

محمد رضا بندرچی

فوق لیسانس حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه دهخدا



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



اصل قانونی بودن جرایم

و ماده ۲۹ قانون

تشکیل دادگستری ۱ و ۲



پڙو، شڪاهه علوم انساني و مطالعات فرېنڊي
پرتال جامع علوم انساني

یکی از اصول و مبانی پذیرفته شده توسط سیستمهای حقوقی دنیا و ملل متمدن اصل «قانونی بودن جرایم» است. منظور از این اصل به طور خلاصه آنست که هیچ عملی جرم نیست مگر آنکه قبلا از طرف مقنن به این صفت شناخته شده باشد.^(۱) به عبارت دیگر، جرم بودن یک عمل بسته به این است که قانون آن را جرم بشناسد.^(۲) این اصل یکی از اصول عقلانی است یعنی عقل بشر فی نفسه آن را درک کرده و به آن حکم میکند. در حقوق اسلامی نیز بخشهای مهمی از آن بر مبنای عقل سلیم واقع شده از این قاعده تبعیت شده و از آن به «قیح عقاب بلا بیان» تعبیر میکنند. مطابق این قاعده، پیش از آن که شارع، قوانین خود را به اطلاع مردم برساند نمیتواند به علت تخلف از آن قوانین، کسی را مواخذه کند و چنین مواخذه‌ای خوب نیست.^(۳) در نتیجه تا قانون‌گذار، عملی را جرم نشناسد و آن را بعنوان عمل مجرمانه اعلان نکند نمیتوان مرتکب آن اعمال را بعنوان مجرم مورد مجازات قرار داد. همان‌گونه که از مفاد این قاعده بر میآید، عقل بشری

۱ - کلیات حقوق جزا، دکتر مرتضی محسنی، دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۴، ج اول،

ص ۲۹۷.

۲ - ترمینولوژی حقوق، دکتر محمد جعفر لنگرودی، گنج دانش، ۱۳۶۳، شماره ۳۹۸.

۳ - همان مدرک، شماره ۴۰۸۰.

ولو به شریعت خاصی هم معتقد نباشد قبح عقاب بلایبان را درک کرده و تقبیحش میکند لذا این قاعده را میتوان جزء مستعلات عقلیه شمرد، یعنی قواعدی که عقل ذاتاً و بدون توجه به مبدأ وحی و شارع، درک میکند.

با همه اهمیت که این اصل در حقوقهای موضوعه و غیر موضوعه دارد، در دورانهای قدیم ناشناخته بوده تا جایی که در حقوق دول باستانی، رم، قرون وسطی و حتی رنسانس، سوابقی در این خصوص دیده نمیشود. یک ضرب المثل قدیمی فرانسوی حاکی است که «مجازاتها دلخواه و خودسرانه است»^(۱) این امر بدان معناست که قضات بهنگام صدور رأی از قانون خاصی مجبور به تبعیت نبوده و در رسیدگی از اختیارات فراوان برخوردار بوده‌اند به همین علت هم در ایام گذشته و حتی تا اواخر قرن ۱۸ در کلیه ممالک دنیا، حکمرانان و قضات برای تعقیب مخالفین نظم عمومی مجرمین، تابع هیچ اصل و قاعده‌ای نبودند.^(۲) و چه بسا در اجرای این کار از حدود عدالت خارج شده و مجازاتهای ظالمانه را که هیچ تناسبی با جرم واقع شده نداشت به‌سورد اجرا می‌گذاشتند. غیر عادلانه بودن این عمل، موجبی از مخالفتها را در اروپای قرن هجده برافراشت و دانشمندانی چون روسو و منتسکیو با بیان این که جرم و مجازاتهای ناشی از ارتکاب آن باید قلاً به اطلاع عامه برسد ضرورت وضع اصل قانونی بودن جرایم را پیش از پیش مورد تأکید قرار دادند تا این که با وقوع انقلاب کبیر فرانسه و وضع ساده اعلامیه حقوق بشر فرانسه، این مسئله جامه تحقق به خود پوشید. مطابق ماده مزبور «... هیچ کس را نمیتوان مجازات نمود مگر به موجب قانونی که قبل از ارتکاب جرم وضع شده و قانوناً مورد عمل قرار گرفته باشد...» این اصل در بند ۲ ماده ۱۱ اعلامیه حقوق بشر سازمان ملل متحد هم مورد دقت قرار گرفت. مطابق این بند «... هیچ کس برای انجام یا عدم انجام عملی که در موقع ارتکاب آن عمل به موجب حقوق ملی یا بین‌المللی جرم شناخته نمیشده است محکوم نخواهد شد...» بدین ترتیب یک قاعده عقلی توسط جامعه بشری قبول شد و در زمره قواعد پذیرفته شده بین‌المللی درآمد. ولی میبینیم که این اصل صدها سال قبل از پذیرش

