مبناى نظر اجتهادى محكوم عليه، او را مجازات نموده است.).

### ج)نقد استدلال به اولويت مستفاد از ماده 29 ق.ت.د.ك.

در مورد اولويت مستفاد از تبصره ماده 29 قانون تشكيل دادگاههاى كيفرى 1 و 2، كه در بند «د» به عنوان يكى از دلايل عدم شمول اصل 167 نسبت به امور كيفرى مطرح گرديده است، توجه به اين نكته ضرورى است كه در استدلال مزبور، ميان فرض «وجود قانون» و فرض «عدم وجود قانون»كه مورد نظر اصل 167 مى‏باشد، خلط شده است. يعنى نويسنده محترم از عبارت قانونگذار در تبصره ماده 29 قانون مزبور، كه به قاضى مجتهد اجازه مخالفت با قانون موضوعه موجود را نداده است و در صورت مخالفت قانون موضوعه با نظر اجتهادى او موظف به ارجاع پرونده مى‏باشد، چنين استنتاج نموده است كه به طريق اولى قاضى مأذون (غير مجتهد) حق استناد به اصل 167 را، در امور كيفرى ندارد. غافل از اين نكته كه در تبصره ماده 29 فرض بر وجود قانون است ولى در اصل 167 ق.ا. فرض بر سكوت، اجمال، تعارض و نقص قوانين است. بنابراين قياس اولويت مذكور مع الفارق و غير قابل قبول است.

علاوه بر آن، بر خلاف اظهارات مذكور، قاضى مأذون در هنگام استناد به اصل 167 ق.ا. «بر اساس نظر استنباطى خود از منابع فقهى» حكم صادر نمى‏كند، بلكه بر اساس «فتاوى فقها» حكم صادر مى‏نمايد.

لازمه استدلال مزبور اين است كه «قاضى مجتهد» بتواند در امور كيفرى به اصل 167 استناد نمايد، در حالى كه مخالفين استناد به اصل 167 در دعاوى كيفرى، فرقى ميان قاضى مجتهد و غير مجتهد نگذاشته‏اند.

### مبحث دوم: تفصيل ميان قوانين كيفرى شكلى و ماهوى

### گفتار اول: طرح نظريه و توضيح ادله آن

ديدگاه ديگر در مورد اصل 167 ق.ا. اين است كه با توجه به اشكالات شمول اصل مزبور نسبت به دعاوى كيفرى، قوانين عادى مرتبط با اصل 167 به تبع اين اصل، فقط در ارتباط با قوانين شكلى كاربرد دارد. يكى از حقوقدانان در اين باره مى‏گويد:

«دستور قسمت اخير ماده 289 اصلاحى قانون آيين دادرسى كيفرى و مقررات ماده 29 ق. تشكيل دادگاههاى كيفرى 1 و 2 و شعب ديوان عالى كشور، مصوب 68، كه حكم ماده 289 منسوخ را مجددا تكرار كرده است، با موازين قضايى تطبيق ندارد. اصلاح كنندگان قانون آيين دادرسى كيفرى به تفاوت اصول دادرسى‏هاى كيفرى و مدنى توجهى نداشته‏اند و بى جهت يكى از اصول مختص به دادرسى‏هاى مدنى را، در قلمرو قوانين دادرسى‏هاى كيفرى آورده‏اند، به هر حال ماده اصلاحى مزبور بايد به نفع متهم، تفسير و گفته شود، منظور مقنن تنها قوانين كيفرى شكلى بوده، نه قوانين كيفرى ماهوى.»(15)

مستند نظريه فوق به صورت كلى، عدم تطبيق مواد مذكور با اصول و موازين قضايى عنوان گرديده است كه ظاهرا مراد همان دلايلى است كه در توضيح نظريه قبلى بيان گرديد.

### گفتار دوم: تجزيه و تحليل نظريه

در نقد و بررسى نظريه فوق نكات ذيل قابل ذكر است:

### الف) خلط ميان انتقاد به قانون و كشف مقصود قانون‏گذار

در اين نظريه، ميان «تفسير مراد واقعى قانون‏گذار» و «انتقاد به قانون»خلط شده است. يعنى به دليل انتقاد به قانون و قانون‏گذار، خواسته‏اند مراد واقعى قانون‏گذار را به گونه‏اى توجيه نمايند كه واقعا مقصود قانون‏گذار نبوده است. در حالى كه اين گونه استدلال و تفسير، منطقى به نظر نمى‏رسد. چون فرق است ميان تفسير و كشف منظور و مقصود قانون‏گذار كه بايد از طريق مراجعه به صورت مشروح مذاكرات قانون انجام پذيرد، و ايراد و انتقاد به قانون كه حق هر صاحب نظرى است تا ديدگاه شخصى خويش را در بررسى قانون بيان نمايد. اگر چه برخى از انتقادات مذكور، در جاى خود صحيح است، ولى نمى‏تواند كاشف از مراد قانون‏گذار باشد. در اين مورد نيز حمل مقصود قانون‏گذار در اصل 167 بر «قوانين شكلى» صحيح نيست؛ زيرا قطعا چنين تفصيلى مورد نظر قانون‏گذار نبوده است.

### ب) حمل قانون بر فرد نادر

با توجه به اين كه فقهاى اماميه، غالبا در زمانى مى‏زيسته‏اند كه حكومت شيعه بر قرار نبوده است، لذا از قوانين شكلى، بويژه قوانين شكلى رايج در حقوق موضوعه، كمتر بحث نموده‏اند و بيشتر مباحث موجود در منابع و فتاوى معتبر، مربوط به قوانين ماهوى است. بنابراين، حمل اصل 167 ق.ا. بر خصوص قوانين كيفرى شكلى، صحيح نيست، زيرا «حمل قانون بر فرد نادر» است، كه اين گونه شيوه تقنين از قانون‏گذار حكيم بعيد به نظر مى‏رسد، با توجه به اين كه اكثر مشكلات خلاء قانونى دادگاهها نيز در خصوص قوانين ماهوى است نه شكلى.

### مبحث سوم: شمول اصل 167 نسبت به تشخيص موضوعات احكام

### گفتار اول: طرح نظريه و توضيح ادله آن

براساس اين نظريه كه از جانب برخى از حقوقدانان ارائه گرديده است، «مصاديق اصل 167 قانون اساسى و ماده 29 ق. تشكيل دادگاههاى كيفرى 1 و 2 و شعب ديوان عالى كشور مصوب 1368...در تعيين مصاديق عمل منافى عفت غير از زنا، عمل حرام و يا احراز اصل نكاح و طلاق در دعاوى خانوادگى از نظر تكليف پرداخت نفقه يا جريحه دار شدن عفت عمومى موضوع مواد 101 و 102 و 105 قانون تعزيرات، منابع شرع و عرف قابل استناد است.»(16)

بنابر اين، طبق ديدگاه مزبور، دادگاه از منابع و فتاوى معتبر اسلامى فقط مى‏تواند براى «تكميل قوانين» استفاده نمايد.(17)

شايان ذكر است كه بسيارى از طرفداران ديدگاه اول (ديدگاه عدم شمول اصل 167 نسبت به دعاوى كيفرى در جعل جرايم و مجازات)، با نظريه شمول اين اصل نسبت به تشخيص برخى مصاديق و موضوعات كيفرى موافقت نموده‏اند، اما اين دو نظريه با هم ملازمه‏اى ندارند.

