

صلاحیت قضایی کیفرگذاری مبتنی بر منابع اسلامی در پرتو اصول قانون اساسی و قوانین عادی

روح‌الله اکرمی*

استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران

پذیرش: ۱۳۹۴/۴/۵

دریافت: ۱۳۹۴/۱/۲۰

چکیده

خلاً قانونی در کلیه نظام‌های حقوق موضوعه امری کاملاً عادی و قابل تصور است که بر قانونگذار فرض است راهکاری برای این موارد بیندیشد. قانونگذار اساسی در اصل ۱۶۷ منابع و فتاوی معتبر اسلامی را به عنوان مرجع قابل استناد قضات شناسایی کرده است. با وجود این، در شمول این قاعده در دعاوی کیفری، به خصوص موضوع مهم تعیین مجازات اختلاف نظر شدیدی وجود دارد. انعکاس مفاد اصل ۱۶۷ در برخی از قوانین عادی مصوب مجلس شورای اسلامی و تأیید مفاد آن‌ها از سوی شورای نگهبان، به عنوان مفسر قانون اساسی، در کنار شیوهی بیان الفاظ در اصل ۱۶۷ و پیشینه تقنینی این اصل، همگی بر تقویت دکترینی دلالت دارد که قائل به تعمیم قاعدهی مورد بحث به امور جزایی و از جمله موضوع کیفرگذاری است. در مقاله‌ی حاضر با بررسی دلایل اندیشه‌ی مذکور، قلمرو اجرایی آن با لحاظ تحولات اخیر صورت گرفته در قانون مجازات اسلامی، منصرف از مجازات تعزیری که اتفاقاً سهم عمده‌ی سیاهه‌ی کیفری را نیز به خود اختصاص می‌دهند، دانسته شد.

کلیدواژه‌ها: اصل ۱۶۷ قانون اساسی، اصل قانونی بودن مجازات، خلاً قانونی، کیفرگذاری، منابع معتبر اسلامی.

مقدمه

با پیروزی انقلاب اسلامی، نهضت اسلامی سازی قوانین مورد اهتمام ویژه قرار گرفت. اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صراحت ضرورت ابتدای کلیه قوانین و مقررات را بر موازین اسلامی مورد تأکید قرار داده، و در بیانی منحصر به فرد، حاکمیت این اصل را بر اطلاق یا عموم همه اصول و مقررات دیگر تصریح کرده است. با وجود این، نظر بر آنکه در دوران قبل از انقلاب، مقررات کیفری فاصله بیشتری از موازین اسلامی، در مقایسه با سایر قوانین مهم دیگر چون قانون مدنی داشته‌اند، تحولات رخ داده، ساحت مزبور را بیش از هر عرصه‌ی دیگر متأثر ساخت. تعجیل در تصویب قوانین کیفری متعدد در شورای انقلاب جمهوری اسلامی و پس از آن مجلس شورای اسلامی، گواه بر این مدعاست. روند مزبور به گونه‌ای بود که ظرف همان چند سال اولیه پس از پیروزی انقلاب، یعنی در نهایت تا سال ۱۳۶۲، کلیه قوانین جزایی ماهوی، چه در بخش مقررات عمومی، و چه در بخش‌های اختصاصی بازنگری و تصویب شدند.

به‌رغم تلاش‌های مذکور، واقعیت آن است که تدوین احکام فقهی در قالب قانون، به‌صورت جامع، دقیق و گویا، مسئله‌ای بس دشوار است، که جز با داشتن فرصت و تخصص کافی، آن هم در پرتو اقدام کارشناسی جمعی، میسر نخواهد بود. فوریت اسلامی سازی قوانین، در کنار دشواری ذاتی انجام چنین رسالتی، به‌طور طبیعی وجود نقص در قوانین را متصور می‌نمود. از این رو، قانونگذار اساسی در اصل ۱۶۷ درصد ارائه‌ی راهکاری برای احتراز از پیامدهای مزبور برآمد و منابع و فتاوی معتبر اسلامی را به‌عنوان مرجعی در حالات سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین مدون پیش‌بینی کرد. مطابق این اصل «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد، و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید؛ و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

یکی از مهم‌ترین مسائل مطرح در راستای تفسیر اصل ۱۶۷ ناظر بر این موضوع بود که آیا اصل مذکور می‌تواند مستمسکی برای مراجعه به منابع اسلامی و فتاوی فقهی از سوی قضات به‌منظور تعیین مجازات رفتارهایی قرار گیرد که قوانین نسبت به مجرمانه بودن آن‌ها سکوت کرده‌اند؟ از یک سو عموم الفاظ عبارات در اصل ۱۶۷، به نحوی بود که کلیه دعای کیفری و غیر کیفری را در برمی‌گرفت؛ از سوی دیگر، بیم خدشه‌دار شدن حقوق و آزادی‌های شهروندی در پرتو ارجاع قضات نه چندان فقه‌آشنا به منابعی اغلب به زبان عربی و ورای قانون وجود

داشت، اموری که سبب شدند تا دکترین حقوقی در تفسیر اصل ۱۶۷، از نظر شمول بر امور جزایی، دچار تشتت و تهافت شود و به پیدایی نظریات مختلفی در این زمینه بینجامد. برخی برای احتراز از اعطای اختیار جرم‌انگاری به مراجع قضایی، به شیوه‌ای افراط‌گونه، شمول اصل ۱۶۷ نسبت به حوزه‌ی کیفری را نفی کردند و سایرین ضمن پذیرش قابلیت اجرایی این اصل در حقوق کیفری، خود به دو دسته تقسیم شدند؛ عده‌ای قلمرو جرم‌انگاری و کیفرگذاری را از این قاعده‌ی عام مستثنا کردند، و گروهی دیگر در مطلق مسائل کیفری، هرچند به تعیین مجازات منتج شود، قضات را در رجوع به منابع فقهی مجاز دانستند. ارائه‌ی تصویری دقیق از موقعیت منابع فقهی در عرصه‌ی کیفری مستلزم کشف اراده‌ی واضع قانون اساسی، و تدقیق در نگرش شورای نگهبان، به‌عنوان مفسر این قانون، در برخورد با مصوبات مجلس شورای اسلامی است. در این زمینه، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به‌عنوان آخرین قانون کیفری مادر، متضمن نکاتی بس مهم، در واکاوی نظرگاه شورای نگهبان نسبت به این مقوله است.

از این رو، در مقاله‌ی حاضر ضمن تبیین چارچوب مورد بحث (بند ۱)، رویکردی که منابع و فتاوای معتبر اسلامی را به‌عنوان یکی از منابع حقوق کیفری قلمداد می‌کند، بررسی شده است (بند ۲). در ادامه امکان استناد قضات به منابع مزبور جهت حکم به کیفر، به تفکیک انواع مجازات، از بعد نظری و عملی مطالعه (بند ۳) و در نهایت، شناسایی چنین صلاحیتی برای قضات نقد شده است (بند ۴).

۱. تبیین موضوع

در تحریر محل نزاع مورد بحث در این مقاله بیان نکاتی ضرورت دارد:

نکته‌ی اول. اینکه بی‌تردید فقه اسلامی مهم‌ترین منبع تقنین در امور کیفری است فارغ از اینکه قانونگذار در تدوین مقررات کیفری از مصادر فقهی، مستقیم یا غیرمستقیم، استفاده کرده باشد. در بسیاری از موارد مفاد قانون ترجمه‌ی عبارات فقهی‌اند، و کسی در این زمینه تردید ندارد. اما این سؤال مطرح است که آیا قاضی در مقام تشخیص حکم، به‌خصوص در زمینه‌ی تعیین مجازات، و نه صرفاً احراز موضوع^(۱) نیز می‌تواند به آن‌ها استناد کند.

