

Abstract

In Article 166 of the Constitution, it is stated that the judgments of the courts must be substantiated and documented by the legal articles on the basis of which the verdict was issued. In this principle, it is considered necessary to cite mandatory sources in the judgments of the courts, and it is also stated in Article 167 of the Constitution. that the judge cannot refuse to deal with a lawsuit and issue a verdict on the pretext of silence, defect or abridgement or conflict of codified laws, but he is obliged to try to find the verdict of every lawsuit in the codified laws and if no verdict is found in the laws, citing the sources valid Islamic or valid fatwa to issue a verdict and this principle allows the judge to issue a verdict in cases of silence, defects, brevity, conflict and ambiguity of the law by referring to sources or valid jurisprudential fatwas as the case may be In civil affairs, following the order of Article 167, valid legal sources and fatwas are among the mandatory sources, but in criminal matters, there is a difference of opinion as to whether Article 167 is valid in this context as well or not. The difference of opinion in this matter is due to the fact that some judges have referred to jurisprudential sources regarding Shariah prohibitions for which no punishment has been determined in the law, and some judges have referred to jurisprudential sources and fatwas in these cases. According to the second point of view, they are trying to acquit the accused.

Key words: the channel of Article 167, the Constitution, jurisprudence and law.

بررسی فقهی، حقوقی مجرای اصل ۱۶۷ از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ارتباط آن با سایر اصول مرتبط از قانون اساسی

فرهاد علیخانی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۲۱

سید محمد صدری (نویسنده مسئول)^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۵/۲۰

احمد باقری^۳

چکیده

در اصل ۱۶۶ از قانون اساسی بیان شده که احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانونی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است و در این اصل در احکام دادگاه‌ها استناد به منابع الزامی، ضروری و لازم دانسته شده و از طرفی در اصل ۱۶۷ از قانون اساسی ذکر گردیده که دادرس نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد بلکه موظف است با کوشش و تلاش حکم هر دعوی را در قوانین مدونه یافته و در صورت عدم یافتن حکم در قوانین، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر مبادرت به صدور حکم نماید و این اصل به دادرس اجازه می‌دهد که در موارد سکوت، نقص، اجمال، تعارض و یا ابهام قانون با مراجعه به منابع یا فتاوی معتبر فقهی حسب مورد مبادرت به صدور حکم نماید. در امور مدنی با رعایت ترتیب مقرر در اصل ۱۶۷، منابع و فتاوی معتبر فقهی از زمره منابع الزامی بشمار می‌آید ولی در امور کیفری و جزائی اختلاف نظر وجود دارد که آیا اصل ۱۶۷ در این زمینه نیز جاری است یا خیر؟ اختلاف دیدگاه در این موضوع این امر را بدنبال دارد که عده‌ای از دادرسان با استناد به منابع فقهی خصوصاً محرمات شرعی که در قانون برای آنها کیفر تعیین نگردیده است با استناد به منابع و فتاوی فقهی رسیدگی کرده و اعمال کیفر می‌نمایند و در مقابل هم عده‌ای در این موارد با تأسی از دیدگاه دوم مبادرت به صدور حکم برائت متهم می‌نمایند.

کلید واژگان: مجرای اصل ۱۶۷، قانون اساسی، فقه و حقوق

^۱ دانشجوی دکتری تخصصی، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

^۲ دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

^۳ استاد، گروه فقه و مبانی حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۱. تدوین اصل ۱۶۷ قانون اساسی

پس از انقلاب اسلامی، قانون اصول محاکمات و آئین دادرسی جای خود را به قانون اساسی داد تا این‌بار، افزون به قوانین عادی، قانون اساسی، به‌عنوان قانون مادر در نظم حقوقی کشور عهده‌دار تبیین سکوت قانون شود. متن پیش‌نویس قانون اساسی که به مجلس بررسی قانون اساسی راه یافت، خالی از مواردی در این خصوص نبود. متن پیش‌نویس قانون اساسی در سه اصل سکوت قانون، راه‌های برخورد با آن را آورده بود. (عامری، ۱۳۸۸، ص ۱۴)

«اصل ۱۳۱: دادگاه باید حکم هر دعوی را با توجه به قوانین و سایر منابع حقوق اعلام کند و نتواند بطور عموم رأی دهد و قاعده به وجود آورد.»

«اصل ۱۳۵: قاضی موظف است حکم هر دعوی را در قوانین بیابد و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین از صدور حکم امتناع ورزد.»

«اصل ۱۳۶: در مواردی قاضی نتواند حکم دعوی حقوق را در قوانین موضوعه بیابد، باید با الهام از قواعد شرع، عرف و عادت مسلم و آنچه عدالت و مصالح عمومی اقتضاء دارد، حکم قضیه را صادر کند.»

در صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون جمهوری اسلامی ایران در خصوص طرح و تصویب اصل ۱۵۶ (اصل یکصد و شصتم و هفتم) آمده‌است ما دو تا اصل داشتیم به شماره‌های ۱۵ و ۱۶ در طرح پیشنهادی با این شماره‌ها البته اگر تنظیم می‌شد در ردیف اصل‌های ۱۵۳ و ۱۵۴ قرار می‌گرفت، این دو اصل این بود که «قاضی موظف است نهایت کوشش را در یافتن حکم هر دعوی از قوانین و منابع معتبر حقوق اسلامی بنماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص و یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی و صدور حکم امتناع ورزد» و بعد در اصل بعدی داشتیم «در مواردی که قاضی نتواند حکم دعوی را در قوانین موضوعه اسلامی بیابد با استناد به منابع معتبر و قواعد اسلامی حکم قضیه را صادر نماید» قرار شد که این دو اصل ترکیب بشود و بدین صورت دربیاید «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین موضوعه بیابد و اگر نیافت با استناد به منابع معتبر اسلامی حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت، یا نقص، یا اجمال، یا تعارض قوانین از رسیدگی و صدور حکم امتناع ورزد»

در نهایت متن ذیل تصویب شد «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص و یا اجمال قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد.»

باری اصل ۱۶۷ قانون اساسی بدون در نظر گرفتن بحثی جدی به تصویب رسید و در سال ۱۳۶۸ نیز شورای بازنگری قانون اساسی تغییر در این اصل به وجود نیاورد و اصل یادشده با همان شکل و محتوا در قانون اساسی ابقاء شد. (عامری، ۱۳۸۸، ص ۱۵)

۲. پیشینه اصل ۱۶۷

مهم‌ترین قوانین مرتبط با اصل ۱۶۷ قانون اساسی را در قوانین پیش از انقلاب را می‌توان در سه متن «قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی» مصوب ۱۹ ذی‌القعدة ۱۳۲۹ قمری، «قانون اصول محاکمات حقوقی و تجاری» و «قانون آئین دادرسی مدنی» بیان کرد که در ادامه به بررسی آن‌ها خواهیم پرداخت.

در «قوانین موقتی اصول محاکمات حقوقی» دو ماده در ارتباط با وظیفه قاضی به صدور حکم در هنگام سکوت، اجمال یا ابهام قانون درج شده است:

«ماده ۳- محاکم عدلیه مکلفند که به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده و به موجب آن حکم داده یا فصل نمایند، و در صورتی که قوانین موضوعه مملکتی کامل یا صریح نباشد و یا ناقص و یا متناقض باشد باید محاکم عدلیه موافق روح و مفاد عمومی قوانین موضوعه امور را قطع و فصل نمایند.»

«ماده ۴- اکیداً ممنوع است که محاکم عدلیه به عذر این که قوانین موضوعه مملکتی کامل یا صریح نیست و یا ناقص و متناقض است صدور حکم را توقیف کنند، متخلفین از این قاعده در حکم اشخاصی خواهند بود که استتکاف از احقاق حق کرده باشند.»

قانون اصول محاکمات حقوقی و تجاری در ۲۸ دی ماه ۱۳۱۴ به تصویب رسید و همانند قانون موقتی اصول محاکمات حقوقی در دو ماده به امکان سکوت، اجمال و ابهام قانون اشاره می‌کند و برای رفع آن چاره‌جویی می‌کند.

«ماده ۳- محاکمه عدلیه مکلفند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم دهند یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد محاکم عدلیه باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را حل و فصل نمایند.»

ماده ۴- اگر حاکم محکمه به عذر این که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نیست و یا متناقض است و یا اصلاً قانونی وجود ندارد از رسیدگی و فصل دعوی امتناع کند مستتکف از احقاق حق محسوب خواهد شد.»

قانونگذار، قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۱۸) را بدون تغییر نسبت به قانون پیشین، یعنی قانون اصول محاکمات حقوقی، مصوب نمود:

«ماده ۳- دادگاه‌های دادگستری مکلفند به دعاوی موافق قوانین رسیدگی کرده حکم داده یا فصل نمایند و در صورتی که قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نبوده و یا متناقض باشد یا اصلاً قانون در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد دادگاه‌های دادگستری باید موافق روح و مفاد قوانین موضوعه و عرف و عادت مسلم قضیه را قطع و فصل نمایند.»

«ماده ۴- اگر دادرس دادگاه بعد از اینکه قوانین موضوعه کشوری کامل یا صریح نیست و یا متناقض است و یا اصلاً قانونی وجود ندارد از رسیدگی و فصل دعوی امتناع کند مستتکف از احقاق حق محسوب خواهد شد.»

۳. منابع معتبر اسلامی

۳-۱. منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر

برای مشخص شدن تکلیف قاضی در استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر لازم است منظور از منابع اسلامی و فتاوی معتبر اسلامی در اصل ۱۶۷ قانون اساسی معلوم گردد.

همچنین ضرورت دارد که مشخص شود آیا منابع شامل متون علمی تدوین شده فقهی می‌شود. معتبر بودن منبع فتوا چه معناست و چه شرایطی دارد؟ آیا مشهور بودن فتوا در اعتبار آن دخالت دارد؟ (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۷۹)

درباره مفهوم «فتاوی معتبر» در اصل ۱۶۷ قانون اساسی وجود دو عبارت «منابع معتبر اسلامی» و «فتاوی معتبر» در کنار یکدیگر در اصل مزبور موجب می‌شود که برای تعیین مفهوم و قلمرو یکی از آن دو دیگری نیز مورد بررسی واقع شود. (نظریات مشورتی ۱۳۸۸/۰۸/۱۲، سایت حقوقی و امور مجلس)

۳-۱-۱- منابع معتبر اسلامی

با توجه به اینکه در اصل ۱۶۷ ق.ا «منابع» در برابر «فتاوا» بکار رفته باید پذیرفت که منظور از منابع در این اصل، ادله و مستندات است که در فقه برای دستیابی به احکام مورد استناد قرار می‌گیرد و فقیه با توسل به آن‌ها به حکم شرعی دست می‌یابد. منابع به این معنا همان ادله استنباطی است که در علم اصول فقه بررسی و تجزیه و تحلیل گردیده و در راس آن‌ها، «کتاب»، «سنت»، «اجماع»، و «عقل» قرار دارد (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۷۹)

شیعه منابع استنباط احکام شرعی را چهار مورد: کتاب، سنت، اجماع و عقل می‌داند که در اصطلاح اصولین و فقها به «ادله اربعه» تعبیر شده است. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹، ص ۳)

بنابراین برخلاف آنچه ممکن است تصور شود، منظور از منابع در اصل یادشده، کتاب‌ها و متون فقهی و آثار فقهی فقها نیست. زیرا منابع به این معنی در برابر فتاوا قرار ندارند بلکه در برابر دربردارنده ی فتاوا است. وانگهی استدلال‌های علمی مطرح شده در متون فقهی، برای قاضی حجیت ندارد و نمی‌تواند مستند صدور رای قرار گیرد. علاوه بر این، اگر منظور از منابع در این اصل، متون و کتاب‌های فقهی باشد، استناد قاضی به ادله استنباط احکام در در مواردی که قاضی توانایی مراجعه مستقیم به ادله احکام شرعی و استنباط حکم شرعی را دارد فاقد مجوز محسوب می‌شود. این در حالی است که بی‌تردید نمی‌توان استناد قاضی مجتهد را به ادله احکام بخصوص در مواردی که حکم قضیه در قانون یافت نمی‌شود، ممنوع دانسته و او را مکلف استناد به کتاب‌های فقهی و فتاوی مجتهدین دیگر دانست. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۷۹ و ۸۰)

بی‌تردید قید «اسلامی» در خصوص منابع در اصل ۱۶۷ قانون اساسی به مذهب امامیه منحصر است و شامل سایر مذاهب نمی‌شود؛ زیرا به موجب اصل دوازدهم قانون اساسی، مذهب رسمی کشور، مذهب شیعه اثناعشری است و بر این اساس، قوانین جمهوری اسلامی ایران، بر مبنای مذهب شیعه اثناعشری تنظیم می‌شود. منظور از معتبر بودن منبع این است که اعتبار و حجیت ادله مورد استناد در علم اصول به اثبات رسیده باشد؛ به عبارت دیگر، قاضی می‌تواند به منابعی استناد نماید که حجیت آن و قابل استناد بودن آن در استنباط احکام به اثبات رسیده باشد و نمی‌تواند به منابعی استناد نماید که اعتبار آن در استنباط احکام پذیرفته نشده است. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۰)

در این جا توجه به دو مسأله سودمند و حائز اهمیت است: نخست آنکه اگر قاضی در مبنای اجتهادی خود منبعی را معتبر دانست که در زمره یکی از منابع یادشده نبوده و استناد به آن نزد فقهای دیگر از هیچ توجیه علمی ولو ضعیف برخوردار نیست، آیا حکم این قاضی دارای اعتبار می‌شود یا خیر؟ به نظر می‌رسد در این حالت در صلاحیت و توان چنین فردی در رجوع به منابع معتبر تردید حاصل می‌شود که در این صورت قاضی

دیگر- در مرحله تجدید نظر- با بررسی صلاحیت و اجتهاد این قاضی عدم صلاحیت او را اثبات کرده و حکمش را نقض نماید.

دوم: مسأله دیگر آن است که آیا قضات غیر مجتهد هم می‌توانند به منابع معتبر مراجعه کنند یا تنها قضات مجتهد صلاحیت این کار را دارند؟ در پاسخ می‌توان گفت: اصل ۱۶۷ هم از این جهت اطلاق داشته و تمام قضات را در بر می‌گیرد یعنی قضات غیر مجتهد هم حق مراجعه به منابع معتبر را دارند لیکن همان گونه که پیشتر گفته شد تشخیص اعتبار و عدم اعتبار منابع به شکل علمی و روشمند به دست قاضی است بدین جهت کسی که توان تشخیص اعتبار منابع را داشته باشد حق مراجعه به آنها را دارد. بنابراین، قضات غیر مجتهد به منابعی که به طور مسلم دارای اعتبار و حجیت است مانند قرآن کریم و سنت قطعی پیامبر اکرم و معصومین؛ می‌توانند مراجعه کنند زیرا تشخیص اعتبار این منابع نیاز به اجتهاد ندارد. در این خصوص یکی از فقهای معاصر در این مورد می‌فرماید: «قاضی غیر مجتهد می‌تواند به صریح قرآن یا نص حدیث متواتر یا اجماع قطعی استناد کند اگر قانون یا فتوی نباشد» همان گونه که در این بیان آمده است قضات غیر مجتهد از آیات و روایاتی می‌توانند استفاده کنند که استنباط حکم از آنها نیاز به اجتهاد فقهی ندارد و دلالت آنها بر مورد نظر صریح بوده، به طوری که همه اشخاص در مراجعه آنها همان حکم را استنباط بکنند. (نظریات مشورتی ۱۳۸۸/۰۸/۱۲، سایت حقوقی و امور مجلس)

۳-۱-۲- مفهوم فتاوی معتبر

در تعریف فتاوا گفته‌اند فتوا عبارت از خبر دادن حکم کلی الهی در موضوعات کلی به استناد دلایل چهارگانه فقه (کتاب، سنت، اجماع، عقل) اعم از آنکه به صورت خبر القاء شود یا به صورت امر.

فتوا حکم مسأله ای خاص است که فقیه از منابع و ادله شرعی، استنباط کرده و برای خود او و مقلدینش حجت و معتبر است. طبیعی است که استنباط های فقها می‌تواند متفاوت باشد، پس ممکن است در مورد مسئله‌ای با چند فتوای مختلف روبه‌رو شویم. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۱)

معتبر بودن فتوا به آن است که مرجع صدور آن دارای شرایط لازم باشد. شرایط لازم برای صدور فتوا در فقه مشخص و بیان شده‌است که از جمله آن شرایط، اجتهاد است. مجتهدی که سایر شرایط افتا را داشته باشد، «مجتهد جامع شرایط» نامیده می‌شود بنابراین فتوای معتبر، فتوای مجتهد جامع شرایط است و اگر فتوایی از شخصی صادر شود که شرایط افتا را نداشته باشد، چنین فتوایی معتبر نیست و نمی‌تواند مبنای عمل قرار گیرد.

(حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۱)

در اعتبار فتوا، شهرت آن نزد فقها نقشی ندارد؛ یعنی لازم نیست فتوای مذکور، فتوای اکثر فقها باشد، بلکه فتوای غیر مشهور نیز در صورت وجود شرایط افتا در مرجع صدور آن، معتبر است. بنابراین رابطه بین فتوای معتبر و فتوای مشهور، عموم و خصوص مطلق است، به این بیان که فتوای مشهور؛ فتوای معتبر است، اما ممکن است برخی از فتاوای معتبر، فتوای مشهور نباشد. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۱)

فتاوای فقیهی که بعنوان ولیه فقیه در رأس جامعه قرار می‌گیرد همانند فتاوای سایر فقهای جامع شرایط معتبر است، مگر آن دسته از فتاوای ولی امر که از باب احکام حکومتی، تبعیت از آنها را لازم اعلام کرده باشد که این دسته بر فتاوای سایر فقها مقدم بوده و باید مورد عمل همه افراد قرار گیرد. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۱ و

(۸۲)

بدون تردید فقه غنی شیعه، بنیان و اساس قوانین موضوعه ایران در دو حوزه ی مدنی و جزایی به شمار می‌رود. چندان‌که با نگاهی به قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی جمهوری اسلامی ایران می‌توان دریافت که شمار بسیاری از مواد آن دو، ترجمه فتاوی فقهای پیشین است. (جباری، ۱۳۸۶، ص ۱۲۸)

شاید فضای تصویب قانون اساسی ایران، به ذهن قانون‌گذاران القا کرده بود که مشکل «عدم قانون» با مراجعه قاضی به منابع معتبر اسلامی یا «فتاوی معتبر» قابل‌حل است. شاید هم ازین روست که در حوزه ی قانون مدنی، تغییرات بسیار ناچیز انجام‌شده و در حوزه ی قانون مجازات از سال ۱۳۷۰ و پس‌از مصوبه ۱۳۷۵/۱۲/۲۶ - که به مدت ده سال دوره آزمایشی این قانون تمدید شده‌است- تغییر اساسی رخ نداده‌است. اگر بپذیریم که قاضی، حق دارد به‌هنگام فقدان قانون مدون، به منابع معتبر اسلامی مراجعه و حکم قضیه را استنباط کند؛ در واقع پذیرفته‌ایم که دو قاضی مجتهد حق دارند در خصوص یه قضیه- و مثلاً در دو منطقه متفاوت از کشور- دو حکم متفاوت صادر کنند و البته دشواری‌های حاصل از این دیدگاه؛ دست‌کم از نظر زمانی که برای رسیدگی و قطعی شدن حکم مورد نیاز است، بر کسی پوشیده نیست. (جباری، ۱۳۸۶، ص ۱۲۸)