۱ - کلیات حقوق جزا، ص ۲۹۹.

۲ - همان سدرک، ص ۲۹۹.

حقوقدانان اروپائی، توسط حقوقین اسلامی بیان شده و مورد عمل قرار گرفته است و دلیلش نیز عقلانی بودن موضوع است. اما در کشور ما ایران که حقوق موضوعه آن به زمان پس از استقرار مشروطیت باز میگردد به تقلید از حقوق اروپا و نیز میثاقهای بین المللی، قاعده مزبور وارد حقوق مدون ما گردید. البته در قانون اساسی مشروطه و متمم آن اصلی که به صراحت به قانونی بودن جرم دلالت کند وجود ندارد اگرچه در اصل ۱۲ متمم قانون اساسی مذکور به قانونی بودن جرایم اشاره شده است لذا قانون گذار ما برای تصریح به آن به وضع ماده ۲ قانون مجازات عمومی پرداخت. مطابق این ماده «...هیچ امری را نمیتوان جرم دانست مگر آنکه به موجب قانون برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی یا تربیتی معین شده باشد» این موضوع عیناً در یک ضرب المثل لاتینی آمده که:

« Nullun Crimen Sine lege »

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، از آنجائی که طبیعت انقلاب و اسلامی بودن حکومت اقتضا میکرد باید قواعد حاکم بر کشور نیز مطابق قواعد و مقررات اسلامی میبود لذا به هنگام تدوین قانون اساسی به موضوع قانونی بودن جرم توجه گردید. در اصل ۳۴ پیش نویس قانون اساسی فعلی ما این قاعده بدین صورت بیان شده بود «هیچ فعل یا ترك فعلی جرم محسوب نمیشود مگر باستناد قانونی که پیش از وقوع آن وضع شده باشد» در اصل ۳۲ ق اساسی جمهوری اسلامی ایران آمده است که «هیچ کس را نمیتوان دستگیر کرد مگر به حکم و ترتیبی که قانون معین میکند» بدیهیست دستگیری فرد تنها در صورت ارتکاب جرم صورت میگیرد لذا ارجاع آن به قانون و ترتیبات آن به معنی پذیرش اصل قانونی بودن جرایم است. این موضوع به شیوه دیگری در اصل ۱۶۹ قانون اساسی آمده که «هیچ فعل یا ترك فعلی باستناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمیشود» به عبارت دیگر قاعده قبح عقاب بلایان در اصل مزبور به روشنی پیاده شده است. اگرچه با دقت در اصول ۲۳ و ۱۶۹ ق اساسی، اصل قانونی بودن جرایم درك میگردد ولی قانون گذار ما با وضع ماده ۲ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۲۱ مهر ۱۳۶۱ به وضوح و روشنی هرچه تاملتر آنرا بیان نمود. مطابق این ماده «هر فعل یا ترك فعل که مطابق قانون قابل مجازات یا مستلزم اقدامات تأمینی و تربیتی باشد جرم محسوب است و هیچ امری را نمیتوان جرم دانست

مگر آن که به موجب قانون برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی یا تربیتی تعیین شده باشد».

ماده مزبور که عیناً مثل ماده ۲ قانون مجازات عمومی سابق است، با وضوحی هرچه تمامتر بیانگر این نکته بود که اولاً جرم فعل یا ترك فعلیست که قانوناً برای آن مجازات تعیین شده باشد. ثانیاً، هیچ عملی جرم محسوب نمیشود مگر آنکه مستلزم مجازات باشد. نتیجتاً افراد در صورتی مستحق دستگیری و محاکمه و مجازات هستند که مرتکب حداقل یکی از اعمالی شده باشند که قانونگذار آن را مستلزم مجازات دانسته باشد والا اصل بر برائت است.

اما با این همه آنچه که قابل بحث است این که قبل از تصویب قانون فوق الذکر، در تاریخ ۶ شهریورماه ۱۳۶۱ قانونگذار با وضع ماده ۲۸۹ قانون اصلاح سوادى از قانون آئین دادرسی کیفری این توهّم را بوجود آورد که چه بسا، اصل قانونی بودن جرایم، مورد تخصیص قرار گرفته است. متن این ماده چنین است «احکام دادگاههای کیفری باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است. دادگاهها مکلفند حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابند و اگر قانونی نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نمایند و دادگاهها نمیتوانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند».

در نتیجه در بسیاری از مراجع قضائی و محاکم، افرادی بعنوان مجرم تحت تعقیب و مجازات قرار می گرفتند که مرتکب هیچ یک از جرایم معینه در مجموعه قوانین کیفری کشور نشده بودند بلکه قضات به استناد ماده مزبور، عمل آنان را شرعاً جرم تلقی کرده و طبق فتاوی موجود (خصوصاً تحریرالوسیله امام خمینی ره) حکم به مجازات مینمودند. به عنوان مثال قانونگذار ما قماربازی در علن و یا فراهم آوردن مکان جهت قماربازی را طبق ماده ۱۴۴ و ۱۴۶ قانون تعزیرات جرم دانسته ولی قماربازی در خفا را که صدق تهیه جا و قمارخانه بدان نشود مورد لحاظ قرار نداده و در برابر آن سکوت کرده است. حال چنانچه شخصی به علت ارتکاب قمار غیرعلنی دستگیر میشد بعضی از قضات با استناد ماده ۲۸۹ اصلاح

سواردی از ق.آ.د.ك عمل وی را جرم دانسته و حکم به مجازات مینمودند. ماده مزبور عیناً در ماده ۲۹ ق تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور، مصوب ۲۹/۴/۶۸ تکرار گردید و لذا عده کثیری از قضات داد- سراها و دادگاهها همچون قبل با برداشتی که از ماده فوق داشتند افرادی را که مرتکب جرائم موجود در مجموعه قوانین کشوری نشده بودند ولی شرعاً عملشان گناه بود مورد تعقیب و مجازات قرار میدادند. با توجه به این که مدت اجرای آزمایشی قوانین راجع به مجازات اسلامی مصوب ۲۱ مهر ۱۳۶۱ به پایان رسیده بود قانون گذار ما اقدام به تصویب مجموعه ای از مواد تحت عنوان قانون مجازات اسلامی نمود که البته آنهم محدود به مدت ۵ سال بوده و آزمایشیست. در این قانون مصوب ۷/۹/۷۰ نیز اصل قانونی بودن جرائم در ماده ۲ آن مورد تصریح قرار گرفته است. مطابق این ماده «هر فعل یا ترك فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب میشود».

با توجه به مسایل ذکر شده اکنون نیز بسیاری از قضات دادرها و محاکم کیفری چنانچه با متهمی برخورد کنند که مرتکب عملی شده که قانوناً برای آن مجازاتی تعیین نشده ولی شرعاً قابل مجازات است (مثل قماربازی غیرعلنی) به استناد ماده ۲۹ ق تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ وی را تعقیب و محاکمه و مجازات مینمایند. حال باید دید که دایره شمول ماده ۲۹ مزبور تا چه حد است و با ماده ۲ قانون مجازات اسلامی چگونه قابل جمع است و آیا عملیات دادرها و دادگاههای کیفری صحیح است یا خیر؟

ابتدائاً باید گفت که مضمون ماده ۲۹ تقریباً در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بیان شده است. مطابق این اصل «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمیتواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» در واقع مضمون ماده ۲۹ متخذ از اصل ۱۶۷ ق اساسی ماست با این تفاوت که قانون اساسی قضات دادگاهها را بطور مطلق مورد خطاب قرار داده ولی ماده ۲۹ روی سخنش با دادگاههای کیفریست. البته قابل ذکر است که اگر ماده ۲۹ وضع نشده بود، هیچ یک از مراجع قضائی نمیتوانستند جهت

اعمال مجازات برای ارتکاب اعمالی که قانون جرم نشناخته ولی شرع آنها را جرم شمرده به اصل ۱۶۷ ق اساسی استناد کنند زیرا همان طور که از سیاق انشای عبارت این اصل بر میآید، نظر قانونگذار، دعاوی مدنی بوده چنانچه در متن اصل، عبارت «دعوا» را استعمال کرده معنی شایع آن به دعاوی مدنی منصرف است چنانچه در عرف حقوقدانان، به اختلافات مدنی، اطلاق دعوی و به اختلافات کیفری، اطلاق «شکایت» میشود، ثانیاً با توجه به اصل ۳۲ و ۱۶۹ ق. اساسی که در آن قاعده «قانونی بودن جرایم» پذیرفته شده، مشخص میگردد که منظور اصل ۱۶۷، دعاوی مدنی بوده نه کیفری. به عبارت دیگر اصطلاح عام «هر دعوا» که در اصل مزبور آمده مجمل است که آیا شامل تنها دعاوی مدنیست یا شامل تمام دعاوی حتی کیفری نیز میگردد لذا اصول ۳۲ و ۱۶۹ قانون اساسی این اجمال را وضوح بخشیده و مشخص میسازد که منظور اصل ۱۶۷ از «دعوی» دعاوی مدنیست نه کیفری. اما حالا که ماده ۲۹ ق. تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ وضع گردیده و صریحاً دادگاههای کیفری و تبعاً دعاوی کیفری را نیز شمول حکم قرار داده چه گونه باید عمل کرد؟ یک نوع تفسیری که در این زمینه میتوان ارائه کرد این است که چون ماده ۲۹ مقدم بر ماده ۲ ق. مجازات اسلامی بتصویب رسیده منسوخ تلقی گردد. یعنی قانونگذار ما با تصویب ماده ۲۹، اصل قانونی بودن جرم را برهم زده و لذا اعمالی را هم که قانوناً جرم به اصل قانونی بودن جرایم برگشته لذا باید ماده ۲ ق. مجازات اسلامی را ناسخ ماده ۲۹ تا حدی که با هم تعارض دارند دانست.

پاره‌ای دیگر از قضات که بین دو محذور گیر کرده‌اند، بدین صورت که از طرفی نمی‌توانند منکر اصل مسلم قانونی بودن جرم گردند و از طرفی نمی‌توانند در مقابل اعمالی که شرعاً گناه و جرم بوده ولی قانونگذار آنها را بعنوان جرم شمارش نکرده ساکت بمانند به تفسیری دیگر دست زده‌اند و کلمه «قانون» سدرج در ماده ۲ ق. مجازات اسلامی را به معنی کلیه مقررات قانون مدون و شرع اسلام تفسیر کرده و در واقع خواسته‌اند به نحوی بین ماده ۲ و ماده ۲۹ موصوف سازگاری برقرار کنند. بدیهی است این تفسیر، بسیار ضعیف و غیر علمیست چه از نظر اصولی، الفاظ عبارات و جملات باید حمل بر معانی عرفی آنها گردد، یعنی

به الفاظ و کلمات باید همان معنایی را داد که عرف به آنها می‌دهد. لفظ قانون «چنانچه بطور مطلق بکار رود عرفاً به مقرراتی گفته میشود که توسط دولت، بدون وضع شده باشد کما این که این لفظ در بسیاری از مواد قانونی بکار رفته و تنها همین برداشتی که ارائه شد از آن بدست می‌آید. به همین دلیل است تا زمانی که قانون حدود و قصاص که جزء مقررات شرعی است به تصویب مجلس نرسیده بود، احدی به آن قانون حدود و قصاص اطلاق نمی‌کرد اگر چه شرعاً جزء مقررات شرعی شمرده می‌شد.

اما نظری که به فکر نگارنده می‌رسد این است که اصولاً در قانون اساسی ما به پیروی از عقل سلیم و شرع و همه سیستمهای مترقی حقوقی جهان، اصل قانونی بودن جرم پذیرفته شده و ماده ۲ ق مجازات اسلامی مصوب ۷/۹/۷ نیز تأکیدی مجدد بر اصل مزبور است لذا باید گفت با توجه به این ماده که مورد تأیید شورای نگهبان هم قرار گرفته، قضات دادگستری تنها باید اعمالی را تحت تعقیب و رسیدگی قرار دهند که قانون آن را مجرمانه تلقی کرده است، اما تعارض ماده ۲ با ماده ۲۹ چه خواهد شد؟

استنباطی که اینجانب از ماده اخیر دارم این است که این ماده دارای دو بخش مجزاست. بخش اول آن، دادگاههای کیفری را مکلف می‌کند که باید احکامشان مستدل و مستند به قانون و اصول قانونی باشد که بدیهی است این حکم نه تنها برای دادگاههای کیفری بلکه برای کلیه دادگاهها و مراجع قضایی لازم‌الاتباع است زیرا به گفته مشهور اصولیون «وصف فاقد مفهوم است» یعنی این قانون دارای مفهوم مخالف نیست که بشود گفت دادگاههای غیر کیفری شامل آن نیستند بلکه از اصل ۲۶ ق. اساسی در می‌یابیم که احکام دادگاههای غیر کیفری هم باید مستدل و مستند باشد. اما در بخش دوم این قانون، دادگاهها مکلف شده‌اند که اگر در مسئله‌ای با فقدان قانون بدون یا تعارض، اجمال، سکوت... آن روبرو شدند به منابع فقهی یا فتاوی معتبر مراجعه کرده و قضیه را فصل نمایند. در این بخش لفظ «دادگاهها» بطور مطلق استعمال شده اگرچه قانون مزبور مرتبط با دادگاههای کیفری بوده ولی این ارتباط مانع از این نیست که ماده را خاص همه دادگاهها بدانیم لذا از ذیل ماده که پس از کلمه «دعاوی» را

بکار برده نیز بدست می‌آید که منظور از اطلاق « دادگاهها » شمول آن به همه انواع دادگاهها، اعم از حقوقی، کیفری، عمومی و اختصاصی بوده است. ولی بحث ما در مورد شمول این ماده به دادگاههای حقوقی نیست چرا که اصل ۱۶۷ ق. اساسی و ماده ۳ آیین دادرسی مدنی در موارد فقدان یا سکوت یا تعارض و... قانون، قضات را راهنمایی کرده تا بنحوی قضیه را حل و فصل نمایند و بدیهی است مسایل حقوقی آنچنان از پیچیدگی و ظرافت برخوردارند که قانون‌گذار نمیتواند همه موارد آن را تعیین کرده و برایش قانون خاصی معین کند لذا قاضی را راهنمایی به فتاوی معتبر و منابع فقهی کرده تا بدین ترتیب، قلع ماده نزاع کرده رفع خصومت نماید. بهمین ترتیب باید گفت که بخش دوم ماده ۲۹ در مورد احکام حقوقی است که دادگاههای کیفری صادر خواهند کرد زیرا طبق ماده ۱۲ ق آیین دادرسی کیفری، شاکی خصوصی که از وقوع جرم متضرر شده میتواند به تبع شکایت خویش دادخواست ضرر و زیان نیز به دادگاه کیفری رسیدگی کننده تقدیم داشته و صدور حکم به جبران ضرر و زیان وارده را بخواهد. واضح است که در این مورد، قاضی کیفری طبق ماده ۱۴ ق. آ. د. ک به مسئله‌ای حقوقی رسیدگی میکند و چه بسا در هنگام صدور حکم درباره ضرر و زیان که طبع حقوقی دارد با سکوت، اجمال، تعارض و... قانون روبرو شود لذا برای حل و فصل آن به منابع فقهی و فتاوی معتبر راهنمایی شده است. بعنوان مثال شخصی که از ناحیه جنایت وارده از طرف جانی مصدوم شده است طبق قانون دیات مستحق دریافت دیه است ولی ممکن است وی به مقدار بیشتری از مقدار دیه، متحمل هزینه بیمارستان و بیکاری و غیره شده باشد و آن را بعنوان ضرر و زیان از جانی درخواست کند. در این حال قاضی کیفری میتواند به استناد ماده ۲۹، طبق فتاوی موجود و یا قواعد فقهی مثلاً تسبیب، جانی را به مبلغ دیگری غیر از دیه نیز محکوم نماید. اما هیچ‌گاه نمی‌توان حکم ماده ۲۹ را به مواردی هم که شخصی مرتکب عملی شده که قانوناً جرم نیست ولی شرعاً گناه است تسری داد و بگوئیم چون در قضیه مطروحه حکم خاصی در قانون وجود ندارد باید به فتاوی یا منابع فقهی مراجعه کرد زیرا اولاً ماده ۲۹ مواردی را شامل میشود که قانون آنرا پیش‌بینی نکرده باشد در حالی که در این‌گونه موارد حکم قانون مشخص است و آن این که عملی که در قانون

برایش مجازات پیش‌بینی نشده جرم نیست. ثانیاً ماده ۲ ق. مجازات اسلامی نشانگر این است که ماده ۲۹ منصرف از مورد است زیرا قاضی در پرونده مطروحه ابتدائاً باید مشخص کند که عمل ارتكابی جرم است یا نه و سپس رسیدگی کند و در همین جاست که ماده ۲ ق. مجازات اسلامی وی را از رسیدگی باز می‌دارد زیرا طبق این ماده عملی جرم است که قانون برای آن مجازات تعیین کرده باشد. ثالثاً از کلمه «شکایات» مندرج در قسمت اخیر ماده ۲۹ بر می‌آید که منظور قانون‌گذار روشن کردن تکلیف پرونده‌هایی بوده است که شاکی خصوصی دارد نه پرونده‌هایی که جنبه حق‌اللهی داشته زیرا در پرونده‌های حق‌اللهی، وجود شاکی منتفی است. بدین ترتیب باید گفت که دادرسان نباید اگر با عملی که شرعاً گناه ولی قانوناً جرم تلقی نشده برخورد نمودند با استناد ماده ۲۹ به منابع یا فتاوی فقهی مراجعه کرده و مرتکب را مجازات کنند بلکه باید با استناد ماده ۲ ق. مجازات اسلامی عمل وی را فاقد عنصر قانونی دانسته و حکم به برائت وی صادر کنند.

اصولی که تفسیر مزبور را ضروری می‌سازد این است که:

۱- کشور ما در تاریخ ۱۹ آذر ۱۳۲۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر را پذیرفته و تاکنون نیز بدان پای بند بوده. در بند ۲ ماده ۱۱ این اعلامیه اصل قانونی بودن مجازات شناخته شده و به آن تصریح شده است. وجود برداشتی که توسط بعضی قضات از ماده ۲ ق. ت. د. ک انجام گرفته علاوه بر منافاتی که با قانون اساسی و ماده ۲ ق. مجازات اسلامی دارد منافای اعلامیه حقوق بشر نیز بوده و باعث تزلزل اعتبار قضایی کشور در سطح بین‌المللی می‌شود.

۲- اصل قانونی بودن جرم بعنوان یک قاعده عقلی در اصول ۳۲ و ۶۹ ق. اساسی ما پذیرفته شده لذا در تفسیر مواد قانونی باید بقرآن که قانون مادر و اساسیست در کنار فقه، که یکی از منابع حقوقی ماست رجوع کرد لذا همان‌گونه که سیاق اصل ۶۷ ق. اساسی بیان‌گر این است که موضوع به‌دعای مدنی مربوط است، مفاد ماده ۲۹ را نیز باید منصرف به امور حقوقی که تفصیلاً بیان شد دانست.

۳- بسیاری از گناهان صغیره که شرعاً قابل تعزیرند در رسائل عملیه فارسی

بیان نشده‌اند بلکه در کتب فقهی علمی و عربی که برای عامه قابل دسترسی نیست بیان شده حتی عامه از گناه بودن بعضی از آنها نیز بی‌اطلاعند لذا نمی‌توان این کتب و وسائل علمی را بعنوان متن قانونی که برای عامه الزام‌آور است دانست چنانچه شورای نگهبان در بررسی ماده ۲ طرح الحاق دادگاههای انقلاب به دادگستری چنین نظر داده است که «ماده ۲ طرح مزبور که به دادگاههای انقلاب اجازه می‌دهد به کتاب تحریرالوسیله امام مراجعه و طبق آن حکم دهند نظر باینکه کتاب تحریرالوسیله به زبان عربی است طبق اصل ۱۰۵ ق. اساسی، زبان رسمی کشور فارسی است و متون رسمی باید به زبان فارسی باشد از این حیث مغایر قانون اساسی است» همچنین شورای نگهبان ذیل تبصره ۴ طرح مزبور را که مقرر داشته بود که دادگاه انقلاب اعمال ضدانقلاب را رسیدگی و «حکم مقتضی طبق احکام اسلام صادر مینماید» مغایر قانون اساسی دانسته است (۱).

ع- پاره‌ای از گناهان صغیره هستند که اگرچه در فقه ما جرم تلقی میشوند ولی قابل مجازات نیستند. بعنوان مثال، ریش تراشی طبق نظر فقهای معاصر، گناه صغیره است ولی عده‌ای آنرا قابل تعزیر نمی‌دانند (۲).

در انتها باید گفت که نظر نگارنده هرگز این نیست که در مقابل ارتکاب اعمالی که شرعاً جرم است باید ساکت ماند بلکه نظر این است که چرا قوه قضائیه باید ستم کش قوه مقننه باشد؟ آیا مسامحه قوه مقننه را قوه قضائیه که حافظ قانون است باید جبران کند؟

لذا برای رفع این نقیصه بر قوه مقننه است که یکایک گناهان کبیره و صغیره را که در فقه اسلام، گناه شمرده شده است و قابل مجازات، تعیین کرده و بعنوان جرم برایشان مجازات تعیین نماید تا قاضی بتواند با فراغ بال و آسودگی وجدان، هر مرتکبی را مجازات قانونی نماید. و ما توفیقی الا بالله العلی العظیم.

- ۱ - حقوق اساسی در جمهوری اسلامی ایران، دکتر سیدجلال‌الدین مدنی، سروش، ج ۴، ص ۱۸۳.
- ۲ - همان مدرک، ص ۱۸۳.
- ۳ - مسائل وردود، سید ابوالقاسم موسوی خویی، دارالهادی، قم ۱۴۱۲ ق، ج ۱، مسئله ۲۲۰.