اداره حقوقى قوه قضائيه در نظر مشورتى شماره 6381/7 ـ 18/12/69 در تأييد همين نظريه چنين اظهار مى‏دارد:

«...هرگاه قضيه‏اى مطرح شود كه در قانون براى آن مجازاتى تعيين نشده باشد، بايد گفت آن عمل جرم نبوده و قابل طرح در محاكم هم نمى‏باشد. اعمال مقررات ماده 29 قانون تشكيل دادگاههاى كيفرى 1 و 2 جائى مورد پيدا مى‏كند كه در قضاياى مطروحه، حكم صريحى در قانون نباشد يا با عبارات و كلماتى مجمل و مبهم و غير روشن احكام بيان شده كه در ابتدا معناى آن غير معلوم و بايستى به متون فقهى و فتاوى معتبر رجوع نمود، چنانكه معانى حق الله و حق الناس كه در مواد 290 ق.ا.ق آ.د.ك. و 159 ق.ت. از آنها اسم برده شده است در قانون تعريف نشده... به عبارت اخرى اجازه ماده 29 براى حل اين نوع مشكلات قانونى است و به هيچ وجه افاده جعل جرايم جديد كه در قانون براى آنها مجازاتى تعيين نشده است نمى‏نمايد...»

برخى از حقوقدانان نيز همين ديدگاه را پذيرفته‏اند.(18)

### گفتاردوم: تجزيه و تحليل نظريه

در نقد اين نظريه نكات ذيل قابل توجه است:

### الف) مخالفت نظريه فوق با منطوق قانون

منطوق و عبارت اصل 167، گوياى اين است كه تعيين مصاديق و موضوعات، مورد نظر قانون‏گذار نبوده است، زيرا در اين اصل آمده است: «حكم هر دعوى» و نيامده است: «موضوع حكم هر دعوى». يعنى اصل 167، در مقام ارائه راه حل مشكلات خلاء در حكم بوده است و در اصل 167 منظور از عبارت «اگر نيابد...» اين است كه «اگر حكم دعوى را نيابد...» نه «موضوع حكم دعوى را نيابد...» اگر چه اجمال قانون ممكن است به جهت اجمال در الفاظ و واژه‏هايى باشد كه با موضوع حكم مرتبط باشد، امّا تمام مقصود قانون‏گذار اصل 167، احراز و تعيين موضوع و مصاديق نبوده است، بلكه عمدتا هدف قانونگذار حل مشكل در موارد خلأ در «احكام» بوده است.

### ب) عدم حلّ مشكل مخالفت با اصل قانونى بودن

از ديدگاه فقهى، حمل اصل 167 بر تشخيص برخى موضوعات كيفرى، مشكل مخالفت با اصل قانونى بودن جرايم و مجازاتها (اصل 36 ق.ا.) را به كلّى مرتفع نمى‏سازد؛ زيرا از نظر فقهى، «اجمال نص» در حكم «عدم نص» است، بدين معنا كه از ديدگاه مشهور فقها، همان‏گونه كه در موارد «عدم نص» اصل برائت جارى است، در صورت «اجمال نص» نيز اصل بر «برائت» است. و در اين خصوص تفاوتى نمى‏كند كه اجمال در حكم باشد يا اجمال در موضوع حكم؛ يعنى كافى است كه لفظ قانون شرع، مجمل باشد، خواه آن لفظ مربوط به «حكم» باشد يا مربوط به «موضوع» قضيه و مصداق آن.

مهم‏ترين شاهد بر ادعاى مزبور اين است كه «دليل اجراى اصل برائت در موارد اجمال نص» نيز همان قاعده عقلى «قبح عقاب بلابيان» عنوان گرديده است.(19)

علاوه بر اين، در حقوق اسلام، جهل به قانون رافع مسؤوليت كيفرى است، خواه ناشى از جهل متهم، به اصل وجود قانون باشد يا ناشى از «تفسير نادرست قانون». (البته در صورتى كه قانون فى نفسه مبهم و تفسير بردار باشد) زيرا اجمال قانون موجب عروض شبهه براى قاضى نسبت به مجرم بودن متهم است.

بنابر اين از ديدگاه فقهى، نظريه شمول اصل 167 ق.ا. نسبت به تشخيص برخى مصاديق احكام، مخالف اصل قانونى بودن و قاعده قبح عقاب بلابيان و آثار ناشى از آن است؛ پس، كسانى كه نظريه اول (عدم شمول اصل 167 نسبت به مطلق دعاوى كيفرى) را به دليل مخالفت اصل مزبور، با اصل قانونى بودن پذيرفته‏اند، بايد اين ديدگاه را نيز به همان دليل، غير قابل پذيرش بدانند.

از ديدگاه حقوق موضوعه نيز ابهام و اجمال در الفاظ قانون، به نوعى مخالفت با اصل قانونى بودن محسوب مى‏گردد؛ زيرا اصل مزبور بطور ضمنى دلالت بر لزوم صراحت و وضوح قانون دارد.(20) از اين رو، اصل «لزوم اجتناب از ابهام»(21) در توصيف جرايم، در حقوق انگلستان زير مجموعه اصل قانونى بودن محسوب مى‏شود. و در حقوق امريكا نيز در صورت ابهام و اجمال قانون عادى، دادگاهها مى‏توانند، آن را خلاف قانون اساسى اعلام نمايند.(22)

در حقوق ايران نيز بايد قوانين از نظر توصيف جرايم و مجازاتها حتى از نظر مصاديق و موضوعات، صراحت و وضوح لازم را دارا بوده و مانند ماده 102(23) قانون تعزيرات سال 61 كه در ماده 638 قانون تعزيرات مصوب 75 نيز با تغييراتى تكرار گرديده است،(24) مبهم نباشد؛ زيرا در اين ماده «عمل حرام» مجمل است و در صورت وجود ابهام، دادگاهها مى‏توانند، به دليل مخالفت با اصل 36 ق.ا. از اجراى اين‏گونه قوانين امتناع ورزند؛ زيرا بر اساس ديدگاه نظارت قضايى، هرگاه قانون عادى به تشخيص دادگاه، با يكى از اصول قانون اساسى در تعارض باشد، قاضى مى‏تواند، از اجراى قانون عادى امتناع كند.(25)

در مواردى كه قانون موضوعه ايران تشخيص مصاديق برخى جرايم را به «شرع» ارجاع داده است، قابل مقايسه با آن دسته از جرايم مربوط به «كامن لا» است كه در حقوق موضوعه امريكا هرگاه به عنوان يك جرم به رسميت شناخته شود ولى قانون‏گذار در تعريف آن قصور ورزد، مى‏توان در تعريف و تفسير آن، از قواعد «كامن لا» استفاده نمود.(26) اما با اين وجود، نبايد هنگام مراجعه به شرع، «تفسير مضيق» را از نظر دور داشت.

### مبحث چهارم: شمول اصل 167 ق.ا. نسبت به مطلق دعاوى كيفرى

### گفتار اول: طرح نظريه و توضيح ادله آن

بر اساس اين ديدگاه اصل 167 ق.ا. شامل دعاوى كيفرى نيز مى‏شود و مى‏توان بر اساس آن جرم‏انگارى نمود. براى اين نظريه استدلالهاى ذيل قابل توجه است.

### الف) فتاوى و منابع معتبر در حكم قانون

1- توجيه حقوقى مسأله: طرفداران اين ديدگاه معتقدند، كه خود قانون اساسى، بر اساس اصل 167 ق.ا. فتاوى و منابع معتبر اسلامى را «در حكم قانون» قرار داده است، بنابراين منافاتى با اصل قانونى بودن جرايم و مجازاتها ندارد.

