



# بررسی حقوقی اصل ۱۶۷ قانون اساسی در راستای عدم استنکاف قاضی از صدور رای

(تاریخ دریافت ۱۳۹۶/۱۲/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۷/۰۴/۱۵)

وحید خسروی

## چکیده

وضعیت صدور احکام کیفری در نظام جزایی ما، بویژه با عنایت به اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی از مسائلی است که صحنه تاخت و تاز عقاید مختلف و نظرات محققین و منتقدین شده است. ابهامات موجود، نارسا و مبهم بودن اصل، درک واقعی منظور مقنن را دچار مشکل ساخته و دادگاههای صالحه را در سرگردانی فرو برده و همین رویه باعث صدور آراء متناقضی و مختلف گردیده که با هیچ یک از موازین منطقی قضایی همخوانی ندارد و فصل ختام این اختلاف‌ها چیزی جز توجه دیگر بار مقنن به اصل فوق نخواهد بود. در این مقاله مختصر سعی شده تا با بررسی عواملی که می‌تواند قضاوت ما را در مورد اصل ۱۶۷ قانون اساسی روشن کند، نگاه واقع بینانه‌تری نسبت به آن در ما ایجاد و راه را در صورت لزوم برای اصلاح یا تغییر آن هموار نماید.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

واژگان کلیدی: خودداری از صدور رای، دادرس، صدور حکم



## بخش اول : تأملی بر اصل ۱۶۷ و قلمرو شمول آن در صدور احکام

### بند اول : تحلیل اصل و مراحل پژوهش حکم

از تحلیل اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی دو مرحله گوناگون در مقام تمیز حق استنباط می‌شود که هر کدام قاعده ویژه خود را دارد .

- ۱- فرضی که در قوانین حکم خاصی برای تمیز حق و رفع خصومت وجود دارد .
- ۲- فرضی که قانون حکمی ندارد و دادرس ناچار است به قاعده دیگری در تمیز حق رجوع کند.

در مرحله نخست دادرس باید بکوشد تا قاعده حاکم بر دعوی را در میان قوانین بیابد و تا زمانی که قانون هست نمی‌تواند از آن بی‌اعتنا بگذرد و به منبع دیگری استناد کند ، بنابراین اگر دادرس متن حکمی را برای تمیز حق در قوانین بیابد باید آن را بکار بندد و رای را مستند به آن کند ، در این فرض رجوع به فقه ضروری نمی‌باشد . اما به منظور پی بردن به منظور قانونگذار و پیشینه حکم قانونی بی‌گمان مفید است ولی نباید از آن حربه‌ای برای مبارزه با قانون ساخت .

ذکر این نکته ضروری است که تقدم قانون منحصر به مواردی نیست که حکم در منطق آن آمده باشد مفهوم قانون نیز از همان اعتبار برخوردار است و مانع از امکان رجوع به فقه می‌شود چه مفهوم مخالف و چه مفهوم موافق .

مرحله دوم از زمانی آغاز می‌شود که قانونی در دسترس او نباشد و عدالت معطل بماند ، آن گاه است که پس از جستجوی لازم و ناامیدی از یافتن حکم در قانون باید حقوق اسلامی را به عنوان متمم قانون بیابد و بکار بندد.

ترتیب میان قانون وقواعد اسلامی به معنی ترجیح نظم دولتی بر اسلامی نیست ، این توهّم را اصل ۴ قانون اساسی از بین می‌برد ، ترتیب ناشی از این قوانین جمهوری اسلامی ایران نیز براساس موازین اسلامی وضع شده ، استنباط قوه قانونگذاری از روح اسلام و آمیزه آن با مصالح ملی و عمومی است . پس طبیعی است که این استنباط بر آن چه قاضی در پی یافتن آن است ترجیح دهد .



## بند دوم: بررسی واژه « دعوی » مصرح در اصل یکصد و شصت و هفتم قانون

### اساسی

اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی قضات را موظف نموده است کوشش کنند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابند و....

