

## ناروایی تمسک به قاعده حکومت

### برای شمول اصل ۱۶۷ قانون اساسی بر دعاوی کیفری

#### (بررسی موضوع از منظر قواعد اصول فقه و قانون مجازات اسلامی)

حسین جعفری \*

امین خدری امیریان \*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۴/۱۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۰۲

DOI: 10.22096/LAW.2021.130239.1705

#### چکیده

شمول یا عدم شمول اصل ۱۶۷ قانون اساسی نسبت به دعاوی کیفری از دیرباز مورد اختلاف حقوق دانان بوده است. اکثر حقوق دانان برای جلوگیری از نقض اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قانون اساسی، معتقدند که اصل ۱۶۷ توسط اصل ۳۶ تخصیص خورده است و شامل دعاوی کیفری نمی‌شود، ولی برخی حقوق دانان تلاش کرده‌اند با استناد به قاعده حکومت در اصول فقه، مفهوم واژه قانون را به قانون مدون و غیرمدون (فقه) گسترش دهند و در نتیجه دعاوی کیفری را نیز در دایره شمول اصل ۱۶۷ قرار دهند. در نوشته پیش رو، ضمن تبیین دقیقی از قاعده حکومت، به اثبات رسیده که شرایط اجرای قاعده حکومت میان اصل ۱۶۷ و اصل ۳۶ از منظر اصول فقه وجود ندارد. در ادامه با چشم‌پوشی از این اشکال مبنایی،

Email: Jafari@mofidu.ac.ir

\* استادیار دپارتمان حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران.

\*\* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران. Email: aminkhedriamirian@gmail.com



۳۱۰ حقوق تطبیقی / دوره هشتم / شماره يك / پیاپی ۱۵ / صص ۳۰۹-۳۳۷

رجوع به فقه در مجازات‌های چهارگانه از منظر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بررسی شده است و با تمسک به سیر تقنین در تعزیرات غیرمنصوص و نیز با تمسک به دیدگاه‌های امام خمینی (ره) و رویه عملی ایشان در قانون تعزیرات، اثبات شده که نمی‌توان در این دسته از مجازات‌ها به فقه مراجعه کرد.

واژگان کلیدی: اصل ۱۶۷ قانون اساسی؛ اصل ۳۶ قانون اساسی؛ قاعده حکومت؛ قاعده تخصیص؛ رجوع به فقه.

## مقدمه

حکومت و ورود که از ابتکارات مرحوم شیخ انصاری (ره) هستند، در زمره قواعد مهم اصول فقه قرار دارند. البته متقدمین از معنا و مفهوم حکومت و ورود غافل نبودند، ولی اصطلاحات مذکور بین ایشان رواج نداشت و مرحوم شیخ انصاری (ره) بود که این دو اصطلاح را وارد اصول فقه کرد. پس از ایشان این دو قاعده، مورد بحث و بررسی اصولیین قرار گرفت و ابعاد مختلف آن واکاوی شد.

برخی حقوق دانان با تمسک به قاعده حکومت و توسعه مفهوم قانون به منابع و فتاواى معتبر فقهی، به دنبال اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی<sup>۱</sup> در امور کیفری هستند. ایشان اصل مذکور را حاکم بر اصل ۳۶ قانون اساسی<sup>۲</sup> می‌دانند.<sup>۳</sup> در مقابل، اکثر حقوق دانان معتقدند که اصل ۳۶ مخصوص عمومیت اصل ۱۶۷ است.<sup>۴</sup> اهمیت روشن شدن رابطه دو اصل فوق، بر هیچ کس پوشیده نیست. اگر نظر اول پذیرفته شود، قاضی موظف است در موارد سکوت، اجمال، نقص و تعارض قانون به منابع و فتاواى معتبر اسلامی مراجعه نماید و براساس آن حکم قضیه را صادر کند و در این فرض یکی از اصول مهم حقوق کیفری یعنی اصل قانونمندی نقض خواهد شد؛ اما اگر نظر دوم ترجیح داده شود، قاضی در فرض سکوت قانون نمی‌تواند به منابع و فتاواى معتبر رجوع کند. در این صورت اصل قانونمندی، مصون از خدشه باقی خواهد ماند.

در نوشته پیش‌رو، ابتدا قاعده حکومت و شرایط اجرای آن از منظر اصول فقه تبیین می‌شود. سپس نظریه حاکمیت اصل ۱۶۷ بر اصل ۳۶ قانون اساسی تشریح می‌شود و در ادامه، نظر مذکور مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد. توجه به این نکته ضروری است که در این بخش از مقاله، تنها نقد علمی دیدگاه حاکمیت اصل ۱۶۷ بر اصل ۳۶ قانون اساسی از نگاه اصول فقه،

۱. 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 فتاواى 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.»

۲. اصل ۳۶ قانون اساسی: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.»

۳. نك: الهام و برهانی، ۱۳۹۶: ۱/ ۳۵ و قیاسی و همکاران، ۱۳۹۱: ۲/ ۵۲.

۴. نك: افتخار جهرمی، ۱۳۷۸: ۹۴.

مدنظر است و اینکه قانونگذار در قوانین عادی، مفاد اصل ۱۶۷ را در امور کیفری نیز مجرا دانسته، از موضوع بحث این قسمت از مقاله خارج است؛ به بیان دیگر، معلوم بودن اصل جواز رجوع به فقه در امور کیفری از نظر قانونگذار، باعث از بین رفتن مجال بحث و اجتهاد در مقابل نص نمی‌شود؛ زیرا این دیدگاه قانونگذار، باید از جهت علمی بر پایه‌های قواعد علم اصول بنیان نهاده شود و همان‌طور که گفته خواهد شد، قاعده حکومت نمی‌تواند این نقش را ایفا کند. در ادامه مقاله، روایی یا ناروایی رجوع به فقه از دیدگاه قانون مجازات اسلامی در مجازات‌های چهارگانه مورد کنکاش قرار خواهد گرفت.

#### ۱- تبیین قاعده حکومت

نظریه حکومت از نگاه مبتکر آن یعنی مرحوم شیخ انصاری (ره) این‌گونه تعریف شده است: «حکومت عبارت است از اینکه، یکی از دو دلیل با مدلول لفظی اش، متعرض دلیل دیگر باشد و حکمی که با دلیل دوم ثابت شده است را از بعضی از افراد موضوعش رفع کند، پس مبین مقدار مدلول آن است.»<sup>۱</sup>

ایشان در ادامه چند نمونه ذکر می‌کنند؛ مثلاً روایت «الاشکَّ لکثیر الشَّک» موضوع روایت «اذا شکَّت فابین علی الأکثر» را محدود می‌کند و شک فرد کثیرالشک را از ذیل آن خارج می‌نماید؛ لذا شک او چه صحیح باشد و چه باطل، کأن لم یکن تلقی شده و موظف است بدان اعتنا نکند.

طبق نظر برخی فقها، کلام شیخ انصاری (ره) در تعریف حکومت مواجه با اشکال است؛ زیرا شامل حکومت به‌نحو توسعه نمی‌شود. ایشان دلیل حاکم را رافع حکم دلیل محکوم از بعض افراد دانسته‌اند، درحالی‌که در حکومت به‌نحو توسعه، رفع حکم صورت نمی‌گیرد.<sup>۲</sup> البته می‌توان کلام مرحوم شیخ انصاری را به‌گونه‌ای تحلیل کرد که اشکال مذکور وارد نباشد؛

۱. «أن یكون أحد الدلیلین بمدلوله اللفظی متعرضاً لحال الدلیل الآخر و رافعاً للحکم الثابت بالدلیل الآخر عن بعض أفراد موضوعه فیكون مبیناً لمقدار مدلوله مسوقاً لیبیان حاله متفرعاً علیه.» (انصاری، ۱۴۳۵ ق: ۴ / ۱۳)

۲. نک: شهیدی، ۱۳۹۷: درس خارج اصول؛ قابل دسترسی در: <http://www.eshia.ir>.

ناروایی تمسک به قاعده حکومت برای شمول اصل ۱۶۷ قانون... / جعفری و دیگران ۳۱۳

بدین توضیح که در کلام شیخ انصاری (ره) دو مطلب آمده است؛ یک: دلیل حاکم متعرض دلیل محکوم است؛ دو: دلیل حاکم رافع موضوع دلیل محکوم است. در واقع مطلب دوم می‌تواند به‌عنوان مصادیقی برای تعرض باشد و این نفی نمی‌کند که ممکن است تعرض به‌صورت توسعه هم باشد. مثالی که برای حکومت به‌نحو توسعه بیان می‌شود این است که، یک دلیل می‌گوید: «لاصلاة الا بطهور» و دلیل دوم می‌گوید: «الطَّوَأُفُ بِالْبَيْتِ صَلَاةٌ» این دلیل دوم حاکم بر دلیل اول است و موضوع آن یعنی نماز را به نماز بالمعنی الأخص و طواف گسترش می‌دهد؛ البته توسعه موضوع (نماز) فقط از جهت شرط طهارت است، یعنی طواف مثل نماز باید با طهارت انجام شود.

برای احتراز از اشکال فوق بر مرحوم شیخ اعظم، برخی اصولیین حکومت را این چنین تعریف کرده‌اند: «حکومت عبارت است از اینکه یکی از دو دلیل صلاحیت توسعه مورد دلیل دیگر یا تضييق آن را داشته باشد.»<sup>۱</sup> (سبزواری، بی‌تا: ۱/ ۱۶۷) بنابراین از تعریف حکومت چنین برداشت می‌شود که دلیل حاکم ناظر بر دلیل محکوم است و آن را تبیین می‌کند.

نکته مهم این است که مرحوم شیخ انصاری که مبتکر قاعده حکومت در اصول فقه است، ضابطه‌ای برای دلیل حاکم و محکوم تعیین می‌کند. ایشان برای تشخیص اینکه چه دلیلی ناظر بر دلیل دیگر است و آن را تبیین می‌کند، بیان می‌دارد: «معیار حکومت عبارت است از اینکه، اگر فرض شود دلیل محکوم وارد نشده است، دلیل حاکم لغو خواهد بود.»<sup>۲</sup> (انصاری، ۱۴۳۵ ق: ۴/ ۱۳) بر این اساس، حکومت بین دو دلیل زمانی متصور است که اگر فرض شود دلیل محکوم اصلاً در شرع وارد نشده است، دلیل حاکم لغو خواهد بود؛ مثلاً اگر فرض کنیم در منابع شرعی، چیزی به نام صلاة وجود ندارد، دلیل «الطَّوَأُفُ بِالْبَيْتِ صَلَاةٌ» لغو است؛ زیرا فرض بر این است که حکمی به‌عنوان نماز در شریعت وجود ندارد، پس «الطَّوَأُفُ بِالْبَيْتِ صَلَاةٌ» نیز لغوگویی است؛ بنابراین بین دلیل «لاصلاة الا بطهور» و «الطَّوَأُفُ بِالْبَيْتِ صَلَاةٌ» رابطه حکومت برقرار است و دلیل دوم حاکم بر دلیل اول است؛ زیرا شرط اجرای حکومت را دارد.

۱. «و الحكومة عبارة عن أن يكون أحد الدليلين صالحاً لتوسيع مورد الدليل الآخر، أو تضييقه»

۲. «میزان ذلك: أن يكون بحيث لو فرض عدم ورود ذلك الدليل لكان هذا الدليل لغواً خالياً عن المورد»

علت اینکه مرحوم شیخ انصاری (ره)، شرط فوق را به عنوان معیار اجرای حکومت بیان کرده است از مباحث پیشین روشن می‌شود؛ زیرا لازمه اینکه بگوییم دلیل حاکم ناظر و مبین دلیل محکوم است این است که، دلیل حاکم در فرض نبودن دلیل محکوم لغو باشد؛ چراکه مفسر بدون مفسر بی معنا است. حال که دلیل حاکم، مبین و مفسر دلیل محکوم است باید پذیرفته شود که در صورت نبودن دلیل محکوم دلیل حاکم لغو و بی معنا است.

البته ملاک و میزان یادشده توسط مرحوم شیخ، حتا در زمان حضور خودشان و پس از ایشان مورد مناقشه و بحث قرار گرفته است. در برخی نسخه‌های کتاب رسائل عبارت «میزان ذلك...» وجود ندارد و گفته شده جناب شیخ انصاری (ره) روی این عبارت خط کشیده است.<sup>۱</sup>

مرحوم آخوند خراسانی ملاک و میزان مذکور را نمی‌پذیرد و برای اثبات اینکه در حکومت لازم نیست دلیل حاکم بدون دلیل محکوم لغو باشد، به حکومت امارات بر اصول عملیه شرعیه مانند براءت شرعیه استناد کرده است؛ بدین توضیح که حتا اگر ادله براءت شرعیه مثل «رُفِعَ مَا لَا يَعْلَمُونَ» به عنوان دلیل محکوم هم وجود نداشته نباشد، دلیل حجیت خبر ثقه یعنی دلیل حاکم (که از جمله امارات است) لغو نخواهد بود؛ زیرا در فرض نبودن اصول عملیه مانند براءت شرعیه، اشکالی نخواهد بود که شارع به لحاظ مَنَجَزِيَّت و مُعْذَرِيَّت ادله، اماراتی مثل «خبر الثقة علم» را بیان کند؛ لذا بیان ادله امارات فایده عقلی مَنَجَزِيَّت و مُعْذَرِيَّت را دارد و لغو نخواهد شد.<sup>۲</sup> اشکال مذکور توسط دیگر شارحان رسائل نیز مطرح شده است.<sup>۳</sup>

در نقد نظر مرحوم آخوند خراسانی باید گفت: ایشان در کفایه، برخلاف مطلب فوق، معتقد است که امارات، حاکم بر اصول عملیه از جمله استصحاب نیستند؛ زیرا امارات شارح و ناظر به استصحاب نبوده بلکه وارد بر اصول عملیه هستند.<sup>۴</sup>

۱. نك: يزدي، ۱۴۲۶ ق: ۳ / ۴۳۱.

۲. نك: آخوند خراسانی، ۱۴۱۰ ق: ۴۲۸.

۳. نك: تبریزی، ۱۳۶۹ ق: ۵۸۸ و يزدي، ۱۴۲۶ ق: ۳ / ۴۳۱.

۴. نك: آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ ق: ۴۲۹.

ناروایی تمسک به قاعده حکومت برای شمول اصل ۱۶۷ قانون... / جعفری و دیگران ۳۱۵

ایشان در جای دیگر از همین کتاب به صراحت بیان می‌کنند که دلیل حاکم باید ناظر بر دلیل محکوم باشد.<sup>۱</sup> پُر واضح است که دلیل ناظر بدون دلیل منظور ممکن نیست و در صورت نبودن مفسّر، مفسّر لغو خواهد بود؛ لذا می‌توان گفت مرحوم آخوند خودشان به اشکالی که به شیخ کرده‌اند ملتزم نشده‌اند؛ بنابراین گویا صاحب کفایه در حاشیه رسائل جدلی بحث کرده‌اند.<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد علت اساسی اختلاف مرحوم شیخ انصاری و مرحوم آخوند خراسانی درباره ملاک و معیار حکومت، ریشه در این دارد که تصور رابطه حکومت میان امارات و اصول عملیه دشوار است؛ لذا زمانی که مرحوم آخوند خراسانی رابطه میان امارات و اصول عملیه را ورود دانسته نه حکومت، از اشکالش بر مرحوم شیخ انصاری برمی‌گردد و می‌پذیرد که حاکم باید ناظر بر محکوم باشد.

مرحوم آیت الله خوئی در دفاع از مرحوم شیخ انصاری می‌گوید: «دو نوع حکومت وجود دارد: نوع اول از حکومت این است که دلیل حاکم ناظر و شارح دلیل محکوم است و کلام شیخ در مورد میزان و معیار حکومت، مربوط به این نوع است؛ یعنی اگر دلیل محکوم نباشد، دلیل حاکم لغو است مانند «لا شکَّ لکثیر الشَّک»؛ قسم دیگر حکومت این است که حاکم، رافع موضوع حکم دلیل محکوم است؛ لذا دلیل حاکم، شارح و ناظر به دلیل محکوم نیست. در این قسم در صورت نبودن محکوم، دلیل حاکم لغو نیست. مثل حکومت امارات بر اصول شرعیه.» (خوئی، ۱۴۲۲ ق: ۲ / ۴۱۹) تقسیم دوگانه فوق مورد پذیرش دیگر اصولیین قرار گرفته است.<sup>۳</sup>

از مطالب پیشین روشن می‌شود که حکومت در مواردی که حاکم ناظر به محکوم است باید به گونه‌ای باشد که اگر فرض شود دلیل محکوم وجود ندارد دلیل حاکم لغو است؛ بنابراین میزان

۱. «التعارض هو تافی الدلیلین أو الأدلة بحسب الدلالة و مقام الإثبات علی وجه التناقض أو التضاد حقیقةً أو عرضاً بأن علم بکذب أحدهما إجمالاً مع عدم امتناع اجتماعهما أصلاً و علیه فلا تعارض بینهما بمجرد تافی مدلولهما إذا کان بینهما حکومة رافعةً للتعارض و الخصومة بأن یكون أحدهما قد سبق ناظرًا إلی بیان کمیة ما یزید من الآخر مقدماً کان او موخرًا» (نک: آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ ق: ۴۳۷)

۲. نک: شهیدی، ۱۳۹۷: درس خارج اصول؛ قابل دسترسی در: <http://www.eshia.ir>.

۳. نک: صدر، ۱۴۱۷ ق: ۷ / ۱۶۹ و آشتیانی، بی‌تا: ۴۶۶.

مذکور در کلام مرحوم شیخ انصاری (ره) بدون اشکال در این نوع از حکومت جاری است و شرط اساسی اجرای حکومت است؛ زیرا لازمه اینکه بگوییم دلیلی ناظر به دلیل دیگر است و شارح آن است این است که، شارح بدون مشروح یا ناظر بدون منظور لغو است.

پس از بیان مباحث اصولی حکومت، نوبت به بررسی نظریه حاکمیت اصل ۱۶۷ بر اصل ۳۶ قانون اساسی می‌رسد. در این بخش از مقاله، مدعای مذکور از نگاه اصول فقه بررسی می‌شود که آیا شرط اساسی اجرای حکومت در آن وجود دارد؟ آیا میزانی که مرحوم شیخ انصاری (ره) بیان می‌کند رعایت شده است یا خیر؟

## ۲- تبیین دیدگاه حاکمیت اصل ۱۶۷ بر اصل ۳۶

حقوق دانان مدعی نظریه حاکمیت اصل ۱۶۷ بر اصل ۳۶ قانون اساسی در امور کیفری معتقدند، اصل مذکور مفهوم موضوع اصل ۳۶ یعنی واژه قانون را گسترش داده است. بر این اساس، واژه قانون که در اصل ۳۶ موضوع حکم قرار گرفته، عام است و شامل قانون مدون و غیرمدون می‌شود. دیدگاه برخی حقوق دانان مدعی این نظر به شرح ذیل است:

الف- «اما رابطه حقیقی میان اصل ۱۶۷ و ۳۶ نه رابطه عام و خاص، بلکه حاکم و محکوم به معنایی است که در اصول فقه اراده می‌شود؛ یعنی اصل ۱۶۷ شارح اصل ۳۶ و گسترش دهنده موضوع آن است. بدین معنا که در اصل ۳۶ تنها قانون، حاکم بر مجازات و اجرای آن است؛ درحالی که اصل ۱۶۷ مصادیق قانون را توسعه داده است. درست مانند آنکه قانون‌گذار بگوید تصدی فلان شغل نیازمند مدرک دکتری است و قانون دیگری بگوید ليسانسه‌ای که دارای بیست سال سابقه کار است، در حکم دکتری است. در اینجا نیز خود قانون‌گذار در حالات چهارگانه یادشده<sup>۱</sup> مجازات و اجرای آن را تابع منابع و فتاوی فقه دانسته است و به توسعه قانون دست زده است.» (قیاسی و همکاران، ۱۳۹۱: ۲/ ۵۲)

ب- «موضوع این دو اصل با هم متفاوت است: صدر اصل ۱۶۷ با تأکید بر قید «مدون» قضات را ملزم به صدور حکم براساس قانون مدون موجود می‌نماید ولی در ادامه، برای قاضی

۱. نقص، اجمال، سکوت و تعارض.



ناروایی تمسک به قاعده حکومت برای شمول اصل ۱۶۷ قانون... / جعفری و دیگران ۳۱۷

در صورت نیافتن حکم در قوانین مدون، تعیین تکلیف می‌نماید. اصل ۳۶ تأکید دارد که حکم به مجازات و اجرای آن باید به موجب «قانون» باشد، اما نه ضرورتاً «قانون مدون». دقت قانون‌گذار در استفاده از واژگان مندرج در قانون اساسی باید مدنظر باشد. در حقیقت اصل ۳۶ بر حاکمیت قانون در تعیین جرم و مجازات تأکید نموده است، اما قانون اعم است از قانون مدون و غیرمدون و نوشته و نانوشته. منابع فقهی هم ذیل اصل حاکمیت قانون قرار می‌گیرند؛ بدین معنا که، قانون‌گذار قاضی را به منابعی برای پُرکردن خلأ قانون ارجاع داده است... با توجه به تفسیر فوق باید گفت: اصل ۱۶۷ قانون اساسی، حاکم بر اصل ۳۶ است؛ بدین معنا که اصل ۱۶۷ معنای قانون مندرج در اصل ۳۶ را گسترش داده و قانون نانوشته را نیز قانون دانسته است.» (الهام و برهانی، ۱۳۹۶: ۱/۳۵) طبق این نظر اصل ۱۶۷ حاکم بر اصل ۳۶ است و نوع حکومت آن نیز توسعه موضوعی است.

موافقان این نظر بر این باورند که طبق رأی آنان بین دو اصل یادشده تعارضی وجود ندارد و در واقع رویکرد آنان منکر وجود تعارض است؛ اما در مقابل، کسانی که قائل به تخصیص اصل ۱۶۷ توسط اصل ۳۶ هستند، رویکردی تعارض محور بین اصول مذکور دارند.<sup>۱</sup>

به نظر می‌رسد داوری مذکور مبنی بر اینکه با اتخاذ رویکرد حکومت، تعارض بین دو اصل ۱۶۷ و ۳۶ قانون اساسی به وجود نمی‌آید، ولی با پذیرش رویکرد تخصیص، تعارض میان دو اصل مذکور ایجاد می‌شود، موافق با قواعد اصولی نیست؛ زیرا اصولیین، تعارض را به دو قسم تعارض مستقر و تعارض غیرمستقر تقسیم کرده‌اند. تعارض غیرمستقر از منظر اصولی هر دوی تخصیص و حکومت را شامل می‌شود. طبق نظر یکی از اصولیین موارد تعارض غیرمستقر عبارت‌اند از: تخصیص، تخصص، حکومت، ورود و تقدیم اظهار بر ظاهر.<sup>۲</sup> در تعارض غیرمستقر، تعارض پیش‌آمده با اندکی تأمل از بین می‌رود و مراد اصولیین از قاعده «الجمع مهما ممکن اولی من الطرح» همین است.<sup>۳</sup> بنابراین بین دلیل

۱. نك: الهام و برهانی، ۱۳۹۶: ۱/۳۴.

۲. نك: سبحانی، ۱۳۸۸: ۲/۱۹۱.

۳. نك: سبحانی، ۱۳۸۷: ۲۲۱.

حاکم و محکوم تعارض مستقر و پایداری وجود ندارد و تعارض توهم شده با اندکی تأمل و توجه به دلایل از بین می‌رود، همچنان که میان دلیل خاص و عام هم تعارضی وجود ندارد و با تأمل در دلایل و تقدیم خاص بر عام تعارض زایل می‌شود. بر این اساس طبق هر دو نظر - حکومت و تخصیص - در مورد رابطه اصل ۱۶۷ و ۳۶ تعارض مستقر وجود ندارد و این گونه نیست که رویکرد حکومت، منکر وجود تعارض و رویکرد تخصیص، مثبت وجود تعارض باشد.

#### ۲-۱- بررسی نسبت اصل ۱۶۷ و ۳۶ قانون اساسی با توجه به نَسَب اربعه

دانشمندان علم منطق، نسبت بین دو مفهوم را چهار حالت ذیل می‌دانند که به نَسَب اربعه شهرت یافته است: تساوی، تباین، عموم و خصوص من وجه و عموم و خصوص مطلق<sup>۱</sup>. یکی از تفاوت‌های حکومت و تخصیص در این است که در باب تخصیص ابتدا باید نسبت میان دو دلیل بررسی شود، در صورتی که این نسبت عموم و خصوص مطلق بود، دلیل خاص بر دلیل عام مقدم شود، ولی در باب حکومت نسبت را در نظر نمی‌گیریم، بلکه ممکن است بین دو دلیل که دارای نسبت عام و خاص من وجه هستند، رابطه حکومت برقرار باشد؛ بنابراین حکومت، هم در جایی که نسبت منطقی دو دلیل عام و خاص مطلق باشد، جاری می‌شود و هم در جایی که نسبت منطقی دو دلیل عموم و خصوص من وجه است. برخی قائلین به نظریه حکومت، رابطه منطقی بین دو اصل ۱۶۷ و ۳۶ را عموم و خصوص من وجه می‌دانند؛ ایشان معتقدند:

«رابطه این دو اصل، عموم و خصوص من وجه است؛ یعنی دو وجه افتراق و یک وجه اشتراک دارند؛ بدین معنا که براساسِ اطلاق اصل ۳۶، حکم به مجازات خواه در حالت

۱. «نسبه التساوی تكون بين المفهومين اللذين يشترکان في تمام افرادهما كالانسان و الضاحک. نسبه العموم و الخصوص مطلقا تكون بين المفهومين اللذين يصدق احدهما على جميع ما يصدق عليه الآخر و على غيره و يقال للاول: «الاعم مطلقا» و للثاني: «الاخص مطلقا» كالحيوان و الإنسان. نسبه العموم و الخصوص من وجه تكون بين المفهومين اللذين يجتمعان في بعض مصاديقهما و يفترقان کُلّ منهما عن الآخر في مصاديق تخصّه كالطير و الأسود. نسبه التباین تكون بين المفهومين اللذين لا يجتمعان احدهما مع الآخر في فرد من الأفراد ابدأً مثل الحجر و الحيوان.» (نک: مظفر، ۱۴۳۰ ق: ۷۸ و ۷۹)

ناروایی تمسک به قاعده حکومت برای شمول اصل ۱۶۷ قانون... / جعفری و دیگران ۳۱۹

وضوح قانون و خواه در حالات چهارگانه (نقص، اجمال، سکوت و تعارض) باید براساس قانون باشد و بر اساس عموم اصل ۱۶۷ در حالات چهارگانه، خواه امور کیفری و خواه امور حقوقی، باید به منابع و فتاوای معتبر اسلامی رجوع کرد. نتیجه آنکه مسائل کیفری در حالت وضوح قانون فقط مشمول اصل ۳۶ و مسائل حقوقی در حالات چهارگانه، فقط مشمول اصل ۱۶۷ هستند، اما مسائل کیفری در حالات چهارگانه که محل بحث ماست، مشمول هر دو اصل اند. در چنین حالتی برخی اصولیین، سقوط هر دو دلیل (اصل ۳۶ و اصل ۱۶۷) و برخی به ترجیح عام (که در این مسئله اصل ۱۶۷ است) قائل شده‌اند. «(قیاسی و همکاران، ۱۳۹۱: ۵۲) به نظر می‌رسد رابطه منطقی میان اصول ۱۶۷ و ۳۶ عام و خاص مطلق است نه من وجه؛ زیرا نویسندگان محترم در سطور بعدی همین صفحه می‌نویسند:

«نکته دیگر اینکه اصولاً اصل ۳۶، منصرف از حالات چهارگانه، سکوت، تعارض، نقص و اجمال قانون است و فقط ناظر به مواردی است که قانون واضح باشد نه موارد چهارگانه؛ زیرا اگر در حالات چهارگانه محل بحث، اصل ۳۶ حاکم باشد، معنایش آن است که در حالت سکوت، اجمال و تعارض قانون، باید حکم به مجازات و اجرای آن براساس قانون باشد و این بی‌معنا خواهد بود.» (قیاسی و همکاران، ۱۳۹۱: ۵۲)

همان‌طور که مشاهده شد، نویسندگان محترم به‌درستی از ادعای اطلاق اصل ۳۶ برگشتند و اصل مذکور را منصرف از حالات سکوت، تعارض، نقص و اجمال قانون دانستند. پرواضح است، در صورتی که اصل ۳۶ منصرف از حالات چهارگانه باشد مطلق نیست و شامل هر دو فرض یعنی حالت وضوح قانون و فرض دوم که حالات چهارگانه است، نمی‌شود؛ بنابراین نسبت منطقی اصل ۱۶۷ و ۳۶ از نسب اربعه، عموم و خصوص مطلق است نه عموم و خصوص من وجه. بدین معنا که اصل ۱۶۷ یک اصل عام است؛ زیرا شامل هر دو دسته امور کیفری و حقوقی می‌شود و اصل ۳۶ یک اصل خاص محسوب می‌شود. پس از تبیین نظریه حاکمیت اصل ۱۶۷ بر اصل ۳۶ نوبت به بررسی و نقد این نظر می‌رسد.

