

اختیارات و محدودیت‌های قاضی در استناد به منابع فقهی و احکام شرعی



محمد شفيعی، کارشناس ارشد جامعه‌شناسی

چکیده

طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید؛ اما در این زمینه محدودیت‌هایی در زمینه استفاده از فتاوی وجود دارد. اجرای این اصل اگرچه اختیارات قاضی را در استنباط از مباحث فقهی افزایش می‌دهد، اما محدودیت‌هایی نیز به همراه دارد. یکی از مباحث مطرح در استنباط از فتاوی معتبر مشخص نبودن حدود فتاوی و اختلاف فتاوی در موضوع خاص است. در این صورت قاضی باید از آرای مختلف یکی را انتخاب نماید و با توجه به اینکه اصل ۱۶۷ در خصوص کلمه «فتاوی معتبر» دارای اجمال و ابهام می‌باشد، ممکن است در دعاوی کیفری آرای نامأنوس و غیرمشابه صادر شود که در نتیجه به مصلحت نظام قضایی و حقوق فردی متهم نخواهد بود. علاوه بر این، حقوقدانان عموماً استفاده از اصل ۱۶۷ را مغایر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و اصل فقهی قبح عقاب بلا بیان می‌دانند. همچنین، در موارد بسیاری ما با تعارض فتاوی روبرو هستیم؛ خواه تعارض فتاوی معتبر با یکدیگر و خواه تعارض منابع معتبر با یکدیگر و خواه تعارض فتاوی با منابع معتبر. اگرچه قاضی در استناد به هر یک از آرای فقهی دارای اختیار است، ولی این کار منجر به صدور آرای متعارض خواهد گردید. واژگان کلیدی: اختیارات، محدودیت‌ها، قاضی، منابع فقهی، احکام شرعی



درآمد

یکی از موضوعاتی که بعد از انقلاب اسلامی وارد حوزه قانون گذاری شد، استناد به منابع فقهی برای صدور آرای قضایی بود. منظور از منابع معتبر آن منابعی است که قواعد و احکام فقهی از آنها استنباط می شود. به تعبیر دیگر آن دسته از منابع که از حجیت و اعتبار لازم برای استنباط احکام برخوردار است؛ به طوری که آنچه مستند به آنها شد، در واقع مستند به اراده حق تعالی که قانون گذار اصلی در نظام حقوقی اسلام است، می شود. در فقه امامیه منابع معتبر عبارت اند از قرآن کریم، سنت پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع)، اجماع و عقل که در این بین ممکن است نزد برخی از فقها، اجماع یا عقل از اعتبار کافی برای یک منبع مستقل بودن برخوردار نباشد، از این رو چنانچه قاضی بخواهد به منابع معتبر مراجعه کند، باید خود توان تشخیص اعتبار منابع فقهی را داشته باشد؛ به طوری که اطمینان حاصل کند حکم مستند به آن منبع در واقع مستند به اراده حق تعالی است. پس منبعی در زمره منابع معتبر محسوب می شود که حاکم شرع آن را به شکل روشمند و علمی، معتبر بداند.

همان طور که اصل ۴ ق.ا. تأکید نموده است، قرآن، سنت و منابع فقهی، باید منبع مورد رجوع قانون گذار در تدوین قانون باشد، نه منبع مورد رجوع قاضی. قرآن و سنت در عرض قانون نیستند؛ بلکه پایه و زیربنای قانون مدون هستند که صلاحیت مراجعه به آنها در اختیار قانون گذار است نه قاضی. به بیان دیگر ولی امر یا رهبر جامعه مسلمین است که در زمان غیبت صلاحیت اجرای حدود و تعزیرات اسلامی را دارد؛

(التعزیر بما یراه الحاکم) و قاضی مأذون در حدودی که اذن او از طریق قوه مقننه اعلام می گردد، حق رسیدگی به امور کیفری را دارد. لذا در شرایط فعلی که به دلیل فقدان قضات واجد شرایط احکام اولی، قضات مأذون از جانب ولی امر متصدی سمت قضا هستند، برای تعیین عناوین مجرمانه و اجرای مجازات های اسلامی و تعیین حدود صلاحیت محاکم و آیین دادرسی، با وجود ولی امر که متولی امر حکومت است، نوبت به متولیان قوه قضاییه که منصوب ولی امر هستند نمی رسد. نتیجه آنکه قضات مأذون در استنباط احکام شرعی از متون اصلی استقلال رأی ندارند؛ بنابراین موضع حقوقدانان در این مسئله چنین است: الف) مخالفت برخی حقوقدانان با شمول اصل ۱۶۷ ق.ا. نسبت به دعاوی کیفری، نه به جهت مخالفت با فقه و حقوق اسلام، بلکه به این دلیل است که از روح قانون اساسی چنین استنباط می شود که در صدد مدوّن نمودن احکام شرع از طریق قوه مقننه تحت نظارت ولی امر (به عنوان هماهنگ کننده قوای سه گانه) بوده است، نه اعطای اختیار قانون گذاری به قضاتی که بسیاری از آنان فاقد شرایط قضا به معنای اسلامی آن هستند. ب) صدور احکام متعارض و حدوث تشّت آرای قضایی مشمول اصل ۱۶۷ نسبت به دعاوی کیفری با توجه به اختلاف نظر فقها در فتوا برخلاف مقتضای حاکمیت قانون اساسی و مصلحت نظام است.