مبنا و منشأ اين ديدگاه، نظريه كميسيون استفتائات شوراى عالى قضايى است كه در مورد تفسير ماده 289 قانون اصلاح موادى از قانون آيين دادرسى كيفرى صادر شده است.

بر اساس نظريه كميسيون نامبرده، «...دادگاههاى كيفرى (در مورد هيچ يك از قضايايى كه رسيدگى به آنها در صلاحيت دادگاه كيفرى است) نمى‏توانند به بهانه سكوت يا اجمال يا نقص يا تعارض قانون از رسيدگى امتناع نمايند. همچنين نمى‏توانند به همين بهانه و به صرف اين‏كه جرم بودن يك قضيه در قوانين جزايى مدوّنه يافت نمى‏شود، حكم به برائت متهم صادر نمايند و الّا موظّف كردن دادگاه بطور اطلاق و عموم حتى در غير مورد ديات و قصاص به مراجعه به منابع فقهى معتبر يا فتاوى مشهور و صدور حكم فقهى با استناد به آنها موجه نبوده بلكه بنابر اين فرض لازم بود كه در غير مورد قصاص و ديات دادگاهها مكلف باشند به استناد به اصل برائت و صدور حكم بر اساس آن اصل.

به نظر مى‏رسد كه مراجعه كردن دادگاه به منابع معتبر فقهى جهت تشخيص اين كه قضيه مطروحه از نظر شرع مقدس اسلام جرم است يا خير و صدور حكم به مجازات بر مبناى منابع فقهى اشكال ندارد؛ زيرا كه اين رويه مغايرتى با مقررات مندرجه در ماده قانون راجع به مجازات اسلامى و همچنين با مفاد اصل 36 قانون اساسى جمهورى اسلامى ندارد. براى اين كه هر فعلى يا ترك فعلى كه از نظر فتاوى جرم باشد، به مقتضاى اطلاق و عموم ماده 289 مذكور جرم به حكم قانون محسوب مى‏شود و متهم نيز مجرم تلقى مى‏گردد و مجازات مرتكب، در اين صورت مجازات به موجب قانون خواهد بود.»(27)

در راستاى همين ديدگاه، برخى از حقوقدانان بر اين باورند كه با اين تحليل، منابع فقهى و فتاواى معتبر نيز، به حكم قوانين مدون در رديف عنصر قانونى جرايم و مجازاتها به شمار خواهد آمد و تكليف دادگاه در مراجعه به آن براى يافتن حكم قضاياى كيفرى به معناى جواز تفسير موسع قوانين كيفرى نخواهد بود و بدين ترتيب با توجه به اصل 167 ق.ا. و قوانين عادى مرتبط با آن، با مفهوم جديدى از تعريف جرم در حقوق كيفرى جمهورى اسلامى ايران مواجه خواهيم شد كه بر اساس آن در تعريف جرم بايد گفته شود: «هر فعل يا ترك فعلى كه مطابق قانون و يا منابع فقهى معتبر يا فتاواى مشهور و معتبر، براى آن مجازات حد يا قصاص يا تعزير يا ديه يا مجازات بازدارنده تعيين شده باشد، جرم محسوب مى‏شود.»(28)

در حقوق ايران، برخى موارد «در حكم قانون» تلقى شده است و آثار قانون را خواهد داشت به عنوان نمونه، مطابق ماده 9 قانون مدنى، قراردادهاى بين المللى كه طبق قانون اساسى بين دولت ايران و ديگر دولتها منعقد شده باشد «در حكم قانون» است. اين در حالى است كه در اين گونه قراردادها نيز ممكن است، ابهام و اجمال وجود داشته باشد؛ ولى با اين وجود آن را از قانونى بودن خارج نمى‏كند. اگر چه ابهام در اين گونه قراردادها غالبا از ابهام موجود در اصل 167 به مراتب كمتر است.

در حقوق بسيارى از كشورها، نه تنها عهدنامه‏هاى بين المللى در حكم قانون تلقى گرديده است بلكه «مافوق قانون داخلى» اين كشورها است. به عنوان نمونه به موجب ماده 55 قانون اساسى فرانسه، قراردادهاى بين المللى بالاتر از قانون است.(29)

بر اساس ماده 16 قانون اساسى فرانسه مصوب اكتبر سال 1958، حتى تصميمات رياست جمهورى ارزش قانونى داشته و قابل تجديد نظر در هيچ دادگاهى نيست و فرمانهايى كه به موجب ماده 92 قانون اساسى در اعمال قدرت قانون‏گذارى صادر گرديده است «قدرت قانون» را دارند.(30)

بدين جهت در حقوق فرانسه قانون كيفرى ديگر در معناى اخص (تصميمات قوه مقننه) منحصر نيست، بلكه اقدامات قوه مجريه نيز مى‏تواند يك جرم را پيش‏بينى و گاه مجازات كند.(31)

نظير همين مسأله، در ارجاع قانون داخلى به شرع قابل طرح است؛ يعنى در يك جامعه‏اى كه شرع به عنوان منبع غير مستقيم و مكمل قانون مطرح است، بايد در تفسير آن به منابع شرعى و كسانى كه از اين منبع اطلاع كافى دارند مراجعه شود، درست مانند تفسير قوانين بين المللى در كشور فرانسه كه قوه قضائيه موظف است، براى تفسير آن به وزارت امور خارجه، مراجعه نمايد.(32)

همانگونه كه در كشورهاى تابع نظام حقوقى كامن‏لا، قواعد سنّتى مربوط به «كامن‏لا» در كنار قوانين موضوعه اعتبار دارد و اعمال اين گونه قواعد در موارد سكوت قانون موضوعه، مخالفت با اصل قانونى بودن محسوب نمى‏شود. در حقوق ايران نيز بر اساس اصل 167 ق.ا. و قوانين مرتبط با آن، رجوع به منابع و فتاوى معتبر در صورت عدم وجود قانون موضوعه، به دليل تصريح خود قانون، مخالفت با اصل قانونى بودن تلقى نمى‏گردد. بدين جهت برخى، اجماع و اجتهاد در حقوق اسلام را با رويه قضايى در حقوق جديد ايران و ممالك لاتين و نيز با عرف و انصاف در حقوق انگلستان و ساكسُن مقايسه نموده‏اند.(33) و برخى ديگر حقوق اسلام را در قسمت مربوط به تعزيرات، با حقوق انگلستان قابل قياس دانسته‏اند.(34)

توضيح مطلب اين كه در «كامن لا» هرگاه قاعده سابقه و حكمى موجود نباشد، قاضى از «عقل» و «عرف» استفاده نموده و بر مبناى آن حكم صادر مى‏كند و اين عمل به معناى «ايجاد قاعده» است كه اختيار مزبور براى قاضى «كامن لا» منحصر به دعاوى مدنى هم نيست.در حقوق ايران قاضى داراى چنين اختيارى نيست و فقط طبق اصل 167 مى‏تواند حقوق اسلامى را به عنوان متمّم قانون به كار گيرد.(35)

به تبع اين نظام رايج در «كامن لا»، در كشور امريكا نيز در موارد خلاء قانونى، قاضى معمولاً به وضع قانون و قواعد حقوقى جديد به منظور حل و فصل قضيه مى‏پردازد.(36)

امّا در كشورهاى داراى نظام حقوقى نوشته «عقل» بيش از آن كه خلاء و كمبودهاى نظم حقوقى را پر كند، نقشى در «تفسير قانون» ايفا مى‏نمايد.(37)

به نظر مى‏رسد هدف قانون‏گذار اساسى از اصل 167، پاى بندى به حقوق اسلام به عنوان عرف مستحكم و ريشه دار جامعه ايرانى، در موارد نقص و خلاء قانونى بوده است، به گونه‏اى كه قاضى بتواند در اين گونه موارد با استفاده از منابع و فتاوى معتبر اسلامى، قواعد حقوقى را «كشف» نموده و در دعاوى مربوطه به كار گيرد. همانگونه كه دادگاههاى كامن لا، به كشف قواعد حقوق پرداخته و راه حلهاى نو در باره وقايع پيشين اجرا و قانون جديد به گذشته معطوف مى‏گردد،(38) بدون آن كه با انتقاد نقض اصل قانونى بودن مواجه شوند.