عمومیت و گستردگی واژه « دعوی » و عدم تصریح آن به مورد خاصی از سوی مقنن، باعث شده که پاره‌ای از حقوقدانان عبارت فوق را هم بر امور کیفری و هم بر امور مدنی حمل نمایند براساس همین دیدگاه است که بعضی‌ها معتقدند اصل ۱۶۷ قانون اساسی در واقع پذیرش اصل قانونی بودن جرایم مجازات‌ها را در سیستم قضایی ایران رد کرده است، یعنی این که با تصویب این اصل جرایم و مجازات‌ها تابع وضع قانون نیستند و واژه دعوی را هم شامل دعاوی کیفری و هم دعاوی مدنی می‌دانند.

اما دقت در مفهوم اصل فوق و توجه به اصول و مقررات حاکم در سیستم قضایی و عنایت به این موضوع که اگر منظور قانونگذار از عبارت « دعوی » هم دعوی مدنی و هم کیفری بود پس چرا مجلس شورای اسلامی، ماده ۲۱۴ قانون آئین دادرسی کیفری را تصویب کرده است. آیا با وجود اصل ۱۶۷ قانون اساسی که به زعم قانونگذار در خصوص امور جزایی و هم قابل تسری بود (با توجه به عدم تصریح اصل به مورد خاصی) نیاز به تصویب و تقنین ماده جزایی فوق بود؟ آیا غیر از این می‌باشد که به اعتقاد قانونگذار مجلس شورای اسلامی اصل ۱۶۷ فقط در خصوص امور حقوقی بوده و برای جبران قصور قانون اساسی ماده ۲۱۴ را وضع کرده است؟ مستفاد می‌گردد که منظور قانونگذار از « دعوی » مندرج در اصل ۱۶۷، دعوی مدنی است زیرا گذشته از سکوت قانون اصل ۱۶۹ قانون اساسی نیز قاضی را در رسیدگی‌های جزایی از مراجعه به سایر منابع (منابع فقهی و فتاوی معتبر) ممنوع می‌کند و قرابت اصول ۱۶۷ و ۱۶۹ مبین این داده است که منظور قانونگذار از دعوی مندرج در اصل ۱۶۷ دعوی مدنی است نه جزایی.

از سوی دیگر پذیرا باشیم که اصل ۱۶۷ قانون اساسی در امور کیفری هم کاربرد دارد و واژه دعوی را حمل بر امور کیفری نیز بدانیم، بناچار باید بپذیریم که اصولی چند از قانون اساسی با



این اصل مغایرت دارد. آیا چنین تعارضی در اصول قانون اساسی و چنین مسامحه‌ای از سوی مقنن در تدوین اصول قانون اساسی قابل پذیرش می‌باشد؟

در صورت وجود چنین تعارضی کدام اصول باید ملغی شود اصل ۱۶۷ قانون اساسی یا اصول ۲۲، ۲۵، ۳۲، ۳۶، ۳۷، ۱۵۹، ۱۶۹ قانون اساسی؟ برای گریز از چنین تعارضی چاره‌ای نیست جز این که بپذیریم اصل ۱۶۷ قانون اساسی در موارد کیفری کاربرد ندارد در غیر این صورت باید پذیرا باشیم که بین اصول قانون اساسی تعارضی وجود دارد که قابل جمع نیست و این ناپذیرفتنی است.

### **بند سوم: شمول اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی در دعاوی مدنی با ناملی بر ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی**

در امور مدنی از آن جا که اراده دو طرف قرارداد به هر نحو که توافق نمایند به شرطی که توافق مزبور خلاف شرع و خلاف قانون نباشد، بین آنها معتبر و لازم الاجرا است و از آن جا که قانونگذار نمی‌تواند تمام این اشکال را در قانون احصاء کند و در عین حال فصل خصومت نیز وظیفه قوه قضائیه است در نتیجه لازم است که در موارد نقضی یا ابهام یا تناقضی قاضی با عنایت به مبانی و ریشه‌های اصل مواد قانونی به موضوع رسیدگی کند. این ضرورت اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی به صدور حکم به هر نحو ممکن، منحصرأ در دعاوی مدنی است و نسبت به رسیدگی‌های جزایی نه تنها این امر تجویز نشده است بلکه اگر مقنن در موردی سکوت کرده باشد، محکوم ساختن مرتکب ممنوع است. از طرفی با عنایت به این که اصول ۳۶، ۳۷، ۱۵۹ و ۱۶۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بدون هیچگونه مخالفتی در مجلس به تصویب رسیده روشن می‌شود که اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها مورد توجه قانونگذار قانون اساسی بوده است و با این فرض باید بپذیریم که نظر مجلس محترم در خصوص اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی در امور حقوقی است نه کیفری، زیرا چنانچه بپذیریم اصل ۱۶۷ در موارد جزایی هم کاربرد دارد مجبور به قبول تناقضی در اصل قانون اساسی خواهیم بود که در شیوه قانونگذاری قابل توجیه نمی‌باشد. در این جا لازم است با



