

The role of the legal department of the judiciary in the balance between law and judicial procedure: a case study of penal selection

Hassan Alipour^{*1}, Mehran zalipour madab²

1. Assistant Professor, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran.

2. Master's degree, Criminal and Criminology Law, university of Tehran, Tehran, Iran.

Abstract

The Legal Department of the Judiciary is in charge of answering questions and queries of judges. The experimental nature of most of the main criminal laws in the years after the revolution and successive transformations, along with the legislator's wandering in drawing a substantive criminal policy and model and a suitable form for the judicial system, have caused Instead of getting used to the law and understanding the concept and legal examples through direct reference to it, judges tend more towards judicial procedures. In the meantime, the answers of the legal department, which is the link between law and procedure, have become more than a source of advice for judges and in most cases are placed as a source of documentation and issuing judgments. This article has come to the conclusion with the method of description and analysis and by studying the theories of the legal department in the field of sentencing that the legal department has emerged as a complementary judicial authority that the judges, adhering to it, are trying to distribute the responsibility for issuing judicial decisions. The solution of this article is to improve the position of the legal department in line with strategic orientation and a hand crafting of judicial decisions at the national level; Especially, the trend of judicial systems in the world is towards reducing judicial powers and prior control over the issuance of judicial decisions. In this trend, the legal department of the judiciary appears not as the answerer of inquiries, but as the manager of creating the integrity and uniformity of judicial decisions in Iran's legal system.

Keywords: legal Department of the judiciary, determination of punishment, judicial interpretation, advisory source, judicial integrity

* Corresponding Author: hassan.alipour@gmail.com



Article Type:

Original Research

Pages: 247-281

Received: 2021 April 29

Revised: 2021 September 20

Accepted: 2021 November 13



©This is an open access article under the CC BY licens.

نقش اداره حقوقی قوه قضاییه در تراز میان قانون و رویه قضایی: بررسی موردی کیفرگزینی

حسن عالی پور*^۱، مهرا ن زالی پور مداب^۲

۱. استادیار گروه حقوق کیفری و جرم شناسی، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران.

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

چکیده

اداره حقوقی قوه قضاییه متصدی پاسخ‌دهی به پرسش‌ها و استعلامات قضات است. آزمایشی بودن بیشتر قوانین کیفری اصلی در سال‌های پس از انقلاب و دگرگونی‌های پیاپی به همراه سرگردانی قانونگذار در ترسیم یک سیاست و الگوی کیفری ماهوی و شکلی شایسته برای دستگاه قضایی، سبب شده است تا قضات به جای عادت به قانون و درک مفهوم و مصادیق قانونی از طریق مراجعه مستقیم به آن، بیشتر به سمت رویه‌های قضایی گرایش یابند. در این میان، پاسخ‌های اداره حقوقی که پیوندگاه قانون و رویه است، فراتر از یک منبع مشورتی برای دادرسان شده و در بیشتر موردها به عنوان منبع مستندسازی و صدور حکم قرار می‌گیرد. این نوشتار با روش توصیف و تحلیل و با مطالعه نظریه‌های اداره حقوقی در زمینه کیفرگزینی به این نتیجه رسیده است که اداره حقوقی به عنوان مرجع قضایی مکمل ظهور کرده که قضات به تمسک به آن، در صدد توزیع مسؤولیت در قبال صدور تصمیمات قضایی‌اند. راهکار این نوشتار نیز اصلاح جایگاه اداره حقوقی در راستای راهبردگرایی و یک دست‌سازی تصمیمات قضایی در سطح ملی است؛ به ویژه آن‌که گرایش نظام‌های قضایی در جهان به سمت کاهش اختیارهای قضایی و کنترل پیشینی بر صدور تصمیمات قضایی است. در این گرایش، اداره حقوقی قوه قضاییه نه به عنوان پاسخگوی استعلامات که به عنوان متصدی ایجاد یکپارچگی و یکدستی تصمیمات قضایی در نظام حقوقی ایران ظاهر می‌شود.

واژگان کلیدی: اداره حقوقی قوه قضاییه، تعیین مجازات، تفسیر قضایی، منبع

مشورتی، یکپارچگی قضایی



نوع مقاله: علمی پژوهشی

صفحات: ۲۴۷-۲۸۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۰۹

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۰/۰۶/۲۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۲۲



© تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده است.

درآمد

در نظام حقوقی نوشته که ایران نیز جزء آن است عملکرد اداره حقوقی قوه قضاییه در راستای تفسیر قانون فرع بر اصل حاکمیت قانون است و آن چه ملاک و مدنظر بوده و هست، قانون است و تفسیر اداره حقوقی و ایجاد رویه قضایی مستقل در موارد ابهامات و خلأهای قانونی محدود به موارد استثنایی است که آن هم هیچ گونه الزامی در پی ندارد. به گفته برخی از نویسندگان: «نظر مشورتی نظر مرجع اداری است که برای مراجع مادون آن جنبه ارشادی دارد ولی برای آنان لازم الاتباع نیست و در صورت تمسک به آن رافع مسئولیت از آنان نیست». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۷۱۶) اداره حقوقی در کنار قوانین ناکارآمد به انبوهی از سؤالات و ابهامات قانونی پاسخ می‌دهد. برای دستیابی به صلابت نظریه‌های اداره حقوقی باید چالش‌های فراروی آن را شناخت و با پژوهش و تحقیق و نگاه کارشناسی، راه برون رفت از آن‌ها را یافت.

نظام قانونگذاری در ایران یکی از فعال‌ترین قانونگذاری‌ها در دنیاست، به همین دلیل در کشورمان با انباشت قوانین (بالاخص قوانین کیفری) روبه‌رو هستیم. علاوه بر این، نامحسوس بودن یکنواخت سازی و یکپارچگی قضایی در حتی مرحله قانونگذاری، می‌تواند زمینه ساز توزیع مسئولیت در تعیین کیفر و همچنین گرایش به سمت نظریات ارشادی اداره حقوقی گردد. وجود مقرره‌گذاری‌های موازی با قانونگذار عادی (که همان مجلس شورای اسلامی است) و یا حتی برتر بودن این مقرره‌ها نسبت به مقررات تصویبی از درجه مرجع عام قانونگذاری، سرمنشأ نظامی می‌گردد که با یکنواخت‌سازی در تعیین کیفر آشنا نیست. بنابراین از یک سو وجود قوانین متعارض در نظام کیفری ایران چالش‌ها و آسیب‌هایی را در این حوزه به وجود می‌آورد و قضات را در این بی‌راهه به سمت نظریات مشورتی اداره حقوقی می‌کشاند. از سوی دیگر وجود ابهام و تورم قوانین کیفری، برخوردار نبودن قوانین از پشتوانه‌های علمی لازم و تدوین و تصویب قوانین تحت تأثیر شرایط خاص و زود گذر از آسیب‌های حوزه تقنین در کشور است که زمینه گسترده بودن پذیرش دیدگاه‌ها را در این حوزه فراهم می‌نماید. این در حالی است که خود نظریات اداره حقوقی با آسیب‌هایی همراه است که در عمل نمی‌تواند به هدف خود در یکنواخت سازی تعیین کیفر نزدیک شود. با این توضیح که گاه نظریه‌های این اداره، بدون پشتوانه استدلالی، مختصر و حتی بعضاً اشتباه به نظر

می‌رسد. که خود ممکن است به علت کثرت سوالات یا عدم تخصص اداره در زمینه مورد سوال باشد. به عنوان نمونه در نظریه شماره ۱/۱۸۶/۷۰۴-۹۳ به تاریخ ۱۳۹۳/۸/۱۹، تأثیر گذشت شاکی در موقوف کردن آثار تبعی مجازات پس از اجرای مجازات اصلی مستند به اصل تفسیر قانون جزا به نفع متهم شده است، در حالی که «اصل تفسیر به نفع متهم نه تنها جایگاه قانونی صریح ندارد بلکه به عنوان مکمل استدلال‌های دیگر ذکر می‌شود.» (توحیدی نافع، ۱۳۹۵: ۲۵۳) به‌علاوه پاسخ‌دهی مردد به سؤالات، صدور نظریه‌های متعارض با نظریات قبلی و عدم رعایت روح قانون از دیگر آسیب‌های دیدگاه‌های اداره حقوقی است که می‌بایست بدان پرداخته شود.

مساله این نوشتار در تشخیص جایگاه اداره حقوقی قوه قضاییه است. اداره حقوقی در عمر بیش از هشت دهه خود، دچار ایستایی و انفعال شده است و جایگاه متعارضی به واسطه قانونگذاری‌های متکثر، آزمایشی و تخصصی یافته است. از یک سو، مرجعی برای پاسخگویی استعلامات عدیده قضات شده و تا حد امکان کوشیده تا ابهامات قضایی را رفع کند ولی از سو دیگر این استعلامات عدیده که از عوامل متعددی ناشی می‌شود، نقش اداره حقوقی را در حد یک مرجع پاسخگو که گاه پاسخ‌های مبهم و متضادی می‌دهد، کاسته است، در حالی که با تحولات قانونگذاری و پویایی قضاوت به تبع پویایی جامعه، اداره حقوقی باید در وضعیتی پویا گرفته و متناسب با شرایط جدید، نقش خود را نشان دهد.

۱. بایسته‌های انجام پژوهش

پژوهش حاضر با استناد به اطلاعات کتابخانه‌ای و استفاده از کتب، مقالات و اسناد معتبر در راستای نقش اداره حقوقی در تراز میان قانون و رویه قضایی، علاوه بر توصیف عینی و واقعی خصوصیات نظریه‌های مشورتی از جهت مشورت دهی مستدل و مستند به آن دسته از سؤالات قضایی که احتمالاً از عهده دادگاه‌های عالی و دیگر راهکارها مانند؛ رأی وحدت رویه قضایی بر نمی‌آید، درصدد بهبود شرایط کنونی و ارائه راهکارها و الگوهای پیشنهادی در خصوص آسیب‌های نظریه‌های مشورتی از حیث؛ عدم رعایت روح قانون، صدور نظریه‌های بعضاً اشتباه، پاسخ‌دهی مردد و مختصر به سؤالات، صدور نظریه‌های مشورتی متعارض با نظریه‌های قبلی و بدون پشتوانه

استدلالی تبیین گردیده است. فقدان تحقیق و مطالعه پیرامون موضوع مورد پژوهش، علی‌رغم سابقه طولانی مشورت دهی اداره حقوقی، چالش‌هایی را در جایگاه این نهاد به عنوان پیوندگاه قانون و رویه قضایی ایجاد نموده است. چالش‌هایی که به مرور تزلزل و یکنواختی نظریه‌های مشورتی را با پاسخ‌دهی مکرر به مصادیق و دغدغه‌های قضات در پرونده‌ها از حیث توزیع مسئولیت در تعیین کیفر به همراه دارد.^۱ همچنان که؛ کارکرد این نهاد، تقنینی، نظارتی و اجرایی نیست، بلکه صرفاً مشورتی است. آسیب‌شناسی نظریه‌های مشورتی منتج به نتایج خواهد شد که به عنوان یک فرایند، مقننین را قادر خواهد ساخت که پیشنهادهای اصلاحی ارائه و مراجع استعلام کننده از اداره حقوقی، با قناعت در استعلامات، صرفاً سؤالات فرضی حقوقی طرح نمایند و اداره حقوقی با اتخاذ رویکرد مضیق در مشورت دهی به آن دسته از استعلامات حقوقی پاسخ بدهد که موضوع مقرره مجهول و به عبارتی موضوع استعلام با استنباط از مقرراتی که قبلاً طی فرایند قانونی تصویب و منتشر شده است همخوانی داشته باشد.

در این نوشتار به بررسی پاسخ‌های اداره حقوقی در قبال کیفرگزینی یا اختیارات قضایی در تعیین کیفر، به عنوان مهمترین و اساسی‌ترین بخش حقوق کیفری و نیز فرآیند رسیدگی کیفری، آسیب‌ها و چالش‌های دیدگاه‌های اداره حقوقی به همراه ظرفیت‌هایی که این اداره دارد، بررسی می‌شود و در پایان ارزیابی کلی از پاسخ‌های اداره حقوقی پیرامون کیفرگزینی ارائه خواهد شد.

۲. اهمیت نظریه‌های اداره حقوقی در مرحله کیفرگزینی

اداره حقوقی به عنوان یکی از ادارات زیر مجموعه اداره کل امور قضایی به موجب «قانون اصلاح قسمتی از قانون اصول تشکیلات عدلیه و استخدام قضات مصوب ۱۳۱۵» تشکیل شد. به موجب این مصوبه وظایف متعددی برای اداره حقوقی پیش‌بینی شد. مهم‌ترین رسالت این نهاد بررسی و اعلام نظریه مشورتی درباره سؤالات و استعلامات مراجع قضایی و اداری دادگستری بود. با توجه به تغییراتی که در دوره‌های مختلف قانونگذاری (از جمله قانون اصول تشکیلات دادگستری و استخدام قضات مصوب ۱۴

۱. لازم به ذکر است؛ دیوان عدالت اداری در مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۸ طی دادنامه قطعی به شماره (۹۱۰۹۹۷۰۹۰۱۴۰۳۱۵۸)

استناد به نظریه‌های مشورتی اداره

اسفند ۱۳۳۳ همچنین قانون اصول تشکیلات عدلیه سازمان و وظایف واحدهای اداری وزارت دادگستری مصوب بهمن ۱۳۴۵) تاکنون صورت گرفته، این رسالت (پاسخ‌دهی به استعلامات قضایی و مراجع رسمی در قالب نظریه مشورتی) همچنان برای اداره حقوقی باقی ماند.