در حقوق ايران نيز، اگر چه استناد به اصل 167، در عمل با توجه به عدم تسلّط كافى قضات بر فقه، و ساير مشكلات موجود، موجب نارساييهايى خواهد شد، ولى از نظر منطقى، مى‏تواند در جهت رعايت عدالت و حفظ نظم جامعه و پويايى حقوق كيفرى، نقش بسيار مفيدى ايفا نمايد، نظير دادگاههاى انصاف در «كامن لا» و استفاده اين قضات از عقل قضايى، در موارد خلاء قانونى.

2ـ توجيه فقهى مسأله: اين كه اصل 167، منابع و فتاوى معتبر را «در حكم قانون» دانسته است، از نظر فقهى بدين گونه قابل توجيه و تبيين است كه، اصل 167 از ديدگاه اصولى، «حاكم» بر اصل 36 است. و در صورتى كه يكى از دو دليل كه به ظاهر متعارض مى‏نمايند، «موضوع» دليل ديگر را «مضيق» نموده و يا «توسعه» دهد، دليل اول اصطلاحا حاكم بر دليل دوم است، در اين صورت اساسا تعارضى نخواهد بود؛ زيرا يكى از شرايط تحقق تعارض ميان دو دليل آن است كه يكى حاكم بر ديگرى نباشد.

در فرض مسأله مورد نظر ما قانونگذار، موضوع «قانونى بودن جرم و مجازات» را نسبت به «قانون شرع» نيز (البته فقط در موارد خلاء قانونى) توسعه داده است؛ يعنى خود قانون، رجوع به منابع و فتاوى معتبر را در حكم قانون دانسته است. بنابر اين رجوع به منابع و فتاوى معتبر در دعاوى كيفرى، بر اساس اصل 167 به حكم قانون انجام شده است، در نتيجه مخالفت و تعارضى با اصل 36 ق.ا. ندارد. به بيان ديگر، اصل 167، مفهوم «قانون»، و مفهوم «جرم و مجازات» را به شرعيات نيز تسّرى داده است. و موضوع اصل برائت كه در اصل 37 ق.ا. به آن تصريح شده، مربوط به مواردى است كه قانونى موجود نباشد و در فرض ما اصل 167، «مستند قانونى» قاضى در دعاوى كيفرى است. بنابراين تعارضى با اصل 37، هم ندارد؛ چون اصل 167، از نظر اصولى «وارد»(39) بر اصل 37 است و از ديگر شرائط تعارض، اين است كه يكى از دو قانون وارد بر ديگرى نباشد؛ زيرا در اين صورت، دليل وارد، موضوع دليل ديگر را از بين مى‏برد.

### ب) عموم مستفاد از اصل 167

اصل 167 دلالت بر «عموم» دارد (اعم از دعاوى كيفرى و مدنى) چون تعبير شده است به «هر دعوى» و كلمه «هر» در فارسى دلالت بر عموم دارد. و از نظر اصوليين، عموم قوى‏تر از اطلاق است؛ زيرا دلالت عام از «دلالات وضعيه لفظيه» است كه از خود لفظ استنباط مى‏شود، ولى دلالتهاى اطلاق جزء، دلالت لفظى نيست بلكه «عقلى» است و از طريق مقدمات حكمت كشف مى‏شود؛ از اين رو ركن اصلى اطلاق اين است كه بايد در مقام بيان بودن قانون‏گذار احراز شود و حتّى اگر شك داشتيم كه قانون‏گذار در مقام بيان است يا خير، نمى‏توان به اطلاق تمسّك نمود. ولى در اين اصل، از طريق لفظ «هر» كه از ادات عموم است چنين استنباط مى‏شود كه قانون‏گذار «عموم دعاوى» را در نظر داشته است؛ از اين رو «شك در مسأله» هم نمى‏تواند به عموم مستفاد از اين قانون خدشه وارد نمايد.

### ج)اطلاق مستفاد از مشروح مذاكرات قانون اساسى

علاوه بر اين كه لفظ قانون دلالت بر عموم دارد، رجوع به صورت مشروح مذاكرات مجلس بررسى نهايى قانون اساسى نيز، اين اطمينان را به وجود مى‏آورد كه مراد از اين اصل، اعم از دعاوى مدنى و كيفرى است و از اين جهت «اطلاق» دارد و با مراجعه به مشروح مذاكرات مى‏توان دريافت با وجود آن كه قانون‏گذار در مقام بيان بوده و سابقه ذهنى هم نسبت به ماده 3 ق.آ.د.م. داشته ولى «دعاوى» را مطلق ذكر نموده و مقيد به دعاوى مدنى نكرده است.(40)

بدين جهت به اعتقاد بعضى از حقوقدانان با دقت در مذاكرات مجلس بررسى نهايى قانون اساسى، نمى‏توان پذيرفت كه اصل 167، به دعاوى مدنى اختصاص دارد.(41)

البته برخى ديگر بر اين عقيده‏اند كه سابقه ذهنى قانون‏گذار از ماده 3 ق.آ.د.م. مؤيد اين نظريه است كه دعاوى كيفرى منظور نبوده است.(42)

مشروح مذاكرات بررسى نهايى قانون اساسى گوياى اين است كه مطلق دعاوى مورد نظر قانون‏گذاران بوده است كه در اين مورد شواهدى وجود دارد. براى اثبات اين ادعا، توجّه به سير قانون‏گذارى در مورد اصل 167 ق.ا. ضرورى است.

در پيش نويس اصل 167 ق.ا. (با عنوان اصل 136) آمده است:

«در مواردى كه قاضى نتواند حكم دعاوى حقوقى را در قوانين موضوعه بيابد، بايد با الهام از قواعد شرع، عرف و عادت مسلم و آنچه عدالت و مصالح عمومى اقتضا دارد حكم قضيه را صادر نمايد.»(43)

چنانكه ملاحظه شد، پيش نويس اصل 167 ق.ا. دلالت صريح بر اختصاص آن به دعاوى حقوقى داشت. ولى در گروه بررسى اصول كه بحثهاى تخصصى و تفصيلى اصول پيش‏نويس، در اين گروهها انجام مى‏گرفت، اصل 167 (با عنوان اصل 156 گروه بررسى اصول) بدين صورت تغيير يافت:

«قاضى موظف است كوشش كند حكم هر دعوا را، در قوانين مدونه بيابد و اگر نيابد با استناد به منابع معتبر اسلامى يا فتاوى معتبر حكم قضيه را صادر نمايد و نمى‏تواند به بهانه سكوت يا نقص يا اجمال يا تعارض قوانين مدونه از رسيدگى به دعوا و صدور حكم امتناع ورزد.»(44)

بنابر اين، كلمه «دعاوى حقوقى» كه در پيش نويس اصل 167 وجود داشت، در گروه بررسى اصول و در نهايت در متن مصوب اصل 167 ق.ا.، كلمه «حقوق» كه دلالت بر اختصاص اين اصل به دعاوى حقوقى داشت حذف شد. با اين وجود چگونه مى‏توان ادعا نمود كه مقصود قانون‏گذاران از اصل مزبور فقط دعاوى مدنى بوده است؟

علاوه بر اين، كلمه «دعوا» در اصطلاح قانون اساسى در موارد ديگرى نيز در معنايى اعم از دعاوى كيفرى و مدنى به كار رفته است. به عنوان نمونه در اصل 35 ق.ا. آمده است:

«در همه دادگاهها طرفين دعوا حق دارند براى خود وكيل انتخاب نمايند و اگر توانايى انتخاب وكيل را نداشته باشند بايد براى آنها امكانات تعيين وكيل فراهم گردد.».

در اين اصل آنچه كه قدر متيقن از مقصود قانون‏گذار بوده است، دعاوى كيفرى است و اگر كسى ادعا نمايد كه در اين اصل اصطلاح «دعوا» اختصاص به دعاوى مدنى دارد بسيار ادعاى بعيدى است. بنابر اين، دليلى وجود ندارد كه اين اصطلاح در قانون اساسى بدون ذكر قرينه، انصراف به دعاوى مدنى داشته باشد. اگر چه پس از بحثهايى كه در سالهاى پس از تصويب اصل 167 به وجود آمد موجب بروز اين شبهه گرديد و به همين جهت در زمان بازنگرى قانون اساسى در سال 1368 توسط بعضى از اعضاى هيأت بازنگرى پيشنهاد شده بود كه در اصل 167 كلمه «قضيه» جايگزين كلمه «دعوا»گردد كه اين پيشنهاد به دليل عدم ارتباط با دستور كار جلسه بازنگرى، مورد بحث قرار نگرفت.(45) و با فرض تصويب نيز به نظر مى‏رسد كه اين جايگزينى موجب حل مشكل نبود.

اكثر حقوقدانان در تفسير اصل 167 و توضيح آن به تنها منبعى كه هيچ استناد و اشاره‏اى نكرده‏اند، صورت مشروح مذاكرات مجلس بررسى نهايى قانون اساسى است با اين كه از بهترين شيوه‏هاى تفسير قانون كه همه حقوقدانان بر آن اتفاق نظر دارند، همين شيوه «تفسير منطقى»(توضيحى) است كه از طريق مراجعه به صورت جلسات و مشروح مذاكرات، مراد واقعى قانون‏گذار كشف مى‏گردد. و انتقاد به قانون را بايد از تشخيص مراد قانون‏گذار و انتساب امرى به مراد واقعى قانون‏گذار، تفكيك نمود.

### د) فهم قانون‏گذاران عادّى و مفسرين قانون اساسى از اصل 167

زمانى كه ماده 289 قانون اصلاح موادى از قانون آ.د.ك. تصويب شد (سال 1361) و در شوراى نگهبان مطرح گرديد: تمام فقهاى شوراى نگهبان و در نتيجه اكثريت اعضاى شوراى نگهبان به عدم مغايرت ماده مذكور با اصل 167 ق.ا. راى دادند. (46) اين نكته خود مؤيدى است بر اين كه قانون‏گذاران و اكثريت اعضاى شوراى نگهبان كه مفسّر قانون اساسى محسوب مى‏شوند، اصل 167 را شامل دعاوى كيفرى نيز مى‏دانند. به بيان ديگر تأييد ماده مزبور توسط شوراى نگهبان، خود نوعى تفسير اصل 167 محسوب گرديده و تا حدودى موجب رفع ابهام است.

ماده 289 قانون اصلاح موادى از قانون آ.د.ك. مصوب سال 61، مجددا با تفاوت قابل ملاحظه‏اى(47) در ماده 29 قانون تشكيل دادگاههاى كيفرى 1 و 2 و شعب ديوان عالى كشور، مصوب سال 68 و ماده 8 قانون تشكيل دادگاههاى عمومى و انقلاب مصوب سال 73، تكرار شد كه خود مؤيد اين مدعى است كه قانون‏گذاران از اصل 167 استفاده عموم نموده‏اند. برخى از حقوقدانان نيز بدين نكته اشاره كرده‏اند.(48)

به نظر مى‏رسد كه فهم شوراى نگهبان و قانون‏گذاران عادى، به خودى خود و از ديدگاه دكترين حقوقى نمى‏تواند، دليلى بر اين مدعى باشد؛ اگرچه از نقطه نظر كاربردى و قانونى براى قضات قابل استناد است.

در پايان ذكر اين نكته نيز لازم به نظر مى‏رسد كه قاضى در زمان مراجعه به منابع يا فتاوى معتبر، بايد به «شرطيت علم به قانون از ديدگاه فقه» كه منشأ آن قاعده قبح عقاب بلابيان است نيز، توجه نمايد. يعنى از نظر فقهى، «ادعاى جهل به قانون»على القاعده مسموع است و اگر ادعاى او قابل تصديق و ناشى از قصور باشد، قاضى بايد به آن ترتيب اثر داده و از مجازات متهم خود دارى نمايد. بنابر اين در مقام عمل، در بسيارى موارد، نتيجه مراجعه به اصل 167، همان اصل برائت خواهد بود. در عين حال، قاضى در مواردى كه دليل قطعى بر مجازات يافت به گونه‏اى كه براى او نسبت به مجازات مجرمين حرفه‏اى اقناع وجدان حاصل گرديد، داراى اختيار است.

اما بنابر قول آن دسته از حقوقدانان كه از يك طرف استناد به قاعده قبح عقاب بلابيان نموده و از طرفى ديگر ادعاى جهل به قانون را اساسا مسموع نمى‏دانند، امر مشكل خواهد شد؛ زيرا چه بسا در مواردى واقعا متهم بدون تقصير، از قانون اطلاع نداشته است ولى بنابر نظريه عدم استماع ادعاى جهل به قانون بايد مجازات شود.

### ه) استناد به اصل چهارم ق.ا.

برخى نيز براى اثبات ديدگاه شمول اصل 167، نسبت به دعاوى كيفرى، به اصل چهارم قانون اساسى استناد نموده‏اند با اين بيان كه:

«از اين اصل دو مطلب اساسى فهميده مى‏شود. يكى آن كه هيچ يك از اصول قانون اساسى و قوانين عادى تاب مقاومت در برابر اين اصل را ندارند؛ يعنى اگر تناقض بين اين اصل و اصول ديگر قانون اساسى (از جمله اصل 169) و يا قوانين عادى (از جمله ماده 2 و 6 ق.م.ا.) به نظر برسد، حاكميت با اين اصل است. ديگر آن كه در هر يك از امور مذكور در اين اصل (مدنى، جزايى، مالى، اقتصادى، ادارى، فرهنگى نظامى، سياسى و غير اينها) اگر ميزانى از موازين اسلامى وجود داشته باشد قانون بايد بر مبناى آن ميزان، تنظيم و تدوين شود. به تعبير ديگر، قانون (اعم از اساسى و عادى) نمى‏تواند موازين اسلامى را ناديده بگيرد. پس مى‏توان گفت: اين اصل به كمك ماده 289 آ.د.ك. مى‏آيد و يا به تعبيرى ديگر، ماده مزبور مُلهم از اين اصل است. نتيجه آن كه: آنچه در منابع معتبر فقهى آمده و قابل مجازات تشخيص داده شده است، قابل طرح در دادگاه و رسيدگى و صدور حكم مى‏باشد، هر چند در قانون نيامده باشد؛ يعنى حكومت اصل قانونى بودن جرم و مجازات محدود است به مستحدثات و آنچه با تشكيل جمهورى اسلامى مرتبط است و در مورد آن سابقه فقهى وجود ندارد.»(49)

### گفتار دوم: تجزيه و تحليل نظريه

در مورد نظريه شمول اصل 167 نسبت به مطلق دعاوى كيفرى و اختيار قاضى در تعيين جرم و مجازات بر مبناى منابع و فتاوى معتبر، اشكالات ذيل قابل طرح است.

