

عزاداری‌های نامتعارف در پرتو حقوق کیفری و رویه قضائی ایران

| محسن برهانی* | استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشکده حقوق جزا و جرم‌شناسی

دانشگاه تهران، تهران، ایران

| محمد محمدی | دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم قضائی، تهران، ایران

چکیده

در جوامع اسلامی و به خصوص در میان شیعیان و با استناد به لزوم احترام به شعائر الهی، عزاداری برای پیامبر و اهل بیت ایشان به عنوان مصداقی از شعائر الهی، امری نیک و پسندیده تلقی می‌شود، اما عزاداری‌ها نیز مانند بسیاری از مسائل اجتماعی و مذهبی دیگر، دارای طیف گسترده‌ای از تفاسیر و مصادیق هستند، به گونه‌ای که برخی عزاداران اقدام به انجام رفتارهایی مانند قمه‌زنی، تیغ‌زنی، قفل‌زنی، راه‌رفتن بر روی آتش و زغال گذاخته، غلتیدن بر روی خرده‌شیشه و ... می‌کنند و این رفتارها را مصداق واقعی عزاداری می‌دانند. از سوی دیگر، بخشی از دستگاه عدالت کیفری بر این عقیده هستند که باید با ابزارهای کیفری با این نوع از عزاداری‌ها برخورد کرد؛ در این پژوهش به شرح و نقد سیاست تقنینی و قضائی ایران در این رابطه پرداخته خواهد شد و این امر به اثبات می‌رسد که هیچ محمل قانونی جهت برخورد کیفری با این گونه از عزاداری‌ها وجود ندارد. واژگان کلیدی: عزاداری‌های نامتعارف، قمه‌زنی، اخلال در نظم عمومی، تظاهر به عمل حرام.

مقدمه

از دیرباز فرهنگ و سبک عزاداری ایرانیان برای ائمه معصومین علیهم السلام نمادی از معرفت دینی آنان بوده است. در هر گوشه‌ای از این کشور، مردم با آداب و رسوم خاص خود در رثای سید و سالار شهیدان عزاداری می‌کنند. در واقع فارغ از اینکه این آداب و رسوم به چه میزان از مبانی دینی و فرهنگی اصیل اسلامی نشأت گرفته باشد یا احیاناً منطبق با آموزه‌های اسلامی نباشند، عزاداری به‌عنوان یک امر اجتماعی می‌تواند مورد توجه حقوق کیفری قرار گیرد، چراکه این امر دارای تبعات اجتماعی است و قابلیت پاسخ‌دهی از سوی حقوق کیفری برای این امر امکان‌پذیر است؛ به‌خصوص در مورد اعمالی که بعضاً از لحاظ اجتماعی غیرمتعارف به حساب می‌آیند. برای دسته‌ای از عزاداران، عزاداری هدفی شده است که برای نیل به آن، قالب، شکل، وسیله، ابزار و شیوه‌های عزاداری از اهمیت برخوردار نبوده، بلکه آنچه برای این دسته از عزاداران مهم است، نفس عزاداری است و فرقی ندارد که عزاداری کردن با زدن قمه بر سر، سنگ زدن بر سینه، قفل زدن بر بدن و یا راه رفتن بر روی آتش و زغال گذاخته و غلتیدن بر روی خرده‌شیشه و ... باشد. در میان این شیوه‌ها، قمه‌زنی محل اختلاف نظر فراوان شده است؛ این عمل طرفداران و حامیان زیادی دارد و در جبهه مقابل، مخالفان به‌شدت به نقد و رد این شیوه عزاداری پرداخته‌اند و این عمل را ناپسند و نامشروع می‌دانند، البته هر دو گروه موافق و مخالف ادله خاص خود را دارند و سعی می‌کنند نظر موافق یا مخالف خود را مستدلاً به کرسی اثبات بنشانند. حداقل چیزی که می‌توان گفت این است که بر سر مشروعیت یا نامشروعیت این‌گونه عزاداری‌ها (به‌خصوص قمه‌زنی) بین برخی فقها اختلاف نظر غیرقابل اغماضی مشهود است، به‌گونه‌ای که برخی از ایشان با قاطعیت، نظر به حرمت این‌گونه از عزاداری‌ها دارند و برخی دیگر نه تنها آن را مباح می‌دانند، بلکه نظر به استحباب آن نیز دارند. سیاست جنایی قضائی و سیاست جنایی اجرایی در کشور ما در خصوص این موضوع، پاسخ‌هایی را ارائه کرده‌اند و در بسیاری از موارد اقدام به برخورد پلیسی و صدور احکام جزائی کرده‌اند. در این پژوهش پس از اشاره‌ای گذرا به بُعد فقهی عزاداری‌های نامتعارف، درصدد کشف ماهیت حقوقی آن‌ها برآمده و رویکرد قانون‌گذار را در قبال این‌گونه عزاداری‌ها بررسی کرده تا مشخص شود که با متون قانونی موجود، امکان و قابلیت برخورد و واکنش کیفری با عاملان این قبیل عزاداری‌ها وجود دارد یا خیر؟ و قانون‌گذار درصدد واکنش کیفری با آن‌ها بوده است یا خیر؟ و بر این اساس، برخورد قضات و ضابطان با این افراد بررسی خواهد شد. به‌عبارت دیگر، مسئله‌ای که در این پژوهش به‌دنبال پاسخ‌دهی به آن هستیم عبارت است از اینکه: سیاست تقنینی و قضائی ایران در قبال عزاداری‌های نامتعارف چیست؟ بدیهی است که جهت بررسی سیاست قضائی و تقنینی، ابتدائاً باید به مبانی فقهی موضوع اشاره کرد،

چراکه نقد و بررسی سیاست تقنینی و قضائی، بدون ارجاع به مبنای فقهی موضوع، امکان‌پذیر نیست و مبنای فقهی موضوع اثر مستقیمی بر یافتن پاسخ قضائی و کیفری خواهد گذاشت؛ چراکه مدافعان برخورد کیفری با این نوع از عزاداری‌ها به استدلال‌های فقهی تمسک کرده‌اند، از این‌رو باید این مبانی مورد تدقیق قرار گیرد.

الف) مفاهیم و مبانی فقهی عزاداری‌های نامتعارف

واژه «عزا» در لغت به معنای صبر و شکیبایی در ماتم و همچنین به معنای سوگ و مصیبت است (عمید، ۱۳۸۹: ۷۵۷). عزاداری در اصطلاح، حالت محزون به خود گرفتن، تباهی کردن، گریستن، دست روی سر گذاشتن، فریاد زدن، به سر و صورت خود زدن و گریبان چاک کردن به خاطر از دست دادن عزیزی یا شخصی که برای فرد، به هر جهتی واجد اهمیت بوده، می‌باشد (نیشابوری، ۱۳۹۳: ۱۷). واژه عزاداری اصطلاح آئینی است و نه شرعی. عزاداری برای امام حسین و ائمه اطهار علیهم السلام، برپا داشتن مراسمی به یاد آن بزرگواران در ایام مختلف، به ویژه ایام محرم است که به صورت گریه، برپایی مجالس ذکر، سرودن مرثیه و... به منظور بیان مظلومیت آن بزرگواران، برگزار می‌شوند (محدثی، ۱۳۹۳: ۳۳۸). وقتی عزاداری با پسوند «نامتعارف» همراه می‌شود، دایره شمول آن مضیق شده و تمام موارد و اقسام عزاداری را دربر نمی‌گیرد، بلکه صرفاً برخی موارد عزاداری را دربر می‌گیرد که معمول و متداول نبوده و اکثریت جامعه برای عزاداری به آن متمسک نمی‌شوند و مقبولیت حداکثری ندارد. مهم‌ترین، پُربحث‌ترین و در عین حال رایج‌ترین شیوه عزاداری نامتعارف، قمه‌زنی است؛ این شیوه عزاداری در میان برخی شیعیان رواج دارد؛ به این صورت که صبح روز عاشورا یا در برخی ایام خاص دیگر، مانند اربعین حسینی، شهادت امام علی (ع) و... با پوشیدن لباس سفید و بلندی مانند کفن، به صورت دسته‌جمعی در حسینیه‌ها یا به صورت خانوادگی در خانه‌های خود، با ضربه زدن توسط آلت برنده‌ای به نام «قمه» بر سر خود موجب ایجاد جراحت و خون‌ریزی می‌شوند و خون خود را بر سر و صورت و لباس خود جاری می‌کنند.

