

دکتر محمد جعفر حبیب‌زاده  
استاد یار دانشگاه تربیت مدرس

## رژیم قانونی بودن حقوق کیفری عامل مؤثر در رشد و توسعه

### چکیده

تضمین و رعایت حقوق و آزادیهای اساسی آحاد جامعه از اصول مسلم حقوقی است که در تحقق نظم و امنیت اجتماعی نقش مهمی را ایفا می‌کند. این اصل از جانبی مقتضای پایبندی به قرارداد اجتماعی و انجام وظیفه حکومت در برابر حفظ حقوق ملت است و از جانب دیگر با ایجاد رابطه منطقی و مثبت عامل مهم به وجود آورنده علاقه قلبی بین مردم و حکومت به حساب می‌آید و در نهایت ضامن نظم و امنیت اجتماعی و عامل مؤثر برای تحقق رشد و توسعه است. بررسی موضوع مهم حقوق و آزادیهای فردی و چگونگی تضمین آنها و محدودهٔ اجرائی آن از وظایف و موضوعات اساسی است که فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز به بیان مصادیق و چارچوب این حقوق پرداخته است. یکی از مصادیق مهم این حقوق، لزوم رعایت رژیم قانونی بودن حقوق کیفری است که در اصول مذکور و سایر اصول قانون اساسی در فصلهای دیگر بر آن تأکید شده است؛ به نحوی که می‌توان گفت قانونگذار مؤسس،

رعایت رژیم مذکور را مقدم بر سایر حقوق و مهمتر از آنها مورد توجه قرار داده است و در اصول مختلف قانون اساسی عناصر اصلی حقوق جزا یعنی جرم، مجازات و آیین دادرسی و صلاحیت محاکم را مقید به تجویز و اراده قانونگذار کرده است. با توجه به این که قانون اساسی بر اساس موازین فقه اسلامی تدوین شده است، پذیرش رژیم مذکور حاکی از آن است که در فقه اسلامی نیز چنین شیوهی مورد قبول قرار گرفته است که اساس آن بر قاعده قبح عقاب بلا بیان استوار است و به نظر می‌رسد مفهوم آن از مستقلات عقلی است که در همه زمانها و مکانها مورد قبول عقلای عالم قرار داشته است. در حال حاضر به رغم سابقه تاریخی رژیم مذکور و قبول آن در فقه اسلامی و قانون اساسی، بعضی از قوانین عادی مصوب قوه قانونگذاری با تعرض به محدوده آن، از سر بی‌مهری و بی‌توجهی با آن برخوردار کرده‌اند که به منزله مانع اساسی رشد و توسعه به حساب می‌آیند. از جمله مقررات مغایر با رژیم مذکور می‌توان به ماده ۲۸۹ ق. اصلاح. ا. د. ک مصوب ۱۳۶۱ و ماده ۲۹ ق. ت. د. ک مصوب ۱۳۶۸ و مواد ۲ و ۳ و ۴ و ۸ ق. ت. د. ع. ا. مصوب ۱۳۷۳ اشاره کرد که زمینه ناامنی حقوقی را در روابط اجتماعی فراهم کرده و اعتماد مردم را به رعایت حقوق و آزادیهای خود، توسط دستگاه قضائی سست کرده است. در این مقاله در پی آن هستیم که با تشریح اصول قانون اساسی و اثبات لزوم رعایت رژیم قانونی بودن حقوق جزا تبعات عدم رعایت آن را بیان کنیم و یادآور شویم که به شرطی زمینه‌های توسعه خصوصاً در بعد اقتصادی آن فراهم خواهد شد که افراد جامعه نسبت به رعایت حقوق و آزادیهای اساسی خود اطمینان خاطر داشته باشند والا اگر قرار باشد قضات محاکم در صورت فقدان قانون، رفتار افراد را بر اساس منابع فقهی با فتاوی مشهور که اغلب به زبان عربی است ارزیابی کنند باعث الزام افراد به یادگیری زبان عربی می‌شود که چنین الزامی خلاف اصل ۱۵ ق. ا. است و تکلیف مالایطاق است و با قاعده قبح عقاب بلا بیان موافق نیست و نیز با اصول ۳۶ و ۲۷ و ۱۶۹ ق. ا. مغایر است و از نظر رشد و توسعه اقتصادی

کمتر کسی حاضر به سوق سرمایه‌های خود به سمت سرمایه‌گذارهای زیربنایی و اساسی و سازنده خواهد بود.

### مقدمه

در يك جامعه سامان‌یافته مبتنی بر اصول حقوقی که به تعبیری جامعه مدنی گفته می‌شود وجود نظم و امنیت اجتماعی اساسی‌ترین عامل توسعه و رشد فرهنگی-سیاسی و اجتماعی و اقتصادی است که بدون رعایت حقوق و آزادیهای فردی تحقق آن امکان‌پذیر نیست. اگر افراد جامعه نسبت به رعایت حقوق خود مطمئن باشند، نسبت به اجرای تکالیف و تعهدات خود در مقابل جامعه جدی خواهند بود و در جهت سازندگی و رشد و توسعه جامعه خود قدم برمی‌دارند. در حالی که اگر حکومت، حقوق و آزادیهای فردی را مراعات نکند و تعیین حدود آن را دستخوش اختلاف‌نظر قضات براساس متون نامشخص و شناخته نشده گرداند افراد جامعه نیز متقابلاً خود را موظف به رعایت مقررات اجتماعی نمی‌دانند و در نتیجه نظم و امنیت عمومی مختل می‌شود و سرمایه‌های انسانی و اقتصادی در مسیری خلاف خواست جامعه به جریان می‌افتد. بنابراین تضمین حقوق سیاسی و اجتماعی افراد، مقتضای پایبندی به اصول همزیستی اجتماعی و الزام حکومت به رعایت حقوق فردی و اجتماعی افراد جامعه متبوع خود است که زمینه‌ساز رشد و توسعه همه‌جانبه می‌گردد. تعرض طرفین قرارداد اجتماعی به حقوق یکدیگر موجب اختلال در روابط حقوقی آنها می‌شود و از مهمترین موانع نظم و امنیت اجتماعی که برای رشد و توسعه اجتماعی و اقتصادی حیاتی است به حساب می‌آید. تنظیم این رابطه از وظایف حقوق اساسی است. قانون اساسی متکفل بیان چارچوب و اصول کلی حقوق و تکالیف متقابل حکومت و ملت است. تصویب قانون اساسی به وسیله نمایندگان منتخب ملت و تأیید آن به وسیله مردم از طریق همه‌پرسی به منزله انعقاد يك قرارداد اجتماعی مبتنی بر اراده و آگاهی، بین ملت و

حکومت است و هرگونه اقدامی برخلاف قرارداد مذکور باطل است. براساس قرارداد مذکور حکومت موظف است اراده خود در زمینه حدود آزادیهای فردی و اجتماعی و نیز تکالیف مردم و ضمانت اجرای آن را به طور صریح بیان کند. تکلیف حکومت به تضمین حقوق و آزادیهای فردی و حقوق سیاسی و اجتماعی مردم زمینه ساز ایجاد امنیت حقوقی و قضائی و موجب تحکیم مودت بین ملت و حکومت می شود که ظهور آن در نظم و امنیت اجتماعی متجلی می گردد. هرگونه تعرضی به امنیت قضائی و حقوقی، مانع رشد و توسعه اجتماعی در ابعاد مختلف آن می گردد. مقوله رشد و توسعه بدون توجه به امنیت حقوقی که آن هم مبتنی بر احترام و رعایت آزادیهای فردی و حقوق سیاسی و اجتماعی مردم است، بی معنا است. درجه رشدیافتگی هر جامعه به میزان رعایت حقوق و آزادیهای فردی از طرف حکومت و ایجاد رابطه منطقی بین طرفین قرارداد اجتماعی بستگی دارد. در يك جامعه رشد یافته، اولین وظیفه حکومت حفظ حقوق و آزادیهای فردی است. توسعه تنها مفهومی اقتصادی نیست بلکه مقدم بر آن مفهومی فرهنگی و حقوقی است. توسعه مبتنی بر وجود امنیت اجتماعی است و وجود امنیت اجتماعی وابسته به امنیت حقوقی و قضائی است که اساس آن تأمین حقوق و آزادیهای فردی است. اگر رشد فرهنگی يك جامعه که جنبه حقوقی آن نیز مهم است، زیربنای توسعه آن کشور نباشد و برآن اساس امنیت اجتماعی تحقق نیابد و يك نظام حقوقی سامان یافته و پایدار وجود پیدا نکند تا روابط افراد را براساس اصول و ضوابط حقوقی با رعایت اصل عدالت تنظیم نماید، امکان توسعه اقتصادی و سرمایه گذاری جهت شکوفایی اقتصادی وجود ندارد. البته در يك نظام اجتماعی سامان یافته ضمانت اجرای رعایت حقوق و آزادیهای فردی از طرف حکومت، احترام متقابل افراد جامعه به هنجارها و مقررات اجتماعی است که این رابطه متقابل تضمین کننده امنیت قضائی و حقوقی است. تجاوز به حقوق طرفین قرارداد اجتماعی مهمترین زمینه برای ایجاد تزلزل در امنیت و نظم اجتماعی و عامل مهمی در عدم تحقق رشد و توسعه است که در

یک نظام حقوقی منسجم امکان وقوع چنین حالتی کم است و یا به طور کلی وجود ندارد. لذا از نظر حقوقی برای جلوگیری از وقوع چنین حالتی باید روابط طرفین قرارداد اجتماعی را منظم و دقیق بیان کرد و متخلفین از آن را مورد مؤاخذه قرار داد. بر این اساس که فصل سوم قانون اساسی جمهوری اسلامی حقوق و آزادیهای ملت را برشمرده است و فصل دهم قانون مجازات اسلامی برای کسانی که به حریم حقوق فردی و آزادیهای اجتماعی افراد تجاوز کنند، ضمانت اجرای کیفری در نظر گرفته است که تأکید بر این معنا است که تخلف از رژیم قانونی بودن حقوق کیفری که در قانون اساسی پذیرفته شده، در مقررات عادی واجد ضمانت اجرای کیفری است.

## بحث و بررسی

### ۱- مفهوم نظم عمومی

نظم در مقابل نثر به معنای کلام موزون و نیز مروارید به رشته کشیده، سامان و پیوستگی و انتظام است و وقتی با نسق همراه می‌شود به معنای نظم و ترتیب، آراستگی و پیوستگی و نیز انتظام آمده است. نظام نیز به معنای رشته مروارید و هرچیزی که امری بدان قائم باشد، قاعده و ترتیب، روش و سیره و انتظام به معنای راست گردیدن مروارید و در رشته کشیده شدن چیزی به ترتیب نیکو، سامان گرفتن و منظم شدن آمده است.<sup>۱</sup> همان‌طور که رسم است برای استفاده جمعی از دانه‌های تسبیح آنها را به وسیله نخ به هم مربوط می‌کنند و این عمل کنایه از آن دارد که حفظ دانه‌های تسبیح و قوام وجودی آنها و امکان استفاده جمعی از آنها به عبور دادن نخ از میان آنها وابسته است و نخ قوام‌بخش دانه‌های تسبیح است و تسبیح قائم به نخ مذکور است. در جامعه انسانی نیز قوام یک ملت به وجود نظام اجتماعی و به وجود وحدت و وفاق ملی است که لازمه آن تشکیل حکومت براساس آرای عمومی است. در نظام حکومتی اسلام که براساس بیعت شکل می‌گیرد، امام و رهبر جامعه اسلامی حافظ اقتدار ملی و نگهبان حقوق و

آزادیهای اجتماعی و فردی است و باید عزت مسلمین را تضمین کند که اساس آن نظم اجتماعی و تنظیم امور و اصلاح اجتماع است؛ چنانچه امام رضا (ع) می‌فرماید: «ان الأمام زمام‌الدین و نظام‌المسلمین و صلاح‌الدنیا و عز المؤمنین» امام و رهبر جامعه مانند نخ مروارید باعث استحکام و قوام رابطه بین افراد جامعه می‌گردد و در نتیجه امکان بهره‌گیری جمعی از توان اجزای تشکیل‌دهنده جامعه را فراهم می‌آورد. امام و رهبر زینت‌بخش امت و وحدت‌آفرین جمع آنها است و علاوه بر آراستگی و پیوستگی جامعه، توان جمعی را در خدمت رشد و تعالی جامعه به کار می‌گیرد و موجب ارتقای فرهنگی و معنوی انسانها می‌شود. این وظیفه رهبری که نشانه و تجلی وحدت ملی است خود به منزله يك تأسيس حقوقی به وجود آورنده نوعی نظم اجتماعی است. لذا نظم اجتماعی در هر مکتب مفهومی حقوقی است که به اقتضای زمان و مکان و براساس تحول و رشد فکری جوامع بروز و ظهور متفاوت دارد. از نظر تاریخی اصطلاح نظم عمومی مولود حقوق انقلابی فرانسه است، اما روح آن در طول تاریخ بشر مورد توجه بوده است و در دوران اولیه مشمول اصطلاح عامتری به نام اخلاق حسنه قرار داشته است. از قرن دوم قبل از میلاد در اثر تحول و تکامل احکام حقوقی، اصطلاح اخلاق حسنه وارد مباحث حقوق رم شد و از آنجا به حقوق قدیم فرانسه نفوذ کرد و مفهوم آن تقریباً با مصلحت عمومی و نفع اجتماعی همراه بود و لذا اعمال حقوقی مخالف با آن باطل اعلام می‌شد. اما به تدریج مفهوم نظم عمومی از اخلاق حسنه جدا شد و جایگزین مفهوم مصلحت عمومی و نفع اجتماعی گردید و بیشتر جنبه عینی به خود گرفت و در کنار اخلاق حسنه از تأسیسات حقوقی به حساب آمد و علاوه بر آن با گسترش جوامع و لزوم وجود اصول بنیانی، نظم عمومی برای حمایت و حراست تأسیسات حقوقی هرکشور که مصالح و منافع جامعه مبتنی بر موجودیت و بقای آنهاست، مطرح شد و هر قاعده و قانونی که ضامن هستی تأسیسات حقوقی تلقی می‌شد مربوط به نظم عمومی به حساب می‌آمد و توافق برخلاف آن ممنوع و باطل اعلام می‌شد که غالباً با ضمانت اجرای کیفری نیز همراه بود.

در تعریف نظم عمومی وحدت نظر نیست. بعضی آنرا غیر قابل تعریف و بعضی آنرا قابل تعریف می‌دانند.

موافقین تعریف نظم عمومی دو نظریه ارائه نموده‌اند.<sup>۲</sup> و<sup>۳</sup> براساس نظریه بیرونی (نوعی) که به نظریه حقوق طبیعی نزدیک است، نظم عمومی نتیجه ارتباطات طبیعی اشیاء و اعضاء جامعه بوده، مانند امور تکوینی در جهان مادی است. نظم عمومی مخلوق حقوق نیست بلکه موجد آن است. قوانین و مقررات حقوقی حافظ نظامی هستند که به طور طبیعی و مستقل در خارج وجود دارد. به این ترتیب نظم عمومی یکی از اصول حقوق طبیعی و همان نظم موجود در اجتماع است که مقتضای طبیعت زندگی جمعی است. طرفداران نظریه درونی (شخصی) که بیشتر به مکتب اصالت فرد گرایش دارند، معتقدند نظم عمومی نظم مادی و خارجی یا طبیعی که در طبیعت یا جامعه وجود دارد، نیست؛ بلکه نظم اعتباری ناشی از قواعد و مقررات حقوق موضوعه است که وابسته به یک سلسله اصول و احکام راجع به هیأت اجتماعی است، به نحوی که اگر آن اصول و افکار از بین برود، مصداقی برای نظم عمومی وجود نخواهد داشت. براین اساس نظم عمومی با تحول مقررات حقوقی متحول می‌شود، لذا از لحاظ زمان و مکان یک امر نسبی است و به اعتبار کم و کیف تأسیسات حقوقی هر جامعه و در هر زمان مصادیق آن متغیر است. به نظر می‌رسد هر یک از نظریه‌های فوق به بیان بخشی از واقعیت اکتفا کرده‌اند، با توجه به رابطه الزامی حقوق و اجتماع و تأثیر متقابل آنها برهم، هیچ‌گاه نمی‌توان نظام موجود در جامعه را که ناشی از نظم طبیعی است انکار کرد. یعنی نظم طبیعی مستقل از اصول و مقررات حقوقی، امری واقعی است؛ همان‌طور که نظم ناشی از نظام حقوقی هر جامعه نیز واقعی است انکارناپذیر است. حقوق علاوه بر آن که خود موجد نظم است، نظم خارجی ناشی از طبیعت اشیاء یا روابط اجتماعی را هم حمایت می‌کند. لذا نظم عمومی هم چهره نوعی و طبیعی دارد و هم حالت شخصی و تأسیسی و قلمرو آن از مفهوم حقوقی آن وسیعتر است. نظم عمومی مفهومی فوق

حقوق بوده، ناظر بر اجرای قواعد و مقررات حقوقی و تضمین‌کننده اصولی است که صحت اجرای مقررات مربوط به منافع عمومی را بیان می‌کند. نظم عمومی مفهومی کلی و قابل انطباق بر امنیت اجتماعی و صیانت حیات و آزادی فردی، جان، ناموس و مال افراد جامعه است. در جوامع مختلف برای نظم عمومی شدت و ضعف و مصادیق متفاوت قائل هستند. در حال حاضر حتی اموری که در مظان مختل کردن نظام اجتماعی است ولو در ضمن عمل معینی وجود خارجی نگرفته باشد نیز در مفهوم نظم عمومی وارد شده است. از جمله این امور بروز نشانه‌هایی از اختلالات دماغی در اشخاص است که بیم ارتکاب جرم از آنها می‌رود و در اصطلاح جرم‌شناسی دارای حالت خطرناک هستند و در نتیجه شخصیت آنها ممکن است موجب اختلال نظم اجتماعی گردد.<sup>۴</sup> بنابراین نظم عمومی به وجود نظام اجتماعی و تفکر فلسفی آن وابسته است، به همین لحاظ مفهوم آن از مبانی فکری نظام اجتماعی سرچشمه می‌گیرد. از ویژگیهای نظم عمومی در حقوق عرفی، افتراق آن از نظام مذهبی و اخلاقی است. نظم عمومی در حقوق عرفی مبتنی بر تفکر تحققی و پذیرش نظریه اصالت اجتماع است که از دیدگاه فکری اسلام پذیرفته نیست.

از نظر اسلام، اصالت از آن خداوند و احکام الهی است. مصدر واقعی حق و احکام و الزامات، شارع مقدس است. به این ترتیب مبنای نظم عمومی احکام اسلامی است و حقوق و اختیارات افراد نیز به احکام و تجویزات شارع مقید است و هرکس به غیر از آنچه او می‌فرماید حکم کند، کافر (آیه ۴۹ سوره مائده) و ظالم (آیه ۵۰ همان سوره) و فاسق (آیه ۵۱ همان سوره) است. نظم عمومی قواعد راجع به حفظ و صیانت نهاد اساسی حقوق اسلامی یعنی حکم شارع است که برای حفظ و تأمین مصالح خمسسه (دین، عقل، نسل، جان و مال) و مصالحی که حاکم اسلامی تشخیص می‌دهد حد و مرز تعیین می‌کند و تجاوز به آنها را ممنوع دانسته است. محور اصلی نظام حقوقی اسلام، احکام شرعی است و مبدأ و منشاء تمام ارزشها اطاعت از باری تعالی است. یکی از



ملاکهای تشریح احکام اسلامی تأمین هرچه بیشتر مصالح افراد است؛ در عین حال هرگاه مصلحت افراد با مصلحت جامعه در تعارض قرار گیرد، مصلحت جامعه مقدم است؛ مگر آن‌که مصلحت فرد یا افراد از نظر کیفی اهمیت بیشتر داشته باشد. به این ترتیب نظم عمومی در حقوق اسلامی با اخلاق و دین پیوند عمیق و نزدیک دارد و احکام حقوقی از احکام دینی و اخلاقی منفک نیستند و هر دو مکمل یکدیگر و بلکه احکام حقوقی مبتنی بر احکام دینی است (اصل ۴ ق.ا.) قواعد اخلاقی که خود از احکام دینی است هم موجد قواعد حقوقی است و هم در اجراء و تفسیر آن راهگشا و راهنمای قاضی است. لذا نظم عمومی در حقوق اسلامی هم جنبه طبیعی و هم جنبه قراردادی دارد که هر دو جنبه آن بر پایه رعایت احکام اسلامی استوار است و در قانون اساسی ایران شکل خاصی از آن پذیرفته شده است که مبتنی بر وجود قوای سه‌گانه در لوای رهبری فقیه عادل با تقوی، آگاه به زمان، شجاع، مدیر و مدبر است (اصل ۵ ق.ا.) که وظایف هر یک از قوا که به طور مستقل از یکدیگرند (اصل ۵۷ ق.ا.) در اصول مختلف قانون اساسی تبیین شده است.

## ۲- مفهوم امنیت اجتماعی و ارتباط آن با نظم عمومی

امنیت اجتماعی بخشی از مفهوم امنیت ملی است که بیشتر جنبه داخلی دارد. هرچند مفهوم امنیت ملی بیشتر در روابط خارجی مورد توجه قرار می‌گیرد و لذا از موضوعات مورد مطالعه در علوم سیاسی است، اما به یقین می‌توان گفت جنبه داخلی و عوامل مؤثر داخلی در تحقق این امر کم اهمیت‌تر از عوامل بیرونی آن نیست. لذا در تعاریف راجع به امنیت ملی هر دو جنبه مورد توجه قرار گرفته است.

(آرنولد والفرز) امنیت ملی را به معنای فقدان ترس از به خطر افتادن ارزشهای حیاتی می‌داند. به نظر او امنیت از لحاظ عینی نشان‌دهنده عدم وجود تهدید نسبت به ارزشهای تحصیل شده است و از لحاظ ذهنی بر عدم ترس نسبت به این‌که این ارزشها

مورد هجوم قرار گیرند، دلالت می‌کند.<sup>۵</sup> این تعریف علاوه بر حفظ تمامیت ارضی، نظام اجتماعی و استقلال کشور، امنیت اجتماعی و رعایت حقوق و آزادیهای اساسی را هم شامل می‌شود. لذا امنیت ملی علاوه بر قدرت نظامی و تواناییهای استراتژی در روابط بین‌المللی، دارای ابعاد سیاسی، اجتماعی، اقتصادی داخلی نیز می‌باشد که مسائل مهمی مانند ثبات سیاسی، رونق اقتصادی، حقوق و آزادیهای فردی و یکپارچگی ملی از موضوعات مهم آن است. امنیت ملی در هر واحد سیاسی مرهون شرایط اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی و سیاسی داخلی آن است که امنیت اجتماعی بخشی از این شرایط است. در يك جامعه دارای نظام اجتماعی سامان‌یافته، امنیت ملی نتیجه وجود نظم عمومی است. امنیت و نظم لازم و ملزوم یکدیگرند. جامعه بدون نظم اجتماعی فاقد امنیت است و فقدان امنیت حاکی از عدم وجود نظام اجتماعی سامان یافته و مقتدر و مسلط بر اوضاع است. فقدان امنیت باعث هدر رفتن نیروهای سازنده می‌شود که باید در زمینه‌های مختلف رشد و توسعه فعال باشند. امنیت به‌رغم آن که يك پدیده اجتماعی و حقوقی است، يك احساس درونی از مقوله معرفت است و انسان را به آینده و شرایطی که برای او به وجود خواهد آمد و استفاده از آن چه هست برای دسترسی به آینده مطلوب متوجه می‌کند. جامعه‌یی توسعه یافته است که با تأمین امنیت فردی و اجتماعی، زمینه ایجاد رابطه بین دو افق آینده و گذشته خود را فراهم کند و الا رشد و توسعه واقعی امکان‌پذیر نیست و دستخوش امیال افراد می‌شود. از نظر سیاسی اگر امنیت اجتماعی وجود نداشته باشد، فعالیت‌های سالم سیاسی بی‌ثبات می‌شود و فعالیت‌های ناسالم و بعضاً مخل مبانی نظام اجتماعی جایگزین آن می‌شود و توسعه اقتصادی را هم تحت تأثیر قرار می‌دهد. در حالی که با وجود امنیت اجتماعی، فعالیت‌های سالم سیاسی زمینه بروز پیدا می‌کند و افراد می‌توانند آزادانه عقاید خود را در جهت اصلاح امور جاری جامعه ارائه دهند و با درک واقعی مشارکت سیاسی، تقابل بین طرفین قرارداد اجتماعی به تفاهم و وحدت‌نظر و وفاق ملی تبدیل می‌شود و از نظر

اقتصادی دارندگان سرمایه نیز علاقمند به سرمایه‌گذاری، در امور زیربنایی و تولیدی می‌شوند. بنابراین امنیت و نظم اجتماعی علاوه بر حفظ وحدت ملی و اقتدار سیاسی نظام، موجب سرمایه‌گذاری اقتصادی سالم و بهره‌وری مثبت از آن می‌شود؛ در حالی که ناامنی و بی‌نظمی، سرمایه‌گذاری را به سمت دلالی و واسطه‌گری سوق می‌دهد و بهره‌وری سرمایه را کاهش می‌دهد. به این ترتیب نظم و امنیت اجتماعی که ظهور آن در امنیت سیاسی تجلی می‌یابد با کلیه پدیده‌های اجتماعی از جمله مسائل فرهنگی، اجتماعی و حقوقی و اقتصادی ارتباط تنگاتنگ دارد و به این لحاظ واجد اهمیت ویژه است. شکل امنیت اجتماعی براساس نظم عمومی در اصول قانون اساسی تجلی پیدا می‌کند. اصول مذکور که تجلی اراده ملی و میثاق جمعی است به وجودآورنده بخشی از نظم عمومی نظام حقوقی است. از این نظر مهمترین وظیفه قانونگذار، حمایت و حراست از اصول مذکور است و باید پیش از سایر نهادهای سیاسی جامعه و بیشتر از آنها بر اجرای اصول مذکور متعهد و معتقد باشد و در تصویب قوانین عادی دقت لازم داشته باشد تا از اصول قانون اساسی تجاوز نشود. عدم رعایت این وظیفه مهم، مجریان امور را به عدم پایبندی به قواعد مربوط به نظم عمومی تشویق می‌کند و باعث تعرض به حقوق و آزادیهای فردی می‌شود و در نتیجه امنیت و نظم اجتماعی را به مخاطره می‌اندازد. از آن جا که اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که براساس احکام اسلام تدوین شده است مبنای اصلی و اساسی نظم عمومی در حقوق ایران است، هرگونه مصوبه‌یی که با مبنای مذکور مغایر باشد، از نظر حقوقی غیرقابل اجراست که مسئولیت نظارت بر این مهم به عهده شورای نگهبان قانون اساسی است.

این شورا نه تنها موظف به نظارت بر مصوبات قوه قانونگذاری جهت تطبیق مقررات موضوعه با احکام شرعی و قانون اساسی است، بلکه باید در اظهارنظرهای خود نیز به مبانی نظم عمومی در حقوق ایران توجه کافی مبذول دارد. در حال حاضر قوانینی که تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است و متأسفانه مورد تأیید شورای

مذکور هم قرار گرفته است که با نظم مورد نظر در قانون اساسی مغایر است. از جمله می‌توان به ماده ۲۸۹ ق. اصلاح ا.د.ک مصوب ۱۳۶۸، ماده ۲۹ ق.ت.د.ک ۱، ۲ مصوب ۱۳۶۸ و ماده ۸ ق.ت.د.ع.ا مصوب ۱۳۷۰ اشاره کرد. مقررات مذکور در امور کیفری نیز به قاضی اجازه داده است در صورت فقدان یا سکوت قانون رفتار افراد را باتوجه به منابع و فتاوی معتبر ارزیابی کند و در واقع جانشین قانونگذار شود و برای اعمال افراد خلق جرم و مجازات کند. از طرف دیگر ماده ۲ و تبصره ۳ ماده ۳ و ماده ۴ قانون اخیرالذکر تعیین صلاحیت ذاتی و محلی محاکم را به رئیس قوه قضائیه واگذار کرده است. این روش با اصول مسلم حقوقی از جمله قاعده قبح عقاب بلا بیان و اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اصل قانونی بودن دادرسی مغایر است. اصول مذکور که مورد قبول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران است و بر مقررات شرعی استوار است اجازه اتخاذ چنین روشی را به مقنن عادی نداده‌اند و به نظر می‌رسد تأیید آنها به وسیله شورای نگهبان مبتنی بر تسامح بوده است که ما در ادامه بحث مبانی نظری استدلال فوق را بیان خواهیم کرد.

### ۳- رژیم قانونی بودن حقوق کیفری

بر اساس يك اصطلاح لاتینی (Nallum Crimen Nulla Poena sine Lege) هیچ رفتاری جرم نیست و هیچ مجازاتی قابل اجرا نیست مگر قبل از زمان ارتکاب، از طرف مقنن به عنوان جرم اعلام و برای آن مجازات تعیین شده باشد. براین اساس جرم رفتاری است که در برابر ارتکاب آن از طرف نظام اجتماعی مجازات تعیین شده است و مجازات واکنشی است که در مقابل مرتکبین جرم از طرف هیأت اجتماع اعمال می‌گردد. یعنی فقط قانونگذار است که می‌تواند به خلق جرم و مجازات بپردازد. اصل مذکور که نتیجه منطقی اصل تفکیک قوا است (اصل ۵۷ ق.ا جمهوری اسلامی) پایه و اساس حقوق جزا به حساب می‌آید و در اثر تحول حقوق جزا به کلیه عناصر آن از جمله آیین دادرسی و

صلاحیت محاکم نیز تسری پیدا کرده است. یعنی نه تنها فقط قانونگذار صلاحیت خلق جرم و مجازات را دارد بلکه تنها اوست که می‌تواند آیین دادرسی و صلاحیت محاکم و نحوه برخورد با مجرمین را تعیین کند و تنها محکمه‌یی صالح به رسیدگی به جرائم است که قانون تعیین کرده است (اصل ۳۶ و ۳۷ ق.ا). لذا حقوق جزا از شاخه‌های صرفاً قانونی حقوق است که سایر منابع حقوق خصوصاً عرف و دکترین در تشخیص احکام آن نقشی ندارند و تنها در تشخیص یا تفسیر موضوعات احکام می‌توانند مؤثر باشند. بنابراین در تعیین عناوین مجرمانه و میزان و نوع مجازات‌ها و صلاحیت محاکم و چگونگی تعقیب و محاکمه مجرمین تنها نظر قانونگذار مطاع است که براساس اصل ۵۷ ق.ا. زیر نظر ولی فقیه انجام وظیفه می‌کند و مصوبات آن به تائید شورای نگهبان می‌رسد.

براین اساس تا زمانی که قانون وجود نداشته باشد، اصل بر جواز است و هیچ محکمه‌یی صالح به تعقیب مجرمین نیست. قوانین کیفری اصولاً عطف به ماسبق نمی‌شود و هر قانونی پس از طی مراحل تصویب، تأیید، توشیح، ابلاغ و انتشار لازم‌الاجرا می‌شود و اثر آن نسبت به آینده است (ماده ۴ ق.م) و شامل رفتار ارتكابی قبل از لازم‌الاجرا شدن آن نمی‌گردد. تعیین مرز بین رفتار مشروع و نامشروع حق بلکه وظیفه مقنن است و قاضی کیفری نمی‌تواند بدون وجود قانون رفتار افراد را ارزیابی کرده و آن را جرم اعلام نماید یا مجازاتی خلاف آن چه قانون گفته است، تعیین کند. حتی قانونگذار حق ندارد اعمال گذشته افراد را مشمول قانون جدیدی که در مورد جرم و مجازات تصویب می‌کند قرار دهد و ارتکاب هر رفتاری ولو خلاف اخلاق یا مضر به نظم عمومی، تا زمانی که از طرف قانونگذار منع نشده است مباح و جایز است و لذا در صورت فقدان نص یا سکوت قانون، قاضی مکلف به صدور حکم برائت است. زیرا قاضی تنها سخنگوی قانونگذار است و وظیفه او انطباق مصادیق با احکام قانون است. تشخیص مصلحت جامعه و این‌که چه رفتاری مخالف آن است و باید مجازات شود، چه

نوع مجازاتی برای هر جرمی به مصلحت است و کدام محکمه با چه روشی صالح به رسیدگی به جرم ارتكابی است، خارج از حیطه وظیفه قاضی و متولیان قوه قضائیه است و این امر فی‌نفسه از مصادیق اعلاى نظم عمومی است و اتخاذ هرگونه تصمیمی مغایر با آن ولو به صورت قانون باشد، بلااثر است. وظیفه قانونگذار در تعیین لیست جرائم و مجازاتها و صلاحیت محاکم، خواست طبیعی بشر در طول تاریخ بوده است، بشر به‌طور فطری خود را محق می‌داند که از معیارهای رفتار صحیح و ممنوع از نظر جامعه مطلع شود. اگر جامعه به این خواست طبیعی پاسخ مثبت ندهد، افراد جامعه در انجام رفتار صحیح نیز دچار وسواس می‌شوند و به لحاظ ترس از مجازات احتمالی و عدم اطلاع از حدود صلاحیت و روش محاکمه توسط محاکم، از اجرای فعالیت‌های سازنده هم خودداری خواهند کرد. مجازات افرادی که اراده قانونگذار را در مورد ممنوعیتها و صلاحیتها نمی‌دانند، عقاب بلابیان و قبیح است و مصداق سوءاستفاده از قدرت تفویضی جامعه به متولیان اداره حکومت به حساب می‌آید و موجب ایجاد روحیه تمرد و عصیان در افراد می‌گردد و حس احترام به قانون را تضعیف می‌کند و مانع بزرگی در تحقق نظم و امنیت اجتماعی و سپری در برابر رشد و توسعه همه جانبه خصوصاً در زمینه توسعه اقتصادی است.

اتخاذ يك سیاست جنایی مفید و مؤثر در راستای تحقق نظم و امنیت اجتماعی برای رسیدن به رشد و توسعه همه جانبه مقتضی آن است که افراد جامعه به حدود آزادیها و ممنوعیت‌های قانونی و میزان و نحوه اعمال مجازاتها و صلاحیت محاکم و نیروهای انتظامی واقف شوند و دست اندرکاران امر قضا و نیروی انتظامی آموزش لازم دیده باشند. رعایت رژیم قانونی بودن حقوق کیفری علاوه بر تأمین هدف مذکور مانع دسترسی افراد ناسازگار، به اهداف ضداجماعی خود می‌گردد و از نظر روانی مانع گرایش آنها به سوی تخلف از هنجارهای اجتماعی می‌شود و از نظر اجتماعی به اجرای عدالت قضائی کمک شایانی می‌کند و آنرا از تبعیت از امیال و سلیقه‌های

شخصی خارج می‌کند و از حالت عدالت اتفاقی به حالت عدالت عمومی و فراگیر سوق می‌دهد. رژیم مذکور به افراد جامعه امکان می‌دهد حقوق و آزادیهای فردی خود را در مقابل اختیارات مطلقه حکومت پاسداری کنند. محدود شدن اختیارات هیأت حاکمه در چارچوب اصول و قوانین، اجرای قرارداد اجتماعی را از اعمال سلیقه‌های شخصی در امان نگه می‌دارد. قانونی بودن رژیم جرائم و مجازات‌ها و دادرسی و صلاحیت محاکم که ما از آن به رژیم قانونی بودن حقوق کیفری یاد می‌کنیم، سدی بر سر راه تجاوز و تعدی قوای مجریه و قضائیه به حقوق افراد است. اگر به دستگاه قضائی اجازه داده شود خارج از حیطه قانون و بدون توجه به رژیم مذکور به خلق جرم و مجازات مبادرت کند (ماده ۸ ق.ت.د.ع.ا) و خود حدود صلاحیت محاکم را تعیین کند (ماده ۲ و تبصره ۳ ماده ۳ و ماده ۴ ق.ت.د.ع.ا.) علاوه بر زیر پا نهادن اصل تفکیک قوا، نظام اجتماعی مختل و امنیت عمومی متزلزل می‌گردد و پس از آن که حقوق و آزادیهای شهروندان مورد تعرض سلیقه‌ها و استنباطهای شخصی قضات قرار گرفت، اطمینان آنها به حکومت سلب می‌گردد. عدالت اجتماعی و منطق حقوقی و فطرت انسانی از لزوم احترام به رژیم قانونی بودن حقوق جزا حمایت می‌کند. چنانچه سیاست جنائی نظام اجتماعی نیز از لحاظ ارباب عمومی و خصوصی و نیز اصلاح مجرمین مقتضی رعایت آن است و در نهایت رعایت رژیم مذکور موجب رشد و گسترش شعور اجتماعی و توسعه و اعتلای فرهنگی جامعه می‌شود و زمینه لازم برای توسعه اقتصادی و سوق سرمایه‌گذاری‌های سالم در امور زیربنایی را فراهم می‌کند. اگر تصور شود در یک جامعه منظم، قاضی می‌تواند رفتاری را که قانون جرم اعلام نکرده، براساس استنباط شخصی خود از منابعی که قانونگذار باید از آنها استفاده کند، جرم بداند؛ باید اعتراف کرد که در آن جامعه امنیت قضائی و آزادی فردی وجود خارجی ندارد و هیچ کس در جهت سرمایه‌گذاری مثبت و بنیادی در آن جامعه قدم برنخواهد داشت. از نظر سیاسی

تنها نظام‌های استبدادی که رعایت رژیم قانونی بودن حقوق جزا را مانع تعقیب و محاکمه مخالفین خود می‌دانند با حاکمیت آن مخالف بوده‌اند. ۸۰۷۰۶

#### ۴- رویه حقوقی ایران در زمینه رژیم قانونی بودن حقوق کیفری

از نظر تاریخی سابقه این امر به سال ۱۳۲۵ هـ.ق برمی‌گردد که متمم قانون اساسی تصویب شد. اصول نهم تا چهاردهم متمم قانون اساسی مشروطیت هر یک به نوعی به مفهوم و نتایج رژیم مذکور اشاره داشتند. قانونگذار نیز با تصویب مواد ۲ و ۶ ق.م.ع در سال ۱۳۰۴ رژیم مذکور را پذیرفت و در اصلاحات سال ۱۳۵۲ نیز بر آن تأکید کرد. رویه قضائی محاکم تالی و عالی و نیز دکتترین حقوق طی سالهای متمادی مبانی حقوقی این رژیم را تبیین کردند. پس از پیروزی انقلاب اسلامی و تحول سیستم حقوقی ایران، به‌رغم تأکید روح و اصول مختلف قانون اساسی مبنی بر قانونی بودن جرم و مجازات و دادرسی و صلاحیت محاکم (اصول فصل سوم قانون اساسی و اصل ۱۶۹ و بند ۴ اصل ۱۵۶ ق.ا.) هنگام تصویب ماده ۲۸۹ ق.اصلاح.آ.د. ک مصوب ۱۳۶۱ و ماده ۲۹ ق.ت.د.ک مصوب ۱۳۶۸ و مواد ۲ و ۳ و ۴ و ۸ ق.ت.د.ع.ا مصوب ۱۳۷۲ رژیم مورد قبول قانون اساسی مورد بی‌مهری قرار گرفت و با این فرض که با بعثت پیامبر (ص) و نزول قرآن، احکام اسلام از جمله مقررات راجع به حدود و قصاص و دیات برای مردم بیان شده است، تصور شد که لزومی به تدوین قوانین کیفری و تصویب آنها از طریق قانونگذاری نیست. چنین تصور غیرواقعی، بدون توجه به آثار مثبت رژیم قانونی بودن حقوق کیفری، مصادیق قانون را به قرآن، سنت، منابع فقهی معتبر و فتاوی مشهور توسعه داد و قانون را اعم از مدون و غیرمدون دانست؛ در حالی که از نظر حقوقی، قانون مصوبه قانونگذار است که پس از مراحل تصویب و تأیید و ابلاغ و انتشار لازم‌الاجرا شود. همان‌طور که اصل ۴ ق.ا. تأکید کرده است قرآن و سنت و منابع فقهی باید منبع مورد رجوع قانونگذار در تدوین قوانین باشد نه منبع



مورد رجوع قاضی. آنها در عرض قانون نیستند، بلکه پایه و زیربنای قانون مدون هستند که صلاحیت مراجعه به آنها در اختیار قانونگذار است نه قاضی. به عبارت دیگر والی یا رهبر جامعه مسلمین است که صلاحیت اجرای حدود و تعزیرات اسلامی را دارد (التغیر بیدالوالی) و قضات مأذون در حدود اذن او که از طریق قوه مقننه اعلام می‌گردد حق رسیدگی به امور کیفری را دارند. همان‌طور که در صورت تعدد مراجع و مجتهدین جامع‌الشرایط، اولویت با کسی است که متصدی امر حکومت گردیده و مبسوط‌الید است که در قانون اساسی ولی‌فقیه نامیده شده است و برداشتی غیر از این موجب دخالت تعداد زیادی از واجدین شرایط که در حکومت نقش رهبری ندارند، در امر حکومت می‌شود که با لزوم تشکیل حکومت اسلامی مغایر است. دخالت افراد مختلف در یک موضوع که مربوط به نظم و امنیت اجتماعی است موجب تشمت و پراکندگی امور گردیده، استقرار و دوام حکومت را متزلزل می‌کند. لذا در شرایط فعلی که به دلیل فقدان قضات واجد شرایط احکام اولی، قضات مأذون از جانب ولی امر متصدی سمت قضا هستند، برای تعیین عناوین مجرمانه و اجرای مجازات‌های اسلامی و تعیین حدود صلاحیت محاکم و آیین دادرسی، با وجود ولی‌امر که متولی امر حکومت است، نوبت به متولیان قوه قضائیه که منصوب ولی‌امر هستند نمی‌رسد و آنها دارای اختیارات مذکور در روایات و اقوال فقها (التعزیر بمایراه الحاکم) نیستند. تدوین‌کنندگان قانون اساسی نیز به این موضوع توجه داشته‌اند. از جمله شهید بهشتی در هنگام بررسی اصل ۳۴ فرموده است: «الان مبنا این است که مجتهد مأذون از مجتهد بتواند قاضی باشد... ولی وقتی غیرمجتهد مأذون بود آن وقت او می‌تواند برحسب حدود اذنش محدود باشد. یعنی وقتی حاکم می‌خواهد به غیرمجتهد اذن قضا بدهد، برحسب صلاحیت و ظرفیت آن شخص به او می‌گوید که شما در این محدوده اذن دارید که قضاوت کنید». همچنین در هنگام بررسی اصول پیشنهادی قانون اساسی راجع به یک درجه‌ای بودن احکام نیز آمده است: «قاضی مجتهد کامل است و مجتهد بعد از آن که ما به تسلط وی به موضوع

حکم اعتماد کرده‌ایم صحیح نیست حکمش را به دست محکمه‌یی دیگر بدهیم که آن را نقض کند، این هم صورتهای مختلف دارد. آن‌جا که قاضی باشد و نصبش هم به لحاظ علم و جامعیتش است و نقض حکمش هم علاوه بر این‌که شرعاً مخالف ادله است، عقلاً هم لغو است و قاضی است و حکمی روی موازین داده است. اما یک‌جا در همین مصداق کوچک ما بحث می‌کنیم، شما این را برای دادگستری که چهارهزار نفر مجتهد داشته باشد که نمی‌دهید. مجتهدینی هستند که در حدود مقررات اظهار نظر می‌توانند بکنند و به آن تسلط عمیقی که مجتهد مورد نظر شما در فقه دارد نخواهد رسید. پس آن خطائی که شما دومش را در نظر گرفته‌اید و استثناء کرده‌اید منکر نیستید که مواردی خواهد بود که قاضی اشتباه کند... اصل این است که اگر مجتهدی باشد جامع‌الشرایط، حکم او بدون ایراد و استیناف قطعی است و این حکمی نیست که شما حالا بخواهید وضع کنید. یعنی در خارج، قاضی آن قاضی مورد نظر شما نیست و شما نمی‌توانید همین‌طور احکام را یک‌درجه کنید و دست قضاتی بدهید که خودتان می‌گویید تسلط کامل ندارند»<sup>۹</sup>

همان‌طور که مشاهده می‌شود تدوین‌کنندگان قانون اساسی بر اساس اصول عقلی و مصلحت‌اندیشی نظام اسلامی و به منظور رعایت حقوق مردم و جلوگیری از دخالت سلیقه‌های شخصی در استنباط احکام شرعی رژیم قانونی بودن حقوق کیفری را مورد قبول قرار داده‌اند و در اصول فصل سوم و اصول ۷۲ تا ۹۱ و بند ۴ اصل ۱۵۶ و اصل ۱۶۹ تصریح کرده‌اند. با توجه به بند ۴ اصل ۱۵۶ و اصل ۴ ق.ا. شکی باقی نمی‌ماند که منابع فقهی و فتاوی مشهور واجد خصیصه قانون نیستند و قاضی کیفری نمی‌تواند در مجازات خاطیان به آنها استناد کند. صرف بیان احکام و مقررات کیفری در منابع فقهی از نظر قانون اساسی کافی نیست و به منزله «بیان» مورد نظر در قاعده عقلی قبح عقاب بلا بیان به حساب نمی‌آید. زیرا به رغم تعیین مجازاتهای شرعی و بیان

آنها توسط فقها و این‌که والی اسلامی نمی‌تواند در میزان آنها تغییری ایجاد کند، قانون اساسی در باب وظایف قوه مقننه صراحتاً (اجرای حدود و مقررات مدون جزائی اسلام) را مورد توجه و تأکید قرار داده است که با توجه به حمل عبارات بر معانی عرفی، شکی نیست مقررات مدون همان مصوبات قوه قانونگذاری است که ظهور و تبادر نیز مؤید آن است. این نظر که اعمال مجازات براساس منابع فقهی و فتاوی مشهور به وسیله قضات ماذون شرعی و قانونی است به همان میزان، مخالف واقعیت‌های اجتماعی و روح و اصول قانون اساسی است که گفته شود قرآن به منزله قانون اساسی نظام جمهوری اسلامی است و لزومی به تدوین قانون اساسی توسط مجلس مؤسسات یا خبرگان نیست. با این استدلال اصل عام ۱۶۷ ق.ا. قبل از تفحص در وجود مخصص که همان اصل ۳۶ و ۳۷ و ۱۶۹ و بند ۴ اصل ۱۵۶ ق.ا. است قابلیت اجرائی ندارد، با توجه به این‌که اصول مذکور با هم تعارض ندارند برای اجرای همه آنها به قاعده (الجمع مهما امکن اولی من الترتک) باید استناد کرد. با جمع اصول مذکور نتیجه می‌شود که مراجعه به منابع فقهی و فتاوی مشهور در صورت فقدان نص، سکوت یا نقص قانون در مورد تشخیص حکم منصرف به امور حقوقی است. همچنین لفظ (تنها) مذکور در اصل ۳۷ ق.ا. که از ادات حصر است دلالت دارد براین‌که حکم به اجرای مجازات از طریق غیرقانون و به وسیله مرجعی غیر از آنچه قانون تعیین کرده است مغایر با اصول قانون اساسی است. اگر قاضی کیفری بتواند به استناد منبع دیگری غیر از قانون مصوب قوه قانونگذاری افراد را مجازات کند اصول مذکور موقعیت اجرایی پیدا نخواهد کرد و اصول قانون اساسی با هم در تعارض قرار می‌گیرند که خلاف شیوه مرسوم قانونگذاری است. این ایراد در جمع مواد ۲ و ۶ ق.م.ا. مصوب ۱۳۶۱ با ماده ۲۸۹ ق.ا.ا.د.ک مصوب ۱۳۶۱ و مواد ۲ و ۱۱ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰ با مواد ۲ و ۳ و ۴ و ۸ ق.ت.د.ع.ا. مصوب ۱۳۷۳ نیز مطرح می‌شود و تأیید قوانین مغایر

با هم از طرف شورای نگهبان حمل بر تسامح می‌شود. اتخاذ يك سیاست جنائی مفید و کارآمد در راستای تحقق نظم و امنیت اجتماعی برای رسیدن به رشد و توسعه همه جانبه با در نظر گرفتن مصالح عمومی و حقوق و آزادیهای فردی و اجتماعی و اجرای عدالت قضائی مقتضی آن است که قانونگذار عادی روش و سیره حسنه قانونگذار مؤسس را پاسداری کند و اجازه ندهد رژیم قانونی بودن حقوق کیفری مخدوش شود و زمینه صدور احکام متهافت و در نتیجه هرج و مرج قضائی ایجاد شود. سیره عملی امام راحل عظیم‌الشأن (ره) نیز مؤید آن است که مقررات خلاف قانون اساسی با مصالح عالیة نظام اسلامی تعارض دارد. لذا در پاسخ به سؤالی می‌فرماید: «دراین موقع که اکثریت قاطع متصدیان امر قضا واجد شرایط شرعی قضاوت نیستند و از باب ضرورت اجازه به آنان داده شده است، حق تعیین حدود و تعزیر را بدون اجازه فقیه جامع‌الشرایط ندارند. بنابراین لازم است با تعیین هیأتی مرکب از... حدود تعزیرات را تعیین کنند که در آن چارچوب اجازه داده شود و حق تخطی از آن را نداشته باشد.»<sup>۱۰</sup>

همچنین برای رفع شبهه حاکم شرع بودن قضات ماذون می‌فرمایند: «بیان آقایان فقها مبتنی بر فرض حاکم شرع بودن قضات شاغل بالفعل است، در صورتی که اکثر این شاغلین شروط شرعیه قضا را ندارند و حتی به نظر من با اذن و یا نصب از جانب ولی امر نیز عنوان حاکم شرع بودن بر ایشان اطلاق نمی‌شود و تصدی آنان در امور قضا از باب ضرورت است. زیرا در صورت عدم تصدی آنها یا افراد خارج از اسلام و یا غالباً بی‌مبالاهایی از منتحلین به اسلام متصدی امر قضا خواهند شد...»<sup>۱۱</sup> تکلیف مندرج در تبصره ۲۹ ق.ت.د.ک. ۱ و ۲ که مقرر می‌دارد «در صورتی که قاضی مجتهد جامع‌الشرایط باشد و فتوای فقهی او مخالف قانون مدون باشد، پرونده جهت رسیدگی به قاضی دیگر محول می‌شود» که ظاهراً با متن ماده مذکور مغایر است حاکی از آن است که قضات مکلف به اجرای نظرات مرجعی هستند که به آنها اذن قضاوت داده است

که در حال حاضر که مجلس شورای اسلامی مأمور اجرای تکلیف ولی فقیه در باب قانونگذاری است، اجرای مقررات مصوب قوه قانونگذاری مورد نظر است. باتوجه به تبصره مذکور، اگر قاضی مجتهد جامع الشرایط نتواند براساس فتوای خود حکم دهد قاضی ماذون به طریق اولی نمی‌تواند براساس نظر استنباطی خود از منابع فقهی حکم صادر کند. اگر قاضی ماذون حق مراجعه به منابع معتبر فقهی یا فتاوی مشهور را داشته باشد، قاضی مجتهد جامع الشرایط به طریق اولی باید بتواند براساس نظر فقهی خود که از مصادیق فتاوی مشهور یا منابع فقهی معتبر است حکم صادر کند. از طرف دیگر تشخیص منابع فقهی معتبر و فتاوی مشهور کار ساده‌یی نیست که به قاضی ماذون واگذار شود.

این روش با سیاق قانون اساسی و سیره عملی امام راحل (ره) و مقام معظم رهبری منطبق نیست. مقام معظم رهبری در دیدار اخیر خود با مسؤولین قوه قضائیه می‌فرماید: «... قاضی در محکمه مافوقی ندارد و تنها خدا و قانون مافوق او محسوب می‌شوند...» «قانون اساسی در اصل ۱۶۱ به منظور ایجاد امنیت قضائی و رعایت اصل تساوی افراد در اجرای مجازاتها بر ایجاد وحدت رویه قضائی تأکید کرده است و تحقق آن مستلزم رعایت رژیم قانونی بودن حقوق کیفری است. بر همین اساس اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه شماره ۶۰۷۳/۶-۷ - ۶۲/۱۲/۱۰ اظهار نظر کرده است: «باتوجه به اصول ۳۷ و ۱۶۹ ق.ا. و ماده ۶ ق.م.ا. فعل یا ترك فعلی را که در قوانین و مقررات جاری صراحتاً جرم محسوب نشده است نمی‌توان جرم دانست و نمی‌توان برای مرتکب آن مجازات تعیین نمود.»<sup>۱۲</sup> اداره مزبور در نظریه شماره ۶۳۸۱/۶-۷ - ۶۹/۱۲/۱۸ چنین نظر داده است: «اصل قانونی بودن جرم و مجازات و این‌که هیچ عملی جرم نیست مگر آن‌که قانون برای آن مجازات تعیین کرده باشد مورد قبول قانونگذار جمهوری اسلامی نیز هست و این معنی در ماده ۲ قانون راجع به مجازات

اسلامی به نحو صریح و منجز تصریح و معین شده است. این اصل در شرع انور نیز با عبارت قبح عقاب بلابیان مورد تأیید می‌باشد. بنابراین نه در قوانین مصوب و نه در شرع موردی نمی‌توان یافت که جرم باشد ولی قبلاً برای آن مجازاتی تعیین نگردیده باشد. بنابراین هرگاه قضیه‌ای مطرح شود که در قانون برای آن مجازاتی تعیین نشده است باید گفت آن عمل جرم نبوده و قابل طرح در محاکم هم نمی‌باشد. اعمال مقررات ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ جایی مورد پیدا می‌کند که در قضایای مطروحه حکم صریحی در قانون نباشد یا با عبارات و کلماتی مجمل و مبهم و غیرروشن احکام بیان شده که در ابتدا معنای آن غیر معلوم و بایستی به متون فقهی و فتاوی معتبر رجوع نمود، چنان‌که معانی حق‌الله و حق‌الناس که در مواد ۲۹۰ ق.ا.ق.آ.د.ک. و ۱۵۹ ق.ت. از آنها اسم برده شده است در قانون تعریف نشده یا جرائم قابل گذشت در قانون احصاء نشده، یا بعضی جرائم قابل گذشت بودن آن محل تأمل است، مانند سرقت تعزیری که آیا بعد از رفع امرالی الحاکم قابل گذشت هست یا نه و از این نوع مسائل که با مراجعه به فتاوی فقهی، دادگاه باید در مورد آنها تعیین تکلیف نماید، به عبارت اخیری اجازه ماده ۲۹ برای حل این نوع مشکلات قانونی است و به هیچ وجه افاده جعل جرائم جدید که در قانون برای آنها مجازاتی تعیین نشده است نمی‌نماید. توضیحاً اضافه می‌شود که با وجود ماده ۲ ق.م.ا. موردی که از جهت جرم بودن یا نبودن مبهم باشد وجود ندارد تا به فتاوی رجوع شود. زیرا اگر برای عملی در قانون مجازاتی مقرر شده باشد جرم است و الا جرم نیست، شق ثالثی هم وجود ندارد<sup>۱۲</sup> لذا همان‌طور که در نظر اخیر آمده است مقررات اصل ۱۶۷ ق.ا. در مورد امور کیفری منصرف به تشخیص و تفسیر موضوعات است نه جعل حکم راجع به جرم و مجازات، خصوصاً که با اجرای قانون دادگاههای عمومی و انقلاب بسیاری از متصدیان امر قضا از تحصیل‌کرده‌های دانشگاهی هستند که واجد شرایط علمی لازم در خصوص مراجعه به منابع فقهی معتبر و تشخیص فتاوی مشهور نیستند.

ایراد دیگری که به نظر مخالف با آن چه گفتیم وارد است این که شورای نگهبان در بررسی ماده واحده طرح الحاق دادگاههای انقلاب اسلامی به دادگستری اظهار نظر کرده است که: «ماده ۲ طرح مزبور که به دادگاههای انقلاب اجازه می‌دهد به کتاب تحریرالوسیله امام (ره) مراجعه و طبق آن حکم دهد، نظر به این که تحریرالوسیله به زبان عربی است و طبق اصل ۱۵ ق.ا. زبان رسمی کشور فارسی است و متون رسمی باید به زبان فارسی باشد، از این حیث مغایر قانون اساسی است»<sup>۱۰</sup> ایراد مذکور در مورد مراجعه به منابع فقهی معتبر و فتاوی مشهور هم جاری است. زیرا منابع مذکور غالباً عربی است و الزام افراد به یادگیری عربی خلاف اصل مذکور و نیز موجب عسر و حرج و تکلیف مالایطاق است. لذا قانون اساسی اجازه تصویب قوانینی را که دست قضاات را بازگذارد و برای تشخیص عناوین جرم و مجازات بتوانند به منابع فقهی مراجعه کنند نداده است. چنانچه در اصل ۲۷ نیز تعیین حدود صلاحیت محاکم را به قانون عادی موقوف کرده است که قانونگذار با توجه به اصل قانونی بودن دادرسی باید حدود صلاحیت هر محکمه‌ای را تعیین کند، خواه صلاحیت ذاتی و خواه محلی، و نمی‌تواند این وظیفه خود را به رئیس قوه قضائیه واگذار کند. اگر نظام اسلامی قصد تأمین امنیت برای توسعه را دارد، باید توجه داشته باشد که اساس این امور بر حفظ حقوق و آزادیها و کرامت انسان است و برای رسیدن به این منظور باید شرایط روانی مطلوب را برای انسانهایی که در قلمرو توسعه قدم برمی‌دارند فراهم کند و حقوق مشروع و قانونی آنها را رعایت و تضمین کند. بدیهی است هر جا که امنیت باشد توسعه نیز امکان پذیر است و در آن جا که انسانها امنیت ندارند و حقوق و آزادیهای آنها دستخوش سلیقه‌ها و استبدادهای شخصی افراد، مسئول از جمله قضاات قرار می‌گیرد، توسعه امکان پذیر نخواهد بود. قوام جامعه وابسته به رعایت حقوق مردم و اجرای عدالت است که در بعد امور کیفری مستلزم پایبندی به رژیم قانونی بودن حقوق کیفری

و نتایج آن است. آنچه گفتیم براساس برداشت قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از حکومت اسلامی بود که حکومت اسلامی را در شکل جمهوری اسلامی با خصائص ویژه خود بیان کرده است و قوای سه‌گانه را با وظایف مشخص و تفکیک شده تحت نظر رهبری واحد قرار داده است. لذا اگر گفته شود حکومت اسلامی حکومت فقهای متعدد است و هر فقیهی می‌تواند براساس نظر خود بین افراد فصل خصومت کند و حدود و مقررات جزائی اسلام را اجراء کند، ادعایی که در صورت اثبات فعلاً مورد قبول قانون اساسی و آنچه مقتضای بیعت مردم بوده است، نمی‌باشد و آنها که حاکم را در (التعزیر بمایراه الحاکم) به قاضی تفسیر کرده‌اند اگر به قانون اساسی جمهوری اسلامی پایبند باشند، به نتیجه مترتب بر تفسیر خود عمل نخواهند کرد.

### نتیجه‌گیری

لزوم حفظ نظم و امنیت اجتماعی از اصول اولیه زندگی اجتماعی است که تحقق آن از جنبه حقوقی منوط به اجرای عدالت است و عدالت ایجاب می‌کند که آحاد جامعه از ممنوعیتها مطلع شوند، صلاحیت محاکم و روش دادرسی آنها را بدانند و میزان مجازات تخلف از هنجارهای اجتماعی را قبلاً مطلع شده باشند. این معنا در اصطلاح به عنوان رژیم قانونی بودن حقوق کیفری مشهور است که در اثر آن قضات در زمینه مسائل کیفری مکلف هستند تنها به قانون متکی باشند و سخنگوی قانونگذار باشند.

این معنا در اصول مختلف قانون اساسی جمهوری اسلامی پذیرفته شده است و با مبانی فقه اسلامی نیز موافق است. عدم رعایت آن مانع جدی و مهمی در تحقق امنیت و نظم اجتماعی به حساب می‌آید و زمینه روانی لازم برای توسعه خصوصاً در بعد اقتصادی آن را از بین می‌برد. باتوجه به مبانی حقوقی بحث و تصریح اصول ۲۶ و ۲۷ و ۱۶۹ و بند ۴ اصل ۱۵۶ ق.ا. به رعایت رژیم مذکور آن بخش از مقررات قانون تشکیل



دادگاههای عمومی و انقلاب که با مفهوم فوق مغایرند، ناقض اصول قانون اساسی به حساب می‌آیند و بر قانونگذار فرض است با توجه به ماده ۲ و ۱۱ ق.م.ا. نسبت به اصلاح آنها همت گمارده تا هم حقوق و آزادیهای افراد تابع سلیقه قضات نگردد و هم وحدت رویه قضائی مخدوش نشود و در نهایت زمینه روانی لازم برای توسعه اجتماعی و اقتصادی فراهم گردد و افراد با اطلاع از ممنوعیتهای و حقوق اجتماعی خود با آرامش و اعتماد به رعایت حقوق خود از طرف مسؤولین و متولیان امر قضا به سرمایه‌گذاری در جنبه‌های مختلف آن علاقمند شوند.

### منابع و مأخذ

- ۱- دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه دهخدا، انتشارات دانشگاه تهران. ذیل واژه نظم و نظام.
- ۲- احمدی و استانی، عبدالغنی، نظم عمومی در حقوق خصوصی، انتشارات ابن‌سینا، ۱۳۴۲.
- ۳- Yves Derains، نظم عمومی و حقوق قابل اجراء، ترجمه محمد اشتری، مجله حقوقی دفتر خدمات بین‌المللی، ش ۹، ص ۱۷۲-۱۶۷.
- ۴- صدارت، علی، حقوق جزا و جرم‌شناسی، کانون معرفت، ۱۳۴۰. ص ۷.
- ۵- هافندورن، هلکا، معمای امنیت، نظریه‌پردازی و ایجاد قواعد در زمینه امنیت بین‌المللی، ترجمه علیرضا طیب، مجله سیاست خارجی، س ۶، ش ۴.
- ۶- ابوعامر، محمد زکی، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعیه، بیروت ۱۹۹۲.
- ۷- القهوجی، علی عبدالقادر، قانون العقوبات، القسم العام، المؤسسة الجامعیه للدراسات و النشر و التوزیع، بیروت، ۱۹۹۶.
- ۸- صانعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، انتشارات دانشگاه ملی، چاپ سوم، ج ۱، ص ۱۷۵.
- ۹- مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهائی قانون اساسی، از انتشارات روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ج ۱ و ۳.
- ۱۰- مهربور، حسین، سرگذشت تعزیرات، مجله کانون وکلا، ش ۱۴۹-۱۴۸.
- ۱۱- روزنامه جمهوری اسلامی، ش ۵۲۲۷، یکشنبه ۸ تیر ۷۶، ص ۳.
- ۱۲- شهری، غلامرضا و سروش ستوه، نظریات اداره حقوقی قوه قضائیه در زمینه مسائل کیفری، روزنامه رسمی، ۱۳۷۳، ج اول، ص ۱۸۷ و ۱۸۹.

## ارزش گواهی

ماده ۴۲۴ قانون آیین دادرسی مدنی تشخیص درجه ارزش و تاثیر گواهی را به نظر قاضی محول کرده است، سنایی غزنوی (متوفی ۵۴۵ هـ) نیز در قطعه ذیل به همین معنی اشاره دارد:

آن شنیدی که رفت زی قاضی	تا کند حضم خویش را راضی
بود مردی در آن میانه گواه	که ز آبای خود نبود آگاه
چون گواهی بداد، قاضی گفت	کای تو با مردمی و رادی جفت
نه فلان را دمرد جد تو بود	که فرزدق و را همی بستود؟
از عطا بود کسام و راحت روح	شعرا را بُد از کرم ممدوح؟
مرد گفت از فرزدق و اشعار	من ندانم خیر تو رنجه مدار
گفت قاضی چو تو ز نادانی	منقبتهای خود نمی دانی
قول تو من کجا قبول کنم	من همه کار بر اصول کنم

چون ندانی فرزدق و نه مدیح

من ندانم شهادت تو صحیح