### الف) مخالفت اصل 167 با اصول و قواعد پذيرفته شده در فقه

در صورت پذيرش اين ديدگاه، اصل 167 با «قاعده درء» كه خود از قواعد پذيرفته شده در نزد فقهاست(50) منافات دارد. از ديدگاه بعضى از فقها قاعده درء يك «قاعده عقلى» است نه شرعى، با اين بيان كه اگر چه سند روايت منقول از پيامبر ضعيف است، امّا عقل دلالت دارد كه اجراى حكم با وجود شك در تحقق موضوع، قبيح است.(51) برخى ديگر از فقها نيز بر اين باورند كه اين قاعده اختصاص به حدود ندارد، حتى در تعزيرات نيز قاضى بايد بر اساس مستند شرعى و به دور از شبهه، اقدام به صدور حكم و مجازات نمايد.(52) اگر چه بر اساس ديدگاه برخى از فقها، در «مسائل مالى» مانند ديات، شبهه موجب سقوط نيست.(53)

در صورتى كه شبهه در قصاص و تعزيرات از طريق روايت معروف نبوى قابل دفع نباشد، مى‏توان با استناد به برخى ديگر از روايات، اين گونه شبهات را قابل دفع دانست. به عنوان مثال روايات متعددى وجود دارد با اين مضمون كه: «الوقوف عند الشبهه خير من الاقتحام فى الهلكة»(54) و در روايت معروف حضرت على (ع) در عهدنامه مالك اشتر، آمده است: «اختر للحكم بين الناس...أوقفهم فى الشبهات.»(55) يعنى: از ميان قضات آن عده‏اى را كه در زمان عروض شبهه، امتناع از صدور حكم مى‏نمايند براى امر قضاوت برگزين.

در اين روايات، كلمه «شبهات» اعم است از شبهه موضوعيه و يا شبهه در حكم. و نيز اعم است از اين كه قضيه مطرح شده، مربوط باشد به حدود، قصاص و يا تعزيرات و حتى ديات و ديگر مجازاتهاى نقدى.

از طرفى با توجه به اين كه جرايم مورد اجماع و اتفاق فقهاى شيعه، صراحتا در قوانين كيفرى ايران آمده است، بنابراين، قاضى كيفرى در مواردى به اصل 167 نيازمند است كه مسأله مورد نظر، از مباحث اختلافى نزد فقها باشد و در اين گونه مسائل غالبا براى قاضى «شبهه در حكم» عارض مى‏گردد؛ زيرا با وجود اختلافى بودن مسأله و عدم تصريح آن در قانون موضوعه، چگونه قاضى مى‏تواند به دور از هر گونه شبهه، و از روى يقين و اطمينان به «ما انزل اللّه» بودن و از روى اطمينان به اين كه متهم نيز نسبت به اين حكم اختلافى مطلع بوده است، حكم عادلانه‏اى صادر نمايد؟ آيا الزام قضات (آن هم قضات مأذون) به مجازات متهم بر اساس منابع و فتاوى معتبر اسلامى در مباحث اختلافى ميان فقها، خود خلاف منابع معتبر اسلامى (قاعده قبح عقاب بلابيان، قاعده درء و لزوم احتياط در امر قضا) نيست؟

بنابراين، با فرض شمول اصل 167 نسبت به دعاوى كيفرى، بر خلاف نظر برخى از حقوقدانان،(56) مراجعه قاضى به منابع و فتاوى معتبر اسلامى لزوما به معناى قبول «تفسير موسّع» توسط قانونگذار اساسى، نيست، بلكه در زمان مراجعه به منابع يا فتاوى معتبر، بايد «تفسير مضيق» قوانين كيفرى اسلام را مورد لحاظ قرار داد كه نتيجه اين امر در قريب به اتفاق موارد، برائت متهم خواهد بود.

بدين جهت در پاسخ به نظريه مطرح شده توسط كميسيون استفتائات در اين خصوص، مى‏توان گفت كه جرم‏انگارى بر اساس اصل 167، اگر با اصل قانونى بودن مصطلح در حقوق موضوعه مخالفت نداشته باشد، بطور قطع با قاعده قبح عقاب بلابيان ـ كه به مراتب دامنه گسترده‏ترى دارد ـ و نيز با قاعده درء و اصل لزوم احتياط و توقف در شبهات قضايى، منافات دارد.

### ب) استدلال به اصل چهارم ق.ا.

از ديدگاه قانون اساسى ايران، با وجود آن كه طبق اصل 98 ق.ا. تفسير قوانين به عهده شوراى نگهبان است و بر اساس اصل چهارم ق.ا. تضمين اسلامى بودن قوانين به عهده «فقهاى» شوراى نگهبان نهاده شده است، ولى اين شورا، قدرت و اختيار «اثباتى» در دخالت دادن احكام فقهى را ندارد، بلكه بر مبناى اصل 91 ق.ا. فقط قدرت «نفى» و اعلام مغايرت مصوبات مجلس با شرع را دارد. در اين صورت، به طريق اولى، قاضى داراى اختيار «اثباتى» در دخالت دادن احكام فقهى نيست.

چنانكه در گفتار قبل گذشت، برخى براى شمول اصل 167 نسبت به دعاوى كيفرى و عدم منافات با اصل قانونى بودن، به اصل چهارم قانون اساسى استناد نمودند، با اين بيان كه اصل چهارم، بر اصول ديگر، از جمله اصل 169 و ماده 2 و 6 ق.م.ا. كه دلالت بر اصل قانونى بودن دارد حاكم است و قانون (اعم از عادى و اساسى) نمى‏تواند موازين اسلامى را ناديده بگيرد. پس اين اصل به كمك ماده 281 آ.د.ك. مى‏آيد و در نتيجه آنچه در منابع معتبر فقهى آمده و قابل مجازات تشخيص داده شده است، قابل رسيدگى و صدور حكم در دادگاه است اگر چه در قانون نيامده باشد.

در پاسخ به اين استدلال بايد گفت: اولاً، در خود اصل چهارم قانون اساسى كه مستند ايشان بوده، و در اصل 91، شوراى نگهبان را مسؤول اجراى اين اصل و حمايت از آن دانسته است نه قضات را.

ثانيا، استدلال با نتيجه‏گيرى هيچ ارتباطى ندارد زيرا دليل ايشان عبارت است از اين كه: «قانون (اعم از اساسى و عادى) نمى‏تواند موازين اسلامى را ناديده بگيرد.» و از اين استدلال كه صراحتا مى‏گويد «قانون» نمى‏تواند موازين اسلامى را ناديده بگيرد، نمى‏توان به اين نتيجه رسيد كه پس «قاضى» مى‏تواند طبق منابع و فتاوى معتبر حتى در مسائل اختلافى كه معمولاً مكلفين بدان آگاهى ندارند، به مجازات متهم بپردازد، اقدامى كه از لحاظ شرعى لااقل مورد ترديد است.

