

نقد و بررسی جایگاه فقه اسلامی در تقنین سیاست کیفری و رابطه آن با اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۱

علمی - پژوهشی

* امیر وطنی

** علی اسفندیار

*** فریدون جعفری

**** سودابه رضوانی

چکیده

این مقاله در پی پاسخ به این پرسش‌ها است که چالش اصلی در نحوه تعامل فقه سنتی و حقوق در ساخت و متحول‌سازی سیاست کیفری ایران چیست؟ و نیز اینکه سیاست کیفری قضایی حاکم بر قانون مجازات اسلامی با کدام یک از معیارهای جهانی یا اسلامی انطباق بیشتری دارد؟ برای نیل به این منظور، باید مهم‌ترین عوامل تنش میان مجازات‌های شرعی تغییرپذیر با هنجارهای حقوق بشری در سیاست کیفری ایران بازشناخته شوند؛ ابزار تحقق این هدف نیز مطالعه و پژوهش پیرامون تحولات اخیر سیاست جنایی تقنینی ایران (قانون مجازات اسلامی، قانون آیین دادرسی کیفری و چند قانون کیفری اصلی اخیرالتصویب دیگر) از جهت سنجش گفتمان غالب بر حوزه کیفرگذاری می‌باشد. مقاله، توضیح می‌دهد ترجمه‌گرایی از فقه و تزیق خام فقه به حقوق کیفری ایران، و آشفتگی در نحوه اقتباس از حقوق کشورهای غربی، و عدم بسترسازی برای اجرای تأسیسات کیفری جدید، مهم‌ترین جلوه‌های چالش مذکور است؛ همچنان که سیاست کیفری قضایی حاکم بر قانون مجازات اسلامی، در قلمرو حدود و قصاص و دیات مبتنی بر آموزه‌های اسلامی است، و در تعزیرات تا حد قابل قبول و نه مطلوبی، همسو با برخی از معیارهای جهانی حقوق کیفری در راستای صیانت از حقوق بشر است.

کلید واژه‌ها: سیاست کیفری، عدالت کیفری، فقه جزایی، قانون اساسی، اصل ۱۶۷

۱- تاریخ وصول: (۱۳۹۹/۰۷/۰۸) تاریخ پذیرش: (۱۳۹۹/۰۹/۱۷)

* استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

vatani@khu.ac.ir

** دانشجوی دکتری، گروه فقه و حقوق جزا، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.

mailto:ali.esfandiar۱۳۵۳@yahoo.com

*** استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران. F.jafari@basu.ac.ir

**** استادیار، گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران. s.Rezvani@khu.ac.ir

۱- مقدمه

قانونگذار پس از انقلاب شکوهمند اسلامی، هنوز نتوانسته است تصویری از نسبت امر شرعی با امر فقهی-حقوقی-حکومتی ترسیم کند که وضوح قابل قبولی داشته باشد و از شدت ابهام و آشفتگی در مفاهیم اولیه و پایه‌ی سیاستگذاری جنایی بکاهد. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، جدیدترین دستاورد سیاست جنایی تقنینی اسلامی-ایرانی است که احصان بودن در لواط را مؤثر دانسته؛ موسع‌ترین تعریف قابل تصور از افساد فی الأرض را ارائه داده، و در نقض بنیادهای حقوق جزا و اصل برائت، چنان کوشا و جبار است که مصادیق حدود را منحصر به ۱۱ مورد مقرر ندانسته و به قدری از محور پیشرفت در فهم و اجرای دین در سیاستگذاری جنایی تقنینی ایرانی اسلامی دور شده است که انگیزه راقم این سطور را به پژوهش در مورد نقد نحوه تعامل فقه و حقوق در سیاست کیفری ایران سوق داده است.

برای تحلیل و نقد رویکرد سنتی رایج به گفتمان سیاست جنایی اسلامی، ابتدا لازم است ماهیت و هدف و اوصاف فقه را واکاوی کنیم در سنجش کارکردهای فقه، توان این معرفت دینی در برون داد روش‌های سیاستگذاری را بسنجیم؛ زیرا سیاست جنایی اسلامی در گفتمان رایج، حول فقه می‌چرخد. پس ضرورت دارد بدانیم آیا فقه که هسته گفتمان موجود پیرامون سیاست جنایی اسلامی است، آیا هدف و توان سیاستگذاری کلان اجتماعی دارد؟ آیا امکان بسیج ذخایر سنت فقهی ما برای حل مسائل سیاست مدرن وجود دارد؟

با وجود حاکمیت فقه بر بخش گسترده‌ای از محتوای حقوق ایران، اکنون در سپر رو به رشدی بخش‌هایی از قواعد حقوقی ما از فقه فاصله گرفته و رنگ و بوی اروپایی به خود گرفته است. از سویی، اصولی در قانون اساسی وجود دارد که دامنه کاربرد فقه را در حقوق موضوعه کم رنگ کرده است. در قانون اساسی، تفسیر و شرح مواد ناقص یا مبهم به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر واگذار شده، در حالی که دامنه کاربرد فقه در مورد قوانین مقتبس از رژیم‌های حقوقی دیگر محل تردید است. همین امر، تنقیح قلمرو فقه در حقوق موضوعه و قلمرو قوانین مقتبس از غرب در حقوق موضوعه ایران را ضروری می‌سازد. دستگاه فقه معاصر ما وارث مجموعه‌ای از عقاید، تجربه‌ی حضور در نظام‌های خلافت و سلطنت، مشروطه و جمهوری اسلامی است.

حقیقت و حقانیت، از تعامل ارزش و واقعیت سربرمی‌آورد. با وجود آن که اتخاذ راهبرد برای عدالت کیفری در کشورهای مبتنی بر حقوق اساسی اسلامی - در رأس آن، جمهوری اسلامی ایران - اولاً متأثر از آموزه‌های اسلام و خصوصاً «فقه» است، اما تعبیر «سیاست کیفری اسلامی» در ادبیات فقهی و حقوقی کشور با چالش‌های متعددی روبروست؛ مصائبی که تا شناخته و چاره‌اندیشی نشوند نمی‌توان مدعی آمادگی برای حرکت در مسیر گذار از «گفتمان (های) سیاست کیفری اسلامی» به سوی مقصد، یعنی طراحی خود «نظریه سیاست کیفری اسلامی» و سپس طراحی «نظریه سیاست کیفری اسلامی-ایرانی» شد. در این مقاله ابتدا با روش «تحلیل گفتمان» قرائت‌های رایج از تولید علم دینی را تحلیل و نقد نمودیم؛ آنگاه وضعیت گفتمان مطرح در حوزه سیاست کیفری اسلامی و نیز گفتمان‌های مؤثر بر این مقوله را مورد سنجش قرار دادیم و نهایتاً به آسیب‌شناسی این دو دسته گفتمان در چابوب نقد وضعیت تولید علم دینی در جهان اسلام و در کشورمان پرداختیم.

۲- مفهوم شناسی واژه‌ها

الف - فقه

فقه) در لغت به معای فهم و دانستن همراه با تأمل و اندیشیدن است که با قید اخیر از واژه های علم و معرفت و فهم تمایز پیدا کرده و اخص می شود (مصطفوی، ۱۳۶۸، ج ۹، ص ۱۲۳) و در اصطلاح، در تعریف رایج نزد فقهاء بر علم به احکام شرعی افعال مکلفین - فروع - از طریق ادله تفصیلی آن اطلاق می گردد (عاملی، ۱۴۱۸، ق، ج ۱، ص ۹۰؛ مشکینی، ۱۴۱۶، ق، ص ۱۸۰)

ب - سیاست

(سیاست) در لغت به معنای دستور دادن و قیام به آن نمودن (طریحی، ۱۴۱۹، ق، ج ۴، ص ۷۸) حکومت، حکم راندن، ریاست، امر و نهی، سزا و تنبیه، پرورش و پروراندن و اداره کردن امور مردم بر طبق مصالحشان بیان شده است. (عمید زنجانی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۱۴۸؛ ابن منظور، ۱۴۱۰، ق، ج ۱۰، ص ۷؛ فیومی، بی تا، ج ۲، ص ۲۹۵) در اصطلاح، (سیاست) در کاربرد رایج، فعالیت‌ها و رفتارهای معطوف به قدرت است، چه در مقام کسب و تثبیت قدرت، چه در مقام اصلاح، مهار و توزیع قدرت، چه در مقام تضعیف، نفی و بر اندازی و جایگزینی قدرت دیگر و چه در مقام تنظیم رابطه قدرت یک دولت با دیگر دولت‌ها (ضیایی فر، ۱۳۹۰، ص ۹) برخی با توجه به معنای لغوی سیاست که در آن فرمان و امر و نهی نهفته است، آن را به معنای امر و نهی و سایر اعتبارات و قراردادهای صادر از نهاد حاکمیت در جهت تنظیم روابط و تدبیر امور مردم در راستای تأمین مصالح آنان تعریف کرده اند (اراکی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۳۷) در یک بیان مختصر می توان گفت همان طور که در فرهنگ (روبر) آمده است، سیاست (فن و عمل فرمانروایی بر جوامع بشری) است (همان، ص ۳۹) و در نزد متفکران اسلامی مدیریت و رهبری جامعه در جهت مصالح مادی و معنوی آن می باشد (عمید زنجانی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۱۴۸) چه با امر و نهی و فرمان دادن و چه با وضع قوانین و قراردادهای مختلف، یعنی با حکم تکلیفی یا حکم وضعی.

ج - فقه سیاسی

اصطلاح «فقه سیاسی» به عنوان واژه‌ای نوپدید در عرصه فقه، مشتمل بر مجموعه‌ای از مباحث فقهی است که با رفتار سیاسی و دانش سیاست مرتبط بوده و تکالیف شرعی زندگی سیاسی مؤمنان بلکه شهروندان را تعیین کرده و آیین اداره مطلوب را بر اساس منابع و ادله معتبر شرعی، تبیین و توصیه می‌کند. این گرایش فقهی که جایگاه ویژه‌ای در بین دانش‌های سیاسی در گستره تمدن اسلامی دارد، جایگاه خویش را مدیون سلطه، قداست و محوریت نصوص دینی است و بر این پیش فرض مبتنی است که فقه سیاسی، برترین دانش در گستره سیاسی اسلام است که به خاطر تبیین تکالیف مردم، در زندگی فردی، سیاسی - اجتماعی‌شان، می‌تواند سعادت مادی و معنوی آنان را تضمین نماید. این مرکب واژه، در چارچوب گفتمان اسلام سیاسی، فقه‌ای بازتولید شده و مرادف واژه‌هایی چون «فقه الدوله الاسلامیه» (منتظری، ۱۴۰۹، ج ۱، ص ۱)، «فقه السیاسة» (حسینی شیرازی، ۱۴۲۴، ص ۱) یا «لاحکام السلطانیة»

(عمید زنجانی، ۱۳۶۶، ج ۲، ص ۵۱) قرار گرفته و مورد استفاده قرار می‌گیرد. فقه سیاسی، عملی‌ترین بخش دانش‌های اسلامی بوده و عملاً جایگزین فلسفه سیاسی در یونان قدیم است و شاید از همین روست که فارابی در طبقه‌بندی علوم، اصطلاح فقه مدنی را به عنوان شاخه‌ای از علم مدنی عام و قسیب حکمت مدنی، به کار برده است (فارابی، ۱۹۳۱، ص ۶۴).

۳- مبانی استنباط در فقه

مهمترین منابع استنباطی در فقه کتاب (قرآن کریم)، سنت، اجماع و عقل است که در زیر به اختصار توضیح داده می‌شوند.

الف- کتاب

قرآن کریم مهم‌ترین سند اثبات احکام فقهی است که در بردارنده کلیات برنامه زندگی بشر است و حدود ۵۵۰ آیه به احکام و مقررات عملی اختصاص دارد که در این باره کتب بسیاری به وسیله دانشمندان مسلمان تألیف شده است که معروف‌ترین آنها «کنز العرفان» فاضل مقداد متوفای (۲۷۶ ق) و «آیات الاحکام» مقدس اردبیلی متوفای (۹۹۳ ق) در نزد شیعیان است. این احکام در شئون مختلف حقوقی، سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کاربرد دارد و به عنوان منبع درجه اول مورد استناد فقها و مجتهدین و همه مسلمانان قرار گرفته است. (هاشمی، ۱۳۸۰، ج ۱، صص ۱۰۸-۱۰۷)

ب- سنت

از منابع دیگر فقه، سنت است که بیشتر احکام شرعی از آن طریق استنباط می‌شود. سنت در نزد شیعیان عبارت است از: آنچه از معصومین (ع) به صورت قول و فعل و تقریر به اثبات رسیده و حجیت آن با شرایط خاصی ثبت شده است، اما در نزد اهل سنت به قول و فعل و تقریری اطلاق می‌شود که از پیامبر اکرم (ص) صادر شده باشد و بعضی از ایشان نسبت به صحابه رسول اکرم (ص) نیز همین نظر را دارند (صرامی، ۱۳۸۳، ص ۱۶۶). بدین ترتیب، بسیاری از احکام و قواعد فقهی ناشی از سنت است و به همین دلیل، سنت نقش مهمی در قانونگذاری اسلام داشته است.

ج- اجماع

اتفاق آرای علمای مسلمین در یک مسئله را اجماع می‌گویند. از نظر علمای شیعه اتفاق همه مسلمانان وقتی حجت است که همه مسلمانان نسبت به یک مسئله اتفاق نظر داشته باشند و تحقق این امر ممکن نیست. بنابراین، تنها اجماعی حجت است که مستند به قول پیامبر (ص) و امامان معصوم (ع) باشد (هاشمی، ۱۳۸۰، ص ۱۰۹). البته در نزد امامیه جماع به عنوان یک دلیل مستقل در مقابل کتب و سنت نیست، بلکه در واقع حجیت از قول معصوم (ع) است که اجماع آن را کشف می‌کند (مظفر، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۸۸) در سوی دیگر، اجماع نزد اهل سنت اصالت دارد، یعنی اگر علمای اسلام (اهل حل و عقد) در یک مسئله و در یک زمان وحدت نظر پیدا کنند نظرشان صائب است (همان، ج ۲، ص ۱۰۹)

د- عقل

آخرین منبع صدور احکام، عقل است. دلیل عقلی عبارت است از حکمی عقلی که با درک صحیح آن ممکن باشد حکمی شرعی به دست آید، همان طور که در مسئله تزام احکام عقل حکم به تغییر می‌کند (محمدی، ۱۳۸۳، ص ۲۰۷). طبق قاعده اصولی، هر چه را عقل حکم می‌کند شرع نیز حکم می‌کند و هر چه را شرع می‌پسندد عقل هم به آن حکم می‌کند، بر اساس این اصل هر حکمی که منطبق با عقل باشد، آن حکم شرعی بوده و اطاعتش واجب است.

۴- نقد ادبیات و گفتمان فقهی در حوزه سیاست جنایی اسلامی

رویکرد سیاست کیفری ایران را می‌توان با دو معیار ممیزه‌ی ۱- نوع و میزان و نحوه وابستگی به دین، و ۲- نوع و میزان و نحوه وابستگی به علوم و تجارب بشری طبقه‌بندی کرد. در این معنا، رویکرد افراطی منطبق‌سازی سیاست جنایی با گفتمان فقهی سنتی، اولین رویکرد قابل ارزیابی است و همچنین رویکرد افراطی منطبق‌سازی سیاست جنایی ملی با مدل‌های غیر اسلامی-ایرانی سیاست جنایی و خصوصاً مدل‌های غربی. در کنار این دو رویکرد عمده، دو رویکرد دیگر نیز در نوشتگان سیاست جنایی در فضای حقوقی-دینی کشورهای غیرغربی نظیر ایران و کشورهای مسلمان وجود دارد؛ ۱- رویکرد تفریقی به سیاست جنایی بر پایه امتزاج آموزه‌های فقهی با دستاوردهای غرب در سیاست جنایی و برساختن سیاست جنایی با انضمام این دو قلمرو به یکدیگر و سهم‌دهی به هر یک، ۲- رویکرد نظریه‌پردازی بومی.

یکسان‌انگاری سیاست‌های حاکم بر فقه جزایی با سیاست جنایی اسلامی، چالش و معضل بزرگی است که رویکرد فقهی سنتی به سیاست جنایی در ایران اسلامی و بسیاری از دیگر بلاد اسلامی به آن مبتلاست. در این رویکرد غالب، فروکاستن حقوق به فقه دیده می‌شود، که پیامدهای بسیار خطرناکی نظیر نقض اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، و جرم‌انگاری‌های موسع فقه‌مدار که خلاف اصول مسلم قانونگذاری کیفری است را در پی دارد. تا جایی که حتی برخی مؤلفان کتب سیاست جنایی اسلامی در ایران، اصل قانون بودن حقوق جزا را ترکیبی ساده از اصل برائت و اصل تحدید اختیارات قاضی در تعیین کیفر بزهکار و قاعده قبح عقاب بلابیان دانسته‌اند. (شاکری گلپایگانی، ۱۳۸۰، ش ۱۱، ص ۷۹) یکی از مهم‌ترین ایرادهای مفهومی و بنیادین وارد بر برخی از دیگر گفتمان‌های علم دینی، قول به عدم حجیت عقل به موازات شرع در باور صاحبان این گفتمان‌هاست. (حسنی و علی پور، ۱۳۹۰، ص ۷۱) برخی دیگر، هنجار حقوقی را شامل همه آنچه مشمول حکم واجب، حرام، مکروه، محسوس و مباح یعنی همه افعال و تروک انسان دانسته‌اند (حسینی، ۱۳۸۳، ص ۸۶) و واقعاً همین نوع دیدگاه‌هاست که باعث شده دلماس‌مارتی سیاست جنایی اسلامی را تمامیت‌خواه و ناقض آزادی‌های مجاز انسانی بداند. برخی اسلام‌پژوهان عرصه سیاست جنایی، همچنین هنجار اجتماعی را ملهم از هنجار حقوقی در نظام اسلامی دانسته‌اند؛ برخی دیگر رابطه سیاست جنایی اسلام با سیاست جنایی

جمهوری اسلامی ایران را روشن نکرده‌اند و معلوم نیست که آیا قلمرو منظورشان محدود به فقه است یا کلیه علوم اسلامی و اگر مثلاً محدود به فقه است قلمرو این فقه شامل کدام فقها یا کدام مشرب فقهی است. ابهام در معنای «حاکم» - فقط ولی امر مسلمین؟ یا قضات مجتهد یا مأذون؟ یا همه مستخدمان دولت از باب تفویض اختیار؟ - از دیگر چالش‌های رویکرد گفتمان فقهی سنتی به سیاست جنایی است. برخی دیگر اندیشگاران این عرصه نیز سیاست جنایی علمی را نقطه مقابل سیاست جنایی ایدئولوژیک دانسته‌اند و ایدئولوژی را مترادف دین، و علم را برآمده از فقط تحقیقات میدانی و آمارهای جنایی دانسته‌اند. (قیاسی، ۱۳۸۵، ص ۴۶) ترجمه‌گرایی و ضعف در کاربست عقلانیت و اجتماع‌محوری و نظریه پردازی علمی و و مدل‌سازی علمی متأسفانه باعث می‌شود رویکردهای سنتی به گفتمان سیاست جنایی اسلامی بعضاً حتی در ابتدایی‌ترین مسائل مربوط به نحوه اثردهی فقه در حقوق نیز به چالش بيفتند.

قرائت سنتی از گفتمان سیاست جنایی اسلامی، گفتمانی مبتنی بر قرائت «هویت باور» است؛ یعنی با مرکزیت دادن به تفسیر خاصی از باورهای متافیزیکی [در اینجا: تفسیر خاصی از سیاست جنایی اسلامی] و به حاشیه راندن تفسیرهای بی‌شمار دیگر و با انکار تعدد و تفاوت بالقوه معنایی، درصدد طرح هویت تام و تمامی است که متضمن معنایی نهایی می‌باشد؛ معنایی که مستقل از تفسیرها وجود دارد. این در حالی است که می‌دانیم فقیه برای به دست آوردن فتوایی واقع‌بینانه و سازگار با مقتضیات زمانی و مکانی جوامع بشری، باید به مذاق شرع و انگیزه‌های شارع از جعل احکام که همان مصالح عمومی است، توجه ویژه داشته باشد؛ چرا که مصالح، همانا پشتوانه‌هایی هستند که مذاق شریعت بر اساس آن شکل می‌گیرد. از این رو و نیز بدان خاطر که تأمین مصلحت، اساس و مقصد قانونگذاری - و از جمله، سیاست جنایی تقنینی و نیز دیگر حوزه‌های سیاست جنایی - است و پیوند مصلحت شارع با مذاق شرع نیز روشن شد، می‌توان نتیجه گرفت مذاق شریعت که همانا کشف شیوه قانونگذاری شرع و سنجش فتاوی با آن است یکی از اصول برتر در قانونگذاری کیفری به طور خاص، و دیگر حوزه‌های سیاست جنایی به معنای عام، می‌باشد. اگرچه، مقتضای سیاستگذاری جنایی اسلامی آن است که فقها در استنباط شرع، تنها به نصوص، آن هم به شکل گسسته ننگرند و بلکه نصوص را با مذاق شریعت بسنجند و این سنجش را با توجه به ربط وثیق مذاق شرع با مفاهیم متناظری مانند حکمت، طریق، دأب، عدالت، احتیاط و... انجام دهند؛ (علیشاهی، ۱۳۹۰، ش ۸۶) و مآلاً این روش و سنجش را به متولیان حقوقی سیاستگذاری جنایی اسلامی نیز توضیح دهند و آموزش دهند.

فقه سیاسی، که سیاستگذاری کلان فقهی و خصوصاً تنظیم سیاست جنایی اسلامی را بر عهده دارد، مواجهه‌ای دوسویه با زندگی سیاسی و نیز وحی اسلامی از طریق زبان دارد؛ و بر خصلت زبانی فهم وحی، و تاریخ سیاسی اسلام توجه دارد. فقه سیاسی فقط در ارائه استدلال به منظور استنباط احکام ناظر به اعمال سیاسی مکلفان است و لذا نمی‌توان در طراحی ضلع اسلامی الگوی سیاست جنایی

اسلامی-ایرانی به فقه سیاسی اکتفا کرد. مهم‌ترین چالش‌های فراروی گفتمان سیاست جنایی اسلامی، خصوصاً این گفتمان در فضای پژوهشی دانشگاهی و حوزوی کشورمان، فی الجمله عبارتند از:

(۱) جمود بر لفظ و حاکمیت پنهان اخباری‌گری و نص‌گرایی بی‌اعتنا یا کم‌اعتنا به حجیت عقل،

(۲) تداخل حداکثری و آشفتگی مفاهیم و تأسیسات فقه در حقوق،

(۳) یکسان‌انگاری سیاست‌ها و حکمت‌ها و مصلحت‌های حاکم بر فقه جزایی با سیاست جنایی اسلامی،

(۴) آشفتگی گفتمان‌ها در اتخاذ موضع صحیح نسبت به رابطه جرم و گناه و قلمرو و مصادیق دایره تعزیرات،

(۵) فروکاستن تأسیسات حقوقی به فقهی، خصوصاً به شکل ادعای عدم نوآورانه بودن نظریه‌های غربی جرم‌شناسی و سیاست جنایی و جامعه‌شناسی جنایی و... و وجود عین آن آموزه‌ها (!) در نصوص اسلامی،

(۵) تمامیت‌گرایی،

(۶) افراط در بُعد اسلامیت و تفریط در جنبه جمهوریت، که خود منجر به ناتوانی گفتمان رایج سیاست جنایی اسلامی در استفاده از ظرفیت غنی «مردم‌سالاری دینی» شده است و شبهه انتگریتی و توتالیتاریستی بودن سیاست جنایی اسلامی را برای پژوهشگران غربی نظیر خانم پروفیسور می‌ری دلماس مارتی ایجاد کرده است،

(۷) سوءتفسیر رابطه فقه حکومتی با فقه مصلحت.

اگر همچنان از معارف الهی و علوم و فناوری‌های بشری بدون توجه به وجه تعاملی آنها با یکدیگر بهره‌برداری شود، در بهترین حالت شاهد ظهور معدودی از مطالعات چندرشته‌ای^۱ خواهیم بود که تنها نوعی گردآوری آرای متفاوت و بی‌ربط به هم است. چنین وضعیتی را در سیاست جنایی تقنینی کشور که در آن، شاکله قانون مجازات از ترجمه‌ی منابع فقهی و غربی بدون بومی‌سازی و یکدست‌سازی تأسیسات جزایی و بدون اتخاذ اهدافی سنجیده تدوین شده است، شاهدیم. ولی اگر از علوم مختلف به طور روش‌مند و با عنایت به وجه تعاملی علوم و معارف استفاده کنیم، شاهد مطالعات میان‌رشته‌ای^۲ خواهیم بود.

سایه سنگین رویکرد سنتی و اخباری به فقه بر حقوق کیفری موضوعه جمهوری اسلامی (حتی در بسیاری از مواد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲) و نگرش و احکام صادره از قضات و متأسفانه حتی در ادبیات پارلمان کشورمان و اساتید علوم و معارف جزایی دانشگاه‌ها و حوزه‌های کشورمان و تقریباً تمام مسئولان کلان حقوقی کشورمان نیز همچنان احساس می‌شود. در این میان، کمترین توجه است که

۱. multi-disciplinary studies

۲. interdisciplinary studies

به اقتضائات ملی و جامعه‌شناسی جنایی ناظر بر جامعه‌ایرانی معطوف گشته است. اسلام یک سیاست کیفری مجازات‌گرای مطلق ندارد و از طولانی‌شدن سیاهه جرائم و مجازات‌ها اجتناب می‌ورزد؛ در موارد معدود و انگشت‌شماری مجازات‌های سنگین آن هم با هدف ارعاب و بازدارندگی با تعدیل‌های پیش‌بینی‌شده در نظر گرفته، واکنش‌های غیرکیفری به‌ویژه در مقابله با جرائم توده مردم را ترجیح می‌دهد. در بسیاری جرائم به‌ویژه جرائم منافی عفت بزه‌پوشی را در اولویت قرار می‌دهد. اصلاح و بازپروری مجرم و پذیرش توبه وی را توصیه می‌کند و بسیاری موارد دیگر که اگر یک نماینده مجلس با آن آشنا باشد بر طولانی‌کردن سیاهه جرائم و استفاده بی‌رویه از مجازات اعدام و حبس اصرار نمی‌ورزد و در تصویب تمامی طرح‌ها و لوایح، تأثیر آن را بر افزایش یا کاهش جرائم نیز مدّ نظر قرار می‌دهد. همچنین، اگر قاضی نیز چنین آشنایی داشته باشد مجازات‌گرایانه بر حکم به اعدام و حبس تأکید نمی‌کند و با استفاده از اختیارات قانونی خود در استفاده از نهادهایی مانند تعلیق، تعویق، آزادی مشروط، نهاد توبه و امثال آن درصدد اصلاح و بازجامعه‌پذیری مجرمان برمی‌آید. اما متأسفانه این ظرافت‌ها و پیشرفتگی‌های سیاست کیفری اسلام، به درستی در قوانین کیفری کشورمان درج نشده، و مواد مطلوب نیز بعضاً به درستی توسط قضات مورد حکم و اجرا قرار نمی‌گیرند، و لذا حقیقت سیاست کیفری به خوبی پدیدار نمی‌گردد.

برخی نویسندگان آثار سیاست جنایی اسلامی، خیلی ساده‌انگارانه اظهار نموده‌اند «تطبیق سیاست جنایی اسلام با یکی از مدل‌های نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، یکی از موضوعاتی است که ضمن رفع شبهه‌های وارد شده بر این نظام، موجبات بازشناسی پاسخ‌های کیفری داده شده در نظام اسلامی به جرایم را فراهم می‌سازد.» این جلوه‌ای از آشفتگی‌های نظری در مورد نسبت سیاست کیفری حقوقی آکادمیک و علمی با سیاست جنایی فقهی است. تصور این که مطالعه این دو نظام سیاست جنایی باید با تفکیک جرایم بر مبنای مصلحت مورد حمله شامل دین، نفس، نبل، عقل، مال و امنیت صورت گیرد و رویکرد شارع به قائل شدن صبغی عمومی یا خصوصی برای هر یک از این جرایم و پیش‌بینی راهکارهای مشارکتی برای پاسخ دهی به جرم مورد توجه قرار گیرد و این کافی برای تبیین «مدل سیاست جنایی اسلامی» است، نشانگر عمق ضعف علمی پژوهش‌ها در این مقوله است. این تصور که «مدل سیاست جنایی اسلام، مدلی مرکب و مکمل است که راهکارهای اتخاذ شده در آن برای پاسخ دهی به بزه‌کار، مجموعه‌ای واحد بارقه‌های سزادهی، اصلاحی و ترمیمی است و دو اصل متفاوت را پیش رو دارد: انحصار مرجع پاسخ دهی کیفری به بزه؛ تعمیم‌پذیری پاسخ‌های غیرکیفری در یک سیاست جنایی مشارکتی» و تصورات و تحلیل‌های مشابه.

به نظر می‌رسد که حکومت جمهوری اسلامی ایران می‌تواند واجد سیاست جنایی مردم‌سالار باشد. حکومت جمهوری اسلامی ایران هم‌جهت با احترامی که برای حق حاکمیت جامعه (اصل ۵۶ ق.ا.) و نقش بنیادین عنصر آزادی (اصل ۹ ق.ا.) قائل گردیده است؛ مجاز است جهت‌گیری و کنترل تمامی

پاسخ‌های پیشگیرانه و سرکوب‌گرانه به پدیده مجرمانه را به عهده نگیرد و بخشی از آن را به جامعه مدنی واگذار نماید. این امر سازگاری چندانی با گفتمان فقه جزایی که اقتدارگرا و حکومت‌محور است ندارد. این حکومت می‌تواند در زمینه بزه وارد عمل شده و در جهت پاسخگویی به جرم در روش‌های کیفری، اداری، مدنی و میانجی‌گری مداخله نماید و در عین حال پاسخ از سوی جامعه مدنی به انحرافات را پذیرا شود و به رسمیت شناسد. از طرفی آزادی جامعه مدنی در ارائه پاسخ به انحرافات، در سیاست جنایی این نوع از حکومت، خصیصه‌ی اساسی محسوب می‌شود و همین امر، متضمن آن است که پاسخگویی به انحراف، عمدتاً اختیار و وظیفه جامعه مدنی تلقی گردد. از طرف دیگر، حکومت جمهوری اسلامی ایران در اساسنامه خود، به کرات احترام به اصل قانونی بودن را در همه زمینه‌ها مطرح نموده است و از آنان که رعایت این اصل در سیاست جنایی دولت‌های مردم‌سالار، جزو ارکان اصلی سیاست جنایی محسوب می‌گردد؛ این امر خود از دلایلی است که سبب می‌شود سیاست جنایی این حکومت را از نوع سیاست جنایی دولت مردم‌سالار تلقی نماییم. اما اینها فقط سطرهای کاغذ و تحلیل‌های نظری است. در میدان عمل، هرگز شاهد پیوند موفقی میان شرع و حقوق برای تکوین و تحول سیاست کیفری ایران نبوده‌ایم.

در حوزه حقوق کیفری شکلی، حاکمیت مبهم شریعت بر قوانین جزایی شکلی از بعد از انقلاب تبعاتی را کم و بیش در پی داشته است: حذف دادسرا، وحدت قاضی، قطعی بودن احکام صادره، پذیرش نظام دلایل فقهی همانند قسامه و امکان صدور حکم به قصاص بر مبنای آن، عدم برابری اعتبار شهادت زنان و مردان، عدم اعتبار شهادت زنان در برخی موضوعات، ضرورت مرد بودن قاضی، ضرورت مجتهد بودن قاضی. هر کدام از تغییرات مذکور در فوق در طول سه دهه تأکید بر اسلامی‌سازی قوانین کیفری شکلی، خود به دفعات دستخوش تغییرات بنیادین شده‌اند، که شرح تفصیلی آن خارج از موضوع و مجال این مقاله است. اما به عنوان مثال، اکنون نه تنها اصل بر قطعی بودن آراء صادره از محاکم نیست، بلکه اصل بر تجدیدنظرپذیری کلیه احکام است (ماده ۴۲۶ ق.آ.د.ک) همچنین در حال حاضر زنان در برخی موارد دارای سمت قضایی (دادیار و مشاور دادگاه) هستند؛ همچنان که در عمل هرگز امکان سپردن کامل امر قضاء به دست مجتهدان جامع‌الشرایط فراهم نشد؛ و نظام ادله اثبات دعوا نیز در طول زمان و خصوصاً در تحولات تقنینی اخیر دستخوش تغییرات نسبتاً قابل توجهی گشت. در مجموع، باید در نظر داشت که به‌رغم تمایل مقنن پس از انقلاب اسلامی به ایجاد ساختار و سازمان قضایی کاملاً اسلامی جهت اجرای عدالت کیفری، به دلیل فقدان الگوی واضح و روشنی از این ساختار در متون فقهی، می‌توان حداقل از تصویب بیش از ده قانون مرتبط با مقررات شکلی (ساختار و آیین دادرسی کیفری) در سه دهه گذشته از انقلاب اسلامی یاد کرد که هر یک به نحوی در سازمان و ساختار دادگاه‌ها و دادسراها، امکان تجدیدنظر در احکام و... تغییرات جزئی یا بسیار کلی و بنیادین ایجاد کرده‌اند که هنوز هم ادامه دارد.

این در حالی است که قوانین جزایی ماهوی (مربوط به انواع جرایم و مجازات‌ها) تنها یک‌بار و آن هم به صورت شکلی دچار تغییر شده، در ذیل عنوان واحد «قانون مجازات اسلامی» جمع شده‌اند. این گونه بی‌ثباتی در قوانین شکلی که با اعطای اختیارات گسترده به رئیس قوه قضائیه جهت نقض احکام صادره قطعی از محاکم در هر زمان همراه است، حاکمیت قانون و اعتبار احکام قضایی را دچار اخلال و خدشه می‌کند. از این رو، در مجموع می‌توان گفت قانون‌گذار ایرانی هنوز به مدلی روشن و دقیق برای اسلامی‌سازی فرآیند عدالت کیفری دست نیافته است.

به رغم پذیرش کامل اصل قانونی بودن حقوق جزا (مشمول بر اصل قانونی بودن جرم، مجازات، دادرسی کیفری و اجرای احکام جزایی) و پیامدهای آن در قانون اساسی، در مواردی از قانون‌گذاری عادی به طور کلی یا جزئی از آن تخطی شده است. این تخطی و تعدی از اصل مذکور، عمدتاً با ایجاد امکان استناد به منابع فقهی در امور کیفری، حتی در مواردی که قانونی وضع نشده است، فراهم گردید. علاوه بر این، امکان استناد به منابع شرعی مقدم بر قوانین جزایی، به ترتیبی که در مواد ۱۸ و ۴۲ این‌نامه دادرسی و دادگاه‌های ویژه روحانیت پیش‌بینی شده است بدین ترتیب، فرآیند تقنین قوانین کیفری در ایران، در حال حاضر به مدلی دست یافته است که در ابتدای قانون‌گذاری جزایی آن را تجربه کرده بود: «مدل حاکمیت موازی شرع و قانون».

در خصوص حاکمیت مطلق شریعت بر قوانین جزایی بعد از انقلاب اسلامی نیز باید توجه داشت فرآیند اسلامی‌سازی قوانین در سال ۱۳۶۱ به نحو بسیار مشهودی به اجرا درآمد. در این راستا، مهم‌ترین اقدام مقنن احیای انواع جرایم و مجازات‌های شرعی و تصویب آنها در قالب مواد قانونی بود. از جمله نتایج این‌گونه التزام به اجرای دقیق فقه و شریعت در قالب قانون، ایجاد برخی تغییرات در اصول کلان حقوق کیفری همچون اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، مسئولیت کیفری و نیز اصول حاکم بر مجازات‌ها و واکنش نسبت به بزه‌کاران بوده است. در قانون‌گذاری جزایی بعد از انقلاب سن مسئولیت کیفری، تحت تأثیر متون فقهی، در مورد دختران ۹ سال تمام قمری و در خصوص پسران ۱۵ سال تمام قمری است. پذیرش مسئولیت کیفری برای عاقله بزه‌کاران، تفاوت در میزان مجازات بزه‌کار بر مبنای جنسیت و مذهب بزه‌دیده، تعیین دقیق و غیر قابل تغییر میزان جبران خسارت قربانی در جرایم علیه تمامیت جسمانی و... از نمونه‌های این پیامدها بوده است. مقنن در قانون مجازات اسلامی جدید، چاره بحران سن مسئولیت کیفری را در رسیدگی موردی و تشخیص عدم رشد و کمال عقلی فرد مرتکب و یا عدم درک جرم ارتكابی و در نتیجه سقوط مجازات حد و قصاص قرار داده است، به این امید که شاید این نوع برداشت موردی، تعمیم یافته و رویه شود، اما به واقع، چارچوب فکری حاکم بر ذهن مقنن تفاوت‌چندانی از ابتدای انقلاب اسلامی نکرده و همچنان جمود بر لفظ و بی-توجهی به عقلانیت و مقاصد شریعت و مذاق شارع، فقه و حقوق ایران و بسیاری از دیگر عرصه‌های معرفتی اسلام و ایران را به چالش‌های مژمن و دردناکی کشانده است. سیاست جنایی فقهی مقنن در

ایجاد تحول در جرایم حدی نیز عموماً مشوش و مبتلا به ضعف در منطق و عقلانیت است. به‌رغم حذف رجم در لایحه مجازات اسلامی، در ماده ۲۲۵ قانون جدید مجدداً بر کیفر رجم تصریح شده ولی به طور غیرقابل توجیهی در این ماده آمده است که «در صورت عدم امکان اجرای رجم...». یعنی چه؟! مقنن هم می‌خواهد رجم را سیاهه کیفرها نگه دارد و هم با عبارتی بسیار مبهم اقدام به تعیین جایگزین شلاق برای آن می‌کند. مقنن در ماده ۲۳۴، احصان را که هزار و چهارصد سال از صدر اسلام تا به حال از شرایط زنا محصن و محصنه بود، به شرایط لواط تعمیم داده است. از سوی دیگر، قانون جدید به شأن زن بسیار جسارت کرده است؛ از جمله این در تعریف احصان در حد لواط گفته «... و هروقت بخواهد امکان جماع از همان طریق را با وی [همسرش] داشته باشد». گویا زن از دید مقنن، محفظه‌ای برای ارضاء شهوت است و فوراً به محض عدم برآورده کردن نیاز زوج به اطفاء شهوت، زوج چنانچه لواط کرد؛ مستحق تخفیف کیفر است. ضمن این که احصان را از شرایط اعدام فاعل در لواط دانسته و این شرط تخفیفی را برای مفعول قرار نداده است.

با نگاهی کلی به قانون مجازات اسلامی مشاهده می‌شود که یک منطق مشخص بر کلیت قانون حاکم نیست و معیار انتخاب فتاوی مختلف در مسائل مختلف روشن نیست. به عبارتی، دغدغه قانونگذار معلوم نیست؛ این که آیا دغدغه مسائل حقوق بشری را داشته یا کاهش مجازات‌های قانونی اعدام یا استفاده از تأسیسات جدید جهت پر کردن خلأها یا کارآمدی کیفرهای سنتی؟ مثلاً در لواط مجازات فاعل منوط به احصان شده است. گویا اینجا دغدغه قانونگذار کم کردن اعدام بوده است. اما همین قانونگذار در ماده ۲۷۸ و ۲۸۸ دو جرم با مجازات اعدام وضع کرده است: افساد فی الارض و بغي، و افساد را به گونه‌ای تعریف کرده که می‌تواند اعدام‌های کشور را به چند برابر آمار کنونی افزایش داد. این در حالی است که امام (ره) و مشهور فقهای شیعه، افساد را جرم جداگانه‌ای نمی‌دانند. همچنین قانونگذار تمایل داشته خسارت مازاد بر دیه را در قانون پیش بینی کند، اما شورای محترم نگهبان بنا بر نظر مشهور مخالفت نموده است. حال سؤال این است که چرا در رابطه با افساد از نظر مشهور تبعیت نشده است؟ مقنن، همچنین مواد بی‌فایده فراوانی از جمله ماده ۲۴۶ تصویب کرده و فقط خواسته است خود را واقف به مسائل نوظهور از قبیل امکان ارتکاب جرم از طریق سایبری جلوه دهد.

مجازات‌های بدنی نظیر قطع عضو و سنگسار و شلاق از جهت روح حاکم بر جامعه قابلیت اجرایی را نداشته، و مجازات اعدام نیز بایستی در موارد و مصادیق خاص و ضروری اجرا گردد. استفاده از قواعد فقهی نظیر «التعزیر بما یراه الحاکم» و قاعده «التعزیر دون الحد» می‌تواند ما را در تغییر مجازات‌های بدنی و تبدیل آنها به مجازات‌های نوین کمک کند. قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» نشان می‌دهد که می‌توان تعیین مجازات را به عهده قانونگذار قرار داده و موجب شود که مقنن از کیفرهای متنوع که متناسب با تحقیقات جرم شناختی است بهره‌گیری نماید و جامعه را به سمت تعالی بر اساس روش-

های علمی پیش ببرد. استفاده از قاعده «التعزیر دون الحد» نیز بازتاب این حقیقت است که مقنن باید از کیفرهایی استفاده نماید که شدت مجازات شلّاق را نداشته باشند و نه به این معنا که فقط تعداد ضربات تازیانه کمتر از حد باشد.

از طرف دیگر، صدور قطعنامه‌های متعددی علیه نظام جمهوری اسلامی ایران در مجمع عمومی سازمان ملل متحد در این زمینه، ضرورت باز نگری در مجازات‌هایی که به جسم توجه دارند را توجیه می‌نماید. مقنن در این سده اخیر با تصویب قوانین کیفری آزمایشی و موقت نشان داده است که به تحقیقات کیفر شناسی نوین بی توجهی و یا کم توجهی نموده است. با این حال، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، یک گام مهم رو به جلو بود و از این رو، شایسته تحلیل از منظر معیارهای کیفرشناختی می‌باشد. اگرچه در بعضی از اصول قانون اساسی مانند اصل بیستم این قانون، در ظاهر امر «رعایت موازین اسلامی» به عنوان قیدی برای برخورداری متفاوت افراد جامعه، از حقوق اساسی مطرح گردیده است؛ اما با بررسی و تأمل بیشتر می‌توان در این زمینه به صورتی متفاوت از آنچه گفته شد، در پرتو اصل ۲۰ ق.ا. نتیجه‌گیری نمود.

آنچه مسلم است؛ نظریه‌پردازی در حوزه سیاست جنایی به شدت مورد نیاز کشور است. فقدان الگوی بومی منسجم برای چاره‌اندیشی در قبال بزه و انحراف موجب ناهماهنگی دستگاه‌های حکومتی متصدی امر است، و این پیامدی جز افت شاخص‌های عدالت کیفری در ایران ندارد. از سوی دیگر، از جمله ویژگی‌های گفتمان‌های غالب در سیاست جنایی غربی، قرارگیری نظام‌های عدالت کیفری به‌طور نسبی در چارچوب یکی از مدل‌های تعریف شده لیبرال، اتوریته، توتالیتیر و مانند آن است، که خود ریشه در تقابل نظری و عملی آزادی‌گرایی و امنیت‌گرایی دارد. سیاست جنایی غربی معاصر، مبتنی بر منطق مدرنیته است.

سیاست جنایی در ایران، اگر خوشبینانه هم بنگریم، باز بسیار آشفته است و اگر واقع‌بینانه بسنجیم، به نظر نگارنده، چیزی به نام «سیاست جنایی» به معنای دقیق کلمه و به مفهوم پیروی نظام عدالت کیفری رسمی کشور از یک سیاست و تدبیر، وجود مستقر ندارد. برای اصلاح وضع کنون سیاست جنایی در ایران باید هم روش کنونی الهام‌گیری از رویکردهای جرم‌شناختی غربی مورد نقد – به ویژه از جهت معرفت‌شناسی – قرار گیرد و هم محتوای این رویکردهای همیشه در حال گذار؛ چرا که آموزه‌های جرم‌شناسی از مهم‌ترین عناصر راهنمای مدیران سیاست‌گذاری جنایی است. وضعیت ورود گزاره‌های جرم‌شناسی و راهبردهای سیاست جنایی از غرب به بخش به ظاهر پژوهشی ادبیات حقوقی دانشگاه و قانونی و قضایی کشورمان از این جهت اسفبار به نظر می‌رسد که هر رویکرد و نظریه در بدو ورود از طریق ترجمه به کشور تا چند سال مورد تمجید قرار می‌گیرد و رفته رفته معایب و چالش‌های آن هم باز ترجمه – و حال اندکی هم تحلیل، که البته به جایی نمی‌خورد – می‌شود و این نتیجه‌ای جز تشدید سرگردانی سیاست جنایی در پی ندارد.

۵- نقد و بررسی دو مورد از مصادیق سیاست کیفری تقنینی متأثر از فقه

الف- نقد و بررسی مجازات زانیه بالغ با نابالغ

طبق ماده ۲۲۸ قانون مجازات اسلامی: «در زنا با محارم نسبی و زنا با محصنه، چنانچه زانیه بالغ و زانی نابالغ باشد مجازات زانیه فقط صدضربه شلاق است.»

مستندروایی این ماده صحیحه ابی بصیر است که آمده: «عن ابی عبدالله (ع) فی غلام صغیر لم یدرک ابن عشر سنین زنی بامرأه قال یجلد الغلام دون الحد وتجلد المرأه الحد کاملاً قیل له فان کانت محصنه قال لا ترجم لان الذی نکحها لیس بمدرک ولو کان مدرکاً رجعت. (کلینی، ۱۳۶۳، ج ۷، ص ۱۸۰؛ شیخ صدوق، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۲۷) امام صادق (ع) در مورد پسربچه نابالغ ده ساله ای که با زنی زنا کرد فرمود: پسربچه به کمتر از حد زده می شود و برزن حد کامل (صدضربه شلاق) جاری می شود. سؤال شد اگر زن محصنه باشد چه حکمی دارد؟ امام (ع) فرمود: ترجم نمی شود چون کسی که با او نزدیکی کرده است بالغ نبوده است. اگر بالغ بود، زانیه رجم می شد.

سند روایت تام است و دلالت آن نسبت به زنا با محصنه صریح است و هر چند روایت نسبت به زنا با محارم نسبی صریح نیست؛ ولی به نظر می رسد فقها با توجه به تعلیل روایت (لان الذی نکحها لیس بمدرک) و الغای خصوصیت از رجم و با استناد به قواعد درء و احتیاط آن را در موضوع زنا با محارم نسبی نیز تسری داده اند.

براین ماده قانونی ایراد گرفته می شود؛ چرا که تخفیف مجازات زانیه در این فرض صحیح نیست؛ چون شناخت آن بیش از زنا با بالغ است و موجب فساد نابالغ می شود و سوءاستفاده از کودک محسوب می شود؛ لذا در این فرض حداقل قانونگذار می توانست در کنار آن مجازات گفته شده، یک یا چند مجازات تکمیلی نیز برای زانیه در نظر بگیرد و علاوه بر حد، او را به مجازات های تکمیلی محکوم نماید.

ب- نقد و بررسی مجازات حد قوادی

یا در مورد مجازات حد قوادی که قانونگذار طبق ماده ۲۴۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲ حد آن را برای بار اول، برای مرد، فقط هفتاد و پنج ضربه شلاق دانسته است. با اینکه طبق مستند روایی آن که خیر عبدالله بن سنان است، مجازات شلاق و تبعید با هم آمده است که بخاطر اطلاق داشتن حکم، برای بار اول، علاوه بر شلاق، تبعید نیز می باشد. روایت آمده که «قلت لأبی عبدالله (ع) أخبرنی عن القواد ما حده؟... قال یضرب ثلاثه أرباع حد الزانی خمسہ وسبعین سوطاً وینفی من المصر الذی هو فیه؛» (حرعاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۸، ص ۱۷۱) عبدالله بن سنان می گوید: از امام صادق (ع) در مورد حد قواد پرسیدم که حدش چیست؟... امام فرمود: قواد سه چهارم حد زانی (هفتاد و پنج ضربه شلاق) حد زده می شود و از شهری که در آن است تبعید می شود.

در این روایت مجازات حد قواد شلاق و تبعید آمده است که بخاطر اطلاق داشتن حکم^۱، اکثر فقهای متقدم و متأخر (شیخ طوسی، بی تا، ج ۳، ص ۷۱۰؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۷۱؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۵۳۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴، ص ۱۴۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۷۶؛ شهید اول، ۱۴۱۱ق، ص ۲۵۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۴، ص ۴۲۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۹۱؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۹۸؛ تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۲۲) به تبعید قواد در مرتبه اول فتوا داده اند. ولی شورای نگهبان به معین بودن تبعید در مرتبه اول، اشکال گرفت و آن را خلاف شرع دانسته است^۲. و شاید بتوان این تساهل گرفتن را از تحولات اخیر سیاست جنایی تقنینی دانست.

۶- اصل ۱۶۷ قانون اساسی

الف- منابع معتبر اسلامی یعنی کتاب، سنت، اجماع و عقل

منابع معتبر اسلامی همان منابع فقه امامیه یعنی کتاب، سنت، اجماع^۳ و عقل می باشد که قاضی اگر خود مجتهد جامع شرایط است، باید به آن ها رجوع کند و اگر مجتهد یا جامع شرایط نیست، در این صورت باید از فتاوی معتبر دیگر مجتهدان جامع شرایط بهره برده، به آن ها استناد کند. دلیلی که برای تأیید این فرضیه می توان اقامه نمود، عبارت است از ظهور عبارات اصل ۱۶۷ قانون اساسی و منشأ این استظهار نیز عبارت است از دلالت مطابقی واژه (یا) که دقیقاً در عبارت (منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر) به کار رفته است و این واژه علی القاعده میان دو کلمه یا عبارت به کار می رود که آن دو تباین داشته باشند.

اما این فرضیه با اشکالات متعددی نیز روبرو است که باید برای آن ها پاسخ مستدلی یافت؛ زیرا این استظهار از سوی مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران^۴ صورت نگرفته است و این نحوه تفسیر منابع اسلامی یا فتاوی معتبر سبب اختلاف احکام صادره از سوی قضات مختلف در موارد مشابه می شود، به گونه ای که تا هنگامی که به وحدت رویه منجر نشده است، تفاوت در احکام صادره را در خصوص موارد مشابه در پی خواهد داشت.

به علاوه جهل مردم نسبت به استنباطات قاضی مجتهد به گونه ای است که نمی توان آن را نادیده گرفت و عقلاً نمی توان مردم را به توجه به استنباطی مکلف نمود که قاضی پرونده احتمالاً در آینده خواهد داشت.

^۱ حرعاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۸، ص ۱۷۱؛ «وینفی من المصرالذی هوفیه»

^۲ البته برخی فقهاء مانند صاحب جواهر (نجفی، ۱۳۶۶ش، ج ۴۱، ص ۴۰۱) و امام خمینی (۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۴۷۱) نیز احتیاط را تبعید در مرتبه دوم دانسته اند.
^۳ اجماع در فقه امامیه منبع مستقلی نیست و صرفاً به عنوان کاشف قول معصوم یا همان سنت می باشد و لذا صحیح تر آن است که در عرض سه منبع دیگر طرح نگردد، برعکس در خصوص اهل تسنن این منبع بسیار مهم است و به تعبیر برخی (الاجماع اصل لأهل السنه، و هم اصل له)

^۴ بر طبق اصل ۹۸ تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه چهارم آنان انجام می شود.

ب- منابع معتبر اسلامی یعنی فتاوی معتبر یا فتاوی حاکم شرع

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

دلایل متعددی را برای تأیید این فرضیه می‌توان ارائه نمود:

۱- دلیل نخست؛ واژه (یا) در عبارت (منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر) ظهور در تباین این دو دارد، اما این ظهور قابل پذیرش نیست و مقصود از منابع معتبر اسلامی را باید همان فتاوی معتبر دانست.

۲- دلیل دوم؛ با عنایت به تبصره ماده ۳۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی انقلاب (در امور مدنی) که مقرر می‌دارد چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند، پرونده به شعبه دیگری برای رسیدگی ارجاع خواهد شد، بنابراین می‌توان استنباط کرد که قانون‌گذار در صدد است که اجتهاد قضات مبنا و محور قضاوت و صدور حکم قرار نگیرد.

۳- دلیل سوم؛ این فرضیه اشکالات متعددی را که به دلیل اختلافات هرچند جزئی و نادر در فتاوی معتبر ممکن است بروز کند، منتفی خواهد نمود.

۴- دلیل چهارم؛ مستندات موجود حاکی از تأیید ضمنی این امر از سوی شورای محترم نگهبان است.

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

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

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

در خصوص دلیل سوم نیز می‌توان گفت نقد قانون سوازی تفسیر آن است و به صرف اشکالات عملی آن هم جزئی در اجرای قانون نمی‌توان اراده قانون‌گذار را نادیده گرفت و فرضیه مخالف را جایگزین اراده قانون‌گذار نمود.

