

اصول حاکم بر تشدید مجازات از منظر فقه و حقوق ایران و افغانستان

رضا کریمی^۱

چکیده

از دیر باز به صورت سنتی، اصول و قواعدی بر حقوق جزا حاکم بوده است تا حقوق جزا در چارچوبی قاعده‌مند و ضابطه‌دار به اجرا در آید و از افراط و تفریط در برخورد با مجرم جلوگیری شود. برخی از اصول نیز در پی پیشرفت و گسترش علم، بر حقوق جزا افزوده شده است، به گونه‌ای که امروزه مجموع اصول قدیم و جدید را به عنوان اصولی اساسی و راهبردی حقوق کیفری می‌نامند. هر گاه حقوق جزا در چارچوب این اصول به اجرا در آید در این صورت می‌توان عملی شدن یک حقوق جزای انسانی را نوید داد و تشدید مجازات را با رعایت این اصول ضابطه‌مند ساخت. اصولی که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل شخصی بودن جرم و مجازات و اصل تساوی بودن جرم و مجازات می‌باشند، لذا با رعایت این اصول می‌توان حقوق جزا را قاعده‌مند و ضابطه‌دار ساخت و از افراط و تفریط در برخورد با مجرم جلوگیری کرد. این اصول و قواعد قبل از به وجود آمدن مکاتب حقوق جزاء، نظام حقوق اسلام به آن رسمیت بخشیده و مورد تأکید قرار داده است که اگر این اصول رعایت گردد تشدید و تخفیف مجازات هیچگونه مغایرتی با اصول حاکم بر حقوق جزا نخواهد داشت، بلکه تشدید مجازات با رعایت آن اصول در راستای اجرای عدالت کیفری خواهد بود.

کلید واژه‌ها: مجازات، تشدید، قانونی بودن جرم، شخصی بودن جرم، تساوی بودن

جرم، فقه و حقوق.

از آنجایی که بشریت ذاتاً موجودات همگراست، چون اساس و طبیعت انسان بر همگرایی مبتنی است و از سویی هم نیازمندی‌های افراد جامعه به اندازه و مقداری است که فراهم نمودن تمام آن‌ها از طرف هریک از افراد جامعه امری ناممکن است، پس چاره‌ای جز این نیست که در یک زندگی گروهی و جمعی شخص ایفای نقش نمایند، ولی زندگی اجتماعی به دلیل تعارض منافع، همواره با نزاع و درگیری مواجه بوده، دانشمندان و نخبگان جامعه برای جلوگیری و کاستن از اختلافات راه حل را در تشکیل حکومت و وضع قانون در مقابل یکدیگر دیدند و اجرای قانون را به حکومت واگذار نمودند.

حکومت‌ها در تضمین امنیت در جنبه‌های مختلف زندگی اشخاص و توجه به مصالح جامعه از طریق اجرای قانون جزا و به ویژه تشدید مجازات در موارد که قانون مجاز بداند، اقدام می‌کند.

از آنجایی که جرم همیشه مخالف احساسات، جسم و جان و حقوق افراد بوده، واکنش تنفرآمیز و توأم با انزجار را نیز به همراه داشته، هر چند واکنش مزبور در طول تاریخ دچار تحول و تطور گشته است. به ویژه در شکل اخص آن یعنی مجازات خودنمایی کرده و به عنوان حربه‌ای علیه تجری و تجاوز خلافاکاران به کار گرفته شده است.

به علاوه به لحاظ تفاوت مجرمین از حیث تمایلات و خصایص روحی و همچنین پرونده کیفری واکنش متناسب با جرم و حالات مجرم ضروری به نظر می‌رسد، به نحوی که گاهی اوقات مستلزم تخفیف و ارفاق به مجرم و گاهی نیز مستلزم تشدید عمل بوده است.

طبق مبانی حقوق عرفی و اسلامی جرم همیشه باید با واکنش متناسب با آن جرم پاسخ داده شود. براین اساس، لازم است اداره‌کنندگان جامعه با وضع قوانین عادلانه، حقوق و آزادی‌های مشروع افراد را تأمین نمایند. از جمله عواملی که در تأمین و استقرار عدالت در جامعه نقش اساسی دارد، عدالت کیفری و اصول حاکم بر آن است. در این مقاله هدف بر این است با مراجعه به منابع فقهی، اصول بنیادی حاکم

بر حقوق جزاء مانند اصل قانونی بودن، اصل شخصی و اصل تساوی در مجازات مورد بررسی قرار گیرد.

۱. مفهوم مجازات:

مجازات از ریشه «جزی» در لغت به معنای پاداش نیک یا بد است. (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۶/۱۶۶؛ صاحب بن عباد، ۷: ۱۴۱۴/۱۵۱؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۴/۱۴۳؛ واسطی، ۱۴۱۴: ۱۹/۲۸۳)

قرشی در کتاب قاموس قرآن تفصیل داده است که اگر بعد از ماده «جزی» حروف «ب» و «علی» بیاید به معنای مکافات و مجازات است، اگر حرف «عن» بیاید به معنای قضا و اداء است و اگر بدون حرف جر و متعدی بنفسه باشد به معنای کفایت نمودن است. (قرشی، ۱۴۱۲: ۲/۳۵)

مجازات در اصطلاح حقوق با توجه به اهداف و حقیقت آن تعریف شده است؛ یعنی برخی از تعاریف ناظر به اهداف مجازات می باشد و بعضی دیگر به حقیقت و ماهیت آن نظر دارد.

سمیعی مجازات را با توجه به اهداف آن تعریف نموده است:

مجازات مشقتی است که هیئت جامعه به سه منظور مهم بر مجرم تحمیل می کند؛ تلافی و قصاص جامعه از مجرم، اصلاح و تصفیه اخلاقی مجرم و مصونیت جامعه از افراد مجرم. (سمیعی، ۱۳۳۳: ۱۲)

همچنین «عوده» در التشریح الجنایی ذیل عنوان «العقوبه» نیز مجازات را طبق اهداف آن تعریف کرده است:

عقوبت جزایی است که برای مصلحت اجتماعی به جهت ترمذ از اوامر قانونگذار مقرر شده است و مقصود از آن عبارت است از اصلاح افراد و حمایت از آن ها در برابر مفاسد و پلیدی ها، رهایی از جهالت، نجات آن ها از گمراهی، آزاد نمودن بشر از انجام معصیت و همچنین تشویق آن ها در جهت اطاعت از دستورات و احکام قانونگذار. (عوده، بی تا: ۶/۶۰۹)

اما عده‌ای دیگری از حقوق‌دانان، مجازات را با توجه به حقیقت و ماهیت آن تعریف کرده‌اند. از جمله علی‌آبادی در این زمینه می‌گوید: «مجازات عبارت است از تنبیه و کیفری که بر مرتکب جرم تحمیل می‌شود». (علی‌آبادی، ۱۳۵۲: ۵/۲)