۳-۲- استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر در دعاوی

در این مبحث تکلیف قاضی در استناد به منابع و فتوا و اشکالات و موانع استناد قاضی به منابع و فتوا مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

۳-۲-۱- تکلیف قاضی در استناد به منابع و فتاوا

بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی قاضی درابتدا مکلف است تلاش کند حکم دعوی را در قوانین بیابد و در صورت نیافتن حکمی در قوانین، تکلیف بعدی او استناد به منابع و فتاوی معتبر اسلامی است. درباره چگونگی این استناد سوالاتی مطرح است که بررسی نیاز دارد. همچنین لازم است مشخص شود آیا تکلیف مذکور به دعاوی حقوقی منحصر است یا در دعاوی کیفری نیز وجود دارد. اصل مذکور در برخی دعاوی استثنائاً اجرا نمی‌شود و در برخی نیز با کیفیت خاص اجرا می‌شود. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۲)

۳-۲-۱-۱- عدم دستیابی به حکم در قوانین

اصل ۱۶۷ قانون اساسی تکلیف اصلی و اولی قاضی را تلاش برای یافتن حکم در قوانین اسلام اعلام کرده‌است. روشن است که با توجه به وجود قوانین بسیار زیاد در موضوعات مختلف، معمولاً تلاش مذکور همراه با موفقیت اصلی است و قاضی حکم موضوع مورد اختلاف را در قوانین پیدا می‌کند، ولی در صورتی‌که چنین تلاشی به نتیجه نرسد و حکم دعوی در قوانین یافت نشود، تکلیف استناد به منابع و فتاوا جایگزین تکلیف استناد به قانون می‌شود. بنابراین، در صورت امکان یافتن حکم در قوانین، قاضی مجاز به استناد به منابع و فتاوا نیست و در صورتی‌که با امکان یافتن حکم در قوانین قاضی به منابع و فتاوا استناد کند چنین استنادی بر خلاف اصل ۱۶۷ قانون اساسی است و رأیی که بر این اساس صادرشده مخالف قانون محسوب می‌شود و طبق مقررات مربوط به تجدیدنظر یا فرجام، قابل نقض است. در تلاش برای یافتن حکم در قوانین، گاه قاضی به‌آسانی به متون صریح قانونی دست می‌یابد، اما همیشه چنین موفقیتی میسر نمی‌شود، بلکه ممکن است که متضمن حکم مسأله مورد اختلاف است دست نیابد و یا با مواردی روبرو شود که معنا و مفهوم آن به‌روشنی معلوم نیست و یا متضمن معانی متعارضی است در چنین مواردی قاضی نمی‌تواند بلافاصله به سراغ منابع و

فتاوا برود بلکه مکلف است با استفاده از فنون و روش‌های تفسیر قوانین به تلاش خود برای استخراج و استنباط حکم دعاوی از قوانین ادامه داده و کوشش کند با رفع ابهام و نقض قوانینی که مبهم و یا ناقص به نظر می‌رسد و یا با رفع تعارض از قوانینی که متعارض تلقی می‌شود، به حکم قانون دست یابد و یا در مواردی که به ظاهر با سکوت قوانین روبه‌رو می‌شود، سعی نماید با ملاحظه و بررسی مواد مربوط به اصول حقوقی دست‌یافته و خلأ موجود را با وسیله‌های قابل قبول پر نماید. به عبارت دیگر، قاضی وظیفه دارد در مواردی که به ظاهر از موارد نقص و اجمال تعارض یا سکوت قانون است، با بهره‌گیری از روش‌های تفسیر قوانین، سعی در رفع نقص، اجمال یا تعارض قوانین و استخراج و استنباط حکم دعوی از قوانین نماید و در صورتی که استناد به منابع و فتاوا میسر می‌شود که در تمام تلاش تلاش‌های مذکور شکست بخورد و هیچ روشی موفق به یافتن حکم در قوانین نشود. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۳ و ۸۴)

به بیان سوم؛ قاضی نمی‌تواند در موارد وجود حکم در قانون، از اجرای قانون خودداری کند و هیچ عاملی نمی‌تواند استناد قاضی به منابع و فتاوا را با امکان دستیابی به حکم در قوانین موجه نماید. بنابراین قاضی نمی‌تواند مورد مطرح کردن این که قانون را خلاف شرع می‌داند و استناد به قانون خودداری نموده و با استناد به منابع و فتاوا حکم صادر نماید؛ زیرا براساس اصول قانون اساسی (اصل چهارم و هفتاد و دوم و ششم) مرجع تشخیص عدم مغایرت قوانین با احکام شرع، شورای نگهبان است و تا زمانی که این مرجع، قانونی را مغایر با شرع اعلام نکرده، نمی‌توان از اجرای آن به عنوان خلاف شرع بودن خودداری کرد. فقط در تبصره ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی اجازه داده شده است در صورتی که قاضی مجتهد باشد و قانون مربوط به موضوع پرونده را با نظر اجتهادی خود، خلاف شرع بداند، از رسیدگی به پرونده و صدور حکم خودداری کند و پرونده برای رسیدگی به شعبه دیگری ارجاع شود علت این استثنا این است که از چنین قاضی نمی‌توان انتظار داشت به چیزی حکم نماید که با آن چه که او از منابع شرع استنباط کرده است مغایر است. در متون فقهی و شرع نیز قاضی مکلف به صدور حکم براساس اجتهاد و استنباط خود است و از صدور حکم به غیر آن منع شده است. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۴)

۳-۲-۱-۲- نقش منابع و فتاوا در تفسیر قوانین

گفته شد در مواردی که قاضی به ظاهر با نقص، اجمال، تعارض و سکوت قوانین روبه‌رو شود باید تلاش کند با استفاده از روش‌های تفسیر، نقص، اجمال یا تعارض را برطرف کند و به استنباط حکم از قوانین دست یابد. از جمله مسائلی که قاضی در تفسیر قوانین باید در نظر داشته باشد وضعیت فقهی موضوع مورد بررسی و توجه به منابع و فتاوا اسلامی در خصوص آن است؛ زیرا در کشور ما از طرفی منشاء اتخاذ بسیاری از قوانین و مواد قانونی، متون و احکام فقهی است و از طرف دیگر به موجب اصول قانون اساسی، از جمله اصل چهارم، کلیه قوانین و مقررات باید با احکام شرع منطبق باشد. بنابراین در کشور ما قاضی مکلف است در تفسیر قوانین و استنباط احکام قانونی به متون، منابع و فتاوا اسلامی، توجه داشته باشد و از قوانین، معنایی را به دست آورد و مبنای عمل قرار دهد که با منابع و فتاوا هماهنگ و سازگار باشد. لازم به ذکر است نقش منابع و فتاوا در این موارد، کمک به دست‌یابی قاضی به احکام قانونی است و نتیجه‌ای که حاصل می‌شود، تحت عنوان حکم قانون مورد استناد قرار می‌گیرد و این متفاوت است از مواردی که قاضی با وجود تلاش، به حکم

قانون دست نمی‌یابد و به‌موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی مکلف است به منابع و فتاوا به‌طور مستقل استناد نماید. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۵)

۳-۲-۱-۳- چگونگی استناد به منابع و فتاوا

درباره چگونگی استناد به منابع و فتاوا سؤالاتی مطرح است که در قوانین پاسخ روشنی برای آن یافت نمی‌شود از جمله این‌که آیا استناد به منابع یا فتاوا برای هر قاضی، اعم از مجتهد و غیر مجتهد، ممکن است یا استناد به منابع مخصوص قاضی مجتهد و استناد به فتاوا ویژه قاضی غیر مجتهد است؟ آیا در استناد به فتاوا، قاضی می‌تواند به فتوای هر یک از فقها معاصر یا پیشین استناد کند؟ آیا طرفین می‌توانند در استناد به فتاوا نقشی داشته باشند؟ (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۵ و ۸۶)

در مورد سؤال اول با توجه به این‌که براساس احکام شرعی در باب قضا قاضی باید مجتهد باشد و قاضی مجتهد نمی‌تواند بر مبنای فتاوی فقهای دیگر رسیدگی و رأی صادر کند. و از طرف دیگر، قاضی غیر مجتهد، توانایی استناد به منابع اسلامی - به معنای ادله استنباط احکام - را ندارد، باید قائل به این شد که استناد به منابع مخصوص قاضی مجتهد و استناد به فتاوا، ویژه قاضی غیر مجتهد است؛ به بیان دیگر، قاضی غیر مجتهد نمی‌تواند با استناد به منابع و قاضی مجتهد مجاز نیست براساس فتوا رسیدگی و رأی صادر نمایند. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۶)

در استناد قاضی غیر مجتهد به فتاوا با در نظر گرفتن این‌که استناد به فتاوا از امور حکمی پرونده بوده و وظیفه دادرسی است، قاضی در انتخاب فتوای مورد استناد آزاد است و استناد طرفین به فتوایی خاص نمی‌تواند برای قاضی در استناد به آن فتوا تکلیفی ایجاد نماید. البته در صورتی‌که طرفین دعوی مقلدین یک فقیه باشند و یا فتاوی مراجع آن‌ها هماهنگ باشد، بهتر است قاضی از استناد به فتاوی دیگر خودداری کند. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۶)

درباره چگونگی دست‌یابی قاضی به فتوا نیز در قوانین شیوه خاصی مقرر نشده، بنابراین قاضی می‌تواند با استفتای از فقها یا مراجعی که فتاوا در اختیار قاضی قرار می‌دهند یا با مراجعه به متونی که در بردارنده ی فتاوی فقها است و یا به روش‌های دیگری به فتوای فقیه دست‌یافته و به آن استناد نماید. هم‌چنین با توجه به این‌که وظیفه قاضی در استناد به فتاوا، به فتوای مجتهدین معاصر منحصر نشده، دست قاضی در استناد به فتاوی فقهای پیشین که در قید حیات نیستند باز است. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۶ و ۸۷)

