

مبنا و ملاک تعزیر

دکتر محمد مصفر میبب (اده)

(دانشیار گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس)

و دکتر مومن عینی

(استادیار دانشگاه بین المللی امام خمینی)



قسمت پایانی

موجبات اجرای تعزیر از نظر فقهی و حقوق کیفری ایران

حاکم در قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» منصرف از قضات فعلی، که فاقد شرایط مذکورند و صرفاً با اذن ولی فقیه امر قضا را به عهده گرفته‌اند، می‌باشد و قضات مذکور نمی‌توانند با استناد به قاعده فقهی مزبور با مراجعه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی فقهی به وضع جرم و صدور حکم مجازات اقدام کنند.

۵ - ماده (۱۶) قانون مجازات اسلامی، چیزی بیش از یک تعریف ناقص از مجازات تعزیر نیست. از منطوق و مفهوم آن نیز استفاده نمی‌شود که قاضی حق جعل عنوان مجرمانه دارد، خصوصاً که مواد (۲ و ۱۱) آن بر اصل قانونی بودن جرم و مجازات تصریح دارند. پس قاضی نمی‌تواند برای رفتار حرامی که عنوان مجرمانه در قانون ندارد، به استناد تعریف ناقص و کلی تعزیر، تعیین مجازات کند.

۶ - هر چند که اصل (۱۶۷) قانون اساسی، به قاضی اجازه داده است در مواردی که حکم

دعوا در قوانین مدون نباشد به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند؛ اما صرف نظر از آنکه به نظر می‌رسد این اصل منصرف به امور حقوقی است، عموم آن به وسیله اصول (۳۶ و ۱۶۹) قانون اساسی از حیث وضع جرم و مجازات، تخصیص یافته است؛ زیرا اصل (۳۶) مقرر می‌دارد: «حکم به

قاضی نمی‌تواند برای

رفتار مرامی که عنوان

مجرمانه در قانون ندارد.

به استناد تعریف ناقص و

کلی تعزیر، تعیین

مجازات کند

مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». وفق این اصل، که ناظر به امور کیفری است و در آن از کلمه حصر (تنها) استفاده شده است، تنها منبع صالح برای تعیین جرم و مجازات قانون است. بنابراین، با عنایت به اصل مزبور، مشروعیت استناد به اصل (۱۶۷) در امور کیفری تا حدی است که منجر به وضع جرم و مجازات نشود.

همچنین اصل (۱۶۹) قانون اساسی مقرر می‌دارد: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است جرم محسوب نمی‌شود»، به دلالت صریح این اصل، ملاک تعیین جرایم، قانون است به گونه‌ای که هیچ رفتاری مسوق بر وضع قانون، مجرمانه نخواهد بود و اهمیت این اصل تا بدان درجه است که صرف نظر از صلاحیت انحصاری قانونگذار در وضع جرایم، نص و منطوق اصل (۱۶۹) قانون اساسی مانع از آن است که حتی قانونگذار

عادی نیز بتواند رفتاری را قبل از وضع و ابلاغ قانون، جرم و مشمول مجازات قرار دهد. افزوده بر آن، استنباط از اصل (۱۶۷) قانون اساسی آن است که قاضی موظف است در هر صورت در مورد قضیه، حکم لازم را صادر کند و اگر رفتاری در قانون واجد عنوان مجرمانه نیست، نباید به استناد منابع معتبر اسلامی و فتاوای معتبر فقهی، آن را مجرمانه قلمداد کند و به مجازات حکم دهد، بلکه وظیفه او در این هنگام صدور حکم برائت است، اگر چه رفتار از حرمت شرعی نیز برخوردار باشد.

سوالی که در اینجا مطرح می شود این است که، قوانین عادی که به قضات اجازه می دهد در موارد سکوت قانون به منابع اسلامی یا فتاوای معتبر فقها مراجعه کنند، چگونه قابل تحلیل هستند و آیا این گونه قوانین با قانون اسلامی تعارض دارند یا خیر؟ از جمله ماده (۲۹) قانون تشکیل دادگاههای کیفری یک و دو مقرر می دارد: «احکام دادگاههای کیفری باید مستدل و موجه بوده، مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است. دادگاهها مکلفند حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابند و اگر قانونی نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوای مشهور و معتبر، حکم قضیه را صادر کنند؛ دادگاهها نمی توانند به بهانه سکوت یا نقض یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند.»

همچنین ماده (۸) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب مقرر می دارد: «قضات دادگاههای عمومی و انقلاب مکلفند به دعاوی و شکایات و اعلانات موافق قوانین موضوعه و اصل "۱۶۷" قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران رسیدگی کنند و حکم

قضیه مطروحه را، صادر نمایند.» وفق ماده (۹) قانون مزبور: «قرارها و احکام دادگاهها باید مستدل بوده و مستند به قانون یا شرع و اصولی باشد که بر مبنای آن حکم صادر شده است. تخلف از این امر و انشای رأی بدون

استناد قضات کیفری به شرع تا مدی مقبول است که اصل قانونی بودن جرم و مجازات را مفدوش نسازد و الا وضع جرم و مجازات به استناد شرع با اصل بنیادین قانونی بودن جرم و مجازات معارضین بوده و دفع می شود

استناد، موجب محکومیت انتظامی خواهد بود.» همچنین براساس ماده (۲۱۴) ق.آ.د.ع.ا. مصوب ۱۳۷۸: «رأی دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن صادر شده است. دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوای معتبر حکم قضیه را صادر نماید....».

در پاسخ به سؤال بالا، نظریات و تحلیلهای متفاوتی ارائه شده است. پاره ای معتقدند که اصلاح کنندگان قانون آیین دادرسی کیفری به تفاوت اساسی اصول دادرسی کیفری و مدنی توجه نداشته اند و بی دلیل یکی از اصول مختص دادرسیهای مدنی را در قلمرو دادرسی کیفری آورده اند. به هر حال باید این موضوع به نفع متهم تفسیر و گفته شود، منظور

مقنن تنها قوانین کیفری شکلی است، نه قوانین کیفری ماهوی (۱). هر چند این نظر در مورد ماده (۲۸۹) ق.آ.د.ک. است، قابل تسری به ماده (۲۹) ق.ت.د. کیفری یک و دو نیز هست، هر چند قسمت اول این استدلال صحیح به نظر می رسد؛ اما نمی توان نفع متهم را در اختصاص ماده مزبور به قوانین شکلی دانست و چه بسا استناد قاضی به منابع معتبر اسلامی و یا فتاوای مشهور فقهی در مورد قوانین ماهوی نیز متضمن نفع متهم باشد، مضافاً بر آنکه به نظر نمی رسد مقنن چنین منظوری داشته باشد.

ممکن است گفته شود که منظور، موادی از قانون که به منابع اسلامی یا فتاوای مشهور فقها ارجاع داده است، رسیدگیهای حقوقی است و قضات فقط در چنین مواردی حق مراجعه به منابع اسلامی را دارند. در قوانین قبل از انقلاب (ماده ۳ ق.آ.د.م.)، نیز در صورت عدم وجود قانون، قاضی اجازه داشت به روح قانون و عرف و عادت مسلم مردم محل مراجعه کند؛ زیرا دلایل در مسائل حقوقی منحصر به ادله قانونی نبوده و قاضی حقوقی، از هر روشی که او را به حقیقت نزدیکتر سازد استفاده می کند. بنابراین به نظر این دسته، تعارضی بین قوانین عادی با قانون اساسی وجود ندارد.

مراد تدوین کنندگان قانون، چنین تفکیکی به نظر نمی رسد. مضافاً به آنکه رویه قضایی نیز این نظریه را تأیید نمی کند و در مواردی ملاحظه شده است که قضات کیفری، برخی از رفتارهای حرام شرعی را که عنوان مجرمانه ای در قوانین موضوعه ندارند، به استناد فتوای امام خمینی (ره) در ذیل مسئله لواط حد مسکر، جرم دانسته و به تعزیر آن حکم داده اند.

ممکن است گفته شود، مواد مربوط به اصل

قانونی بودن جرم و مجازات، مربوط به عمل قضات مأذون است و موادی از قوانین که به قاضی اجازه مراجعه به منابع اسلامی را داده است، مربوط به قضات مجتهد جامع الشرایط است و قانونگذار خواسته است قانون از این حیث ناقص نباشد و در وضع حاضر که به علت فقدان قاضی مجتهد جامع الشرایط و یا عدم قیام آنها به قضاوت، از قضات مأذون استفاده می‌شود، استناد به منابع معتبر اسلامی ممکن نیست و اگر در آینده مجتهدین جامع الشرایط به امر قضا قیام کنند، به استناد مواد مذکور، می‌توانند از روی ادله فقهی اجتهاد و قضاوت کنند.

ضعف این نظر نیز پیداست؛ چرا که اگر مواد مزبور برای قضات مجتهد جامع الشرایط باشد، ارجاع آنها به منابع اسلامی معتبر، بی‌معناست، ضمن آنکه رویه عملی خلاف این نظر را تأیید می‌کند.

همچنین گفته می‌شود که اصل، رسیدگی به امور کیفری به استناد قانون است و در مواردی که قانونی درمورد قضیه نباشد، برای جلوگیری از هرج و مرج و اختلال نظام، از روی اضطرار و ناچاری، قاضی به منابع معتبر اسلامی مراجعه می‌کند و حکم می‌دهد. اصل (۵۶) ق ۱، نیز در بند ۴ بر اجرای قوانین جزایی مدون و سلامتی تأکید کرده است.

این نظر نیز ضعیف به نظر می‌رسد؛ زیرا اگرچه باید به دعاوی رسیدگی کرد تا از هرج و مرج جلوگیری شود، اما این امر به معنای لزوم صدور حکم مجازات نیست بلکه با فقد قانون باید حکم به برائت داد.

در نهایت به نظر می‌رسد، آنچه از قوانین عادی که توسل قضات را به منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور فقهی در جعل عنوان مجرمانه و تعزیر مرتکبان جایز می‌داند، مخالف اصول (۳۶ و ۱۶۹) و بند ۴

اصل (۱۵۶) قانون اساسی و روح آن می‌باشد و محکوم به بطلان است.

منطوق ماده (۸) قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب، و تصریح قانونگذار بر رسیدگی به شکایات وفق قوانین موضوعه، نیز دلالت بر لزوم مراعات اصل قانونی بودن جرم و مجازات از سوی قضات کیفری دارد. همچنان که ذکر اجمالی اصل (۱۶۷) قانون اساسی در این ماده بدون تصریح بر اختصاص آن به موضوعات خاصی از حقوق، این نظر را تقویت می‌کند که در موضوعات کیفری حکم قضیه باید تنها بر اساس قانون باشد و آنچه‌آن که ماده (۹) قانون مزبور مقرر می‌دارد، استناد

**استناد دادگاه به شرع
مجاز جعل عنوان مجرمانه از
سوی قاضی کیفری نیست و
ناچار باید آن را حمل بر
دعاوی حقوقی و یا مواردی از
موضوعات جزایی کرد که
منافی با اصل قانونی بودن
جرم و مجازات نداشته باشد**

دادگاه به شرع مجوز جعل عنوان مجرمانه از سوی قاضی کیفری نیست و ناچار باید آن را حمل بر دعاوی حقوقی و یا مواردی از موضوعات جزایی کرد که منافاتی با اصل قانونی بودن جرم و مجازات نداشته باشد. به عبارت دیگر، در موضوعات جزایی، استناد قضات کیفری به شرع تا حدی مقبول است که اصل قانونی بودن جرم و مجازات را مخدوش

نسازد و الا وضع جرم و مجازات به استناد شرع با اصل بنیادین قانونی بودن جرم و مجازات معارض بوده و دفع می‌شود و قاضی کیفری را چاره‌ای نیست که با فقد عنوان مجرمانه، حکم به برائت دهد.

۷- با عنایت به پذیرش اصل تفکیک قوا در قانون اساسی جمهوری اسلامی، جعل عنوان مجرمانه به وسیله قضات به استناد منابع اسلامی یا فتاوی فقهی، دخالت در وظایف اختصاصی قوه مقننه و مخالف روح قانون اساسی است.

۸- در قانون مجازات اسلامی، عنوان مجرمانه‌ای با عنوان ارتکاب رفتار حرام نداریم و با فقد عنوان مجرمانه بدیهی است که موضوع مجازات نیز منتفی است. منطوق ماده (۶۳۸) قانون مجازات اسلامی نیز این نظر را تقویت می‌کند. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «هرکس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید علاوه بر کیفر عمل، به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌گردد و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی‌باشد ولی عفت عمومی را جریحه‌دار نماید، فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.»

آنچه در این ماده آمده مربوط به فعل حرامی است که یا ارتکاب آن در انظار و اماکن عمومی و به نحو علنی باشد و یا آنکه به آن عمل حرام تظاهر شود به گونه‌ای که عفت عمومی را جریحه‌دار سازد؛ تنها با تحقق اوصاف مزبور، فعل حرام قابل تعزیر معرفی شده است و با فقدان شرایط مذکور حتی اگر قانون به حرمت رفتار تصریح کرده باشد، موضوع مجازات تعزیری منتفی است؛ مثلاً تبصره ۲ ماده (۱۶۵) قانون مجازات اسلامی مقرر

می‌دارد: «خوردن آب انگوری که خـسود به جوش آمده یا به وسیله آتش یا آفتاب و مانند آن جوشانیده شده است حرام است، اما موجب حد نمی‌باشد». در این تبصره هر چند به حرمت نوشیدن آب انگوری که خود به جوش آمده یا به وسیله آتش و آفتاب و مانند آن جوشانیده شده، اشاره گردیده است؛ اما از این تبصره، مجرمانه بودن این عمل استنباط نمی‌شود و قانونگذار این عمل را جرم نمی‌داند، بلکه قصد داشته است قضاات را به جلوگیری از الحاق آن به مسکرات، دلالت کند و اگر قصد جرم دانستن این عمل را داشته است، عبارت وی نارساست. مؤید این نظر، تصریح قانونگذار به حرمت عمل و عدم ذکر مجازات تعزیری است که در شرع برای اعمال مزبور ثابت است. بنابراین، اگر فردی متهم به نوشیدن آب انگوری شود که جوشانیده شده است، وظیفه قاضی صدور حکم برائت است؛ زیرا هر چند عمل مزبور از حرمت شرعی برخوردار و مشمول عقوبت اخروی است، اما به موجب قانون عنوان مجرمانه‌ای ندارد و قانونگذار نیز مطلق ارتکاب فعل حرام را مجرمانه ندانسته است. در نتیجه، با فقد عنصر قانونی بزه، جرمی متصور نیست تا موضوع مجازات تعزیری مطرح شود و صدور حکم مجازات تعزیری در این مورد برخلاف قانون و محکوم به بطلان است و موارد دیگری که در قانون برای آنها عناوین مجرمانه پیش بینی نشده است، همین طور است؛ هر چند این موضوع حاکی از نقص قانون است و بر مقتن فرض است موارد مذکور را به صراحت در قوانین کیفری بیاورد. بنابراین بانوجه به آنچه گفتیم، به نظر می‌رسد از دید قانون، ارتکاب هر رفتاری هر چند مضر، خطرناک و غیراخلاقی باشد یا از نظر شرعی گناه تلقی شود، قابل مجازات

نیست مگر آنکه قبلاً از طرف قانون به عنوان جرم معرفی و مجازاتی برای آن تعیین شده باشد. اعمال مجازات تعزیری منوط به پیش بینی قانون در مورد رفتارهایی است که از نظر قانون جرم است. پس قاضی کیفری

استنباط از اصل (۱۴۷)
قانون اساسی آن است که
قاضی موظف است در هر
صورت در مورد قضیه، مکم
لازم را صادر کند و اگر رفتاری
در قانون و اجد عنوان
مجرمانه نیست، نباید به
استناد منابع معتبر اسلامی
و فتاوی معتبر فقهی، آن را
مجرمانه قلمداد کند و به
مجازات مکم دهد، بلکه
وظیفه او در این هنگام صدور
مکم برائت است، اگر چه
رفتار از مزمت شرعی نیز
برخوردار باشد

نمی‌تواند به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی مشهور فقهی، عنوان مجرمانه جعل کند و به مجازات تعزیری حکم دهد، چنین اقدامی نه تنها مخالف اصل قانونی بودن جرم و مجازات که مورد قبول قانون اساسی و قوانین عادی قرار گرفته است، می‌باشد، بلکه دخالت در وظایف قوه قانونگذاری است و حکمی نیز که بر این اساس صادر شود محکوم به بطلان است.

نتیجه:

استقبال وجدانه‌های عدالتخواه از محدود کردن اختیارات وسیع و بی‌حد و حصر قضاات، تدوین قانونی که دستگاه عدلیه و دادگستری از آن پیروی کند و پذیرش اصل قانونی بودن جرم و مجازات از سوی قانونگذار ایران، ایجاب می‌کند تا زمانی که رفتاری از نظر قانونی جرم معرفی نشده است، اگر چه خلاف اخلاق و نظم عمومی یا حاکی از داشتن حالت خطرناک مرتکب باشد و از نظر شرعی هم گناه تلقی شود، جرم نباشد و قاضی کیفری در هیچ صورتی حق جعل عنوان مجرمانه نداشته باشد. بنابراین، قاضی نباید حتی به استناد فتاوی معتبر فقهی، عنوان مجرمانه ایجاد کند و به مجازات عملی که در قانون جرم تلقی نشده است حکم دهد. رجوع به دورانی که قاضی بدون وجود قانون به جعل جرم و تعیین مجازات بپردازد، گذشته از آنکه دخالت در وظایف قوه مقننه است، مطرود حقوقدانان طالب نظم و امنیت قضایی است و حکمی نیز که بر این اساس صادر شود، باطل است. ادله شرعی بر اساس قرائت مورد قبول قانون اساسی و دلایل عقلی و نقلی فراوان مؤید این نظر است.

پی نوشت:

۱ - دکتر اخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۲۸.