نکته‌ی دوم. این مسئله که به‌طور کلی منابع و فتاوای معتبر فقهی در عداد منابع قضایی اصلی در حقوق کیفری بوده، مسلم و انکارناپذیر است. اینکه برخی حقوقدانان بر این باورند اصل ۱۶۷ قانون اساسی که در مقام الزام محاکم به اصدار رأی وفق منابع فقهی در حالات چهارگانه‌ی سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین مدون است، شامل دعاوی جزایی نیست و

به سایر حوزه‌های حقوقی نظر دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۱۸ و ۱۳۷۷، ج ۲: ۴۱۶؛ محقق داماد، ۱۳۸۶: ۳۸؛ هاشمی، ۱۳۸۰، ج ۲: ۴۰۴؛ آخوندی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۱۷؛ گلدوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱: ۱۶۱؛ حبیب‌زاده، بی‌تا: ۱۴۰)؛ قابل پذیرش نبوده و دلایل اقامه‌شده‌ی ایشان قابل مناقشه است. این دسته برای تقویت موضع خویش دلایلی چند اقامه کرده‌اند که نظریه‌ی مورد ادعا را اثبات نمی‌کنند:

مهم‌ترین دلیل ایشان تخصیص اصل ۱۶۷ قانون اساسی در اثر تعارض با اصل قانونی بودن جرم و مجازات، به شرح منعکس در اصل ۳۶ است؛ چه مطابق اصل اخیر «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». از این رو بیان شده «جمع دو اصل بدین گونه است که حکم عام اصل ۱۶۷ در اثر حکم خاص اصل ۳۶ در امور کیفری، مخصوص به مواردی شود که دادگاه حکم به مجازات نمی‌دهد» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۱۹؛ و ۱۳۷۷، ج ۲: ۴۱۶)، چه عمل به عام قبل از تفحص برای منحصص جایز نیست، لذا اصولی مانند اصل ۳۶، اصل ۱۶۷ را از عمومیت خارج می‌کند و آن را به امور حقوقی اختصاص می‌دهد (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۳۸؛ حبیب‌زاده، بی‌تا: ۱۴۰). اینکه آیا اصل ۳۶ قانون اساسی می‌تواند عموم اصل ۱۶۷ را تخصیص بزند یا خیر، بررسی خواهد شد. لکن نکته‌ی مهم آن است که حتی بر فرض پذیرش چنین استدلالی، در نهایت می‌توان به عدم استنادپذیری فقه در عرصه‌ی جرم‌انگاری نظر داد، نه آنکه به منبع نبودن مصادر فقهی در کلیت قلمرو کیفری قائل شد، زیرا دلیل اخص از مدعاست. اختصاص اصل ۱۶۷ به حوزه‌ی غیرکیفری صرفاً در صورتی قابل طرح بود که تنها موضوع قلمرو جزا به مسئله‌ی جرم‌انگاری محدود شود، زیرا اصل ۳۶ تنها بر ضرورت ابتدای جرم‌انگاری و تعیین مجازات بر قانون دلالت دارد. این در حالی است که مسائل کیفری شامل موارد دیگری جز مسئله‌ی جرم‌انگاری نیز خواهند شد، در این صورت اصل ۳۶ قابلیت تحدید امکان استناد به اصل ۱۶۷ در چنین مواردی را ندارد. به‌طور نمونه، استناد به منابع فقهی در یافتن احکام فاقد صبغه‌ی جرم‌انگاری، مطابق اصل ۱۶۷، امری جایز و بلکه ضروری است، مثلاً مسئله‌ی جواز یا ممنوعیت پیوند عضو قصاص‌شده توسط جانی در مقررات کیفری تصریح نشده است، از این رو در صورت اختلاف جانی و مجنی‌علیه در این زمینه، دادگاه مکلف است وفق منابع فقهی تعیین تکلیف کند. همچنین اینکه آیا جنایت بر شخص مبتلای به مرگ مغزی، حکم جنایت بر انسان زنده و یا میت را دارد، قانون مدون تصریحی ندارد، و لذا استناد به منابع فقهی در این موارد راهگشاست. گاه در برخی از مقررات کیفری موضوعاتی بیان شده، که تشخیص آن‌ها در گرو مراجعه به منابع فقهی است؛ تشخیص مفاهیمی چون کافر ذمی، مستأمن و معاهد در ماده‌ی ۳۱۰، تعزیر منصوص شرعی در تبصره‌ی

۲ ماده‌ی ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در زمره‌ی چنین مواردی هستند. به نظر توجه در ایراد اخیر موجب شده برخی، فتاوی فقہی را در زمره‌ی منابع حقوق کیفری بدانند، بدون آنکه تعیین مجازات براساس آن‌ها را تجویز کنند (سپهوند، ۱۳۸۶: ۲۳؛ شامبیاتی، ۱۳۹۳، ج ۲: ۳۲-۳۳؛ اردبیلی، ۱۳۹۲، ج ۱: ۲۰۳-۲۰۴).^(۲)

دلیل دومی که بر آن احتجاج شده، در لحاظ توالی عملی منبع دانستن مصادر و فتاوی فقہی در امور کیفری است، به این معنا که شمول اصل ۱۶۷ به دعاوی کیفری با توجه به اختلاف نظر فقہا در فتوا، مستلزم صدور آرای نامشابه یا نابرابر و بر خلاف مصلحت نظام قضایی و حقوق فردی بوده (هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰: ۹۴ و ۷۳)، و از طرفی چون اغلب منابع فقہی به زبان عربی هستند، شناسایی جواز رجوع به فقہ در دعاوی کیفری، مستلزم الزام افراد به یادگیری عربی است که تکلیفی مالایطاق محسوب می‌شود و از نظر اقتصادی نیز سبب بی‌رغبتی اشخاص به سرمایه‌گذاری‌های سازنده خواهد شد (حبیب‌زاده، ۱۳۷۷: ۳۲-۳۳). در نقد این استدلال نیز باید گفت اولاً غایت تفسیر قانون کشف اراده‌ی مقنن است، اگر نظر قانونگذار با مصالح نیز مطابقت نداشته و متضمن اشکالاتی در عمل باشد، نباید انتقاد به قانون، که از سوی اهل فن امری جایز و بلکه لازم است، با تفسیر آن خلط شود و با اجتهاد در مقابل نص، موضع مطلوب از دیدگاه خویش را به قانونگذار منتسب کنیم. ثانیاً ایراد وجود فتاوی متفاوت در منابع فقہی هم در مسائل کیفری و هم در موضوعات غیرکیفری قابل تصور است، از این رو انصراف اصل ۱۶۷ از حقوق کیفری و اختصاص آن به قلمرو غیرجزایی با مبنای اتخاذشده‌ی ایشان سازگاری ندارد، و مشخص نیست چرا همین ایراد را در این قسمت وارد نکرده‌اند؛ ثالثاً از آنجا که تجویز رجوع به منابع فقہی وفق اصل ۱۶۷ در وضعیت خلأ قانونی پذیرفته شده است، قائلان به انصراف اصل ۱۶۷ از دعاوی کیفری مشخص نکرده‌اند که قضات در حالات سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین مدون چگونه باید عمل کنند؟ آیا عدم تعیین تکلیف برای قضات که می‌تواند زمینه‌ی بروز سلايق مختلف و ظهور عقاید شخصی را فراهم کند، مناسب‌تر است یا اینکه قضات را به منابع معتبر فقہی ارجاع دهیم که اختلاف موردی آن‌ها هرگز آثار وضعیت نخست را در پی نخواهد داشت؟

۲. تبیین دکترین حقوقی قائل به منبع بودن مصادر فقہی در نظام کیفری

با توضیحات پیش‌گفته مشخص می‌شود، دکترینی که قائل به شمول اصل ۱۶۷ قانون اساسی در قلمرو جزایی است، از صلابت و اتقان برخوردار است؛ دیدگاهی که منابع معتبر اسلامی و فتاوی فقہی را در زمره‌ی مصادر الزامی و اصلی نظام کیفری جمهوری اسلامی

ایران می‌داند (نوربها، ۱۳۹۱: ۳۱؛ صادقی، ۱۳۸۰: ۲۰-۲۱؛ سپهوند، ۱۳۸۶: ۲۳؛ قیاسی و دیگران، ۱۳۸۰، ج ۱: ۳۵-۳۶).

دلایل متعددی بر این نظرگاه قابل استناد است و می‌توان در تأیید آن از کلیه‌ی روش‌های تفسیر حقوقی بهره جست. از منظر تفسیر لفظی و ادبی باید گفت عموم اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقتضی تعمیم اصل به دعاوی کیفری است، دلالت عبارت عام «هر دعوا» در اصل ۱۶۷ بر کلیه‌ی دعاوی قوی‌ترین دلیل بر منحصر نبودن مفاد اصل ۱۶۷ به دعاوی غیرکیفری است. با فرض تردید در مسئله، هرچند به دلیل عموم الفاظ قانون قابل اعتنا نیز نیست، می‌توان سراغ روش تفسیر منطقی و غایی رفت. دقت در پیشینه‌ی تقنینی اصل ۱۶۷ حکایت از اراده‌ی قانونگذار اساسی بر الزام قضات به منابع فقهی در حالت فقدان یا نقص قوانین مدون در دعاوی کیفری دارد. توضیح آنکه پیش‌نویس اصل ۱۶۷ بدین صورت تدوین شده بود: «در مواردی که قاضی نتواند حکم دعاوی حقوق را در قوانین موضوعه بیابد، باید با الهام از قواعد شرع، عرف و عادت مسلم و آنچه عدالت و مصالح عمومی اقتضا دارد حکم قضیه را صادر کند» (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸: ۱۹). در گروه بررسی اصول، با حذف تقييد دعاوی به وصف حقوقی، اصل بدین صورت تغییر کرد و اصلاح شد که «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را، در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۸: ۲۵۷). اصلاحی که حکایت از اراده‌ی قانونگذار در تعمیم این اصل قانون اساسی به دعاوی جزایی دارد؛ به‌خصوص آنکه در جلسه‌ی بررسی اصل ۱۶۷ برخی از اعضا بر تصریح قانون اساسی به اصل قانونی بودن جرم و مجازات و فراخواندن دیگر اعضا به تأمل در این زمینه دعوت کرده بودند، و نمایندگان با این توجه به اصل ۱۶۷ رأی موافق دادند (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۶۵).