۱- اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها

اصل «قانونی بودن مجازات» در اصول حقوقی و اصل «قبح عقاب بلا بیان» در شریعت اسلامی، از جمله اصولی هستند

که در سیاست جنایی کشور ما مورد توجه قرار گرفته اند. از طرف دیگر، طبق قانون اساسی؛ از جمله اصل ۴، در دعاوی مدنی، فرض بر مطابقت کلیه مقررات و قوانین مدنی با موازین اسلامی است؛ ولی با این وجود در موارد خلأ قانونی، قاضی در دعاوی مدنی موظف به عمل به اصل ۱۶۷ می باشد. به بیان دیگر، اگر صرف فرض قانون گذار مبنی بر تطبیق مقررات جزایی با متون فقه جزایی، موجب عدم جواز رجوع قاضی کیفری به اصل ۱۶۷ باشد، در دعاوی مدنی هم با توجه به وجود این فرض، باید قاضی از رجوع به اصل ۱۶۷ منع گردد؛ چون از این جهت با هم فرقی ندارند (هاشمی، کوشا، ۱۳۸۹: ۵۴).

در مورد اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها، حقوقدانان به تفصیل بحث نموده اند. اصول مختلف قانون اساسی ایران با تأکید بر کلمه «قانون» پذیرش و حاکمیت آن در حقوق موضوعه را حتمی می نمایند، لیکن اصل ۱۶۷ ق.ا. که مقرر می دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد»، موجب اختلاف و طرح نظرات متفاوت و گاهی مغایر حقوقدانان در خصوص تفسیر این اصل و سعی در تجمیع آن با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها شده است؛ به نحوی که بعضی آن را منحصر به مسائل حقوقی و ذکر کلمه دعاوی در آن اصل را مؤید ادعایشان دانسته اند.



در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران فقط به اصل قانونی بودن جرم (اصل ۳۷) و اصل قانونی بودن استحقاق مجازات (اصل ۳۶) اشاره شده است (کلانتری، ۱۳۷۵: ۹۳). در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از مجازات‌های حدی تنها به دوازده مورد اشاره شده و البته به موجب ماده ۲۲۰ ق.م.ا. در مورد سایر حدود به منابع و فتاوی معتبر ارجاع داده شده است و برای بررسی حدودی که مشمول ماده ۲۲۰ ق.م.ا. می‌شود، باید به منابع فقهی مراجعه نمود (صادقی، ۱۳۹۴: ۱۲)؛ بنابراین نمی‌توان گفت ماده ۲۲۰ خلاف اصل قانونی بودن جرم و مجازات است؛ زیرا صراحتاً اعلام شده در «قانون» و باید توجه داشت که اصل قانونی بودن، تنها یک «اصل» و به منظور رفع شک و تردید است، اما ام‌القوانین محسوب نمی‌گردد و تنها کافی است که رأی یا قانونی بالاتر از آن قرار بگیرند. ماده ۲۲۰ در تقابل نظرات فقهای قم و تهران و در واقع تقابل نظرات فقه و حقوق بشر به نگارش درآمده است. فقهای قم، ارتداد را نیز در این ماده ذکر نموده بودند؛ اما در تهران دفاع کردند که مشکل نقض حقوق بشر پیش خواهد آمد و برای حل اختلاف، ماده ۲۲۰ فعلی، به نگارش درآمد. نکته مهم اینکه ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، فقط در خصوص حدود است و در قصاص و دیات و تعزیرات اصل قانونی بودن حاکم است. پس در این موارد باید سراغ فتاوی معتبر رفت (دهقان، ۱۳۹۶: ۱۰۱).

برخی اصولی؛ مانند اصل برائت را مخصص اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها دانسته‌اند، لیکن استدلالی که

