

قرآن و اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها

سیدحسین هاشمی*

چکیده

بر اساس اصل قانونی بودن که از مهم‌ترین اصول حقوق کیفری به شمار می‌رود، جرم‌انگاری و اعمال مجازات فقط طبق قانون خواهد بود. این اصل پیش از حقوق موضوعه، بر اساس ادله فقهی متعدد در حقوق کیفری اسلام با تأکید بیشتر و دامنه وسیع‌تری به رسمیت شناخته شده است. بر اساس مبانی فقهی به ویژه ادله قرآنی، در احکام فرعی دین - جز در موارد حکم عقل به قبح یک عمل - بر خداوند است تا از باب لطف بر بندگان با فرستادن پیامبران، حکم عقل را مورد تأیید قرار دهد تا حجت را بر بندگان تمام نماید. از دیدگاه حقوق اسلام، وصول تکلیف به مکلف معیار است، نه صرف ابلاغ از سوی شارع؛ زیرا نفس بعث رُسل در نزول عذاب موضوعیت ندارد، بلکه بعث رسل راهی برای رساندن تکالیف به بندگان و اتمام حجت بر آنان است. اصل قانونی بودن آثاری دارد؛ از جمله: «عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری»، «تفسیر مضیق قوانین کیفری» و «پذیرش ادعای جهل به قانون». از این رو، در تحقیق حاضر، مبانی حقوقی و قرآنی اصل قانونی بودن و آثار ناشی از آن بررسی شده است.

واژگان کلیدی: اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، قاعده قبح عقاب بلا بیان، بیان صادر، بیان واصل، عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری، تفسیر مضیق قوانین کیفری، ادعای جهل به قانون.

مقدمه

براساس اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، جرم‌انگاری و اعمال مجازات بدون تصریح در قانون، مجاز و مشروع نیست. به نظر می‌رسد کلیدی‌ترین و مهم‌ترین اصل در حقوق کیفری، همین اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست. درباره این اصل هم در حقوق موضوعه و هم در حقوق اسلام مباحث اساسی مطرح شده است که در این باره، حقوق اسلام به دلیل اهتمام جدی به حقوق متهم، در پذیرش و به رسمیت شناختن آن پیش‌تاز بوده است. از این رو، فقهای اسلام، پیش از حقوقدانان غربی به این موضوع پرداخته‌اند و زوایای مبهم آن را در بررسی‌های عالمانه، آشکار نموده‌اند. از میان همه بحث‌های مطرح در این باره، بنای این تحقیق در مستندات مهم این اصل، شرایط و قلمرو آن در مقایسه با حقوق موضوعه می‌باشد. از این رو، پرسش‌های ذیل، مهم‌ترین پرسش‌ها درباره اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست:

مهم‌ترین مستندات اصل قانونی بودن در اسلام، به ویژه مستندات قرآنی آن چیست؟ آیا حقوق کیفری اسلام در مقایسه با حقوق موضوعه، اصل قانونی بودن را با همان دامنه و شرایط پذیرفته است یا متفاوت با اصل قانونی بودن در حقوق موضوعه می‌باشد؟

براساس آیه شریفه «مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا» (اسراء: ۱۵) که مبنای قاعده قبح عقاب بلا بیان است، آیا «مستقلات عقلیه» نیز به بعث رسول از جانب خداوند نیاز دارد یا اینکه مقصود از آیه شریفه فقط آن دسته از جرایمی است که با عقل مستقل قابل درک نیست؟

تحقیق حاضر در سه مبحث ارائه خواهد شد؛ در مبحث اول، مفاهیم مربوط به اصل قانونی بودن بررسی خواهد شد. در مبحث دوم، مستندات این اصل به ویژه مستندات قرآنی آن بحث می‌شود و در مبحث سوم، مهم‌ترین آثار حقوقی آن بررسی خواهد شد.

۱. پیشینه

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که از دستاوردهای مهم حقوق بشر طی دو قرن اخیر در جهان امروز به شمار می‌رود، از آغاز تشریح دین مبین اسلام به عنوان یک اصل مسلم و اساسی پذیرفته شد.

در اروپای قرون وسطا، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و دیگر اصول مرتبط با آن همچون فرض برائت، جایگاهی نداشت و متهم برای اثبات بی‌گناهی خود باید آزمایش‌های سختی را که امروزه جزء خشن‌ترین شکنجه‌ها محسوب می‌گردد، پشت سر بگذارد؛ از جمله آزمایش «ور گرم» که متهم باید دستان خود را در آب جوش فرو می‌برد یا آهن گداخته‌ای را به دست می‌گرفت و چند قدم پیش می‌رفت و اگر پس از یک هفته محل جراحات بهبودی می‌یافت، بی‌گناهی متهم اثبات می‌شد، وگرنه حکم به بزهکاری او می‌شد (آشوری، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۲۳).

در جهان عرب پیش از اسلام نیز وضع بهتر از این نبود، تا اینکه دین اسلام با شعار «مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا» و دیگر آیات، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را به رسمیت شناخت و در واقع حکم عقلی قبح عقاب بلا بیان را تأیید کرد.

همان‌گونه که برخی از صاحب‌نظران بیان کرده‌اند، در تاریخ فقه شیعه، از زمانی که عقل به عنوان یکی از منابع فقهی به حساب آمد - یعنی از زمان ابن‌جنید اسکافی - قاعده قبح عقاب بلا بیان در رأس اصول عقلی قرار گرفت؛ البته نه به تعبیر واحد، بلکه به تعبیر گوناگون و مشابه (محقق داماد، ۱۳۸۳، ص ۱۴).

قانونگذاران قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز با الهام از حقوق اسلام، در اصل ۳۶ و ۱۶۹ قانون اساسی این اصل مترقی را به رسمیت شناخته‌اند؛ به گونه‌ای که اصل ۳۶ ق.ا. بدون هیچ رأی مخالفی به تصویب رسید که از این جهت در میان اصول قانون اساسی کم‌نظیر است.

۲. بررسی مفاهیم مرتبط با اصل قانونی بودن

براساس این اصل، جرم‌انگاری و اعمال مجازات، بدون تصریح در قانون، مجاز و مشروع نیست؛ ولی ابهام جدی در مفاهیم سه‌گانه‌ای است که با این اصل مرتبط است و نیاز به توضیح دارد. این مفاهیم عبارت‌اند از: قانون، جرم و مجازات.

۲-۱. مفهوم قانون

در اصول گوناگونی از قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران؛ از جمله در اصل ۳۴، ۳۶، ۳۷، ۷۱، ۱۶۷ و ۱۶۹، واژه «قانون» به کار رفته است. حال با توجه به اینکه مفهوم قانون از جهتی دارای دو معنای خاص و عام می‌باشد،* این پرسش قابل طرح است که از دیدگاه قانون اساسی، اصولاً مقصود از این کلمه چیست؟

در پاسخ می‌توان گفت قانون در اصطلاح حقوق اساسی به معنای خاص خود به کار می‌رود (همان، ص ۷۰)؛ بنابراین در قانون اساسی طبق اصل ۵۷، ۵۸ و ۵۹، مقصود از قانون همان معنای خاص است. اگرچه طبق اصل ۸۵، مجلس می‌تواند در موارد ضروری اختیار وضع برخی قوانین آزمایشی را به کمیسیون‌های داخلی خود تفویض نماید و نیز می‌تواند تصویب دائمی اساسنامه سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی یا وابسته به آن را به کمیسیون‌های ذی‌ربط واگذارد یا اجازه تصویب آنها را به دولت بدهد که در این صورت، مصوبات دولت نباید با اصول و احکام مذهب رسمی کشور یا قانون اساسی مغایرت داشته باشد.

بر این اساس، قانونگذار از مفهوم خاص قانون به طور استثنایی عدول کرده است و حتی «مصوبات دولت» را نیز در موارد خاص به منزله «قانون» دانسته است؛ زیرا در ذیل اصل ۸۵ آمده است که تشخیص مغایرت مصوبات دولت با احکام شرع یا قانون

* معنای خاص قانون عبارت است از قواعدی که با تشریفات مقرر در قانون اساسی به وسیله قوه مقننه وضع می‌گردد و نیز نتایج همه‌پرسی در موارد رجوع به آرای عمومی، و در معنای عام، قانون علاوه بر موارد مذکور، شامل تصویب‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های اداری نیز می‌شود (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۶۸-۷۰).

اساسی، به ترتیب مذکور در اصل ۹۶ به عهده شورای نگهبان می‌باشد. اما در این باره که آیا در امور کیفری در فرض سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قانون، قاضی می‌تواند به منابع و فتاوی معتبر اسلامی مراجعه کند؟ به تعبیر دیگر، در این خصوص که منابع و فتاوی معتبر اسلامی در فرض مذکور در حکم قانون‌اند، اختلاف نظر وجود دارد و بحث مستقلی را می‌طلبد؛ زیرا با توجه به پذیرش اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در حقوق ایران، نسبت به این مسئله اختلاف نظر جدی وجود دارد (ر.ک: هاشمی، ۱۳۸۰، ص ۷۱ به بعد).

این پرسش در حال حاضر با وجود ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲، در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند؛ مانند حد مرتد و ساحر، جدی‌تر شده است. براساس این ماده: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل می‌شود».

در اسناد بین‌المللی نیز در بسیاری موارد از جمله ماده ۱۵ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی، از کلمه قانون استفاده شده است. در این باره پرسش اساسی این است که آیا مفهوم قانون در اسناد بین‌المللی، اعم از «قوانین موضوعه» و «قواعد عرفی» حاکم بر کشورهای دارای نظام حقوقی «کامن‌لا» می‌باشد؟

به نظر می‌رسد مقصود از قانون در اسناد بین‌المللی، عبارت است از هرگونه مقررات و قواعد حقوقی که در همان کشور دارای اعتبار در حد قانون است؛ اگرچه این قانون مثلاً در کشور انگلستان یا امریکا، ناشی از «حقوق عرفی» باشد.