باهری نیز همین تعریف را کرده است. (باهری، بی‌تا: ۲۷۶) اما فقها تعریف خاصی از مجازات ارائه نکرده‌اند و یا دست‌کم نگارنده به آن دست نیافته است. تنها مرحوم آیت‌الله منتظری در کتاب «دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الإسلامية» به صورت اجمالی در این زمینه مطالبی را بیان نموده است. (منتظری، ۱۴۰۹: ۲/۴۴۳)

۲. مفهوم تشدید:

«تشدید» در لغت به معنای استوارکردن، قوت‌دادن، گران‌نمودن، خلاف تخفیف، سختی نهادن بر کسی، تنگ‌گرفتن بر کسی و مانند آن آمده است. (دهخدا، ۱۳۷۳: ۵/۳۲۲؛ معین، ۱۳۶۹: ۲/۱۰۸۵) تشدید در زبان عربی نیز به همین معنا آمده است. (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳/۲۲۳)

تشدید در اصطلاح حقوق به کیفیات مشدده گفته می‌شود؛ در حقوق جزا، اوضاع و احوالی است که هر گاه جرم در آن اوضاع و احوال واقع شود موجب تشدید مجازات می‌شود، مانند سرقت در شب یا با اسلحه. (لنگرودی، ۱۴۰۱: ۵۸۰)

شامبیاتی می‌گوید: «منظور از کیفیات مشدده اعمال و حالاتی است که بر حسب مقررات قانون جزایی هر کشور در تشدید مجازات بزه‌ار تکابیی موثر می‌باشند». (شامبیاتی، ۱۳۹۲: ۳/۱۹۲)

اردبیلی کیفیات مشدده را نیز به همین مضمون آورده است «تشدید مجازات، کیفیات و اوصافی است که قانونگذار تعیین کرده و دادرس به محض احراز آن‌ها به حداکثر و یا بیش از حداکثر مجازات مقرر در قانون برای همان جرم حکم خواهد داد. (اردبیلی، ۱۳۸۸: ۳/۱۷۰)

در فقه از تشدید مجازات، با واژه «تغلیظ» و گاه با «تشدید» یاد شده است و تغلیظ به معنای سخت‌گیری و در تنگنا قرار دادن کسی است که به دو قسم قولی و فعلی تقسیم می‌شود. (شاهرودی و دیگران، ۱۴۲۶: ۲/۵۴۹)

۳. اصل قانونی بودن

اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها به لحاظ نقش و اهمیتی که در عدالت کیفری ایفا می‌کند، اساسی‌ترین اصل حقوق کیفری محسوب می‌شود. به همین جهت است که این اصل و قواعد فرعی منشعب از آن مورد پذیرش و استقبال قرار گرفته است.

اهمیت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها به این جهت است که برای قوه مقننه و قوه قضاییه تکالیف مهمی را ایجاد می‌کند که عدم رعایت یکی از آن‌ها در واقع نقض این اصل محسوب می‌شود.

تکلیف وضع قواعد کیفری ماهوی و شکلی منحصرأً به عهده قانونگذار است، که در نهایت صراحت و روشنی باید تهیه شده باشد و پس از طی مراحل به اطلاع عموم رسانیده شود. از سوی دیگر، به منظور رسیدن به هدف واقعی، اصل قانونی بودن جرم و مجازات و وظیفه قانونگذار است که به صراحت و دقت تمام عناوین کیفری را وضع نمایند، تا متهم بتواند دقیقاً از ماهیت و علت اتهام علیه خود مطلع شود و بر اساس آن از خود دفاع کند.

اصل قانونی بودن جرم و مجازات برای قاضی نیز تکالیف و وظایفی را ایجاد می‌کند؛ مثلاً وظیفه قاضی هنگام رسیدگی به عمل تحت تعقیب، استخراج ماده یا مواد منطبق با آن عمل است. بدین ترتیب قاضی نمی‌تواند بنابر عرف و عادات، عملی را جرم بداند.

در مورد مجازات‌ها نیز قاضی نمی‌تواند حسب تشخیص و سلیقه خود یا تحت تأثیر اوضاع و احوال کسی را مجازات کند و یا از شدت مجازات قانونی بکاهد با توجه به اهمیت این اصل بازتاب آن را در فقه، حقوق و آیات و روایات بررسی می‌کنیم.

۳. ۱. کتاب:

برای اثبات اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها می‌توان به قرآن کریم از جمله آیه ۱۵ سوره مبارکه اسراء «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا» استناد نمود.

شیخ طوسی در تفسیر این آیه می‌گوید:

این آیه بیانگر آن است که خداوند هیچ کسی را بر معاصی و گناهانش عقاب نخواهد کرد؛ مگر آنکه با حجت‌ها، دلایل و ارسال رسل وی را آگاه ساخته باشد.

سپس در مقام استدلال می‌گوید: «به خاطر آنکه زشت است [عقلا] که خداوند کسی را عقاب کند قبل از آنکه او را به مصالح و مفاسدش آگاه ساخته باشد». نظر شیخ بر آن است که مفاد آیه شریفه بیانگر یک حکم عقلی یعنی «قبح عقاب بلا بیان» است. (طوسی، ۱۳۷۸: ۶/ ۴۵۸)

علما و دانشمندان به آیات ذیل، نیز برای اصل قانونی بودن مجازات استدلال کرده‌اند.

- «لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا». (طلاق: ۷)

- «يَهْلِك مَنْ هَلَكَ عَنْ بَيِّنَةٍ وَ يُحْيِي مَنْ حَيَّ عَنْ بَيِّنَةٍ». (انفال: ۴۲)

- «وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَ قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ». (انعام: ۱۱۹)

- «وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَهُمْ حَتَّىٰ يَبَيِّنَ لَهُمْ مَا يَتَّقُونَ». (توبه: ۱۱۵)

۳. ۲. سنت:

در تأیید اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها از سنت نیز روایات بسیاری را می‌توان مورد استناد قرار داد. از جمله:

۱. حدیث رفع: عن رسول الله ﷺ قال: «رفع عن امتي تسعة أشياء: الخطاء و النسيان و ما استكروها عليه و ما لا يعلمون». (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۵/ ۳۶۹)

فقها در بسیاری از ابواب فقه برای قاعده قبح عقاب بلا بیان به این حدیث استناد کرده‌اند.

بدون شک، منظور از رفع در امور نه‌گانه یاد شده، وجود خارجی آن‌ها نیست، چون همه آن‌ها در خارج وجود دارند، پس مرفوع باید چیزی دیگر باشد که آن،

مؤاخذه است. بدین معنا که مکلف بر اعمالی که از روی خطا، فراموشی و غیر آن از امور نه‌گانه انجام می‌دهد مؤاخذه و عقاب نمی‌شود. (شاهرودی و دیگران، ۱۴۲۶: ۲۶۱/۳)

۲. حدیث حجب: این حدیث بیانگر رفع تکلیف در صورت نرسیدن آن به مکلف است. امام صادق علیه السلام فرمود: «مَاحَجَبَ اللَّهُ عِلْمَهُ عَنِ الْعِبَادِ فَهُوَ مَوْضِعٌ عَنْهُمْ (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۱۶۳/۲۷)

البته در نسخه کافی کلمه «علمه» نیامده است. (کلینی، ۱۴۲۹: ۱/۳۹۹)

مفاد حدیث حجب این است که آنچه خداوند علمش را از بندگان پوشیده، تکلیف به آن از آنان برداشته شده است. بدون شک برای هر رخدادی از جانب خدا حکمی است که نزد صاحبان علم (معصومان علیهم السلام) محفوظ است، لیکن به استناد حدیث حجب و دیگر احادیث هم مضمون آن، آنچه که حکمش به مکلف نرسیده، وی در عمل نکردن به آن معذور است. (شاهرودی و دیگران، ۱۴۲۶: ۳/۲۶۰)

۳. ۳. فقه:

از زمانی که عقل به عنوان یکی از منابع فقهی به حساب آمده، قاعده قبح عقاب بلا بیان در رأس اصول عقلی قرار گرفته است؛ البته نه به تعبیر واحد، بلکه به تعبیر گوناگون و مشابه، چنان که شیخ صدوق می‌گوید: «اعتقادنا انّ الاشياء كلّها مطلقة حتى يرد في شيء منها نهي». (صدوق، ۱۴۱۴: ۱۱۴) همچنین شیخ مفید می‌گوید: «ان كل شيء لا نصّ في حضره فانه على الاطلاق». (مفید، ۱۴۱۴: ۱۴۳)

بعدها این اصل تکامل بیشتری یافت، به طوری که در کلمات سید مرتضی با تعبیر «التكليف بلا اماره مميزة متقدّمة، قبيح» (مرتضی علم الهدی، ۱۳۷۶: ۲/۶۲۵) تکلیف کردن بدون اماره مشخص و بیان قبلی، امری قبیح است، آمده است. شیخ طوسی نیز می‌گوید: «الأصل براءة الذمة، و إيجاب ذلك يحتاج الى دليل» (طوسی، ۱۴۰۷: ۱/۷۱) اصل، براءة الذمه است، ایجاب تکلیف نیازمند دلیل است. بنابراین با توجه به نظریات مشهور فقها اصل عدم تکلیف است.

میرزای قمی می‌گوید: «لا تكليف الا بعد البيان» (میرزای قمی، ۱۳۶۳: ۱۴/۲) همچنین آقا ضیاء‌الدین عراقی (عراقی بروجردی، ۱۴۱۷: ۳/۲۳۵) و آخوندی

خراسانی(خراسانی هروی، ۱۴۳۱: ۲ / ۱۷۹) معتقدند که هیچ تکلیفی قبل از رسیدن خطاب معقول نیست مگر بعد از بیان آن.

علامه حلی در تعریف تکلیف آن را مشروط به اعلام نموده «بشرط الاعلام» و سپس اضافه می‌کند: «و شرطنا الاعلام لانّ المكلف إذا لم يعلم ارادة المكلف بالفعل لم یکن مکلفاً» (حلی، ۱۴۰۷: ۳۱۹) در اینکه ما اعلام را شرط کردیم، به این جهت است که شخص مکلف وقتی به اراده تکلیف کننده آگاهی فعلی نداشته باشد، مکلف نیست.

آیت الله خوئی مجازات کسی را که از تکلیف آگاهی ندارد از مصادیق آشکار ظلم می‌داند: «انّ العقاب علی مخالفة التکلیف الغیر الواصل، من اوضح مصادیق الظلم». (خوئی، ۱۴۲۲: ۲ / ۲۵۴)

آنچه از کلام فقها فهمیده می‌شود این است که مؤاخذه و مجازات قبل از رسیدن خطاب به مکلف مجاز نیست، بلکه آن را یک قاعده عقلی دانسته است؛ یعنی بر اساس قاعده عقلی (قبح عقاب بلا بیان) تا وقتی که دستور شارع (امر و نهی) به مکلف ابلاغ نشده باشد، مجازات او بر ترک و فعل عقلا قبیح است.

اما از میان متأخرین مرحوم شهید صدر از راه قاعده «حق الطاعة» نسبت به عقلی بودن این قاعده تردید نموده است. ایشان معتقدند که بندگان مکلف اند از اوامر و نواهی خداوند اطاعت کنند. مقتضای آن این است که بندگان نسبت به تکالیف احتمالی نیز موظف به انجام دادن هستند. ایشان می‌گویند:

و نحن نؤمن فی هذا المسلك (ای مسلک حق الطاعة) بان المولویة الذاتية الثابتة لله تعالی لا تختصّ بالتکالیف المقطوعه بل تشمل مطلق التکالیف الواصله و لو احتمالا و هذا من مدرکات العقل العملی... و علیه فالقاعدة الاولیة هی اصالة الاشتغال بحکم العقل.

ما بر مسلک حق الطاعة معتقدیم که مولویت ذاتیه که برای خداوند ثابت است اختصاص به تکالیف مقطوعه ندارد، بلکه شامل مطلق تکالیف، هرچند احتمال آن وجود داشته باشد نیز می‌شود و این از مدرکات عقل عملی است. بنابراین، قاعده اولیه اشتغال است. (صدر، ۱۳۸۷: ۲ / ۳۲۴)

فقه‌های حنفی طبق بررسی نگارنده از قاعده عقلی (قیح عقاب بلا بیان) بحثی نکرده‌اند؛ تنها شمس‌الدین سرخسی، در بیان ضرورت اعمال قیاس در صدور حکم از سوی قاضی به رد این مسئله پرداخته است. ایشان می‌گوید:

فالقاضی مأمور بأن یجتهد رأیه فیما لا نص فیه وهو دلیلنا علی جواز العمل بالقیاس فیما لا نص فیه فاجتهد الرأی هو القیاس یرد حکم الحادثة إلی أشباهها مما هو منصوص. (سرخسی، ۱۴۱۴: ۱۶/۶۸)

قاضی مأمور است اجتهاد به رأی نماید در مواردی که نصی وجود ندارد. و این دلیل جواز عمل ما به قیاس است در آنچه نصی به آن (موضوع) موجود نیست. مراد از اجتهاد به رأی همان قیاس است، به این صورت که حکم حادثه مورد نظر را به موارد مشابه آن که دارای نص است، تسری می‌دهیم. ایشان در توجیه قیاس در مواردی که نص وجود نداشته باشد می‌گوید:

ومع هذا قد ابتلی بحادثة لا یجد لها فی الكتاب والسنة ذکرا فالنصوص معدودة والحوادث ممدودة... وفس الأمور عند ذلک فهو دلیل جمهور الفقها رحمهم الله علی أن القیاس حجة فان الحوادث کلها لا توجد فی الكتاب والسنة بخلاف ما یقوله أصحاب الظواهر. (سرخسی، ۱۴۱۴: ۱۶/۶۹)

گاهی قاضی با مسئله‌ای مواجه می‌شود که در کتاب و سنت حکمی برای آن ذکر نشده است و علت آن این است که دایره نصوص محدود است، اما دایره حوادث وسیع پس در این موارد باید قیاس کرد و این دلیل جمهوری فقها بر حجیت قیاس است.

آنچه از عبارات سرخسی پیداست، دادن اختیارات وسیع به قاضی در فقه حنفی، برای تسری حکم از موارد منصوص به موارد غیر منصوص است. از این رو می‌توان گفت در فقه حنفی اصل قانونی بودن جرم و مجازات مخدوش است، چون با دادن اختیارات بی قید و شرط به قاضی در صدور احکام غیر مستند (قیاس) اصل قانونی بودن جرم و مجازات جایگاهی ندارد.

۳.۴. حقوق:

اصل قانونی بودن جرم و مجازات‌ها در قوانین ایران و افغانستان ضمن چند اصل و ماده به رسمیت شناخته شده است.

به موجب «اصل ۱۶۹» قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود». همچنین اصل ۳۶ با ارائه تعبیری خاص در مورد اصل قانونی بودن مجازات‌ها، مقرر می‌دارد که «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد».

قسمت اخیر اصل ۳۶ ناظر به اصل قانونی بودن مجازات‌ها و صدر آن ناظر به اصل قضایی بودن مجازات‌هاست که خود مکمل اصل قانونی بودن تلقی می‌گردد، به این معنی که فقط دادگاه‌های صالح حق تعیین و اعمال مجازات‌های قانونی را دارند.

همچنین ماده ۲۷ قانون اساسی افغانستان درباره اصل قانونی بودن جرم و مجازات تصریح می‌کند:

هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به حکم قانونی که قبل از ارتکاب آن نافذ گردیده باشد. هیچ شخصی را نمی‌توان تعقیب، گرفتار و یا توقیف نمود مگر طبق احکام قانون. هیچ شخصی را نمی‌توان مجازات نمود مگر به حکم محکمه با صلاحیت و مطابق با احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.

قانون جزای افغانستان نیز بر اصل قانونی بودن جرم و مجازات تأکید می‌کند که در «ماده ۲» مقرر می‌دارد:

هیچ عملی جرم شمرده نمی‌شود مگر به موجب قانون» و هم چنین در «ماده ۳» آمده است: «هیچ کسی را نمی‌توان مجازات نمود مگر مطابق با احکام قانونی که قبل از ارتکاب فعل مورد اتهام نافذ گردیده باشد.

ماده ۲ قانون مجازات جمهوری اسلامی ایران نیز بر این مطلب تصریح دارد: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود».

اما اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تعبیر عام از اصل قانونی بودن جرم و مجازات ارائه داده است، به طوری که منابع معتبر اسلامی و فتاوا را نیز در بر می‌گیرد. به موجب این اصل:

قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.

با توجه به اینکه منابع و فتاوا بر نظریه واحد استوار نیست و از طرفی ملزم بودن قاضی به رجوع کردن به فتوا در صورت نبود نص قانونی موجب صدور آراء مختلف می‌گردد، در نتیجه اصل قانونی بودن مخدوش خواهد شد، لذا برخی از حقوق دانان در صدد توجیه این امر، مفاد این اصل را ناظر به دعاوی مدنی دانسته و معتقدند که نظر نویسندگان قانون اساسی این نبوده که با تسری این اصل به امور کیفری حقوق افراد در معرض نقض و خدشه قرار گیرد و دست قضات در برخورد با شهروندان باز گذاشته شود. (کاتوزیان، ۱۴۰۱: ۲۳۳؛ آخوندی، ۱۳۹۴: ۱۱۵/۱)

همچنین محقق داماد می‌گوید: اجازه مندرج در اصل ۱۶۷ به قضات محاکم مبنی بر مراجعه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور در صورت فقدان نص، سکوت یا نقص قانون، منصرف به امور حقوقی است، زیرا اصل ۱۶۷ عام است و عمل به عام قبل از تفحص برای مخصص، جایز نیست، لذا اصول ۳۶ و ۱۶۹ و بند ۴ اصل ۱۵۶ که حالت خاص دارند، اصل ۱۶۷ را از عمومیت خارج کرده، آن را به امور حقوقی اختصاص می‌دهد. (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۳۵/۴)

آنچه از مطالب فوق به دست می‌آید قانون اساسی افغانستان نسبت به قانون اساسی ایران از صراحت بیشتری در رابطه با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها برخوردار است.

۴. اصل شخصی بودن

از جمله اصول حاکم بر مجازات، اصل شخصی بودن جرم است. اصل شخصی بودن به این معنا است که هرگاه شخصی مرتکب جرمی شود مجازات آن جرم منحصر و مختص به خود مجرم است و به خویشاوندان و نزدیکان او سرایت نخواهد کرد.

۴. ۱. کتاب:

در قرآن کریم آیات زیادی وجود دارد که بیانگر اصل شخصی بودن جرم است، از جمله آیات ذیل:

- «لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُم مَّرْفِعُنَا وَمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ». (انعام: ۱۶۴)

- «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ تَبْعَثَ رَسُولًا». (اسراء: ۱۵)
 - «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ إِنَّمَا تُنذِرُ الَّذِينَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُم بِالْغَيْبِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَمَن تَزَكَّىٰ فَإِنَّمَا يَتَزَكَّىٰ لِنَفْسِهِ وَإِلَى اللَّهِ الْمَصِيرُ». (فاطر: ۱۸)

- «... وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ...». (زمر: ۷)

- «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ». (نجم: ۳۸)

مفاد همه آیات فوق این است که هیچ فردی، بار گناه و مسئولیت دیگری را به دوش نمی‌کشد و هر کس مسؤول عملکرد ناروا و گناه خویش است و هیچ کس به خاطر گناه دیگری مجازات نمی‌شود. (طبرسی، ۱۳۸۰: ۱۶/۳۴۳)

علامه طباطبایی در تفسیر المیزان ذیل آیه ۱۵ سوره اسراء می‌فرماید:

مفاد آیه این است که عمل چه نیک باشد و چه بد، ملازم و دنبال صاحبش بوده و علیه او بایگانی می‌شود و در هنگام حساب خود را در برابر صاحبش آفتابی می‌کند، بنابراین هرکس در راه و به سوی راهی قدم نهد برای خود و به نفع خود قدم نهاده و نفع هدایتش عاید خودش می‌شود و هرکس در بیراهه قدم نهد، ضرر گمراهیش به خودش بر می‌گردد. (طباطبایی، ۱۳۸۳: ۱۳/۷۷)

در قرآن آیات دیگری نیز به همین مضمون آمده‌اند. از جمله آیه «کل نفس بما کسبت رهینه» (مدثر: ۳۵) بیان می‌دارد که هر انسانی در گرو آن چیزی است که انجام می‌دهد و آیه «لها ما کسبت و لکم ما کسبتم و لا تسائلون عما کانوا یعملون» (بقره: ۱۳۴) به صراحت بیان می‌کند که: برای آنهاست آنچه کردند و برای شماست آنچه کردید و درباره آنچه می‌کردند از شما پرسیده نمی‌شود. بنابراین، طبق آیات یاده شده، جرم یک امری شخصی است و به غیر مجرم تسری داده نمی‌شود.

۲.۴. سنت:

در روایات نیز به اصل شخصی بودن جرم اشاره شده است، از جمله روایت ابوداوود از ابو رمثه مبنی بر اینکه هیچ کسی به جرم دیگری مورد مواخذه قرار نمی‌گیرد:

عن ابی داوود عن ابی رمثه قال: انطلقت مع ابی نحو النبی فقال ﷺ له ابنک هذا؟ قال ای و رب الکعبه، قال حقا اشهد به، قال فتبسم النبی ضاحکا من استقرار شبهی فی ابی و من حلف ابی علیّ، ثم قال: اما انه لا یجنی علیک و لا تجنی علیه و قرأ رسول الله ﷺ: «و لا تَزُرْ وَاِزْرَةَ وِزْرَ اٰخَرٰی» (زحیلی، ۱۴۱۸: ۸ / ۱۶۴)

روایت دیگری نیز از پیامبر اکرم ﷺ نقل شده است که حضرت می‌فرماید:

أخبرنا إبراهيم بن يعقوب قال حدثنا أحمد بن يونس قال حدثنا أبو بكر بن عياش عن الأعمش عن مسلم عن مسروق عن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا ترجعوا بعدى كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض ولا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه. (نسایی، ۱۴۰۶: ۷ / ۱۲۷)

طبق این روایت هیچ کس به جرم پدر یا به جرم برادرش مورد مواخذه و کیفر قرار نمی‌گیرد

حضرت علی علیه السلام پس از ضربت ابن ملجم مرادی به فرزندانش امام حسن و امام حسین علیهما السلام می فرماید:

يَا بَنِي عَبْدِ الْمُطَّلِبِ لَا الْفَيْتَنَكُم تَحُضُّونَ دِمَاءَ الْمُسْلِمِينَ خَوْضًا تَقُولُونَ قُتِلَ
 أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ قُتِلَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ أَلَا لَا يَقْتُلَنَّ بِي إِلَّا قَاتِلِي انظُرُوا إِذَا أَنَا مَتُّ مِنْ
 ضَرْبَتِهِ هَذِهِ فَاضْرِبُوهُ ضَرْبَةً بِضَرْبَةٍ وَلَا يَمَثُلُ بِالرَّجُلِ فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ
 صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ يَقُولُ إِيَّاكُمْ وَالْمَثَلَةَ وَلَوْ بِالْكَلْبِ الْعَقُورِ. (نهج البلاغه نامه،
 ۴۷)

ای فرزندان عبدالمطلب: مبادا پس از من دست به خون مسلمین فرو برید [و دست به کشتار بزنید] و بگویید، امیرمؤمنان کشته شد، بدانید جز کشته شدن کسی دیگر نباید کشته شود. درست بنگرید اگر من از ضربت او مُردم، او را تنها یک ضربت بزنید، دست، پا و دیگر اعضای او را مبرید، من از رسول خدا صلی الله علیه و آله شنیدم که فرمود: «بپرهیزید از بریدن اعضای مرده، هر چند سگ دیوانه باشد».

بنابراین، جرم یک پدیده شخصی است و دامنگیر غیر مجرم نمی شود.

۴.۳. فقه:

اکثر فقها با تمسک به قاعده «وزر» به اصل شخصی بودن مجازات اشاره کرده اند. از جمله در باب زنا می فرمایند: «هذا كله في الرجل و اما المراه فعليها الجلد مائه و لا تغريب عليها و لاجز».

نویسنده جواهر علت عدم تبعید زن را این گونه بیان می کند: «و قد أجمعنا على أنه لا تغريب عليها، كما أنه زاد غيره الاستدلال بأنها لو غربت فاما مع محرم أو زوج «و لا تَرِزُّ وَاِزْرَةَ وِرْزُ أُخْرَى» أو لا يجوز» (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۲۸/۴۱)

این عبارت بیانگر آنست که تبعید زن به عنوان مجازات جایز نیست، چون اگر قرار باشد زن مجرم تبعید شود، نمی شود وی را تنها تبعید کرد، بلکه باید همراه وی محرمش را نیز تبعید کرد و این امر جایز نیست، چون شوهر یا محارم دیگرش گناهی

نکرده که به خاطر آن متحمل مجازات شوند. این مسئله بیانگر اصل شخصی بودن جرم و مجازات است.

شهید ثانی با استناد به آیه ۱۶۴ سوره انعام مبنی بر شخصی بودن مجازات‌ها و همچنین اصل حریت و آزاد بودن اولاد قاتل، قائل به بردگی فرزندان قاتل نیست، سپس در ادامه می‌افزاید اینکه مصنف (شهید اول) نظریه به بردگی گرفتن فرزندان صغیر قاتل ذمی را به قول قائل نسبت داده، به خاطر آن است که اولاً دلیلی بر این مسئله وجود ندارد، زیرا در حدیث ضریس که مستند این حکم است قسمت دوم آن وجود ندارد؛ یعنی درباره حکم اولادش ساکت است. ثانیاً اصل بر حریت است یعنی اصل این است که اولاد قاتل آزاد است و نطفه آنان حرّاً منعقد شده است. ثالثاً عموم قاعده «وَلَا تَرِزُّ وَاوْرَثُ وَاوْرَثُ» و اگذاری ولد صغار را به اولیای دم مسلمان نفی می‌کند. (عاملی شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۶۱/۱۰)

این فتوای فقهی دلیل بر اهتمام فقه اسلامی به شخصی بودن مجازات می‌باشد و طبق مقررات اسلامی هرکس مسئول اعمال خویش است، لذا تنها مجرم مجازات می‌شود و شخصی دیگری مسئول اعمال او نیست. هر چند در کتاب‌های فقهی بحثی تحت عنوان اصل شخصی بودن مجازات نیست، اما این مسئله را می‌توان در خلال مباحث فقهی از قاعده «وزر» که مبنای شخصی بودن مجازات می‌باشد استفاده کرد، بنابراین می‌توانیم قاعده وزر را همان اصل شخصی بودن مجازات بدانیم.

۴.۴. حقوق:

طبق این اصل فقط مجرم، شرکا و معاونین او مسئولیت کیفری دارند و عواقب سوء رفتار آنان متوجه خودشان است و اعضای خانواده و بستگانشان هیچ گونه مسئولیت کیفری ندارند و نمی‌توان آنان را بازخواست نمود؛ چنان که در «ماده ۵» آیین دادرسی دادگاه‌های انقلاب، قانونگذار مقرر داشته است: «تعقیب امر جزایی فقط نسبت به مباشر، شریک و معاون جرم خواهد بود»، اما در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به طور صریح به اصل شخصی بودن مجازات پرداخته نشده است، ولی برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که این مطلب را می‌توان از:

- اصل ۳۷: «اصل، براءت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر این‌که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد».

- اصل ۳۹: «هتک حرمت و حیثیت کسی که به حکم قانون دستگیر، بازداشت، زندانی یا تبعید شده، به هر صورت که باشد ممنوع و موجب مجازات است».

- اصل ۱۶۹: «هیچ فعلی یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود»، استفاده کرد. اما قانون اساسی افغانستان به طور صریح به اصل شخصی بودن مجازات پرداخته است و در ماده ۲۶ تصریح می‌کند: «جرم یک عمل شخصی است تعقیب، گرفتاری یا توقیف متهم و تطبیق جزا بر او به شخص دیگری سرایت نمی‌کند».

همچنین در قانون جزاء افغانستان بند ۱ «ماده ۲۸» به این مسئله توجه شده است: «شخص از جرمی که نتیجه عمل جرمی او نباشد مسئول شناخته نمی‌شود».

دیگر اینکه قانون اساسی افغانستان تصریح دارد که اصل شخصی بودن در تمامی مراحل دادرسی از تعقیب تا صدور حکم باید رعایت گردد بیانگر جامع و کامل بودن قانون افغانستان نسبت به قانون ایران است.

۵. اصل تناسب در مجازات

وقتی سخن از تناسب در حقوق کیفری به میان می‌آید منظور تناسب میان جرایم و مجازات‌ها می‌باشد که در تمامی نظام‌های حقوقی به عنوان یک اصل پذیرفته شده است؛ تا اینکه عدالت کیفری در زمینه مبارزه با بزهکاری رعایت شود چون هر جرمی باید با مجازات مناسبش دفع شود و عدم تناسب نه تنها باعث کاهش نمی‌شود، بلکه ممکن است باعث افزایش نیز گردد.

رعایت اجرای عدالت کیفری ایجاب می‌کند که قضات مجازاتی را تعیین کنند که با جرائم ارتكابی متناسب باشند؛ البته باید پذیرفت که تناسب میان جرم و مجازات به معنای یک تناسب دقیق و قطعی ریاضی نیست و اگر این گونه باشد اجرای تناسب در خیلی از موارد یا ممکن نیست و یا اگر ممکن باشد مواجه با محذورات اخلاقی است. (مانند جرایم منافی عفت)

این نکته را نباید از یاد برد که عدم امکان رعایت کامل تناسب، نباید باعث شود کل تناسب را رها کنیم، بلکه باید همچنان به دنبال تناسب بود و در عین حال محدودیت‌های آن را نیز پذیرفت؛ چرا که هیچ نظام جزایی کامل و بی نقص وجود ندارد، بنابراین بر اساس اهداف ارتکاب جرم می‌توان جرایم را گروه بندی نموده و بر مبنای این گروه بندی، مجازات متجانس و متناسب با هر گروه را تعیین نمود.

۵. ۱. کتاب:

قرآن کریم به صراحت بیان می‌کند: «...وَمَنْ جَاءَ بِالسَّيِّئَةِ فَلَا يَجْزِي إِلَّا مِثْلَهَا وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ». (انعام: ۱۶۰) هرکسی بدی انجام دهد تنها به مثل آن مجازات می‌شود و ستمی در حق او روا داشته نمی‌شود. علامه طباطبایی در تفسیر این آیه می‌فرماید:

حسنه و سیئه هر کدام از این دو امر جزا و پاداش مناسب خود دارد و ستمی در کار نیست، زیرا جزا باید با عمل مناسب باشد پس کسی که حسنه‌ای انجام دهد مثل آن را دریافت خواهد داشت و مضاعف هم می‌شود، و کسی که سیئه بجا آورد، جزای او مانند عملش، بد خواهد بود و هرگز نباید طمع نیکی داشته باشد. به این ترتیب معنای این آیه به معنای آیه «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا» برمی‌گردد، و مراد آیه بیان مماثلت جزای سیئه با خود سیئه می‌شود نه بیان اینکه جزا یکی است و مضاعف نیست. (طباطبایی، ۱۳۸۳: ۷/۵۳۸)

در آیه دیگری می‌فرماید «...فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...» هر کس به جور و ستمکاری به شما دست دراز کرد او را از پای در آورید به قدر ستمی که به شما شده، بنا بر این اگر قصاص را خداوند تشریح کرده، بدان جهت است که تجاوز در مقابل تجاوز با رعایت برابری اجراء گردد. (طباطبایی،

۱۳۸۳: ۲/۹۲)

۵. ۲. سنت:

امیرمؤمنان علیه السلام بر اساس همین قانون (اصل تناسب) به اصل مقابله به مثل در مجازات مجرم اشاره می‌کند و می‌فرماید: «ردوا الحجر من حيث جاء» (مکارم شیرازی و دیگران، ۱۳۸۸: ۱۴/۵۵۵) سنگ را به هر جایی که آمده، به همان جا بزنید و همچنین امام علیه السلام در نامه ۵۳ خطاب به مالک اشتر نخعی در چند مورد به این اصل پرداخته است:

۱. درباره پاداش نیکو کاران و کیفر بد کاران تا کید می‌ورزد و می‌فرماید: «و لا یكوننَّ الْمُحْسِنُ وَ الْمُسِيءُ عِنْدَكَ بِمَنْزِلَةِ سَوَاءٍ فَإِنَّ فِي ذَلِكَ تَزْهِيْدًا لِأَهْلِ الْأَحْسَانِ فِي الْأَحْسَانِ وَ تَدْرِيْبًا لِأَهْلِ الْأَسَاءَةِ عَلَى الْأَسَاءَةِ وَ الْأَزْمُ كَلًّا مِنْهُمْ مَا الْأَزْمُ نَفْسَهُ». (نهج البلاغه، نامه ۵۳)

هرگز افراد نیکوکار و بدکار در نظرت یکسان نباشند، زیرا این کار سبب می‌شود نیکوکاران به نیکی‌ها بی‌رغبت و بدکاران به اعمال بد تشویق گردند. بنابراین هریک از آن‌ها باید به تناسب عملش پاداش داده شود، چون این پاداش و کیفر نتیجه عملی است که خود آن‌ها برای خود پسندیده‌اند.

۲. درباره کارگزاران دولت در صورتی که مرتکب خیانت شود چنین رهنمود

می‌دهد:

... ثُمَّ تَقَدَّمَ أَعْمَالُهُمْ وَ ابْعَثِ الْعُيُونَ مِنْ أَهْلِ الصِّدْقِ وَ الْوَفَاءِ عَلَيْهِمْ فَإِنَّ تَعَاهُدَكَ فِي السِّرِّ لِأُمُورِهِمْ حَدُودٌ لَهُمْ عَلَى اسْتِعْمَالِ الْأَمَانَةِ وَ الرَّفْقِ بِالرَّعِيَةِ وَ تَحْفَظُ مِنَ الْأَعْوَانِ فَإِنَّ أَحَدًا مِنْهُمْ بَسَطَ يَدَهُ إِلَى خِيَانَةٍ اجْتَمَعَتْ بِهَا عَلَيْهِ عِنْدَكَ أَخْبَارُ عُيُونِكَ اِكْتَفَيْتَ بِذَلِكَ شَاهِدًا فَبَسَطْتَ عَلَيْهِ الْعُقُوبَةَ فِي بَدَنِهِ وَ أَخَذْتَهُ بِمَا أَصَابَ مِنْ عَمَلِهِ ثُمَّ نَصَبْتَهُ بِمَقَامِ الْمَدْلَةِ وَ وَسَمْتَهُ بِالْخِيَانَةِ وَ قَلَّدْتَهُ عَارَ التُّهْمَةِ (نهج البلاغه، نامه ۵۳)

اگر یکی از عمال حکومت و حتی یکی از یاران و همکاران نزدیک زمامدار، دست به فساد و خیانتی زد و گزارشات بازرسان مخفی هم حاکی از تأیید این موضوع بود،

همین گزارشات برای اثبات خیانت آن شخص، کافی باشد، باید بدون درنگ مورد رسیدگی قرار گیرد.

آن گاه امام علیه السلام طرز برخورد رهبر در مقابل افراد خائن را بدین گونه مشخص می‌سازد که:

خائن را به کیفر عملش برسان! حدّ شرعی مناسب با خیانتش را نه کمتر و نه بیشتر بر او جاری کن! خائن را رسوا و بی‌آبرو کن و او را به خاک ذلت و خواری بنشان! داغ خیانت را آشکارا بر پیشانی اش بزن و قلاده ننگ و بدنامی را بر گردنش بیفکن، چندان که در میان مردم انگشت‌نما گردد، تا هم سرنوشت او باعث عبرت دیگران شود و هم دیگر فرصت و امکانی برای خیانت و فساد در میان مردم پیدا نکند.

۳. درباره بازرگانان:

امام علیه السلام در این باره می‌فرماید:

فَأَمْنَعُ مِنَ الْإِحْتِكَارِ فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مَنَعَ مِنْهُ وَ لَيْكِنَ الْبَيْعُ بَيْعًا سَمَحًا بِمَوَازِينِ عَدْلٍ وَ أَسْعَارٍ لَا تُجْحِفُ بِالْفَرِيقَيْنِ مِنَ الْبَائِعِ وَ الْمُبْتَاعِ فَمَنْ قَارَفَ حُكْرَةً بَعْدَ نَهْيِكَ إِيَّاهُ فَتَنَكَّلْ بِهِ وَ عَاقِبْ فِي غَيْرِ إِسْرَافٍ «(نهج البلاغه نامه، ۵۳)

بدان در میان بازرگانان افراد زیادی وجود دارند که بد معامله می‌کنند، بنخیل و به دنبال احتکار منافع‌اند. آنان در پی منفعت خودند و اجناس را به هر بهایی می‌فروشند. سودجویی و گرانفروشی به زیان مردم و موجب عیب‌گیری بر والیان است. از احتکار جلوگیری کن، چرا که رسول خدا صلی الله علیه و آله از آن نهی فرمود و هر کس پس از منع، دست به احتکار زد، او را مجازات کن و عبرت دیگران قرار ده؛ البته در کیفر زیاده روی مکن و متناسب با جرم آن مجازات کن.

از روایات فوق روشن می‌شود که در اسلام یکی از اصول بنیادی و اساسی تناسب جرم و مجازات است اگر کسی مرتکب جرم شد به تناسب جرم او باید مجازات در گرفته شود نه کمتر و نه بیشتر.

۵. ۳. فقه:

یکی از قواعدی که تناسب میان جرایم و مجازات‌ها را از دیدگاه فقهی مطرح می‌کند قاعده «اقامة الحدود الی من الیه الحکم» (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۲۷/۳۰۰) می‌باشد؛ یعنی اجرای حدود به دست حاکم است و اجرای احکام انتظامی اسلام بر عهده کسی است که شایستگی اعمال نظر و حکم کردن را دارا باشد.

این قاعده بر این نکته تاکید دارد که حاکم با توجه به مصالح جامعه اسلامی و در راستای اصلاح بزهکاران حدود الهی را اجراء می‌کند و در این بین، مجازاتی که متناسب با جرم ارتكابی باشد را بر می‌گزیند و آن را اجرا می‌کند تا با اجرای مجازات، به دفع ضرر از جامعه بینجامد. اگر چه حاکم شرع و یا قاضی در تعیین حدود نقش ندارند چون توسط شارع تعیین شده‌اند و تعزیرات هستند که تعیین مقدار مجازات آن‌ها توسط حاکم شرع می‌باشد از این رو اجتهاد فقیه جامع الشرایط از قرآن و روایات به گونه‌ای باشد که مجازات‌ها با جرایم ارتكابی تناسب داشته باشد

۵. ۴. حقوق:

قوانین ایران و افغانستان به طور صریح به این اصل نپرداخته است. این مسئله ناشی از عدم توجه قانونگذاران به اصل تناسب جرم و مجازات است، اما در قوانین عادی شواهدی در این زمینه وجود دارد که مهم‌ترین آن بند ۶ ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۸ است که در سال ۹۲ نسخ شده است؛ بند مذکور یکی از موارد اعاده دادرسی را متناسب نبودن کیفر مورد حکم با جرم به علت اشتباه قاضی می‌داند.

آنچه از این ماده فهمیده می‌شود تناسب قضایی مجازات است، اما آیا برای تناسب تقنینی مجازات با جرم نیز مستندی وجود دارد یا خیر؟ علی‌رغم اهمیت آشکار تناسب در محکومیت کیفری، تا آنجا که نگارنده جستجو کرده است. هیچ متن و ماده مستقلاً به صورت واضح در قوانین برای این منظور پیش‌بینی نشده است؛ اگر چه قانون مجازات اسلامی ۹۲ در ماده ۱۳ تصریح می‌کند «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آنها حسب مورد نباید از میزان و کیفیتی که در قانون یا

حکم دادگاه مشخص شده است تجاوز کند...»، اما هیچ‌گاه توضیح نمی‌دهد که منظور از تجاوز چیست؟ و چه مقدار تناسب نسبت به شدت جرم و درجه مسؤولیت لازم است؟ چنین محکومیت متناسبی می‌تواند قطعی باشد؟ و قاضی در مجازات‌هایی که دارای حداقل و حداکثر هستند بر حسب چه معیاری مجازات متناسب و مطلوب را انتخاب می‌کند؟

اما از آنجا که به موجب اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران کلیه قوانین و مقررات می‌بایست مطابق با شرع باشد، می‌توان تناسب بین جرم و مجازات را استنباط کرد، ولی قوانین افغانستان به اصل تناسب جرم و مجازات نپرداخته است.

از مجموع مطالب می‌توان این نتیجه را گرفت که در قوانین جمهوری اسلامی ایران به طور صریح به این اصل پرداخته نشده است، ولی به طوری ضمنی از برخی اصول قانون اساسی و قوانین عادی اصل تناسب، جرم و مجازات‌ها قابل استفاده است.

نتیجه:

۱. اصل قانونی بودن جرم و مجازات که در کتاب، سنت، فقه و حقوق بیان شده است برای محاکم تکالیف و وظایفی را ایجاد می‌کند که بر اساس آن عملی را می‌توان جرم دانست که قبل ارتکاب آن توسط قانون جرم دانسته شده باشد، بنابراین محاکم نمی‌تواند طبق عرف و عادات، عملی را که در قانون جرم نیست جرم بداند یا تحت تأثیر اوضاع و احوال کسی را مجازات کند و یا از شدت مجازات قانونی بکاهند.

۲. یکی از اصول حاکم بر جرم و مجازات، اصل شخصی بودن آن است. طبق این اصل مجازات مختص شخص مجرم بوده و به نزدیکان و اقربای او سرایت نمی‌کند و این اصل که در نظام عدالت کیفری از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است نتیجه برقراری نظام‌های جدید جزایی می‌باشد.

۳. یکی دیگر از اصول حاکم، اصل تساوی بودن مجازات می‌باشد، یعنی بین جرم و مجازات تعیین شده باید تساوی باشد تا اینکه عدالت کیفری در قبال مبارزه با بزه‌کار رعایت شود؛ بنابراین حاکم اسلامی با توجه به مصالح جامعه در راستای اصلاح بزه‌کاران قانونی را اجرا کند که متناسب با جرم ارتكابی باشد، زیرا عدم تناسب جرم و مجازات نه تنها باعث کاهش جرم می‌شود بلکه ممکن است باعث افزایش آن نیز گردد.

با توجه به نتایج فوق، می‌توان گفت با رعایت این اصول می‌شود حقوق جزا را در چارچوب قاعده‌مند و ضابطه‌دار به اجرا در آورد و از افراط و تفریط در برخورد با مجرم جلوگیری کرد. این اصول و قواعد قبل از به وجود آمدن مکاتب حقوق جزاء، نظام حقوق اسلام به آن رسمیت بخشیده و آن را مورد تأکید قرار داده است که اگر این اصول رعایت گردد تشدید و تخفیف مجازات هیچ‌گونه مغایرتی با اصول حاکم بر حقوق جزا نخواهد داشت.

منابع و مأخذ:

- آخوندی، محمود (۱۳۷۳)، آیین دادرسی کیفری، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، وسایل الشیعه، چ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام.
- خراسانی، محمد کاظم (۱۴۲۷)، کفایة الاصول، چ ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- الزحیلی، وهبه (۱۴۱۸)، التفسیر المنیر، چ ۲، بیروت: دارالفکر المعاصر.
- زهرا افشار منش (۱۳۸۹)، «قاعده وزر و مقایسه آن با اصل شخصی بودن مجازات‌ها»، طالعات قرآنی، ش ۳.

- سرخسی، محمد بن احمد (۱۴۱۴)، المبسوط، بیروت: دارالمعرفة للطباعة والنشر والتوزيع.
- شریف مرتضی علم الهدی (۱۳۴۶)، الذریعة الى اصول الشريعة، تهران: دانشگاه تهران.
- صدر، سید محمد باقر (۱۳۷۳)، دروس فی علم الاصول، الحلقة الثالثة، قم: مؤسسة النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين.
- صدوق، محمد بن علی (۱۳۷۱)، الاعتقادات، تهران: اسلامیه.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۳۸۰)، تفسیر مجمع البیان، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (بی تا)، التبیان فی تفسیر القرآن، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷)، الخلاف، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- عاملی شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۰)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحسّی کلانتر)، ج ۱، قم: کتابفروشی داوری.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۰۷)، کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد، قم: موسسه نشر اسلامی.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، الکافی، ج ۴، تهران: دارالکتب الإسلامیة.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، مقدمه علم حقوق، ج ۱۵، تهران: به نشر.
- محقق داماد، مصطفی (۱۴۰۶)، قواعد فقه، ج دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مفید، محمد بن نعمان (۱۴۳۰ق)، تصحیح اعتقادات الامامیه، تهران: روشنائی مهر.
- مکارم شیرازی، ناصر و دیگران (۱۳۸۸)، پیام امام امیر المؤمنین علیه السلام، ج ۳، قم: امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- موسوی الخویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۴)، مصباح الاصول، نجف: مطبعة العلمیة.
- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۳۰)، قوانین الاصول، بیروت: دارالمرتضی.

- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- النسائی، أحمد بن شعيب أبو عبدالرحمن (۱۹۸۶)، سنن النسائی، حلب، الطبعة الثانية، مكتب المطبوعات الإسلامية.
- هاشمی، محمود و دیگران (۱۴۲۶)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۱، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰)، کتاب العین، ج ۲، قم: هجرت،
- واسطی زبیدی حنفی، محب‌الدین محمد مرتضی (۱۴۱۴)، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- ابن عباد، اسماعیل (۱۴۱۴)، المحيط فی اللغة، ج ۱، بیروت: عالم الكتاب.
- ابن منظور جمال‌الدین، محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، لسان العرب، ج ۳، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- قرشی، سید علی اکبر (۱۴۱۲)، قاموس قرآن، ج ۶، تهران: دارالکتب الإسلامية.
- عبدالقادر، عوده (۱۳۳۳)، التشریح الجنایی، بیروت: دارالکتاب العربی.
- علی آبادی، عبدالحسین (۱۳۵۲)، حقوق جنایی، تهران: بانک ملی.
- نجف‌آبادی منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹)، دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدولة الإسلامية، ج ۲، قم: نشر تفکر.
- معین محمد (۱۳۶۹)، فرهنگ فارسی معین، تهران: امیر کبیر.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳)، لغت‌نامه دهخدا، تهران: سیروس.
- شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، ج ۲، تهران: مجلد.
- اردبیلی، محمد علی (۱۳۸۸)، حقوق جزای عمومی، ج ۲۰، تهران: میزان.