نظام قانونگذاری در ایران یکی از فعال‌ترین قوای قانونگذاری در دنیاست. به همین دلیل، در کشورمان با انباشت قوانین (بالاخص قوانین کیفری) روبرو هستیم. وجود مراجع متعدد قانونگذاری و نیز فقدان قواعد شکلی و ماهوی راجع به وضع، اجرا و تفسیر قانون، از جمله دلایل تورم قانون در ایران است. در نظام قضایی ایران، نامحسوس بودن یکنواخت‌سازی و یکپارچگی قضایی حتی در مرحله قانونگذاری علاوه بر اختلال در اجرای عدالت، متزلزل شدن آرای قضایی، ایجاد گریزگاه‌های قانونی، اختلال در آموزش حقوقی در دانشگاه‌ها می‌تواند زمینه‌ساز توزیع مسئولیت در تعیین کیفر و همچنین گرایش به سمت نظریات ارزشی اداره حقوقی گردد.^۱ وجود مقررهای گذارهای موازی با قانونگذار عادی که همان مجلس شورای اسلامی است و یا حتی برتر بودن این مقررها نسبت به مقررات تصویب شده توسط مرجع عام قانونگذاری، سرمنشأ نظامی می‌گردد که با یکنواخت‌سازی در تعیین کیفر آشنا نیست. بنابراین وجود قوانین متعارض در نظام کیفری ایران چالش و آسیب‌هایی را در این حوزه به وجود می‌آورد و قضات را در این بی‌راهه به سمت نظریات مشورتی اداره حقوقی می‌کشاند. از جمله این پیامدها این است که مقام قضایی در حین رسیدگی و صدور رأی نه تنها باید به محتوای قانون توجه کند بلکه گاهی باید مرجع تصویب کننده قانون را نیز بشناسد. در این زمینه می‌توان به دو نمونه از نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی که مؤید این پیامد است، اشاره نمود: طبق نظریه شماره ۷/۹۲/۱۰۰۲ مورخ ۹۲/۶/۲ اداره حقوقی قوه قضاییه، «نظریه تفسیری شماره ۵۳۱۸ مورخ ۱۳۷۲/۷/۲۴ شورای محترم نگهبان مقرر داشته که هیچ یک از مراجع قانونگذاری حق رد و ابطال و نقض و فسخ مصوبه مجمع

۱. استناد و تصریح به نظرات مشورتی اداره حقوقی در برخی از دادنامه‌های صادره از مراجع قضایی وجود دارد؛ از جمله دادنامه قطعی صادره از شعبه (۵) دادگاه تجدید نظر استان تهران به شماره ۱۳۷۴/۵۰۲۲۰۹۹۷۰۹۳ مورخ ۹۳/۱۰/۱۳۹۳. در این دادنامه دادگاه تجدید نظر به استناد نظرات مشورتی شماره‌های ۷/۵۰۵۶ مورخ ۱۳۷۸/۰۸/۱۸ و ۷/۷۸۹۱ مورخ ۱۳۸۱/۰۸/۲۱ اداره حقوقی، که عدم توجه به تعقیب، اخطار و ایست مأمورین و یا فرار را از مصادیق حمله و مقاومت نمی‌داند، حکم به برائت از بزه ترمرد صادر نمود. (قابل دسترس در سامانه ملی آرای قضایی به آدرس:

تشخیص مصلحت نظام را ندارد. بنابراین در هر مورد که حکم خاصی در قانون مذکور وجود دارد باید براساس این قانون عمل شود. اما در مواردی که قانون ساکت است مشمول عمومات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌باشد و نظر به این که راجع به مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی اطفال و نوجوانان در قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر حکم خاصی وجود ندارد، لذا مشمول عمومات قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ می‌باشد...».

همین طور طبق نظریه مشورتی شماره ۷/۹۲/۸۰۰ مورخ ۹۲/۴/۳۱ اداره حقوقی قوه قضاییه، «ماده ۳۱ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر در خصوص چگونگی احتساب حبس بدل از جزای نقدی محکومین موضوع این قانون حکم خاص و مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام است و مطابق نظریه شورای محترم نگهبان با قوانین عادی نسخ نمی‌شود؛ بنابراین مقررات قسمت اخیر ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی اخیرالتصویب راجع به احتساب مدت حبس بدل از جزای نقدی «به ازای هر روز حبس معادل سیصد هزار ریال» در مورد محکومین جرایم قانون صدرالذکر تسری ندارد و در جرائم مذکور این قانون مقررات ماده ۳۱ این قانون حاکم بر قضیه است. با استدلال فوق در جرایم موضوع قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر با اصلاحات و الحاقات بعدی باید وفق تبصره ۲ ماده ۳۱ همین قانون عمل شود و طول مدت حبس بدل از جزای نقدی در هر حال بیشتر از ۱۰ سال نخواهد بود و در تعیین میزان تخفیف مجازات در این گونه جرایم در صورت وجود جهات تخفیف باید مقررات ماده ۳۸ قانون مرقوم مورد استناد و ملاک قرار گیرد». چنین امری در مراجع قانونگذاری دیگر بدیع و ناشناخته است.

علاوه بر این موارد؛ با توجه به انباشتگی قوانین کیفری، آزمایشی و موقتی بودن قوانین کیفری اصلی، مبهم بودن رابطه قوانین با هم^۱ و نامعلوم بودن قواعد ناسخ و منسوخ

۱. نظریه مشورتی شماره ۱۹۴۹/۹۲/۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۸ اداره حقوقی: «با لازم الاجرا شدن قانون مجازات اسلامی جدید به خصوص مواد ۵۲۶ تا ۵۳۷ آن رأی وحدت رویه به شماره ۷۱۷ مورخ ۱۳۹۰/۲/۶ هنوز قابلیت استناد دارد یا این که نسخ شده است. به عبارت دیگر، آیا در تصادفات رانندگی میان دو یا چند خودرو قاعده تساوی مسئولیت میان رانندگان حاکم است یا این که بر حسب درجه تقصیر (تأثیر رفتار) مسئولیت خواهند داشت. مقررات مواد ۵۲۶ تا ۵۳۷ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ تعارضی با رأی وحدت رویه شماره ۷۱۷ مورخ ۱۳۹۰/۲/۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور ندارد. چنان چه در تصادفات رانندگی بین دو یا چند وسیله نقلیه، یک یا چند نفر از سرنشینان به قتل برسند، همه رانندگانی که در وقوع تصادف تقصیر داشته باشند به طور مساوی مسئول شناخته می‌شوند. مقررات ماده ۵۲۸ قانون یاد شده مؤید تساوی مسئولیت مقصرین در تصادفات منتهی به قتل سرنشین یا سرنشینان می‌باشد». از جمله ابهامات قانونی که زمینه ساز استعلام از اداره حقوقی می‌شود؛ «اقدامات تأمینی نسبت به اشخاص حقیقی از جهت انجام بزه، نسبت به اشخاص حقوقی از جهت تسهیل انجام بزه در آینده و نسبت به کشتی از جهت ابزار بزه واقع شدن اعمال می‌شود که هر سه گونه از تدبیر در قانون اقدامات تأمینی ۱۳۳۹ پیش بینی شده بود. در عین حال، این قانون در سال ۱۳۹۲ و به موجب واپسین ماده قانون مجازات اسلامی نسخ شد و تاکنون جایگزین روشنی برای قانون سال ۱۳۳۹ پیش بینی نشده که این نیز اعمال اقدامات تأمینی در حوزه ترابری دریایی را پوشیده و پرسش دار می‌کند.» (عالی پور، بستان، ۱۳۹۴: ۱۲۲)

در قوانین (که در این زمینه شاهد استعلامات متعددی به خصوص از زمان تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از اداره حقوقی هستیم)^۱ و نیز تعدد مراجع قانونگذاری و قاعده گذار و همچنین آسیب‌های مرحله رسیدگی در قوه قضاییه که شامل مشکلات مرتبط با مهارت‌ها و قابلیت‌های نیروی انسانی، تعداد پرونده‌ها، امکانات لازم و آمار جنایی از جمله مهم‌ترین آسیب‌های تعیین شایسته کیفر در نظام قضایی ایران است که گرایش بیشتری به سمت نظریه‌های اداره حقوقی ایجاد می‌نماید.

در هر حال، آسیب‌های قانونی در تعیین قضایی کیفر چنان است که قضات حس بیشتری نسبت به توزیع مسئولیت پیدا می‌کنند. تأثیرپذیری و گرایش قضات به سمت نظریات اداره حقوقی برای توزیع مسئولیت در تعیین کیفر را علاوه بر آمار نظریه‌های صادر شده از سوی اداره حقوقی، مستند کردن بسیاری از آرای دادگاه‌ها به نظریات مشورتی اداره حقوقی نیز نشان می‌دهد؛ چرا که مازاد بر مسئولیت‌هایی که در قوانین مختلف از جمله قانون اساسی^۲، قانون مجازات اسلامی^۳، قانون مسئولیت مدنی^۴ و قانون دادگاه عالی انتظامی قضات برای قضات پیش بینی شده است در روایات متعددی از معصومین (ع) بر سنگینی امر قضا و جایگاه خطیر قضاوت نیز تأکید شده است.^۵

بنابراین هر جا قضات به نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی دست یابند به خوبی از آن استقبال می‌نمایند؛ زیرا آنان با این دید که قضات با تجربه‌ای در صدور این رهنمود دخالت داشته‌اند و به نوعی با توجه به تجربه قضایی آن‌ها کمترین اشتباهی در کار آن‌ها می‌باشد به خوبی از این نظریات تأثیر می‌پذیرند. این تأثیرپذیری به خصوص از سوی قضاتی که تجربه قضایی کمتری دارند بیشتر مشهود است.

۱. به عنوان نمونه می‌توان به نظریه‌های شماره ۱۷۸۷/۹۲/۷ مورخ ۱۳۹۲/۹/۱۳ و ۲۰۳۳/۹۲/۷ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۱۷ اداره حقوقی اشاره نمود.

۲. از جمله بند (ج) اصل ۲، اصل ۲۰، ۳۲، ۳۴، ۳۶، ۳۷، ۳۸، ۳۹، ۱۷۱، قانون اساسی در این زمینه قابل اشاره است.

۳. مواد ۵۳۴، ۵۷۰، ۵۸۷، ۵۹۷، ۶۰۴ و ۶۰۵ قانون مجازات اسلامی تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ در این زمینه قابل اشاره است.

۴. تا قبل از پیروزی انقلاب، تنها متن قانونی که مسئولیت مدنی قضات به سختی از آن استنباط می‌شد، ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ بود.

۵. از امام صادق (ع) است که فرمودند: «قاضی‌ها چهار قسم می‌باشند؛ سه قسم آنها در آتش و یک قسم در بهشت است، مردی که به ظلم قضاوت می‌کند و حال آن که نمی‌داند پس این مرد در آتش است و مردی که به ظلم قضاوت می‌کند در حالی که میداند پس این مرد در آتش است و مردی که به حق قضاوت می‌کند و حال آن که نمی‌داند پس این مرد در آتش است و مردی که به حق قضاوت می‌کند و حال آن که می‌داند پس این مرد در بهشت است.»

۳. آسیب شناسی مبنایی و مصادیقی

مفهوم «نظریه» در پژوهش‌های علمی از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. این مفهوم دچار برداشت‌های دوگانه‌ای شده است: اول- برداشت عامیانه که به جای «نظر» به کار می‌رود. دوم- برداشت صحیح و علمی از مفهوم نظریه به این معنا که نظریه، بنیاد هر فعالیت علمی و اولین قدم، در ساخت تحقیق را تشکیل می‌دهد؛ به طوری که بدون داشتن نظریه‌ای مشخص کار تحقیقی کاری عبث و بیهوده خواهد بود (صبری، ۱۳۸۲: ۴۱). «در باره جایگاه نظریه در تحقیقات علمی دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد، عده‌ای به روش قیاسی اصالت داده و معتقدند که نظریه مبنای تحقیق در انتخاب موضوع و فرضیه‌سازی و روش‌های کار است و نتیجه آن به تأیید یا رد نظریه می‌انجامد. برخی دیگر به عکس، به روش استقرایی اصالت داده و اعتقاد دارند که پس از انجام مطالعات و مشاهده و تجربه واقعیت‌های قابل آزمایش، می‌توان به یک نظریه به عنوان حاصل کار تحقیق دست پیدا کرد، و بالاخره، پاره‌ای دیگر هم این دو نگرش را با یکدیگر ترکیب نموده، ابتدا بر اساس مشاهدات محدودتر، چهارچوب نظری یک واقعیت را در ذهن خود پی‌ریزی می‌کنند و سپس با مطالعه مصادیق و واقعیت‌های آن، نظریه خود را مورد ارزیابی قرار می‌دهند» (حافظ‌نیا، ۱۳۹۲: ۲۶).

نظریه از لحاظ لغوی به معنی نظر دادن، مشورت دادن، نظر داشتن و راغب بودن به‌کاررفته است (فراروی، ۱۳۸۷: ۷۱۱). یا نظریه جمع نظریات و به معنی اندیشه و قضیه‌ای که برای اثبات صحت آن محتاج به برهان و دلیل باشد. یا در تعریفی دیگر، مجموعه نظام‌مند اندیشه‌ها و طرح‌هایی که برای بیان مفهومی علمی یا فلسفی یا اجتماعی ارائه شود.

در اصطلاح: «نظریه مجموعه‌ای است از تعریف‌ها و پیشنهادها درباره تعدادی متغیر به‌هم‌پیوسته^۱، که همه این تعریف‌ها و پیشنهادها بعد منظم و مدونی از وقایع و پدیده‌هایی را که در اثر همبستگی‌ها و تداخل این متغیرها به وجود می‌آید، ارائه می‌دهد» (فراروی، ۱۳۸۷: ۴۲). در تعریف نظریه، ساموئلسون می‌گوید: «یک نظریه مجموعه‌ای از بدیهیات، قوانین و فرضیه‌هایی است که چیزی را درباره واقعیت قابل مشاهده تبیین می‌نماید» (حافظ‌نیا، ۱۳۹۲: ۴۲). این تعاریف به صورت کلی بیان گردیده و شامل نظریه اعم از علمی و مشورتی می‌گردد. بنابراین می‌توان گفت، نظریه مشورتی نیز نقش ویژه‌ای از نظر تعریف، منظم کردن، توضیح و پیشگویی روابط بین پدیده‌ها دارد.

۱. در این جزء از تعریف نظریه؛ منظور متغیرهای به هم پیوسته آن دسته از عواملی است که بر یکدیگر اثر می‌گذارد. برای مثال اگر باران بارد، هوا خنک می‌شود. که در اینجا باران باریدن و خنک شدن هوا دو متغیر به هم پیوسته‌اند.

علاوه بر تعاریف کلی و عام از نظریه، از دیدگاه‌های مختلف نیز می‌توان نظریه را تعریف نمود؛ از جمله از دیدگاه تجربی، نظریه به این صورت تعریف شده است: «کوششی است علمی در راه جمع‌آوری شواهد و یافته‌های تجربی و برقرار کردن همبستگی بین این یافته‌ها و تبیین آن‌ها از طریق استقراء بدون به کار بردن هر گونه تصور و تخیل و توضیح اضافه بر مشاهدات تجربی؛ به این ترتیب، نظریه یک بررسی اثبات شده از رابطه علت و معلولی بین پدیده‌ها است» (رفیع‌پور، ۱۳۸۵: ۱۴).

در برخی از علوم و فنون، نتیجه و حاصل داده‌ها، کاملاً قطعی و مشخص بوده و در تمام موارد، جواب، یکسان و ثابت است؛ ولی در برخی علوم دیگر، همچون حقوق، نتیجه داده‌ها قطعی و یکسان نیست و به عوامل متعددی بستگی دارد. به عبارتی، در این علوم و فنون، داده‌ها و چگونگی تحلیل آنها، قطعاً در نتیجه موضوع مؤثر است (صابری، ۱۳۸۶: ۱۰۲). «واژه "علم" در مفهوم کلی خود بر هر نوع آگاهی نسبت به اشیا، پدیده‌ها، روابط و غیره اطلاق می‌شود؛ اعم از آن که در حوزه جهان مادی قرار داشته باشد یا مربوط به عالم معنا و ماوراءالطبیعه باشد. به این اعتبار، می‌توان علم بشر را مجموعه آگاهی‌ها، دانش‌ها و معلوماتی دانست که تاکنون نسبت به دنیای ماده و عالم، معنا پیدا کرده است و چون آگاهی‌ها و دایره شناخت بشر افزایش می‌یابد، علم او نیز دائماً در حال افزایش است» (حافظنیا، ۱۳۹۲: ۲۳). «هدف علم در حقیقت به منظور تسلط بر طبیعت و شناخت بیشتر آن و به وجود آوردن نظریه است. یا به عبارت ساده‌تر می‌توان گفت: هدف علم، تشریح کلیات و به دست دادن روابط علت و معمولی برای وقایع طبیعی در این جهان بی‌کران است که عموماً چنین تشریحی را در ابتدا نظریه علمی در خصوص آن واقعه می‌خوانند» (تاجداری، ۱۳۷۳: ۲۰).

نظریه علمی خلاصه‌ای از فرضیه‌هایی است که توسط آزمایش‌های مکرر تأیید می‌شوند، تمام نظریه‌های علمی در ابتدا یک فرضیه بوده‌اند. کلمه "فرضیه" طبق دیکشنری وبستر ایده‌ای است که هنوز اثبات نشده. اگر مدارک کافی برای پشتیبانی از فرضیه وجود داشته باشد، در روش علمی این فرضیه به عنوان یک نظریه، یعنی توضیحی درست و قابل قبول برای آن پدیده شناخته می‌شود. نظریه علمی یک حدس، گمان یا پیشنهاد و یا تعریف واژه معروف نیست؛ بلکه متحد کننده و خود سازگارنده فرایندهای بنیادی طبیعت یا پدیده‌ای است که کاملاً مؤکد فرضیه است، پس یک

نظریه، بر دانش قابل اعتماد که واقعیت علمی را می‌سازد بنا شده و هدف آن توضیح فرایندهای طبیعت یا پدیده‌ها است، ولی نظریه‌هایی که از سوی اداره حقوقی مطرح می‌گردد، صرفاً جنبه مشورتی داشته و در صدد اثبات موضوع خاصی مطرح نمی‌شود. بلکه جهت ارشاد و ارائه یک پیشنهاد از سوی یک جمع که تجربه قضایی بیشتری دارند به مقام استعلام کننده مطرح می‌شود و ممکن است این پیشنهاد هیچ‌گاه از سوی مخاطب پذیرفته نشود، بنابراین نظر مشورتی در راستای توضیح و تبیین نظریه علمی و در کنار نظریه علمی به کار می‌رود و بر پایه حدس و گمان است و می‌توان آن را رد کرد. نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی از حیث مصداقی نیز آسیب‌هایی دارد، که عملاً می‌تواند جایگاه این نهاد مشورتی را متزلزل نماید. اداره حقوقی در طی عملکرد خود با حل پرونده‌ها و پاسخ دادن به سوالاتی که هیچ کمکی به تفسیر و رفع ابهام از متون قانونی نمی‌کند، در روند طبیعی خود اختلال ایجاد می‌کند. این نهاد وظیفه تفسیر قوانین و رفع ابهام از متون قانونی را بر عهده دارد، و این در حالی است که بعضاً در نظریه‌هایی که از اداره حقوقی منتشر می‌شود اداره حقوقی در حال تطبیق مصداق با مفهوم است، نه به مثابه الگویی‌هایی که برحسب اوضاع و احوال و با توجه به سکوت و ابهامات قانون راهکارهایی را برای حل چالش‌های قانونی تجویز کند. برای نمونه در ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده: «بازپرس یا دادستان در صورت صدور قرار منع یا موقوفی تعقیب باید تکلیف اشیاء و اموال کشف‌شده را که دلیل یا وسیله ارتکاب جرم بوده و یا از جرم تحصیل شده یا حین ارتکاب، استعمال و یا برای استعمال اختصاص داده شده است تعیین کند تا حسب مورد، مسترد، ضبط یا معدوم شود...». اداره حقوقی در این راستا در نظریه مشورتی ۱۳۸۱/۸/۲۱-۷/۲۷۶۹ چنین بیان کرده: اتومبیل یا وسیله نقلیه حامل کالای قاچاق یا مشروبات الکلی آلت جرم محسوب نمی‌شود و توقیف آن جزء در مواردی که قانون تصریح کرده است جایز نیست. این در حالی است که همین مفاهیم و محتوا را در کتاب‌های مختلف می‌بینیم، به عنوان نمونه در مورد این که وسیله ارتکاب جرم شامل چه مصادیقی است در کتاب‌های حقوقی فراوان صحبت شده است.

همچنین در ماده ۱۳۱ق.م.ا. مصوب ۹۲ چنین بیان شده: «در جرایم موجب تعزیر هرگاه رفتار واحد دارای عناوین مجرمانه متعدد باشد، مرتکب به مجازات اشد

محکوم می‌شود». استعلام‌های متعددی در مورد این ماده از اداره حقوقی به عمل آمده اما این نهاد در بعضی از نظریات خود به نوعی درصدد رفع ابهام از پرونده‌های مورد استعلام بوده؛ یعنی دخالت داشتن چندین قاضی با تجربه به صورت نظریه اداره حقوقی در پرونده نمود پیدا کرده است. به عبارت دیگر، طرز تلقی قضات و نوع برخورد با نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی سبب می‌شود که اداره حقوقی به نوعی قضاوتی اندر قضاوت محاکم نماید. یکی از نظریاتی که از اداره حقوقی در مورد همین ماده صادر گردیده نظریه مشورتی ۷/۷۴۲۶-۱۳۸۱/۸/۲۱ است که چنین بیان می‌دارد: «اگر مورد استعلام هم واجد عنوان تیراندازی عمدی و هم دارای عنوان اتلاف عمدی مهمات باشد. از مصادیق فعل واحد دارای عناوین متعدد جرم خواهد بود که طبق ماده ۴۶ق.م.ا. (سابق) کیفر عنوان اشد باید تعیین شود». مقام قضایی استعلام‌کننده و دیگر مقامات قضایی در صورت برخورد با موارد مشابه به یک مصداقی برای تبیین مفهوم ماده ۱۳۱ق.م.ا. دست پیدا می‌کنند و در آرای صادره از سوی محاکم به این نظریات پایبند می‌شوند. این سبک نظریه دادن یعنی حل معضل و ابهام از پرونده‌ها یا به نوعی تطبیق مصداق با مفهوم، عملاً نظریه‌پردازی به حساب نمی‌آید.

البته در بسیاری از استعلام‌هایی که از اداره حقوقی می‌شود محتوای استعلام بیان مفاد و پرونده‌های خاص است. این در حالی است که مقام استعلام‌کننده می‌بایست موارد مبهم و چالش قانون را در استعلام ذکر کند که رفع ابهام از این موارد بتواند در شفاف‌سازی متن قانون کارساز باشد، رفع ابهام از پرونده‌ها علاوه بر اتلاف وقت قضات اداره حقوقی، کمکی به شفاف‌سازی قوانین نخواهد کرد؛ چرا که عملاً قانونی تفسیر نشده است. در این زمینه می‌توان به سوالات ذیل که در قالب استعلام از اداره حقوقی پرسیده شده اشاره کرد:

آیا مجازات مربوط به پولشویی در خصوص شخصی که مرتکب جرم منشأ شده است نیز جاری می‌گردد؟ در صورت مثبت بودن پاسخ و با لحاظ این که مطابق مفاد ماده ۲ قانون مبارزه با پولشویی مصوب سال ۱۳۸۶ نگهداری عواید حاصل از فعالیت‌های غیر قانونی نیز از جمله مصداق‌های جرم پولشویی تلقی گردیده است، آیا شخصی که از طریق ارتکاب جرم‌های مالی همانند سرقت، خیانت در امانت، اختلاس و یا کلاهبرداری مبلغی را به دست آورده و آن را نزد خود نگهداری نموده و یا مصرف می‌نماید، هم به

مجازات جرم مذکور و هم به مجازات جرم پولشویی محکوم خواهد شد؟ آیا اعمال مقررات مربوط به جرم پولشویی قبل از صدور حکم قطعی مبنی بر احراز وقوع جرم در پرونده جرم منشأ می‌تواند مصداق پیدا کند؟ منظور از مجازات یک چهارم عواید حاصل از جرم در قانون مذکور، یک چهارم عواید حاصل از جرم منشأ است یا عواید حاصل از جرم پولشویی؟ چنان چه دارایی مرتکب جرم منشأ مازاد بر وجوه حاصله از آن جرم باشد، چگونه می‌توان تشخیص داد که معامله بعدی صورت گرفته با وجوه حاصل از جرم منشأ بوده یا به وجوه غیر آن؟ چنان چه مجرم یا متهم به جرم منشأ به میزان وجه مورد شکایت در پرونده مربوط به جرم منشأ، اسناد وثیقه رهنی داشته باشد، آیا این امر می‌تواند ملاکی برای تمیز وجوه حاصل از جرم منشأ با معاملات بعدی باشد؟ آیا جرم پولشویی از جمله جرایم قابل گذشت است؟

هرکدام از مصادیق فوق را با مراجعه به متن صریح قانون به روشنی می‌توان پاسخ داد، عملاً با پاسخ دادن به این‌گونه استعلام‌ها، نوعی تکرار مکررات خود قانونگذار و کتب حقوقی به وقوع می‌پیوندد. به عنوان مثال در استعلام مذکور از قابل گذشت بودن یا نبودن جرم پولشویی سوال شده، از مصادیقی است که تحت پوشش مواد ۱۰۳ و ۱۰۴ ق.م.ا. (اصلاحی ۱۳۹۹) قرار می‌گیرد و پاسخ اداره حقوقی، به نوعی دخالت قضات اداره حقوقی در جریان پرونده می‌باشد، در حالی که خود قاضی رسیدگی کننده اگر به متن شفاف مواد ۱۰۳ و ۱۰۴ ق.م.ا. مراجعه کند می‌تواند دریابد که اصل غیر قابل گذشت بودن جرایم در ماده ۱۰۳ ق.م.ا. تصریح شده و جرایم قابل گذشت نیز در ماده ۱۰۴ ق.م.ا. احصاء گردیده‌اند. همچنین در مورد این‌که اگر دارایی مرتکب جرم منشأ مازاد بر وجوه حاصل از آن باشد تشخیص این‌که معامله بعدی صورت گرفته با وجوه حاصل از جرم منشأ بوده یا با وجوه غیر آن با خود قاضی رسیدگی کننده به پرونده است نه قضات اداره حقوقی. در هر حال به نظر می‌رسد سؤالات متعددی از سوی قضات مطرح می‌شود که در بیشتر موارد با مراجعه به قانون و بدون استعلام از اداره حقوقی می‌توان پاسخ آن را دریافت کرد و شاید به همین دلیل است که برخی در مقام تعریف رویه قضایی، نظریه‌های اداره حقوقی را از جمله «روش و عادت دادگاه‌ها و مراجع قضایی برای حل یک مسئله خاص» (فرزادنی، ۱۳۹۷: ۱۱) مطرح نموده‌اند.

افزون بر این، فلسفه اداره حقوقی برطرف کردن مشکلات تصمیم‌گیری قضایی

در پرونده‌ها به طور موردی نیست؛ چرا که این نوع نگرش به جایگاه اداره حقوقی علاوه بر تزلزل جایگاه این نهاد، سبب سوءاستفاده قضات از اداره حقوقی نیز خواهد شد. آن‌چه که اداره حقوقی در مقام صدور نظریه مشورتی مطرح می‌کند، نظریه‌ای مشورتی بیش نیست، اما این نظر بر دیدگاه قاضی رسیدگی‌کننده اثر گذاشته و مقام قضا جابجا می‌شود. بنابراین مراجعه به نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی هنگامی می‌تواند کارساز باشد که قانونی در میان نباشد یا با وجود سکوت قانون، نقض، اجمال، تعارض و ابهام قانون نتوان از قانون استفاده کرد. این سبک استعلام گرفتن و استقبال از نظریه‌های مشورتی علاوه بر پراکندگی تعیین قضایی کیفر، نشان از آسیب‌ها و ناتوانی‌ها و عدم تبحر قضایی دارد.

۴. چالش رویارویی با قانون

نظریات اداره حقوقی با آسیب‌هایی همراه است که در عمل نمی‌تواند به هدف خود در یکنواخت‌سازی تعیین کیفر نزدیک شود. با این توضیح که گاه نظریه‌های این اداره بدون پشتوانه استدلالی، مختصر و حتی بعضاً اشتباه به نظر می‌رسد، که خود ممکن است به علت کثرت سوالات یا عدم تخصص اداره در زمینه مورد سوال باشد.^۱ به عنوان نمونه، در نظریه مشورتی ۷/۹۹/۶۸۴ مورخ ۷/۹۹/۰۷/۰۹ در پاسخ به این سوال که مصادیق کیفرهای مستوجب حبس ابد تعزیری را احصاء فرمایید؟ به طور مثال آیا جرایم قتل ناشی از اکراه، ممسک در قتل، ارتداد برای زن و سرقت برای بار سوم از جمله جرایم مستوجب حبس ابد تعزیری محسوب می‌شوند؟ اداره حقوقی مقرر داشته: «اولاً، حبس ابد سرقت در مرتبه سوم موضوع بند (پ) ماده ۲۷۸ ق.م.ا. ۱۳۹۲ با عنایت به تصریح ماده مذکور، مجازات حدی است و لذا مشمول تبصره (۶) ماده (۳) قانون کاهش مجازات حبس تعزیری مصوب ۱۳۹۹ نیست. ثانیاً، قانونگذار در خصوص حدی یا تعزیری بودن مجازات حبس ابد برای اکراه کننده در قتل و نیز برای ممسک در قتل

۱. اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی ۷/۹۸/۱۹۵۲ مورخ ۷/۹۹/۲/۱۰، کارکنان بانک‌های خصوصی را مشمول ماده ۵۹۸ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ و مأمور به خدمات عمومی ندانسته این درحالی است که دیوان عالی کشور طی رأی وحدت رویه شماره ۷۹۹ مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۵ کارکنان بانک‌های خصوصی را از مصادیق مأمورین به خدمات عمومی و مشمول ماده ۵۹۸ قانون موصوف، محسوب نمود.

عمدی به صراحت تعیین تکلیف نکرده است و لذا طبق اصل ۱۶۷ ق.ا. و با لحاظ ماده ۲۲۰ ق.م.ا. مراجعه دادرس به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر ضروری است که از وظایف این اداره کل خارج است.» در خصوص این نظر مشورتی باید مقرر داشت؛ اولاً؛ قانونگذار با تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری ۱۳۹۹ و با الحاق تبصره (۶) به ماده ۱۹ ق.م.ا. تکلیف تمامی حبس‌های ابد تعزیری را تعیین نمود و اعلام داشت؛ «تمام حبس‌های ابد غیر حدی مقرر در قانون به حبس درجه یک تبدیل می‌شود.» و از طرفی سکوت مقتن در مورد حبس ابد ممسک و سایر مصادیق فوق، دال بر غیرتعزیری بودن حبس‌های موصوف بوده، بنابراین، با توجه به زمان صدور این نظریه مشورتی (بعد از تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری ۱۳۹۹) شایسته بود، مرجع استعلام کننده و اداره حقوقی حداقل به مفاد صریح قانون توجه نمایند. ثانیاً؛ پاسخ اداره حقوقی در خصوص مراجعه دادرس به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر طبق اصل ۱۶۷ ق.ا. و با لحاظ ماده ۲۲۰ ق.م.ا. غیر دقیق است،^۱ در این خصوص برخی حقوقدانان با توجه به اصل‌های ۳۶، ۱۶۹ و سایر اصول قانون اساسی، استناد به اصل ۱۶۷ را در امور کیفری مجاز ندانسته و مقرر داشته‌اند: «با جمع اصول مذکور و با توجه به بند ۴ اصل ۱۵۶ و نیز روح حاکم بر قانون اساسی شکی باقی نمی‌ماند که اجازه مندرج در اصل ۱۶۷ به قصات محاکم مبنی بر مراجعه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور در صورت فقدان نص، سکوت یا نقص قانون، منصرف به امور حقوقی است. زیرا اصل ۱۶۷ عام است و عمل به عام قبل از تفحص برای مخصص جایز نیست. لذا اصول ۳۶ و ۱۶۹ و بند ۴ اصل ۱۵۶ که حالت خاص دارند، اصل ۱۶۷ را از عمومیت خارج و آن را به امور حقوقی اختصاص می‌دهند». (محقق داماد، ۱۳۹۱: ۳۸) برخی دیگر نیز استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی را منحصر به امور مدنی دانسته و بیان داشته‌اند: «اصل ۱۶۷ ق.ا.، ناظر به امور مدنی است نه کیفری، زیرا؛ امکان استناد به (منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر) با اصل قانونی بودن مجازات‌ها، که در اصل ۳۶ اعلام شده، تعارض دارد». (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۲۱) ثالثاً؛ در فرض امکان رجوع به ماده ۲۲۰ ق.م.ا. و عمل به اصل ۱۶۷ ق.ا.، اما اداره

۱. برخی از حقوقدانان نیز استناد به اصل ۱۶۷ ق.ا. را در امور کیفری و تعیین مجازات نپذیرفته‌اند. ر.ک: افتخار جهرمی، گودرز، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و تحولات آن، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، بهار - تابستان ۱۳۷۸، شماره ۲۶-۲۵، ص ۹۷.

حقوقی به مسیری اشتباه رهنمود داده است، از این نظر که قانونگذار تنها در جرایم مستوجب حدی که در قانون ذکر نشده است مجوز استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر را مطرح نموده. فارغ از اینکه اختلاف نظر شدیدی در مورد جرایم مستوجب حد و مصادیق آن بین فقها وجود دارد و از حوصله بحث خارج است، باید مقرر داشت؛ مصادیق کیفرهایی از جمله، مجازات ممسک و اکراه کننده در قتل، در ردیف جرایم مستوجب حد قرار نمی‌گیرند تا بتوان به استناد ماده ۲۲۰ ق.م.ا. به اصل ۱۶۷ ق.ا. عمل نمود، بلکه این مجازات‌ها «تعمیم به مجازات‌های منصوص شرعی دارند». (اعتمادی، زالی پور مداب، ۱۴۰۰: ۲۲۹) که در مورد مصادیق این نوع مجازات‌ها با توجه به فقدان مجوز قانونی، امکان رجوع به منابع معتبر اسلامی وجود ندارد.^۱

علاوه بر این در نظریه شماره ۱۰۵۸-۹۳/۴/۱۶ به تاریخ آبان ۹۳، تطبیق تعدد مادی بر تخلف هم زمان در امر رانندگی به جای تعدد معنوی، در جایی که جاده دوطرفه است و شخصی سبقت غیرمجاز گرفته که در همان حال تجاوز به چپ است، مستند به حفظ حقوق مردم و اصل تفسیر محدود مقررات کیفری و انتظامی دانسته شده است. در اینجا نیز دلیل بر اصول مبهم و غیرعملی استوار شده است.^۲

گاه اداره حقوقی پاسخ‌های مردد به سوالات می‌دهد و یا نظریاتی متعارض با نظریات قبلی صادر می‌کند. به عنوان نمونه؛ از جمله ابهاماتی که در زمینه اجرای ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ وجود داشت، حدود اختیار قاضی در تشدید مجازات

۱. علی‌رغم اینکه در مورد مصادیق کیفرهای مشمول تعزیرات منصوص شرعی با توجه به ابهامات قانونی، بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد اما در فرض پذیرش تعزیر منصوص شرعی بودن کیفر اکراه کننده در قتل، این مجازات به استناد تبصره (۶) ماده (۱۹) ق.م.ا. الحاقی ۱۳۹۹ از حبس ابد، به حبس درجه یک تبدیل می‌شود. زیرا از یک طرف این مجازات در ردیف حدود قرار نمی‌گیرند و از طرف دیگر در تبصره موصوف به صورت کلی حبس‌های غیرحدی مورد نظر قانونگذار بوده که علاوه بر حبس‌های ابد تعزیری، شامل تعزیرات منصوص شرعی نیز می‌شود. اما در مورد مجازات حبس ابد ممسک، با توجه به قیدهای «شرع» و «قانون» به شرح مقرر در ماده ۱۲۷ و تبصره (۶) ماده ۱۹ ق.م.ا. علی‌رغم غیرحدی بودن کیفر اما نمی‌توان قائل به تبدیل کیفر به شرح مقرر در تبصره (۶) ماده موصوف بود. ۲. نظریه شماره ۷/۳۲۴ مورخ ۱۳۸۱/۲/۲۴ اداره حقوقی نیز قابل اشاره است، در این نظریه آمده: «آن چه در قانون گذرنامه مصوب سال ۱۳۵۱، راجع به مجازات جاعلین گذرنامه آمده راجع به گذرنامه‌های ایرانی است و در سایر قوانین نیز برای جعل گذرنامه‌های خارجی به منظور استفاده در خارج از خاک ایران مجازاتی پیش بینی نشده است.» این نظریه به دلیل مخالفت صریح با ماده ۱۲۹۵ ق.م. که تشخیص رسمی یا عادی بودن سند کشور خارجی را به قوانین آن کشور احاله داده است، قابلیت پذیرش را ندارد. (آقای نیای، رستمی، ۱۴۰۰: ۲۳۴)

در رابطه با علل مشدده کیفر بود، چرا که معلوم نبود قاضی تا چه میزان مجاز به تشدید مجازات است.

در این رابطه اداره حقوقی به منظور حل مشکل نظریات مشورتی متعددی از ایه کرد که بررسی آن‌ها بیانگر تعارض مسلم بین آن‌ها می‌باشد. اداره حقوقی طی نظریه مشورتی شماره ۷/۵۱۸۱ مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۲۴ در پاسخ به سوالی در خصوص نحوه افزایش مجازات در تعدد مادی جرایم مشابه، به عدم جواز تعیین کیفر به بیش از حداکثر مقرر در قانون تصریح نمود. این در حالی است که اداره مذکور در نظریه شماره ۷/۳۲۷ مورخ ۱۳۶۳/۱/۱۸ با الهام از میزان تغلیظ دیه در قتل تعیین حداکثر مجازات اصلی به اضافه یک سوم آنرا جایز شمرد و در نهایت، در نظریه شماره ۷/۱۱۰۲۶ مورخ ۱۳۷۱/۱۰/۲۳ به صراحت، تشدید مجازات را به معنی تعیین کیفر به بیش از حداکثر مقرر تفسیر نمود.

در مورد دیگری اداره حقوقی ضرب و شتم را در مواردی موجب تحقق جرم توهین تلقی نمود، برای مثال، طی یک نظریه مشورتی اظهار می‌دارد، «در صورتی که مرتکب شتم یا ضرب یا هر دو بر دادگاه مشخص باشد و آثار ضرب در مجنی علیه مشهود نباشد، اعمال ارتكابی از جهت شتم مشمول ماده ۸۶ قانون تعزیرات (۶۰۸ فعلی) است...»^۱ همین اداره کل در نظریه مشورتی دیگر خود مقرر می‌دارد، «ایراد ضرب بی‌نشان را نمی‌توان با این جرم (توهین) یکی دانست، مگر این که عرفاً توهین محسوب شود.»^۲ در نظریه مشورتی دیگری، هل دادن و بیرون انداختن با وضعیت فیزیکی سخیف در صورت احراز قصد اهانت از مصادیق توهین دانسته شده است.^۳ (به نقل از؛ میرمحمد صادقی، ۱۳۹۹: ۱۷)

به عنوان نمونه دیگر، در پاسخ به این سوال که «جرمی با مجازات قانونی سه ماه تا یکسال در کدام درجه تعزیرات است؟»، در نظریه ۱۲۸۷-۱/۸۶-۹۳ به تاریخ ۹۳/۸/۲۴ مقرر کرده که «در فرض سوال از نوع درجه شش است». فارغ از این که پاسخ این سوالی با توجه به نص قانون مشخص است و اداره الزامی به پاسخگویی به چنین سوالی ندارد،

۱. نظریه شماره ۷/۵۳۶۶ مورخ ۱۳۶۴/۱۱/۳۰ اداره حقوقی قوه قضاییه.

۲. نظریه شماره ۷/۷۳۰۰ مورخ ۱۳۷۷/۱۰/۱۴ اداره کل حقوقی قوه قضاییه.

۳. نظریه شماره ۷/۶۷۵۳ مورخ ۱۳۸۶/۱۰/۱۰ اداره کل حقوقی قوه قضاییه.

روشن نیست که منظور اداره از «فرض سوال» چه بوده است؛ زیرا همانطور که روشن است سوال هیچ فرض دیگری ندارد، مگر این که پرسشگر مجدداً فرض دیگری را مطرح کند. عدم رعایت روح قانون یکی دیگر از آسیب‌های دیدگاه‌های اداره حقوقی است. طبق نظریه شماره ۷/۹۲/۱۵۲۲ مورخ ۱۳۹۲/۸/۱۳ «با توجه به ماده ۶۴ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲، در مواردی که شاکی خصوصی وجود دارد، گذشت او یکی از شرایط اعمال مجازات جایگزین حبس است». در حالی که اداره می‌توانست با طرز تلقی از منسوخ شدن قانون وصول، مقرر کند که شرایط پیش‌بینی شده در ماده ۶۴ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲ تنها برای موارد اختیاری جایگزین‌های حبس است؛ اداره حقوقی در نظریه شماره ۷/۹۲/۱۴۹۷ مورخ ۱۳۹۲/۸/۱۲ به طور کلی مقرر کرده است؛ «با تصویب ق.م.ا. ۱۳۹۲، بندهای ۱ و ۲ قانون وصول برخی از درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین مصوب ۱۳۷۳ با اصلاحات و الحاقات بعدی نسخ نشده است». یا در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۲۹۳ مورخ ۱۳۹۹/۳/۱۸ در پاسخ به این سوال که اگر کسی در دادگاه شهادت دروغ دهد و این موضوع به اثبات برسد، به تبع آن سوگند دروغ هم یاد نموده است، مشمول تعدد معنوی است یا خیر؟ چنین نظر داده است؛ «مجازات مقرر در ماده ۶۴۹ ق.م.ا.، تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ صرفاً ناظر به اصحاب دعوای حقوقی یا جزایی است که (قسم متوجه آنان شده و سوگند دروغ یاد نمایند) و به اشخاص دیگر که در دادگاه نزد مقامات رسمی شهادت دروغ بدهند تسری ندارد؛ زیرا شهادت (اخبار شخصی غیر از طرفین دعوی) است و مجازات شهادت کذب در دادگاه نیز اعم از این که (ادای گواهی) با سوگند یا بدون سوگند باشد، همان است که در ماده ۶۵۰ قانون مذکور آمده است. بنابراین در فرض سؤال، موضوع تعدد منتفی است». به نظر می‌رسد استدلال اداره حقوقی بر این مبنا بوده که هرگاه سوگند در مقام ادله اثبات (به شرح مقرر در مواد ۲۰۱ الی ۲۱۰ ق.م.ا.) آداء شده باشد می‌تواند به عنوان یک جرم مستقل مطرح شود، اما این استدلال به دلایل زیر قابل نقد است. اولاً؛ ماده ۶۴۹ ق.م.ا.، تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ صرفاً ناظر به اصحاب دعوا نیست و قید «هرکس» در ابتدای این ماده حکایت از سایر افراد مرتبط با پرونده از جمله شاهد، مطلع و مترجم نیز دارد، همچنان که مقنن در مواد مختلفی از قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ ادای سوگند را برای راستگویی و امانتداری لازم دانسته است. ثانیاً؛ قانونگذار در ماده ۶۴۹ قانون موصوف به اطلاق

سخن از سوگند دروغ گفته است. از این نظر نمی‌توان سوگند دروغ مترجم مورد وثوقی را که عدم اتیان سوگند، سبب عدم پذیرش ترجمه وی نیست (ماده ۲۰۰ ق.آ.د.ک) را در فرض ادای سوگند دروغ، قابل کیفر تلقی نکرد، اما گاهی اتیان سوگند؛ لازمه تحقق امر دیگری تلقی می‌شود شبیه آنچه مقنن در ماده ۲۱۰ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ برای لزوم ادای شهادت مطرح نموده است. از این نظر؛ « هرگاه شاهد مبادرت به ادای شهادت کذب کند؛ درحالی که پیش از آن سوگند دروغ نیز یاد کرده است، هر چند «سوگند دروغ» و « ادای شهادت کذب» دو رفتار جداگانه هستند که عنوان مجرمانه مستقلی هم دارند، اما سوگند دروغ در این فرض لازمه ادای شهادت کذب برشمرده می‌شود و در نتیجه، سوگند دروغ مقدمه شهادت کذب است و تنها جرم اخیر ارتکاب یافته است.» (اعتمادی، زالی پور مداب، ۱۴۰۱: ۲۷۱) دیدگاهی که به نظر قانونگذار به شرح مقرر در مواد ۲۰۷ و ۲۰۸ ق.م.ا. نزدیک‌تر به نظر می‌رسد. از این نگاه که سوگند، فقط نسبت به طرفین دعوی و قائم مقام آنها مؤثر است و قدرت اثبات و یا نفی جرایم تعزیری را ندارد.^۱

۵. پایایی در برابر پویایی

چالش دیگر دیدگاه‌های اداره حقوقی، پایایی پاسخ‌ها است که کمتر در برابر پویایی‌ها و دگرگونی‌های روز واکنش مثبت نشان می‌دهد. با تحولات صورت گرفته در جوامع انسانی و به تبع آن پیچیدگی در نظام هنجاری جوامع و تحولات سریع در هنجارهای اجتماعی عملاً نیاز به به‌روزرسانی قوانین احساس می‌شود. قوانین کیفری نیز از این قاعده مستثنی نیستند. این احساس نیاز به به‌روزرسانی معمولاً در ابتدای کار از سوی حقوقدانان و در محافل علمی و دانشگاهی مطرح می‌شود. بنابراین دیدگاه‌هایی که از سوی حقوقدانان در دانشکده‌ها مطرح یا در کتب حقوقی تدوین می‌شود، دیدگاه‌های جدید و به‌روز و هماهنگ با نیاز جامعه می‌باشند، از این رو قضات اداره حقوقی نباید از دیدگاه‌های علمی جدید حقوقدانان در نظریات خود غافل بمانند. چرا که در بسیاری از نظریات صادره از سوی این نهاد نیاز به به‌روزرسانی این نظریات احساس می‌شود.

۱. با این وجود دیدگاه کلی برخی از حقوقدانان به شرح: «اگر ماهیت جرم مقدمه‌ای به نحوی باشد که امکان تعلق قصد مستقل به آن وجود دارد، جرایم مورد نظر متعدد محسوب می‌شوند، گرچه جرم نخست مقدمه‌ی جرم دوم باشد.» (حیدری، ۱۳۹۴: ۲۷۰) در تمامی موارد قابل استناد نیست.

در این راستا می‌توان به این موضوع اشاره نمود که؛ معیارهای کم یا زیاد بودن مجازات‌ها در قوانین کیفری ما مشخص نیست. برخی از کشورها از جمله آلمان یا انگلستان به معیارهایی از جمله سنگینی جرم یا گستره نقض وظیفه تکیه نموده‌اند. به عنوان نمونه ماده ۴۶ قانون جزای آلمان مقرر داشته است: «سرزنش‌پذیری و تقصیر مرتکب، مبنای اصلی مجازات است...» بنابراین معیار سنجش تقصیر (شدت ضرر و مسئولیت فرد در رابطه با قربانی جرم) مؤثر خواهد بود. در ماده ۱۴۲ قانون عدالت کیفری مصوب ۲۰۰۳ انگلستان آمده: «هدف اصلی از مجازات ناتوان‌سازی است» که بر این اساس می‌توان کاربرد حبس را نسبت به سایر مجازات‌ها افزایش داد. در این زمینه اولویت‌بندی‌هایی از سوی شورای اروپا پیش‌بینی شده است. این اولویت‌ها برای قانون‌گذار و قاضی مفید است. این درحالی است که در نظام حقوقی ایران چنین معیارهایی وجود ندارد. برای مثال قانون‌گذار در ماده ۴۵۸ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۹۲ اجازه تجدیدنظرخواهی نسبت به خفیف بودن مجازات‌ها را به دادستان یا شاکی داده است اما بیان نکرده که معیار خفیف بودن مجازات چیست. اداره حقوقی در نظریات متعددی از جمله نظریه شماره ۷/۹۴/۶۷۶ مورخ ۱۳۹۴/۳/۱۶ چنین اظهارنظر کرده: اگر مجازات تعیین شده توسط قاضی از حداقل مندرج در قانون پایین‌تر باشد، خفیف است. در حالی که این معیار ایراد دارد، معیارهایی در راستای مجازات اخف از سوی حقوقدانان داخلی در کتب‌های مختلف حقوقی تدوین شده است. برخی می‌گویند: «به منظور شناخت اخف بودن یا مساعد بودن یک قانون مصادیق مختلفی وجود دارد که این شناخت را تسهیل می‌نماید، از جمله جرم‌زا بودن، کاهش میزان مجازات، تبدیل مجازات به اقدام تأمینی و تربیتی، پیش‌بینی یک عامل موجهه جدید، افزایش کیفیات مخففه جرم، کاهش یا حذف عوامل مشدده جرم و یا حذف مجازات تکمیلی و تبعی؛ دکترین حقوقی، قانونی را که حداکثر جرم را کاهش داده و حداقل را افزایش داده است اخف از قانونی می‌داند که حداقل را کاهش داده و حداکثر را افزایش داده است مثلاً؛ اگر مجازات رفتاری در قانون سابق یک تا پنج سال زندان باشد، اما در قانون مؤخر دو تا چهار سال باشد، قانون مؤخر اخف محسوب می‌شود» (الهام، برهانی، ۱۳۹۳: ۹۴). همچنین «برای تعیین مجازات شدیدتر در دو قانون باید حداکثر مجازات ملاک باشد، زیرا حداکثر مجازات است که باعث افزایش قدرت قاضی در تعیین مجازات می‌شود در حالی که در مورد حداقل مجازات

قاضی می‌تواند به کمتر از حداقل حکم نماید» (شمس‌ناتری، ۱۳۹۲: ۶۰). برخی نیز چنین عقیده دارند «البته نظراتی نیز مانند؛ ملاک قراردادن مقدار صدمه‌ای که به محکوم‌علیه از اجرای مجازات وارد می‌شود یا توسل به عرف برای تعیین مجازات اشد از اخف ابراز شده که بحث از آن‌ها مفید غنا بخشیدن به ادبیات حقوقی است» (اردبیلی، ۱۳۸۲: ۱۵۲). به هر حال اداره حقوقی نباید از این معیارها غافل بماند. یا در موضوع چالش پاندمی کرونا باید مقرر داشت؛ ویروس کرونا در حالی بر زندگی بشر حکومت می‌کند که تاکنون قانونگذار کیفری در مورد نوعاً جنایت آور بون انتقال آن به دیگری، به شکل صریحی موضع خود را مشخص نکرده است اما اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۷/۹۹/۸۸۵ مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۵ نظر بر نوعاً کشنده بودن ویروس کرونا داشته است؛ «مستفاد از مواد ۲۹۰، ۲۹۱ و ۴۹۳ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ هر کسی عالمماً و عمدماً دیگری را به بیماری خطرناک از جمله کرونا (کووید-۱۹) مبتلا کند، این جنایت عمدی است و حسب نتیجه ممکن است محکوم به قصاص (در صورت مرگ طرف به این علت) یا دیه یا ارش شود ... و چنانچه عمدی در کار نباشد، حسب مورد ممکن است جنایت شبه عمد باشد که دیه یا ارش آن بر عهده فاعل است ... در صورت علم مرتکب (انتقال دهنده ویروس) به وجود بیماری‌های زمینه‌ای در دیگری که زمینه فوت در اثر ویروس کرونا را تشدید می‌کند، اقدامات مرتکب با تشخیص قاضی رسیدگی کننده مصداق بند (پ) ماده ۲۹۰ قانون پیش گفته باشد» اداره حقوقی در حالی نظر به نوعاً کشنده بودن ویروس کرونا داشته است که در مطالعات دانشگاهی این ویروس با توجه به شیوع گسترده در جهان مصداق قوه قهریه دانسته شده است (مهر، ۱۳۹۹: ۱۴۴؛ جوهری محمدی، ۱۴۰۰، ۱۵۹) و از طرف دیگر با توجه به آمار منتشره از سوی وزارت بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، ویروس کرونا کمتر از پنج درصد منجر به فوت شده است. بنابراین اطلاق نظر مشورتی اداره حقوقی به جهات مذکور رهنمود مکفی برای دستگاه قضایی نخواهد بود.

بنابراین وجود و حفظ ارتباط بین محافل علمی - دانشگاهی و اداره حقوقی علاوه بر این که قضات این نهاد را از آخرین نظریات دکترین و کتب آنان مطلع می‌نماید، موجب می‌شود، نظریات علمی‌تر در اذهان قضات اداره حقوقی شکل بگیرد و ارشادات اداره حقوقی به مسیر علمی و صحیح‌تر رهنمون گردند.

علاوه بر آن چه که در راستای انطباق نظریه‌های اداره حقوقی با یافته‌های علمی جدید نگاشته شد، می‌توان اضافه نمود که در سال‌های اخیر رشته حقوق شاخه‌ها و موضوعات مختلف فنی و خاص پیدا کرده است که از جمله می‌توان به حقوق مالکیت فکری، حقوق شرکت‌های تجاری، حقوق هوایی، حقوق تجارت بین‌الملل، حقوق نفت و گاز، جرایم رایانه‌ای، جرایم زیست محیطی و ... اشاره کرد، با مطالعه نظریات اداره حقوقی می‌توان پی برد که در زمینه مجازات‌ها قضات اداره حقوقی از این شاخه‌ها غافل‌اند، در حالی که نظریاتی که توسط کمیسیون‌های مشورتی اداره حقوقی در زمینه مجازات‌ها صادر می‌شود علاوه بر شاخه‌های حقوق کیفری، می‌تواند دارای جنبه‌های دیگر شاخه‌های حقوق باشد. در این حوزه‌ها با وجود مشکلات متعددی که در قوانین مربوط به هر کدام وجود دارد و در بسیاری از موارد سوالاتی برای قضات اداره حقوقی مطرح می‌شود از این موارد طفره می‌روند و بیشتر در پی صدور نظریه در راستای قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری هستند، و در زمینه‌های دیگر یا اصلاً نظر نمی‌دهند و یا اگر به صورت اتفاقی نظری مطرح شود نسبت به قوانین خاص در آن زمینه‌ها آگاهی ندارند، این در حالی است که قضات اداره حقوقی از سابقه‌ترین و مجرب‌ترین قضات کشور می‌باشند، و انتظار می‌رود نظراتی که از سوی این نهاد صادر می‌شود مبنای علمی و قانونی داشته باشد و در صدور نظریه‌ها از اصول حقوقی غافل نمانند. چراکه نظریات اداره حقوقی در صورتی که کارایی هم داشته باشد صرفاً راجع به موضوعات حقوق کیفری نیست شاخه‌ها و موضوعات جدید حقوقی را هم در برمی‌گیرد هم که غالب قضات آن را در نظر نمی‌گیرند. البته ممکن است این ایراد مطرح شود که قضات سوال نمی‌پرسند، ولی در هر حال خود اداره حقوقی باید به روز باشد و به قضات یادآوری شود که سوالاتی که مطرح می‌شود احياناً جنبه‌های علوم جدید یا دانش جدید حقوقی هم می‌تواند داشته باشد که آن‌ها را هم باید در نظریات خود لحاظ کنند. این در حالی است که با مطالعه نظریات اداره حقوقی به‌درستی می‌توان دریافت، نظریاتی که از سوی اداره مذکور مطرح می‌شود بیشتر چهره سنتی دارند که بارها تکرار شده‌اند و هماهنگ با علوم جدید حقوقی نیستند. به عنوان نمونه قانونگذار در راستای حمایت از محیط‌زیست به عنوان یکی از مصادیق بهداشت عمومی در ماده ۶۸۸ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ چنین مقرر داشته: «هر اقدامی که تهدید علیه بهداشت عمومی شناخته

شود از قبیل آلوده کردن آب آشامیدنی یا توزیع آب آشامیدنی آلوده، دفع غیر بهداشتی فضولات انسانی و دامی و مواد زاید، ریختن مواد مسموم کننده در رودخانه‌ها، زباله در خیابان‌ها و کشتار غیرمجاز دام، استفاده غیرمجاز فاضلاب خام یا پساب تصفیه‌خانه‌های فاضلاب برای مصارف کشاورزی ممنوع می‌باشد و مرتکبین چنانچه طبق قوانین خاص مشمول مجازات شدیدتری نباشند به حبس تا یک سال محکوم خواهند شد. ...» اداره حقوقی در نظریه مشورتی ۷/۵۸۳۷ مورخ ۱۳۸۲/۷/۱۴ در راستای پاسخ به استعلامی در این زمینه چنین مقرر داشته: «زنده فروشی مرغ، فاقد عنوان جزائی و از موارد احصاء شده در ماده ۶۸۸ ق.م.ا، تعزیرات نیست تا تهدید علیه بهداشت عمومی تلقی گردد و چنانچه محل فروش از نظر بهداشتی مناسب نباشد تابع مقررات مربوط به خود خواهد بود». با دقت در این نظریه می‌توان به درستی دریافت که اداره حقوقی نظر بر حصری دانستن (با توجه به عبارت از موارد احصاء شده در ماده ۶۸۸ ق.م.ا، تعزیرات) مصادیق مقرر شده در ماده مذکور دارد، در حالی که استفاده قانونگذار از قید «از قبیل» در صدر ماده حاکی از تمثیلی بودن مصادیق مقرر شده در این ماده می‌باشد. همین اداره کمتر از یک ماه از تاریخ صدور این نظریه، در نظریه ۷/۶۴۵۷ مورخ ۱۳۸۲/۸/۸ چنین مقرر داشت: «ماده ۶۸۸ ق.م.ا، تعزیرات حصری نمی‌باشد بلکه جنبه تمثیلی دارد که با توجه به تبصره ۱ ماده مذکور تشخیص آن به عهده مرجع مذکور در تبصره است». مقایسه این دو نظریه حاکی از تعارض آشکار بین آنها است. اینگونه نظریات نشان دهنده این است که قضات اداره حقوقی در زمینه‌های فنی مثل (جرائم زیست محیطی) کمتر نظر می‌دهند. یا اگر نظریه‌ای مانند؛ نظریه ذکر شده از اداره حقوقی صادر گردد، نشان از کم‌توجهی این نهاد از این حوزه‌ها می‌باشد. یا در نظریه ۷/۲۰۲۰ مورخ ۱۳۸۴/۳/۲۹ که در راستای همین ماده از اداره حقوقی صادر گردید، اداره حقوقی به صورت مردّد چنین مقرر داشته: «استعمال و عرضه قلیان در قهوه‌خانه سنتی از مصادیق تهدید علیه بهداشت عمومی مندرج در ماده ۶۸۸ ق.م.ا، تعزیرات نیست و ممکن است مشمول آیین نامه خلافی مصوب ۱۳۲۴ باشد». در حالی که استفاده از قید «ممکن است» در این نظریه، شایسته تجربه و سابقه اداره حقوقی نیست.

۶. ظرفیت‌های اداره حقوقی

نظریه‌های مشورتی یا همان پاسخ به استعلامات از آن جایی که طی روند قانون‌مند و توسط قضات مجرب و دارای سوابق طولانی قضایی انجام می‌شود، در بین قضات محاکم و دادسراها جایگاه ویژه‌ای دارد. همچنین از آن جایی که خیلی از قضات در سال‌های اولیه پس از استخدام هستند و هنوز به اندازه کافی تجربه کار قضایی ندارند، از نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه به خوبی استقبال می‌کنند و در رویه عملی آن‌ها را به کار می‌گیرند و در بیشتر موارد مرجع استعلام‌کننده به پاسخ اعلام شده از سوی اداره حقوقی جنبه عملی می‌بخشد. مازاد بر این آمار نظریه‌های منتشر شده از سوی اداره حقوقی در سال‌های اخیر حاکی از پذیرش گسترده آن از سوی قضات می‌باشد، در حالی که نظرات مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به دلیل احترام به اصل حفظ استقلال قضات لازم‌الاتباع به شمار نمی‌روند.

افزون بر این، وجود ابهام و تورم قوانین کیفری، «امروزه قانونگذار ایرانی بدون توجه به پیامدهای تصویب و اجرای قانونی کیفری، به‌طور مستمر بر حجم مجموعه قوانین کیفری می‌افزاید. برای اثبات این مطلب کافی است بدانیم در فاصله بین سال‌های ۱۳۵۸ تا ۱۳۷۸، بیش از ۲۴۵ قانون کیفری تصویب گردید که اگر به این مجموعه، آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور و همچنین مصوبات شورای انقلاب فرهنگی در خصوص مورد اضافه شود، رقم بزرگی خواهد شد.» (ابرنادآبادی، حبیب‌زاده، ۱۳۸۰: ۵۹-۷۸) برخوردار نبودن قوانین از پشتوانه‌های علمی لازم و تدوین و تصویب قوانین تحت تأثیر شرایط خاص و زودگذر از آسیب‌های حوزه تقنین در کشور است، که نیاز به نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی را دوچندان می‌کند، آسیب‌هایی نظیر تصویب برخی از قوانین تحت تأثیر شرایط حاکم و فضا سازی رسانه‌ای به خصوص فضای مجازی به‌طور مستقیم و غیرمستقیم سبب گرایش بیشتر قضات به سمت نظریه‌های اداره حقوقی می‌گردد. تصویب قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیرمجاز می‌نمایند، از مصادیق این نوع آسیب است، «یکی از شونده‌های (دلایل) برجسته پیش‌بینی این قانون، پخش فیلم رابطه جنسی یکی از هنرپیشگان زن تلویزیون در سال ۱۳۸۵ بود که رفتار سرزنش آمیز پخش‌کننده آن بر همه آشکار گردید ولی در نهایت چاره این کار ناپسند در دست‌یازی به کاری نه چندان

پسند دیگری شد به نام تصویب قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند در زمستان ۱۳۸۶، این قانون در اثر رخداد بالا، به طور احساسی وضع گردید که نمونه برجسته آن پیش‌بینی کیفر مفسد فی الارض برای داشتن آثار مستهجن در برخی شرایط است.» (عالی پور، ۱۳۹۵: ۲۹۷) همچنین گاهی در کشور جرم خشنی روی می‌دهد، تحت تأثیر فضا و جو زودگذر و احساسی ایجاد شده طرحی مطرح شده و تبدیل به قانون می‌شود و در برخی موارد پس از گذار از این فضای ایجاد شده مشخص می‌گردد که نیازی به تصویب قانون در این زمینه نبوده است. این در حالی است که قانون نباید تحت تأثیر یک فضای حاکم یا گروهی خاص وضع و یا به سرعت تغییر پیدا کند. برخی در این باره عقیده دارند: «غلبه احساسات و عواطف باعث می‌شود که گاه اصول بنیادین حقوق فراموش شود. لذا قانونگذار باید احساسات خود را کنترل کند و دچار جودگی نشود. بدانند که طبع اولیه قانون دوام و استمرار است؛ یعنی قرار است این قانون سال‌ها ادامه یابد و باید محاسبه کند که با گذشت زمان آیا این احساسات و عواطف همیشه باقی خواهد ماند» (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۸۵: ۴۶). بنابراین در خصوص قوانین با چنین مشکلی مواجه هستیم و این امر سبب گرایش هر بیشتر قضات به سمت اداره حقوقی و پذیرش دیدگاه‌های آن از سوی مراجع استعلام‌کننده می‌گردد.

علاوه بر آن چه که در این زمینه مطرح شد در ادامه به منشأ پذیرش دیدگاه از منظر قانونگذاری و سپس به منشأ پذیرش دیدگاه از منظر سیاست قضایی اشاره می‌نماییم. نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی به عنوان رویه قضایی عام در ایران پس از انقلاب بسیار نیرومند شده است که خود ناشی از آزمایشی و گذرا بودن قوانین کیفری از یک‌سو و عدم اعتماد قضات به برنامه‌ها و سیاست‌های تقنینی از سوی دیگر است. اگر نگاهی گذرا به تحولات قوانین کیفری به خصوص قانون مجازات اسلامی بیندازیم، به‌روشنی به تغییرات مکرر این قوانین و ارزشمند شدن نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی در تعیین قضایی کیفر پی می‌بریم.

تصویب قانون مجازات عمومی در سال ۱۳۰۴ شمسی و اصلاح این قانون با تأثیرپذیری از مکتب دفاع اجتماعی نوین در سال ۱۳۵۲ و تغییرات گسترده‌ای که به دلیل انطباق قوانین با موازین شرعی در سال ۱۳۶۱ صورت پذیرفت و جلوه‌های آن را در

تصویب قانون راجع به مجازات اسلامی می‌توان مشاهده نمود. همچنین تصویب قانون تعزیرات در سال ۱۳۶۲ و تبدیل آن به قانونی دائمی در سال ۱۳۷۵ و تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۰ و کش و قوس‌های که از سال ۱۳۸۶ تا ۱۳۹۲ بر روی تصویب قانون مجازات اسلامی بین مجلس و شورای نگهبان ایجاد شد و در نهایت تصویب قانون کاهش مجازات حبس تعزیری در سال ۱۳۹۹ جلوه‌ای از این تحولات در خصوص قانون مجازات اسلامی است که حجمی سنگین از استعلامات حقوقی را به اداره حقوقی، با خود به همراه داشت.

این آزمایشی بودن و عمر کوتاه قوانین و تغییر و تحولاتی که هرازچندگاهی در قوانین می‌شود، سبب گرایش قضات به سمت نظریه‌های اداره حقوقی و پذیرش دیدگاه‌های اداره حقوقی از سوی آنان می‌گردد. چرا که این تغییرات عملاً چالش‌هایی را به همراه دارد، که ممکن است برای قضات قابل حل نباشد و دست به دامن اداره حقوقی گردند؛ به عنوان نمونه قانونگذار در بسیاری از موارد تکلیف قوانین ناسخ و منسوخ را به طور صریح مشخص نمی‌کند و این سکوت، زمینه استعلام از اداره حقوقی را فراهم می‌نماید. در این راستا می‌توان به اختلاف بین ماده ۶۴۰ قانون تعزیرات و قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند اشاره نمود. با این توضیح که «ماده ۶۴۰ قانون تعزیرات موخر بر قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند، بوده و در برخی موارد با آن تعارض دارد که از جمله نگهداری تصاویر و محتویات هرزه است که ماده ۶۴۰ صرف نگهداری آنان را جرم ندانسته است. در رویه قضایی در جرم بودن نگهداری محتویات هرزه و خاص و لازم‌الاجرا بودن قانون امور سمعی و بصری از یک‌سو و جرم نبودن عمل با توجه عدم ذکر آن در ماده ۶۴۰ و موخر و حاکم بودنش بر قانون قبل اختلاف پیش آمد.» (عالی‌پور، ۱۳۹۵: ۲۹۵) اختلاف بین این دو مقررره منجر به صدور نظرات مشورتی متعددی از اداره حقوقی گردید. از جمله طبق نظریه ۷/۵۶۵۰۵ مورخ ۱۳۸۱/۷/۱۵ اداره حقوقی، قانون نحوه مجازات اشخاصی که در امور سمعی و بصری فعالیت‌های غیر مجاز می‌نمایند، نسخ نشده است و مقررات ماده ۶۴۰ قانون مجازات اسلامی قانون فوق‌الذکر هر یک در محدوده خود قابل اعمال و اجرا هستند. یا در نظریه ۷/۸۶۵ مورخ ۱۳۷۸/۱۰/۲۵ آمده: بند (۱) ماده ۶۴۰ ق.م.ا.ت.

راجع است به فیلم، نوار سینما یا به طور کلی هر چیزی که عفت و اخلاق عمومی را جریحه دار نماید برای تجارت یا توزیع به نمایش و در معرض انظار عمومی گذاشته شده یا ساخته شود یا برای تجارت و توزیع نگاه داشته شود. حال آن که تبصره (۲) ذیل بند (۳) قانون نحوه مجازات اشخاصی را که در امور سمعی و بصری فعالیت غیرمجاز می‌نمایند. اشاره به اعمال مجازات در باب دارندگان نوارها و دیسک‌های مستهجن و مبتذل نموده است، چون در تبصره مذکور بر روی کلمه (موضوع این قانون) تأکید شده است و قانون مذکور، علی‌الخصوص ماده (۳) آن دلالت بر مجازات افرادی دارد که در امور سمعی و بصری فعالیت نموده و حرفه‌ای هستند. بنابراین صرف نگهداری اشیای مورد اشاره توسط غیر اشخاص حرفه‌ای به لحاظ این که مورد استفاده دیگران واقع نمی‌شود و اشاعه فحشا نیست و موجب جریحه دار شدن عفت و اخلاق عمومی نیست لذا جرم نبوده و بند یک ماده ۶۴۰ هم ناسخ آن نمی‌باشد.^۱ همین طور اختلافی که بین ماده ۶۲۱ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ در مورد جرم آدم‌ربایی و قانون تشدید مجازات ربایندگان اشخاص مصوب ۱۳۵۳، مطرح بود و منجر به صدور نظریات متعددی از جمله نظریه مشورتی شماره ۷/۱۲۰۸ مورخ ۱۳۷۶/۵/۱۴ گردید. در این نظریه اداره حقوقی ماده ۶۲۱ را ناسخ قانون مذکور تلقی نمود.

قانون آیین دادرسی کیفری تحت عنوان قانون اصول محاکمات جزایی در سال ۱۲۹۰ تصویب شد، در این قانون دادگاه‌های صلح، دادگاه جنحه و دادگاه جنایی پیش‌بینی شده بود. دادسرا نیز در معیت دادگاه‌های جنحه و جنایی فعالیت می‌کرد. به تاریخ ۱۳۵۸/۳/۲۷ آیین‌نامه دادگاه‌ها و دادسراهای انقلاب و به تاریخ ۱۳۵۸/۶/۲۰ لایحه قانونی دادگاه‌های عمومی، در سال ۱۳۶۸ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو، در سال ۱۳۷۳ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب به تصویب رسید و دادسرا را از نظام کیفری ایران حذف نمود. در سال ۱۳۸۱ قانون مزبور اصلاح، و دادسرا مجدداً وارد نظام قضایی ایران شد. آخرین متن قانونی در مورد تشکیلات قضایی در امور کیفری قانون آیین دادرسی کیفری، مصوب ۱۳۹۲ است. با توجه به تاریخ صدور نظریه‌های مشورتی، بیش‌ترین استعلامات از اداره حقوقی مربوط به تورم و ابهامات قانونی پس از انقلاب است. البته در این زمان با توجه به تغییرات بنیادی که در تمامی زمینه‌ها از

۱. در این راستا نظریه‌های دیگری از اداره حقوقی نیز قابل ذکر است. از جمله نظریه شماره ۷/۵۶۴ مورخ ۱۳۸۷/۲/۹.

جمله قوانین کیفری، تصفیه کادر قضایی، بازنشسته شدن قضات سابق و تشکیل کادر قضایی جدید صورت گرفت، تعداد استعلامات قضایی و حقوقی به نحو چشم‌گیری زیاد شد. به قول برخی از نویسندگان؛ «پس از پیروزی انقلاب اسلامی نخستین نهادی که لزوم ایجاد آن احساس شد، دادگاهی بود که بتواند به اتهامات سران رژیم گذشته و وابستگان به آنان رسیدگی کرده و طبق احکام و مقررات اسلامی حکم لازم را صادر نماید. فوریت‌هایی که تأسیس هر چه سریع‌تر دادگاه انقلاب اسلامی را الزامی کرده بود، امکان دقت و رعایت ضوابط و قوانین را نمی‌داد. به همین دلیل، هنگامی که رهبر انقلاب حاکم شرع دادگاههای انقلاب اسلامی را تعیین کرد، قانون و آیین‌نامه خاصی درباره آن وجود نداشت.» (زرنگ، ۱۳۸۱: ۱۸۷) این نهاد که بدون قانون و آیین‌نامه تشکیل شد در جای خود قضات را با ابهامات فراوانی روبه‌رو کرده بود و زمینه استعلامات متعدد را فراهم می‌نمود. بنابراین از آنجایی که قوانین کیفری به اقتضای نیاز جامعه در حال تغییر و تحول هستند و به روزرسانی می‌شوند، بیشترین آمار نظریه‌های منتشر شده از سوی اداره حقوقی در راستای رفع ابهام و توضیح الفاظ قوانین کیفری صورت می‌گیرد.

از دیگر قوانینی که همچنان به صورت آزمایشی برای مدت کوتاهی تصویب میشوند و همین آزمایشی بودن و عمر کوتاه سبب دلبستگی قضات به نظریات اداره حقوقی گردیده، می‌توان به قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز اشاره کرد که در تاریخ ۱۳۹۲/۱۰/۳ در مجلس شورای اسلامی تصویب و پس از تأیید شورای نگهبان، در تاریخ ۱۳۹۲/۱۱/۲۱ در روزنامه رسمی منتشر شد و به دلیل وجود تغییرات نسبتاً زیاد این قانون و برخورد مفاد آن با مفاد چندین قانون دیگر و تقارن آن با تصویب و لازم‌الاجرا شدن مجازات اسلامی ۱۳۹۲، ابهامات گوناگون داشت و موجب طرح سؤالات متعددی از سوی قضات گردید. همچنین می‌توان قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۷۶/۸/۱۷ را نام برد که در طول سال‌های اخیر با تغییر و تحولات بسیاری همراه بوده و زمینه استعلامات متعددی را فراهم نمود. یا می‌توان به قانون منع خرید و فروش کالا برگ (۱۳۶۷) و قوانین مربوط به تعزیرات حکومتی (۱۳۶۷)، قانون مجازات اخلاص گران در نظام اقتصادی (۱۳۶۹) اشاره کرد که در جهت مقابله با وضعیت مقطعی به تصویب رسیدند و در جای خود ابهامات فراوانی به همراه داشتند. به همین دلیل است که برخی مقرر داشته‌اند: «نهادهای تازه در هر قانون و رابطه آن با قوانین پیشین، مشکلاتی به وجود می‌آورد که مدت‌ها، وقت و توان دادرسان را مصروف می‌دارد و همین که تا اندازه‌ای گفت‌وگوها پایان پذیرفت، قانونی تازه پا به میدان می‌گذارد و

دوباره همان بحث‌ها را ایجاد می‌کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۷)

در سال‌های اخیر شاهد تصویب قوانین متعدد و بعضاً مغایر با قوانین سابق هستیم. تغییرات مکرر در قوانین علاوه بر این که قاضی را در مقام یافتن قانون ناسخ و منسوخ عاجز می‌سازد، آسیب جدی به شکل‌گیری رویه قضایی و دکترین که بر اثر مطالعه و بررسی دادرسان و حقوق‌دانان در طی زمان طولانی به وجود آمده، وارد می‌نماید. همچنین این تغییرات، قانون را ضعیف و کاربرد نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی را قوت بخشیده؛ به گونه‌ای که در نظام قضایی ایران شکل‌گیری رویه قضایی مغایر با قانون دور از انتظار نیست. بنابراین وضعیت قانونگذاری در نظام قضایی ایران به نوعی زمینه‌ساز اعتبار بخشیدن به نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی است.

محاکم، وجود اداره حقوقی را برای یاری رساندن به مجریان در خصوص تورم و ابهام قوانین یک فرصت می‌دانند. از آنجایی که جامعه حقوقی و مراجع مختلف به اداره حقوقی اعتماد دارند و این اعتماد نیز در طول زمان ایجاد شده است، لذا اداره حقوقی در صدد این است که با نظریات مستدل و متفن خود زمینه افزایش این اعتماد را فراهم آورد. استفاده از قضات مجرب، صاحب‌نظر و برجسته مؤثر در اعتمادسازی است. امروزه کمتر کتاب، رساله یا مقاله حقوقی را می‌توان یافت که از نظرات اداره حقوقی در استدلال‌های خود استفاده نکرده باشد. اشخاصی که در اداره حقوقی قوه قضاییه مشغول فعالیت هستند از قضات اداره حقوقی گرفته تا اعضای کمیسیون‌ها «قضات دیوان عالی کشور و قضات دادگاه عالی انتظامی قضات» از قضات شناخته شده و برجسته و اساتید صاحب‌نظر در حوزه خود به‌شمار می‌روند که سالها وظیفه تحقیق و تفحص و تدریس را بر عهده داشته‌اند و از آن جایی که یک فرایند کاملاً علمی و کارشناسانه در کنار ترکیب ارزشمند قضات شایسته و مجرب که ضمن تسلط بر قوانین از مبانی و منابع حقوق کیفری آگاهی دارند، منجر به صدور نظریه‌های مشورتی می‌گردد، عملاً قابلیت پذیرش آن از سوی محاکم بیشتر می‌شود. در کنار این عوامل، پیش‌بینی مراجع عالی (حسب مورد، دیوان عالی کشور و دیوان عدالت اداری) برای نقض و ابرام آرای سایر محاکم، اغلب منجر به این خواهد شد که قضات محاکم تالی برای جلوگیری از نقض آرای خویش در محاکم مذکور، از تفاسیر و ابتکارات قضات این مراجع (از جمله قضات دیوان عالی کشور که خود در صدور نظرات ارشادی اداره حقوقی دخیل‌اند) پیروی نمایند. بنابراین سلسله‌مراتب دادگاه‌ها نیز می‌تواند از طریق ایجاد الزام معنوی در استفاده و به‌کارگیری از نظرات اداره حقوقی مؤثر باشد.