متعارف یا غیرمتعارف بودن یک رفتار، تعیین‌کننده شرعی و غیرشرعی بودن آن رفتار نیست؛ چه بسا یک رفتاری کاملاً خاص و نادر باشد ولی مقبول شارع و به اصطلاح مشروع باشد و از طرف دیگر شاید یک رفتار خاص توسط عده کثیری از افراد جامعه انجام شود و معمول و متعارف هم باشد، ولی مشروع نباشد. بنابراین قضاوت در مورد مشروع یا نامشروع بودن یا به بیان دیگر، جواز یا عدم جواز عزاداری‌های نامتعارف، نیازمند بررسی دقیق فقهی و شرعی این‌گونه از عزاداری‌ها است. با تتبع در میان کلمات اصحاب و فتاوی مراجع و علمای طراز اول شیعه، می‌توان گفت که اقدام به قمه‌زنی در علن از دو حال خارج نیست؛ برخی این رفتار را مستحب و برخی دیگر آن را حرام اعلام کرده‌اند. توجه به این نکته

بسیار حائز اهمیت است که دوران حکم میان استحباب و حرمت است. مهم‌ترین ادله طرفداران استحباب قمه‌زنی، احیای شعائر است و قمه‌زنی را مصداق شعائر الهی دانسته و مشمول آیه شریفه «و من یعظم شعائر الله فإنها من تقوی القلوب» می‌دانند (حج، ۳۲). در مقابل مخالفان این رفتار به اضرار به نفس، وهن مذهب، بدعت بودن و حکم حاکم اسلامی برای ممنوعیت رفتار تمسک کرده‌اند (مزینانی، ۱۳۸۸: ۲۸-۲۷؛ تاج، ۱۳۸۸: ۵؛ اکبرنژاد، ۱۳۸۵: ۱۴۸).

برخی بر این عقیده‌اند که عرف، مرجع تشخیص شعائر حسینی است و به‌طورکلی از شیوه‌های قدیم و جدید عزاداری گرفته تا نمادها و رفتارهای عجیب و غریبی که هر لحظه با توجه به خلاقیت افراد مختلف به آن‌ها افزوده می‌شود، شعائر حسینی محسوب می‌شوند و احیای آن مستحب است و از آنجایی که عرف، قمه‌زنی را نیز نماد و نشانی برای عزاداری می‌داند، این امر نیز از شعائر حسینی محسوب می‌شود و امر به احیا و تکریم آن شده است.^۱ در مقابل گفته شده است: برای اینکه نماد، علامت و رفتار خاصی را در زمره شعائر حسینی بدانیم، آن نماد یا رفتار خاص علاوه بر اینکه باید عرفی باشد، نباید در حیطة محرّمات و منهیّات باشد (کاشانی، ۱۳۹۰: ۴۸). بنابراین صرف تصدیق عرف برای شعیره محسوب شدن یک عمل کافی نیست؛ به بیان دیگر، در این زمینه تصدیق عرف شرط لازم است، ولی شرط کافی نیست.

برخی دیگر معتقدند که قمه‌زنی اصلاً عزاداری محسوب نمی‌شود تا چه رسد به اینکه بخواهیم آن را در زمره شعائر حسینی بدانیم. در واقع گفته می‌شود به تعبیر فقها، عرف، معیار تشخیص عزاداری است که عرف هیچ‌گاه عمل قمه‌زنی را عزاداری نمی‌داند و به‌درستی هیچ‌کس در سوگ عزیزان‌اش این چنین نمی‌کند (اسفندیاری، ۱۳۹۴: ۶۶). اما در نقد سخن این دسته از افراد باید گفت، ملاک عرفی بودن یک رفتار، جامعه و مردمی هستند که در آن جامعه زندگی می‌کنند، نه اینکه فرد یا افراد خاصی رأساً و با نگرش جهت‌دار و از پیش تعیین شده در مورد عرفی بودن یا نبودن رفتاری اظهار نظر کنند؛ از این‌رو هرچند در بیش‌تر مناطق جامعه کنونی ایران، این‌گونه از عزاداری‌ها، نامتعارف و غیرمقبول اکثریت افراد هستند، اما از آنجا که این رفتارها در برخی مناطق به صورت متعارف انجام می‌گیرد، نمی‌توان صفت غیرمتعارف بودن را بدان منتسب کرد.

در مقام نقد برخی ادله مخالفان به این حد بسنده می‌کنیم که با استناد به «اضرار به نفس» نمی‌توان مطلق این‌گونه رفتارها از جمله قمه‌زنی را نامشروع دانست، چراکه انجام این‌گونه از عزاداری‌ها همیشه با ضرر جسمی همراه نیستند؛ برای نمونه می‌توان مواردی از قمه‌زنی را که با رعایت نکات بهداشتی و فنی انجام گرفته است، مثال زد که ضرر جسمی به همراه ندارند و حتی می‌توان گام

را فراتر گذاشت و گفت در شرع مقدس برخی ضررهای جزئی پذیرفته شده است و بعضاً این موارد جزئی را اصلاً ضرر نمی‌دانند و نهادن عنوان ضرر بر برخی از این موارد، محل اشکال است.

عده زیادی از مخالفان عزاداری‌های نامتعارف مانند قمه‌زنی، تیغ‌زنی و ... مستند رأی خود مبنی بر حرمت و عدم جواز انجام این‌گونه عزاداری‌ها را «وهن مذهب» قرار داده‌اند (مسائلی، ۱۳۸۶: ۶۶). عنوان وهن دین یا مذهب، یک عنوان ثانوی است و فقها پیرامون برخی از احکام به وهن دین و یا مذهب استناد می‌کنند و می‌گویند: هر کاری که سبب وهن دین و مذهب شود، حرام است و باید از آن اجتناب شود. بنابراین، اگر عمل مستحبی یک مسلمان موجب بدبینی جامعه و مردم دیگر ادیان نسبت به دین و یا مذهب شود، این کار را باید ترک کرد؛ زیرا از باب قاعده اهم و مهم، خدشه‌دار نشدن و تضعیف نشدن دین و مذهب، مهم‌تر از انجام یک عمل مباح و یا مستحب است؛ بنابراین به نظر این دسته از فقها و مراجع، قمه‌زدن در عزای امام حسین (ع)، صرف‌نظر از اینکه منتهی به اضرار به نفس بشود یا نشود، حتی اگر آن را عمل مباح و یا مستحب بدانیم، به‌جای اینکه موجب علاقه مردم به امام حسین (ع) و قیام عاشورا شود، در چشم جهانیان موجب وهن مذهب شیعه می‌شود. بنابراین اجتناب از آن مهم‌تر از انجام آن است. البته با استناد به مقوله «وهن مذهب» نیز نمی‌توان با تمامی این‌گونه از عزاداری‌های نامتعارف برخورد هم‌سان داشت و همه آن‌ها را نامشروع اعلام کرد؛ چراکه برای اینکه عملی موجب وهن مذهب شود، باید در انظار و دید عموم واقع شود؛ هرچند امروزه با توجه به پوشش وقایع و رخدادها توسط رسانه‌ها و فضاهای مجازی و رصد کردن این‌گونه از عزاداری‌های نامتعارف توسط بسیاری از افراد در جوامع مختلف، این مهم منتهی به منفور جلوه‌گر شدن صورت و سیرت دین اسلام و مذهب تشیع می‌شود، اما مواردی از این‌گونه عزاداری‌ها مثل قمه‌زنی را می‌توان مثال زد که در خفا انجام می‌شوند و هیچ‌کسی ناظر و شاهد این رفتارها نیست، به‌همین دلیل منجر به وهن مذهب نمی‌شوند. بنابراین با استناد به مسئله «وهن مذهب» نیز نمی‌توان مطلق این‌گونه عزاداری‌ها را نامشروع دانست و حکم به عدم جواز قاطبه آن‌ها داد. از سوی دیگر مصداق‌شناسی در مورد اینکه رفتاری خاص، وهن مذهب است یا خیر؟ خود محلی برای مناقشه طرفین است؛ چراکه با وجود اینکه وهن مذهب عنوان ثانویه است و در مورد آن تردیدی وجود ندارد، اما اینکه قمه‌زنی مصداق وهن مذهب تلقی شود یا خیر، محل رد و ایراد طرفداران و مخالفان قمه‌زنی است.

