

# تأملی بر ساختار تقنین کیفری در فقه امامیه و نظام جمهوری اسلامی ایران

## چکیده

نظام جمهوری اسلامی ایران بر دو پایه «مشروعیت الهی» و «مقبولیت مردمی» استوار است و نظریه ولایت فقیه، شالوده مشروعیت الهی آن را تشکیل می‌دهد. با این حال، فقدان تجربه تاریخی حکومت شیعی در قرون متمادی و مستحدثه بودن بخش عمده مسائل کیفری، موجب شده است فقه کیفری معاصر از انسجام لازم برخوردار نباشد. در سطح نهادی نیز، ساختار تقنین کیفری کشور همچنان متأثر از الگوی قانون‌گذاری عرفی به‌جامانده از نظام مشروطه است و سازوکار روش‌مندی برای اجتهاد مستمر در امر جرم‌انگاری و کیفرگذاری پیش‌بینی نشده است؛ وضعیتی که در بلندمدت، خطر عرفی‌شدن تدریجی حقوق کیفری و فاصله‌گرفتن آن از مبانی اسلامی را در پی دارد.

این مقاله با روش توصیفی-تحلیلی و با بهره‌گیری از مطالعات نظری، دلالت‌های لفظی مفاهیم قرآنی، سنت، آرای فقهای امامیه، تفاسیر شورای نگهبان و بررسی رویه جاری تقنین کیفری، در پی پاسخ به این پرسش است که: ساختار تقنین کیفری در نظام جمهوری اسلامی ایران تا چه اندازه با مبانی فقه امامیه و الزامات نظریه سیاسی ولایت فقیه انطباق دارد و چه کاستی‌ها و تعارض‌های ساختاری موجب انحراف آن از اصول اسلامی و قانون اساسی شده است؟ یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که تقنین کیفری در عمل با تضادهای نهادی و مفهومی جدی مواجه است. نوآوری اصلی مقاله در توسعه مفهوم قرآنی «قضاء» و تبیین این نکته است که تقنین کیفری، ذیل قلمرو قضاء قرار می‌گیرد و ذاتاً ماهیتی فقهی - حکومتی دارد. همچنین، تحلیل نقش شورای نگهبان و انسداد عملی مجلس شورای اسلامی در تقنین کیفری، از دیگر یافته‌های مهم تحقیق است.

نتیجه آن‌که استمرار ساختار موجود نه با مبانی فقه امامیه سازگار است و نه با الزامات نظریه ولایت فقیه. نویسنده بر این باور است که بازنگری بنیادین در ساختار تقنین کیفری و طراحی نهادی مبتنی بر اجتهاد جمعی، شفاف و پاسخ‌گو، شرط لازم برای حفظ مشروعیت شرعی، کارآمدی حقوق کیفری و جلوگیری از استحاله تدریجی نظام اسلامی است.

**کلیدواژه‌ها:** انسداد تقنینی، قانون‌گذاری کیفری، حقوق عرفی، فقه کیفری، لایحه قضائی.

## مقدمه

قانون، فرآیند قانون‌گذاری و قانون‌گذاران سه عنصر مهم در تصویب قوانین هستند. لذا در مرحله اول، قانون باید از استانداردها و کیفیت لازم برخوردار باشد. بدین معنی که دارای کمترین نقص‌های ماهوی و فنی بوده و تا حد مقدور در مطابقت با معیارهای شرعی، اخلاقی، فرهنگی و سیاسی حاکم بر جامعه باشد (Eng, 2002: 69). همچنین کارآمدی قانون نیز از موضوعات مهم و قابل ملاحظه در تنقیح قوانین است.

فرآیند قانون‌گذاری نیز باید منظم بوده و به گونه‌ای طراحی گردد که برون‌داد آن، تصویب قوانینی کارآمد، قابل اجرا، دقیق، غیرمبهم، جامع (مرکز مالیری، ۱۳۹۴: ۱۵۷) و پیش‌برنده باشد. لیکن قانون‌گذاری در اکثر کشورها، عملاً با محدودیت‌های جدی روبه‌روست.<sup>۱</sup>

در نظام جمهوری اسلامی ایران، بخشی از ساختار و فرآیند قانون‌گذاری منبعث از نظریه منتسکیو در مورد تفکیک قوا است. در حالی که براساس آموزه‌های شیعه به طور عام و نظریه ولایت فقیه به طور خاص، اداره جامعه باید به دست رهبری تقوا پیشه و عادل باشد که از سوی خداوند یا اولیاء او، منصوب شده است.

نهادهایی مانند مقام رهبری، مجلس خبرگان رهبری، مجلس شورای اسلامی، شورای نگهبان و مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز از زمره نهادهایی هستند که تلاش شده تا برپایه دیدگاه واقع‌گرایانه فقه شیعه بنا شوند. اما ساختارسازی بر اساس نظام فقه شیعه در برخی از حوزه‌های مهم مانند تقنین، از حرکت بازایستاده است. از سوی دیگر، ساختار سکولار و عرفی<sup>۲</sup> حاکم بر مجلس شورای اسلامی و معایب قانون‌گذاری توسط نمایندگان منتخب مردم (راسخ، ۱۳۸۴: ۱۳۵) و نوع صلاحیت نمایندگان انتخابی، مسیر و راه را برای تقلید از قوانین کیفری کشورهای غربی و عرفی نمودن این قوانین هموار کرده است.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> برای مطالعه محدودیت‌های قانون‌گذاری در حقوق انگلستان ر.ک:

M Zander (1994). The Law-Making Process (Weidenfeld and Nicolson, London, 1994, 4th edn), 1-104, esp. 22, 24.

<sup>۲</sup> در این مقاله، آن مفهومی از «عرفی شدن حقوق»، مد نظر است که همپلتون می‌گوید: «عرفی سازی فرایندی است که در آن نوع نگرش اجتماع و افراد را نسبت به هنجارهای شرعی تغییر می‌دهد و جهان‌بینی دنیوی را جایگزین ارزش‌های شرعی می‌کند.» (همپلتون، ۱۳۸۷: ۳۰۲) از طرف دیگر، اگر عرفی شدن به معنای عرفی باشد که نزد عقول سلیمه و افراد منطقی مورد پذیرش باشد (آقابائی طاقانکی، ۱۴۰۴)، تقابلی با ارزش‌های شرعی نداشته و در حقوق اسلامی نیز قابل پذیرش است.

<sup>۳</sup> از لحاظ تاریخی، نخستین قانون مدون در زمینه مسائل جزایی تحت عنوان «کتابچه قانونی کنت»

لذا از آن‌جا که بنیان نظام جمهوری اسلامی ایران بر فقه شیعه و اجتهاد مستمر فقهای جامع‌الشرایط بر اساس کتاب و سنت معصومین<sup>(س)</sup> بنا شده (بند الف اصل دوم قانون اساسی)، نظامات اجتماعی نیز مانند نظام کیفری باید بر اساس آموزه‌های فقه شیعه بنا شود. در نظام کیفری ایران به تبع فقه کیفری، چهار دسته از مجازات‌ها وجود دارد: قصاص، حدود، دیات و تعزیرات. حدود و ثغور مجازات قصاص در فقه شیعه مشخص است. لیکن در مورد مجازات‌های حدی<sup>۱</sup>، دیات<sup>۲</sup> و به ویژه مجازات‌های تعزیری این‌گونه نیست و این‌گونه مجازات‌ها در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ دستخوش تغییرات و دگرگونی‌هایی شده‌اند. (ساداتی و دیگران، ۱۳۹۸)

همچنین اگرچه تلاش بر این بوده که ساختار انسانی و اداری تقنین کیفری در نظام جمهوری اسلامی ایران بر پایه نظریه ولایت فقیه و مبانی اسلامی بنا شود؛ لیکن این ساختار در عمل و نظر مشکلات فراوانی داشته که این مقاله در صدد بررسی این مشکلات و یافتن راه حلی ساختاری جهت رفع آنهاست.

از طرف دیگر، بناء نظام اسلامی در مورد مجازات‌ها بر آن است که این مجازات‌ها از شرع مقدس اقتباس شوند و مبرهن است که فقها تنها متخصصان این امر هستند. لذا با توجه به آنچه گفته شد، این پرسش اهمیتی اساسی پیدا می‌کند که:

«آیا مجلس شورای اسلامی، صلاحیت لازم برای تعیین کیفرها به خصوص در جرایم تعزیری را دارد؟» و از طرف دیگر، «ساختار تقنین کیفری در نظام جمهوری اسلامی ایران تا چه اندازه بر مبانی فقه امامیه و نظریه سیاسی ولایت فقیه استوار است و چه کاستی‌ها و تضادهای ساختاری موجب فاصله گرفتن آن از اصول اسلامی و قانون اساسی شده است؟»  
از لحاظ ادبیات علمی موضوع باید گفت که هر چند در مورد مشروعیت قانونگذاری در

---

توسط کنت دومونت فرت ایتالیایی و در زمان ناصرالدین شاه تدوین شد. این رویه، تاکنون کمابیش ادامه دارد. به عنوان نمونه، نقش ترک فعل به عنوان عنصر مادی قتل در ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به تأسی از حقوق جزای انگلستان وارد قوانین موضوعه ایران شده است. به عنوان نمونه، ر.ک: میرمحمدصادقی، ۱۳۸۸: ۳۶-۲۶.

<sup>۱</sup> تبدیل مجازات رجم در زنا محصنه به اعدام یا شلاق، حسب مورد، در صورت عدم امکان اجرای رجم (ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی)

<sup>۲</sup> برابری دیه اقلیت‌های دینی با مسلمانان (ماده ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی) و پرداخت دیه کامل به زنان در جنایات (تبصره ۱ ماده ۵۵۱ همان قانون)

مجلس شورای ملی یا اسلامی، از صدر مشروطیت تاکنون بحث‌های مختلفی در جریان بوده (نائینی، ۱۳۷۸؛ راسخ، ۱۳۸۴: ۱۴۹-۱۴۲)،<sup>۱</sup> لیکن به موضوع خاص «صلاحیت مجلس شورای اسلامی در تقنین کیفری» پرداخته نشده و همین مشخص نشدن چارچوب و قلمرو مجلس در وضع قوانین (کوهی اصفهانی، ۱۳۹۱) را شاید بتوان یکی از دلایل عرفی شدن قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ دانست.

روش این تحقیق، توصیفی-تحلیلی بوده و براساس مطالعات نظری و با تکیه بر دلالت‌های لفظی واژگان قرآنی، سنت، نظرات فقهای امامیه و تفسیرهای شورای محترم نگهبان، سعی گردیده، دلایل لازم جهت حمایت از فرضیه ارائه شده، استنباط گردد.

همچنین لازم به توضیح است که منظور از کیفر در این مبحث، کیفرهای دنیوی تشریحی است نه کیفرهای اخروی یا دنیوی تکوینی. و در این معنا کیفر عبارت است از: «تحمیل عمدی شری بر مجرم در مقابل مخالفت وی با اوامر و دستورات الهی از سوی خداوند و یا جانشینان یا عوامل وی» (هادوی تهرانی، ۱۳۸۹: ۷۱). همچنین در این مقاله به قانونگذاری جرایم و کیفرها پرداخته شده و تعیین نوع و میزان کیفر در مرحله قضاوت، خارج از موضوع آن است.

بدین منظور، نخست وضعیت موجود تقنین کیفری در ساختار قانون اساسی و ساختار اداری کشور بررسی شده و با پرداختن به انسداد مجلس شورای اسلامی در تقنین کیفری، مبانی فقهی قانونگذاری کیفری بر پایه مبانی معرفتی فقه شیعه، به منظور برون رفت از این بحران، مورد بازاندیشی قرار می‌گیرد.

## ۱. اصول و تفاسیر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

فرآیند فعلی تصویب قوانین کیفری در نظام قانونگذاری ایران بدین صورت است که تقنین کیفری در گام نخست غالباً در قالب لایحه و به پیشنهاد رئیس قوه قضائیه صورت می‌گیرد و هرگونه تغییر در این لایحه نیز در صورتی مورد تأیید شورای نگهبان قرار خواهد گرفت که آن تغییر با موافقت و تأیید رئیس قوه قضائیه که فقیه جامع شرایط است انجام شده باشد.

در گام دوم نیز نمایندگان می‌توانند با تهیه طرح بدین امر اقدام کنند که عرفاً در این زمینه نیز جلب نظر

<sup>۱</sup> برای مطالعه بیشتر در خصوص تباین مشروطیت با مشروعیت، ر.ک: آجدانی، لطف الله (۱۳۸۵)، علماء و انقلاب مشروطیت ایران، تهران: نشر آخوان.

رئیس قوه قضائیه ضروری است. بنابراین برای بررسی بیشتر رویه جاری تقنین کیفری، نخست نقش رئیس قوه قضائیه در تقنین کیفری (ساختار انسانی) و سپس فرآیند جاری پیشنهاد قوانین کیفری و بررسی آن در مجلس شورای اسلامی (ساختار اداری)، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۱-۱- ساختار انسانی تقنین کیفری

از لحاظ سازمانی، ولی فقیه اقدام به تعیین رئیس قوه قضائیه می‌نماید. رئیس قوه قضائیه باید مجتهد، عادل، آگاه به امور قضائی و مدیر و مدبر باشد (اصل ۱۵۷ قانون اساسی). یکی از وظایف وی به تصریح بند دوم اصل ۱۵۸ قانون اساسی، تهیه لوایح قضائی است.

در قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸ تهیه لوایح قضائی برعهده شورای عالی قضائی بود که از پنج عضو تشکیل می‌شد: رئیس دیوان عالی کشور، دادستان کل کشور و سه نفر قاضی مجتهد و عادل (اصل ۱۵۸). هر پنج عضو باید مجتهد، عادل و آگاه به امور قضائی می‌بودند. لذا شورای عالی قضائی تقریباً مجلسی متشکل از فقهای مجتهد بود که این امر بیشتر با ویژگی جمهوری بودن نظام اسلامی، مطابقت داشت.<sup>۱</sup> از طرف دیگر، روش تعیین فقهای عضو این شورا نیز در انطباق بیشتری با جمهوریت نظام بود. بدین نحو که ولی فقیه در انتخاب رئیس دیوان عالی و دادستان کل کشور مستقیماً نقش داشته و سه نفر قاضی مجتهد نیز توسط قضات کشور انتخاب می‌شدند.

نکته قابل توجه دیگر آن‌که، امام خمینی (ره)<sup>۲</sup> نیز تقنین کیفری در تعزیرات را در صلاحیت خاص مجلس شورای اسلامی ندانسته و قانونگذاری کیفری را صرفاً یا توسط مجتهد جامع شرایط در منصب قضاوت یا شورایی مرکب از فقهای جامع شرایط معتبر شمرده‌اند. ایشان در ۲۴ آبان ۱۳۶۴ در ذیل نامه رئیس کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی (آیت الله محمد یزدی)، اعلام داشته‌اند که:

«در این موقع که اکثریت قاطع متصدیان امر قضاء واجد شرایط شرعیه قضاوت نیستند و از باب ضرورت به آنان اجازه داده شده است، حق تعیین حدود تعزیر را بدون اجازه فقیه جامع شرایط ندارند. بنابراین لازم است با تعیین هیأتی مرکب از جنابعالی و جناب حجه الاسلام آقای اردبیلی و دو نفر از فقهای شورای محترم نگهبان حدود تعزیر را تعیین کنند که در آن چهارچوب اجازه داده شود و حق تخطی در آن نداشته باشند، و البته این امر موقتی و

<sup>۱</sup> علی‌رغم تقسیم کار صورت گرفته در میان اعضاء شورای عالی قضایی براساس نامه مورخ ۱۳۶۷/۱۱/۲۶ آیت الله خامنه‌ای، خطاب به امام خمینی (ره)، لیکن همچنان تهیه لوایح قضایی از امور مشترک اعضاء این شورا بود. (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۱: ۲۶۴ و ۲۶۵)

اضطراری است تا إن شاء الله قضات جامع شرایط تعیین گردند.» (مهرپور، ۱۳۶۸: ۴۱)

لذا با توجه به تعداد بسیار اندک قضات جامع شرایط و نظر امام خمینی<sup>(ره)</sup> بر تعیین محدوده تعزیرات برای قضات مأذون، ایشان جهت تعیین ضابطه‌های حاکم بر تعزیرات، دستور به تعیین شورایی مرکب از فقهای جامع شرایط دادند که اگر چه این امر با مبانی فقه شیعه و نظریه ولایت فقیه، مطابقت دارد، لیکن در تضاد با بعد جمهورییت نظام اسلامی است.

در این جا این پرسش مطرح می‌گردد که آیا در حال حاضر نیز شورای متشکل از فقها باید عهده‌دار تهیه و تصویب قوانین کیفری شود یا مانند رویه فعلی، یک فقیه نیز به تنهایی می‌تواند اقدام بدین امر نماید؟ در پاسخ باید به قانون اساسی و اندیشه سیاسی امام<sup>(ره)</sup> به عنوان پایه‌گذار نظام جمهوری اسلامی ایران مراجعه کرد.

تقنین کیفری از وظایف قوه مقننه است که این امر از طریق نمایندگان منتخب ملت صورت می‌گیرد (اصل ۵۸ قانون اساسی). لذا با توجه بدین امر و براساس دو شرط زیر می‌توان چنین نتیجه گرفت:

شرط اول: تقنین کیفری در فقه امامیه باید توسط فقیه یا فقهای مجتهد عادل یا زیر نظر ایشان، صورت گیرد.

شرط دوم: تقنین کیفری براساس اصول قانون اساسی باید توسط نمایندگان منتخب مردم صورت می‌گیرد.

نتیجه: تقنین کیفری براساس فقه امامیه و اصول قانون اساسی، باید توسط فقهای مجتهد عادل و منتخب مردم صورت گیرد. در حال حاضر، مجلس خبرگان رهبری واجد هر دو شرط مذکور می‌باشد.

ممکن است در پاسخ گفته شود که وجود فقهای شورای نگهبان، این مشکل را حل نموده و مصوبات مجلس در امور کیفری با تصویب فقهای شورای نگهبان، شرعی هستند. نکته قابل توجه آن‌که:

اولاً در مورد لوایح قضایی این امر حاصل شده؛ به جهت آن‌که لایحه قضایی به وسیله رئیس قوه قضائیه تهیه شده و نمایندگان مجلس حق دخل و تصرف در آن را بدون اذن ایشان ندارند.

ثانیاً مجلس حق قانون‌گذاری و ارائه طرح در کیفرهای شرعی مانند حدود، قصاص و دیات را ندارد.

لذا محل نزاع در مورد طرح‌های تنظیم شده در مجلس در خصوص کیفرهای تعزیری است

که غالباً متون فقهی در خصوص آنها حکمی نداشته و ساکت است. در عین حال، رویه فقهای شورای نگهبان آن است که صرفاً بر اساس احکام اولیه نظر می‌دهند (کعبی، ۱۳۹۴: ۳۵۴). لذا به دلیل سکوت شرع، عملاً فقهای شورای نگهبان نظری در این خصوص نداشته و قاعداً هم استفتائی صورت نگرفته و لذا در تصویب طرح‌های کیفری به «عدم مغایرت با احکام اولیه» بسنده می‌شود.

این رویه شورای نگهبان با این ایراد اساسی روبروست که احکام کیفری اصولاً احکامی حکومتی و تابع مقتضیات زمان و مکان بوده و احکامی ثانویه هستند و لذا رویه فعلی شورای نگهبان به نوعی مسکوت گذاشتن تطبیق مصوبات مجلس در امور کیفری با موازین اسلامی موضوع اصل چهارم قانون اساسی است که خود محل نقد و ایراد جدی است.

## ۲-۱. ساختار اداری تقنین کیفری

با توجه به مطالب پیش‌گفته، ممکن است این پرسش مطرح گردد که آیا در رویه قانونگذاری جاری ایران، سیاستی افتراقی در خصوص تعیین کیفرها وجود دارد یا خیر؟ براساس اصول قانون اساسی، قوانین کیفری به دو صورت در مجلس می‌توانند تصویب شوند: در قالب لایحه قضایی (اصل ۱۵۸) یا طرح (اصل ۷۴).

تهیه لوایح قضایی از وظایف خاص رئیس قوه قضائیه است (بند ۲ اصل ۱۵۸). لذا به موجب قانون اساسی، تهیه لایحه قضایی توسط دولت مجاز نبوده و دولت تنها موظف است لوایح قضایی را که توسط رئیس قوه قضائیه تهیه و تحویل دولت می‌شود، حداکثر ظرف مدت سه ماه تقدیم مجلس شورای اسلامی نماید<sup>۱</sup> و در عین حال، دولت و مجلس حق هیچ‌گونه دخل و تصرفی در لوایح مزبور را بدون تأیید رئیس قوه قضائیه ندارند.<sup>۲</sup> اگرچه این نظر تفسیری مطابق با مبانی فقه امامیه و اندیشه سیاسی امام خمینی<sup>(ره)</sup> است، لکن با مبانی جمهوریت نظام و برخی اصول قانون اساسی در تضاد است.

با این وجود، در یک سیاست متناقض و غیرمنسجم قانونگذاری، تهیه طرح‌های قضایی توسط نمایندگان مجلس، امکان‌پذیر است. قانون اساسی نیز مبنایی برای این تمایز میان لایحه و طرح قضایی ارائه نکرده است. همچنان‌که توضیح داده شد، براساس الزامات پذیرش نظریه ولایت فقیه، و همچنین مبانی فقه شیعه در خصوص الزامات تقنین کیفری، نمایندگان مجلس حق تعیین جرم و مجازات ندارند. از اصول قانون اساسی نیز این امر قابل

<sup>۱</sup> ماده ۳ قانون وظایف و اختیارات رئیس قوه قضائیه مصوب ۱۳۷۸/۱۲/۸ مجلس شورای اسلامی

<sup>۲</sup> نظریه تفسیری شورای نگهبان به شماره ۷۹/۲۱/۱۰۶۵ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳۰

برداشت:

۱- اصل چهارم قانون اساسی مقرر داشته: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است...». منظور از موازین اسلامی، به اجماع تمامی فقهای معاصر همان احکام شرعی می- باشد که فقها آن را از آیات و روایات اهل بیت استنباط می‌کنند. (پروین، ۱۳۹۲: ۱۲۲)

در زمینه تعیین کیفر نیز بر اساس احکام شرعی، تنها و تنها شارع که در زمان غیبت، فقهای جامع الشرایط هستند، حق تعیین کیفر را دارند. در عین حال، بر اساس موازین اسلامی، هیچ گونه مجوزی از سوی شریعت برای تفویض این حق و تکلیف از سوی فقها به غیر فقها وجود ندارد. نتیجه آن‌که بر اساس موازین اسلامی، تنها مجتهد عادل حق تعیین جرایم و کیفرها را دارد و مجلس شورای اسلامی دارای چنین صلاحیتی نیست.

۲- در اصل هفتادویکم قانون اساسی نیز مصرح شده که مجلس شورای اسلامی در عموم مسائل در حدود مقرر در قانون اساسی می‌تواند قانون وضع کند. لیکن علی‌رغم تصریح این اصل، «حدود مقرر در قانون اساسی»<sup>۱</sup> جهت تقنین به روشنی مشخص نشده و در این زمینه باید به تفسیر سایر اصول قانون اساسی پرداخت. (ذیل اصل یکصد و هفتاد و هفتم)

در توضیح عبارت «حدود مقرر در قانون اساسی»، می‌توان گفت که تصریح به وظیفه تهیه لوایح قضائی توسط رئیس قوه قضائیه در اصل یکصد و پنجاه و هشتم قانون اساسی، مفید معنای حصر بوده و بدین معناست که تهیه هرگونه مقرر قضائی<sup>۲</sup>، تنها در قالب لایحه و از سوی رئیس قوه قضائیه، امکان‌پذیر است و لذا تهیه طرح قضائی از سوی نمایندگان مجلس شورای اسلامی، تخطی از حدود مقرر در قانون اساسی تلقی می‌گردد.

از طرف دیگر، قانون اساسی و همچنین تفاسیر شورای محترم نگهبان، تعریفی از لایحه قضایی ارائه نکرده است. در جهت حل این ابهام، در سال ۱۳۷۹ آیت الله شاهرودی، رئیس وقت قوه قضائیه، طی نامه‌ای رسمی خطاب به شورای نگهبان، خواهان تعریف این عبارت و

<sup>۱</sup> به عنوان نمونه، مجلس نمی‌تواند در مسائلی که شورای عالی انقلاب فرهنگی در آن ورود پیدا کرده است، قانون وضع نماید.

<sup>۲</sup> مقرر قضائی در برابر مقرر قانونی. مقرر قانونی مانند تغییر در خطوط مرزی، محدودیت های ضروری در کشور، اخذ وام و کمک مالی، استخدام کارشناسان خارجی و انتقال بناها و اموال دولتی.

بیان تمایز آن با لایحه قانونی می‌شود.<sup>۱</sup> در عین حال، با توجه به عضویت آیت الله شاهرودی از سال ۱۳۷۳ تا ۱۳۷۸ در شورای نگهبان، ایشان قبل از اعلام نظر شورای نگهبان، طی نامه-ای مکرر تفسیر مورد نظر خود را از این مفهوم ارائه می‌نمایند: «در مورد سؤال اول (تعریف لایحه قضائی) منظور از سؤال مشخص کردن ماهیت مسائل و مواد قضائی است که به نظر اینجانب کلیه موارد ذیل را شامل می‌شود: ۱- هر گونه تعیین جرم و مجازات آن؛ ۲- کلیه تشریفات قضائی و آئین‌های دادرسی مربوط به جنبه شکلی قضاوت؛ ۳- کلیه قوانین و لوایحی که به‌عنوان قانون عادی راجع به یکی از اصول فصل یازدهم قانون اساسی تنظیم شده باشد.»<sup>۲</sup>

شورای محترم نگهبان نیز، در پاسخ، ضمن خودداری از تعریف صریح لوایح قضائی، بار دیگر تعریف لایحه قضائی را به اصول ۱۵۶، ۱۵۷ و ۱۵۸ قانون اساسی احاله می‌دهد.<sup>۳</sup> با این وجود، شورای نگهبان نسبت به تأیید ضمنی نظر آیت الله شاهرودی که مبتنی بر مبانی فقهی است، اقدام نموده و در بند سوم نظریه تفسیری خود تصریح می‌کند که:

«لویح قضائی که توسط رئیس قوه قضائیه تهیه و به دولت ارسال می‌شود، به

مجلس شورای اسلامی تقدیم می‌گردد. هر گونه تغییر مربوط به امور قضائی در

این گونه لوایح فقط با جلب موافقت رئیس قوه قضائیه مجاز می‌باشد.»

این نظر شورای نگهبان، دقیقاً مبتنی بر این پیش‌فرض است که تقنین کیفری تنها باید توسط فقیه جامع الشرایط صورت گیرد و لاغیر. لذا هرگونه تغییر خلاف نظر رئیس محترم قوه قضائیه، خواه توسط دولت و خواه توسط نمایندگان مجلس، خلاف قانون اساسی تلقی می‌گردد.

براساس همین مبانی است که هرگونه اصلاح و تغییر قوانین کیفری مانند قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز (مصوب ۱۳۷۴/۲/۱۲) و قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر و الحاق موادی به آن (مصوب ۱۳۶۷/۸/۳) که توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام و تأیید مقام معظم رهبری، تصویب و اجرایی شده است، بدون اذن ایشان امکان پذیر نبوده است.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> نامه شماره ۱/۷۹/۱۰۴۷۰ تاریخ ۱۳۷۹/۷/۱۷

<sup>۲</sup> نامه شماره ۱/۵۰۴۸ تاریخ ۱۳۷۹/۷/۲۶

<sup>۳</sup> نامه شماره ۷۹/۲۱/۱۰۶۵ تاریخ ۱۳۷۹/۷/۳۰

<sup>۴</sup> نظریه تفسیری شماره ۵۳۱۸ مورخ ۱۳۷۲/۷/۲۴ شورای نگهبان

لذا ساختار تقنین کیفری نظام جمهوری اسلامی ایران در قالب ارائه و تصویب لوایح و طرح‌های قضایی در مجلس شورای اسلامی، دارای معایب اساسی و تضادهای ساختاری به شرح ذیل می‌باشد:

الف. لایحه‌های قضایی

۱- لایحه قضایی توسط رئیس قوه قضائیه تهیه می‌شوند. در حالی که مسئولیت سنگین مدیریت این قوه، امکان تهیه و تدوین قوانین کارآمدی فقهی - علمی را از ایشان سلب کرده است.

۲- در عمل، رئیس قوه قضائیه تهیه این لایحه‌ها را به فقها یا حقوق‌دانان می‌سپارد. سپردن تهیه این لوایح به فقها در قانون اساسی و قوانین عادی پیش‌بینی نشده و رئیس قوه قضائیه امکان تفویض این امر را ندارد و مستفاد از اصول قانون اساسی و تفاسیر شورای نگهبان آن است که خود باید به اجتهاد مبادرت ورزد؛ لیکن عملاً این اجتهاد صورت نمی‌گیرد.

۳- از طرف دیگر، سپردن تهیه لایحه قضائی به حقوق‌دانان به ویژه در باب تعزیرات، زمینه را برای تقلید از حقوق غربی و نظام‌های حقوقی سکولار و عرفی شدن حقوق کیفری فراهم کرده است.

۴- قائل شدن به صلاحیت تبیینی نمایندگان مجلس و حق مشروط آنان در تصویب قوانین کیفری، مخالف مردم سالار بودن نظام جمهوری اسلامی بوده و به نوعی محدود ساختن حق مردم بر سرنوشت خویش است.

۵- علاوه بر این، لزوم اخذ تأیید رئیس قوه قضائیه برای تغییر در لوایح قضائی توسط نمایندگان مجلس، خلاف اصل تفکیک قواست.

۶- لایحه قضائی که بدین صورت تنظیم می‌شوند باید به تصویب شورای نگهبان نیز برسد که با توجه به تأیید اولیه رئیس قوه قضائیه، تأیید ثانویه فقهای شورای نگهبان از لحاظ مبانی فقهی، فاقد جاهت و اعتبار شرعی است؛ چرا که لوایح قضائی، اعتبار شرعی خود را از تأیید رئیس قوه قضائیه که مجتهدی عادل است، اخذ نموده و بر اساس نظر اجماعی فقهای شیعه، این احکام و قوانین برای تمامی فقهای دیگر حجت بوده و ملزم به متابعت از آنها هستند.

ب. طرح‌های قضائی

۱- تأکید قانون اساسی بر تهیه لایحه قضایی توسط قوه قضائیه، به نوعی نفی دخالت سایر قوا در تهیه و تدوین هر گونه طرح یا لایحه قضایی است. به عبارت دیگر، در این جا اثبات شیء، نفی ماعدا می‌کند؛ چرا که لزومی به تصریح وظیفه قوه قضائیه در تهیه لایحه قضایی

در قانون اساسی وجود ندارد؛ از این رو، این تصریح، مفید حصر بوده و علاوه بر قوه مجریه، برای مجلس شورای اسلامی نیز نمی‌توان حق تهیه پیش نویس قضایی را قائل شد. نظریه تفسیری شورای نگهبان (نظریه شماره ۷۹/۲۱/۱۰۶۵ مورخ ۱۳۷۹/۷/۳۰) مبنی بر عدم حق قوه مجریه در تنظیم لایحه قضایی به صورت مستقل، مؤید این ادعاست؛ چرا که همان دلایلی که این حق را برای قوه مجریه قائل نشده، همان دلایل می‌تواند در عدم حق مجلس در تهیه طرح قضایی بکار رود.

در عین حال، عدم پایه‌ریزی تقنین کیفری براساس مبانی و اصول فقه شیعه، موجب شده تا برخلاف ضوابط حاکم بر لایحه قضایی و با نادیده گرفتن مبانی فقهی و اندیشه سیاسی ولایت فقیه، طرح قضائی از هرگونه تأیید یا موافقت رئیس قوه قضائیه نیز بی‌نیاز باشد.

۲- ارائه طرح قضائی، تخطی از حدود مقرر در قانون اساسی جهت تقنین است (اصل هفتادویکم)؛ چرا که هرگونه تقنین کیفری باید توسط مجتهد جامع الشرایط (رواه حدیث) صورت گیرد و لذا ارائه طرح قضائی برخلاف ابتدای کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی (اصل یکصد و هفتاد و هفتم) و اجتهاد مستمر فقهای جامع الشرایط (بند الف اصل دوم) است.

۳- براساس اصل هفتاد و پنجم قانون اساسی، مجلس در تهیه طرح‌های قانونی باید الزاماتی را رعایت کند، در حالی که در مورد طرح‌های قضائی که از اهمیت بیشتری برخوردار هستند، الزاماتی در قانون اساسی پیش‌بینی نشده است.

## ۲- انسداد تقنین کیفری در مجلس

بر پایه این تناقضات فقهی- ساختاری، در عمل و رویه نیز مجلس شورای اسلامی در تقنین کیفری دچار انسداد شده است. ابعاد و وجوه این انسداد عبارتند از:

### ۲-۱. تصویب قوانین کیفری در مجمع تشخیص مصلحت نظام

در حالی که به موجب قانون اساسی، تنها مجلس شورای اسلامی حق قانون‌گذاری و بالاخص تقنین کیفری را دارد، به دلایلی نامعلوم و به بهانه حل معضلات نظام، در بسیاری از موارد، تقنین کیفری توسط مجمع تشخیص مصلحت نظام صورت گرفته است. برخی از مهم‌ترین قوانین کیفری در این زمینه عبارتند از: قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری (مصوب ۱۳۶۷/۹/۱۵)، قانون تخلفات، جرائم و مجازاتهای مربوط به اسناد سجلی و شناسنامه (مصوب ۱۳۷۰/۶/۱۳)، قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر (مصوب ۱۳۶۷/۸/۳)، قانون تشکیل محکمه عالی انتظامی قضات (مصوب ۱۳۷۰/۸/۲۳)، قانون نحوه اعمال تعزیرات حکومتی راجع به قاچاق کالا و ارز (مصوب ۱۳۷۴/۲/۱۲) و ...

یکی از مهم‌ترین دلایل این امر، عدم تخصص و اراده مجلس در وضع قوانین کیفری و عدم صلاحیت آن در وضع مجازات‌های سنگین و اصلی همچون اعدام است. لذا این ادعا که در موارد فوق، توجیه منطقی و سیاسی برای ورود مجمع به امر قانون‌گذاری وجود نداشته (زارعی، ۱۳۸۳: ۳۲۴)، ادعایی غیرواقع است؛ چرا که غیرتخصصی بودن مجلس و مشغول بودن آن به امور عمرانی و اجرایی و بودجه، فرصتی را برای مجلس جهت وضع قوانین تخصصی کیفری فراهم نمی‌آورده است؛ لذا حتی در امور اقتصادی نیز مجمع تشخیص مصلحت نظام، اقدام به مداخله کیفری نموده و در سال ۱۳۶۷ مبادرت به تصویب قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری نموده و تحصیل مال نامشروع ناشی از سوء استفاده از امتیازات دولتی را جرم‌انگاری نموده است.

لذا در حالی که بر اساس نظر برخی از حقوق‌دانان، قانون‌گذاری مجمع، خلاف اصول قانون اساسی از جمله اصل ۱۱۲ است؛ لیکن شورای نگهبان در مورد مغایرت مصوبات مجمع با اصول قانون اساسی، به رأی نرسیده است.<sup>۱</sup>

نتیجه این دو مقدمه آن‌که مجمع می‌تواند اقدام به تقنین کیفری نموده و شورای نگهبان نیز این امر را خلاف اصل ۱۱۲ قانون اساسی نمی‌داند؛ همین امر نشان دهنده آن است که شورای نگهبان نیز ورود مجمع را به تصویب قوانین کیفری در صورت ارجاع مقام رهبری مجاز دانسته است. همچنین نظریه شورای نگهبان، مؤید آن است که اصول قانون اساسی همگی دارای ارزشی مساوی نیستند و برخی اصول مانند اصل ۴ قانون اساسی بر دیگر اصول حاکم هستند. بر این اساس، از آن‌جا که دخالت مجمع در تقنین کیفری، مستند به اختیارات قانونی مقام رهبری است، لذا این اختیار بر اطلاق سایر اصول قانون اساسی از جمله اصل ۱۱۲ نیز حاکم است.

<sup>۱</sup> نظریه شماره ۴۵۷۵ مورخ ۱۳۷۲/۰۳/۰۳ شورای نگهبان

نتیجه آن که ورود مجمع به امر تقنین کیفری، برخلاف مبانی قانون گذاری کیفری در فقه امامیه و قانون اساسی بوده که این رویه در سال های اخیر به مجامع و شوراهای دیگر از جمله شورای هماهنگی اقتصادی سران سه قوه نیز انتقال پیدا کرده است.

## ۲-۲. کیفرگذاری شورای عالی هماهنگی اقتصادی قوای سه گانه

یکی از نشانه های دیگر انسداد تقنینی مجلس به ویژه در امور کیفری، تأسیس نهادی تازه تحت عنوان «شورای عالی هماهنگی اقتصادی قوای سه گانه» است. این شورا که صلاحیت وضع قوانین بدون داشتن معاذیر قانونی را دارد، (عباسی، شیدایی، آشتیانی، ۱۴۰۲: ۱۸۱) در بسیاری از مسائل اقتصادی، اقدام به تخلفانگاری (قاچاق دانستن صادرات برخی کالاها در شرایط اختلال در بازار داخلی)<sup>۱</sup> یا افزایش مجازات (افزایش جریمه های واحدهای صنفی و پلمپ آن قبل از رسیدگی ماهوی به تخلفات)<sup>۲</sup> یا تعیین شیوه دادرسی (اعطای صلاحیت رسیدگی به کلیه تخلفات حوزه بازار که قبلا در صلاحیت هیئت های صنفی نظام صنفی بوده به سازمان تعزیرات حکومتی) نموده است.

## ۲-۳. تصویب آزمایشی اکثر قوانین کیفری

قانون بماهو قانون دارای ویژگی های اساسی است. یکی از این ویژگی ها، دایمی بودن قانون است (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۵۳۰ و ۵۳۸). در دانشنامه های حقوقی نیز به این ویژگی ذاتی قانون پرداخته شده است. (Daloz encyclopédie juridique) با این وجود، قانون اساسی تصویب موقتی برخی از قوانین را پیش بینی کرده است. بر اساس اصل هشتاد و پنجم، مجلس نمی تواند اختیار قانون گذاری را به شخص یا هیأتی واگذار کند، ولی در موارد ضروری می تواند اختیار وضع بعضی از قوانین را با رعایت اصل هفتاد و دوم به کمیسیون های داخلی خود تفویض کند. در این صورت این قوانین در مدتی که مجلس تعیین می نماید به صورت آزمایشی اجرا می شود.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup> بند ۴ مصوبه به تاریخ ۱۳۹۷/۰۵/۲۷

<sup>۲</sup> به موجب مصوبه ۱۴۰۱/۰۲/۱۷

<sup>۳</sup> قوانین آزمایشی می توانند موقت یا مقید باشند. برای مطالعه بیشتر در این زمینه نک به: (میرزایی، ۱۳۹۳: ۱۴۵)

نکته قابل توجه در این زمینه آن است که اکثر قوانین کیفری پس از انقلاب از جمله دو قانون اخیر التصویب مجازات اسلامی<sup>۱</sup>، قانون آیین دادرسی کیفری<sup>۲</sup> و قانون عفاف و حجاب<sup>۳</sup>، به صورت آزمایشی به تصویب رسیده‌اند. به گونه‌ای که شاید در هیچ نظام مردم-سالار دیگری نتوان این حجم از قوانین کیفری آزمایشی را یافت. یکی از مهم‌ترین دلایل این امر، عدم تخصص نمایندگان مجلس در امور فقهی- حقوقی است. همین ارجاع تقنین قوانین کیفری به کمیسیون حقوقی- قضایی مجلس، مؤید این امر است که مجلس توان قانون‌گذاری کیفری را ندارد و ساختار دیگری باید این مهم را بر عهده بگیرد.

حتی عدم دقت و اهتمام مجلس شورای اسلامی تا آن‌جا پیش رفته که قانون آزمایشی آیین دادرسی کیفری را بدون طرح در صحن علنی مجلس و بدون بررسی تک تک مواد و فقط با یک طرح که دربردارنده تنها یک ماده واحده است، دائمی نموده‌اند. به موجب این ماده واحده، «قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ با اصلاحات و الحاقات بعدی از تاریخ انقضای مدت اجرای آزمایشی آن، دائمی می‌شود.» (مصوب ۱۳۹۷/۳/۲۳). لذا تصویب آزمایشی اکثر قوانین کیفری از یک طرف و تصویب دائمی شدن همین قوانین آزمایشی بدون بررسی دقیق آن‌ها در صحن مجلس، نشان دهنده انسداد مجلس شورای اسلامی در تقنین کیفری است. همین رویه نیز در دائمی شدن قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ پیگیری شد و به موجب مقرر مجلس، قانون مجازات اسلامی نیز بدون آن‌که مواد آن به صورت مجزا در صحن علنی بررسی شده و به تصویب نمایندگان مردم برسد، دائمی گردید.<sup>۴</sup>

#### ۴-۲. تصویب قوانین کیفری توسط مقام رهبری

یکی از نشانه‌های انسداد مجلس شورای اسلامی در زمینه تقنین کیفری، استجازه رییس قوه قضاییه از مقام رهبری در تشکیل دادگاه‌های مفاسد اقتصادی است. به موجب این

<sup>۱</sup> مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ مجلس شورای اسلامی

<sup>۲</sup> مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ مجلس شورای اسلامی

<sup>۳</sup> در خصوص تحلیل انتقادی رویه تقنینی در تصویب قانون عفاف و حجاب، نک به: غلامی، حسین. (۱۴۰۳). «این» یک قانون نیست (تاملی حقوقی - فلسفی در مصوبه عفاف و حجاب). دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق کیفری و جرم‌شناسی. (۲)۱، ۳۲۹-۳۲۱.

<sup>۴</sup> قانون دائمی شدن قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۷/۰۳/۲۳ مجلس شورای اسلامی

استجازه، دادرسی کیفری جرایم موضوع اخلال در نظام اقتصادی، بر اساس این استجازه صورت می‌گیرد. دادرسی جرایم فوق با دادرسی کیفری عادی، تفاوت‌هایی دارد؛ از جمله کلیه مواعد قانونی لازم‌الرعایه مندرج در آیین دادرسی از قبیل ابلاغ و اعتراض حداکثر ۵ روز تعیین شده بود. همچنین آرای صادره از این دادگاه به جز اعدام، قطعی و لازم‌الاجرا بوده و از طرف دیگر، احکام اعدام با مهلت حداکثر ۱۰ روز قابل تجدیدنظرخواهی در دیوان عالی کشور می‌بود.

انسداد مجلس در این زمینه مورد تأکید مقام رهبری نیز قرار گرفته است. ایشان در روز پنجشنبه ۱۵ شهریور ۱۳۹۷ در دیدار اعضای مجلس خبرگان، فرمودند: «کار جهادی باید انجام بگیرد... در مجاری قانونی باید این کار انجام بگیرد. بله، یک موردی ممکن است باشد که... احتیاج باشد یک کار برخلاف قانون انجام بدهد، احتیاج باشد از ما اجازه بگیرد که ما حتماً همراهی و کمک خواهیم کرد؛ این مشکلی ندارد؛ مثل کاری که رئیس محترم قوه قضائیه کردند.»

مصادق دیگری از ورود رهبری به تقنین کیفری، حصر نامزدهای معترض به انتخابات ریاست جمهوری است. روشن است که مجازات حصر در قوانین کیفری وجود نداشته و تنها مجازاتی که در فقه امامیه، به مجازات حصر نزدیک است، نفی بلد می‌باشد. ماهیت نفی بلد نیز منع مؤاکلت، معاشرت، مبیعت و مصاحبت با محارب یا مفسد فی الارض است تا زمانی که توبه کند. بدیهی است مجازات حصر، مصوب مجلس شورای اسلامی نیست؛ بلکه بر اساس مصوبه شورای عالی امنیت ملی اجرا شده و مصوبات این شورا نیز تنها پس از تأیید مقام معظم رهبری قابل اجرا و اعمال است.

## ۲-۵. وضع مقررات فرودستی تقنینی کیفری توسط مسئولین قضایی

برون‌سپاری تقنین کیفری، تنها به کمیسیون‌های داخلی مجلس یا شورای عالی امنیت ملی یا شورای هماهنگی اقتصادی سران سه قوه، محدود نمانده و قوه قضائیه نیز علی‌رغم لزوم پابندی ویژه آن به اصل قانونی بودن مجازات، خود اقدام به تعیین کیفر نموده است. به عنوان نمونه، معاون قضایی رییس قوه قضائیه با صدور بخشنامه ای در تاریخ ۱۵ تیر ۱۴۰۰ و در اجرای ماده ۲۲۵ و استجازه حاصله از مقام معظم رهبری، نحوه اقدام دادگاه صادر کننده حکم برای تبدیل مجازات رجم به مجازاتی دیگر را مشخص نموده است.

در حالی که حکم ماده ۲۲۵ مبنی بر این است که چنانچه اثبات جرم (حکم رجم) با بینه شرعیه نباشد، دادگاه صرفاً باید تبدیل رجم به یکصد ضربه شلاق حدی را پیشنهاد نماید،

بند ۲ بخشنامه فوق، بدون استناد به هیچ مقرره قانونی و فراتر از ماده ۲۲۵، مجازات حبس را هم تعیین کرده و افزوده است:

«... به علاوه، برای جلوگیری از آثار سوء اجتماعی و تجری مرتکب یا دیگران با لحاظ سوابق و شخصیت مجرم، نحوه ارتکاب جرم و بازتاب اجتماعی آن، تا ده سال حبس تعزیری با محاسبه ایام بازداشت قبلی را برای رئیس محترم قوه قضاییه پیشنهاد می‌نماید.»

نتیجه آنکه با انسداد مجلس در تقنین کیفری، شاهد پدیده جدیدی تحت عنوان «تداخل صلاحیت در تقنین کیفری» در نظام حقوقی ایران بوده (رحمانی و دیگران، ۱۴۰۴: ۳۷) که تالی فاسدهای مهمی همچون تحدید آزادی‌های ملت، وضع مجازات‌های فاقد مشروعیت و تحدید حقوق شهروندی داشته و در یک کلام به زیر پا گذاشتن اصول قانون اساسی و مبانی شرعی تعیین و اجرای کیفرها می‌انجامد.

### ۳. بسط مفهوم واژه «قضاء»

پس از بررسی رویه جاری قانون‌گذاری در انطباق با اصول قانون اساسی، لازم است که مبانی فقهی تقنین کیفری بر پایه بسط مفهوم قضاء، مورد واکاوی قرار گیرد.

تبادر ذهنی واژه قضاء، مفید معنای منصب قضاوت است (مسجدسرایبی و کبیری، ۱۳۹۴: ۲۰). لیکن بررسی موشکافانه این واژه در آیات قرآن کریم و متون فقهی، حکایت از گستره مفهومی بیشتر این واژه دارد. با این توضیح که، نخست باید احکام جرایم و مجازات‌ها توسط شارع مقدس مورد حکم قرار گرفته و سپس این احکام توسط قضات و در دعاوی، مورد حکم قرار گیرند. لذا تعیین جرم و کیفر چه در مرحله تقنین (حکم کلی) و چه در منصب قضاوت (حکم جزئی)، هر دو در مفهوم قضاء گنجانده شده است.

#### ۱-۳. تعریف لغوی واژه «قضاء»

واژه «قضاء» از مصدر فعل «قضی» است که براساس قواعد عربی، یاء بعد از الف تبدیل به همزه شده است. در لسان العرب آمده است: «قضاء عبارت است از حکم و فصل، اتمام و امضای یک امر» (ابن منظور، ۱۳۷۶ق، ج ۱۵: ۱۸۶). در تاج العروس نیز مفهوم لغوی قضاء این‌گونه تعریف شده است: «حکم و فصل و حکم یعنی ختم یک امر و بیان». (زبیدی، ۱۳۸۵ق، ج ۱۰: ۲۹۶)

دقت در دلالت لفظی این واژه، این نکته را به دست می‌دهد که قضاء ناظر به حکم است و قاعدتاً حکم می‌تواند جزئی و ناظر به یک مصداق مشخص باشد یا این‌که کلی و در مقام بیان یک قانون، قاعده یا اصل باشد. لذا اطلاق مفهوم لغوی حکم، مفید این معناست که هم

بیان یک قاعده یا قانون کلی است و هم قضاوت در مورد مشخص و جزئی. بنابراین از لحاظ لغوی، **اختصاص معنای این کلمه به منصب قضاء وجهی ندارد.**

همچنین براساس تعریف زبیدی، **بیان حکم** نیز داخل در معنای حکم است و لذا اعلام و بیان حکم، ذاتی تعریف حکم بوده و لذا امر قضاء بدون اعلام و بیان محقق نمی‌گردد.<sup>(۷)</sup> حال پرسش مطرح این است که آیا در آیات قرآن کریم نیز می‌توان این معنای از واژه قضاء را یافت؟

### ۲-۳. قضاء در قرآن

در قرآن کریم، واژه قضاء و مشتقات آن در معانی مختلفی استعمال شده است که تنها برخی از این معانی، در ارتباط با مفهوم «حکم» می‌باشند. این استعمالات عبارتند از:

۱. «و الله يَقْضِي بِالْحَقِّ / و خداوند به حق حکم می‌کند.» (غافر: ۲۰) حکم نیز دارای متعلق است. متعلق حکم می‌تواند موضوعی کلی یا جزئی باشد.

۲. «ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا / سپس از حکمی که کرده‌ای، در دل‌هاشان احساس تنگی و تردید نکنند، و کاملاً سر تسلیم فرود آورند.» (نساء: ۶۵)

۳. «إِنَّ رَبَّكَ يَقْضِي بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَمَةِ / پروردگارت در روز قیامت میانشان درباره آنچه در آن اختلاف می‌کرده‌اند، داوری خواهد کرد.» (جاثیه: ۱۷)

۴. «وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ / و ما این موضوع را به لوط وحی کردیم» (حجر: ۶۶)

۵. «و قَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ / و ما در کتاب تورات به بنی اسرائیل اعلام کردیم» (اسراء: ۴) لذا همان طور که قضاوت و ختم دعوا میان دو طرف داخل در معنای قضاء است، از این آیه و آیه قبل برداشت می‌شود که از لحاظ قرآنی نیز اظهار، بیان و اعلام یک مطلب نیز داخل در معنای قضاء است.

لذا واژه قضاء و مشتقات آن در قرآن هم بر حکم در معنای کلی، و هم بر امر قضاوت و حکم کردن در معنای جزئی و همچنین بیان و اعلام حکم دلالت دارد.

### ۳-۳. تعریف قضاء در فقه امامیه

اکثر فقها قضاء را براساس جایگاه قضاء و منصب قضاوت تعریف کرده‌اند و در بیشتر تعاریفی که ارائه شده، مفهوم دیگر قضاء که «صدور حکم از سوی شارع» هست، دیده نمی‌شود. به عبارت دیگر، اکثر فقها مفهوم قضاء را تنها به منصب قضاء تنزل داده و محدود کرده‌اند. در حالی که مفهوم قضاء اطلاق داشته و علاوه بر منصب قضاء، حکم مورد استفاده در قضاوت و همچنین بیان حکم را در بر می‌گیرد.