علاوه بر این، مفاد اصل ۱۶۷ در بسیاری از قوانین عادی ناظر بر امور کیفری نظیر ماده‌ی ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱، ماده‌ی ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور در ۱۳۶۸، ماده‌ی ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۳، ماده‌ی ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری به سال ۱۳۷۸ و در نهایت بند ۲ ماده‌ی واحده‌ی قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی به سال ۱۳۸۳ تکرار شده است؛ مسئله‌ای که از

اراده‌ی قانونگذار بر شمول اصل ۱۶۷ نسبت به امور کیفری حکایت دارد. اگرچه برخی بیان داشته‌اند چون «تصویب قانون اساسی و قانون عادی توسط دو نهاد مختلف [مجلس بررسی نهایی قانون اساسی و مجلس شورای اسلامی] صورت گرفته است، طبعاً برداشت قانونگذار عادی از قانون اساسی را نمی‌توان کاشف از اراده‌ی تصویب‌کنندگان قانون اساسی دانست» (حبیب‌زاده و قیاسی، ۱۳۸۰: ۳۶)؛ اما اولاً از این منظر که قوانین عادی مزبور توسط شورای نگهبان به تأیید رسیده‌اند، بدان معناست که مرجع مذکور، به‌عنوان مفسر قانون اساسی، قائل به تعمیم مفاد اصل ۱۶۷ به حوزه‌ی دعاوی جزایی بوده است؛ به‌گونه‌ای که نقل شده در بررسی ماده‌ی ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱، به‌رغم اعلام نظر برخی از اعضای شورا مبنی بر مغایرت ماده با اصل ۳۶ قانون اساسی، اکثریت اعضای شورا ماده را مغایر قانون اساسی ندانستند (مهرپور، نگاهی به آخرین دور بررسی گزارش ایران در کمیته‌ی حقوق بشر، روزنامه‌ی اطلاعات، ش ۱۹۹۵-۱۳۷۲/۶/۱۰، به نقل از: هاشمی، ۱۳۸۰، ج ۲: ۴۰۵). تکرار حکم مزبور در قوانین بعدی نیز مؤید استمرار اتخاذ چنین برداشتی از قانون اساسی توسط شورای نگهبان است. ثانیاً نفس حکم قوانین عادی مزبور، صرف‌نظر از متمایز بودن واضع آن نسبت به واضع قانون اساسی، و اینکه مفاد آن انعکاسی از اصول قانون اساسی باشد یا خیر، الزام‌آور است.^(۳)

حقوقدانان طرفدار دکترین شمول اصل ۱۶۷ به دعاوی کیفری، و حتی کسانی که این اصل را منصرف به امور غیرکیفری دانسته‌اند، در مواجهه با قوانین عادی، مواضع مختلفی را اتخاذ کرده‌اند؛ که در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان آن‌ها را به دو گروه تفکیک کرد. دسته‌ی نخست معتقدند این اصل شامل مطلق امور کیفری، حتی مقوله‌ی جرم‌انگاری و کیفرگذاری است (حبیب‌زاده و قیاسی، ۱۳۸۰: ۳۷-۳۸). کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی سابقاً نیز همین موضع را اتخاذ کرده بود (افراسیابی، ۱۳۷۴، ج ۱: ۱۸۱). اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه نیز در برخی نظرهای خویش از جمله نظر ۷/۱۹۴۸ به تاریخ ۱۳۷۹/۳/۲۹ از همین موضع حمایت کرده است (اردبیلی، ۱۳۹۲، ج ۱: ۲۰۳). رویه‌ی قضایی نیز در بسیاری از موارد همین مبنا را پذیرفته و موارد متعددی مانند ارتداد (بازگیر، ۱۳۷۹، ج ۲: ۲۷۸-۲۷۹)، معاونت در قتل و جرایم مستوجب حد^(۴) (حبیب‌زاده و قیاسی، ۱۳۸۰: ۳۴)، حضور در مجالس لهو و لعب (پژوهشکده‌ی استخراج و مطالعات رویه‌ی قضایی، ۱۳۹۳: ۱۰۷ و ۲۱) را به استناد منابع فقهی شمول حکم جزایی قرار داده است. حتی گاه گرایش به این موضع در بالاترین سطح آرای قضایی نیز دیده می‌شود؛ به‌طوری‌که در رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور به شماره‌ی ۵۳۰/۲/۳۶۹ در خصوص اختلاف مراجع قضایی از نظر لزوم طرح دعاوی کیفری سرقت در

موارد گذشت شاکی، به صراحت با استناد به فتوای فقهی از حیث امکان تعزیر مرتکب، ارجاع پرونده را به دادگاه لازم دانسته است (ر.ک. <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/101475>).

دسته‌ی دوم اصل ۱۶۷ را منصرف از مسئله‌ی تعیین مجازات برای رفتارهای غیرمصرح در قانون مدون دانسته‌اند. البته قائلان به موضع اخیر در محدوده‌ی کیفری مشمول اصل مزبور اتفاق نظر ندارند. برخی حکم قوانین عادی را ناظر بر دعوی خصوصی ناشی از جرم (گلدوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱: ۱۶۱)، و عده‌ای آن را مربوط به مقررات شکلی (آخوندی، ۱۳۸۰، ج ۱: ۱۱۸) دانسته‌اند. هر دو تفسیر صورت گرفته جای تأمل دارد، زیرا از یک سو ظاهر عبارات قوانین عادی تخصیص‌بردار نبوده و مقید به دعوی خصوصی ناشی از جرم نیستند، وجود عبارات عامی چون «هر قضیه» که نسبت به جنبه‌ی کیفری دعوا نیز شمول دارد، و اطلاق تعبیری مانند «حکم یا رأی دادگاه» در مواد مزبور، که اگر گفته نشود ظهور در جنبه‌ی جزایی دارد، دست‌کم مشمول اطلاق آن خواهد شد، مانع از تحدید به جنبه‌ی خصوصی دعواست. به‌خصوص آنکه مثلاً در ماده‌ی ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب از الزام قضات دادگاه‌ها و دادسراهای عمومی و انقلاب در رسیدگی به شکایات براساس اصل ۱۶۷ حکم داده شده است، شکایت در ترمینولوژی حقوقی در دعوی کیفری و نه خصوصی استعمال می‌شود. این نیز که بیان شود مقررات قانونگذار عادی به ساحت امور شکلی نظر دارد، با سیاق عبارات قانون همخوانی ندارد؛ زیرا در بسیاری از این مقررات بر ضرورت یافتن حکم هر قضیه براساس قوانین مدون و منابع فقهی تصریح شده است. «حکم قضایا» اگر مختص مسائل ماهوی نباشد، از آن تفکیک‌پذیر نیز نیست؛ مضافاً به اینکه اغلب خلأهای قانونی به مسائل ماهوی و نه شکلی برمی‌گردد، و بسیار بعید است قانونگذار اساسی در اصل ۱۶۷، و به تبعیت او قانونگذار عادی به فکر راهکاری برای خلأهای شکلی بوده، اما خلأهای موجود در مقررات ماهوی را فراموش کرده باشد. به‌ویژه آنکه همان‌طور که برخی نیز خاطر نشان شده‌اند، «حمل اصل ۱۶۷ ق.ا. بر خصوص قوانین کیفری شکلی... «حمل قانون بر فرد نادر» است، که این‌گونه شیوه تقنین از قانونگذار حکیم بعید به نظر می‌رسد» (هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰: ۷۹). برخی نیز منابع فقهی را در مطلق امور کیفری، به استثنای مسئله‌ی جرم‌انگاری، قابل استناد دانسته‌اند (سپهوند، ۱۳۸۶: ۲۳). اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه در نظر مشورتی شماره‌ی ۷/۶۳۸۱ مورخ ۶۹/۱۲/۱۸ همین موضع را اختیار کرده است.