ذکر ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، آن را در مطابقت با اصل ۱۶۷ قانون اساسی بررسی نماییم .

ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی مقرر می‌دارد: « قضاوت دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده ، حکم مقتضی صادر و یا فعل خصومت نمایند در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا تعارضی باشند یا اصولاً 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 نقض یا اجمال یا تعارضی قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزند والا مستتکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد .» با مقایسه اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی این موضوع روشن می‌شود که در واقع قانونگذار قانون اساسی قصد داشته اصلی مشابه ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی در قانون اساسی بیاورد. (البته ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ مدنظر است که اصلاح شده آن در قسمت قبلی آورده شده است ) ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی ،پیش از قانون اساسی جمهوری اسلامی تنها قاعده تفسیر و تکمیل قانون بوده و قاضی مامور اجرای « متن و روح مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادات مسلم » است . و در ایجاد قاعده حاکم نقشی ندارد . اصل ۱۶۷ قانون اساسی محیط دادرسی را تنگ‌تر می‌کند و قاضی را مکلف کرده تا در صورتی که قانون حاکم بر دعوی را نیابد ، منابع فقهی و فتاوی معتبر را به عنوان متمم قانون بکار برد . اصولاً در حقوق ما از لحاظ نظری ، هیچ‌گاه به قاضی اختیار وضع قاعده ،حتی در رابطه دو طرف دعوا داده نشده است، او استنباط کننده و جستجوگر است و باید حقوق را بیاید و اجرا کند.

### بند چهارم : تاملی بر سابقه موضوع در قوانین جزایی سابق

پس از چندی که از تصویب قانون اساسی سپری شد ، قانونگذار با تصویب ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱/۶/۶ در واقع اصل ۱۶۶ و ۱۶۷ را با یکدیگر ترکیب و بعد کیفری به آن بخشید ، عبارت ماده چنین بود: « احکام دادگاه‌های کیفری باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که براساس آن حکم



صادره شده است ، دادگاه‌ها مکلفند حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابند و اگر قانونی نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی مشهور و معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه‌ها نمی توانند به بهانه سکوت یا نقضی یا اجمال یا تعارضی قوانین مدونه از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند.» متعاقباً در سال ۱۳۶۷ قانونگذار با تصویب ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو ، ضمن بیان ماده فوق ، تبصره‌ای ذیل ماده مذکور اضافه نمود . مفاد تبصره چنین است: « در صورتی که قاضی مجتهد جامع الشرایط باشد و فتوای فقهی او مخالفت قانون مدون باشد پرونده جهت رسیدگی به قاضی دیگری محول می شود » البته باید به این نکته بیان شود که اگر چه مواد جزایی فوق منسوخ می‌باشد ولی از نظر این که بیانگر دیدگاه قانونگذار می‌باشد جای بررسی را می طلبد . این مواد جزایی قضات را مکلف کرده بود که در هر حال حکم قضیه را صادر نمایند و اگر در قوانین مدونه حکم قضیه نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی مشهور و معتبر ، مبادرت به صدور حکم نمایند. در این مواد قانونی عبارت « منابع معتبر اسلامی » در قانون اساسی به منابع فقهی معتبر در مواد ۲۸۹ و ۲۹ تغییر یافته بود که شاید قانونگذار هدف و نظر خاصی در این مورد داشت ، با این وجود شایسته می‌نمود قانونگذار با تقنین ماده یا تبصره‌ای جداگانه منظور از منابع معتبر اسلامی مقرر در قانون اسلامی را روشن می ساخت نه آن که در قانون عادی عبارت قانون اساسی را دگرگون می نمود . پس از تصویب اصل ۱۶۷ قانون اساسی ، قانونگذار در مواد ۲۸۹ و ۲۹ مسبق الذکر در مفهوم عبارت « فتاوی معتبر » دچار نوعی تزلزل شده بود ، زیرا در ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آئین دادرسی کیفری ، فتاوی معتبر و مشهور را مترادف یکدیگر قرار داده و به این ترتیب ابهامی که در فتاوی معتبر وجود داشت برطرف گردید به این معنا که چون کلمه فتاوی معتبر عام می باشد و محدوده وسیعی دارد قانونگذار با آوردن کلمه « مشهور » فتاوی معتبر را محصور در فتاوی مشهور نموده است که در کتب فقهی دقیقاً مشخص می‌باشد، اما در ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو مقنن با عدول از نظریه سابق خود مجدداً عبارت « فتاوی معتبر » را پذیرفت و با حذف واژه « مشهور » مفهوم عام فتاوی معتبر را مجدداً احیا نمود . آن چه به عنوان منابع فقهی در ماده ۲۹ از آن یاد شده بود با فرض