۳-۲-۱-۴- استثنائات اصل ۱۶۷ قانون اساسی

تکلیفی که اصل ۱۶۷ قانون اساسی به‌عهده قاضی گذاشته است که به‌موجب آن وی باید تلاش کند حکم قضیه را در قوانین بیابد و در صورت نیافتن حکم در قوانین به استناد به منابع معتبر و فتاوی معتبر اسلامی رأی صادر کند - دو استثنای قابل توجه دارد: یک استثناء احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه است؛ زیرا به استناد قانون اجازه رعایت احوال شخصیه ایرانیان غیر شیعه و اصول دوازدهم و سیزدهم قانون اساسی، ایرانیان غیر شیعه در احوال شخصیه، تابع مذهب و آئین خود هستند (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۸ و ۸۹)

استثنای دیگر، جرایم روحانیون است که به‌موجب آیین‌نامه دادرسی و دادگاه‌های ویژه روحانیت در دادرسی و دادگاه‌های ویژه روحانیت مورد رسیدگی قرار می‌گیرد؛ زیرا به‌موجب ماده ۴۲ آیین‌نامه مذکور احکام

دادگاه‌های ویژه روحانیت «باید مستدل و مستند به موازین شرع باشد، چنانچه شرع نسبت ب جرمی مجازات خاصی را معین نکرده حکم دادگاه باید مستند به قوانین موضوعه باشد...» بر خلاف ترتیبی که در اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای استناد به قانون و منابع و فتاوا مقرر شده و قاضی در مرحله اول به یافتن حکم در قانون مکلف شده و در صورت عدم دستیابی به حقوق در قوانین، به استناد منابع و فتاوا مکلف گردیده، در ماده ۴۲ آیین‌نامه دادرسی و دادگاه‌های ویژه روحانیت، قاضی در مرحله اول، به استناد موازین شرع و در صورت عدم تعیین مجازات در شرع، به استناد به قوانین مکلف شده است. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۸۹ و ۹۰)

۳-۲-۲- اشکالات و موانع استناد قاضی به منابع و فتاوا

استناد به منابع و فتاوا در وضعیت موجود دادگاه‌ها و دادگستری با اشکالات و موانعی روبرو است. از جمله این‌که امکان استنباط‌های مختلف از منابع و همچنین امکان استناد به فتاوا متعدد، در نهایت ممکن است به صدور آرای متفاوت و متعارض در موارد مشابه منجر شود و تشتت آرا در پی داشته باشد که در افکار عمومی جامعه پذیرفتنی نیست. مطلب دیگر، نامشخص بودن چگونگی رسیدگی به آراء صادر شده به استناد منابع و فتاوا در مراجع بالاتر است. وانگهی ممکن است قاضی در استعمال و جستجوی فتاوا نیز به راه‌حل روشنی که بتواند مستند رای قرار گیرد دست نیابد. برای مثال در قلمروهای جدید مظاهر زندگی جدید اجتماعی که در اثر پیشرفت علوم و تکنولوژی به وجود آمده است، مانند آنچه به فضای مجازی و دنیای ارتباطات و الکترونیکی و یا صنعت هوا و فضا و تجهیزات ماهواره‌ای و نظامی یا مسائل پیچیده و فنی صنایع و اختراعات مربوط می‌شود، اگر قوانین و مقررات ویژه‌ای وجود نداشته باشد، با مراجعه به متون فقهی مطلبی نمی‌توان یافت، چون سابقه نداشته و مسائلی نوظهوری است و در مجامع علمی فقهی از آن‌ها بحث نشده است. (حسن‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۹۰)

۴. شمول یا عدم شمول اصل ۱۶۷ در دعوی کیفری

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که از دستاوردهای مهم حقوق بشر برای پاسداشت حقوق متهم طی دو قرن اخیر محسوب می‌شود، از آغاز در دین مبین اسلام، به‌عنوان یک اصل مسلم و اساسی، مورد پذیرش قرار گرفته بود.

قانون‌گذار اساسی جمهوری اسلامی ایران با الهام از حقوق اسلام، در اصول ۳۶ و ۱۶۹ قانون اساسی، این اصل مترقی را به رسمیت شناخت، به گونه‌ای که اصل ۳۶ ق.ا. بدون هیچ رأی مخالفی به تصویب رسید و ازین جهت در میان اصول قانون اساسی کم‌نظیر است.

ضرورت و اهمیت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، در حقوق اساسی ایران از یک‌سو و توجه قانون اساسی به حاکمیت شرع که در دو اصل چهارم و یکصد و ۶۰ شصت و هفتم قانون اساسی متبلور شده، از سوی دیگر موجب شده است تا بحث در مورد چگونگی رابطه این اصول با یکدیگر، به‌عنوان یکی از مباحث اختلافی در میان حقوق‌دانان مطرح شود. (غفاری، ۱۳۹۱، ص ۱۱۶)

در این مجال به دنبال یافتن پاسخ این سوال هستیم که آیا اساساً اصل ۱۶۷ ق.ا. شامل دعوی کیفری نیز می‌گردد و یا اختصاص به دعوی مدنی دارد؟ و در صورت شمول اصل ۱۶۷ نسبت به دعوی کیفری، تعارض آن با اصل ۳۶ چگونه قابل توجیه است؟ در این رابطه چهار دیدگاه عمده مطرح گردیده است. بر مبنای دیدگاه

اول، اصل ۱۶۷ مطلقاً ناظر به دعای کیفری نیست و با طرح این نظریه، تعارض آن را با اصل ۳۶ از اساس حل شده است طبق دیدگاه دوم، اصل ۱۶۷ شامل دعای کیفری نیز می‌گردد ولی فقط نسبت ب قوانین شکلی تسری دارد، و قواعد ماهوی را در بر نمی‌گیرد، بر اساس نظریه سوم، اصل مزبور فقط مربوط به تشخیص موضوعات کیفری است و نه تعیین جرم و مجازات. بر پایه نظریه چهارم، اصل ۱۶۷ شامل مطلق دعای کیفری است. (غفاری، ۱۳۹۱، ص ۱۱۶)

۴-۱- شمول اصل ۱۶۷ صرفاً به دعای مدنی

بر مبنای این نظریه، اصل ۱۶۷ق. ا. مطلقاً شامل دعای کیفری نیست بلکه اختصاص به دعای مدنی دارد. و اصل ۳۶ق. ا. و سایر اصولی که دلالت بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها دارد، موجب تخصیص عموم اصل ۱۶۷ گردیده است؛ اگرچه برای جبران ضرر و زیان ناشی از جرم، می‌توان در یک دعای کیفری به این اصل استناد نمود. اصل اساسی الزام به رسیدگی، صرفاً دعای مدنی را شامل می‌شود و در دعای کیفری بر اساس اصل سی و ششم «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد»... زیرا عقاب بلا بیان قبیح است. (غفاری، ۱۳۹۱، ص ۱۱۹)

البته قبح عقاب بلا بیان، یک قاعده فقهی است و ظاهراً چنین استنباط می‌شود که منظور بیان مجازات‌هایی باشد که شارع اسلام مقرر داشته و یا فقهای اسلام در مقام استنباط و صدور فتوی مجازات‌هایی را بیان کرده‌اند که قاضی به هنگام رسیدگی و صدور حکم، مجاز و در مواردی موظف به استناد به آنهاست. اما باید توجه داشت که قانون‌گذار اساسی با فرض مطابقت کلیه قوانین و مقررات با موازین اسلامی (طبق اصل چهارم قانون اساسی) در اصل سی و ششم فوق‌الذکر تاکید بر مجازات قانونی دارد. درغیراین صورت چه بسا «منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر» با یکدیگر مغایر باشند و قضات در موارد مشابه به فتاوی متفاوت مراجعه کنند. و در نتیجه مبادرت به صدور احکام جزائی نامشابه یا نابرابر بنمایند.

بنابراین حاکمیت قانون اساسی و مصلحت نظام، اقتضا می‌کند که قضات در دعای جزایی چنانچه قانون‌گذار نسبت به مجازات یک عمل ارتكابی ساکت باشد مطلقاً از اعمال مجازات خودداری نمایند. (غفاری، ۱۳۹۱، ص ۱۱۹)

با این فرض که میان اصل ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی تعارض وجود داشته باشد، به چهار شیوه می‌توان این تعارض را برطرف نمود که هر یک از این شیوه‌ها از سوی عده‌ای پذیرفته شده است. راه اول این که قائل شویم اصل ۱۶۷ قانون اساسی شامل دعای کیفری نشده و صرفاً اختصاص به دعای مدنی دارد. دلیل این مطلب نیز اینکه اولاً اصل ۳۶ قانون اساسی، اصل ۱۶۷ را تخصیص زده است بنابراین حکم مربوط به دعای کیفری، صرفاً در اصل ۳۶ تبیین شده و این است اختصاص به دعای کیفری یافته است. ثانیاً قاعده «قبح عقاب بلا بیان» که یک قاعده فقهی است و وارد نظام حقوقی کشور ما نیز شده است، دلالت بر این مطلب دارد که تا زمانی که بیانی از سوی شارع مبنی بر حرمت و گناه بودن فعل یا ترک فعلی نرسیده باشد، عقاب نمودن به سبب انجام آن فعل یا ترک آن فعل، قبیح خواهد بود. در این مقام، تطبیق قاعده فوق به این صورت است که تا زمانی که قانونی از سوی قانون‌گذار مبنی بر ممنوع بودن فعل یا ترک فعلی وضع نشده باشد، کیفر دادن و مجازات نمودن در قبال انجام یا ترک آن فعل، شایسته نبوده و مجاز نیست؛ حتی اگر مجازات مذکور مستند به منابع و فتاوی معتبر صورت گیرد. (تقی‌زاده، ۱۳۹۵، ص ۱۵)

