



اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها

حامد اکبری گندمانی^۱

دانشجوی کارشناسی حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی اصفهان واحد خوراسگان

سیامک بهارلویی

مدرس دانشگاه، دکترای فقه و مبانی حقوق اسلامی، مربی دانشگاه آزاد اسلامی اصفهان واحد خوراسگان

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۱۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۲/۰۶)

چکیده

یکی از اصول بنیادین در حقوق کیفری، اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌هاست. جرائم، مجازات‌ها و کیفیات آن‌ها در لوای اصل فوق می‌بایست از قبل پیش‌بینی شده باشد. قانون‌گذاری‌های متفاوت، این اصل را یا در قوانین جزایی یا در قوانین اساسی و یا همچون حقوق ما در هر دو گنجانیده‌اند. دین مبین اسلام، با آوردن قاعده‌ی قبح عقاب بلا بیان بر این اصل صحنه گذاشته است. اعمال این اصل در یک شکل عام و تعیین کننده در اروپا و در انقلاب کبیر ظاهر شده است و از بعد بین‌المللی مواد ۷ و ۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ و همچنین مواد ۱۰ و ۵۱ اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸) به بیان این اصل پرداخته‌اند. در قوانین کشور ما نیز اصل ۳۶ قانون اساسی و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با بیان اینکه: هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌گردد، به بیان این اصل پرداخته‌اند. نوشتار حاضر در صدد بررسی ریشه‌های این اصل از ابعاد مختلف می‌باشد چراکه فعل و ترک فعل انسان هر اندازه نكوهیده و برای نظام اجتماعی زیان‌آور باشد، مادامی که در قانون حکمی برای آن پیش‌بینی نشده باشد قابل مجازات نیست. به بیان دیگر، مادامی که قانون‌گذار فعل یا ترک فعل را جرم نشناسد و کیفری برای آن تعیین نکند، افعال انسان مباح است.

1- Email: akbarihamed5@gmail.com

* (نویسنده مسئول)

واژگان کلیدی

قانون، جرائم، مجازات، فعل، ترک فعل

Principle of the legality of crimes and punishments

▪ Abstract of research to English language

One of the fundamental principles of criminal law is the principle of the lawfulness of offenses and penalties. The crimes, punishments, and qualifications that they have to do in the above principle should have been foreseen. Different legal acts incorporate this principle either in criminal law or in substantive law or in the same way as our rights in both. The religion of Islam, with the adoption of the rule of the Eagle, expresses its support for this principle. The application of this principle has appeared in a general and determinative way in Europe and in the Great Revolution, and the following is true of the international dimension of Articles 7 and 8 of the Universal Declaration of Human Rights and Citizens of 1789, as well as Articles 10 and 51 of the Universal Declaration of Human Rights (1948). Principle. In the laws of our country, also Article 36 of the Constitution and Article 2 of the Islamic Penal Code, adopted in 2013, state that: any act, including the verb or the verb that is specified in the law for that punishment, is a crime, they have expressed this principle. The present article seeks to examine the roots of this principle from various dimensions, since the verb and the crack of the human verb are not as abusive and harmful to the social system, unless punishable by law. In other words, as long as the legislator does not recognize the verb or the verb being a crime and does not punish it, the verbs of man are allowed.

Keywords

Law, offense, punishment, verb, leave verb



مقدمه

قانون، مجموعه قواعد و مقرراتی است که از طرف مقامات صالحه و مراجع مفترض الطاعه وضع و اعلام می‌گردد و موضوع آن حقوق و تکالیف افراد بشر و مدلول آن الزام، اذن یا ابامه و غایب آن ایجاد نظم و ترتیب در اعمال و اقوال و روابط افراد و اجتماعات و جلوگیری از خودکامگی زورگویی و نیرنگ و نفاق و جنگ و قتال است (پاشا صالح، علی، مباحثی تاریخ از حقوق، دورنمایی روزگاران پیشین تا امروز انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۸، ص ۱۳).

از گذشته‌های دور تاکنون این پرسش اساسی وجود داشته که چنانچه قانون‌گذار موضوعی را جرم انگاری ننمود و شخصی این کار را که اعم از فعل و ترک فعل بوده، انجام داده، می‌توان وی را مورد مجازات قرارداد یا خیر؟

این امر از یکسو به عنوان یک قاعده عقلی تحت عنوان (قبح عقاب بیان) بر این امر دلالت می‌کند که بدون بیان حکم و تصریح قانونی، اگر کسی به کیفر برسد، عقل آدمی آن را قبیح و نادرست می‌داند و تا هنگامی که قانون‌گذار افراد را از کاری منع ننموده، انجام دادن آن کار، مباح است، منعی ندارد و هرگز کسی را برای آن کیفر نخواهند کرد. (گرچی، ابوالقاسم، حقوق جزای عمومی اسلام نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، ش ۶، ص ۹۳). قاعده قبح عقاب بلا بیان که در اسلام بیان شده است، اجمالاً آن است که مادام که عملی توسط شرع نهی شده و آن نهی به مکلف ابلاغ نشده، چنانچه شخصی مرتکب گردد، مجازات او عقلاً قبیح و زشت است و مادام که عملی توسط شرع واجب نشده و امر شارع به مکلف ابلاغ نشده، چنانچه شخصی ترک کند مجازات او بر ترک فعل مزبور عقلاً قبیح و زشت است (محقق داماد، مصطفی، فقه بخش جزایی، ۱۳۸۸، ص ۱۵).

مفاد قاعده قبح عقاب بلا بیان، ظاهراً نخستین بار در متون شیخ طوسی به چشم می‌خورد. وی در تفسیر تبیان ذیل آیه شریفه (و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا) (اسراء/۱۵)، می‌گوید: این آیه بیانگر آن است که خداوند هیچ‌کس را بر معاصی و گناهانش عقاب نخواهد کرد مگر آنکه با حجت‌ها، دلایل و ارسال رسل وی را آگاه کرده باشد. پس در مقام استدلال می‌گوید: به خاطر آنکه زشت است (عقلاً) خداوند کسی را عقاب کند قبل از آنکه او را به مصالح و مفاسدش آگاه ساخته باشد. «فانه لایحسن من الله تعالی مع ذلک ان یتعاقب احداً بعد ان یعرفه ما هو لطف له و مصلحه» (شیخ طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۶، ص ۴۵۸).

از نظرگاه فقها، این قاعده عقلی است. بدین معنا که معتقدند عقاب و مواخذه نسبت به فعل یا ترک فعلی که از سوی مقام تشریح برای شخص مرتکب، بیانی واصل نشده، قبیح است. یکی از احکام مستقل عقلی، حسن عدل و قبح ظلم است. بنابراین بیشتر کارهای خوب و بد بر اساس انطباق و عدم انطباق آن با صدق عنوان عدل و ظلم، محکوم به خوبی یا بدی خواهند شد. مثلاً صدق و کذب اگرچه مقتضای حسن و قبح‌اند، در عین حال ممکن است در برخی فرض‌ها به خاطر وجود شرایطی به خلاف مقتضای خود، متصف گردند. مثل صدقی که موجب فتنه و آشوب شود، بی‌گمان متصف به حسن نیست و کذبی که مانع خطر جانی شود، متصف به قبح نخواهد بود. عقاب و مؤاخذه بر فعل یا ترک فعلی که به مرتکب هیچ بیان می‌دارد: «ان العقاب علی مخالفه التکلیف الغیر الواصل مناوئح مصادیق الظلم. از واضح‌ترین مصادیق ستم است» (خوبی، مصباح الاصول، ج ۲، ص ۲۵۴).

در مقابل این نظر اما، دیدگاه متفاوتی وجود دارد و آن نظر سید محمدباقر صدر است: ما بر مسلک حق الطاعه معتقدیم که مولویت ذاتیه که برای خداوند ثابت است اختصاص به تکالیف مقطوعه ندارد بلکه شامل مطلق تکالیف واصله هر چند احتمالی آن وجود داشته باشد نیز می‌شود و این از مدرکات عقلی عملی است. بنابراین، قاعده اولیه اشتغال است. (سید محمدباقر صدر، دروس فی علم الاصول، الحلقه الثالثه، ص ۳۲۴).

درباره افعال بندگان، پیش از تشریح و نزول وحی، بین دانشمندان اسلامی اختلاف نظر وجود دارد: اشعریان که به حسن و قبح ذاتی افعال معتقد نیستند، که تنها این خطاب شارع است که به افعال، صفت قبیح یا حسن می‌بخشد پیش از ورود حکم شرع، قبح و حسنی بر افعال مترتب نمی‌شود و نمی‌توان درباره آن‌ها حکمی صادر کرد. در مقابل این دیدگاه، معتزله قرار دارد که به حسن و قبح ذاتی اعتقاد دارند و مثلاً ظلم را فی ذاته قبیح و عدل را فی نفسه حسن می‌شمارند و معیار تشخیص آن را نیز عقل می‌دانند، در مواردی که حسن و قبح افعال پیش از ورود شرع عقلاً قابل تمیز و تشخیص نباشد یا حسن و قبح عمل مساوی باشد دچار اختلاف نظر شده‌اند.

در میان دانشمندان غربی نیز، سزار بکاریا در کتاب (جرائم و مجازات‌ها) که در سال ۱۷۶۴ انتشار یافت در دفاع از این اصل می‌نویسد: «تنها بر پایه‌ی قوانین می‌توان کیفرهای متناسب با جرائم را تعیین کرد و این اختیار خاص، تنها به قانون‌گذار که نماینده جامعه‌ای است که بر اساس یک قرارداد اجتماعی تشکیل یافته است، تعلق دارد». (سزار بکاریا، رساله‌ی جرائم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، ۱۳۷۷، ص ۳۴۱).

از سوی دیگر، شارل لویی منتسکیو در کتاب (روح القوانين) بدین نکته اشاره می‌کند که: «اگر قوه قضایی از قوه قانون‌گذاری و اجرایی مجزا نباشد، بازهم آزادی وجود ندارد. چه آنکه اختیار نسبت به زندگی و آزادی افراد خودسرانه خواهد بود و وقتی قاضی، خود، مقنن بود و خودش هم اجرا کرد، اقتدارات وی خودسرانه خواهد بود. (شارل لویی منتسکیو، روح القوانين، ترجمه علی‌اکبر مهدی، چاپ هشتم، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۲، ص ۲۹۷).

در همین راستا، به‌موجب ماده ۸ اعلامیه جهانی حقوق بشر و شهروند ۱۷۸۹ فرانسه: «قانون، فقط کیفرهایی را مقرر می‌دارد که به‌وضوح به‌یقین ضرورت دارد و هیچ‌کس را نمی‌توان مجازات کرد مگر به‌موجب قانونی که پیش از ارتکاب جرم مقرر و توشیح شده باشد و به‌طور قانونی به اجرا درآمده باشد». برای اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، امتیازات و انتقاداتی را در نظر گرفته‌اند که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌کنیم:

۱- امتیازات اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها

۱-۱- سیاست کیفری ایجاب می‌کند که هر فرد به حدود ممنوعیت‌ها واقف شود. وجود قانون قبل از عمل، از نظر روانی می‌تواند تأثیرگذار و پیشگیری‌کننده باشد. در این صورت، نه تنها جنبه‌ی تنبیهی ندارد که اصلاح‌کننده نیز هست.

۱-۲- افراد در پرتو این اصل مطمئن می‌شوند که تا زمانی که مرتکب هیچ‌یک از جرائم مصرحه در قانون جزا نگردند، تحت تعقیب قرار نخواهند گرفت و می‌دانند که اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها مانع خودکامگی قاضی در صدور حکم خواهد شد. (میلانی، علیرضا، نگرشی بر اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، ۱۳۸۶، ص ۷۳).

۱-۳- بشر اختیارات خود را به جامعه تفویض می‌کند، قیود آن را می‌پذیرد و تکالیفی را که بر عهده‌اش گذاشته‌اند انجام می‌دهد اما در مقابل حق دارد که از جامعه بخواهد چه اعمالی را نباید انجام دهد. چراکه جامعه مجاز نیست از قدرتی که به او داده‌شده سوءاستفاده کند و افراد را در مقابل اعمال انجام‌یافته قرار دهد. در این راستا، جامعه بایستی قانون خود را قبلاً به افراد عرضه کند و از آن‌ها بخواهد طبق آن رفتار نمایند. با احترام به اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، قواعد و قوانین اجتماعی دارای اعتبار و قدرت بیشتری شده و افراد در گسترش روابط و فعالیت‌های اقتصادی مجاز و مشروع تردید به خود راه نخواهد داد. در

۲- انتقادات

۱-۲- غیر این صورت، محافظه‌کاری برای احتراز از مشکلات و کیفرهای اجتماعی مانع از فعالیت‌های اقتصادی و بالا رفتن سطح زندگی مردم می‌شود. (میلانی، همان، ص ۷۳). به همین لحاظ مقنن باید در کمال بی‌طرفی با متون قانونی کلی و عام، اعمال ممنوعه و حداکثر آن‌ها را معین کند. این روش هم در جهت عدالت و انصاف است و هم موجب تأمین حقوق و آزادی‌های فردی است. (شام بیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، جلد اول، ۱۳۸۸، ص ۲۴۴).

۲-۲- همان‌گونه که (منتسکیو) اعتقاد دارد بین قوای سه‌گانه تفکیک وجود داشته باشد، چنانچه قاضی به خلق جرم مجازات بپردازد، این امر دخالت در امر انحصاری قوه‌ای دیگر تلقی می‌شود چراکه مطابق اصل تفکیک قوا، تصویب قانون و وظیفه‌ی انحصاری قوه‌ی مقننه است و تنها به‌موجب قانون است که می‌توان فعل یا ترک فعلی را جرم قلمداد کرد. حال، چنانچه برخلاف این اصل، محاکم حق داشته باشند که آزادانه به تعیین جرم پرداخته و یا مجازاتی را بنا بر سلیقه شخصی و خارج از مقررات موضوعه تعیین کنند، بی‌شک، برخلاف اصل تفکیک قوا که در اصول ۵۷، ۵۸، ۶۰ و ۶۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز پیش‌بینی شده است عمل نموده‌اند.

۲-۳- عدم تکاپوی قوانین کیفری، بدین معنا که بعضی از مجرمین حرفه‌ای اعمال ضدا اجتماعی را چنان انجام می‌دهند که عناصر متشکله آن اعمال منطبق با عناوین قانونی نیست، لذا قابلیت تعقیب و محاکمه ندارد. با این وجود، پاره‌ای از حقوقدانان بر وجود اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها پافشاری می‌کنند زیرا هر چند اصل قانونی بودن جرائم در بعضی موارد باعث می‌شود مجرمین آزاد مانده و از عدالت فرار کنند، اما از نظر حفظ حقوق و امنیت شخصی اعضای جامعه، رعایت این اصل به‌طور قاطع و کامل ضرورت دارد. (میلانی، همان، ص ۸۵).

۲-۴- عدم توجه اصل به مجرم و حالت خطرناک؛

یکی دیگر از انتقادات وارده این است که اصل مذکور، فقط جرم و میزان خطر را در نظر می‌گیرد و به مجرم و حالت خطرناک وی توجهی ندارد و قاضی در هنگام قضاوت نمی‌تواند مجازات مناسبی را اعمال کند. حال آنکه مجرمان با توجه به اوضاع و احوال شخصی و اجتماعی، مستحق مجازات مختلفی هستند و قاضی باید اختیار داشته باشد برای هر جرم، مجازات مناسبی اعمال کند.

توجه به این ایراد، تعدیل‌های فراوانی نسبت به اصل مذکور صورت داد از جمله اینکه مجازات‌ها میان حداقل و حداکثر تعیین شد تا قاضی، مجازات مناسبی میان آن در انتخاب کند (بولک برنارد، کیفرشناسی، ترجمه نجفی ابرنآبادی، علی حسین، ۱۳۸۵ صص ۵۶ - ۵۷).

۳- نتایج اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها

۳-۱- نتایج در خصوص قانون‌گذار

اراده‌ی عمومی به وسیله‌ی مجلس که نماینده‌ی آن است ظاهر می‌شود. یکی از وظایف مجلس نیز قانون‌گذاری شمرده شده است. پس، بر قانون‌گذار است که متون قانونی را وضع نماید. در حقوق جزا این تکلیف بر عهده‌ی قانون‌گذار است که در متن قانون، مشخص نماید که جرم چیست؟ آئین رسیدگی به آن چگونه است و چه مجازاتی برای هر جرم وجود دارد؟ جرائم بایستی به روشنی معلوم باشند و مجازات هر کدام به صورت واضح تعیین گردد. در آئین دادرسی باید حقوق اتهامی از حقوق دفاعی (هر ۲) را رعایت نمود، چراکه نمی‌توان متهم را از حقوق دفاعی محروم کرد. به طور کلی، متن قانون باید از چنان روشنی برخوردار باشد که نتوان آن را تفسیر کرد. ممنوعیت قوانین جزایی و محدود ساختن آن به تفسیر (مضیق) ناشی از این امر می‌باشد (نوربها، رضا، زمینه‌ی حقوق جزای عمومی، ۱۳۹۱، ص ۵۳).

۳-۲- نتایج در خصوص قاضی

از منظر قاضی، مهم‌ترین مطلب در اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها این است که عمل ارتكابی را با ماده‌ای از قانون جزا تطبیق دهد، یعنی حتماً عمل ارتكابی در قانون (جرم) محسوب شده باشد تا قاضی بتواند منطبق با آن اقدام نماید. به طور مثال، «تملك متقلبانہ شیء مربوط به دیگری می‌تواند یک سرقت یا کلاهبرداری یا خیانت‌درامانت باشد. قاضی کیفری باید دقت نماید که عمل تملك متقلبانہ با کدام یک از این موارد منطبق است، وصف قانونی آن چیست و اگر قانونی پیدا نکند که عمل ارتكابی در داخل آن قرار گیرد، چنانچه مجرم در مرحله‌ی تحقیق باشد، قرار منع تعقیب بر حسب مورد و چنانچه پرونده در دادگاه جریان داشته باشد، متهم تبرئه خواهد شد (همان، ص ۵۳).

۳-۳- در خصوص دستگاه‌های اجراکننده

پس از صدور رأی و قطعیت آن، مسئله اجرا حکم از موقعیت خاصی برخوردار است؛ زیرا از طرفی زیان‌دیده از جرم توقع دارد که رأی صادره در مورد مجرم اجرا گردد تا موجب تشفی خاطر او گردد و از سوی دیگر، جامعه با اجرای حکم نظم اجتماعی را استقرار می‌بخشد؛ اما نکته‌ای که نباید از ذهن دور شود این است که اجرای حکم نیز باید منطبق با موازین قانونی باشد و نمی‌توان به‌دلخواه حکمی را اجرا کرد یا نحوه‌ی اجرای آن را تغییر داد. به‌عنوان مثال، وقتی رأی مبتنی بر شش ماه زندان است قانون‌گذار زندان را تعریف و نحوه‌ی نگهداری محکوم را مشخص می‌کند؛ لذا نه می‌توان حکم را تغییر داد و نه نحوه‌ی اجرای آن را.

۴- برخی از مصادیق اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها

- ۴-۱- با توجه به فقدان نص قانونی، خودکشی جرم نیست، بنابراین معاونت در خودکشی نیز موضوعاً و قانوناً منتفی است. (گلدوزیان، ایرج، محشای قانون مجازات اسلامی، ۱۳۹۳، ص ۳۰).
- ۴-۲- در قانون مجازات اسلامی برای خریدوفروش و آموزش و به‌کارگیری آلات موسیقی مجازات تعیین نشده و لذا داشتن آن‌ها جرم به‌حساب نمی‌آید (نظریه ۷/۹۵۷ - ۱۳۷۷/۱۲/۲۳ اداره‌ی حقوقی).
- ۴-۳- از آنجا که جهت استفاده از کروات، دوچرخه‌سواری دختران در خیابان‌های اصلی و نحوه‌ی اصلاح موی سر پسران در قوانین موضوعه و مدونه مجازاتی در نظر گرفته نشده است، لذا اعمال مذکور قانوناً جرم تلقی نمی‌شوند. (نظریه ۷/۵۱۵۲ - ۱۳۷۹/۶/۵ - اداره‌ی حقوقی).
- ۴-۴- طبق مقررات کیفری ایران، در حال حاضر، فروش کتب چاپ‌شده در قبل از انقلاب اسلامی، جرم نیست. (دادنامه شماره ۵۵۴-۱۳۷۹/۱۰/۴ - شعبه ۳۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران) (حجتی، سید مهدی و یاری، مجتبی، قانون مجازات اسلامی در نظر حقوق کنونی، ۱۳۸۴، ص ۴۱).

نتیجه‌گیری

با توجه به‌صراحت اصل قانونی بودن جرائم (اصل یک‌صد و شصت و نهم) و مجازات‌ها (اصل سی و ششم) می‌توان بین دعاوی مدنی و کیفری قائل به تفکیک شد. بدین معنا که در صورت سکوت قانون در دعاوی مدنی، قاضی می‌تواند منابع و فتاوی معتبر رجوع کند و در دعاوی کیفری، فرض بر این است که تا زمانی که قانون‌گذار

عملی را جرم نشناخته، کسی را نباید برای انجام آن عمل مجازات نمود. (هاشمی، سید محمد، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، ص ۳۲۱).

منابع معتبر اسلامی، مجموعه دانش‌هایی است که صرفاً و فقط برای اهل علم دین و فقها و آشنایان به منابع فقهی قابل درک و فهم می‌باشد و شهروندان نوعاً (مگر به‌طور استثنا) از تعالیم آن بی‌اطلاع‌اند و در عمل نیز دسترسی به این منابع ندارند. بنابراین، اعمال مجازات‌هایی که شهروندان با آن آشنایی ندارند، دور از انصاف خواهد بود. از سوی دیگر ممکن است در سرزمین واحد، قضاوت در موارد مشابه، به فتاوی متفاوت مراجعه کنند و مبادرت به صدور احکام جزایی متفاوت یا نابرابر نمایند. بدین معنا که در جامعه‌ی واحد، یک قاضی، با استناد به فتاوی معتبری، حکم به مجازات بدهد و قاضی دیگری، در مورد مشابه، با استناد به فتاوی معتبر دیگری، حکم برائت صادر کند.

عده‌ای دیگر معتقدند که علی‌رغم تفسیرهای ارائه‌شده از اصل ۱۶۷ قانون اساسی، به نظر می‌رسد که قانون‌گذار به بیان حکمی کلی اقدام می‌کند و در خصوص هیچ دعوائی، قائل به استثنا نمی‌شود، بدین معنا که منظور از کاربرد عبارت «هر دعوی» در این اصل، همه دعای اعم از کیفری و مدنی است.

به‌هرحال، رویه قضایی، باوجود آرای فراوانی که از اول انقلاب تا به حال صادر شده است، اگرچه تلاش می‌کند خود را مقید و پایبند به اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها نشان دهد حکایت از آن دارد که قضات، برداشتی عام از اصل ۱۶۷ دارند و آن را در قلمروی حقوق کیفری و مدنی، مجری دانسته‌اند زیرا بسیاری بر اساس منابع معتبر اسلامی، مورد بررسی قرار گرفته و در مورد آن حکم صادر شده است. (حبیب زاده، محمدجعفر و توحیدی فرد، محمد، قانون‌مداری در قلمروی حقوق کیفری، ۱۳۸۶، ص ۷۷). درواقع، قانون‌گذار، قاضی را مکلف نموده است که درهرحال در صورت سکوت، نقض یا اجمال به پیدا کردن عنوان مجرمانه اقدام کند. (شمعی، محمد، جرم‌انگاری حداکثری، ۱۳۹۴، ص ۱۱۷).

گاهی نیز ممکن است ادعا شود که قرآن کریم، قانون اساسی نظام اسلامی است و دیگر نیازی به قانون اساسی مصوب مجلس مؤسسان یا خبرگان که به تأیید آحاد ملت نمی‌باشد، درحالی‌که شیوه‌ی و تصویب قانون اساسی خلاف ادعای مذکور است و سعی مقنن بر آن بوده که با رعایت اصول حقوقی و شیوه‌ی مرسوم در حقوق موضوعه، احکام و مقررات اسلامی در همه‌ی زمینه‌ها تدوین و به تصویب قوه‌ی قانون‌گذاری (اعم از مجلس مؤسسان خبرگان و مجلس شورا) برساند. درواقع، این شیوه، نتیجه دو پارامتر (زمان) و (مکان) در قواعد اسلامی

است تا بتوان با حفظ ماهیت اسلامی حکومت شکل مورد قبول را در زمان حاضر ارائه داد، بنابراین جناب آقای دکتر محقق داماد، این روش نه تنها منافاتی با اهداف قانون اساسی که رعایت مقررات اسلامی ندارد بلکه مؤید این ادعاست که احکام و مقررات اسلامی در هر زمان و مکان و با هر شرایطی قابل اجراست.

این شیوه در رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیز مورد نظر قانون گذار بوده است، هر چند در منابع فقهی، اصل مذکور با شیوه مرسوم حقوقی آن بیان نشده است، اما قانون اساسی در اصول مختلف به رعایت اصل مذکور تصریح کرده است. از جمله اصول ۲۲ و ۲۵ در باب ممنوعیت تعرض به حقوق افراد، اصل ۳۲ در باب قانونی بودن توقیف افراد، اصل ۳۳ در باب قانونی بودن تبعید یا اقامت اجباری در محل معین و منع اقامت در محل معین تصویب شده است. اصل ۳۶ نیز به طور صریح بر اصل قانونی بودن دادرسی و اصل قانونی بودن مجازاتها را پذیرفته است. اصل ۳۷ نیز با تأکید بر اصل قانونی دادرسی با اصل برائت را پیش بینی نموده است. به طور کلی اصول ۳۴ تا ۳۹ دلالت صریح بر پذیرش قانونی بودن مجازت و دادرسی دارند. همچنین اصل ۱۶۶ مستند بودن احکام دادگاهها را به مواد قانونی را بیان کرده و اصل ۱۶۹ عطف بمسابق نشدن قوانین کیفری را تصریح نموده است. با جمع اصول مذکور و با توجه به بند ۴ اصل ۱۵۶ و نیز روح حاکم بر قانون اساسی شکی باقی نمی ماند که اجازه مندرج در حل ۱۶۷ به قضاوت محاکم مبنی بر مراجعه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور در صورت فقدان نص، سکوت یا نقص قانون منصرف به امور حقوقی است؛ زیرا اصل ۱۶۷ عام است و عمل به عام قبل از تفحص برای مخصص جایز نیست.

لذا اصول ۳۶ و ۱۶۹ و بند ۴ اصل ۱۵۶ که حالت خاص دارند، اصل ۱۶۷ را از ممنوعیت خارج نموده، آن را به امور حقوقی اختصاص می دهد. علاوه بر آن، در اصل ۳۶، لفظ فقط به کار رفته است که از ادات حصر است و با توجه به جهت بودن مفهوم حصر، حکم به مجازات و اجرای آن از طریقی غیر از قانون مدون، امکان پذیر نیست و خلاف قانون اساسی است، این نتیجه با توجه به سابقه موضوع و اجرای ماده ۳ قانون آ.د.م تقویت می گردد.

منابع

- ۱- بولک برنارد ۱۳۸۵، کیفرشناسی، ترجمه نجفی ابرندآبادی، علی حسین، تهران: انتشارات مجد، چاپ پنجم.
- ۲- پاشا صالح، علی ۱۳۴۸، مباحثی تاریخ از حقوق، دورنمایی روزگاران پیشین تا امروز، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ۳- توحیدی فر، محمد و حبیب زاده، جعفر ۱۳۸۴، قانون مجازات اسلامی در نظر حقوق کنونی، تهران: انتشارات میثاق عدالت، چاپ اول.
- ۴- حجتی، سید مهدی و یاری، مجتبی ۱۳۸۴، قانون مجازات اسلامی در نظر حقوق کنونی، تهران: انتشارات میثاق عدالت، چاپ اول.
- ۵- خویی سید ابوالقاسم بی‌تا، مصباح الاصول، ج ۲، قم: بی‌نا.
- ۶- سزار بکاریا ۱۳۷۷، رساله‌ی جرائم و مجازات‌ها، ترجمه محمدعلی اردبیلی، تهران: انتشارات میزان، چاپ سوم.
- ۷- شارل لویی منتسکیو ۱۳۶۲، روح القوانين، ترجمه علی‌اکبر مهتدی، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ هشتم.
- ۸- شام بیاتی، هوشنگ ۱۳۸۸، حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران: انتشارات مجد، چاپ چهاردهم.
- ۹- شمعی، محمد ۱۳۹۴، جرم‌انگاری حداکثری، تهران: انتشارات جنگل، چاپ اول.
- ۱۰- صدر، سید محمدباقر بی‌تا، دروس فی علم الاصول، بیروت: الحلقة الثالثة.
- ۱۱- طوسی محمد بن حسن بی‌تا، التبیان فی تفسیر القرآن، ج ۶، قم: بی‌نا.
- ۱۲- گرجی، ابوالقاسم ۱۳۹۱، «حقوق جزای عمومی اسلام»، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۶.
- ۱۳- گلدوزیان، ایرج ۱۳۹۳، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران: انتشارات مجد، چاپ سوم.
- ۱۴- محقق داماد، مصطفی ۱۳۸۸، فقه بخش جزایی، تهران: مرکز نشر علوم انسانی، چاپ دوازدهم.

- ۱۵- میلانی، علیرضا ۱۳۸۶، نگرشی بر اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، تهران: انتشارات میزان.
- ۱۶- نوربها، رضا ۱۳۹۱، زمينه‌ی حقوق جزای عمومی، تهران: انتشارات گنج دانش، چاپ سی و سوم.
- ۱۷- هاشمی، سید محمد ۱۳۹۳، حقوق بشر و آزادی‌های اساسی، تهران: انتشارات میزان، چاپ سوم.