به نظر می‌رسد اختلاف اصلی طرفداران شمول اصل ۱۶۷ به موضوع جرم‌انگاری و مخالفان در نوع برخورد ایشان با رابطه‌ی میان دو اصل ۱۶۷ و ۳۶ قانون اساسی نهفته است. وفق آنچه مذکور افتاد، مخالفان معتقد به تعارض بین دو اصل مزبور و در نتیجه تخصیص عموم اصل

۱۶۷ به واسطه‌ی اصل ۳۶ هستند. باید گفت استفاده‌ی تعارض مبتنی بر رابطه‌ی عام و خاص میان دو اصل ۱۶۷ و ۳۶ قانون اساسی توجیه‌پذیر نیست، تا از این طریق بتوان تخصیص اصل ۱۶۷ را استنتاج کرد؛ زیرا از نظر اصولی اصل ۱۶۷ حاکم بر اصل ۳۶ است، و رابطه‌ی حکومت نافذی بروز تعارض است. توضیح آنکه اصل ۳۶ حکم به مجازات را صرفاً براساس قانون جایز می‌داند، و اصل ۱۶۷ با توسعه‌ی موضوع اصل ۳۶ در حالات چهارگانه، مصداق قانون را به فتاوا و منابع معتبر اسلامی تعمیم داده و آن‌ها را به منزله‌ی قانون دانسته است، از این رو اصدار حکم به مجازات براساس منابع فقهی و مستند به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در حقیقت صدور حکم به موجب قانون تلقی می‌شود (برای دیدن استدلال موافق، ر.ک: حبیب‌زاده و قیاسی، ۱۳۸۰: ۳۹؛ هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰: ۸۵).

۳. قابلیت استنادپذیری منابع فقهی در حکم به انواع مجازات

با تدقیق در مطالب پیش‌گفته روشن می‌شود مبانی نظریه‌ی شمول اصل ۱۶۷ نسبت به مطلق امور کیفری، به‌نحوی که موضع جرم‌انگاری را نیز شامل شود، بر سایر دیدگاه‌ها رجحان دارد. اکنون لازم است قابلیت اعمال این قاعده را در انواع مجازات، به تفصیل بررسی کنیم. در این زمینه می‌توان کیفرها را در یک طبقه‌بندی کلی بر دو دسته تقسیم کرد؛ نخست کیفرهای شرعی ثابت بوده و نوع و میزان آن‌ها در نصوص شرعی تعیین شده است و قضات صرفاً مکلف‌اند مطابق آن حکم دهند و اختیاری در اعمال تغییر در آن‌ها ندارند؛ حد، قصاص و دیه در این قسم جای می‌گیرند. نقش قوانین مصوب در ارتباط با مجازات مذکور جنبه‌ی اعلامی و کشفی دارد، به‌خصوص از آن جهت که گاه ممکن است بین نصوص وارده، در خصوص مجازات معینی تفاوت مشاهده شود، و فقها حسب ضوابط جمع بین نصوص به راه‌حل‌های متفاوتی برسند، که در این میان قانونگذار باید یکی از فتاوی مبتنی بر نص را اختیار کند و جامعه‌ی قانون‌پوشاند. با وجود این رویه‌ی قضایی در ادوار مختلف هرگز خلأ قانونی پیرامون این مجازات را مانعی در صدور حکم محکومیت مرتکبان ندانسته است. چه اینکه محاکم قضایی اصولاً حتی در شرایط سکوت قانونی حکم به حدودی چون ارتداد، قصاص و دیه می‌دادند. آرای وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۴۵ به سال ۱۳۶۵ در خصوص قصاص^(۵) و شماره‌ی ۱۱ به تاریخ ۱۳۶۴ در مورد دیه^(۶)، مهر تأییدی بر این رویه در لزوم حکم به مجازات مذکور به‌رغم فقدان حکم قانونی در زمان ارتکاب رفتار بوده است، چه وفق این رأی قاعده‌ی عطف بماسبق نشدن قوانین جزایی شامل این دسته از کیفرها نیست. اثر آرای وحدت رویه‌ی مزبور در تحولات تقنینی بعدی، از نظر محدود کردن قاعده‌ی ممنوعیت عطف به ماسبق نمودن قوانین به چارچوب

مقررات و نظامات دولتی در قوانین کیفری بعدی (ماده‌ی ۱۱ ق.م.ا ۱۳۷۰ و ماده‌ی ۱۰ ق.م.ا ۱۳۹۲) گواهی بر شفافیت موضع نظام کیفری کشور در این عرصه است.

تردیدهایی نیز که در گذشته در جواز حکم به حدود به استناد منابع فقهی وجود داشت، با تصویب ماده‌ی ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ رفع شد؛ چه وفق این ماده «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصدوشصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود».

دسته‌ی دوم از مجازات به کیفرهایی برمی‌گردد که کیفیت و کمیت آن دقیقاً در شرع انور اسلام تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده‌اند؛ تعزیرات در این طبقه قرار دارند. قاعده‌ی بنیادین در تعزیرات، «التعزیر بما یراه الحاکم»، مقتضی آن است که حاکم شرعی صلاحیت تعیین تعزیر را دارد، این قاعده را فقها پذیرفته‌اند (شهید اول، ۱۴۱۰ق: ۲۵۹؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ق: ۳۲۰) برخی معتقدند منظور از حاکم، قاضی رسیدگی‌کننده به دعواست، بر اساس چنین برداشتی بود که شورای نگهبان در نامه‌ی ۱۳۶۲/۱۰/۲۱، تعیین تعزیرات به شرح مندرج در لایحه‌ی قانونی تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ را که اختیار تعیین تعزیر را از قضات سلب می‌کرد، مغایر موازین شرعی اعلام داشت (مهرپور، ۱۳۶۸: ۳۸). قائلان به دیدگاه اخیر در پیاده‌سازی آن در شرایط فعلی نظام قضایی کشور با دو مانع مواجه بودند: نخست آنکه تفویض تعیین تعزیرات به قضات کنونی، مشکلات اجرایی متعددی مانند بروز تشتت در رویه‌ی قضایی را به دنبال خواهد داشت، از این رو برخی از طرفداران نظریه‌ی اخیر را بر آن داشت این اختیار را از جهت عنوان ثانوی، برای حکومت اسلامی قائل شوند که برای هر جرمی مجازات معینی قرار دهند، تا هرج و مرج از بین برود و امور قضایی دچار اختلال نگردد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۱۱۴). مبنایی که در نامه‌ی آیت‌الله یزدی، رئیس وقت کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی، به حضرت امام (ره) در آبان ۱۳۶۴ از نظر تأکید بر ضرورت تقنین در عرصه‌ی تعزیرات مشهود بود (مهرپور، ۱۳۶۸: ۴۱).^(۷) دوم اینکه اساساً مخاطب این قاعده قضات جامع شرایط اسلامی‌اند (صدر، ۱۴۲۰ق: ۳۴۹ و ۱۱۷)؛ بر این مبنا تفویض تعزیرانگاری به قضات حاضر، حتی براساس این قاعده توجیه‌پذیر نیست. حضرت امام خمینی (ره) در جریان اختلاف ناظر بر تحدید قانونی صلاحیت قضات در تعزیرات، همین ایراد را مطرح نظر داشته و فرموده بودند: «در این موقع که اکثریت قاطع متصدیان امر قضا واجد شرایط شرعی‌ی قضاوت نیستند، و از باب ضرورت اجازه به آنان داده شده است، حق تعیین حدود تعزیر را بدون اجازه‌ی فقیه جامع‌الشرایط ندارند» (مهرپور، ۱۳۶۸: ۴۱). ایشان متعاقباً در پاسخ به استناد شورای نگهبان به قاعده‌ی «التعزیر بما یراه الحاکم» با تأکید بر عدم صدق حاکم شرعی بر