برآمد

تشکیل اداره حقوقی به موجب قانون اصول تشکیلات عدلیه و استخدام قضات مصوب ۱۳۱۵ در نتیجه ابهامات، خلأها، تعارضات و ایرادات دیگر قانون و قانونگذاری بود، این نهاد با تکیه بر قضات مجرب و با سابقه که عمدتاً از قضات دیوان عالی کشور و قضات دادگاه عالی انتظامی قضات هستند در صدد تفسیر قانون و صدور نظریه‌های ارشادی بوده و در این راستا هر ساله شمار بسیاری از نیازهای دادرسان در سراسر کشور در پیکره پاسخ به استعلامات قضایی برآورده می‌شود.

اداره حقوقی قوه قضاییه، برجسته‌ترین نهاد قضایی به عنوان بازوی علمی و مشورتی دادرسان است که در همان حال از تجربه قضایی نیز برخوردار است. از آنجا که چهره علمی مبتنی بر پیروی از دیدگاه‌های دانشگاهی و پیروی از تفسیر قانون است و چهره قضایی بیشتر بر پایه عملکرد دادگاهی و رویه قضایی و گاه این دو در رویارویی با هم قرار می‌گیرند؛ اداره می‌تواند نقش پیوندگاه و تراز میان این دو را بازی کند؛ ولی چون طبق مقرره‌های کنونی، هسته اصلی اداره همچنان بر پایه تجربه قضایی است و این پیوندگاه و تراز بودن به خوبی هویدا نشده است. به همین دلیل، این اداره با آسیب‌ها و چالش‌هایی رو به رو است که در این نوشتار به آنها پرداخته شد و به طور خلاصه، آسیب‌شناسی مرتبط با فلسفه نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی نشان می‌دهد؛ این نظریات در کنار نظریه‌های علمی و در راستای توضیح و تبیین نظریه‌های علمی کاربرد دارد. چرا که نظریه‌های علمی بر دانش قابل اعتماد که واقعیت علمی را می‌سازد بنا شده است و به نوعی قابل استناد هستند، ولی نظریه‌های مشورتی صرفاً جنبه مشورتی داشته و در صدد اثبات موضوعی خاص مطرح نمی‌شود. از حیث مصداقی اداره حقوقی بعضاً درگیر استعلام‌هایی می‌شود که با رجوع به متن قانون به روشنی می‌توان پاسخ آن را دریافت کرد. بنابراین هم از لحاظ طرح سؤال از سوی مرجع و مقام استعلام کننده و هم در نظریه‌های صادره از سوی اداره حقوقی ایرادات و آسیب‌هایی وجود دارد که به جایگاه مشورتی این نهاد آسیب می‌زند و یا به نوعی سبب سوءاستفاده از اداره حقوقی می‌گردد.

در حوزه عوامل قانونی ناظر بر تعیین کیفر کمترین تشدد در صدور احکام وجود دارد. بنابراین در این حوزه با وجود تعیین تکلیف از سوی قانونگذار عملاً گرایش

کمتری به سمت نظریات ارشادی اداره حقوقی از حیث توزیع مسئولیت در تعیین کیفر وجود دارد. از آن‌چه در نظام حقوق کیفری ایران عامل عمده این گرایش محسوب می‌شود و همچنین می‌تواند زمینه صدور احکام متفاوت را فراهم نماید، می‌توان به انباشتگی قوانین کیفری، آزمایشی و موقتی بودن

قوانین کیفری اصلی، مبهم بودن رابطه قوانین باهم، نامعلوم بودن قواعد ناسخ و منسوخ، تعدد مراجع قانونگذاری و قاعده‌گذار، عدم انضباط قضایی و قانونی در به کارگیری عوامل فراقانونی و دیگر عوامل اشاره نمود. بدیهی است این امر بر این نکته دلالت مینماید که این قانونگذار است که می‌تواند کیفرها را بر اساس شدت جرم تعیین نماید تا به موضوعی ذهنی وابسته به گزینش دادرسان تبدیل نشود. در عین حال ایرادات عمده‌ای که به نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی وارد است؛ از جمله عدم تخصص اداره و کثرت سؤالات سبب می‌شود گاه نظریه‌های اداره حقوقی مختصر، بدون استدلال و گاه اشتباه باشد. همچنین صدور نظریه‌های مشورتی متعارض با نظریه‌های قبلی و پاسخ‌های مردد به سؤالات و عدم رعایت روح قانون از دیگر آسیب‌های مرتبط با علمی بودن نظریه‌های مشورتی اداره حقوقی است که سبب می‌شود اداره حقوقی نتواند به هدف خود در یکنواخت سازی تعیین کیفر نزدیک شود.

نمی‌توان انکار کرد که با همه کاستی‌های دنباله‌دار و فراگیر که در قانونگذاری کیفری است؛ هم اکنون، اداره حقوقی نیرومندترین منبع برای قضات به شمار می‌رود و دیدگاه‌های آن برای بیشتر دادرسان پذیرفته و اعمال می‌شود؛ بنابراین مستشاران اداره نیز بر پایه همین واقعیت، بهتر از قانونگذار و یا نهادها یا اشخاص دیگر که سیاست زده یا ناکارآمدند، می‌تواند در اصلاح رویه قضایی و علمی و منطقی کردن آن بکوشد. در این راستا زدودن آسیب‌ها و چالش‌های گفته شده و نیز وجود و حفظ پیوند بین محافل علمی دانشگاهی و اداره حقوقی علاوه بر این که قضات این نهاد را از آخرین دیدگاه‌های دانشگاهی و رویکردهای تطبیقی آگاه می‌نماید، موجب می‌شود نظرات علمی‌تر در اذهان قضات اداره حقوقی شکل گیرد و ارشادات این نهاد به مسیر علمی و صحیح‌تر رهنمون گردد.

با توجه به این که اداره حقوقی مرجع قانونی پاسخگویی به استعلامات حقوقی دستگاه قضایی و در مواردی دستگاه‌های اجرایی می‌باشد، پیشنهاد می‌گردد، مراجع استعلام کننده بدون طرح مصادیق یا جزئیات پرونده، استعلام را صرفاً در قالب سوال فرضی حقوقی طرح نمایند. همچنین، اداره حقوقی به آن دسته از استعلامات حقوقی پاسخ بدهد که موضوع مقرره مجهول و به عبارتی موضوع استعلام با استنباط از مقرراتی که قبلاً طی فرایند قانونی تصویب و منتشر شده است همخوانی داشته باشد، مگر در فرض سکوت آن مصوبه در طرح موضوع استعلام.

از آن جایی که موارد سکوت، ابهام، خلأ و سایر ایرادات قانونی طی استعلام‌های حقوقی متعددی به اداره حقوقی منعکس می‌گردد، پیشنهاد می‌شود، اداره حقوقی با توجه به نبض قانون و تورم استعلامات، انجام فعالیت‌های پژوهشی مرتبط را از مؤسسات پژوهشی و دانشگاهی جهت انجام کار پژوهشی درخواست نماید.

پیشنهاد می‌گردد اداره حقوقی با توجه به جایگاه قانونی و اعتبار مشورتی خود، از ظرفیت‌های مرجع تصویب یا تفسیر کننده قوانین در جهت پاسخ به استعلامات حقوقی نیز بهره‌برد و صرفاً به تجربه مشورتی - قضایی خود بسنده نکند.

منابع کتب

۱. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۲)، *حقوق جزای عمومی*، جلد ۲، چاپ ششم، تهران، نشر میزان.
۲. الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن (۱۳۹۳)، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*، ج ۲، چاپ دوم، تهران، نشر میزان.
۳. آقایی نیا، حسین؛ رستمی، هادی (۱۴۰۰)، *جرایم علیه مصالح عمومی کشور*، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۴. تاجداری، پرویز (۱۳۷۳)، *روش‌های علمی تحقیق همراه با نظریه‌ی ارزشیابی*، چاپ دوم، تهران، نشر آتا.
۵. توحیدی نافع، جلال (۱۳۹۵)، «*تعیین مجازات در نظام قضایی ایران و مطالعه تطبیقی آن با حقوق انگلستان*» رساله دکتری فقه و حقوق جزا، مدرسه عالی شهید مطهری، تهران.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۰)، *ترمینولوژی حقوقی*، چاپ یازدهم، تهران، کتاب‌خانه گنج دانش.
۷. حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۸۵)، *بایسته‌های تقنین*، چاپ دوم، تهران، نشر سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
۸. حیدری، علی مراد (۱۳۹۴) *حقوق جزای عمومی: بررسی فقهی - حقوقی واکنش علیه جرم*، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت.
۹. حافظ نیا، محمد رضا (۱۳۹۲)، *مقدمه‌ای بر روش تحقیق در علوم انسانی*، چاپ نوزدهم، تهران، انتشارات سمت.
۱۰. رفیع پور، فرامرز (۱۳۸۵)، *کندکاوها و پنداشته‌ها*، چاپ یازدهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۱. زرنگ، محمد (۱۳۸۱)، *تحول نظام قضایی ایران از مشروطه تا سقوط رضاشاه*، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات مرکز اسناد انقلاب اسلامی.
۱۲. شمس ناتری، محمد ابراهیم و دیگران (۱۳۹۲)، *قانون مجازات اسلامی در نظم کنونی*، جلد اول، چاپ اول، تهران، نشر میزان.

۱۳. صابری، حبیب الله (۱۳۸۶)، *دیوان عالی کشور و نظارت بر اجرای قوانین*، چاپ اول، تهران، انتشارات صابریون.
۱۴. عالی پور، حسن (۱۳۹۵)، *حقوق کیفری فناوری اطلاعات (جرایم رایانه‌ای)*، چاپ چهارم، تهران، انتشارات خرسندی.
۱۵. فراروی، جمشید (۱۳۸۷)، *فرهنگ طیفی*، چاپ اول، تهران، انتشارات هرمس.
۱۶. فرزادنیسا، عباس (۱۳۹۷) *رویه قضایی و قوانین موضوعه در مورد جرایم کارکنان دولت*، چاپ اول، تهران، نشر علوم اجتماعی.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷) *کلیات حقوق (نظریه عمومی)*، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشارات.
۱۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، *مقدمه علم حقوق*، چاپ شصت و پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۹. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۱)، *قواعد فقه ۴ - بخش جزایی*، چاپ بیست و دوم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۰. میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۹۹)، *جرایم علیه شخصیت معنوی اشخاص*، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۲۱. نور محمد صبری (۱۳۸۲)، *درآمدی بر روش تحقیق در حقوق*، چاپ اول، تهران، نشر میزان.

مقالات

۲۲. اعتمادی، امیر؛ زالی پور مداب، مهران (۱۴۰۰)، «*مصلحت‌گرایی در عفو یا تبدیل مجازات محکومان به حبس‌های غیرتعزیری*»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دوره نهم، شماره (۳۴)، بهار.
۲۳. اعتمادی، امیر؛ زالی پور مداب، مهران (۱۴۰۱)، «*شهادت کذب در نظام‌های کیفری ایران، انگلستان و ویلز*»، دوفصلنامه‌ی علمی حقوق تطبیقی، دوره نهم، شماره (۱)، بهار و تابستان.
۲۴. افتخار جهرمی، گودرز (۱۳۸۷)، «*اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و تحولات آن*»، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، بهار - شماره ۲۵-۲۶. تابستان.

۲۵. جوهری محمدی، حسین (۱۴۰۰)، «مکان سنجی تطبیق قوه قاهره بر شرایط حاصل از شیوع کرونا با تأکید بر رویه قضایی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، شماره ۱۱۴، تابستان.

۲۶. عالی پور، حسن؛ بستان، مژده (۱۳۹۴)، «امنیت ترابری دریایی و اقدامات تأمینی دریایی»، فصلنامه مطالعات راهبردی، شماره ۶۸، سال هجدهم، شماره دوم، تابستان.

۲۷. نسرین، مهرا (۱۳۹۹)، «مسئولیت دولت در جبران خسارت قربانیان کرونا»، فصلنامه تحقیقات حقوقی - ویژه نامه حقوق و کرونا. دوره ۲۳، تابستان.

۲۸. نجفی ابرندآبادی، علی حسین؛ حبیب زاده، محمدجعفر (۱۳۸۰)، «نورم قوانین کیفری» مدرس علوم انسانی، شماره (۲۱).