

الزام آوری شریعت قبل از تقنین یا تدوین و رابطه آن با اصل حاکمیت قانون

رضا محمدی کرجی*

شماره صفحه: ۱۵۵-۱۸۰	تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۱۴	تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۵/۹	نوع مقاله: علمی
---------------------	-------------------------	------------------------	-----------------

اصل حاکمیت قانون و اصل قانونی بودن جرم و مجازات از اصول پراهمیت در حقوق به شمار می‌رود و تقنین شریعت یکی از موضوع‌های مهم حقوق عمومی است. مسئله این است که با وجود آیات شریفه‌ای مانند «ان الحكم الا لله» و اصولی مانند حاکمیت قانون و قانونی بودن جرم و مجازات، لازم‌الاجرا بودن احکام مسلم اسلام قبل از تقنین در دیدگاه فقهی و حقوقی چگونه ارزیابی می‌شود؟ این نوشتار احکامی از شریعت را مدنظر قرار داده است که به طور صریح ذکر شده و مورد اختلاف فتوای فقها نیست و به تطبیق بر مصادیق نیاز ندارد (احکام مسلم). تحقیق حاضر با روش تحلیلی - توصیفی این مسئله را از منظر فقهی و حقوقی ارزیابی کرده است. لازم‌الاجرا بودن این نوع احکام قبل از تقنین یا تدوین در دیدگاه فقهی و همچنین در اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، عملکرد شورای نگهبان، برخی قوانین عادی و نظرات خبرگان قانون اساسی از نتایج این نوشتار است.

کلیدواژه‌ها: تقنین شریعت؛ تدوین شریعت؛ قانونگذاری احکام؛ احکام مسلم اسلام؛ فقه و تقنین

* استادیار گروه حقوق، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره)، قم، ایران؛

Email: rmohamadi235@gmail.com

مقدمه

با توجه به ویژگی جاودانگی و همیشگی بودن دین اسلام و لزوم اجرای احکام اسلام در همه دوران‌ها، تبیین تقنین شریعت، مسائل و تعیین حدود آن از مباحث ضروری فقهی و حقوق عمومی است.

احکام الزامی اجتماعی اسلام، در جهان معاصر در برخی کشورهای اسلامی، به تناسب به صورت قانون مکتوب مصوب شده‌اند و به اجرا درمی‌آیند؛ اما برخی احکام نیز در چرخه قانونگذاری قرار نمی‌گیرند.

آیا همه احکام اسلام باید مورد تقنین قرار گیرند تا لازم‌الاجرا باشند؟ به عبارت دیگر آیا اگر حکمی از احکام اسلام مورد تقنین قانونگذار بشری قرار نگیرد، الزام‌آور نیست؟ در پاسخ باید گفت در برخی احکام اسلام که اختلاف فتوای فقهی وجود دارد یا نیازمند تطبیق بر مصادیق‌اند، قانونگذار باید به منظور اجرای شان در حکومت اسلامی، راه‌حلی برای اختلاف فتوا پیش گیرد و احکام را بر مصادیق تطبیق دهد.

اما احکام شریعتی که در این نوشتار مدنظر است به طور صریح ذکر شده و مورد اختلاف فتوای فقها نیست که به تعیین فتوا نیاز داشته باشد. همچنین به تطبیق بر مصادیق نیاز ندارد که به دلیل رعایت اختصار آن را «احکام مسلم» می‌نامیم. سؤال اصلی این است: با وجود اصولی مانند حاکمیت قانون و قانونی بودن جرم و مجازات، لازم‌الاجرا بودن احکام مسلم قبل از تقنین در دیدگاه فقهی و حقوقی چگونه ارزیابی می‌شود؟ از این رو، این سؤال را ابتدا از منظر فقهی بررسی و سپس از منظر حقوق جمهوری اسلامی ایران ارزیابی می‌کنیم.

۱. بررسی فقهی

یکی از فقهای متفکر معاصر، شهید سیدمحمدباقر صدر، در تبیین پیش‌نویس قانون اساسی ایران، این مطلب را پذیرفته است که «احکام روشن» اسلام جزئی از ساختار نظام حقوقی به‌شمار می‌آید و لازم‌الاجراست؛ حتی اگر به صورت امروزی به عنوان قانون تصویب نشده باشد. ایشان قانونگذاری را به سه دسته تقسیم می‌کند و می‌فرماید قانونگذاری بدین ترتیب اعمال می‌شود:

«الف) احکام ثابت دین که از نظر فقهی واضح و روشن اند، تا آنجاکه به زندگی اجتماعی مربوط می‌شوند، جزء تغییرناپذیری از قانون اساسی به شمار می‌آیند، اعم از اینکه متن آن به صراحت در سند قانون اساسی آمده باشد یا خیر.

ب) در هر مسئله‌ای که درباره آن بیش از یک نظر فقهی وجود داشته باشد و به اصطلاح، یک نظر، جایگزین‌های اجتهادی متعددی داشته باشد، انتخاب گزینه مشخص از میان نظرات برعهده قوه مقننه است ...

ج) در مواردی که یک نظر قطعی و نهایی در مورد مسئله‌ای به صورت وجوب یا حرمت در شریعت وجود ندارد، قوه مقننه که برخاسته از اراده مردم و نماینده آنهاست، وظیفه دارد براساس مصالحی که تشخیص می‌دهد، به شرط عدم مغایرت با قانون اساسی، قانونگذاری کند. گستره این قوانین را «منطقه الفراغ» می‌نامند. این گستره شامل همه حالاتی است که دین، انتخاب را بر مکلف واگذار کرده است» (صدر، ه.ق ۱۳۹۹: ۲۳-۲۲).

بنابراین طبق بند اول کلام شهید صدر، احکام واضح و روشن اسلام، حتی اگر به صورت قانون درنیامده باشند، لازم‌الاجرا هستند. به عبارت دیگر احکام صریح و مسلم اسلام قبل از تقنین نیز الزام‌آورند. واضح است فرض مسئله جایی است که حکومت اسلامی برپا شده است و مردم اجرای احکام اسلام را در این سرزمین پذیرفته‌اند، در چنین صورتی، حتی اگر برخی احکام به دلایلی مانند غفلت و نسیان در دایره تقنین قرار نگیرند، لازم‌الاجرا هستند. در این صورت، فرض لازم‌الاجرا نبودن احکام اسلام قبل از تدوین، سازگار با موازین فقهی نیست؛ زیرا براساس آنچه در اصول فقه مطرح است، احکام شرعی چهار مرتبه دارند:

الف) مرتبه اقتضا یا شأنیت: وجود مصلحت یا مفسده؛

ب) **مرتبه انشا:** ایجاد معنی به لفظ که مولی پس از ملاحظه مصلحت ایجاد آن شیء را به اراده انشایی طلب می‌کند؛

ج) **مرتبه فعلیت:** پس از لحاظ مصلحت و مفسده شیء و انشای حکم، حکم حقیقی و بعث و زجر حقیقی مولی به آن تعلق می‌گیرد؛

د) **مرتبه تنجز:** پس از مرحله فعلیت، حکم با دو شرط قیام حجت و وجود قدرت برانجام آن، منجز می‌شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۵۸؛ اصفهانی، ه.ق ۱۴۲۹، ج ۳: ۲۶-۲۴).

در احکام شرعی مصرح و مسلم شریعت که مدنظر نوشتار حاضر است، هر چهار مرتبه حکم طی، و این احکام در منابع فقهی ذکر شده‌اند. بر این اساس احکام مذکور منجز و لازم‌الاجرایند و اضافه کردن شرط جدیدی به نام «تدوین یا تقنین» به مراتب فوق نیازمند دلیل است. بنابراین احکام پیش‌گفته قبل از تدوین نیز لازم‌الاجرایند. به عبارت دیگر، اگر اجرای احکام شرعی را منوط به تقنین یا تدوین کنیم، فاصله زمانی قبل از تدوین یا تقنین، خلأ قانونی به‌شمار می‌آید و به‌رغم وجود شریعت و روشن بودن آن، مجوز عدم اجرای شریعت صادر می‌شود که مسلماً چنین چیزی جایز نیست. البته ممکن است نسبت به ادعای فوق، اشکال‌هایی به ذهن برسد که در اینجا به طرح و نقد و بررسی آنها می‌پردازیم.

۱-۱. شمول حکم نسبت به غیرمقلدان

ممکن است اشکال فوق را بر بحث فتوا و حکم ولی فقیه هم وارد کنند؛ فتوای یک فقیه فقط برای مقلدان ایشان الزام‌آور است؛ ولی وقتی تبدیل به حکم می‌شود برای همه، حتی غیرمقلد، الزام‌آور می‌شود. نظرات پیامبر اکرم (صلی الله علیه و آله) نیز قبل از تشکیل حکومت، تنها برای مؤمنان الزام‌آور بود؛ ولی بعد از تشکیل حکومت، حکمشان برای همه الزام‌آور شد. بنابراین احکام مسلم شریعت نیز بعد از تقنین یا تدوین برای همه الزام‌آور می‌شود؛ حتی کسانی که مقلد آن فتوا نیستند. همین دلیل برای ضرورت تقنین یا تدوین کافی است.

پاسخ اشکال فوق را با دو نکته بیان می‌کنیم:

نکته اول؛ فتوای فقیه طریقت دارد، نه موضوعیت. فتوای فقیه طریقی است برای رسیدن به شریعت. بر این اساس اگر مکلف قبل از استنباط حکم شرعی توسط فقیه به آن علم داشته باشد، آن حکم برایش منجز است. همچنین اگر فقیهی که مکلف باید از او تقلید کند، هنوز رساله یا نوشته‌ای در این زمینه تدوین نکرده است، باز احکام شرع الزام‌آورند. به همین دلیل در این صورت اگر مکلف حکمی را نداند، استفتا کردن از فقیه بر او واجب است. علاوه بر این، موضوع بحث، احکام مسلم اسلام است که فتوای مشترک همه فقیهان است. پس تقنین در وحدت بخشی به قانون نقشی ندارد.

نکته دوم؛ وقتی مردم به قانون اساسی جامعه اسلامی رأی مثبت می دهند و در آن بر لزوم اجرای احکام اسلام تصریح می کنند، احکام اسلام برای همه حتی غیرمسلمانان لازم الاجرا می شود. اگرچه گاه آنان از اجرای قانون اسلامی معافند، همان موارد نیز بخشی از احکام اسلام است که تقنین یا تدوین تأثیری در آن ندارد؛ زیرا قبل از تقنین نیز این نوع احکام بر غیرمسلمانان الزامی نیست. بنابراین صرف لازم الاجرا شدن برای غیرمقلدان یا غیرمسلمانان دلیل مشروط شدن شریعت به تدوین یا تقنین نمی شود.

۲-۱. لزوم تضمین اجرای قانون

ممکن است گفته شود برای اینکه قانون الهی به مرحله اجرا برسد، باید دولتی اجرائش را تضمین کند. بنابراین همراه تدوین، تضمین فوق نیز اعطا می شود. از این رو احکام اسلام قبل از تدوین شریعت دارند؛ ولی لازم الاجرا نیستند.

در پاسخ به اشکال فوق باید گفت همین که مردم و حکومت در قانون اساسی بر اجرای احکام اسلام صحه می گذارند، در واقع «تضمین اجرا» محقق می شود. در نتیجه احکام اسلام با «تدوین» لازم الاجرا نمی شود.

۳-۱. تقنین: التزام قانونی به مقررات شریعت

برخی اندیشمندان به منظور تبیین ماهیت قانونگذاری در نظام اسلامی - چنانکه گفتیم - ۱۰ معنا و صورت برای قانونگذاری ذکر کرده اند که یک صورت آن می تواند بر بحث ما یعنی احکام مسلم شریعت صادق باشد عبارت است از: «تصویب احکام و موازین فقهی در شکل مواد قانونی، به معنای التزام قانونی به مقررات شریعت و تعمیم اجرای آن» (عمید زنجانی، ۱۳۸۷: ۱۰۷). بنابراین در مورد احکام مسلم اسلام، باید «تقنین» به صورت تصویب آنها در شکل مواد قانونی به معنای التزام قانونی به مقررات شریعت صورت گیرد.

سؤال این است که اگر تقنین شریعت را «تصویب احکام و موازین فقهی در شکل مواد قانونی، به معنای التزام قانونی به مقررات شریعت و تعمیم اجرای آن» در نظر گرفته شود، آیا این توضیح می تواند اشکال مشروط شدن احکام اسلام به تقنین یا تدوین را توجیه کند؟

به نظر می‌رسد جواب منفی است؛ زیرا نویسنده مذکور نیز توجه داشته است که احکام اسلام نیازمند تصویب مجدد نیست. به همین دلیل تصویب احکام در شکل مواد قانونی را «التزام قانونی به مقررات شریعت» معنا می‌کند که در این صورت سؤال دیگری مطرح می‌شود: آیا «التزام قانونی» که با تصویب احکام، قانونگذار ایجاد می‌کند، واقعاً «التزام» است یا «الزام»؟ آیا الزام این احکام قبل از تصویب وجود دارد یا بعد از تصویب به وجود می‌آید؟ اگر الزام باشد و قبل از تصویب وجود داشته باشد، مدعای ما ثابت می‌شود؛ ولی اگر این الزام بعد از تصویب به وجود آید، یعنی احکام اسلام قبل از تصویب الزامی نیستند؛ درحالی‌که این خلاف موازین اصولی است و اثبات آن نیازمند دلیل است. علاوه بر اینکه تالی فاسد این نظر آن است که برخی از احکام شریعت که قانونگذار تصویب می‌کند، الزامی می‌شود و برخی دیگر که هنوز تصویب نشده، غیرالزامی شده، کنار گذاشته می‌شود؛ یعنی مردم و مسئولان قبل از تصویب احکام شرع مجازند مرتکب «خلاف شرع بین» شوند. از طرف دیگر می‌دانیم اصل نُؤْمِنُ بِبَعْضٍ وَ نَكْفُرُ بِبَعْضٍ (ما به بعضی ایمان داریم و بعضی را انکار می‌کنیم) (نساء: ۱۵۰) در اسلام مطرود است و باید اسلام را کامل پذیرفت.

۴-۱. عمومیت وجوب اجرا در همه احکام

ممکن است بگویند اینجا نپذیرفتن بعضی احکام اسلام مطرح نیست، بلکه بحث اجرا و عدم اجرای برخی احکام به دست دولت مطرح است و دلیلی ندارد که اجرای همه احکام اسلام بر دولت اسلامی واجب باشد.

در پاسخ می‌توان گفت اجرای همه احکام اسلام بر دولت اسلامی لازم است؛ چراکه اطلاق آیات شریفه «فاعملوا ما تؤمرون» (بقره: ۶۸؛ قاسم‌زاده و ره‌پیک، ۱۳۸۹: ۱۱۵) و «اقیموا الدین» و همچنین اطلاق ادله وجوب اقامه حدود و مجازات‌ها و اطلاق سایر احکام و اقتضای قانون مبنی بر دائم بودن و صدور برای اجرا برای این مطلب دلالت می‌کند. هریک از این ادله‌ها نیازمند توضیح است؛ ولی به دلیل رعایت اختصار به همین مقدار بسنده می‌کنیم. نتیجه اینکه احکام مسلم اسلام قبل از تدوین لازم‌الاجرا نیستند.

در مجموع هیچ‌یک از اشکال‌های فوق بر منجز و لازم‌الاجرا بودن احکام مسلم قبل از تدوین یا تقنین وارد نبود. در اینجا باید همین مسئله را از دیدگاه حقوقی بررسی کنیم.

۲. تحلیل حقوقی

آیا در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، احکام مصرح و مسلم شریعت، قبل از اینکه مراحل تدوین (و به تعبیر نه‌چندان صحیح، تقنین) خود را طی کنند، لازم‌الاجرايند؟ پاسخ به این سؤال را در دو حوزه می‌توان بررسی کرد: نخست، در حوزه اصل (۱۶۷) که حوزه دعاوی و تعیین حکم مسئله توسط قاضی در صورت فقدان قانون موضوعه است؛ دوم، سایر حوزه‌های حقوقی.

در مورد حوزه اصل (۱۶۷)، فارغ از اختلاف نظرها درباره قلمرو آن، طبق دیدگاه صحیح در حوزه این اصل (حوزه دعاوی و تعیین حکم مسئله توسط قاضی در صورت فقدان قانون موضوعه)، شریعت منبعی از منابع حقوق ایران به‌شمار می‌آید. این اصل عموم دارد؛ چون به «هر دعوی» تعبیر شده است و کلمه «هر» در فارسی بر عموم دلالت می‌کند و از نظر اصولین، عموم قوی‌تر از اطلاق است؛ زیرا دلالت عام از «دلالت وضعیه لفظیه» است که از خود لفظ استنباط می‌شود؛ ولی دلالت‌های اطلاق جزء، دلالت لفظی نیست، بلکه «عقلی» است و از طریق مقدمات حکمت کشف می‌شود. از این رو «شک در مسئله» هم نمی‌تواند به عموم مستفاد از این قانون خدشه وارد کند. همچنین با رجوع به صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی این اطمینان به دست می‌آید که مراد از اصل مذکور اعم از دعاوی مدنی و کیفری است و از این جهت «اطلاق» دارد. با مراجعه به مشروح مذاکرات می‌توان دریافت با آنکه قانونگذار در مقام بیان بوده و سابقه ذهنی نیز درباره ماده (۳) قانون آیین دادرسی مدنی داشته، «دعاوی» را مطلق ذکر کرده و مقید به دعاوی مدنی نکرده است (هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰: ۹۶-۶۹). علاوه بر این قانونگذار در قانون عادی همین نظر را دنبال می‌کند؛ چنانکه در ماده (۲۲۰) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، حداقل درباره حدود، به اختلافات در مورد اصل (۱۶۷) پایان داده و رأی فوق را مبنی بر پذیرش رجوع به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر در امور کیفری و مقوله جرم‌انگاری به استناد آن منابع مقدم داشته است (فتحی، ۱۳۹۶، ج ۱: ۱۴۴-۱۳۹).

در حقوق برخی کشورهای اسلامی نیز قوانین اسلام منبع اصلی قانونگذاری شناخته شده است، نه منبعی در کنار قانون؛ مانند قانون اساسی مصر (باب اول، فصل اول، ماده (۲))

که احکام اسلام را منبع اصلی قانون دانسته است: «اسلام دین و آیین حاکم بر کشور، عربی زبان رسمی، و اصول و مبادی شریعت اسلامی منبع اصلی قانونگذاری در آن است». همچنین ماده (۱) قانون مدنی مصر تصریح می‌کند: اگر نص قانونی‌ای نباشد که بتوان آن را به اجرا درآورد، قاضی به اقتضای عرف حکم می‌دهد. اگر آن نیز وجود نداشت، به اقتضای مبانی شریعت اسلام حکم صادر می‌کند. این ماده مشابه اصل (۱۶۷) قانون اساسی ایران، البته با یک درجه تأخیر، است.

در مورد حوزه دوم (غیر از اصل (۱۶۷)) آیا می‌توان گفت شریعت و فقه اسلامی منبع حقوق ایران در همه زمینه‌های حقوقی است؟ برای مثال اگر قوه مجریه در مورد خاصی با مسئله‌ای مواجه شود که قانون موضوعه درباره آن وجود ندارد، آیا باید قوانین شرع را در آنجا رعایت کند؟ آیا ظرفیت‌های نظارتی مختلف غیرقضایی می‌توانند رعایت احکام شرعی‌ای را مطالبه کنند که در قانون نیامده است؟ آیا نمایندگان مجلس در نظارت خود بر قوه مجریه می‌توانند رعایت نکردن احکام شرعی را که در قانون نیامده است، در نظر گیرند و براساس این معیار از ابزار قانونی خود مانند سؤال و استیضاح استفاده کنند؟ اگر مردم از طرز کار مجلس یا قوه مجریه یا قوه قضائیه در خصوص رعایت نکردن احکام شرعی که در قانون موضوعه نیامده، شکایت داشتند، آیا می‌توانند براساس اصل (۹۰) قانون اساسی شکایت خود را به مجلس عرضه کنند و مجلس نیز موظف به رسیدگی باشد؟ به‌طور کلی آیا قوانین شرعی در جایگاه قوانین موضوعه‌اند و منبعی از منابع حقوق ایران در همه زمینه‌ها به‌شمار می‌آیند؟

در پاسخ به این سؤال‌ها، برخی فقه اسلامی را علاوه بر مبنا دانستن در قانونگذاری، منبع درجه دوم در سیستم حقوقی ایران و نقش تکمیلی آن شمرده‌اند (وحدتی شبیری، ۱۳۹۲: ۱۵۰ و ۱۵۹). برخی نیز گفته‌اند احکام شرعی نیز حقیقتاً قانون‌اند و تنها تفاوت احکام مذکور با قوانین موضوعه این است که حکومت اسلامی آنها را در درجه دوم پذیرفته است (خوئینی و ذوالفقاری، ۱۳۹۰: ۹۲). همچنین برخی فقه و شریعت را منبع رسمی تکمیلی حقوق ایران دانسته‌اند (دانش‌پژوه، ۱۳۹۰: ۱۹۱). برخی دیگر در حوزه حقوق جزا با تصرف در معنای اصل قانونی بودن جرم و مجازات،

منبع بودن احکام اسلام در کنار قانون را چنین توجیه کرده‌اند که «اساساً اصل قانونی بودن نسبت به قانونی که بایستی این اصل به واسطه آن تحقق یابد، ساکت است» (الهام و برهانی، ۱۳۹۵، ج ۱: ۹۱) و «عقاب بلا بیان وقتی محقق می‌شود که «بیان» معتبری بر جرم‌انگاری فعل یا ترک فعل اساساً وجود نداشته باشد. در نظام حقوقی ایران، این «بیان معتبر» اعم است از بیان شرعی و بیان قانونی، بلکه اصالت با بیان شرعی است» (همان: ۹۳). مراد نویسنده این است که اصل قانونی بودن یعنی جرم و مجازات باید در قانون مصوب یا قانون شرع ذکر شده باشد.^۱

به نظر می‌رسد منظور عبارات فوق این است که در حوزه اصل (۱۶۷)، شریعت تنها در صورت فقدان واقعی یا حکمی قانون، منبع حقوق ایران به‌شمار می‌آید؛ اما در این باره اظهار نظر صریحی یافت نشد که آیا در حوزه‌هایی غیر از حوزه اصل (۱۶۷) (و حوزه دعاوی و تعیین حکم مسئله توسط قاضی) می‌توان شریعت را منبعی از منابع حقوق ایران نامید.

در حقوق ایران، عبارت «موازین اسلامی» و عبارات مشابه آن در قانون اساسی که احکام جزئی یا فرعی شرعی و قواعد فقهی اسلام را در برمی‌گیرد، به دو معنا به کار رفته است: گاه به مثابه مبنای قوانین موضوعه و گاه به معنای قوانینی که ویژگی الزامی اجرایی دارند استعمال شده است؛ برای مثال اصل (۲۴) مبانی اسلام را ملاک و مبنای قوانین مربوط به آزادی نشریات مطرح می‌کند: «نشریات و مطبوعات در بیان مطالب آزادند، مگر آنکه مخل به مبانی اسلام یا حقوق عمومی باشند. تفصیل آن را قانون معین می‌کند». اصل (۴۴)، اگرچه مالکیت را به قوانین اسلام محدود کرده، در پایان، تفصیلات آن را به قانون سپرده است. بنابراین مبنای قوانین مربوط به مالکیت نیز قوانین اسلام است. در اصل (۱۶۳) آمده است: «صفات و شرایط قاضی طبق موازین فقهی به وسیله قانون معین می‌شود». این اصل - که قانونگذار در آن موازین فقهی را غیر از قانون دانسته است - ظهور در این دارد که

۱. گفتنی است اصل قانونی بودن جرم و مجازات، بین حقوق دانان معنای خاصی دارد و کلمه «قانون» واجد تعریف خاص خود است و شامل احکام شرع نمی‌شود و در برخی موارد با حقوق ایران سازگاری ندارد. بنابراین بهتر است به اطلاق این اصل ملتزم نشویم. توضیح بیشتر این مسئله در این مقاله نمی‌گنجد.

موازین اسلامی مبنای قوانین است، نه خود قوانین. همچنین در اصل (۱۶۸) آمده است: «تعریف جرم سیاسی را قانون براساس موازین اسلامی معین می‌کند». اصل اخیر به صراحت موازین اسلامی را غیر از قانون و مبنای قانون دانسته است.

علاوه بر موارد فوق، اصول (۹۴)، (۱۱۲)، (۱۶۸) و (۱۷۷) قانون اساسی نیز مواردی هستند که قانونگذار اساسی در آنها عبارت «موازین اسلامی» را مبنای قوانین موضوعه در نظر گرفته است.

برای بررسی بهتر الزام‌آوری شریعت قبل از تدوین آن در عرصه حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، ابتدا نظر شورای نگهبان به عنوان مفسر قانون اساسی را بیان کرده، سپس این مسئله را از دید قانون اساسی و سایر قوانین ایران بررسی می‌کنیم و در پایان نظر نویسندگان قانون اساسی را جویا خواهیم شد.

۲-۱. نظر مفسر قانون اساسی

تعاملات شورای نگهبان به عنوان مفسر قانون اساسی با احکام شرع و مسئله تقنین در این زمینه بسیار اهمیت دارد. این شورا در برخی موارد، احکام شرعی را به صورت استقلالی لازم‌الاجرا دانسته است؛ یعنی حکم شرعی‌ای را که هنوز تدوین یا تقنین نشده، لازم‌الاجرا معرفی کرده است.

۱-۱-۲. اجرای احکام شرع در جرائم ارتكابی قبل از تصویب قانون اساسی

شورای نگهبان، به عنوان مفسر قانون اساسی، اجرای برخی احکام شرع را در جرائمی که قبل از تصویب قانون مجازات و مهم‌تر از آن قبل از تصویب قانون اساسی ارتكاب یافته است، الزامی می‌داند.

ماده (۶) قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱/۷/۲۱ کمیسیون امور قضایی مجلس مقرر کرده بود: «مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده باشد و هیچ عمل یا ترک فعل را نمی‌توان به عنوان جرم به موجب قانون متأخر مجازات نمود...».

رئیس وقت یکی از شعب دیوان عالی کشور از شورای نگهبان درباره شمول یا عدم شمول این ماده بر قوانین شرعی تعیین تکلیف می‌کند و می‌گوید: «همان‌طور که اطلاع دارید، پرونده‌های بسیار زیادی در دیوان عالی کشور و سایر محاکم موجود است که وقوع جرم در آنها قبل از تصویب قانون اساسی قصاص و غیره است و مجازات تعیین شده برحسب قانون سابق نوعاً اخف از مجازاتی است که در قوانین مدون تعیین شده و می‌شود و چون ماده فوق دلالت می‌کند بر اینکه در این موارد نباید به قانون اسلامی لاحق عمل کرد؛ مثلاً هرگاه مجازات زنا یا محصنه که در سابق به مقداری حبس و جزای قتل غیر عمدی به مدتی حبس و مبلغی تحت عنوان ضرر و زیان تعیین شده است، دیوان عالی کشور باید آن را به‌عنوان اینکه مخالف قانون مدون اسلامی است، نقض کند؛ زیرا مجازات اسلامی اشد از مجازات قانون سابق است و چون در حال حاضر باید به احکام مدون اسلامی عمل کرد، ماده فوق موجب تردید در تصمیم‌های محاکم دیوان عالی کشور شده است که اگر مجازات سابق غیر شرعی را ابرام کنند، مسئولیت شرعی دارد و اگر نقض کنند، مسئولیت قانونی دارد و با توجه به عرایض فوق، وظیفه قضات محترم شرع را هرچه زودتر تعیین فرمایید.

شورای نگهبان در پاسخ به این نامه و نامه‌های مشابه چنین پاسخ می‌دهد: چون ... برای بعضی مقامات قضایی نسبت به اجرای حدود و قصاص در مورد جرائمی که حد شرعی برای آن مقرر است، این اشکال پیش آمده است که در این موارد هم اگر قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی جرم واقع شده باشد، حد اجرا نمی‌شود، موضوع در شورای نگهبان مطرح و بررسی شد.

نظر شورای نگهبان توضیحاً اعلام می‌شود: با توجه به وضوحی که بطلان سقوط حد و قصاص در فرض مذکور دارد، ماده (۶) را ظاهر در موارد مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی که به موجب قانون معین می‌شود، دانسته و از این جهت عدم مغایرت آن را با موازین شرعی تأیید کرده است. لذا در موارد قصاص و حدود و تعزیرات معینه شرعی باید همان حدود و تعزیرات غیرمتغیر اجرا شود...» (سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، نامه شماره ۶۷۸۳، ۶۷۸۳/۹/۱۳۶۱). چنانکه در نامه فوق پیداست شورای نگهبان مجازات‌های «قانونی» را عطف به ماسبق نمی‌کند؛ ولی مجازات‌های معین شرعی را عطف به ماسبق می‌کند.

به نظر می‌رسد درست است که طبق اصل (۷۷) قانون اساسی، تفسیر قانون عادی با مجلس است، نه شورای نگهبان، به حکم اصل (۴) قانون اساسی، هیچ قانونی را نمی‌توان طوری فهم کرد که عموم یا اطلاق آن مغایر با شرع باشد. تشخیص این مطلب نیز با شورای نگهبان است. به همین دلیل شورای نگهبان در نامه فوق چنین بیان می‌کند که نمی‌توانیم ماده (۶) قانون مجازات را خلاف شرع تفسیر کنیم که شامل قصاص و حدود و تعزیرات معینه شرعی که غیرمتغیرند، شود؛ چرا که باعث سقوط حد و قصاص در موارد نبود قانون موضوعه می‌شود و این خلاف شرع است.

در بیان فوق سه نکته وجود دارد:

یکی اینکه شورای نگهبان به سبب بطلان سقوط حد و قصاص، ماده (۶) را ظاهر در موارد مجازات‌ها و اقدامات تأمینی و تربیتی که «به موجب قانون معین می‌شود»، دانسته است. اینجا دو صورت متصور است: یا مجازات مذکور در ماده (۶) شامل حدود و قصاص و تعزیرات معین شرعی نیز می‌شود یا چنین نیست. لازمه صورت اول این است که اگر مثلاً یکی از حدود در قانون معین شده باشد، نمی‌توان به موجب آن رفتارهای قبلش را مجازات کرد؛ اما اگر همین حد در قانون ذکر نشده باشد، می‌توان همان رفتار را مجازات کرد. بعید است شورای نگهبان به چنین لازمه باطلی ملتزم باشد. بنابراین صورت دوم صحیح است؛ یعنی ماده (۶) شامل حدود و قصاص و تعزیرات معین شرعی نمی‌شود.

دوم اینکه حد، قصاص و مجازات‌های ثابت را نمی‌توان به بهانه عدم تقنین ساقط دانست. بنابراین احکام ثابت و مسلم شریعت حتی در صورت عدم تقنین و حتی عدم تدوین نیز لازم‌الاجراست.

سوم اینکه این بیان شورای نگهبان در واقع می‌تواند تفسیری برای اصل (۱۶۹) قانون اساسی باشد؛ چنانکه محتوای این اصل (عطف به ماسبق نشدن قانون کیفری) طبق تفسیر مذکور در مورد حدود، دیات، قصاص و تعزیرات معینه نیست.

۲-۱-۲. ماده (۲) قانون مجازات اسلامی (جرم بودن جرم شرعی بدون تقنین)

شورای نگهبان علاوه بر مورد فوق، به عنوان مفسر قانون اساسی، به ماده (۲) قانون مجازات

مصوب ۱۳۹۲ ایراد می‌گیرد که حاکی از نظر تفسیری این شورا درباره لازم‌الاجرا بودن شریعت حتی در صورت عدم تقنین آن است.

ذیل ماده (۲) قانون مجازات اسلامی مصوب مجلس آمده بود: «هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی‌توان جرم دانست، مگر آنکه در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد». شورای نگهبان چنین ایراد می‌گیرد: «ماده (۲) از این جهت که فعل یا ترک فعلی را که شرعاً مجازات داشته باشد، ولی قانون متعرض مجازات آن نشده، مستوجب مجازات نمی‌داند، خلاف موازین شرع شناخته شد». (سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، نامه شماره ۳۷۱۳۵/۳۰/۱۳۸۸، ۲۹/۱۰/۱۳۸۸).

برخی شارحان قانون مجازات، کلمه «قانون» در ماده (۲) را شامل قوانین شرع ندانسته‌اند و آن را منحصر به قوانین مجلس و مجمع تشخیص و قوه مجریه شمرده‌اند و گفته‌اند: «کلمه قانون در این ماده، اعم از قوانین مصوب قوه مقننه یا کمیسیون‌های داخلی آن، مصوبات مجمع تشخیص مصلحت نظام و نیز مصوبات قوه مجریه می‌باشد» (شمس‌ناتری و همکاران، ۱۳۹۵: ۳۳)؛ ولی به نظر می‌رسد از دید فقهای شورای نگهبان، اگر عملی در شرع مجازات داشته باشد، ولی قانونگذار سراغ آن نرفته باشد و آن را جرم‌انگاری نکرده باشد، باز مستوجب مجازات است. «هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی‌توان جرم دانست، مگر آنکه در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد». این عبارت را شورای نگهبان خلاف شرع می‌شناسد؛ ولی عبارت پیش‌رو را تأیید می‌کند: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود». در این صورت با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، ظاهراً تنها توجیهی که در این زمینه به ذهن می‌رسد، این است که جمله دوم اثباتی است و طبق قاعده، «اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند»؛ یعنی جمله دوم صرفاً جنبه اثباتی داشته و هر رفتاری را که در قانون جرم‌انگاری شده باشد، جرم می‌داند؛ ولی جنبه منفی ندارد و این را نمی‌رساند که اگر رفتاری در قانون جرم‌انگاری نشود، ولی در شرع مجازات داشته باشد، جرم به شمار نمی‌آید. به عبارت دیگر راه را باز گذاشته است که در این‌گونه موارد قاضی بتواند به‌رغم اینکه در قانون برای این رفتار مجازات تعیین نشده، به شرع مراجعه کند و به مجازات آن عمل در شرع استناد کند. چنانکه رأی وحدت رویه در مورد ماده (۶) قانون مجازات در سال ۱۳۶۵ صادر شده و آن را

منصرف از قوانین و احکام الهی دانسته و همان برداشت شورای نگهبان را آورده است: «ماده (۶) قانون مجازات اسلامی مصوب مهرماه ۱۳۶۱ که مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی را برطبق قانونی قرار داده که قبل از وقوع جرم وضع شده باشد، منصرف از قوانین و احکام الهی از جمله راجع به قصاص می باشد که از صدر اسلام تشریح شده اند...» (رای وحدت رویه، شماره ۴۵، مورخ ۱۳۶۵/۱۰/۲۵).

۳-۱-۲. مجازات جرم دیرکرد

شورای نگهبان در پاسخ به نامه شورای عالی قضایی در مورد خسارت دیرکرد چنین بیان می کند: «اخذ مازاد بر بدهی بدهکار به عنوان خسارت تأخیر تأدیه ... خلاف موازین شرع [است]. لازم به تذکر است که تأخیر ادای دین حال پس از مطالبه طلبکار برای شخص متمکن شرعاً جرم و قابل تعزیر است.»

به نظر می رسد اینجا شورای نگهبان دو حکم شرعی را قبل از تقنین یا تدوین لازم الاجرا دانسته است: یکی اخذ مازاد بر بدهی به عنوان خسارت تأخیر تأدیه که آن را خلاف شرع اعلام کرده است؛ دیگری جرم شرعی تأخیر ادای دین که در قانون جرم انگاری نشده؛ ولی شورای نگهبان آن را قابل تعزیر شمرده است.

در قانون، گاهی موازین اسلامی و احکام فقهی قواعدی لازم الاجرا دانسته شده است که این موارد منحصر به اصل (۱۶۷) و حوزه تعیین حکم مسئله ازسوی قاضی در صورت فقدان قانون موضوعه نیست، بلکه موارد دیگری نیز در قانون اساسی وجود دارد که افرادی غیر از قاضی از جمله دولت و صدا و سیما را ملزم به رعایت موازین اسلامی کرده است. در مطالب بعد به این موارد می پردازیم.

۳-۲. موارد الزام قانون اساسی به رعایت موازین اسلامی بدون ارجاع به قانون

قانونگذار اساسی به غیر از اصل (۱۶۷)، در موارد متعددی، نهادهای مختلف را به رعایت موازین اسلامی ملزم کرده است؛ بدون اینکه تفصیل آن را به قوانین موضوعه موکول کند. این موارد عبارتند از:

اصل (۲۱) قانون اساسی می گوید: «دولت موظف است حقوق زن را در تمام جهات

با رعایت موازین اسلامی تضمین نماید». به نظر می‌رسد همان‌طور که قانونگذار در برخی اصول مانند اصل (۲۴) تفصیل مطلب را به قانون محول کرده است، اینجا هم می‌توانست تفصیل را به قوانین ارجاع دهد؛ ولی چنین نکرده است. در این اصل و همچنین اصول (۱۵۱) و (۱۴۷) منظور از موازین اسلامی چیست تا دولت وظیفه خود در مورد تضمین حقوق زن یا استفاده از افراد و تجهیزات ارتش را با آن تطبیق دهد؟ آیا منظور قانونگذار این است که دولت فقط باید موازین اسلامی را رعایت کند که در قالب قانون درآمده است و در سایر موارد الزامی ندارد؟ اگر چنین بود، ذکر کلمه «قانون» به جای عبارت «موازین اسلامی» مناسب‌تر به نظر می‌رسید.

بنابراین دولت اینجا وظیفه دارد «موازین اسلامی» را مراعات کند. پس موازین اسلامی در این اصول به‌عنوان قانون غیرمدون، الزام‌آور تلقی شده است. این وضعیت در مورد صدا و سیما (اصل ۱۷۵)، تشکیل اجتماعات و راهپیمایی‌ها (اصل ۲۷)، احزاب و تشکل‌ها (اصل ۲۶)، شوراها (اصل ۱۰۵)، عفو رهبری (بند «۱۱» اصل ۱۱۰)، ضمان قاضی (اصل ۱۷۱) و دادگاه‌ها (اصل ۶۱) نیز وجود دارد.

۲-۳. منبع بودن شریعت در قوانین عادی

علاوه بر قانون اساسی، برخی قوانین دیگر، موازین اسلامی را قواعد حقوقی الزام‌آور شمرده‌اند. از آن جهت که این قوانین مورد تأیید شورای نگهبان به‌مثابه مفسر قانون اساسی قرار گرفته‌اند، لازم است در ادامه، به برخی از این قوانین اشاره کنیم:

۱-۳-۲. اشتراط در عدم ترتیب اثر بر قراردادهای خلاف اخلاق حسنه

قانونگذار در ماده (۶) قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی) آورده است: «عقود و قراردادهایی که مخل نظم عمومی یا برخلاف اخلاق حسنه که مغایر با موازین شرع باشد، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست».

واضح است که مراد قانونگذار از این ماده مواردی است که در قانون نیامده؛ ولی خلاف موازین شرع است؛ زیرا اگر منظور صرف موارد خلاف شرع مذکور در قانون بود، قانونگذار

این قسمت از ماده را منحصر به مغایرت با موازین شرعی نمی‌کرد، بلکه عبارت «خلاف قانون» را بدین منظور ذکر می‌کرد.

۲-۳-۲. عطف به ماسبق شدن در قوانین ثابت شرع

قانونگذار ایران عطف به ماسبق نشدن قانون کیفری را شامل حدود، دیات و قصاص شرعی نمی‌داند. واضع قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ در ماده (۱۰) این قانون، هوشمندانه با استفاده از عبارت «مقررات و نظامات دولتی» مجازات و اقدامات تأمینی این نوع قوانین را عطف به ماسبق نمی‌کند، عبارت «مقررات و نظامات دولتی» شامل احکام ثابت شرعی مانند حدود، قصاص و دیات نمی‌شود؛ یعنی طبق ماده فوق، حدود، دیات و قصاص ثابت شرعی عطف به ماسبق می‌شود؛ برای مثال اگر کسی قبل از تصویب قانون درباره حد زنا، مرتکب زنا شده باشد، مشمول حد زناست.

تغییر قانون مجازات با تأیید نهایی شورای نگهبان خود مؤید دیگری بر این مطلب است که احکام ثابت شرع حتی بدون تصویب مجلس می‌تواند در حکم قانون باشد و در این موارد عطف به ماسبق می‌شود.

۲-۳-۳. ماده (۸) لایحه آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۰

در ماده (۸) لایحه آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۰/۳/۲ کمیسیون قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی چنین آمده بود: «محکومیت به کیفر فقط ناشی از ارتکاب جرم است و جرم می‌تواند دو حیثیت داشته باشد: الف) حیثیت عمومی از جهت تجاوز به حدود و مقررات الهی یا تعدی به حقوق جامعه و اخلال در نظم عمومی؛ ب) حیثیت خصوصی از جهت تعدی به حقوق شخص یا اشخاص معین».

شورای نگهبان به ماده مذکور چنین ایراد گرفت: «واژه «جرم» در ماده (۸) از این حیث که آیا مراد از آن، جرم قانونی است یا اعم از جرم شرعی و قانونی، روشن نیست و ابهام دارد؛ پس از بیان مراد، اظهار نظر می‌گردد» (سامانه جامع نظرات شورای نگهبان، ۱۳۹۰/۱۲/۲۳) با اضافه کردن عبارت «که دارای جنبه الهی است» به کلمه «جرم»، توسط کمیسیون مذکور

مجلس (همان، نامه شماره ۲۷۰/۱۰۹۸۹، مورخ ۱۳۹۱/۳/۶)، این ماده مورد تأیید شورای نگهبان (همان، ۱۳۹۱/۳/۲۴) قرار گرفت. چنانکه پیداست، شورای نگهبان جرم شرعی را در کنار جرم قانونی معتبر می‌داند.

به نظر می‌رسد با توجه به مطالب فوق می‌توان چنین نتیجه گرفت: از آنجاکه شورای نگهبان جرم شرعی را نیز جرم به‌شمار می‌آورد، با انحصار کیفر در جرم، بدون تعیین نوع آن از حیث شرعی یا قانونی بودن، مخالفت می‌کند؛ چراکه اطلاق کلمه جرم در ماده فوق با توجه به متفاهم حقوق دانان و قضات، باعث انصراف به جرم قانونی می‌شد؛ در نتیجه مرتکبان جرائم شرعی غیرمذکور در قانون، در هیچ حالتی محکوم به کیفر نمی‌شدند؛ ولی شورای نگهبان با این ایراد و متعاقباً اصلاح مجلس باعث شد این ماده شامل چنین حالت‌هایی نیز شود و جرائم شرعی غیرمذکور در قانون هم مشمول مجازات شود. به عبارت دیگر صرف قانون موضوعه و مصوب کافی نیست، بلکه قوانین شرع نیز باید معیار باشند.

قانونگذار در موارد دیگر نیز، احکام شرع را در کنار قانون لازم‌الاجرا دانسته است. تبصره «۳» ماده (۱۰۰) قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «شاکی باید از انتشار مطالب و مدارکی که انتشار آنها به موجب شرع یا قانون ممنوع است، امتناع کند، مگر در مقام احقاق حق خود در مراجع صالح» (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵: ۲۸۳-۲۵۹).

۲-۳-۴. شاهدی دیگر

شاهدی دیگر بر اینکه احکام شرعی، قوانین غیرمدون ایران به‌شمار می‌آیند، اتفاقی است که در مورد قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ افتاد. قانون مجازات مصوب ۱۳۷۵ مصوب کمیسیون بود و به‌صورت آزمایشی پنج سال لازم‌الاجرا بود که مهلت اجرای آزمایشی آن تا پایان سال ۱۳۹۱ تمدید شد و در نهایت در ۱۱ اردیبهشت ۱۳۹۲ قانون جدید مجازات اسلامی به تأیید شورای نگهبان رسید. سؤال این است که در فاصله زمانی پایان مهلت اجرای آزمایشی قانون مجازات سابق و تأیید قانون جدید (فروردین و نیمه اول اردیبهشت ۱۳۹۲) آیا کشور قانون مجازات نداشته است؟ آیا همه جنایاتی که در این فاصله زمانی ارتکاب یافته، مجاز بوده است؟ (همان: ۲۶۴). آیا حکم قضات به مجازات مجرمان در این زمان به

موجب اصل (۳۶) قانون اساسی که می‌گوید «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد»، خلاف قانون بوده است؟ مسلماً پاسخ منفی است. بنابراین احکام شریعت نیز لازم‌الاجرا به شمار می‌روند.

درست است که این قضیه به دلایلی مانند کم‌کاری عده‌ای روی داده است و کم‌کاری دلیل بر مطلب فوق نمی‌شود، به هر حال اگر در آینده چنین اتفاقی بیفتد، با توجه به روح کلی قانون اساسی، به‌ویژه اصل (۴) و ابتنا بر قوانین اسلام، نمی‌توان گفت هر جنایتی که در این فاصله روی دهد، مجاز است.

ممکن است این اشکال به ذهن برسد که در چنین موقعیتی می‌توان به اصل (۱۶۷) مراجعه کرد. توضیح اینکه اگر قوانین آزمایشی به هر دلیلی تمدید یا جایگزین نشوند درست است که در چنین وضعیتی قانون عادی در آن موضوع وجود ندارد، اما می‌توانیم با رجوع به قانون اساسی مشکل را حل کنیم؛ و با توجه به اصل (۱۶۷) قانون اساسی، احکام فقه را ملاک قرار دهیم. بنابراین وضعیت فوق خلاً قانونی به شمار نمی‌آید.

در پاسخ می‌توان گفت اصل (۱۶۷) مخصوص قاضی و برای اتمام دعوی است؛ در حالی که بحث ما اعم است؛ چراکه برای مثال اگر قوه مجریه در جواز انجام برخی امور اقتصادی دچار تردید شود، در حالت فترت و عدم تمدید قوانین آزمایشی، نمی‌تواند به این اصل مراجعه کند.

نتیجه اینکه با توجه به آنچه تاکنون گفته شد می‌توان ادعا کرد مدعای این مقاله منافاتی با قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مجلس شورای اسلامی ندارد؛ زیرا همان‌طور که ذکر شد ماده (۱۰) آن عطف به ماسبق نشدن قانون کیفری را شامل حدود، دیات و قصاص شرعی نمی‌داند. همچنین ماده (۲) قانون مجازات اسلامی صرفاً جنبه اثباتی داشته و هر رفتاری را که در قانون جرم‌انگاری شده باشد، جرم می‌داند؛ ولی جنبه سلبی ندارد و نسبت به رفتاری که در قانون جرم‌انگاری نشده و در شرع مجازاتی برای آن در نظر نگرفته، ساکت است.

۴-۲. نظر نویسندگان قانون اساسی

برای اثبات الزام‌آوری شریعت قبل از تدوین، علاوه بر مطالب فوق، می‌توان به‌عنوان مؤید

به مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی در این زمینه مراجعه کرد. نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، قوانین شرع را هم معیار و مبنای قوانین دیگر و هم منبعی از منابع می‌دانستند.

ازطرفی در مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در مورد اصل (۴)، برخی نمایندگان موازین اسلامی را معیار قوانین می‌شمارند، نه خود قوانین. آیت‌الله منتظری موازین اسلامی را معیار و پایه قانونگذاری می‌نامد و می‌گوید: «اینکه در عبارت آمده است «با رعایت کامل موازین اسلامی»، ممکن است که یک کسی فرض کنید بگوید معیارهای قانونگذاری، هم قوانین و ضوابط اسلام است و هم حقوق بین‌الملل... بنده تلویحاً با این مطلب مخالفم؛ چون صریح نیست؛ ولو اینکه در مجلس شورای ملی قوانینی بگذرانند که صریحاً در متون اسلامی نباشد؛ ولی بالاخره برطبق موازین اسلامی است. پس به جای «رعایت کامل موازین»، «برطبق موازین اسلامی» باید باشد؛ یعنی تطبیق کلمات اسلامی بر آن قوانین که در مجلس تصویب می‌شود؛ اما عبارت «با معیار کامل قوانین اسلامی» صریح نیست در اینکه «معیار و پایه قانونگذاری ما فقط موازین اسلامی است»؛ حتی در مواردی که موازین اسلام با موازین دیگر معارض است» (اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴، ج ۱: ۳۱۴).

همچنین آیت‌الله صافی در همان جلسه، کلمه «مصدر» را برای احکام اسلام به‌کار می‌برد (همان: ۳۱۵). یکی دیگر از نمایندگان (آقای دکتر آیت) در مورد اصل (۴) پیشنهادی می‌دهد و کلمه منبع را در مورد احکام اسلامی به‌کار می‌برد و می‌گوید: من معتقدم به این صورت نوشته شود: «منبع کلیه قوانین و مقررات باید کتاب و سنت باشد» (همان: ۳۱۸). ازطرف دیگر، نمایندگان این مجلس، بعد از تصویب اصل (۴)، وقتی برخی مصادیق یک اصل خلاف شرع می‌شد، آن را به اصل (۴) ارجاع می‌دادند و با آن تقیید می‌زدند. به عبارت دیگر قوانین شرع را علاوه بر معیار بودن - حتی اگر از قوانین مدون نباشند - قوانین الزام‌آور می‌دانستند. قانون علاوه بر اینکه خود قانون است، می‌تواند معیاری برای قوانین دیگر باشد؛ چنانکه قانون اساسی معیاری برای قوانین دیگر به‌شمار می‌رود. توضیح اینکه در بررسی اصل (۲۱) قانون اساسی در مجلس بررسی نهایی قانون اساسی،

آیت‌الله صافی و آیت‌الله منتظری معتقد به خلاف شرع بودن بند «۵» این اصل بودند. بند مذکور قیمومت فرزندان را در صورت نبود ولی شرعی به مادران می‌داد؛ اما آیت‌الله منتظری معتقد بود در مواردی که طبق شرع باید قیمومت را به فرد دیگری داد، این بند خلاف شرع است (همان، ج ۳: ۱۷۴۱). آیت‌الله صافی نیز به همین مضمون، تعیین ولی برای صغار را وظیفه مجتهد یا دادستان و نه دولت می‌داند و این بند را خلاف ضوابط شرعی می‌شمارد (همان: ۱۷۳۸). اما آیت‌الله خزعلی پاسخ می‌دهند که چون اصل (۴) تصویب شده است و اطلاق یا عموم هر قانون دیگری باید به این اصل تقييد بخورد، اعطای قیمومت فرزندان به مادران، هر جا که خلاف موازین شرع باشد، نباید روی دهد (همان: ۱۷۴۶). در رأی‌گیری این اصل هم تنها یک نفر مخالف بوده است (همان: ۱۷۴۷).

بنابراین در مذاکرات مذکور، قوانین شرع را - گرچه جزو قوانین مدون نیستند - الزام‌آور تلقی کرده‌اند؛ زیرا موضوع بحث فوق مبانی یا اصول کلی اسلام نیست، بلکه یکی از مسائل جزئی فقهی - حقوقی، با عنوان اعطای قیمومت فرزند به مادر یا به غیرمادر است. به رغم اینکه اصل (۲۱) در این مسئله جزئی فقهی - حقوقی، تکلیف دولت را مشخص می‌کرد و قیمومت فرزندان را در صورت نبود ولی شرعی، به مادر می‌داد اما مذاکرات فوق به این بند از قانون اساسی اشکالی را وارد کردند مبنی بر اینکه در مواردی که قانون اسلام چیز دیگری باشد، باید به همان قانون اسلام عمل کرد؛ مثلاً اگر عمومی فرزند از مادرش شایسته‌تر بود، طبق نظر اسلام باید قیمومت را به عمو داد؛ ولی طبق اصل (۲۱) باید قیمومت به مادر داده شود. پاسخ این اشکال در مذاکرات فوق بدین شرح است: ذیل اصل (۴) قانون اساسی بر تمامی اصول دیگر از جمله اصل مورد بحث (اصل ۲۱) «حکومت» دارد؛ بنابراین اصل (۴) بر اطلاق یا عموم اصل (۲۱) مقدم می‌شود. بنابراین باید به قانون اسلام به عنوان قانون الزام‌آور حکومت اسلامی عمل کرد. در نتیجه احکام اسلام حتی قبل از تقنین نیز لازم‌الاجراست.

یکی از نمایندگان این مجلس، ذیل بررسی اصل (۲۲) قانون اساسی که مقرر می‌دارد حیثیت و جان و مال اشخاص از تعرض مصون است، مگر در مواردی که «قانون» تجویز کند، پیشنهاد می‌کند به جای کلمه قانون کلمه «شرع» نوشته شود؛ زیرا «شرع ثابت است و از قبل وجود دارد؛ یعنی از سالیان دراز تا به حال وجود داشته و کسی نمی‌تواند به وسیله آن

سوءاستفاده کند؛ ولی قانون را بعدها می آورند و وضع می کنند» (همان، ج ۱: ۶۳۲). یعنی از نظر نمایندگان قانون اساسی، احکام شرع لازم الاجرا بوده است و منوط کردن به قانون به جای شرع را کافی نمی دانستند.

مشروح مذاکرات نمایندگان فوق ذیل اصل (۱۶۹) نیز حاکی از آن است که نمی توان حکم شرع را منوط و متوقف به تقنین یا تدوین کرد. توضیح اینکه در پیشنهاد ابتدایی اصل (۱۶۹) آمده است: «هیچ فعل یا ترک فعلی از نظر قانون جرم محسوب نمی شود، مگر به استناد قانونی که پیش از وقوع آن وضع شده باشد». آیت الله سبحانی، یکی از نمایندگان مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، به این اصل اشکال می کنند که قوانین اسلام ابلاغ شده و نمی توان حکم فقهی اسلام را منوط به وضع یا ابلاغ آن کرد. ایشان چنین می گوید: «اما اگر راجع به قوانین اسلامی باشد، خب قوانین اسلامی ۱۴۰۰ سال قبل وضع شده، اعلام شده و ابلاغ شده است. بنابراین بهتر است قید شود که مربوط به مقررات مجلس شورای ملی است» (همان: ۷۵۴). این دغدغه تقریباً اکثر فقهای مجلس بررسی نهایی قانون اساسی بوده است که طوری اصول را بنویسند که با مشروعیت احکام اسلام تضاد نداشته باشد؛ یعنی احکام قطعی الزامی اسلام منوط به تقنین نشود و حتی در صورت عدم تقنین نیز لازم الاجرا باشد.

آیت الله موسوی اردبیلی می گوید: «ممکن است که قانون یک مواردی را، مسائلی را پیش بینی نکرده باشد و اصلاً در آنجا نباشد؛ ولی در محاکم شرع یک نفر را محاکمه کنند و محکوم بشود. اگر یک چنین جمله ای که روشنگر این معنی باشد، به آن اضافه کنند، دیگر مسئله ای نمی ماند» (همان: ۷۵۴). آیت الله طاهری اصفهانی نیز چنین بیان می کند که واجبات و محرمات قطعی اسلام را باید از اصل عطف به ماسبق نشدن قانون استثنا کرد (همان: ۷۵۶). آیت الله مشکینی برای رفع این مشکل می فرماید: «بنده یک چیزی نوشته ام که باید به این اصل اضافه شود. ملاحظه بفرمایید: «و درباره فعل و ترک فعلی که قانون راجع به آن وضع نشده و از نظر شرع جرم بودنش مسلم است، به محاکم صالح رجوع شود»» (همان: ۷۵۶). همچنین آیت الله طاهری خرم آبادی برای حل این مشکل پیشنهاد دیگری مطرح می کند؛ به این بیان که قانون و شرع در کنار یکدیگر بیاید (همان: ۷۵۷).

شهید بهشتی با وقوف کامل به این مسئله منوط کردن احکام قطعی اسلام به تقنین را مورد سؤال قرار می‌دهد و می‌پرسد: آیا می‌توان مرتکب جرمی را که در قانون ذکر نشده، ولی از مسلمات اسلام است، مجازات کرد؟ ایشان چنین می‌فرماید:

اگر قانون مسلم شرعی را سراغ داشته باشیم که از نظر شرعی جزء مسلمات شرع اسلام باشد و در قانون جزایی ایران مغفول‌عنه واقع شده باشد و قانون دیگری نوع کیفر دیگر به جای آن مقرر کرده باشد، این سؤال از نظر فقهی پیش می‌آید که برای مکلفی که امروز در ایران زندگی می‌کند و اگر به عنوان کیفر اجرا شدن چیزی به گوشش خورده، همان کیفرهای قانونی شده است و نه آن کیفر اسلامی مقرر مسلم است، آیا ما از نظر مبانی فقهی می‌توانیم این کیفر را درباره این جانی و جنایت‌کننده و مرتکب گناه و مجرم غافل اجرا بکنیم یا نه؟ این را باید روشن بفرمایید (همان: ۷۵۶).

آیت‌الله مدنی عبارت دیگری را برای این اصل پیشنهاد می‌کند که حاکی از همین مطلب است. ایشان می‌گوید: «هیچ فعل یا ترک فعلی جرم محسوب نمی‌شود، مگر به استناد احکام مسلم اسلام» (همان: ۷۵۶). ایشان در ادامه می‌گوید: «فرضاً قانونی وضع شده باشد یا نشده باشد، زانی مجرم است؛ شارب خمر مجرم است؛ دزد مجرم است. حالا می‌خواهد قانونی وضع شده باشد یا نه» (همان: ۷۵۷-۷۵۶). این عبارات بسیار صریح‌اند و در احکام اسلام الزامی‌اند، چه قانونی در آن مورد تصویب شده باشد و چه نشده باشد. درخور تأمل است که این اصل در جلسه ۲۹ بعد از بحث و بررسی و مطرح شدن اشکال‌های متعدد، از مجموع ۶۴ رأی تنها ۳۳ رأی موافق داشت و رأی نیاورد (همان: ۷۶۲). حتی رئیس مجلس پیشنهاد داد که این اصل به کمیسیون برگردد و در جلسه بعد مجدداً مطرح شود (همان: ۷۵۹). در نهایت این اصل با تغییر در عبارت، در جلسه ۶۱ تصویب شد (همان، ج ۳: ۱۶۸۲-۱۶۸۱).

بنابراین موازین اسلامی علاوه بر مبنا بودن برای حقوق ایران، منبعی از منابع حقوق ایران و قوانین لازم‌الاجرا در نظر گرفته شده است. چه بخشی از احکام اسلام را قوانین غیرمدون یا غیرمصوب ایران به شمار آوریم و چه آن را منابع تکمیلی حقوق ایران بشماریم، تشخیص این احکام با فقهای شورای نگهبان است.

۳. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

از جنبه فقهی، در احکام شرعی مصرح و مسلم شریعت، مراتب چهارگانه حکم طی و این احکام در منابع فقهی ذکر شده‌اند. بر این اساس این احکام منجز و لازم‌الاجرا نیستند و اضافه کردن شرط جدیدی به نام «تدوین یا تقنین» به این مراتب نیازمند دلیل است.

به همین دلیل است که برخی برای فرار از اشکال مذکور، تصویب احکام و موازین فقهی در شکل مواد قانونی را به معنای «الزام قانونی به مقررات شریعت و تعمیم اجرای آن» دانسته‌اند که این خود حاکی از توجه ایشان به عدم امکان تقنین به معنای اعطای الزام است. بنابراین با عنایت به جاودانگی احکام اسلام و لزوم اجرای همه احکام اسلام بر دولت اسلامی، به حکم اطلاق ادله، احکام اسلام حتی بدون تقنین نیز الزام‌آورند.

اما از جنبه حقوقی، نظرات و عملکرد شورای نگهبان به عنوان مفسر قانون اساسی، در این زمینه اهمیت دارد. شورای نگهبان اجرای برخی احکام شرع را در جرائمی که قبل از تصویب قانون اساسی و قبل از تصویب قانون مجازات ارتکاب یافته، الزامی می‌داند. این شورا ایرادی به ماده (۲) قانون مجازات می‌گیرد که حاکی از نظر تفسیری شورای مذکور درباره لازم‌الاجرا بودن شریعت، حتی در صورت عدم تقنین آن است. همچنین این شورا اخذ مازاد بر بدهی به عنوان خسارت تأخیر تأدیه را خلاف شرع اعلام کرده و جرم شرعی تأخیر ادای دین را که در قانون جرم‌انگاری نشده، قابل تعزیر شمرده است.

قانون اساسی در برخی اصول، احکام شریعت را بدون ارجاع به مجلس لازم‌الاجرا دانسته است؛ مثلاً اصل (۱۷۱)، قاضی مقصر را طبق موازین اسلامی ضامن شمرده است؛ ولی کیفیت، کمیّت و حدود و ثغور ضمانت قاضی را مشخص نکرده و آن را به موازین اسلامی محول کرده است. همچنین درباره دولت و صدا و سیما و موارد دیگر، موازین اسلامی را بدون ارجاع به قانون عادی، لازم‌الاجرا دانسته است. اگر قرار بود مراد قانونگذار موازین اسلامی مصوب مجلس باشد، ذکر مکرر موازین اسلامی بیهوده بود.

با توجه به موارد فوق، می‌توان به این نتیجه نزدیک شد که قانونگذار، موازین اسلامی و احکام فقهی را صرفاً مبنا و ملاک وضع قوانین نمی‌داند، بلکه آن را قوانین لازم‌الاجرا در کنار قوانین موضوعه در نظر گرفته است. اگر قرار بود مراد قانونگذار از موازین اسلامی،

موازن مصوب مجلس شورای اسلامی باشد، ذکر و تأکید مکرر موازن اسلامی در این اصول بیهوده می‌بود. مهم این است که موازن اسلامی، علاوه بر مبنا بودن برای حقوق ایران، منبعی از منابع حقوق ایران و قوانین لازم‌الاجرا در نظر گرفته شده است. حال اگر نام آن را «منبع درجه دوم و تکمیلی» یا «قوانین تکمیلی» یا «قوانین غیرمدون» بگذاریم، در مقایسه با اصل موضوع، اهمیت چندانی نخواهد داشت.

مدعای این مقاله منافاتی با قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ندارد؛ زیرا همان‌طور که ذکر شد ماده (۱۰) آن عطف به ماسبق نشدن قانون کیفری را شامل حدود، دیات و قصاص شرعی نمی‌داند. همچنین ماده (۲) قانون مجازات اسلامی جنبه سلبی ندارد و نسبت به رفتاری که در قانون، جرم‌انگاری نشده و در شرع مجازات محسوب نمی‌شود ساکت است. همچنین این مقاله با سیاست‌های کلی نظام قانونگذاری ابلاغی رهبری در سال ۱۳۹۸ نیز همخوانی داشته و با بند «۱» آن مبنی بر توجه به موازن شرع به‌عنوان اصلی‌ترین منشأ قانونگذاری همداستان بوده و در راستای اجرای بند «۵» آن به تبیین و تعریف روشن از «قانون» و تعیین حدود اختیارات و صلاحیت مراجع وضع قوانین و مقررات کمک می‌کند.

منابع و مآخذ

۱. قرآن مجید.
۲. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (ق ۱۴۰۹). کفایة الاصول، جلد اول، قم، مؤسسه آل البيت.
۳. آیین نامه دادگاه ویژه روحانیت (اصلاحی مورخ ۱۳۸۴/۹/۲).
۴. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴). صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد اول، دوم و سوم.
۵. اصفهانی، محمدحسین (ق ۱۴۲۹). نهایة الدرایة، جلد پنجم و سوم، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه آل البيت الاحیاء التراث.
۶. الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۳۹۵). درآمدی بر حقوق جزای عمومی جرم و مجرم، جلد اول و دوم، چاپ دوم، ویرایش ۱، تهران، نشر میزان.
۷. حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۵). «حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل (۱۶۷) قانون اساسی در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۲، ش ۲.
۸. خوئینی، غفور و سهیل ذوالفقاری (۱۳۹۰). «خلأهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضایی ایران تأملی بر اصل (۱۶۷) قانون اساسی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ش ۳۴.
۹. دانش‌پژوه، مصطفی (۱۳۹۰). مقدمه علم حقوق (با رویکرد به حقوق ایران و اسلام)، جلد اول، چاپ چهارم، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه با همکاری سمت.
۱۰. سامانه جامع نظرات شورای نگهبان. <http://nazarat.shora-rc.ir>
۱۱. شمس ناتری، محمدابراهیم و همکاران (۱۳۹۵). قانون مجازات اسلامی در نظم حقوقی کنونی، جلد اول، چاپ سوم، تهران، نشر میزان.
۱۲. صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۹۹). لمحة فقهية تمهيدية عن مشروع دستور الجمهورية الإسلامية فی ایران، جلد اول، قم، مطبعة الخيام.
۱۳. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۷). کلیات حقوق اساسی ایران، جلد اول، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد.
۱۴. فتحی، حجت‌الله (۱۳۹۶). شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، جلد اول و دوم، چاپ دوم، زیر نظر آیت‌الله سیدمحمد هاشمی شاهرودی، تهران، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت.

۱۵. قاسم‌زاده، سیدمرتضی و حسن ره‌پیک (۱۳۸۹). *تبیان حقوق: پژوهشنامه قرآنی حقوق مبانی*، جلد اول، تهران، مؤسسه انتشارات دادگستر.
۱۶. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.
۱۷. قانون اساسی کشور مصر.
۱۸. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
۱۹. وحدتی شبیری، سیدحسن (۱۳۹۲). *تعامل قانون و فقه در جمهوری اسلامی ایران*، جلد اول، قم، مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی.
۲۰. هاشمی، سیدمحمد (۱۳۹۳). *حقوق اساسی*، جلد دوم، چاپ بیست و پنجم، تهران، نشر میزان.
۲۱. هاشمی، سیدحسین و جعفر کوشا (۱۳۸۰). «بررسی تعارض اصل (۱۶۷) قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها»، *نامه مفید*، ش ۲۶.