مجتهد بودن قاضی می‌باشد، در حالیکه می‌دانیم غالب قضات فعلی، قضات مأذون می‌باشند، بنابراین عملاً استفاده از منابع فقهی مصرع در ماده ۲۹ بخصوصی در امور جزایی، غیر ممکن بود.

تصویب مواد جزایی فوق جای هیچگونه شک و شبهه‌ای را باقی نگذاشته بود که مقنن در زمان حاکمیت قوانین سابق نیز چندان به اصول کیفری پای بند نبوده است. مگر نه این است که بین مواد ۲ و ۶ قانون راجع به مجازات اسلامی و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو تعارضی وجود داشته که قابل جمع نمی‌باشد؟

مگر نه این است که مواد ۲ و ۶ قانون راجع به مجازات اسلامی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها موافق و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو با اصل فوق مخالف می‌باشد؟ پس چرا شورای محترم نگهبان با سکوت خود چنین مواد متعارضی را موافق با قانون اساسی دانسته بود.

## بخش دوم: بررسی نظریات مخالفین و موافقین اعمال اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی در صدور احکام کیفری

در ارتباط با اعمال اصل ۱۶۷ قانون اساسی در امور کیفری و به عبارتی صدور حکم کیفری به استناد منابع فقهی و فتاوی معتبر، نظریات متعددی از سوی حقوقدانان و فقها بیان شده است که در این فراز به بررسی آن نظریات می‌پردازیم.

### بند اول: نظریات مخالفین

در این رابطه، گروهی با استناد به اصل ۳۶ قانون اساسی حکم به مجازات و اجرای آن را فقط بموجب قانون می‌دانند و همچنین با استناد به اصل ۱۶۶ همین قانون، احکام دادگاه‌ها را وقتی قابل اجرا می‌دانند که مستدل و مستند به مواد قانونی باشد. منظور از قانون نیز روشن است، قانون یعنی مصوبه مجلس شورای اسلامی، یعنی قاضی فقط می‌تواند با استناد به قانون، رای صادر کند نه منابع فقهی یا فتاوی معتبر - آیا می‌شود گفت که در صورت سکوت قانون، منابع فقهی یا فتاوی معتبر حکم قانون رادارند؟ پاسخ این عده به چنین پرسشی منفی است و استدلال می‌کنند که در غیر چنین چیزی علاوه بر این که از لحاظ علمی مواجه با اشکال