بنابراين نه تنها اصل چهارم قانون اساسى به كمك ماده 289 مزبور و اصل 167 نمى‏آيد؛ بلكه با دقت در اصل چهارم، مى‏توان گفت كه اين اصل با اصل 167 منافات دارد؛ زيرا همانگونه كه بيان شد، اصل 167 در صورت شمول نسبت به مطلق دعاوى كيفرى، با موازين شرع و خود منابع و فتاوى معتبر نيز سازگار نيست. بنابراين اگر اصل 167 حاكم بر اصل 36 قانون اساسى است، اصل چهارم نيز حاكم بر اصل 167 است.

مراجعه به مشروح مذاكرات، اين گمان را تقويت مى‏كند كه نگرانى و اهتمام اصلى قانون‏گذاران اساسى در مورد احكام اسلامى قطعى و اجماعى بوده است، نه احكام اختلافى (مگر اين كه احكام اختلافى تحت عنوان قانون موضوعه در آيد.).

اثبات اين ادعا اگر چه از طريق مراجعه به مشروح مذاكرات مربوط به اصل 167 ق.ا. ممكن نيست، زيرا هيچ گونه بحث تفصيلى در اين باره ثبت نشده است! ولى با رجوع به سخنان مطرح شده توسط آيات محترم شهيد بهشتى، شهيد مدنى، مشكينى، مكارم و طاهرى اصفهانى در مورد اصل 41 پيشنهادى (كه بعدا تحت عنوان اصل 169 فعلى به تصويب رسيد.)، به خوبى مى‏توان دريافت كه نگرانى اصلى اين عده مربوط به احكام حقوقى مسلّم و قطعى اسلام بوده است،(57) آن هم در زمانى كه هنوز قانون مجازات اسلامى مدونى به تصويب نرسيده بود.

### ج) تعارض و اجمال اصل 167

اصل 167 ق.ا. در صورتى كه شامل دعاوى كيفرى نيز باشد، با اصل 36 و به بيانى با اصل 4 قانون اساسى در تعارض است و همچنين، اصل 167 به خودى خود داراى اجمال و ابهام است، بويژه در مورد اصطلاح «فتاوى معتبر» كه بيشترين كاربرد را در نظام قضايى فعلى دارد. بنابراين، يكى از مهمترين اشكالهايى كه بر اين اصل، در فرض شمول دعاوى كيفرى، وارد است، همين تعارض و اجمال اصل 167 است. يعنى اصلى كه در مقام رفع تعارض و اجمال است خود داراى اجمال و تعارض است! و در نتيجه اين ابهام و پرسش مطرح است كه آيا قاضى مى‏تواند، بر اساس اصل 167، تعارض و اجمال خودِ اين اصل را مرتفع نمايد و يا اين كه اصل مزبور عدم تعارض و عدم اجمال خود را مفروض دانسته است؟

به نظر مى‏رسد در صورتى كه اجمال اصل 167 مرتفع گردد، به تبع آن مخالفت با اصل قانونى بودن جرايم و مجازاتها نيز منتفى مى‏شود و در اين فرض، ديگر تعارضى با اصل 36 و 169 ق.ا. نيز نخواهد داشت. در غير اين صورت اصل 167، نمى‏تواند عدم اجمال يا تعارض خود را مفروض بداند؛ زيرا در ميان اصول قانون اساسى فقط اصل چهارم است كه حكومت مطلق بر ساير اصول دارد، آن هم با ضمانت اجراى خاص خود. ولى ديگر اصول از اعتبار نسبى برخوردارند.

### د) صدور احكام نامشابه و اختلال نظام قضايى كشور

همانگونه كه قبلاً نيز اشاره شد با توجه به اين كه اصل 167 در خصوص كلمه «فتاوى معتبر» داراى اجمال و ابهام مى‏باشد، ممكن است در دعاوى كيفرى آراى نامأنوس و غير مشابه صادر شود كه در نتيجه به مصلحت نظام قضايى و حقوق فردى متهم نخواهد بود، مگر آن كه قانون‏گذار عادى و يا شوراى نگهبان، در تفسير اين اصل از كلمه «فتاوى معتبر» كه احتمالات زيادى در آن وجود دارد، معناى مشخصى را ارائه نمايد. امّا تا زمانى كه تفسيرى در اين مورد ارائه نشود، قاضى بر اساس اصل تفسير مضيق قوانين كيفرى موظف است به قدر متيقّن اكتفا نمايد.

#### پى‏نوشت:

1 ـ دانش آموخته كارشناسى ارشد رشته جزا و جرم‏شناسى دانشگاه مفيد.

2 ـ استاديار دانشكده حقوق دانشگاه شهيد بهشتى

3 ـ گلدوزيان، ايرج، حقوق جزاى عمومى ايران، ج 1، انتشارات دانشگاه تهران، چ سوم، بهمن 1369، ص 163.

4 ـ هاشمى، سيد محمد، حقوق اساسى جمهورى اسلامى ايران، مجتمع آموزش عالى قم، چ دوم، بهار 1375، صص 486-485.

5 ـ كاتوزيان، ناصر، مقدمه علم حقوق، شركت انتشار با همكارى بهنشر، تهران، چ سيزدهم، شهريور 1370، ص 234. و مهرپور، حسين، حقوق بشر در اسناد بين المللى و موضع جمهورى اسلامى ايران، انتشارات اطلاعات، تهران، چ اول، 1374، صص 89-88.

6 ـ حبيب‏زاده، محمد جعفر، «رژيم قانونى بودن حقوق كيفرى عامل مؤثر در رشد و توسعه»، مجله حقوقى دادگسترى، شماره 23، تابستان 77، ص 32.

7 ـ همان، ص 32.

8 ـ كلانترى، كيومرث، اصل قانونى بودن جرايم و مجازاتها، دانشگاه مازندران، بابلسر، چ اول، 1375، صص116-115.

9 ـ حبيب‏زاده، محمد جعفر، پيشين، ص 51.

10 ـ كاتوزيان، ناصر، فلسفه حقوق، ج 2، شركت سهامى انتشار، تهران، چاپ اول، 1377، ص 416.

11 ـ همان، صص 417-416.

12 ـ همان، ص 402.

13 ـ آخوندى، محمود، آيين دادرسى كيفرى، ج 2، انتشارات فرهنگ و ارشاد اسلامى، تهران، چ چهارم، زمستان 1374 ،ص 200.

14 ـ حبيب‏زاده، محمد جعفر، پيشين، ص 49.

15 ـ آخوندى، محمود، آيين دادرسى كيفرى، ج 1، پيشين، چ هفتم، تابستان 1375، ص 44.

16 ـ گلدوزيان، ايرج، پيشين، ج 1، ص 163.

17 ـ كاتوزيان، ناصر، مقدمه علم حقوق، پيشين، ص 234.

18 ـ حبيب‏زاده، محمد جعفر، پيشين، صص 52-51.

19 ـ انصارى، (شيخ) مرتضى، فرائد الاصول، ج 1، مؤسسة النشر الاسلامى، قم، (بى تا)، ص 387.

20-Wilson, Geoffrey, Cases and materials on the English legal system, Sweet & Maxwell, London, 1973, pp. 236-237.

21-"Void Vagueness"

22- Mason & Beaney, American constitutional law, Prentice\_ Hall inc., 3rd ed., New Jersey, 1964, pp.13-16.