در توجیه نظرات خود نموده‌اند کافی به نظر نرسیده و با ایراداتی مواجه است؛ بالأخص که با تصویب مواد ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب و ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری، بعضی تفاسیر به بن‌بست رسیده و موضوعیت خود را از دست داده است؛ چراکه به موجب این مواد، قضات مکلف به رسیدگی به دعاوی و شکایات موافق قوانین و اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی شدند. با وجود این قوانین، دامنه شمول اصل ۱۶۷ ق.ا. به قوانین کیفری حتمی و اجتناب‌ناپذیر بوده و جای هیچ‌گونه تفسیر و تحلیل باقی نمی‌گذارد. لیکن قدر مسلم آن است که استناد قاضی به منابع اسلامی و فتاوی معتبر به معنای جرم‌انگاری و خلق عناوین مجرمانه نیست، بلکه در مواردی که عنوان مجرمانه بر اساس مقررات مدون مشخص و عمل ارتكابی مطابق با آن است، قاضی می‌تواند در موارد اجمال یا ابهام در شرایط، جزئیات و حدود و ثغور آن از منابع و فتاوی معتبر استمداد نماید؛ البته آیین‌نامه دادرسی دادگاه‌های ویژه روحانیت که بر اساس آن، در صورت عدم تعیین مجازات از ناحیه شرع و قانون برای عملی، حاکم مستقلاً و بر اساس نظر خود مبادرت به صدور رأی می‌نماید، جای هرگونه تفسیر را گرفته و در آن به صراحت به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها تعدی شده است و به نظر می‌رسد؛ قانون‌گذار ما ضمن پذیرش اصل موصوف، متأثر از شرع، نوعی رویکرد به فقهی بودن جرایم و مجازات‌ها داشته است. این دوگانگی

و تشتت موضوع لازم است با اصلاح و بازنگری قوانین رفع شود (هادی، ۱۳۹۲: ۱۳). اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۷/۲۵۳۰-۷۲/۴/۷ که عنوان داشته: «با سکوت قانون، قاضی مکلف به صدور رأی بر برائت است، هر چند عمل مذکور در شرع حرام باشد»، با اعلام موضع خود، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را مورد اذعان و تأکید قرار داده است.

۲- اصل قاعده قبح عقاب بلا بیان

قاعده قبح عقاب بلا بیان یکی از قواعد بسیار مهم در فقه جزایی به شمار می‌آید. اکثر فقها در کتب فقهی خود به این قاعده پرداخته، شرایط و آثار آن را بیان نموده‌اند. تعبیر حقوقی این قاعده همان اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که در حقوق عرفی و جزایی از مهم‌ترین و برجسته‌ترین اصول حقوقی به شمار می‌آید. قانون‌گذار اسلامی ما در سال ۱۳۹۲ با توجه به اصل ۴ ق.ا. به طریقی کاملاً حقوقی این اصل را در ماده ۲ ق.م.ا. بیان کرده است. طبق قاعده مذکور هیچ‌کس مجرم نیست مگر اینکه قبل از آن قانونی توسط مراجع صالح وضع و تصویب شده باشد (لرکجوری، عباسی، ۱۳۹۸: ۵)؛ بنابراین لازم است قبل از صدور حکم، قانون وضع شده باشد تا قاضی با استناد به قانون، حکم صادر کند.

۳- مفهوم فتاوی معتبر

ماده ۲۲۰ ق.م.ا. مقرر می‌دارد: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، برابر اصل ۱۶۷ ق.ا. عمل می‌شود» در واقع، بر اساس اصل ۱۶۷ ق.ا. برای قاضی، همچنان اختیار جرم‌انگاری برخی افعال محفوظ نگه داشته شد



مصوب ۱۳۹۲ تساوی دیه مسلمان و غیرمسلمان صرفاً ناظر به غیرمسلمان موضوع اصل سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است و نص خاصی در خصوص غیرمسلمانان دیگر وجود ندارد، به نظر می‌رسد با توجه به اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی در خصوص دیه غیرمسلمانان دیگر باید با توجه به منابع معتبر فقهی حکم قضیه را تعیین و بر آن اساس اتخاذ تصمیم کند. در نظریه مشورتی شماره ۱۶۹۳/۱۶۹۵-۷/۱۹-۱۳۹۵/۷/۱۹ اداره کل حقوقی قوه قضاییه، مطابق فتاوی حضرت امام (ره) در مسئله ۱۶ ص ۴۱۳ جلد ۲ تحریرالوسیله در حد زنا «القول فی الموجب»، جرم موضوع استعلام، تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی‌شود.

همان‌طور که مشاهده می‌شود در آرای وحدت رویه و نظریات مشورتی نیز به فتاوی استناد شده است و اختلافات در آرا از این طریق حل شده است.

۴- لزوم استناد آرای قضایی به قوانین

قاضی در نظام قضایی کنونی و طبق قانون اساسی، موظف است احکام و آرای قضایی را طبق قانون و به استناد آن صادر کند و اگر حکم دعوای مطروحه را در قوانین مدون نیافت، حتی در صورتی که مجتهد باشد هم نمی‌تواند به فتاوی خود حکم قضیه را صادر کند. قانون اساسی، حتی در صورت نیافتن حکم دعوا در قوانین مدونه، به قاضی این حق را نداده است که در صورت مجتهد بودن، به فتاوی خود عمل کند. هر چند در مواردی که قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند،

و یا به دلیل عدم آمادگی آقربای نسبی ذکورش برای ادای سوگند اقامه قسامه نمی‌کرد؛ که در این پرونده نیز به فتوا استناد شد. در برخی موارد هیئت عمومی دیوان بر اساس فتاوی امام رأی دادگاه کیفری یک (یا کیفری استان) را که در آنها مدافع از حد دفاع تجاوز کرده بوده و باید دیه پرداخت می‌کرد، اما دادگاه به قصاص حکم داده بود، نقض می‌کرد و به دادگاه دیگری ارجاع می‌داد؛ یعنی باز هم در موارد سکوت از منابع فقهی استفاده می‌شد.



