

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۸، شماره ۲

پاییز و زمستان ۱۳۹۶

صفحات ۴۴۳ تا ۴۷۳

بررسی تطبیقی چالش‌های ناشی از سکوت قانون در حقوق کیفری ایران و فقه امامیه

غلامحسین الهام

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(Email: dr.elham@ut.ac.ir)

رضا زهروی*

استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۱/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۶/۰۹)

چکیده

سکوت قوانین و راه‌حل رویارویی با آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۱۶۷ با ارجاع به منابع و فتاوی معتبر تبیین گردیده است و نظر شورای محترم نگهبان بارها و در موارد متعددی مبنی بر جریان اصل ۱۶۷ در امور کیفری منتشر شده است و تحلیل‌ها و نقدهای مختلف برخی حقوق‌دانان را در پی داشته و چالش‌های گوناگون فقهی - حقوقی را مطرح ساخته است. بر این پایه، مطالعه و بررسی ابعاد و چالش‌های عقلی و نقلی مربوط به سکوت قوانین در شاخه کیفری و راه‌حل مواجهه با آن در جهت تشریح مبانی نظریه شورای محترم نگهبان از زمره مسائل مهمی است که بخشی از موضوع مقاله پیش رو می‌باشد که با تحلیل و نقد دیدگاه‌های متعارض موافقان و مخالفان در خصوص راه‌حل ارائه شده در قوانین جمهوری اسلامی ایران با توجه به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ش همراه است. یافته‌های تحقیق این است که هیچ‌یک از اشکالات طرح شده نمی‌تواند به نحو سالبه کلیه مانع استناد به این اصل در امور کیفری باشد و نگارندگان کوشیده‌اند در عین احترام به حریم خصوصی مردم که به جنبه اثباتی جرم مربوط می‌شود و نه ثبوتی آن، در نهایت گامی در جهت حل و رفع این تعارضات بردارند.

واژگان کلیدی

ابهام قوانین، جهل به قانون، سکوت قوانین، شورای نگهبان، مشروعیت قوانین.

مقدمه

قانون‌گذاری در ایران و جهان حاکی از آن است که قانون‌گذار هیچ‌گاه نتوانسته است تمامی ابعاد مورد نیاز در همه قوانین را در تقنین مد نظر قرار دهد و هر قدر هم که اندیشمندان و صاحب‌نظران کوشیده‌اند و هر مقدار هزینه هنگفت برای تهیه طرح‌ها و لوایح قانونی کامل برای موضوعات مختلف صورت گرفته است، به دلایل متعدد همچون سرعت پیشرفت و تکنولوژی و ناتوانی فکر انسان برای حرکت به موازات آن، نقایص، تعارضات و ابهامات در این قوانین ملاحظه می‌شود و اساساً یکی از دلایل و حکمت‌های اشاره‌شده در خصوص ضرورت وضع قوانین الهی، همین نقاط ضعف قوانین بشری بوده است.

قانون‌گذار ایرانی نیز به‌عنوان یکی از این مصادیق، نیازمند مرجع و منبعی است تا بتواند این اشکالات را برطرف نماید و تا پیش از سیر مراحل تصویب قانون کامل‌تر، پرونده‌ها و قضایای مطرح‌شده را به نحو معقول و مشروع پاسخگو باشد و به همین دلایل بر طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدون بیابد و اگر نیابد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم را صادر نماید و به بهانه سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین مدون نمی‌تواند از رسیدگی به دعوا و صدور حکم خودداری ورزد.

پرسش و دغدغه اصلی نوشتار حاضر این است که با وجود صراحت اصل ۱۶۷، ادله مخالفان جریان آن در امور کیفری چیست و چگونه قابل پاسخ است و در خصوص این موضوع مسائل متعددی نیز مطرح است که باید بررسی شود. سابقه تاریخی آن و دیدگاه‌های شورای محترم نگهبان پیرامون آن^۱ و مشروح مذاکرات نهایی مجلس قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و شورای بازنگری قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، همچنین بررسی تطبیقی فلسفه وجودی و دلایل توجیه‌کننده این اصل از نظر شرعی و عقلی و از همه مهم‌تر جریان یا عدم جریان حکم اصل به دعاوی کیفری که شامل ادله موافقان و مخالفان است، با عنایت به انتقادات صورت‌گرفته بسیار حیاتی و محوری است.

۱. شورای نگهبان در تاریخ ۲۹ دی ۱۳۸۸ در اولین ایراد خود به قانون جدید مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ش مقرر داشته است: «ماده ۲ از این جهت که فعل یا ترک فعلی را که شرعاً مجازات داشته باشد ولی قانون متعرض آن نشده مستوجب مجازات نمی‌داند، خلاف شرع شناخته شد، هرگاه این ماده به صورت متن سابق اصلاح گردد ایراد برطرف می‌گردد» (نامه شورای نگهبان به شماره ۳۷۱۳۵/۳۰/۸۸) و این نظر را در موارد دیگر نیز تأیید نموده است. برای تفصیل بیشتر در خصوص نحوه تفاسیر شورا نک: موسی‌زاده، ۱۳۸۹، ص ۴۵۶.

معناشناسی سکوت قانون

برای درک صحیح و معناشناسی کامل این موضوع باید از منظر لغوی، اصطلاحی و ریشه‌شناختی آن را بررسی کرد که از منظر لغوی سکوت در زبان فارسی به معنای خاموشی، خاموش شدن، با توانایی سخن گفتن ترک آن کردن (دهخدا، ۱۳۶۹، ص ۶۵۴) و آرام شدن است (عمید، ۱۳۸۱، ص ۱۴۴۷) و در زبان عربی معادل الصمت می‌باشد. این واژه در زبان انگلیسی برابر «Silence» است که از Silere لاتینی به معنای ساکت بودن به دست آمده و اگرچه معلوم نیست که منشأ این لغت چه بوده است، اما برخی ریشه‌شناسان احتمال داده‌اند که به طریقی با «anasilan» گوتی خویشاوند باشد و این فعل بر معنای «باد در حال افول» دلالت داشته و نیز احتمال داده شده با Desinere لاتینی به معنای Stop (توقف کردن- ایستادن) هم‌ریشه بوده که در این صورت معنای زیربنایی آن متوقف کردن گفتار است (آیتو، ۱۳۸۵، ص ۱۰۸۲). بدیهی است اثر این دقت نظر در تفاوت‌های ریشه‌ای در مقایسه آن با مفاهیمی همچون نقص که با آن مصادیق مشترکی دارند، نمایان خواهد شد و عطف «سکوت» و «نقص» در اصل ۱۶۷ نیز قابل ملاحظه است.

از منظر اصطلاحی در دانش حقوق، سکوت قانون به معنای نبود قانون نسبت به موضوع (یا موضوعات) معین است و بنابراین، سکوت عمدی و سهوی یعنی حتی مواردی که اساساً به علت بی‌توجهی قانون‌گذار، شامل قانونی که وضع نشده است هم می‌شود. به همین دلیل برای بیان این معنای وسیع در فقه، اصطلاح «ما لایص فیہ» را به کار برده‌اند که حتی به اذعان حقوق‌دانان نیز بسیار رساتر و جامع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۵۲۳)، اما نمی‌توان آن را با سکوت قانون مورد بحث مترادف دانست.

همچنین به لحاظ معناشناسی اصطلاح سکوت قانون را نباید با «اطلاق قانون» خلط نمود، زیرا سکوت قانون هرگز به معنای مطلق بودن آن نیست و شرایط و مقدمات حکمت برای فرض اطلاق ضروری است^۱ و به این ترتیب، رابطه سکوت و اطلاق مترادف نیست، بلکه می‌توان گفت اطلاق در مقام بیان نوعی بیان است و لذا با سکوت رابطه تباین بلکه تضاد خواهد داشت. همچنین نباید میان سکوت و نقص رابطه تساوی قائل شد، زیرا ناقص بودن قانون صورت‌های دیگری همچون اجمال قانون را نیز شامل می‌شود.^۲

۱. بنابراین اگر برای مثال قانون امور حسبی نسبت به دادخواهی از حکم حصر وراثت سکوت اختیار کرده است، این سکوت صرفاً در صورت اجتماع شرایط و مقدمات حکمت می‌تواند به اطلاق منجر شود. برای دیدن نظر مخالف و خلط میان حدود سکوت و اطلاق، نک: جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۳۶۰.

۲. اجمال قانون قطعاً از مواردی است که فارق گستره میان سکوت و نقص است. برخی صاحب‌نظران تعارض قوانین را نیز یکی از مصادیق سه‌گانه نقص قانون به‌شمار آورده‌اند و از این نظر نقص قانون را مقسم و سکوت

پیشینه ارجاع به شرع و اعتبار منابع اسلامی در حقوق ایران

موارد متعدد و قابل توجهی را در خصوص «سکوت قانون و ارجاع به شرع» در قوانین و آرای محاکم و حتی بخشنامه‌های رئیس قوه قضائیه ملاحظه می‌کنیم. به لحاظ پیشینه، قانون اساسی مشروطه در این خصوص ساکت است و متمم قانون اساسی مشروطه نیز «ارجاع به شرع» را در خصوص سکوت قانون مستقیماً و به‌صراحت مطرح نساخته است، اما در عمل چندین مورد «ارجاع به شرع» را حتی در مواردی که چه‌بسا قانون عادی نیز وجود دارد در متمم قانون اساسی مشروطه به‌وضوح و مستقیم می‌توان مد نظر قرار داد؛ برای نمونه اصل هجدهم مقرر می‌دارد: «تحصیل و تعلیم علوم و معارف و صنایع آزاد است مگر آنچه شرعاً ممنوع باشد» و نیز اصل پانزدهم مقرر می‌دارد: «هیچ ملکی را از تصرف صاحب ملک نمی‌توان بیرون کرد مگر با مجوز شرعی و آن نیز پس از تعیین و تأدیة قیمت عادلانه است» و جالب این است که این اصل دقیقاً قبل از اصلی است که در آن از لفظ قانون استفاده شده است و لذا می‌تواند بیانگر این باشد که عمداً در اصل پانزدهم به‌جای قانون از واژه شرع استفاده شده است.^۱

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران پس از پیروزی انقلاب اسلامی نیز چنان‌که در مقدمه مقاله اشاره شد، در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، موضع به‌صراحت بیان شده است و قضات موظفانند کوشش کنند حکم هر دعوا را در قوانین مدون بیابند و اگر نیابند با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نمایند و به بهانه سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین مدون نمی‌توانند از رسیدگی به دعوا و صدور حکم خودداری ورزند.^۲ این موضع قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌وسیله قانون مجازات اسلامی دارای ضمانت اجرای کیفری نیز گردیده است و فصل دوازدهم قانون مجازات اسلامی (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده) مصوب ۱۳۷۵ش با اینکه صرفاً یک ماده دارد (ماده ۵۹۷)، قانون‌گذار به لحاظ اهمیت موضوع، فصل مستقلی را به آن اختصاص داده است.^۳ برای ضمانت اجرای اصل پیش‌گفته

۱. را قسم آن تلقی نموده‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۵۲۴).

۲. به این ترتیب، با وجود امکان عقلی و وقوعی برای ارجاع به قانون، همچون اصل شانزدهم متمم قانون اساسی مشروطه که مقرر می‌دارد: «ضبط اموال و اموال مردم بعنوان مجازات و سیاست ممنوعست مگر بحکم قانون»، در اصل پانزدهم بر آن استعمال «مجوز شرعی» ارجح شمرده شده است.

۳. مشروح مذاکرات قانون اساسی نیز حاکی از این است که این اصل با توجه به آثار سوء عدم صدور حکم که ممکن است در برخی پرونده‌ها طرح گردد، ضروری تلقی شده است. برای مطالعه تفصیلی، نک: ج ۲، مشروح مذاکرات قانون اساسی.

