



# مبانی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و دیدگاه‌های برخی دکتر قاسم علی صداقت\* اندیشمندان اسلامی

## چکیده

مبانی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها؛ از قبیل صیانت از آزادی، اصل حاکمیت قانون، تفکیک قوا، قرار داد اجتماعی و عدالت، در نوشتار حاضر با رویکرد انتقادی بررسی شده است. از بعد نظری و تئوریک موجه‌سازی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها از طریق دکترین‌های حقوقی و سیاسی مواجهه به موانع و چالش‌های است که در این مقاله به آن‌ها به صورت گذرا پرداخته شده است. به این معنا که برخی از مبانی مذکور یا خود دچار چالش است یا نمی‌تواند پشتوانه‌ای برای اصل مزبور قلمداد گردد. هم‌چنین در ادامه نوشتار دیدگاه برخی اندیشمندان اسلامی در مورد مبانی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها اجمالاً ارزیابی شده است. در عین حال به رغم رویکرد انتقادی به مبانی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، مساوی با مردود بودن این اصل نیست به دلیل کارکردهای متفاوتی را که به دنبال دارد.

## واژه‌های کلیدی

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، مبانی، اصل حاکمیت قانون، آزادی، تفکیک قوا، عدالت، قرارداد اجتماعی، عدالت، فقه اسلامی، حاکمیت الهی.

## مقدمه

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها خود یک امر زیر بنایی نیست که مشروعیت ذاتی داشته باشد. زیرا اصل قانونی بودن جرایم مجازات‌ها یک هدف نیست؛ بلکه این قاعده برای رسیدن به هدف یا اهدافی دیگری طراحی شده که آن را پشتیبانی می‌کند. پس این سؤال مطرح خواهد شد که چرا عقلا باید از این قاعده پیروی کرد و چرا الزام آور است و چرا باید مکلف به اطاعت از آن باشیم؟ با توجه به این سؤالات منطقی است که این قاعده بر یک سلسله باورها و نظریه‌های بینادین (به عنوان مبانی) استوار باشد که لازم است این مبانی شناسایی و بررسی شوند. از سوی دیگر، باید دیده شود که واقعا مبانی غربی که برای این قاعده از سوی فلاسفه سیاست و حقوق بیان شده است، می‌تواند آن را پشتیبانی کند و رعایت آن را موجه سازد؟ از این رو، بررسی دقیق نسبت این قاعده با برخی باورهای اساسی‌تر که می‌تواند به عنوان مبانی آن به حساب آید ضروری است. از سوی دیگر، کاستی‌ها و پیامدهای احتمالی این قاعده با توجه مبانی غربی آن را نیز از نظر نباید دور داشت. هم چنین شناخت دیدگاه‌های برخی اندیشمندان اسلامی در سطح کلی در رابطه با این مبانی، نیازمند دقت لازم است

با توجه به مطالب بالا، پرسش‌های قابل طرح این نوشتار به قرار ذیل است: مبانی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها چیست؟ چگونه می‌توان این مبانی ادعایی را با اصل مذکور مرتبط دانست؟ هم‌چنین آیا این مبانی می‌تواند اطاعت از اصل مزبور را به صورت مطلق، مشروع و موجه سازد؟ در همین راستا، نقدهای احتمالی این مبانی در نسبت با قاعده مزبور چیست؟ در نهایت؛ مبانی مذکور از نظر برخی اندیشمندان اسلامی قابل پذیرش است یا خیر؟

با عنایت به پرسش‌های مزبور، به سه مبحث اصلی پرداخته خواهد شد:

۱. بررسی مبانی قاعده از نظر دانشمندان غربی و دیدگاه‌های که می‌تواند لزوم رعایت این قاعده را موجه سازد. در همین راستا تأمین آزادی با رویکرد لیبرالی، قرارداد اجتماعی، تفکیک قوا، اصل حاکمیت قانون و غیره... بررسی خواهند شد.
۲. در پایان بررسی مبانی قاعده از منظر برخی اندیشمندان اسلامی لازم است. بدین معنا که مبانی مذکور قابل پذیرش است.

هدف از تحقیق معین شدن مبانی این اصل از دیدگاه اندیشمندان غربی و قبول و رد احتمالی آن از سوی اندیشمندان اسلامی است. هم چنین مقصود از مبانی عوامل و دلایل عقلی و منطقی است که وجود یک امر را موجه و مشروع می‌سازد و لزوم رعایت آن را برای ما الزام آور می‌سازد. نکته دیگری که لازم است که به آن عنایت شود، نویسنده اموری را که با رویکرد انتقادی به عنوان مبانی اصل موضوع بحث ارزیابی نموده است، صرفاً از این زاویه بوده است و نه به صورت مطلق و کلی.

### الف) بررسی مبانی «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها»

مبانی و نظریات اندیشمندان راجع به ریشه اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، نسبت واحدی با این قاعده ندارد. برخی از این مبانی به طور مستقیم مربوط به اصل قانونی بودن می‌شود و برخی نتیجه منطقی آن اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است. در میان اندیشمندان نیز برخی به صورت مستقیم متعرض این اصل شده‌اند و حتی مبتکر آن محسوب شده‌اند؛ همانند بکاریا و برخی به صورت ضمنی از کلمات آن‌ها این اصل قابل استفاده است؛ همانند منستکیو. در این قسمت به جای شخص محور بودن بحث، مناسب دیده شد که موضوع محور پی‌گیری شود و مبانی این اصل در قالب چند موضوع کلی بررسی گردد و در ذیل آن آراء اندیشمندان غربی با توجه مجال اندک، بررسی شود.

### رعایت آزادی‌های فردی

اندیشه فلسفی سیاسی معاصر به نام لیبرالیسم، که جوهر هستی‌شناختی آن فردگرایی است و تقریباً تمام ارزش‌های آن، بر محور آزادی فرد، دور می‌زند، به گونه‌ای که هیچ ارزشی به پای آن نمی‌رسد، نیازمند تأمل ژرف و عمیق در مبانی می‌باشد. مکتبی که تلاش می‌کند، که انسان ارزش‌های خود را فارغ از تأثیر عوامل بیرونی بنیاد نهد و به خاطر حفظ آزادی خود تحت تأثیر هیچ عامل خارجی، اعم از دینی و غیر دینی قرار نگیرد، چون در غیر این صورت آزادی او محدود می‌گردد. طرفداران این مکتب با اشتراک دیدگاه با اومانیسم، ارزش‌های خود را جهانی ساخته و به زعم خود بشر را نجات می‌دهد. در قدم اول برای لیبرالیست‌ها، آنچه مهم است، آزادی به معنای سلبی، مورد نظر است. از بعد سلبی آزادی مترادف با فقدان مانع و محدودیت برای انسان است. بنابراین، آزاد کسی است، که اگر اراده، میل، قدرت و ذکاوت انجام کاری را دارد، با مانع بیرونی مواجه نگردد. (صادق حقیقت و علی موسوی، مبانی حقوق بشر از دیدگاه اسلام و دیگر مکاتب: ۱۴۶)

در این رویکرد نباید اختیار و اراده انسان محدود گردد و مانع جلو آن را سد کند.

بر طبق همین معنا از دیدگاه لیبرال‌ها، انسان تا جای آزادند و نباید در برابر آنان مانع ایجاد کرد، که ضرری متوجه دیگران نگردد. در واقع آزادی اشخاص با آزادی دیگران محدود می‌شود و بس. پدیده‌های از قبیل «دولت حداقلی» و اینکه «دولت دشمن آزادی است» و «دولت شر لازم است»، از پیامدهای پذیرش مبانی آزادی با رویکر لیبرالیستی است. بر همین مبنا قدرت سیاسی ذاتا فسادانگیز تلقی شده و همیشه از آن به عنوان یک پدیده منفی یاد شده است. بر این اساس هر مقدار حوزه عدم مداخله دولت و غیر دولت، محدود شود، آزادی انسان بیشتر تأمین و تضمین خواهد شد. پس آزادی یعنی اینکه انسان فارغ از تأثیر عوامل بیرونی، بتواند کاری را که مورد میل و رغبت اوست، انجام دهد. نگاه لیبرال‌ها به آزادی یک نگاه سلبی است و اصولا با رویکرد سلبی به این پدیده نگاه می‌کنند و اینکه مانع در برابر آزادی انسان؛ مخصوصا از سوی دولت ایجاد نشود. وقتی این هدف تأمین گردد، هر انسان به فراخور توان و استعداد خود می‌تواند از آزادی خود استفاده کرده و به رشد و کمال برسد.

یکی از مبانی اصلی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، رعایت و احترام حقوق فردی است که در دیدگاه لیبرالیسم و اومانیزم امر محوری و اساسی است. هر چیزی به حفظ حقوق افراد و صیانت از آن منجر شود، لازم است اجرایی گردد، همانند تفکیک قوا، اصل حاکمیت قانون، شفافیت، تضمین حقوق شهروندان در قانون اساسی و امثال آن. طبعاً در این راستا اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها؛ همانند سایر موارد مسلماً از حقوق و امنیت افراد صیانت می‌کند. به این توضیح که حفظ حقوق افراد یکی از دلایل ضرورت اصل قانونی بودن است. افراد جامعه اگر بدانند چه عملی جرم است و دارای مجازات می‌باشد، با فراغ بال بیشتری وارد فعالیت‌های مختلف اقتصادی، سیاسی، اجتماعی و فرهنگی خواهد شد. اما اگر ندانند که چه چیزهای جرم بوده و دارای مجازات است، جانب احتیاط و محافظه کاری را پیشه می‌کند و برای دوری از پیامدهای احتمالی عمل خود، کمتر به فعالیت‌های مختلف اجتماعی می‌پردازد. در پرتو این اصل مطمئن می‌شوند تا وقتی مرتکب جرم مصرحه در قانون جزا نشده‌اند، تحت تعقیب قرار نخواهند گرفت و می‌دانند که اصل مزبور مانع خود کامکی قاضی در صدور حکم مجازات خواهد شد. (علیرضا میلانی، ۷۲-۷۳)

در واقع گستره آزادی در تقابل با جرم انگاری و حقوق جزا است. طبیعی است اموری جرم باشد و مجازات داشته باشد در برابر امیال و خواست بشریت قرار داشته و مانع تحقق آزادی‌های فردی اوست. آزادی هر فردی صرفاً در صورتی باید محدود گردد که مانع آزادی دیگران باشد. از همین رو، دولت حداقلی را بنا بر ضرورت می‌پذیرند از جمله در امر قانون‌گذاری چون اساساً دولت با دخالت‌های خود آزادی‌های افراد را محدود می‌سازد.

اما با دقت در مبانی آزادی می‌توان گفت حقوق کیفری در برابر آزادی قرار دارد؛ حتی اگر این امر از سوی قانونگذار صورت گیرد. از همین رو، لیبرالیسم مقتضای ماهیت وجود و اصول بنیادین خویش اعتقادی به جرم انگاری حداکثری و محدود کردن آزادی‌های فردی ندارد؛ اما بروز مسأله اجتماعی و گسترش نابرابری‌ها، معلوم ساخت که نمی‌توان بدون توسل به دولت مقتدر، مسایل جامعه را حل کرد. (حسین آقا بابایی: ۴۴)

از سوی دیگر، برداشت افراطی از آزادی نمی‌تواند همواره در جهت شکوفایی انسان باشد و چه بسا برعکس برای سلامت شخصیت فردی تهدیدی باشد. تحلیل درخشان دورکیم جامعه شناس فرانسوی از خود کشی که آن را ناشی از بی‌هنجاری ارزیابی کرد، موبد این نظر و مبین آن است که هنجارهای اجتماعی همواره قیدی برای انسان نیستند؛ بلکه در سلامت شخصیت کارکرد مثبت دارد. (کمال پولادی، ۱۳۸۳: ۹۵)

همین‌طور نکته قابل دقت این است که قانون‌گذار اگر بخواهد به تعیین جرم و مجازات پردازد، کدام مکانیزم می‌تواند خواست و امیال فردی را محقق سازد و در برابر آن قرار نداشته باشد. در واقع سازوکار تعیین جرم و مجازات در این فرض چیست؟ ارزش‌های و خواست متفاوت که تک تک افراد دارد، چگونه با تعیین جرم و مجازات در قانون سازگاری دارد به عنایت به اینکه رضایت همه افراد هم حاصل گردد. بر فرضی که مردم بپذیرند که قانون‌گذار اقدام به تعیین مصداق رفتارهای مجرمانه کند، بحث بر سر تعیین مصداق این رفتارها، ترسیم مرز رفتارهای مجرمانه و اتهام جنایی است که ارتباط تنگاتنگ با آزادی مردم دارد.

در نهایت باید خاطر نشان کرد، به رغم انتقاداتی که بر برداشت لیبرال‌های سنتی از آزادی وجود دارد، باید اعتراف کرد، که اصل قانونی بودن جرایم مجازات‌ها یکی از پشتوانه‌های اصلی آن آزادی‌های افراد است. انصافاً در کشورهای که تابع نظام حقوقی رومی ژرمنی و حقوق نوشته است، یکی از بهترین راهکارهای صیانت از آزادی مردم اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است. وقتی فعل و ترک فعل‌های به صورت مشخص از سوی قانون معین باشد، مردم با خیال راحت می‌توانند به اقدامات متنوع و گوناگون دست بزنند که خارج از دایره جرایم باشند و از این جهت دغدغه و دل‌نگرانی نداشته باشند و باخیال راحت در خارج از دایره جرایم تعریف شده آزادانه فعالیت نمایند.

### قرارداد اجتماعی

قرارداد اجتماعی به ما می‌گوید که تصویب قانون باید یا به وسیله خود مردم باشد، یا نمایندگان مردم که حق قانون‌گذاری به آنان از سوی مردم واگذار شده است. در غیر این صورت قانون مشروعیت نداشته و لازم‌الاجرا نیست. چرا که حق حاکمیت اساساً از آن خود مردم است و این حق را مردم یا مستقیماً اعمال می‌کنند و اقدام به قانون‌گذاری

می‌کنند یا این حق را به قوه مقننه واگذار می‌کنند. پس اگر غیر از خود مردم یا نمایندگان آن‌ها (قدرت قانون‌گذاری) اقدام به تعیین جرم و مجازات نمایند، لازم‌الاجرا نیست. چون خلاف قرارداد اجتماعی و حق حاکمیت مردم است. پس جرم و مجازات منحصرًا باید از طریق قانون تعیین شود که یا خود مردم این کار ویژه را انجام می‌دهند و یا نمایندگان آن‌ها. از این جاست که پای اصل قانونی بودن جرایم و مجازات به میان می‌آید و یکی از داده‌های مهم قرارداد اجتماعی است.

بکاریا اندیشمند ایتالیایی، از جمله فلاسفه‌ای است که با الهام از اندیشه‌های منتسکیو و ولتر مطالعات و آثار دقیق خود را کاملاً به مباحث کیفری و از جمله اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها اختصاص داد و در سال ۱۷۶۴ کتاب مختصر اما بسیار غنی و مهم خود را تحت عنوان رساله‌ای «جرایم و مجازات‌ها» منتشر نمود. (گودرزی افتخار جهرمی، ۱۳۷۸: ۸۰ و ۸۱)

سزار بکاریا در مورد پذیرش قوانین از جمله قوانین جزایی چند اصل را ذکر می‌کند و در نهایت به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را از آن‌ها نتیجه می‌گیرد. ۱. پذیرش قوانین از سوی بشر به حسب ضرورت بوده است. به این توضیح که قوانین شرایطی هستند که انسان‌های مستقل وقتی از جنگ دایم با یگدیگر و از آزادی که سرنوشت ناپایدار بهره‌مندی از آن را بی‌هوده می‌گرداند، به تنگ آمدند، برای تجمع به دور یگدیگر پذیرفتند. آدمیان را فقط ضرورت بر آن داشته است که جزئی از آزادی خود را واگذار کند. (سزار بکاریا، ۱۳۷۷: ۳۲-۳۳)

۲. سزار بکاریا تأکید دارد که طی قرارداد بخش محدود از آزادی و حق حاکمیت خود را ملت واگذار کرده است. آدمیان جزء از آزادی خود را واگذار کرده‌اند و بدون تردید هر کس خواهان آن است که کوچکترین قسمت ممکن را به سپرده عمومی بگذارد؛ درست آن مقدار که دیگران را به دفاع از این سپرده ملتزم کند. مجموع این کوچکترین قسمت‌های ممکن، حق کیفر را پدید می‌آورد؛ افزون بر آن اجحاف و تعدی است نه عدالت. (پیشین: ۳۳)

۳. واگذاری بخش محدود از آزادی‌های برای حفظ آزادی‌های دیگر و کیفرها برای حفظ سعادت عمومی است. (پیشین: ۳۳)

۴. در خصوص مجازات‌ها بکاریا معتقد است که تعیین کیفرهای متناسب با جرم فقط صلاحیت قانون‌گذار است. بدین ترتیب بکاریا علیه مجازات‌های خودسرانه‌ای قضات زمان خود واکنش نشان داد و خواستار پیش‌بینی کیفرهای ثابت در قانون جزا گردید تا قضات نتوانند بر حسب خصوصیات متهمان و به میل و سلیقه‌ی خود مجازات‌های مختلفی را برای جرم واحد اعمال نمایند. در نهایت سزار بکاریا از اصول مذکور نتیجه می‌گیرد این است «که تنها بر پایه قوانین می‌توان کیفرهای متناسب با جرایم را تعیین



کرد و این اختیار خاص، تنها به قانون‌گذار که نماینده‌ی جامعه‌ی است که بر اساس یک قرار داد اجتماعی شکل یافته است تعلق دارد. قاضی نمی‌تواند در باره چند و چون کیفر عادلانه تصمیم بگیرد و کیفری که از حدود پیش بینی شده در قانون فراتر رود، کیفری در برابر قانون و افزون بر آن است.» (پیشین: ۳۲) بنا براین، بر اساس قرارداد اجتماعی مورد نظر بکارها که در آن قانون ضرورتاً پذیرفته شده و بخش از آزادی‌های به هیأت حاکمه واگذار شده است و اصولاً واگذاری بخشی از آزادی‌ها برای حفظ آزادی است، مقتضی آن است اگر تعیین مجازات‌ها به خواست و اراده قاضی باشد، که هم خلاف قرارداد است و هم آزادی‌های افراد نادیده گرفته می‌شود و هم عدالت رعایت نخواهد شد. مخصوصاً این که ملت بخش از آزادی‌های خود را به هیأت حاکمه واگذار کرده است با تعیین جرایم و مجازات‌ها ناسازگار است، چرا که در این صورت وقتی مجازات‌ها در قانون معین نیست، بخش بیشتر از آزادی‌های مردم در معرض خطر قرار می‌گیرد.

از سوی دیگر، قرار اجتماعی در همه حوزه‌های قدرت از جمله در حوزه اختیار قانون‌گذاری در آثار دانشمندان هم چون لاک موج می‌زند و اینان در قالب قرارداد اجتماعی تعیین مقررات را صرفاً در صلاحیت کسانی می‌دانند که مردم آنان را برای امر قانون‌گذار انتخاب نموده‌اند. چنانکه لاک در این زمینه می‌نویسد: «هیچ کسی قدرت قانون‌گذاری ندارد مگر با توافق اعضای جامعه و توسط آمریت که از مردم به دست آورده است.» (جان لاک، ۱۳۸۸: ۱۸۴) و «هم‌چنین مردم مجبور به اطاعت از هیچ قانونی نیستند جز قوانینی که توسط افراد وضع شده باشد که خود انتخاب کرده و به آن‌ها آمریت قانون‌گذاری داده‌اند.» (جان لاک، ۱۳۸۸: ۱۹۱) در نتیجه تعیین جرم و مجازات‌ها صرفاً در اختیار قانون‌گذار است و بس. از سوی دیگر، روسو که قایل به تفکیک قوای عمودی است از قرار اجتماعی در مورد صلاحیت قانون‌گذاری سخن می‌گوید. به نظر او حاکمیت متعلق به جامعه است. (ابوالفضل قاضی، ۱۳۸۱: ۱۸۴)

به هر حال، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها با تمامی خصوصیات آن و نیز «سنت بکاریایی» تحولات عمده‌ای را در امر قانون‌گذاری نه فقط در ایتالیا بلکه در سراسر کشورهای اروپایی ایجاد کرد، ضمن اینکه موج افکار بکاریا و روند قانونی کردن جرایم و مجازات‌ها در اروپا اثر قهری خود را بر روی کشورهای دیگر دارای حقوق نوشته به جا گذاشت. (گودرز افتخار جهرمی: ۸۶)

اما نکته قابل دقت این است که این قرارداد واقعا شکل گرفته است؟ و همه‌ی مردم واقعا برخی از حقوق خود را از جمله حق قانون‌گذاری را به هیأت حاکمه واگذار کرده است؟ اول این مطلب باید به اثبات برسد و سپس گفته شود که صرفاً قانون‌گذار حق تعیین مجازات و جرم را دارد؛ زیرا چنین صلاحیت فقط به او داده شده و دیگران حق تعیین آن را ندارد. اما باید گفت چنین قراردادی یا شکل نگرفته یا به صورت ناقص شکل

گرفته است. چرا که مردمان یک جامعه سیاسی یا چنین حقی را به قانون‌گذار واگذار نکرده است یا برخی از آنان در این قرارداد حاضر بوده اند و نه همه آن‌ها.

بکاریا اعتقاد دارد: «تنها قانون‌گذار بر پایه قوانین می‌تواند کیفرهای مناسب با جرایم تعیین کند زیرا فقط او نماینده جامعه است که بر اساس یک قرارداد اجتماعی تشکیل یافته است و چنین حقی فقط متعلق به قانون‌گذار است.» این نمایندگی در صورت تام و تمام است که تمامی افراد جامعه در قرارداد اجتماعی مشارکت نمایند و این امر عملاً امروزه در کشورها بزرگ و پر جمعیت امکان وقوعی ندارد. (سزار بکاریا، ۱۳۸۰: ۷۷)

روسو حاکمیت را از آن مردم می‌داند و گمان دارد که از راه هیأت مردم ابتدا به قوه مقننه انتقال می‌یابد و سپس از آن به سایر ارگان‌های حکومتی منتقل می‌شود. از سوی دیگر، اعمال قوه مقننه، جز با آرای همه مردم امکان پذیر نیست. قرارداد اجتماعی مور نظر روسو هم اجتماعی است و هم سیاسی. این قرار را افراد اجتماع به چنان شیوه‌ای گذاشته‌اند که هر فردی «خود و همه اختیارات خود را به صورت مشترک تحت هدایت عالی اراده‌ای عمومی قرار می‌دهد». (عبدالرحمن عالم، ۱۳۷۳: ۱۹۸ و ۱۹۹)

در قرارداد اجتماعی روسو، فرضی تصور می‌شود که در آن همه مردم، حکمران و در عین حال رعیت باشد. بدین توضیح که باید شرکتی تشکیل داد که با نیروی ناشی از اتحاد و همبستگی جان و مال هریک از شرکاء را حفظ کند. ولی در این شرکت نیز هر شریک در عین حال که با دیگران متحد است، تنها از خود فرمان می‌برد و آزاد می‌ماند. این اتحاد شخصیت معنوی پیدا می‌کند و هریک از افراد، در عین حال که باید فرمانبر شرکت باشد، خود نیز فرمانروا و عضو اتحادیه است. (ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۶۳ و ۲۶۴)

قرارداد اجتماعی به قرائت روسو نیازمند اتفاق همگانی است. چنانکه خود می‌نویسد: «اگر بعضی شرکاء از واگذار کردن قسمتی از حقوق خود به شرکت مضایقه نمودند کار مشکل می‌شد.» (ژان ژاک روسو، ۱۳۶۸: ۵۰) مثلاً در امر قانون‌گذاری در بعضی حوزه‌ها حق خود را به قانون‌گذار واگذار نکرد، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات مفهوم خود را از دست می‌دهد. زیرا، در آن حوزه خاص قانون دیگر مشروعیت ندارد. همگان اگر در مورد سقط جنین به توافق نرسند، جرم بودن آن مخدوش خواهد بود و در نتیجه اصل قانونی بودن جرایم و مجازات کلیت خود را از دست می‌دهد. نکته قابل دقت در قرارداد اجتماعی ژان ژاک روسو آن است، هیأت یا مجمعی که شکل می‌گیرد، به شمار رأی دهندگان عضو دارد (پیشین: ۵۱) و هر کدام بخشی از حاکمیت تقسیم شده را دارند. آن وقت در عمل تصمیم‌گیری در این هیأت کاری دشوار است. چون اتفاق آراء امکان ندارد. بنا بر نظر روسو که در یک جامعه هزار نفری هر نفر یک هزارم از حق حاکمیت را دارد تا مادامی او حق حاکمیت خود را واگذار نکند، مشروعیت حکومت با سؤال مواجه می‌شود و این امر نیازمند اتفاق همگان در واگذاری حق حاکمیت است که عملاً امکان‌پذیر نیست



و قرارداد اجتماعی به عنوان یکی از مبانی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها دیگر وجود نخواهد داشت. چون لازمه حق حاکمیت تقسیم شده آن است که همگان حق قانون‌گذاری خود را به قوه قانون‌گذاری واگذار نمایند و اگر یک نفر در این هیأت عضو نشد و حق خود را واگذار نکرد برای قاتون او مشروعیت نخواهد داشت.

بر اساس قرارداد اجتماعی روسو باید همه مردم در رأی‌گیری شرکت کنند. در حالی که در حکومت‌های مستقیم حتی همه مردم نمی‌توانند و یا نمی‌خواهند در رأی عمومی شرکت کنند. جمعی بیمارند و گروهی کودک و دست‌های لابلای و مایوس یا چندان گرفتار و عارف پیشه که فرصت و امکان رأی دادن را ندارند. در دموکراسی مستقیم روسو باید همه مردم مشارکت داشته باشد تا نهادهای فرمانروا از جمله قوه مقننه مشروعیت داشته باشد. هنگام قرارداد اجتماعی جان و مال و همه ی حقوق خود را به شرکت آورده است. این اقتدار را روسو حاکمیت ملی می‌نامد که قابل واگذاری نیست قابل تقسیم نیست و با مرور زمان از بین نمی‌رود و هیچ نیروی نمی‌تواند آن را از ملت بگیرد و به حاکمی واگذار کند. (ناصر کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۲۶۴)

بنا بر قرارداد اجتماعی حاکمیت ملی از نوع روسو، در صورتی که برخی از افراد با استفاده از حاکمیت خود به قانونی رأی ندهد و آن را نپذیرد، چگونه می‌توان او را مجازات کرد، با توجه به اینکه واگذاری «حق حاکمیت» که اصلتا از تک تک اعضای جامعه است، اختیاری است. از سوی دیگر، اگر کسی به قانون موضوعه رأی نداده جرم او بدون مجازات باقی بماند، خلاف عدالت و اصل تساوی است. این جا است که اصل قانونی بودن جرایم مجازات‌ها پشتوانه قرارداد اجتماعی را از دست می‌دهد. این است که قرارداد اجتماعی و حاکمیت ملی از نوع برداشت روسو یک آرمان است و امکان تحقق خارجی ندارد تا بتوان اصل قانونی بودن را با این پشتوانه مشروع و لازم‌الاجرا تلقی کرد. از سوی دیگر، بر فرضی که افراد پذیرفته باشند که با پیوستن به قرارداد اجتماعی، بعضی از اعمال علیه نظم اجتماعی می‌تواند پاسخ کیفری در یافت کند. اما بحث بر سر تعیین مصادیق این رفتارها، ترسیم مرز رفتارهای مجرمانه و اتهام جنایی است که ارتباط تنگاتنگ با آزادی مردم دارد.

باری، تمامی حقوق از سوی مردم به هیأت و مجمعی مردمی واگذار می‌شود، حال آنکه حقوق طبیعی مثل حیات و عقیده از قرارداد اجتماعی خارج است. از سوی دیگر، کسانی که حق رأی ندارند و در اقلیت هستند از قرارداد خارج‌اند. (آقایی، مجید، ۱۳۸۶: ۱۶۴) در فرض ارتکاب جرم، بر اساس کدام قانون باید این‌ها را مجازات کرد.

در پایان این بخش باید خاطر نشان کرد، «این دکترین را که دولت نتیجه‌ای قرار می‌گیرد که مردم در وضع طبیعی گذاشته‌اند، متفکران زیادی مانند هیوم، بنتام، اوستین، یورک، لی‌بر، وولسی، ماین، گرین، بلونشی، پولاگ، و دیگران مورد انتقاد قرار داده‌اند.

مابین آن را «بی ارزش»، گرین آن را «افسانه»، وولسی آن را «کاملاً دروغ» بتنام آن را «جغجغه» برای سرگرمی و پولاک آن را یکی از «موفق‌ترین و مهلک‌ترین دغل‌بازی‌های سیاسی» نامیدند. (عبدالرحمن عالم، ۱۳۷۳: ۲۰۴ و ۲۰۵).

یکی از مبانی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، چنین دکترین سست و خام است. در جای دیگر آمده است که انسان وقتی از وضع طبیعی خارج شدن چنین قراری را منعقد کردند و از سوی دیگر این قرار اگر در وضع طبیعی بشر شکل گرفته برای دیگران چرا الزام‌آور باشد. قرارداد اجتماعی فقط برای طرف‌های که آزادانه و بی‌اکراه آن بسته‌اند الزام‌آور است و نمی‌توان تصور کرد که نسل‌های بعد مردم را هم ملزم کند. هیچ دلیلی وجود ندارد که گمان شود قرار اجتماعی و سیاسی که نیاکان ما بسته‌اند پس از گذشت چندین سده از زمان اولیه قرارداد، برای ما الزام‌آور باشد. (پیشین: ۲۰۶) بنا بر این، قوانین برخاسته از قرارداد اجتماعی از جمله قوانین جزایی، برای همگان الزام‌آوری ندارد. اما نباید انکار کرد که قرارداد اجتماعی گرچه واقعیت خارجی نداشته، اما در تحول وضع بشر بسیار نقش اساسی داشته و از جمله در تحول مفاهیم سیاسی و حقوقی نمی‌تواند، اثر آن را انکار کرد. از جمله وجود این دکترین در مهار قدرت خودکامگان و حاکمیت هر چند ناقص مردم تأثیر به‌سزایی داشته است. از طرفی نقش آن را در پیدایش اصل قانونی بودن جرایم و مجازات نمی‌توان انکار کرد.

### اصل حاکمیت قانون (The rule of law)

در واکنش به دولت خودکامه، هدف اصل حاکمیت قانون محدود ساختن قلمرو عمل و اختیارات دولت و صیانت بهتر از آزادی‌های فردی از طریق برتری بخشیدن به قانون است. در جامعه لیبرال، افراد آزادند ارزش‌های کاملاً متفاوت از ارزش‌های همسایه خود داشته باشند و آن‌ها را دنبال کنند. از نظر اندیشمندان لیبرال قانون در تشکیل چنین جامعه‌ی نقش کلیدی دارد. تساوی در حقوق تحت حاکمیت قانون، شرط ضروری برای موجودیت و حفظ جامعه لیبرال است. تعهد به رعایت حاکمیت قانون امکان تشکیل جامعه‌ی لیبرال را فراهم می‌کند که در آن آزادی به اوج شکوفایی خود می‌رسد. (اندور آلمن، ۱۳۸۵: ۵۱۲) از سوی دیگر، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات یکی از مظاهر اصل حاکمیت قانون است و اصل حاکمیت قانون ما را ملزم به این می‌کند که تنها از طریق قانون تعیین جرم و مجازات شود. در واقع اصل حاکمیت قانون پشتوانه اجرایی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است. اصولاً اصل قانونی بودن برای ایجاد آرامش و آزادی است که اساساً حاکمیت قانون در سطح کلانتر همین هدف را دنبال می‌کند.

نکته قابل دقت آن است که ارجاع به حاکمیت قانون برای ایجاد آرامش و آزادی امری

بیهوده است. چرا که توافق برای اطاعت از قانون، بنا بر رویکرد لیبرالی عملاً مفهومی نخواهد داشت؛ زیرا هر فرد، طوری در خصوص ملزومات قانون تصمیم می‌گیرد که ارزش‌های خود او را منعکس کند. به دلیل اینکه اختلاف نظرهای ارزشی همواره باعث ایجاد اختلاف بر سر مفهوم و حیطة قواعد معتبر جامعه می‌گردند، چنین توافقی معنا ندارد. از همین رو، در جامعه‌ای که افراد، آزادانه ارزش‌های متفاوت خود را دارند و آن‌ها را پی می‌گیرند، حاکمیت قانون احتمالاً نمی‌تواند کارآمد باشد. در جامعه لیبرال آرامش و آزادی نمی‌تواند به حاکمیت قانون به دست آید. (پیشین: ۵۱۳) به هر حال، آزادی افراد در داشتن ارزش‌های متفاوت، با حاکمیت قانون سازگار نیست. به عنوان مثال از نظر یک تعداد افراد لواط و ازدواج با هم جنس باید جرم تلقی شده و قانون برای آن وضع گردد و تعداد دیگری عقاید خلاف این را داشته باشند. در بحث سقط جنین، بسیاری از طرفداران حفظ حیات جنین، قانون اساسی را این گونه تفسیر می‌کند که دولت باید از حیات جنین حمایت کند، ولی طرفداران حق انتخاب بارداری، در تفسیر این قانون می‌گویند دولت باید از حق انتخاب زن بار دار حمایت کند. یا نزاعی که میان فمینیست‌های رادیکال و لیبرال‌ها در مورد منع فیلم‌های مستهجن وجود دارد. بنا بر این، کثرت گرایی در ارزش‌ها خود به عدم حاکمیت قانون منجر می‌گردد و با وجود ارزش‌های متفاوت که لیبرال‌ها بر آن اصرار دارند، اینکه تنها از طریق قانون جرایم و مجازات‌ها تعیین گردد، احتمالاً دچار اشکال خواهد شد. چون در آن فرض ارزش‌ها مورد نظر تعدادی از افراد نادیده گرفته شده و آزادی آن‌ها محدود خواهد شد، درحالی‌که در مکتب لیبرالیسم چین چیزی مورد نظر نیست. به هر حال، اجرای اصل قانونی بودن به صورت مطلق با باورها و ارزش‌های لیبرالی نمی‌تواند سازگار باشد. چون تأمین حد اکثر آزادی و ارزش‌ها متفاوت افراد و امیال آنان عملاً با تعیین جرم و مجازات نادیده گرفته می‌شود. چون تعیین جرم و مجازات از نظر ارزشی امر خنثی نیست و از طرفی ارزش‌های افراد نیز متفاوت است، قطعاً با ارزش‌های یک عده ناسازگار خواهد بود.

به عبارت دیگر، برای وضع قواعد معتبر در جامعه، هیچ فرایند وجود ندارد از نظر ارزشی خنثی باشد؛ هر فرایندی، برخی از ارزش‌ها را بر برخی دیگر ترجیح خواهد داد و کسانی که ارزش‌های آن‌ها مورد تأیید نباشد، دلیل مناسبی خواهند داشت که فرایند یاد شده را رد کنند و آن را در مورد خود ناعادلانه بدانند و احتمالاً اطاعت از قواعد یاد شده را نپذیرند. برای مثال، بنا بر ارزش برخی افراد در غرب آن‌ها قانوناً می‌توانند شکایت کند فرایند سیاسی که اجازه می‌دهد لواط جرم تلقی شود، با ارزش‌های آنان به گونه‌ای توهین آمیز رفتار می‌کند. آن‌ها دلیل خوبی خواهند داشت که از اطاعت چنین فرایندی خودداری کند (اندرو آلتمن، پیشین: ۵۱۵)

افزون بر این، گفته می‌شود برای تفسیر قواعد جامعه، هیچ روشی وجود ندارد که ار

نظر ارزشی خنثی باشد. هرگونه رویکرد بر تفسیر قانون، ارزش‌های خاصی را منعکس کرده و بقیه را نادیده خواهد گرفت. به عنوان مثال سقط جنین، بسیاری از طرفداران حفظ حیات جنین، قانون اساسی را این گونه تفسیر می‌کنند که دولت باید از حیات جنین حمایت کند، ولی طرفداران حق انتخاب بارداری، در تفسیر این قانون می‌گویند دولت باید از حق بارداری حمایت کند. (پیشین: ۵۱۵ و ۵۱۶) چرا که اخلاق لیبرالی بر تکرر در ارزش‌ها و آزادی فردی مبتنی است. اما به رغم این ایرادهای ماهوی که بر اصل حاکمیت قانون وجود دارد، این اصل را می‌توان به عنوان مبنا برای اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها دانست. چرا که اصل حاکمیت امروزه در همه جوامع به رغم ایرادهای ماهوی که در آن وجود دارد، در عمل پذیرفته شده است. از طرفی، اصل حاکمیت قانون به مفهوم مدرن آن، چاره‌ای غیر از پذیرش آن هم نیست. از سوی دیگر، این اصل در قوانین اساسی کشورها گنجانده شده و از این جهت نیز مشروعیت دموکراتیک خواهد داشت. به غیر از چند کشور محدود که قانون در رأس منابع حقوقی آن‌ها قرار ندارد، در سایر کشورها تمامی روابط بر اساس قانون یا مکمل‌های قانونی تنظیم می‌شود.

### اصل تفکیک قوا

منتسکیو از جمله فلاسفه است که در سال ۱۷۴۸ موضوع قوای سه گانه دولتی و تفکیک آن‌ها را برای رسیدن به یک نظام حکومتی قانونمند به نحوی دقیق‌تر و جذاب‌تر از اسلاف خو مطرح کرد. (گودرز افتخار جهرمی، ۸۰)

هر چند منتسکیو به طور مستقیم به مباحث کیفری و از جمله اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها اشاره‌ای نداشته است، لیکن با بیان این موضوع که قانون سندی خواهد بود در مقابل خودکامگی و خودسری قضات کیفری، انگیزه و زمینه بحث و بررسی عمیق‌تر را برای معاصران خود فراهم نمود. به عبارت دیگر، هر چند دیدگاه‌های سیاسی منتسکیو، بر دیدگاه‌های حقوقی و کیفری او غلبه دارد و او از دید سیاسی مسأله تفکیک قوا و آزادی را مطرح نموده است، لیکن نتیجه وضعی عقاید او منتج به اصل قانونمندی کردن امور کیفری می‌شود. اصلی که هم مسلکان وی تحت عنوان اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها مطرح می‌کنند. (مجید آقایی، ۱۳۸۶: ۱۵۱) بالاخره به نظر منتسکیو مجازات‌ها و جرایم باید در قانون پیش بینی شده باشد. "قضات تنها دهانی هستند که سخنان قانون را اعلام می‌کنند" بدین ترتیب اصل قانونمندی جرایم و مجازات‌ها برای نخستین بار به صورت غیر مستقیم اعلام می‌شود و بدین سان پایه‌های کیفرشناسی مبتنی بر عقل سلیم نیز ترسیم می‌گردد. عده‌ای از مؤلفین حقوق کیفری اعتقاد دارند وجود اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها تضمینی برای بقاء اصل تفکیک قوا است. چون هریک از قوا دارای تکالیف و وظایف خاصی

بوده و هیچ‌یک از قوا حق دخالت در قوه دیگری را ندارد. از همین رو، قوه قضائیه حق ندارد که به تعیین جرم و مجازات اقدام نماید. در واقع قاضی نباید قانون‌گذار باشد. این امر، بنا بر اصل تفکیک قوا از سوی قانون‌گذار باید انجام شود. (علیرضا میلانی، پیشین: ۸۱) بنا بر این به جهت رعایت اصل تفکیک قوا، سیستم‌های قضایی بناچار باید اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را یک نتیجه جبری از اصل تفکیک قوا است بپذیرند. (سید مهدی خاموشی، ۱۳۸۵: ۳۹۶)

تردیدی نیست که عدم رعایت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، اصل تفکیک قوا را نقض می‌کند. اما به نظر می‌رسد ذکر این مورد به عنوان نتیجه عدم رعایت اصل مزبور خالی از اشکال نباشد؛ زیرا اصل تفکیک قوا خود یک مقدمه برای تحقق اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است و اصل تفکیک قوا موضوعیت ندارد؛ بلکه طریقت دارد. یکی از شؤون اصل تفکیک قوا پرورندگان اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها است و اصل مزبور اصالت وجودی خود را در این حیطة از دست می‌دهد. (میلانی علیرضا، ۱۳۸۶: ۸۲) از سوی دیگر، آنچه در کلمات منتسکیو دیده می‌شود سخن از تعادل قوا است یعنی تفکیک وظایف به گونه‌ای باشد که قوای سه گانه متعادل بوده و هیچ‌یک بر دیگری برتری نداشته باشد. در واقع در آنجا سخن از تفکیک تخصصی وظایف نیست. منتسکیو در کتاب خود از نظام سیاسی انگلستان تمجید می‌کند در حالی که در آن قانون به عنوان منبع اول و مهم مطرح نیست و بیشتر دعاو اعم از کیفری و حقوقی بر اساس آراء محاکم حل و فصل می‌گردد. منتسکیو شیوه حکومتی انگلستان را که مبتنی بر تفکیک قوا است، باعث ایجاد آرامش خاطر در بین شهروندان آن کشور دانسته است. (علی اکبر گرجی از ندریانی، ۱۳۸۸: ۲۸۲)

اما باید دقت کرد که تفکیک قوای کلاسیک امروزه به طور کامل مورد پذیرش نیست. چرا که در بسیاری از موارد قوه مجریه خود اقدام به تصویب مقرراتی می‌کند که حکم قانون را دارد. در نتیجه اگر تفکیک قوا را دلیلی برای رعایت اصل قانونی بودن بشماریم تا حدودی محل خدشه خواهد بود و تفویض تدریجی اختیارات تقنینی به قوه مجریه در بعضی قلمروها نیز اصل قانونمندی را اندازه‌ای کمرنگ کرده است. مثلاً در حقوق فرانسه قوه مجریه می‌تواند در پاره‌ای موارد در قالب آیین‌نامه قانونی یا تصویب‌نامه قانونی دست به وضع مقرراتی بزند که حکم قانون را دارد. به موجب اصل ۳۸ قانون اساسی فرانسه، دولت می‌تواند با اجازه مجلس در قلمروهایی که در صلاحیت قوه مقننه است، اقدام به وضع مقررات نماید. در اجرای این معجز، تصویب‌نامه قانونی فوریه ۱۹۴۵ که در واقع ناظر به آیین دادرسی و تشکیلات قضایی خاص اطفال بزهکار است به تصویب هیأت وزیران رسیده است و دادگاه‌های تخصصی اطفال بزهکار و ناسازگار که مبتنی بر یک سیاست کیفری جداگانه و متفاوت از سیاست کیفری عمومی در فرانسه محسوب می‌شود، تأسیس

گردید. (گودرزی افتخار جهرمی، پیشین: ۱۰۱) همچنین قانون اساسی فرانسه وضع جرایم و مجازات‌های خلافی را از صلاحیت انحصاری قوه مجریه قرار داده است.

در افغانستان فرمان تقنینی از سوی رئیس جمهور صادر می‌شود که شامل برخی مقررات کیفری نیز می‌شود. (قانون اساسی افغانستان، ماده شصت و چهارم، بند شانزدهم) یا در ایران برخی مقررات به تصویب قوه مجریه می‌رسد که جنبه انضباطی و کیفری دارد. بنا براین، اصل تفکیک قوا به صورت کلاسیک امروزه به صورت مطلق از جمله در امر قانون‌گذاری قابل قبول نیست، تا بگویم عدم رعایت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها منجر به نقض این اصل تفکیک قوا می‌شود. این اصل عملاً از جمله در امور کیفری نقض شده است و به صورت مطلق قابل قبول نیست.

از سوی دیگر، تفکیک قوا به شکل کلاسیک مخصوصاً در برداشت منتسکیو قابلیت اجرایی ندارد و همین‌طور برخی دانشمندان مانند بن ژامن کنستان از قوه تعدیل‌کننده سخن به میان آورده که فوق سایر قوا است و می‌تواند در صورت بروز اختلاف دخالت کرده و کشور را از بحران و هرج و مرج نجات دهد. (ابوالفضل قاضی، پیشین: ۱۸۷) به همین جهت باید برای هر یک از قوای سه‌گانه دو نوع وظیفه قایل شویم: وظایف هسته‌ای و وظایف جنبی. (پیشین: ۱۸۸) پس بنا بر این آنچه گفته می‌شود که عدم رعایت اصل قانونی بودن نقض تفکیک قوا است، باید گفت عملاً چاره‌ای جز این نیست و تفکیک قوا امر مطلق و غیر قابل‌خداشه نیست.

منتسکیو در واقع تحت تأثی نظام سیاسی انگلستان، نظریه تفکیک قوا یا به عبارت درست نظریه تعادل قوا را پی‌ریزی کرد. تصور می‌کرد آزادی و محدودیت قدرت تنها مرهون تفکیک قوا در انگلستان است. اما در حقیقت، آنچه در انگلستان، منجر به تأمین غایات مطلوب منتسکیو شده بود، تفکیک صلاحیت‌های حکومتی به سه شأن خاص و اعمال هر یک توسط نهادهای مستقل نبوده است، بلکه بسیاری از نرم‌ها و هنجارهای نا نوشته و حتی گاه، فهم ناشدنی از آداب و بایسته‌های رفتار و مشی حاکمان در تمدن حقوقی انگلستان وجود داشته است که به ایجاد یک فرهنگ حکمرانی خاص، منجر گردیده است، فرهنگی که با توجه بسترهای تاریخی و ارزشی جامعه سیاسی انگلستان در مسیر وصول به اهدافی چون تأمین حقوق و آزادی‌های مشروع فردی و اجتماعی مؤثر بوده است. (اریک بارنت، ۱۳۸۶: ۵۳-۷۲)

باید گفت آن چنان که تفکیک گرایان منصف، پس از جنگ جهانی دوم، اعتراف نمودند، نظام حکومتی انگلستان نه تنها نوع از حکومت تفکیک شده به معنای نسبی آن نیست بلکه دقیقاً در نقطه مقابل حکومت‌های تفکیک شده قرار گرفته است. (ژان فلیپ فلدمن، ۱۳۸۹: ۴۹۰-۴۸۹)



## اصل عدم تفویض قانون گذاری

به نظر جان لاک «قانون گذار نمی تواند قدرت قانون گذاری خود را به هیچ فردی دیگری واگذار نماید، چرا که این قدرت است که به نمایندگی از مردم به او تفویض شده است و کسانی که دارای چنین قدرتی هستند نمی توانند آن را به دیگران واگذار کنند. مردم می گویند بگویند: «ما تسلیم شده و تحت حکومت قوانین قرار خواهیم گرفت که توسط این افراد و به این شکل پایه ریزی شده باشد.» هیچ فردی دیگری نمی تواند بگوید که افرادی دیگری باید برای آن ها قانون گذاری کنند. همچنین مردم مجبور به اطاعت از هیچ قانونی نیستند جز قوانینی که توسط افراد و وضع شده باشد که خود انتخاب کرده و به آن ها آمریت قانون گذاری داده اند.» (جان لاک، ۱۳۸۸: ۱۹۱) از همین رو، در حقوق کلاسیک نمایندگی مجلس امر قایم به شخص است، یعنی به جای نمایندگان مجلس کسی دیگری حق قانون گذاری ندارد. از همین رو، جرایم و مجازات ها تنها و تنها از طریق مرجع قانون گذاری قابل تعیین بوده و مشروعیت دارد و قاضی و دیگران حق ندارد افرادی را به میل و خواست خود بدون وجود قانون بدون مجلس مجازات نمایند. باید گفت این اصل امروزه در عمل نقض شده است. چرا که بسیاری از مقررات که درجه اهمیت قانون را دارد، از سوی قوه مجریه وضع می شود و از سوی دیگر، در نظام حقوقی کامن لا این قضات و رویه های قضایی است از اهمیت نخست برخوردار است و حتی در این گونه نظام ها گفته می شود که ساخت حقوق در دست قضات است. به ویژه در افغانستان این اصل در مورد فرمان های تفینی (Legislative decree) و مقررات با نقض جدی مواجه است.

## رعایت عدالت

اصل قانون بودن جرایم و مجازات ها بدین معنا است که دو مجرم با انجام جرم مشابه و دیگر فاکتورهای واحد (از قبیل درجه خطرناکی بودن، شخصیت و ...) باید از مجازات مساوی برخوردار باشند. قضات نباید در صدور حکم مجازات آزاد باشند و یک قاضی نمی تواند عملی را جرم بداند و قابل مجازات و دیگری مباح و غیر قابل مجازات. (علیرضا میلانی، پیشین: ۷۸) وقتی افراد جامعه مشاهده کنند که مجازات ها به طور یکسان بر افراد تحمیل می شود و فرقی بین مجرمان از طبقه ای با مجرمان طبقه ای دیگر اجتماعی نیست به دستگاه قضایی و حکومتی خوش بین می شوند و به هر میزان اعتماد مردم نسبت به دستگاه قضایی و هیأت حاکمه بیشتر باشد، عدالت قضایی رو به رشد خواهد بود. (سید مهدی خاموشی، ۱۳۸۵: ۲۹۵)

به عبارت دیگر، اصل تساوی در برابر قانون بر گرفته از این مفهوم عدالت است که با برابرها باید رفتار برابر داشت و با نابرابرها، رفتار نابرابر. بر این اساس کسانی که مرتکب

جرم مشابهی شده‌اند، مستحق رفتار برابر هستند و اگر قرار باشد به هر دلیلی مجازات‌های متفاوتی بر آن‌ها اعمال شود، به عدالت رفتار نشده است. لازمه این کار آن است که جرایم و مجازات در قانون مشخص و معین باشد و به قاضی واگذار نشود.

اما نکته قابل دقت آن است که ظرفیت قانون در اینکه بتواند تمامی فاکتورهای یک جرم را بیان کند تا در وضعیت مشابه مجازات یکسان باشد، تردید جدی وجود دارد. عدالت در صورتی محقق خواهد شد که تمامی فاکتورها در نظر گرفته شود از خصوصیات مجرم گرفته تا محیط اجتماعی که مجرم در آن زندگی می‌کند و زمانی که مجرم مرتکب جرم شده و غیره. قانون ظرفیت کمی برای تحقق این امر دارد. از همین رو، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، خلاف اصل فردی بودن مجازات تلقی شده است. از یک طرف اصل تساوی در برابر قانون اقتضاء آن اصل قانونی بودن است و اما عدالت همیشه به معنای مساوات نیست. چه بسا برخورد مساوی در بسیاری موارد خلاف عدالت است.

**ب) بررسی مبانی اصل قانونی مجازات‌ها از دیدگاه برخی اندیشمندان اسلامی**  
در اندیشه لیبرال‌ها، آزادی به عنوان یک هدف اصلی تلقی گشته که فرد آدمی پیوسته برای رسیدن به آن تلاش می‌کند. ژان پل سارتر اختیار و آزادی را منبع ارزش‌ها تلقی می‌کند و مقصد و هدف آزادی - از نظر او نیز چیزی جز خود آزادی نیست. دقیقاً مطابق و موافق با همین اندیشه به نظر بعضی از اندیشمندان و روشنفکران مسلمان، آزاد باید برای تأمین هدفی باشد؛ اما آن هدف؛ جز حفظ آزادی اراده و در واقع حفظ هویت واقعی انسان، چیزی دیگری نیست.

وی تأکید می‌کند: «که حقیقت انسان بوددن "همیشه آزاد بودن" است. و انسان زیستن آزاد زیستن است. انسان نفس آزادی و عین آزادی است. (مجتهد شبستری: ۳۳) بر اساس این دیدگاه آزادی مساوی با انسانیت انسان است و پایه و اساس ارزش‌ها بر محور آزادی، انتخاب و اختیار انسان شکل می‌گیرد. فرد به هر اندازه که بتواند آزاد زیست کند، به همان اندازه انسان است. (مطهری مرتضی: ۶۶۳-۶۶۴) گاهی نفس عصیان در اندیشه بعضی از لیبرال‌ها؛ همانند سارتر، ارزش ذاتی دارد. و اگر انسان عصیان نکند، گویا انسان نیست. عصیان ارزش ذاتی دارد، چون گونه و نوعی آزادی است. یک انسان آزاد، انسانی است که در مقابل همه چیز تسلیم نباشد و عصیان بورزد.

در نقد گفتمان لیبرالیسم در اینکه آزادی را معیار انسانیت می‌داند، می‌توان گفت هم درست است؛ و هم نادرست. یعنی به عنوان جزء انسانیت انسان درست؛ ولی به عنوان تمام معیاران انسانیت باشد، نادرست می‌باشد. ظاهراً مراد لیبرالیست‌ها و برخی از طرفداران آن‌ها، این است، که آزادی مساوی با انسانیت انسان است، که متأسفانه در این صورت نگاه به انسان و شناخت از او ناقص و تک محور خواهد بود و نگرش غیر فراگیر

است. انسان موجودی تک بعدی، بلکه حیوانی در نظر گرفته شده است، که بر این مبنا رشد ناقص خواهد داشت. در اسلام همان قدر که محبت، تسلط انسان بر نفس، قدرت، علم، ایثار، فداکاری و غیره تأکید، مورد ترغیب، تشویق و تقدیس قرار گرفته، آزادی هم مورد تقدیس، ترغیب و تشویق قرار گرفته است. گاهی اوقات در بعضی از جوامع غرب ارزشی به نام آزادی به کلی فراموش می‌شود و وقتی هم بیدار می‌شود، می‌گوید بشریت یعنی آزادی و غیر از آزادی ارزشی وجود ندارد! اینجا است که تمام ارزشها در یک ارزش (آزادی) محو می‌گردد. (مطهری، مرتضی، ۱۳۶۲: ۳۶) داستان لیبرال مسلک‌های اولیه دقیقاً از همین قرار است، در جامعه‌های غربی زمانی اصلاً از آزادی خبری نبود وقتی از خواب بیدار شدند در مقابل ظلم و استبداد کلیسا و قدرت‌های قرون وسطا و امپراطورها، همه ارزشها را به آزادی منحصر کردند. آزادی برای انسان کمالی است؛ ولی کمال وسیله‌ای است، نه کمال هدفی.

هدف انسان این نیست که آزاد باشد؛ ولی انسان باید آزاد باشد تا به کمالات خود برسد. موجودی مختار؛ یعنی موجودی، که افسار را در دست خودش قرار داده‌اند. "انا هدیناه سبیل اما شاکراً و کفوراً" عصیان هم برای انسان نیز در مقابل ظلم یک کمال وسیله‌ای است. بعضی خیال کرده‌اند خود عصیان برای انسان کمال است. یک انسان آزاد، انسانی است که در مقابل همه جز عصیان بورزد؛ چون برای عصیان ارزش ذاتی قائلند. لازمه این مکتب هرج و مرج است، سارتر کوشش می‌کند، که این تهمت را از خود دور کند؛ ولی نمی‌تواند. مکتبی که برای عصیان ارزش ذاتی قایل است، نمی‌شود در آن هرج و مرج نباشد. (مطهری، مرتضی، پیشین: ۳۱۸) در مکتب اسلام امکان عصیان برای انسان ارزش است. خود عصیان یک ارزش ذاتی نیست. (پیشین)

در هیچ یک از ایدئولوژی‌های غربی به اندازه لیبرالیسم، ارزش‌های اخلاقی تا این حد دستخوش نسبی‌گرایی و تزلزل نگردیده است. نظریه پردازان لیبرالی چون آنتونی آربلاستر، نظریات اخلاقی لیبرال‌ها را در پیوند تام و تمام با نظریه اتمیستی بینش تجربی آنها می‌داند. در حالی که تأکید مفرط بر فردگرایی لیبرالی، باعث تزلزل ارزش‌ها و هنجارهای عمومی و اجتماعی می‌گردد. چنانکه در تمامی نظریات فلسفی و سیاسی باستان و قبل از قرن هفدهم، اولویت ابتدا به جامعه و نهاد عمومی اجتماع و سپس فرد داده می‌شد و از طریق جامعه، نیازها و خواست‌های افراد از جمله آزادی، حقوق فردی و اجتماعی تأمین می‌گردید، ولی لیبرالیسم با دستاویز کردن عنوان فردگرایی، خواستار ترویج نوعی بی قانونی، ضدیت اخلاقی و بی بند و باری در جوامع است.

به هر حال اصل قانونی بودن در غرب به دنبال حفظ آزادی به عنوان یک هدف است و قانون وسیله‌ای است برای حفظ آزادی دیگران در برابر عمل مجرم. در این فرض آن چه که مهم است امیال و خواست انسان است که متکثر بوده و انسان‌های ارزش‌ها

متفاوت دارند و باید این ارزش‌ها حفظ گردد. در حالی که قانون و اینکه باید برخی امور جرم تلقی شود، علاوه بر حفظ منافع مشروع افراد، صیانت از ارزش‌های الهی و اسلامی نیز مورد نظر است. علاوه بر حق الناس، پدیده‌ای به نام حق الله نیز مطرح است. از همین رو، برخی از اعمال که در فقه کیفری جرم تلقی می‌شود حق الله در آن مطرح است. از سوی دیگر، خویش مالکی در مبانی ارزش مطرح است که بر اساس آن بسیاری از اعمال از منظر مکتب لیبرالیسم جرم تلقی نمی‌شود، اما در اسلام چنین نیست که انسان آزاد باشد که به دلیل مالکیت با خود هرکاری بکند. همانند خود کشی. در بسیاری از اعمال به دلیل عنصر رضایت در رویکرد لیبرالی جرم انگاری ممنوع است در حالی که در اسلام این گونه نیست.

در اسلام بسیاری از ارزش‌ها الهی است که وابسته به خواست و امیال شخصی افراد نیست و برای صیانت از این ارزش‌ها باید با متخلفان برخورد کرد و برای آن‌ها مجازات تعیین کرد. آزادی‌های افراد در محدوده ارزش‌های الهی قابل قبول است. مثلاً زنا در اسلام جرم اعلام شده است در حالی که در نگاه انسان‌گرایی و لیبرالیسم این امر اگر با رضایت و میل افراد باشد، نه تنها قبیح نیست بلکه برای نیل به امیال افراد مطلوب هم هست. از سوی دیگر، در مکتب لیبرالیسم محدودیت آزادی افراد تنها در صورتی مشروع است که مانع و مزاحم آزادی دیگران باشد و از این جهت قانون‌گذار در تعیین جرایم و مجازات‌ها به این امر باید توجه داشته باشد. از این جهت هم ارزش‌های الهی و انسانی و حتی نظم عمومی و اخلاق حسنه که باید مد نظر باشد، در مکتب لیبرالیسم نادیده گرفته می‌شود. در حالی که این امور در جرم انگاری از نظر اسلام باید مورد توجه قرار گیرد.

در فقه سیاسی شیعه امور قضایی یک از شئون ولایت فقیه است و شکل انتصابی دارد. این منصب در عصر حضور از آن معصومین<sup>(ع)</sup> است و در زمان غیبت به مجتهدان جامع شرایط واگذار شده است. فقیه جامع شرایط در منصب قضاوت صلاحیت‌های زیادی دارد که در حقوق عرفی از آن خبری نیست. البته نکته‌ای که باید در همین جا مورد توجه قرار گیرد آن است که گرچه شارع مقدس اسلام اختیارات فراوانی به قضات داده است، اما این اختیارات در دست هرکسی قرار نمی‌گیرد. عده‌ای از این توسعه گسترده چنین نتیجه گرفته‌اند که اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در نظام حقوق اسلام جایگاهی ندارد اما به زوایای دیگر مسأله توجه ندارند که در حقوق اسلام، منابع شرعی نیز به منزله‌ای قانون است و اگر مجتهدی در موارد سکوت قانون به منابع شرعی مراجعه می‌کند، گویا به قانون مرجعه کرده است. اشکالی که در حال حاضر وجود دارد فراهم نبودن زمینه اجرای سیاست‌های جنایی اسلام است؛ از جمله اینکه تعدادی کافی قاضی مجتهد برای تصدی شعبه‌های کیفری وجود ندارد. از این رو، در عصر حاضر دست قاضی خیلی باز نیست.

تفکیک قوا در نظام ولایی می‌تواند مکانیسمی برای تعدیل و اجرای قدرت و حاکمیت است. و به نظر می‌رسد که ولایت فقیه چه انتصابی باشد یا انتخابی در این موضوع تأثیری ندارد. چرا که در صورت انتخابی بودن مردم شرایط و محدوده صلاحیت‌های فقیه را مردم معین نمی‌کنند. چرا که مردم به کسی رأی داده‌اند در شرع شرایط و اوصاف کلی و محدوده اختیارات آن بیان شده است. مردم باید به فقیه رأی دهند نه کسی دیگر، و فقیهی که شرایط و محدوده صلاحیت آن در شرع بیان شده است. بنابر این، در صورتی که ولی فقیه مکانیسم تفکیک قوا را برای اجرای قدرت و حاکمیت نپذیرد و مردم از این موضوع ناراضی باشند، بنا بر انتخابی بودن مشروعیت خود را از دست می‌دهد نه آنکه فقیه ملزم باشد که از مردم تبعیت کند و در این صورت از مقام خود عزل خواهد شد. در صورتی انتصابی بودن که کاملاً فقیه استقلال دارد. البته این فرض در صورت ولایت مطلقه فقیه (فراتر از قانون) صحیح خواهد بود.

قرارداد اجتماعی اساساً بر مبنای ربوبیت تشریحی خداوند قابل قبول نیست. اینکه اصالتاً انسانها حق حکومت را داشته باشند از جمله حق و قدرت قانون‌گذاری ذاتاً تعلق به انسانها داشته باشد، در نظام حقوقی و فلسفی اسلام مردود است، ربوبیت تشریحی اقتضاء دارد که قانون‌گذار فقط خداوند باشد و بس. اقتضای بینش اسلامی این است که کل هستی را مخلوق خدا متعال و ملک تکوینی و حقیقی او بدانیم. اگر بپذیریم که همه چیز ملک حقیقی خدای متعال است و خداوند مالک حقیقی هر چیزی است که نشانی از هستی دارد و رب تکوینی و تشریحی همو است. بنا براین، هیچ کس حق اعتبار و انشاء امر و نهی را ندارد حتی اجماع همه افراد یک جامعه یا همه‌ای انسانهای روی زمین، قانون آفرین نیست و فقط کسی حق فرمان دادن را به انسان دارد که مالک حقیقی و همه جهان باشد؛ یعنی همان رب تکوینی انسان است که می‌تواند رب تشریحی و قانون‌گذار او باشد. (مصباح یزدی محمد تقی، ۱۳۷۷: ۹۸ و ۹۹) از این رو، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در اسلام مشروعیت خود را از حق حاکمیت مردم نمی‌گیرد. بر اساس مبانی اسلامی انسان کاشف قانون است و نه قانون‌گذار.

به هر حال، اینکه فقط قانون‌گذاری عرفی فقط حق تعیین جرم و مجازات را داشته باشد که همان محتوای اصل قانونی بودن جرایم و مجازات است به دلیل اینکه مردم حق ذاتی قانون‌گذاری خود را به او واگذار کرده و نه دیگری، مبتنی بر این است انسان ذاتاً حق حاکمیت را دارد. در حالی که انسان در برابر خداوند که مالک حقیقی او است نمی‌تواند از این جهت حقیقی داشت باشد و اساساً قانون‌گذار خداوند است.

اما در عین حال، قاعده قبح بلا بیان ناشی از عقل است و عقل انسان عقاب بدون بیان را قبیح می‌داند و از همین رو، قبیح است که خداوند انسان بدون بیان عقاب کند. این قاعده در فلسفه حقوق اسلام مشروعیت عقلی و شرعی دارد. از سوی دیگر، لازمه

عدالت خداوند نیز هست. از سوی دیگر، تنها راه بیان یک قاعده جزایی منحصر به قانون موضوعه هم نیست. چنانکه در انگلستان این گونه است. قانون منبع دست اول نیست؛ بلکه در درجه دوم از اهمیت قرار دارد و از این جهت نظام سیاسی اسلام تا حدودی شبیه نظام حقوقی و سیاسی انگلستان است.

در نظام حقوقی اسلام برخی قوانین مستقیماً از سوی خداوند وضع شده و برخی از آنها از سوی معصوم<sup>(ع)</sup> که اینها احکام کلی و ثابت‌اند و کسی حق تغییر آنها را ندارد. قسم دیگر قوانین موقت و جزئی‌اند که به نام احکام سلطانیه یا احکام ولایتی یا احکام حکومتی نامیده می‌شود که در فقه ما حاکم شرعی معصوم یا غیر معصوم حق دارند مقرراتی را محدود به زمان یا مکان خاص وضع کند که در متن کتاب و سنت نیامده است. (یزدی، پیشین: ۱۰۸-۱۰۹) پس اینکه قانون‌گذار به خدای متعال ختم می‌شود این نیست که خداوند همه قوانین را بدون واسطه و مستقیماً وضع کند، بلکه در مورد بخشی از قوانین کافی است که اجازه وضع آنها را به دیگران بدهد. (پیشین)



## نتیجه گیری

مبانی که برای اصل قانونی بودن از نظر اندیشمندان و مکاتب غربی ذکر شد، نمی تواند به صورت مطلق و استثنا ناپذیر اجرای این قاعده را الزام آور سازد و پشتوانه‌ی محکمی برای آن به حساب آید. این قاعده که امروزه یکی از اصول حقوقی تقدیس شده و غیر قابل خدشه به حساب می آید از نظر مبانی نظری با اشکالاتی مواجه است که نباید آن‌ها را از نظر دور داشت. علاوه بر اینکه در نظام حقوقی کامن‌لا با برتری رویه و آراء قضایی از جمله در امور کیفری از اساس این قاعده با سؤال مواجه است. اما با این وجود، پذیرش و لزوم اجرای این قاعده را به صورت نسبی می توان از مبانی آن استخراج کرد. عدالت، قرارداد اجتماعی و اصل تفکیک قوا و رعایت آزادی که به عنوان مبانی اصلی این اصل به حساب می آید، معلوم شد که نمی تواند به صورت مطلق و انعطاف ناپذیر این قاعده را پشتیبانی کند. از سوی دیگر، پذیرش این قاعده بر اساس مبانی غربی آن مواجه با چالش‌ها و کاستی‌های است که این چالش‌ها و کاستی‌ای نیز به نوبه خود قابل توجه است. از همین رو، امروزه دیده می شود که برای رعایت عدالت و فردی کردن مجازات خود قوانین انعطاف پذیر شده و خصوصیات فردی مجرم را در تعیین مجازات لحاظ می کنند تا از خشونت قانون و و انعطاف ناپذیری اصل مذکور کاسته شود.

از سوی دیگر، قرارداد اجتماعی و محور بودن آزادی انسان به عنوان پشتوانه‌های اصلی این قاعده از سوی مبانی نظری حقوق اسلامی انکار شده است. قرارداد اجتماعی که حاکمیت را ذاتا و اصالتا از انسان می داند، و در نتیجه قانون و قانون گذار مشروعیت خود را از مردم به دست می آورد مغایر با حاکمیت الهی و مشروعیت الهی قانون است. وضع قانون نیز همیشه نمی تواند بر معیار آزادی‌ها و امیال انسان باشد، بلکه یک سلسله ارزش‌های اخلاقی و الهی وجود دارد که این‌ها معیار قانون گذاری است. همین طور اصل تفکیک قوا به عنوان یک شیوه برای اجرای حاکمیت امری مقدس و خدشه ناپذیر نیست. از سوی دیگر، بر اساس مبانی اسلامی در جرم و مجازات، مهم معین بودن آن است، اما اینکه چگونه مردم از آن آگاه شوند یکی از شیوه‌های آن درج در قانون موضوعه است و راه‌های دیگر نیز برای بیان آن وجود دارد.

## منابع

۱. صادق حقیقت و علی موسوی، مبانی حقوق بشر از دیدگاه اسلام و دیگر مکاتب.
۲. نگرشی بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، علیرضا میلانی، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول پاییز ۱۳۸۶، صص ۷۲-۷۳.
۳. کمال پولادی، تاریخ اندیشه سیاسی غرب، تهران نشر مرکز، چاپ اول ۱۳۸۳.
۴. جان لاک، ترجمه حمید عضدانلو، تهران نشر نی، چاپ دوم ۱۳۸۸.
۵. جان لاک، ترجمه حمید عضدانلو، تهران نشر نی، چاپ دوم ۱۳۸۸.
۶. ابوالفضل قاضی، بایسته‌های حقوق اساسی، تهران، نشر میزان، چاپ هشتم تابستان ۱۳۸۱، صص ۱۸۴.
۷. سزار بکاریا، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه دکتر محمد اردبیلی، انتشارات میزان، چاپ دوم، سال ۱۳۸۰، صص ۷۷.
۸. عبدالرحمن عالم، بنیادهای علم سیاست، تهران، نشر نی، چاپ اول ۱۳۷۳، صص ۱۹۸ و ۱۹۹.
۹. ناصر کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول ۱۳۷۷، صص ۲۶۳ و ۲۶۴.
۱۰. ژان ژاک روسو، قرارداداجتماعی، ترجمه غلام حسین زیرک زاده، انتشارات ادیب، چاپ اول، ۱۳۶۸، صص ۵۰.
۱۱. ناصر کاتوزیان، مبانی حقوق عمومی، تهران نشر دادگستر، چاپ اول پاییز ۱۳۷۷، صص ۲۶۴.
۲۱. مکاتب کیفری، مجید آقایی، تهران، انتشارات خرسند، چاپ اول زمستان ۱۳۸۶، صص ۱۶۴.
۳۱. عبدالرحمن عالم، بنیادهای علم سیاست، تهران، نشر نی، چاپ اول ۱۳۷۳، صص ۲۰۴ و ۲۰۵.
۴۱. گودرز افتخار جهرمی، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و تحولات آن، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵-۲۶، بهار و تابستان صص ۸۰.
۱۵. مجید آقایی، مکاتب کیفری، تهران، انتشارات خرسندی، چاپ اول زمستان ۱۳۸۶، صص ۱۵۱.
۱۶. سید مهدی خاموشی، بررسی فقهی و حقوقی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ اول ۱۳۸۵ صص ۳۹۶.
۱۷. علیرضا میلانی، نگرشی بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، تهران، انتشارات میزان، چاپ اول پاییز ۱۳۸۶، صص ۸۲.
۱۸. علی اکبر گرجی ازندریانی، در تکاپوی حقوق اساسی، تهران انتشارات جنگل، چاپ دوم ۱۳۸۸، صص ۲۸۲.
۹۱. قانون اساسی افغانستان، ماده شصت و چهارم، بند شانزدهم.
۰۲. اریک بارنت، مقدمه‌های بر حقوق اساسی، ترجمه عباس کلخدایی، تهران، نشر میزان، چاپ اول ۱۳۸۶، صص ۵۳-۷۲.
۱۲. جان لاک، ترجمه حمید عضدانلو، تهران نشر نی، چاپ دوم ۱۳۸۸، صص ۱۹۱.
۲۲. مجتهد شبستری، محمد، ایمان و آزادی، طرح نو، چاپ اول، ۷۶ تهران، صص ۳۳.
۳۲. به نقل از مجموعه آثار، ج ۲۳، مرتضی مطهری، صدرا، چاپ اول، ۸۳ قم، صص ۶۶۳-۶۶۴.
۲۴. محمد تقی مصباح یزدی، حقوق و سیاست در قرآن، قم، انتشارات مؤسسه آموزشی پژوهشی امام خمینی (ره) چاپ اول زمستان ۱۳۷۷، صص ۹۸ و ۹۹.