ثالثاً حاکمیت قانون و رعایت مصلحت نظام که اهمیت فوق‌العاده ای نیز دارند، اقتضا می‌کند که در دعاوی جزایی چنانچه قانون‌گذار نسبت به مجازات یک فعل یا ترک فعل سکوت نموده باشد، قضات محترم نیز مطلقاً از اعمال مجازات خودداری نمایند. (تقی‌زاده، ۱۳۹۵، ص ۱۵)

رابعاً امر تشتت آرای قضایی و صدور احکام نا مشابه از سوی قضات که دلیل بروز آن، مراجعه به منابع و فتاوی معتبر و برداشتهای مختلف از احکام تبیین شده در آنها است، اقتضا می‌کند مراجعه به چنین منابع یا فتاوی برای بدست آوردن حکم دعوی مطروحه مجاز دانسته نشود. (تقی‌زاده، ۱۳۹۵، ص ۱۶)

خامساً مراجعه به متن اصلی ۳۶ قانون اساسی روشن می‌سازد که اصل مذکور به صراحت دلالت بر استفاده از تنها یک منبع برای صدور حکم توسط قاضی دارد و این منبع نیز «قانون» است. برداشت اخیر از واژه «تنها» صورت گرفته است که در تأیید ادعای فوق، صراحت دارد؛ چراکه در این اصل آمده است: «حکم به مجازات و اجرای آن، باید تنها... به موجب قانون باشد» سادساً در اصل ۱۶۷ قانون اساسی «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیاد و...»

نکته قابل توجه در خصوص این اصل این‌که واژه «دعوا» که در این اصل به کار رفته است، صرفاً در امور حقوقی و نه کیفری مورد استفاده قرار می‌گیرد. بنابراین واژه مذکور دلالت می‌نماید که تکلیف مقرر در اصل ۱۶۷ مبنی بر لزوم مراجعه قاضی به منابع و فتاوی معتبر جهت صدور حکم قضایی در مواردی که حکم دعوی مطروحه در قوانین مدون یافت نمی‌شود، اختصاص به دعاوی حقوقی داشته و قابل تسری به امور کیفری نیست. (تقی‌زاده، ۱۳۹۵، ص ۱۶)

۴-۲- شمول اصل ۱۶۷ به قوانین شکلی کیفری

دیدگاه دیگر در مورد اصل ۱۶۷ ق.ا. این است که با توجه به اشکالات شمول اصل مزبور نسبت به دعاوی کیفری، قوانین عادی مرتبط با اصل ۱۶۷ به تبع این اصل، فقط در ارتباط با قوانین شکلی کاربرد دارند. یکی از حقوق دانان در این باره می‌نویسد: «دستور قسمت اخیر ماده ۲۸۹ اصلاحی قانون آئین دادرسی کیفری و مقررات ماده ۲۹ ق. تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ شعب دیوان عالی کشور، مصوب ۶۸ که حکم ماده ۲۸۹ منسوخ را مجدداً تکرار کرده است، با موازین قضایی تطبیق ندارد. اصلاح کنندگان قانون آئین دادرسی کیفری به تفاوت اصول دادرسی‌های کیفری و مدنی توجهی نداشته‌اند و بی‌جهت یکی از اصول مختص به دادرسی‌های مدنی را، در قلمرو قوانین دادرسی‌های کیفری آورده‌اند، به‌رحال ماده اصلاحی مزبور باید به نفع متهم، تفسیر و گفته شود، منظور مقنن تنها قوانین کیفری شکلی بوده، نه قوانین کیفری ماهوی. (غفاری، ۱۳۹۱، ص ۱۱۹)

۴-۳- شمول اصل ۱۶۷ در تشخیص موضوعات کیفری

براساس این نظریه که از جانب برخی از صاحب‌نظران مطرح گردیده است «مصادیق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۰ ق. تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ شعب دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸... در تعیین مصادیق عمل منافی عفت غیر از زنا، عمل حرام و یا احراز اصل نکاح و طلاق در دعاوی خانوادگی از نظر تکلیف پرداخت نفقه یا جریحه‌دار شدن عفت عمومی موضوع مواد ۱۰۱ و ۱۰۲ و ۱۰۵ قانون تعزیرات، منابع شرع و عرف قابل استناد است.» لذا بر اساس نظریه مزبور، دادگاه از منابع و فتاوی معتبر اسلامی فقط می‌تواند برای «تکمیل» قوانین استفاده نماید (غفاری، ۱۳۹۱، ص ۱۲۰)

اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظر مشورتی شماره ۶۹/۱۲/۱۸_۷/۶۳۸۱ در تأیید همین نظریه چنین اظهار می‌دارد:

«...هر گاه قضیه ای مطرح شود که در قانون برای آن مجازاتی تعیین نشده باشد، باید گفت آن عمل جرم نبوده و قابل طرح در محاکم هم نمی‌باشد. اعمال مقررات ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ جایی مورد پیدا می‌کند که در قضایای مطروحه، حکم صریحی در قانون نباشد یا با عبارات و کلماتی مجمل و مبهم و غیر روشن احکام بیان شده که در ابتدا معنای آن غیر معلوم و بایستی به متون فقهی و فتاوی معتبر رجوع نمود، چنان‌که معانی حق‌الله و حق‌الناس که در مواد ۲۹۰ ق.ا.ق. آ.د.ک. و ۱۵۹ ق.ت. از آنها اسم برده شده است در قانون تعریف نشده... به عبارت اخیری اجازه ماده ۲۹ برای حل این نوع مشکلات قانونی است و به هیچ‌وجه افاده جعل جرایم جدید که در قانون برای آن‌ها مجازاتی تعیین نشده است... نمی‌نماید...» (غفاری، ۱۳۹۱، ص ۱۲۰) برخی از حقوق‌دانان نیز همین دیدگاه را پذیرفتند. (هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰)

۴-۴- شمول اصل ۱۶۷ در مطلق دعاوی کیفری

طرفداران این دیدگاه بر این باورند که، خود قانون اساسی، بر اساس اصل ۱۶۷ ق.ا. فتاوی و منابع معتبر اسلامی را در «حکم قانون» قرار داده‌است، بنابراین منافاتی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها ندارد. مبنا و منشأ این دیدگاه، نظریه کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی است که در مورد تفسیر ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری صادر شده است. براساس نظریه کمیسیون نامبرده، «... دادگاه‌های کیفری (درمورد هیچ‌یک از قضایایی که رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت دادگاه کیفری است) نمی‌توانند به بهانه سکوت یا اجمال یا نقص یا تعارض قانون از رسیدگی امتناع نمایند. (غفاری ۱۳۹۱، ص ۱۲۰ و ۱۲۱)

همچنین نمی‌توانند به‌همین بهانه و به صرف این که جرم بودن یک قضیه در قوانین جزایی مدونه یافت نمی‌شود، حکم به برائت متهم صادر نمایند... به‌نظر می‌رسد که مراجعه کردن دادگاه به منابع معتبر فقهی جهت تشخیص این که قضیه مطروحه از نظر شرع مقدس اسلام جرم است یا خیر و صدور حکم به مجازات بر مبنای منابع فقهی اشکالی ندارد؛ زیرا که این رویه مغایرتی با مقررات مندرج در ماده قانون راجع به مجازات اسلامی و همچنین با مفاد اصل ۳۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ندارد. برای این که هر فعل یا ترک فعل که از نظر فتاوی جرم باشد، به مقتضای اطلاق و عموم ماده ۲۸۹ مذکور جرم به حکم قانون محسوب می‌شود و متهم نیز مجرم تلقی می‌گردد و مجازات مرتکب، در این صورت مجازات به‌موجب قانون خواهد بود. (غفاری، ۱۳۹۱، ص ۱۲۱)

در راستای همین دیدگاه، برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که با این تحلیل، منابع فقهی و فتاوی معتبر نیز، به حکم قوانین مدون در ردیف عنصر قانونی جرایم و مجازات‌ها به شمار خواهد آمد و تکلیف دادگاه در مراجعه به آن برای یافتن حکم قضایای کیفری به معنای جواز تفسیر موسع قوانین کیفری نخواهد بود و بدین ترتیب با توجه به اصل ۱۶۷ ق.ا. و قوانین عادی مرتبط با آن، با مفهوم جدیدی از تعریف جرم در حقوق کیفری جمهوری اسلامی ایران مواجه خواهیم شد که براساس آن در تعریف جرم باید گفته شود «هر فعل یا ترک فعلی که مطابق قانون و یا منابع فقهی معتبر یا فتاوی مشهور و معتبر، برای آن مجازات حد یا قصاص یا تعزیر یا دیه یا مجازات بازدارنده تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود. همچنین با مراجعه به مشروح

مذاکرات قانون اساسی می‌توان دریافت که قانون‌گذار «دعاوی» را مطلق ذکر نموده و مقید به دعاوی مدنی نکرده است. (غفاری، ۱۳۹۱، ص ۱۲۱)

توضیح آنکه در پیش‌نویس اصل ۱۶۷ ق.ا. (با عنوان اصل ۱۳۶) آمده است:

«در مواردی که قاضی نتواند حکم دعاوی حقوقی 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 نماید.»
چنانکه ملاحظه شد، پیش‌نویس اصل ۱۶۷ ق.ا. دلالت صریح بر اختصاص آن به دعاوی حقوقی داشت. ولی در گروه بررسی اصول که بحث‌های تخصصی و تفصیلی اصول پیش‌نویس، در این گروه‌ها انجام می‌گرفت، اصل ۱۶۷ (با عنوان اصل ۱۵۶ گروه بررسی اصول) به این شکل تغییر یافت:

«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» بنا بر این، کلمه «دعاوی حقوقی» که در پیش‌نویس اصل ۱۶۷ وجود داشت، در گروه بررسی اصول و در نهایت در متن مصوب اصل ۱۶۷ ق.ا.، اصول و در نهایت در متن مصوب اصل ۱۶۷ ق.ا.، کلمه «حقوق» که دلالت بر اختصاص این اصل به دعاوی حقوقی داشت حذف شد. (غفاری، ۱۳۹۱، ص ۱۲۱ و ۱۲۲)

به‌علاوه فهم قانون‌گذاران عادی و مفسرین قانون اساسی از اصل ۱۶۷ نیز بر همین تفسیر از اصل مذکور دلالت می‌کند.