23 ـ به اعتقاد بعضى از فقها كليت حكم مذكور در ماده مزبور، دليل فقهى معتبرى ندارد. (ر.ك. اردبيلى، ملااحمد، مجمع الفائدة و البرهان فى شرح ارشاد الاذهان، ج 13، مؤسسة النشر الاسلامى، چ اول، قم، 1416 ه.ق.، ص 176.

24 ـ ماده 638 قانون تعزيرات سال 75: «هركس علنا در انظار و اماكن عمومى و معابر تظاهر به عمل حرامى نمايد، علاوه بر كيفر عمل، به حبس از ده روز تا دو ماه محكوم مى‏گردد...»

25 ـ در رابطه با نظارت قضايى بر مصوبات قوه مقننه، ر.ك: كاتوزيان، ناصر، فلسفه حقوق، ج2، پيشين، صص79 و 160.

26-Seavey, Warren. A., Ballantine's Problems in law, West Publishing Co., Harvard University, 4th ed, 1957. P. 314.

27 ـ به نقل از كلانترى، كيومرث، پيشين، صص 121-120.

28 ـ وليدى، محمد صالح، حقوق جزاى عمومى، ج2، دفتر نشر داد، چ سوم، زمستان 1374، ص 119.

29 ـ استفانى، گاستون و ديگران (ترجمه حسن دادبان)، حقوق جزاى عمومى، ج 1، انتشارات دانشگاه علامه طباطبايى، تهران، چ اول، 1377، ص 155.

30 ـ همان، ص 164.

31 ـ همان، ص 154.

32 ـ همان، ص155.

33 ـ لرد كررن، ايران و مسأله ايران، ج 1، ص 454، به نقل از پاشا صالح، على، سرگذشت قانون (مباحثى از تاريخ حقوق)، انتشارات دانشگاه تهران، چ اول، تهران، بهمن 1348، ص 263.

34 ـ عوده، عبدالقادر، التشريع الجنايى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى، ج 1، دار احياء التراث العربى، بيروت، چ چهارم، 1985 م.، ص 159.

35 ـ كاتوزيان، ناصر، فلسفه حقوق، ج 2، پيشين، صص 402-401.

36 ـ استاتسكى، ويليام و ورنت، جان (ترجمه اكبر شيرازى)، «آشنايى مختصر با سيستم قضايى ايالات متحده آمريكا»، مجله كانون وكلا، شماره 5 (دوره جديد)، 1370، ص 293.

37 ـ داويد، رنه (ترجمه آقايان دكتر آشورى، صفايى و عراقى)، نظامهاى بزرگ حقوقى معاصر، مركز نشر دانشگاهى، تهران، چ سوم، 1375، ص 382.

38 ـ كاتوزيان، ناصر، حقوق انتقالى (تعارض قوانين در زمان)، نشر دادگستر، چ سوم، تهران، آبان 1375، ص 122.

39 ـ در مورد معناى ورود: مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، ج 1، پيشين، صص 198-197.

40 ـ صورت مشروح مذاكرات مجلس بررسى نهايى قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران، ج 3، اداره كل امور فرهنگى و روابط عمومى مجلس شوراى اسلامى، چ اول، آذر 1364، جلسه شصتم.

41 ـ نوربها، رضا، زمينه حقوق جزاى عمومى، نشر دادآفرين، تهران، چاپ سوم، تابستان 1378، ص 179.

42 ـ مهرپور، حسين، پيشين، صص 89-88.

43 ـ صورت مشروح مذاكرات مجلس بررسى نهايى قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران، ج 1، پيشين، ص 757.

44 ـ راهنماى صورت مشروح مذاكرات مجلس بررسى نهايى قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران، اداره كل امور فرهنگى و روابط عمومى مجلس شوراى اسلامى، تير ماه 1368، ص 257.

45 ـ صورت مشروح مذاكرات جلسات بازنگرى قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران، ج 2، اداره كل امور فرهنگى و روابط عمومى اداره تبليغات و انتشارات، چ دوم، تير ماه 1369، صص 937-936.

46 ـ مهرپور، حسين، پيشين، ص 89.

47 ـ برخى از حقوقدانان (گلدوزيان، ايرج، پيشين، ص 163) معتقدند كه ماده 29 قانون مزبور ضمن هماهنگى و انطباق كامل با ماده 289 قانون اصلاح موادى از قانون آيين دادرسى كيفرى مصوب سال 61 آن را نسخ نموده است.

امّا به نظر مى‏رسد بين اين دو ماده تفاوت اساسى وجود دارد؛ چون در ماده 289 كلمه فتاوى مشهور پوجود دارد كه با اصل 167 تطابق ندارد؛ لذا در ماده 29 گويا قانونگذار به اين نكته توجه نموده و به جاى آن از كلمه فتاوى معتبر استفاده نموده است. اساسا نسخ يك قانون زمانى معنا پيدا مى‏كند كه قانون ناسخ با قانون منسوخ لااقل اندك تفاوتى داشته باشد و معنا ندارد كه كسى معتقد به انطباق و هماهنگى كامل دو قانون باشد و در عين حال يكى از آن دو را ناسخ و ديگرى را منسوخ بداند.

48 ـ نوربها، رضا، پيشين، ص 179.

49 ـ اتابكى، لطف‏اللّه، «بحثى درباره اصل قانونى بودن جرم و مجازات و شعاع دلالت و حكومت آن»، فصلنامه حق، دادگسترى جمهورى اسلامى ايران، دفتر دوم، خردادـشهريور 1364، ص 165.

50 ـ نجفى، محمد حسن، جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام، ج40، دار احياء التراث العربى، چاپ هفتم، بيروت، 1981 م.، (كتاب القضاء)، ص 222. و عوده، عبدالقادر، پيشين ج 1، ص 208.

51 ـ خويى، سيد ابوالقاسم، مبانى تكملة المنهاج، ج 1، مطبعه علميه، قم، چاپ دوم، 1396 ه.ق.، صص 168-167.

52ـ گلپايگاني، سيد محمدرضا، در المنضود، ج 1، دار القرآن الكريم، قم، چ اول، 1412ق.، ص24 : «لا تجوز عقوبة احد بدون دليل شرعى و قبل ان يثبت موجبها شرعا سواء كانت هذه العقوبة مقدرة معينة التى تسمى بالحد أو غير مقدرة الموسومة بالتعزير ، فالعقوبة مع الشبهة غير جائرة مطلقا وان كانت بعنوان التعزير، والاصل عدم جوازها ما لم ترفع الشبهة بكاملها.»

53 ـ جبل عاملى، (شهيد ثانى) زين‏الدين، مسالك الافهام فى شرح شرايع الاسلام، ج 2، قم، انتشارات بصيرتى، (بى تا)، ص 483 و نجفى، محمد حسن، پيشين ج 41، ص 223.

54 ـ عاملى، محمد بن الحسن، تفصيل وسائل الشيعه الى تحصيل مسائل الشريعة، ج 27، مؤسسة آل البيت (ع) لاحياء التراث، قم، چ اول، 1412 ه.ق.، (كتاب القضاء)، باب 12 من ابواب صفات القاضى (حديث 12،13، 23،57)، ص 158، 159، 161، 171.

55 ـ همان، ص 159، حديث 18.

56 ـ نوربها، رضا، پيشين، ص 178.

57 ـ صورت مشروح مذاكرات مجلس بررسى نهايى قانون اساسى جمهورى اسلامى ايران، پيشين، صص 758-756.