قضات مأذون کنونی فرموده بودند: «بیان آقایان فقها مبتنی بر فرض حاکم شرعی بودن قضات شاغل بالفعل است، در صورتی که اکثر این شاغلین شروط شرعی قضا را ندارند و حتی به نظر من با اذن و یا نصب از جانب ولی امر نیز عنوان حاکم بودن شرعی برایشان ثابت نمی‌شود، و تصدی آنان در امور قضا فعلاً از باب اکل میته است، زیرا در صورت عدم تصدی آن‌ها، یا افراد خارج از اسلام و یا غالباً بی‌مبالات‌هایی از متحلین به اسلام، متصدی امر قضا خواهند شد. لذا دستور دادیم که آقایان با تحدید مناسب، درجات تعزیر را حسب موارد موقتاً تعیین نمایند» (مهرپور، ۱۳۶۸: ۴۵). برخی فقهای معاصر نیز با لحاظ هر دو مانع مزبور بر لزوم ابتدای تعیین تعزیرات بر قوانین موضوعه تأکید کرده‌اند. (موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۴۶۰). با وجود این، عده‌ای دیگر اساساً معتقدند چون عبارت «التعزیر بما یراه الحاکم» در هیچ نص معتبری بیان نشده است (معرفت، ۱۳۶۶: ۶۹؛ محقق داماد، ۱۳۸۶: ۲۲۸)، بلکه در نصوص وارده تعزیر به نظر امام یا ولی موكول شده، از این رو به‌طور کلی اختیار تعیین تعزیر در صلاحیت اختصاصی ولایت جامعه‌ی اسلامی قرار دارد (معرفت، ۱۳۶۶: ۶۹؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹: ۲۰۸؛ محقق داماد، ۱۳۸۶: ۲۳۳). در همین زمینه در روایات متعدد از امام معصوم (ع) در مورد مقدار تعزیر استعمال شده است، این سؤالات حکایت از آن دارد مسئولیت این موضوع با ولی جامعه‌ی اسلامی است، و همگان می‌دانسته‌اند در این خصوص باید از ایشان سؤال شود (معرفت، ۱۳۶۶: ۷۰). در تعابیر قدما نیز تعیین تعزیر به نظر امام (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۶۹؛ ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶ق: ۵۵۴، ۵۳۵ و ۵۳۱)، سلطان یا سلطان اسلام (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق: ۷۹۷؛ سید مرتضی، ۱۴۱۵: ۵۲۷؛ حلبی، ۱۴۰۳ق: ۴۱۷؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق: ۵۳۵) و ولی‌امر (ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ۴۳۵) موكول شده است. حسب این دیدگاه در نظام حقوقی ما موافق مقتضای قانون اساسی، قوه‌ی مقننه به‌عنوان یکی از ارکان تحت نظارت ولی‌فقیه، این امر را بر عهده دارد.

بنابر مبانی فقهی پیش‌گفته، قانونگذار در برخی از ادوار وضع مقررات کیفری، حکم به تعزیر را متکی بر وجود قانون مدون کرده، و برای قضات صلاحیتی در این زمینه قائل نشد. تصویب مقررات متضمن جرایم تعزیری از یک سو و مخالفت شورای نگهبان با اعطای صلاحیت تعزیرگذاری به قضات و رای وجود متون قانونی مدون از سوی دیگر در برخورد با مصوبات مجلس شورای اسلامی همه مؤید اتخاذ چنین نگرشی در نظام حقوقی کشور بوده است. به‌طور نمونه شورای نگهبان در خصوص لایحه‌ی انتخاب رئیس‌جمهور کشور جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۶۰ طی نظر شماره‌ی ۲۰۹۷ مورخ ۱۳۶۰/۴/۱۵ اظهار داشته «ماده ۶۶ که مقرر داشته مرتکبین جرایم انتخاباتی مندرج در این ماده طبق نظر حاکم شرع تعزیر

می‌شوند، به نظر اکثریت اعضا با اصل ۳۶ قانون اساسی مغایر است» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۳: ۳). یا شورا در نظر شماره‌ی ۲۹۴۴ مورخ ۱۳۶۰/۴/۲۰ در مورد طرح قانونی الحاق دادگاه‌های انقلاب به دادگستری جمهوری اسلامی ایران اشعار داشته بود: «ذیل تبصره ۴ نیز که پس از برشمردن اعمال ضد انقلاب و آن‌ها را در صلاحیت دادگاه انقلاب قرار دادن، مقرر داشته «حکم مقتضی طبق احکام اسلام صادر می‌شود»، چون مجازات اعمال مزبور مشخصاً تعیین نشده و به قانون خاصی ارجاع نگردیده، با اصل ۳۶ قانون اساسی مغایرت دارد.» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۳: ۳-۴).

با وجود این در برخی ادوار دیگر مجلس شورای اسلامی قوانینی وضع شده که تعزیر بزه ارتكابی به صلاحدید قاضی واگذار شده است، با این حال تأیید شورای نگهبان را نیز کسب کرده است. مواد ۲۸ و ۳۲ قانون مطبوعات مصوب ۱۳۶۴، مواد ۱۶، ۸۵، ۱۴۳، ۱۴۴، ۱۴۷، ۱۵۵، ۱۷۸ از قانون حدود و قصاص مصوب ۱۳۶۱؛ تبصره‌ی ۱ ماده‌ی ۵۸ قانون خدمت وظیفه‌ی عمومی مصوب ۱۳۶۳^(۸)، مواد ۴۳، ۶۸، ۱۰۶، ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در زمره‌ی مواردی هستند که قانونگذار نوع و میزان تعزیر را به نظر قاضی وا گذاشته است.

وجود مقرراتی که اصل تعزیرانگاری را به نظر قاضی واگذار کرده، یا به‌رغم تصریح بر تعزیری بودن جرم، تعیین نوع و میزان آن به مراجع قضایی موکول شده است، مغایر رویه‌ی غالب قانونگذار، در معنای اعم از مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، در ادوار مختلف بوده است، ضمن آنکه با مبنای فقهی پیش‌گفته نیز در تعارض بود. قانونگذار در آخرین قانون جامع کیفری، یعنی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در تحولی ستودنی ضمن تأکید بر ضرورت ابتدای تعزیرات بر قوانین مدون، مقررات سابق را نیز مورد توجه قرار داد، تا زمینه‌ی مداخله‌ی قضایی در ساحت تعزیرگذاری را منتفی کند و مصدر تعیین مجازات به قوانین مدون محدود شود. وفق ماده‌ی ۱۸ «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتكاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود». دلایل و مؤیداتی چند استنباط مبتنی بر ممنوعیت مراجعه‌ی قضات به منابع فقهی در راستای جرم‌انگاری رفتارهای موجب تعزیر را تقویت می‌کند. نخست آنکه قانونگذار به‌صراحت بر اینکه تعزیر مجازاتی است که به موجب قانون تعیین و اعمال می‌شود، تأکید کرده است. ممکن است در این‌جا این شبهه مطرح شود که واژه‌ی «قانون» در ماده‌ی ۱۸ در معنایی اعم از قانون مدون، که شامل منابع فقهی نیز شود، استعمال شده است، لیکن چنین برداشتی مقرون به صواب نیست؛ چراکه اولاً سیاق نگارش قانون بیانگر

آن است که مقنن لغت مذکور را در معنای خاص قانون موضوعه به کار برده و هر گاه اراده‌ی منابع اسلامی را داشته، بر عبارت «شرع» تصریح کرده است؛ تقابل اصطلاحات قانون و شرع در مواد ۱۰۳ و ۵۵۹ تأییدی بر این استظهار است؛ ممکن است اشکال شود حسب مقتضای قاعده‌ی «إذا اجتمع افتراقا، و إذا افتراقا اجتماعا» فقط بدین سبب که لغت «قانون» در مواد اخیرالذکر در کنار «شرع» ذکر شده است، پذیرش چنین استنباطی ممکن خواهد شد. در پاسخ به این ایراد باید گفت استقرا در مواد قانون مجازات اسلامی جدید وارد نبودن این مطلب را اثبات می‌کند، زیرا هر جا قانونگذار لغت قانون را به تنهایی بیان داشته، در معنای قانون مدون بوده و هر جا نظر بر منابع فقهی داشته است، از کلمه‌ی شرع استفاده کرده است، به گونه‌ای که قراین موجود در متن مواد مؤید آن‌اند.^(۹) ثانیاً نحوه‌ی نگارش ماده‌ی ۱۸ نیز قرینه بر آن است که منظور از قانون، در معنای مشتمل بر شرع نیست، زیرا در ماده مقرر شده تعزیر مجازاتی است که به موجب قانون تعیین می‌گردد و احکام آن به موجب قانون تعیین می‌شود. نظر بر آنکه فعل جمله به زمان حال بیان شده، درحالی‌که هر جا در قانون از شرع استفاده شده، فعل به شکل ماضی نقلی نگارش یافته است، مانند آنچه در مواد ۱۵، ۴۴۸، ۴۴۹، ۵۴۹ و ۵۵۹ مشهود است. ثالثاً مراجعه به پیشینه‌ی تصویب قانون مجازات اسلامی و مذاکرات قوه‌ی قانونگذاری نیز گواه بر انصراف مفهوم واژه‌ی «قانون» از منابع فقهی است. به‌طور نمونه درحالی‌که ماده‌ی ۲ مصوبه‌ی کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس بدین شکل تنظیم شده بود: «جرم، فعل یا ترک فعلی است که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است و هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد»، شورای نگهبان در نظر شماره‌ی ۸۸/۳۰/۳۷۱۳۵ مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۹ چنین اشکال گرفت: «ماده (۲) از این جهت که فعل یا ترک فعلی را که شرعاً مجازات داشته باشد ولی قانون متعرض مجازات آن نشده مستوجب مجازات نمی‌داند، خلاف موازین شرع شناخته شد؛ متعاقب ایراد مزبور فراز اخیر ماده‌ی ۲ حذف شد (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۱۹). سابقه‌ی مذکور دلیل دیگری بر آن است که در ترمینولوژی قانون مجازات اسلامی، واژه‌ی قانون دلالت بر مقررات مدون دارد و متضمن مفهومی موسع نیست.