۳- نقد نظریه حکومت در دو اصل ۱۶۷ و ۳۶ قانون اساسی از منظر اصول فقه و

#### قواعد حقوقی

مدعیان نظریه حاکمیت اصل ۱۶۷ بر اصل ۳۶، دلیل حاکم را ناظر به دلیل محکوم و شارح آن می‌دانند.<sup>۱</sup> طبق ادعای این دسته از حقوق‌دانان، اصل ۱۶۷ موضوع اصل ۳۶ یعنی مفهوم واژه قانون را توسعه می‌دهد و آن را به قانون مدون و قانون غیرمدون گسترش می‌دهد. به نظر می‌رسد به دلایل ذیل ادعای مذکور صحیح نیست:

اولاً: براساس ضوابط علم اصول، شرط اساسی اجرای حکومت در مواردی که دلیل حاکم ناظر به دلیل محکوم و شارح آن است، وجود ندارد؛ زیرا در مباحث پیشین به روشنی بیان شد برای اجرای حکومت در مواردی که دلیل حاکم، شارح و ناظر به دلیل محکوم است، وجود یک شرط اساسی ضرورت دارد و آن این است که حکومت بین دو دلیل در جایی اجرا می‌شود که اگر فرض شود دلیل محکوم وجود ندارد دلیل حاکم لغو است؛ مثلاً اگر فرض کنیم دلیل «لاصلاة الا بطهور» وجود ندارد، دلیل «الطَّوَأُ بِالْبَيْتِ صَلَاةً» لغو است؛ زیرا فرض شده در شریعت، حکمی به عنوان نماز وضع نشده است؛ لذا توسعه دادن آن، توسط دلیل دیگری معنا ندارد؛ ولی در خصوص ادعای حکومت میان اصل ۱۶۷ و اصل ۳۶ اگر فرض شود دلیل محکوم (قانون در امور کیفری)، وجود ندارد دلیل حاکم لغو نیست؛ چراکه قانون منحصر در امور کیفری نیست، بلکه در موارد غیرکیفری نیز قانونگذار تقنین دارد و قوانین مختلفی را وضع نموده است؛ بنابراین اصل ۱۶۷ در قوانین دیگر قابل اجرا است، لذا لغو نمی‌شود؛ بنابراین در صورتی که فرض کنیم اصل ۳۶ (که موضوع آن قانون در امور کیفری است) وجود نداشت، اصل ۱۶۷ دچار لغویت نمی‌شد؛ زیرا در قوانین حقوقی قابل اجرا است؛ بنابراین روشن می‌شود شرط اساسی اجرای حکومت میان اصل ۱۶۷ و ۳۶ وجود ندارد و از منظر اصول فقه نمی‌توان رابطه این دو اصل را حکومت دانست.

ثانیاً: همان‌طور که برخی بزرگان گفته‌اند، طبق اصل ۳۷ قانون اساسی «اصل، برائت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت شود»؛

۱. نك: قیاسی و همکاران، ۱۳۹۱: ۵۲.

ناروایی تمسک به قاعده حکومت برای شمول اصل ۱۶۷ قانون... / جعفری و دیگران ۳۲۱

این اصل ظهور بر این دارد که مجرم باید از منظر قانون مجرم شناخته شود و در اصل ۱۵۶ قانون اساسی که وظایف قوه قضاییه را می‌شمرد، در بند ۴ آن می‌گوید: «کشف جرم، تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام»؛ و از این اصل به دست می‌آید که قوه قضاییه موظف است، مقررات مدون قانون جزایی اسلام را اعمال کند و نمی‌تواند از مقررات غیرمدون قانون جزایی اسلام استفاده کند. مقصود از مدون، تدوین در کتب فقهی و منابع معتبر فقهی نیست. بنابراین با توجه به اصول ۳۶، ۳۷ و ۱۵۶ قانون اساسی، در موضوعات جزایی نمی‌توان به فتاوا و یا منابع فقهی معتبر استناد کرد.<sup>۱</sup> ممکن است کسی بگوید فتاوای معتبر هم قانون است، لیکن این یک سخن عامیانه‌ای بیش نیست؛ زیرا اصل ۱۶۷ قانون اساسی، فتاوای معتبر و منابع فقهی را در مقابل قوانین مدون قرار داده است و بر فرض اگر آن را قانون بدانیم از قوانین مدون محسوب نمی‌شود و اگر فتوا، قانون بود، کتاب تحریرالوسیله می‌وانست بهترین کتاب قانونی باشد و حال آنکه حضرت امام خمینی «قدس سره» آن را به عنوان کتاب قانون معرفی نمودند و ایشان نظام قانونی را پذیرفتند. حضرت امام خمینی (ره) چون نظام قانونی را پذیرا شده‌اند، دستور دادند، حدود، قصاص و دیات که از ضروریات فقه اسلامی است به صورت قانون درآید.<sup>۲</sup> گذشته از این، از فرمان هشت ماده‌ای حضرت امام (ره) مورخ ۶۱/۹/۲۴ نیز استنباط می‌شود که در جمهوری اسلامی ایران وجود قانون مدون برای اجرای احکام کیفری اسلام لازم بوده و فقط وجود فتوا و رساله‌های عملیه نمی‌تواند کارساز باشد؛ زیرا فتاوا مختلف هستند و با فتاوای مختلف نمی‌توان یک نظام هماهنگ و منسجم به وجود آورد تا کشور را اداره کرد.<sup>۳</sup>

ثالثاً: مراجعه به فقه در دعاوی کیفری براساس مبانی حقوق بشری نیز ناروا و ناصواب تلقی می‌شود؛ زیرا همان‌گونه که حقوق‌دانان می‌گویند، اساس و بنیان حقوق بشر، اصل حاکمیت قانون است و رعایت نکردن منزلت بنیادین قانون‌مداری در حقوق کیفری به منزله نقض حقوق بشر تلقی می‌شود؛ علاوه بر آن، قانون‌مداری از مستقالات عقلیه محسوب می‌شود که بدون نیاز

۱. نك: مرعشی، ۱۳۷۶: ۲۲۶.

۲. نك: مرعشی، ۱۳۷۶: ۲۲۸.

۳. نك: حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۳۷.

به دلیل دیگر، همواره در طول تاریخ، خرد بشری به آن اذعان داشته است.<sup>۱</sup> این توضیح ضرورت دارد که واژه قانون در اصطلاح «حاکمیت قانون» در مفهوم خاص حقوقی آن به کار رفته است؛ یعنی قانون مدون که طبق تشریفات خاص تقنینی به تصویب رسیده است.

#### ۴- رجوع به فقه در مجازات‌های چهارگانه از دیدگاه قانون مجازات

علی‌رغم اشکالات مبنایی در ارتباط با حکومت اصل ۱۶۷ قانون اساسی بر اصل ۳۶ این قانون که بیان شد، قانونگذار مفاد اصل ۱۶۷ قانون اساسی را در قوانین عادی کیفری هم بیان کرده است و شورای نگهبان که مفسر قانون اساسی است، این دسته از مقررات را مغایر قانون اساسی ندانسته است؛ بنابراین قانونگذار معتقد است اصل ۱۶۷ قانون اساسی توسط اصل ۳۶ قانون اساسی تخصیص نیافته و در امور کیفری نیز جریان دارد. با توجه به این نتیجه، پرسش مهم‌تری مطرح می‌شود که در صورت روایی مراجعه به فقه در امور کیفری از منظر قانونگذار، آیا در همه انواع چهارگانه مجازات‌های مندرج در ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ می‌توان به فقه مراجعه کرد یا خیر؟

در پاسخ به سؤال فوق می‌توان گفت: قانونگذار مطالب مرتبط با قصاص و دیات را تا حدود زیادی بیان کرده و تقنین در این دو نوع مجازات - قصاص و دیات - دچار خلأ جدی نیست. گرچه در بعضی موارد مُبتلا به، ابهام و اجمال و حتا اشتباه وجود دارد که در این موارد هم مراجعه به فقه جایز نیست، مگر در مواردی برای تبیین اصطلاحات فقهی. بنابراین ضروری است تکلیف مراجعه به فقه در فرض سکوت قانون در جرایم حدی و تعزیری روشن شود. قانونگذار در ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، به صراحت رجوع به فقه در حدود را می‌پذیرد و قضات را مکلف می‌کند مرتکبان جرایم حدودی که در قانون نیامده است را براساس فقه اسلامی، مجازات نمایند. بر این اساس رجوع به فقه در حدود غیرمصرح در قانون، الزامی است؛ اما در خصوص رجوع به فقه در تعزیرات باید میان تعزیرات منصوص و غیرمنصوص تفکیک قائل شد. یکی از تغییرات در قانون مجازات