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



در نظر مشورتی ۲۰۲۴/۹۹/۷ مورخ ۱۴۰۰/۱/۲۴ اداره کل حقوقی قوه قضاییه، در جواب استعلام، اداره کل حقوقی نظر داد: «نظر به اینکه در ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی

که لازمه آن ارجاع به فتاوی معتبر است. در اینکه فتاوی معتبر به چه فتاوی اطلاق می‌گردد، چند نظر مطرح شده است:

۱. نظر مشهور فقهای امامیه؛
۲. نظر مشهور فقهای امامیه معاصر؛
۳. نظر مشهور فقهای متأخر؛
۴. نظر مجتهدی که قاضی از او تقلید می‌نماید؛
۵. نظر مجتهدی که متهم از او تقلید می‌نماید؛
۶. نظر ولی فقیه.

بنابراین وقتی فرد می‌گوید من از این مجتهد تقلید می‌کردم و از نظر او ارتداد جرم نیست، پس نمی‌توان گفت؛ چرا از او تقلید می‌کرده است (دهقان، ۱۳۹۶: ۱۰۲)؛ اما اینکه قاضی در استناد به فتاوی معتبر، باید به کدام یک از نظرات فوق استناد کند و اینکه در صورت تعارض نظرات، کدام نظر ارجحیت دارد، جای سؤال دارد.

۳-۱- نمونه‌هایی از استناد به فقه در رویه قضایی

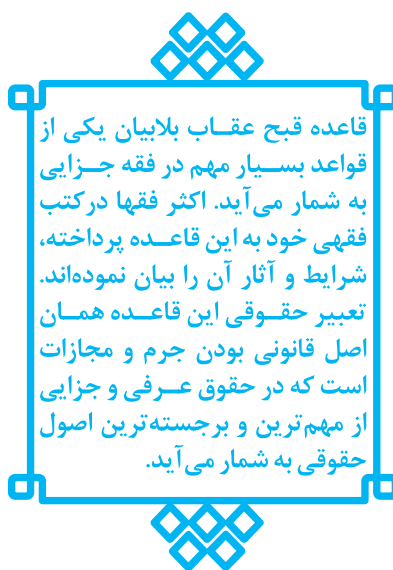
در زمینه استناد به فتاوی نمونه زیادی از آرای دادگاه‌ها وجود دارد یک نمونه در زمینه جرایم علیه تمامیت جسمانی مستوجب قصاص توأم با پرداخت فاضل دیه بود که ولی دم یا مجنی علیه تقاضای قصاص می‌کرد؛ اما توانایی پرداخت فاضل دیه را نداشت، در این حالت دادگاه نه می‌توانست به قصاص رأی دهد و نه به دیه؛^(۱) چون پرداخت دیه منوط به مصالحه و رضایت شاکی بود. در چنین وضعیتی دادگاه به فتوا استناد کرد. در نمونه دیگر مدعی قسامه (ولی دم یا مجنی علیه) به دلیل نداشتن ۵۰ حالف (طبق قانون سال ۸۰ به بعد)

به او این حق داده شده که از رسیدگی به دعوای مطروحه در آن مورد امتناع ورزد تا پرونده جهت رسیدگی به شعبه دیگر دادگاه ارجاع شود (موحدی محب، ۱۳۸۸: ۱۳۵).

بر این اساس، ماده ۳ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر می‌دارد: «قضات دادگاه‌ها موظفانند موافق قوانین به دعوای رسیدگی کرده، حکم مقتضی را صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه، کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعوا و صدور حکم، امتناع ورزند و الا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد» و مطابق تبصره ماده مرقوم: «چنانچه قاضی، مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد» (موحدی محب، پیشین: ۱۳۶).

در واقع، این ماده و به خصوص تبصره آن، جلوی صدور رأی قضایی بر طبق فتوای قاضی مجتهد را می‌گیرد و قاضی نمی‌تواند در فرضی که قانون را با عنایت به فتوای خود، خلاف شرع یافت، بر طبق نظر اجتهادی و فتوای خود مبادرت به صدور رأی کند؛ بلکه تنها این حق به او داده شده که از رسیدگی خودداری کند تا شعبه دیگر دادگاه به آن دعوا رسیدگی کرده و برابر

قانون، حکم قضیه را صادر کند و در فرض فقدان حکم قضیه در قوانین نیز تنها می‌تواند به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، مراجعه نموده، به استناد آن حکم را صادر کند.



