



فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین

Print ISSN: 2717- 1469  
Online ISSN: 2717 - 1477

نمایه در SID, Noormags, ISC,  
Magiran, Ensani, GoogleScholar  
[www.jaml.ir](http://www.jaml.ir)  
سال سوم، شماره دوازدهم،  
صفحات ۸۵-۷۶

## ارزیابی تحولات حقوق کیفری در خصوص تعامل نظام حقوقی و فقه

### موضوعه؛ با تاکید بر حاکمیت قانون

استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم  
سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی تهران، تهران، ایران.

دکتر سید منصور میرسعیدی

دانش آموخته کارشناسی ارشد، حقوق کیفری اطفال دانشگاه  
علامه طباطبائی، تهران، ایران.

سید سجاد رزاقی موسوی

#### چکیده:

نظام حقوقی ایران موضعی دوگانه در وضع و اجرای قوانین کیفری اتخاذ کرده است؛ اسلام بخش مهمی از جرایم را دقیقاً پیش‌بینی و مجازات آنها را از نظر نوع و کیفیت و کمیت تعیین کرده اما بخش دیگری قابل تعیین دقیق نبوده چون بسیار پرنوسان بوده و نمی‌توان آنها را بر اساس منابع شرعی و فقهی تشریح کرد. قانون اساسی، منابع و فتاوی معتبر اسلامی را به عنوان مرجع قابل استناد قضات شناسایی کرده است.

این پژوهش بر اساس ماهیت و روش، در زمره تحقیقات توصیفی تحلیلی می‌باشد. در جوامع امروزی، موضوعات و مسائل جدیدی دست‌مایه جرم‌انگاری، اعمال مجازات و اساساً مجموعه حقوق کیفری شده‌اند که نیازمند انطباق با ملاک‌های شرعی و فقهی در یک رویکرد جدید و متناسب با مقتضیات زمان هستند. در پایان باید گفت که تغییر و تحول در موضوعات و مسائل روز از منظر فقهی، نیازمند بسترهایی است که احکام در قالب این بسترها، تغییرپذیر گردند؛ بسترهایی درون دینی که مبنای تحول و سازگاری احکام شرعی با مقتضیات فکری و فرهنگی بشر ذاتاً متحول باشد.

واژگان کلیدی: جرم‌انگاری، عدالت، حقوق، ایران.

طبقه‌بندی JEL: فقه - حقوق - جزا و جرم‌شناسی - حقوق بین‌الملل - حقوق خصوصی.



## ۱- مقدمه

انسان با داشتن امیال و خواسته‌های نامحدود، موجودی اجتماعی است؛ بنابراین جامعه برای برقراری نظم و انضباط اجتماعی، ناگزیر است دست به وضع قواعد و مقرراتی بزند که تخطی از آن بعضاً جرم و هر شخصی که این نظم اجتماعی را برهم بزند مجرم تلقی و مستحق مجازات باشد (شاکری، شیرزادی، فر، ۱۳۹۳، ص ۱۱۸). در هر نظام حقوقی، قانونگذاری در پی پُر کردن خلأهایی است که در جامعه احساس می‌شود و برای ساخت جامعه، مطلوب و مورد نظر است. بر این اساس تصویب قانون در جوامع مختلف توسط نهادهای قانونی و مشروع گویای نگرش کلی جامعه سیاسی به هنجارها و ارزش‌ها صورت می‌گیرد (پیوندی، میرید، ۱۳۹۶، ص ۱۴۱). نکته‌ای که باید گفته شود این است که واکنش جامعه نباید در مقابل انحراف همیشه ثابت باشد، به علاوه با توجه به اینکه امروزه مجازات روش معمول مقابله با بزهکاری است، همیشه به عنوان تنها وسیله‌ی مقابله با انحرافات و اعمال مجرمانه تلقی نشده و شاید بهترین و مؤثرترین واکنش ممکن در مقابله با پدیده‌ی مبرمانه هم نباشد، بنابراین مجازات و شکل خاص آن را در یک جامعه نباید به عنوان راه‌حل ابدی مشکل جرم و علاج واقعی مقابله با ارتکاب جرایم خاص ارتکابی در یک جامعه تلقی کرد (علیشاهی و دیگران، ۱۳۹۴، ص ۱۷۷) زیرا رویکرد و نگاه انسان معاصر به جرم، مجازات و تنبیه مجرمین متحول و دگرگون شده است و این دگرگونی از جمله تبعات تغییر نگاه به انسان، نقش و جایگاه، حقوق و کرامت اوست (نجف آبادی، آیتی، ۱۳۹۵، ص ۸۹).

واقعیت آن است که تدوین احکام فقهی در قالب قانون، به صورت جامع، دقیق و گویا، مسئله‌ای بس دشوار است که جز با داشتن فرصت و تخصص کافی، آن در پرتو اقدام کارشناسی جمعی میسر نخواهد بود. فوریت اسلامی سازی قوانین، در کنار دشواری ذاتی انجام چنین رسالتی، به طور طبیعی وجود نقص در قوانین را متصور می‌نمود. از این رو، قانونگذار اساسی در اصل ۱۶۷<sup>۱</sup> درصدد ارائه‌ی راهکاری برای احتراز از پیامدهای مزبور برآمد و منابع و فتاوی معتبر اسلامی را به عنوان مرجعی در حالات سکوت، نقص یا اجمال و تعارض قوانین مدون پیش‌بینی کرد (اکرمی، ۱۳۹۳، ص ۲۶).

<sup>۱</sup> 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 و صدور حکم امتناع ورزد».