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

ج- بررسی اصل ۱۶۷ قانون اساسی در سیاست کیفری

از نمونه های بارز آشفتگی معناشناختی در انتقال مفاهیم الفاظ از فقه به حقوق را باید در اصل ۱۶۷ قانون اساسی بررسی نمود. دلایل متعدد و مستحکم فقهی و حقوقی وجود دارد که بر اساس آنها نمی توان اصل ۱۶۷ قانون اساسی در قلمرو جرم انگاری تفسیر کرد. اولین دلیل، اجتماعی است. اعضای جامعه باید حدود اعمال ممنوع خود را بدانند تا نظم و عدالت به محقق نرود. دلیل دوم، روان-شناختی است. برای تحقق بهداشت روانی و آسودگی خاطر شهروندان باید قوانین واضح باشند تا ملت در هراس و اضطراب نباشند. دلیل سوم، قضایی است. تکلیف قاضی مأذون دایر بر استخراج احکام از منابع فقهی و حتی تشخیص فتاوی معتبر که نوعی اجتهاد فقهی است، تکلیف بمالایطاق است (طهماسبی، ۱۳۹۲، ص ۱۰۹) دلیل چهارم، فقهی است. با عنایت به گستردگی فتاوی معتبر و منابع فقهی، اطلاع از تمام آنها و مصادیق معتبر از میان آنها برای مردم غیرممکن است و حرمت شرع را نیز مخدوش می کند. دلیل پنجم، رعایت کرامت انسانی است. چنانچه تأسیس تعزیر را بدون رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات وارد نظام حقوق کیفری کشور کنیم، پیامد آن تحمیل مجازات بر بسیاری از روابط خصوصی و شخصی از جمله دروغ و غیبت و ترک جواب سلام و بغض و بخل و حسد است. (حبیب زاده و قیاسی، ۱۳۸۰، ش ۱، ص ۲۰) دلیل ششم، سیاسی است. کیفررسانی به مجرمان بر اساس قانون، در میثاق مردم و دولت پذیرفته شده است. تنظیم کننده روابط ملت و دولت، حاکمیت قانون است و نه استنباط شخصی قضات (افتخارچهرمی، ۱۳۷۸، ش ۲۶ و ۲۵، ص ۳۰؛ سجادی نژاد، ۱۳۸۵، ش ۲۰، ص ۳۵) دلیل هشتم، مبتنی بر حقوق اساسی است؛ بدین شرح که عمل به اصل ۱۶۷ قانون اساسی نباید زمینه اجرای دیگر اصول این قانون از جمله اصل ۲۱ را از بین ببرد. در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بر ضرورت قانونی بودن مجازات های تعزیری تأکید شده است. تا پیش از رسمیت قانون مذکور و معتبر کنونی، طبق ماده ۶۳۸ قانون تعزیرات ۱۳۷۵ «تظاهر به عمل حرام جرم انگاری نشده» مورد جرم انگاری کلی و موسع قرار گرفته بود. اما ماده ۱۸ قانون جدید، علاوه بر تصریح به لزوم وضع قانون برای تعزیر، مقررات مربوط به تخفیف و تعلیق و سقوط تعزیرات را نیز وفق قانون - و نه دیگر به طور کلی و با احاله ی مبهم به فقه - مجاز دانسته است. این یک تحول

(اگرچه بسیار دیر هنگام) در شناسایی اصل قانون بودن جرم و مجازات در سیاست جنایی تقنینی جمهوری اسلامی است. لذت درک این تحول - اگرچه تحولی بسیار دیر هنگام - متأسفانه فوراً خنثی می‌شود؛ آن‌گاه که می‌بینیم ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مجرای اصل ۱۶۷ را صراحتاً به جرم‌انگاری توسعه می‌دهد: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است برابر اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی عمل می‌شود.»

تردیدی نیست که اصل ۱۶۷ یکی از اصول راهبردی در حوزه حقوق کیفری محسوب می‌شود، ولی نباید با استنباط مغایر با سایر اصول قانون اساسی و هنجارهای مسلم معرفت حقوقی، در اندیشه جزایی اختلال ایجاد کرد. بر این اساس، به‌رغم این که قانون‌گذار به موجب ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی جدید و با حذف ماده ۲۱۴ از لایحه‌آیین دادرسی کیفری، اراده خود را بهتر از گذشته بر اجرای اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها آشکار نموده است، اما ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی جدید، عقبگرد قحقرآیانه غیرقابل توجهی است که نشانگر افزایش آشفتگی مفهومی در سیاست جنایی تقنینی جمهوری اسلامی در این خصوص می‌باشد. دلیل اصلی این آشفتگی، ضعف گفتمان سنتی سیاست جنایی اسلامی و در مقیاس کلان‌تر، ضعف گفتمان‌های سنتی فقه در توجه به عقلانیت و خواست عمومی ملت است. این در حالی است که در مکتب جامعه‌شناسی حقوقی، توجه به ضرورت‌های اجتماعی بیش از محورهای عدالت‌خواهانه مورد تأکید قرار می‌گیرد در حالی که در مکتب حقوقی عقلی محض تکیه بر منطق و برهان و استدلال و در نهایت اراده قانون‌گذار است. از این رو در توضیح دکترین - و از جمله دکترین حکومت اسلامی مبنای رژیم حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران - باید این نکته مورد توجه باشد که حضور عقل‌محور ضرورتاً به معنای درک نیازها نیست؛ همان‌طور که حضور جامعه‌شناسانه به معنای طرد و رفع دستورات بایسته و اصالت‌های عقل‌گرا نخواهد بود (ابراهیمی، ۱۳۸۷، ش ۲۲، ص ۱۹) و این دو مهم یعنی صورت «عقل و برهان» در کنار «درک و پاسخ نیازهای اجتماعی» در تکوین قاعده حقوقی نقش مستقیم دارند. دکترین - به معنای تصدیق قاعده حقوقی و جستجوی حکم در میان فرضیه‌های محتمل - این دو شالوده مهم را مستغنی خواهد کرد و از اظهارنظرهای سطحی به عمق باورهای حقوقی ما را رهنمون خواهد ساخت.

انسان با بررسی تجربی، حداکثر به برخی از علل و شرایط موجود در اشیاء و امور پی می‌برد نه به تمامی آنها. امور جزایی از همین زمره‌اند. اما این نیز بدان معنا نیست که باب مصلحت‌سنجی را در اجتهاد برای نظام‌سازی سیاست جنایی اسلامی مسدود کنیم و صرفاً فقه را ترجمه و به قانون جزایی تزریق نماییم؛ خطایی فاحشی که از ابتدای پیروزی شکوهمند انقلاب اسلامی تا به امروز توسط مراجع تقنینی جمهوری اسلامی ایران ارتکاب یافته و متأسفانه در قانون مجازات اسلامی ارتکاب یافته و حتی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز مجدداً تکرار شده است. به نظر می‌رسد با توجه به تحولات زمانه، دست‌کم دو نوع تغییر در احکام شرعی ضروری است تا فقه جزایی متحول گردد.

تحول در فقه جزایی، خود از ملزومات تصحیح رویکردهای نامطلوب به سیاست جنایی اسلامی است. تحول اول، تحول در موضوعات احکام است و تحول در نوع دوم، نگرش‌های جدید در بازخوانی آیات و روایات. رویکرد نواعزالی و رویکرد مقاصدی به فقه، تحولاتی از نوع دوم هستند. در مقابل، متأسفانه شکل‌گیری اشاعره در مقابل معتزله، پیدایش اهل حدیث در برابر متکلمان، شیوع اخباری‌گری در برابر جریان اجتهاد، نگرش عقل‌ستیز و اجتماع‌گریز به خود اجتهاد، و پیدایش مکتب تفکیک در برابر جریان‌های درخشان فلسفه اسلامی، بنیادگرایی دینی با گونه‌های متنوع وهابیت و سلفیت و جنبش‌های طالبان و النصره و دهها گروهک تروریستی و شکنجه‌گر دیده می‌شوند که هریک به نوعی ادعای ضرورت اکتفا به متون نقلی (چه نصوص صحیح و چه غلط، تفاوتی ندارد) و پرهیز از هرگونه تلاش عقلی و معرفتی افزون بر پذیرش ظواهر کتاب و سنت را مطرح می‌کنند؛ اردوگاه فکری اینان تصویری عقل‌ستیز و خشن و تروریستی و متوحش از اسلام و تمدن اسلامی ارائه می‌دهد و برماست که با کوچکترین مصادیق عقل‌ستیزی و اجتماع‌گریزی در سیاست جنایی کشورمان مقابله کنیم.

۷- برآمد

بعد از انقلاب اسلامی، با بروز اسلام‌گرایی و تجددخواهی، در اصل ۴، ۷۲، ۹۱ و ۱۶۷ قانون اساسی، حقوق اسلامی دوباره - پس از فترت دو حکومت پهلوی - در عرصه وضع قانون دخیل دانسته شد اما متأسفانه بدین شکل که فقه مستقیماً به پیکر حقوق موضوعه تزریق شد. تزریق مستقیم فقه به حقوق، در قانون حدود، قصاص، دیات، قانون راجع به تعزیرات (از ۱۳۶۱ تا ۱۳۷۰)، قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ و ۱۳۷۵ و حتی قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز متأسفانه تکرار شد؛ اگرچه مقنن از انقلاب اسلامی تا به امروزه، توجه فزآینده‌ای به نهادهای و تأسیسات حقوقی غربی نیز داشته است. البته باز متأسفانه باید گفت که در همین روند خروج از مضمحل کردن حقوق در فقه، همچنان به خرد جمعی و نظر اندیشمندان حقوق و عرف زمانه و ارزش‌های اجتماعی سازگار با مقاصد شریعت کم‌توجه است. ترجمه‌گرایی و ترجمه از غرب و از شرع، دشمن عقلانیت و دشمن مقاصد شریعت و دشمن مردم‌سالاری دینی است. باید ظرفیت روش‌شناسی فقهی را از چارچوب تنگ گذشته، یعنی نظام سلطانی، در حوزه‌ی استنباط احکام سیاسی رها کنیم و به استخدام این دانش در تبیین مسائل جدید زندگی مسلمانی بپردازیم. درست در چنین شرایطی است که از خطر گذشته‌گرایی احیاگرانه و سلفیسم رها شده‌ایم و از سوی دیگر نیز از خروج از دستگاه فقهی به اعتبار سراب سکولاریسم نیز پرهیز خواهد شد. اما به هر روی، تحولات اخیر سیاست کیفری تقنینی ایران نشانگر ورود آموزه‌های جرم-شناختی و کیفرشناختی بر مبنای مدل سیاست کیفری آزادی‌خواه نسبی به حقوق کیفری ماهوی و شکلی موضوعه است که خود ریشه در افزایش همسویی سیاست کیفری ایران با دستاوردهای نظری و راهبردی حقوق بشر دارد.

در این مقاله، پس از تبیین جلوه‌ها و عوامل ناهمگرایی منبع شرعی سیاست کیفری ایران با منبع

حقوقی این نظام، توصیف و تحلیل ساختارهای حقوقی و مواد قانونی و رویه‌های قضایی برگرفته از فقه سنتی در نظام کیفری ایران، که با هنجارهای حقوق بشر بین‌المللی منافات دارد صورت گرفت. همچنین پیشنهادهایی به قانونگذار جهت تقویت توازن در بهره‌گیری از منابع شرعی و منابع آکادمیک حقوق معاصر در اصلاحات قانونی ابراز شد، که عبارت بودند از: ۱- پژوهش پیرامون ضرورت ابهام-زدایی از نسبت امر فقهی با امر حقوقی در سیاست کیفری ایران، ۲- پژوهش پیرامون مصادیق اصطکاک میان دستاوردهای سیاست کیفری غربی با آموزه‌های حقوق کیفری اسلامی، نظیر تعویق صدور حکم.

۸- منابع و مأخذ

- ۱- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، (۱۴۱۰ق)، السرائر، قم، نشر اسلامی
- ۲- ابن براج طرابلسی، عبدالعزیز، (۱۴۰۶ق)، المهذب، قم، نشر اسلامی
- ۳- ابن منظور، محمد بن مکرم، (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دارالفکر
- ۴- ابراهیمی، علیرضا (۱۳۸۷)، فتاوی معتبر و دکترین، همانندی‌ها و تفاوت‌ها، مطالعات بین‌المللی،

ش ۲۲

- ۵- اراکی، محسن، (۱۳۹۳)، فقه نظام سیاسی اسلام، قم، نشر فرهنگ
- ۶- اکرمی، روح‌الله، (۱۳۹۳)، تحلیل فرآیند نظارت شرعی شورای نگهبان بر مصوبات مجلس، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال سوم، ش ۹
- ۷- تبریزی، میرزا جواد، (۱۴۱۷ق)، أسس الحدود والتعزیرات، قم، بی جا
- ۸- حر عاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۴ق)، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل‌البتیت (ع)
- ۹- حسینی، حمیدرضا و مهدی علی پور (۱۳۹۰)، پارادایم اجتهادی دانش دینی، قم: پژوهشگاه حوزه
- ۱۰- حسینی، سید محمد (۱۳۸۳)، سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران، تهران: دانشگاه

تهران

- ۱۱- حسینی حائری، سید کاظم، (۱۴۲۴ق)، ولایه الامر فی عصر الغیبه، چاپ دوم، قم: مجمع اندیشه اسلامی

- ۱۲- خوانساری، سید احمد، (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک، تهران، مکتبه الصدوق
- ۱۳- شاکری کلیایگانی، طوبی (۱۳۸۰)، فقه جزا و سیاست جنایی، مطالعات راهبردی زنان، ش ۱۱
- ۱۴- شمس، عبدالله، ۱۳۸۵، آئین دادرسی مدنی، تهران، نشر دراک
- ۱۵- شهید اول، محمد بن مکی عاملی، (۱۴۱۱ق)، اللمه الدمشقیه، قم، دارالفکر
- ۱۶- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی، (۱۴۱۹ق)، مسالک الأفهام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه
- ۱۷- صدوق، محمد بن علی، (۱۴۰۴ق)، من لایحضره الفقیه، تحقیق علی اکبر غفاری، قم،

نشر اسلامی

- ۱۸- صرامی، سیف الله، (۱۳۸۳)، منابع قانونگذاری در حکومت اسلامی، قم، بوستان کتاب
- ۱۹- ضیایی فر، سعید، (۱۳۹۰)، رویکرد حکومتی در فقه، فصلنامه علوم سیاسی، ش ۵۳
- ۲۰- طریحی، (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرين، تهران: کتاب فروشی مرتضوی
- ۲۱- طوسی، محمدبن حسن، (بی تا)، النهایه فی مجرالفقه و الفتاوی، قم، انتشارات قدس محمدی
- ۲۲- طهماسبی، جواد، (۱۳۹۲)، اصل ۱۶۷ قانون اساسی و حاکمیت قانون در امور کیفری، در: دایره المعارف علوم جنایی، تهران، نشر میزان.
- ۲۳- عاملی، حسن بن زین الدین، (۱۴۱۸ق)، معالم الدین وملاذ المجتهدین، قم: مؤسسه الفقه للطباعه
- ۲۴- عاملی، ابراهیم، (۱۳۶۰)، تفسیر عاملی، تهران: کتابخانه صدوق
- ۲۵- عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۸۹)، دانشنامه فقه سیاسی، تهران: دانشگاه تهران
- ۲۶- عمید زنجانی، عباسعلی، (۱۳۶۶)، فقه سیاسی، تهران: امیرکبیر
- ۲۷- علیشاهی، ابوالفضل (۱۳۹۰)، چپستی و کارکردهای «مذاق شریعت»، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، ش ۸۶.
- ۲۸- علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۴۱۰ق)، ارشادالأذهان الی احکام الايمان، تحقیق فارس الحسون، قم، نشر اسلامی
- ۲۹- فارابی ابونصر محمد، ۱۹۳۱م، احصاء العلوم، تصحیح عثمان امین، مصر: مطبعه السعاده
- ۳۰- فیومی، احمد بن محمد، (بی تا)، المصباح المنیر، بیروت، المکتبه العلمیه
- ۳۱- قیاسی، جلال الدین (۱۳۸۵)، مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ۳۲- کلینی، محمدبن یعقوب، (۱۳۶۳ش)، الکافی، تحقیق علی اکبر غفاری، تهران، دارالکتب الاسلامیه
- ۳۳- گلپایگانی، سیدمحمد رضا، (۱۴۱۲ق)، الدر المنضود فی احکام الحدود، قم، دارالقرآن الکریم
- ۳۴- محقق حلی، جعفر بن حسن، (۱۴۰۹ق)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، تهران، انتشارات استقلال
- ۳۵- محمدی، ابوالحسن، (۱۳۸۳)، مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۳۶- مشکینی، علی، (۱۴۱۶ق)، اصطلاحات الاصول و معظم ابحاثها، قم: الهادی
- ۳۷- مصطفوی، حسن، (۱۳۶۸)، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی

- ۳۸- مظفر، محمدرضا، (۱۴۰۵ق)، اصول الفقه، قم، نشر دانش اسلامی.
- ۳۹- موسوی خمینی، روح الله، ۱۴۲۰ق، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه النشر الاسلامی
- ۴۰- منتظری، حسینعلی، ۱۴۰۹ق، دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، قم: تفکر
- ۴۱- نجفی، محمدحسن، ۱۳۶۶ش، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تحقیق قوچانی، تهران، دارالکتب الاسلامیه
- ۴۲- هاشمی، سید محمد، (۱۳۸۰)، حقوق اساسی و ساختارهای سیاسی، تهران، میزان.
- ۴۳- یزدانیان، علیرضا (۱۳۸۹)، قلمرو فقه در حقوق موضوعه ایران، پژوهش‌نامه انتقادی متون و برنامه‌های علوم انسانی، ش ۲