زمانی که ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آ.د.ک. تصویب شد و در شورای نگهبان مطرح گردید: تمام فقهای شورای نگهبان و در نتیجه اکثریت اعضای شورای نگهبان به عدم مغایرت ماده مذکور با اصل ۱۶۷ ق.ا. رای دادند. این نکته خود مؤیدی است بر این نکته که قانون‌گذاران و اکثریت اعضای شورای نگهبان که مفسر قانون اساسی محسوب می‌شوند، اصل ۱۶۷ را شامل دعاوی کیفری نیز می‌دانند. به‌بیان‌دیگر تأیید ماده مزبور توسط شورای نگهبان، خود نوعی تفسیر اصل ۱۶۷ محسوب می‌گردد. (غفاری، ۱۳۹۱، ص ۱۲۱ و ۱۲۲)

۵. مقررات مرتبط با اصل ۱۶۷

از جمله دیگر مقرراتی که در راستای مفاد اصل ۱۶۷ وضع شده است می‌توان به ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ است. در این ماده آمده است که:

ماده ۲۱۴ - رأی دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است. دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض یا ابهام قوانین مدون از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند.

ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب نیز از جمله مقرراتی است که به اصل ۱۶۷ ارجاع داده است.

ماده ۸ - قضات دادگاه ها و دادسراهای عمومی و انقلاب مکلفند به دعاوی و شکایات و اعلامت موافق قوانین موضوعه و اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رسیدگی کنند و تصمیم قضائی را اتخاذ نمایند.

از جمله مقررات اخیرالتصویب مجلس شورای اسلامی که مرتبط با بحث ماست باید با ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اشاره کرد در این ماده می خوانیم که :

ماده ۲۲۰ - در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل میشود.

بنا بر مواد فوق قضات به هنگام صدور رأی باید ابتدا به قانون، سپس منابع معتبر اسلامی، فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد رجوع کند.

اولین سؤالی که در اینجا باید مطرح گردد، محل اجرای اصل ۱۶۷ است. بدین بیان که آیا با وجود اصل ۳۶ قانون اساسی می توان در امور کیفری نیز به اصل ۱۶۷ استناد نمود و عملی را که از منظر فقهی جرم محسوب می شود ولی در قانون جرم انگاری نشده است، قابل مجازات دانست؟

۵-۱- اجرای اصل ۱۶۷ در امور کیفری

اصل ۱۶۷ قانون اساسی را باید نمود عینی اراده قانون گذار اسلامی در رابطه با اجرای اصل چهارم قانون اساسی دانست چراکه مفاد این اصل یکی از مهم ترین تحولاتی است که نظام حقوقی ما را به سوی حقوق اسلامی متمایل می کند. اعمال اصل چهارم قانون اساسی در این اصل و در بخش مربوط به خلأهای قانونی باید در عناصر فراقانونی ای مشاهده کرد که قضات در موارد خلأ قانونی به آنها می توانند مراجعه کنند. منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر عناوینی به ظاهر مشخص می آیند. می توان گفت مقصود از منابع معتبر اسلامی همان کتاب، سنت، عقل و اجماع است و مقصود از فتاوی معتبر فتاوی بزرگان فقه همچون شیخ طوسی است. اما مفهوم و معنای این دو مکمل قانون چندان مشخص نیست. همچنین دایره اعمال ۱۶۷ نسبت به امور کیفری با توجه به اصل ۳۶ قانون اساسی که بیانگر اصل قانونی بودن جرائم و مجازات است در حاله ای از ابهام قرار دارد. به نظر ما اصل ۳۶ قانون اساسی مخصص اصل ۱۶۷ می باشد و قاضی در امور کیفری نمی تواند با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی اقدام به جرم انگاری نماید. بنابراین بحث های آتی را صرفاً در رابطه با اجرای اصل ۱۶۷ در امور حقوقی پی می گیریم.

۵-۱-۱- بخش نخست اصل ۱۶۷

در رابطه با بخش نخست این اصل باید توجه داشت که قانون گذار رجوع به قوانین مدونه را مقدم بر رجوع قاضی به فقه دانسته است. در این رابطه باید توجه داشت که علاوه بر مصوبات مجلس، کلیه مقرراتی که توسط مراجع ذیصلاح همچون هیئت وزیران نیز بر رجوع به فقه مقدم است. عهدنامه ها و مقاوله نامه ها نیز در حکم قانون و مقدم بر رجوع به فقه می باشند. آراء وحدت رویه نیز دیگر عنصر موجود در نظام حقوقی است که همچون قانون موضوعه برای قاضی الزام آور است. همچنین برخی حقوقدانان استناد به روح قانون را نیز بر رجوع به فقه مقدم می دانند.

اولین و مهم ترین نقش قاضی، اجرای قانون است، قانون نوشته در جوامع نظام حقوق نوشته شده حاصل آرمان-های جمعی افراد است که از طریق قوه ی مقننه وضع و قوای مجریه و قضائیه مسئول اجرای آن در جامعه می-باشند و قاضی یک از بازوان اجرای اراده ی عموم است. بنابراین اگر دادرس متن حکمی را که برای تمیز حق نیاز دارد در قوانین بیابد، باید آن را به کار ببندد و رأی را مستند به آن کند و به هیچ بهانه ای نمی تواند از اجرای آن خودداری کند. در صورت وجود قانون در قانون موضوعه رجوع به فقه تنها ضروری نیست بلکه مجاز هم نیست.

لزوم رعایت قانون صرفاً مختص به رعایت لفظ قانون نیست و قاضی در مقام استنباط حکم مناسب علاوه بر اینکه در ابتدا باید به قانون استناد کند در صورت عدم وجود حکم مصرح در قانون باید مفاهیم موجود در الفاظ قانون را نیز بر رجوع بر فقه مقدم دارد.^۱ تفحص در قوانین مختلف و به دست آوردن احکام موجود در مفاهیم موجود در الفاظ اگرچه مشکل است ولی این سختی و صعوبت برای کاری همچون قضاوت قابل پیش بینی است. لزوم به کار بردن قضاوت کارکشته و متبحر در سازمان قضایی ازجمله حقوق مردم بر عهده ی دستگاه قضایی است و سختی استخراج احکام از اصول و قواعد موضوعه نمی تواند مجوز صرفه نظر کردن از سند میثاق ملی یک ملت باشد. در اصل ۱۶۷ قانون اساسی یافتن حکم دعوا در قوانین مدونه به صورت مطلق بیان آمده است و قانون اساسی نسبت به لزوم اجرای لفظ قانون و مفهوم قانون اطلاق دارد پس هم لفظ قانون مدونه مقدم بر فقه است و هم مفهوم مستخرج از قانون چراکه اگر لفظ قانون به تنهایی برای قانون گذار دارای اهمیت بود باید به آن تصریح می نمود، قرینه برای این سخن نیز فعل یافتن در انتهای این عبارت است به این بیان که یافتن حکم در قوانین مدونه هم بر یافتن حکم از الفاظ قانون گذار صدق می کند و هم بر یافتن حکم از مفاهیم موجود در دل الفاظ. بنابراین کلیه ی آنچه بتوان از طریق قیاس حقوقی یا سایر طرق استنباطی که موجد علم عرفی به حکم قانون گذار گردد، همانند اراده ی منطوقی قانون گذار حجیت دارد. به عنوان مثال رعایت عدالت معاوضی در عقود معوض را می توان ازجمله مواد مختلف قانون مدنی در بخش عقود معوض و همچنین بحث ایفای ناروا در بخش مربوط به ضمان قهری استخراج کرد و به استناد آن حکم به بطلان حيله های شرعی موجه سازی ربا داد .

۲-۱-۵- اجرای بخش دوم اصل ۱۶۷

• استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر

اسلامی بودن نظام حقوقی ایران ازجمله امور مهمی و تغییرناپذیری است که در اصول مختلفی از قانون اساسی دیده می شود. در رابطه با تغییرناپذیری وصف اسلامی بودن نظام می توان به اصل یکصد و هفتاد و هفتم قانون اساسی اشاره نمود. در بخش پایانی این اصل چنین آمده است که: «...محتوای اصول مربوط به اسلامی بودن نظام و ابتدای کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی و پایه های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بودن حکومت و ولایت امر و امامت امت و نیز اداره امور کشور با اتکاء به آراء عمومی و دین و مذهب رسمی ایران تغییر ناپذیر است...».

^۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق ج ۲، ص: ۳۹۸.

در زمینه‌ی قانون‌گذاری نیز اسلامی بودن قانون مهم‌ترین وصف از اوصاف قوانین قابل اجراست، چنانچه قوانین مصوب قوه مقننه باید بر اساس موازین اسلامی باشد. اصل چهارم و هفتاد و دوم قانون اساسی در این رابطه بیان می‌دارند که:

«کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشند. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.» «مجلس شورای اسلامی نمی‌تواند قوانینی وضع کند که با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد. تشخیص این امر به ترتیبی که در اصل نود و ششم آمده بر عهده شورای نگهبان است.»