۵- تعارض اصل ۱۶۷ ق.ا. با اصل قانونی بودن مجازات‌ها

چگونگی اعمال اصل ۱۶۷ ق.ا. و استناد به منابع و فتاوی معتبر، یکی از چالش‌های جدی در نظام قضایی ایران است که مسئله‌ای حقوقی نبوده، بلکه از سنخ مباحث فلسفه حقوق است. بررسی رویه قضایی ایران نشان دهنده چالش‌های گوناگون از این سنخ است که برای نمونه می‌توان به رأی معروف هموفیلی‌ها اشاره کرد؛ بنابراین اهمیت مسائل فلسفه حقوق صرفاً به لحاظ تئوری و نظریه‌پردازی نباید تبیین گردد، بلکه به لحاظ اجرایی و عملی نیز می‌تواند به حل چالش‌های موجود و آینده کمک کند. توضیح مطلب اینکه؛ اصل ۱۶۶ ق.ا. می‌گوید: «احکام دادگاه باید مستدل و مستند به مواد قانون و

اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است» (محمد پور، ۱۳۸۹: ۲۷). از طرفی، استعمال الفاظی؛ چون «مستدل» یا «اصولی» یا استناد به منابع معتبر اسلامی یا اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، موهم این معناست که قاضی در موارد سکوت قانون می‌تواند در کبرای حکم نیز نظریه‌پردازی نموده، اقدام به جعل قانون کند و بعد مورد دعوا را بر آن تطبیق دهد؛ اما از طرف دیگر توجه به عبارت مستند به مواد قانون و موضوع اصل ۱۶۷ که مسئله فقدان حکم است و اینکه حکم را باید در قوانین جستجو کرد و در صورت فقدان قانون مصوب یا سکوت آن، فتاوی معتبر نازل منزله قانون است، نشان می‌دهد که هدف از وضع این دو اصل قانون اساسی توضیح این نکته بوده است که قاضی باید مورد دعوا را بر قانون مرتبط تطبیق دهد و در صورتی که قانونی نبود، آن را بر یک فتوای معتبر که نازل منزله قانون شده است، تطبیق دهد. همان‌طور که اصول حقوقی قابل استناد و مورد اشاره در ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی نیز به همین شکل قابل تفسیر به نظر می‌رسد. تبصره ذیل ماده ۳ ق.ا.د.م. نیز همین معنا را تقویت می‌کند؛ زیرا این تبصره نشان می‌دهد که قاضی نباید در برابر قانون در مقام نظریه‌پردازی و وضع قاعده باشد (شمس، ۱۳۸۵: ۱۰۶/۲).

روشن است که این ماده در مقام منع مجتهد از نظریه‌پردازی نیست؛ بلکه در مقام الزام او به رعایت قانون در مقام قضاوت است و این نشان می‌دهد که قانون‌گذار با توجه به مصلحت رعایت اصل تساوی میان افراد سعی کرده تا



دچار این مشکل است که اصولاً منابع و فتاوی معتبر کمتر به مسائل شکلی پرداخته‌اند و وضع چنین اصلی به خاطر مسائل شکلی کیفری احتمالی بسیار دور از ذهن است. نتیجه استدلال‌های حقوقدانان را می‌توان بدین شرح خلاصه کرد که برخی از آنان میان حقوق کیفری و حقوق خصوصی قائل به تفصیل شده، اصل ۱۶۷ را مختص به امور حقوقی دانسته‌اند و برخی دیگر با قبول شمول اصل ۱۶۷ نسبت به امور کیفری، میان مسائل مربوط به جرم‌انگاری و مسائل مربوط به تعیین مجازات قائل به تفصیل شده‌اند و بالاخره برخی نیز میان حقوق کیفری شکلی و ماهوی قائل به تفصیل شده‌اند (هاشمی، کوشا، پیشین: ۸).

۷- اشکالات اصل ۱۶۷ قانون اساسی

الف) در اصل ۱۶۷ ق.ا. به «منابع معتبر» اشاره شده است. دو برداشت از معنای منابع معتبر می‌توان ارائه نمود. اول اینکه مراد از «منابع معتبر»، منابع استنباط احکام؛ یعنی ادله اربعه (کتاب- سنت- عقل- اجماع) است؛ با این استدلال که در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، ابتدا تنها مراجعه به منابع معتبر پیشنهاد شده بود، سپس یکی از نمایندگان پیشنهاد می‌کند؛ از آنجا که ممکن است قضات مجتهد نبوده و مقلد باشند، فتاوی معتبر نیز اضافه شود؛ بنابراین «فتاوی» برای قضات مقلد و «منابع» برای قضات مجتهد است و طبیعی است؛ شأن مجتهد استنباط احکام از ادله اربعه است. احتمال دوم آنکه مراد از منابع معتبر، کتب فقهی؛ مانند مسالک و جواهر و شرایع است؛

(۴) بر پایه نظریه چهارم، اصل ۱۶۷ شامل مطلق دعاوی کیفری است (هاشمی، کوشا، ۱۳۸۸: ۴).

رویه قضایی (در معنای عام خود)، از ابتدای پیروزی انقلاب اسلامی، از اصل ۱۶۷ ق.ا. برداشتی عام داشته، آن را شامل حقوق کیفری و خصوصی دانسته و آرای فراوانی نیز در این رابطه صادر نموده است. استفتائات مکرر قضات دادگاه‌های بدوی یا دیوان عالی کشور از مراجع تقلید، در امور کیفری و مراجعه به کتب معتبر فقهی و اخذ قول مشهور فقها، مؤید آن است که قضات کیفری، اصل فوق را به نحو یکسان شامل امور کیفری و حقوقی می‌دانند. در این رابطه می‌توان به آرای صادره در زمینه موضوعاتی؛ مانند اشتباه در قتل، ارتداد، معاونت در جرایم حدی، معاونت در قتل (تا قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰)، ممسک و ناظر در قتل، سرایت جنایت و موارد فراوان دیگر اشاره کرد که به رغم نبودن مستند قانونی، بر اساس نظرات فقهی مورد بررسی قرار گرفته‌اند. باید توجه داشت موارد فوق منحصر به مرحله تعیین مجازات نبوده، بلکه حتی در تشخیص مجرمانه بودن عمل (جرم‌انگاری) نیز به اصل ۱۶۷ استناد شده است (قیاسی، حبیب زاده، ۱۳۸۰: ۳۵).

با توجه به مجموع استدلال‌ات گذشته، پاسخ سوم؛ یعنی تفصیل میان قوانین کیفری شکلی و ماهوی نیز روشن می‌شود. تفصیل اخیر علاوه بر اینکه هیچ دلیلی بر آن وجود ندارد و با ظاهر اصل ۱۶۷ ناسازگاری دارد،

کبرای دادرسی همواره اصل ثابتی باشد که دادرس صرفاً آن را بر موارد مختلف تطبیق می‌دهد. این در حالی است که قضات در موارد متعدد از خلأ قانون اقدام به نظریه‌پردازی و وضع عملی قانون می‌نمایند. نظریه‌پردازی متضمن جعل قانون در این موارد منجر به دو ایراد اساسی خواهد شد: اولاً، نقض این اصل حقوق اساسی ایران است که قانون‌گذاری صرفاً توسط مجلس شورای اسلامی باید انجام شود (محمد پور، ۱۳۸۹: ۲۶)؛ ثانیاً، اعمال قانون نسبت به گذشته است (عطف به ما سبق شدن قانون)؛ و این خود متضمن نقض قاعده قبح عقاب بلابیان است. مسئله فقدان قانون همان چیزی است که در فلسفه حقوق از آن به پرونده دشوار تعبیر می‌کنند. پرونده دشوار، دعوی است که در رابطه با موضوع آن هیچ قانون یا رویه‌ای (در نظام‌های کامن لو) یافت نشود که بر اساس آن بتوان رأی مقتضی را صادر نمود.

۶- محدوده استناد قاضی به منابع فقهی

در زمینه اعمال اصل ۱۶۷ چهار دیدگاه مطرح است که هر کدام اعمال این ماده را محدود به دایره مشخصی می‌نمایند: (۱) بر مبنای دیدگاه اول، اصل ۱۶۷ مطلقاً ناظر به دعاوی کیفری نیست و با طرح این نظریه، تعارض آن را با اصل ۳۶ از اساس حل نموده‌اند؛

(۲) طبق دیدگاه دوم، اصل ۱۶۷ شامل دعاوی کیفری نیز می‌گردد، ولی فقط نسبت به قوانین شکلی و نه ماهوی؛

(۳) بر اساس نظریه سوم، اصل مزبور فقط مربوط به تشخیص موضوعات کیفری است و نه تعیین جرم و مجازات؛

بنابراین برداشت، اصل ۱۶۷ از این حیث دارای اجمال است و مجمل هم حجت نیست؛ اگرچه احتمال اول به واقع نزدیک‌تر است.

ب) در مورد مخالفت روش اتخاذی در اصل ۱۶۷ ق.ا. با اصل قانونی بودن جرم و مجازات و قاعده قبح عقاب بلاییان که ریشه اصل مذکور است، باید توجه داشت که اصل ۱۶۷ چهار صورت مختلف را در بر می‌گیرد. تعیین جرم بر اساس منابع معتبر، تعیین مجازات بر اساس منابع معتبر و تعیین مجازات بر اساس فتاوی معتبر. مسلماً تعیین جرم (جرم انگاری) بر اساس فتاوی معتبر در جرایم مستحدث تا قبل از اعلام فتوا، مخالف با قاعده قبح عقاب بلاییان است؛ اما در مورد تعیین جرم و مجازات بر اساس منابع معتبر، اگر مراد از منابع معتبر را ادله اربعه بدانیم، باز با فتوا روبرو هستیم، اما نه با فتاوی مراجع تقلید، بلکه با فتاوی قاضی مجتهد و مشکل سابق به طریق اولی وجود دارد؛ زیرا فتاوی مراجع تا حدودی در

برآمد

دسترس مردم قرار می‌گیرد، اما فتاوی قاضی چنین نیست (قیاسی و حبیب زاده، ۱۳۸۰: ۳۸).