خواهد شد با تعریف قانون نیز هماهنگی ندارد. استدلال دیگر این عده چنین است که وقتی در صورت سکوت قانون جزایی به قاضی تکلیف مینماییم که جهت صدور حکم به منابع یا فتاوی معتبر رجوع کند در واقع به دو اختیار قانونگذاری داده‌ایم، یعنی در واقع این شخص قاضی است که عملی را جرم می‌داند نه قانون. و در این مقام، قاضی در نقش مقنن می‌باشد نه دادرسی که صرفاً باید نظر قانونگذار را اعمال نماید با این وجود آیا در صورت سکوت قانون می‌توان به قاضی اختیار وضع قانون داد؟ این عمل با اصول ۵۷ و ۸۵ قانون اساسی و اصل تفکیک قوا تعارض دارد. بر فرض این که بپذیریم قاضی بتواند در صورت سکوت قانون وضع قانون نماید و حکم مورد را از منابع یا فتاوی بیابد، کیست که تطبیق مورد یافته شده را با شرع بسنجد؟ مگر نه این است که اختیار سنجش انطباق قانون با شرع شورای نگهبان است و ملاک نیز نظر شورا می‌باشد، در این صورت چگونه می‌توان قاضی را موظف نمود که براساس منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر حکم صادر نمایند؟ آیا شخص قاضی می‌تواند مرجع تشخیص شرعی بودن یا نبودن نظر خود در مورد فعل یا ترک فعل انجام شده باشد؟ پاسخ این پرسش با توجه به اصول قانون اساسی و جایگاه شورای نگهبان منفی می‌باشد. از طرفی در دادرسیهای کیفری اصل براءت متهم حکومت می‌کند و در صورت فقدان نص یا اجمال و ابهام باید متهم تبرئه شود، سکوت قانون تعارض و تراحم قانونین باید به نفع متهم مورد تفسیر قرار گیرد و در جرم دانستن اعمال ارتكابی استناد به منابعی غیر از قانون باید ممنوع شناخته شود. آقای دکتر ناصر کاتوزیان در این زمینه معتقدند که: « اصل ۱۶۷ قانون اساسی ناظر بر امور مدنی است نه کیفری زیرا امکان استناد به ( منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر) با اصل ۳۶ قانون اساسی تعارض دارد، پس جمع دو اصل بدین گونه است که حکم عام ۱۶۷ در اثر حکم خاص اصل ۳۶ در امور کیفری، مخصوص به مواردی می‌شود که دادگاه حکم به مجازات نمی‌دهد.»

آقای دکتر آخوندی نیز با مطابقت اصل فوق با مادتين مشابه با اصول مسلم کیفری و تعارض آنها بیان می‌دارند که: « دستور مادتين مذکور مربوط به حقوق جزای شکلی است و ارتباطی با حقوق جزای ماهوی ندارد، نتیجه این که در جرم دانستن اعمال ارتكابی و مجازات آنها تنها مقررات اصل ۳۶ قانون اساسی و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی حکومت می‌کند.» در سیستم





قضایی نیز دادرسانی که تربیت حقوقی و دانشگاهی دارند و آموخته اند که احترام به قانون والاترین ارزشهاست و باید متن و روح قانون معیار تمیز حق باشد و دریافتن حکم دعوی از مجموعه های قوانین، مهارت بیشتر دارند و ترجیح می دهند که از معیار مشخصی قانون برای تمیز حق استفاده کنند، در نتیجه می کوشند که به هر تمهید، حکمی را به قانون نسبت دهند و خود را گرفتار دغدغه های تمیز فتاوی معتبر و آثار قابل گفتگوی آن ن سازند.

### بند دوم: نظریات موافقین

درمقابل گروه فوق که با دلایل خود اعمال اصل و استناد به منابع معتبر فقهی و فتاوی معتبر را در امور جزایی رد می کنند، گروهی همچون روحانیون و دادرسانی که تربیت فقهی و حوزه ای دارند مایل اند از این امتیاز استفاده کنند بدلیل این که برای این گروه از دادرسان استخراج حکم از کتب فقهی آسان تر از دیگر دادرسان است که صرفاً تربیت دانشگاهی دارند و جست و جو در مجموعه قوانین را ترجیح می دهند به کنکاش در کتب فقهی برای یافتن حکم قضیه مورد نظر. جمعی هم راه اعتدال پیش گرفته اند و قانون را در سایه فقه اجرا می کند و می کوشند که در هر دو اجتهاد کنند راهی برای جمع آن دو بیابند، بنظر می رسد که غلبه با این گروه باشد و در آینده نیز دو گروه افراطی ناچار شوند از موضع خود دست بکشند و به این روش متعادل روی بیاورند. موافقین اعمال اصل فوق در موارد کیفری، استدلال می کنند که اصل فوق با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها معارض نمی باشد. اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها با تصویب اصل فوق دچار خدشه نشده، اگر بخواهیم با تلفیق اصل فوق با اصل قانونی بودن، این دو اصل را در وضعیت جدید خود تبیین کنیم باید بگوییم: «هر فعل یا ترک فعلی که مطابق قانون یا منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر قابل مجازات یا اقدامات تامینی و تربیتی باشد جرم است» به این مضمون که هیچ امری را نمی توان جرم دانست مگر آن که به موجب قانون یا منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر برای آن مجازات یا اقدامات تامینی و تربیتی تعیین شده باشد. بدین ترتیب چنان چه عمل ارتكابی در قوانین جزایی یا منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر دارای مجازات نباشد اتهامی متوجه مرتکب نبوده و یا رجوع به اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها نمی توان عمل را جرم دانست. در مجموع، همچنان باب تعارضی در اعمال