وصف اسلامی بودن در حوزه‌ی قضاوت و رفع خصومت نیز برای قانون‌گذار اهمیت بسیاری دارد، به این ترتیب در صورت صدور رأی بر اساس قوانین موجود فرض بر این است که رأی صادره توسط قاضی نیز مطابق با موازین شرعی است، چراکه مصوبات مجلس باید به تأیید شورای نگهبان برسند. «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 موردبررسی قرار دهد و چنانچه آن را مغایر ببیند برای تجدیدنظر به مجلس بازگرداند. در غیر این صورت مصوبه قابل اجرا است.»

اجرای همین وصف اسلامی بودن در موارد خلأ قانونی در ارجاع قاضی به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر تجلی یافته است. به نظر می‌رسد که با وجود راهکارهای مختلفی که گفته شد، همچون استناد به الفاظ و مدلول الفاظ قانون‌گذار و همچنین راهکارهای استنباطی همچون قیاس و استقراء و استناد به روح قانون دیگر جایی برای رجوع به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر وجود نداشته باشد، ولی طبیعت امور انسانی همواره زمینه‌ساز به وجود آمدن اموری است که دارای مبانی جدیدی می‌باشند که با توسل به راهکارهایی همچون قیاس و استقراء قابل رفع و رجوع نمی‌باشند. قانون‌گذار اسلامی نیز در راستای اجرای اصل چهارم قانون اساسی قضات را در این گونه موارد به منابع و فتاوی معتبر ارجاع داده تا رأی وی در این گونه موارد نیز همچون موارد صدور رأی به استناد قوانین موضوعه، مبتنی بر موازین اسلامی باشد و با آن‌ها مخالفتی نداشته باشد. البته رجوع به منابع و فتاوی معتبر توسط قاضی با اشکالات و موانعی روبرو است که در ادامه به بیان برخی از آن‌ها می‌پردازیم.

• ایرادات وارد بر بخش دوم اصل ۱۶۷

از جمله ایرادات وارد بر رجوع به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر عبارت‌اند از: آیا مقصود از منابع معتبر اسلامی، منابع چهارگانه‌ی فقه امامیه است یا علاوه بر این منابع چهارگانه کتاب‌های فقهی مراجع و علمای شیعه نیز از جمله منابع معتبر شناخته می‌شوند؟^۱ با توجه به وجود دودسته قضات مجتهد و غیر مجتهد در نظام قضایی کشور امکان رجوع به برخی از این منابع توسط هر دو گروه از این قضات وجود ندارد؛ چنانچه قضات مجتهد به دلیل حرمت تقلید بر ایشان،

۱. کاتوزیان، ناصر، جایگاه حقوق اسلامی در نظم کنونی.

نمی‌توانند به فتوای فقیه دیگری رجوع کنند، همچنان که قضات غیر مجتهد نیز به دلیل نداشتن قدرت اجتهاد به منابع چهارگانه ی فقه شیعه رجوع کنند.^۳

با فرض اینکه همه ی قضات را مجاز به استخراج حکم از منابع چهارگانه بدانیم، با وجود آیات متشابه و مجمل در قرآن و فقدان فن تفسیر قرآن در برنامه درسی دانشجویان حقوق (با توجه به اینکه اکثر قضات موجود در نظام قضایی دارای تحصیلات دانشگاهی هستند) چگونه می‌توان انتظار داشت تا وی بتواند از قرآن به استخراج حکم در موارد خلأ قانون بپردازد؟ همچنین است در رجوع به احادیث. البته در رجوع به احادیث و استنباط حکم از آن‌ها مشکل بسیار بزرگتری چون کثرت احادیث و وجود احادیث مجعول نیز وجود دارد؛ چگونه قاضی از احادیث فراوانی که در مورد مسائل فقهی بیان شده است استخراج حکم کند و در عین حال از اطاله ی دادرسی نیز پرهیز نماید؟ اگر بپذیریم که قاضی، حق دارد به هنگام فقدان قانون مدون، به منابع معتبر اسلامی مراجعه و حکم قضیه را استنباط کند؛ در واقع پذیرفته ایم که دو قاضی مجتهد حق دارند در خصوص یک قضیه و مثلاً در دو منطقه متفاوت از کشور دو حکم متفاوت صادر کنند.^۴

اعتبار یک فتوا چگونه تعیین می‌شود؟ چگونه می‌توان بین دو قاضی که یکی به فتوای شیخ طوسی عمل کرده است و دیگری به فتوای محقق حلی؛ داوری کرد و یک فتوا را معتبر و دیگری را غیر معتبر دانست؟^۵ ماهیت مراجعه به فتاوی معتبر "مشاوره" است یا "تقلید صرف"؟^۶

• پاسخ به ایرادات

ایرادات فوق در کلام بسیاری از نویسندگانی که به تفسیر اصل ۱۶۷ پرداخته اند دیده می‌شود.^۷ باین وجود برخی از این دسته اشکالات را می‌توان پاسخ داد، به عنوان مثال ماهیت عمل قاضی در صدور رأی حتی در موارد خلأ قانون با ماهیت عمل مقلد در فقه کاملاً متفاوت است؛ قاضی جستجوگر و اعمال‌کننده است نه پیرو و عمل‌کننده. مقلد به بررسی احکام و ادله ی ارائه شده درباره ی حکم فعل نمی‌پردازد؛ بلکه تابع نظر مجتهد خویش است، حال آنکه قاضی در فرایند صدور رأی نقشی فراتر از مقلد دارد. مقلد با انتخاب مرجعی از مراجع دیگر حق انتخابی عمل کردن در مجموعه استفتائات مرجع خویش را ندارد و حکم استنباطی فقیه مجتهد برای وی جنبه ی الزام فقهی را دارد، درحالی که قاضی می‌تواند در مراجعه به فقه در مورد هر پرونده از رأی و نظر یک فقیه بهره جوید. به علاوه یکی از شرایط مجتهد زنده بودن آن است و تقلید از میت با شرایطی خاص ممکن است، درحالی که قاضی با چنین محدودیتی مواجه نیست و حتی می‌تواند از دیدگاه فقهای صدر اول فقه شیعه هم چون جنید و سلار نیز استفاده کند.

به علاوه قاضی ملزم به رسیدگی است و لازمه ی رسیدگی بحث و تفحص در امور مختلف حکمی و موضوعی پرونده است، قاضی در این بحث و بررسی می‌تواند به امور مختلفی رجوع کرده و حکم درست را انتخاب کند، بنابراین چنانچه قاضی در استدلال خود از نظر فقهی بهره جوید این عمل به منزله ی مشاوره

۲. جباری، مصطفی. فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷.

۳. جباری، مصطفی، فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷.

۴. کاتوزیان، ناصر، جایگاه حقوق اسلامی در نظم کنونی.

۱. جباری، مصطفی، فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷.

۲. محقق داماد، سید مصطفی، قانون‌گرایی و قانون‌گذاری در جامعه مدنی؛ مرعی، سید محمدحسن، ۱۳۷۶. «جایگاه فتوا در موارد فقد قانون»، تحقیقات اسلامی. شماره ۱، صص ۲۲۳-۳۱؛ یوسفی فر، شهرزاد، ۱۳۸۴. «بررسی تحلیلی اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی پژوهشی درباره موارد استناد قضات به غیر از قوانین مدون»، دادرسی، شماره ۵۴، صص ۳۷-۴۳؛ عامری، فائزه، ۱۳۸۸. مطالعه انتقادی اصل ۱۶۷ قانون اساسی: جایگاه قیاس در قضا. پایان‌نامه جهت اخذ مدرک کارشناسی ارشد حقوق عمومی، محمد راسخ، دانشکده حقوق، دانشگاه علامه طباطبائی.

است. همچنان که قاضی در امور کیفری نظر پزشکی قانونی را مورد توجه قرار می‌دهد یا در مورد قیمت منطقه ای ملک ثبتی به نظر کارشناس رسمی اداره ثبت نظر می‌کند. در کلیه ی این گونه موارد نیز نظر کارشناس یا پزشکی قانونی برای قاضی جنبه ی مشورتی دارد و حکم صادره مبتنی بر استنباط قاضی از این گونه امور همراه با سایر جوانب پرونده است که بر صفحه ی دادنامه ی نقش می‌بندد نه نظر پزشکی قانونی یا کارشناس.

از جمله ایرادات دیگر نسبت به اصل ۱۶۷ مشخص نبودن عبارت «منابع معتبر اسلامی» است. به نظر می‌رسد اینگونه اشکالات موروث مسئله سازی های ریزبینانه ی اصولی و فقهی است. اگرچه این نازک اندیشی ها سودمند بوده و موجب دقت نظر می‌گردد، ولی اصرار بر این گونه نازک اندیشی ها در مورد برخی امور بی مورد است. به عنوان مثال عبارت منابع معتبر اسلامی به جهت موضوع بحث که استنباط حکم است ظهور در منابع چهارگانه فقه شیعه دارد (دلیل اختصاص به فقه شیعه نیز اصل دوازدهم قانون اساسی است).

ایراد دیگری که مطرح می‌شود بدین بیان است که جواز رجوع به فتاوی و استخراج حکم پرونده از این منبع گسترده موجب بروز اختلاف در مورد یک مسئله ی خاص است بدین شرح که ممکن است یک قاضی در شیراز نظر علامه حلی را در پرونده لحاظ کند و قاضی دیگری در تهران با لحاظ نظر شهید ثانی و هر کدام آراء مختلفی صادر کنند. این ایراد به ظاهر مخالف با اصل برابری اشخاص در مقابل قانون است، بدین بیان که در مورد طرفین هر کدام از این دو پرونده قانونی مجزا اعمال شده است. در حالی که چنین اشکالی از ابتدا نادرست است. انتظار اینکه قضات همواره به صورت یکسان اقدام به صدور رأی کنند و در مورد هر قضیه ای یک حکم صادر شود نیز بی مورد است زیرا هر دعوا شرایط مختص به خود را دارد. این مسئله نیز که قضات از منبع یکسان همواره استنباط یکسان داشته باشند نیز ناشی از اتخاذ دیدگاهی مکانیکی به عمل قضاوت است.