ج) یکی دیگر از مشکلات اعمال اصل ۱۶۷ این است که استفتائات قضایی به مرور زمان حجم عظیمی را تشکیل خواهد داد که پهلوی به پهلوی قوانین موضوعه خواهد زد. از آنجا که استفتائات مستقیماً توسط قضات و از شهرستان‌های مختلف صورت می‌گیرد، بسیاری از آنها از وجود استفتای مشابه و گاه مخالف که در شهرهای دیگر حتی در شعبه‌های همان شهر وجود دارد، بی‌اطلاع هستند.

د) با توجه به آرای مختلف فقهی، مسلماً احکام متضادی بر اساس اصل ۱۶۷ صادر خواهد شد. در چنین وضعی، آیا دیوان عالی کشور حق نقض رأی و یا صدور رأی وحدت رویه را دارد؟

بر اساس اصل ۱۶۱، دیوان عالی کشور به منظور نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم، ایجاد وحدت رویه قضایی و انجام مسئولیت‌هایی که طبق قانون به آن محول می‌شود،

اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قاضی را در همه حال ملزم به رسیدگی و صدور حکم بر اساس قوانین مدون نموده و در حالات اجمال، ابهام، تعارض و سکوت قانون، او را به منابع شرعی ارجاع داده است. از آنجا که منابع شرعی از حیث شکلی فاقد ویژگی‌های قانون مدون است، به نظر می‌رسد اصل ۱۶۷ با توجه به سایر اصول قانون اساسی و نیز اصول حاکم بر حقوق کیفری؛ همچون اصل قانونی بودن جرم و مجازات و قاعده عطف به ماسبق نشدن قانون، مختص مسائل حقوقی باشد. برخی هم با قبول شمول اصل مذکور نسبت به امور کیفری، آن را شامل مرحله جرم‌انگاری ندانسته، فقط مختص به مرحله تعیین مجازات می‌دانند.

ظاهراً اصل ۱۶۷ ق.ا. از دیدگاه تصویب‌کنندگان آن عام بوده، اختصاص به امور حقوقی نداشته، موضوعات حقوق کیفری را نیز در بر می‌گیرد. در اصطلاح علم اصول، رابطه اصل ۱۶۷ با دو اصل ۳۶ و ۱۶۹، رابطه حاکم و محکوم بوده، تعارضی میان آنها وجود ندارد، بلکه قانون‌گذار در اصل ۱۶۷ در حالات خاصی؛ همچون اجمال، تعارض، سکوت و نقص قانون مدون، منابع و فتاوی معتبر را در شمار منابع حقوقی قرار داده و به توسعه مصادیق قانون دست زده است.

به نظر می‌رسد در صورتی که اجمال اصل ۱۶۷ مرتفع گردد، به تبع آن مخالفت با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها نیز منتفی می‌شود و در این فرض، دیگر تعارضی با دو اصل ۳۶ و ۱۶۹ ق.ا. نخواهد داشت. در غیر این صورت، اصل ۱۶۷



نمی‌تواند عدم اجمال یا تعارض خود را مفروض بداند؛ زیرا در میان اصول قانون اساسی فقط اصل چهارم است که حکومت مطلق بر سایر اصول دارد، آن هم با ضمانت اجرای خاص خود، ولی دیگر اصول از اعتبار نسبی برخوردارند. بر اساس همین تفسیر از اصل ۱۶۷ و جمع آن با دیگر اصول قانون اساسی، عطف به ماسبق کردن فتوای قاضی مجتهد یا مراجع تقلید در خصوص مسائل مستحدث در مقام تقنین (جرم‌انگاری) جایز نیست. اصل ۱۶۷ در مقام اجرا با مشکلات عدیده‌ای روبروست که از آن جمله است: مجمل بودن معنای منابع معتبر، مبهم بودن ملاک اعتبار در منابع و فتاوی، نابسامانی در امر استفتائات قضایی، حجم عظیم فتاوی معتبر، تعارض منابع و فتاوی با یکدیگر و فقدان یک مجرای قانونی جهت اعلام فتاوی مذکور به مردم و دست‌اندرکاران امر قضایی و بالأخره نقش نظارتی دیوان عالی کشور در تشخیص نظر و فتوای معتبر؛ اما در عین حال، حذف اصل مذکور نیز صحیح نیست؛ زیرا در تشخیص موضوعات و مصادیق می‌تواند، راهگشای محاکم باشد، ولی باید با دسته‌بندی و در چارچوب قرارداد فتاوی که قابل استناد در قوانین هستند، از ابهامات موجود در به‌کارگیری اصل ۱۶۷ کاست. در واقع باید مشخص شود منظور از فتاوی معتبر چیست، با اتخاذ تدابیر اصولی تا آنجا که مقدور است ابهامات ناشی از به‌کارگیری این اصل را تقلیل داد و در عمل رویه‌ای اتخاذ کرد که قضات در تشخیص احکام کیفری به استناد آن جرم‌انگاری نکنند.

