



مبنا و ملامک تعزیر

(قسمت دوم)

دکتر محمدجعفر میبب (زاده

دانشیار گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس) و

دکتر مهندس عینی نفی آبادی

(استادیار دانشگاه بین‌المللی امام خمینی)

بدهت این امر تا حدی است که پاره‌ای از فقها و صاحب‌نظران که تعزیر را به مقتضای اصل اولی و عدم اطلاق و عموم ادله نقلی مربوط به تعزیر، منحصر به موارد منصوص در شرع می‌دانند یا ادله نقلی را منحصر به ارتکاب معاصی می‌کنند، معتقدند که اعمال تعزیر در آنچه که موجب اذیت مردم، اختلال در نظام، هتک حرمتها، فساد در امور جامعه، ضعف امنیت و اعتماد مردم به یکدیگر می‌شود، جایز است (۲) و یا حسب اعتبارات عقلی، اعمال تعزیر برای انجام خلافهایی که علیه فرامین و دستورات حکومتی صورت می‌گیرد را تجویز کرده و معتقدند چون اسلام اهتمام تام به حفظ انتظام امور دارد، طبیعی است که حکومت می‌تواند از هر رفتار خلاف شرع و یا موازین تعیین شده به وسیله آن، که موجب فساد و هرج و مرج می‌شود و اسباب اختلال در امور اقتصادی، سیاسی و اجتماعی را فراهم می‌آورد، جلوگیری کند تا اجتماع سالم بماند (۳)

بنابراین حسب بررسیهای به عمل آمده، برخلاف فقهای عامه، از فقهای امامیه، بحث استدلالی و مستقلى در خصوص موجب و ملامک تعزیر ارائه نشده است و تنها می‌توان از

مستوجب مجازات شناخته شوند. در این گونه موارد، هر چند امر یا نهی‌ای از جانب شارع وارد نشده است و عصیانی علیه الزامات و نواهی شرعی وجود ندارد، ولی ارتکاب این گونه رفتارها، مفساد و نتایج نامطلوبی را به دنبال دارد که حکومت اسلامی به منظور صیانت اجتماع و پاسداری از حقوق عامه، ناچار است آنها را جرم بداند و برای مرتکبان آن مجازات تعیین کند؛ زیرا هدف از تأسیس حکومت، تنظیم روابط اجتماعی و اصلاح جامعه، جبران انحرافات، گسترش معروف و ریشه‌کن کردن فساد و منکر است و حاکم مشرف بر جامعه می‌تواند، بلکه بر وی واجب است، که هر چه را به صلاح جامعه و نظام می‌داند در چارچوب قوانین کلی اسلام، به‌مورد اجرا گذارد و برای جلوگیری از فساد و انحراف در جامعه مقررات لازم را وضع کند (۱). اگر حاکم اسلامی از چنین حقی محروم باشد کسانی که گرایش به ارتکاب جرم دارند، بر ارتکاب معاصی و هتک حرمتها جرأت پیدا می‌کنند و امنیت اجتماعی و مصالح عامه به خطر می‌افتد و در نتیجه مبانی حکومت متزلزل شده، مشروعیت آن مخدوش می‌شود.

۲- ارتکاب رفتار مفسده‌انگیز و خلاف مصالح عمومی

گفتیم آنچه در کلام فقها به‌عنوان اولین موجب و ملامک تعزیر آمده است، ارتکاب معصیتی است که برای آن، حد (و کفاره) تعیین نشده است؛ اما در قلمرو زندگی مسلمانان غیر از آنچه که حدود الهی نام دارند، حفظ نظم اجتماعی، رعایت مصلحت عامه و جلوگیری از رفتار مفسده‌انگیزه مخل انتظام امور و تشبیه متعرضان به حقوق جامعه نیز، از وظایف حاکم اسلامی است و جای شک نیست که رسیدن به اهداف مذکور تنها با مجازات گنهکاران ممکن نیست و برعهده حاکم اسلامی است که هر آنچه موجب اختلال در نظم جامعه و تجاوز به حقوق عمومی می‌شود را منع و مرتکبان آن را مجازات کند.

