



انجمن علمی فقه‌بزرای تطبیقی ایران



مجلس فقه‌بزرای تطبیقی

Volume 1, Issue 5, 2022

Jurisprudential and Legal Examination of the Judge's Efforts in Issuing Criminal Sentences Based on Article 167 of the Iranian Constitution

Soleiman Dehghani¹, Seyed Mohammad Reza Emam^{*2}, Seyed Ali Pourmanuchehri³

1. Ph.D Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
2. Associate Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology, University of Tehran, Tehran, Iran. (Corresponding Author)
3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Central Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Type of Article:

Original Research

Pages: 1-11

Corresponding Author's Info

ORCID: 0000-0003-0478-970X

TELL: +989121301048

Email: mremam@ut.ac.ir

Article history:

Received: 18 Feb 2022

Revised: 03 Mar 2022

Accepted: 13 Mar 2022

Published online: 19 Mar 2022

Keywords:

Article 167 of the Constitution, Judge, Judicial Sentence, Fatwa.

ABSTRACT

The relation between legal principles with Islamic Sharia is emphasized in the vast majority of constitutional principles, especially in Article 167. The purpose of this article is to examine the judge's effort in issuing a verdict based on Article 167 of the Constitution. This article is descriptive and analytical. The data is also qualitative and data collection has been used. The findings indicate that the legislator in this Principle intended to block the possible and legal loopholes of not issuing a sentence on various excuses, including the lack of a legal provision corresponding to the subject of the case or the non-compliance of the proposed case with the approved laws. The judge's effort in issuing a sentence by relying on Article 167 of the Constitution is in conflict with some other principles of the Constitution, juridical and legal rules such as the legality of crime and punishment as well as some legal articles of the Islamic Penal Code. It is necessary for the ordinary legislator to explain and define Fatwa and valid jurisprudential sources. It is obvious that the judges are to determine this matter. They should refer to jurisprudential consensuses and in non-consensuses cases, they can choose a strong jurisprudential opinion by considering different Fatwas.



This is an open access article under the CC BY license.

© 2022 The Authors.

How to Cite This Article: Dehghani, S; Emam, SMR & Pourmanuchehri, SA (2022). "Jurisprudential and Legal Examination of the Judge's Efforts in Issuing Criminal Sentences Based on Article 167 of the Iranian Constitution" . *Journal of Comparative Criminal Jurisprudence*, 1(5): 1-11.

مقدمه

مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، «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». یکی از مهم‌ترین مسائل در نظام قضایی شفافیت جرایم و مجازات‌ها است، که متأسفانه به این مهم در این اصل توجهی نشده است. قانون‌گذار عادی باید مصادیق این دو عنوان را مشخص می‌کرد چراکه هریک از این عناوین دربرگیرنده انواع و اقسام موضوعات مشابه هم هستند که بسیار دایره صدور حکم را توسعه بخشیده است. به‌عنوان مثال در «مسأله جواز یا ممنوعیت پیوند عضو قصاص‌شده توسط جانی در مقررات کیفری تصریح نشده است؛ از این رو در صورت اختلاف جانی و مجنی‌علیه در این زمینه، دادگاه مکلف است وفق منابع فقهی تعیین تکلیف کند. لذا استناد به منابع فقهی در این موارد راهگشا است. گاه در برخی از مقررات کیفری موضوعاتی بیان شده که تشخیص آنها در گروهی مراجعه به منابع فقهی است». تشخیص مفاهیمی چون کافر ذمی (خمینی، ۱۴۲۵: ۴۷۲/۲)، مستأمن (طوسی، ۱۳۸۷: ۴۲/۲) و معاهد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۴۵/۱) و تعزیر منصوص شرعی (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۸۹/۲۰) در زمره چنین مواردی هستند. مجازات ارتداد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۹۲: ۱۴۶/۵)، ادعای نبوت و سحر (خمینی، ۱۴۲۵: ۵۱۰/۲)، حضور در مجالس لهو و لعب،^۱ مستحل محرّمات (هاشمی شاهرودی، ۱۳۹۲: ۱۴۶/۵)، قطاع الطریق (خمینی، ۱۴۲۵: ۲۶/۲)، لص (نجفی، ۱۳۶۲: ۵۸۵/۴۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۹: ۹۶۰/۴)، خنّاق و نبّاش، کیفر سرقت در موارد گذشت شاکی (زراعت، ۱۳۹۴: ۲۴۹/۲)، خرید و فروش انسان آزاد (نجفی، ۱۳۶۲: ۵۱۰/۴۱)، ازدواج با زن ذمی بدون اجازه همسر مسلمان و بوسیدن پسر با شهوت

(خمینی، ۱۴۲۵: ۱۷۵/۲)، همگی از جمله جرایمی هستند که برای صدور حکم مجازات مربوطه باید به فتاوی معتبر و منابع فقهی رجوع کرد. باتوجه به ابهامات شکلی و ماهوی که در اصل ۱۶۷ قانون اساسی وجود دارد سوالات مهمی مطرح است. تبیین عباراتی مانند فتوای معتبر، منبع معتبر و همچنین عباراتی مانند سکوت و نقص و اجمال و تعارض، به‌عنوان سوالات شکلی و سوالات ماهوی مانند اینکه آیا مخاطب این اصل همه قضات هستند؟ فرقی بین قاضی مأذون،^۲ و قاضی غیرمأذون نیست؟ فتوای معیار کدام است؟ و در عصر غیبت، حکم ولی فقیه و فتوای ایشان چه جایگاهی دارد؟ اصلاً نحوه استنباط و صدور حکم طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی به چه صورتی خواهد بود؟ بر اساس قاعده قبح عقاب بلایبان یا همان اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، مقنن اساسی می‌بایست چارچوب مشخصی از منابع و فتاوی معتبر اسلامی ارائه می‌کرد که البته این مسأله بر عهده مقننین عادی نهاده شده است. مقنن عادی باتوجه به اینکه در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند،^۳ می‌بایست حدود و ثغور دو عنوان الف) منابع معتبر اسلامی و ب) فتاوی معتبر را تبیین می‌نمود و الگوی مناسب را در جایی که سکوت، نقص، اجمال و تعارض در قوانین مدونه وجود دارد، بیان می‌کرد که این مسأله نیز مورد غفلت واقع شده است. به عبارت دیگر بایستی می‌گفت که اولاً فتوای معتبر کدام فتوا است؟ فتوای معیار کدام است؟ آیا فتوای مرجع تقلید قاضی یا هریک از طرفین دعوا (مدعی و منکر) فتوای معیار است؟ یا اصلاً فتوای ولی فقیه معیار خواهد بود؟ درخصوص منابع معتبر اسلامی، کدام یک از منابع معتبر است؟ اصلاً ملاک اعتبار چیست؟ مسائلی که عنوان شد، مباحثی است که در این اصل قانون اساسی مورد سؤال است و تا پاسخ ندادن به این سوالات، اصل ۱۶۷ کارایی خاصی نخواهد داشت.

^۱ - هرگاه اتهام فرد صرفاً حضور در مجالس لهو و لعب باشد نه دایر کردن یا دعوت مردم به این مکان‌ها که در قانون آمده، قاضی می‌تواند به استناد ارتکاب فعل حرام از طریق حضور در این مجالس، فرد را بمایراه الحاکم تعزیر نماید. تاریخ دادنامه ۱۳۹۰/۰۶/۲۸، دادگاه تجدیدنظر استان، شعبه ۲۱ دادگاه تجدید نظر استان تهران.

^۲ - اصل ۷۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

^۳ - قاضی مأذون به شخصی گفته می‌شود که شرط اجتهاد را ندارد؛ لذا برای قضاوت باید از طرف مجتهد و فقیهی که دارای درجه اجتهاد است، اذن برای قضاوت داشته باشد و بنابر فتوا و نظر او قضاوت کند.

۱- مبنای جهد قاضی در صدور حکم در اصل ۱۶۷ قانون اساسی

از آنجایی که یکی از مناصب و شوونی که فقها برای فقیه برشمرده‌اند، قضاوت و رفع خصومت بین افراد جامعه است (خمینی، ۱۳۹۸: ۴۸۸۰۴/۲). نظام جمهوری اسلامی که بر اساس بر معیار اسلام و میزان کتاب و سنت است، نسبت به امر قضا اهتمام بلیغ نموده و بر این اساس مقننین اساسی جمهوری اسلامی نیز از همان اوایل شکل‌گیری حکومت اسلامی، ساختار دستگاه قضایی کشور را مبتنی بر اصول کلی حاکم بر قضایی اسلامی و ذیل ولایت ولی امر، تعریف کرده^۱ و بر اساس این مهم، بنای دستگاه قضایی را با چارچوبی مشخص پی‌ریزی نموده‌اند؛ تا آنجا که در قانون اساسی جمهوری اسلامی در جای جای آن از اصول اولیه گرفته تا در فصل یازدهم، اصول ۱۵۶ تا ۱۷۴، نوزده اصل و در دیگر اصول به فراخور موضوع به قوه قضاییه اختصاص داده شده است. از ویژگی‌های منحصر به فرد قوه قضاییه در نظام جمهوری اسلامی ایران و مورد توجه خاص قانون اساسی، نصب عالی‌ترین مقام قضایی کشور یعنی ریاست قوه قضاییه توسط ولی فقیه است.^۲

در فقه اسلامی و در کتاب قضا در جای خود واضح و مبرهن است که قاضی باید مجتهد جامع‌الشرایط و در استنباط احکام اسلامی به‌ویژه در امر قضا از ملکه اجتهاد و قوه استنباط برخوردار باشد (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۹۹/۲۱). آگاهی و اشراف قاضی غیرمجتهد به انواع فتاوی و نظرات مجتهدان جامع‌الشرایط برای او کافی نیست. حتی در فرض عدالت قاضی و صحت تطبیق مورد حکم با فتاوی دیگران مجوز صدور حکم برای قاضی غیرمجتهد نخواهد بود. امام خمینی رحمه‌الله‌علیه می‌فرماید: «و منصب قضاوت از مناصب جلیله‌ای است که از طرف خدای متعال، برای پیغمبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم و از طرف او برای ائمه معصومین علیهم‌السلام و از طرف آنان برای فقیه جامع‌الشرایطی که شرایطش می‌آید ثابت است. و مخفی نماند که قضاوت شأن بزرگی دارد و تحقیقاً وارد شده است که

قاضی به درستی در پرتگاه جهنم قرار دارد» (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۴۳۱/۲). یا در بیانات رهبر انقلاب در دیدار مسؤولان دستگاه قضایی: «تعبیراتی که در باب قضا و قاضی وارد شده است خیلی عجیب و عظیم است؛ مثل «قد جلست مجلساً لا یجلسه الا نبی او وصی نبی او شقی.» (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۰۶/۷). به قاضی می‌فرماید: این جایی که تو نشسته‌ای، یا یک پیغمبر می‌نشینی، یا منصوب پیغمبر و وصی او می‌نشینی، یا یک انسان شقی می‌نشینی! امر، دایر بین این دو تا است. این جایگاه، آن قدر جایگاه والاّی است که جز پیغمبر یا منصوب از قبل پیغمبر و وصی او نمی‌تواند اینجا بنشیند» (بیانات رهبری، ۱۳۸۱).

آنچه در نظام جمهوری اسلامی مشکل را حل نموده و قضاوت غیرمجتهد را به مسند قضا نشانده و احکام صادره از طرف آنها را مشروعیت بخشیده، همان اصل قانون اساسی و اختیارات رهبری است که ولی فقیه به‌عنوان حاکم اسلامی و در رأس مخروط حکومت اسلامی و به‌عنوان فقیه جامع‌الشرایطی که ملکه اجتهاد و قدرت استنباط وی از احکام اسلامی توسط خبرگان منتخب مردم کشف شده قرار دارد. ولایت فقیه از ارکان عمده نظام جمهوری اسلامی است و در زمان غیبت مطابق اصل ۵ قانون اساسی، ولایت امر و امامت امت را برعهده دارد. این اصل حقوقی، برگردان قانونی مبنای اعتقادی نظام است که در مقدمه و نیز اصول کلی قانون اساسی بر آنها تأکید شده است. جهت تحقق ولایت امر و به منظور حضور و نظارت فعال رهبری بر کلیه ارکان نظام، اصل ۵۷ قانون اساسی،^۳ قوای حاکم در جمهوری اسلامی ایران را «زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت» قرار داده است تا با نظارت عالی رهبری بر قوای سه‌گانه، پشتوانه اسلامی نظام و مشروعیت الهی رژیم سیاسی تأمین گردد. بنابراین نقش ولی امر در هدایت مجموعه نظام، کاملاً روشن است.

^۳- اصل پنجاه و هشتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «قوای حاکم در جمهور اسلامی ایران عبارتند از: قوه مقننه، قوه مجریه و قوه قضاییه که زیر نظر ولایت مطلقه امر و امامت امت بر طبق اصول آینده این قانون اعمال می‌گردند. این قوا مستقل از یکدیگرند.»

^۱- اصول ۶۱ و ۱۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

^۲- اصل ۱۵۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

ظرایف متعددی دارد لیکن نکته کلیدی آن، پرسش از چیستی فتوای معیار در اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی است. پس از پیروزی انقلاب اسلامی، قضات دادگستری برای رفع خلأ قانونی از تحریرالوسیله به‌عنوان متمم قانون استفاده می‌کردند که با قانونی شدن استفاده از آرای مشهور فقها (اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) و توسعه نطاق مرجعیت امام خمینی و انطباق اکثر آرای او با آرای مشهور فقها، این کتاب در دادگاه‌ها و محافل علمی مورد توجه و مراجعه بیشتر قرار گرفت. البته مراجعه به رویه قضایی نشان می‌دهد که بخش عمده‌ای از قضات نظرات حضرت امام خمینی و فتاوی مندرج در کتاب تحریرالوسیله ایشان را مبنای صدور آرای قضایی خود قرار داده‌اند تا آنجا که در سال‌های زعامت مقام معظم رهبری حضرت آیت الله خامنه‌ای نیز فتاوی ایشان در کنار نظرات امام خمینی مستند صدور احکام قضایی قرار داشته است. این درحالی است که گروه دیگری از قضات، فتاوی معتبر در اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی را فتوای مشهور قلمداد کرده‌اند و البته در برخی موارد نیز قضات دادگاه‌ها باتوجه به دیدگاه خاص قضایی که در یک پرونده داشته‌اند، به سراغ فتوایی رفته‌اند که نه فتوای مشهور بوده و نه به حضرت امام یا مقام معظم رهبری انتساب داشته است. در حقیقت این بخش از قضات حسب دیدگاه خود درخصوص نتیجه مطلوب در پرونده، فتوایی را برگزیده‌اند که بیشترین همراهی را با نظر قضایی ایشان داشته است. با این وجود درباره مراد قانون‌گذار از «فتاوی معتبر» نیز، با تتبع در تحقیقاتی که تا به امروز بررسی و ارزیابی شد، چند احتمال مطرح است:

۲-۱- اتخاذ نظر مرجع تقلید متهم (طرفین دعوا)

به‌عنوان اولین راهکار به‌نظر می‌رسد «که قاضی دادگاه، نظر مرجع تقلید متهم را اعمال کند، چراکه شخص مقلد براساس فتاوی مرجع خود عمل می‌کند و نظر هر مرجع برای مقلدینش حجیت دارد. 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

آنگاه که فقیهی با این شرایط در رأس حکومت اسلامی قرار گرفت، نصب عالی‌ترین مقام قوه قضاییه توسط او نه‌تنها به قاضی‌القضات کشور مشروعیت می‌دهد که بر اساس بسطید و اختیار حکومتی ولی فقیه، همه قضاتی که در دستگاه قضا مشغول به قضاوت هستند اما دارای شرط اجتهاد نیستند، باید از طرف مجتهد و فقیهی که دارای درجه اجتهاد است، اذن برای قضاوت داشته باشند و بنابر فتوا و نظر او قضاوت کنند؛ از این‌رو تا وقتی تعداد قضات مجتهد به حد کفاف نرسیده باشد، استفاده از قاضی مأذون توسط رئیس قوه قضاییه، باتوجه به اذن ولی امر مسلمین بلا اشکال بوده (خمینی، ۱۴۲۲: ۶۷/۳)، و این یکی از خواص مهم حاکمیت در نظام ولایت فقیه است.

باتوجه به اهمیت صدور حکم محاکم درخصوص حفظ حقوق افراد جامعه و بر اساس اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و قبح عقاب بلابیان، احکام صادره از جانب قضات محاکم، باید مشخص و روشن بوده تا حقی از اشخاص ضایع نگردد. به‌عبارت دیگر باتوجه به ماده ۲ قانون مجازات اسلامی: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود.» احکام صادره از قضات محاکم باید مبتنی بر قانون باشد و فعل و ترک فعلی جرم انگاشته شود که قانون جرم‌انگاری کرده است. قضات باید مجازاتی را در نظر بگیرند که قانون در آن خصوص مجازات تعیین کرده باشد. قاضی محکمه از جانب خود نمی‌تواند رفتاری را مجرمانه تلقی کند یا مجازاتی را صادر کند که مراد قانون‌گذار نیست. با عنایت به این مسأله، مقنن اساسی جمهوری اسلامی ایران درخصوص وجوب صدور حکم توسط قاضی، با اشرافی که به قوانین مدونه داشته است و از سکوت، نقص، اجمال و تعارض در آن مطلع بوده، بر آن شده تا راهکاری را برای قضات در نظر بگیرد تا در صدور احکام قضایی، به بن‌بست برخورد نکنند.

۲-۲- معیارهای تبیین فتاوی معتبر اسلامی

فتاوی معتبر قیدشده در اصل ۱۶۷ قانون اساسی با چه معیارهایی باید توسط قضات شناسایی شده و ملاک صدور آرای قضایی ایشان قرار گیرد؟ این بحث اگرچه دقیق و

است که اگر یک نظریه در میان کارشناسان یک علم مشهور باشد، پذیرش و گرایش بدان کاملاً عقلایی است و خود اکثریت ضابطه‌ای عقلایی در هنگام اختلاف نظر بین کارشناسان محسوب می‌شوند» (جهانگیری و بنایی خیرآبادی ۱۴۰۰: ۹۹).

«با توجه به اینکه خط جریان فقها براساس 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 دارا است؛ زیرا که عمل به این نظر نیازمند تسلط و اشراف همه‌جانبه قضات به منابع و فتاوی فقهی است. 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» (احمدزاده و الهام، ۱۳۹۷: ۲۶۴).

با این استدلال که در وضع قوانین معمولاً فتوای مشهور مورد نظر قرار می‌گیرد، در موارد خلأ قانونی نیز رجوع به فتوای مشهور مناسب‌تر است. لیکن این دیدگاه با این اشکال مواجه است که موارد خلأ قانونی از امور نوپیدا است و در آن موارد دیدگاه مشهور وجود ندارد، علاوه بر آنکه کاربرد کلمه مشهور در اصطلاحات حقوقی و فقهی رایج است و به کار نگرفتن آن، دلیل بر مقصود نبودن آن است و مهم‌تر آنکه فتوا ظهور در دیدگاه ارائه‌شده توسط مراجع عصر حاضر دارد، نه نظریات فقهی قدما.

۲-۳- فتاوی مراجع تقلید معاصر

در عبارت اصل قانون اساسی، کلمه فتوا به صورت جمع به کار رفته است و اصطلاح فتوا نیز ظهور در دیدگاه‌های فقهی مراجع کنونی دارد و همراه شدن آن با کلمه معتبر، این برداشت را تقویت می‌کند، به گونه‌ای که می‌توان گفت: مجموع عبارت «فتاوی معتبر» به معنای فتوایی است که در عصر حاضر برای جامعه اعتبار پیدا کرده است و مردم به آنها عمل می‌کنند.

ملزم به فتوای مجتهد دیگر کرده است و چنین حکمی صحیح نخواهد بود» (الهام، ۱۳۹۴: ۳۹/۱).

با عنایت به اینکه هر شخص مسلمان باید متعهد به انجام تکالیف شرعی باشد و تکالیف خود را از مرجع تقلید خودش أخذ کند، در مقام تعیین تعهد و تکلیف یا تخلف و با اثبات مجرم بودن باید آنچه مکلف به رعایت آن بوده است ملاحظه شود. در صورتی که وی مقلد کسی نباشد یا مرجع تقلیدش معلوم نباشد، به فتوای اعلم از مراجع یا فتوای ولی فقیه مراجعه شود؛ اما با این اشکال مواجه می‌شود که رجوع به فتاوی مرجع تقلید طرفین دعوا به معنای واگذاری دادرسی و تعیین حکم آنها است و این امر با لزوم انجام امور حکمی توسط دادرس منافات دارد، زیرا قاضی تنها در امور موضوعی حق ارجاع به کارشناس یا افراد دیگر را دارد.

امام خمینی در مسأله 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: ۱۶۵/۴). «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 بدانند» (احمدزاده و الهام، ۱۳۹۷: ۲۶۳).

۲-۲- اعمال نظر مشهور فقهی

«منظور از فتوای مشهور در بحث حاضر فتوایی است که پذیرفته اکثریت فقیهان شیعه باشد؛ اکثریتی که بسیار بیشتر از نصف به علاوه یک نفر است؛ اعم از آنکه اکثریت مزبور در فتوای خود به روایت معین یا دلیل دیگری استناد کرده باشند که در اصطلاح آن را «شهرت عملی» می‌نامند؛ «یا به هیچ دلیلی استناد نکرده و صرفاً فتوای خود را بیان کرده باشند که اصطلاحاً آن را شهرت فتوایی می‌گویند» (غروی نایینی، ۱۴۰۹: ۱۵۳/۳). «شاید بتوان گفت که پذیرش فتوای مشهور به عنوان ملاک انطباق قوانین با شرع از آن جهت

۲-۴- فتاوی فقیه اعلم

«به صورت سنتی، فقهای امامیه راه حل رفع اختلافات در فتاوا را مراجعه به فقیه اعلم دانسته‌اند. مبنای این نظریه سیره عقلا است و از حیث استدلالی کاملاً روشن است» (خمینی، ۱۳۸۴: ۶۳). «در واقع خردمندان چنین زندگی می‌کنند که در مسائل تخصصی، به دانشمندان آگاه در هر علم مراجعه می‌کنند (رجوع عالم به جاهل)، اما اگر اختلاف نظر میان کارشناسان وجود داشته باشد، آنگاه در صورتی که شخصی از دانشمندان با فاصله معناداری از دیگران عالم‌تر باشد، عقل و عاقلان تردیدی در مراجعه به او برای رفع اختلاف ندارند؛ اما آیا مراجعه به فقیه اعلم برای تعیین انطباق قوانین با احکام شرع نیز به همین وضوح است؟» (سماواتی و موسوی بجنوردی، ۱۳۹۹: ۵۵).

۲-۵- 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 فقاقت تخصصی سابقه‌ای طولانی دارد. هر بابی از ابواب یک متخصص نیاز دارد؛ چون ابواب فقه مشتت است و بررسی ادله عقلیه نقلیه و اجماعات، 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 آیت الله خویی مراجعه کنیم. البته این نظر نیز همچون اعمال نظر مشهور فقهی تالی فاسدهای خاص خود را دارد» (احمدزاده و الهام، ۱۳۹۷: ۲۶۴).

۲-۶- 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 فتاوی که کمترین مجازات برای متهم را لحاظ کرده -اضیق فتاوی- مبنای صدور حکم قرار دهد. هر ند این نظر گاه درصدد لحاظ کردن منافع متهم بر می‌آید، اما بدیهی است که اعتبار چندانی نخواهد داشت، زیرا با دست‌آویزی محترم (تفسیر به نفع متهم)، مبنای محترم

دیگری (تفسیر واقع گرایانه) را خدشه‌دار می‌کند» (احمدزاده و الهام، ۱۳۹۷: ۲۶۴).

۲-۷- رجوع به فتاوی فقهای شورای نگهبان

«شورای نگهبان متشکل از مجتهدانی است که وظیفه تشخیص مغایرت یا عدم مغایرت قوانین با احکام شرع را برعهده دارند. طبعاً فرد مجتهد اجازه تقلید از مجتهد دیگر را ندارد و همین معنا می‌تواند دلیل بر این باشد که فقهای شورای نگهبان باید در تشخیص انطباق قوانین با شرع، به فتاوی خود مراجعه نمایند. اگرچه امر تقنین برعهده ولی فقیه است، اما فقیه حاکم این امر را برعهده شورای نگهبان گذاشته تا ایشان بر اساس فتاوی خود مطابقت قوانین با احکام شرعی را بررسی کنند. ضمناً این نظریه که شورای نگهبان انطباق قانون و شرع را بر پایه نظریه فتاوی ولی فقیه انجام می‌دهد با وضوح بیشتری به نظریه معیار بودن فتاوی ولی فقیه باز می‌گردد، بلکه به صراحت همان نظریه است» (جهانگیری و بنایی خیرآبادی، ۱۴۰۰: ۹۹).

«با توجه به اینکه تلقی شورای نگهبان از شرع، استنباط فقهای شورای نگهبان است 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» (یوسفی‌فر، ۱۳۸۴: ۵۴).

۳- تعارضات فقهی و حقوقی جهد قاضی در صدور حکم با اتکاء به اصل ۱۶۷ قانون اساسی

۳-۱- تعارض اصل ۱۶۷ باقاعده فقهی قبح عقاب بلا بیان

اصل ۱۶۷ در مورد سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه و مجوز ورود قاضی پرونده به منابع فقهی و فتاوی معتبر و صدور حکم مقتضی سخن به میان آورده است.

شورای نگهبان قرار داده است حتی ورود حقوق دان‌های شورای نگهبان را در این مورد خاص جایز ندانسته است.

مطابق اصل ۳۶ قانون اساسی، «حکم به مجازات و اجراء آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». این اصل دارای مبنای کرامت انسانی است که در بند ۶ اصل ۲ قانون اساسی به آن اشاره شده است. همچنین بند ۲ ماده ۱۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر مورخ ۱۰ دسامبر ۱۹۴۸ اعلام می‌دارد «هیچ احدی به‌حساب ارتکاب هرگونه عمل یا ترک عملی که مطابق قوانین مملکتی یا بین‌المللی در زمان وقوع آن، حاوی جرمی کیفری نباشد نمی‌بایست مجرم گردد. همچنین نمی‌بایست مجازاتی شدیدتر از آنچه که در زمان وقوع جرم (در قانون) قابل‌اعمال بود، بر فرد تحمیل گردد». بند ۲ ماده ۱۱ اعلامیه حقوق بشر مطابق ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پوششی برای «به‌موجب قانون» مذکور در اصل ۳۶ را فراهم می‌نماید. در میان دانشمندان غربی سزار بکاریا در کتاب «جرایم و مجازات‌ها» در دفاع از این اصل می‌نویسد: «تنها بر پایه قوانین می‌توان کیفرهای متناسب با جرایم را تعیین کرد و این اختیار خاص، تنها به قانون‌گذار که نماینده جامعه‌ای است که بر اساس یک قرارداد اجتماعی تشکیل یافته است تعلق دارد» (بکاریا، ۱۳۷۷: ۳۴۱). اصل ۳۶ دلالت بر حصر دارد؛ چون از کلمه کلیدی تنها استفاده نموده وقتی از حصر استفاده شده، پس غیر از آنچه که قانون مشخص نموده است (تنها از طریق دادگاه صالح و به‌موجب قانون) خلاف قانون اساسی است. می‌توان این‌طور برداشت نمود که با توجه به موارد فوق قاضی تنها باید به استناد موازین اسلامی که قانون‌گذاری شده است حکم کند نه بر موازین اسلامی که قانون‌گذاری نشده است (مغایر با اصل ۱۶۷). در اینجا ذکر این مسأله هم لازم است که دو اصل ۱۶۶ و ۱۶۹ با مفاد قانون‌مداری جهت تحکیم بخشیدن به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها آمده‌اند و اصل ۳۶ را می‌توان یک اصل مترقی، قابل اجراء در هر مقطع زمانی، جامع، بدون نقد، دارای کرامت انسانی، هماهنگ با اعلامیه حقوق بشر و همراه باقاعده فقهی قبح عقاب بلا بیان دانست.

چگونه می‌توان برای فعل یا ترک فعلی که در قانون مجازاتی تعیین نشده است بر اساس نظرات متفاوت مجازات تعیین کرد؟ پس تکلیف قاعده قبح عقاب بلا بیان در این میان چطور بیان می‌شود. قاعده قبح عقاب بلا بیان از قواعد عقلی و مبتنی بر پذیرش حسن و قبح عقلی است و مفهوم آن این است که کیفر کردن شخصی که از جانب شارع و مولا بیانی بر تکلیف به وی نرسیده، در نزد عقل زشت و ناپسند است. بنابراین مورد عمل به‌قاعده درجایی است که یا اصلاً بیانی از جانب مولا خطاب به عبد صادر نشده و یا اگر صادر شده به وی نرسیده است و او در نرسیدن آن مقصر نیست (الحیدری، ۱۴۱۲: ۸۳). عقاب بلا بیان از قواعد مسلم نزد فقیهان و اصولیان به‌شمار می‌رود و هم‌خوانی کاملی با «اصل قانونی بودن مجازات» دارد؛ اصلی که در تمام جوامع حقوقی در دنیا شناخته شده است و معنایش آن است که کیفر کردن کسی که اطلاع از دستور و تکلیفی نداشته و بیانی به وی نرسیده، زشت و ناپسند است. بنابراین هرگاه در موردی از سوی شارع، الزامی نرسد قاعده قبح عقاب بلا بیان، آن الزام را برمی‌دارد و در نتیجه مواخذة آن نیز برداشته می‌شود. زیرا در این صورت عقاب آن قبیح است (مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، ۱۳۸۹: ۲۷۴).

۳-۲- تعارض با اصل ۴ و ۳۶ قانون اساسی

برای ایجاد فقه حکومتی و اجرای شریعت در جامعه راهکاری که ارائه شده است تبدیل شریعت به قانون می‌باشد. تقنین شریعت با حفظ شکل پارلمانی زیر نظر شورای نگهبان به‌عنوان قانونی مدون در جامعه اجرایی شده است و این قوانین طبق اصل ۴ قانون اساسی باید بر اساس موازین اسلامی باشد. در این اصل ذکر و برداشتی بر این نیست که تمام موازین اسلامی باید قانون شوند. اما از برداشتی که از اصل ۱۶۷ می‌شود می‌توان این‌طور استنباط نمود که تمام موازین اسلامی باید قانونی باشد. مواردی که از شریعت اسلامی جزء قانون نیامده و ذکر نشده، توسط قاضی پرونده با استناد به منابع معتبر و یا فتوای معتبر می‌توان به آن استناد نموده و حکم قضیه را صادر نماید. در صورتی که اصل ۴ قانون اساسی با حاکمیتی که روی تمام اصل‌های قانون اساسی دارد، تطبیق قوانین را با قانون اساسی فقط در اختیار فقها

۳-۳- تعارض با اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قانون مجازات اسلامی

بر اساس ماده ۲ قانون مجازات اسلامی: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود». این ماده قانونی ضمن هماهنگ بودن با اصل ۲۲ (حیثیت، جان، مال حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است)، اصل ۳۲ (منع بازداشت‌های غیرقانونی)، اصل ۳۶ (حکم به مجازات و اجراء فقط توسط دادگاه صالح و به موجب قانون)، اصل ۳۷ (اصل بر براءت)، اصل ۱۶۶ (مستدل و مستند بودن احکام دادگاه به مواد قانون)، اصل ۱۶۹ (عطف به‌ماسبق نشدن قوانین کیفری) و قاعد فقهی قبح عقاب بلا بیان، همچنین مغایرت با اصل ۱۶۷ قانون اساسی، ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲۲۰ قانون مجازات را به همراه دارد. فعل یا ترک فعل هراندازه هم که زشت و برای جامعه مضر باشد تا وقتی که برای آن مجازاتی در قانون پیش‌بینی نشده باشد قابل پیگیری و مجازات نیست. اصل قانونی بودن جرم و مجازات در جامعه تعریف شده و بر همگان قابل قبول است و مورد حمایت صریح اصل ۳۶ قانون اساسی هم می‌باشد.

همچنین مطابق ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجراء آن‌ها باید از طریق دادگاه صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد» همچنین بر اساس ماده ۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجراء آن‌ها حسب مورد نباید از میزان کیفیتی که در قانون یا حکم دادگاه مشخص شده است تجاوز کند...».

نتیجه‌گیری

با امعان نظر در نظرات مختلفی که بیان شد، باید گفت از آنجایی که قضاوت، صدور حکم است نه فتوا و صدور حکم از شوون و اختیارات ولی فقیه است و با توجه به اینکه با حکم ولی فقیه، قوانین موجود معتبر و رعایت آنها لازم‌الاجرا دانسته شده است، در موارد خلأ قانونی نیز باید از حکم او تبعیت شود. به تعبیر دیگر، اعمال قضاوت، خود نوعی اعمال ولایت

است و قضات این ولایت را از ولی فقیه گرفته‌اند و به نمایندگی از جانب او حکم می‌کنند. قانون گذار در اصل ۱۶۷ قصد داشته راه‌های شانه خالی کردن قاضی از صدور رأی به بهانه‌های مختلف از جمله نبودن ماده قانونی منطبق با پرونده و یا عدم تطابق پرونده مطروحه با قوانین مدونه را مسدود نماید. اما قانون گذار در این مقام راه‌های جایگزین را در صورت عدم کشف‌های قانونی مورد نظر در قوانین مدونه برای قاضی پرونده در نظر گرفته که حاکی از ارتباط تنگاتنگ مذهب و دین مبین اسلام با مسائل حقوقی و قانونی حاکم در کشور است. قانون گذار در این اصل وظیفه قاضی را از وجهی مبهم بیان کرده و در مورد معیار سنجش اعتبار فتوا سکوت کرده است. اگر قائل به این امر شویم که تمامی قضات به‌صرف اینکه قانون در مورد پرونده مطروحه نزد آنان ساکت بوده می‌توانند به منابع فقهی رجوع کرده و حکم مورد را استخراج کنند، این امر خالی از اشکال نیست. زیرا منابع فقهی ما از جمله کتاب، سنت، اجماع و عقل جزء ابزارهایی هستند که تنها مجتهد با آن‌ها سروکار داشته و به‌وسیله این ابزار و علم و درایت خود به استخراج احکام شرعی می‌پردازد حال آنکه نمی‌توان تمامی قضات را هم‌رده مجتهدین قرارداد و استنباطات آنان را از منابع فقهی معتبر شمرد. به فرض پذیرش تبحر تمامی قضات در امر اجتهاد در این حالت باید اختلاف سلیقه آنان با یکدیگر را نیز پذیرفت. یعنی باید قبول کرد که یک قاضی در مورد یک پرونده حکمی دهد اما قاضی دیگر در مورد همان پرونده حکمی متفاوت را صادر کند. همانطور که این اختلاف نظر در مورد احکام شرعی صادره از سوی مجتهدین فراوان یافت می‌شود. پس در مورد استفاده از منابع فقهی توسط قضات نمی‌توان به یک جمع‌بندی کامل و روشن رسید مگر در مورد آن دسته از قضات که درجه اجتهاد را کسب کرده‌اند. پس به ناچار باید به سراغ جایگزین بعدی رفت: یعنی استناد قاضی به فتاوی معتبر. حال باید گفت کلمه معتبر در این عبارت محل بحث و اجمال است زیرا با ذکر این کلمه در عبارت باید قائل شد که فتاوی غیر معتبر نیز وجود دارد. حال آنکه قانون گذار هیچ ابزاری برای تمیز این دو (فتاوی معتبر از فتاوی غیر معتبر) در اختیار مردم قرار نداده است. همچنین ایراد مورد اول به این راه‌حل نیز وارد

- بکاریا، سزار (۱۳۷۷). رساله جرایم و مجازات‌ها. چاپ سوم، تهران: نشر میزان.

- جهانگیری، محسن و بنایی خیرآبادی، محمدعلی (۱۴۰۰). «فتوای معیار در قانون‌گذاری - انطباق با مصالح الزامی - آموزه‌های فقه مدنی». نشریه دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۳۳: ۹۱-۱۱۸.

- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). وسائل الشیعه. جلد بیستم، قم: مؤسسه آل‌البیت.

- خمینی، روح‌الله (۱۳۸۴). الاجتهاد و التقليد. چاپ اول، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

- خمینی، روح‌الله (۱۴۲۵). تحریرالوسیله. جلد چهارم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- خمینی، سید روح‌الله (۱۳۹۸). کتاب‌البیع. جلد دوم، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

- خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۲). استفتاءات. جلد سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- زراعت، عباس (۱۳۹۴). شرح مختصر قانون مجازات اسلامی. جلد دوم، چاپ بیستم، تهران: انتشارات ققنوس.

- سماواتی، عباس و موسوی بجنوردی، سید مصطفی (۱۳۹۹). «چالش‌های فتوای معیار در قانون‌گذاری باتوجه به آرای امام خمینی (ره)». نشریه پژوهشنامه متین، ۸۸: ۳۹-۶۱.

- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط. جلد اول و دوم، تهران: المكتبة الرضویة.

- غروی نایینی، محمدحسین (۱۴۰۹). فواید الاصول. تقریر محمدعلی کاظمی خراسانی، جلد سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب بن اسحاق (۱۴۰۷). الکافی. جلد هفتم، تهران: دارالکتب الإسلامیه.

- محقق‌حلی، نجم‌الدین (۱۴۰۹). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. جلد چهارم، تهران: انتشارات استقلال.

است زیرا همانطور که گفته شد اختلاف نظر در فتاوی صادره از فقهای مختلف بسیار به چشم می‌خورد. علاوه بر این‌دو، یکی از مسائل مطرح فقهی این است که نمی‌توان از مراجعی که در قید حیات نیستند تقلید کرد و این سؤال مطرح است که آیا می‌توان به فتاوی فقهای متوفی برای صدور رأی استناد کرد یا خیر. ایراد دیگر نیز آنکه قانون‌گذار بیان نکرده رجوع قاضی در این حالت به منزله مشاوران است یا تقلید صرف. با توجه به تمامی ایرادات فوق‌الذکر نمی‌توان اصل ۱۶۷ قانون اساسی را خالی از ابهام دانست و به نظر می‌رسد در حالت اضطرار بهتر است قاضی ابتدا به آراء وحدت رویه رجوع کرده و در صورت فقدان به ادله و استنباطات عقلی خود برای صدور رأی اکتفاء کند.

ملاحظات اخلاقی: موارد مربوط به اخلاق در پژوهش و نیز امانت‌داری در استناد به متون و ارجاعات مقاله تماماً رعایت گردید.

تعارض منافع: تدوین این مقاله، فاقد هرگونه تعارض منافی بوده است.

سهام نویسندگان: تمام مراحل نگارش مقاله مشترکاً توسط نویسندگان انجام گرفته است.

تشکر و قدردانی: از تمام کسانی که ما را در تهیه این مقاله یاری رسانده‌اند، سپاسگزاریم.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش بدون تأمین اعتبار مالی سامان یافته است.

منابع و مأخذ

- احمدزاده، رسول و الهام، غلامحسین (۱۳۹۷). «قبض و بسط اصل ۱۶۷ قانون اساسی در قلمرو کیفری». نشریه مجلس و راهبرد، ۵۹: ۲۴۷-۲۷۲.

- الحیدری، السید علی نقی (۱۴۱۲). اصول الاستنباط فی اصول الفقه و تاریخه بالسلوب جدید. قم: ناشر لجنه اداره الحوزة العلمیة بقم المقدسه.

- هاشمی شامرودی، سید محمود (۱۳۹۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت (ع). جلد اول و پنجم، چاپ اول، تهران: نشر موسسه دایره المعارف فقه اسلامی.

- یوسفی‌فر، شهروز (۱۳۸۴). «بررسی تحلیلی اصل ۱۶۷ قانون اساسی پژوهشی درباره موارد استناد قضات به غیر از قوانین مدون». مجله دادرسی، ۵۴: ۴۲-۶۱.

- مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی (۱۳۸۹). فرهنگ نامه اصول فقه. چاپ اول، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷). استفتاءات. جلد اول، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه‌السلام).

- نجفی، محمد بن حسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام. جلد بیست و یکم و چهل و یکم، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