دومین استدلال بر اینکه ماده‌ی ۱۸ اجازه‌ی تعزیرانگاری با رجوع به منابع فقهی را به مجریان قانون نداده است، این است که مقنن تعیین چارچوب احکام تعزیر را از حیث نوع، مقدار، کیفیت اجرا و سایر مقررات به حکم قانون موکول کرده است. درحالی‌که اگر بخواهیم قانون را به منبعی چون فقه تعمیم دهیم، عدم وجاهت این سخن به لحاظ آنکه از نظر فقهی تعزیرات متصف به خصیصه‌ی مقدر نبودن هستند، روشن خواهد شد، چه اینکه در منابع فقهی

نوع، میزان و کیفیت اجرای تعزیرات اصولاً معین نشده و به صلاحدید حاکم واگذار شده است، به گونه‌ای که به میزان حد نرسد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ۱۵۵ و ۱۳۶).^(۱۰) از طرف دیگر چون وجه ممیزه‌ی حدود معین بودن احکام آن در منابع فقه است، بدین مناسبت ماده‌ی ۱۷ ق.م.ا. به جای واژه‌ی «قانون» از واژه‌ی «شرع» استفاده کرده است. مطابق این ماده «حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس، تعیین شده است».

در کنار ادله‌ی مورد بحث که بر لزوم مستند بودن احکام مجازات تعزیری به مقررات موضوعه تأکید می‌کنند، قانونگذار مجازات اسلامی نسبت به سلب صلاحیت تعیین تعزیر از قضات در مواردی که حسب مقررات سابق، چنین اختیاری پیش‌بینی شده بود، توجه کرده و در ماده‌ی ۶۹ به مجازات جایگزین حبس برای آن‌ها نظر داده و ضوابط این مجازات نیز در خود قانون مشخص شده است. رویکردی که نشان از آن دارد مقنن نه فقط اختیار جرم‌انگاری در ساحت تعزیرات را به محاکم تفویض نکرده، بلکه حتی تعیین حدود و ثغور مجازات تعزیری را نیز فقط براساس قانون مدون موجه دانسته است.

۴. نقد صلاحیت قضایی تعیین مجازات به استناد منابع اسلامی

همان‌طور که در بند قبلی مذکور افتاد، قانونگذار کیفری در تحولات اخیر اختیار تعیین مجازات به استناد منابع فقهی را از قضات در عرصه‌ی مجازات شرعی غیر ثابت، تعزیرات، سلب، و در مورد مجازات ثابت، نسبت به دو کیفر قصاص و دیه، تلاش کرده رأساً کیفرها را در مقررات تعیین کند. لیکن در زمینه‌ی حدود، ماده‌ی ۲۲۰ ق.م.ا. به صراحت محاکم دادگستری را در موارد سکوت قانون مکلف به رجوع به فقه کرده است؛ این موضع با نقدهای جدی مواجه است.

اولاً، بنابر اصل ۱۶۷، مستند شرعی قضات حسب اینکه مجتهد یا غیرمجتهد باشند متفاوت است. قضات مجتهد می‌بایست براساس برداشت خویش از منابع معتبر اسلامی، کتاب، سنت، عقل و اجماع، حکم قضیه را صادر کنند^(۱۱)؛ و قضات غیرمجتهد باید براساس فتاوی معتبر سایر مجتهدان رسیدگی کنند.^(۱۲) اشکال ناظر بر استنباط قضات مجتهد، که اتفاقاً سهم بسیار ناچیزی از مأموران قضایی مشغول به کار را به خود اختصاص می‌دهند، آن است که ضمن جمع شأن تقنین و قضا در فرد واحد، طرفین دعوا را در معرض حکمی قرار داده‌ایم که مسبوق به اعلام نبوده، و به‌خصوص در جایی که فتوای مزبور ناظر بر تعیین کیفر باشد، قاعده‌ی شرعی قبح عقاب بلا بیان نقض خواهد شد. اما در مورد قضات غیرمجتهد، که اغلب شامل دانش‌آموختگان دانشگاهی رشته‌ی حقوق بوده، و در دوره‌ی تحصیل دروس فقهی اندکی را مطالعه کرده‌اند، تخصص لازم در ایشان به‌منظور استفاده از منابع فقهی، که اغلب به

زبان عربی‌اند، به‌طور جدی محل تردید است. علاوه بر این فتوای فقهی قابل استناد برای این دسته از قضات نیز معین نشده، که فتوای مشهور است، یا فتوای ولی فقیه، یا فتوای مرجع تقلید قاضی یا متهم؟ اطلاق قانون مقتضی عدم محدودیت قضات غیرمجتهد در گزینش فتواست، امری که می‌تواند به شدت همسانی و وحدت رویه‌ی قضایی را متزلزل سازد. البته در برخی ادوار تقنینی تلاش شده بود با تعیین مأخذ معینی در مراجعات فقهی مراجع قضایی راهکاری برای غلبه بر این خلأ اندیشیده شود، که با تأیید شورای نگهبان مواجه نشده بود. به‌طور نمونه، در ماده‌ی ۲ طرح قانونی الحاق دادگاه‌های انقلاب به دادگستری جمهوری اسلامی ایران آمده بود: «در جهت اجرای اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی، دادگاه‌های انقلاب اسلامی موظفند در مواردی که قانون مصوب شورای انقلاب اسلامی یا مجلس شورای اسلامی وجود دارد، طبق این قوانین عمل کنند، و گر نه طبق فتاوی‌ای امام (دام‌ظله) و در مواردی که از جانب امام فتوایی صادر نشده است، طبق منابع دیگر معتبر اسلامی که از جانب شورای عالی قضایی به آن‌ها ابلاغ می‌گردد، عمل کرده و رأی لازم را صادر کنند». شورای نگهبان طی نظر مورخ ۱۳۶۰/۳/۳۰ به مغایرت آن با اصل ۱۶۷ رأی داد (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۰: ۱۲۹).

همین رویه در لایحه‌ی مجازات اسلامی جدید نیز مشهود بود؛ به‌رغم اینکه کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس مصوب کرده بود: «هر گاه رجوع به اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران لازم شود، مقام قضایی از رهبری استفتاء می‌کند، مقام رهبری می‌تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض نماید». با این ایراد شورای نگهبان در نظر مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۹ روبه‌رو شد که «در مواردی که مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) فتوایی ندارند و قاضی می‌تواند از منابع معتبر اسلامی یا فتاوی‌ای معتبر حکم قضیه را استنباط نماید، الزام قاضی به استفتاء از محضر مقام معظم رهبری (مدظله‌العالی) مغایر اصل ۱۶۷ قانون اساسی شناخته شد» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۸۴). به نظر چنین برخوردی از سوی شورا چندان توجیه‌پذیر نیست؛ زیرا اگر مبنای مخالفت شورا در ارجاع قضات به فتوای ولی فقیه به لحاظ اخلال در اجرای اصل ۱۶۷ در موارد عدم افتا از سوی ایشان است، چرا لااقل چنین الزامی در موارد وجود فتوای ولی فقیه پذیرفته نشده است؛ از طرفی چرا در طرح سابق الحاق دادگاه‌های انقلاب که حتی برای موارد خلأ فتوای ولی فقیه راهکار اندیشیده شده بود، در آن موارد نیز حاضر به تأیید مصوبه نشده و چنانچه اشکال خاصی نیز بر آن راه‌حل داشتند، با اندیشیدن جایگزین از رد اصل مصوبه خودداری نورزیدند!

ثانیاً، با توجه به وضوح امکان بروز اختلاف در رویه‌ی قضایی، به لحاظ مشخص نبودن مأخذ فقهی برای قضات غیرمجتهد و محتمل بودن تفاوت در استنباط فقهی قضات مجتهد، این

سؤال مطرح می‌شود در این موارد چگونه می‌توان انسجام رویه‌ی قضایی را حفظ کرد. تنها راه حل حقوقی متصور یا به وضع قانون در مجلس یا اصدار رأی وحدت رویه از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور محدود خواهد بود. تحقق راهکار اول، با لحاظ رویه‌ی عملی مجلس در ادوار مختلف تقنین و به‌خصوص وظایف فراوان این مرجع چندان در دسترس به‌نظر نمی‌رسد، به‌ویژه آنکه اساساً فلسفه‌ی اصلی قانونگذار از وضع قاعده‌ی مندرج در اصل ۱۶۷، تمهید طریقی در موارد خلأ قانونی بوده، در غیر این صورت اگر بنا بر جعل قانون در کلیه‌ی موارد مزبور باشد، دیگر زمینه‌ی اجرایی اصل ۱۶۷ چندان پیش نخواهد آمد. راهکار دوم هم با این ایراد روبه‌روست که اولاً وفق ماده‌ی ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری شأن ورود دیوان برای ایجاد وحدت رویه ناظر به مواردی است که محاکم با استنباط مختلف از قوانین آرای مختلفی صادر کنند، نه جایی که قانون مدونی که در معرض تفاسیر مختلف باشد وجود نداشته، و مراجع قضایی وفق منابع اسلامی، که استنباط حقوقی آن‌ها در آن مدخلیت ندارد، تعیین تکلیف می‌کنند. ممکن است گفته شود این اختلاف آرا ناشی از برداشت متفاوت از قوانینی چون اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده‌ی ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی است؛ در پاسخ می‌توان گفت در موارد مبحوث‌عنه در برداشت از این قوانین اختلافی رخ نداده، بلکه در اختیار گسترده‌ی فتواگزینی حاصل از حکم قوانین مذکور، که اتفاقاً محل اختلاف نیز نیست، زمینه‌ی مراجعه به مواضع فقهی بعضاً متعارض پدیدار می‌شود. بر فرض آنکه در چنین مواردی صدور رأی وحدت رویه را نیز تجویز کنیم، آنگاه با محذور دیگری مواجه‌ایم که قضات دیوان، که اغلب غیرمجتهدند، چگونه می‌توانند رأی یک مرجع قضایی را که بر مبنای فتوایی معتبر صادر شده است بر رأی مرجع دیگر، که آن نیز بر فتوای معتبر دیگری مبتنی است ترجیح دهند؟! به تعبیر برخی «اکنون که معیار ارزش، تنها اعتبار مرجع و فتواست، و می‌دانیم که مراجع و فتاوای معتبر فراوان و گوناگون است، هیچ راه متعارفی برای هماهنگ ساختن این پراکندگی وجود ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲: ۴۱۵).

نتیجه‌گیری

۱. اصل ۱۶۷ قانون اساسی که بر مرجعیت منابع و فتاوی معتبر اسلامی در حالات چهارگانه‌ی سکوت، نقص، اجمال و تعارض قوانین مدون به‌منظور رسیدگی قضایی به دعاوی تصریح کرده است، به‌سبب سیاق نگارش عبارات مندرج در آن، پیشینه‌ی وضع اصل مزبور در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، بازتاب در قوانین عادی که تأیید مفسر قانون اساسی، شورای نگهبان، را به‌همراه داشته، ناظر بر دعاوی کیفری نیز است.
۲. در خصوص شمول اصل ۱۶۷ در مسئله‌ی تعیین کیفر، با عنایت به حاکمیت اصل ۱۶۷ بر اصل ۳۶ از یک سو، و عموم اصل ۱۶۷ از سوی دیگر تردید نیست. لکن این شمول منصرف به مجازات شرعی ثابت است. در خصوص تعزیرات، نظر بر آنکه وفق مبنای قانونگذار در اغلب ادوار قانونگذاری، به‌ویژه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تعیین آن‌ها در اختیار انحصاری حاکمیت است، قضات حق کیفرگذاری را به استناد منابع فقهی ندارند.
۳. اعطای صلاحیت تعیین مجازات در مجازات ثابتی چون حدود به قضات به‌دلیل عدم تسلط کافی قضات شاغل بر منابع فقهی، امکان بروز تشتت در آرای قضایی و فقدان راهکاری برای ایجاد وحدت رویه با اشکالات عملی متعددی مواجه است؛ که بر قانونگذار فرض است یا با مدون کردن مجازات مزبور در قالب قانون، یا تحدید منبع و فتوای قابل استناد از سوی مراجع قضایی، برای برون‌رفت از آن راهکاری اتخاذ کند.

یادداشت‌ها

۱. همین نکته وجه تمایز رویکرد ما به منبع را از ادله‌ی اثباتی نظیر اقرار و شهادت، و حتی منابعی مانند عرف که در احراز موضوع مؤثر بوده، ولی مسقلاً در وضع قاعده‌ی کیفری نقشی ندارند، نشان می‌دهد.
۲. از نظر منطقی یک نقد بنایی بر این دسته از نویسندگان حسب مبانی مختار ایشان وارد است. توضیح آنکه با اینکه ایشان قابلیت استناد به منابع فقهی در حوزه‌ی خارج از جرم‌انگاری را پذیرفته‌اند، باز آن‌ها را در زمره‌ی منابع تکمیلی و غیرالزامی ذکر کرده‌اند. این در شرایطی است که ایشان منابع دیگری چون آیین‌نامه (اردبیلی، ۱۳۹۲، ج ۱: ۱۹۱) یا آرای وحدت رویه‌ی دیوان عالی کشور (گلدوزیان، ۱۳۸۳، ج ۱: ۱۷۱) را جزء منابع اصلی و الزامی دانسته‌اند؛ درحالی‌که حسب اصل ۳۶، این‌گونه منابع نیز نمی‌توانند مستند حکم به مجازات باشند، و کارکرد آن‌ها در تسهیل اجرای قانون و تفسیر آن است، نظیر کارکردی که خود ایشان برای منابع فقهی نیز قائل‌اند، با وجود این از احتساب آن در زمره‌ی منابع اصلی به استناد اصل ۳۶ خودداری کرده‌اند، ولی همین استناد را در فرعی دانستن منابعی چون آرای وحدت رویه یا آیین‌نامه‌ها مطرح نمی‌کنند.
۳. عده‌ای معتقد به رجحان حکم اصل ۳۶ قانون اساسی بر قوانین عادی مزبور در مقام عمل بوده، زیرا پیش‌بینی شورای نگهبان صلاحیت دادرس را در تمییز قانون حاکم بر دعوا از بین نمی‌برد و او می‌تواند قانون عالی را بر مقررات عادی و پایین حاکم سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۱۹؛ و ۱۳۷۷، ج ۲: ۴۱۶). این دیدگاه که مبتنی بر نظریه‌ی نظارت قضایی محاکم بر قوانین عادی از نظر انطباق با قانون اساسی است، توجیه‌ناپذیر است، زیرا زمانی‌که اصل ۹۸ قانون اساسی، شورای نگهبان را به‌عنوان مرجع تفسیر قانون اساسی شناخته، و این شورا قوانین عادی مزبور را مغایر قانون اساسی تشخیص نداده است، بدین معناست تعارضی بین قانون اساسی و قانون عادی وجود ندارد، تا دادگاه اجازه یابد قانون عادی را کنار گذارد، و تفسیر خویش از قانون اساسی را جانشین تفسیر شورای نگهبان سازد، چه اتخاذ چنین رویکردی جز نقض قانون اساسی و جعل صلاحیت فراقانونی برای مرجع قضایی نخواهد بود.
۴. این آرا مربوط به دوره‌ی زمانی قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ است که چنین عناوینی در قوانین مدون فاقد مجازات بودند.
۵. رأی مزبور به‌رغم آنکه در راستای موضوع قصاص اصدار یافته، با عبارات کلی، و با تصریح بر قوانین و احکام الهی همه‌ی مصادیق کیفر شرعی ثابت را مطمح نظر داشته است (ر.ک: <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/101398>).
۶. شایان توجه آنکه در رأی وحدت رویه‌ی شماره‌ی ۱۱ صریحاً عطف به‌مسبق نشدن قوانین کیفری را صرفاً در خصوص حکم به تعزیر و نه دیه، پذیرفته است (ر.ک: <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/101375>).