به غیر از رفتارهایی که حسب موازین شرعی، مشمول عقوبتهای قصاص، دیه، حد و تعزیر هستند، مقتضیات زمانی و مکانی، لزوم حسن اداره جامعه و برقراری نظم و امنیت اجتماعی ایجاب می‌کند رفتارهایی که منجر به مفسده اجتماعی می‌شود، اگرچه از نظر احکام اولیه معصیت نباشند، جرم تلقی و

بعضی اقوال فقهای امامیه آن را استنباط کرد، چنان که برخی از فقها همانند شهید اول و شیخ بهایی در مقام بررسی تفاوت حد و تعزیر می‌گویند که: «تعزیر تابع عمل مفسده‌انگیزه است، برخلاف حد که تابع معصیت است.» (۵۰۴)

از برخی عبارات فقها استفاده می‌شود که می‌توان از عقوبت تعزیری برای قطع ریشه فساد بهره برد؛ به عنوان مثال: قتل انسانی به وسیله صغیر و مجنون را به دلیل عدم تکلیف آن دو، مستوجب قصاص ندانسته و تنها برای از بین بردن تجزیه آن دو (حسماً للجرأته)، مستحق تأدیب می‌دانند. (۶) همچنان که از نظر فقها، اعمال مجازات تعزیری برای استعمال آنچه که موجب تغییر عقل می‌شود (مانند بنگ و شوکران) به خاطر فساد آنهاست. (۷)

از نظر برخی از فقهای متأخر امامیه، حکومت اسلامی می‌تواند هر قانونی را که مطابق با مصلحت نظام است وضع و ناقضان آن را تعزیر کند. (۸) همچنان که قاعده فقهی حفظ نظام عباد، تأسیس مهمی است که حاکم اسلامی می‌تواند از آن برای تعزیر متخلفان و متجاوزان به نظام بهره گیرد. (۹)

به موجب نظر فقهای عامه، «التعزیر للمصلحة العامة» یک تأسیس فقهی است. براین اساس، در شریعت اسلام، در ارتکاب معاصی اصل بر اجرای تعزیر است، لکن شریعت به طور استثنایی اعمال تعزیر در غیر معصیت، یعنی مواردی که به تحریم آن تصریح نشده است، را نیز جایز می‌داند به شرط آنکه مصلحت عامه، اقتضای تعزیر را داشته باشد. در این مورد رفتار ارتكابی به خودی خود حرام نیست، بلکه به خاطر وصف خاص، حرام می‌شود. پس اگر رفتار مرتکب متصف به وصف مورد نظر شد، حرام خواهد

بود و الاً مباح است؛ وصفی که علت مجازات است عبارت از اضرار به مصلحت و نظم عمومی است، هرگاه این وصف در رفتار مرتکب وجود داشت، مستحق مجازات خواهد بود و حاکم باید او را به یکی از مجازاتهای تعزیری که آن را مناسب تشخیص می‌دهد، محکوم کند. تأسیس مزبور در فقه عامه مبتنی بر این قاعده است که: ضرر خاص برای دفع ضرر شدید عام تحمل می‌شود و برای رفع ضرر خفیف باید آن را تحمل کرد. (۱۰ و ۱۱)

بنابراین موجب و ملاک دوم عقوبت تعزیری، ارتکاب رفتاری است که علی‌رغم آنکه شرعاً معصیت نیست ولی متضمن ایجاد مفسده عمومی و مخلی انتظام امور جامعه است و حکومت اسلامی به منظور حفظ نظام و جلوگیری از مفساد اجتماعی و اصلاح جامعه، آنها را جرم می‌شناسد و برای مرتکبین آن مجازات تعیین می‌کند. قبول این ملاک وابسته به مشروعیت حکومت اسلامی ناشی از ولایت امر است و الاً مجالی برای بحث نمی‌یابد.

۱- تعزیر و مجازاتهای بازدارنده
گفتیم که یکی از موجبات اعمال تعزیر، ارتکاب رفتاری است که از جانب حکومت اسلامی به خاطر مفسده مترتب بر آن و به منظور مراعات مصالح عمومی، ممنوع شده است و مرتکب آن مشمول مجازات قرار می‌گیرد.

سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا چنین مجازاتهایی مشمول عنوان تعزیر است و یا عقوبتی خاص است که هیچ یک از احکام حدود و تعزیرات شامل آن نیست.

به نظر عده‌ای از فقها، عقوبتهایی که حاکم اسلامی به منظور حفظ مصلحت عمومی و جلوگیری از فساد در جامعه تعیین می‌کند، از نوع عقوبت تعزیری نیست؛ زیرا تعزیر، عقوبتی

است که در مورد عاصی، یعنی کسی که نسبت به احکام شرع عصیان و تمرد کرده است، جاری می‌شود، به عبارت دیگر، مجرای تعزیر منحصرأ تخلف از احکام شرعی است، اما در عقوبتی که به خاطر حفظ مصلحت جامعه و جلوگیری از مفساد فردی و اجتماعی اعمال می‌شود لازم نیست عصیانی نسبت به احکام شرع صورت گیرد و از این رو، بعضاً چنین عقوبتی را مجازات بازدارنده و یا تعزیر حکومتی نامیده‌اند. برخی دیگر از فقها این عقوبت را تعزیر می‌دانند؛ زیرا به اعتقاد آنها تعزیر به معنای تأدیب و تنبیه است و آن در مورد کسی اجرا می‌شود که مرتکب رفتار ناشایستی شود، خواه نسبت به امر شارع و یا حاکم عصیان کرده یا نکرده باشد؛ ضمن این که از جمله وظایف حکومت مشروعی که دارای ولایت شرعی است، حفظ نظام و مصالح عامه است و این مهم جز با استقرار نظم و قانون و رسیدگی به تخلف متخلفان و تنبیه آنها امکان پذیر نیست. (۳)

ممکن است گفته شود موجبات اجرای تعزیر، ارتکاب معصیت و یا رفتار مفسده‌انگیز است و تعزیر حکومتی و یا مجازاتهای بازدارنده، صرفاً در قبال ارتکاب خلاف مقررات و نظامات دولتی اجرا می‌شود؛ اگرچه مفسده‌ای بروز نکند. به عنوان مثال: عمل کسی که بدون گواهینامه، رانندگی می‌کند یا کسی که واقعه ازدواج را به ثبت نمی‌رساند، موجب ایجاد مفسده‌ای نمی‌شود، بلکه از آن نظر که این رفتار مخالف با نظامات دولتی است، جرم و مستلزم مجازات است.

تفکیک اخیر بیشتر ذهنی به نظر می‌رسد، از این رو نمی‌توان معیار دقیقی را در این خصوص ارائه داد. این که رفتاری که متضمن مفسده است، مشمول مجازات بازدارنده و یا تعزیر حکومتی است، ملاک

دقیقی نیست؛ زیرا باید معیاری نیز برای مفسده وضع کرد که باتوجه به مکاتب فکری و همچنین اقتضای مکان و زمانی که رفتار مفسده‌انگیز در آن انجام می‌گیرد، مشکل است. ضمن این که گاهی در نظامات دولتی نیز مصالحی نهفته است که صرف نقض آنها نتایج نامطلوبی را برای افراد و جامعه، اگرچه در زمانی دورتر، دربردارد؛ از این رو رفتار مزبور، مفسده‌انگیز است هر چند مشمول مجازات بازدارنده معرفی شود، به همین دلیل معیار مذکور توجیه‌پذیر به نظر نمی‌رسد.

با استفاده از نظریات برخی از فقها، عقوبتی که به وسیله حکومت اسلامی برای مرتکبان رفتارهای خلاف مصالح و نظم عمومی وضع می‌شود، تعزیر است (۱) در مقابل این نظر، امام خمینی (ره) فرامین و دستورات حکومتی و یا به عبارتی احکام سلطانیه را در احکام اولیه می‌داندست و عقوبتی را که برای نقض این فرامین تعیین می‌شود، مجازاتهای بازدارنده می‌نامد. این نظر از پاسخ ایشان به استفتای مطروحه به دست می‌آید که ذیلاً نقل می‌شود:

«سؤال: برای اداره امور کشور قوانینی در مجلس تصویب می‌شود، مانند قانون قاچاق گمرکات و تخلفات رانندگی، شهرداری و به طور کلی احکام سلطانیه و برای عمل مردم به این قوانین مجازاتهایی برای متخلفان در قانون تعیین می‌کنند، آیا این مجازاتها از باب تعزیر شرعی است و احکام شرعی تعزیرات از نظر کم و کیف بر آنها بار است یا قسم دیگر است و از تعزیرات جدا هستند و اگر موجب خلاف شرع نباشد باید به آنها عمل کرد؟ - پاسخ: احکام سلطانیه که خارج است از تعزیرات شرعیه، در حکم اولی است؛ متخلفین را به مجازاتهای بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می‌توانند مجازات کنند.» (۱۲)

مبنای هر یک از عقوبتهای مذکور، همانا

جعل حکومت اسلامی به نظر می‌رسد، که به خاطر مصلحت عموم و دفع فساد، رفتاری را جرم شناخته، برای آن مجازات تعیین می‌کند و حسب اعتبار، به آن تعزیر حکومتی و مجازات بازدارنده یا مطلق تعزیر می‌گویند؛ ولی باتوجه به این که گفتیم. موجبات تعزیر در کلام فقها شامل ارتکاب معصیت و رفتار مفسده‌انگیز و ممنوع از جانب حکومت اسلامی است، بنابراین باید این نوع از عقوبتها را تعزیر تلقی کنیم، هر چند که در زبان قانون مجازات اسلامی به عنوان مجازاتهای بازدارنده معرفی شده است.

۲ - ملاک اجرای تعزیر در حقوق ایران:

در مباحث قبلی گفتیم ملاک اعمال تعزیر اعم از ارتکاب معصیت شرعی و رفتار مفسده انگیز است. اکنون این سؤال مطرح می‌شود که شرایط اجرای تعزیر در مقررات موضوعه جمهوری اسلامی ایران چیست؟ آیا اعمال تعزیر منوط به پیش بینی قانون، در مورد جرائم مخصوص است یا می‌توان با استناد به ملاکهای فقهی تعزیر، ارتکاب هر معصیتی را مشمول تعزیر دانست و قایل به تعزیر هر عمل محرم شرعی توسط قاضی و بدون نیاز به مستند قانونی شد؟

مقبولیت هر یک از این دیدگاهها، منوط به پذیرش اصول اساسی حقوق جزا، از جمله اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که حقوق جزا اعتبار خود را مدیون آنهاست و رد یا تضعیف این اصول، بر اعتبار نظامی قضایی لطمه جبران‌ناپذیری را وارد می‌کند که بی‌ثباتی، و تجاوز به محدوده آزادیهای فردی، نتیجه‌ی اعتبار کردن اصول مورد اشاره است. به موجب اصل قانونی بودن جرم و مجازات، رفتار انسان هر چند که زشت و غیراخلاقی یا زیانبخش و خطرناک باشد، تا وقتی که از

جانب قانونگذار به عنوان جرم معرفی نشده و، کیفر قانونی برای آن تعیین نشده باشد؛ جرم و قابل مجازات نیست و افراد در ادا یا خودداری از ادای آنها آزادند؛ چون اصل بر اباحه اعمال است مگر آنکه حکمی صادر شود و رفتاری را جرم بداند.

اصل قانونی بودن جرم و مجازات که خواست طبیعی بشر است، در حقوق بسیاری از کشورها از جمله ایران پذیرفته شده و اجمالاً در اصول مختلف قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد قبول قرار گرفته است. اصل (۳۶) قانون اساسی مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد» همچنین اصل (۱۶۹) مقرر می‌دارد: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است، مجرم محسوب نمی‌شود».

در قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۶۱، اصل قانونی بودن جرم و مجازات پیش‌بینی شده بود و به دنبال آن قانونگذار در ماده (۲) قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ مقرر کرده است: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود.» بنابراین، در مقررات جمهوری اسلامی ایران اصل قانونی بودن جرم و مجازات پذیرفته شده است و روح قانون اساسی و دلالت ضمنی برخی از اصول آن همچنین صراحت قانون مجازات اسلامی، مجال هرگونه شک و شبهه‌ای را از میان می‌برد. (۱۳)

باتوجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، از نظر حقوقی مسئولیت کیفری، مبتنی بر انجام رفتار مجرمانه‌ای است که قانون برای آن مجازات تعیین کرده است. بنابراین، اگر شخصی مرتکب گناه کبیره‌ای مثل دروغ شود،

هرچند که از نظر شرعی مستحق عقوبت اخروی است؛ ولی از آن رو که مرتکب رفتار مجرمانه پیش بینی شده در قانون نشده است، مجازات نخواهد شد.

منظور از رفتار مجرمانه، اعم از انجام فعلی است که مورد نهی قانونگذار قرار گرفته باشد؛ مثل سرقت و قتل، یا ترک فعلی که مورد امر قانونگذار قرار گرفته است؛ مانند استتکاف از احقاق حق به وسیله قاضی دادگاه ماده (۵۹۷ ق.م.ا)، همچنین منظور از مجازات، اعم از حد، قصاص، دیه و تعزیر و مجازات بازدارنده است. اگر ارتکاب سرقت با اجتماع شرایط آن مشمول اجرای حد قرار می گیرد، از آن روست که از نظر قانون جرم بوده و مستلزم مجازات معرفی شده است و اگر جرایم جعل یا خیانت در امانت مشمول مجازات هستند از آن روست که قانون آنها را جرم دانسته و مشمول مجازات قرار داده است؛ در غیر این صورت، از نظر قانونی جرم و مجازاتی متصور نیست.

باعنایت به این که قانون مجازات اسلامی براساس موازین فقه اسلامی تصویب شده است، این موضوع قابل طرح است که آیا بجز جرایمی که از نظر قانون، مشمول مجازات قرار می گیرند، چنانچه رفتاری از نظر قانونی جرم و مستلزم مجازات نباشد؛ ولی داخل در عنوان، کلی محرمات شرعی باشد، از نظر قانونی قابل تعزیر است یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا در این گونه موارد می توانیم از اصل قانونی بودن جرم و مجازات عدول کنیم و با عنایت به موازین شرعی آنها را جرم و قابل تعزیر تلقی کنیم؟ مثلاً؛ در قانون مجازات اسلامی برای خرید و فروش گوشت خوک از جانب مسلمانها عنوان مجرمانه ای پیش بینی نشده است؛ اما از آن نظر که رفتار مزبور داخل در عنوان معصیت است، از نظر

شرعی قابل تعزیر است. آیا از نظر قانونی، قاضی می تواند رفتار مزبور را جرم بداند و برای آن تعزیر تعیین کند؟ به طور کلی در این خصوص دو نظر وجود دارد که به توضیح آن می پردازیم:

جمعی از صاحب نظران معتقدند، مواردی که رفتاری شرعاً معصیت است، هرچند در قانون برای آن مجازات پیش بینی نشده باشد، قاضی می تواند مرتکب را به مقداری که مصلحت می بیند تعزیر کند و برای این اعتقاد خود به دلایل ذیل استناد می کنند: (۱۴)

۱ - براساس اصل (۱۶۷) قانون اساسی، قاضی باید حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر نیافت با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند و نمی تواند به بهانه سکوت یا اجمال یا تعارض قوانین از صدور حکم استتکاف کند و الا براساس ماده (۵۹۷) ق.م.ا، مستحق تعقیب و کیفر است. بنابراین، اگر رفتاری در قانون عنوان مجرمانه قابل مجازات نداشته و در آن مورد ساکت باشد، قاضی می تواند با استناد به اصل فوق و با توجه به فتاوی معتبر فقهی و از آن نظر که این گونه اعمال، شرعاً عملی حرام است، مرتکب را تعزیر کند؛ همچنان که برخی از قضات دادگاهها در چنین مواردی با استناد به ذیل مسئله چهار لواحق حد مسکر از جلد دوم تحریر الوسیله امام خمینی (ره)، این گونه رفتارها را قابل تعزیر می دانند.

۲ - ماده (۲۹) قانون تشکیل دادگاههای کیفری یک و دو مصوب ۱۳۶۸ و ماده (۸) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب و ماده (۲۱۴) ق.آ.د.ع.ا، مصوب ۱۳۷۸، بر اصل فوق تأکید دارد و قاضی در موارد مرقوم با استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر باید حکم قضیه را صادر کند.

۳ - ماده (۱۶) قانون مجازات اسلامی در مقام تعریف مجازات تعزیری است، و حکم خاصی برای مجازات جرم معین ندارد. بنابراین، در مواردی که به موجب قانون خاص، برای جرمی مجازات تعیین شده است، الزاماً باید به همان قانون استناد کرد؛ در غیر این صورت، چنانچه قانونی در این زمینه نباشد و موردی پیش آید که به نظر قاضی تعزیر مرتکب لازم آید، می تواند به استناد ماده مزبور، حکم به تعزیر دهد.

۴ - قاعده کلی «التعزیر بما یراه الحاکم» نیز مؤید دلایل فوق است.

به نظر این گروه، استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر فقهی، به منزله استناد به قانون تلقی می شود و نویسندگان قانون اساسی و قوانین عادی، منابع مزبور را در طول قوانین مدون جزایی، از منابع حقوق به حساب آورده اند و بدین لحاظ، استناد قاضی به این گونه منابع مغایر با اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیست.

ممکن است قایلان این نظر برای تأیید ضمنی نظر خود به رأی وحدت رویه شماره ۴۵ مورخ ۶۶/۱۰/۲۵، استظهار کنند. مطابق مفاد رأی مزبور، هرچند قانون حدود و قصاص قبل از وقوع قتلهای عمدی در سال ۱۳۶۰، قانون لازم الاجرا نبوده است؛ ولی از آن نظر که حکم قصاص از احکام اولیه اسلامی است، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ماده (۶) قانون راجع به مجازات اسلامی را (ماده ۱۱) قانون مجازات اسلامی با مسامحه منصرف از آن می داند و بدین ترتیب دامنه اصل قانونی بودن جرم و مجازات در برابر احکام و موازین اولیه شرعی محدود می شود. (۱۵) استدلالهای مذکور قابل ایراد به نظر می رسد. در مواردی که رفتاری در قانون عنوان مجرمانه ندارد، جرم نبوده، قابل

منابع:

- ۱- منتظری، حسینعلی، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه محمود صلواتی، نشر تفکر، ج ۳، صص ۴۷۱ به بعد - ۵۲۳ و ۵۲۴ - ۴۷۲ - ۴۷۴ و (۵۰۰ - ۴۸۵ - ۴۰۸ تا ۴۱۹ - ۵۰۳ - ۵۲۷).
- ۲- صافی، لطف الله، التعزیر انواعه و ملحقاته، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۴ ه. ق، صص ۱۳۹.
- ۳- موسوی اردبیلی، آیه الله عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، مکتبه الاعلام الاسلامی، قم، ۱۴۱۳ ه. ق، صص ۵۹ - ۸۲ و ۷۵ - ۷۶ - ۷۷.
- ۴- عاملی، بهاء الدین محمد، جامع عباسی، دارالطباعه، اصفهان، صص ۲۸۵ - ۲۸۶.
- ۵- مکی العالمی، ابابعدالله محمد، القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه، بتحقیق از عبدالهادی حکیم، مکتبه المفید، قم، ج ۲، صص ۱۴۲.
- ۶- شهید ثانی زین الدین علی الجبجعی العالمی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، انتشارات داوری، قم، ۱۴۱۰ ه. ق، ج ۹، صص ۳۵۴ - ۳۰۶ و ج ۱۰، صص ۱۴.
- ۷- حبیب زاده، محمد جعفر، بررسی جرم محاربه در حقوق کیفری ایران، انتشارات دانشگاه تربیت مدرس تهران، ۱۳۷۹، صص ۱۶۱.
- ۸- ر.ک. به: عینی نجف آبادی، محسن، مبنا و ماهیت تعزیر (پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی به راهنمایی دکتر محمد جعفر حبیب زاده، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۲، صص ۱۰۷ - ۱۰۶).
- ۹- موسوی خوئی، ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، مطبعة الاداب، نجف اشرف، ج ۱، صص ۳۳۷ - ۳۴۷.
- ۱۰- عامر، عبدالعزیز، التعزیر فی الشریعة الاسلامیة، مکتبه مصطفی البابی الحلبی و اولاده، مصر، صص ۶۳ - ۳۶ - ۶۷ و ۶۸.
- ۱۱- عوده، عبدالقادر، حقوق جنایی اسلام، ترجمه باکیر غفوری، انتشارات آستان قدس رضوی، ۱۳۷۳، ج ۱، صص ۱۷۲ - ۱۷۵ - ۱۷۶ - ۱۷۷ - ۱۹۷ تا ۲۰۲.
- ۱۲- موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، ترجمه و تدوین از: حسین کریمی، انتشارات شکوری، ۱۳۶۵، ج ۱، صص ۱۶۸ و ۱۶۷ - ۱۷۲.
- ۱۳- محمد جعفر حبیب زاده، مصطفی محقق داماد، اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق ایران، نشریه، دانشگاه شاهد، ن ۹، صص ۴۰ - ۲۰.
- ۱۴- محمدپور، اسکندر، تحلیل قضایی از قوانین جزایی (سلسله مباحث مشورتی قضات دادگاه های کیفری تهران)، ج ۱، صص ۲۶، ۲۷.
- ۱۵- قربانی، فرج الله، مجموعه آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور، قسمت جزایی، از سال ۱۳۲۸ تا ۱۳۷۲، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۲، صص ۳۱۶.
- ۱۶- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، قم، ج ۲، صص ۴۶۸ - ۴۷۷.
- ۱۷- مهرپور، حسین، سرگذشت تعزیرات، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۸ و ۱۴۹، دوره جدید، ۱۳۶۸، صص ۴۱.

دولتی، مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است؛ بنابراین، به استناد مواد مزبور، حرمت شرعی رفتار، کافی از برای جرم دانستن و مجازات کردن آن نیست، مگر آنکه قانون آن را پیش بینی کند.

۴- حاکم در قاعده فقهی «التعزیر بما یراه الحاکم» باید واجد شرایط و صلاحیتهای شرعی از جمله اجتهاد و افتا باشد و شامل هر فردی که امر قضاوت را با اذن فقیه جامع الشرایط به عهده گرفته است، نمی شود. امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله می گوید:

«کل من ترک واجباً أو ارتکب حراماً، فللامام (علیه السلام) و نائبه تعزیر» (۱۶) و بدین ترتیب، تعزیر را حق امام (ع) و یا نایب ایشان می داند و نه هر فرد عادی، همچنین در پاسخ نامه رئیس کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی می گویند: «در این موارد که اکثریت قاطع متصدیان امر قضا، واجد شرایط شرعی قضاوت نیستند و از باب ضرورت اجازه به آنان داده شده است، حق تعیین حدود تعزیر را بدون اجازه فقیه جامع الشرایط ندارند و لازم است حدود تعزیرات را تعیین کنند که در آن چارچوب اجازه داده شود و حق تخطی در آن نداشته باشند» (۱۸)

همچنین آیت الله منتظری در پاسخ استفتایی که در این خصوص به عمل آمده است مرقوم داشته اند: «منظور از حاکم شرع، مجتهد جامع شرایط فتوی است و اگر مجتهد جامع شرایط در موارد ضرورت نصب غیر مجتهد را جایز بداند و او را نصب کند، قاضی منصوب از قبیل او کماً و کیفاً تابع نصب می باشد» (۸)

ادامه دارد

مجازات نیست، هر چند که برای اجتماع مضر و خطرناک یا خلاف اخلاق باشد، و از نظر شرعی معصیت تلقی شود، قاضی نمی تواند به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی فقهی معتبر، عنوان مجرمانه قابل تعزیر ایجاد کند؛ زیرا:

۱- اصل قانونی بودن جرم و مجازات که مورد قبول بیشتر ملل متمدن است، ایجاب می کند تنها رفتاری جرم باشد که قانون بدان تصریح و برای آن مجازات تعیین کرده باشد؛ زیرا منافع افراد و اجتماع در پذیرش این اصل است و موجب ثبات و امنیت در جامعه می شود. این اصل سابقه فقهی نیز دارد. قاعده «قیح عقاب بلا بیان» از قواعد مسلم و مشهور فقهی است؛ بر اساس قاعده مذکور، مجازات افراد قبل از بیان و ابلاغ حکم و موضوع قبیح است و شارع و به تبع آن حاکم موظف است قبل از مجازات افراد، عناوین مجرمانه و مجازات آنها را به افراد ابلاغ کند (۱۳)

۲- قانون اساسی به عنوان قانون مادر که مبین ساختار حکومت و صلاحیت قوای حاکم و حقوق و آزادیهای اساسی افراد ملت است، اصل قانونی بودن جرم و مجازات را در اصول متعدد خود پذیرفته است.

اصل (۳۶) مقرر می دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن، باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.» از اصول دیگر، از جمله (۲۲، ۳۲ و ۱۶۹) نیز پذیرش این اصل استنباط می شود.

۳- قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، نیز اصل قانونی بودن جرم و مجازات را پذیرفته است. ماده (۲) قانون مزبور مقرر می دارد: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می شود»، همچنین صدر ماده (۱۱) قانون مذکور می گوید: «در مقررات و نظامات