به علاوه اختلاف در استنباط از قوانین موضوعه ی واحد نیز همواره در هر سیستم قضایی رخ می‌دهد، حال آنکه هیچ حقوقدانی صحبت از ناکارآمدی قوانین از این جهت که برداشت های مختلفی از آنها به عمل می‌آید نیست. به عبارتی استنباط های مختلف از متن یا منبع واحد دلیل بر ناکارآمدی آن نیست.

با این همه اختلاف نظر نیز به نظر امر نامطلوبی نیست، چراکه واقعیت محض و فصل خصومت همراه با عدالت که مطلوب ایده آل در همه ی نظام های حقوقی است در سایه ی اختلاف عقاید و نظریات کشف می‌شود نه تبعیت محض. تا زمانی که آراء مختلف بیان نشوند همواره احتمال اینکه حکم واقعی در رابطه با امری مخفی مانده باشد بیشتر از زمانی است که طرفین این اختلافات با یکدیگر بحث و جدل کنند.

ایراد دیگر در مورد رجوع قضات غیر مجتهد به منابع معتبر اسلامی است، به نظر می‌رسد که این ایراد نیز با توجه به وجود دو دسته قضات مجتهد و غیر مجتهد در نظام حقوقی ما پاسخ داد. قانون گذار در این اصل به هر دو گروه نظر داشته و منابع مورد نیاز آن ها در موارد خلأ قانون را بیان کرده است. بیان مطلب اینکه با توجه به وجود قضات مجتهد و غیر مجتهد در نظام قضایی ایران و اینکه اصل ۱۶۷ قانون اساسی عناصر «منابع معتبر اسلامی» و «فتاوی معتبر» را جهت اخذ حکم در موارد خلأ قانون مقرر کرده است دو تفسیر از جواز رجوع به منابع معتبر و فتاوی معتبر می‌توان ارائه داد، اولین تفسیر از اصل در مورد موضوع مورد بحث این است که گفته شود قضات مجتهد به منابع چهارگانه فقه رجوع کنند و قضات غیر مجتهد به

فتاوی معتبر؛ دومین تفسیر این است که گفته شود با توجه به عام بودن لفظ قضات در صدر این اصل که هم قضات مجتهد و هم قضات غیر مجتهد را شامل می شود، پس هر دو گروه حق استفاده از منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر را دارند، این نظر دربردارنده دو تالی فاسد است اول اینکه شخص مجتهد را ملزم به ارتکاب فعل حرام تقلید کرده ایم؛ دوم اینکه به اشخاص غیر مجتهد مجوز استفاده از منابع چهارگانه فقه را داده ایم، حال آنکه بنا بر مسلمات فقه شیعه، شرط ضروری رجوع به منابع اربعه داشتن قدرت اجتهاد است. این تفسیر مستلزم نسبت لغو به قانون گذار است و موردپذیرش نمی باشد.

ایراد دیگر در مورد مبنای اعتبار فتاوی است، یک فتوا در چه صورت معتبر دانسته می شود؟ ملاک اعتبار یک فتوا چیست؟ آیا در رابطه با معتبر بودن فتوا باید شخصیت علمی فتوا دهنده موردنظر قرار گیرد؟ باوجود اختلاف در فتاوی حتی در فتاوی یک فقیه، چگونه باید میان فتاوی مختلف یک یا چند فقیه یک فتوا را معتبر و مورد استفاده قرارداد؟

در رابطه با معتبر بودن یک فتوا دیدگاه های مختلفی را می توان اتخاذ کرد، می توان با رویکرد فردگرایانه به معتبر بودن فتاوی ولی فقیه یا شخص دیگری قائل گشت. می توان اعتبار داشتن یک فتوا را توجه به میزان شیوع آن سنجید، در این صورت باید فتاوی مشهور در فقه را در استنباط رأی موردتوجه قرارداد. همچنین که می توان معتبر بودن را به معنای موردقبول بودن فتوا نزد معاصرین دانست. به نظر ما معتبر بودن یک فتوا نه متکی به این است که آن فتوا، فتاوی ولی فقیه باشد؛ نه اینکه معتبر بودن همواره به معنای مشهور بودن است. چه بسا رأی قاضی منعکس کننده ی دیدگاهی شاذ از فقهای متأخر باشد. به نظر می رسد اتخاذ رویکردی فایده گرایانه که از جمله رویکردهای نتیجه گرا و عمل نگر است، در تبیین مفهوم فتاوی معتبر، از سایر رویکردهایی که می توان در رابطه با معتبر بودن اتخاذ داشت کاربردی تر و راهگشاتر است. این رویکرد علاوه بر اینکه با مبانی قانون گذاری همسو است در آراء دیوان عالی کشور نیز، اگرچه نه به تصریح، قابل مشاهده است.

اجمالاً در مورد معتبر بودن یک فتوا بر مبنای رویکرد فایده گرا این گونه بیان می کنیم که، فتاوی معتبر نه فتاوی است که موردقبول نظر ولی فقیه باشد و نه اینکه مطابق با قول مشهور در فقه باشد، بلکه معتبر بودن یک فتوا بسته به ایجاد میزان نتایج مفید و مثبتی است که استناد به آن فتوا و عمل به آن در زندگی افراد تحت حاکمیت قانون به وجود خواهد آورد. اعمال رویکرد فایده گرایانه در موارد دشوار چنانچه گفته شد رویکردی است که اچ ال. آی هارت پذیرفته است^۱. اعمال این رویکرد نسبت به اجرای بخش دوم اصل ۱۶۷ نه تنها فواید عملی زیادی دارد؛ بلکه در برخی آراء مهم وحدت رویه و همچنین تغییرات قوانین برگرفته از آموزه های فقهی نیز قابل مشاهده است. علی ای حال لازم است به شرحی مختصر از این دیدگاه پرداخته شود.

جمع بندی

۱. هارت، هربرت لیونل آدولفوس، مفهوم قانون، ص: ۲۱۷.

با توجه به تغییرات اجتماعی جامعه و بروز مسائل جدید از قبیل ورود تکنولوژی‌های نوبه جامعه همواره باعث مطرح شدن مسائلی می‌شود که قانون‌گذار برای آن‌ها قانونی را از قبل پیش‌بینی نکرده‌است. از همین روست که قانون‌گذار اصل ۱۶۷ قانون اساسی را تدوین نموده‌است.

۱. قاضی تنها در صورت سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه مجاز به استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر است. با توجه مطالبی که در این پژوهش گفته شد به نظر می‌رسد علاوه بر موارد فوق یعنی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، در صورتی که قانون‌گذار قاضی را موظف به مراجعه به منابع فوق کرده باشد نیز به فروض قبلی اضافه شده است. برای مثال ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده‌است طبق اصل یکصد شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود».

با توجه به آنچه گفته شد بهتر است مورد نخست را به این شرح اصلاح کنیم: به نظر می‌رسد قاضی در صورت سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدون و دستور قانون‌گذار مجاز به استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر دارد.

۲. به نظر می‌رسد بین استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر و اصل قانونی بودن جرم و مجازات تباینی وجود نداشته باشد. با توجه به بررسی‌های صورت گرفته به نظر می‌رسد تباینی بین استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر و اصل قانونی بودن جرم و مجازات وجود ندارد.

منابع

الف: کتب

- بجنوردی موسوی س م. ۱۳۸۹. فقه تطبیقی بخش جزایی. چاپ سوم، تهران: سمت.
- تقی‌زاده ا. ۱۳۹۵. بررسی اصل سی و ششم موضوع جلسه بیست و نهم مشروح مذاکرات. پژوهشکده شورای نگهبان.
- کاتوزیان ن. ۱۳۷۷. فلسفه حقوق (منابع حقوق). جلد دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان ن. ۱۳۸۰. مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ بیست و هشتم.
- محقق داماد س م. ۱۳۸۸. قواعد فقه بخش جزایی. چاپ دهم، قم: مرکز نشر علوم اسلامی.
- هاشمی م. ۱۳۸۰. حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. اصول و مبانی کلی نظام. نشر میزان، جلد اول، چاپ ۱۲.

ب: مقالات

- جباری م. ۱۳۸۶. «فتوا» یا «قانون»؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی. فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. دوره ۳۸، شماره ۳، ص ۱۳۷-۱۲۷.
- حاجی ده آبادی ا. ۱۳۹۵. حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ قانون اساسی در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲. فصلنامه پژوهش‌های فقهی. دوره ۱۲، ش ۲، ص ۲۸۸-۲۵۷. حسن‌زاده م. ۱۳۸۸.
- استناد به منابع معتبر و فتاوی معتبر اسلامی در دعاوی، پژوهش حقوقی. ش ۲، ص ۱۰۰-۷۷. (پایگاه مجلات تخصصی نور)

حسن‌زاده م. ۱۳۸۸. استناد به منابع معتبر و فتاوی معتبر اسلامی در دعاوی، پژوهش حقوقی. ش ۲، ص ۱۰۰-۷۷. (پایگاه مجلات تخصصی نور)

غفاری ه. ۱۳۹۱. نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی. فصلنامه پژوهش. سوال چهاردهم، شماره ۳۶، ص ۱۳۲-۱۰۷.

محقق داماد س م. قاعده قبح عقاب بلا بیان و مقایسه آن با اصل قانونی بودن مجازات. (پرتال جامع علوم انسانی).

هاشمی س ح، کوشا ج. ۱۳۸۰. بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها. فصلنامه مفید. ش ۲۶.

ج: پایان‌نامه

عامری ف. ۱۳۸۸. مطالعه انتقادی اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: جایگاه قضا و تمثیل. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی. دانشگاه علامه طباطبایی.