اصل ۱۶۷ قانون اساسی در صدور احکام کیفری و استناد به منابع فقهی و فتاوی معتبر باز بوده و ادامه دارد و راه حل معقولی نیز جهت رفع تعارض وجود ندارد و مقنن نیز ملاک و معیار مشخصی ارائه نداده است، دقت در رویه قضائی موید این مطلب است که رویه قضایی هم یک راه معقول و معتدل را نشان نمی دهد و دارای اشکال بوده است، و این شیوه در واقع اجرای عدالت که در هر عصر وزمانی قوانین و سیستم های حکومتی داعیه وجود آن و اعتلای آن را در سر می پروراند به مخاطره می اندازد، زیرا اجرای عدالت منوط به وجود قواعد و قوانین صریح و روشن و فاقد تعارض و تفاسیر متعدد می باشد، قانونگذار باید صریح و قاطعانه تصمیم بگیرد، نه این که در قانون اساسی که در واقع منشاء سایر قوانین و مقررات داخلی می باشد دچار تعارضی و ابهام باشد. در نهایت جهت حسن جریان دادرسیهای کیفری، تضمین حقوق فردی و اجرای عدالت، جا دارد قانونگذار با تصویب تبصره ای یا ماده واحده ای حدود اعمال اصل فوق را بیان نماید و در واقع به تفسیر اصل فوق پردازد تا ابهامات موجود برطرف شود.

### **بند سوم: نگاهی به مشروح مذاکرات مجلس در مورد طرح و تصویب اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی**

مراجعه به مشروح مذاکرات مجلس در بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، روشنگر آن است که مفاد اصل مزبور به خصوص با نگرش کیفری، به شایستگی مورد بررسی قانونگذار قرار نگرفته و با وجود ابهامات فراوان اصل مزبور در نهایت به تصویب می رسد. تصور می شود که مذاکرات مجلس خبرگان در بررسی نهایی قانون اساسی در تفسیر اصل ۱۶۷ راهگشاست، متأسفانه مذاکراتی که در جلسه خبرگان در خصوص این اصل صورت پذیرفت، تصویر روشنی از آن بدست نمی دهد و معلوم نیست که چگونه اصل به این مهمی به طور گذرا مطرح و سپس به تصویب رسیده است. مناسب است در این قسمت بحث مشروح مذاکرات اصل ۱۶۷ مطرح، تا با تاملی عمیق تر به قضاوت پردازیم. نائب رئیس، دوستان اجازه بفرمائید، ما دو تا اصل داشتیم به شماره ۱۵ و ۱۶ در طرح پیشنهادی با این شماره ها البته اگر تنظیم می شود در ردیف اصل های ۱۵۳ و ۱۵۴ قرار می گرفت این دواصل این بود که:»



قاضی موظف است نهایت کوشش را در یافتن حکم هر دعوی از قوانین و منابع معتبر حقوق اسلامی بنمایند و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقضی و یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی و صدور حکم امتناع ورزد.»