۷. در فرازی از این نامه آمده است: «به نظر می‌رسد چنانچه در قوانین، نوع و مقدار تعزیر مشخص نگردد، علاوه بر اینکه تصویب قانون معنی نخواهد داشت، مشکلاتی را نیز در بر خواهد 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 دگرگون خواهد ساخت؛ ثانیاً، مصوبات گذشته‌ی مجلس با این استظهار سست شده و دستگاه قضایی متزلزل می‌گردد».
۸. این تبصره در سال ۱۳۹۰ اصلاح شد.
۹. به طور نمونه، ر.ک: مواد ۴۴۹ و ۹۷ که به ترتیب واژگان شرع و قانون در هر یک به معنای منابع فقهی و مقررات موضوعه به کار رفته‌اند.
۱۰. در مواردی نیز که در منابع فقهی نوع و میزان تعزیر به دلالت روایات بیان شده است، قانونگذار با آوردن قید شرعی برای آن‌ها در قالب تعبیر «تعزیر منصوص شرعی» (تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۱۵) یا «تعزیر معین شرعی» (ماده‌ی ۱۳۵) آن را مطمح نظر داشته است تا خود قرینه‌ی دیگری بر انصراف مرجع تعیین تعزیر موضوع ماده‌ی ۱۸ ق.م.ا. به مقررات موضوعه باشد.
۱۱. البته پرواضح است اگر قاضی مجتهد در خصوص موضوع مطروحه فتوا نداده باشد، منع شرعی در عمل وفق رأی سایر فقها را ندارد؛ در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نیز این نکته مورد توجه نمایندگان قرار گرفته بود (ر.ک: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۶۵۱).
۱۲. در جلسه‌ی بررسی اصل ۱۶۷ آیت‌الله ربانی شیرازی از اعضای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی نسبت به این فراز پیشنهادی که قاضی در خلأ قوانین مدون باید «با استناد به منابع معتبر اسلامی حکم قضیه را صادر نماید»، این تذکر را داده که در کنار منابع از رجوع به مراجع تقلید هم باید یاد شود، متعاقب پیشنهاد مزبور عبارت فتاوی معتبر در کنار منابع معتبر، به عنوان مرجع استناد اضافه شد و آیت‌الله شهید بهشتی، نایب رئیس مجلس، در تأیید پیشنهاد آیت‌الله ربانی تصریح کردند اگر قاضی فاقد فتوا باشد، فتوای معتبر را ملاک قرار می‌دهد (اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۳: ۱۶۵۱). این خود دلیلی بر توجه قانونگذار اساسی بر اختصاص منابع معتبر برای قضات مجتهد و فتاوی معتبر برای قضات غیر مجتهد است.

منابع و مآخذ

- آخوندی، محمود (۱۳۸۰)، *آیین دادرسی کیفری*، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چ نهم، ج ۱.
- ابن‌ادریس حلی، محمد (۱۴۱۰ق)، *السرائرالحوای لتحریرالفتاوی*، قم: مؤسسه النشرالاسلامی، چ دوم، ج ۳.
- ابن‌براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ق)، *المهذب*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
- ابن‌زهرة حلبی، سید ابوالمکارم حمزه‌بن علی (۱۴۱۷ق)، *غنیة النزوع إلى علمی الاصول و الفروع*، قم: مؤسسه الإمام الصادق (ع)، چ اول.
- اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۸)، *راهنمای استفاده از صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
- اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴)، *صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران: اداره‌ی کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، چ اول، ج ۳.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، *حقوق جزای عمومی*، تهران: میزان، چ سی و دوم، ج ۱.
- افراسیابی، محمداسماعیل (۱۳۷۴)، *حقوق جزای عمومی*، تهران: فردوسی، چ اول، ج ۱.
- بازگیر، یدالله (۱۳۷۹)، *منتخب آراء قطعیت یافته دادگاه‌ها در امور جزایی: تعزیرات*، تهران: دانش نگار، چ اول، ج ۲.
- بغدادی [شیخ مفید]، ابی‌عبدالله محمد (۱۴۱۳ق)، *المقنعه*، قم: کنگره‌ی جهانی هزاره‌ی شیخ مفید (ره)، چ اول.
- پژوهشکده‌ی استخراج و مطالعات رویه‌ی قضایی (۱۳۹۳)، *مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدید نظر استان تهران: کیفری سال ۱۳۹۱*، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات قوه‌ی قضاییه، چ اول.
- پژوهشکده‌ی شورای نگهبان (۱۳۹۰)، *مشروح مذاکرات شورای نگهبان: دوره‌ی اول - سال ۱۳۶۰*، تدوین و تنقیح فهیم مصطفی‌زاده، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و

- مقررات معاونت حقوقی ریاست جمهوری، چ اول.
- پژوهشکده‌ی شورای نگهبان (۱۳۹۲)، *قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان*، تهیه و تنظیم فهیم مصطفی‌زاده، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، چ اول.
- پژوهشکده‌ی شورای نگهبان (۱۳۹۳)، *اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان: اصل سی‌وششم*، تدوین محمد فتیحی، نظارت علمی: کاظم کوهی، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، شماره‌ی مسلسل: ۱۳۹۳۰۱۴۰.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر (بی‌تا)، *تقریرات حقوق جزای عمومی: پدیده مجرمانه*، تهران: دانشگاه تربیت مدرس.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۷۷)، «رژیم قانونی بودن حقوق کیفری عامل مؤثر در رشد و توسعه»، *فصلنامه‌ی حقوقی دادگستری*، ش ۲۳، صص ۳۱-۵۵.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ قیاسی، جلال‌الدین (۱۳۸۰)، «حدود اختیارات قاضی در مراجعه به منابع فقهی در امور کیفری»، *مجله‌ی علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز*، ش ۳۳، صص ۳۳-۴۲.
- حلبی، ابی‌الصلاح تقی‌الدین (۱۴۰۳ق)، *الکافی فی الفقه*، اصفهان: کتابخانه‌ی عمومی امام امیرالمؤمنین (ع)، چ اول.
- حلی [محقق]، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، *شرائع‌الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم: نشر اسماعیلیان، چ دوم، ج ۴.
- سپهوند، امیرخان (۱۳۸۶)، *حقوق کیفری اختصاصی ۱: جرایم علیه اشخاص*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ اول.
- سید مرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۵ق)، *الانتصار*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول.
- شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۹۳)، *حقوق جزای عمومی*، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد، چ سوم، ج ۲.
- صادقی، محمدهادی (۱۳۸۰)، *جرایم علیه اشخاص: صدمات جسمانی*، تهران: میزان، چ اول.
- صدر، سید محمد (۱۴۲۰ق)، *ماوراء الفقه*، بیروت: دار الأضواء للطباعة و النشر و التوزیع، چ اول، ج ۹.
- طوسی [شیخ]، محمدبن حسن (۱۳۸۷)، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران: المکتبه المرتضویه

- لإحياء الآثار الجعفرية، ج سوم، ج ۸.
 عاملی [شهید اول]، شمس‌الدین محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، اللمه‌الدمشقیه فی فقه الإمامیه، بیروت، دارالتراث دار الإسلامیه، ج اول.
- قیاسی، جلال‌الدین؛ دهقان، حمید؛ خسروشاهی، قدرت‌الله (۱۳۸۰)، مطالعه‌ی تطبیقی حقوق جزای عمومی: اسلام و حقوق موضوعه، قم: پژوهشکده‌ی حوزه و دانشگاه، ج اول، ج ۱.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ چهل و ششم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار، ج اول، ج ۲.
 کرکی [محقق ثانی]، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل‌البیت (ع)، چ دوم، ج ۱.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۳)، حقوق جزای عمومی ایران، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چ هفتم، ج ۱.
 محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۶)، قواعد فقه: بخش جزایی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چ هفتم.
 معرفت، محمدهادی (۱۳۶۶)، «بحثی در تعزیرات ۲»، فصلنامه‌ی حق: مطالعات حقوقی و قضایی، ش ۱۰، صص ۶۶-۸۶.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، تعزیر و گستره‌ی آن، قم: مدرسه‌ی امام علی بن ابی‌طالب (ع)، چ اول.
 موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۳۹۲)، حقوق و دادرسی کیفری در آیینی فقه، قم: انتشارات راد نگار، چ اول، ج ۱.
- مهرپور، حسین (۱۳۶۸)، «سرگذشت تعزیرات»، مجله‌ی کانون وکلا، ش ۱۴۸-۱۴۹، صص ۹-۶۸.
 نوربها، رضا (۱۳۹۱)، زمینه‌ی حقوق جزای عمومی، تهران: انتشارات گنج دانش، چ سی و سوم.
 هاشمی، سیدحسین؛ کوشا، جعفر (۱۳۸۰)، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها»، نامه‌ی مفید، ش ۲۶، صص ۶۹-۹۶.
- هاشمی، سیدمحمد (۱۳۸۰)، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران: حاکمیت و نهادهای سیاسی، تهران: دادگستر، چ پنجم، ج ۲.
 هاشمی شاهرودی، سیدمحمد (۱۳۸۷)، بایسته‌های فقه جزا، تهران: میزان، چ اول.