همان‌طور که اشاره شد در استناد به منابع معتبر اسلامی بین قضات دادگاه‌ها اختلاف نظر وجود دارد؛ اولین محور اختلاف در این خصوص، به قلمرو شمول اجرایی آن باز می‌گردد که از نظر اکثریت، استناد تنها در امور کیفری است. محور دیگر مناقشات نظری، به کیفیت مراجعه به منابع اسلامی و فتاوی معتبر فقهی بازمی‌گردد؛ گروهی با تفکیک قضات به مجتهد و غیر مجتهد، رجوع به منابع معتبر را در صلاحیت قضات مجتهد و مراجعه به فتاوی معتبر را در صلاحیت قضات غیر مجتهد برداشت نموده‌اند و سومین محور مورد بحث اصل ۱۶۷ قانون اساسی این است که فتاوی معتبر قید شده در نص با چه معیارهایی باید توسط قضات شناسایی شده و ملاک صدور آرای قضایی ایشان قرار گیرد؟ مراجعه به رویه قضایی نشان می‌دهد که بخش عمده‌ای از قضات، نظرات امام خمینی (ره) و فتاوی مندرج در تحریر الوسیله را مبنای صدور آرای خود قرار دادند و در مواردی نیز قضات به سراغ فتاوی غیر مشهور رفتند.

راه حل پیشنهادی جهت حل مشکل گستردگی و نامشخص بودن فتاوی معتبر آن است که حتی‌الامکان تمامی جرایم منصوص شرعی در قانون مدون به صورتی که آحاد جامعه بتوانند نسبت به آنها علم پیدا کنند، آورده شود تا مشکل مزبور برطرف گردد. در مورد جرایم مستحدث یا جرایم مستوجب مجازات‌های بازدارنده نیز احکام صادره جمع‌آوری و در اسرع وقت شکل قانونی به خود بگیرد و تا قبل از تدوین نیز حداقل در روزنامه رسمی درج شود و از کاربرد فتاوی جدید در دعاوی قبل از صدور آن، در مقام جرم‌انگاری خودداری شود. به هر حال مورد فوق نشان می‌دهد لازم است هر چه سریع‌تر «منابع معتبر اسلامی» و «فتاوی معتبر» توسط شورای محترم نگهبان به عنوان مرجع تفسیر کننده اصول قانون اساسی تبیین شود تا در مواردی که میان فقها اختلاف عقیده است، قاضی بتواند حکم مناسب صادر نماید و از هرج و مرج جلوگیری شود.

پی‌نوشت

۱- البته قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در مورد فاضل دیه و پرداخت آن تمهیداتی اندیشیده است (مواد ۳۶۰ و ۴۸۰).

فهرست منابع

- ۱- احمدی پور، مسعود؛ لرجوری، عاطفه، بررسی تطبیقی اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قانون جدید با قاعده قبح عقاب بلایان، دانشگاه آزاد اسلامی واحد رشت، ۱۳۹۴
- ۲- دهقان، مجید، بررسی اصل حداقل بودن جرم در قانون اساسی، فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی، دوره ۳، شماره ۱، ۱۳۹۶
- ۳- شمس، عبدالله، آیین دادرسی مدنی- دوره بنیادین، انتشارات دراک، ۱۳۸۵
- ۴- صادقی، علی، بررسی فقهی حدود مشمول ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی، دوفصلنامه فقه و اجتهاد، دوره ۲، شماره ۳، ۱۳۹۴

۵- قیاسی، جلال‌الدین؛ حبیب زاده، محمدجعفر، حدود اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری، مجله علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، شماره ۳۳، ۱۳۸۰

۶- لرجوری، عاطفه؛ عباسی مصطفی، دادرسی منصفانه در پرتو حقوق

کیفری، کنفرانس ملی حقوق در چشم انداز ۱۴۰۴، ۱۳۹۸

۷- محمد پور، اسکندر، تحلیل قضایی از قوانین جزایی (سلسله مباحث مشورتی قضات دادگاه‌های کیفری تهران)، جلد ۱، ۱۳۸۹

۸- موحدی محب، مهدی، اجتهاد قاضی در نظام قضایی ایران، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی سال ۱ شماره ۱، ۱۳۸۸

۹- هاشمی، سعید حسین؛ کوشا، جعفر، بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، فصلنامه نامه مفید، شماره ۲۶، ۱۳۸۰