و بعد در اصل بعدی داشتیم: «در مواردی که قاضی نتواند حکم دعاوی را در قوانین موضوعه اسلامی بیابد با استناد منابع معتبر و قواعد اسلامی حکم قضیه را صادر نماید.» قرار شد که این دو اصل ترکیب شود و بدین صورت درآید: «قضای موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین موضوعه بیابد و اگر نیافت با استناد به منابع معتبر اسلامی حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت، یا نقضی یا اجمال، یا تعارضی قوانین از رسیدگی و صدور حکم امتناع ورزد.» اینکه معلوم است آقا (عده ای از نمایندگان - آقای دکتر بهشتی، این اصل را به رای بگذارید)

ربانی شیرازی - آقای دکتر بهشتی در آن جایی که باید مراجعه به منابع بکند «مراجع» را هم زیاد بکنید، مراجع تحقق اگر پیدا نکرد به مراجع تقلید مراجعه بکنید.  
نائب رئیس - پس اگر در این زمینه بحثی نیست اجازه بفرمائید رای بگذاریم.

دکتر غفوری - همان طوری که شما و سایر دوستان مسبقاً هستید حدود شصت و سه نفر از قضات کشور یک برنامه بسیار مفصلی نوشته اند که خلاصه آن دو مطلب است یکی این که یک مقدارش مربوط به شورای عالی قضایی بود که آن از تصویب گذشت، حالا به آن قسمت اشاره نمی کنیم، دیگر این که دوتا اصل خیلی اساسی در مسئله قضا هست که قانونی بودن جرم و مجازات، به اصطلاح همان «قبح عقاب؟؟ بیان» خودمان و شخصی بودن آن، این را گفتند که از اساس به اصطلاح جزء قانونی اساسی بایستی باشد و بعضی ها درباره این نظر دارند که لزومی ندارد، این ها را که مطرح می فرمائید این ها در قانون های دادرسی مدنی و در قانون کیفری مطرح است در این صورت این ها زیاد اهمیت ندارد که در قانون اساسی نباشد و این یک توصیه ای است که درباره آن کوشش کند و عمل کند. همانطوریکه گفتیم توصیه می کنم که دوستان باز روی این مسائل، قانونی بودن مجازات و جنحه و امثال آن فکر کنند و روی مسائلی که امروز نرسیدیم صحبت کنیم بحث و گفتگو کنند. لطفاً روی این فکر کنند و تبادل نظر کنند و بعداً مطرح بشود.



نائب رئیس - آقای دکتر غفوری بسیار متشکریم - خوب آقایان اجازه بفرمائید من این اصل را برای رای گیری می خوانم . اخذ رای به عمل آمد و نتیجه آن به شرح زیر اعلام گردید :  
چهل و نه رای موافق چهار رای مخالف و هشت رای ممتنع در نتیجه اصل یکصد و شصت و هفت به تصویب رسید .

قانونگذار در این اصل اهتمام داشته است که محاکم در صورت مواجهه با دعاوی و شکایات ، بهر شکل ممکنی رای مقتضی را صادر و فصل خصومت نمایند ، از این رو قاضی موظف شده نخست به قوانین مدونه و سپس در صورت فقدان به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر استناد جسته و حکم لازم را صادر نماید .

اگر چه حساسیت و دقت قانونگذار نسبت به فصل خصومت و الزام به صدور حکم از ناحیه محاکم امری پسندیده است . اما وسعت بهره گیری از منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر در صدور احکام ، آن هم بدون حد و حصر مشخصی بویژه در مسایل و موضوعات کیفری ، موضوعی است که به نظر می رسد در تقنین اصل مزبور با ایراد همراه بوده زیرا با وجود این که اشکال فوق از ناحیه یکی از نمایندگان مطرح شد ولی هیچ بحث تحلیلی روی آن صورت نگرفت و موضوع مسکوت گذاشته شد ، در حالیکه قواعد و اصول مسلم کیفری موید این نکته است که استنباط و اجتهاد از منابع معتبر اسلامی که مشخصه جدید است یا قاعده قبح عقاب بلا بیان که یک اصل مسلم در مسائل کیفری است ، تناقض پیدا می نماید .