از این رو در نوشتار حاضر ضمن تبیین دلایل طرفداران و مخالفان رجوع به منابع فقهی و احکام شرعی، فلسفه رجوع قانونگذار به این منابع را بررسی خواهیم کرد؛ در ادامه به جواز رجوع قضات به منابع مزبور جهت صدور حکم، به تفکیک انواع مجازات خواهیم پرداخت؛ در پایان ضمن اشاره به مشکلات اجرایی این رویکرد، به ارائه راه‌حلی برای برون رفت از این معضل می‌پردازیم.

### ۱. فلسفه رجوع قوانین کیفری به احکام فقهی و منابع شرعی

در نظام‌هایی که هنجاری برتر از اراده‌ی جمعی با چاشنی مصالح عمومی، فاقد ارزش است یا به کلی انکار می‌شود و فقط بهبود وضعیت فعلی جامعه با جهت‌گیری‌های ملموس و تجربی، غایت قانونگذاران است، هر قانونی که برآمده از نهاد قانونگذاری توسط نمایندگان مردم و در جهت مصالح ملت باشد، فی‌نفسه واجد ارزش است. بالعکس در جوامعی که نظام سیاسی در آن بر پایه‌ی اصولی مافوق اراده‌ی جمعی و همگانی انسانی شکل گرفته و مشروعیت خود را وابسته به ارزش‌ها و اصول ماورای اراده‌ی بشر می‌داند، متون برآمده از نهادهای قانونی و مشروع را فقط بر حسب میزان انطباق با اصول فراقانونی می‌توان شناخت. پس تصویب قانون در جامعه‌ای با نگرش اخیر، در واقع ضمانت اجرا بخشیدن به اصول ثابتی است که برای نظام سیاسی و چه بسا مردم واجد اهمیت فراقانونی است و از این پس مورد حمایت قوای حکومتی با چاشنی قوه‌ی قاهره است. البته در نظام حقوقی اخیر نیز، قانونگذاری برخاسته از احساس نیاز جمعی به شرایط و اموری است که نبود آن‌ها خللی را به جامعه وارد می‌کند. تقسیم طرح‌ها و لوایح در مجالس قانونگذاری بر اساس اهمیت و فوریت آن‌ها پیش از بررسی محتوای آن‌ها، گویای این مسئله‌ی مهم است. پس خروجی مجلس برآیندی است از نیاز جامعه با در نظر داشتن اصول و هنجارهای پیشاقانونی است که اساس اجتماع بر آن بنیان نهاده شده است. ساحت جمهوری اسلامی ایران نیز بر این اساس است (پیوندی، پیشین، ص ۱۴۱).

با پیروزی انقلاب اسلامی، نهضت اسلامی‌سازی 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 منحصراً به فرد حاکمیت این اصل را بر اطلاق یا عموم همه‌ی اصول و مقررات دیگر تصریح کرده است. با وجود این، نظر بر آنکه در دوران قبل از انقلاب، مقررات کیفری فاصله‌ی 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 (اکرمی، پیشین، ص ۲۶). با



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. همچنین نمی‌توانند به همین بهانه و به صرف اینکه جرم بودن یک قضیه در قوانین جزایی مدونه یافت نمی‌شود، حکم به برائت متهم صادر نمایند. به نظر می‌رسد که مراجعه کردن دادگاه به منابع معتبر فقهی جهت تشخیص اینکه 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 مندرجه در ماده قانون راجع به مجازات اسلامی و همچنین با مفاد اصل ۳۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ندارد. برای اینکه هر فعل یا ترک فعلی 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 به موجب قانون خواهد بود» (غفاری، ۱۳۹۱، ص ۱۲۰).

در تحلیل این نظر، برخی از حقوقدانان بر این باورند که منابع فقهی و فتاوی معتبر نیز به حکم قوانین مدون در ردیف عنصر قانونی بودن 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 (ولیدی، ۱۳۹۴، ص ۱۱۹). بی- گمان شارع مقدس اسلام که حکیم است این مطلب عقلایی را مدنظر قرار می‌دهد و بر تعیین مجازات‌های ثابت برای شمار زیادی از جرایم اصرار نمی‌ورزد. دستیابی به اهداف گوناگون مورد انتظار از اجرای کیفر با مجازات‌های ایستا و تغییرناپذیر سازگاری ندارد. بویژه بر پایه دیدگاه‌های پیامدگرا و التقاطی که برخلاف سزاگرایی تنها به اجرای کیفر نمی‌اندیشد بلکه به پیامدها و دستاوردهای اجرای کیفر هم توجه می‌کند. تعیین مجازات ثابت، دستیابی به اهداف را تأمین نمی‌کند. دیدگاه‌های اسلامی درباره کیفر نیز ضرورتاً سزاگرا و بی‌توجه به پیامدهای اجرای کیفر نیست (نوربها، ۱۳۸۹، ص ۱۲۳).

#### ۲-۱. تبیین دلایل مخالفان رجوع به منابع فقهی و احکام شرعی

مخالفان رجوع به منابع فقهی در تبیین دلایل خود بیان می‌دارند که یکی از قواعد مسلم در حقوق جزا، اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که به منظور حمایت از حقوق متهمان وضع شده است و نتیجه‌ی اجرای این قاعده، منجر به تفسیر قانون به نفع متهم گردیده و یکی از موارد تفسیر قانون به نفع متهم، تفسیر مضیق از قانون است تا دادرسان در برخی از موارد با تفسیر موسع از قانون در

تدوین و تصویب قانون اساسی در سال ۱۳۵۸ شمسی، رجوع به فقه در موارد متعین، تکلیفی قانونی شد که اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی بر این امر تصریح داشت. قانونگذار اساسی ضمن تأکید بر قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در اصول ۳۲، ۳۶، ۱۶۶ و ۱۶۹، در اصل ۱۶۷ چنین اشعار داشت: «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 یا صدور حکم امتناع ورزد». مفاد این اصل از سال ۱۳۶۱ وارد قوانین عادی مجلس شورای اسلامی شد؛ به عبارت دیگر این اصل تأیید کننده تغییر و دگرگونی رویکرد قانونگذار پس از انقلاب به منابع صدور حکم قضایی است. در این دوران، قانونگذار ابزارهای فراحقوقی را برگزید تا از طریق آنها عدالت را برقرار سازد و این‌گونه بود که عنصر فقه و آموزه‌های دینی به قلمرو نظام کیفری ما وارد شد.

یکی از مسائل قابل مطرح در راستای تفسیر اصل ۱۶۷ ناظر بر این موضوع بود که آیا اصل مذکور می‌تواند ابزاری از سوی قضات برای مراجعه به منابع اسلامی و فتاوی فقهی به منظور تعیین مجازات رفتارهایی قرار گیرد که قوانین کیفری نسبت به مجرمانه بودن آن‌ها سکوت کرده‌اند؟ از یک سو عموم الفاظ عبارات در اصل ۱۶۷، به نحوی بود که کلیه دعاوی کیفری و غیرکیفری را در بر می‌گرفت؛ از سوی دیگر، بیم خدشه‌دار شدن حقوق و آزادی‌های شهروندی در پرتو ارجاع قضات نه چندان فقه آشنا به منابعی اغلب به زبان عربی و ورای قانون وجود داشت، اموری که سبب شد تا دکترین حقوقی در تفسیر اصل ۱۶۷، از نظر شمول بر امور جزایی، دچار تشتت شود و به پیدایی نظرات مختلفی در این زمینه بینجامد؛ در این بند به تبیین دلایل موافقان و مخالفان رجوع به منابع فقهی خواهیم پرداخت.

#### ۱-۱. تبیین دلایل طرفداران رجوع به منابع فقهی و احکام شرعی

طرفداران این دیدگاه بر این باورند که خود قانون اساسی بر اساس اصل ۱۶۷، فتاوی و منابع معتبر اسلامی را در حکم قانون قرار داده است، بنابراین منافاتی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها ندارد. مبنا و منشأ این دیدگاه، نظریه‌ی کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی است که در مورد تفسیر ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری صادر کرده است. بر اساس نظریه کمیسیون نامبرده «دادگاه‌های کیفری (در مورد هیچ یک از



در آن حیطة قانون وضع کند. اما در زمینه نصوصی که مستند به قرآن کریم و سنت رسول اکرم (ص) یا اجتماع یا اجتهاد مجتهدین اسلامی است، قانونگذار نخست باید به آنها توجه کرده و قوانین را بر اساس آن تنظیم کند (غفاری، پیشین، ص ۱۱۸). در این بند قابلیت اعمال این قاعده را در انواع مجازات بررسی می‌کنیم.

#### ۲-۱. جواز رجوع به منابع و احکام شرعی در کیفرهای معین

در نصوص شرعی، کیفرهای معین یا کیفرهای شرعی ثابت بوده و نوع و میزان آنها تعیین شده است و در این دسته از کیفرها، قضات صرفاً مکلفاند مطابق آن حکم دهند و اختیاری در اعمال تغییر آنها را ندارند؛ حد، قصاص و دیه در این قسم جای می‌گیرند. نقش قوانین مصوب در ارتباط با مجازات مذکور جنبه‌ی اعلامی و کشفی دارد، بخصوص از آن جهت که گاه ممکن است بین نصوص وارده، در خصوص مجازات معینی تفاوت مشاهده می‌شود 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 قانون ببوشاند. 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. آراء وحدت رویه شماره ۴۵ به سال ۱۳۶۵ در خصوص قصاص<sup>۳</sup> و شماره ۱۱ به تاریخ ۱۳۶۴ در مورد دیه،<sup>۴</sup> مهر تأییدی بر این رویه در لزوم حکم به مجازات مذکور به رغم فقدان حکم قانونی در زمان ارتکاب رفتار بوده است، چه وفق این رأی قاعده‌ی عطف به ماسبق نشدن قوانین جزایی شامل این دسته از کیفرها نیست. اثر آراء وحدت رویه 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<sup>۵</sup> گواهی بر شفافیت موضع نظام کیفری کشور در این عرصه است. تردیدهایی نیز که در گذشته در جواز حکم به حدود به استناد

<sup>۳</sup>. رأی مزبور به رغم آنکه در راستای موضوع قصاص اصدار یافته، با عبارات کلی و با تصریح بر قوانین و احکام الهی، همه-ی مصادیق کیفر شرعی ثابت را مطمح نظر داشته است.  
<sup>۴</sup>. شایان توجه آنکه در رأی شماره‌ی ۱۱ صریحاً عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری را صرفاً در خصوص حکم به تعزیر و نه دیه، پذیرفته است.

<sup>۵</sup>. ماده ۱۱ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰ و ماده ۱۰ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲.

جرم‌انگاری متهم، نتوانند عملی را که قانونگذار مستقیماً جرم اعلام نکرده، جرم محسوب کنند و متهم را مجرم اعلام نموده و سپس مجازات نمایند. این اصل از نظر شرعی و فقهی نیز ریشه در «اصل برائت»، «قبح عقاب بلا بیان» و «قاعده درء» دارد و در حقیقت مدرک قانونگذار در تدوین این اصل، سه دلیل شرعی ذکر شده می‌باشد. بنابراین اصل «تفسیر مضیق» ریشه در اصل «تفسیر به نفع متهم» دارد و اصل اخیر نیز ریشه در قاعده «قانونی بودن جرم و مجازات» و قاعده قانونی بودن جرم و مجازات ریشه در اصل «برائت» و اصل برائت مبتنی بر قاعده «قبح عقاب بلا بیان» می‌باشد (اردبیلی، ۱۳۹۴، ص ۱۵۱).

برابر اصل مذکور، در مقررات کیفری هرگاه در موردی قانون وجود نداشته باشد یا قانون مجمل و مبهم باشد، قاضی حق ندارد به روح قانون و به استدلال قیاسی و امثال آنها تمسک کند، بلکه در هنگام فقدان قانون و نبودن حکم مجعول، باید به اصول حاکم در این گونه موارد استناد کرده و به نفع متهم عمل نمود و تا حد امکان از وی رفع اتهام کرد و در نتیجه اعمال کیفر و مجازات را به حداقل رسانید و این همان چیزی است که می‌تواند مبنای اصل صرفه‌جویی کیفری قرار گیرد (مسجدسرای، ۱۳۹۷، ص ۱۸۱).

دلیل دیگر مخالفان، مقوله‌ی حفظ کرامت انسان است. به تبع این رویکرد، خط‌مشی بسیاری از قانونگذاران بر تنظیم سیاست کیفری در حمایت از کرامت و منزلت انسان قرار دارد. با دقت نظر در منابع دینی می‌توان نگاه ویژه شرع مقدس اسلام را به اصل کرامت انسان در وضع قوانین و احکام فقهی دریافت (همان).

#### ۲. جواز رجوع به منابع فقهی و احکام شرعی

یکی از شئون و مناصب پیامبر اکرم (ص) و معصومین (ع) بیان احکام الهی است. پیامبر (ص) وظیفه داشت قوانین و ارزش‌ها را از طریق وحی دریافت نموده و آنها را به مردم بشناساند؛ از این رو آن حضرت، مبلغ احکام اسلامی بود.<sup>۲</sup> از دیدگاه شیعیان، همه اقوال و افعال و تقریرات پیامبر اکرم (ص) و جانشینان او در زمره سنت قرار گرفته و حجت شرعی است. سنت پس از قرآن کریم یکی از مهم-ترین منابع استنباط حکم شرعی است (نوبهار، ۱۳۹۷، ص ۱۶۵).

قوانین کشورهای اسلامی با شریعت اسلام ممزوج است؛ به همین خاطر در صورت فقدان نص و ورود به عرصه اباحه، قانونگذار می‌تواند

<sup>۲</sup>. سوره حشر، آیه ۷.



عمده جرایم را دارد (غلامی، ۱۳۹۷، ص ۳۳). در بند بعدی به این نهاد خواهیم پرداخت.

## ۲-۲. جواز رجوع به منابع و احکام شرعی در کیفرهای نامعین (تعزیرات)

دسته‌ی دوم از مجازات‌ها کیفرهایی هستند که کیفیت و کمیت آنها دقیقاً در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده‌اند؛ تعزیرات در این طبقه قرار دارند. تعزیرات نوعی از مجازات‌های اسلامی است که از آغاز شکل‌گیری دین اسلام در کنار مجازات حدی به وجود آمد، که از نظر اهمیت جرم و شدت مجازات دارای درجه‌ی پایین‌تری نسبت به حدود است. تعزیرات مهم‌ترین بخش احکام کیفری است و به لحاظ گستردگی، تنوع و قابلیت بی‌نظیر با مقتضیات زمان و مکان در نظام جزایی اسلام از جایگاه ممتازی برخوردار است. به همین خاطر اکثریت قریب به اتفاق جرایم از زمره جرایم تعزیری می‌باشند. تعزیرات شرعی بر مجازاتی اطلاق می‌گردد که برای خاطیان و متخلفان از قوانین اسلامی و واجبات و محرمات شرعی به اجرا درمی‌آید. امام خمینی (ره) می‌فرماید: هرکس یکی از محرمات را غیر از آن‌هایی که شارع در آن حد معین کرده با علم به حرام بودنش انجام دهد، تعزیر می‌شود؛ خواه آن محرمات از گناهان کبیره باشد یا صغیره (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ص ۴۸). به عبارت دیگر تعزیرات شرعی همان کیفرهایی است که حاکم شرع در برابر تخلف از احکام و مقرراتی که مستقیماً از ناحیه شارع مقدس جعل گردید بر مجرمان تحمیل می‌کند، البته مشکل اصلی در مورد ابزار مجازات در تعزیرات شرعی است.

دسته دیگر از تعزیرات، تصمیماتی است که ولی امر در سایه قوانین شریعت و رعایت موافقت آنها بر حسب مصلحت زمان اتخاذ می‌کند و طبق آنها مقرراتی وضع نموده و اجرا می‌نماید. این مقررات لازم‌الاجرا بوده و مانند شریعت، دارای اعتبار هستند؛ با این تفاوت که قوانین آسمانی، ثابت و غیرقابل تغییر بوده، ولی مقررات وضعی، قابل تغییرند و در ثبات و بقاء، تابع مصلحتی هستند که آنها را به وجود آورده است و چون پیوسته زندگی جامعه‌ی انسانی در تحول و رو به تکامل است، طبعاً این مقررات تدریجاً تغییر و تبدل پیدا کرده، جای خود را به بهتر از خود خواهند بود (طباطبائی، ۱۳۸۷، ص ۱۹۱). بنابراین، مصلحت‌مداری، گستردگی حوزه شمول بر اساس مقتضیات زمانی و مکانی، تغییر و تبدل‌پذیری را می‌توان از خصایص و ویژگی‌های احکام حکومتی دانست.

منابع فقهی وجود داشت، با تصویب ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ رفع شد؛ چه وفق این ماده «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».

در منابع فقهی به هر فعلی که واجد عقوبتی مقدر و مشخص در شرع باشد، حد اطلاق می‌شود (حلی، ۱۴۰۸، ص ۱۳۶). از این روست که رجوع به فقه جهت یافتن حدود شرعی با ابهامات و پیچیدگی‌های کمتری نسبت به تعزیرات روبه‌روست. در جرایم حدی نوع و میزان مجازات از سوی شارع تعیین شده است و در زمان حاضر نیز که بر اساس الزام اصل ۴ قانون اساسی، قوانین مطابق با شریعت تصویب و تدوین می‌شود، حدود شرعی در قانون احصاء شده و با تتبع در متون فقه تنها برخی جرایم حدی همچون ارتداد، سحر و ادعای نبوت را می‌توان یافت که در قانون مجازات اسلامی وارد نشده است که در این خصوص ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تکلیف قضات را روشن نموده و به صراحت رجوع به فقه را در مورد جرایم حدی تعیین نموده است؛ اگرچه نباید از نظر دور داشت که این ماده ناظر به جرایم بسیار محدودی است و با توجه به شواهد و مشکلات بین‌المللی، بیشترین دلیل وضع ماده ۲۲۰ در قانون، مسئله‌ی ارتداد بوده است و در صورت بیان صریح قانون با برخی از کنوانسیون‌های امضا شده توسط ایران در تضاد بود. وجه ممیزه‌ی حدود، معین بودن احکام آن در منابع فقه است؛ بدین مناسبت ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی 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».

ضرورت حفظ نظم و رعایت قانون در هر جامعه از یک سو و عدم امکان برقراری نظم و قانون بدون اجرای قوانین کیفری از سوی دیگر و در عین حال عدم شمول حدود، قصاص و دیات نسبت به همه تخلفات و نیاز به وجود نهاد منعطف و عام‌الشمولی در کنار دیگر مجازات‌های شرعی، بیانگر این ضرورت عقلی است که برای برقراری نظم و رعایت قانون در جامعه و نیل شهروندان به کمال خویش، تشریح قوانین کیفری یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر است تا بدین وسیله آن دسته از افراد جامعه که جز از طریق اجرای قوانین کیفری و عقوبت‌های شرعی حاضر به التزام به نظم و قانون نیستند، وادار به این امر شوند و اهمیت تعزیرات در این حوزه هنگامی روشن‌تر می‌شود که دانسته شود حدود، قصاص و دیات، تعداد اندکی از جرایم را پوشش می‌دهند و نهاد تعزیرات قابلیت پوشش





به متون فقهی مراجعه و حکم مسئله را استخراج نماید (برهانی، ۱۳۹۴، ص ۱۰۷). با فرض پذیرش رجوع به منابع فقهی در این گونه موارد، به لحاظ ارتباط آن با اصل قانونی بودن جرم و مجازات پیداست که تفسیرها از قلمرو تعزیرات منصوص شرعی و احکام آن می‌تواند کاملاً مختلف باشد.

یکی از مبانی مجازات‌های تعزیری، اصل فردی کردن مجازات-هاست که قضات بر اساس آن با رعایت تناسب و به منظور تأیید مجرم، اقدام به تعیین مجازات کنند. البته باید این نکته را مدنظر قرار داد که با عنایت به ملاحظات جوامع امروزی، قسمت عمده‌ی این مهم بر عهده‌ی قانونگذار اسلامی قرار می‌گیرد تا با توجه به مقتضیات زمان، خصوصیات مرتکب، بزه‌دیده و جرم ارتكابی و همچنین میزان ضررهای وارده به جامعه، مجازات لازم را وضع کند. البته در راستای اصل فردی کردن مجازات نیز اختیاراتی برای قضات در تعیین مجازات قرار دهد (ساریخانی، توکل پور، ۱۳۹۵، صص ۹۵-۹۸).

### ۳- مشکلات اجرایی رجوع به منابع فقهی و احکام شرعی

در نظام حقوقی ایران، منابع فقهی به عنوان شالوده و اساس قوانین موضوعه ایران به شمار می‌رود. شاید از همین رو بود که قانونگذار در هنگام تصویب قانون اساسی گمان می‌کرد که مشکل «عدم قانون» را می‌توان با تجویز امکان مراجعه قاضی به منابع معتبر اسلامی حل نمود (جباری، ۱۳۸۷، ص ۱۲۸). قانونگذار در اصل ۱۶۷ برای معرفی محل رجوع قاضی در صورت نقص یا اجمال قانون، از عنوان «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» بهره برده است؛ عناوینی که هرگز از سوی قانونگذار تعریف نشده و ابهام در تشخیص آن دو معضل اساسی در اجرای این اصل و مواد قانونی مرتبط با آن است. حتی با وجود اینکه راه‌حل ناقصی توسط مجلس در لایحه مجازات اسلامی پیش‌بینی شده بود، شورای نگهبان آن را حذف نمود و در حال حاضر با توجه به این ابهامات و عدم تفسیر قانونی از سوی شورای نگهبان، روش واحدی در رویه قضایی ایجاد نشده و سلیقه‌ها و روش‌های مختلفی در عمل پدید آمد (فتحی، ۱۳۹۳، ص ۱۴۲).

بیان مطلق و بدون قید «قاضی» در این اصل از یکسو و بهره‌گیری از دو عنوان منابع اسلامی و فتاوی معتبر از سوی دیگر، تناقض در برداشت از این اصل را پدیدار می‌سازد؛ چرا که با عدم تصریح قانونگذار بر تفکیک میان قضات مجتهد و مقلد در رجوع به منابع یا فتاوی، برخی بر آنند که معقول این است که منابع معتبر به

مسئله‌ی مهمی که در تعیین مجازات تعزیری وجود دارد، مرجع صالح و قانونی این مسئله است که اختیار تعیین تعزیر با توجه به قاعده‌ی فقهی «التعزیر بما یراه الحاکم» که مورد عمل اندیشمندان اسلامی نیز است، صلاحیت آن را بر عهده حاکم شرعی قرار داده شده است (عاملی، شهیداول، ۱۴۱۰، ص ۲۵۹).

به همین جهت گفته شده است که مجازات وضع شده در قانون مجازات اسلامی و سایر آن (غیر از حدود، قصاص، دیات) در صورتی که از جهت حق‌الناس بودن موضوع مجرمانه باشد مجازات مقرر برای آن تعزیر شرعی است و اگر جنبه‌ی حکومتی در وضع آن مقررات مدنظر بوده باشد مجازات مزبور تعزیر حکومتی خواهد بود این تعبیر در فرمایش امام خمینی به مجازات بازدارنده بیان شده است. بعضی از اندیشمندان اسلامی در مقام تفاوت تعزیر حکومتی و تعزیر شرعی گفته اند: «فرق بین تعزیرات حکومتی و تعزیرات شرعی که اولی الامر آن‌ها را وضع نموده، این است که آنچه شریعت آن را حرام دانسته، همیشه حرام است و نمی‌توان آنها را مباح دانست، اما آنچه را که اولی الامر حرام می‌کند، همیشگی نیست و در صورتی که مصلحت اقتضا داشته باشد، ممکن است در آینده مباح گردد» (محقق داماد، ۱۳۹۳، ص ۱۴۷).

فقیهان به طور کلی تعزیر برای ارتکاب مجرمات شرعی را از اختیارات حاکم می‌دانند. تعزیری که بر مبنای این قاعده‌ی عام از سوی حاکم برای ارتکاب هر نوع عمل حرام شرعی اعمال می‌شود، تعزیرات شرعی نامیده می‌شود و اندازه‌ی معینی ندارد. با این حال، برخی اعمال و رفتارها به صورت خاص در متون دینی مصداق عمل حرام معرفی شده و برای مرتکبان آنها مجازات معینی پیش‌بینی شده است (نجفی صاحب جواهر، ۱۴۰۴، ص ۲۵۴). به این دسته از تعزیرات، «تعزیرات منصوص شرعی» یا «تعزیرات معین» گفته می‌شود. 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»<sup>۶</sup> یا «تعزیر معین شرعی»<sup>۷</sup> (ماده ۱۳۵) آن را مطلق نظر داشته است تا خود قرینه‌ی دیگری بر انصراف مرجع تعیین تعزیر موضوع ماده ۱۸ ق.م.ا. به مقررات موضوعه باشد. برخی از نویسندگان، تعزیرات منصوص را اصطلاحی فقهی و یکی از مصادیق «اجمال قانون» دانسته‌اند که همانند سایر موارد اجمال قانون، دادرسی‌بایست طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی

۶. تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا.

۷. ماده ۱۳۵ ق.م.ا.



سردمداران و طرفداران این مکاتب، همه و همه در جست‌وجوی گمشده‌ای به نام عدالت بوده‌اند و هستند. پیش‌بینی کیفر و اعمال آن در برابر اعمال ضد اجتماعی و برخلاف ارزش‌ها و هنجارهای جامعه، از اعصار و ادوار گذشته وجود داشته است.

از مجموع مباحث مطرح شده استفاده می‌شود که شارع مقدس اسلام در سیاست کیفری خود به دنبال اجرای اندیشه‌ی سزادهی، لااقل در بخش تعزیرات نبوده و بازجامعه‌پذیری و تنبه افراد مهم-ترین هدف بوده است. با توجه به گستردگی عوامل جرم‌زا و وجود فشارهای اجتماعی موجب بزهکاری در جامعه، طبعاً اجرای حتمی و قطعی مجازات تحت هر شرایطی، عدالت واقعی تلقی نمی‌شود، لذا در سیاست کیفری اسلام انعطاف بسیار زیادی بویژه در بخش تعزیرات دیده می‌شود. امروزه این عقیده در بین جرم‌شناسان و حقوق‌دانان وجود دارد که دامنه‌ی جرایم در یک سیاست کیفری نباید گسترده و نامحدود باشد. پیش‌بینی تعزیر در گستره‌ی عظیمی از رفتارها و تلقی آن به عنوان یکی از مجازات‌های عرفی چنانکه در قانون مجازات اسلامی آمده است، این شبهه را ایجاد می‌کند که سیاست کیفری اسلام سیاستی مجازات‌گرا با دامنه جرایم بسیار گسترده است.

در پایان باید گفت که واقعیتی به نام تحولات گوناگون زندگی بشری وجود دارد که حقوق کیفری با دایعه حفظ و حمایت از حیات مادی و معنوی بشر، نمی‌تواند به آن بی‌اعتنا باشد و ناگزیر باید با آن مواجه شود. از این رو این موضوع باید به خوبی بیانگر توجه شارع اسلامی به تحولات جدید در حیات فردی و اجتماعی باشد. لذا سازمان یافتگی جوامع امروزی، مسائل، روابط و مفاهیم نوینی را دربر دارد که در قلمرو حقوق کیفری ظهور کرده و مقتضی واکنش جدید و متناسب حقوقی می‌باشد؛ تحولی که باعث تحول جدیدتری در نظام قانونی ما شده است.

### سپاسگزاری

از معاونت محترم پژوهشی به خاطر حمایت حمایت معنوی در اجرای پژوهش حاضر سپاسگزاری می‌شود.  
از آقای دکتر عبدالله علیزاده به خاطر بازبینی متن مقاله و ارائه نظرهای ساختاری تشکر و قدردانی می‌شود.  
از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.

مجتهدان به قضا و فتاوی معتبر به قضات مقلد اختصاص داشته باشد. مضافاً اینکه شواهدی در مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در این خصوص موجود است. از سوی دیگر ظاهر این اصل و اطلاق آن مقتضای خلاف این امر را دارند (پیوندی، میرید، پیشین، ص ۱۳۷).

در خصوص روایات قضایی باید گفت که ماهیت این روایات به گونه‌ای است که مربوط به یک مورد خاص یا بیانگر امری قضایی و مربوط به دادرسی است. این گونه روایات در بستر و زمینه خاصی صادر شده‌اند. با دگرگونی شرایط و اوضاع و احوال، حکم نیز تغییر می‌نماید. بنابراین با مراجعه به روایات باب تعزیرات، قضایی بودن این روایات بعید به نظر نمی‌رسد. این احتمال عقلایی می‌نماید که تعیین کیفر در این گونه روایات، از باب فصل خصومت و قضایی باشد، به این معنا که مختص به همان مورد سؤال بوده و قابلیت تعمیم و تسری به موارد مشابه را ندارد. بدین سان، روایات ناظر به تعزیرات منصوص، روایات فقهی محسوب نمی‌شوند تا در موارد مشابه نیز لازم باشد به مضمون آن‌ها کاملاً پایبند بود (نوبهار و دیگران، پیشین، ص ۱۷۵). بر فرض جواز اجرای این گونه مجازات‌ها و شرعی بودن آنها، لیکن باید گفت شرع مقدس اسلام خود واجد اصول و قواعدی که بر طبق آنها، مجازات‌های شرعی منصوصه متناسب با مقتضیات زمان قابل تغییر و تبدیل است. شرع مقدس با متضمن داشتن چنین راهکارهایی، خود را از تحجر و تصلب بری داشته و جهان‌شمولی و خاتمیت دین مبین اسلام را به اثبات رسانیده است و از سویی دیگر ما را از در افتادن در چالش‌های لاینحل و معضلات عصری، مصون داشته است. لذا در این مقام انسان شارع نیست بلکه کاشف این اصول و مبانی و احکام مستخرج از آنهاست. مشرّع نیست، مبیین و مفسّر است (نجف آبادی، آیتی، پیشین، ص ۹۲).

### نتیجه‌گیری

مقررات کیفری، زمانی متضمن حقوق جامعه و آزادی‌های فردی هستند که با در نظر گرفتن مقتضیات زمان، شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر اجتماع تهیه و تدوین شوند و همگام با روند موجود در سیستم قضایی پیش بروند تا به عدالت واقعی، نزدیک‌تر شوند. مقررات کیفری در هر برهه از زمان دستخوش تغییر بوده‌اند و تدوین کنندگان حقوق، باید تصویری از عدالت را در ذهن ترسیم کنند که نشان دهنده‌ی نقش‌هایی از اصلاح و بهبود سیستم کیفری باشد. مکاتب گوناگون کیفری، عقاید و اندیشه‌های متفاوت



## نگارندگان بر خود لازم می‌دانند از آقای دکتر محمد رسول آهنگران به خاطر مطالعه متن مقاله حاضر و ارائه نظرهای ارزشمند سپاسگزاری نمایند.

- ۱۳. علیشاهی قلم‌جوئی، ابوالفضل و دیگران، مطالعه تطبیقی اصل لازم الاجرا بودن مجازات در فقه و حقوق کیفری ایران و حقوق فرانسه، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۱، شماره ۱، بهار ۱۳۹۴.
- ۱۴. غفاری، هدی، نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران، پژوهش حقوق کیفری، سال چهاردهم، شماره ۳۶، بهار ۱۳۹۱.
- ۱۵. غلامی، علی، بررسی رابطه تحریم و تجریم در پرتو قاعده «التعزیر لکل عمل محرم»، حقوق اسلامی، سال نوزدهم، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۷.
- ۱۶. فتحی، حجت‌الله، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی، تهران، موسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۳.
- ۱۷. مسجدسرای، حمید و دیگران، اصل «صرفه‌جویی کیفری» مبنای تفسیر احکام و قوانین جزایی اسلام، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره ۵۱، بهار ۱۳۹۷.
- ۱۸. میلانی، علیرضا، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در بستر تاریخ، حقوقی دادگستری، شماره ۶۲ و ۶۳، بهار و تابستان ۱۳۸۷.
- ۱۹. نجف‌آبادی، سیدهادی، آیتی، سید محمدرضا، تبدیل و جایگزینی مجازات‌های اسلامی (حدود و تعزیرات) متناسب با مقتضیات زمان، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۴۶، زمستان ۱۳۹۵.
- ۲۰. نوبهار، رحیم و دیگران، «تعزیرات منصوص» از احکام ابدی تا احکام قضایی و حکومتی، مطالبات فقه و حقوق اسلامی، سال دهم، شماره ۱۸، بهار و تابستان ۱۳۹۷.
- ۲۱. حلی (محقق)، نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، تحقیق عبدالحسین محمد علی نقال، جلد ۴، قم، نشر اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
- ۲۲. عاملی (شهید اول)، شمس‌الدین محمد برمکی، اللعه دمشقیه فی فقه الإمامیه، بیروت، دارالتراث الإسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۰ق.
- ۲۳. موسوی خمینی، روح‌الله، تحریرالوسیله، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ بیست و ششم، ۱۳۹۲ق.
- ۲۴. نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۴۱، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ق.