۳. هرچند صرف کیفرانگاری به‌وسیله انفصال، آن‌هم صرفاً از شغل قضایی، برای این محکومان با این فلسفه منافات

اناشده و بر اساس مفاد آن، هریک از مقامات قضایی که شکایت و تظلمی مطابق شرایط قانونی نزد آن‌ها برده شود و با اینکه رسیدگی به آن‌ها از وظایف آنان بوده، به هر عذر و بهانه اگرچه به عذر سکوت، اجمال یا تناقض قانون از قبول شکایت یا رسیدگی به آن خودداری کند یا صدور حکم را برخلاف قانون به تأخیر اندازد یا برخلاف صریح قانون رفتار کند، بار اول از شش ماه تا یک سال و در صورت تکرار به انفصال دائم از شغل قضایی محکوم می‌شود و در هر صورت به تأدیة خسارات وارده نیز محکوم خواهد شد.

پس از آن حدود سه سال بعد ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۲۸ شهریور ۱۳۷۸ مقرر نمود که رأی دادگاه باید مستدل و موجه بوده، مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است. این ماده نیز دادگاه را مکلف نمود که حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی در خصوص آن موضوع وجود نداشته باشد، با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت، نقص، اجمال، تعارض یا ابهام قوانین مدون از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم خودداری ورزند. به همین ترتیب، هنوز یک سال کامل نگذشته بود که در ۲۱ فروردین ۱۳۷۹ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی تصویب شود و ماده ۳ آن عیناً با مختصر تغییر عبارتی مقرر نمود: «قضات دادگاه‌ها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر و یا فصل خصومت نمایند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر نمایند و نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از رسیدگی به دعا و صدور حکم امتناع ورزند والا مستنکف از احقاق حق شناخته شده و به مجازات آن محکوم خواهند شد». همین‌طور قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۲۸ مهر ۱۳۸۱ با تصریح به ملاک بودن فقه در هنگام سکوت قانون، سلسله تأکید بر رجوع به شرع در موارد سکوت قانون را تکمیل نمود.^۱ آرای وحدت رویه نیز مؤید همین ارجاع است^۲ و برخی از رویه‌های قضایی و بخشنامه‌های قوه

دارد، لذا اصلاح آن از این نظر ضروری به نظر می‌رسد.

۱. تبصره ۱ ماده ۱۸ مقرر می‌دارد: «مراد از خلاف بین این است که رأی برخلاف نص صریح قانون و یا در موارد سکوت قانون مخالف مسلمات فقه باشد». البته تبصره پیش‌گفته الزام به رجوع به شرع ندارد و صرفاً امکان بررسی و رجوع به شرع برای انطباق با شرع را تلویحاً تجویز نموده است.

۲. برای نمونه بخشی از رأی وحدت رویه ۶۸۳ مورخ ۱۳ دی ۱۳۸۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور (کیفری) مقرر می‌دارد: «در صورت سکوت قانون در این خصوص موضوع از مصادیق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳

قضائیه نیز حاکی از همین تلقی است.^۱ اما قانون جدید آیین دادرسی کیفری ماده‌ای مشابه ماده ۲۱۴ که در سطور قبلی اشاره شد، ذکر نکرده است. لکن این عدم ذکر با عنایت به ماده ۲۲۰ قانون مجازات دلالت موجه و مشروعی بر عدول از تجویز رجوع به شرع در امور کیفری ندارد، زیرا اولاً قانون عادی نمی‌تواند عدول از تجویز مورد بحث در قانون اساسی باشد، و دوم اینکه ماده ۲۲۰ هم مفهوم مخالف ندارد و نامه شورای نگهبان به شماره ۸۸/۳۰/۳۷۱۳۵ که در صفحات پیشین اشاره شد، قرینه قطعی و صریح برای عدم اراده چنین معنایی از سوی مفسر رسمی و معتبر قانون اساسی است.

مبانی اصل ۱۶۷ قانون اساسی

به‌طور کلی بر پایه ملاحظه نحوه قانون‌گذاری که در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌روشنی قابل احراز است، دو مبنا زیر برای این اصل می‌تواند مد نظر قرار گیرد و طبعاً هریک از این دو مبنا ثمراتی را نیز در پی دارد که با ثمرات مبنا دیگر متفاوت است.

۱. فرضیه اول: اصل ۱۶۷ به‌مثابه اصل عملی

بر این مبنا، فلسفه مقرر اصل ۱۶۷ قانون اساسی صرفاً این است که پرونده‌های قضایی بدون حل و فصل شدن باقی نمانند و طرفین دعوی بتوانند پس از تحمل زحمات اقامه و دفاع از دعوی که مطرح شده است، ثمره دعوی را ملاحظه کرده، از آن بهره‌مند شوند. بر این پایه، راه‌حل ارائه‌شده در اصل ۱۶۷ قانون اساسی به‌مثابه یک اصل عملی خواهد بود که فقط برای نجات طرفین دعوی و جامعه از تبعات سوء باقی ماندن نزاع وضع گردیده است. با این‌همه، نهایت توقع و تأثیر اصل ۱۶۷ در رفع منازعه جایی است که قانون نتوانسته است رسالت خود را به یکی از دلایل پیش‌گفته (سکوت، نقص، تعارض اجمال) ایفا نماید؛ بدیهی است ثمرات پذیرش این مبنا حداقل در دو امر زیر بروز خواهد کرد:

قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی بوده و به‌صراحت مقررات مرقوم باید به اصول و مبانی فقه اسلامی و فتاوی مسلم رجوع کرد» سایت روزنامه رسمی . www.rk.ir/Laws/ShowLaw.aspx?Code=2524

۱. برای نمونه، نک: بخشنامه ۱ آبان ۱۳۷۹ مصوب رئیس قوه قضائیه که مقرر می‌دارد: (... با توجه به اختلاف آرای فقها و سکوت قانون مجازات اسلامی) مصوب ۱۳۷۰ش در خصوص موضوع، به دستور اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری، دادگاهها بر اساس منابع یا فتاوی معتبر اقدام خواهند کرد.

• امکان جایگزینی راه‌حل توافقی طرفین به‌جای رجوع به شرع

پذیرش مبنای اشاره‌شده سبب می‌شود چنانچه طرفین راه‌حل دیگری را غیر از اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای نجات از سکوت، نقص، تعارض و اجمال قانون پیشنهاد نمودند، این پیشنهاد به‌عنوان یک موضوع قابل بررسی - خواه به نحو الزامی و خواه به نحو تخییری - برای قاضی قابل دستیابی باشد؛ مانند داوری که توافق قبلی یا بعدی طرفین دعوا ممکن است موجب سلب صلاحیت دادگاه شود.

• برآیند راه‌حل‌های اضطراری

بر مبنای ارائه‌شده (تلقی اصل ۱۶۷ به‌مثابه مشابه اصل عملی) می‌توان این ثمره را نیز مترتب دانست که نقد اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و یا مثبت ارزیابی کردن راه‌حل این اصل، در حیطه و چارچوب مشخص شده می‌باشد؛ به این معنا که این راه‌حلی است که در هنگام ناچاری و نوعی اضطرار وضع شده است و بنابراین نباید از راه‌حل‌های اضطراری توقع زیادی داشت و انتظاراتی همچون برقراری عدالت به‌طور کامل از اصل ۱۶۷ خود برخلاف عدالت است.^۱

۲. فرضیه دوم: اصل ۱۶۷ به‌مثابه مکمل حقیقی قانون عادی

بر این مبنای راه‌حل ارائه‌شده از سوی اصل ۱۶۷ قانون جمهوری اسلامی ایران، هرچند مقید به شرایطی است که به نحو تخییری یکی از سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین مطرح شده است، اما این شرایط و قیود به جهت تعلیلیه می‌باشند نه جهت تقییدیه. به این ترتیب، وضع اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دقیقاً در راستای اعتبار بخشیدن حقیقی به شرع در محاکم دادگستری است؛ بدون آنکه این اعتبار نیازمند و مقید به تدوین و تصویب ماده قانونی باشد که نمایندگان مجلس آن را به تصویب رسانده‌اند. بر این اساس، هرچند قاضی صرفاً در صورت سکوت، تعارض، اجمال یا نقص قانون می‌تواند به راه‌حل اصل ۱۶۷ استناد و حکم را صادر نماید، اما اعتبار آن احکام شرع مقید به این شرایط

۱. بدیهی است عدالت نسبی مورد انتظار از اصول عملی، یعنی مبنای طرح‌شده در فرض نخست، قابل تحقق است. اما از آنجا که اصول عملی محرز واقعیت نیستند، عدالت کامل از آن‌ها انتظار نمی‌رود. برای تفصیل نک: مومنی، ۱۳۸۳، ص ۲۲.

۲. بدیهی است مقصود از اعتبار، صرف مقدس و مورد عنایت قرار گرفتن در خانه و مسائل شخصی و خصوصی نیست، زیرا این تعبیر از اعتبار نیازمند به جعل اصل ۱۶۷ قانون اساسی ندارد و پذیرش هریک از دو مبنای اشاره‌شده با این معنا از اعتبار تلازم یا تنافی ندارد؛ بر این پایه مقصود از اعتبار، داشتن مشروعیت و قابلیت

شرایط (سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین) نیست، بلکه چنان که اشاره شد این جهات صرفاً مجاری رجوع به فتاوی می‌باشند؛ ثمراتی را که برای برگزیدن این مبنا می‌توان مد نظر قرار داد، عبارت‌اند از:

▪ انحصار طریق رجوع به شرع و عدم امکان جایگزینی راه حل توافقی یا...

بر مبنای اشاره شده، چنانچه طرفین راه حل دیگری را غیر از اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای نجات از سکوت، نقص، تعارض یا اجمال قانون پیشنهاد نمودند، این پیشنهاد به عنوان یک موضوع قابل بررسی - خواه به نحو الزامی و خواه به نحو تخییری - برای قاضی قابل دستیابی نخواهد بود، زیرا شرع در این مبنا مکمل حقیقی قانون عادی است و نه صرفاً راه‌حلی اضطراری و به تعبیر برخی مخالفان این مبنا از باب اکل میته است. همچنین تفاسیر سلیقه‌ای یا بدون مبنای شرعی و صرفاً مبتنی بر اصول کلی حقوق بر اساس مبنای اخیر دیگر نمی‌تواند مستند حکم قاضی در موارد سکوت و نقص قوانین باشد، زیرا اصل ۱۶۷ را به عنوان مکمل حقیقی و الزامی تلقی نموده‌ایم.

▪ برآیند راه‌حل‌های اختیاری

بر مبنای ارائه شده می‌توان این ثمره را نیز مترتب دانست که نقد اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و یا مثبت ارزیابی کردن راه‌حل این اصل، در حیطة و چارچوب مشخص شده برای امری اضطراری نیست؛ به این معنا که این راه‌حلی نیست که صرفاً در هنگام ناچاری و نوعی اضطرار قابل دفاع باشد، بلکه می‌توان انتظاراتی همچون برقراری عدالت را از این اصل مد نظر قرار داد که البته از منظر نویسندگان این سطور به نظر می‌رسد با توجه به دلایل اشاره شده مبنای اخیر با عنایت به اصل چهارم قانون اساسی موجه و ارجح است.

منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر در اصل ۱۶۷

عبارت «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» که در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به کار رفته، تفاسیر متعددی را در پی داشته است که به برخی از مهم‌ترین آن‌ها اشاره می‌شود:

۱. فرضیه اول: منابع معتبر اسلامی یعنی کتاب، سنت، اجماع و عقل

منابع معتبر اسلامی همان منابع فقه امامیه یعنی کتاب، سنت، اجماع^۱ و عقل می‌باشد که قاضی اگر خود مجتهد جامع‌الشرایط است، باید به آن‌ها رجوع کند و اگر مجتهد یا جامع‌الشرایط نیست، در این صورت باید از فتاوی معتبر دیگر مجتهدان جامع‌الشرایط بهره برده، به آن‌ها استناد کند.

دلیلی که برای تأیید این فرضیه می‌توان اقامه نمود، عبارت است از ظهور عبارات اصل ۱۶۷ قانون اساسی و منشأ این استظهار نیز عبارت است از دلالت مطابقی واژه «یا» که دقیقاً در عبارت «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» به کار رفته است و این واژه علی‌القاعده میان دو کلمه یا عبارت به کار می‌رود که آن دو تباین داشته باشند.

اما این فرضیه با اشکالات متعددی نیز روبرو است که باید برای آن‌ها پاسخ مستدلی یافت، زیرا این استظهار از سوی مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران صورت نگرفته است و این نحوه تفسیر منابع اسلامی یا فتاوی معتبر سبب اختلاف احکام صادره از سوی قضاات مختلف در موارد مشابه می‌شود؛ به گونه‌ای که تا هنگامی که به وحدت رویه منجر نشده است، تفاوت در احکام صادره را در خصوص موارد مشابه در پی خواهد داشت

به‌علاوه جهل مردم نسبت به استنباطات قاضی مجتهد به‌گونه‌ای است که نمی‌توان آن را نادیده گرفت و عقلاً نمی‌توان مردم را به توجه به استنباطی مکلف نمود که قاضی پرونده احتمالاً در آینده خواهد داشت.

۲. فرضیه دوم: منابع معتبر اسلامی یعنی فتاوی معتبر یا فتاوی حاکم شرع

این فرضیه مبتنی بر این است که نباید به قضاات اجازه مراجعه مستقیم به منابع اولیه کتاب، سنت، اجماع و عقل داده شود و مقصود از منابع همان فتاوی معتبر است که با تقدم فتاوی حاکم شرع بر سایر مراجع به‌ویژه در امور جاری حکومت اسلامی و نظم اجتماعی در نهایت به‌خصوص فتاوی حاکم شرع و مقام رهبری باید تفسیر گردد.

دلایل متعددی را برای تأیید این فرضیه می‌توان ارائه نمود:

۱. اجماع در فقه امامیه منبع مستقلی نیست و صرفاً به‌عنوان کاشف قول معصوم یا همان سنت می‌باشد و لذا صحیح‌تر آن است که در عرض سه منبع دیگر طرح نگردد؛ برعکس در خصوص اهل تسنن این منبع بسیار مهم است و به تعبیر برخی «الإجماع أصل لأهل السنّة، و هم أصل له».
۲. بر طبق اصل ۹۸: تفسیر قانون اساسی به‌عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می‌شود.

- دلیل نخست. واژه «یا» در عبارت «منابع معتبر اسلامی و یا فتوای معتبر» ظهور در تباین این دو دارد، اما این ظهور قابل پذیرش نیست و مقصود از منابع معتبر اسلامی را باید همان فتاوی معتبر دانست.
- دلیل دوم. با عنایت به تبصره ماده ۳۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی انقلاب (در امور مدنی) که مقرر می‌دارد چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری برای رسیدگی ارجاع خواهد شد؛ بنابراین می‌توان استنباط کرد که قانون‌گذار در صدد است که اجتهاد قضات مبنا و محور قضاوت و صدور حکم قرار نگیرد.
- دلیل سوم. این فرضیه اشکالات متعددی را که به دلیل اختلافات هر چند جزئی و نادر در فتاوی معتبر ممکن است بروز کند، منتفی خواهد نمود.
- دلیل چهارم. مستندات موجود حاکی از تأیید ضمنی این امر از سوی شورای محترم نگهبان است.^۱

اما این فرضیه نیز ایرادات قابل ملاحظه‌ای دارد که موجب می‌شود همان فرضیه نخست اگرچه با برخی مشکلات عملی پذیرفته شود و در اولویت قرار گیرد.

زیرا در خصوص دلیل نخست فرضیه، این اشکال قابل طرح است که چه دلیلی بر رفع ید از ظهور داریم؟ بلکه برعکس حاکم شرع در ادبیات فقهی به قاضی تعبیر می‌شود، نه رهبری جامعه اسلامی. لذا در لایحه تعزیرات در سال ۱۳۶۱ ش شورای نگهبان بر اساس قاعده التعمیر بما یراه الحاکم به طور جدی مخالف تعیین قانونی تعزیرات بوده و معتقد به اعطای صلاحیت به قضات شده است، چون حاکم را همان قاضی تفسیر می‌نمود.

در خصوص دلیل دوم فرضیه نیز ممکن است پاسخ داده شود که این ماده دو وجه دارد و چه بسا ماده ۳۰ خلاف استنباط ارائه شده را برساند، زیرا قانون‌گذار خواسته قاضی مجتهد را مکلف به اجرای قانونی کند که مخالف اجتهادش است، حتی اگر منطبق با نظر ولی فقیه باشد. لذا برای جمع بین تضمین اجرای قانون از یک سو و عدم تحمیل رفع ید از نظر اجتهادی، قاضی اختیار صدور قرار امتناع از رسیدگی را به او داده است.

در خصوص دلیل سوم نیز می‌توان گفت نقد قانون سوازی از تفسیر آن است و به صرف

۱. برای تفصیل نک: به مبانی فقهی آرای فقهای شورای نگهبان: پیرامون لایحه حدود و قصاص و مقررات آن، تألیف محقق محمدحسین بیاتی، زیر نظر غلامحسین الهام، تهران: ریاست جمهوری، معاونت پژوهش، اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور. همچنین استفتای شورای محترم نگهبان از مقام معظم رهبری و رویه جاری شورای نگهبان که در صفحات آتی ذکر خواهد شد (بر طبق این مستندات، تحریرالوسیله حضرت امام (ره) و در موارد مستحده فتاوی مقام معظم رهبری محور و معیار خواهد بود).

اشکالات عملی آن هم جزئی در اجرای قانون نمی‌توان اراده قانون‌گذار را نادیده گرفت و فرضیه مخالف را جایگزین اراده قانون‌گذار نمود.

همین‌طور در خصوص دلیل چهارم نیز می‌توان ایراد نقضی وارد نمود که اتفاقاً برخی مستندات عکس این استدلال را نشان می‌دهد، زیرا اولاً در بسیاری از موارد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ش مغایر فتاوی حضرت امام و مقام معظم رهبری بوده است (اکرمی، ۱۳۹۳، ص ۶) و دوم اینکه در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی ابتدا تنها مراجعه به منابع معتبر پیشنهاد شده بود، سپس برخی از نمایندگان پیشنهاد می‌کنند ممکن است قضات مجتهد نباشند، لذا فتاوی معتبر نیز اضافه شود؛ بنابراین، مشخص می‌شود اراده قانون‌گذار اساسی هم همان بیانی است که در فرضیه اول آمده است.

قضات در اصل ۱۶۷

ممکن است واژه «قضات» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی از این نظر که معلوم نیست مقصود قضات مجتهدند یا قضات مأذون یا هر دو، مبهم دانسته و تلاش شده است که به استناد این ابهام، اصل ۱۶۷ قانون اساسی مورد نقد قرار گیرد.

به نظر می‌رسد هرچند این واژه به صورت جمع آمده است، اما از آنجا که هیچ‌گونه لفظ یا سیاق دال بر عموم آن وجود ندارد، عمومی ملاحظه نمی‌شود و لذا قابل استناد نیست. ولی اطلاق را ممکن است بتوان مورد توجه قرار داد و در واقع اطلاق این واژه با احراز مقدمات حکمت قابل استناد است؛ البته با توجه به فرضیه دوم که در خصوص منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر ارائه و برتری داده شد، همه اقسام قضات اعم از قضات مجتهد و قضات مأذون مشمول اصل خواهند بود، لکن بدیهی است که فقط قضات مجتهد می‌توانند از منابع معتبر اجتهاد نمایند.

قوانین در اصل ۱۶۷

در خصوص واژه قانون و کاربردهای آن بحث‌های متعددی صورت گرفته است. قانون به لحاظ لغوی از کانون که معرب واژه یونانی کانون بوده، گرفته شده است و برای آن ریشه سریانی قائل شده‌اند (فرهنگ معین، ص ۲۳۱).^۱ به نوشته لغت‌نامه صحاح، قانون کلمه‌ای است غیرعربی

۱. همچنین نک: برخی دیگر که اصل کلمه قانون را عربی ذکر کرده‌اند (فرهنگ فارسی عمید، ص ۲۱۳). برخی صاحب‌نظران نیز بر آن‌اند که این لغت معرب کانون است و عربی نیست، لیکن این واژه در عربی کاربرد دارد، ولی معرب از یونانی kanon است و آن را باید سامی دانست.

(جوهری، ۱۴۱۰ق، ص ۲۱۸۵ و نیز نک: فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۴۴، ص ۳۲۱). قانون به معنای حقوقی آن از منظر تاریخی (Loi) از canon گرفته شده که عبارت است از مقررات موضوعه از سوی مقامات کلیسا. کلمه قانون معرب کلمه لاتین پیش گفته است که در اصل به معنای «خط کش» به کار رفته و بعد معنای قاعده به خود گرفته است (ترمینولوژی حقوق، ص ۲۳۱) و امروز در زبان‌های اروپایی به مقررات کلیسای مسیحیت و کنیسه یهودیت اطلاق می‌شود (Canon Law, Droit Canonique). در سریانی واژه قانون به شکل «قنونا» بوده که در زبان ارمنی نیز رایج است و معنی قاعده و قانون را دارد. ^۱ canon در زبان‌های انگلوساکسن قاعده یا عصا، در لاتین مقیاس اندازه‌گیری قاعده و نمونه، در یونانی به همان معنی و قریب به معنای لفظ دیگر یونانی Kanna و Cane، و در انگلیسی به معنی نی و چوبدستی است. از تلفیق این معانی، میزانی برای سنجش حق و ناحق و سزا و جزا به دست می‌آید. در خصوص کاربرد قانون به معنای حقوقی آن در مفهوم Law انگلیسی و Loi فرانسه (آیتو، ۱۳۸۵، ص ۶۸۴) به‌طور کلی دو نگرش وجود دارد: نگاه اول قانون را منحصر به قواعد و نظاماتی می‌داند که بر پایه عقل و منطق و تجربه عملی بشر استوار است و ریشه سماوی و ماوراءالطبیعه (متافیزیک) ندارد، اما نگاه دیگر که از نظر نویسندگان صحیح‌تر به نظر می‌رسد، این است که بگوییم دو معنای عام و خاص از قانون وجود دارد.

- قانون به معنای عام. در برابر هرچیز غیرقابل استناد در محضر دادگاه به‌کار می‌رود و مقصود تمام مقررات لازم‌الاتباع است و از طرف یکی از مراجع صالح کشور برای آن نوع تقنین وضع می‌شود و ممکن است این نهاد قوه مقننه یا رئیس دولت یا یکی از اعضای قوه مجریه باشد. پس در معنای عام، قانون شامل تمام مصوبات مجلس و تصویب‌نامه‌ها و بخشنامه‌های اداری یا حتی مصوبات مجمع - اگر در محدوده صلاحیت ایشان باشد - می‌شود.
- قانون به معنای خاص. به قواعدی گفته می‌شود که با تشریفات مقرر در قانون اساسی از طرف مجلس شورای اسلامی به تصویب می‌رسد و شورای نگهبان هم آن را تأیید می‌کند؛ یعنی قانون مفهوم ویژه‌ای دارد که با تصمیم‌های قوه مجریه متفاوت است.

بر این پایه با توجه به اینکه در اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی مکلف شده است تا در مواضع سکوت به فتاوی معتبر رجوع نماید، معنای قانون در این اصل همان معنای عام است؛ مشروط

۱. واژه انگلیسی Canon را که به مفهوم مقررات (شریعت) دین یهود و نصاری است، نباید با واژه فرانسوی Canon به معنای توپ که در انگلیسی با حرف n مکرر و به صورت Cannon نوشته می‌شود، اشتباه کرد.

بر اینکه بر طبق صلاحیت مرجع ذی‌صلاح و منطبق بر ضوابط آن باشد. لذا اگر آیین‌نامه‌ای برای نمونه خلاف ضوابط وضع خود صادر شود، نمی‌تواند مانع تحقق عنوان سکوت قانون شود و شرع می‌تواند محل رجوع قضات باشد، نه آن آیین‌نامه نادرست و به تعبیر اصطلاح اصولی قانون به معنای عام، اما به شکل «صحیحی» نه «اعمی» مد نظر است.

دعوی در اصل ۱۶۷

در خصوص شمول دعاوی نسبت به دعاوی مدنی تردیدی نیست، اما در اینکه آیا نسبت به دعاوی کیفری هم جریان دارد، بحث‌های متعددی صورت گرفته است که باید به‌دقت بررسی شود.

ارجاع به شرع در مواضع سکوت قانون از جهات متعددی از سوی صاحب‌نظران مختلف مورد توجه قرار گرفته است، به گونه‌ای که برخی مخالف این ارجاع و برخی موافق‌اند. در اینجا به‌طور مختصر دلایل مخالفان و دیدگاه‌های موافقان تقدیم می‌شود.

نظریه مخالفان استناد به فتاوی معتبر در سکوت قوانین کیفری

چنان‌که اشاره شد، برخی^۱ بر این باورند که اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران صرفاً در امور مدنی است و نمی‌توان آن را به امور کیفری تسری داد. برای این نظر که طرف‌داران قابل ملاحظه‌ای دارد و برخی از صاحب‌نظران حقوق نیز به آن متمایل هستند، دلایل متعددی قابل ارائه است که به بیشتر آن‌ها اشاره می‌شود:

- تسری اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به امور کیفری مخالف اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اصل ۳۶ قانون اساسی است.
- جریان اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری خلاف اصل برائت است.
- مینا و شناخت منابع معتبر مشخص نیست و لذا جریان اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری ارجاع به مجهول یا مجمل است.
- منابع معتبر با یکدیگر اختلاف نظر دارند و لذا جریان اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری، ارجاع قضات به دلایل متعارض است که

۱. در این باره تعداد حقوق‌دانان بی‌شمار است. برای نمونه، نک: اردبیلی، ۱۳۸۲، ص ۶۵؛ گلدوزیان، ۱۳۸۶، ص ۴۹؛ نوربها، ۱۳۷۹، ص ۶۳؛ پیمانی، ۱۳۷۲، ص ۵۳.

- عقلاً ناپسند است .
- منابع معتبر فقهی نیاز به دانش عربی دارند که قضات ما به این دانش مسلط نیستند و اصل ۱۶۷ سد راه قضات خواهد بود.
 - منابع معتبر فقهی به فرض عدم تعارض اساساً در دسترس نیستند.
 - منابع فقهی مطابق وقایع به روز نیستند.
 - مردم از منابع معتبر فقهی بی خبرند.
 - در منابع معتبر فقهی هم موارد سکوت، اجماع و نقص وجود دارد.
 - استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری موجب تفسیر موسع می شود.
 - استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری موجب اعمال سلیقه قضات در مجازات می شود و حتی در جرم انگاری.
 - رویه غالب قضات مراجعه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری نیست.
 - قانون گذار اگر تمایل به اجرای برخی مسائل شرعی دارد، باید آن ها را به صراحت بیاورد و اینکه نیاورده نشان از این است که تمایلی ندارد.
 - ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ش صرفاً در خصوص حدود است، نه همه امور کیفری.
 - قاعده در مانع جریان اصل ۱۶۷ در امور کیفری است.
 - ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ ش در قانون جدید آیین دادرسی کیفری حذف شده است.

نظریه موافقان^۱ استناد به فتاوی معتبر در سکوت قوانین کیفری

چنان که اشاره شد برخی بر این باورند که اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

۱. در این خصوص شمار حقوق دانان بسیار کمتر است، هر چند نظریه آنان در این مقاله تقویت می شود. در این خصوص نک: آشوری، ۱۳۸۵، ص ۱۳. وی در پاورقی به صراحت می گوید: نظریه برخی حقوق دانان مبنی بر عدم جریان ۱۶۷ در امور کیفری نه با پیشینه، نه فلسفه و نه سیاق اصل ۱۶۷ سازگار نیست. و نیز نک: الهام، ۱۳۸۱، ص ۵۴؛ اصلانی، ۱۳۸۷، ص ۷۶؛ صفری و زهروی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۲؛ حسینی، ۱۳۸۳، ص ۱۲۴. سیدمحمد حسینی می گوید: «نگاهی به مذاکرات مجلس خبرگان در زمان تصویب این اصل مؤید اطلاق ظاهر و شمول آن بر کلیه دعاوی اعم از مدنی و کیفری است... تأیید شورای نگهبان قانون اساسی (که مرجع تفسیر قانون اساسی است) هرگونه شبهه را راجع به اطلاق اصل یادشده از بین برده است».

صرفاً در امور مدنی نیست و می‌توان آن را در امور کیفری نیز جاری^۱ دانست؛ برای این نظر که طرف‌داران کمتری دارد و نیز برخی از صاحب‌نظران حقوق به آن متمایل هستند، دلایل متعددی قابل ارائه است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود^۲ و البته با توجه به کیفیت دلایل نظریه موافقان استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری و عدم اختصاص آن به امور مدنی، منطقی است که دلایل این نظریه از دو جنبه ارائه گردد: الف) نقد دلایل مخالفان، ب) دلایل خود موافقان فی‌نفسه.

نقد دلایل مخالفان استناد به فتاوی معتبر در سکوت قوانین کیفری

نخستین دلیل مخالفان استناد به فتاوی معتبر در امور کیفری در سکوت قوانین کیفری که به استناد اصل قانونی بودن ارائه شده است از جهات متعددی قابل نقد است، زیرا از اصل قانونی بودن دو نوع تفسیر شده است؛ یک تفسیر به‌گونه‌ای است که قانون را منحصر به قانون عادی مجلس می‌داند و سایر مراجع قانونی مثل شوراها، عالی (شورای عالی انقلاب، شورای عالی آموزش و پرورش، شورای عالی امور اقتصادی، شورای عالی فضای مجازی و...) و نیز شرع را به‌عنوان منبعی معتبر و قابل استناد از سوی قضات تلقی نخواهد کرد و قانون شرع و قرآن را قانون معتبر نمی‌شناسد. در مقابل تفسیر دیگری از اصل قانونی بودن وجود دارد که هم خاستگاه شرعی دارد و هم اینکه بر این باور است که برخی تفسیرها از اصل قانونی بودن کاملاً افراطی است و لذا صحیح به‌نظر نمی‌رسد؛ قانون اعم از قانون قرآن، قانون شرع و قانون مصوب مجلس است و اساساً چگونه ممکن است در شرایطی که اعتبار همه قوانین داخلی ما اعم از قانون مجازات و قانون مدنی و حتی خود اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مقید به موازین این منابع است (اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)^۳، آنگاه خودش به

۱. به‌کار بردن عبارت «تسری اصل ۱۶۷ به امور کیفری» که اغلب در عبارت مخالفان جریان اصل ۱۶۷ در امور کیفری ملاحظه می‌شود، نوعی مصادره به مطلوب است، زیرا بر فرض پذیرش عدم جریان اصل ۱۶۷ در امور کیفری مبتنی است، وگرنه تسری درجایی که جریان هست، معنا ندارد و تحصیل حاصل است؛ و دقیقاً اشکال‌کننده با طرح چنین عنوانی برای بحث، ادعای خود را پیش‌فرض مورد قبول طرفین تلقی کرده و مفروغ‌عنه به‌شمار آورده است.

۲. در خصوص این دلایل نیز باید گفت، برخی از این دلایل نیز به صورت مکتوب ارائه شده است که ذیل پاسخ مربوط به آن‌ها اشاره می‌شود و برخی دیگر به نقل شفاهی دانشجویان از جانب خود یا استادان دیگر یا از سوی نگارندگان این مقاله تقدیم می‌گردد.

۳. چنان‌که اصل چهارم مقرر می‌دارد، این اصل بر اطلاق همه قوانین حاکم است، حتی بر اصول خود قانون اساسی و این همان معنای حاکمیت بر اطلاق است و از سوی دیگر هر قانونی به‌واسطه این مورد تخصیص می‌خورد، حتی خود اصول دیگر قانون اساسی و این می‌شود حاکمیت بر عموم. برای ملاحظه برخی تفاوت‌ها و آثار

همین میزان در امور کیفری اعتبار ندارد! آیا اهمیت طرفداری از تفسیر مضیق اصل قانونی بودن به جای تفسیر موسع آن، بیش از اعتبار فقه در امور کیفری است؟ البته باید راه را برخی مفاسد که در هر امری وجود دارد، بست؛ از جمله باید جلوی سوءاستفاده احتمالی برخی قضات جاهل را گرفت، نه اینکه راه را بر قضات سلیم هم بست.

جالب است که طرفداران اصل قانونی بودن به شکل افراطی آن فقط به استناد به شرع در سکوت قوانین عادی کیفری انتقاد می‌کنند و هرگز استنادات مکرر به قوانین خارجی همچون قوانین فرانسه^۱ و رویه قضایی فرانسه در امور کیفری را نقد نکرده و نمی‌کنند.

در خصوص اصل ۳۶ و امثال آن نیز می‌توان گفت قانون در این اصول به معنای عام آن است که در مباحث پیشین به آن اشاره شد و شامل قوانین الهی نیز می‌شود و به فرض چنانچه شامل آن نمی‌شد با اصل چهارم قانون اساسی تخصیص صورت می‌گیرد.

در خصوص دلیل دوم مخالفان استناد به فتاوی معتبر در سکوت قوانین کیفری نیز می‌توان این استدلال را پاسخ داد که اولاً اصل برائت همان‌گونه که واضح است، اصل است نه دلیل و تا زمانی که دلیل شرعی معتبر مورد بحث ما (مورد تجویز اصل ۱۶۷) وجود دارد، استناد به اصل ممکن نیست، مگر با غفلت یا تغافل از اصل بودن آن.^۲ به‌علاوه چنانچه دقت شود اساساً اصل برائت در قانون اساسی ما بیشتر ناظر بر امور اثباتی است نه بحث ما که جنبه ثبوتی دارد.

دوم اینکه اصل برائت یکی از اصول عملیه است در کنار اصل استصحاب، اصل تخییر و اصل احتیاط. اصل برائت برای خود شرایط و ضوابطی دارد و این اصل با توجه به مجاری سایر اصول عملیه قابل ترسیم است^۳ و در شبهات حکمی (موضوع بحث ما در اصل ۱۶۷ قانون اساسی) که

عموم و اطلاق، نک: مفتاح‌الکرامه فی شرح قواعد العلامه (ط- القدیمة)، ج ۱، ص ۴۱۸.

۱. برای نمونه در رأی وحدت رویه شماره ۲۳۲ سال ۱۳۴۹ش ضمن ذکر مکرر و فراوان عین عبارات مختلف (تماماً به زبان فرانسه) قانون فرانسه، رویه قضایی فرانسه و حتی برداشت‌های حقوق دانان فرانسه، در نهایت به محکومیت به زندان بدل از جزای نقدی شخص معسر از پرداخت جزای نقدی منجر می‌شود. عبارات «در حقوق جزایی فرانسه» «استنتاجات رویه قضایی فرانسه» «طبق رویه فرانسوی» «قانون فرانسه» و امثال آن‌ها آن قدر در استدلال‌های منجر به این رأی به کار رفته است که گویا اعتبار قانون فرانسه، رویه قضایی فرانسه و حتی برداشت‌های حقوق دانان فرانسه برای دادگاه‌های ما مسلم و در حکم قانون محسوب می‌شوند! برای تفصیل نک: قربانی، ۱۳۷۳، ص ۱۳۷.

۲. إنما ینفع الأصول و هو حجه فیما لو لم یکن لنا دلیل، فإن الأصل دلیل حیث لا دلیل. طریحی، ۱۳۳۹، ص ۵۴۳؛ شهید ثانی، ۱۳۹۶، ص ۲۱۳؛ شیخ طوسی، بی تا، ص ۴۲۱؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ص ۲۳۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۳ق، ص ۴۳۲؛ نجفی، بی تا، ج ۴۲، ص ۲۳۱.

۳. برای توضیح بیشتر در خصوص اصول عملیه، نک: زهروی، ۱۳۸۴، ص ۷۱-۵۹ و مظفر، ۱۴۲۳ق، ص ۴۳۲.

سهل است، حتی در شبهات موضوعی نیز چنانچه شخصی نسبت به موضوعی که دارای سابقه معتبر و ممنوع بوده است مثلاً بطری را که در آن شراب بوده به صرف احتمال اینکه شخص ثالثی آن را خالی کرده و مایع حلالی را جایگزین نموده است، بنوشد، مقصر تلقی می‌شود.^۱ اصل براءت در مورد شبهات حکمی و جهل به حکم شرط بیشتری نیز دارد، زیرا حکم به براءت در این موارد منوط به فحص و جستجوی مرتکب برای یافتن حکم شرعی و نیز یأس از پیدا کردن آن است^۲ و برخلاف شبهات موضوعی که فحص و یأس در آن‌ها لازم نیست و بنابراین کسی که احتمال تقلبی بودن دلارهای خود را می‌دهد، ولی بدون تحقیق آن‌ها را به ریال تبدیل می‌کند، کلاهبردار نیست.^۳ در شبهات حکمی قطعاً دو رکن اشاره شده، یعنی هم فحص و هم یأس ضروری و قطعی است که بحث ما در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دقیقاً بحث شبهات حکمی برای قضاات است نه شبهات موضوعی آن‌ها.

بنابراین مسلم است که اصل شریفی همچون براءت هر کجا قدم نمی‌گذارد و هیچ فقیه، قاضی یا حقوق‌دانی نمی‌تواند در جایی که دلیل شرعی هست به اصل براءت متمسک شود.^۴ در خصوص اشکال سوم مخالفان استناد به فتاوی معتبر در سکوت قوانین کیفری که به مشخص نبودن مبنا و شناخت منابع معتبر تکیه نموده‌اند، به نظر می‌رسد اشکال‌کنندگان در این دلیل خود جهل برخی را به دیگران نیز تعمیم داده‌اند، زیرا منابع معتبر در فقه ما معلوم و فتاوی معتبر نیز کاملاً مشخص است و منبع اصلی‌تر از سوی شورای محترم نگهبان که در ذیل اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به‌عنوان مرجع قانونی تشخیص مطابقت با

۱. قطعاً حکم یادشده در متن هنگامی صحیح است که سایر شرایط استصحاب نیز محقق باشد و نیز مسلم است که همین شخص چنان‌که از سابقه آن بطری بی‌اطلاع باشد و در نتیجه بدو شک در جایز بودن شرب آن کند، موضوع براءت قرار گرفته، مقصر تلقی نمی‌شود و مقصود ما از تفصیل در پاسخ به استدلال این است که هریک از اصول و قواعد خصوصاً اصل مهمی همچون براءت مجرا و شرایط استناد خاص خود را دارد.

۲. برای تفصیل نک: شیخ انصاری، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۴۱۲ و برای ملاحظه سایر شرایط و ضوابط استناد به اصل براءت، نک: زهروی، ۱۳۸۴، ص ۹۴.

۳. این امر قطعی است و جای شگفتی است که برخی در این موارد نیز تردید کرده‌اند، نک: میر محمد صادقی، ۱۳۸۵، ص ۹۷ که وی طریق احتیاط را محکوم نکردن چنین شخصی به کلاهبرداری می‌داند.

۴. برخی فقهای عظام معاصر بر آن‌اند که درجایی که دلیل باشد نیز مشروط بر آنکه دلیل یا ادله موجود موافق اصل باشند و شرایط دیگر جریان آن اصل حاصل باشد، اصل نیز جاری می‌شود و بر این مبنا عبارت «لاصل دلیل حیث لا دلیل» مطلق نیست، بلکه مقید به این می‌شود که دلیل مخالف نباشد و این دو مبنا هرچند ثمرات خاص خود را در برخی مواضع دارند، اما با توجه به اینکه هریک از دو مبنای اشاره‌شده در محور (عدم جریان اصل در هنگام وجود دلیل مخالف) مشترک‌اند، مخالفان جریان اصل ۱۶۷ در امور کیفری نمی‌توانند به هیچ‌کدام از میناها استناد نمایند. برای توضیح بیشتر در خصوص این دو مبنا، نک: میرسجادی، ۱۳۷۶، ص ۱۴۱۴.

شرع است حتی در رویه عملی این شورا مشهود و عیان گردیده است.^۱ به این ترتیب این اعتقاد که «با این وضعیت جریان اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری ارجاع به مجهول یا مجمل است» اعتقادی ناشی از جهل اشکال کننده است؛ به علاوه به فرض چنین ابهام و اجمالی، آیا این ابهام (فرضی) امری بیش از نیاز به رفع ابهام از سوی شورای نگهبان را سبب می‌شد که مفسر قانونی و رسمی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است؟ به تعبیر ساده‌تر چگونه می‌توان از نیاز به رفع ابهامی (فرضی) در جایی که رفع ابهام ممکن است، نتیجه گرفت که اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری جریان ندارد! و جالب‌تر اینکه حتی اگر فرض کنیم این ابهام (که اصل وجود آن فرضی دیگر است) قابل رفع نبود، چگونه جریان نیافتن اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران صرفاً مقید به امور کیفری می‌شود؟

در پاسخ به اشکال چهارم مخالفان استناد به فتاوی معتبر در سکوت قوانین کیفری که به بهانه اختلاف نظر منابع معتبر با یکدیگر، جریان اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری را ارجاع قضات به دلایل متعارض دانسته است نیز می‌توان دلایل متعددی را تبیین نمود، زیرا اولاً به استناد تعارض در برخی از موارد و مسائل در منابع معتبر نمی‌توان جریان اصل ۱۶۷ در امور کیفری را به‌طور کلی منکر شد و به اصطلاح دقیق دلیل ارائه شده اخص از مدعی است. ثانیاً مگر اختلاف در تفسیر قوانین عادی ما را به عدم اعتبار قانون می‌رساند که در شرع چنین باشد؟ باید برای حل تعارض راه یافت نه اینکه صورت مسئله را حذف کرد.

به این ترتیب، این تصور که وضعیت جریان اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری ارجاع به دلایل متعارض است و عقلاً هم ناپسند است، ناشی از در نظر نگرفتن این است که این تعارض‌های موردی و احتمالی چیزی بیش از نیاز به رفع تعارض از سوی شورای نگهبان که مفسر قانونی و رسمی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است، نمی‌خواهد. عبارت معروف «اذا تعارضت ساقطاً» که از سوی برخی اشکال‌کنندگان طرح شده است، قیودی هم دارد که مهم‌ترین آن‌ها این است که تعارض مستقر باشد.^۲ به علاوه فرض کنیم این تعارض قابل رفع نبود، چگونه می‌توان نتیجه گرفت که عدم جریان اصل ۱۶۷ صرفاً

۱. برای نمونه، شورای نگهبان در بند ۶۷ ایرادات خود را در این باره به صراحت مقرر داشته است «در این خصوص به مسأله (۴۵) القول فی الواجب از کتاب قصاص تحریر الوسیله مراجعه شود».

۲. تعارض به مستقر و غیرمستقر و هریک به انواع متعدد تقسیم می‌شوند و هر تعارضی سبب تساقط نیست. نک: بجنوردی، بی تا، ج ۵، ص ۳۲۰.

مقید به امور کیفری است؟ مگر همین تعارضات در امور حقوقی نیست، چرا در آنجا اصل ۱۶۷ باید جاری شود؟ لذا این دلیل نمی‌تواند تفکیک بین حقوقی و کیفری را در این اصل اثبات کند.

در خصوص اشکال پنجم که اشکال‌کننده با استناد به عربی بودن منابع فقهی و عدم تسلط قضات به این زبان و اینکه اساساً زبان رسمی کشور فارسی است، جریان اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را در گستره مسائل کیفری ناممکن و نامطلوب دانسته است، می‌توان این‌گونه پاسخ داد که این اشکال نیز از جنبه‌های زیر مخدوش است:

نخست، می‌پذیریم که زبان رسمی کشور ما طبق قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران فارسی است^۱ و شورای نگهبان نیز در برخی موارد ارجاع قضات را به منابع فقهی عربی مغایر قانون اساسی دانسته است^۲ و لذا باید برای ترجمه این متون به فارسی فکری جدی صورت گیرد، اما این به معنای این نیست که اصل ۱۶۷ در امور کیفری جریان نیابد.

دوم، هرچند می‌توان تسلط نداشتن قضات به زبان عربی را پذیرفت، اما این امر ضرورت تدریس این زبان را به دانشجویان کارشناسی حقوق تقویت خواهد نمود تا آشنایی قابل ملاحظه‌ای برای این زبان فراهم آورد و برای دستیابی به تسلط نسبی کافی تلقی شود؛ گذراندن واحدهای متعدد و قابل توجه درس‌هایی همچون متون تخصصی فقهی - اعم از حقوقی و جزایی - و نیز اصول فقه‌ها و قواعد فقه‌هایی که برای چنین رشته‌ای هرچند به‌عنوان درس‌هایی الزامی - و نه صرفاً اختیاری - در نظر گرفته شده است، برای حصول چنین تسلطی برای قضات کافی نیست (حدود ۱۵ واحد). البته تحصیلات حوزوی و نیز تکمیلی ارشد و بعضاً دکتری بسیاری از قضات، ادعای صورت‌گرفته را به شکل «موجب جزئیة نه کلیه» باطل می‌نماید و در حال حاضر چه‌بسا مسلط نبودن تعدادی از قضات به زبان عربی نیز حقیقتی غیرقابل انکار تلقی می‌شود که باید برای اصلاح و توانمندی ایشان اقدام شود، زیرا غیر از اجرای اصل ۱۶۷، ضرورت بهره‌مندی از منابع فقهی برای درک صحیح مواد قانونی نیز برای قضات مسلم است.

در خصوص اشکال ششم که این‌گونه مطرح شده است که منابع معتبر فقهی به فرض متعارض هم که نباشند، حداقل در دسترس نیستند. نخست باید خود اشکال را شامل دو

۱. اصل پانزدهم قانون اساسی مقرر می‌دارد: «زبان و خط رسمی و مشترک مردم ایران فارسی است».
 ۲. شورای نگهبان در بررسی ماده واحده طرح الحاق دادگاه‌های انقلاب اسلامی به دادگستری اظهار نظر کرده است: «ماده ۲ طرح مزبور که به دادگاه‌های انقلاب اجازه می‌دهد به کتاب تحریرالوسیله امام (ره) مراجعه و طبق آن حکم دهد، نظریه این که تحریرالوسیله به زبان عربی است و طبق اصل ۱۵ قانون اساسی زبان رسمی کشور فارسی است و متون رسمی باید به زبان فارسی باشد، از این حیث مغایر قانون اساسی است».

قسمت دانست تا نقد آن به صورت دقیق صورت گیرد و در واقع این اشکال با دو ادعای زیر منحل می‌شود.

نخست، منابع معتبر فقهی با یکدیگر متعارض‌اند.

دوم، منابع معتبر فقهی در دسترس نیستند.

در خصوص اشکال در دسترس نبودن منابع فقهی، به نظر می‌رسد ادعای مطرح شده صرفاً یک ادعای خلاف وجدان و بدیهیات قرن حاضر و بی‌نیاز از پاسخ است، اما در خصوص تعارض مورد ادعای اشکال‌کننده هرچند ممکن است به صورت فی‌الجمله قابل قبول تلقی گردد، ولی از جنبه‌های دیگری قابل خدشه و اشکال است. به لحاظ فقهی می‌توان گفت ارجاع و استناد به منابع فقهی حتی با فرض اینکه در بعضی موارد با مصادیق متعارض باشند، منافاتی ندارد؛ در غیر این صورت باید در خصوص قوانین عادی مصوب مجلس نیز بگوییم چون در برخی موارد تعارض میان قوانین مجلس مطرح می‌شود، پس استناد و ارجاع قضات به قوانین مجلس باید ناپجا باشد؛ در حالی که چنین امری صحیح نیست و راه حل درست رفع تعارض، رجوع به ادله معتبر است تا قانون به وسیله استفساریه و امثال آن شفاف شود.

به لحاظ حلی نیز می‌توان دو پاسخ برای این ادعا ارائه نمود؛ از یک سو می‌توان گفت اگر تعارض برخی منابع فقهی در بعضی موارد سبب ناممکن بودن ارجاع قضات برای استناد به شرع می‌شود، برعکس اشکال‌کننده با بیان آن در صدد مردود شمردن ارجاع قضات به منابع معتبر شرع است. به صورت مطلق (از حیث نامتعارض یا متعارض بودن منابع) از سوی دیگر پاسخ حلی دیگری نیز نسبت به این اشکال می‌توان ارائه کرد و آن این است با توجه به توضیحی که در خصوص تعیین ملاک منابع معتبر داده شد و اینکه قضات مجتهد حق رجوع به منابع را دارند^۱، تعارضات ادعایی بسیار نادر است و حتی در همان مقدار نادر نیز بسیاری از مواقع تعارضات از نوع تعارض غیرمستقر است.^۲

در خصوص اشکال هفتم مبنی بر مطابق وقایع روز نبودن احکام فقهی و فتاوی معتبر که در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اشاره شده است نیز نمی‌توان اشکال را وارد دانست و این اشکال خود از ابعاد گوناگون دارای ایراد است که مهم‌ترین آن این بوده که اشکال‌کننده از شیوه‌ای مغالطه‌آمیز به شرح زیر بهره برده است؛ به این معنا که معلوم نیست قصد این است که همه مسائل روز و پیشرفت‌های مطرح در قرن حاضر همچون مسائل رایانه‌ای،

۱. البته برخی معتقدند «احتیاط ایجاب می‌کند که فتوای فقیه ولی امر و ولی فقیه که بالفعل متصدی رهبری و مسئولیت اداره امت را به عهده دارد در امور اجرایی رعایت شود». نک: یزدی، ۱۳۷۱، ص ۳۲۴.

۲. تعارض به طور کلی به دو نوع الف مستقر و ب غیرمستقر تقسیم می‌شود و تعارض غیرمستقر بر چهار طریق حکومت، ورود، تخصیص و تخصص منحل گردیده، تعارض رفع می‌شود.

جرم‌های هرمی و امثال آن‌ها نزد مراجع عظام تقلید طرح و دارای پاسخ روشن و کامل و جامعی نیستند و یا اینکه مقصود این است که به‌طور کلی فتوا و منابع معتبر که در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده است، به‌عنوان یک مصداق اساسی فقه غیرپویا دارای جمودهایی است که انسان‌های فرهیخته و به‌روز را از درک پیشرفت‌های حقیقی باز می‌دارد. به‌رحال اگر مقصود معنای نخستین پیش‌گفته باشد، باید یادآور شد که با عنایت به همان پیشرفت‌های اشاره‌شده اشکال‌کننده استفتائات لحظه به لحظه و آنلاین در سایت‌های مربوط به آن به‌سهولت، به‌سرعت و ارزان در اختیار متقاضیان قرار گرفته است و دقیقاً به همین دلیل است که در تدوین لوایح و طرح‌های قانون نیز در بسیاری از موارد دیدگاه‌های رهبری و حتی سایر مراجع که مدت‌ها قبل از ارائه اصل آن به صورت طرح یا لایحه مطرح شده است از سوی واحد پژوهش مربوطه در گروه‌های رسمی آن‌ها مندرج و منتشر می‌گردد و اگر معنای دوم پیش‌گفته مراد باشد نیز می‌توان به‌نحو قاطع پاسخ داد که این‌گونه مشکلات و آفات مربوط به فقه امامیه نیست، زیرا فقه امامیه با زنده نگه‌داشتن اصول اساسی و ضرورت حی بودن مرجع تقلید در ابتدای تقلید و پویایی خاص مربوط به خود، هرگز چنین نسبت‌هایی را به خود روا نمی‌دارد.^۱

در خصوص هشتمین اشکال که از بی‌خبر بودن مردم نسبت به منابع فقهی برای اثبات ادعای خود استفاده شده است نیز می‌توان پاسخ داد، اولاً منابع معتبر یگانه منبع اشاره‌شده در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیست که اشکال‌کننده چنین ادعایی را اثبات کند، بلکه قانون‌گذار قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در کنار منابع معتبر فقهی به فتاوی معتبر نیز اشاره کرده که بیشتر در دسترس و معرض اطلاع مردم است. دوم اینکه بی‌خبر بودن مردم از فتاوی و احکام شرعی بسیار کمتر از بی‌خبری ایشان به قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است؛ به‌گونه‌ای که مردم از سال‌های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی ایران در مساجد با ائمه جماعات مورد اعتماد خود در تعامل بوده و هستند و لذا در مقایسه با اطلاع مردم از قوانین، کمتر اشکال به آن وارد است، زیرا اشاره به جزئیات و حتی اصل بسیاری از قوانین در روزنامه رسمی که به صورت محدود در اختیار متقاضیان قرار می‌گیرد، هدف و هزینه خاص خود را نیز دربر دارد. سوم، با عنایت به فرض علم به حکم که هم در خصوص احکام و قانون‌های عادی مجالس همه جای دنیا و هم در خصوص احکام قوانین الهی و منابع معتبر فقهی و فتاوی معتبر جاری است. چهارم، جهل به حکم در شرع جایگاه ویژه‌ای دارد که حتی در قوانین هم برای آن نمی‌توان جایگاه ویژه‌ای را ملاحظه نمود؛ پذیرش جهل به حکم به نحو

۱. از این امر به تطابق فقه با مقتضیات زمان نیز تعبیر می‌شود که باید آن را تفاسیر حرکت به جهات انحرافی و نظرهای بدون معیار و ضابطه، مستقل و متمایز دانست.

موجبه جزئیه و با لحاظ شرایط مربوط به آن در فقه از مشهورات، بلکه مسلمات فقه امامیه است.^۱

در خصوص اشکال نهم مبنی بر اینکه در منابع معتبر فقهی نیز موارد سکوت، اجمال و نقص وجود دارد، دو پاسخ نیز می‌توان تقدیم کرد؛ یکی نقضی و دیگری حلی.

اولین اشکال نقضی نفس سکوت، اجمال و اهمال^۲ قوانین است. در واقع همه این‌ها در قوانین عادی هم دیده می‌شود، بلکه بسیار بیشتر است. کافی است مواد متعدد حتی یک قانون مصوب مجلس شورای اسلامی را ملاحظه نمایید، برای نمونه قانون جدید مجازات اسلامی ۱۳۹۲ش که پیش از ۲۵۰ مورد اشکال شورای نگهبان در خصوص آن رسماً منتشر شد که تعداد بسیاری از آن‌ها حکایت از تناقض یا سکوت یا نقض است.

اشکال حلی نیز می‌توان به این ایراد وارد نمود و آن اینکه به‌طور کلی اگر نقص، سکوت، اجمال یا تعارضی در یک متن مورد استناد موجود است، این امر فی‌نفسه دلیل نمی‌شود که تمام آن منابع و فتاوی زیر سؤال رود و اعتبارش مخدوش شود؛ مگر اینکه متن به نحوی فرض شود که به هیچ بخشی از آن نتوان استناد کرد و به اصطلاح اجمال به همه آن سرایت کند^۳ که در این فرض نیز با توجه به راه‌حل رفع سکوت، تعارض، نقض، و اجماع در فتاوی که سهولت و سرعت بیشتری دارد، این اشکال به‌طور کلی دفع می‌شود.

در خصوص اشکال دهمین مبنی بر اینکه استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری موجب تفسیر موسع می‌شود، می‌توان به دو صورت حلی و نقضی پاسخ ارائه داد:

پاسخ نقضی اینکه اولاً هر چند در مواردی به محکومیت منجر می‌شود و پاسخ حلی نیز برای همین است، اما نقضاً هم می‌توان گفت استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری همیشه موجب تفسیر موسع نمی‌شود، بلکه گاهی برعکس موجب تفسیر مضیق می‌گردد؛ مانند اینکه فتاوی معتبر حرمت تکثیر و استفاده از سی‌دی‌های موجود را منوط و مشروط به وجود مقررات قانونی حکومت اسلامی دانسته‌اند، نه اینکه مطلقاً حرام باشد و لذا استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اینجا کیفری را موجب نمی‌شود، بلکه مؤید نبود کیفر است.

اشکال حلی نیز می‌توان به این ایراد وارد نمود و آن اینکه اولاً موسع یا مضیق بودن از

۱. تفصیل میان جهل بسیط و مرکب منطقی و معقول است. برای مطالعه بیشتر، نک: آقایی‌نیا و زهروی، ۱۳۸۸، ص ۱۴-۴ و نیز مظفر، ۱۳۸۱، ص ۶۵.

۲. اجمال و اهمال به لحاظ اصطلاحی تفاوت‌هایی دارند، نک: میرسجادی، ۱۴۲۹ق، ص ۱۱۹.

۳. نمونه‌های این امر بسیار است، نک: فقه الإمامیه، قسم الخيارات، ص ۱۵۴.

صفات اضافی و نسبی هستند و هر تفسیری نسبت به تفسیر دیگر موسع و درعین حال نسبت به تفسیر ثالثی می‌تواند مضیق تلقی شود؛ مانند صفت بزرگی و کوچکی. دوم اینکه اگر مقصود از تفسیر مضیق INTERPRETATION RESTRICTIVE DE LA LOI PENALE.) همان تفسیر برگرفته از اصل برائت است و برعکس مقصود از تفسیر موسع عمل خلاف اصل برائت است، در این صورت اشکال به همان ایراد اول به جریان اصل ۱۶۷ در امور کیفری به بهانه اصل برائت برمی‌گردد که پاسخ آن به نحو تفصیلی تقدیم شد. سوم، حتی بسیاری از کسانی هم که تفسیر مضیق را مطرح کرده‌اند، خود نیز به برخی از اشکالات وارد به این شیوه تفسیری اذعان نموده‌اند.^۱

در خصوص اشکال یازدهم مبنی بر اینکه «استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در امور کیفری موجب اعمال سلیقه قضات در مجازات می‌شود و جرم‌انگاری تازه‌ای را رقم می‌زند»، به نظر می‌رسد این اشکال نیز به شکل منطقی و دقیق از ابعاد متعددی هم نقضی و هم حلی پاسخ داده می‌شود:

نخست، اشکال نقضی. همان‌طور که اشاره شد گاه استناد به منابع و فتاوی معتبر به جای آنکه مجازات یا جرمی را ایجاد کند، به تحقق نیافتن جرم و عدم لزوم کیفر بلکه دفع آن دلالت دارد و بنابراین اشکال مطرح شده از این جهت اخص از مدعاست.

دوم، اشکال حلی. اساساً حتی در مواردی هم که استناد به فتاوی معتبر سبب جرم‌انگاری شود، این امر نامطلوب و نامعقول نیست و اشکال‌کننده اینکه جرم تلقی کردن یک رفتار (اعم از فعل یا ترک فعل) به سبب فتوا قبیح و نامطلوب است، فرض و مفروضه تلقی کرده است، درحالی که هیچ‌گونه قبح یا امر نامعقولی به نظر نمی‌رسد و با توجه به توضیحاتی که در خصوص نحوه و چگونگی اطلاع مردم نسبت به فتاوی در این مقاله تقدیم شد، این مسئله بدون تردید بی‌اشکال خواهد بود، بلکه تکمیل قانون به این ترتیب کاملاً مطلوب، معقول، مشروع و ضروری است و نمونه آن را در جرائمی همچون جرائم شرکت‌های هرمی و امثال آن می‌توان ملاحظه کرد؛ جرائمی که با توجه به تقدم و سرعت استفتائات مربوط به آن که در مقایسه با قوانین چندین برابر سریع‌تر استعلام و منتشر می‌شود، به روشنی ملاحظه گردید که تکمیل قوانین عادی به وسیله فتاوی معتبر امری حیاتی است. به علاوه، بر اساس مبنای اشاره شده این امر هم جرم‌انگاری از سوی قضات نیست، بلکه قاضی تنها بر اساس فقه جرم‌انگاری که از قبل صورت گرفته است، ملاحظه می‌کند.

در خصوص اشکال دوازدهم که بر این مبنا ارائه شده که رویه قضات جریان نیافتن اصل

۱. برای مطالعه تفصیلی در این خصوص، نک: نوره‌ها، ۱۳۸۸، ص ۱۵۴-۱۵۲.

۱۶۷ در امور کیفری است^۱، نیز می‌توان از دو جنبه پاسخ داد؛ جنبه اول ایراد صغروی است، زیرا به نظر می‌رسد برعکس آنچه در اشکال ادعا شده، استناد به فتاوی و منابع معتبر فقهی است که این رویه نیز غالب می‌باشد و کافی است برخی آرای دیوان عالی کشور به‌عنوان یک مرجع عالی قضایی ملاحظه شود. برای نمونه به چند مورد اشاره می‌شود:

۱. «بمستفاد از فتوای حضرت امام رضوان الله تعالی علیه بشرح مسئله ۱۲ از مجموعه استفتائات»^۲ رأی وحدت رویه صادر شده است

۲. «رأی شعبه چهاردهم دیوان عالی کشور که حسب درخواست اولیای دم و به حکم آیه شریفه ولکم فی القصاص حیات یا اولی الالباب بر این مبنا به قصاص صادر گردیده صحیح تشخیص داده می‌شود»^۳ و این نیز رأی وحدت رویه است.

۳. حتی قبل از پیروزی انقلاب اسلامی نیز عباراتی همچون «در موازین شرعی هم متعرض شده‌اند که ...» در استدلال‌های منجر به رأی وحدت رویه قابل ملاحظه است.^۴

جنبه دوم ایرادی کبروی است که عبارت است از اینکه صرف نظر از ایراد صغروی اشاره شده، به نظر می‌رسد با توجه به نحوه تقسیم منابع معتبر و منابع قابل استناد در حقوق، نقش و جایگاه رویه قضایی در این خصوص در مقایسه با جایگاه ادله و منابعی همچون قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و شرع نقش چندان تعیین‌کننده‌ای ندارد و برخلاف کشورهای کامن‌لا این منبع در نظام حقوقی موضوعه ایران، چندان قابل توجه و مهم تلقی نمی‌شود. برای نگارندگان مقاله بسیار جالب است که اشکال‌کننده در صدد است با عنایت به یک منبع تکمیلی و غیرمستقل که نقش چندان ندارد، به نقد استناد به فقه و منابع و فتاوی معتبر

۱. با این وصف، برخی دیدگاه‌های قضات نیز مؤید این اشکال است به‌گونه‌ای که در مورد سکوت قانون در عوض استناد به شرع به وحدت ملاک رأی وحدت استناد شده است. البته این نظر در مقدمه رأی وحدت رویه است و نه مفاد خود رأی، لذا لازم‌الاتباع نیست. نک: رأی وحدت رویه شماره ۶۳۴ دیوان عالی کشور در خصوص قرارهایی که قابل رسیدگی تجدیدنظر می‌باشند. نقل از شماره ۱۵۸۸۹ به تاریخ ۲۲ شهریور ۱۳۷۸ روزنامه رسمی.

۲. این رأی به استناد این فتوا و در خصوص سرقت مورخ ۱ اسفند ۱۳۶۸ صادر شده است. رأی وحدت رویه شماره ۵۳۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور روزنامه رسمی ۱۳۱۴۵ (قربانی، ۱۳۷۳، ص ۴۶۸).

۳. این رأی به استناد این آیه و در خصوص مجازات قصاص برای قتل واقع‌شده پیش از پیروزی انقلاب اسلامی مورخ ۲۵ دی ۱۳۶۵ صادر شده است. رأی وحدت رویه شماره ۵۸/۶۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور (قربانی، ۱۳۷۳، ص ۳۱۸).

۴. هر چند این‌گونه استنادات غیردقیق نیز متأسفانه بعد از استنادات مکرر به متون قانونی فرانسه و رویه قضایی آنجا ذکر شده است. برای مطالعه بیشتر، نک: متن رأی وحدت رویه شماره ۲۳۲ سال ۱۳۴۹ ش؛ قربانی، ۱۳۷۳، ص ۱۳۷.

بپردازد که اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در نظام حقوقی کنونی ما اعتبار آن تصریح کرده است.^۱

در خصوص اشکال سیزدهم مبنی بر اینکه قانون‌گذار اگر تمایل به اجرای مسائل شرعی دارد باید به صراحت آن را در قانون عادی بیاورد و اینکه نیاورده نشان از این است که تمایلی ندارد. می‌توان این‌گونه پاسخ داد که این امر از یکسو دارای پاسخ نقضی است، زیرا سکوت گاه با قانون جدید رفع می‌شود که نشان از تمایلی دارد که اشکال‌کننده منکر آن است پاسخ حلی نیز می‌توان ارائه داد، زیرا تمایل داشتن یا نداشتن قانون‌گذار در بند پیشین با توجه به اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران چندان جایگاه و نقشی ندارد و حتی اگر این پاسخ نیز نادیده گرفته شود، فرض عدم تمایل مورد ادعا ناشی از هرچه که باشد نامشروع است

پاسخ حلی دیگر اینکه تمایل نداشتن قانون‌گذار در برخی از موارد دلایل خود را دارد و لزوماً حاکی از نامعقول یا غیرمنطقی دانستن فتاوی نیست، بلکه دلایلی همچون ملاحظات حقوق بشری دارد که البته این ملاحظات چندان موجه نیست و همان‌طور که رهبر معظم انقلاب فرموده‌اند این مسائل حقوق بشری بهانه‌شان است و نباید به ملاحظه فریادهای حقوق بشری غرب و مدعیان آن، ما از حقوق معنوی یا مادی خود چشم‌پوشی کنیم.^۲ در پاسخ به اینکه ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ش صرفاً در خصوص حدود است نه همه امور کیفری نیز علاوه بر اینکه این اشکال خود پذیرش جریان ۱۶۷ در امور کیفری به‌نحو موجب جزئی را ضمیمه اشکال دارد، پاسخ‌های تفصیلی متعدد دیگری نیز می‌توان ارائه

۱. برخی نیز برعکس اقدام کرده‌اند؛ یعنی برای اثبات امکان استناد به قانون آیین دادرسی حقوقی در امور کیفری به امکان استناد به شرع قیاس اولویت نموده‌اند. نک: آشوری، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۰.

۲. برای نمونه «حقوق بشر به سبکی که اسلام مطرح می‌کند... پیشرفته‌تر است... به این تبلیغات و رادیوها و مجلاتی که پول می‌گیرند و چیزی می‌گویند و می‌نویسند و دائماً واژه ارتجاع را تکرار می‌کنند، نگاه نکنید؛ اینها قابل ذکر و توجه نیستند». بیانات در دیدار با مدیران ستاد فرماندهی کل قوا به تاریخ ۲۱ اسفند ۱۳۶۸؛ «...حقوق بشر، یک حقه است. امریکا و بسیاری از قدرت‌های بزرگ اصلاً به حقوق بشر اعتقاد ندارند؛ دروغ می‌گویند. طرح مسئله حقوق بشر، برای فریب و وسیله فشار است؛ برای این است که اگر خواستند دولتی را زیر فشار افکار عمومی قرار بدهند، با تهمت نقض حقوق بشر زیر فشار قرار بدهند...». سخنرانی در اجتماع بزرگ مردم مشهد و زائران حضرت رضا (ع) در تاریخ ۲ فروردین ۱۳۶۹ و نیز «ما به ادعاهای طرف‌داری از حقوق بشر، که امروز از طرف دولت‌ها و سازمان‌های وابسته به ابرقدرت‌ها در دنیا اعلام می‌شود، کوچک‌ترین اعتقادی نداریم. ما این‌ها را فریب و خدعه و دروغ می‌دانیم». سخنرانی در مراسم بیعت خانواده‌های شهدای هفتم تیر، اعضای شورای عالی قضایی، قضات و مسئولان دادگستری و جمعی از مردم لرستان در تاریخ ۷ تیر ۱۳۶۸.

داد، از جمله اینکه اثبات شیء نفی ما ادا نمی‌کند؛ مگر از نقیض خود با شروط هشت‌گانه مطرح در تناقض و نیز اینکه جمع بین ماده ۲۲۰ و ۱۸ قانون ۱۳۹۲ش نیز دال بر چنین استنباطی نیست (حاجی ده‌آبادی ۱۳۹۵، ص ۲۶۷).

در پاسخ اشکال به قاعده درء نیز باید پاسخ داد که اولاً در خصوص قاعده درء، پنج نظریه وجود دارد.^۱

دوم اینکه اصل این قاعده که یک قاعده فقهی است، در قانون جدید به نحو ناقص بیان شده است، اما استناد به یک قاعده فقهی کیفری برای جلوگیری از استناد به فقه و فتاوی معتبر در امور کیفری تناقض‌گویی آشکار است.

سوم، این قاعده بنابر هریک از نظریات پنج‌گانه مربوط به آن، به‌هرحال ضوابط و شرایط استناد مربوط به خود را دارد که بر مانحن‌فیه منطبق نیست و شبهه و جهل طرح‌شده بیشتر به حکم جهل و شبهه در امریکا (لفیو، ۱۳۷۹، ص ۹۲) شباهت دارد و در ایران قابل انطباق بر قواعد درء یا حتی سایر قواعد حاکم بر جهل و شبهه نیست (آقای‌نیا و زهروی، ۱۳۸۸، ص ۴۵). در خصوص اینکه ماده ۲۱۴ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ش در قانون جدید آیین دادرسی کیفری حذف شده است نیز صرف نظر از مباحث آسیب‌شناسی موجود در خصوص حجم کار شورای نگهبان و اینکه فرصت نمی‌یابد به صحت تصویب قانون جدید با عنایت به حذفیات مواد از قانون پیشین بپردازد، و گرنه ایراد صریح به ماده دو قانون مجازات اسلامی از سوی آن شورا بیانگر موضع قاطع آن است. از نیاوردن ماده ۲۱۴ نمی‌توان چنین نتیجه‌ای گرفت، زیرا با وجود اصل ۴ قانون اساسی که بر همه قانون‌ها و مقررات حاکم است و عموم اصل ۱۶۷ و دیگر شواهدی که بیان شد و از جمله ایراد شورای نگهبان بر متن پیش‌نویس ماده ۲ ق.م.ا. ۱۳۹۲ش، دیگر جایی برای این استدلال و اشعار باقی نمی‌ماند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵، ص ۲۷۷) و اساساً اشعار برخلاف ظهور هرگز حجت نیست.

ادله دلایل عقلی موافقان استناد به فتاوی معتبر در سکوت قوانین

کیفری

با توجه به معناشناسی سکوت قانون در ابتدای مقاله، سکوت قانون عقلاً ملازمه دارد با اینکه قانون دیگر نمی‌تواند بیانی داشته باشد و لذا به تأیید عقل هر انسان سلیمی برای مواجهه با

۱. برای مطالعه تفصیلی در این خصوص، نک: صفری، محسن و زهروی، رضا (تابستان ۱۳۸۸)، «مطالعه تطبیقی شبهه قاعده درء در نظام حقوق کیفری ایران، فقه امامیه و انگلستان»، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ش ۲ و نیز بجنوردی، بی‌تا، ص ۶۷.

سکوت قوانین باید از امری دیگر و چیزی خارج از قانون یاری جوئیم و لذا تکیه و تأکید مکرر و مصرانه بر عدم امکان جعل امری غیر از قانون عادی در مصادیق سکوت قانون، ناشی از عدم درک صحیح نفس صورت مسئله است و به تعبیر دیگر موضوع ۱۶۷ سکوت قانون است و اصرار بر ضرورت قانون در سکوت قانون تعارضی مصرح است و اگر قانونی برای رفع سکوت بیاید که مطلوب هم موافقان و هم مخالفان ۱۶۷ باشد، اما دیگر موضوع اجرای ۱۶۷ به انتفای موضوع منتفی است و این استدلال مخالفان ۱۶۷ مثل کسی است که به جای تلاش برای فهم راه‌حل قانون‌گذار و رفع موانع اجرای قانون در مواجهه با یک جرم، دائماً با لیت و لعل و ای کاش و اگر و... می‌گوید ای کاش رخ نمی‌داد و باید پیشگیری کرد. لذا هرچند عدم سکوت و ابهام و اجمال مطلوب است، اما نمی‌توان با تأکید ضرورت وجود قانون به جای ارائه راه‌حلی و منبعی غیر از قانون (که نفس صورت مسئله است)، همچنان قانون را منبع رجوع در سکوت قانون دانست، بلکه راه‌حل سکوت قانون باید منبعی غیر از قانون باشد.

ادله دلیلی نقلی موافقان استناد به فتاوی معتبر در سکوت قوانین

کیفری

کتاب خداوند حکیم با آیات متعددی بر لزوم حکم بر طبق حکم الهی تأکید دارد و رجوع به هر منبعی غیر از شرع را ظلم، کفر و فسق شمرده است. آیاتی همچون آیه ۴۵ سوره مائده که کسانی را که به احکام الهی گردن نمی‌نهند و بر اساس آن داوری نمی‌کنند، از ظالمان برشمرده است: و مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ و در آیه ۳۴ و ۴۷ همین سوره می‌فرماید: و مَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ و نیز آیه شریفه أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّهِ حُكْمًا لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ (مائده: ۵۰). با این وصف اگر کسی به جای اجرای ۱۶۷ و رجوع به شرع در سکوت قانون برخلاف حکم مصرح در شرع به سراغ هر چیز دیگری غیر از شرع برود، آیا این مصداق من لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ نیست؟

نتیجه

سکوت قوانین عادی و راه‌حل رویارویی با آن در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصل ۱۶۷ با ارجاع به منابع و فتاوی معتبر تبیین شده، تحلیل‌ها و نقدهای متعدد برخی حقوق‌دانان را در پی داشته و چالش‌های گوناگون فقهی و حقوقی را مطرح ساخته است. قانون مجازات

اسلامی و قانون آیین دادرسی جدید نیز با همه ابتکارات خود نتوانستند به این بحث‌ها خاتمه دهند و در این میان عمده ایرادات و پاسخ‌های مخالفان استناد به فتاوی معتبر در سکوت قوانین کیفری به خطر جرم‌انگاری بدون اطلاع مردم بازمی‌گردد که با ادله‌ای از جمله شرط علم مکلفین در این موارد این ایراد رفع می‌شود و البته پاسخ تفصیلی (حلی و نقضی) به همه ایرادات احتمالی حاکی از آن است که کثرت این ایرادات جز تکثیر ادله ناتمام نیست و نظریه شورای محترم نگهبان قانون اساسی بنابر ادله متعدد و خصوصاً نامه صریح آن شورا به تفصیلی که گذشت، حاکی از جریان ۱۶۷ در امور کیفری است و البته موکداً پیشنهاد می‌شود تا چنانچه قانون‌گذار برای جرمی مجازاتی را مد نظر دارد تا در قانون بیاید، اما تا آن هنگام، تفسیر شورای نگهبان و حتی رویه قضایی پیش و پس از انقلاب نیز مؤید طریق پیشنهادی است، قواعد فقهی مانند قاعده درء با ضابطه دقیق (نه کلی آن) موانع لازم برای سوءاستفاده از اصل را فراهم می‌آورد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. آقای نیا حسین و زهروی رضا (۱۳۸۸)، «مطالعه تطبیقی جهل بسیط متهم در فقه امامیه، حقوق ایران و آمریکا»، مجله علمی پژوهشی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره زمستان، ص ۱۹-۱
۲. آشوری، محمد (۱۳۸۵)، آیین دادرسی کیفری، چ ۳، تهران: سمت.
۳. آیتو، جان (۱۳۸۶)، فرهنگ ریشه‌شناسی انگلیسی، مترجم: حمید کاشانیان، تهران: نشر نو و نشر معین.
۴. اکرمی، روح‌الله (۱۳۹۳)، «تحلیل فرایند نظارت شرعی شورای نگهبان بر مصوبات مجلس»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال سوم، ش ۹، ص ۲۶-۱.
۵. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۲)، حقوق جزای عمومی، تهران: میزان.
۶. الهام، غلامحسین (۱۳۸۱)، تقریرات درس حقوق جزای عمومی یک، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
۷. الهام، غلامحسین و زهروی رضا (۱۳۹۴)، «بررسی تطبیقی حمایت از حیات انسانی قبل از انعقاد نطفه، فصلنامه علمی - پژوهشی مطالعات راهبردی زنان»، سال هجدهم، ش ۶۸، ص ۸۱-۱۱۴.
۸. بجنوردی، سیدمحمد (بی‌تا)، قواعد فقهیه، چ ۲، تهران: میعاد.

۹. پرادل، ژان و کورسنتز، گرت (۱۳۸۶)، حقوق کیفری اروپایی، مترجم: محمد آشوری، چ ۱، تهران: سمت.
۱۰. پیمانی، ضیاءالدین (۱۳۸۰)، حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی)، تهران: میزان.
۱۱. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۵)، «حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ ق.ا. در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۲، ش ۲ تابستان، ص ۲۵۷-۲۸۸.
۱۲. حسینی، سیدمحمد (۱۳۸۳)، سیاست جنایی (در اسلام و جمهوری اسلامی ایران)، تهران: سمت.
۱۳. زهروی، رضا (۱۳۸۴)، «جایگاه قاعده در نظام حقوق کیفری ایران و فقه امامیه»، پایان‌نامه کارشناسی ارشد. دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.
۱۴. ----- (۱۳۸۶)، بازوهای تورم جمعیت کیفری زندان‌ها بر پیکر سیاست جنایی قانون‌گذارانه، (مجموع مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان) با مقدمه دکتر محمد آشوری، تهران: میزان.
۱۵. زهروی، رضا و احمدزاده رسول (۱۳۹۴)، «تن‌نمایی زنان در فضای مجازی»، فصلنامه علمی- پژوهشی مطالعات راهبردی زنان، سال هجدهم، ش ۷۰، ص ۱۹۹-۲۳۷.
۱۶. زهروی، رضا (۱۳۹۵)، «بررسی تطبیقی فردی کردن ادله درسیاست جنایی اسلام، ایران و فرانسه»، فصلنامه علمی- پژوهشی، سال سیزدهم، ش ۵۰، ص ۱۵۶-۱۲۵.
۱۷. صفری، محسن (۱۳۷۷)، فریب‌کاری و آثار آن در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه، چ ۱، تهران: دادگستر.
۱۸. صفری، محسن و زهروی، رضا (۱۳۸۸)، «مطالعه تطبیقی شبهه قاعده در نظام حقوق کیفری ایران، فقه امامیه و انگلستان»، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران، تابستان ۸۸، ش ۲، ص ۱۹۳-۲۱۲.
۱۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، چ ۴۱، تهران: سهامی انتشار.
۲۰. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۸۱)، حدود تعزیرات و قصاص، چ ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۱. گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۶)، حقوق جزای عمومی (۱، ۲، ۳)، تهران: میزان.
۲۲. لفیو، واین آر (۱۳۷۹)، جهل و اشتباه و آثار آن در مسئولیت متهم در حقوق کیفری امریکا، مترجم: حسین آقایی‌نیا، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۲۳. ----- (۱۳۸۷)، سببیت و قتل در نظام کیفری ایالات متحده امریکا، مترجم: حسین

آقای نیا، تهران: میزان.

۲۴. موسی زاده، ابراهیم (۱۳۸۹)، دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران: اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان ۱۳۸۹-۱۳۵۹ [و دیگران] زیر نظر: غلامحسین الهام، تحقیقات شورای نگهبان، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.

۲۵. ----- (۱۳۹۱)، مبانی آراء و نظرات شورای نگهبان مستنبط از مشروح مذاکرات سال ۱۳۸۷، تهیه و تنظیم مرکز تحقیقات شورای نگهبان زیر نظر غلامحسین الهام، همکاران سیدسجاد آل صاحب فصول [و دیگران]، مشاور ابراهیم موسی زاده، تهران: ریاست جمهوری، معاونت پژوهش، اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور.

۲۶. ----- (۱۳۹۱)، مبانی فقهی آرای فقهای شورای نگهبان: پیرامون لایحه حدود و قصاص و مقررات آن، محقق: محمدحسین بیاتی، زیر نظر غلامحسین الهام، تهران: ریاست جمهوری، معاونت پژوهش، اداره کل تدوین و تنقیح قوانین و مقررات کشور.

۲۷. مومنی، عابدین (۱۳۸۳)، اصول عملیه از دیدگاه امام خمینی ره و شیخ انصاری ره، تهران: عروج.

۲۸. میر محمد صادقی، حسین (۱۳۸۳)، دادگاه کیفری بین المللی، چ ۱، تهران: دادگستر.

۲۹. ----- (۱۳۸۲)، حقوق جزای اختصاصی (۳) جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران: میزان.

۳۰. نوربها، رضا (۱۳۷۹)، زمینه حقوق جزای عمومی، چ ۲، تهران: گنج دانش.

ب) خارجی

۳۱. جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، ۶ جلد، چ ۱، لبنان، بیروت: دارالعلم للملایین.

۳۲. خمینی سیدمصطفی (۱۴۱۸ق)، تحریرات فی الاصول، چ ۱، تهران: مؤسسه نشر آثار امام خمینی.

۳۳. طریحی، فخرالدین نجفی (۱۳۳۹)، مجمع البحرین، چاپ سنگی، تهران: مکتبه المصطفوی.

۳۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۳۹۶)، روضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، طبعه الثانية، قم: حوزه علمیه.

۳۵. شهید ثانی، زین الدین بن علی (بی تا)، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲، سنگی، البصیرتی.

۳۶. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (بی تا)، المبسوط، ج ۸.

۳۷. فراهیدی، الخلیل بن احمد (۱۴۰۹ق)، العین، الجزء الثاني، طبعه الاولى، قم: مؤسسه

دارالهجره.

۳۸. عاملی، محمد جواد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الكرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۹، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۳۹. عاملی، محمد بن الحسن الحر (۱۳۸۹)، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم: مکتبه الاسلامیه.

۴۰. محقق حلی، جعفر بن الحسن (۱۴۰۳ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: الرامهدی.

۴۱. مظفر، محمدرضا (۱۴۲۳ق)، اصول الفقه، ج ۳ و ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۴۲. مظفر، محمدرضا (۱۳۸۱)، المنطق (تصحیح حسین دشتی)، ج ۱، تهران: مدرسه فرهنگیه آرایه.

۴۳. میرسجادی، السیدعلی (۱۴۲۹ق)، الهدایه الی غوامض الکفایه، الجزء الثانی، طبعه الاولی، لبنان: سیدالشهدا (ع).

۴۴. نجفی، شیخ محمدحسن (بی‌تا)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۲۹ و ۴۱، لبنان: احیاء التراث العربی.

45. Elliott, Catherine, and Quinn, Frances, (2000), Criminal Law, Third Edition, Longman.

46. Garner, Bryan, (2000), Black's law Dictionary, 5 edition new pocket edition-revised from A t Z, Free press.

47. Horder, Jeremy, (2007), Excusing Crime, First Published in paper back, oxford University.

48. Lafave, wayne R. (2000), Criminal law , Third Edition, west Group.

49. Model penal code , (1985), complete statutory Text , American law Institute.

50. Martin, Elizabeth, A ,(1997) A dictionary of law, Fourth Edition , oxford university press.