### نتیجه گیری

دقت و امعان نظر قانونگذار در اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی در رسیدگی به دعاوی و الزام قضات به فصل خصومت و صدور رای ، امری پسندیده و قابل ستایش می باشد ، اما وسعت بهره گیری از مصادری چون منابع فقهی و فتاوی معتبر در صدور احکام آن هم بدون حد و حصر مشخصی تا حدودی جایگاه اصلی اصل فوق را در صدور احکام کیفری تحت الشعاع قرار داده است ، اصل جایز نبودن امتناع از رسیدگی به دعاوی و احقاق حق ، در صورتی در امور کیفری تجلی می یابد که مقنن قضات محاکم را ملزم به رسیدگی به دعاوی بر اساس معیار قانونی مشخص نماید و قاضی نیز بر اساس نصوص منجز و صریح رسیدگی نماید. نه این که دامنه این اصل به منابعی چون منابع فقهی و فتاوی معتبر گسترش یافته و در



واقع در مقام اجرای اصل فوق ، اصول کیفری دیگری چون اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها اصل برائت و اصل تفکیک قوا ، دچار خدشه و تزلزل گردد . اختیاری که اصل یکصد و شصت و هفتم قانونی اساسی به قضات داده است ، نتیجه اش این است که قاضی در غالب موارد می تواند به هر نظری که متمایل باشد مستندی برای گفته خود بیابد ، حسن این اختیار گسترده در امکان دستیابی به عدالت ملموس قضایی است ولی عیب مهم آن در بر هم زدن نظم حقوقی است . چنین اختیار گسترده ای ، عدم وحدت رویه قضایی ، تفاوت فاحش در احکام صادره و تعارض و تشتت آراء را در پی خواهد داشت . در دعاوی کیفری همین که دادرس نتواند برای عمل ارتكابی مجازاتی در قوانین بیابد باید حکم به برائت متهم صادر کند ، هر چند آن عمل را از نظر اخلاقی زشت و شایسته کیفر بداند . این کار استنکاف از حقگذاری نیست ، لازمه ی اجرای اصل برائت و نتیجه احتراز ناپذیر اصل قانونی بودن مجازات ها است ، و چنان چه استنباطات فقهی جدیدی وجود دارد یا فتوای معتبری از ناحیه ولی فقیه صادر شده در قالب قانون ظاهر شود ، ضمن این که در اصل فوق قانونگذار مشخص ننموده که در صورت عدم دستیابی به منابع فقهی یا فقدان فتاوی معتبر ، تکلیف حاکم چیست ؟ آیا باید تبرئه نمایند یا در هر صورت حکمی برای موضوع بیابند . البته از آن جائیکه در کشور ما ، بخش زیادی از حقوق موضوعه کیفری مبتنی بر فقه اسلام می باشد و بالطبع شیوه های دادرسی در محاکم و مراجع قضایی نیز کم و بیش در حول این مکتب دور می زند ، ضرورت دارد که قضات و دادرسان نیز که در جریان کار خود با شیوه های دادرسی روبرو هستند از قضاء و آداب آن در اسلام اطلاعات کافی داشته باشند تا در صدور احکام مبتنی بر شرح مقدس اسلام دچار مشکل نگردند . در نهایت جا دارد مقنن جهت حسن جریان دادرسیهای کیفری ، اجرای عدالت ، تضمین حقوق فردی و جلوگیری از تعارض و تشتت آراء در محاکم ، با تصویب تبصره ای یا ماده واحده ای حدود اعمال اصل مزبور را دقیقاً مشخص نماید و به ابهامات موجود پاسخ مناسب داده تا دستگاه عدالت نیز بتواند در این راستا تبهکاران را به کیفر رسانده و بیگناهان را از تعقیب و مجازات برهاند .



## منابع و ماخذ

- ۱- آخوندی، دکتر محمود، آئین دادرسی کیفری، جلد اول، در کلیات و دعاوی ناشی از جرم، تهران، چاپ پنجم، ۱۳۷۲
- ۲- آخوندی، دکتر محمود، تقریرات درس تاریخ تحولات حقوق کیفری، کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی، ۱۳۸۷
- ۳- کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمه علم حقوق.
- ۴- کلانتری، کیومرث، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، دانشگاه مازندران، بابلسر، چاپ اول، ۱۳۷۵
- ۵- مشروح مذاکرات مجلس شورای اسلامی، بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد ۲، مجلس شورای اسلامی ۱۳۶۴، ص ۱۶۵۰