- ۷- منابع
- . فارسی
- الف‌کتاب
- ۱. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴.
- ۲. انصاری، قنبرالله و دیگران، تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا، قم، انتشارات پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۵.
- ۳. طباطبایی (علامه)، سید محمدحسین، معنویت تشیع، تهران، سپهر، ۱۳۸۷ش.
- ۴. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه (بخش جزایی)، قم، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سی و دوم، ۱۳۹۳.
- ۵. نوبهار، رحیم، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
- ۶. ولیدی، محمدصالح، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، دفتر نشر داد، چاپ سوم، ۱۳۷۴.
- (ب) مقالات
- ۷. اکرمی، روح‌الله، صلاحیت قضایی کیفرگذاری مبتنی بر منابع اسلامی در پرتو اصول قانون اساسی و قوانین عادی، دانش حقوق عمومی، سال چهارم، شماره ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴.
- ۸. برهانی، محسن، نادری فرد، مریم، تعزیرات منصوص شرعی: مفهوم فقهی و مصادیق قانونی، پژوهش حقوق کیفری، شماره ۱۰، ۱۳۹۴.
- ۹. پیوندی، غلامرضا، میرید، علیرضا، تأملی در رجوع به فقه در قلمرو حقوق کیفری با تأکید بر فلسفه قانونگذاری و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در نظام حقوقی ایران، دین و قانون، شماره ۱۶، تابستان ۱۳۹۶.
- ۱۰. جباری، مصطفی، فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، حقوق دانشکده حقوق و علوم اسلامی، دوره ۳۸، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۷.
- ۱۱. ساریخانی، عادل، توکل‌پور، محمدهادی، محمدهادی، مفهوم‌شناسی «تعزیرات منصوص شرعی» با تأکید بر نظرات شورای نگهبان، دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۱۴، تابستان ۱۳۹۵.
- ۱۲. شاکری، ابوالحسن، شیرزادی‌فر، فرشاد، بررسی عدم پذیرش اعتبار احکام کیفری کشورهای خارجی در تعزیرات منصوص شرعی در حقوق ایران، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال یازدهم، شماره ۲۸، زمستان ۱۳۹۳.





Scientific Journal of Modern  
Jurisprudence and Law

Print ISSN: 2717- 1469  
Online ISSN: 2717 - 1477

Profile in ISC, SID, Noormags,  
Magiran, Ensani, GoogleScholar  
[www.jaml.ir](http://www.jaml.ir)  
Third Year, Issue 12  
Pages 76-85

## **Interaction of Sharia and Jurisprudential Sources with the Iranian Criminal Law System on the Basis of the Rule of Law**

Dr. Vahid Zarei Sharif

Assistant Professor, Department of Law, Lahijan Azad University,  
Gilan, Iran.

Ferishte Mohammad Hosseini

PhD student in criminal law and criminology, Lahijan Branch,  
Gilan, Iran.

### **Abstract**

Iranian legal system has adopted a dual position in the enactment and execution of criminal law. The historical evidence of legislation in our country shows that there is always a deep link between law and sharia (religion). Islam has precisely foreseen an important part of the crimes and determines the punishment of them in terms of type, quality and quantity, but the other part may not be determined precisely because it is very fluctuation and may not be described according to religious and jurisprudential sources. The constitution identifies authentic Islamic sources and decrees as a reference to judges. This issue is in conflict with the principle of the legality of crime and punishment. Based on this principle, no action is crime, unless it is specified in the law and no punishment is imposed, except by law. It is imperative that the laws do not conflict with the holy sharia. In other words, it is a requirement to review the non-conflict of all laws with the sharia and not to introduce all the sharia rulings into the law. Because the law is essentially formed in response to needs and requirements, and in many instances, the religious law, as expressed in previous jurisprudential texts, there is currently no use and conflict in society.

This research is descriptive-analytic research based on the nature and methodology. In today's societies, new issues and subjects are the result of crime, punishment applying and, in essence, the set of criminal laws that require compliance with religious and juridical standards in a new approach and in accordance with the time requirements. In the end, it should be mentioned that the evolution and development of the current issues and subjects from view of jurisprudence requires the context in which the verdicts can be changed in the framework of these contexts; the inter-religion contexts that are the basis of the evolution and adaptation of religious law with the intellectual and cultural requirements of inherently evolving human being.

**Keywords:** Sharia Sources, Criminal Law, Rule of Law, Principle of Legality of Crimes and Punishments.

**JEL Classification:** Jurisprudence - Law - Criminal and Criminology - International Law - Private Law

---

\* Corresponding author: [Sj.rm\\_pro@yahoo.com](mailto:Sj.rm_pro@yahoo.com)