

چالش‌های حقوقی فراروی اصل قانونی بودن جرم و مجازات در ایران در پرتو

موازن فقه امامیه^۱

علمی - پژوهشی

سید ابراهیم قدسی *

مصیب قدمی عزیزآباد **

چکیده

از آنجایی که اسلام دین رحمت است مجازات انسان‌ها بدون ابلاغ نواهی و اوامر خود به آنها را خلاف رحمت و کرامتی می‌داند که خداوند در ذات نوع بشر قرار داده است، نتیجه این است که در فقه اسلامی علی‌الخصوص فقه امامیه اصول و مبانی متعددی از جانب فقها و استنباط آنها از منابع فقهی در مورد نهی از عقاب بدون اطلاع و ابلاغ چون «قیح عقاب بلا بیان»، «اصل برائت» و... به مردم موجود است، هدف از این ابلاغ در حقوق جزای مدرن نیز تامین امنیت خاطر و حفظ کرامت انسانی افراد متهم است تا در سایه این اصل از یک سو بدون دلیل و به صرف شک و شبهه محکوم نشوند و از طرفی مجازات آنها تحت عصیان و جور قضات بیش از آنچه که مستحق می‌باشند مورد حکم قرار نگیرد، البته شمول و محتوای اصل ابلاغ تکالیف به مکلفین جهت مجازات آنها در فقه امامیه روشن‌تر و جامع‌تر از اصل قانونی بودن جرم و مجازات است چراکه در فقه اصل بیان تکلیف صرف صدور آن نیست بلکه وصول آن موضوعیت دارد، در حالی که در حقوق اصل بر آگاهی به صرف صدور قانون نهاده شده است. در حقوق کیفری ایران گرچه با وجود منبع پر بار فقه اسلامی این اصل اصولاً مورد پذیرش قرار گرفته است، اما در موارد متعددی خصوصاً در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و آیین‌نامه دادرسی و دادگاه‌های ویژه روحانیت مصوب ۱۳۶۹ اصلاحی ۱۳۸۴ به نحو بارزی نادیده گرفته شده است.

واژگان کلیدی: قانونی بودن، جرم، مجازات، امنیت، فقه امامیه.

۱- تاریخ وصول: (۱۳۹۹/۱۰/۱۷) تاریخ پذیرش: (۱۴۰۰/۰۴/۱۳)

* دانشیار، گروه حقوق، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران ghodsi@umz.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران (نویسنده مسئول)

mosayeb.ghadami@yahoo.com

۱- مقدمه

جریان یافتن زندگی بشر جز در سایه آسایش و امنیت مشکل و یا شاید غیرممکن باشد، چرا که آرزوهای انسان بدون وجود امنیت شکوفا نخواهند شد، تقلیل ارتکاب جرم به منزله وجود امنیت مطلوب اجتماعی است و از طرفی افزایش آن نشان دهنده نبود یا کمبود امنیت است. برای صیانت از حقوق شهروندان لازم است اعمال مجرمانه توسط قانونگذار تعیین و تدوین گردد، چرا که در غیر این صورت نمی‌توان در برابر تجاوزگری‌های قضات و حکام دفاع کرد و حقوق شهروندان را از معرض این مخاطرات بر خطر داشت، «در واقع برخورداری از آزادی‌های شخصی نیازمند این است که شهروندان از قبل محدودیت‌ها و نتایج تخطی کردن از این محدودیت‌ها را بدانند. این اصل برای حمایت از شهروندان در برابر بولهدوسی دولت‌ها و اینکه افراد نتیجه اعمال خود را پیش‌بینی و محاسبه کنند، مقرر شده است» (کرب، ۲۰۱۰، ص ۱۲؛ چو، ۲۰۰۶، ص ۱۴۷)^۱ این تبیین جرم در واقع تبیین ارزش‌های حاکم بر جامعه است «قانون کیفری با ضمانت اجراهای مقرر خود، نظام ارزش‌های یک جامعه را بیان می‌نماید...» (گسن، ۱۹۹۹، ص ۲) یعنی با بیان اوامر و نواهی، قانونگذاران مشخص می‌کنند که چه رفتارهایی ضد ارزش‌های حاکم می‌باشند، حال اگر بدون وجود هیچ معیار و مبنایی و به صرف وجود یک ظن و اتهام که هیچ موقع برای انسان تعریف نشده است، افراد را مجازات نمایند می‌توانند ذاتی‌ترین داشته‌ی انسانها که همان آزادی است را بازپچه زیاده‌روی‌های مجریان به ظاهر قانونی قرار دهند، یعنی «حرمت کرامت انسانی حکم می‌کند که حریم آزادی‌های او معلوم و محفوظ باشد» (اردبیلی، ۱۳۸۶، ج ۱، ص ۱۲۹) بنابراین آنچه که در راستای احترام به ذات انسانی و کرامت بشر مهم می‌باشد بیان جرم است که مردم باید از انجام آن پرهیز کنند، چرا که بنابر اصل اباحه که خود از اصول اساسی در اسلام می‌باشد، انجام هر کاری مجاز است مگر اینکه راجع به آن نهی شده باشد (گرجی، ۱۳۵۸، ص ۹۳؛ ساولانی، ۱۳۹۲، ص ۵۹؛ زراعت، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۴۷) پس نهی نیازمند تصریح است، بنابراین، بنا بر اصل تفکیک قوا که مورد پذیرش قریب به اتفاق جوامع متمدن می‌باشد قوه قانونگذاری مکلف و محق است که رفتارهای ضد هنجارهای حاکم بر جامعه را به صراحت بیان نماید، چراکه بنا به گفته بکاریا قضات قانونگذار نیستند (بکاریا، ۱۳۹۵، ص ۳۵) و فقط مجری قانون هستند و یا به عبارتی فقط زبان قانون هستند (منتسکیو، ۱۳۶۲، ص ۳۰۶). اصل قانونی بودن جرم و مجازات امروزه به‌عنوان یکی از اصول اساسی (سیواکوماران، ۲۰۱۱، ص ۱۰۱؛ هاشمی، ۱۳۹۴، ص ۱۹۱) مورد پذیرش قانونگذاران

^۱-Kreb, ۲۰۱۰, p. ۲

^۲-cho, ۲۰۰۶, p. ۱

^۳-Sivakumaran, ۲۰۱۱, p. ۱۰۱.

کیفری قرار گرفته است، در کشورهای غربی این اصل منبعث از یک قاعده‌ی کلی تحت عنوان «Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege» یعنی هیچ جرم و کیفری بدون قانون وجود ندارد، می‌باشد (کدیا، ۲۰۱۴، ص ۱؛ هال، ۱۹۳۷، ص ۱۶۵)^۲، البته نبود قانونی برای تعریف حکم و بیان ضمانت اجرای آن تا قرن هجدهم میلادی در اروپا وجود داشته، در این قرن بود که انتشار عقاید دانشمندی چون منتسکیو، روسو و سزار بکاریا موجب تدوین قوانین کیفری شد، هرچند که این اصل در عرصه‌ی بین الملل در مقاطعی از جانب کشورها، از جمله حکومت سوسیالیستی شوروی و حکومت ناسیونال سوسیالیست آلمان و همچنین در خلال بعد از جنگ جهانی دوم و در جریان دادگاه‌های نورمبرگ و توکیو نادیده گرفته شد (وان شاک، ۲۰۰۸، ص ۱۹۱؛ ای اسکاباس، ۲۰۰۰، ص ۵۲۲)^۳ سؤال اساسی که مطرح می‌شود این است که آیا قانونگذار کیفری ایران این اصل زیربنایی را با وجود منابع پر بار فقهی کاملاً مورد پذیرش قرار داده یا خیر؟ که باید بیان کرد با وجود تلاشهایی در جهت تثبیت این اصل در قوانین کیفری، قوانینی وجود دارند که به روشنی این اصل را نادیده گرفته‌اند. در این مقاله با روش تحلیلی-توصیفی بعد از بیان مبانی اصل مذکور به تحلیل آن در فقه امامیه و حقوق کیفری پرداخته شده است.

۲- مبانی اصل قانونی بودن جرم و مجازات

نظریات مختلفی در حمایت از اصل قانونی بودن جرم و مجازات وجود دارد و هر کدام به چرایی‌های موجود در این باره پاسخ می‌دهند، که در زیر به چهار نظریه مهم اشاره می‌شود.

۲-۱- تضمین حقوق و آزادی‌های شخصی

انسان آزاد آفریده شده است و نیازمند زندگی آزادانه نیز می‌باشد، اما لازمه زندگی در اجتماع پذیرش یک سری محدودیت‌ها می‌باشد، در واقع انسانها با فداکردن قسمتی از آزادی خود در پی استفاده از مابقی آن در صلح و آرامش هستند (ولد، برناد، اسنیپس، ۱۳۸۸، ص ۳۶) اما نکته‌ای که حایز اهمیت است، بیان محدودیتها و ضمانت اجرای آنها می‌باشد تا فرد در یک قلمرو مشخص (قانون) و در صورت ارتکاب رفتار مشخص، به ضمانت اجرای معین شده محکوم گردد، از این طریق است که حقوق و آزادیهای افراد تأمین می‌شود، چرا که معلوم نبودن جرم و مجازات آن و عدم تعیین مصادیق آنها می‌تواند افراد را قربانی زیاده خواهی قضات کند، زیرا قضات با وجود قانون و روشن بودن آن، قدرت هیچ اعمال سلیقه‌ای را نخواهند داشت، بنابراین وجود اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها

^۱-Kedia, ۲۰۱۴, p. ۱

^۲-Hall, ۱۹۳۷, p. ۱۶۵.

^۳-Van schaack, ۲۰۰۸, p. ۱۹۱.

^۴- A. Schabas, ۲۰۰۰, p. ۵۲۲

تضمین کننده آزادی بشر است (کریزن، ۲۰۱۰، ص ۲) از این جهت است که از این اصل به عنوان اساس ترین دفاعیات در تعقیب کیفری یاد شده است. (وان شاک، ۲۰۰۸، ص ۱۱۹).

۲-۲- بی طرفی و عدالت در حقوق کیفری

بدون شک داشتن حقوق برابر برای تمام افراد بشر امری فطری و انکار ناپذیر باشد، و تفاوت ها نباید موجب تبعیض شود، قطعاً در امور کیفری نیز باید در جرم انگاری رفتارها و اعمال واکنش ها این برابری حفظ گردد و از اعمال مجازات های متفاوت بر افرادی که در یک شرایط برابر مرتکب جرایم مشابه شده اند پرهیز شود، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها باعث می شود که قوانین در بردارنده یک عمل مشخص (جرم) با واکنش (مجازات) مشخص باشند، تا بر همه ی افراد فارغ از تفاوت های آنها تحمیل شوند، بنابراین وجود قانون در امور کیفری طریق مدون و مشخصی است که از اعمال دو یا چندگانگی در جرم شناختن اعمال و اعمال واکنش های نابرابر جلوگیری می نماید. «از این رو اصل قانونی بودن یکی از مهمترین عوامل مشروعیت و حقانیت در تمام سیستم های حقوق کیفری است» (کرب، ۲۰۱۰، ص ۲) و نبود آن مبنای بی عدالتی خواهد بود.

۲-۳- جلوگیری از رکود اجتماعی

در صورت پذیرش این اصل افراد جامعه با فراغ بال بیشتری در امور اقتصادی و سیاسی و سایر ابعاد اجتماعی زندگی ورود پیدا می کنند و در تعالی و پیشبرد جامعه بیشتر تلاش می کنند (موسوی، ۱۳۹۳، ص ۹)، زیرا انسان موجودی محاسبه گر است و در صورت نبود قانونی مبنی بر جرم انگاری و اعمال مجازات راه احتیاط را پیش می گیرد و ترس از مجازات هایی که معلوم نیست نتیجه کدام عمل انسان باشد او را از ورود در چرخه زندگی در تمام ابعاد خود باز می دارد، که این نتیجه ای جز رکود اجتماعی ندارد.

۲-۴- دموکراسی و تفکیک قوا

نظریه تفکیک قوا که در طول تاریخ تمدن بشر توسط نظریه پردازان متعدد عرضه شده، از طرف منتسکیو (۱۶۸۹-۱۷۵۵) نظریه پرداز نامی فرانسه {از جمله پیروان مکتب قرارداد اجتماعی} در کتاب روح القوانين به طور روشن و واضح بیان گردید. (هاشمی، ۱۳۸۹، ص ۶) طرفداران این مکتب به این نتیجه رسیدند که اصل قانونی بودن ناشی از نظریه «قرارداد اجتماعی» است. (کرب، ۲۰۱۰، ص ۲) طبق این نظریه تنها قوانین اند که می توانند برای جرم مجازات تعیین کنند، و قانونگذار که نماینده ی کل جامعه است و بر اساس قرارداد اجتماعی انتخاب شده است، تنها مرجعی است که صلاحیت دارد چنین کاری

^۱- Crisan, ۲۰۱۰, p.۲

^۲-van schaack, ۲۰۰۸, p.۱۹۱.

^۳-Kreb, ۲۰۱۰, p.۲

^۴- Kreb, ۲۰۱۰, p.۲

را انجام دهد(بکاریا، به نقل از ولد، برنارد، اسنیپس، ۱۳۸۸، ص ۳۶) وقضات فقط مجری قانون و به عبارتی سخنگوی قانون می‌باشند، به این معنی که وظایف و اختیارات هر قوه مشخص و معلوم است، وظیفه قوه مقننه قانونگذاری، و وظیفه قضات(قوه قضائیه) اجرای قوانین است، بنابراین قضات حق ندارند که به وضع قانون و جرم انگاری و تعیین مجازات بپردازند(کلانتری، ۱۳۷۵، ۷۵)، بلکه کار اصلی قاضی این است که هر رفتاری را با قانون از نظر جرم بودن و یا نبودن مورد انطباق قرار دهد و در صورت جرم دانستن عمل، مجازات را اعمال نماید، در غیر این صورت حکم به بی‌گناهی فرد بدهد.

۳- اصل قانونی بودن جرم و مجازات در فقه امامیه

۳-۱- آیات قرآن کریم

۳-۱-۱- آیه شریفه تعذیب «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا» (آیه ۱۵ سوره اسراء) و ما تا رسول نفرستیم هرگز کسی را عذاب نخواهیم کرد، بنابراین سنت خدا بر آن است که کسی یا امتی را بدون بیان و اتمام حجت عذاب نکند(قرآتی، ۱۳۹۲، ج ۵، ص ۳۱) این آیه روشن‌ترین گواه اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها در حقوق جزای اسلامی و در واقع یکی از مبانی قانونگذاری را بیان می‌کند، توضیح استدلال چنین است که بعثت رسولان الهی، مبنای تبلیغ احکام است و خداوند قبل از بعثت رسول و ابلاغ احکام هیچ کس را به خاطر عملی مجازات نخواهد کرد، پس آیه شریفه دلالت دارد بر اینکه چنانچه شخصی درباره امری به تکلیف واقعی خود آگاه نشده باشد جهل موجب براءت اوست و حکم اگرچه در واقع و نفس الامر چیز دیگر باشد، فعلیت ندارد و حکم ظاهری او براءت از تکلیف و عدم حرمت و وجوب خواهد بود.(محقق داماد، ۱۳۸۷، ۶۹) بنابر فحوای این آیه باید قائل به این بود که خداوند رحمان «بیان» و «ابلاغ» احکام را شرط لازم برای مجازات کردن متخلفین از اوامر و نواهی خود می‌داند، یعنی علاوه بر اینکه مقررات باید بیان شده باشند، باید توسط مأموران خداوند بر روی زمین(پیامبران) به مردم رسیده باشند، که البته رسیدن پیام خداوند به بندگان فراتر از صرف آگاهی از وجود این احکام می‌باشد، به این معنی که محتوا و مفهوم این احکام باید به روشنی و بدون هیچ اجمالی به مخاطبین آن گفته شود، نکته‌ی دیگر اینکه مجازات مقرر در آیه هم مجازات اخروی و هم مجازات دنیوی را در بر می‌گیرد، چراکه واژه «مُعَذِّبِينَ» مطلق است و هیچ قرینه‌ای بر مقید بودن آن به مجازات اخروی و یا دنیوی صرف وجود ندارد(اتابکی، ۱۳۶۴، ص ۱۶۳)، البته علامه طباطبایی در تفسیر این آیه می‌فرماید که از ظاهر سیاقی که در این آیه و آیات قبل و بعد دارد، برمی‌آید که مراد از «تعذیب» تعذیب دنیوی است و عقوبت استیصال مؤید این احتمال سیاق نفی در «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ» است(علامه طباطبایی، ج ۱۳، تفسیر آیه ۱۵ سوره اسراء) بنابر این آیه، انسان ناآگاه باید توسط احکام الهی که توسط پیامبران به او می‌رسد و به او تفهیم می‌شود آگاهانیده شود و در این صورت است که مستحق مجازات می‌باشد.

۳-۱-۲- آیه شریفه «لَا يَكْفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وَسْعَهَا» (آیه ۲۸۶ سوره بقره) یعنی خداوند هیچ کس را

تکلیف نکند مگر به قدر توانایی او؛ همانطور که از آیه شریفه استنباط می‌شود خداوند رحمان تکلیف را در حق کسانی اعمال می‌کند که توانایی انجام آن تکلیف را داشته باشند، به این معنی که بتوانند بار تکلیف را متحمل شوند، بدون شک یکی از مصادیق توانایی در فرد برای تحمل تکلیف، آگاهی نسبت به تکلیف است، یعنی فردی که تکلیف و امر و نهی مقام بالاتر را درک نکرده است و شناختی نسبت به آن ندارد طبیعتاً خرده گرفتن بر او عاقلانه و عادلانه نیست و چنین است که سرچشمه عدل و عدالت یعنی ذات باری تعالی اعمال تکلیف (مجازات و عقوبت دنیوی و اخروی) را فقط نسبت به افراد آگاه از تکلیف مجاز دانسته است، که این خود یکی از مصادیق بارز اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها در حقوق جزای اسلامی است؛ چرا که این اصل علاوه بر اینکه باید تشریح شود باید به مکلفین ابلاغ شده باشد به گونه‌ای که هیچ شک و شبهه‌ای در علم آنها به تکلیف وجود نداشته باشد.

۳-۱- آیه شریفه «لِيَهْلِكَ مَنْ هَلَكَ عَن بَيِّنَةٍ» (آیه ۴۲ سوره انفال) یعنی: تا هر که هلاک شدنی است بعد از اتمام حجت هلاک شود. در این آیه نیز خداوند بیان فرموده است که هیچ کس هلاک نخواهد شد مگر کسانی که بینه و نشانه‌هایی (کتاب و پیامبران) از جانب او به آنها داده شده باشد، بدون شک در مقابسه‌ای کوتاه باید بگوییم که بینه مذکور در این آیه همان حکم و عقوبت (جرم و مجازات) است که خداوند برای بندگان خود مقرر داشته است، به این معنی که خداوند حکم و ضمانت اجرای تخطی از آن را با هم بیان نموده است تا مردم (مکلفین) هیچ دستاویز و بهانه‌ای برای تخلفات و نافرمانی خود نداشته باشند. بنابراین باید گفت که هیچ کس مجازات (هلاک) نمی‌شود مگر اینکه جرم و مجازات (بینه) برای وی آمده باشد. البته بعضی معتقدند که این آیه در صورتی دلیل بر مدعاست که مراد از «ما» در «ما آتیها»، «حکم»، «تکلیف» یا «علم» باشد (سجادی نژاد، ۱۳۸۵، ص ۷).

۳-۱-۴- آیه شریفه «لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا» (آیه ۷ سوره طلاق) یعنی خداوند هیچ کس را جز به مقدار آنچه (توانایی) داده تکلیف نمی‌کند. در واقع تکلیف نکردن به آنچه که در قدر و اختیار انسان نیست سنت خداوند در بین بندگان است (علامه طباطبایی، ج ۲، ذیل آیه ی ۲۸۶ سوره بقره) این آیه نیز همچون آیات قبل شرط اصلی تکلیف افراد را توانایی به این تکلیف قرار داده است به این معنی که فرد را به نسبت توانایی که به او اعطا کرده است مسئول اوامر و نواهی خود می‌داند، بنابراین این آیه مطابقت کامل با اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق جزای کنونی دارد، چرا که فرد طبق این اصل در صورتی قابل مجازات و سرزنش است که این توانایی (یعنی آگاهی نسبت به قوانین) از طرف قوه قانونگذاری داده شده باشد، و فرد را نمی‌شود به خاطر نداشته‌ها (شناخت نداشتن نسبت به قوانین) مؤاخذه کرد.

۳-۱-۵- آیه ۱۱۵ سوره توبه «و ما کان الله لیُضِلَّ قوماً بعد اذ هداهم حتی یبین لهم مایتنون ان الله بکل شیء علیم» و خدا بعد از آنکه قومی را هدایت کرد دیگر گمراه نکند تا بر آنها آنچه را باید از آن بپرهیزند معین و روشن بیان کند، که خدا محققاً به همه چیز داناست. همانگونه که از آیه بر می‌آید تا

حجت بر خلق تمام نشود و راه هدایت و ضلالت به آنها نشان داده نشود خداوند مواخذه نمی کند (طیب، ۱۳۷۸، ج ۸، ص ۳۲۵) بنابراین بر اساس ترجمه و تفسیر آیه باید گفت که هدایت و ضلالت همان اوامر و نواهی است که قانونگذار باید به روشنی در قالب مواد قانونی مشخص کننده جرایم تعیین نماید تا شهروندان از تکالیف خود آگاه گردند و «این همان چیزی است که در علم اصول از آن تعبیر به قبح عقاب بلا بیان می شود» (مکارم شرازی، ۱۳۸۶، ج ۸، ص ۱۶۴).

۱- ۳- ۶- آیه شریفه «وَمَا أَهْلَكْنَا مِنْ قَرْنٍ إِلَّا وَلَهَا كِتَابٌ مَعْلُومٌ» (آیه ۴ سوره حجر) و ما هیچ ملک و ملتی را هلاک نکردیم جز به هنگامی معین (هنگامی که از کتاب نازل شده بر آن ملک و ملت، عدول شود). در این آیه وجود «هنگام معین» نشان زمان بیان احکام و ضمانت اجرای‌های آن می‌باشد به این معنی که خداوند با انذار قبلی است که مردم را به هلاکت می‌رساند و بدون انذار انسان ناآگاه را مستحق تنبیه نمی‌داند. و آیات دیگری (چون آیات، ۱۱۹، ۱۳۱، ۱۴۵ انعام، ۴۲ انفال، ۵۹ قصص، ۹۰ مائده، ۱۶۵ نساء) که هر کدام به نحوی دلالت بر این موضوع دارند که خداوند عذاب دنیوی و اخروی خود را بر هیچ کسی اعمال نمی‌کند مگر پس از اینکه اوامر و نواهی خود را به بندگان رسانیده باشد و بندگان از این تکالیف سرپیچی نمایند.

۳-۲- روایات

۳- ۲- ۱- حدیث رفع، این حدیث که به نقل از امام صادق (ع) از پیامبر (ص) نقل شده است (کاظمی خراسانی، ج ۳، ص ۳۳۶) عبارت است از اینکه: «رُفِعَ عَنِ أُمَّتِي تِسْعَةٌ أَشْيَاءَ: الْخَطَا وَالنِّسْيَانُ وَ مَا أَكْرَهُوا عَلَيْهِ وَ مَا لَا يَعْلَمُونَ وَ مَا لَا يَطِيقُونَ وَ مَا اضْطُرُّوا إِلَيْهِ وَ مَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ وَالطَّيْرَةَ وَ الْوَسْوَءَ فِي التَّفَكُّرِ فِي الْخَلْقِ وَ الْحَسَدَ مَا لَمْ يَظْهَرْ بِلِسَانِ أَوْ يَدٍ» به این معنی که: از امت من نه چیز برداشته شده است: اشتباه، فراموشی، آنچه که به آن اکراه شوند، آنچه که نمی‌دانند، آنچه را که توانایی انجام دادنش را ندارند، آنچه به آن مضطر شوند، حسد، فال بد زدن و اندیشه‌های وسوسه انگیز درباره خلقت و آفرینش، تا زمانی که بر زبان جاری نشود. (حر عاملی، ج ۱۱، ص ۲۹۵). بنابراین آیه، آنچه که از این حدیث موضوع بحث حاضر می‌باشد فقره «ما لا يَعْلَمُونَ» است که اصولین درباره آن اختلاف نظر دارند، به این معنی که برخی از اصولین اعتقاد دارند که آنچه که از «ما لا يَعْلَمُونَ» استنباط می‌شود جهل موضوعی است و موضوع حدیث نیز رفع این جهل می‌باشد (شیخ انصاری، ۱۲۸۱، ص ۱۹۵) و دلیل این افراد این است که «ما» موصوله را به معنای فعل مکلف دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۷۴) برخی دیگر معتقدند که آنچه موضوع رفع قرار می‌گیرد جهل حکمی است (آخوند خراسانی، ۱۳۳۹، ق، ص ۳۴۰) برخی نیز معتقدند که جهل موضوع این حدیث مطلق است و هم جهل حکمی و هم جهل موضوعی را در بر می‌گیرد (ولایی، ۱۳۸۰، ۸۱؛ نائینی، ج ۳، ص ۳۴۴) مرحوم آخوند خراسانی بیان می‌دارند که برای هر کاری حکمی هست که نه علم و جهل مکلفان در آن اثر دارد و نه این حکم قابل رفع است، چرا که در این صورت محذور تصویب پیش می‌آید، اما این حکم

واقعی، با فرض جهل مکلفان به آن، از مرتبه‌ی انشاء فراتر نمی‌رود و قطعیت نمی‌یابد^۱ به این معنی که فقط حکم بیان شده است و چون به مکلف ابلاغ و آگاهانیده نشده است پس در حق او بی‌تأثیر است^۲ بنابراین وجوب احتیاط، به منظور اطمینان از التزام به حکم واقعی منتفی بوده است و به تبع آن، مؤاخذه هم در کار نبوده است (آخوند خراسانی، ۱۴۱۷، صص ۳۴۱-۳۳۹) به عبارت دیگر تکلیف نامعلوم، چه در شبهه موضوعی و چه در شبهه حکمی از روی امتنان بر امت مسلمان، از آنان برداشته شده است. (واعظ حسینی ۱۳۸۰، ج ۲، صص ۲۸۸-۲۸۹)، بنابراین آنچه که از قسمت «ما لا یَعْلَمُونَ» مذکور در حدیث رفع استنباط می‌شود این است که آنچه انسان به آن ناآگاه است و یا به عبارتی تکلیفات مجهول هیچ وقت موجبی برای مؤاخذه افراد نخواهد بود، زیرا آنچه که موجب عقوبت و مؤاخذه است تکلیفات معلوم می‌باشد. بنابراین حدیث رفع از این جهت که مؤاخذه را برای مطلعین به قانون می‌داند مبنایی است برای اصل قانونی بودن جرم و مجازات، چرا که این اصل نیز بر کسانی اعمال می‌شود که امر و نهی قانونگذار را بدانند، که البته این بحث که تکلیف باید واصل باشد و یا صادر و یا اینکه هر دو مقوله باید برای اعمال مجازات وجود داشته باشند در فقه و حقوق تا حدودی متفاوت است که در مباحث بعدی به تفصیل خواهد آمد.

۳-۲-۲- حدیث اطلاق «كُلُّ شَيْءٍ مُّطْلَقٌ حَتَّى يَرَدَّ فِيهِ نَهْيٌ» (حرعاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۸، حدیث ۶۰) یعنی هر چیز رواست تا زمانی که در آن نهی رسیده باشد (محمدی، ۱۳۸۲، ص ۳۰۳) وقتی که صحبت از نهی می‌شود بدون شک نهی نسبت به احکام مدنظر است و نهی در اصول نزد مشهور اصولین ظهور در حرمت دارد و بر ممنوعیت عمل دلالت می‌کند (قافی، شریعتی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۱۴۱) بنابراین دایره شمول حدیث مذکور شبهه‌های تحریمی حکمی است (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۷۷). بنابراین حدیث نهی نیازمند تصریح شارع است و تا زمانی که حکمی، رفتاری از انسان‌ها را مقید (مورد نهی) ننموده باشد اصل این است که انسان می‌تواند هر کاری بکند، نقطه اشتراک این حدیث و اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها نیز این است که رفتارهای انسان تا زمانی که توسط قانونگذار در قالب قانون به عنوان جرم در نیامده باشند، انسان مجاز به انجام آنها خواهد بود، بنابراین جرم شناختن یک رفتار و تعیین مجازات برای یک عمل تا زمانی که در متون قانونی مقرر نشده باشند مجاز نخواهد بود.

۳-۲-۳- حدیث حَجَب «مَا حَجَبَ اللَّهُ عِلْمَهُ عَنِ الْعِبَادَةِ فَهُوَ مَوْضِعٌ عَنْهُمْ» (حرعاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۸، حدیث ۲۸) یعنی آنچه خداوند آگاهی آن را بر بندگان مستور نموده، از آنان برداشته شده است. (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۷۵) بنابراین حدیث، مهمترین عنصر برای مؤاخذه شدن افراد، دانستن و یا آگاهی نسبت به تکلیف است، که در اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها نیز به عنوان عنصر متأخر بر وضع قانون و در واقع مکمل وجود قانون می‌باشد، به این معنی که اصل قانونی بودن جرم و مجازات زمانی معنی و هویت واقعی خود را پیدا می‌کند که افراد به آن آگاه باشند، در واقع از عبارت

«ما حجب» می‌توان این چنین نیز استنباط نمود که بیان یک حکم (قانون) مبهم به مثابه فقدان قانون و مستور بودن است و نتیجه آن مؤاخذه نشدن است.

۳-۲-۴- حدیث حِلِّ «كُلْ شَيْءٍ هُوَ لَكَ حَلَالٌ حَتَّى تَعْلَمَ أَنَّهُ حَرَامٌ بَعِينَهُ...» (جرعاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۲، ص ۵۹) یعنی هر چیزی همواره بر تو حلال است، مگر این که یقین کنی حرام است. بنابراین حدیث، شناخت حرمت نیازمند تصریح به حرمت است، در واقع بر مبنای این حدیث تا زمانی که حکمی مبنی بر حرمت بیان نشده باشد، حلال (مباح) است (محقق نائینی، نقل از سایت مدرسه فقهی امام باقر(ع))^۱ و فرد به دلیل چنین افعالی مؤاخذه نمی‌شود، این همان معنا و مفهومی است که امروزه از اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها استنباط می‌شود.

۳-۳- مستندات عقلی

۳-۱-۳- «قاعده فُجِّ عِقَابِ بِلَايِيَان» یعنی مجازات کردن و عِقَاب بدون بیان احکام (نواهی) قبیح و زشت است، و چون انتساب عمل قبیح به خداوند محال است، بنابراین خداوند متعال نسبت به ارتکاب اعمالی که حرمت و وجوب آنها برای بندگان نامعلوم است مؤاخذهای نخواهد کرد (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۷۹) شکی نیست که این اصل فارغ از مقدمات فقهی و اصولی صرفاً از مستقلات عقلی^۲ است، به این معنی که عقل هر انسانی بدون توجه به تفاوت‌های فرهنگی و اقتصادی و علمی و ... به زشت بودن یک مجازات بدون بیان آن حکم می‌دهد، بنابراین به یقین در بین اصول فقهی و اصولی این اصل بیشترین شباهت را با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها دارد، البته در صورتی که عبارت «قبح تکلیف بلاييان» را نیز به عبارت مذکور اضافه نماییم. نکته‌ی مهمی که شاید وجه اختلاف قاعده مذکور با اصل قانونی بودن جرم و مجازات باشد این است که «بیان» در اصل مذکور صرف تشریح و ایجاد مجازات و یا احکام (نواهی) نمی‌باشد بلکه علاوه بر تشریح و به وجود آوردن احکام باید این احکام به مکلفین برسد (ابلاغ شود)، به عبارتی «بیان» باید هم صادر و هم واصل (یعنی ابلاغ به مکلف و آگاهی وی نسبت به تکلیف) باشد، البته این دیدگاه مورد اختلاف فقهاست (املی لاریجانی، ۱۳۹۹، صص ۹-۳۲)، در صورتی که در حقوق جزای معاصر اصل (جهل به حکم رافع مسئولیت کیفری نیست)^۳ پذیرفته است (ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی) و چنین فرض شده است که افراد جامعه بعد از انتشار حکم آگاه (نسبت به قوانین) فرض می‌شوند. (ماده ۲ قانون مدنی) مگر اینکه تحصیل علم عادتاً برای وی ممکن نباشد یا جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود. (ماده

^۱-fa.mfeb.ir/osulsh-۲۷۱/

^۲-مستقلات عقلی عبارت است از یک سلسله احکام عقلی که عقل به تنهایی و بدون کمک شرع آنها را درک می‌کند. مانند خوبی عدالت و زشتی ظلم و ستم. (فرهنگ نامه اصول فقه، مرکز مطالعات و مدارک اسلامی، نشر دانشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹، صص ۵۷۶-۷۲۳)

^۳-the rule of ignorance of law is no defense.

۱۵۵ قانون مجازات اسلامی) اما اصل مذکور اصل را بر ناآگاهی افراد بر احکام گذاشته و آگاهی افراد باید ثابت شود، در واقع تفاوت این قاعده با اصل قانونی بودن جرم و مجازات جابجایی اصل و استثناء در آگاهی نسبت به قوانین می‌باشد. پس طبق این اصل نتیجه می‌گیریم که حکم باید علاوه بر تشریح، ابلاغ نیز بشود و فرد نسبت به آن آگاه باشد، در این صورت است که عقاب قبیح و زشت نخواهد بود.

۳-۲-۳- «اصل اباحه» یک اصل عقلی و به این معنی است که هرگاه در حلال و یا حرام بودن چیزی شک کنیم، اصل و قاعده این است که حرام نباشد (محمدی، ۱۳۸۲، ص ۲۹۸) در واقع این اصل به این معنی است که حلال و حرام بودن، جرم و جرم نبودن تا زمانی که حکمی (قانونی) در مورد آن نیامده باشد اصل بر مباح و جرم نبودن عمل می‌باشد. بنابراین تمام مفهوم و معنای این اصل در این عبارت است که، تمام رفتارها و اعمال مباح می‌باشند و جرم و به تبع آن قابل مجازات نیستند تا زمانی که حکمی (قانونی) بیاید و حرام بودن و جرم بودن رفتار را بیان کند. (میلانی، خلیلی سامانی، ۱۳۹۴، ص ۲۱ و حسینی، ۱۳۹۴، صص ۱۲۲-۱۲۶) پس قرابت این اصل با اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها کاملاً روشن است. در واقع مفهوم این اصل با حدیث حل و حدیث اطلاق قابل تطبیق می‌باشد که در مباحث قبلی مورد بحث قرار گرفت.

۴- اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق موضوعه ایران

وقتی که صحبت از حقوق موضوعه می‌شود باید این نکته مورد توجه قرار گیرد که منظور از حقوق موضوعه حقوقی است که ارزشهای انسانی را مورد حمایت قرار می‌دهد، بنابراین سخن از اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها، سخن گفتن از اصلی است که برخورد مستقیم با ارزش‌های افراد جامعه دارد، و این قوانین به معنای اعم مورد نظر است نه فقط قانون خاص که مجلس شورای اسلامی وضع می‌نماید، زیرا گرچه جوامع امروزی تئوری (اصل) تفکیک قوا^۱ را پذیرفته‌اند و قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز در اصل ۵۷ قانون اساسی این اصل را مورد پذیرش قرار داده است، اما در نظام جمهوری اسلامی ایران باید مصوبات نهادهایی مثل مجمع تشخیص مصلحت نظام^۲، کمیسیونهای تخصصی مجلس (اصل ۸۵ قانون اساسی) و آیین نامه های مستقل^۳ وزیران و هیات وزیران (اصل ۱۳۸

^۱-theory of separation of powers.

^۲-فلسفه تشکیل این مجمع در آغاز حل اختلاف بین شورای نگهبان و مجلس قانونگذاری درباره مصوبات مجلس مذکور بود. ولی به دلیل حفظ مصالح کشور در اوضاع جنگ اختیار قانونگذاری نیز به این مجمع تفویض شد. در فاصله زمانی سال ۱۳۶۸ که شورای بازنگری قانون اساسی حدود و وظایف و اختیارات این نهاد را تعیین کرد مجمع مذکور به وضع مقرراتی پرداخت که رکن قانونی بعضی از جرایم به شمار می‌رود، قوانینی مثل قانون مبارزه با مواد مخدر ۱۳۶۷ و قانون تعزیرات حکومتی ۱۳۶۷ و... (اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، نشر میزان، ۱۳۸۹، صص ۱۳۲-۱۳۳).

^۳- شورای نگهبان طی نامه شماره م/ ۵۲ مورخ ۱۳۵۹/۱۰/۱۴ تعیین مجازات را به موجب آیین نامه اجرایی مفایر قانون اساسی شناخته است. چرا که در آیین نامه های اجرایی نمی‌توان حق و تکلیف جدیدی را، بیشتر از آنچه که قانونگذار مقرر داشته است، ایجاد کرد. اما

قانون اساسی) و همچنین معاهدات بین المللی را که به موجب ماده ۹ قانون مدنی در حکم قوانین داخلی می‌باشند را در زمره قوانینی بدانیم که متضمن تعیین جرم و مجازات و به عبارتی منشأ اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها هستند، بنابراین نظریه تفکیک قوا که هدف اصلی آن تأمین آزادی مردم و جلوگیری از استبداد است در نظام جمهوری اسلامی ایران «اصولاً قابل انطباق کامل با تفکیک قوای موجود در سایر دموکراسی‌های معاصر به نظر نمی‌رسد» (هاشمی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۸) یعنی در بعضی از موارد قوه‌ای در کار قوای دیگر دخالت کرده است و اختیاری را که ذاتی دیگر قواست برعهده گرفته است.

بنابر آنچه گفته شد می‌توان چنین بیان کرد که در حقوق کیفری ایران اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها بر اساس اصول قانون اساسی و برخی از مواد قوانین عادی مورد پذیرش قرار گرفته است، اما تبعیت کورکورانه و تعصب خودخواهانه بدان نداشته است. در حقیقت قانونگذار ایران اصل مزبور را به منزله وحی منزل ندانسته و در برخی موارد از آن عبور کرده و در طول آن و در صورت نبود قوانین مدون قضات را مکلف به مراجعه به منابع معتبر فقهی و فتاوی مشهور فقها نموده است. از آن جایی که ممکن است قضات در مراجعه به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر برای کشف حکم یک عمل مجرمانه یا حرام دچار اشتباه شوند و برخورد قضات با متهمین سلیقه‌ای شود به منظور جلوگیری از این امر و تشتت آراء، متعارض ضرورت دارد کلیه جرایم و محرمات که دارای آثار مخرب اجتماعی است به صورت قوانین مدون درآیند.

۴-۱- مستندات اصل قانونی بودن جرم و مجازات

به نظر می‌رسد سخن گفتن از یک اصل اساسی و فطری را باید از قانون اساسی شروع کرد، قانونی که آینه‌ی تمام نمای حقوق و آزادی‌های مردم است، که از جمله این اصول می‌توان به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها اشاره کرد که تضمین کننده آزادی و کرامت اشخاص و نگهبان آنها در برابر زیاده‌خواهی‌های قضات می‌باشد، اصول متعددی از قانون اساسی ایران به صورت مستقیم و یا غیر مستقیم در رابطه با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها می‌باشند، که از جمله‌ی آنها می‌توان به اصول ۲۲، ۲۵، ۳۲، ۳۳، ۳۶، ۳۷، ۱۵۹، ۱۶۶، ۱۶۷ و ۱۶۹ اشاره کرد، که از این میان شاید دو اصل ۳۶ و ۱۶۷ به نحو بارزتری این اصل را بیان می‌کنند. اصل ۳۶ قانون اساسی بیان می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد» و صدر اصل ۱۶۷ بیان می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هردعوایی را در قوانین مدونه بیابد. . .» در قوانین عادی مواد ۲، ۱۰، ۱۲ و ۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ و ماده ۲ قانون آیین دادرسی

کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ و همچنین بندهای ۱، ۲ و ۱۵ ماده واحده قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب سال ۱۳۸۳ اصل مذکور را مورد پذیرش قرار داده‌اند. ماده ۲ قانون مجازات اسلامی بیان می‌دارد: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود.»، ماده ۱۰ قانون مذکور اشعار می‌دارد: «در مقررات و نظامات دولتی مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است و مرتکب هیچ رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل را نمی‌توان به موجب قانون مؤخر به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم کرد...»، ماده ۱۲ قانون مذکور اعلام می‌دارد: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آنها باید از طریق دادگاه صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد»، ماده ۱۳ مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آنها حسب مورد نباید از میزان و کیفیتی که در قانون یا حکم دادگاه مشخص شده است تجاوز کند و هرگونه صدمه و خسارتی که از این جهت حاصل شود، در صورتی که از روی عمد یا تقصیر باشد حسب مورد موجب مسؤولیت کیفری و مدنی است و در غیر این صورت، خسارت از بیت‌المال جبران می‌شود.» و نهایتاً ماده ۲۲۰ بیان می‌دارد: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود» علاوه بر آن بندهای ۱، ۲ و ۱۵ ماده واحده قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۱۳۸۳ و نیز ماده ۲ از قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ به صراحت به اصل قانونی بودن پرداخته‌اند.

از دیگر مستندات این اصل می‌توان به اسناد و معاهدات بین المللی چون اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ که در ماده ۱۱(۲) بیان می‌دارد: «هیچ کس برای انجام یا عدم انجام عملی که در موقع ارتکاب آن عمل به موجب حقوق ملی یا بین المللی جرم شناخته نشود محکوم نخواهد شد به همین طریق هیچ مجازاتی شدید تر از آنچه که در موقع ارتکاب جرم بدان تعلق می‌گرفت درباره کسی اعمال نخواهد شد» و میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ که در ماده ۱۵(۱) مقرر داشته است که: «هیچ کس به علت فعل یا ترک فعلی که در موقع ارتکاب بر طبق قوانین ملی یا بین‌المللی جرم نبوده محکوم نمی‌شود و همچنین هیچ مجازاتی شدیدتر از آنچه در زمان ارتکاب جرم قابل اعمال بوده تعیین نخواهد شد، هرگاه پس از ارتکاب جرم قانون مجازات خفیف‌تری برای آن مقرر دارد مرتکب از آن استفاده خواهد نمود.» و همچنین در ماده ۶(۲) بیان داشته است که: «در کشورهایی که مجازات اعدام لغو نشده صدور حکم اعدام جایز نیست مگر در مورد مهمترین جنایات طبق قانون لازم‌الاجرا در زمان ارتکاب جنایت...» که مطابق ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون داخلی می‌باشند اشاره کرد.

۴-۲- موارد تجاوز به اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قانون اساسی و

قوانین عادی

قانونگذار به طرق مختلفی چون مکلف نمودن قضات به مراجعه به منابع معتبر فقهی و فتاوی مشهور فقها در صورت نبود قانون مدون و نیز پذیرش سیاست اطلاق در بیان عبارات قانونی و... بر این اصل خدشه وارد کرده است، که این تعدی هم در قانون اساسی و هم در قوانین عادی به صراحت منعکس شده که عبارت‌اند از:

الف- اصل ۱۶۷ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «... و اگر نیابد به استناد منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد» در مورد تسری این اصل به امور کیفری اختلاف نظر وجود دارد برخی با توجه به حاکمیت اصل چهارم قانون اساسی بر تمامی قوانین، موافق تسری این اصل به امور کیفری هستند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵، ص ۲۸۵) اما واقعیت امر این است که با توجه به لزوم شفافیت اوامر و نواهی قانونگذار برای شهروندان پذیرش این نظر مخالف اصل عقلی «قیح عقاب بلائیان» می‌باشد چرا که بیان کلی (منابع معتبر اسلامی و...) قانونگذار در اینجا به منزله «بلائیان» بوده و قبیح است و از طرفی اصل چهارم صرفاً ناظر بر تطبیق قوانین بر منابع اسلامی و تخطی نکردن از مفاد آنهاست نه اینکه در موارد سکوت بتوان به این منابع که برای شهروندان بیان نشده‌اند بتوان برای جرم انگاری و مجازات استناد نمود. مرحوم آیت الله خوبی در مورد تکلیف شارع به بیان تکلیف معتقدند که «ان العقاب علی مخالفه التکلیف الغیر الوصول من اوضح المصادیق الظلم و قد دلت الآیات و الروایات علی ان الله سبحانه و تعالی لایعاقب الا بعد البیان لثلا یکون لاناس علی الله حجه بل له الحجه البالغه» یعنی مجازات کردن نسبت به مرتکب در صورتی که واصل نشده باشد از واضح ترین مصادیق ستم است آیات و روایات حاکی از آن است که خداوند سبحان و متعال مجازات نمی‌کند مگر بعد از بیان مبدا مردم بر آن حجت کنند چرا که خداوند دلیل بزرگی برای آن دارد. (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۲۵۴) و علامه حلی در مورد شرط اعلام بیان می‌دارد «و شرطنا الاعلام لان المکلف اذا لم اراده المکلف بالفعل لم یکن مکلفاً» یعنی ما اعلام را شرط کردیم به این دلیل که مکلف تا زمانی که به اراده تکلیف‌کننده آگاهی نداشته باشد مکلف نیست. (علامه حلی، بی تا، ج ۱، ص ۳۱۹) محمد بن مسلم بیان می‌دارد که: «از امام باقر(ع) پرسیدم مردی را به اسلام خوانده‌ایم و او پذیرفته است و پس از آن مرتکب شرب خمر و زنا شده، به خاطر آنکه احکام اسلامی برای او بیان نشده است؛ آیا حد بر او جاری می‌گردد؟ امام(ع) در پاسخ فرمودند: خیر، مگر آنکه اثبات شود که می‌دانسته این اعمال حرام است.» (وسایل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۲۴ به نقل از سید مصطفی محقق داماد) همچنین حدیث نبوی سعه «الناس فی سعه ما لا یعلمون؛ یعنی مردم درباره آنچه که نمی‌دانند آزاد و در آسایش هستند» دلالت بر برائت {از مجازات برای احکامی که اعلام نشده‌اند} دارد. (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص ۲۷۸) همانگونه که از بیانات فقهای مشهور امامیه بر

می‌آید اعلام کردن نواهی و اوامر لازمه مجازات کردن است پس به طریق اولی محتوای آنچه بیان می‌شود نیز باید روشن باشد.

ب - مواد ۸ و ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۸ (طبق ماده ۵۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نسخ شده است): ماده ۸ بیان می‌داشت: «قضات دادگاه‌ها و دادرهای عمومی و انقلاب مکلفند به دعاوی و شکایات و اطلاعات موافق قوانین موضوعه و اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رسیدگی کنند و تصمیم قضایی را اتخاذ نمایند». ماده ۹ اعلام می‌داشت: «قرارها و احکام دادگاه‌ها باید مستدل بوده و مستند به قانون یا شرع و اصولی باشد که بر مبنای آن حکم صادر شده است. تخلف از این امر و انشاء رأی بدون استناد موجب محکومیت انتظامی خواهد بود».

پ - ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۷۸ (طبق ماده ۵۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نسخ شده است) اشعار می‌داشت: «رأی دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانونی و اصولی باشد که بر اساس 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 نماید. . .».

ت - بند ۲ ماده واحده قانون احترام به آزادی های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب سال ۱۳۸۳، بیان می‌دارد: «محکومیت‌ها باید بر طبق ترتیبات قانونی و منحصر به مباشر، شریک و معاون جرم باشد و تا جرم در دادگاه صالح اثبات نشود و رأی مستدل و مستند به مواد قانونی و یا منابع فقهی معتبر (در صورت نبودن قانون) قطعی نگردیده اصل بر برائت متهم بوده و هر کس حق دارد در پناه قانون از امنیت لازم برخوردار باشد». همانگونه که از متن ماده مذکور بر می‌آید قانونگذار در این ماده در صدر ماده منابع فقهی را از جمله مستندات قاضی به حساب آورده لیکن در انتهای ماده از اصل برائت سخن برده که با توجه به اینکه «اصل برائت»^۱ در اصول فقه در معنای رفع تکلیف در مواضع شک بین وجود یا عدم وجود تکلیف بر عهده مکلف است در اینجا باید قائل به این بود که چون منابع فقهی صراحت لازم را نداشته و شهروندان نسبت به این منابع جاهل هستند باید در مقام شک قائل به برائت و بی گناهی فرد باشیم.

ث - ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵ قانونگذار در ماده مذکور مقرر داشته است که «هرکس علناً درانظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید، علاوه بر کیفر عمل به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می‌گردد و...» همانطور که ملاحظه می‌شود مصادیق عمل حرام در قانون مجازات اسلامی و یا دیگر قوانین عادی مشخص نشده است.

^۱-presumption of innocence

اقدامی که بدون شک منجر به جرم انگاری‌های مبتنی بر منابع اسلامی می‌شود و سالیان سال افرادی را به بهانه ترک واجب یا انجام عمل حرام (چون روزه خواری، بدحجابی و...) به پای میز محاکمه کشانده و مجازات نموده است. این در حالی است که خداوند در آیه ۱۵ سوره اسراء و چند آیه دیگر حکم کرده است که تا حکمی به مردم ابلاغ نشود مجازات سرپیچی آنها امکان ندارد، در این ماده قانونگذار عبارت کلی «عمل حرام» را بیان کرده که دایره آن بسیار وسیع است و برخلاف ابلاغ صریح احکام به مردم است. و از طرفی «اصل برائت» به عنوان یکی از اصول مهم عملیه در اصول فقه که در قوانین مدنی و جزایی نیز کارایی بسیاری دارد اقتضای این را دارد که در جایی که «شک داشته باشیم که آیا اصلاً تکلیفی گردن ما هست یا نه اصل برائت حاکم است» (نامداری، ۱۳۹۹، ص ۴۲۲) و باید بگوییم تکلیفی بر عهده ما نیست. در این ماده در مورد شک و شبهه در مصادیق عمل حرام با استناد به اصل برائت باید گفت که عمل انجام گرفته مباح می‌باشد.

نکته قابل توجه اینکه بعضی از اساتید حقوق معتقدند که رجوع به منابع و فتاوی معتبر با توجه به اصل چهارم قانون اساسی مجاز می‌باشد و هیچ مغایرتی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها ندارد (صادقی، ۱۳۸۹، ۲۰-۲۱) اما باید گفت که اصل چهارم قانون اساسی در واقع بیان کننده این امر است که تمامی قوانین باید براساس موازین پذیرفته شده اسلامی باشند (عدم مخالفت با قرآن، سنت، عقل و اجماع) به این معنی که متون قانونی باید مخالفتی با موازین و معیارهای شرعی نداشته باشند نه اینکه در هر قانونی که فقدان حکم وجود داشته باشد، قضات این احکام را از مقررات شرع اسلام اتخاذ نمایند. در واقع اصل چهارم قانون اساسی تأکید کرده است که قرآن، سنت و منابع فقهی، باید منبع مورد رجوع قانونگذار در تدوین قانون باشد، نه منبع رجوع قاضی. آنها در عرض قانون نیستند، بلکه پایه و زیر بنای قانون مدون هستند که صلاحیت مراجعه به آنها در اختیار قانونگذار است نه قاضی. (حبیب زاده، ۱۳۷۷، ص ۳۲). بنابراین اولاً؛ این برداشت با اصل ۱۶۷ قانون اساسی مغایرت دارد چرا که در اصل موصوف آمده اگر در قوانین مدون یافت نشد. . . ثانیاً؛ در ماده ۶۳۸ عمل حرام مورد تأکید قرار گرفته که باید مصادیق آن را در کتب فقهی جستجو کرد. در نتیجه تنها دلیل توجیهی آن این است که قانونگذار خود را مکلف و مقید کامل اصل موصوف ندانسته و با علم و آگاهی در صورت نبود قوانین مدون از آن عبور کرده است. این اطلاق‌گرایی در بیان قانونگذار در جرم افساد فی الارض (ماده ۲۸۶ قانون مجازات اسلامی) نیز وجود دارد، در واقع قانونگذار با استفاده از واژگانی چون «گسترده»، «شدید» و «وسیع» در این ماده اجازه تفاسیر گسترده به قضات را داده است و این تفاسیر موسع بدون تردید خلاف اصل قانونی بودن جرم و مجازات می‌باشد.

ج - مواد ۱۸ و ۴۲ آیین نامه دادرها و دادگاه های ویژه روحانیت مصوب ۱۳۶۹؛ ماده ۱۸ بیان می - دارد: «هر فعل یا ترک فعلی که مطابق قوانین موضوعه یا احکام شرعیه قابل مجازات یا مستلزم اقدامات تأمینی و تربیتی باشد، جرم محسوب می‌گردد» این ماده به صراحت جایگاه و شأن برابری

برای قانون و احکام شرعیه برای جرم انگاری و تعیین مجازات قائل شده است. بارزترین نمونه تجاوز به اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها تبصره‌ی ماده ۴۲ آیین نامه مذکور بوده که مقرر داشته: «در موارد استثنائی و مواردی که در شرع و قانون مجازات مشخصی تعیین نگردیده حاکم می‌تواند مستدلاً براساس نظر خود اقدام به صدور حکم نماید». تردیدی نیست که این دو مقرر در آیین نامه مذکور مخالف صریح مبانی اصل قانونی بودن جرم و مجازات در فقه نیز می‌باشند چرا که با توجه به مباحث فقهی که در مباحث قبلی بیان شدند برای اینکه بتوان فردی را مجازات نمود باید اولاً حکم به مجازات قبل از وقوع جرم مقرر شده باشد همانطور که در قرآن بیان شده «... حتی نبعث رسولا» که این آیه ناظر بر مسبوق بودن مجازات نسبت به صدور حکم است و ثانیاً، حکم مذکور باید برای مردم روشن باشد همانطور که پیامبران احکام الهی را برای مردم روشن کرده‌اند نیاز است که تمامی احکامی که ممکن است مبنای مجازات قرار گیرند به صراحت بیان شوند.

چ - ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲. این ماده بیان می‌دارد: «در مقررات و نظامات دولتی مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است. . .» مفهوم مخالف آن این است که در مجازاتهای حد، قصاص و دیات چنین شرطی ضرورت ندارد. این در حالی است که قاعده «قیح عقاب بلا بیان» عام و مطلق است و ناظر است بر تمامی مجازاتها می‌باشد چرا که فلسفه اصلی اصل قانونی بودن جرم و مجازات هشدار قبل عذاب است و این مقرر قانونی مخالف صریح احکام فقهی مرتبط با اصل مذکور می‌باشد. و از آنجایی که در قانونگذاری اسلام اصول مهمی چون «لا ضرر» و «لا حرج» حاکم هستند و مفاد و مفهوم آنها نفی تکالیف سخت و مشقت بار است باید این مفهوم مخالف را مخالف اصل قانونی بودن جرم و مجازاتها دانست که هدف اصلی آنها تامین آزادی و کرامت شهروندان و جلوگیری کردن از اعمال مشقت و رنج بر آنان است.

ح - ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی نیز مقرر داشته است که «مرتکبان جرایمی که نوع و میزان تعزیر آنها در قوانین موضوعه تعیین نشده است به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌گردند.» قانونگذار در سال ۱۳۹۲ با تصویب قانون مجازات اسلامی در ماده ۲ این قانون بیان داشته است که: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود» و مفهوم مخالف آن این است که هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین نشده باشد جرم محسوب نمی‌شود. و اصل ۳۶ قانون اساسی که مقرر داشته «حکم به مجازات و اجرا آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». و در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی نیز بر قانونی بودن تعزیر، کیفیت و نوع و میزان آن تأکید شده است به نظر می‌رسد صراحت این چند مقرر بر هیچ کس پوشیده نیست که مرجع تعیین جرم و مجازات فقط قانون است.

نکته حایز اهمیت این است که سالیان سال قوانینی حاکمیت کرده‌اند که فقط جرم بودن را تصریح کرده و هیچ اشاره ای به مجازات آن نکرده‌اند، در صورتی که اصل قانونی بودن ناظر بر دو

بُعد «جرایم» و «مجازات‌ها» است. از جمله این قوانین می‌توان به تبصره ۲ قانون الحاق ماده واحده به قانون گذرنامه مصوب ۱۳۵۱/۱۲/۱۰ و یا مواد ۳۰، ۳۱، ۳۲، ۳۳، ۳۶ قانون همه پرسی جمهوری اسلامی مصوب ۱۳۶۸ اشاره کرد که جرم انگاری شده اما برای آنها مجازات تعیین نشده است، موادی مانند مواد ۲۵، ۲۶، ۲۸، ۲۹، ۳۲ قانون مطبوعات ۱۳۶۴ و اصلاحات بعدی آن نظر حاکم شرع و تعزیر شرعی جایگزین تعیین مجازات قانونی شده است. در واقع در قوانین مذکور اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها نادیده گرفته شده است، این در حالی است که در قوانین قبلی نظیر ماده ۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نیز بر این نکته که تنها فعل یا ترک فعلی جرم محسوب می‌شود که در قانون مجازات آن تعیین شده باشد تأکید شده بود. اما با وضع قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و مقرر داشتن ماده ۶۹ در واقع چهره‌ی قانونی به آن دسته از به ظاهر جرایم بدون مجازات اعطا شد. نکته قابل توجه اینکه ممکن است در تعارض این ماده با اصل مذکور شبهه‌ای وجود داشته باشد، که شاید بتوان آن را با بیان چند دلیل تاحدودی غیر منطقی دانست: اولاً ماده ۶۹ ناظر بر جرایم بعد از لازم الاجرا شدن قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ می‌باشد و در خصوص موارد ارتكابی قبل از لازم الاجرا شدن این قانون باید گفت که رفتارهای ارتكابی مباح بوده اند. ثانیاً قانونگذار در ماده ۶۹ یک جعل ثانوی را انجام داده است به این معنی که به موجب حکمی متأخر رفتارهای به ظاهر مجرمانه بدون مجازات سابق را سامان داده و مشمول ضمانت اجرای کیفری نموده است. نقدی که بر کار قانونگذار وارد می‌باشد این است که از یک طرف صراحت بیان که از مبانی اصلی قانونگذاران در قانون‌نویسی می‌باشد رعایت نگردیده، به این معنی که قوانین باید خود صراحت داشته باشند نه اینکه قانون دیگری از آنها رفع ابهام نماید و از طرفی مجازات‌های جایگزین حبس مقرر در ماده ۶۹ کلی و عام است و بدون تردید قضات در اعمال آنها بر موارد مختلف دچار تشتت آراء و اعمال مجازات‌های متفاوتی در حق محکومان خواهند شد، که می‌توان این مهم را از جهت اینکه با بُعد مبین و آشکار بودن اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و نیز مبانی این اصل متعارض است، دلیلی بر نقض اصل مذکور دانست. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۷/۹۲/۱۴۰۵ مورخ ۱۳۹۲/۷/۲۲ نداشتن تعارض این ماده را با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها تأیید کرده است اما با یک توجیه نامناسب، با این بیان که قانونگذار به جرم بودن عملی تصریح کرده بدون تعیین نوع و میزان مجازات آن جرم. که باید گفت زمانی می‌توان یک رفتار را جرم نامید که ضمانت اجرای آن نیز معلوم باشد نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۶۳۸۱ مورخ ۱۳۶۹/۱۲/۱۸ در همین راستا بیان داشته است که: «هرگاه قضیه‌ای مطرح شود که در قانون برای آن مجازاتی تعیین نشده باشد، باید گفت آن عمل جرم نبوده و قابل طرح در محاکم هم نمی‌باشد». پس نتیجه می‌گیریم وقتی که برای رفتاری مجازات تعیین نشده باشد جرم نبوده، و این گفته قانونگذار در ماده ۶۹ که «مرتکبان جرایمی.....» با توجه به نکات مطروحه خالی از اشکال نیست.

خ- ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی که مقرر داشته: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل یکصد و شصت و هفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود» به صراحت ناقض اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست به این معنی که قانونگذار با بیان این ماده قید دیگری را (شرعی بودن) هرچند فقط نسبت به حدود؛ به اصل مذکور اضافه نموده است، برای پذیرش نظر مذکور (ایراد بر نظر قانونگذار) می‌توان به دلایلی چند به شرح ذیل اشاره نمود:

اولاً- در مورد حدودی که در قانون نیامده حتی اگر اصل ۱۶۷ قانون اساسی را نسبت به امور کیفری تسری بدهیم، فقط در امور موضوعی می‌شود به منابع و فتاوی معتبر اسلامی مراجعه کرد، چرا که اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها که به صراحت هرچه تمامتر در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی و اصل ۳۶ قانون اساسی پذیرفته شده است، قانون را منصرف از شرع دانسته، زیرا وقتی سخن از قانون می‌شود منظور متنی است که مراحل تصویب، توشیح و ابلاغ را طی نموده است.

ثانیاً- در توجیه اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، علاوه بر اینکه باید قانونی وجود داشته باشد و تشریح شده باشد، باید این امکان هم وجود داشته باشد که مردم نسبت به آن آگاه شوند و فرض بر این گرفته شود که مردم نسبت به آن آگاه هستند (مفهوم ماده ۲ قانون مدنی) امری که نسبت به شریعات (منابع و فتاوی معتبر) به قطع و یقین امکان پذیر نیست، چراکه نه فقط مردم عادی بلکه طلاب جوان و تازه ورود کرده در مدارس دینی نیز شناخت کافی از مبانی و قدرت تشخیص منابع و فتاوی معتبر را ندارند. و حتی در بین فقها در تعداد حدود اختلاف نظر فراوان است، همچنین فتاوی معتبر مشخص نیست کدام فتاوی منظور نظر است. این کار قانونگذار مخالف اصل مشهور حقوقی «قانون باید قابل دسترس و قابل پیش‌بینی باشد»^۱ نیز می‌باشد. از طرفی ماده ۲۲۰ مخاطب خاصی ندارد، بالفرض که همه‌ی طلاب و روحانیان را عالم به شریعات بدانیم، باز جای نقد است که چرا در ماده مذکور باید تبعیض (تفاوت قوانین حاکم بر افراد) وجود داشته باشد، به این معنی که مردم خود را در برابر قانون مکلف می‌دانند (مسئولیت دنیوی) نه در برابر مقررات شرعی. پس اگر مردم مرتکب حدود مقرر در ماده ۲۲۰ شوند این باعث می‌شود که افراد ناآگاه قربانی نواقص قانونگذاری را شوند، این ابهام قانونگذار بدون تردید مخالف صریح مبانی فقهی چون «قیح عقاب بلا بیان» و آیات متعددی از قرآن کریم است که در مباحث قبلی بیان شد و جای تأمل است که شورای نگهبان این مقرر را که صراحتاً ناقض مبانی فقهی است تأیید نموده است. مرحوم آقا ضیاءالدین عراقی اصولی نامدار قرن معاصر بیان می‌دارد که «و اما العقل فحکمه بالبرائه لقیح العقاب بلا بیان واصل الی المكلف مما لا یکاد یخفی» یعنی حکم عقل بر برائت برکسی پوشیده نیست چراکه عقل عقاب بدون بیان واصل به مکلف را زشت و قبیح می‌داند. (العراقی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۳۵). بنابراین از نظر صاحب‌نظران

^۱- the law must be accessible and it must be foreseeable.

مشهور امامیه محتوای آنچه که بیان می‌شود به طریق باید روشن باشد چرا که بیان تکالیف پر ابهام همانند عدم تکلیف قبیح است، از همین رو است که مرحوم میرزای قمی بیان می‌دارند «و ان الثمر فی البیان هو البیان الواصل الی المكلف لا مطلق البیان» آنچه از بیان مضمّن ثمر و مفید فایده است بیان اصل به مکلف می‌باشد نه مطلق بیان. (میرزای قمی، ۱۳۷۸ق، ج ۲، ص ۱۶) همچنین مرحوم آخوند خراسانی در این زمینه بیان داشته‌اند که «و اما العقل فانه قد استقلّ بقبح العقوبه و المؤاخذه علی فی لفه التکلیف المجهول بعد الفحص و الیاس عن الظفر بما کان حجةً علیه فانها عقاب بلا بیان و مؤاخذه بلا برهان» یعنی عقل مستقل است در این که مجازات و مؤاخذه بر تکلیف مجهول بعد از فحص و یأس از دستیابی به چیزی که حجت و دلیل بر آن است، مجازات بدون بیان و مواخذه بدون دلیل است. (آخوند خراسانی، بی تا، ج ۱، ص ۳۴۳).

ثالثاً- از طرفی اگر نظر قانونگذار و شورای نگهبان بر این بوده است که به بعضی دیگر از اعمال که در شرع از حدود می‌باشند چهره قانونی بدهند و وارد دایره با ضمانت قانون کنند، چه راه‌حلی بهتر از این بود که قانونگذار آن موارد را نیز در قانون مجازات متذکر می‌شد، امری که البته خود مخالف سیاست جرم زدایی^۱ و کم کردن عناوین مجرمانه که این روزها برزبان حقوقدانان و مسئولین قضائی کشور جاری است می‌باشد.

رابعاً- از طرفی دیگر با توجه به سوابق تقنینی در کشور در باب حدود که محدود به چندین فقره مشخص بوده‌اند و همچنین محدود کردن دایره آزادی مردم با گسترش تعداد عناوین مجرمانه پذیرش نظر قانونگذار بسیار مشکل می‌باشد چرا که این کار قانونگذار نمونه بارز عسر و حرج است که در اسلام این امر نهی شده است و قاعده مشهور فقهی «لا عسر و لا حرج فی الدین» حاکی از سقوط تکلیف شاق است. از طرفی طبق اصل «لا ضرر» از آنجایی که این حدود برای شهروندان تبیین نشده- اند اعمال آنها مصداق بارز ضرر به شهروندان است که طبق این قاعده نهی از ضرر رساندن شده است. و از طرفی پیامبر (ص) می‌فرمایند، (بعثنی بالحنیفیه.....) یعنی من بر دین خنیف راحت و آسان مبعوث شده‌ام (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ص ۴۵) بنابراین دینی که حضرت پیامبر (ص) از آن سخن می- گوید دینی است که در آن آسان بودن و آسانگیری در امور بر آن جاری است و چون مطلق مورد اشاره قرار داده است نتیجه می‌گیریم که یکی از مصادیق این سهل‌گیری در دین مبحث جرایم و مجازات‌هاست به این معنی که تحمیل مجازات بر کسی که از جرم بودن عملی آگاه نبوده است به صراحت مخالف این سهل‌گیری در دین است.

خامساً- نکته دیگر اینکه با وجود پذیرش اعلامیه جهانی حقوق بشر ۱۹۴۸ و نیز میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی ۱۹۶۶ و اینکه این مقررات در حکم قانون داخلی می‌باشند (ماده ۹ قانون مدنی) و

^۱- decriminalization

وجود شواهد و قرائن فراوان مبنی بر اینکه منظور از قانون، صرفاً قانون مصطلح یعنی مجموعه قواعد الزام آوری که مراحل تصویب، توشیح و ابلاغ را گذرانیده باشد مدنظر است و خروج از حیطة و قلمرو آن خروج و تجاوز به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌هاست، شکی نیست که این اقدام قانونگذار نتیجه‌ای جز خدشه به شأن قانونگذار در عرصه‌ی داخلی و بین‌المللی در پی ندارد.

موارد پیش گفته مبین این معناست که دغدغه اصلی قانونگذار در خصوص اصل مورد بحث جایگاه شرعی و فقهی آن بوده است و در حقوق کیفری تعصب نداشته و در صورت نبود حکمی در شریعت اسلامی اجازه عبور از آن را داده و قضات را مکلف به مراجعه به منابع معتبر فقهی یا فتاوی معتبر نموده است و این تجاوز و تعدی عالمانه، آگاهانه و عامدانه بوده است. برای برون رفت از این حالت و جلوگیری از تضییع حقوق متهمان و همچنین ممانعت از صدور آرای متعارض و متناقض توسط قضات در محاکم چاره‌ای نیست جز اینکه تمامی اعمال مجرمانه و حرام که ارتکاب آن بازتاب اجتماعی داشته و امنیت، آرامش و آسایش مردم را بهم می‌زند در مرجع قانونگذاری جرم‌انگاری شود.

نتیجه گیری

در حقوق اسلامی اصل تکلیف ابلاغ با ادله اربعه کتاب (سوره اسراء آیه ۱۵، انفال آیه ۴۲، طلاق آیه ۷ و حجر آیه ۴)، سنت (حدیث رفع، حدیث اطلاق، حدیث حجب و حدیث حل)، اجماع و عقل (قبح عقاب بلابیان) به نحو روشن و بایسته مورد پذیرش قرار گرفته است. نکته‌ی مهمی که شاید وجه اختلاف اصل تکلیف ابلاغ در فقه با اصل قانونی بودن جرم و مجازات باشد این است که «بیان» در اصل مذکور صرف تشریح و ایجاد مجازات و یا احکام (نواهی) نمی‌باشد بلکه علاوه بر تشریح احکام باید این احکام به مکلفین برسد (ابلاغ شود)، به عبارتی «بیان» باید هم صادر و هم واصل (یعنی ابلاغ به مکلف و آگاهی وی نسبت به تکلیف) باشد، در صورتی که در حقوق جزای معاصر اصل (چهل به حکم رافع مسئولیت کیفری نیست) پذیرفته است (ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی) و چنین فرض شده است که افراد جامعه بعد از انتشار حکم آگاه (نسبت به قوانین) فرض می‌شوند. (ماده ۲ قانون مدنی) مگر اینکه تحصیل علم عادتاً برای وی ممکن نباشد یا چهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود. (ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی) اما اصل مذکور اصل را بر ناآگاهی افراد بر احکام گذاشته و آگاهی افراد باید ثابت شود، در واقع تفاوت این قاعده با اصل قانونی بودن جرم و مجازات جایابی اصل و استثناء در آگاهی نسبت به قوانین می‌باشد. پس طبق این اصل نتیجه می‌گیریم که حکم باید علاوه بر تشریح، ابلاغ نیز بشود و فرد نسبت به آن آگاه باشد، در این صورت است که عقاب قبیح و زشت نخواهد بود. اصل کیفی بودن حقوق جزا که سه خصیصه اساسی روشن بودن، قابل پیش بینی بودن و در دسترس بودن قانون را در بردارد باید مورد نظر قانونگذار قرار گیرد، زیرا امنیت افراد جامعه همانقدر که با نبود قانون می‌تواند لطمه ببیند با وجود قوانین مبهم نیز لطمه خواهد دید. مهمترین راه برای پذیرش بی نقص این قاعده، تکیه بر اصل مترقی «تفکیک قوا» است؛ وقتی که قانونگذار تمام

اوامر و نواهی را به روشنی بیان دارد و قضات نیز فقط این اوامر و نواهی را به اجرا گذارند نتیجه‌ای جز تأمین آزادی افراد در پی نخواهد داشت. بنابراین اگر هر یک از نهادهای حکومتی در ایران وظیفه خود را به نحو احسن انجام دهند هیچ تعرضی نسبت به کرامت انسانها صورت نخواهد گرفت. اصل موصوف حقوق و آزادی‌های شخصی افراد را تضمین نموده، بی طرفی در حقوق کیفری را برقرار کرده، از رخوت و رکود اجتماعی جلوگیری نموده و دموکراسی و تفکیک قوا را به ارمغان می‌آورد. در حقوق کیفری ایران در رابطه با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها اصول، ۲۲، ۲۵، ۳۲، ۳۳، ۳۶، ۳۷، ۱۵۹، ۱۶۶، ۱۶۷ و ۱۶۹ اشاره کرد، که از این میان شاید دو اصل ۳۶ و ۱۶۷ به نحو بارزتری این اصل را بیان می‌کنند. قوانین عادی مواد ۲، ۱۰، ۱۲ و ۱۳ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ و ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲ و همچنین بندهای ۱، ۲ و ۱۵ ماده واحده قانون احترام به آزادیهای مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب سال ۱۳۸۳ اصل موصوف مورد پذیرش قرار داده است.

قانونگذار در برخی موارد از این اصل عبور کرده؛ این تعدی و تجاوز هم در قانون اساسی و هم در قوانین عادی به صراحت منعکس شده که عبارت است از: اصل ۱۶۷ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «... و اگر نیاید به استناد منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه‌ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد»، بند ۲ ماده واحده قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حقوق شهروندی مصوب سال ۱۳۸۳، ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی تعزیرات مصوب سال ۱۳۷۵، مواد ۱۸ و ۴۲ آیین نامه دادرها و دادگاه‌های ویژه روحانیت مصوب ۱۳۶۹، مواد ۱۰، ۶۹ و ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، علاوه بر این موارد قانونگذار با بکارگیری عباراتی چون فعل حرام، افساد فی الارض و... اقدام به جرم‌انگاری پنهان و مبهم نموده است اقدامی که بدون تردید مخالف اصل قانونی بودن جرم و مجازات می‌باشد.

منابع

- ۱- قرآن کریم، ترجمه الهی قمشه ای.
- ۲- العراقی، آقا ضیاءالدین (۱۴۱۷). نهایی الافکار، جزء ثالث، جلد دوم، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
- ۳- آخوند، شیخ محمد کاظم خراسانی (بی تا). کفایه الاصول، جلد یک، قم، نشر موسسه آل‌البیت علیهم السلام لاحیاء التراث، نقل از کتابخانه الکترونیکی مدرسه فقهت. www.lib.eshia.ir
- ۴- اردبیلی، محمد علی (۱۳۸۹). حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران، انتشارات میزان.
- ۵- اردبیلی، محمد علی (۱۳۸۶). حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران، انتشارات میزان.
- ۶- آقایی، محمد علی (۱۳۹۴). شرح مختصر اصطلاحات حقوقی، تهران، انتشارات خط سوم.
- ۷- آخوند خراسانی، مولی محمد کاظم (۱۳۳۹ ه.ق). کفایه الاصول، قم، موسسه آل‌البیت.

- ۸- اتابکی، سیدلطف الله (۱۳۶۴). «اصل قانونی بودن جرم و مجازات و...» فصلنامه حق، شماره ۲، ص ۱۶۳.
- ۹- آهنگران، محمد رسول، سعیدی مهرداد، اورسجی، رضا (۱۳۹۵). بررسی حدود غیر موضوعه (ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی) با رویکرد فقه مقارن. فصلنامه حقوق جزا و سیاست جنایی، دوره ۱، ش ۲، صص ۲۵۳-۲۲۵.
- ۱۰- آملی لاریجانی، صادق (۱۳۹۹). تحلیل موضوع قاعده قبح عقاب بلابیان، مجله پژوهشهای اصولی، سال ۷، شماره ۲۵، صص ۹-۳۲.
- ۱۱- بکاریا، سزار (۱۳۹۵). رساله جرایم و مجازاتها، ترجمه دکتر محمدعلی اردبیلی، تهران، انتشارات میزان.
- ۱۲- حبیب زاده، محمد جعفر (۱۳۷۷). «رژیم قانونی بودن حقوق کیفری عامل مؤثر در رشد و توسعه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۳.
- ۱۳- حبیب زاده، محمد جعفر (۱۳۸۳). مجازات عمل حرام و تعارض آن با قانون مداری در قانون اساسی ایران، نشریه حقوق اساسی، سال دوم، شماره سوم، صص ۹-۲۴.
- ۱۴- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶). وسائل الشیعه، ج ۱۱، ۱۲ و ۱۸، قم، موسسه آل بیت.
- ۱۵- حسینی، سید محمد (۱۳۹۴). سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، تهران، انتشارات سمت و دانشگاه تهران.
- ۱۶- حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۹۵). حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ ق. ا. در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، پژوهش های فقهی، دوره ۱۲، شماره ۲، صص ۲۵۷-۲۸۸.
- ۱۷- خویی، ابوالقاسم (۱۴۲۲ق). مصباح الاصول، ج ۱، قم، انتشارات مکتبه الداوری.
- ۱۸- خالقی، علی (۱۳۹۳). نکته ها در قانون آیین دادرسی کیفری، تهران، انتشارات شهر دانش.
- ۱۹- زراعت، عباس (۱۳۹۳). حقوق جزای عمومی (۱ و ۲)، ج ۱، تهران، انتشارات جاودانه (جنگل).
- ۲۰- سجادی نژاد، سید احمد (۱۳۸۵)، «اصل قانونی بودن حقوق جزا در فقه و حقوق»، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۲۰.
- ۲۱- ساولانی، اسماعیل (۱۳۹۲). حقوق جزای عمومی، تهران، انتشارات میزان.
- ۲۲- شیخ انصاری، مرتضی (۱۲۸۱). فرائد الاصول، بیروت، موسسه الاعلمی.
- ۲۳- صادقی، محمدهادی (۱۳۸۹). حقوق جزای اختصاصی (۱) جرایم علیه اشخاص، تهران، انتشارات میزان.
- ۲۴- طباطبایی، علامه محمد حسین، تفسیر المیزان، ج ۲ و ۱۳.
- ۲۵- طبیب، سید عبدالحسین (۱۳۷۸). اطیب البیان فی تفسیر القرآن، تهران، انتشارات اسلام.
- ۲۶- علامه حلی، حسن بن یوسف (بی تا). کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، برگرفته از کتابخانه الکترونیکی مدرسه فقاهاست. www.lib.eshia.ir
- ۲۷- فرهنگ نامه اصول، مرکز اطلاعات و مدارک اسلامی، انتشارات دانشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۹.
- ۲۸- قافی، حسین، شریعتی فرانی، سعید (۱۳۸۸). اصول فقه کاربردی، ج ۱، قم، انتشارات سمت.
- ۲۹- قرائتی، محسن (۱۳۹۲). تفسیر نور، جلد پنجم، مرکز فرهنگی درسهایی از قرآن.
- ۳۰- کاظمی خراسانی، محمدعلی (۱۴۰۴-۱۴۰۹). فوائد الاصول، تقریرات درس آیة الله نائینی، قم.
- ۳۱- کالانتیری، کیومرث (۱۳۷۵). اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها، بابلسر، انتشارات دانشگاه مازندران.

- ۳۲- گسن، رمون (۱۹۹۹). ترجمه دکتر علی حسین نجفی ابرند آبادی، آیا جرم وجود دارد؟، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۹-۳۰.
- ۳۳- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۵۸). حقوق جزای عمومی اسلام، نشریه مؤسسه حقوق تطبیقی، شماره ۶، ص ۹۳.
- ۳۴- مکارم شیرازی، آیت الله ناصر (۱۳۸۶). تفسیر نمونه، ج ۸، تهران، دارالکتاب الاسلامیه.
- ۳۵- مکارم شیرازی، آیت الله ناصر (۱۳۸۵). قاعده لاجرح، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع).
- ۳۶- منتسکیو، شارل لویی (۱۳۶۲). روح القوانين، ترجمه علی اکبر مهتدی، تهران، انتشارات امیرکبیر.
- ۳۷- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷). مباحثی از اصول فقه (دفتر سوم اصول عملیه و تعارض ادله)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۳۸- میلانی، علیرضا، خلیلی سامانی، لیلا (۱۳۹۴). «اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها»، فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی، دوره ۱، شماره ۱، صص ۱۹-۲۵.
- ۳۹- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۲). مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۴۰- موسوی، سید علی (۱۳۹۳). «اصل قانونی بودن حقوق جزا»، مجله میزان، شماره ۶، نیم سال دوم.
- ۴۱- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۸ق). قوانین الاصول، المطبعه حجریه قدیمیه.
- ۴۲- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۸). قاعده قبح عقاب بلا بیان و مقایسه آن با اصل قانونی بودن مجازات، مجله پژوهش‌های فلسفی - کلامی، شماره ۱، صص ۷۷-۹۲.
- ۴۳- هاشمی، سید محمد (۱۳۸۹). حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران (حاکمیت و نهادهای سیاسی)، جلد دوم، تهران، انتشارات میزان.
- ۴۴- هاشمی، سید حسین (۱۳۹۴). قرآن و اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها، مجله فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره ۲، صص ۱۹۱-۲۲۲.
- ۴۵- ولایی، عیسی (۱۳۸۰). فرهنگ تشریحی علم اصول، تهران، انتشارات نی.
- ۴۶- واعظ الحسینی، محمد سرور (۱۳۸۰). مصباح الاصول، ج ۲، تقریرات درس آیه الله خویی، قم.
- ۴۷- ولد، جرج، توماس، برنارد، جفری اسنپیس (۱۳۸۸). ترجمه علی شجاعی، جرم‌شناسی نظری، تهران، انتشارات سمت.

- ۴۸- A. Schabas, William (۲۰۰۰). "perverse effects of the nulla poena principle: national practice and the ad hoc tribunal", EJIL. Vol. ۱۱ NO. ۳, ۵۲۱-۵۳۹.
- ۴۹- Cho, Kuk (۲۰۰۶). "Nullumcrimen, Nullapoena sine lege in Korean Criminal Law" Journal of Korean Law, vol. ۶, No. ۱, ۲۰۰۶.
- ۵۰- Crisan, Iulia (۲۰۱۰). The principles of legality "nullum crimen, nulla poena sine lege" and their role, effective justice solutions, Published as part of the *Effectius Newsletter*, Issue ۵.
- ۵۱- Hall, Jerome (۱۹۳۷). Nulla Poena Sine Lege, Maurer School of Law: Indiana University, number ۲.
- ۵۲- Kedia, bineet, (۲۰۱۴). "Nullum crimen sine lege in international criminal law: myth or fact?" international journal of international law: ISSN: ۲۳۹۴-۲۶۲۲.
- ۵۳- Krebs, Claus (۲۰۱۰). Nulla poena, Nullum crimen sine lege, Max Planck Encyclopedia of public international Law.

-
- ۵۴- Sivakumaran, Sandesh (۲۰۱۱). the principle of legality in international criminal law, ASIL PROCEEDING, Santa Clara university, pp ۱۰۱-۱۰۴.
- ۵۵- Van schaack, Beth (۲۰۰۸). crimen sine leg: judicial lawmaking at the intersection of law and morals, the Georgetown law journal, vol. ۹۷: ۱۱۹, pp ۱۱۹-۱۹۲.
- ۵۶- westen, peter (۲۰۰۶). two rules of legality in criminal law, law and philosoph (springer) vol. ۲۶, No. ۳, pp ۲۲۹-۳۰۵.
- ۵۷ -fa. mfeb.ir/osulsh-۲۷۱/.