ناروایی تمسک به قاعده حکومت برای شمول اصل ۱۶۷ قانون... / جعفری و دیگران ۳۲۳

اسلامی ۱۳۹۲، جعل عنوان تازه‌ای به نام تعزیرات منصوص است. تعزیر منصوص در این قانون تعریف نشده، لیکن طبق تبصره ۲ ماده ۱۱۵، از شمول برخی نهادها و مقررات قانونی مثل تعویق و توبه خارج شده است. در تبیین ماهیت تعزیر منصوص گفته شده: «تعزیرات منصوص از نظر ماهوی در برزخ میان حدود و تعزیرات قرار گرفته است، چرا که از یک سو میزان مجازات آن‌ها برخلاف تعزیرات، در روایات تعیین شده و از سوی دیگر اکثریت فقها به این نوع از مجازات‌ها عنوان حد اطلاق ننموده، بلکه عبارت تعزیر منصوص را به کار برده‌اند.» (برهانی و نادری فرد، ۱۳۹۴: ۹۳) اصطلاح تعزیر منصوص در لسان اکثریت فقها به کار نرفته است و واژه تعزیر مقدر که دارای معنایی نزدیک به آن است در برخی کتب فقهی مشاهده می‌شود.<sup>۱</sup> البته در آثار برخی فقهای معاصر این اصطلاح دیده می‌شود.<sup>۲</sup> برخی با کاوش در منابع فقهی، تعزیرات منصوص را این‌گونه تعریف نموده‌اند: «منظور از تعزیرات شرعی آن دسته از جرایمی است که نصوص شرعی بر قابل تعزیر بودن و تعیین مجازات مرتکبین آنان وجود دارد، بدون اینکه جرایم در زمره حدود شمرده شده باشند، مانند قرار گرفتن زن و مرد نامحرم در یک بستر.» (خالقی، ۱۳۹۵: ۱ / ۱۳۳) بر این اساس منظور قانونگذار از تعزیر منصوص آن دسته از مجازات‌های تعزیری هستند که در فقه دارای نوع و میزان مشخصی از مجازات هستند.<sup>۳</sup> صرف نظر از تعداد تعزیرات منصوص و نظرات مختلفی که در این راستا ارائه شده است، به نظر می‌آید در این بخش نیز چاره‌ای جز رجوع به فقه وجود ندارد. البته همچنان این اشکال اساسی بی‌پاسخ می‌ماند که در این‌گونه موارد هم که رجوع به فقه جایز شمرده می‌شود، با نقض اصل قانونی بودن جرم و مجازات که در فقه هم تحت عنوان قبح بالابیان پذیرفته شده، چه باید کرد؟ اما در مورد تعزیرات غیر منصوص مسئله به این روشنی نیست و به نظر می‌رسد، نمی‌توان با مراجعه به فقه و تمسک به قواعد عامی مثل «التَّعْزِيرُ لِكُلِّ عَمَلٍ مُحَرَّمٍ وَ التَّعْزِيرُ بِمَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ» رفتاری که نه در قانون و نه در شرع مجازات معین ندارد، جرم‌انگاری کرد.

۱. نك: شهیدثانی، ۱۴۱۰ ق: ۹ / ۱۲۹.

۲. نك: موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ ق: ۲ / ۸۰.

۳. نك: هاشمی و اکبری، ۱۳۹۵: ۳۶.

#### ۱-۴- رجوع به فقه در تعزیرات غیرمنصوص

قائلین به جریان اصل ۱۶۷ در امور کیفری، با استناد به قواعدی همچون «التَّعْزِيرُ لِكُلِّ عَمَلٍ مَحْرَمٍ وَ التَّعْزِيرُ بِمَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ» برخی محرمات شرعی که در قانون جرم‌انگاری نشده‌اند را قابل تجریم دانسته‌اند، لیکن در نحوه تعیین مجازات مرتکب آن، اختلاف نظر دارند. در این خصوص دو نظر ارائه شده است: برخی معتقدند باید مرتکب را به ۷۴ ضربه تازیانه محکوم نمود؛ در مقابل برخی دیگر بر این باورند که قاضی باید براساس ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مرتکب را به مجازات جایگزین حبس محکوم کند. ابتدا این دو دیدگاه را مطرح می‌کنیم، سپس به نقد آنها می‌پردازیم.

#### ۱-۴-۱- نظر اول؛ مجازات تازیانه

طبق نظر اول، برای مجازات اشخاص براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، باید به شروط سه‌گانه ذیل توجه نمود. بدیهی است در صورت عدم تحقق یکی از این شرایط باید اقدام به صدور حکم برائت نمود.

یکم: معیار جرم‌انگاری نظر مرجع تقلید مجرم است و اگر مرجع نداشت، قاضی باید تنها در مورد رفتارهایی که میان تمامی فقها، جرم بودن آنها اتفاقی است، اقدام به صدور حکم نماید؛ دوم: باید آگاهی مرتکب به مجرمانه بودن رفتار احراز شود؛

سوم: میزان مجازات تنها محدود به یک تا ۷۴ ضربه شلاق است و صدور مجازات دیگری به جای مجازات شلاق کمتر از ۷۵ ضربه محل اشکال است.<sup>۲</sup>

#### ۱-۴-۲- نظر دوم؛ مجازات جایگزین حبس

طبق نظر برخی نویسندگان، از آنجاکه شرع در واقع اصلی‌ترین منبع حقوق جزای اختصاصی است و سایر منابع به نوعی بازگشت به آن دارد، در موارد سکوت مطلق قانونگذار نسبت به

۴. ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی: «مرتکبان جرایمی که نوع یا میزان تعزیر آنها در قوانین موضوعه تعیین نشده است به

مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند.»

۲. نك: الهام و برهانی، ۱۳۹۵: ۱/ ۳۹-۴۰.



ناروایی تمسک به قاعده حکومت برای شمول اصل ۱۶۷ قانون... / جعفری و دیگران ۳۲۵

جرم‌انگاری رفتاری که در منابع شرعی جرم محسوب شده نیز به دستور اصل ۱۶۷ قانون اساسی، موازین شرع، معتبر و لازم‌الاجراست. در تعزیرات چنانچه رفتار ارتكابی از محرمات اجماعی بوده و فقیهان اسلامی درباره حرمت و ممنوعیت آن اختلاف نکرده باشند، آن عمل جرم محسوب می‌شود، لیکن از آنجاکه نوع و میزان مجازات تعزیری آن در قانون تعیین نشده است، در موارد سکوت قانون به موجب ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مرتکب به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌شود. این ماده ناظر به مجازات و سکوت قوانین موضوعه درباره آن است؛ لذا با توجه به اطلاق صدر ماده مذکور، اگر به هر دلیل جرم بودن امری احراز شود خواه به دلیل تصریح به آن در قوانین موضوعه یا احکام شرع، چنانچه قوانین موضوعه نسبت به مجازات آن ساکت باشد، مطابق ماده ۶۹ عمل می‌شود.<sup>۱</sup> ایشان خودکشی ناموفق و خودزنی را یکی از مصادیق تعزیرات غیرمنصوص می‌داند که مرتکب آن باید براساس ماده ۶۹ به مجازات جایگزین حبس محکوم شود.<sup>۲</sup>

پایه و اساس هر دو نظر این است که آنچه شرعاً ممنوع و حرام است، قابلیت جرم‌انگاری و تعزیر را دارد؛ به بیان دیگر، مستمسک اصلی این دو نظر برای جرم‌انگاری رفتارهای تعزیری غیرمنصوص، قاعده فقهی «التَّعْزِيرُ لِكُلِّ عَمَلٍ مُحَرَّمٍ وَ التَّعْزِيرُ بِمَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ» است. طبق نظر اول، برای یافتن رفتار حرامی که قابل تعزیر است باید به نظر اجتهادی مرجع تقلید مرتکب رجوع کرد و نظر فقهی ایشان مستند قاضی برای صدور حکم است و اگر مرتکب مرجع نداشت، معیار جرم‌انگاری، رفتارهای حرامی است که بر جرم بودن آن رفتار، میان تمامی فقها اتفاق نظر وجود دارد. براساس نظر دوم، نیازی به رجوع به نظر مرجع تقلید مرتکب نیست و تنها رفتار ارتكابی که از محرمات اجماعی بوده و فقیهان اسلامی درباره حرمت و ممنوعیت آن اختلاف نکرده‌اند، جرم محسوب می‌شود؛ اما مجازات این عمل طبق نظر اول تا ۷۴ ضربه تازیانه است، لیکن طبق نظر دوم، مرتکب براساس ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی، به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌شود. ابتدا به نقد و بررسی مبنای مشترک هر دو نظر می‌پردازیم سپس هر دو نظر را در بوته نقد قرار می‌دهیم.

۱. نك: صادقی، ۱۳۹۴: ۳۰-۳۲.

۲. نك: صادقی، ۱۳۹۴: ۶۶.

۴-۱-۳- بررسی مبانی فقهی قائلین به جواز مراجعه به فقه در دعاوی کیفری

قاعده «التَّعْزِيرُ لِكُلِّ عَمَلٍ مُحَرَّمٍ» که بیانگر گستره جرایم موجب تعزیر در فقه امامیه است، مستند صریح ندارد و در زمره قواعد اصطیادی است.<sup>۱</sup> مضمون قاعده در کلام قُدماً<sup>۲</sup> متأخران<sup>۳</sup> و معاصران<sup>۴</sup> یافت می‌شود.

قاعده دیگری که مورد استناد قائلین به جریان اصل ۱۶۷ در اموری کیفری است، قاعده «التَّعْزِيرُ بِمَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ» است. این قاعده بیانگر مرجع صالح برای تعیین تعزیر است.<sup>۵</sup> پرسش اساسی در مورد این قاعده این است که منظور از حاکم کیست؟ آیا مراد قاضی رسیدگی کننده است یا اینکه منظور از حاکم، رئیس حکومت است نه قاضی رسیدگی کننده؟ در زمان حاضر، با توجه به اینکه طبق اصول قانون اساسی، وظیفه تقنین به مجلس شورای اسلامی سپرده شده است، اگر احتمال دوم پذیرفته شود باید گفت: منظور از حاکم در خصوص جرم‌انگاری، مجلس شورای اسلامی است. در این مورد سه نظر از طرف فقهای عظام مطرح شده است، پس از ارائه هر سه نظر، می‌کوشیم میزان انطباق دیدگاه‌های حقوقی فوق با آرای فقهی ارائه‌شده را بسنجیم.