کامل‌ترین و جامع‌ترین تعریف قضاء در میان فقهای امامیه که تا حدودی براساس مفهوم قرآنی واژه قضاء، ارائه شده، متعلق به شهید اول در کتاب دروس است. ایشان واژه قضاء را این‌گونه تعریف می‌کند:

«و هو ولاية شرعية على الحكم فى المصالح العامة من قبل الإمام» (مکی عاملی، ۱۴۱۲ ه ق، ج ۲: ۶۵) / اگر چه شهید اول بدون ارائه توضیح کامل و لازم از این تعریف، بی‌درنگ به بیان شرایط منصب قضاوت پرداخته است، لیکن این امر ما را از توضیح و تدقیق در واژه‌های بکار رفته در این عبارت بی‌نیاز نخواهد کرد که در گفتار بعد بدان پرداخته خواهد شد. لذا بررسی تعریف قضاء در متون فقه امامیه، بیان‌گر ارائه سه نوع تعریف می‌باشد:

**الف.** برخی فقها از تعریف شهید اول در تعریف واژه فقهی «قضاء» تبعیت کرده‌اند که از آن جمله می‌توان تعریف زیر را ذکر کرد:

- صاحب کفایه آورده است: «قضاء ولایت عام به نیابت خصوصی یا عمومی از طرف پیامبر (ص) و یا ائمه (ع) می‌باشد.»<sup>(۸)</sup> (گلپایگانی، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۱: ۱۱)

ب. دسته دیگری از فقها از تعریف شهید اول پیروی نکرده و تعریف واژه «قضاء» را به منصب قضاوت تنزل داده‌اند:

- سید کاظم یزدی (ره) در عروه الوثقی می‌گوید: «قضا حکم بین مردم است به هنگام نزاع و مشاجره و اختلاف و برطرف کردن خصومت است و خاتمه دادن کار در بین آنان می‌باشد» (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ ه ق، ج ۳: ۲).

- در کشف اللثام قضا این‌گونه تعریف شده است: «قضا و آن حل و فصل و خاتمه دادن کار است قولاً یا عملاً.» (فاضل هندی، ۱۴۱۶ ه ق، ج ۲: ۳۲)

- آقا ضیاء الدین عراقی قضا را چنین تعریف کرده‌اند: «قضاء فصل و خاتمه دادن خصومت و نزاع بین طرفین دعوا و یا چند نفر متخاصم است به حکم خداوند متعال» (سنگلچی، ۱۳۸۴: ۱۱)

- امام خمینی<sup>(ره)</sup> در تحریرالوسیله آن را منحصر به رفع خصومت کرده و گفته‌اند: «وآن حکم است، جهت رفع خصومت و تنازع بین آنان ...» (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲: ۴۰۴)

ج. دسته سومى از فقها نیز سعی در جمع میان تعریف شهید اول و تعاریف دسته دوم داشته‌اند تا تعریف قضاء، هم حکم شرعی کلی را دربرگیرد و هم حکم شرعی جزئی:

- مرحوم سید جواد (ره) در تعریف قضا فرموده است: «قضاوت ولایت شرعی بر حکم و مصالح عامه می‌باشد و هدف آن از بین بردن منازعه و اختلاف بین طرفین دعوی می‌باشد» (عاملی، ۱۴۱۹ ه ق، ج ۱۰: ۲)

نتیجه آن که جهت قضاوت هم به حکم کلی نیاز است و هم حکم جزئی از طریق تطبیق حکم کلی بر مصادیق. واژه قضاء هر دو مفهوم حکم را در بر می‌گیرد و لذا از آنجا که قضاء منتسب به شارع است، تمامی احکام چه در مقام صدور و تصویب و چه در مقام قضاوت باید منتسب به شارع باشد. لذا بسط مفهوم واژه قضاء، از یک طرف دلالت بر صلاحیت شارع و مأذونین از سوی شارع (مجتهدین عادل در عصر غیبت) در افتاء داشته و از طرف دیگر، دلالت بر عدم صلاحیت نمایندگان مجلس شورای اسلامی در تقنین کیفری دارد.

حال ممکن است این ابهام به وجود آید که بر اساس معنای لغوی و فقهی واژه قضاء، مجلس شورای اسلامی کلاً حق تقنین ندارد و لذا این امر اختصاصی به تقنین کیفری ندارد. در پاسخ می‌توان گفت که:

اولاً تقنین کیفری در منطقه الفراغ قرار ندارد و این گونه نیست که نمایندگان منتخب مردم بتوانند اقدام به تصویب قاعده و قانون در این زمینه نمایند.

ثانیاً توجه به این نکته نیز ضروری است که حکومتی بودن امور جزائی و در عین حال، عرفی بودن احکام مدنی، تقنین کیفری را در حوزه حقوق عمومی از سایر حوزه‌های حقوقی متمایز می‌نماید.

#### ۴. رویکرد فقه امامیه به تقنین کیفری

در فقه امامیه مشهور است که مجازات‌ها به چهار دسته حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم می‌شوند. همین‌طور گفته می‌شود موجب، نوع و میزان سه نوع مجازات حدود، قصاص و دیات در شرع مقدس تعیین شده است و این تنها مجازات تعزیری است که موجب، نوع و میزان آن مشخص نشده است.

لذا براساس این پیش‌فرض جاری، تقنین کیفری تنها در مجازات‌های تعزیری جاری است. در حالی که با بررسی بیشتر، روشن خواهد شد که این پیش‌فرض معتبر و موجه به نظر نمی‌رسد و موضوع تقنین کیفری در حال حاضر، تنها مجازات‌های تعزیری نیست و می‌توان گفت که علاوه بر تعزیرات، سه نوع مجازات حدود، قصاص و دیات هم موضوع تقنین کیفری است.

دلیل این مدعا، جرم‌انگاری‌های جدید در باب حدود در قانون مجازات اسلامی و یا تغییر در فرآیند اجرای حدود است. به عنوان نمونه، جرم إفساد فی الأرض به صورت مجزا از جرم محاربه، به عنوان یک جرم حدی برای نخستین بار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

جرم انگاری شده است (ماده ۲۸۶). این در حالی است که در جرم دانستن افساد فی الارض بدون صدق عنوان محاربه، میان فقهای امامیه اختلاف است (ماوردی، ۱۹۶۶: ۶۲). همچنین اجرای مجازات رجم نیز منوط به امکان اجرای آن بنا به صلاحدید قاضی صادرکننده حکم و رئیس قوه قضائیه شده است (ماده ۲۲۵). این مصادیق نشان‌دهنده آن است که موضوع تقنین کیفری در نظام جمهوری اسلامی ایران، تنها مجازات‌های تعزیری نیست. لذا در قاعده فقهی «التعزیر بما یراه الحاکم»، واژه تعزیر نفی ما عدا نکرده و می‌توان حدود را نیز در معنای عام آن که شامل تمامی مجازات‌ها می‌شود، جانشین کمله تعزیر کرد و گفت «الحدود بما یراه الحاکم».

از طرف دیگر، در فقه امامیه فردی که صلاحیت تصویب و وضع قوانین کیفری را دارد حجت خداوند در زمین است. این حجت در حال حاضر، امام زمان (عج) بوده که غائب است و لذا پس از نواب خاص آن حضرت، فقهای عادل به عنوان نواب عام آن حضرت عهده‌دار این امر هستند (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴: ۱۶۱؛ عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۸۰). از طرف دیگر، تشریح بنا به اعتقاد فقهای مانند شیخ فضل الله نوری و علامه طباطبائی قابل تفویض به افراد فاقد شرایط لازم نیست (ترکمان، ۱۳۶۲: ۵۶؛ طباطبائی، ۱۳۸۱، ج ۴: ۱۴۹). لذا می‌توان گفت در صورتی که فقه به عنوان روش استنباط قوانین کیفری بکار گرفته شود، فرقی نمی‌کند که یک فقیه مجتهد یا مجلسی از فقها عهده‌دار این امر شوند. لیکن جمهوریت و مردم‌سالار بودن و اصل «تقنین به وسیله نمایندگان مردم» (اصل ۵۸ قانون اساسی)، اقتضاء این امر را دارد که مجلس متشکل از فقها بدین امر اقدام نماید.

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (مصوب ۱۳۶۸)، مقصود از حاکم، رئیس قوه قضائیه است که توسط مقام رهبری انتخاب شده و وظیفه تهیه لوایح قضائی را برعهده دارد. لیکن در قانون اساسی مصوب ۱۳۵۸، شورای عالی قضایی عهده‌دار انجام این امر بود و لذا زمینه برای استنباط احکام کیفری از متون شرعی و روش فقهی بیشتر مهیا بود. از طرف دیگر، این امکان برای رئیس قوه قضائیه نیز وجود ندارد که در کنار سایر مسئولیت‌های مدیریتی قوه قضائیه، خود، عهده‌دار تهیه لوایح قضائی باشد و لذا عملاً این امور به فقها یا حقوق‌دانانی که از شرایط لازم برخوردار نیستند، محول می‌گردد. نتیجه آن‌که به نظر می‌رسد سازوکار پیش‌بینی شده در قانون اساسی، مطابق با معیارها و اصول فقه امامیه نیست.

## ۵. الزامات نظریه ولایت فقیه در تقنین کیفری

نظریه ولایت فقیه به عنوان اندیشه سیاسی امام خمینی<sup>(ره)</sup> در قانون اساسی نظام جمهوری

اسلامی ایران تجلی یافته است. این نظریه مبتنی بر وحی، سنت پیامبر اعظم (ص) و ائمه معصومین (ع) است: «مسلمین باید تاسی کنند به او (پیامبر اکرم) که او چه کرد، ما هم باید آن را انجام دهیم، حکومت تشکیل داد، ما هم باید حکومت تشکیل بدهیم.» (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۰: ۴۱۲)

در حکومت نبوی، تقنین از شئون خاص رسول الله (ص) بود و در حکومت مبتنی بر ولایت فقیه نیز تقنین، به ویژه قانونگذاری کیفری، از شئون خاص شارع مقدس است. نکته جالب توجه آن است که حتی در قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ که در زمان سلطنت رضاخان پهلوی تنظیم و تصویب شده، شأن خاص شارع در تصویب قوانین کیفری، مراعات گردید: «ماده ۱- مجازاتهای مصرحه در این قانون از نقطه نظر حفظ انتظامات مملکتی مقرر و در محاکم عدلیه مجری خواهد بود و جرم‌هایی که موافق موازین اسلامی تعقیب و کشف شود بر طبق حدود و تعزیرات مقرر در شرع مجازات می‌شوند.»

لذا حکومت پادشاهی پهلوی نیز تقنین کیفری در حدود مجازات‌های شرعی را خارج از حیطه وظایف مجلس شورای ملی تشخیص داده بود. لیکن در نظام جمهوری اسلامی ایران، نه تنها این امر محقق نشد، بلکه تدوین و تصویب نصوص شرعی مصرح در منابع فقهی، به تصویب مجلس متشکل از نمایندگان مردم منوط شد، نمایندگانی که از شرط اجتهاد و عدالت لازم برای تصویب قوانین کیفری برخوردار نبودند. لذا عملاً قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به دلیل پیش‌بینی نکردن ساختار لازم برای تدوین قوانین کیفری، به مبانی اندیشه سیاسی سکولار نزدیک‌تر است تا مبانی فقه قضائی و سیاسی اسلام. این فرآیند در نظام جمهوری اسلامی ایران، فرآیندی است که شهید مطهری در مورد بروز آن هشدار داده بود:

«قرن ما از نظر فقه و مقررات اسلامی، قرن یک فاجعه است... در این قرن ما شاهد قربانی شدن مقررات اسلامی در مقابل مقررات اروپایی هستیم. سنگرها را پی‌درپی از دست فقه اسلامی می‌گیرند. در مسائل قضایی، در مسائل دینی، در مسائل خانوادگی، در مسائل جزایی و در سایر مسائل، تدریجاً مقررات ناقص اروپایی جانشین مقررات اسلامی می‌گردد... ما از نظر فقه و اجتهاد... دچار نوعی جمود و اعراض از مواجهه با مسائل مورد نیاز عصر خود هستیم.» (مطهری، ۱۳۶۲: ۱۸۹-۱۸۸)

در عین حال، بررسی رابطه اندیشه سیاسی امام خمینی (ره) و امر قضاء، نشان‌دهنده عدم انعکاس اندیشه سیاسی ایشان در امر مهم قضاء می‌باشد. به عبارت دیگر، ایشان نسبت به بازسازی اندیشه‌های و آراء خود در باب قضاء براساس اندیشه سیاسی اقدام نکرده و فقهای

متأخر ایشان نیز از این امر غفلت ورزیده‌اند.

با این وجود، نظریات فقه‌های متقدمی چون شهید اول، در باب قضاء در انطباق بیشتری با نظریه ولایت فقیه است. همچنان‌که در مباحث پیشین آورده شد، شهید اول قضاء را این‌گونه تعریف می‌نماید: «و هو ولاية شرعية على الحكم في المصالح العامة من قبل الإمام» (مکی عاملی، ۱۴۱۲ ه ق، ج ۲: ۶۵). در ذیل به بررسی ارکان این تعریف پرداخته می‌شود:

### ۱-۵. ولایت شرعی من قبل الإمام

بر اساس این تعریف، مبنای امر قضاء، «ولایت شرعی بر حکم» است که این ولایت در عصر غیبت از ناحیه امام زمان<sup>(ع)</sup> با نیابت عام به فقها تفویض شده است. براساس آیات قرآن، انبیاء عظام، ائمه معصومین<sup>(ع)</sup> و در زمان غیبت امام عصر<sup>(عج)</sup>، ولی فقیه دارای ولایت شرعی بر حکم هستند.

بر این مبنای، ولایت فقیه که عبارت است از حکومت فقیه عادل و دین‌شناس، حکم شرعی تبعیدی است که مورد تأیید عقل نیز می‌باشد، و در تعیین مصداق آن روش عقلایی وجود دارد که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان شده است (خامنه‌ای، آجوبه الاستفتاءات: سؤال ۵۶). لذا ولایت فقیه در طول ولایت ائمه معصومین<sup>(ع)</sup> تعریف شده و احکام مربوط به آن مانند سایر احکام فقهی از ادله شرعی استنباط می‌شوند. از این رو، تعیین و اجرای حدود در معنای عام آن (که مطلق مجازات است)، در زمان غیبت هم واجب است و ولایت بر آن، اختصاص به ولی امر مسلمین دارد.

بر اساس استفتاء صورت گرفته از آیت الله خامنه‌ای، حاکم اسلامی باید در هر مورد که لازم بداند تصمیمات مقتضی بر اساس فقه اسلامی اتخاذ کند و دستورات لازم را صادر نماید. تصمیمات و اختیارات ولی فقیه در مواردی که مربوط به مصالح عمومی اسلام و مسلمین است، در صورت تعارض با اراده و اختیار آحاد مردم، بر اختیارات و تصمیمات آحاد امت، مقدم و حاکم است (خامنه‌ای، آجوبه الاستفتاءات: سؤال ۶۳). از طرف دیگر، قضاء نیز به اتفاق فقها، حتی فقهایی مانند آیت الله خوئی که با مطلقه بودن نظریه ولایت فقیه مخالف بودند، از وظایف خاص ولی فقیه در زمان غیبت امام زمان<sup>(عج)</sup> شمرده شده است.

### ۲-۵. علی الحكم

در نزد شهید اول، امر قضاء اختصاص به امور جزئی و رفع خصومت ندارد، بلکه امر قضاء در معنای عام آن، اعم از صدور حکم کلی و یا حکم جزئی در مقام رفع خصومت، بکار می‌رود.

در حالی که امام خمینی<sup>(ره)</sup> در تعریف واژه قضاء، تنها آن را منحصر به رفع خصومت کرده و گفته‌اند: «وآن حکم است، جهت رفع خصومت و تنازع بین آنان. منصب قضاء و قضاوت از مناصب جلیله‌ای است که از طرف خدای متعال، برای پیغمبر<sup>(ص)</sup> و از طرف ائمه<sup>(ع)</sup> و از طرف آنان برای فقیه جامع‌الشرایطی که می‌آید، ثابت است». (خمینی، ۱۳۸۵، ج ۲: ۴۰۴) لذا به نظر می‌رسد تعریف امام خمینی<sup>(ره)</sup> از واژه قضاء، با نظریه ولایت فقیه ایشان همخوانی نداشته و مفهومی که شهید اول از این واژه ارائه داده‌اند، با نظریه ولایت فقیه هماهنگ‌تر است.

### ۳-۵. فی المصالح العامه

قوانین کیفری از مصالح عامه بوده و مصالح عامه نیز آن دسته از احکام شرعی اجتماعی هستند که ناظر به وظایف حاکمیتی دولت می‌باشند. توضیح آن که احکام شرعی یا فردی هستند یا اجتماعی. در احکام شرعی فردی، هر شخصی می‌تواند بنا به تشخیص خود، فقیه مجتهد و اعلی را به عنوان مرجع تقلید انتخاب کرده و از او تقلید کند. حتی براساس اصول قانون اساسی و فقه امامیه، مذاهب دیگر اسلامی اعم از حنفی، شافعی، مالکی، حنبلی و زیدی می‌توانند در احوال شخصیه که از احکام فردی محسوب می‌گردد (ازدواج، طلاق، ارث و وصیت)، براساس مذهب خود عمل کرده و دادگاه‌ها نیز بر آن اساس حکم دهند (اصل ۱۲). فراتر از آن، ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی نیز از همین حکم برخوردار هستند (اصل ۱۳). در چنین احکامی، تعدد مراجع و فتاوا یا قوانین مختلف هیچ‌گونه مشکلی به بار نیاورده و موجب احساس بی‌عدالتی نخواهد بود.

احکام شرعی اجتماعی نیز براساس تقسیم وظایف دولت به تصدی‌گری و حاکمیتی (ابوالحمد، ۱۳۸۳: ۵۱) بر دو دسته هستند:<sup>(۹)</sup>

۱. قوانین ناظر به تصدی‌گری: قوانینی هستند که جهت اداره اموال عمومی وضع می‌شوند. در این قبیل مسائل، اگر مرجع تقلید یا مذهبی از مذاهب اسلامی، نظر خاصی داشته باشد، آن نظر قابل اجرا است. به عنوان مثال اگر یکی از مراجع تقلید، برخی از انواع قراردادهای بانکی را ربوی و حرام بداند، بر مقلدان آن مرجع، واجب است که از آن قراردادها اجتناب کنند.

۲. قوانین ناظر به امور حاکمیتی: این قوانین و مقررات، الزامی و برگرفته از سیاست‌های کلی نظام اسلامی بوده و تک‌تک افراد جامعه مکلف به اطاعت و اجرای آن‌ها هستند. در چنین مواردی اگر بین فتوای مراجع تقلید با نظر حکومت تعارض و اختلاف پیش بیاید، نظر حکومت و ولی فقیه همیشه مقدم است. حضرت امام<sup>(ره)</sup> در این باره می‌فرماید:

«قیام برای تشکیل حکومت و اساس دولت اسلامی از قبیل واجب کفایی است بر فقهای عدول. پس اگر یکی از آنان موفق به تشکیل حکومت شود دیگران باید از او تبعیت کنند» (خمینی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۴۶۶-۴۶۵).

چنان که فقها در مورد قضاوت نیز تصریح کرده‌اند که اگر قاضی شرع در موردی قضاوت کرد، قضاوت او برای دیگران حجت است و نقض حکم او حتی از طرف قاضی دیگری که اعلم از او باشد حرام است: «حکم الحاکم الجامع للشرائط لایجوز نقضه ولو لمجتهد آخر الا اذا تبین خطأه». (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۷ق، ج ۱: ۴۷) در این مسأله هیچ‌گونه اختلافی بین فقهاء نیست؛ البته اگر ولی فقیه خطای آشکاری مرتکب شد، پیروی از او جایز نیست.

آیت الله سیستانی نیز علی‌رغم اینکه مسأله ولایت فقیه را «تقلیدی» می‌داند، اما در پاسخ به این سؤال که «می‌خواستم بدانم اگر حکم مرجع تقلیدی با حکم ولی فقیه فرق داشت مقلد باید از کدام اطاعت کند هم در مورد حکومتی و هم غیر حکومتی پاسخ دهید؟» چنین می‌فرماید: «حکم کسی [که] ولایت شرعی دارد در امور عامه که نظام جامعه و معاش مردم بر آن مبتنی است بر همه نافذ است حتی بر مجتهدین دیگر». (پایگاه اطلاع رسانی آیت الله سیستانی: ۱۳۹۴)

آیت الله مکارم نیز در این زمینه این‌گونه پاسخ می‌دهند: «سوال: در مورد ولایت فقیه چگونه باید عمل کرد؟ پاسخ: در مسائلی که مربوط به حکومت است باید پیرو ولایت فقیه بود. سوال: آیا نظر ولی فقیه در مسائل شرعی بر نظر سایر فقها ترجیح دارد؟ در این صورت، تکلیف مقلد چیست؟ پاسخ: در مسائل مربوط به حکومت از نظر ولی فقیه، و در مسائل دیگر از نظر مرجع تقلید پیروی می‌شود. سوال: آیا تبعیت از حکم حکومتی ولی فقیه بر مراجع تقلید هم واجب است؟ پاسخ: آری، واجب است.» (پایگاه اطلاع رسانی آیت الله مکارم شیرازی، ۱۳۹۴، ولایت فقیه، پرسش ۲، ۶ و ۹)

نتیجه آن‌که قوانین کیفری، آن دسته از مصالح عمومی می‌باشند که مربوط به امور حاکمیتی بوده و صلاحیت تقنینی آنها برعهده مجتهد یا مجتهدین عادل است. این قوانین برای تمامی افراد جامعه الزام‌آور بوده و توافق طرفینی نیز برخلاف آنها، بی‌اثر است. لذا مجلس شورای اسلامی که متشکل از نمایندگان منتخب مردم می‌باشد، دارای ولایت شرعی نبوده و لذا صلاحیت لازم را برای تصویب قوانین کیفری که تبعیت از آنها حتی برای مراجع تقلید واجب است، ندارد. از این‌رو، برخی معتقدند نقش مجلس شورای اسلامی در زمینه تقنین کیفری، در اصل تبیینی است و نه تقنینی. (موثق، ۱۳۸۶)

بر این اساس، نکته دیگر در خصوص اساسی سازی مطلقه بودن ولایت شرعی مقام

رهبری در امور کیفری است. با این توضیح که، اصل ۱۶۷ قانون اساسی، به قضات اجازه داده تا در موارد سکوت، ابهام و اجمال قوانین، به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر مراجعه کنند. بر اساس اطلاق اصل ۴ قانون اساسی، این اصل منطبق بر موازین اسلامی بوده و لذا ناقض اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیست. پرسش اساسی در ارتباط با این اصل آن است که فتوای کدام مرجع، فتوای معتبر است؟ آیا در امور کیفری تنها فتوای ولی فقیه دارای اعتبار است و یا این که عمل به این اصل، اختصاص به فتوای مرجع تقلید نداشته و می توان در موارد سکوت مقنن، از فتوای هر کدام از مراجع تقلید استفاده کرد.

در لایحه پیش نویس قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، نظر اول ترجیح داده شده بود و مقرر گشته بود که: «هرگاه رجوع به اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی لازم شود، مقام قضائی از رهبری استفتاء خواهد کرد. مقام رهبری می تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض کند». لیکن شورای نگهبان ضمن رد این نظر آن را مخالف اطلاق اصل ۱۶۷ قانون اساسی دانست و حکم به اعتبار فتاوی سایر مراجع تقلید در امور جزایی نمود.

لذا همین امر بیان گر آن است که تقنین کیفری در معنای عام، خاص شارع بوده، به گونه ای که حتی قیاس از مواد قانونی برای قاضی جایز نبوده و وی حتماً باید به منابع معتبر فقهی مراجعه کند. لیکن استنباط قاضی از منابع و فتاوی معتبر فقهی مجاز است. از طرف دیگر، در موارد سکوت قانون، قاضی الزامی به استفسار از مجلس شورای اسلامی یا اطلاع این امر به مجلس ندارد. بلکه خود رأساً می تواند نسبت به استفتاء از مراجع معظم تقلید اقدام کند.

## نتیجه گیری

پژوهش حاضر با تمرکز بر «تقنین کیفری در نظام جمهوری اسلامی ایران» کوشید نسبت میان مبانی فقه امامیه، نظریه سیاسی ولایت فقیه و ساختارهای رسمی قانون گذاری را واکاوی کند و نشان دهد که تقنین کیفری در عمل با نوعی آشفتگی ساختاری و تداخل صلاحیت ها مواجه است. پرسش محوری تحقیق آن بود که: ساختار تقنین کیفری در جمهوری اسلامی ایران تا چه اندازه با مبانی فقه امامیه و الزامات قانون اساسی، به ویژه نظریه ولایت فقیه، انطباق دارد و کاستی های ساختاری آن کدام اند؟ پاسخ به این پرسش، ما را به نتایجی رساند که از حیث نظری و نهادی واجد نوآوری است.

یافته نخست پژوهش آن است که تقنین کیفری، برخلاف بسیاری از حوزه های حقوقی، ماهیتی ذاتاً فقهی - حکومتی دارد و نمی توان آن را صرفاً در چارچوب قانون گذاری عرفی و

پارلمانی تحلیل کرد. بسط مفهومی واژه «قضاء» در قرآن و فقه امامیه نشان داد که تعیین حکم کلی (تقنین) و حکم جزئی (قضاوت) هر دو در قلمرو قضاء قرار می‌گیرند. این تحلیل مفهومی، نوآوری اصلی مقاله است؛ زیرا تقنین کیفری را نه امری بیرون از قضاء، بلکه بخشی از آن تلقی می‌کند و از این رهگذر، مبنای فقهی محدودیت صلاحیت مجلس در وضع جرم و مجازات را توضیح می‌دهد.

یافته دوم، ناظر به انحصار مصوبات قضایی در قالب لایحه است. بررسی اصول قانون اساسی، به‌ویژه اصول ۴، ۷۱، ۷۴ و ۱۵۸، همراه با تفاسیر شورای نگهبان، نشان می‌دهد که در امور کیفری، اصل بر حصر تقنین در قالب لایحه قضایی و به ابتکار رئیس قوه قضائیه است. امکان ارائه «طرح قضایی» توسط نمایندگان مجلس، نه تنها فاقد پشتوانه روشن در قانون اساسی است، بلکه موجب تعارض با موازین اسلامی و اصل حاکمیت اجتهاد فقهای جامع‌الشرایط در امر کیفرگذاری می‌شود. این انحصار، اگرچه از حیث فقهی قابل دفاع است، اما در عمل با الزامات جمهوریت و اصل تفکیک قوا تنش‌آفرین شده است.

یافته سوم پژوهش، نقش محوری فقها در ساختار تقنین کیفری است. تقنین کیفر، چه در حدود و قصاص و دیات و چه در تعزیرات، بدون دخالت مؤثر فقهای مجتهد عادل، فاقد مشروعیت شرعی است. با این حال، ساختار فعلی نه مجلسی متشکل از فقهاست و نه سازوکاری نهادمند برای اجتهاد مستمر در تقنین کیفری پیش‌بینی کرده است. نقش فقهای شورای نگهبان نیز عمدتاً به «عدم مغایرت با احکام اولیه» تقلیل یافته و به دلیل سکوت فقه در بسیاری از حوزه‌های تعزیری، کارکرد واقعی خود را از دست داده است. نتیجه این وضعیت، عرفی شدن تدریجی حقوق کیفری و گسترش مداخلات نهادهایی خارج از مجلس، مانند مجمع تشخیص مصلحت نظام، شورای عالی امنیت ملی و شوراهای فوق‌قانونی مانند شورای هماهنگی اقتصادی سران سه قوه است.

از دیگر یافته‌های نو تحقیق، تبیین مفهوم انسداد تقنین کیفری در مجلس شورای اسلامی است. تصویب آزمایشی گسترده قوانین کیفری، دائمی شدن آن‌ها بدون بررسی ماده‌به‌ماده در صحن علنی، و استجازه‌های مکرر از مقام رهبری برای حل معضلات کیفری، همگی نشانه‌هایی از ناتوانی ساختاری مجلس در ایفای نقش تقنینی در این حوزه‌اند. این انسداد، به تداخل صلاحیت‌ها و در نهایت، تحدید حقوق و آزادی‌های شهروندان منجر شده است.

در عین حال، پژوهش تأکید می‌کند که تحلیل ساختار تقنین کیفری، بدون توجه به ملاحظات سیاسی و اجتماعی ممکن نیست. تحولات امنیتی، اقتصادی و اجتماعی، همواره بر فرآیند جرم‌انگاری و کیفرگذاری اثر گذاشته‌اند و تحقیقات آینده ناگزیر باید این

رویدادهای مؤثر و زمینه‌های سیاسی - اجتماعی را به‌طور نظام‌مند به عنوان یک متغیر تأثیرگذار وارد تحلیل کنند.

اما در نهایت، چه باید کرد؟ جمع‌بندی نهایی آن است که تداوم وضع موجود نه با مبانی فقه امامیه سازگار است و نه با الزامات جمهوریت. راه‌حل، نه بازگشت کامل به تقنین صرفاً عرفی است و نه تمرکز مطلق تقنین در دست یک فقیه یا نهاد غیرپاسخ‌گو. پیشنهاد بنیادین این پژوهش، بازطراحی ساختار تقنین کیفری است؛ ساختاری که در آن، اجتهاد جمعی فقهای منتخب مردم (مثلاً در قالب نهادهای تخصصی و پاسخ‌گو) محور تقنین کیفری باشد و مجلس نقش خود را در چارچوبی روشن، شفاف و منطبق با قانون اساسی ایفا کند. تنها در این صورت است که می‌توان از یک‌سو مشروعیت شرعی و از سوی دیگر مقبولیت مردمی و کارآمدی نظام کیفری را تضمین کرد.

## منابع و مأخذ

### الف) منابع فارسی

۱. آجدانی، لطف الله (۱۳۸۵). *علماء و انقلاب مشروطیت ایران*، تهران: نشر آخوان.
۲. آقابابائی طاقانکی، عظیم؛ موسوی مجاب، سید درید و حبیب زاده، محمدجعفر (۱۴۰۴). *عرفی‌سازی حقوق در نظام کیفری ایران: ضرورت‌ها، جلوه‌ها، پیامدها*. تحقیق و توسعه در حقوق کیفری و جرم‌شناسی. Doi: [10.22034/jclc.2025.2058826.1187](https://doi.org/10.22034/jclc.2025.2058826.1187).
۳. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۸۳). *حقوق اداری ایران*، تهران: انتشارات توس.
۴. پروین، خیر الله؛ درویش متولی، میثم (۱۳۹۲). *مأخذ شریعت ناظر در نظام تقنینی جمهوری اسلامی ایران*، حکومت اسلامی، ۱۸ (۱)، ۱۱۵-۱۳۶.
۵. ترکمان، محمد (۱۳۶۲). *رسائل، اعلامیه‌ها و مکتوبات شیخ شهید فضل الله نوری*، تهران: مؤسسه خدمات فرهنگی رسا.
۶. توازنی زاده، عباس (۱۳۸۵). *تأملی بر تأثیر نظریه اعمال حاکمیت و اعمال تصدی بر رژیم حقوقی حاکم بر سازمان‌های دولتی و برنامه‌های اصلاح ساختار نظام اداری ایران*، مجلس و راهبرد، ش ۵۱، ۱۰۰-۵۷.
۷. خطاب، ابو عبدالله (۱۴۱۲ق.). *مواهب الجلیل شرح خلیل*، ج ۶، بیروت: دارالفکر.
۸. خمینی، روح الله (۱۳۷۸). *صحیفه نور*، ج ۲۱، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۹. راسخ، محمد (۱۳۸۴). *بنیاد نظری اصلاح نظام قانونگذاری*، تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس

شورای اسلامی.

۱۰. رحمانی، مجید؛ امامی، محمد و مقدم فرد، محمد (۱۴۰۴). تداخل صلاحیت در وظایف تقنینی در نظام حقوقی ایران. پژوهش‌های نوین حقوق اداری. ۷(۲۲). ۳۷-۵۵.
۱۱. رضوی فرد، بهزاد (۱۳۹۱). کارآمدی و ناکارآمدی کیفر حبس در حقوق بین‌الملل کیفری، پژوهش حقوق کیفری، ۱(۱)، ۲۰۳-۱۸۱.
۱۲. زارعی، محمد حسین (۱۳۸۳). نظام قانون‌گذاری ایران و جایگاه مجمع تشخیص مصلحت، راهبرده، شماره ۳۴، ۳۳۳-۳۲۰.
۱۳. ساداتی، سیدمحمد مهدی؛ صادقی، محمدهادی و غلامیان زالی، صمد (۱۳۹۸). تأملی بر بسط آثار و مصادیق حدود در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲. فقه و اصول. ۵۱ (۳)، ۹۴-۷۱.
۱۴. سنگلچی، محمد (۱۳۸۴). قضاء در اسلام، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۵. طباطبائی، سیدمحمد حسین (۱۳۸۱). تفسیر المیزان، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، تهران: دفتر انتشارات اسلامی، چ پانزدهم.
۱۶. عباسی، بیژن و شیدایی، نوید (۱۴۰۲). جایگاه شورای عالی هماهنگی اقتصادی سران قوا و مصوبات آن در نظم حقوق اساسی. فصلنامه تحقیقات حقوقی. ۲۶ (۱۰۳)، ۲۰۶-۱۸۱.
۱۷. غلامی، حسین (۱۴۰۳). «این» یک قانون نیست (تأملی حقوقی - فلسفی در مصوبه عفاف و حجاب). تحقیق و توسعه در حقوق کیفری و جرم‌شناسی. ۱(۲)، ۳۲۹-۳۲۱.
- 10.22034/jclc.2025.2051421.1154
۱۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). فلسفه حقوق، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۹. کعبی، عباس (۱۳۹۴). مبانی حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، تهران: پژوهش‌های عدالت.
۲۰. مسجدسرای، حمید و سهیل کبیری (۱۳۹۴). حدود اختیارات حاکم در حقوق کیفری اسلام، تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۲۱. کوهی اصفهانی، کاظم (۱۳۹۱). صلاحیت مجلس شورای اسلامی در امر تقنین؛ مطلق یا مقید؟، بررسی‌های حقوق عمومی، ۱(۲)، ۹۷-۱۲۲.
۲۲. مرکز مالگیری، احمد؛ مهدی‌زاده، مهدی (۱۳۹۴). قانون‌گذاری پراکنده در نظام تقنینی ایران، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۴۷، ۱۸۴-۱۵۷.
۲۳. مطهری، مرتضی (۱۳۶۲). اسلام و مقتضیات زمان، چاپ دوم، تهران: انتشارات صدرا.
۲۴. موثق، محمدرضا (۱۳۸۶). مجلس؛ فلسفه وجودی و کارویژه‌های تقنینی، مجله پگاه حوزه، ش ۲۱۹.
۲۵. مهرپور، حسین (۱۳۶۸). سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانون‌گذاری تعزیرات در جمهوری

- اسلامی ایران)، مجله کانون وکلا، ش ۱۴۸ و ۱۴۹، ۶۸-۹.
۲۶. میرزایی، اقبالعلی (۱۳۷۸). قانون و اعتبار زمانی آن با تأکید بر مفهوم و اوصاف قانون موقت، مجله حقوقی دادگستری، ۷۸ (۸۵)، ۱۷۱-۱۴۵.
۲۷. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۸). جرایم علیه اشخاص، تهران: نشر میزان.
۲۸. نائینی، محمدحسین (۱۳۷۸). تنبیه الأمه و تنزیه المله، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۹. هادوی تهرانی، مهدی و مجید معتضدی (۱۳۸۹). بررسی رویکرد قرآن کریم به مجازات، پژوهشنامه علوم و معارف قرآن کریم، ۲ (۷)، ۹۰-۶۵.
۳۰. همیلتون، ملکلم. (۱۳۸۷). جامعه شناسی دین، ترجمه محسن ثالثی، تهران: مؤسسه فرهنگی انتشاراتی تبیان.

## ب) منابع عربی

۳۱. ابن منظور، ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرم (۱۳۷۶ق.). لسان العرب، ج ۱۵، بیروت: دار صادر.
۳۲. بلیهی، صالح بن ابراهیم (۱۴۱۰ق.). السلسبیل فی معرفه الدلیل حاشیه علی زاد المستقنع، ج ۳، بی جا: مکتبه جده.
۳۳. جلی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق.). مسالک الأفهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۴، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۳۴. خمینی، روح الله (۱۳۸۵). تحریر الوسیله، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۳۵. \_\_\_\_\_ (۱۴۱۰ق.). کتاب البیع، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۳۶. زبیدی، محمد بن محمد (۱۳۸۵ق.). تاج العروس فی شرح القاموس، ج ۱۰، بیروت: دار الهدایه.
۳۷. طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۷ ه.ق.). العروه الوثقی، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۳۸. طرابلسی حنفی، علی بن خلیل (۱۳۹۳ق.). معین الحکام فیما یتردد بین الخصمین من الاحکام، قاهره: مصطفی البابی الحلبي و اولاده.
۳۹. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی (۱۴۱۹ ه.ق) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۱۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۰. عاملی، سیدمحمد (۱۴۱۳ق.). نهایه المرام فی شرح مختصر شرایع الاسلام، تحقیق: اشتیاردی، عراقی و یزدی، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۴۱. فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ ه.ق.). کشف اللثام عن قواعد الأحکام، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.

۴۲. گلپایگانی، محمدرضا (۱۳۹۱ ه.ق.). *کتاب القضاء*، ج ۱، قم: دارالقرآن الکریم.
۴۳. ماوردی، علی بن محمد (۱۹۶۶ م.). *الاحکام السلطانیة*، بیروت: دارالفکر.
۴۴. مکی عاملی (شهید اول). جمال الدین (۱۴۱۲ ه.ق.)، *الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة*، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
۴۵. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۵). *جواهر الکلام*، ج ۴۰ و ۴۱، تهران: دار الکتب الإسلامیة.

### پ) منابع اینترنتی

۴۶. پایگاه اطلاع رسانی دفتر حفظ و نشر آثار حضرت آیت الله العظمی سیدعلی خامنه ای (مدظله العالی) (۱۳۹۴)، به آدرس:  
- <http://farsi.khamenei.ir/index.html>
۴۷. پایگاه اطلاع رسانی دفتر آیت الله سیستانی (۱۳۹۴)، به آدرس:  
- <http://www.sistani.org/persian>
۴۸. پایگاه اطلاع رسانی دفتر حضرت آیت الله العظمی مکارم شیرازی (۱۳۹۴)، به آدرس:  
- <http://makarem.ir/>

### ت) منابع لاتین

49. Eng, Svein (2002), *Legislative Inflation and the Quality of Law*, in Wintgens, Luc, *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford: Hart Publishing, pp. 65-79.
50. *Catechism of the Catholic Church*; Ireland: Veritas, 1994.
51. Lacey, Nicola (2015), "Jurisprudence, history, and the institutional quality of law", *Virginia Law Review*, 101 (4), pp. 919-945.
52. Dalloz encyclopédie juridique, TIV, p.11: le principe étant la permanence de la loi; il n'empêche qu'un texte puisse être abrogé.

### Rferences

1. Ajdani, Lotfollah (2006). *The Ulama and the Iranian Constitutional Revolution*. Tehran: Akhavan Publishing. (in Persian)
2. Aghababaei Taghanaki, A., Mousavi Mojab, S. D. and Habibzadeh, M. J. (2025). Customization of the law in Iran's criminal system: reasons, effects, consequences. (e728691). *Research and development in criminal law and criminology*. Doi: [10.22034/jclc.2025.2058826.1187](https://doi.org/10.22034/jclc.2025.2058826.1187) (in Persian)
3. Abolhamd, Abdolhamid (2004). *Iranian Administrative Law*. Tehran: Toos Publications. (in Persian)
4. Parvin, Khairollah; & Darvish Motavali, Meysam (2013). The Observant Sources of Sharia in the Legislative System of the Islamic Republic of Iran. *Islamic Government*, 18(1), 115–136. (in Persian)

5. Torkaman, Mohammad (1983). *Treatises, Declarations, and Correspondence of the Martyred Sheikh Fazlollah Nouri*. Tehran: Rasa Cultural Services Institute. (in Persian)
6. Tavazoni-Zadeh, Abbas (2006). A Reflection on the Impact of the Theory of Sovereign Acts and Administrative Acts on the Legal Regime Governing State Organizations and Administrative Reform Programs in Iran. *Majles and Strategy*, No. 51, 57–100. (in Persian)
7. Hattab, Abu Abdullah (1992). *Mawahib al-Jalil Sharh Khalil*, Vol. 6. Beirut: Dar al-Fikr. (in Persian)
8. Khomeini, Ruhollah (1999). *Sahifeh-ye Noor*, Vol. 21. Tehran: Organization for Printing and Publishing of the Ministry of Culture and Islamic Guidance. (in Persian)
9. Rasekh, Mohammad (2005). *The Theoretical Foundations of Reforming the Legislative System*. Tehran: Research Center of the Islamic Consultative Assembly. (in Persian)
10. Rahmani, Majid; Emami, Mohammad; & Moghaddam Fard, Mohammad (2025). Jurisdictional Overlap in Legislative Functions within Iran's Legal System. *New Research in Administrative Law*, 7(22), 37–55. (in Persian)
11. Razavi Fard, Behzad (2012). The Effectiveness and Ineffectiveness of Imprisonment in International Criminal Law. *Criminal Law Research*, 1(1), 181–203. (in Persian)
12. Zarei, Mohammad Hossein (2004). Iran's Legislative System and the Position of the Expediency Discernment Council. *Rahbord (Strategy)*, No. 34, 320–333. (in Persian)
13. Sadati, S. M. M. , Sadeghi, M. H. and Gholamian Zali, S. (2019). A Reflection on Extending the Implications and Examples of Hudud in the Islamic Penal Code of 2013. *Fiqh and Usul*, 51(3), 71-94. doi: 10.22067/jfu.v51i3.67060. (in Persian)
14. Sanglaji, Mohammad (2005). *Judiciary in Islam*. Tehran: University of Tehran Press. (in Persian)
15. Tabatabai, Seyyed Mohammad Hossein (2002). *Al-Mizan Exegesis of the Qur'an*, trans. Seyyed Mohammad Baqer Mousavi Hamedani. Tehran: Islamic Publications Office, 15th ed. (in Persian)
16. Abbasi, Bijan; & Sheidaei, Navid (2023). The Status of the Supreme Council for Economic Coordination of the Heads of Powers and Its Resolutions in the Constitutional Legal Order. *Quarterly Journal of Legal Research*, 26(103), 181–206. (in Persian)
17. Gholami, H. (2025). "This" Is Not a Law: A Legal-Philosophical Reflection on the Chastity and Hijab Resolution. (e720363). *Research and development in criminal law and criminology*, 1(2). [10.22034/jclc.2025.2051421.1154](https://doi.org/10.22034/jclc.2025.2051421.1154) (in Persian)
18. Katouzian, Nasser (1998). *Philosophy of Law*, Vol. 1. Tehran: Enteshar Joint Stock Company. (in Persian)
19. Kaabi, Abbas (2015). *Foundations of the Constitutional Law of the Islamic Republic of Iran*. Tehran: Pejvak-e Edalat. (in Persian)
20. Masjedsaraei, Hamid; & Kabiri, Soheil (2015). *The Limits of the Ruler's*

- Authority in Islamic Criminal Law. Tehran: Majd Scientific and Cultural Association. (in Persian)
21. Koochi Esfahani, Kazem (2012). The Legislative Competence of the Islamic Consultative Assembly: Absolute or Restricted? *Public Law Studies*, 1(2), 97–122. (in Persian)
  22. Markaz Malmiri, Ahmad; & Mahdizadeh, Mehdi (2015). Fragmented Legislation in Iran's Legislative System. *Public Law Research*, No. 47, 157–184. (in Persian)
  23. Motahari, Morteza (1983). *Islam and the Requirements of the Time*, 2nd ed. Tehran: Sadra Publications. (in Persian)
  24. Mowassaq, Mohammad Reza (2007). The Parliament: Its Existential Philosophy and Legislative Functions. *Pegah-e Howzeh Magazine*, No. 219. (in Persian)
  25. Mehrpour, Hossein (1989). The History of Ta'zirat: A Study of the Legislative Process of Ta'zirat in the Islamic Republic of Iran. *Iranian Bar Association Journal*, Nos. 148–149, 9–68. (in Persian)
  26. Mirzaei, Eghbalali (1999). Law and Its Temporal Validity with Emphasis on the Concept and Characteristics of Temporary Law. *Judiciary Legal Journal*, 78(85), 145–171. (in Persian)
  27. Mirmohammadsadeghi, Hossein (2009). *Crimes against Persons*. Tehran: Mizan Publishing. (in Persian)
  28. Naeini, Mohammad Hossein (1999). *Tanbih al-Ummah wa Tanzih al-Millah*. Tehran: Enteshar Joint Stock Company. (in Persian)
  29. Hadavi Tehrani, Mehdi; & Mo'tazedi, Majid (2010). An Examination of the Qur'anic Approach to Punishment. *Journal of Qur'anic Sciences and Knowledge*, 2(7), 65–90. (in Persian)
  30. Hamilton, Malcolm (2008). *The Sociology of Religion*, trans. Mohsen Salasi. Tehran: Tebyan Cultural Publishing Institute. (in Persian)
  31. Ibn Manzur, Abu al-Fadl Jamal al-Din Muhammad ibn Mukarram (c. 1376 AH). *Lisan al-'Arab*, Vol. 15. Beirut: Dar Sadir. (in Arabic)
  32. Ibn Manzur, Abu al-Fadl Jamal al-Din Muhammad ibn Mukarram (c. 1376 AH). *The Tongue of the Arabs*, Vol. 15. Beirut: Dar Sadir. (in Arabic)
  33. Balihi, Salih ibn Ibrahim (c. 1410 AH). *The Pure Spring in Understanding Legal Proof: A Marginal Commentary on "The Provision of the Seeker"*, Vol. 3. N.p.: Jeddah Library. (in Arabic)
  34. Jibli al-'Amili (Shahid al-Thani), Zayn al-Din ibn 'Ali (c. 1413 AH). *The Paths of Understanding toward Refining the Laws of Islam*, Vol. 4. Qom: Islamic Knowledge Institute. (in Arabic)
  35. Khomeini, Ruhollah (2006). *The Refinement of the Means (A Comprehensive Manual of Islamic Jurisprudence)*, Vol. 2. Tehran: Institute for the Compilation and Publication of Imam Khomeini's Works. (in Arabic)
  36. Khomeini, Ruhollah (c. 1410 AH). *The Book of Sale*. Qom: Isma'ilian Press. (in Arabic)
  37. Zabidi, Muhammad ibn Muhammad (c. 1385 AH). *The Crown of the Bride: A Commentary on the Lexicon*, Vol. 10. Beirut: Dar al-Hidayah. (in Arabic)
  38. Tabataba'i Yazdi, Muhammad Kazim (c. 1417 AH). *The Firmest Bond*, Vol. 3.

- Qom: Islamic Publishing Institute. (in Arabic)
39. Tarabulsi al-Hanafi, 'Ali ibn Khalil (c. 1393 AH). *The Judge's Guide in Disputed Judicial Matters between Litigants*. Cairo: Mustafa al-Babi al-Halabi & Sons. (in Arabic)
  40. 'Amili, Sayyed Jawad ibn Muhammad al-Husayni (c. 1419 AH). *The Key to Dignity: A Commentary on the Juridical Maxims of al-'Allamah*, Vol. 10. Qom: Islamic Publications Office (affiliated with the Qom Seminary Teachers' Society). (in Arabic)
  41. 'Amili, Sayyed Muhammad (c. 1413 AH). *The Ultimate Objective in the Commentary on the Abridged "Laws of Islam"*, ed. Eshtehardi, 'Araqi, & Yazdi. Qom: Islamic Publishing Institute. (in Arabic)
  42. Fadil Hindi, Muhammad ibn Hasan (c. 1416 AH). *Unveiling the Veil from the Principles of Legal Rulings*, Vol. 2. Qom: Islamic Publishing Institute. (in Arabic)
  43. Golpayegani, Mohammad Reza (c. 1413 AH). *The Book of Judiciary*, Vol. 1. Qom: Dar al-Qur'an al-Karim. (in Arabic)
  44. Al-Mawardi, 'Ali ibn Muhammad (1966). *The Ordinances of Government*. Beirut: Dar al-Fikr. (in Arabic)
  45. Makki al-'Amili (Shahid al-Awwal), Jamal al-Din (c. 1412 AH). *The Legal Lessons in Imami Jurisprudence*, Vol. 2. Qom: Islamic Publishing Institute. (in Arabic)
  46. Najafi, Muhammad Hasan (1986). *The Jewels of Jurisprudential Discourse*, Vols. 40–41. Tehran: Dar al-Kutub al-Islamiyyah. (in Arabic)
  47. Eng, Svein (2002), *Legislative Inflation and the Quality of Law*, in Wintgens, Luc, *Legisprudence: A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford: Hart Publishing, pp. 65-79.
  48. *Catechism of the Catholic Church*; Ireland: Veritas, 1994.
  49. Lacey, Nicola (2015), "Jurisprudence, history, and the institutional quality of law", *Virginia Law Review*, 101 (4), pp. 919-945.
  50. Dalloz encyclopédie juridique, TIV, p.11: le principe étant la permanence de la loi; il n'empêche qu'un texte puisse être abrogé.

## **Criminal Legislation Structure in Islamic Republic of Iran**

### **Abstract**

The Islamic Republic of Iran is founded upon two pillars: divine legitimacy and popular acceptance, with the theory of *Velayat-e Faqih* forming the cornerstone of its divine legitimacy. However, the absence of a sustained historical experience of Shia's governance over many centuries, along with the predominantly modern nature of criminal law issues, has resulted in insufficient coherence in contemporary Islamic criminal

jurisprudence. Institutionally, the structure of criminal legislation remains influenced by the secular legislative model inherited from the Constitutional era, while no systematic mechanism for continuous *ijtihad* in criminalization and punishment has been established. In the long run, this situation risks the gradual secularization of criminal law and its divergence from Islamic foundations.

Using a descriptive–analytical method, and drawing on theoretical studies, the semantic implications of Quranic concepts, the Sunnah, the opinions of Shia’s jurists, the interpretative views of the Guardian Council, and an examination of prevailing legislative practice, this article seeks to answer the following question: To what extent is the structure of criminal legislation in the Islamic Republic of Iran grounded in the principles of Shia’s jurisprudence and the requirements of the political theory of Velayat-e Faqih, and what structural deficiencies and contradictions have caused its deviation from Islamic principles and the Constitution?

The findings demonstrate that criminal legislation in practice faces serious institutional and conceptual contradictions. The main innovation of this study lies in expanding the Quranic concept of *qazā*’ and showing that criminal legislation falls within its domain and is inherently juristic–governmental in nature. The analysis also highlights the role of the Guardian Council and the practical obstruction of the Islamic Consultative Assembly in criminal legislation.

The article concludes that the continuation of the current structure is incompatible with both Shia’s jurisprudential foundations and the requirements of *Velayat-e Faqih*. A fundamental revision of the structure of criminal legislation, based on collective, transparent, and accountable *ijtihad*, is therefore necessary to preserve religious legitimacy and ensure the effectiveness of criminal law.

**Key words:** Legislative deadlock, Criminal legislation, Secular law, Islamic criminal jurisprudence, Judicial bill