۲-۲. مفهوم جرم

در مورد مفهوم جرم، در شرع و حقوق موضوعه اتفاق نظر وجود ندارد؛ از این رو، در جهت تبیین اصل قانونی بودن جرایم، بررسی تعریف حقوقی و نیز تعریف شرعی جرم لازم به نظر می‌رسد.

۱-۲-۲. تعریف حقوقی جرم

در قانون اساسی نمی‌توان تعریفی از جرم به دست آورد و از آنجا که قوانین عادی به گونه‌ای توضیح‌دهنده قانون اساسی است، برای تعریف جرم باید به قوانین کیفری مراجعه کرد؛ زیرا لازمه قانونی بودن حقوق جزا این است که اعمال مجرمانه منحصرأ به وسیله قانونگذار تعریف شود. در ماده ۲ اصلاحی قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲، برای نخستین‌بار تعریف مناسبی از جرم ارائه گردید:

هر فعل یا ترک فعلی که مطابق قانون قابل مجازات یا مستلزم اقدامات تأمینی و تربیتی باشد، جرم محسوب است و هیچ امری را نمی‌توان جرم دانست، مگر آنکه به موجب قانون برای آن مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی تعیین شده باشد.

پس از پیروزی انقلاب اسلامی، در ماده ۲ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب سال ۶۱، ماده ۲ قانون مجازات سال ۵۲ عیناً تکرار شده بود؛ ولی قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰، در تعریف جرم می‌گوید: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود». در این ماده، عبارت «اقدامات تأمینی و تربیتی» حذف شده است.

در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۹۲ نیز آمده است: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود».

۲-۲-۲. تعریف شرعی جرم

در تعریف شرعی جرم، اتفاق نظری وجود ندارد. براساس تعریفی که از جرم در کنفرانس اجرای حقوق کیفری اسلامی و اثر آن در مبارزه با جرایم به عمل آمده است:

جرم، مخالفت با اوامر و نواهی کتاب و سنت یا ارتکاب عملی است که به تباهی فرد یا جامعه بینجامد. هر جرم را کیفری است که شارع بدان تصریح کرده یا اختیار آن را به ولی امر یا قاضی سپرده است (گرجی، ۱۳۵۵، ص ۱۲۶/ به نقل از: گلدوزیان، ۱۳۶۹، ص ۲۲۰).

در تعریف شرعی، رابطه جرم با گناه به خوبی تبیین نشده است؛ یعنی آیا هر گناهی

جرم بوده و قابل تعزیر است؟ (و اساساً معنای تعزیر چیست؟) یا فقط برخی از گناهان جرم بوده و برای آنها ضمانت اجرای کیفری مقرر گردیده است و برای برخی دیگر از گناهان، تنها مجازات اخروی در نظر گرفته شده است؟ از این رو، بررسی دیدگاه فقهی در این باره ضروری به نظر می‌رسد.

براساس یک دیدگاه فقهی، حاکم شرع می‌تواند به صلاحدید خود، کسی را که مرتکب عمل حرامی شده است، تعزیر نماید؛ ولی باید از مقدار حد کمتر باشد (نجفی، ۱۳۹۲، ج ۴۱، ص ۴۴۸) که این قاعده فقط در مجازات شلاق معنا دارد. بعضی از فقهای اهل سنت نیز این حکم را پذیرفته‌اند (ابن قدامه، [بی‌تا]، ج ۱۰، ص ۳۴۸-۳۴۹)؛ اگرچه صاحب جواهر در مورد اصل این حکم ادعای نفی خلاف نموده است؛ ولی این دیدگاه را فقط مشهور فقها پذیرفته‌اند. در این رویکرد، هر عمل حرامی جرم محسوب می‌شود. براساس دیدگاه دیگر، تعزیر عمل حرام، به گناهان کبیره اختصاص دارد؛ یعنی قاضی فقط در گناهان کبیره مجاز به تعزیر مرتکب خواهد بود (نجفی، ۱۳۹۲، ج ۴۱، ص ۴۴۸). در مقابل، برخی از فقها از جمله محقق اردبیلی در اصل این حکم که هر عمل حرامی مستوجب تعزیر باشد، تردید کرده‌اند (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۱۷۶). برخی فقهای معاصر نیز پس از بررسی و نقد جدی ادله حکم مزبور، به این نتیجه رسیده‌اند که دلیل قابل اطمینانی بر این مسئله نداریم که مرتکب هر عمل حرامی (حتی مرتکب گناهان کبیره) مستحق تعزیر باشد (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۲، ص ۲۹۵-۲۹۷).

یکی از مهم‌ترین دلایل موافقان دیدگاه مشهور، روایتی است که براساس آن، خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده، برای تجاوز از آن حد نیز حدی قرار داده است (حرّ عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲۸، ص ۱۴)؛ ولی دقت در روایات دیگری که در همین باب نقل شده، نشانگر این است که مقصود از حد در این روایات، حد اصطلاحی مانند حد زنا و سرقت می‌باشد، نه هر گناهی و دست‌کم از این جهت که شامل تعزیر به سبب هر گناهی باشد، مجمل است (همان، ص ۱۶، ح ۳).

فقهای موافق این دیدگاه به رغم ادعای شهرت عظیمه یا حتی ادعای نفی خلاف

در این مسئله مهم، به راحتی با ذکر ادله به صورت اجمالی از کنار آن گذشته‌اند (خویی، ۱۴۰۷، ج ۱، ص ۳۳۷-۳۳۸) که این موضوع اگر در میان بحث‌های مدرسه‌ای و در کتاب‌های فقهی پنهان می‌ماند، قابل اغماض بود؛ ولی این دیدگاه که به شدت قابل نقد است (ر.ک: حسینی، ۱۳۸۳، ص ۱۴۲-۱۴۶)، نباید به راحتی مبنای قانونگذاری قرار گیرد.

از دیدگاه برخی فقها، تعزیر حتی شامل موعظه، تهدید و توبیخ نیز می‌شود و لزوماً به معنای شلاق یا حبس و مانند آن که در ماده ۱۶ ق.م.ا. سال ۱۳۷۰ آمده بود، نیست. علامه حلی در این باره می‌گوید:

التعزیر یكون بالضرب أو الحبس أو التوبيخ أو بما يراه الإمام و ليس فيه قطع شيء منه و لا جرحه ... تعزیر با زدن (شلاق)، یا زندان یا توبیخ یا به هر روشی که امام تشخیص دهد، محقق می‌شود (علامه حلی، [بی تا]، ج ۲، ص ۲۲۷).

براساس این دیدگاه، قاضی در انتخاب هریک از انواع تعزیر، مختار است و می‌تواند نخست به مجازات شلاق متوسل شود یا به پند و اندرز یا توبیخ بسنده نماید؛ ولی برخی فقها از جمله محقق طباطبایی در این باره، تعزیر - به معنای مجازات شلاق و مانند آن - را در صورتی جایز می‌دانند که مرتکب با نهی و توبیخ قابل اصلاح نباشد. وی در این باره می‌گوید:

اینکه در ارتکاب هر حرامی یا ترک واجبی تعزیر واجب است، این حکم در صورتی است که شخص با نهی و توبیخ و امثال آن، از عمل خود دست نکشد؛ زیرا در این فرض، نهی از منکر واجب است؛ اما در صورتی که شخص با نهی و توبیخ و امثال آن از عمل خود دست بکشد، دلیلی برای تعزیر وجود ندارد، مگر در موارد خاصی که نص شرعی بر وجوب تأدیب یا تعزیر وجود داشته باشد و ممکن است معنای تعزیر را اعم از ضرب (شلاق) و مراتب کمتر از آن (یعنی نهی و توبیخ و مانند آن) بدانیم (طباطبایی، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۴۸۳).

ابن فهد حلی (ابن فهد حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۷۳) و کاشف‌اللاثام نیز این نظریه را پذیرفته‌اند (هندی، ۱۴۰۵، ج ۲، ص ۴۱۵).

بعضی از فقهای اهل سنت نیز با این نظر موافق‌اند و رعایت مراتب تعزیر را لازم

دانسته‌اند (نووی، [بی تا]، ص ۳۸۰-۳۸۱).

این دیدگاه از سوی یکی از فقهای معاصر مورد نقد قرار گرفته است؛ از این جهت که گویا این دسته از فقها در مقام بیان مراتب امر به معروف و نهی از منکر بوده‌اند، در حالی که بحث درباره تعزیر است، نه امر به معروف و نهی از منکر (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۲۹۷-۲۹۸)؛ ولی نظر به اقتضای عدالت و لزوم رعایت تناسب جرم و مجازات و نیز با توجه به مفهوم تعزیر که به معنای منع و بازداشتن از گناه می‌باشد و در نتیجه هدف از آن، بازدارندگی است، ظاهراً قول به لزوم رعایت مراتب تعزیر، بیشتر مقرون به صواب می‌باشد و به نظر می‌رسد فلسفه مجازات تعزیری با فلسفه امر به معروف یکی است.

بر این اساس، درباره مفهوم شرعی جرم می‌توان گفت در صورتی که دامنه تعزیر را به گونه‌ای معنا کنیم که شامل پند، اندرز، توبیخ و تهدید هم بشود، چنان‌که به نظر می‌رسد همین معنا از تعزیر مورد نظر شرع بوده است، دیگر تعزیر بابت هر عمل حرام - چنان‌که مشهور فقها معتقدند - مشکلی نخواهد داشت؛ زیرا در این فرض، برای ارتکاب هر عمل حرامی، لزوماً مجازات تعیین نشده است، بلکه قاضی می‌تواند از اقدامات تأمینی و تربیتی استفاده کند که در حقوق موضوعه نیز برای مواردی که در حد یک انحراف (Deviance) به شمار می‌رود (و نه جرم)، می‌توان واکنش غیرکیفری نیز به کار برد.

در این فرض، جرم در مفهوم شرعی عبارت است از عملی که مستوجب مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی باشد. با این تفسیر، معنای جرم در مفهوم شرعی شامل انحراف نیز خواهد شد؛ ولی با توجه به نوع واکنش غیرکیفری که ممکن است به تناسب خفیف بودن عمل حرام اعمال شود، این تعریف از جرم قابل دفاع خواهد بود؛ اگرچه با توجه با اصل احتیاط و نیز اصل قانونی بودن، به نظر می‌رسد نظریه مشروعیت تعزیر درباره گناهان کبیره از منطلق فقهی قوی‌تری برخوردار بوده، با قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ نیز سازگارتر است؛ زیرا مطابق ماده ۱۸ این قانون، تعزیر در شمار مجازات است و شامل وعظ، خطابه و مانند آن نخواهد بود.

۲-۲. مفهوم مجازات

درباره مجازات نیز تعریفی در قانون اساسی به چشم نمی‌خورد؛ ولی در ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ فقط به ذکر انواع مجازات‌ها بسنده کرده است و به رغم اینکه در عنوان فصل اول، عبارت «مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی» را آورده است، در ذکر انواع مجازات‌ها به اقدامات تأمینی اشاره‌ای نشده است و فقط پنج گونه مجازات حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده را مورد تصریح قرار می‌دهد؛ اما در ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲، مجازات‌های بازدارنده در تعزیرات ادغام شده است و براساس تبصره ۲ ماده ۱۱۵ این قانون، تعزیرات به دو قسم تعزیرات منصوص شرعی و تعزیرات غیرمنصوص شرعی تقسیم می‌شود و آثار حقوقی قابل توجهی نیز بر این تقسیم بار شده است.

ظاهراً علت عدم تصریح در مورد اقدامات تأمینی و تربیتی این است که اساساً اقدامات تأمینی و تربیتی «مجازات» نیست، بلکه نوعی درمان و معالجه محسوب می‌شود و بر خلاف مجازات‌ها، «هدف کیفری» در این گونه اقدامات وجود ندارد، بلکه هدف از آن پیشگیری از ارتکاب جرم براساس حالت خطرناک است (استفانی و دیگران، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۶۱۰)؛ هرچند عناصر اساسی حالت خطرناک که منبای اقدامات تأمینی و تربیتی است، باید به وسیله قانون تصریح و تعریف شود (ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲).

۳. مستندات شرعی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها

در این مبحث به بررسی مستندات و مبانی فقهی به ویژه ادله قرآنی اصل قانونی بودن خواهیم پرداخت.

۳-۱. دلایل قرآنی بر اصل قانونی بودن

مهم‌ترین بخش این مقاله به دلایل قرآنی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها مربوط می‌شود؛ ولی از آنجا که از سوی اصولیون و مفسران، بیشترین بحث در این قسمت به

آیه شریفه «مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا» اختصاص یافته است، در آغاز، به شرح تفصیلی این آیه و سپس به دیگر آیات مرتبط با اصل قانونی بودن خواهیم پرداخت.

۱-۱-۳. تبیین آیه ما کنا معذبین

آیات متعددی به عنوان استشهاد و دلیل بر اصل قانونی بودن ارائه شده است که مهم‌ترین آنها عبارت است از آیه شریفه «مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا: ما هرگز کسی را عذاب نکردیم، مگر اینکه پیش از آن رسولی را بر ایشان برگزیدیم» (اسراء: ۱۵).

این آیه بدان جهت دارای اهمیت است که از مهم‌ترین دلایل نقلی قاعده «قیح عقاب بلا بیان» است و به اعتقاد برخی، قاعده قیح عقاب نیز خود پشتوانه اصول گوناگونی مانند «اصل اباحه» و «اصل برائت» است (محقق داماد، ۱۳۸۳، ص ۲۲-۲۴)؛ چنان‌که امام خمینی این آیه را به عنوان یکی از مهم‌ترین دلایل قرآنی بر اصل برائت آورده‌اند؛ زیرا به قرینه حکم و موضوع، نفس بعث رسل در آیه شریفه موضوعیت ندارد، بلکه وصول تکلیف به مکلف موضوعیت دارد. از این رو، هرگاه حتی بعد از بعث رسل، به هر دلیلی حکم شرعی به مکلف نرسد یا حکم شرعی بر وی مشتبه شده باشد و پس از فحص و جست‌وجو، به علم اجمالی یا تفصیلی بر الزام نرسیده باشد (محل اصل برائت)، حکم عقل و فهم عرفی از آیه شریفه این است که حکم شرعی به مکلف ابلاغ نشده است؛ بنابراین مشمول آیه شریفه خواهد بود (خمینی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۲۲). در واقع این استدلال امام خمینی پاسخ به اشکال کسانی است که بر این باورند نفی تکلیف و عقاب بدون بعث رسل در این آیه به تکالیف واقعیه‌ای مربوط است که خداوند از سوی پیامبران خود آنها را ابلاغ نکرده، سکوت اختیار کرده باشد و نه تکالیفی که به وسیله پیامبران ابلاغ شده باشد؛ ولی بر برخی از مکلفان به دلیل عوارض خارجی مخفی مانده باشد (اصفهانی، ۱۴۱۹، ص ۵۷۵).

آیه مذکور از چند جهت ابهام دارد:

اولاً، اینکه آیا «مستقلات عقلیه» نیز به بعث رسول از جانب خداوند نیاز دارد یا اینکه مقصود از آیه شریفه فقط آن دسته از جرایمی است که با عقل مستقل قابل درک نیست؟ ثانیاً، آیا آیه شریفه فقط بر «نفی فعلیت عذاب» دلالت دارد یا علاوه بر آن، بر «نفی استحقاق عذاب» نیز دلالت می‌کند؟ ثالثاً، آیا مفاد آیه بر لزوم «وصول تکلیف» به مکلف (ابلاغ واقعی) دلالت دارد یا اینکه «صیرف اعلام» و ابلاغ مقصود است؛ اعم از اینکه مکلف نیز از آن آگاهی یابد یا خیر (ابلاغ قانونی)؟

اما پیش از توضیح پرسش‌های سه‌گانه، توجه به این نکته ضروری است که دلایل قاعده قبح عقاب بلا بیان، به ادله نقلی منحصر نیست، بلکه دلیل عقلی نیز بر این قاعده اقامه گردیده است و به اعتقاد برخی فقها، عقلاً و نقلاً اصل قاعده قبح عقاب بلا بیان (کبرای قضیه) حتی نزد «اخباریون» نیز مورد قبول می‌باشد؛ زیرا عقاب بر تکلیف غیرواصل، از آشکارترین مصادیق ظلم است و اختلاف فقط در صغرای قضیه است؛ یعنی اخباری معتقد است «بیان» نسبت به تکلیف واقعی تام است؛ زیرا علم اجمالی نسبت به ثبوت تکالیف موجود است و همین امر باعث احتیاط است و از سویی، روایات زیادی بر لزوم توقف در شبهات دلالت دارد (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۵۴-۲۵۵). با وجود این، در برخی جزئیات اختلاف نظر وجود دارد که توضیح پرسش‌های مطرح شده می‌تواند در فهم محل اختلاف فقها مؤثر باشد. البته بعضی از فقها بر این عقیده‌اند که قاعده قبح عقاب بلا بیان، مستند به بنای عقلاست و نه دلیل عقلی (ر.ک: خمینی، ۱۳۷۶، ج ۷، ص ۱۳۴).

۱-۱-۱. شمول آیه نسبت به مستقلات عقلیه

فقهای شیعه بر این عقیده‌اند که عقل انسان بدون استمداد از شرع، قادر است حُسن و قبح برخی افعال را درک کند. حال با توجه به این اصل مسلم، آیا براساس معنای آیه شریفه، حتی در مواردی که عقل مستقلاً به درک قبح و جرم بودن عمل قادر است، باز هم نیازی به بعث رسل هست یا فرستادن پیامبران فقط مختص به غیر موارد مستقلات

عقلیه می‌باشد؟ با توجه به این مسئله که در «ضروریات» و «یقینیات»، اساساً تقلید لازم نیست؛ زیرا محل و مورد تقلید در صورتی است که مکلف احتمال عقاب بدهد و در ضروریات و یقینیات، فرض احتمال عقاب منتفی است (خویی، ۱۴۱۰، ص ۷۶).

برخی فقها در پاسخ به این پرسش، بر این عقیده‌اند که آیه مزبور شامل مستقلات عقلیه نیز می‌شود؛ بدین معنا که حتی در موارد حکم عقل به قبح یک عمل، بر خداوند است تا از باب لطف بر بندگان، با فرستادن پیامبران حکم عقل را مورد تأکید و تأیید قرار دهد تا آنکه حجت را بر بندگان تمام کند و شبهه را برطرف نماید. شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۰۹، ج ۶، ص ۴۵۷-۴۵۸)، شیخ طبرسی (طبرسی، ۱۴۰۸، ج ۵، ص ۶۲۳) و مقدس اردبیلی (اردبیلی، ۱۳۷۵، ص ۴۴۴) از جمله طرفداران این نظریه‌اند.

عده دیگری از مفسران از جمله مفسر کبیر علامه طباطبایی معتقدند: در مورد «اصول دین» که عقل مستقلاً قادر به درک آنهاست، عقاب و مؤاخذه بر آن، متوقف بر بیان رسول نیست؛ زیرا اساساً تصدیق صحت قول و بیان پیامبر، بر درک اصول دین از راه عقل مستقل متوقف می‌باشد و اگر درک اصول دین از راه عقل مستقل هم بر بیان پیامبر متوقف باشد، «دور» لازم می‌آید (طباطبایی، ۱۳۶۲، ج ۱۳، ص ۶۱).

این استدلال به دلالت آیه، بر لزوم قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها خدشه وارد نمی‌سازد، مگر اینکه مقصود مطلق احکامی باشد که عقل مستقل قادر به درک آن است؛ اگرچه در احکام فرعیه باشد. البته در احکام فرعی که عقل مستقلاً حکم به قبح و ظلم آنها می‌دهد - مانند حکم عقل به قبح عمل قتل - شاید بتوان گفت عقاب در چنین مواردی عقلاً قبیح نیست و ادعای جهل به حکم شرعی، چندان موجه نباشد. همانند این مسئله در حقوق عرفی و حقوق کشورهای پیشرفته غرب مطرح می‌باشد؛ با این بیان که براساس یک تقسیم‌بندی سنتی که ریشه لاتین نیز دارد، جرایم را به «جرایم ذاتاً قبیح» (Mala in Se) و «جرایم قبیح براساس قانون موضوعه» (Mala Prohibita) تقسیم کرده، آثاری نیز بر آن بار می‌کنند (Davis, 2006, p.274/ Kolasa, 1978, p.568). جرایمی مانند قتل، تجاوز به عنف و ایجاد حریق عمدی، فی‌نفسه - بدون در نظر گرفتن ممنوعیت مقرر در قانون موضوعه - غیراخلاقی و قبیح‌اند (Garner, 2009, p.1073).

به عبارت دیگر، این دسته از جرایم به اندازه‌ای فی نفسه قابل سرزنش‌اند که افراد معمولی و متعارف جامعه بر شدت آن اتفاق نظر دارند؛ به گونه‌ای که حتی در صورت فقدان قانون مدون (موضوعه) نیز به مراعات آن مقیدند (Davis, 2006, p.272). از این رو، برخی حقوقدانان مذهبی مسیحی مانند بلک استون در نوشته‌های خود به دلیل طرفداری از دین مسیحیت، حتی در تعیین مفاهیم حقوقی از جمله مفهوم «جرایم ذاتاً قبیح» تحت تأثیر مذهب بوده‌اند و - به جای جرم - از این جرایم به «گناه» (Sin) تعبیر کرده‌اند (Ibid).

بر این اساس و به ویژه بر پایه دیدگاه آن دسته از فقها که قاعده قبح عقاب بلا بیان را قاعده‌ای عقلایی می‌دانند، می‌توان گفت از نظر عقلا و حتی از دیدگاه عقل، مجازات شخصی که با عقل مستقل قادر به درک قبح و ممنوعیت یک عمل است، قبیح نیست و نیازی به ارسال رسل و ابلاغ قانون برای ممنوعیت ندارد و ثابت نشده است که در این موارد، عقل حکم به لزوم لطف از سوی خداوند داشته باشد و عقل مستقل نیز خود نوعی بیان می‌باشد، بلکه بالاترین بیان است و به همین دلیل، از آن به پیامبر باطن تعبیر شده است.

۲-۱-۱-۳. دلالت آیه بر نفی استحقاق عقاب

مسئله دیگر اینکه آیا آیه «ما کنا معذبین...» فقط بر «نفی فعلیت عذاب» دلالت می‌کند یا اینکه علاوه بر آن، دال بر «نفی استحقاق عذاب» نیز هست؛ چون اگر فقط «نفی فعلیت عذاب» مقصود باشد، معنای آیه این است که ما در گذشته هرگز قومی را بدون بعث رسول، عذاب نکردیم؛ ولی دیگر دلالت بر این مطلب نخواهد داشت که در آینده نیز چنین امری محقق نخواهد شد؛ زیرا عدم عذاب گذشتگان، نه به دلیل عدم استحقاق آنان، بلکه به دلیل تفضل خداوند بوده است و به همین دلیل، عقلاً هیچ‌گونه محذوری نخواهد داشت اگر در آینده خداوند کسانی را پیش از بعث رسول عذاب کند. اما بنا بر قول به عدم استحقاق عذاب گذشتگان، معنای آیه این است که عذاب آیندگان نیز بدون بعث و بیان رسول، عقلاً قبیح است؛ زیرا خلاف عدل می‌باشد.

برخی از مفسران مانند علامه طباطبایی معتقدند آیه شریفه فقط بر نفی فعلیت عذاب دلالت دارد؛ یعنی با وجود آنکه خداوند حق عذاب آنان را پیش از بعث رسل داشت؛ ولی به دلیل رحمت و رأفت خود، آنان را عقاب نکرد؛ بنابراین آیه در مقام امضا و تأیید حکم عقل به قبح عقاب بلا بیان نیست، بلکه مقصود نفی وقوع عذاب است، نه نفی جواز عذاب* (طباطبایی، ۱۳۶۲، ج ۱۳، ص ۶۱).

اما بعضی از فقهای دیگر بر این عقیده‌اند که عبارت «ما کُنا» و مانند آن، در قرآن در مواردی استعمال می‌شود که فعل مورد نظر در شأن و منزلت خداوند نبوده و اساساً صدور آن فعل از خداوند مناسب نباشد؛ بنابراین اگرچه «فعل ماضی» به کار رفته است؛ ولی در این گونه موارد، فعل، منسلخ و عاری از «زمان» خاصی است و عذاب پیش از بعث رسل، شایسته حکمت و عدالت خداوند نیست (خویی، ۱۴۰۹، ص ۲۵۶/ خمینی، [بی تا]، ص ۲۰۷-۲۰۸). براساس این نظریه، آیه در مقام اخبار از عدالت خداوند است (ابن کثیر، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۳-۱).

از مفسران اهل سنت نیز برخی بر این باورند که آیه یادشده در مقام نفی جواز است، نه نفی وقوع؛ زیرا این گونه استعمال که در قرآن بسیار آمده است، مانند «مَا كُنَّا ظَالِمِينَ» (شعراء: ۲۰۹)، «مَا كُنَّا لَأَعْيُنٍ» و موارد مشابه اگر به معنای نفی وقوع بود، باید با این شکل می‌آمد: «ما نَعْدَبُ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا» (آلوسی، [بی تا]، ج ۱۵، ص ۳۸).

۳-۱-۱-۳. دلالت آیه بر لزوم وصول تکلیف (ابلاغ واقعی)

پرسش دیگر درباره آیه شریفه «ما کُنا معذبین...» این است که آیا مقصود از آیه، وصول تکلیف به مکلف است؛ یعنی علم واقعی شخص نسبت به بیان شرع، موضوعیت دارد (مانند آنچه در حقوق موضوعه از آن به ابلاغ واقعی تعبیر می‌گردد)؟ یا فقط اعلام و

* «... و إن كان له أن يعذبهم به لکنه برحمته و رأفته یبالغ فی الموعظة و یتِمّ الحجّة بعد الحجّة ثم ینزل العقوبة فقولہ و ما کُنا معذبین حَتَّى نبعث رسولاً نفی لوقوع العذاب لا لجوازه».

البته شاید مقصود ایشان از جواز عقاب پیش از بعث رسل، فقط درباره مستقلات عقلیه باشد؛ زیرا عقاب پیش از بیان، قطع نظر از آیه، عقلاً قبیح است و آنگاه که بیان عقلی (عقل مستقل) موجود نباشد، بیان شرعی (بعث رسل) لازم است تا شخص مستحق عقاب باشد.

ابلاغ احکام است؛ خواه به مکلف واقعاً رسیده باشد یا خیر؟

برخی فقها در پاسخ به این پرسش معتقدند معیار، وصول تکلیف به مکلف است و نه صرف ابلاغ از سوی شارع؛ زیرا به مناسبت حکم و موضوع، چنین استفاده می‌گردد که خود بعث رُسل در نزول عذاب موضوعیت ندارد، بلکه بعث رسل راهی برای رساندن تکالیف به بندگان و اتمام حجت بر آنان است. بر این اساس، مقصود آن است که علاوه بر بعث رسل، باید ابلاغ واقعی احکام نیز بنماید؛ به همین دلیل، اگر فرض کنیم در یک زمانی خداوند رسولی را بفرستد؛ ولی به جهت مصالح یا موانع خاصی، احکام به همه بندگان یا برخی از آنان نرسد، نمی‌توان گفت چون بعث رسل محقق شده است؛ پس عذاب بندگانی که به آنان حکم الهی ابلاغ نشده است، مجاز می‌باشد. در نتیجه با الغای خصوصیت می‌توان گفت معیار، رساندن احکام الهی به مکلفان است، نه صرف ابلاغ؛ هرچند به مکلف نرسیده باشد (خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۱۲/ همو، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۲۲).

با پذیرش نظر مذکور، همان‌گونه که برخی نیز ادعا کرده‌اند، می‌توان نتیجه گرفت براساس مفاد آیه شریفه که از مستندات قاعده قبح عقاب بلا بیان است، در واقع اصل قانونی بودن در حقوق اسلام از استحکام بیشتری نسبت به حقوق موضوعه برخوردار می‌باشد؛ یعنی دایره اصل قانونی بودن در حقوق اسلام، وسیع‌تر از حقوق عرفی است؛ زیرا اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در حقوق موضوعه، نسبت به وضع قانون و به تبع آن مراحل ابلاغ و انتشار قانون، راجع است؛ ولی از دیدگاه فقها در مواردی که مکلف نه به علت تقصیر، بلکه به جهت دیگری نسبت به تکلیف صادرشده جاهل باشد، باز هم می‌توان به این قاعده تمسک کرد؛ زیرا همان‌گونه که گذشت، معیار «بیان واصل» است، نه «بیان صادر» (محقق داماد، ۱۳۸۳، ص ۱۷-۱۸).

با توجه به مطالب پیش‌گفته، براساس مستندات تفسیری مربوط به قاعده قبح عقاب بلا بیان، از جمله آیه شریفه «مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا»، این مقنن و شارع است که باید با بعث رسل، قوانین شرع را به مکلفان ابلاغ نماید و براساس روایت معتبر بیان احکام بر خداوند است و بدون آن، بندگان تکلیفی برای کشف قانون شرع ندارند

(فیض کاشانی، [بی‌تا]، ج ۳، ص ۱۸۲)* و حتی «ابلاغ» احکام شرع کافی نیست، بلکه «وصول» آن به مکلفان نیز شرط است (خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۴۸)؛ اما این بدین معنا نیست که مکلف پس از ابلاغ، هیچ‌گونه تلاشی به منظور یادگیری احکام مورد ابتلای خود به عمل نیاورد. به همین دلیل، فقها جهل به قانون را فقط در صورتی که ناشی از قصور مکلفان باشد، به استناد برخی ادله از جمله حدیث رفع و حدیث حجب (همان، صص ۲۱۷ و ۲۳۷)، مرفوع دانسته‌اند؛ زیرا تنجز و قطعیت یک حکم شرعی، منوط به اطلاع فرد است. البته نباید این نکته را از نظر دور داشت که اصل مذکور نتیجه حاکمیت و اجرای قاعده قبح عقاب بلا بیان است؛ یعنی چون عقلاً معتقدند مجازات شخص جاهل، ظلم و قبیح است؛ توجیه فوق صورت گرفته است. از این رو، صرفاً محدود به جهل ناشی از قصور است و به هیچ وجه جهل ناشی از تقصیر را شامل نخواهد شد؛ چرا که پس از وضع حکم و تشریح آن، جهل افراد متمکن از تحصیل علم و آگاهی، مانع از تنجز آن نمی‌شود؛ بلکه احکام بر آنان منجز و قطعی خواهد بود و در فرض تخلف، مجازات آنان فاقد قبح و منع عقلی است. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ص ۲۵).

البته به اعتقاد برخی فقها، حتی جاهل مقصر نیز در صورت عدم التفات به این موضوع که ممکن است عمل ارتكابی او جرم باشد (جاهل مقصر غیر ملتفت)، مستحق مجازات نخواهد بود (خویی، ۱۴۰۹، ص ۱۹۶). البته در مورد جاهل مقصر ملتفت هم برخی بر این عقیده‌اند که این نوع از جهل تقصیری نیز می‌تواند محل اجرای قاعده درأ باشد و در نتیجه از مجازات حدی معاف خواهد بود (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۹۱، ص ۶۰-۶۱).

بر اساس ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲: «جهل به حکم، مانع از مجازات مرتکب نیست، مگر اینکه تحصیل علم عادتاً برای وی ممکن نباشد یا جهل به حکم، شرعاً عذر محسوب شود» و مطابق تبصره این ماده: «جهل به نوع یا میزان مجازات مانع از مجازات نیست».

* «فی الکافی عن الصادق علیه السلام أنه سئل هل جعل فی الناس أداة ینالون بها المعرفة؟ قال لا. قيل: فهل کلفوا المعرفة؟ قال لا، علی الله البیان. لا یکلف الله نفساً الا ما آتاها».

اما مواردی از جهل به حکم که شرعاً عذر محسوب می‌شود، در مواد ۱۲۰، ۱۲۱، ۲۱۷ و ۲۱۸ اشاره شده است که اجمالاً براساس این مواد که چندان هم به صورت منسجم تنظیم نشده‌اند و باید در کنار یکدیگر و با کمک هم تفسیر شوند، در جرایم حدی - به استثنای جرایم خاص؛ مانند محاربه، افساد فی الارض، سرقت، قذف و جرایم منافی عفت توأم با عنف، اکراه، ربایش یا فریب - علم به حرمت شرعی شرط شده است و در صورت شک در آن، به صرف احتمال صدق گفتار متهم، باید به قول وی ترتیب اثر داد که این موارد محل اجرای قاعده درآ می‌باشد؛ ولی در جرایمی مانند محاربه، افساد، سرقت، قذف و... در صورت شک، قاضی موظف است تحقیق و بررسی نماید و صرف احتمال صدق گفتار متهم نمی‌تواند سبب معافیت وی از مجازات شود که به نظر می‌رسد در این دسته از جرایم، در واقع اصل براءت جاری شده است و از اینجا می‌توان به تفاوت اصل براءت و قاعده درآ پی برد. به همین دلیل، گاهی فقها برای تبرئه متهم در یک مورد، به هر دو در کنار یکدیگر استناد می‌کنند؛ مثلاً کاشف‌الاشام در بحث عدم قصاص عورت در ختثی، چنین استدلال می‌کند: «إن كان الجاني ختثي مشكلاً لم يكن قصاص إلا مع العلم بحالها لإحتمال المخالفة و أصل البرائة والشبهة» (هندی، ۱۴۰۵، ص ۴۸۰). همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، از «اصل براءت» و «شبهة» که همان مفاد قاعده درآ می‌باشد، در عرض یکدیگر استفاده کرده است.

اما بر پایه دیدگاه شهید صدر، خداوند بر بندگان حق اطاعت دارد؛ یعنی بندگان مکلفند از اوامر و نواهی خداوند اطاعت کنند. مقتضای این رابطه آن است که بندگان نسبت به تکالیف احتمالی نیز موظف به انجام باشند. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ص ۲۱).

براساس این نظریه که عمدتاً از سوی شهید صدر در نجف اشرف - و در واقع پیش از آن به وسیله محقق داماد در قم - مطرح شده است، می‌توان این‌گونه برداشت کرد:

دایره حق مولا موسع است و شامل تکالیف محتمل هم می‌شود. سرّ این مسئله این است که «مولویت» مقوله‌ای مشکک است که عقل آن را به واسطه ملاکاتی چون «شکر منعم» یا «خالقیت» یا «مالکیت» درک می‌کند و هر جا که ملاک مولویت بیشتر محقق باشد، حق طاعت موسع‌تر است؛ به گونه‌ای که ممکن است در برخی مراتب ملاک،

سعه حق طاعت فقط شامل اوامر و نواهی معلوم مولا باشد؛ ولی در مورد خداوند متعال، از آنجا که ملاک خالقیت و منعمیت و مالکیت در حد نهایت است، حق اطاعت نیز وسیع‌ترین دایره شمول را دارد؛ به طوری که تکالیف احتمالی مولا را هم دربرمی‌گیرد. دلیل ایشان بر این مدعا شهادت وجدان است. تذکر این نکته لازم است که شهید صدر شبهات بدوی را مورد برائت شرعی می‌داند و لذا در عمل، در شبهات بدوی قائل به احتیاط نیست. منتها بحث فعلی در مقتضای حکم عقل است، قبل از ملاحظه ورود شرع و برائت یا احتیاط شرعی ... شهید صدر خود معترف است که هیچ دلیلی بر نظریه حق الطاعه نمی‌توان اقامه کرد و فقط آن را از بدیهیات عقل عملی می‌داند و همان گونه که اصل حق طاعت نسبت به منعم و خالق و مالک از بدیهیات عقل عملی است و برهان‌پذیر نیست، حدود و سعه این حق هم صرفاً بدیهی است و به برهان نیاز ندارد* (آملی لاریجانی، ۱۳۸۱، ص ۱۲-۱۳).

مهم اینکه شهید صدر در نقد قاعده قبح عقاب بلا بیان چنین استدلال کرده است که اگر قاعده قبح عقاب بلا بیان از بدیهیات است، چرا تا پیش از استاد وحید بهبهانی کسی این قاعده را درک نکرده و یادآور آن نشده است؟ در پاسخ به این اشکال این گونه استدلال شده است:

همین پرسش درباره ادعای ایشان مطرح می‌شود که در فرض بداهت و وجدانی بودن قاعده حق الطاعه، چگونه ممکن است از زمان وحید تا به حال، تعداد قابل توجهی از اصولیون، به قبح عقاب بلا بیان قائل شده باشند؟ به علاوه، پیش از زمان وحید هم کسی حق الطاعه را بدین نحو بیان نکرده است. البته در بحث حظر و اباحه و ارتباط آن با قبح عقاب بلا بیان و نیز حق الطاعه، دعاوی متعددی طرح می‌شود که فعلاً درصدد بیان آن نیستیم ... به هر حال، اینکه شهید صدر معتقد می‌شود حق الطاعه و احتیاط عقلی در موارد شبهات بدویه، امری وجدانی است و تشکیک مخالفان در احتیاط و قول به وجدانی بودن قبح عقاب بلا بیان، ناشی از برخی براهین خیالی در باب برائت عقلی است که گاه موجب می‌شود در وجدان عقل عملی انسان خللی ایجاد گردد،

* «و نحن نؤمن فی هذا المسلك بأن المولوية الذاتية الثابتة له سبحانه و تعالی لاتختص بالتكاليف المقطوعة بل تشمل مطلق التكاليف الواصلة ولو احتمالاً، و هذا من مدرکات العقل العملي، و هی غیر مبرهنة فکما ان أصل حق الطاعة للمنعم والخالق ملاک أولى للعقل العملي غیر مبرهن کذلک حدوده و سعته» (صدر، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۲۸).

صرفاً یک ادعاست که طبیعتاً قائلان به قبح عقاب بلا بیان هم نسبت به ایشان و ادعای بدهت و وجدان در باب حق الطاعه، همین را خواهند گفت. این چنین به نظر می‌رسد که وجدان و عقل عملی با قبح عقاب بلا بیان همراه است (همان، ص ۱۴).

افزون بر این، نقد مهم دیگر اینک:

در موارد شبهات بدوی همچنان که احتمال تکلیف اعم از وجوبی یا تحریمی می‌دهیم، احتمال اباحه واقعی هم می‌دهیم و حکم عقلی به حق طاعت مولا، همان قدر که در تکالیف وجوبی و تحریمی مطرح است، در اباحه واقعی هم مطرح است. اگر منعم یا خالق یا مالک بودن مولا مستدعی است تکالیف او را گردن نهمیم و به مقتضای آن عمل کنیم، همین منعمیت و خالقیت و مالکیت هم مستدعی است که به «اباحه» او به عنوان حکمی از احکام خمسه، گردن نهاده و به مقتضای آن عمل نماییم ... این نظریه اقتضا دارد که در شبهات بدویه، عقل هم حکم به رعایت تکلیف واقعی داشته باشد که لازمه‌اش احتیاط است و هم حکم به رعایت اباحه واقعی که لازمه‌اش رها بودن و ترخیص است و چون این دو حکم عقلی نمی‌تواند بالفعل موجود باشد و هیچ دلیلی بر ترجیح یکی بر دیگری نیست، معلوم می‌شود اصل نظریه حق الطاعه صحیح نیست. کسانی که قائل به قبح عقاب بلا بیان هستند، مسلماً با این مشکل مواجه نمی‌شوند و همین، ترجیح این نظریه و تقویت آن را نسبت به بدیلش، به دنبال خواهد آورد (همان، ص ۱۵).

نقد سومی که بر نظریه حق الطاعه مطرح می‌باشد، این است:

اگر نظریه حق الطاعه را بپذیریم، لازم می‌آید در همه مواردی که احتمال می‌دهیم مولا غرضی لزومی دارد، هر چند قطعاً امر نکرده باشد، احتیاط کنیم، در حالی که این لازمه، قابل قبول نیست؛ نه حق الطاعه‌ای آن را می‌پذیرد و نه قبح عقابی ... اثبات این لازمه متوقف بر این نکته است که مسلک حق الطاعه در لب به «حق احترام مولا» برمی‌گردد و لفظ «طاعت» و «اطاعت» که ظهور در تحقق امر از مولا دارد، واقعاً با این ظهور منظور نیست. غرض از حق الطاعه این است که احترام مولا و عدم توهین او به تمام معنا باید رعایت شود؛ لذا به روشنی وجود «امر» شرط این احترام نیست. احترام به لحاظ اوامر مولا فرقی با احترام بلحاظ اغراض مولی ندارد، بلکه دایره احترام و عدم توهین به مولا از موارد غرض واقعی هم فراتر می‌رود و در مثل انقیاد و تجری هم

ثابت است، در حالی که در این موارد، در عالم واقع، نه حکمی هست، نه غرضی؛ بنابراین اگر بپذیریم مولا دارای این حق است که در همه اوامر و نواهی‌اش حتی مشکوک‌ه مورد احترام قرار گیرد، در اغراض محتمل هم باید طبیعتاً همین‌طور باشد و لذا باید احتیاط نمود. این همان لازمه‌ای است که بعید است مسلک حق‌الطاعه آن را بپذیرد (همان، ص ۲۵).

در مقام جمع میان نظریه حق‌الطاعه با نظر مشهور فقها مبنی بر قاعده قبح عقاب بلابیان، برخی چنین اظهار کرده‌اند:

این قاعده [قاعده قبح عقاب بلابیان] منسوب به وحید بهبهانی است. عبارت ایشان چنین است: «بدان، مجتهدان در آنجا که نصی نباشد «شبهه حکمی»، شبهه موضوعیه اصل برائت را جاری می‌دانند...». تا آنجا که گوید: «دلیل فقها این است که عقل در آنجا که بیانی نرسیده باشد، تکلیف و مؤاخذه را قبیح می‌داند...». احتمال می‌رود مقصود ایشان از عبارت «ما لانص فی» «عدم صدور نص باشد و مراد ایشان از عبارت «ما لم یکن بیان»، فقدان بیان در متن واقع باشد، نه در دست مکلف؛ بنا بر این احتمال، گفت و گو از اختلاف بین استاد شهید ما و مشهور متأخران در این مسئله بعید خواهد نمود؛ چه این اختلاف ناظر به جایی است که بیانش به مکلف نرسیده باشد، نه آنکه از اساس و در متن واقع بیانی صادر نشده باشد و آنچه محل نزاع است، عدم صدور بیان در متن واقع است، نه در دست مکلف (حائری، ۱۳۷۸، ص ۱۳۵).

نگارنده این مقاله که از شاگردان شهید صدر نیز هستند، در پاورقی همان صفحه برای این احتمال، شاهی می‌آورند مبنی بر اینکه:

قرینه‌ای که این احتمال را تقویت می‌کند، این است که ایشان در ذیل عبارت پیشین، به سیره پیامبر اکرم ﷺ در ابلاغ احکام استشهاد کرده است؛ آنجا که گوید: پیامبر ﷺ همواره تکلیف را به مردم ابلاغ می‌کرد، نه رخصت و اباحه را. پیداست تبلیغ پیامبر ﷺ به معنای صدور بیان است. مقصود ایشان این است که سیره پیامبر ﷺ گواهی می‌دهد که رخصت و اباحه محتاج بیان از سوی شارع نمی‌باشد و این تکلیف است که همواره نیازمند صدور بیان از طرف شارع است، ... از این رو، هرگاه بیانی به آن نرسد، مباح خواهد بود (همان).

البته نکته مهمی که باید توجه شود اینکه اگرچه شهید صدر براساس نظریه

حق الطاعه، به حکم اولی عقل در تکالیف محتمل نیز اصل را بر احتیاط و اشتغال ذمه می‌داند (صدر، ۱۹۷۵، ص ۱۷۸)؛ ولی بلافاصله بر این نکته تصریح می‌کند که خروج از این اصل فقط در صورتی ممکن است که بدانیم شارع به ترک این احتیاط رضایت دارد و در مورد یادشده (تکالیف محتمل)، بر این باورند که قاعده عملیه ثانویه بر این است که احتیاط در موارد تکالیف محتمل لازم نیست؛ چون ادله شرعی مانند حدیث رفع «رفع عن امتی ما لا یعلمون» دلالت دارد که شارع به ترک چنین احتیاطی راضی است و این حکم ثانویه عملیه، هم در شبهات تحریمیه و هم در شبهات وجوبیه و حتی در شبهات موضوعیه جاری می‌باشد (همان، ص ۱۷۹-۱۸۰)؛ بنابراین براساس دیدگاه شهید صدر نیز دست‌کم مطابق قاعده ثانوی، اعتقاد به اصل قانونی بودن مخدوش نخواهد شد.

۲-۱-۳. دیگر آیات دال بر اصل قانونی بودن

آیات متعدد دیگری به عنوان شاهد و دلیل بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها ارائه گردیده است؛ از جمله آیات شریفه ذیل:

۱. لَیَكْفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا (طلاق: ۷).

برخی از فقهای عظام فرموده‌اند، استدلال به این آیه برای اصل برائت و قبح عقاب بلابیان بدین شرح است که مقصود از «ما» موصول همان تکلیف است و مقصود از «ایته» همان ایصال و اعلام به مکلف می‌باشد، یا مقصود از این دو واژه در آیه شریفه، معنای اعم است که شامل تکلیف و اعلام هم می‌شود که ظاهراً به قرینه قبل و بعد آیه، همین معنای اعم مقصود است؛ اگرچه این آیه به منزله کبرای کلی است و دلیلی برای ماقبل خود می‌باشد (خمینی، ۱۳۷۲، ص ۲۶-۲۷).

محقق اردبیلی در کتاب تفسیر خود در تفسیر این آیه شریفه، بر این باورند که آیه بر قبح عقلی دلالت دارد، با این بیان که تکلیف به چیزی که در توان انسان نیست (تکلیف بما لا یطاق)، بلکه حتی تکلیف به چیزی که مشقت‌آور است (تکلیف بمایشق)، از جانب خداوند واقع نخواهد شد، بلکه از سوی خداوند محال است (محقق اردبیلی، ۱۳۷۵، ص ۵۴۱).

روشن است تکلیف به چیزی که از پیش به مکلف اعلام نشده باشد و مجازات و عقاب بابت ترک آن، دست‌کم از مصادیق آشکار تکلیف مشقت‌آور خواهد بود؛ زیرا اعمال مجازات بابت تکلیفی که به مکلف نرسیده است، نوعاً باعث مشقت غیرقابل تحمل و حرج وی خواهد بود و چنین تشریحی از جانب خداوند، قبیح و محال است. درباره آیه مذکور و کیفیت انطباق آن با مطلوب، در کتب اصولی مباحث مفصلی مطرح شده است که به جهت رعایت اختصار، به همین مقدار بسنده می‌کنیم (ر.ک: خمینی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۲۰۹-۲۱۳).

۲. لایکَلْفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا (بقره: ۲۸۶).

براساس دیدگاه مفسران، وسع در این آیه به معنای طاقت و توان و در مضیقه نبودن است (طوسی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۳۸۳). برخی بر این عقیده‌اند که این آیه از باب فضل و رحمت خداوند به بندگان است (فیض کاشانی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص ۱۳۵)؛ ولی در تفسیر دقیق‌تری می‌توان گفت این آیه اخبار از عدل و رحمت خداوند است (طبرسی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۲۶۰)؛ بنابراین مانند آیه پیش‌گفته، دلالت بر این مدعا دارد که تکلیف از سوی خداوند باید به اندازه توان باشد و مجازات کسی بابت عملی که از پیش به وی نرسیده باشد، تکلیف در حد وسع و توان وی محسوب نمی‌شود.

شیخ طوسی در تفسیر تبیان چنین آورده است که این آیه شریفه به روشنی بر بطلان دیدگاه جبریون دلالت دارد که تکلیف بما لایطاق را از جانب خداوند جایز دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۳۸۴). براساس این دیدگاه، اساساً تکلیف به چیزی که در توان انسان نباشد، از سوی خداوند جایز نیست (راوندی، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۴۳۲) و در نتیجه قبیح و محال است. به تعبیر شیخ طوسی، همان‌گونه که اصل تکلیف بما لایطاق مجاز نیست، مجازات و مؤاخذه بابت ترک آن نیز مجاز نخواهد بود (همان، ص ۳۸۵)؛ به همین دلیل، براساس آیه شریفه، خداوند تکلیفی بیش از وسع انسان ندارد و مجازات بابت جرمی بدون اعلام و ابلاغ پیشین، مصداق تکلیف خارج از وسع انسان است.

گفتنی است تکلیف بما لایطاق که مفاد این روایت است، با قاعده قبح عقاب بلا بیان متفاوت می‌باشد؛ زیرا در قاعده قبح عقاب بلا بیان، یک طرف فعل، مخالفت عبد با

دستور احتمالی خداوند است و طرف دیگر آن قبح عقاب چنین شخصی از سوی خداوند می‌باشد؛ ولی در قاعده قبح تکلیف بما لایطاق، فقط بحث از فعل خداوند است؛ اما اشتراک هر دو در قبح عقاب از سوی خداوند می‌باشد. علاوه بر این: عقل عملی در صورتی مولا را مجاز به مجازات و عقاب عبد می‌شناسد که اطاعت او عقلاً بر عبد واجب شده باشد؛ اما در حالتی که اطاعت مولا بر عبد واجب نیست - همچون حالت عجز و ناتوانی - بر مولا جایز نیست درصدد عقاب عبد برآید (حائری، ۱۳۷۸، ص ۱۳۶).

۳. وَمَا أَهْلَكْنَا مِنْ قَرْيَةٍ إِلَّا لَهَا مُنْذِرُونَ .. (شعراء: ۲۰۸).

مطابق دیدگاه تفسیری علامه طباطبایی، آیه بعد از آن یعنی آیه «ما کنا ظالمین» که حرف نفی پیش از فعل «کان» آمده است، در این گونه موارد به معنای نفی شأنیت می‌باشد؛ بدین معنا که ظلم در شأن ما نیست و از ما انتظار ظلم نمی‌رود و «ما کنا ظالمین» در مقام تعلیل برای حصر جمله پیشین است؛ یعنی تعلیل برای «ما اهلکنا من قریة إلا لها منذرون» که به این معناست که ما هیچ قومی را نابود نکردیم، مگر اینکه به آنان هشدار و انذار دادیم و حجت را بر آنان تمام کردیم؛ چون اگر غیر از این روش عمل می‌کردیم، به آنان ظلم کرده بودیم، در حالی که ظلم به احدی در شأن ما نیست؛ پس آیه به معنای همان آیه شریفه «ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا» است (طباطبایی، ۱۳۶۲، ج ۱۵، ص ۳۲۴).

براساس آیه شریفه، هلاکت و مجازات پیش از انذار و اخطار، خلاف سنت و رویه خداوند است و از مصادیق ظلم به شمار می‌رود.

۴. مَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَّهَاتِ رُسُلًا يَتْلُوا عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا (قصص: ۵۹).

در مورد کلمه «أُمَّهَاتِ» دو معنا ذکر شده است؛ یکی به معنای أم‌القری یعنی مکه و دیگری به معنای شهرهای بزرگ در دیگر نقاط دنیا (طوسی، ۱۴۰۹، ج ۸، ص ۱۶۶) که احتمال دوم، مقرون به صواب به نظر می‌رسد و بر فرض که معنای اول هم مقصود باشد، با الغای خصوصیت، به دیگر نقاط دنیا نیز قابل تسری می‌باشد.

مطابق این آیه، هلاکت و مجازات قومی بدون بعث رسل و اتمام حجت بر آنان،

ظلم به شمار می‌رود و خداوند منزّه از آن است (طبرسی، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۷۵۰).
در آیه شریفه دیگری نیز به همین مضمون آمده است: «ذَلِكْ اَنْ لَمْ يَكُنْ رُبُّكَ مُهْلِكِ
الْقُرَى بِظُلْمٍ وَّ اَهْلُهَا غَافِلُونَ» (انعام: ۱۳۱).

این آیه نیز بدان معناست که خداوند به کسی ظلم نمی‌کند، مگر اینکه با ارسال رسل،
برای آنان حقیقت را بیان کند (قمی، ۱۴۰۴، ج ۱، ص ۲۱۷). آیه پیشین نیز قرینه‌ای بر
این است که غفلت از راه ارسال رسل مرتفع می‌شود؛ زیرا در آن آیه آمده است: «يا
مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْانْسِ اَلَمْ يَأْتِكُمْ رُسُلٌ مِنْكُمْ يَقُصُّونَ عَلَيْكُمْ آيَاتِي وَّ يَنْذِرُوكُمْ لِقَاءَ يَوْمِكُمْ هَذَا...»
(انعام: ۱۳۰).

براساس این دو آیه شریفه، مجازات یک قوم بدون بعث رسل و بدون ابلاغ پیام
وحی، خلاف سنت الهی و مصداق ظلم می‌باشد؛ بنابراین از مجموع این آیات به خوبی
می‌توان پذیرش قطعی مفاد اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را استنباط کرد.

۳-۲. دلایل روایی بر اصل قانونی بودن

روایات متعددی را می‌توان به عنوان دلیل بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها ذکر
کرد؛ یکی از روایات معروف در این باره، حدیث معروف «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي تِسْعَةٌ ... مَا
لَا يَعْلَمُونَ ...» است. طبق حدیث مزبور، جهل به تکلیف سبب انتفای مسئولیت است؛ اما
اینکه چه نوع مسئولیتی مرتفع است، میان فقها اتفاق نظر وجود ندارد. برخی معتقدند
فقط «مؤاخذه و عقاب» مرتفع می‌باشد (انصاری، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۳۲۰) و بعضی نیز
«مطلق آثار شرعیه» را مرفوع دانسته‌اند (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۳۳۹).

از میان دو نظریه مذکور، هریک را بپذیریم، هیچ‌خدشه‌ای به دلالت روایت بر اصل
قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها وارد نمی‌سازد؛ زیرا رفع مؤاخذه و عقاب برای اثبات
اصل قانونی بودن مجازات‌ها کافی است و به تبع خود و بالملازمه باعث اثبات اصل
قانونی بودن جرایم نیز هست.

آنچه دلالت روایت بر مطلوب را مخدوش می‌سازد، اشکالی است که برخی بر
روایت کرده‌اند؛ با این بیان که اساساً حدیث رفع مربوط به «شبهات موضوعیه»

است، نه حکمیه (انصاری، [بی تا]، ص ۳۲۰ / خمینی، [بی تا]، ج ۲، ص ۲۱۳-۲۱۷)؛ ولی برخی دیگر از فقها چنین اشکالی را مردود دانسته اند و بر این عقیده اند که حدیث رفع در «ما لایعلمون»، اعم از شبهه حکمیه و موضوعیه است؛ یعنی «ما» موصوله دارای معنای اعم است (خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۳۴۰ / اصفهانی، ۱۴۱۹، ص ۵۷۹ / صدر، ۱۹۷۵، ص ۱۸۰).

از دیگر روایاتی که می توان آن را به عنوان یکی از قوی ترین و واضح ترین ادله روایی بر اصل قانونی بودن برشمرد، عبارت است از حدیث «الناس فی سعة ما لایعلمون» (خمینی، [بی تا]، ص ۲۳۸). این حدیث به دو صورت (خراسانی، ۱۴۰۹، ص ۳۴۲) معنا شده است:

۱. مردم تا زمانی که جاهل اند، در گشایش هستند «مؤاخذه نمی شوند» (بنا بر اینکه «ما» در جمله، مصدریه زمانیه باشد) (انصاری، [بی تا]، ص ۳۲۷).
۲. مردم در مورد مسائل و احکامی که بدان جهل دارند، در گشایش هستند «مؤاخذه نمی شوند» (بنا بر اینکه «ما» در جمله، موصوله باشد) (همان).

حدیث سعه بنا بر هر دو معنای مذکور، دلالت قاطع بر اصل قانونی بودن دارد و همان گونه که پیش تر بیان شد، حتی براساس این حدیث و مانند آن که علم به احکام را در مؤاخذه بندگان شرط دانسته است، دایره اصل قانونی بودن در اسلام وسیع تر از اصل قانونی بودن در حقوق موضوعه می باشد.

احادیث دیگری نیز دلالت بر اصل قانونی بودن می نماید که این احادیث در غالب کتب اصولی به عنوان دلایل اصل برائت، بررسی شده است (ر.ک: خمینی، ۱۳۷۶، ص ۲۳۷-۲۵۱) و برای رعایت اختصار فقط به ذکر متن برخی احادیث بسنده می کنیم:

۱. «کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی».
۲. «ما حجب الله علمه عن العباد فهو موضوع عنهم».
۳. «کل شیء لک حلال حتی تعلم أنه حرام».

از مجموع آیات و روایات مذکور به علاوه حکم عقل و بنای عقلا (همان، ص ۲۵۱ / انصاری، [بی تا]، ص ۳۳۵)، تردیدی در پذیرش اصل قانونی بودن در حقوق اسلام باقی نمی ماند. اگرچه در مورد جرایم تعزیری، تعیین نوع و میزان مجازات تا اندازه ای به

قاضی واگذار شده است؛ ولی برخی حقوقدانان همین میزان را نیز خروج از اصل قانونی بودن دانسته‌اند (افتخار جهرمی، ۱۳۷۸، ص ۹۳).

نتیجه

از مجموع مباحث پیش‌گفته می‌توان به مباحث ذیل دست یافت:

۱. براساس اصل قانونی بودن که از مهم‌ترین اصول حقوق کیفری به شمار می‌رود، هیچ جرم و مجازاتی بدون تصریح در قانون، مجاز و مشروع نیست. این اصل پیش از حقوق موضوعه، در حقوق کیفری اسلام با قوت و تأکید بیشتری به رسمیت شناخته شده است. آیات متعددی به عنوان شاهد و دلیل بر اصل قانونی بودن ارائه شده است که مهم‌ترین آنها عبارت است از آیه شریفه «مَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا: ما هرگز کسی را عذاب نکردیم، مگر اینکه پیش از آن رسولی را بر ایشان برگزیدیم» (اسراء: ۱۵). براساس این آیه شریفه، بسیاری از فقها قاعده قبح عقاب بالایان را بنیان نهاده‌اند که البته این قاعده علاوه بر مستند نقلی، از مستند عقلی نیز برخوردار می‌باشد؛ زیرا عقاب نسبت به تکلیف غیرواصل، از واضح‌ترین مصادیق ظلم است.
۲. در موارد حکم عقل به قبح یک عمل نیز بر خداوند است تا از باب لطف بر بندگان، با فرستادن پیامبران، حکم عقل را مورد تأکید و تأیید قرار دهد تا حجت را بر بندگان تمام کرده، شبهه را برطرف سازد؛ ولی درباره «اصول دین» که عقل مستقلاً به درک آنها قادر است، عقاب و مؤاخذه بر آن متوقف بر بیان رسول نیست؛ زیرا اساساً تصدیق صحت قول و بیان پیامبر، متوقف بر درک اصول دین از راه عقل مستقل می‌باشد و اگر درک اصول دین از راه عقل مستقل هم متوقف بر بیان پیامبر باشد، «دور» لازم می‌آید. ممکن است چنین استدلال کرد که از نظر عقلا و حتی از دیدگاه عقل، هیچ قبحی ندارد که در مواردی که عقل مستقلاً به درک قبح و ممنوعیت یک عمل قادر است، حتماً ارسال رسل و ابلاغ قانون برای ممنوعیت، لازم باشد و ثابت نشده است که در این موارد، عقل حکم به لزوم لطف از سوی خداوند داشته باشد.
۳. معیار استحقاق عقاب، وصول تکلیف به مکلف است، نه صرف ابلاغ از سوی

شارع؛ زیرا به مناسبت حکم و موضوع چنین استفاده می‌گردد که خود بعث رُسل در نزول عذاب موضوعیت ندارد، بلکه بعث رسل راهی برای رساندن تکالیف به بندگان و اتمام حجت بر آنان است. با پذیرش نظریه مذکور، می‌توان این گونه استنباط کرد که دایره اصل قانونی بودن در حقوق اسلام، وسیع‌تر از حقوق عرفی است. در مقابل این نظریه، به اعتقاد برخی چنانچه مکلف حتی «احتمال وجود تکلیف» و عدم وصول آن به خویش را بدهد، باز هم مقتضای حکم عقل این است که باید خواسته خداوند و منویات الهی تأمین گردد؛ زیرا خداوند بر بندگان خود «حق الطاعة» دارد و این امر اقتضا می‌کند بندگان حتی نسبت به تکالیف محتمل نیز موظف به انجام باشند؛ ولی بر این نظریه، نقدهای جدی وارد شده است؛ از جمله اینکه حکم عقلی به حق طاعت مولا، همان اندازه که در تکالیف وجوبی و تحریمی مطرح می‌باشد، در اباحه واقعی نیز مطرح است. اگر منع، خالق یا مالک بودن مولا مستدعی است تکالیف او را گردن نهیم و به مقتضای آن عمل کنیم، همین منعمیت، خالقیت و مالکیت نیز مستدعی است به «اباحه» او به عنوان حکمی از احکام خمسه، گردن نهیم و به مقتضای آن عمل نماییم.

منابع

۱. آشوری، محمد؛ آیین دادرسی کیفری؛ ج ۱، چ ۲، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۶.
۲. آلوسی، شهاب‌الدین؛ تفسیر آلوسی؛ [بی‌جا]: [بی‌نا]، [بی‌تا].
۳. ابن‌قدمه، عبدالرحمن بن ابی‌عمر؛ المغنی؛ بیروت: دارالکتب العربی، [بی‌تا].
۴. ابن‌کثیر، ابوالفداء؛ تفسیر ابن‌کثیر؛ ج ۳، چ ۱، بیروت: دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق.
۵. اردبیلی (مقدس)، ملاحمد؛ زبدة‌البيان فی أحكام القرآن؛ چ ۱، قم: کنگره محقق اردبیلی، ۱۳۷۵.
۶. —؛ مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۷. استفانی، گاستون و دیگران؛ حقوق جزای عمومی؛ ترجمه حسن دادبان؛ چ ۱، تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی، ۱۳۷۷.
۸. اصفهانی، سیدابوالحسن؛ وسیلة الوصول إلى حقائق الأصول؛ تقریر میرزا حسن سیادت سبزواری؛ چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۹. افتخار جهرمی، گودرز؛ «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و تحولات آن»؛ مجله تحقیقات حقوقی؛ ش ۲۵-۲۶، بهار و تابستان ۱۳۷۸، ص ۷۹-۱۰۲.
۱۰. آملی لاریجانی، صادق؛ «نظریه حق الطاعه»؛ فصلنامه پژوهش‌های اصولی؛ ش ۱، پاییز ۱۳۸۱، ص ۲۶۱۱.
۱۱. انصاری، مرتضی؛ فرائد الأصول؛ چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، [بی‌تا].
۱۲. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین؛ مسالک الأفهام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲، قم: انتشارات بصیرتی، [بی‌تا].
۱۳. حائری، سیدعلی‌اکبر؛ «بررسی نظریه حق الطاعه»؛ فقه اهل بیت؛ ش ۱۷ و ۱۸،

- بهار و تابستان ۱۳۷۸، ص ۱۳۳-۱۷۸.
۱۴. حاجی ده‌آبادی، احمد؛ قواعد فقه جزایی؛ چ ۳، قم: انتشارات پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۱.
۱۵. حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة (سی جلدی)؛ چ ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴ق.
۱۶. حسینی، سیدمحمد؛ سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران؛ چ ۱، تهران: انتشارات دانشگاه تهران و سمت، ۱۳۸۳.
۱۷. حلّی (ابن‌فهد)، جمال‌الدین احمد؛ المذهب البارع فی شرح المختصر النافع؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۸. حلّی (علامه)، حسن بن یوسف؛ تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة؛ قم: مؤسسه آل‌البیت (چاپ سنگی)، [بی‌تا].
۱۹. خراسانی (آخوند)، محمدکاظم؛ کفایة الأصول؛ ج ۲، چ ۱، قم: انتشارات مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۹ق.
۲۰. —؛ تهذیب الأصول؛ تقریر جعفر سبحانی؛ قم: دارالفکر، [بی‌تا].
۲۱. —؛ أنوار الهدایة؛ چ ۱، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، ۱۳۷۲.
۲۲. خمینی، سیدمصطفی؛ تحریرات فی الأصول؛ چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام، ۱۳۷۶.
۲۳. خویی، سیدابوالقاسم؛ التفتیح فی شرح العروة الوثقی (کتاب الاجتهاد والتقلید)؛ تقریر علی تبریزی غروی؛ چ ۳، قم: دارالهادی للمطبوعات، ۱۴۱۰ق.
۲۴. خویی، سیدابوالقاسم؛ مبانی تکلمة المنهاج؛ قم: دارالهادی للمطبوعات، ۱۴۰۷ق.
۲۵. —؛ مصباح الأصول؛ تقریر محمد سرور الواعظ؛ ج ۲، چ ۱، قم: منشورات مکتبه الداوری، ۱۴۰۹ق.
۲۶. راوندی، قطب‌الدین سعیدبن هبة الله؛ فقه القرآن؛ ج ۱، چ ۲، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ق.
۲۷. صدر، محمدباقر؛ المعالم الجديدة للأصول؛ چ ۲، تهران: مکتبه النجاشی، ۱۹۷۵م.

۲۸. —؛ دروس فی علم الأصول؛ ج ۲، بیروت: دارالکتب اللبنانی، ۱۴۰۶ق.
۲۹. طباطبایی (علامه)، سیدمحمدحسین؛ المیزان فی تفسیر القرآن؛ ج ۱۳ و ۱۵، چ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲.
۳۰. طباطبایی، سیدعلی؛ ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل؛ قم: مؤسسه آل‌البتیت، ۱۴۰۴ق.
۳۱. طبرسی، فضل‌بن‌حسن؛ تفسیر جوامع‌الجامع؛ ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۳۲. —؛ تفسیر جوامع‌الجامع؛ ج ۲، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۰ق.
۳۳. —؛ تفسیر مجمع‌البیان؛ ج ۵، چ ۲، بیروت: دارالمعرفه، ۱۴۰۸ق.
۳۴. طوسی، ابوجعفر؛ التبیان فی تفسیر القرآن؛ ج ۱ و ۶، چ ۱، قم: مکتب‌الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۹ق.
۳۵. عالیه، سمیر؛ أصول قانون‌العقوبات (القسم‌العام)؛ ج ۲، بیروت: مجلد، ۱۴۱۶ق.
۳۶. فیض‌کاشانی، ملامحسن؛ تفسیرالأصفی؛ ج ۱، چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۷۶.
۳۷. —؛ تفسیرالصافی؛ ج ۳، بیروت: مؤسسة‌الأعلمی للمطبوعات، [بی‌تا].
۳۸. قمی، علی‌بن‌ابراهیم؛ تفسیر قمی؛ چ ۳، قم: مؤسسه دارالکتب، ۱۴۰۴ق.
۳۹. کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق؛ ج ۲، چ ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۷.
۴۰. گرجی، ابوالقاسم؛ «گزارش علمی کنفرانس اجرای حقوق کیفر اسلامی و اثر آن در مبارزه با جرایم»؛ نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی؛ ش ۲، ۱۳۵۵.
۴۱. گلدوزیان، ایرج؛ حقوق جزای عمومی ایران؛ ج ۱، چ ۳، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹.
۴۲. محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه جزایی؛ چ ۴، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
۴۳. موسوی بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقهیه؛ ج ۱، چ ۲، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۷۱.
۴۴. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا؛ الدر المنضود فی أحكام الحدود؛ تقریر علی

- کریمی جهرمی؛ چ ۱، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۲ق.
۴۵. نجفی، محمدحسن؛ **جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام**؛ چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱م.
۴۶. نوربها، رضا؛ **زمینه حقوق جزای عمومی**؛ چ ۳، تهران: نشر دادآفرین، ۱۳۷۸.
۴۷. نووی، محی‌الدین بن شرف؛ **روضۃ الطالبین**؛ لبنان: دارالکتب العلمیه، [بی‌تا].
۴۸. هاشمی، سیدحسین؛ کوشا، جعفر؛ «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن»؛ **مجله نامه مفید**؛ ش ۲۶، تابستان ۱۳۸۰، ص ۶۹-۹۶.
۴۹. هندی (فاضل)، محمدبن حسن؛ **کشف اللثام والإبهام عن کتاب قواعد الأحکام**؛ ج ۲، قم: منشورات مکتبه آیت الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ق.
۵۰. ولیدی، محمدصالح؛ **حقوق جزای عمومی**؛ ج ۲، چ ۳، تهران: نشر داد، ۱۳۷۴.
51. Davis, Mark S.; **Crimes Mala in Se: An Equity – Based Definition, Criminal Justice Policy Review**; Vol. 17, No. 3, September 2006.
52. Garner, Bryan A.; **Black's Law Dictionary**; West, USA, Ninth Edition, 2009.
53. Kolasa, Blair J. and Bernadine Meyer; **Prentice — Hall; Inc.**, Englewood Cliffs, New Jersey, 1978.