دیدگاه اول: منظور از حاکم در قاعده، ولی فقیه است. عده‌ای از فقیهان معاصر بر این باورند: «حق عفو و همچنین تعیین مقدار کیفرهای تعزیری به تناسب جرم و اجرای حدود به‌طور کلی، به دست حاکم به معنای ولی است و نه قاضی. در روایات حدود و تعزیرات نیز عنوان والی، امام، رسول الله (ص)، امیرالمؤمنین (ع) و مانند ایشان آمده است. حتا در صحیح‌ه معروف حمّاد - که مهم‌ترین دلیل شرعی بر مجازات‌های تعزیری است - عنوان والی - که همان حاکم است - وارد شده است.<sup>۶</sup> از اینجا می‌توان دریافت که قاضی، هرچند مجتهد باشد، نمی‌تواند

۱. نك: نجفی، ۱۴۰۴: ق: ۴۱ / ۴۴۸ و اردبیلی، ۱۴۰۳: ق: ۱۳ / ۱۷۶.

۲. نك: شیخ‌طوسی، ۱۳۸۷: ۸ / ۶۹.

۳. نك: محقق‌حلی، ۱۴۰۸: ق: ۴ / ۱۵۵.

۴. نك: مکارم‌شیرازی، ۱۴۲۵: ق: ۶۱.

۵. نك: محقق‌ثانی، ۱۴۱۴: ق: ۱ / ۳۲۰.

۶. علی قدر ما يراهُ الوالی من ذنبِ الرجل و قوّة بدنیّه؛ مقدار تعزیر طبق نظر والی است که آن را با در نظر گرفتن گناه مجرم و قدرت جسمی وی تعیین می‌کند. (حرعاملی، ۱۴۰۹: ق: ۲۸ / ۳۷۵)

ناروایی تمسک به قاعده حکومت برای شمول اصل ۱۶۷ قانون ... / جعفری و دیگران ۳۲۷

اندازه تعزیر را در ابتدا معین کند، مگر اینکه ولی امر، افزون بر مقام قضایی، این کار را نیز به عهده خود او واگذار کند.» (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹ ق: ۲۰۸)

فقیه دیگری در این باره می نویسد: «آنچه در متون حدیثی و فقهی در بیان قاعده مورد بحث آمده است، عبارت «التَّعْزِيرُ إِلَى الْإِمَامِ» یا «إِلَى الْوَالِي» و نظایر آن است و در هیچ‌یک از متون روایی معتبر عبارت «إِلَى الْحَاكِمِ»، آن هم به معنای قاضی محکمه نیامده است؛ حتا در باب حدود و اجرای آن، تعابیری چون «امام» و «والی» وارد شده است. این عبارت نشانگر آن است که به‌طور کلی اجرای مجازات از مناصب و مسئولیت‌های ولایت مسلمین و رهبری به معنای مدیریت جامعه اسلامی است؛ به‌ویژه اینکه در دو صحیحته «سماعه»<sup>۱</sup> و «حمّاد بن عثمان»<sup>۲</sup> در مورد تعزیرات صرفاً به نظر «امام» و «والی» واگذار شده است که نشان دهنده آن است که این امر از جمله مسئولیت‌های مهم رهبری جامعه اسلامی است؛ چراکه از پیش، کارشناسان باید جرم‌ها را بسنجند و طبق توانایی مرتکبان، مجازات‌های بازدارنده وضع کنند. در بسیاری موارد، برای تعیین مقدار تعزیر (در صورت انتخاب تازیانه) به مقام امام معصوم (ع) مراجعه شده و آن مقام هم درصد تحدید برآمده و تعیین تقریبی فرموده‌اند. حال آنکه اگر این امر صرفاً به نظر حاکم شاغل در امر قضا واگذار شده بود، نباید آن را تعیین کنند؛ بلکه باید از تعیین آن صرف‌نظر کرده، به نظر قضات محاکم واگذار نمایند تا حسب مورد تصمیم بگیرد.» (محقق داماد، ۱۴۰۶ ق: ۴ / ۲۳۲-۲۳۳) ایشان معتقد است: عبارت «التَّعْزِيرُ بِمَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ» که مورد استناد گروهی از صاحب‌نظران قرار گرفته، در هیچ‌یک از متون حدیثی معتبر وارد نشده است.<sup>۳</sup>

به نظر می‌آید، قانونگذار نیز در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ همین نظر را مورد عمل قرار داده است؛ زیرا در ماده ۱۸ این قانون مقرر داشته: «... نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات

۱. در صحیحته سماعه درباره مجازات کسانی که به دروغ شهادت داده‌اند، چنین آمده است: «يجلدون حداً لیس له وقت،

فذلک إلى الإمام؛ تازیانه می‌خورند؛ اما مقدارش طبق نظر امام است.» (حرعاملی، ۱۴۰۹ ق: ۲۸ / ۳۷۶)

۲. در صحیحته حماد هنگامی که از مقدار تعزیر با تازیانه سؤال شد، در جواب چنین آمده است: «... علی قدر ما یراهُ الوالی من ذنب الرجل و قوّة بدنه؛ مقدار تعزیر طبق نظر والی است که آن را با در نظر گرفتن گناه مجرم و قدرت جسمی وی

تعیین می‌کند.» (حرعاملی، ۱۴۰۹ ق: ۲۸ / ۳۷۵)

۳. نك: محقق داماد، ۱۴۰۶ ق: ۴ / ۲۲۸.

مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود.<sup>۱</sup> البته همان‌طور که پیش‌تر گفته شد، برای تشخیص مجازات در تعزیرات منصوص راهی جز رجوع به فقه نیست؛ اما در رابطه با تعزیرات غیرمنصوص قضات مکلف‌اند در محدوده قانون، نسبت به صدور مجازات‌های تعزیری اقدام نمایند و نمی‌توانند تعزیرات غیرمنصوص را براساس نظر مرجع تقلید مرتکب یا محرّمات اجماعی فقیهان، جرم‌انگاری نمایند؛ در نتیجه، دیدگاه‌هایی که اصل ۱۶۷ قانون اساسی را حتا در تعزیرات غیرمنصوص جاری می‌دانست، مردود و غیرقابل پذیرش است؛ زیرا خلاف نظر قانونگذار است.

دیدگاه دوم: در مقابل دیدگاه نخست، برخی فقیهان معتقدند، مراد از حاکم در قاعده مذکور قاضی رسیدگی کننده است.<sup>۱</sup> البته اگر تخییر قضات در تعیین مقدار تعزیر، سبب اختلال در امور قضایی شود، می‌توان در حکومت اسلامی به‌عنوان ثانوی برای هر جرمی مجازات معینی قرار داد، تا هرج و مرج از بین برود، و امور قضایی در شرایط دنیای کنونی دچار اختلال و چهره احکام نورانی اسلام مخدوش نشود.<sup>۲</sup> طبق این نظر، مرجع صالح برای تعیین تعزیر نظر قاضی رسیدگی کننده به پرونده است.

دیدگاه سوم: طبق نظر امام خمینی (ره) قضاتی که واجد شرایط شرعیه قضاوت نیستند و از باب اضطرار و نیاز دستگاه قضا، در منصب قضاوت نشست‌اند، نمی‌توانند به این قاعده استناد نمایند و ملزم‌اند براساس قانونی که مجلس شورای اسلامی مصوب کرده، به مجازات تعزیری مشخص شده حکم نمایند. برای تبیین نظر امام خمینی (ره) لازم است مکاتبات و اظهارنظراتی که در اوایل دهه شصت در مورد لایحه تعزیرات صورت گرفته، ملاحظه شود.

فقه‌های شورای نگهبان در اوایل انقلاب معتقد بودند که مجلس وقت نباید در قانون تعزیرات، مجازات معینی را مشخص کند و صرفاً باید تعزیر داشتن رفتاری را اعلام نماید و قاضی رسیدگی کننده به پرونده است که حسب شخصیت مرتکب باید مجازات متناسبی وضع نماید. «به حکایت سوابق موجود، نخستین بار شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۱/۵/۳۰ در رابطه با

۱. نك: صافی گلپایگانی، بی تا: ۷۸.

۲. نك: مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ ق: ۱۱۴.

ناروایی تمسک به قاعده حکومت برای شمول اصل ۱۶۷ قانون... / جعفری و دیگران ۳۲۹

لایحه حدود و قصاص و مقررات آن به مجلس اعلام نمود که تعیین مقدار تعزیر در قانون با موازین شرع انطباق ندارد. عین نظر شورای نگهبان در این خصوص چنین است:

«... لایحه حدود و قصاص و مقررات آن مصوب ۱۳۶۱/۴/۹ کمیسیون امور قضایی مجلس شورای اسلامی و اصلاحیه‌های بعدی به شماره‌های فوق در شورای نگهبان مطرح و در جلسات مختلف مورد بحث و بررسی قرار گرفت. اینک نظر شورا به شرح ذیل اعلام می‌شود: الف- این مواد به علت تعیین مقدار تعزیر به تأیید اکثریت فقها نرسید: مواد ۱۶، ۸۶، ۱۴۴، ۱۴۵، ۱۴۸، ۱۵۵، ۱۵۶، ۱۷۹ و تبصره ماده ۱۸۱، ماده ۱۹۰ و ماده ۱۹۴

در تمام این مواد، ابتدا میزانی برای مجازات تعیین شده بود که با اظهار نظر شورای نگهبان، کمیسیون قضایی مجلس در مقام اصلاح، در تمام آن مواد فقط به ذکر کلمه «تعزیر می‌شود» به جای «تعیین مجازات تعزیری» اکتفا نمود.» (مهرپور، ۱۳۶۸: ۲۲)

گرچه مجلس شورای اسلامی در خصوص تعزیرات معین شده در لایحه حدود و قصاص به نظر شورای نگهبان تمکین نمود، لیکن اختلاف نظر شورای نگهبان، مجلس شورای اسلامی و شورای عالی قضایی در این مورد در لایحه تعزیرات کاملاً تبلور یافت. پس از اینکه کمیسیون قضایی مجلس در مرداد ۱۳۶۲ لایحه تعزیرات را تصویب نمود، آن را برای اظهار نظر به شورای نگهبان، ارسال کرد. پس از شروع به رسیدگی در شورا، از جمله مهم‌ترین ایراد فقهای شورای نگهبان، تعیین تعزیرات بود و به لحاظ زیاد بودن لایحه و کثرت مشغله از استمهال ده روزه نیز استفاده کرد.<sup>۱</sup> مصوبه مجلس به‌عنوان قانون لازم‌الاجرا منتشر و ابلاغ شده و دستور اجرای آن داده شده بود؛<sup>۲</sup> مجلس و شورای عالی قضایی آن را صحیح و قابل اجرا می‌دانستند، شورای نگهبان اصرار داشت که این مصوبه مراحل قانونی خود را طی نکرده و قانونیت ندارد و باید از

۱. نک: مهرپور، ۱۳۶۸: ۲۲-۲۴.

۲. انتشار این قانون براساس اصل ۹۴ قانون اساسی صورت گرفته بود. «کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی باید به شورای نگهبان فرستاده شود. شورای نگهبان موظف است آن را حداکثر ظرف ده روز از تاریخ وصول از نظر انطباق بر موازین اسلام و قانون اساسی مورد بررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند، برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند، در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است.»

اجرای آن جلوگیری شود.<sup>۱</sup> فقهای شورای نگهبان طی نامه‌ای به ریاست مجلس مواردی که در لایحه تعزیرات خلاف شرع می‌دانستند تعیین و آن را در چهار صفحه و ۴۲ بند تنظیم کرده و در تاریخ ۱۳۶۲/۱۰/۲۱ به عنوان ریاست مجلس شورای اسلامی اعلام داشتند. از جمله ایرادات مهم که بر این لایحه گرفته شد، همان مسئله تعیین مجازات در قانون بود که در بند ۴۲ نامه مذکور چنین آمده بود: «بند ۴۲: چون در تعزیرات نظر حاکم در تعیین نوع و مقدار تعزیرات و عفو از مجرم شرعاً معتبر است و تعیین مقدار خاص در بعضی موارد موجب تعطیل تعزیر مناسب و لازم و در بعضی موارد موجب ظلم بر مجرم می‌شود، لذا این‌گونه تعیین‌ها نیز مغایر با موازین شرعی است و باید لایحه از این جهت هم اصلاح شود.» (مهرپور، ۱۳۶۸: ۳۸)

کمیسیون قضای مجلس شورای اسلامی برای کسب نظر حضرت امام خمینی (ره) طی نامه از ایشان در خصوص تعیین مجازات جرایم تعزیری به شرح ذیل سوال می‌کند:

«محضر مبارک رهبر عظیم الشان انقلاب اسلامی و بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، حضرت آیت الله العظمی امام خمینی -مدظله-

پس از عرض سلام و آرزوی طول عمر پربرکت آن حضرت به عرض می‌رسانیم: نظر به اینکه قسمت عمده قوانین جزایی را بخش تعزیرات تشکیل می‌دهد و همچنین اکثر دعاوی مطروحه در محاکم دادگستری مشمول این بخش است؛ و از سوی دیگر در شرایط فعلی با کمبود یا نبودن قاضی مجتهد، محاکم را قضاتی که دارای لیسانس قضایی یا لیسانس الهیات رشته منقول یا لیسانس دانشکده علوم قضایی و اداری یا کسانی که دارای مدرک قضایی از مدرسه عالی قضایی قم هستند و یا طلابی که حداقل دو سال خارج قضا را دیده‌اند تشکیل می‌دهند. مجلس شورای اسلامی به منظور مراعات وحدت رویه در محاکم جمهوری اسلامی که امری است ضروری و جزء وظایف دستگاه قضایی (اصل ۱۶۱) و رعایت اصل مسلم فقهی (ما یراه الحاکم) نوع تعزیر را معین و مقدار آن را بین حداقل و حداکثر قرار داده تا بین اقل و اکثر در اختیار قاضی قرار گیرد، و این مصوبات هم تاکنون مورد تأیید شورای محترم نگهبان

ناروایی تمسک به قاعده حکومت برای شمول اصل ۱۶۷ قانون... / جعفری و دیگران ۳۳۱

بوده است، و در محاکم دادگستری براساس این قوانین عمل می‌شود. ولی اخیراً شورای محترم نگهبان نظری داده است مبنی بر اینکه تعیین نوع و مقدار تعزیر غیرشرعی است و لازم است به نظر قاضی واگذار شود تا نوع و مقدار آن را به هر میزان معین نماید. به نظر می‌رسد چنانچه در قوانین، نوع و مقدار تعزیر مشخص نشود، علاوه بر اینکه تصویب قانون معنا نخواهد داشت مشکلاتی را نیز دربرخواهد داشت:

اولاً، عدم وحدت رویه قضایی و تفاوت فاحش در احکام صادره به وجود خواهد آمد و هر دادگاه برای یک جرم نوعی مجازات معین خواهد کرد که سیستم قضایی را متزلزل ساخته و نظام قضایی را دگرگون خواهد ساخت.

ثانیاً، مصوبات گذشته مجلس با این استظهار سست شده و دستگاه قضایی متزلزل می‌شود. بدون تردید راهنمایی‌های آن بزرگوار در حل این مشکل راه‌گشا بوده و موجب امتنان خواهد بود. (۶۴/۸/۲۴ کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی: محمد یزدی)

حضرت امام خمینی (ره) ذیل آن نامه چنین مرقوم فرمودند:

«بسمه‌تعالی؛ در این موقع که اکثریت قاطع متصدیان امر قضا واجد شرایط شرعیه قضاوت نیستند، و از باب ضرورت اجازه به آنان داده شده است، حق تعیین حدود تعزیر را بدون اجازه فقیه جامع شرایط ندارند. بنابراین لازم است با تعیین هیئتی مرکب از جنابعالی و حجت الاسلام آقای اردبیلی و دو نفر از فقهای شورای محترم نگهبان به انتخاب فقهای مذکور نگهبان، حدود تعزیرات را تعیین کنند که در آن چهارچوب اجازه داده شود، و حق تخطی از آن نداشته باشند؛ و البته این امر موقتی و اضطراری است تا ان شاء الله قضاات جامع شرایط تعیین گردند. ۲۸ آبان ۶۴ روح‌الله الموسوی الخمینی» (موسوی خمینی، بی‌تا: ۱۹ / ۴۲۳-۴۲۴)

همان‌طورکه مشاهده شد، پذیرش جواز جرم‌انگاری در تعزیرات غیرمنصوص خلاف نظر امام خمینی (ره) و مجلس شورای اسلامی است. همچنین به نظر می‌رسد شورای نگهبان نیز پس از تأیید شرعیت ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی، میل به عدم جواز جرم‌انگاری تعزیرات غیرمنصوص پیدا کرده و دغدغه شورا در مورد تعزیرات منصوص نیز به واسطه ورود

آن در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ مرتفع شده است. بنابراین چنین نتیجه گرفته می‌شود که قانونگذار با توجه به تصویب ماده ۱۸ در قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ عملاً دیدگاه نخست در قاعده «التَّعْزِيرُ بِمَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ» را پذیرفته است و معتقد است تعیین مجازات بر عهده مجلس شورای اسلامی است و نه قضات رسیدگی کننده. بر فرض عدم پذیرش این مطلب و اصرار بر پذیرش دیدگاه دوم توسط قانونگذار یعنی منظور از حاکم در قاعده، قاضی رسیدگی کننده به پرونده است، گفته می‌شود با توجه به سیر تقنین در تعزیرات غیرمنصوص و اختلافات شورای نگهبان با مجلس شورای اسلامی در اوایل انقلاب و رهنمودهای حضرت امام خمینی (ره) مبنی بر تعیین مجازات-های تعزیری و عدم جواز تخطی از آن توسط قضات، روشن می‌شود که دیدگاه دوم که منظور از حاکم قاضی است، هیچ‌گاه مورد پذیرش قانونگذار نبوده است و قضاتی که واجد شرایط شرعیه (از جمله اجتهاد) نیستند و از باب اذن ولی فقیه بر منصب قضا نشسته‌اند، اختیار جرم‌انگاری تعزیری را ندارند. لذا تمسک به اطلاق اصل ۱۶۷ و اجرای این اصل در تعزیرات غیرمنصوص جایگاهی ندارد، چراکه قانون اساسی در رهگذر قوانین عادی جریان می‌یابد.

براساس مباحث پیشین هر دو نظر ارائه شده در مورد رجوع به فقه در تعزیرات غیرمنصوص (۱- تعیین مجازات تازیانه؛ ۲- تعیین مجازات جایگزین حبس) که پایه نظر خود را بر قاعده فقهی «التَّعْزِيرُ لِكُلِّ عَمَلٍ مُحَرَّمٍ وَ التَّعْزِيرُ بِمَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ» قرار داده بودند، قابل پذیرش نیستند؛ زیرا موافق نظر قانونگذار نبوده و مقامات قضایی در رسیدگی به تعزیرات غیرمنصوص محدود به قانون مدون هستند؛ اما در مقام ارزیابی و ترجیح میان یکی از دو نظر پیشین، دیدگاه دوم، با قواعد حقوقی سازگارتر است؛ زیرا براساس این نظر اصل قانونی بودن جرم، نقض می‌شود ولی اصل قانونی بودن مجازات به دلیل تصریح آن در ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی، حفظ می‌شود.

۱. ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی: «در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می‌شود. در سایر جرائم موجب تعزیر دادگاه می‌تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید.»

تبصره ۱- مقررات راجع به توبه درباره کسانی که مقررات تکرار جرائم تعزیری در مورد آنها اعمال می‌شود، جاری نمی‌گردد؛ تبصره ۲- اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند (ب) ماده (۷) و بندهای (الف) و (ب) ماده (۸) و مواد (۲۷)، (۲۹)، (۴۰)، (۴۵)، (۴۶)، (۹۳)، (۹۴) و (۱۰۵) این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود.»



### نتیجه گیری

مدعیان نظریه حاکمیت اصل ۱۶۷ بر اصل ۳۶ بر این باورند که اصل ۱۶۷ موضوع اصل ۳۶ را گسترش می‌دهد؛ لذا اصل ۳۶ شامل قانون مدون و غیرمدون (فقه) می‌شود و قاضی باید در موارد سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین مدونه، براساس منابع و فتاوی معتبر اسلامی حکم قضیه را صادر کند؛ بنابراین اصل ۱۶۷ تصرف در موضوع اصل ۳۶ می‌نماید و آن را توسعه می‌دهد. با بررسی قاعده حکومت در اصول فقه و تأمل در سیر تقنین در تعزیرات نتایج ذیل به دست می‌آید:

۱- با توجه به مباحث اصولی روشن شد که حکومت در تعریف مبتکر آن یعنی مرحوم شیخ انصاری (ره) عبارت است از اینکه: دلیلی با مدلول لفظی خود متعرض دلیل دیگر باشد. در تعریف دیگری بیان شد که حکومت عبارت است از اینکه، یکی از دو دلیل صلاحیت توسعه یا تضییق دلیل دیگر را داشته باشد؛ همچنین با عنایت به شرط اجرای قاعده حاکم و محکوم در ادله که از طرف مرحوم شیخ انصاری (ره) ارائه شده، این نتیجه حاصل شد که اگر ادعا شود دلیل حاکم، شارح و ناظر به دلیل محکوم است باید بدون محکوم لغو شود؛ یعنی اگر فرض کنیم در شریعت سخنی در مورد محکوم وارد نشده است، دلیل حاکم لغو و بی‌مورد خواهد شد.

۲- پس از تشریح نظرات اصولیین در مورد حکومت و شرط اجرای آن، نظر مذکور در مورد رابطه اصل ۱۶۷ و اصل ۳۶ مورد نقد و بررسی قرار گرفت و بیان شد که شرط اساسی برای اجرای حکومت میان اصل ۱۶۷ و اصل ۳۶ وجود ندارد؛ زیرا در فرض نبودن اصل ۳۶ اصل ۱۶۷ لغو نمی‌شود؛ یعنی اگر فرض شود قانونی در امور کیفری وجود ندارد اصل ۱۶۷ لغو نمی‌شود، چراکه شامل قوانین غیرکیفری (حقوقی) نیز می‌شود.

۳- در ادامه با چشم پوشی از اشکال مبنایی مذکور، رجوع به فقه در قانون مجازات اسلامی مورد بررسی قرار گرفت. بیان شد که رجوع به فقه در قصاص و دیات نیز گرچه مُبتلایه نیست، ولی طبق رویه حضرت امام خمینی (ره) حتا در مورد حدود، قصاص و دیات نیز ایشان دستور به تدوین قانون دادند و به صرف وجود مسائل در تحریر الوسیله اکتفا نکردند. البته در خصوص رجوع به فقه در حدود غیرمصرح در قانون گفته شد که، با توجه به ماده ۲۲۰ قانون مجازات

اسلامی، قاضی ملزم به مراجعه به فقه و اصدار حکم نسبت به حدود غیرمصرح در قانون است؛ گرچه این اشکال بی‌پاسخ می‌ماند که در فرض جواز مراجعه به فقه، در این‌گونه موارد اصل بنیادین قانونی بودن جرم و مجازات نقض می‌شود. به هر حال وضعیت این سه نوع مجازات مشخص است؛ لیکن در خصوص تعزیرات باید میان تعزیرات منصوص و غیرمنصوص تفکیک قائل شد. در ارتباط با تعزیرات منصوص نیز با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۱۵، قاضی چاره‌ای جز رجوع به فقه و تعیین مجازات براساس منابع و فتاوی معتبر اسلامی ندارد، لیکن در خصوص تعزیرات غیرمنصوص بیان شد که، تعدادی از حقوق‌دانان با تمسک به قاعده «التَّعْزِيرُ لِكُلِّ عَمَلٍ مُحَرَّمٍ وَ التَّعْزِيرُ بِمَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ» چنین نتیجه گرفته‌اند که رجوع به فقه در تعزیرات غیرمنصوص جایز است و قاضی صادرکننده رأی، مرتکب را به ۷۴ ضربه شلاق یا طبق نظر دیگر به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌کند. پس از بررسی فقهی دو قاعده مذکور بیان شد این دیدگاه مخالف نظر قانونگذار است و رجوع به فقه در تعزیرات غیرمنصوص وجهی ندارد.

با توجه به این تفاسیل و اختلاف نظر دکتربین حقوقی و ابهام اصل ۱۶۷ قانون اساسی، به نظر می‌رسد اصلاح این اصل، در صورت تصمیم بر بازنگری قانون اساسی، می‌تواند از اولویت‌های کارگروه مربوطه باشد.

## کتابنامه

### الف- کتب و مقالات

#### الف-۱: فارسی

- افتخارجهرمی، گودرز (۱۳۷۸)، «اصل قانونی بودن جرم و مجازات و تحولات آن»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲، شماره ۲۶ و ۲۵، صص ۷۹-۱۰۲.
- اکبری، محمدجواد و سیدحسین هاشمی (۱۳۹۵)، «واکاوی مصادق تعزیرات منصوص در فقه امامیه (تبیین تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲)»، جستارهای فقهی و اصولی، سال دوم، شماره ۳، صص ۳۳-۵۹.
- الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۳۹۶)، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، تهران: میزان.
- برهانی، محسن و مریم نادری فرد (۱۳۹۴)، «تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی»، پژوهش حقوق کیفری، دوره سوم، شماره ۱۰، صص ۸۹-۱۱۲.
- حبیبزاده، محمدجعفر (۱۳۸۸)، «اصل حاکمیت قانون عالی‌ترین مصلحت در حقوق کیفری ایران»، مجله حقوق و مصلحت، سال اول، شماره ۲، صص ۲۳-۵۳.
- خالقی، علی (۱۳۹۵)، آیین دادرسی کیفری، چاپ سی و دوم، تهران: شهر دانش.
- صادقی، محمدهادی (۱۳۹۴)، جرایم علیه اشخاص (صدمات جسمانی)، چاپ بیست و یکم، تهران: نشر میزان.
- قیاسی، جلال‌الدین؛ عادل ساریخانی و قدرت‌الله خسروشاهی (۱۳۹۱)، حقوق جزای عمومی (اسلام و حقوق موضوعه)، چاپ چهارم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- مرعشی، سیدمحمدحسن (۱۳۷۶)، «جایگاه فتوا در موارد فقد قانون»، مجله تحقیقات اسلامی، ۱۳۷۶، سال دوازدهم، شماره ۱ و ۲، صص ۲۲۳-۲۳۱.
- موسوی خمینی، سیدروح‌الله (بی‌تا)، صحیفه امام، چاپ پنجم، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

- مهرپور، حسین (۱۳۶۸)، «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانونگذاری تعزیرات در جمهوری اسلامی ایران)»، کانون وکلا، شماره ۱۴۸ و ۱۴۹، صص ۹-۶۸.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۱۹ ق)، بایسته‌های فقه جزا، چاپ اول، تهران: نشر میزان-نشر دادگستر.

#### الف-۲: عربی

- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ ق)، فرائد الأصول، چاپ نهم، قم: مجمع الفکر الإسلامی.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ ق)، کفایة الأصول، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- آخوند خراسانی، محمد کاظم (۱۴۱۰ ق)، درر الفوائد فی الحاشیة علی الفرائد، چاپ اول، تهران: مؤسسه الطبع و النشر.
- آشتیانی، محمود (بی تا)، حاشیة علی درر الفوائد، چاپ اول، قم.
- تبریزی، موسی (۱۳۶۹ ق)، أوثق الوسائل فی شرح الرسائل، چاپ اول، قم: کتبی نجفی.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ق)، وسایل الشیعة، مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- خوبی، ابوالقاسم (۱۴۲۲ ق)، مصباح الأصول، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء الآثار الإمام الخویی.
- سبحانی، جعفر (۱۳۸۷)، الموجز فی اصول الفقه، چاپ چهاردهم، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- سبحانی، جعفر (۱۳۸۸)، الوسیط فی اصول الفقه، چاپ چهارم، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- سبزواری، عبدالاعلی (بی تا)، تهذیب الأصول، چاپ دوم، قم: مؤسسه المنار.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (محشی-کلاتر)، چاپ اول، قم: کتاب فروشی داوری.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ ق)، المبسوط فی فقه الامامیة، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضویة لاحیاء الآثار الجعفریة.

ناروایی تمسک به قاعده حکومت برای شمول اصل ۱۶۷ قانون... / جعفری و دیگران ۳۳۷

- صافی گلپایگانی، لطف الله (بی تا)، التعزیر احکامه و حدوده، بی جا: بی جا.
- صدر، محمد باقر (۱۴۱۷ ق)، بحوث فی علم الاصول، چاپ سوم، قم: مؤسسه دائرة المعارف الإسلامی.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ ق)، شرایع الإسلامی فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- مظفر، محمدرضا (۱۴۳۰ ق)، المنطق، چاپ هفتم، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ ق)، فقه الحدود و التعزیرات، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الجامعة المفید.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- یزدی، محمدکاظم (۱۴۲۶ ق)، حاشیه فرائد الاصول، چاپ اول، قم: دار الهدی.

ب- وبسایت (های) اینترنتی

- «تقریرات درس خارج اصول فقه» (۹۷/۰۷/۰۷)، محمدتقی شهیدی، قابل دسترسی در: [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir)