



موجبات اجرای تعزیر از نظر فقهی و حقوق کیفری ایران

■ محسن عینی نجف آبادی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق دانشگاه تربیت مدرس □ □

■ دکتر محمدجعفر حبیبزاده

استادیار گروه حقوق دانشگاه تربیت مدرس □ □

چکیده

در حقوق جزای اسلامی، اجرای تعزیر بر موجبات خاصی استوار است که می‌توان دو موجب کلی ارتکاب معصیت و انجام رفتار مفسده انگیز و خلاف مصالح عمومی را نام برد. معصیت شامل انجام محرمات و ترک واجبات است و واجب از نظر فقها اعم از واجب عقلی از جمله مستقلات عقلیه و واجب شرعی است؛ ولی ارتکاب معصیتی قابل تعزیر است که مشمول حد، و از نظر فقه‌های عامه، کفاره نباشد. این گونه معاصی قابل تعزیر است و معصیت از نظر آنها اعم از صغیره و کبیره است.

موجب دوم اعمال تعزیر که با استقرار حکومت اسلامی مطرح می‌شود، ارتکاب رفتاری است که شرعاً معصیت به حساب نمی‌آید؛ ولی متضمن مفسده اجتماعی یا فردی و در نهایت مخل نظم عمومی و انتظام اجتماعی است و حکومت اسلامی به منظور حفظ نظام و جلوگیری از مفساد اجتماعی و اصلاح فرد و جامعه آنها را جرم می‌شناسد و مرتکبین آن را تعزیر می‌کند که در ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی به عنوان جرایم مستلزم مجازات بازدارنده معرفی شده است.

از سوی دیگر، از نظر حقوق کیفری، ملاک اعمال تعزیر ارتکاب رفتاری است که قانون آن را مجرمانه بداند و برای آن تعزیر معین کند. پس نمی‌توان به استناد موجبات فقهی تعزیر، رفتاری را که از نظر قانون جرم نیست هر چند ناپسند و خطرناک باشد مورد تعزیر قرار داد. منطوق اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز مجوز جعل مجرمانه و اعمال مجازات تعزیری براساس

منابع معتبر اسلامی و فتاوی فقها نیست؛ زیرا در قلمرو تعیین جرایم و مجازات‌ها اصل ۳۶ قانون اساسی مخصص و حاکم بر اصل ۱۶۷ است به گونه‌ای که قاضی را موظف می‌کند حکم به مجازات تعزیری را - منحصراً - مستند به قانون کند.

مقدمه

تعزیر شرعی، مجازات و عقوبتی است که غالباً نوع و میزان آن از جانب شارع معین نشده و تعیین آن با توجه به مقتضیات زمان، نوع جرم و شخصیت مجرمان از اختیارات حاکم است.

نظر به اینکه فقهای متقدم امامیه، با مسائل حکومتی برخورد ملموس و مستقیم نداشتند، در کتابهای خود راجع به تعزیر بحث مفصل، استدلالی و مستقلاً نداشت‌اند و مباحث مربوط به تعزیر غالباً به طور اختصار در پایان کتاب الحدود آمده است که منحصر به تشریح قضایا و حکم به تعزیر به استناد سنت معصومین (ع) است (۱). اما بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، مباحث مربوط به قضای اسلامی و از جمله تعزیر از جانب صاحب‌نظران و فقها به طور تفصیلی و در قالب دروس خارج فقه مطرح و اقامه حدود و تعزیرات از وظایف ولی فقیه معرفی شده است (۲). فقهای عامه که در ادوار مختلف تاریخ در شئون مربوط به حکومت دخالت داشته‌اند، از سالیان قبل مباحث مشروحی را به این امر اختصاص داده‌اند، چنان که بحث تعزیر مالی از جمله موضوعاتی است که در بعضی کتابهای فقهی آنها مطرح شده است (۲).

پس از استقرار جمهوری اسلامی در برخی آرای دادگاههای کیفری به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۸۹ قانون اصلاح آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۶۱ و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری یک و دو مصوب سال ۱۳۶۸، رفتاری که در قانون جرم و مستلزم مجازات معرفی نشده است از آن رو که مصداق فعل حرام (معصیت) تلقی شده، جرم و مشمول تعزیر قرار گرفته است. رویه مزبور باعث طرح این سؤال شد که موجبات و ملاکهای اعمال تعزیر از نظر فقهی چیست و مهمتر آنکه، اجرای تعزیر از نظر حقوق جزای ایران، مبتنی بر چه ملاکی است و آیا رویه قضایی مزبور از نظر حقوقی مخدوش است یا خیر؟

این مقاله حاوی تلاشی است برای پاسخگویی به سؤالات مذکور که به اختصار به بررسی موضوعات مربوط به بحث پرداخته است.

۱. موجبات فقهی اعمال تعزیر

در نظام حقوقی اسلام، اعمال هر یک از عقوبتهای شرعی موجب و ملاک خاصی دارد که با حدوث آن ملاک، اعمال مجازات در مورد مرتکب، قابل بررسی است. برای مثال ملاک اجرای حد مُسکر، نوشیدن ماده سکرآور است که با تحقق شرایط آن، حد شرعی در مورد شارب مسکر اعمال می‌شود. مقنن جمهوری اسلامی نیز براساس نگرش فقهی طی موارد ۶۳ الی ۲۰۳ قانون مجازات اسلامی موجبات



اجرای هر یک از حدود شرعی را بیان کرده که از بحث ما خارج است. ویژگیهای مجازات تعزیری و گستره آن، این سؤال را مطرح می‌سازد که ملاک اعمال مجازات تعزیری چیست؟ آیا تعزیر در مورد همه گناهان شرعی که برای آنها حدی معین نشده، ثابت است یا فقط اختصاص به گناهانی دارد که شارع به اجرائی تعزیر در مورد آنها تصریح کرده است؟ در سؤال اول آیا تعزیر مختص گناهان کبیره است یا اعم از آن بوده، شامل گناهان صغیره نیز می‌شود؟ و بالاخره آیا تعزیر فقط در مورد معصیت شرعی قابل اجراست و یا شامل رفتاری که موجب مفسده فردی و اجتماعی شده یا موجب مخالفت با دستورات و فرامین حاکم اسلامی نیز می‌شود؟ با بررسی نظریات فقهای اسلام، چنین نتیجه گرفته می‌شود که اجرای عقوبت تعزیری مانند سایر عقوبتها بر ملاک و موجبات معینی استوار است که عبارت است از: (۱) ارتکاب معصیت؛ (۲) ارتکاب رفتار مفسده‌انگیز.

۱. ارتکاب معصیت

از نظر فقهای اسلام، ارتکاب هر معصیتی مستلزم عقوبت است. در کتابهای فقهی، معصیت به رفتاری گفته می‌شود که شارع مقدس ادای آن را حرام یا ترک آن را واجب کرده است (۳ و ۲). به طور کلی غیر از جنایات مشمول عقوبتهای قصاص و دیه، قول مشهور فقهای امامیه آن است که هر معصیتی مشمول عقوبت حد نباشد قابل تعزیر است. شیخ طوسی می‌گوید:

«هر کس مرتکب معصیتی شود که حدی برای آن تعیین نشده است، تعزیر می‌شود... مانند اینکه به کسی دشنام دهد یا کسی را مورد ضرب قرار دهد» (۴).

محقق حلی در باب حدود از کتاب شرایع می‌فرماید:

«هر کس فعل حرامی را مرتکب شود یا فعل واجب را ترک کند، بر امام، تعزیر او تا اندازه‌ای که به حد نرسد جایز است و تعیین میزان تعزیر با امام است» (۵).

صاحب کتاب تکملة المنهاج می‌گوید:

«من فعل محرما او ترک واجب الهیا عالما عامدا عزره الحاکم حسب ما یراه من المصلحه (۶) یعنی: کسی که از روی علم و عمد حرامی را انجام دهد و یا واجب الهی را ترک کند، حاکم او را به اندازه‌ای که مصلحت می‌بیند، تعزیر می‌کند.

از نظر فقهای عامه نیز تعزیر در مواردی قابل اجراست که برای معصیت حد شرعی یا کفاره تعیین نشده باشد. (۸ و ۷)

عبدالرحمن جزیری از فقهای عامه می‌گوید:

«تعزیر، باب وسیعی است که به حاکم اجازه می‌دهد از آن در مورد هر جرمی که شارع برای آن حد یا کفاره تعیین نکرده، استفاده کند و برای هر طبقه و دسته‌ای از مجرمان مجازات مناسبی همچون زندان، ضرب تازیانه، تبعید و توبیخ و امثال آن را تعیین کند.» (۹)

به طور کلی می‌توان معاصی را از حیث عقوبت آنها به چهار دسته تقسیم کرد:

۱- جنایتی که نسبت به نفس یا عضوی از بدن (طَرْف) واقع می‌شود که حسب مورد مستلزم قصاص نفس، قصاص عضو یا دیه است. در این مورد با صلاحدید قاضی جمع عقوبت تعزیر با قصاص و دیه امکانپذیر است ولی از نظر برخی فقهای عامه، چون تعزیر به منظور اصلاح مجرم است و با قصاص نفس این موضوع منتفی است جمع قصاص نفس و تعزیر ممکن نیست. (۸)

این استدلال ضعیف به نظر می‌رسد، زیرا هدف از اجرای تعزیر فقط اصلاح مجرم نیست و اهداف دیگری مثل تحذیر دیگران از ارتکاب جرم مشابه نیز، مورد توجه است، افزوده بر آن قصاص نفس از حقوق اولیاء دم، ولی اجرای تعزیر غالباً با حقوق جامعه در ارتباط است و نباید منعی در جمع این دو مجازات باشد.

۲- معصیتی که مجازات آن از طرف شارع تعیین شده باشد (حد)، در این نوع از معاصی، اجرای حدّ شرعی کافی است؛ ولی فقهای عامه امامیه مواردی را ذکر کرده‌اند که عقوبت تعزیر و حد جمع می‌شود. مثلاً از نظر فقهای شافعی حدّ شرابخوری، چهل تازیانه است و اگر زاید بر آن مورد حکم قرار گیرد، تعزیر محسوب می‌شود. (۳) فقهای امامیه نیز زنا را در زمان با مکانهای شریف، علاوه بر حد مستوجب تعزیر می‌دانند (۱۰). ماده ۱۰۶ قانون مجازات اسلامی نیز مقرر می‌دارد: «زنا در زمانهای متبرکه، چون اعیاد مذهبی و رمضان و جمعه و مکانهای شریف چون مساجد علاوه بر حد، موجب تعزیر است.»

گاهی رفتاری که مشمول حدّ شرعی است به علت فقدان یکی از شرایط لازم برای اجرای حد، از آن نظر که مصداقی از معصیت است، مستوجب عقوبت تعزیری است. مثلاً چهار مرتبه اقرار به زنا، موج به حدّ زنا و کمتر از آن قابل تعزیر است. (۶)

ماده ۶۸ قانون مجازات اسلامی نیز مقرر می‌دارد: «هرگاه مرد یا زنی، چهار بار نزد حاکم اقرار به زنا کند، محکوم به حدّ زنا خواهد شد و اگر کمتر از چهار بار اقرار کند تعزیر می‌شود.»

۳- دسته‌ای از معاصی مانند ابطال روزه ماه رمضان دارای کفاره‌اند و مجازات حد برای آنها تعیین نشده است، فقهای عامه در جواز تعزیر برای این معاصی اختلاف دارند؛ بعضی تنها قائل به تعیین کفاره‌اند و جمع بین کفاره و تعزیر را جایز نمی‌دانند و برخی دیگر جمع آن دو را جایز می‌دانند. (۳) عبارات فقهای امامیه در این خصوص مختلف است چنان که برخی عقیده برتر از عدم جواز و انحصار مجازات به کفاره می‌دانند (۲) و به نظر بعضی دیگر، کفاره عموماً مشمول تعزیر است، (۲) با وجود این جمعی دیگر به جمع تعزیر و کفاره حکم کرده‌اند چنان که جماع مرد با همسر روزه‌دار خود، را موجب کفاره و بیست و پنج تازیانه به عنوان تعزیر می‌دانند. (۱۱)

۴- از نظر فقهای عامه، ارتکاب معصیتی که برای آن حد یا کفاره تعیین نشده، مشمول تعزیر است مانند سرقتی که در آن مال مسروق از نصاب شرعی کمتر باشد (۸)، ولی فقهای امامیه به موضوع کفاره اشاره‌ای نکرده‌اند و به طور کلی ارتکاب معصیتی را که مشمول حدّ شرعی نباشد قابل تعزیر می‌دانند (۱۲ و ۲) و معتقدند در این حکم از نظر نص و فتوی، اخلاقی میان فقها نیست. (۱۳)



معصیت از نظر آنها اعم از ترک واجبات و انجام محرمات است و ترک واجب از نظر برخی اعم از واجب عقلی مثل رد امانت و قضای دین و واجب شرعی مثل اقامه نماز و پرداخت زکات است. (۱۳ و ۱۴)؛ چنانچه فرقی نیست که معصیت نسبت به خداوند یا نسبت به حقوق مردم یا هر دو باشد. بسیاری از فقهای متقدم و متأخر، اعمال تعزیر را در مطلق آن دسته از معاصی که مشمول حد (یا كفاره) نیست ثابت می‌دانند و از ظاهر عبارات آنها استفاده می‌شود که تعزیر اختصاص به موارد منصوص ندارد؛ (۶) چنان که از تعزیری که معصوم (ع) در مورد هجو و تمسخر دیگری معین کرده است، با الغاء خصوصیت استفاده کرده‌اند که هر رفتاری موجب انیت و آزار مسلمانی شود و مشمول حد شرعی نباشد قابل تعزیر است (۱۵) و یا با استناد به روایات مستفیض وارده دال بر اینکه «خداوند عزوجل برای هر چیزی حدی مقرر کرده است و برای هر کسی که از حدی از حدود خداوند عزوجل تجاوز کند نیز حدی قرار داده است» (۱۶)، معتقدند چون مجازات تجاوز از حدود الهی منحصر به حد شرعی نیست، پس شامل تعزیر نیز خواهد شد و با استفاده از عموم اینگونه روایات به ثبوت تعزیر در مورد همه معاصی حکم کرده‌اند. (۲)

اجرای تعزیر در گناهان کبیره و صغیره

آیا ارتکاب هر معصیتی اعم از صغیره و کبیره در صورتی که مشمول حد شرعی نباشد قابل تعزیر است؟ به عبارت دیگر آیا تعزیر فقط شامل معاصی کبیره است یا گناهان صغیره را نیز شامل می‌شود؟ از خلاصه عبارات برخی از فقها استفاده می‌شود که تعزیر شامل آن دسته از معاصی کبیره و صغیره‌ای می‌شود که برای آن حد و كفاره‌ای تعیین نشده است. (۳ و ۵) و بعضی از فقها نظیر امام خمینی شمول تعزیر بر معاصی صغیره و کبیره را منوط به تحقق اجماع بر تحریم آنها می‌داند (۱۷)، اما بعضی دیگر اختصاص تعزیر به گناهان کبیره را مبنی بر اجماع علما و صراحت نصوص وارده می‌کنند و معتقدند که آن در مورد تمام تخلفات و گناهان کبیره، اعم از انجام حرام یا ترک واجب که از کسی عالماً و عامداً سر می‌زند، قابل اجراست. (۱۸)

برخی از فقها همچون صاحب جواهر، به استناد آیه ۳۱ سوره نساء (إِنَّ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَرٌ لَكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ) معتقدند چون خداوند وعده چشمپوشی از گناهان صغیره را به اجتناب کننده از گناهان کبیره داده است، نمی‌توان قائل به تعزیر معاصی صغیره شد، خصوصاً که مرتکب گناهان صغیره، عدالت خود را از دست نداده و محکوم به فسق نمی‌شود (۱۳)، و بر همین مبنا به نظر برخی «ارتکاب صغیره در صورتی موجب تعزیر است که از گناهان کبیره اجتناب نکند و در صورت اجتناب از آن موجب تعزیر نیست. (۱۹) و به نظر برخی صاحب‌نظران ثبوت تعزیر در مورد تمامی معاصی صغیره و کبیره‌ای که مشمول حد نباشد فاقد نص و دلیل روشن است و از کتاب و سنت نمی‌توان دلیلی بر آن اقامه کرد. (۱۵)

در مقابل نظریات مذکور، برخی از فقها معتقدند که تعزیر در مورد ارتکاب تمامی معاصی، اعم از

صغیره و کبیره، قابل اعمال است و استناد به آیه ۳۱ سوره نساء مانع از قبول این نظر و تعزیرگناهان صغیره نمی‌شود؛ زیرا فرض آن است که گناه صغیره نیز حرام و مبعوض شارع است و آیه مورد استناد هم بر چشمپوشی و عفو گناه صغیره در آخرت دلالت می‌کند، بنابراین با جواز تعزیر در مورد ارتکاب گناهان صغیره منافاتی ندارد زیرا تعزیر خود، وسیله‌ای برای جلوگیری مجرم از تکرار گناه و هشدار است به دیگران که مرتکب گناه نشوند و شمول و عموم قول پیامبر (ص) که فرمود: «خدا برای هر چیزی حدی قرار داده است و برای کسی که از این حد تجاوز کند نیز حدی معین کرده است»، نیز دلالت بر عدم اختصاص تعزیر به گناهان کبیره می‌کند. (۲)

با عنایت به آنچه گفته شد و اینکه در اسلام امر به معروف و نهی از منکر از مهمترین فرائضی است که موجب صیانت افراد و جامعه از آلودگیها و رذائل و سقوط در پرتگاههای اخلاقی می‌گردد؛ سیره بنی‌اکرم (ص) و حضرت علی (ع)، بعنوان راهبرانی که علاوه بر هدایت معنوی جامعه و ارشاد اخلاقی امت، زمامدار و خلیفه مسلمین نیز بودند، حاکی از آن است که ایشان به این دو نهاد و فریضه شرعی اهتمام تام داشتند و برای حفظ جامعه اسلامی از کژیها، شخصاً به عنوان یک محتسب به ارشاد و تنبیه متخلفین می‌پرداختند یا برای این امر مهم نائب می‌گرفتند؛ (۲) اجرای این امر اختصاص به گناهان خاصی نداشت و حتی شامل مسائلی چون اختلال امر بازار می‌شده است. (۱۶ و ۲۰) از طرف دیگر تعزیر، حسب نظر بسیاری از فقها، خصوصاً فقهای عامه، دارای مفهوم مطلق و وسیعی است که هدف از اجرای آن منع و تأدیب افراد بشر است و مراتبی دارد؛ از این رو منحصر در مصداق خاصی نیست بلکه توبیخ، تعنیف، اعراض از متخلف و... نیز نوعی تعزیر تلقی می‌شود و می‌توان از این مراتب با توجه به نوع معصیت و شخصیت مجرم استفاده کرد، (۲۱ و ۲۲) چنان که برخی استفاده از مصادیق شدید تعزیر را منوط به نهی و توبیخ مجرم دانسته‌اند (۲۳) و ظاهر عبارات فقها نیز دلالت بر رعایت مراتب تعزیر خصوصاً با توجه به معصیت ارتكابی و شخصیت مجرم دارد؛ (۲۳ و ۲۴) قانون مَصْرَح مجازات اسلامی که در مواد ۴۳ و ۵۲ به شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم و تأدیب از وعظ و توبیخ و تهدید و درجات تعزیر مبتنی بر همین نظر است.

با توجه به سیره رسول اکرم (ص) و حضرت علی (ع) اجرای تعزیر، ارتباط تنگاتنگ با تشکیل حکومت اسلامی دارد، و حکومت، از آن در ممانعت از هر آنچه که فرد و جامعه را از اعتدال خارج می‌سازد و عصیانی علیه حقوق خداوند و مردم به شمار می‌رود، استفاده می‌کند؛ و از این نظر نمی‌توان آن را محصور در معاصی خاصی دانست، بلکه چه بسا بیان خوابی که حیثیت و عواطف یک شخص را مورد تعرض قرار می‌دهد و باعث اذیت انسانی می‌شود، به وسیله والی اسلامی مستحق تعزیر می‌شود؛ چنان که در حدیث است که شخصی به داد خواهی به محضر حضرت علی (ع) آمد و عرض کرد این مرد نسبت بدی به من می‌دهد و می‌گوید در خواب دیده که با مادر من عمل منافی عفت به جا آورده است، امام (ع) فرمودند: خواب همچون سایه است، هر گاه بخواهی، سایه او را به خاطر تو تازیانه می‌زنم، سپس فرمودند، ولی من او را تأدیب می‌کنم تا این سخنان را تکرار نکند و مایه آزار مسلمانان را فراهم نسازد. (۱۶)



بنابراین تعزیر به عنوان یک عقوبت شرعی، وسیله‌ای برای منع و زجر مجرم از تکرار معصیت و اصلاح اوست، و موجب جلوگیری سایرین، از ارتکاب هر آنچه مبغوض شارع است می‌شود، و در نهایت ضامن اصلاح جامعه است. توانایی حکومت اسلامی در اداره جامعه براساس ضوابط و احکام اسلامی ایجاب می‌کند که اجرای تعزیر، منحصر به معاصی کبیره نباشد و هر معصیتی که موجب تجاوز به حقوق افراد و جامعه می‌شود، صرف نظر از آنکه گناه صغیره باشد یا کبیره، با واکنش و عقوبت تعزیری مناسب روبرو شود.

۲. ارتکاب رفتار مفسده انگیز و خلاف مصالح عمومی

گفتیم آنچه در کلام فقها به عنوان اولین موجب و ملاک تعزیر آمده است، ارتکاب معصیتی است که برای آن حد (و کفاره) تعیین نشده است، اما در قلمرو زندگی مسلمانان غیر از آنچه که حدود الهی نام دارند، حفظ نظم اجتماعی، رعایت مصلحت عامه و جلوگیری از رفتار مفسده انگیزه مخل انتظام امور و تنبیه متعرضان به حقوق جامعه نیز، از وظایف حاکم اسلامی است و جای شک نیست که رسیدن به اهداف مذکور تنها با مجازات گنهکاران ممکن نیست و بر عهده حاکم اسلامی است که هر آنچه موجب اختلال در نظم جامعه و تجاوز به حقوق عمومی می‌شود را منع و مرتکبان آن را مجازات کند.

به غیر از رفتارهایی که حسب موازین شرعی، مشمول عقوبتهای قصاص، دیه و حد تعزیر هستند، مقتضیات زمانی و مکانی، لزوم حسن اداره جامعه و برقراری نظم و امنیت اجتماعی ایجاب می‌کند رفتارهایی که منجر به مفسده اجتماعی می‌شود، اگرچه از نظر احکام اولیه معصیت نباشند، جرم تلقی و مستلزم مجازات شناخته شوند. در این گونه موارد هر چند امر یا نهی‌ای از جانب شارع وارد نشده است و عصیانی علیه الزامات و نواهی شرعی وجود ندارد، ولی ارتکاب این گونه رفتارها، مفساد و نتایج نامطلوبی را به دنبال دارد که حکومت اسلامی به منظور صیانت اجتماع و پاسداری از حقوق عامه، ناچار است آنها را جرم بداند و برای مرتکبان آن مجازات تعیین کند؛ زیرا هدف از تأسیس حکومت، تنظیم روابط اجتماعی و اصلاح جامعه، جبران انحرافات، گسترش معروف و ریشه‌کن کردن فساد و منکر است و حاکم مشرف بر جامعه می‌تواند، و بلکه بر وی واجب است، که هر چه را به صلاح جامعه و نظام می‌داند در چارچوب قوانین کلی اسلام، به مورد اجرا گذارد و برای جلوگیری از فساد و انحراف در جامعه مقررات لازم را وضع کند. (۲) اگر حاکم اسلامی از چنین حقی محروم باشد، مردم بر ارتکاب معاصی و هتک حرمتها جرأت پیدا می‌کنند و امنیت اجتماعی و مصالح عامه به خطر می‌افتد و در نتیجه مبانی حکومت متزلزل شده، مشروعیت آن مخدوش می‌شود.

بداخت این امر تا حدی است که پاره‌ای از فقها و صاحب‌نظران که تعزیر را به مقتضای اصل اولی و عدم اطلاق و عموم ادله نقلی مربوط به تعزیر، منحصر به موارد منصوص در شرع می‌دانند یا ادله نقلی را منحصر به ارتکاب معاصی می‌کنند، معتقدند که اعمال تعزیر در آنچه که موجب اذیت مردم، اختلال در نظام، هتک حرمتها، فساد در امور جامعه، ضعف امنیت و اعتماد مردم به یکدیگر می‌شود، جایز

است (۲۵) و یا حسب اعتبارات عقلی، اعمال تعزیر برای انجام خلافهایی که علیه فرامین و دستورات حکومتی صورت می‌گیرد را تجویز کرده و معتقدند چون اسلام اهتمام تام، به حفظ انتظام امور دارد، طبیعی است که حکومت می‌تواند از هر رفتار خلاف شرع و یا موازین تعیین شده به وسیله آن که موجب فساد و هرج و مرج می‌شود و اسباب اخلال در امور اقتصادی، سیاسی و اجتماعی را فراهم می‌آورد، جلوگیری کند تا اجتماع سالم بماند. (۲۶)

علی‌هذا حسب بررسیهای به عمل آمده، بر خلاف فقهای عامه، از فقهای امامیه، بحث استدلالی و مستقلی در خصوص موجب و ملاک و ارائه نشده است و تنها می‌توان از بعضی اقوال فقهای امامیه آن را استنباط کرد چنان که برخی از فقها همانند شهید اول و شیخ بهایی در مقام بررسی تفاوت حد و تعزیر می‌گویند که: تعزیر تابع عمل مفسده انگیزه است، برخلاف حد که تابع معصیت است. (۱۱ و ۲۷)

از برخی عبارات فقها استفاده می‌شود که می‌توان از عقوبت تعزیری برای قطع ریشه فساد بهره برد، به عنوان مثال قبل انسانی به وسیله صغیر و مجنون را به دلیل عدم تکلیف آن دو مستوجب قصاص ندانسته و تنها برای از بین بردن تجزی آن دو (حسماً للجراته)، مستحق تأدیب می‌دانند (۱)، همچنان که از نظر فقها، اعمال مجازات تعزیری برای استعمال آنچه که موجب تغیر عقل می‌شود (مانند بنگ و شوکران) به خاطر فساد آنهاست. (۲۸)

از نظر برخی از فقهای متأخر امامیه، حکومت اسلامی می‌تواند هر قانونی را که مطابق با مصلحت نظام است وضع و ناقضان آن را تعزیر کند، (۱۹) همچنان که قاعده فقهی حفظ نظام عباد، تأسیس مهمی است که حاکم اسلامی می‌تواند از آن برای تعزیر متخلفان و متجاوزان به نظام بهره گیرد. (۶)

به موجب نظر فقهای عامه، «التعزیر للمصلحة العامة»، یک تأسیس فقهی است. بر این اساس، در شریعت اسلام، در ارتکاب معاصی اصل بر اجرای تعزیر است، لکن شریعت به طور استثنایی اعمال تعزیر در غیر معصیت، یعنی مواردی که به تحریم آن تصریح نشده است، را نیز جایز می‌داند به شرط آنکه مصلحت عامه، اقتضای تعزیر را داشته باشد. در این مورد رفتار ارتكابی به خودی خود حرام نیست، بلکه به خاطر وصف خاص، حرام می‌شود. پس اگر رفتار مرتکب متصف به وصف مورد نظر شد، حرام خواهد بود الاً مباح است؛ وصفی که علت مجازات است عبارت از اضرار به مصلحت و نظم عمومی است، هر گاه این وصف در رفتار مرتکب وجود داشت، مستحق مجازات خواهد بود و حاکم باید او را به یکی از مجازاتهای تعزیری که آنرا مناسب تشخیص می‌دهد، محکوم کند. تأسیس مزبور در فقه عامه مبتنی بر این قاعده است که: ضرر خاص برای دفع ضرر شدید عام تحمل می‌شود و برای رفع ضرر خفیف باید آن را تحمل کرد. (۲) و (۸)

بنابراین موجب و ملاک دوم عقوبت تعزیری، ارتکاب رفتاری است که علی‌رغم آنکه شرعاً معصیت نیست ولی متضمن مفسده عمومی و مخل انتظام امور جامعه است و حکومت اسلامی به منظور حفظ نظام و جلوگیری از مفسد اجتماعی و اصلاح جامعه، آنها را جرم می‌شناسد و برای مرتکبین آن مجازات تعیین می‌کند. قبول این ملاک وابسته به مشروعیت حکومت اسلامی ناشی از ولایت امر است و الاً مجالی برای بحث نمی‌یابد.



تعزیر و مجازاتهای بازدارنده

گفتیم که یکی از موجبات اعمال تعزیر، ارتکاب رفتاری است که از جانب حکومت اسلامی به خاطر مفسده مترتب بر آن و به منظور مراعات مصالح عمومی، ممنوع شده است و مرتکب آن مشمول مجازات قرار می‌گیرد.

سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا چنین مجازاتهایی مشمول عنوان تعزیر است و یا عقوبتی خاص است که هیچ یک از احکام حدود و تعزیرات شامل آن نیست.

به نظر عده‌ای از فقها، عقوبت‌هایی که حاکم اسلامی به منظور حفظ مصلحت عمومی و جلوگیری از فساد در جامعه تعیین می‌کند، از نوع عقوبت تعزیری نیست؛ زیرا تعزیر، عقوبتی است که در مورد عاصی، یعنی کسی که نسبت به احکام شرع عصیان و تمرد کرده است، جاری می‌شود، به عبارت دیگر مجرای تعزیر منحصرأ تخلف از احکام شرعی است، اما در عقوبتی که به خاطر حفظ مصلحت جامعه و جلوگیری از مفسد فردی و اجتماعی اعمال می‌شود لازم نیست عصیانی نسبت به احکام شرع صورت گیرد و از این رو بعضاً چنین عقوبتی را مجازات بازدارنده و یا تعزیر حکومتی نامیده‌اند. برخی دیگر از فقها این عقوبت را تعزیر می‌دانند، زیرا به اعتقاد آنها تعزیر به معنای تأدیب و تنبیه است و آن در مورد کسی اجرا می‌شود که مرتکب رفتار ناشایستی شود، خواه نسبت به امر شارع و یا حاکم عصیان کرده باشد؛ ضمن اینکه از جمله وظایف حکومت مشروعی که دارای ولایت شرعی است حفظ نظام و مصالح عامه است و این مهم جز با استقرار نظم و قانون و رسیدگی به تخلف متخلفان و تنبیه آنها امکانپذیر نیست. (۲۶)

ممکن است گفته شود موجبات اجرای تعزیر، ارتکاب معصیت و یا رفتار مفسده انگیز است و تعزیر حکومتی و یا مجازاتهای بازدارنده، صرفاً در قبال ارتکاب خلاف مقررات و نظامات دولتی اجرا می‌شود؛ اگرچه مفسده‌ای بروز نکند. به عنوان مثال عمل کسی که بدون گواهینامه، رانندگی می‌کند یا کسی که واقعه ازدواج را به ثبت نمی‌رساند، موجب ایجاد مفسده‌ای نمی‌شود، بلکه از آن نظر که این رفتار مخالف با نظامات دولتی است، جرم و مستلزم مجازات است.

تفکیک اخیر بیشتر ذهنی به نظر می‌رسد، از این رو نمی‌توان معیار دقیقی را در این خصوص ارائه داد. اینکه رفتاری که متضمن مفسده است، مشمول مجازات بازدارنده و یا تعزیر حکومتی است، ملاک دقیقی نیست؛ زیرا باید معیاری نیز برای مفسده وضع کرد که با توجه به مکاتب فکری و همچنین اقتضای مکان و زمانی که رفتار مفسده انگیز در آن انجام می‌گیرد، مشکل است. ضمن اینکه گاهی در نظامات دولتی نیز مصالحی نهفته است که صرف نقض آنها نتایج نامطلوبی را برای افراد و جامعه، اگرچه در زمانی دورتر، در بر دارد؛ از این رو رفتار مزبور، مفسده انگیز است هر چند مشمول مجازات بازدارنده معرفی شود، به همین دلیل معیار مذکور توجیه‌پذیر به نظر نمی‌رسد.

با استفاده از نظریات برخی از فقها، عقوبتی که به وسیله حکومت اسلامی برای مرتکبان رفتارهای خلاف مصالح و نظم عمومی وضع می‌شود، تعزیر است، (۱۹) در مقابل این نظر، امام خمینی (ره) فرامین

و دستورات حکومتی و یا به عبارتی احکام سلطانیه را در احکام اولیه می‌دانست و عقوبتی را که برای نقض این فرامین تعیین می‌شد، مجازاتهای باز دارنده می‌نامید. این نظر از پاسخ ایشان به استفتای مطروحه به دست می‌آید:

- سؤال: برای اداره امور کشور قوانینی در مجلس تصویب می‌شود، مانند قانون قاچاق کمرکات و تخلفات رانندگی، شهرداری و به طور کلی احکام سلطانیه و برای عمل مردم به این قوانین مجازاتهایی برای متخلفان در قانون تعیین می‌کنند، آیا این مجازاتها از باب تعزیر شرعی است و احکام شرعی تعزیرات از نظر کم و کیف بر آنها بار است یا قسم دیگر است و از تعزیرات جدا هستند و اگر موجب خلاف شرع نباشد باید به آنها عمل کرد؟ - پاسخ: احکام سلطانیه که خارج است از تعزیرات شرعیه، در حکم اولی است؛ متخلفین را به مجازاتهای بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می‌توانند مجازات کنند (۱۷). مبنای هر یک از عقوبت‌های مذکور، همانا جعل حکومت اسلامی به نظر می‌رسد، که به خاطر مصلحت عموم و دفع فساد، رفتاری را جرم شناخته، برای آن مجازات تعیین می‌کند و حسب اعتبار، به آن تعزیر حکومتی و مجازات بازدارنده یا مطلق تعزیر می‌گویند؛ ولی با توجه به اینکه گفتیم موجبات تعزیر در کلام فقها شامل ارتکاب معصیت و رفتار مفسده‌انگیز و ممنوع از جانب حکومت اسلامی است. بنابراین باید این نوع از عقوبت‌ها را تعزیر تلقی کنیم هر چند که در زبان قانون مجازات اسلامی به عنوان مجازاتهای بازدارنده معرفی شده است.

۲. ملاک اجرای تعزیر در حقوق ایران

در مباحث قبلی گفتیم ملاک اعمال تعزیر اعم از ارتکاب معصیت شرعی و رفتار مفسده‌انگیز است. اکنون این سؤال مطرح می‌شود که شرایط اجرای تعزیر در مقررات موضوعه جمهوری اسلامی ایران چیست؟ آیا اعمال تعزیر منوط به پیش‌بینی قانون، در مورد جرایم مخصوص است یا می‌توان با استناد به ملاکهای فقهی تعزیر، ارتکاب هر معصیتی را مشمول تعزیر دانست و قائل به تعزیر هر عمل محرم شرعی شد.

مقبولیت هر یک از این دیدگاهها، منوط به پذیرش اصولی، مانند اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که حقوق جزا اعتبار خود را مدیون آنهاست و ردّ تعصیف این اصول، بر اعتبار نظام قضایی لطمه جبران ناپذیری را وارد می‌کند که بی‌ثباتی، و تجاوز به محدوده آزادیهای فردی نتیجه بی‌اعتبار اصول مورد اشاره است.

به موجب اصل قانونی بودن جرم و مجازات، رفتار انسان هر چند که زشت و غیر اخلاقی یا زیانبخش و خطرناک باشد، تا وقتی که از جانب قانونگذار به عنوان جرم معرفی نشده و کیفر قانونی برای آن تعیین نشده باشد؛ جرم و قابل مجازات نیست و افراد در ادا یا خوداری از ادای آنها آزادند، چون اصل بر اباحت اعمال است مگر آنکه حکمی صادر شود و رفتاری را جرم بداند.

اصل قانونی بودن جرم و مجازات، که خواست طبیعی بشر است، در حقوق بسیاری از کشورها از



جمله ایران پذیرفته شده و اجمالاً در اصول مختلف قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مورد قبول قرار گرفته است. اصل ۳۶ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد» همچنین اصل ۱۶۹ مقرر می‌دارد: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است، جرم محسوب نمی‌شود».

در قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۶۱، اصل قانونی بودن جرم و مجازات پیش‌بینی شده بود و به دنبال آن قانونگذار در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ مقرر کرده است: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود.» بنابراین مقررات جمهوری اسلامی ایران اصل قانونی بودن جرم و مجازات پذیرفته شده است و روح قانون اساسی و دلالت ضمنی برخی از اصول آن، همچنین صراحت قانون مجازات اسلامی، مجال هر گونه شک و شبهه‌ای را از میان می‌برد. (۲۹)

با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، از نظر حقوقی مسؤلیت کیفری مبتنی بر انجام رفتار مجرمانه‌ای است که قانون برای آن مجازات تعیین کرده است. بنابراین اگر شخصی مرتکب گناه کبیره‌ای مثل دوزخ شود هر چند که از نظر شرعی مستحق عقوبت اخروی است؛ ولی از آن رو که مرتکب رفتار مجرمانه پیش‌بینی شده در قانون نشده است، مجازات نخواهد شد.

منظور از رفتار مجرمانه، اعم از انجام فعلی است که مورد نهی قانونگذار قرار گرفته باشد مثل سرقت و قتل یا ترک فعلی که مورد امر قانونگذار قرار گرفته است؛ مانند استتکاف از احقاق حق به وسیله قاضی دادگاه، همچنین منظور از مجازات اعم از حد، قصاص، دیه و تعزیر و مجازات باز دارنده است. اگر ارتکاب سرقت با اجتماع شرایط آن مشمول اجرای حد قرار می‌گیرد، از آن روست که از نظر قانون جرم بوده و مستلزم مجازات معرفی شده است و اگر جرایم جعل یا خیانت در امانت مشمول مجازات هستند از آن روست که قانون آنها را جرم دانسته و مشمول مجازات قرار داده است، در غیر این صورت از نظر قانونی جرم و مجازاتی متصور نیست.

با عنایت به اینکه قانون مجازات اسلامی براساس موازین فقه اسلامی تصویب شده است، این موضوع قابل طرح است که آیا بجز جرایمی که از نظر قانون، مشمول مجازات قرار می‌گیرند، چنانچه رفتاری از نظر قانونی جرم و مستلزم مجازات نباشد؛ ولی داخل در عنوان کلی محرمات شرعی باشد، از نظر قانونی قابل تعزیر است یا خیر؟ به عبارت دیگر آیا در این گونه موارد می‌توانیم از اصل قانونی بودن جرم و مجازات عدول کنیم و یا عنایت به موازین شرعی آنها را جرم و قابل تعزیر تلقی کنیم؟ مثلاً در قانون مجازات اسلامی برای خرید و فروش گوشت خوک از جانب مسلمانها عنوان مسجرمانه‌ای پیش‌بینی نشده است؛ اما از آن نظر که رفتار مزبور داخل در عنوان معصیت است، از نظر شرعی قابل تعزیر است. آیا از نظر قانونی، قاضی می‌تواند رفتار مزبور را جرم بداند و برای آن تعزیر تعیین کند؟ به طور کلی در این خصوص دو نظر وجود دارد که به توضیح آن می‌پردازیم:

جمعی از صاحب‌نظران معتقدند، مواردی که رفتاری شرعاً معصیت است هر چند در قانون برای آن

مجازات پیش‌بینی نشده باشد، قاضی می‌تواند مرتکب را به مقداری که مصلحت می‌بیند تعزیر کند و برای این اعتقاد خود به دلایل ذیل استناد می‌کنند: (۳۰)

۱- براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی باید حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر نیافت با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا اجمال یا تعارض قوانین از صدور حکم استنکاف کند، بنابراین اگر رفتاری در قانون عنوان مجرمانه قابل مجازات نداشته و در آن مورد ساکت باشد، قاضی می‌تواند با استناد به اصل فوق و با توجه به فتاوی معتبر فقهی و از آن نظر که این گونه اعمال، شرعاً علمی حرام است، مرتکب را تعزیر کند؛ همچنان که برخی از قضات دادگاه، در چنین مواردی با استناد به ذیل مسأله چهار لواحق حد مسکر از جلد دوم تحریر الوسیله امام خمینی، این گونه رفتارها را قابل تعزیر می‌دانند.

۲- ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری یک و دو مصوب ۱۳۶۸ بر اصل فوق تأکید دارد و قاضی در موارد مرقوم با استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند؛

۳- ماده ۱۶ قانون مجازات اسلامی در مقام تعریف مجازات تعزیری است، و حکم خاصی برای مجازات جرم معین ندارد، بنابراین در مواردی که به موجب قانون خاص، برای جرمی مجازات تعیین شده است، الزاماً باید به همان قانون استناد کرد، در غیر این صورت چنانچه قانونی در این زمینه نباشد و موردی پیش آید که به نظر قاضی تعزیر مرتکب، لازم آید، می‌تواند به استناد ماده مزبور، حکم به تعزیر دهد.

۴- قاعده کلی «التعزیر بمایراه الحاکم» نیز مؤید دلایل فوق است.

به نظر این گروه استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر فقهی، به منزله استناد به قانون تلقی می‌شود و نویسندگان قانون اساسی و قوانین عادی، منابع مزبور را در طول قوانین مدون جزایی، از منابع حقوقی به حساب آورده‌اند و بدین لحاظ استناد قاضی به این گونه منابع مغایر با اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیست.

ممکن است قائلان این نظر برای تأیید ضمنی نظر خود به رأی وحدت رویه شماره ۲۵ مورخ ۶۶/۱۰/۲۵ استظهار کنند، مطابق مفاد رأی مزبور، هر چند قانون حدود و قصاص قبل از وقوع قتل‌های عمدی در سال ۱۳۶۰ قانون لازم‌الاجرا نبوده است؛ ولی از آن نظر که حکم قصاص از احکام اولیه اسلامی است، هیأت عمومی دیوان عالی کشور ماده ۶ قانون راجع به مجازات اسلامی را (ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی با مسامحه) منصرف از آن می‌داند و بدین ترتیب دامنه اصل قانونی بودن جرم و مجازات در برابر احکام و موازین اولیه شرعی محدود می‌شود. (۳۱) استدلال‌های مذکور قابل ایراد به نظر می‌رسد. در مواردی که رفتاری در قانون عنوان مجرمانه ندارد، جرم نبوده، قابل مجازات نیست، هر چند که برای اجتماع مضر و خطرناک یا خلاف اخلاق باشد، و از نظر شرعی معیت تلقی شود، قاضی نمی‌تواند به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی فقهی معتبر، عنوان مجرمانه قابل تعزیر ایجاد کند زیرا:



۱- اصل قانونی بودن جرم و مجازات که مورد قبول بیشتر ملل متمدن است، ایجاب می‌کند تنها رفتاری جرم باشد که قانون بدان تصریح و برای آن مجازات تعیین کرده باشد، زیرا منافع افراد و اجتماع در پذیرش این اصل است و موجب ثبات و امنیت در جامعه می‌شود. این اصل سابقه فقهی نیز دارد؛ قاعده قبح عقاب بلا بیان از قواعد مسلّم و مشهور فقهی است؛ براساس قاعده مذکور مجازات افراد قبل از بیان و ابلاغ حکم و موضوع قبیح است و شارع و به تبع آن حاکم موظف است قبل از مجازات افراد، عناوین مجرمانه و مجازات آنها را به افراد ابلاغ کند.

۲- قانون اساسی به عنوان قانون مادر که مبین ساختار حکومت صلاحیت قوای حاکم و حقوق و آزادیهای اساسی افراد ملت است، اصل قانونی بودن جرم و مجازات را در اصول متعدد خود پذیرفته است.

اصل ۳۶ مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن، باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». از اصول دیگر از جمله ۲۲، ۳۲، ۱۶۹ نیز پذیرش این اصل استنباط می‌شود.

۳- قانون مجازات اسلامی مصوّب سال ۱۳۷۰ نیز اصل قانونی بودن جرم و مجازات را پذیرفته است، ماده ۲ قانون مزبور مقرر می‌دارد: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود»، همچنین صدر ماده ۱۱ قانون مذکور می‌گوید: «در مقررات و نظامات دولتی مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است»؛ بنابراین به استناد مواد مزبور حرمت شرعی رفتار، کافی از برای جرم دانستن و مجازات کردن آن نیست، مگر آنکه قانون آن را پیش‌بینی کند.

۴- حاکم در قاعده فقهی، «التعزیر بمایراه الحکام» باید واجد شرایط و صلاحیتهای شرعی از جمله اجتهاد و افتا باشد و شامل هر فردی که امر قضاوت را با اذن فقیه جامع الشرایط به عهده گرفته است، نمی‌شود. امام خمینی در تحریر الوسیله می‌گوید:

«کل من ترک واجبا او ارتکب حراماً فللامام (علیه السلام) و نائبه تعزیر (۱۰) و بدین ترتیب تعزیر را حق امام (ع) و یا نایب ایشان می‌داند و نه هر فردی عادی، همچنین در پاسخ نامه رئیس کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس شورای اسلامی می‌گویند:

«در این موارد که اکثریت قاطع متصدیان امر قضا، واجد شرایط شرعی قضاوت نیستند و از باب ضرورت اجازه به آنان داده شده است، حق تعیین حدود تعزیر را بدون اجازه فقیه جامع الشرایط ندارند و لازم است... حدود تعزیرات را تعیین کنند که در آن چارچوب اجازه داده شود و حق تخطی در آن نداشته باشند.» (۳۲)

همچنین آیت الله منتظری در پاسخ استفتایی که در این خصوص به عمل آمده است مرقوم داشته‌اند: «منظور از حاکم شرع، مجتهد جامع شرایط فتوی است و اگر مجتهد جامع شرایط در موارد ضرورت، نصب غیر مجتهد را جایز بداند و او را نصب کند، قاضی منصوب از قبیل او کفأً و کیفاً تابع نصب می‌باشد.» (۱۹)

بنابراین 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 فقها 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 دعوی در قوانین مدون نباشد به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند؛ اما صرفنظر از آنکه به نظر می‌رسد این اصل منصرف به امور حقوقی است، عموم آن به وسیله اصول ۲۶ و ۱۶۹ قانون اساسی از حیث وضع جرم و مجازات، تخصیص یافته است. زیرا اصل ۲۶ مقرر می‌دارد: «حکم به 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 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 استفاده 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 مسبوق بر وضع قانون مجرمانه نخواهد بود و اهمیت این اصل تا بدان درجه است که صرفنظر از صلاحیت انحصاری قانون 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 فتاوی معتبر فقهی، آن را مجرمانه قلمداد کند و به مجازات حکم دهد، بلکه وظیفه او در این هنگام صدور حکم برائت است اگرچه رفتار از حرمت شرعی نیز برخوردار باشد.

سوآلی که در اینجا مطرح می‌شود این است که قوانین عادی که به قضات اجازه می‌دهد در موارد سکوت قانون به منابع اسلامی یا فتاوی معتبر فقها مراجعه کنند چگونه قابل تحلیل هستند و آیا این‌گونه قوانین با قانون اسلامی تعارض دارند یا خیر؟ از جمله ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری یک و دو مقرر می‌دارد: «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 فتاوی مشهور و معتبر، حکم قضیه را صادر کنند؛ دادگاهها نمی‌توانند 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 می‌دارد: «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 رای بدان استناد، موجب محکومیت انتظامی خواهد بود.»

در پاسخ به سؤال بالا، نظریات و تحلیلهای متفاوتی ارائه شده است، پاره‌ای معتقدند که اصلاح کنندگان قانون آیین دادرسی کیفری به تفاوت اساسی اصول دادرسی کیفری و مدنی توجه نداشته‌اند و بی‌دلیل یکی از اصول مختص دادرسیهای مدنی را در قلمرو دادرسی کیفری آورده‌اند. به هر حال باید این موضوع به نفع متهم تفسیر و گفته شود. منظور مقنن تنها قوانین کیفری شکلی است، نه قوانین کیفری ماهوی (۳۳).

هر چند قسمت اول این استدلال صحیح به نظر می‌رسد؛ اما نمی‌توان نفع متهم را در اختصاص ماده مزبور به قوانین شکلی دانست و چه بسا استناد قاضی به منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی مشهور فقهی در مورد قوانین ماهوی نیز متضمن نفع متهم باشد، مضافاً بر آنکه به نظر نمی‌رسد مقنن چنین منظوری داشته باشد.

ممکن است گفته شود که منظور، موادی از قانون که به منابع اسلامی یا فتاوی 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 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 می‌کند، بنابراین به نظر این دسته، تعارضی بین قوانین عادی با قانون اساسی وجود ندارد.

مراد تدوین کنندگان قانون چنین تفکیکی به نظر نمی‌رسد، مضافاً به آنکه رویه قضایی نیز این نظریه را تأیید نمی‌کند و در مواردی ملاحظه شده است که قضات کیفری، برخی از رفتارهای حرام شرعی را که عنوان مجرمانه‌ای در قوانین موضوعه ندارند به استناد فتاوی امام خمینی در ذیل مسأله ۴ لواحق حد مسکر، جرم دانسته و به تعزیر آن حکم داده‌اند.

ممکن است گفته شود، مواد مربوط به اصل قانونی بودن جرم و مجازات مربوط به عمل قضات ماذون است و موادی از قوانین که به قاضی اجازه مراجعه به منابع اسلامی را داده است، مربوط به قضات مجتهد جامع شرایط 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 شرایط 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 شرایط 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 قضایای کیفری به استناد قانون است و در مواردی که قانونی در مورد 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.

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 اصل ۳۶ و ۱۶۹ 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 براساس قانون باشد و آنچنان که ماده ۹ قانون مزبور مقرر می‌دارد استناد 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 بنیای 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 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: «هر کس 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 خود 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 بوسیله آتش و آفتاب 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 قضات 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 بر خلاف قانون و محکوم به بطلان است و موارد دیگری که در قانون برای آنها عناوین مجرمانه پیش‌بینی نشده است همین طور است هر چند این موضوع حاکی از نقص قانون است و بر مقنن فرض است موارد مذکور را به صراحت در قوانین کیفری بیاورد.

بنابراین با توجه به آنچه گفتیم، به نظر می‌رسد از دید قانون، ارتکاب هر رفتاری هر چند مضر خطرناک و غیر اخلاقی 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 پیش‌بینی قانون در مورد رفتارهایی است که از نظر قانون جرم است پس قاضی کیفری نمی‌تواند به استناد منابع معتبر اسلامی یا فتاوی مشهور فقهی، عنوان مجرمانه جعل کند و با مجازات تعزیری حکم دهد، چنین اقدامی نه تنها مخالف اصل قانونی بودن جرم و مجازات مورد قبول قانون اساسی 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 وجدانهای عدالتخواه از محدود کردن اختیارات وسیع و بی حد و حصر قضات، 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 اگرچه 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 فقها، 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.

منابع

۱. شهید ثانی (زین الدین علی الجبعی العاملی)، الروضة البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیه، انتشارات داوری، قم، ۱۴۱۰ هـ. ق، ج ۹، صص ۲۵۲-۳۰۶-ج ۱۰، ص ۱۴.
۲. منتظری، حسینعلی، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه محمود صلواتی، نشر تفکر، ج ۳، صص ۲۷۱ به بعد - ۵۲۳ و ۵۲۴ - ۲۷۲ - ۲۷۴ و ۵۰۰ - ۲۸۵ - ۲۰۸ تا ۴۱۹ - ۵۰۳ - ۵۲۷.
۳. عوده، عبدالقادر، حقوق جنایی اسلام، ترجمه اکبر غفوری انتشارات آستان قدس رضوی، ۱۳۷۳، ج ۱، صص ۱۷۲ - ۱۷۵ - ۱۷۶ - ۱۷۷ - ۱۹۷ تا ۲۰۲.
۴. شیخ طوسی، اباجعفر، المبسوط فی فقه الامیه، مکتبه المرتضویه لاحیاء الاثار الجعفریه، ۱۳۵۱، ج ۸، صص ۶۹ - ۶۶.
۵. محقق حلّی، شرایع الاسلام، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۶۸، ج ۴، ص ۱۸۷۳.
۶. موسوی خوئی، ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، مطبعة الآداب، نجف اشرف، ج ۱، صص ۳۲۷ - ۳۲۷.
۷. ابن قدامه، موفق الدین، مغنی، دارالکتب العلمیه، بیروت (لبنان)، ج ۱۰، ص ۳۴۷.
۸. عامر، عبدالعزیز، التعزیر فی الشریعة الاسلامیه، مکتبه مصطفی البابی الحلّی و اولاده، مصر، صص ۶۳ - ۲۶ - ۶۷ و ۶۸.
۹. جزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، داراحیاء التراث العربی، بیروت (لبنان)، ج ۵، ص ۳۵۱.
۱۰. موسوی خمینی، روح الله، تحریرالوسیله، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، قم، ج ۲، صص ۴۶۸ - ۴۷۷.
۱۱. عاملی، بهاء الدین محمد، جامع عباسی، دارالطباعة، اصفهان، صص ۲۸۵ - ۲۸۶.
۱۲. حلّی، ابوالصلاح، الکافی فی الفقه، تحقیق از رضا استادی، مکتبه الامام امیرالمؤمنین، اصفهان، ۱۳۶۲، ص ۴۱۶.



۱۳. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تحقیق و تعلیق از محمود القوچانی، دار احیاء التراث العربی، بیروت (لبنان)، ۱۹۸۱ م، ج ۲۱، ص ۲۲۸.
۱۴. ابن ادریس، محمد، سرائر، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۳۱۱ هـ. ق، ص ۵۳۵.
۱۵. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه (جزوه درسی)، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق، ص ۱۲۵-۱۲۷-۱۳۰.
۱۶. حرّ عاملی، محمدابن حسن، وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، تحقیق از محمدالرازی، دار احیاء التراث العربی، بیروت (لبنان)، ج ۱۸، ص ۳۱۰، ج ۱۲، صص ۲، ۹ و ۲۱۱، حدیث ۸ و ۲۸۳ و ۲۸۲، حدیث ۸۲-ج ۱۸، باب ۲۴ حدیث ۲.
۱۷. موازین قضایی از دیدگاه امام خمینی، ترجمه و تدوین از: حسین کریمی، انتشارات شکوری، ۱۳۶۵، ج ۱، صص ۱۶۸ و ۱۶۷-۱۷۲.
۱۸. مکارم شیرازی، ناصر، مسأله تعزیرات در اسلام، مجله نور علم، شهریور ۱۳۶۳، ص ۶۴.
۱۹. ر.ک. به: عینی نجف آبادی، محسن، مبناء و ماهیت تعزیر (پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی) به راهنمایی دکتر محمد جعفر حبیب‌زاده، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۲، صص ۱۰۷-۱۰۶.
۲۰. نهج البلاغه فیض الاسلام، شش جلد در یک جلد، نامه ۵۳، صفحه ۱۰۱۸.
۲۱. نووی، شرف‌الدین، المنهاج، انتشارات غزالی، سنجندج، ۱۳۶۸، صص ۵۳۵ و ۵۳۶.
۲۲. ماوردی، ابوالحسن، احکام السلطانیه، مکتبه الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۶ هـ. ق، صص ۲۳۶ تا ۲۳۸.
۲۳. الاصفهانی، بهاء‌الدین محمد (معروف به فاضل هندی)، کشف اللثام، مکتبه آیت‌الله العظمی المرعشی، النجفی، قم، ۱۰۲۵ هـ. ق، ج ۲، صص ۴۱۵.
۲۴. القرشی، محمد ابن احمد (معروف به ابن اخوه)، معالم القربه فی احکام الحسبه، تحقیق از محمد محمود شعبان و صدیق احمد عیسی المطیعی، مکتبه الاعلام الاسلامی، ۱۴۰۸ هـ. ق، ص ۱۹۱.
۲۵. صافی، لطف‌الله، التعزیر انواعه و ملحقاته، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۲ هـ. ق، صص ۱۳۹.
۲۶. موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، مکتبه الاعلام الاسلامی، قم، ۱۴۱۳ هـ. ق، ص ۵۹-۸۲ و ۷۵-۷۶-۷۷.
۲۷. مکی‌العاملی، اباعبدالله محمد، القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه، تحقیق از عبدالهادی حکیم، مکتبه المفید، قم، ج ۲، ص ۱۲۲.
۲۸. حبیب‌زاده، محمد جعفر، بررسی جرم محاربه و افساد فی الارض، انتشارات کیهان، تهران، ۱۳۷۰، ص ۵۳.
۲۹. محمد جعفر حبیب‌زاده، مصطفی محقق داماد، اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق ایران، نشریه، دانشگاه شاهد، ش ۹ و ۱۰ و صص ۲۰-۲۰.
۳۰. محمدپور، اسکندر، تحلیل قضایی از قوانین جزایی (سلسله مباحث مشورتی قضات دادگاههای کیفری تهران)، ج ۱، ص ۲۶، ۲۷.

۳۱. قربانی، فرج الله، مجموعه آرای وحدت و به دیوان عالی کشور، قسمت جزایی از سال ۱۳۲۸ تا ۱۳۷۲، انتشارات فردوسی، ۱۳۷۲، ص ۳۱۶.
۳۲. مهرپور، حسین، سرگذشت تعزیرات، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۸ و ۱۴۹، دوره جدید، ۱۳۶۸، ص ۴۱.
۳۳. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۲۸. نظر نامبرده در مورد ماده ۲۸۹ قانون آیین دادرسی کیفری است که از نظر مفاد و ملاک، همانند ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری یک و دو می باشد.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی