



پاسداشت حقوق اساسی در پرتو تعامل اصول ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی

تهمورث بشیری^۱

چکیده

اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها از دست‌آوردهای مهم بشری است که امروزه در سندهای بین‌المللی و قوانین داخلی کشورها بر آن تأکید می‌کنند. اصل ۳۶ ق.ا. نیز گویای این مسأله است. اما اصل ۱۶۷ ق.ا. با نحوه انشای خود شائبه عدم تقید قانون‌گذار به اصل قانون‌مندی را به ذهن متبادر می‌کند مواد تالی این اصل و رویه قضائی نیز مؤید این عدم تقید اند. این مقاله درباره راه‌های مختلفی بحث می‌کند که می‌توانند به جمع این اصول کمک کنند. در نهایت، با توجه به کاستی‌هایی که در پاس‌داری از اصل ۳۶ به چشم می‌خورند، راه‌حلی که می‌تواند حافظ این رکن بنیادی حقوق کیفری — یعنی، اصل قانون‌مندی جرائم و مجازات‌ها — باشد، پیشنهاد شده است.

واژگان کلیدی

قانون‌مندی، جرم، مجازات، برائت، منابع فقهی معتبر

۱. دکتر حقوق کیفری و جرم‌شناسی، استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

۱. درآمد

انقلاب مردم ایران در سال ۱۳۵۷ تحولی بنیادین در نظام حقوقی ایران ایجاد کرد که در همه عرصه‌ها خود را نمایاند. یکی از مهم‌ترین این عرصه‌ها عرصه حقوق کیفری بود. قوانین کیفری از آنجا که ابزار حاکمیت برای کنترل جامعه اند بیش‌ترین پیوند را در بین مجموعه قوانین و مقررات با اندیشه‌های حاکمیتی دارد. لذا دور از انتظار نبود که به یک‌باره بساط قوانین کیفری قبلی برچیده شد و قوانین نو به جای آنها نشست.

یکی از این تغییرات راه‌یابی ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی سابق به ق.ا. بود که در اصل ۱۶۷ خود را نمایند و پرسش‌هایی را در مورد اصل بنیادین قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها ایجاد کرد. اصل ۱۶۷ ق.ا. مقرر می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی 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 دعوی و صدور حکم امتناع ورزد».

گر چه این اصل برای اولین بار به قانون اساسی پا نهاد، نباید مفاد آن را بی‌سابقه پنداشت. زیرا این اصل بیان دیگری از ماده ۳ ق.ا. د.ا. م. است که با برخی تغییرات عبارتی جامعه فخر قانون اساسی به تن کرده است.

۲. تحریر محل نزاع

همین سابقه تاریخی و نیز مفاد انشاءشده، انصرافی اولیه به امور غیر کیفری در ذهن می‌پروراند. ضمن آنکه اصل ۳۶ ق.ا. با قاطعیت از انصراف این اصل از امور کیفری حمایت می‌کند. بنا بر این در وهله اول تردیدی ایجاد نمی‌شود که قانون‌گذار اساسی آنچنان مفاد ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را مهم فرض کرده که نتوانسته از ورود آن به قانون اساسی خودداری کند؛ ماده‌ای که ظاهراً برای جلوگیری از تفسیر تحت‌اللفظی مقررات مدنی بوده است. اما مشکل از اینجا آغاز می‌شود که با تصویب مقرراتی راجع به امور کیفری به پیروی

و به سیاق اصل ۱۶۷ عموم «هر دعوی» در این اصل خود را از اختصاص یا انصراف به امور کیفری می‌رهند و خود را از این لحاظ در دسته عمومات تخصیص نخورده جای می‌دهد. نمونه‌هایی از این دسته مقررات را در قوانین و حتی آیین‌نامه‌های مختلف می‌توان مشاهده کرد که به عنوان نمونه به دو مورد زیر اشاره می‌شود:

— ماده ۲۱۴ ق.ا.د.ع.ا. هم مقرر می‌دارد که «رأی دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن صادر شده است. دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر

۰ برخی دیگر از این دسته مقررات که در جهت رفع انصراف مذکور می‌کوشند عبارت اند از: ماده ۲۸۹ قانون اصلاح آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۶۱ که مقرر می‌دارد: «احکام دادگاههای کیفری باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است. دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابد و اگر قانونی نباشد به استناد منابع فقهی معتبر یا فتاوی مشهور و معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به شکایات و دعوی و صدور حکم امتناع ورزد».

— ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری یک و دو مصوب سال ۱۳۶۸. این ماده نیز مفاد ماده بالا را بیان می‌کند و تنها در آن واژه «دادگاه» به «دادگاهها» و عبارت «فتاوی مشهور و معتبر» به «فتاوی معتبر» تغییر کرده و از جهت مطابقت لفظی ضمایر و صیغه‌های افعال نیز تغییر یافته اند.

— ماده ۸ اصلاحی ق.ا.د. نیز مقرر می‌کند: «قضات دادگاهها و دادرهای عمومی و انقلاب مکلفند به دعوی و شکایات و اعلامات موافق قوانین موضوعه و اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رسیدگی کنند و تصمیم قضایی را اتخاذ نمایند».

— ماده ۱۸ اصلاحی قانون فوق و نیز تبصره آن مصوب سال ۱۳۸۱ نیز به ترتیب از «رأی خلاف بین شرع» و «مخالف مسلمات فقه» در «موارد سکوت قانون» یاد می‌کند.

— تبصره‌های یک، دو و سه از قانون اصلاح ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۸۵ نیز به رأی «خلاف بین شرع» اشاره دارند.

— بند ۲ ماده واحده قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب سال ۱۳۸۳ نیز صحبت از استناد به منابع فقهی معتبر در صورت نبود قانون می‌کند.

— ماده ۱۸ آیین‌نامه دادرها و دادگاههای ویژه روحانیت مصوب سال ۱۳۶۹ نیز می‌گوید: «هر فعل یا ترک فعلی که مطابق قوانین موضوعه یا احکام شرعیه قابل مجازات یا مستلزم اقدامات تأمینی و تربیتی باشد، جرم محسوب می‌شود».

— تبصره ماده فوق نیز مقرر می‌دارد: «اعمالی که عرفاً موجب هتک حیثیت روحانیت و انقلاب اسلامی باشد، برای روحانیون جرم تلقی می‌گردد». به علاوه در ماده ۴۲ همین آیین‌نامه شرع بر قوانین موضوعه اولویت داده شده و تبصره آن نیز مقررۀ عجیبی دارد به این مضمون که در شرع و قانون مجازاتی مشخص تعیین نشده حاکم می‌تواند مستنداً براساس نظر خود اقدام به صدور حکم نماید.

نماید و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض یا ابهام قوانین مدون از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند؛
— تبصره ۲ ماده ۴۳ ق.م.ا. که مقرر می‌دارد: «در صورتی که برای معاونت جرمی مجازات خاص در قانون یا شرع وجود داشته باشد همان مجازات اجرا خواهد شد».
بر اساس مواد یادشده که به تأیید شورای نگهبان رسیده اند دیگر تردیدی باقی نمی‌ماند که مراد از اصل ۱۶۷ ق.ا. کلیه دعاوی اعم از کیفری و غیرکیفری بوده است و با این تأییدات شورای نگهبان، اگر این شورا به عنوان مفسر قانون اساسی به تفسیر این اصل نیز پردازد بر عموم آن پای خواهد فشرد.
از سوی دیگر همان‌طور که پیش‌تر مذکور افتاد اصل ۳۶ ق.ا. بر قانون‌مندی مجازات و در نتیجه قانون‌مندی جرم تصریح دارد. اصل ۱۶۹ نیز به عدم عطف قوانین کیفری می‌پردازد که از نتایج اصل قانون‌مندی جرائم و مجازات‌ها ست.
مواد ۲ و ۱۱ ق.م.ا. نیز بر اصل قانون‌مندی جرم و مجازات تأکید دارند و نظریات اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه نیز از این نظر پشتیبانی می‌کنند.^۱ از لحاظ سابقه تاریخی نیز اصل دوازدهم ق.م.ا. و نیز مواد ۲ و ۶ ق.م.ع. بر اصل قانون‌مندی جرم و مجازات و نیز حتی اقدامات تأمینی و تربیتی تصریح و تأکید دارند.
با این اوصاف، در مجموعه مقررات کیفری ما از یک سو اصل قانون‌مندی جرائم و مجازات‌ها پذیرفته شده و از سوی دیگر کفه ترازو به سمت محدود شدن اصل قانون‌مندی سنگین‌تر شده است. با این تفصیل شاید بتوان گفت که قانون‌گذار «اصل شرعی بودن جرم و مجازات» را جایگزین «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» نموده است. اکنون سؤال این است که اگر اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها مورد تأکید قانون‌گذار نیست پس فلسفه اصل ۳۶ ق.ا. و مواد تالی و پیرو آن چیست.
این همه، درباره سکوت قانون در موردی خاص است یعنی بر فرض وجود قانون و سکوت آن در مورد مستحدثه‌ای دلالت دارد. اما نباید قضیه را در همین

۱. نظریات شماره ۷۳-۷۶/۱۳۶۲، ۳۸۱-۷۶۳۸۱ - ۱۳۶۹/۱۲/۱۸ - ۷/۲۵۳۰ - ۱۳۷۲/۴/۷ - ۷/۶۰۸۷ - ۱۳۷۴/۱۰/۴، ۹۵۷-۷/۹۵۷ - ۱۳۷۷/۱۲/۱۳ و ۱۳۷۹/۶/۵ مؤید این مسأله‌اند.

جا خاتمه یافته دانست بلکه قابل توجه است که قوانین آزمایشی کیفری نیز پس از پایان مدت آزمایش و بدون تمدید آنها مدت‌ها مورد استناد قرار گرفته اند. قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۶۲ گواه این مسأله است. به علاوه در تابستان ۱۳۸۶ نیز در پی عدم موافقت مجلس شورای اسلامی با تمدید ق.م.ا. قضات صراحتاً دو راه حل پیش نهادند. اول اینکه بر مبنای قانون پیشین عمل کنند و دوم اینکه با توجه به اصل ۱۶۷ و مواد تابع آن به صدور حکم پردازند که البته با موافقت مجلس با تمدید قانون مذکور پس از چند روز کشمکش این قضیه در عمل خاتمه یافت. افزون بر اینها رأی شماره ۴۵ مصوب سال ۱۳۶۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز قانون را به گذشته عطف نموده که ناقض اصل قانون مندی است و همه اینها حکایت از آن دارند که قضات نیز چندان به اصل قانون مندی متعهد و پای بند نبوده اند.

بنا بر این نه تنها سیاست تقنینی بلکه سیاست قضائی ما نیز، گاهی به تبع آن، به محدود کردن اصل قانون مندی گرایش داشته اند که این اقدام جای تعجب و تأمل بیش تری دارد. این آراء به هر روی و با هر فلسفه صادر شده باشد نتیجه‌ای جز فدا شدن نظری و عملی این رکن رکن حقوق کیفری به دنبال ندارد.

اکنون باید دید آیا جمع بین این اصول و مواد ممکن است و این تعارض ظاهری است و اگر جمع آنها ممکن نیست چگونه باید در حفظ اصل قانون مندی و نتایج آن کوشید و از ناتوان و بی‌رمق شدن این دست‌آورد بزرگ تمدن بشری پیش‌گیری کرد و نگذاشت از آن جز خطی بر کاغذ باقی نماند که این خود موجب وهن تصمیمات قانون‌گذار اساسی است که دغدغه خود بدین امر را در اصل ۳۶ نشان داده است.

۳. جمع‌های متصور بین اصول ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی

در این قسمت مبادرت به جمع بین این اصول مبتنی بر پذیرش این مسأله است که اصل ۱۶۷ بر امور کیفری نیز شمول دارد و لذا باید دید اجتماع این متناقضان چگونه ممکن است. در اینجا به احتمالات و تحلیل و نقد چند فرض می‌پردازیم.

فرض یکم، از آنجا که قانون، خود به منابع شرعی و عرفی ارجاع داده مراجعه

به شرع و عرف هیچ خدشه‌ای به اصل قانون‌مندی وارد نمی‌سازد. زیرا مراد، روشن بودن تکلیف مردم است که به این طریق، با رجوع به شرع و عرف می‌توانند تکالیف خویش را دریابند. به علاوه حکم قانون هم می‌تواند مستقیم و بلاواسطه همچون مواد ق.م.ا. یا دیگر قوانین کیفری باشد و هم می‌تواند غیرمستقیم و باواسطه باشد به نحوی که قانون حکم به جواز و حتی وجوب مراجعه به فقه را مقرر دارد.

این نحوه استدلال با اشکالات عدیده‌ای مواجه است. زیرا در جامعه‌ای سازمان‌یافته باید آن تکالیف مردم که نقض آنها با ضمانت‌اجرای کیفری توأم است منصوص باشد و این نص در چنین جامعه‌ای جز از زبان قانون‌گذار و جز به زبان رسمی آن جامعه بیرون نمی‌آید. زیرا در غیر این صورت، این امر با فلسفه حقوق کیفری که صیانت از نفوس و اعراض و اموال و نظم و امنیت و اخلاق است به معارضه بر می‌خیزد. بنا بر این، قانون‌گذار نه تنها باید مستقیم سخن بگوید بلکه باید به زبان مردم، با آنان صحبت کند. مگر نه این است که قانون را برای اینان و به خاطر ایشان وضع می‌کند. در این صورت قانونی که جز معدودی را یارای فهم و درک آن نباشد، جز به داغ دادن، به چه کار مردم می‌آید. پس باید اصل ۱۵ ق.ا. را پاس دارد و به زبان و خط فارسی برای مردم بگوید حال آنکه عمده منابع شرعی به زبان عربی اند. به علاوه به موجب ماده ۳ ق.م.، قانون باید در روزنامه رسمی منتشر شود. شرطی که در مورد متون شرعی نه انجام شده و نه قرار بر انجام آن است. وانگهی مرجع تشخیص منابع معتبر یا فتاوی معتبر چه مرجعی است.

افزون بر اینها سخن از فتاوی مشهور نیز به میان آمده است که این خود گسترش دایره اصل ۱۶۷ به موجب قانون عادی است. در این صورت، اگر قول مشهور در ادوار مختلف فقهی متفاوت باشد قول کدام طبقه از فقیهان ملاک است و نهایتاً اینکه اگر قول مشهوری خلاف مقتضیات و مصالح زمانی و مکانی بود آیا اجرای آن بر مصالح نظام و مردم مقدم است؟ بر فرض که پاسخ همه این مسائل به گونه‌ای باشد که مراجعه به شرع را با مشکلی مواجه نسازد، در این

صورت پرسیدن یک سؤال اساسی از قانون‌گذار ضروری است که آیا می‌شد به جای تصویب قوانین مختلف به وضع یک ماده بدین مضمون بسنده کند که هر گاه پیشامد ناگواری خود را نمایاند به منابع شرعی رجوع شود و اگر در شرع همه چیز پیش‌بینی نشده به قاعده کلی «مجازات هر امر ناروا به عنوان امر محرم» رجوع گردد^۱. و اختیار تعیین میزان آن نیز به قاضی واگذار شود^۲، با این طرز فکر، رابطه محرم شرعی و ممنوع قانونی نیز رابطه‌ای مساوی خواهد بود که البته باید تمام توابع آن را نیز بپذیریم. در مورد عرف نیز ضابطه دقیق در کار نیست و رجوع به آن در چنین مواردی جز موجب تشتت آراء که ناقض عدالت که هدف عمده حقوق است نخواهد شد.

فرض دوم، منظور از رجوع به منابع شرعی یا عرفی درک دقیق موضوع است نه حکم. بنا بر این، اگر مسأله‌ای مورد شکایت قرار گرفت که انطباق آن با موضوع قانونی مشخص نبود جهت مشخص شدن قضیه باید به دامن شرع و عرف دست گشاد که پرده از رخ مشکل بردارند. برای نمونه اگر در تطبیق مایعی با خمر یا عملی با زنا دشواری در افتاد قاضی با رجوع به شرع و عرف آنها را دریابد و بر آن اساس حکم قانونی را صادر نماید.

چنین طرز تلقی از مقررۀ قانون‌گذار اجتهاد در مقابل نص به نظر می‌رسد چه اینکه مقررات یادشده به صراحت بیان داشته‌اند که قاضی باید «حکم قضیه» را در منابع شرعی بیابد و اشاره‌ای به تطبیق موضوعی نشده است. هر چند به نظر می‌رسد این شیوه قانون‌گذار در ارجاع به فقه به طریق اولی شامل تطبیق موضوعی هم می‌گردد، هرگز نباید موجب این مصادره به مطلوب گردد که منظور از حکم همان موضوع است. زیرا تفاوت بین این دو مفهوم بر همه اهل فن واضح و روشن است.

فرض سوم، جامعه بشری مدام در حال تغییر و گونه‌گون شدن است و پیوسته مسائل جدیدی به پیش می‌کشد که قانون درباره آنها چاره نیندیشیده است. از جمله این مسائل جدید نقض هنجارهای جدید اند که بالطبع قانون‌گذار آنها را در نظر

۱. التعزیز لکل امر محرم.

۲. التعزیز بما یراه الحاکم.

نیاورده است. لذا در چنین مواردی نباید در رجوع به شرع ابایی داشت و تردیدی روا داشت. زیرا مصلحت تأمین نظم عمومی بر هر مصلحت دیگری مرجح است. چنین فرضی از اساس با ایراد و اشکال مواجه است. زیرا اگر منظور از وضع چنین مقرراتی حل مسائل جدید و مستحدثات است چرا باید به پی‌جویی حکم آنها در شرع پرداخت. مگر حکم دایرمدار موضوع نیست؟ پس آنگاه که موضوعی اساساً جدید و بی‌سابقه است چگونه می‌توان حکم آن را در آن وادی که موضوع در آن راه ندارد یافت؟ و مگر نه اینکه اصل، برائت است.

فرض چهارم، شاید غرض قانون‌گذار از وضع چنین مقرراتی رجوع به شرع در مواردی بوده که ذکر آن را در قانون به مصلحت نمی‌دیده است و لذا می‌خواسته در مواردی چنان به شرع رجوع شود و در صورت عدم وقوع چنین مواردی خود را در گیرودار آن نیفکنده باشد.

چنین استدلال کردن بعید است. زیرا اولاً مگر مصلحت قانون‌گذار با مصلحت مردم متفاوت است و مگر می‌شود بیان امری به مصلحت نباشد ولی اجرای آن عاری از اشکال باشد؟ ثانیاً اگر منظور از مصلحت، عدم ذکر مجازات‌های سنگین و شدید موجود در فقه باشد پس چرا قانون‌گذار در این مورد سیاست یک بام و دو هوا پیش گرفته و مجازات‌هایی چون رجم و تصلیب و قطع ید و رِجل را به قانون آورده و اینها همه به مصلحت بوده اما فی‌المثل مجازات حبس ابد ممسک یا نابینا کردن ناظر را به مصلحت ندیده است؟ و ثالثاً آیا مصلحت آن نیست تا با بیان چنین مواردی هدف سودمندی حقوق کیفری تأمین گردد تا مردم با وقوف چنین حکمی اصولاً از در افتادن به ورطه‌ی موضوع آن پرهیز کنند؟

فرض پنجم، شاید بتوان گفت قانون‌گذار، قاضی را در مواردی همچون سکوت قانون مکلف به صدور حکم کرده است. اما حکم تنها وصف مجرمیت و محکومیت به خود نمی‌گیرد و وصف آن می‌تواند بر عدم مجرمیت و برائت تعلق گیرد.

چنین تفسیری با نظر مقنن هم‌سو نیست و نه با منطوق کلام وی می‌سازد

و نه با مفهوم آن. زیرا در این صورت تنها اصل ۳۷ ق.ا. مبنی بر برائت کفایت می‌نمود. افزون بر این، وقتی قاضی ناچار به مراجعه به منابع فقهی باشد ملزم به عمل به حکم یافته نیز خواهد بود. مثلاً اگر از کسی به‌عنوان «عین» در قتل شکایت گردد و قاضی با رجوع به منابع شرعی حکم آن را بیابد ملزم بدان خواهد بود.

۴. نتیجه‌گیری و پیشنهاد

با فرض اینکه بتوان یکی از نظرهای مطرح شده را پذیرفت نمی‌توان تعارض بین اصول ۳۶ و ۱۶۷ ق.ا. را کتمان کرد. زیرا به هر حال اصل قانون‌مندی که در اصل ۳۶ ذکر شده یک مفهوم بیش ندارد و آن این است که مرجع تعیین جرم، تنها قانون است و جز قانون نیز هیچ مرجع دیگری نمی‌تواند مجازات بیافریند. قانون کیفری نیز جز آن نیست که حکم و موضوع آن توسط مجلس وضع شود و تشریفات دیگر خود را طی کند یا در شرایط ویژه‌ای به موجب اصل ۱۱۲ ق.ا. به تصویب تشخیص مصلحت نظام برسد. پس پذیرش یا عدم پذیرش نظرهای فوق مشکلی را از اصل ماجرا نمی‌گشاید و تعارض همچنان پا برجاست.

با توجه به آنچه آمد تعارض بین اصول ۳۶ و ۱۶۷ ق.ا. بر مبنای مواد تالی اصل ۱۶۷ باقی است. از سوی دیگر دغدغه حفظ حقوق و آزادی‌های مردم نیز با برجا ست. لذا باید راهی جست تا این حقوق حتی بالقوه بر استحکام خود بیفزایند که در این صورت به استحکام روابط اجتماعی نیز خواهند افزود. راهی که به نظر می‌رسد به امتداد این مسیر پیوند می‌خورد چنین است.

در مواردی که قاضی با مسأله‌ای روبه‌رو می‌شود که حکم آن در قانون پیش‌بینی نشده موظف است به استناد اصل برائت حقوقی که با اصل صحت تناظر بیش‌تری دارد حکم بر برائت صادر کند. اما در این مواقع تکلیف مواد تالی اصل ۱۶۷ که پیش‌تر ذکر شد چه می‌شود؟

بدیهی است در این گونه موارد قاضی با دو مقررۀ متناقض روبه‌رو ست و از آنجا که اجتماع نقیضین و نیز ارتفاع آنها، هر دو محال است باید یکی را برگزیند.

اما اگر تفسیر بر اصل ۱۶۷ ق.ا. به گونه دیگری صورت گیرد مسأله تناقض از بین می‌رود و از باب «الجمع مهمما امکن اولی من الطرح» می‌توان به جمع بین این اصول پرداخت. در اینجا قاضی برای حفظ هر دو اصل ناچار است که اصل ۳۶ را مخصص اصل ۱۶۷ بداند و اصل ۱۶۷ را تنها ناظر به امور غیر کیفری. از این پس مرحله دیگری پیش رو ست و آن تعارض اصل ۳۶ با موادی است که به پیروی از اصل ۱۶۷ در امور کیفری وضع شده‌اند. با آن تخصیص ابتدائی، تکلیف در اینجا روشن است. زیرا اکنون مواجهه بین یک اصل یعنی اصل ۳۶ و مواد قانون عادی است. طبیعتاً در اینجا قاضی مکلف به برتری دادن اصل اساسی بر قانون عادی است و لذا مواد اخیرالذکر قابلیت اجرائی خود را از دست می‌دهند؛

اما در اینجا این سؤال خود را می‌نمایاند که قاضی چگونه حق دارد قانونی را که از باب عدم مغایرت با قانون اساسی به تأیید شورای نگهبان رسیده کنار نهد و آن را فاقد اعتبار بداند. نکته در اینجا است که گرچه شورای نگهبان این موارد را تأیید نموده و این وظیفه یعنی مطابقت قوانین عادی با قانون اساسی بر عهده شورای نگهبان است و قاضی نیز در مقام اجرا ملزم به رعایت قانون است، نباید فراموش کرد که قاضی در اینجا با موادی از قانون عادی مواجه است که خلاف اصل ۳۶ ق.ا. هستند و لاجرم بین این موارد متناقض باید دست به انتخاب بزند. بدیهی است در چنین مواردی قانون اساسی اولویت و رجحان دارد و قانون عادی خلاف آن در پای آن قربانی می‌شود.

با این اوصاف به طور خلاصه می‌توان گفت که اصل ۳۶ مخصص اصل ۱۶۷ در امور کیفری است و لذا اصل ۱۶۷ تنها ناظر به امور غیر کیفری است. لذا هر ماده‌ای هم که در قوانین عادی و آیین‌نامه‌ها بر خلاف اصل ۳۶ به تصویب رسیده باشد فاقد اعتبار است. البته قاضی در اینجا نقش و وظیفه شورای نگهبان را بر عهده نمی‌گیرد بلکه در مقام اجرا بین دو مقررۀ متناقض، چاره‌ای جز انتخاب یکی را ندارد و طبیعتاً انتخاب وی، قانون اساسی خواهد بود. بنابراین در چنین

مواردی، قاضی با لحاظ اصل ۳۶ و مواد پیرو آن و به استناد اینکه عملی در قانون به‌عنوان جرم پیش‌بینی نشده یا ضمانت‌اجرائی برای آن مقرر نگردیده، به اصل ۳۷ رجوع خواهد نمود و به صدور حکم برائت مبادرت خواهد نمود. البته باید توجه داشت که خلاف این راه، امکان‌پذیر نیست. چون در آن صورت باید اصل ۳۶ را به طور کلی کنار نهاد. یعنی عمومیت داشتن اصل ۱۶۷ موجب عبث بودن و بی‌هودگی اصل ۳۶ می‌گردد. اما مخصص بودن اصل ۳۶ لطمه‌ای به وجود اصل ۱۶۷ نمی‌زند، بلکه تنها دایره‌اجرای آن را تنگ می‌کند و البته وجود این اصل از تضمینات حقوق و آزادی‌های فردی نیز هست. بنا بر این اگر مواد تالی اصل ۱۶۷ نبود به همان تخصیص ابتدایی بسنده می‌کردیم، اما اکنون با وجود این مواد علاوه بر آن تخصیص باید مواجعه‌ای بین اصل و ماده نیز انجام دهیم که نتیجه محتوم آن پیروزی اصل ۳۶ و سپس واگذاری اختیارات این پیروز، به اصل همسایه یعنی اصل ۳۷ است.

تمام آنچه تاکنون ذکر شد در باب سکوت قانون نسبت به مورد خاصی بود. اما سؤال دیگر این است که در صورت نبود قانون به طور کلی به هر دلیل مثلاً عدم تصویب قانون (که موضوعاً از بحث خارج است) یا عدم تمدید قوانین آزمایشی که دوره آزمایش آنها به اتمام رسیده، چگونه باید رفتار کرد؟ مسأله‌ای که در همین اواخر یعنی در تابستان ۱۳۸۶ بر سر قانون مجازات آمد که به مدت چند روز تمدید نشد. به نظر می‌رسد این مسأله هم از نظر ماهوی فرقی با موارد پیش‌گفته ندارد و هر جا که قانون در مورد مسأله‌ای سکوت کرده باشد یا حتی به علت عدم تمدید، قانونی نباشد حکم، برائت خواهد بود. این مسأله در مورد عدم تشدید مجازات و عدم عطف به موجب قوانین لاحق هم اعتبار دارد.

راهی که به نظر می‌رسد، این است که با غمض عین نسبت به اعمال در گذشته انجام شده — که فلسفه اصل قانون‌مندی پشتیبان آن است — سریعاً به تصویب قوانین در مورد موضوعات جدید یا موضوعات سابقه‌داری که قانون در مورد آنها نیست پرداخت. کاری که مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۸۶ در

مورد توزیع کنندگان لوح‌های فشرده مستهجن انجام داد. نکته آخر اینکه اصولاً و بر فرض نپذیرفتن چنین راهی و عدم التزام به اصل قانون‌مندی آیا می‌توان به تمام نتایج آن تن در داد؟ به عنوان نمونه آیا می‌توان دروغگو را در غیر از مواردی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده مجازات کرد. این از توابع التزام به اصل ۱۶۷ و مواد تالی آن در امور کیفری است که به نظر می‌رسد نه قانون‌گذار نیت آن داشته و نه رویه به سوی آن رفته است.

کتاب‌شناسی

۱. استفانی، گاستون؛ لواسور، ژرژ؛ بولک، برنار؛ حقوق جزای عمومی؛ مترجم: دادبان، حسن؛ چاپ اول، علامه طباطبایی، ۱۳۷۷.
۲. افتخار جهرمی، گودرز؛ اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و تحولات آن؛ مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۶-۲۵، بهار-تابستان ۱۳۷۸.
۳. حبیب‌زاده، محمد جعفر؛ رژیم قانونی بودن حقوق کیفری عامل مؤثر در توسعه؛ مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۳، تابستان ۱۳۷۷.
۴. حسینی، سیدمحمد؛ رابطه مفهوم شرعی «گناه» و مفهوم حقوقی «جرم» و نسبت «تحریم» و «تجريم»؛ در مجموعه مقالات در تجلیل از استاد دکتر محمد آشوری (علوم جنائی)؛ انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
۵. کلانتری، کیومرث؛ اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها؛ دانشگاه مازندران، بابلسر، ۱۳۷۵.
۶. میلانی، علیرضا؛ اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و رویکردهای نوین؛ رساله جهت اخذ درجه دکتری دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۴.