نکته قابل توجه آنکه از حدود هشتاد سال پیش، بحث حرمت یا حلیت قمه‌زنی در میان علمای شیعه جریان داشته است و سردمدار مخالفان با این رفتار، آیت‌الله العظمی سید ابوالحسن اصفهانی بوده است که به‌همراه جمعی از فقها، فتوای حرمت قمه‌زنی را صادر و در مقابل آیت‌الله العظمی نائینی و جمعی دیگر از فقها، فتوای حلیت و استحباب این امر را صادر کردند.

به نظر نگارندگان هیچ کدام از دلایل ارائه شده از سوی منکرین قمه زنی نمی‌تواند حرمت آن در خفا را ثابت کند، اما برای ممنوعیت انجام آن در علن تنها دو راه وجود دارد: راه اول آن است که قمه زنی به استناد وهن مذهب ممنوع و حرام شمرده شود که این امر نیازمند آمار است و این مهم برعهده مدعیان ممنوعیت است و ظاهراً چنین آماری وجود ندارد. راه دوم آن است که حرمت قمه زنی باید به استناد حکم حکومتی حاکم اسلامی صورت پذیرد که امر اخیر تحقق یافته است و با توجه به اینکه حکم حکومتی فقط در موارد خاص و ضروری و به منظور مصلحت مسلمانان و جامعه اسلامی از حاکم شرع صادر می‌شود، با فتوای فقیه متفاوت است و بر فتوا غلبه دارد و اطاعت از آن بر همگان از مجتهد گرفته تا مقلد واجب است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹/۱: ۴۸). بنابراین با عنایت به حکم حکومتی حاکم اسلامی مبنی بر ممنوعیت قمه زنی در علن، اگر کسانی می‌خواهند با استناد به فتوای مرجع تقلید خود قمه زنی کنند، باید از انجام علنی و همراه با تظاهر آن اجتناب ورزند (مسائلی، ۱۳۸۶: ۲۳۱)، اما چنانچه حکم حکومتی مبنی بر حرمت در این زمینه به صورت مطلق و بدون قید «علن» انشا می‌شود، اطاعت از این حکم حاکم اسلامی، بر قاطبه افراد در تمامی این گونه از عزاداری‌های نامتعارف اعم از انجام آن‌ها در علن و غیرعلن واجب تلقی می‌شود. چنانچه خواهد آمد، در هر صورت این حرمت، ملازمه با امکان یا ضرورت مجازات نخواهد داشت.

ب) عزاداری‌های نامتعارف و حقوق کیفری

با مراجعه به قوانین کیفری ایران، این امر روشن می‌شود که عزاداری‌هایی که به عنوان نامتعارف شناخته می‌شوند، دارای مقرره کیفری خاصی نیستند؛ به عبارت دیگر، هیچ ماده قانونی روشنی در خصوص این رفتارها در نظام کیفری ایران وجود ندارد. اما صرف نظر از این مهم، باید به این نکته توجه کرد که آیا نمی‌توان این رفتارها را مصداق برخی عناوین کلی در نظام کیفری ایران دانست؟ در زیر مهم‌ترین عنوانی که قابلیت آن را فراهم می‌سازد که با قمه زنی برخوردی کیفری صورت پذیرد، مورد واکاوی قرار خواهد گرفت.

بند اول- عزاداری‌های نامتعارف و جرم‌انگاری شرعی

با توجه به عدم جرم‌انگاری صریح عزاداری‌های نامتعارف توسط قانون‌گذار، پرسشی که پیش می‌آید این است که در عصر حاضر که حاکم اسلامی برخی صور عزاداری‌های نامتعارف از جمله قمه زنی، تیغ زنی، راه رفتن بر روی آتش و زغال گذاخته و ... را حرام دانسته‌اند و با التفات به این مطلب که حکم حاکم اسلامی بر فتاوای سایر فقها حاکمیت دارد؛ آیا می‌توان مستند به اصل ۱۶۷ قانون اساسی این گونه عزاداری‌ها را جرم دانست و با فاعلین آن‌ها برخورد کیفری کرد یا خیر؟

یکی از اصول بحث‌برانگیز قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، اصل ۱۶۷ است. 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 کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه، از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد». با وجود اینکه اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول ۳۶ و ۱۶۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به رسمیت شناخته شده است و به موجب این اصول، هیچ عمل و رفتاری را نمی‌توان جرم دانست، مگر اینکه قانون آن را جرم بشناسد و هیچ‌کسی را نمی‌توان مجازات کرد، مگر آنکه قانون، مجازات را برای آن شخص تجویز کرده باشد و با وجود اینکه بر پایه اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در موارد خلأ قانونی، قاضی موظف است تا به منابع یا فتاوی معتبر اسلامی مراجعه کند (خوئینی، ۱۳۹۰: ۹۶)، لکن درخصوص نحوه جمع بین اصل ۳۶ و ۱۶۷ اختلاف دامنه‌داری میان حقوقدانان وجود دارد (هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰: ۹۶-۹۵ و نوربها، ۱۳۸۶: ۴۷). اکثریت حقوقدانان با مفروض گرفتن تعارض میان این دو اصل، در مقام رفع تعارض، اصل ۱۶۷ را یا محدود به دعاوی حقوقی می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۳۴؛ بشیریه، ۱۳۸۷: ۱۵۴) یا جایگاه آن را تنها امور تفسیری می‌دانند (اردبیلی، ۱/۱۳۹۲: ۲۰۲). اقلیتی از حقوقدانان اعتقاد دارند که با توجه به احراز نظر قانون‌گذار، باید بر این عقیده بود که اصل ۱۶۷ امکان رجوع به فقه را برای قاضی دادگاه ایجاد کرده است (الهام و برهانی، ۱/۱۳۹۶: ۳۸-۳۴؛ حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۹۵: ۲۶۱-۲۶۰) و بر این اساس قاضی دادگاه در مورد امور خلاف شرع می‌تواند با رعایت قیودی به منابع معتبر و فتاوی معتبر مراجعه کند (الهام و برهانی ۱/۱۳۹۶: ۴۱-۴۰).

با توجه به دو مبنای مذکور درخصوص اصل ۱۶۷ قانون اساسی، پاسخ‌ها باید مورد بررسی قرار گیرد: پاسخ گروه اول به موضوع روشن است؛ ایشان با انکار مراجعه به فقه، قمه‌زنی را از مصادیق رفتاری نمی‌دانند که عنوان مجرمانه خاصی برای آن در قوانین کیفری وجود دارد؛ از این رو این عمل مباح است و نمی‌توان افراد را بدان دلیل مجازات کرد. براساس رویکرد دوم و امکان ارجاع به فقه به منظور مجازات افراد، پاسخ نیاز به تأمل بیش‌تری دارد. برای مجازات این افراد باید دو مقدمه به اثبات برسد:

مقدمه اول: قمه‌زنی رفتاری حرام است.

مقدمه دوم: بر فاعل هر رفتار حرامی می‌توان تعزیر جاری کرد.

نتیجه: می‌توان اقدام به تعزیر عزادارانی کرد که مبادرت به قمه‌زنی می‌کنند.

بدیهی است که اثبات مقدمه اول منوط به آن است که منع حاکم اسلامی، ایجاد حرمت کند و اثبات مقدمه دوم منوط به تبیین ابعاد قاعده «التعزیر» است و اینکه بتوان بر هر عمل حرامی تعزیر مترتب کرد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۴۰).

درخصوص مقدمه اول، نمی‌توان به یک جواب قطعی در این خصوص دست یافت. برخی صاحب‌نظران اعتقاد دارند که صرف منع حاکم اسلامی، سبب ایجاد حرمت تکلیفی است، از این رو بر عمل ممنوع، عنوان حرمت اطلاق شده و مرتکب آن عمل، مرتکب عمل حرام است و برخی دیگر نیز منع حاکم اسلامی را حرام‌ساز تلقی نمی‌کنند. معمولاً قائلین به حکومت اسلامی، منع حاکم را حرام‌ساز تلقی می‌کنند و رفتار ممنوع را حرام می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۴۸).

حال اگر شخصی مرتکب قمه‌زنی شد که خود قائل به حکومت اسلامی نبود یا از فقهای تقلید می‌کرد که ممنوعیت حاکم اسلامی را حرام‌ساز تلقی نمی‌کنند، به هیچ‌وجه نمی‌توان اقدام به تعزیر این شخص کرد، چراکه اساساً وی مرتکب فعل حرام نشده است. برای تعزیر چنین اشخاصی، حتماً باید شخصی که اقدام به قمه‌زنی می‌کند اجتهاداً یا تقلیداً از نظریه‌ای تبعیت کند که ممنوعیت حاکم اسلامی را منشأ تولید حرمت تلقی می‌کند و الا اطلاق حرام بر فعل وی مورد قبول نیست. براساس نظریه‌ای که قائل به حرمت رفتار ممنوع است، با مراجعه به فتوای مقام معظم رهبری به روشنی باید گفت که ایشان تنها قمه‌زنی در ملاء عام را مصداق امر ممنوع تلقی کرده‌اند (مسائلی، ۱۳۹۵: ۲۳۰). به همین دلیل، ورود و دخالت در آن دسته از عذارای‌های نامتعارفی که عذاران در خفا و نه در علن به آن مبادرت می‌ورزند و حرام و ممنوع دانستن آن‌ها به استناد فتوا و حکم حاکم اسلامی فاقد وجهت است. علاوه بر این، براساس اظهارنظری از مقام معظم رهبری نقل شده است که ایشان با اینکه حکم به حرمت این نوع عذاراری صادر کرده‌اند، اما از تعزیر این دسته عذاران نهی فرموده‌اند، از این رو به استناد حرمت ناشی از حکم حکومتی نمی‌توان به تعزیر این دسته از عذاران پرداخت.^۱ درخصوص مقدمه دوم نیز باید گفت که در مورد حیطة قاعده «التعزیر» میان فقها اختلاف نظر وجود دارد و درخصوص گستره تعزیر و شمول آن تفاسیر مختلفی وجود دارد؛ مشهور فقها به عمومیت این قاعده اعتقاد دارند، اما برخی دیگر از فقها کلیت قاعده را مورد تردید و انکار قرار داده‌اند (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵:

۱. متن اطلاعیه دفتر مقام معظم رهبری شماره ۳۵۵۴-۱: «شنیده شده است ... کسانی به‌عنوان مقابله با مسئله قمه‌زنی متعرض برخی مردم مؤمن و شریف ... می‌شوند و تزییقاتی برای آنان به‌وجود می‌آورند. این دفتر بر خود لازم می‌داند اعلام کند که مقام معظم رهبری به این‌گونه تزییقات و تعرض به مردم رضایت ندارند و در مورد قمه‌زنی معظم‌له صرفاً از مردم خواستند که از انجام این امر پرهیز کنند و مردم عزیز و مؤمن این درخواست را پذیرفته و با تمام وجود در تحقق آن تلاش نمودند ... (سجادی، ۱۳۸۴: ۲۳).

۲۹۶-۲۹۵). نظر اخیر در میان نویسندگان حقوقی هم تسری یافته و برخی بر این عقیده‌اند که تحریم و تجریم، رابطه تساوی با یکدیگر ندارند و دو دایره کاملاً منطبق برهم نیستند؛ به عبارت دیگر، هر فعل حرام قابل جرم‌انگاری و فاعل آن مستحق تعزیر نیست (حسینی، ۱۳۸۷: ۱۳۵-۱۳۰؛ حسینی، ۱۳۹۳: ۱۵۳). گفته شده که قاعده تعزیر برای هر عمل حرام، یک قاعده اصطیادی است و فاقد دلیل کافی برای الزام کیفری بر تخلف از احکام دینی است (قماش، ۱۳۹۳: ۲۴۸).

نتیجه این بحث آنکه با توجه به اینکه به دلیل ماهیت کیفر که محدودکننده حقوق و آزادی‌های شهروندان است و هرگونه دخل و تصرف در آزادی‌های افراد جامعه باید با مجوز شرعی و قانونی باشد و به عبارت دیگر از حقوق کیفری باید استفاده کمینه شود؛ نباید بدون معیار و محدودیت در واکنش به این دسته از عزاداران دست به سلاح کیفر برد، بلکه برای تعزیر این اشخاص به استناد منابع و فتاوی معتبر، باید مقدمات زیر توسط مقام قضائی احراز شود؛ اولاً، شخص باید مقلد مراجعی باشد که مخالفت با امر حاکم را شرعاً حرام می‌داند و ثانیاً مرتکب این رفتار در علن شود. اگر این دو شرط در مورد فرد تحقق یافت، شاید بتوان وی را مرتکب فعل حرام دانسته و طبق قاعده «التعزیر» وی را تعزیر کرد، اما با توجه به منعی که از سوی حاکم اسلامی در برخورد با عزاداران نقل شد، مقام و مرجع اعلام حرمت، این اعلام را امری اجتماعی دانستند و برخورد با عزاداران را نهی کرد، از این رو نمی‌توان به استناد حرمت رفتار اقدام به تعزیر این دسته از عزاداران کرد.

ج: عزاداری‌های نامتعارف در رویه قضائی

در اصطلاح حقوقی، رویه قضائی «به مجموع آرا و احکامی که دادگاه‌ها در موضوع خاص صادر می‌کنند، اطلاق می‌شود» (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۲: ۷۶۹۸؛ اردبیلی، ۱۳۹۲: ۱۹۶) رویه قضائی به نوعی عرف دادگاه‌ها است؛ چراکه دادگاه‌ها در مواردی که نسبت به یک موضوع خاص حقوقی اظهار نظر کردند، عادتاً در برخورد با موارد مشابه از همان نظر نخستین خود تبعیت می‌کنند. به بیان دیگر، منظور از رویه قضائی در معنای عام، مجموع آرای دادگاه‌ها و در معنای خاص، روش یکسان دادگاه‌ها یا دسته‌ای از آن‌ها در مورد مسئله حقوقی معین و تکرار آن به صورتی است که بتوان گفت در صورت مواجه شدن با موارد مشابه، همان روش اتخاذ خواهد شد. در واقع رویه قضائی در سلسله مراتب منابع حقوق در موازات با قانون نیستند و در زمره منابع تکمیلی یا ارشادی هستند و نه الزامی و چنانچه در مورد یک موضوع خاص، قانونی وجود داشته باشد، نوبت به استناد به رویه قضائی نمی‌رسد. احترام به آزادی‌های مشروع، حقوق شهروندی، رعایت اصول قانونی و ارزش‌های اسلامی در گرو اقدامات صحیح و عادلانه عوامل دستگاه قضائی است. مطابق با قانون نه تنها محکومیت‌ها باید منطبق با ترتیبات و اصول و موازین قانونی باشد، بلکه کشف جرائم، تعقیب و

دستگیری متهمان و تحقیق و رسیدگی به اتهامات آن‌ها نیز باید مبتنی بر رعایت قوانین و با دستور مقام قضائی صالح و بر مبنای ارتباط و تعامل صحیح و منطقی اجزا و عناصر فرایند کیفری صورت گیرد و از اعمال هرگونه سلیقه‌های شخصی و سوءاستفاده از قدرت و یا اعمال هرگونه خشونت و بازداشت‌های غیرقانونی توسط مقامات قضائی و ضابطان دادگستری اجتناب شود (خالقی، ۱۳۹۶: ۲۳). در آستانه فرا رسیدن ایام عاشورا و تاسوعای حسینی، نیروی انتظامی اطلاعیه‌ای منتشر کرده و در آن هشدارها و توصیه‌هایی خطاب به مسئولان هیئت‌ها و تکایای عزاداری در خصوص کیفیت برگزاری مراسم و پرهیز عزاداران از انجام برخی عزاداری‌های نامتعارف مانند قمه‌زنی اعلام می‌کند که این اقدام نیروی انتظامی تعارض و مخالفتی با قانون ندارد، اما آنچه مورد بحث است، این است که در برخی موارد، نیروی انتظامی به واسطه مخبرین خود و با توجه به مراسم عزاداری‌های سال‌های پیش، سرده‌ها و عاملان اصلی این‌گونه عزاداری‌ها را شناسایی و به منظور جلوگیری از تشکیل این دسته‌های عزاداری در این ایام، آن‌ها را بازداشت می‌کند که خلاف قانون بودن این‌گونه برخوردهای مقامات انتظامی، چنان‌چه بدون دستور مقامات قضائی باشند، روشن و بدیهی است و در فرضی هم که با دستور مقامات قضائی از جمله دادستانی باشد، باز هم خالی از اشکال نیست؛ چراکه هرچند مقام دادستانی وظیفه پیشگیری از جرائم را دارد، لکن انجام این وظیفه قانونی با سلب حق آزادی شهروندان و توقیف آن‌ها پیش از ارتکاب جرم توجیه‌پذیر نیست؛ چراکه به فرض قائل شدن ماهیت مجرمانه برای عاملان این‌گونه از عزاداری‌ها، بازداشت کردن آن‌ها پیش از مبادرت ورزیدن به این قبیل از عزاداری‌های نامتعارف، به مثابه قصاص پیش از جنایت است و به هیچ وجه قابل قبول نیست. از این رو نیروی انتظامی به‌عنوان ضابط عام و بازوان اجرایی دستگاه قضائی و هم‌چنین مقامات قضائی باید از اقدامات فاقد وجاهت قانونی و شرعی که برخاسته از مصلحت‌سنجی‌های اجتماعی هستند و ناقض حقوق شهروندی و حریم خصوصی و آزادی‌های اولیه شهروندان و قطعاً مخالف با موازین شرعی می‌باشند، خودداری ورزند.

به دلیل شیوع برخی صور نامتعارف عزاداری‌ها در عصر حاضر و از طرف دیگر عدم وجود قانون صریح در این زمینه، تبیین و بررسی رویکرد سیاست قضائی نظام جمهوری اسلامی ایران در قبال این‌گونه از عزاداری‌ها ضروری است. با سیری گذرا در محاکم و دادگاه‌ها، با موارد زیادی از برخورد کیفری با قمه‌زنی و تیغ‌زنی در عزاداری‌ها روبرو می‌شویم، اما در مورد سایر شیوه‌های نامتعارف عزاداری مانند راه رفتن روی خرده‌شیشه، زغال گذاخته و ... به دلیل آنکه رواج چندانی نداشته‌اند و یا جنبه علنی پیدا نکرده‌اند، آرای قضائی خاصی در این زمینه به چشم نمی‌خورند.

به همین دلیل، متعاقباً تنها به شرح و تفصیل رویه قضائی موجود و چگونگی برخورد محاکم در مورد قمه‌زنی و تیغ‌زنی پرداخته خواهد شد.

بند اول: اخلال در نظم عمومی

کلمه «اخلال» مصدر و در لغت به معنی خلل ایجاد کردن، رخنه کردن، زیان رساندن و درهم و برهم کردن است (معین، ۱۳۸۸: ۸۴). واژه «نظم» نیز مصدر و در لغت به معنی آراستن، ترتیب دادن و نقطه مقابل، آشوب و بلوا است (معین، ۱۳۸۸: ۱۰۲۳). برخی نویسندگان حقوقی «نظم» را چنین تعریف کرده‌اند: «هماهنگی اشخاص یا اشیا یا معانی، به طوری که ذوق را حظی بخشد یا هدفی را تأمین کند، صرف نظر از اینکه سودمند باشد یا نباشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲: ۷۱۷). گاهی اوقات کلمه نظم با پسوند «عمومی» همراه می‌شود و در ظاهر مفهوم نظم عمومی، روشن و بدیهی به نظر می‌رسد، اما واقع امر آن است که به لحاظ دشواری‌های شناخت عناصر تشکیل دهنده نظم عمومی در معنای اصطلاحی و عدم وجود تعریف قانونی از آن در بیش تر نظام‌های حقوقی، امکان ارائه تعریف جامع و مانعی از این مفهوم تا حد زیادی از نویسندگان حقوقی سلب شده است؛ تا جایی که در ادبیات حقوقی غرب و در ارتباط با نظم عمومی، اصولاً بر این موضوع تأکید می‌شود که «تعریف و شناسایی ماهیت نظم عمومی، نه ممکن است و نه مطلوب. ممکن نیست، چون تعدد مصادیق این مفهوم و غیرقابل پیش‌بینی بودن رفتار آدمیان، اجازه ارائه هرگونه تعریف منطقی را سلب می‌کند. مطلوب نیست، چون قدرت قاضی را در تشخیص مصادیق و جلوگیری از نقض آن محدود می‌سازد؛ زیرا همیشه افرادی وجود دارند که بتوانند به گونه‌ای عمل کنند که ضمن نقض نظم عمومی، رفتار خود را از شمول تعریف خارج کنند» (سلجوقی، ۱۳۸۹: ۱۷۹)، از این رو برخی حقوقدانان ایرانی به لحاظ دشواری شناخت عناصر تشکیل دهنده نظم عمومی، از ارائه تعریف آن صرف نظر کرده‌اند (سلجوقی، ۱۳۸۹: ۱۷۹). در واقع، «نظم عمومی» در زمره مفاهیم بنیادین، معمول و در عین حال چالش‌برانگیز در قلمرو حقوق داخلی و بین‌المللی است و واژه مبهمی است که بر سر حدود و ثغورش بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. به نظر می‌رسد واژه «نظم عمومی» اشاره به آراسته و آرام بودن جامعه و نظام و ترتیب خاصی که در جامعه حاکم است، دارد. در صورتی که این نظام و ترتیب خاص، مورد تعرض افراد قرار گیرد و به اصطلاح مختل شود، گفته می‌شود که اخلال در نظم عمومی ایجاد شده است. در واقع، پاسداشت نظم عمومی به منظور ثبات و تداوم مصالح و منافع همگانی است و ارتباط مستقیمی با منافع و مصالح جامعه دارد و در نظام‌های مختلف فکری، معنا و مفهوم متفاوتی داشته و با ایدئولوژی حاکم، خط‌مشی سیاسی و ملاحظات اجتماعی، اقتصادی و اخلاقی هر جامعه عمیقاً پیوند خورده است؛ از این رو در تفسیر و تحلیل این

مفهوم، لاجرم باید بستر زمانی و مکانی طرح موضوع را در نظر داشت. با توجه به اینکه نظم عمومی نزد حکومت از اهمیت بالایی برخوردار است و حکومت‌ها استمرار و بقای خود را در گرو نظم، امنیت و آرامش جامعه می‌دانند، از این رو دولت‌ها هر عملی را که موجب اختلال و ایراد لطمه به حکومت و جامعه باشد، جرم‌انگاری کرده و با مواردی که مختل‌کننده نظم و آرامش جامعه باشد، برخورد کیفری شدیدی داشته و به‌سادگی از این قبیل جرائم نمی‌گذرند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۲: ۲۲). قانون‌گذار ما نیز در وضع قانون، توجه قابل ملاحظه‌ای به این مسئله داشته و ایجاد اختلال در نظم عمومی را در زمره جرائم آورده و به قید مجازات، ممنوع و به اصطلاح جرم‌انگاری کرده است. ماده ۶۱۸ قانون مجازات اسلامی، بخش تعزیرات مقرر می‌دارد: «هرکس با هیاهو، جنجال، حرکات غیرمتعارف یا با تعرض به افراد، موجب اختلال نظم و آرامش عمومی شود یا مردم را از کسب و کار باز دارد؛ به حبس از سه ماه تا یک سال و ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد». با عنایت به ظاهر ماده می‌توان به دو نکته مهم و اساسی که در این ماده وجود دارد اشاره کرد:

نکته اول: وسیله ارتکاب جرم در این ماده واجد اهمیت است؛ به بیان دیگر، نمی‌توان گفت که با هر عملی و یا به هر وسیله‌ای، نظم عمومی مختل شود، مشمول ماده مذکور می‌شود؛ چراکه ماده صراحت دارد نظم عمومی باید در نتیجه هیاهو، جنجال، حرکات غیرمتعارف یا با تعرض به افراد مختل شود. به عبارت دیگر، اختلال در نظم عمومی باید معلول یکی از کارهای فوق (هیاهو، جنجال و ...) باشد. ظاهر ماده نیز دال بر حصری بودن وسایل و نحوه ارتکاب جرم در ماده مذکور دارد و نمی‌توان به‌سادگی از این دلالت و صراحت گذشت.

نکته دوم: هیاهو، جنجال، حرکات غیرمتعارف و تعرض به افراد باید منتهی به اختلال در نظم و آرامش عمومی شود و یا مردم را از کسب و کار باز دارد؛ به بیان دیگر، موضوع ماده ۶۱۸ قانون مجازات اسلامی، جرم مقید و حصول نتیجه، جزء لاینفک این جرم است. با عنایت به دو نکته مذکور که از ماده ۶۱۸ موصوف استخراج شد، هر رفتاری که از منظر وسیله و نتیجه ارتکاب آن، در محدوده ماده فوق قرار گیرد، قابل مجازات است. بنابراین قانون‌گذار در وضع ماده مذکور، به جرم‌انگاری موردی و مصداقی نپرداخته است، بلکه معیار و ملاکی ارئه داده است تا مقامات قضائی با تطبیق مصداق و مفهوم و احراز شرایط موجود در ماده مذکور، رفتاری را مستند به این ماده ممنوع و فاعل آن را قابل مجازات بدانند.

در خصوص مقوله قه‌زنی در عزاداری‌ها، با وجود اینکه قانون‌گذار جبهه‌گیری صریح و دقیقی در مورد این‌گونه از عزاداری‌ها نکرده است، اما با جست‌وجو و کنکاش در آرای قضائی، روشن

می‌شود که رویکرد کلی سیاست قضائی ایران، به سمت مجازات‌های عزادارانی است که در مراسم قمه-زنی شرکت می‌کنند. این برخورد شدید با این‌گونه از عزاداری‌ها، مستند به ماده ۶۱۸ فوق‌الذکر است. حال پرسشی که در این مورد پیش می‌آید این است که آیا می‌توان قمه‌زنی در عزاداری‌ها را مصداقی از موارد اخلال در نظم عمومی دانست و با مرتکبین این‌گونه از عزاداری‌های نامتعارف در محدوده ماده ۶۱۸ مذکور برخورد کیفری کرد؟ با عنایت به توضیحاتی که پیرامون ماده مذکور گذشت می‌توان گفت: چنانچه قمه‌زنی، با هیاهو و جنجال باشد یا در جریان قمه‌زنی، قمه‌زنان متعرض افراد شوند و یا اینکه به‌طور کلی قمه‌زنی در عزاداری‌ها را حرکات غیرمتعارف بدانیم و در اثر این‌گونه عزاداری‌ها نظم و آسایش عمومی مختل شود یا اینکه این‌گونه عزاداری‌ها منتهی به بازداشتن مردم از کسب و کار گردد، استناد به ماده مذکور بلااشکال و بلکه پسندیده است^۱، در غیر این صورت استناد به ماده نام‌برده، فاقد وجاهت قانونی است. اما پُر واضح است که جمع تمام شرایط موجود در ماده ۶۱۸ قانون مجازات اسلامی در موارد قمه‌زنی در عزاداری‌ها، اگر نگوئیم محال است، بسیار سخت و دور از ذهن می‌باشد. به بیان دیگر، ماده مذکور تمام موارد قمه‌زنی در عزاداری‌ها را پوشش نمی‌دهد و نمی‌توان با استناد به این ماده تمام موارد این‌گونه از عزاداری‌های نامتعارف را جرم دانست و با آن‌ها در این زمینه برخورد کیفری کرد؛ چراکه اگر مراسم قمه‌زنی در خانه و یا در مکان‌های شخصی و مخصوص انجام گیرد، بیم اخلال در نظم و آسایش عمومی و بازداشتن مردم از کسب و کار نمی‌رود. حتی اگر این عمل در مکان‌های عمومی هم انجام شود، اما منتهی به اخلال در نظم و آسایش و آرامش عمومی نشود و مردم نیز از کسب و کار باز داشته نشوند، باز هم جرم موضوع ماده ۶۱۸ مذکور به‌وقوع نمی‌پیوندد؛ به این دلیل واضح که ماده مذکور مقید به قید نتیجه که همان اخلال در نظم عمومی یا بازداشتن مردم از کسب و کار است، می‌باشد. مراسم قمه‌زنی معمولاً در ساعات‌های اولیه روزهای تعطیلی مانند عاشورا صورت می‌گیرد که اساساً کسب و کاری در بین نیست و اتفاقاً حاضران در آن مکان‌ها، انتظار مواجهه با این صحنه‌ها را دارند و با چنین توقعی اساساً ادعای اخلال در نظم و آسایش و آرامش عمومی آن هم به‌صورت بالفعل، ادعایی بلا دلیل است. اما متأسفانه در عمل مشاهده می‌شود بیش‌تر مقامات قضائی، با تمامی موارد قمه‌زنی در عزاداری‌ها، حتی آن مواردی که در خفا انجام گرفته و توسط ضابطان قضائی، با نقض حریم خصوصی عزاداران،

۱. مطابق دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۲۹۲۳۲۰۱۲۹۱ افرادی که اقدام به قمه‌زنی در بین عزاداران کرده بودند، محکوم به اخلال در نظم عمومی موضوع ماده ۶۱۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات شده‌اند و به‌موجب انجام این‌گونه عزاداری‌ها، حکم به محکومیت هریک از متهمان به تحمل سه‌ماه و یک روز حبس و سی ضربه شلاق تعزیری صادر شده است.

کشف و پرونده در جریان تعقیب و تحقیقات قضائی قرار می‌گیرد و به استناد ماده ۶۱۸ برخورد می‌کنند؛ اما روشن است که برخی از این موارد به دلیل اینکه در خفا و غیرعلنی انجام گرفته‌اند و نهایتاً منجر به اخلال در نظم عمومی نشده‌اند، هیچ توجیه قانونی برای استناد به ماده مذکور باقی نمی‌گذارند. بنابراین ماده مذکور، به منظور جرم‌انگاری و مجازات قه‌زنی در عزاداری‌ها، ماده جامع و شاملی نیست که با استناد به آن، محاکم قضائی، توانایی برخورد کیفری با تمام موارد قه‌زنی در عزاداری‌ها را داشته باشند. از طرف دیگر، در مورد اعمال این ماده در رابطه با موارد قه‌زنی، باب تفسیر به رأی و نظرات شخصی و سلیقه‌ای حکام در محاکم گشوده می‌شود. بلکه اگر عزاداری در زمان‌ها و مکان‌هایی که سایرین انتظار تحقق قه‌زنی را ندارند واقع شود، شاید بتوان ماده ۶۱۸ را برای برخورد، قابل توجیه دانست.

بند دوم: تظاهر به عمل حرام

«تظاهر» مصدر و در لغت به معنای آشکار شدن، خود را نمایان کردن و در معرض دید عموم قرار دادن است (عمید، ۱۳۸۹: ۳۴۸). مفهوم «تظاهر به عمل حرام» با توجه به معنی لغوی تظاهر، یعنی وانمود کردن، عبارت است از: ارتکاب عملی در انظار عموم که انجام آن عمل در شرع مقدس ممنوع است. بنابراین ارتکاب عمل حرام لزوماً باید به نحوی صورت گیرد که در مرئی و منظر عده‌ای واقع شود (ولیدی، ۱۳۸۶: ۲۳). در میان احکام و قرارهای صادره از مراجع قضائی پیرامون قه‌زنی در عزاداری‌ها، بعضاً مشاهده می‌شود که برخی مراجع تعقیب و تحقیق در دادرسی‌ها، قه‌زنان را به عنوان کسانی که تظاهر به عمل حرام کرده‌اند، تفهیم اتهام می‌کنند و با صدور قرار مجرمیت، پرونده را به منظور صدور حکم به محاکم عمومی کیفری ارسال می‌کنند و دادگاه مذکور نیز با عنوان اتهامی موافقت کرده و در راستای ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی بخش تعزیرات با این دسته از افراد برخورد کیفری می‌کند. البته با تصویب قانون مجازات اسلامی ۹۲ و درجه‌بندی مجازات‌ها در ماده ۱۹ قانون مذکور، مجازات موضوع ماده ۶۳۸ از لحاظ حبس، درجه ۸ و از لحاظ شلاق، درجه ۶ محسوب می‌شود و همچنین با عنایت به رأی وحدت رویه شماره ۷۴۴ مورخ ۱۳۹۴/۸/۱۹ که به طور کلی ملاک درجه‌بندی مجازات‌ها را، میزان حبس دانسته است، مجازات موضوع ماده نام‌برده، درجه ۸ محسوب و از آنجایی که قانون‌گذار، رسیدگی به جرائمی که مجازات آن‌ها درجه ۷ و ۸ است را وفق ماده ۳۴۰ قانون آئین دادرسی کیفری، مستقیماً در صلاحیت دادگاه قرار داده است و دادرسی در این زمینه صلاحیت رسیدگی ندارد (خالقی، ۱۳۹۳: ۲۹۴)، از این رو ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۷۵ از موارد طرح مستقیم دعوا در دادگاه است و دادرسی صلاحیت ورود در این قضیه را ندارد. بنابراین در حال حاضر، چنانچه با افراد قه‌زنی وفق ماده ۶۳۸ مذکور برخورد شود، به

این اتهام مستقیماً در دادگاه رسیدگی می‌شود. قانون‌گذار در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی چنین مقرر می‌دارد: «هرکس علناً در انظار، اماکن عمومی و معابر، تظاهر به عمل حرامی کند، علاوه بر کیفر عمل، به حبس از ۱۰ روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل، دارای کیفر نیست، ولی عفت عمومی را جریحه‌دار کند، فقط به حبس از ۱۰ روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌شود». برخی از واژه‌های به‌کار رفته در این ماده از وضوح کافی برخوردار نیست؛ برای نمونه دامنه معنایی کلمه «علن» مورد اختلاف است؛ برخی معتقدند که مقصود از ارتکاب عمل به‌طور علنی در قوانین جزائی، اعم از این است که در مرئی و منظر عموم واقع شود یا در اماکنی که معدّ برای عموم باشد و معابر، اعم از کوچه و خیابان و به‌طور کلی هر محلی که ممر عام شناخته شود، عمومی محسوب می‌شود. احتراز مرتکب از رؤیت مردم و آشکار شدن موضوع به هیچ وجه تأثیری در علنی بودن موضوع ندارد و همین که عمل در محلی به وصف مذکور ارتکاب شود، علنی محسوب می‌شود (گلدوزیان، ۱۳۸۶: ۳۷۰). در مورد این ماده می‌توان گفت، اگر ارتکاب عمل حرامی که در علن و انظار عمومی انجام می‌شود به خودی خود، مجازات داشته باشد، مرتکب به مجازات هر دو جرم محکوم خواهد شد؛ برای نمونه چنانچه شخصی تظاهر به مصرف مسکر کند، علاوه بر مجازات مندرج در ماده ۲۶۵ قانون مجازات اسلامی (هشتاد ضربه شلاق)، به مجازات صدر ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی نیز محکوم می‌شود. ولی چنانچه عمل ارتکابی به خودی خود، کیفر نداشته باشد و در علن و انظار عمومی ارتکاب یافته باشد و عمل مذکور منتهی به جریحه‌دار شدن عفت عمومی شود، فقط به مجازاتی که در این ماده پیش‌بینی شده خواهد رسید و اشاره به این نکته نیز ضروری به نظر می‌رسد که عفت عمومی مربوط به امور جنسی بوده و درصدد بیان تمام ارزش‌های اخلاقی در جامعه نیست. تبصره ماده ۳۰۶ قانون آئین دادرسی کیفری^۱ نیز به‌گونه‌ای مؤید این ادعا است. از طرف دیگر، ماده نام‌برده در هیچ صورتی، عمل حرامی را که دارای کیفر نیست و عفت عمومی را هم جریحه‌دار نمی‌کند، دربر نمی‌گیرد. پرسشی که پیش می‌آید این است که آیا می‌توان قمه‌زنی در عزاداری‌ها را تظاهر به عمل حرام دانست و این‌گونه از عزاداری‌های نامتعارف را مصداقی از ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی به حساب آورد؟

۱. «منظور از جرائم منافی در این قانون، جرائم جنسی حدی، همچنین جرائم رابطه نامشروع تعزیری مانند تقبیل و مضاجعه است».

در عمل برخی مقامات قضائی، ماده ۶۳۸ مذکور را مستند رأی خود در برخورد کیفری با قمه‌زنی در عزاداری‌ها، قرار می‌دهند.^۱ برای صدق ماده مذکور بر موارد قمه‌زنی شرایطی لازم است؛ از جمله اینکه، قمه‌زنان باید عمل قمه‌زنی را در علن و انظار مردم، اماکن عمومی و یا معابر انجام دهند. بنابراین مواردی که عزاداران قمه‌زنی را در خفا، در غیر انظار مردم، غیر از مکان‌های عمومی و غیر از معابر انجام می‌دهند، داخل در محدوده این ماده نیست. شرط دیگر این است که قانون‌گذار قمه‌زنی (عمل حرام) که در منظر عموم و در اماکن عمومی و معابر به آن تظاهر شده را صراحتاً جرم‌انگاری و برای آن کیفر تعیین کرده باشد تا عمل قمه‌زنی مشمول صدر ماده مذکور شود و نهایتاً مرتکب، به مجازات هر دو جرم محکوم شود و چنانچه عمل حرام مذکور که مورد تظاهر قرار گرفته، خود مستلزم کیفر نباشد، باید عفت عمومی را جریحه‌دار کند تا مشمول ذیل ماده نامبرده شود. اما واضح است که قانون‌گذار برای قمه‌زنی صراحتاً کیفری در نظر نگرفته تا تظاهر به این‌گونه عزاداری‌ها را مشمول صدر ماده بدانیم و از طرف دیگر قمه‌زنی، در زمره اعمال منافی عفت قرار ندارد و عفت عمومی را جریحه‌دار نمی‌کند؛ چراکه عفت عمومی، کدهای مورد قبول جامعه در امور جنسی است و اعمال منافی عفت، در رابطه با امور جنسی به معنای اخص آن هستند. به همین دلیل، نمی‌توان قمه‌زنی را مصداقی از مواردی دانست که انجام آن در علن و در انظار مردم، عفت عمومی را جریحه‌دار می‌کند و نهایتاً حکم به مجازات قمه‌زنی، مستند به ذیل ماده مذکور داد. به نظر می‌رسد از آنجایی که قمه‌زنی در عزاداری‌ها از دیدگاه برخی فقها حرام است و با این وجود برخی عزاداران در منظر عموم و در علن اقدام به این‌گونه عزاداری نامتعارف می‌کنند، مقامات قضائی را بر آن داشته تا با استناد به ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی با این دسته از عزاداران برخورد کیفری کنند، در حالی که مقامات نامبرده فقط به حرمت عمل و تظاهر کردن به آن عمل حرام در علن توجه داشته‌اند و خواسته یا ناخواسته چشم خود را بر روی شرایط و ضوابطی که قانون‌گذار در ماده مذکور از آن نام برده، فرو بسته‌اند. بنابراین عزادارانی که عمل قمه‌زنی را در علن و منظر عموم یا معابر و با تظاهر انجام می‌دهند، رفتار آن‌ها در هیچ صورت مشمول قسمت صدر و ذیل ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی نمی‌شود و در راستای این ماده نمی‌توان با مرتکبان این‌گونه از عزاداری‌ها برخورد کیفری کرد. علاوه بر اشکال مذکور، همان‌طور که در بخش عزاداری نامتعارف و جرم‌انگاری شرعی بیان شد، نمی‌توان به راحتی ادعا کرد

۱. برای نمونه می‌توان به دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۲۹۲۶۶۰۰۶۰۲ اشاره کرد که دادگاه عزادارانی را که اقدام به قمه‌زنی کرده بودند را به اتهام تظاهر به فعل حرام در ملاء عام مستنداً به ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ و با لحاظ بند یک ماده ۳ قانون وصول برخی درآمدهای دولت و مصرف آن در موارد معین، به پرداخت یک میلیون ریال جزای نقدی محکوم کرده است.

که این عمل شرعاً حرام است؛ بلکه برای حرام دانستن عمل، باید قیودی مانند تقلید از مراجعی که مخالفت با نظر حاکم اسلامی را حرام می‌دانند و یا تقلید از مراجعی که قمه‌زنی را حرام می‌دانند، احراز شود که در اکثر قریب به اتفاق پرونده‌ها، این شرط منتفی است؛ چراکه از نظر این عزاداران و مراجع‌شان این رفتارها شرعاً حرام نیست. حرمت و عمل حرام در این‌گونه موارد نسبت به افراد مختلف به تبع نظر مراجع تقلید، جنبه نسبی پیدا می‌کند؛ به این معنا که یک رفتار برای شخصی حرام دانسته می‌شود، چراکه مرجع تقلید آن شخص، این عمل را حرام می‌داند و همان رفتار نسبت به شخص دیگر به علت تقلید از مرجع تقلید متفاوت، حلال است و در این موارد نمی‌توان حکم کلی داد؛ بلکه باید با معیاری شخصی به ارزیابی حرمت یا حلیت رفتار اقدام کرد و یقیناً کسانی اقدام به قمه‌زنی می‌کنند که از دید خود و مراجع‌شان این رفتار نه تنها مجاز، بلکه مستحب است. در نهایت با توجه به توضیحات مذکور، نمی‌توان به استناد ماده ۶۳۸ با افرادی که اقدام به قمه‌زنی می‌کنند، برخورد کرد.

نتیجه‌گیری

برپایی مراسم عزاداری و سوگواری برای اهل بیت عصمت و طهارت علیهم‌السلام، به‌ویژه امام حسین (ع) و یارانش از شعائر الهی و دارای اجر و ثواب بسیار و وسیله‌ای برای قرب و نزدیکی به خداوند است. عزاداری مانند هر پدیده اجتماعی دیگر، ممکن است موضوع حقوق کیفری قرار گیرد. در مورد جواز یا عدم جواز انجام این‌گونه رفتارهای نامتعارف در عزاداری‌ها (قمه‌زنی و تیغ‌زنی) اختلاف نظرهای بسیاری بین فقها و مراجع دیده می‌شود؛ به طوری که برخی فقها به شدت با این‌گونه از عزاداری‌های نامتعارف با ارائه دلایل متعدد مخالفت می‌کنند و از طرف مقابل، عده‌ای دیگر از فقها یا در این رابطه موضع‌گیری صریحی نکرده‌اند یا صراحتاً نظر به جواز و حتی استحباب آن‌ها داده‌اند. در عصر حاضر، تنها مستند جامع و شاملی که برای بیان حرمت این‌گونه از عزاداری‌های نامتعارف وجود دارد، حکم حکومتی حاکم اسلامی است و سایر دلایل مبتنی بر حرمت، از جمله وهن مذهب، توانایی اثبات حرمت و عبور از اصل برائت شرعی را دارا نیستند؛ آن هم به این دلیل است که برخی موارد قمه‌زنی مانند قمه‌زنی در خفا و به دور از انظار عموم، به این صورت است که افراد دیگر از انجام این‌گونه از عزاداری‌های نامتعارف اطلاعی ندارند.

در حال حاضر، قانون‌گذار صراحتاً هیچ‌یک از این‌گونه عزاداری‌ها را جرم‌انگاری نکرده است، ولی به دلیل حرمت این‌گونه از عزاداری‌ها و با تفسیر جرم‌انگارانه از اصل ۱۶۷ قانون اساسی می‌توان به برخورد کیفری با مرتکبان آن‌ها پرداخت؛ با این استدلال که حرمت این‌گونه از عزاداری‌های نامتعارف (قمه‌زنی و تیغ‌زنی) با توجه به حکم حکومتی مقام معظم رهبری امری مسلم است و از

طرفی هم برای عمل حرام در شرع، تعزیر در نظر گرفته شده است. از آن جایی که مستند به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و قوانین عادی دیگر، قاضی مکلف است که حکم هر دعوا را بیابد و در راستای این تکلیف قانونی، اجمال، ابهام، سکوت و تعارض قوانین مدونه برای قاضی عذر محسوب نشده، بلکه باید با استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر، حکم مسئله مربوطه داده شود و دعوا خاتمه یابد؛ اما همان‌گونه که در مقاله اشاره شد، این طریق با محذور مواجه است، چراکه نظر حاکم اسلامی بر عدم برخورد کیفری با این‌گونه رفتارها است؛ به عبارت دیگر، با قبول حرمت این رفتار به استناد حکم حکومتی، از آنجا که اختیار تعزیر در دست حاکم اسلامی است (التعزیر بما یراه الحاکم)، حاکم اسلامی چنین تعزیری را مصلحت ندانسته‌اند. بنابراین نمی‌توان به تعزیر مرتکبان اقدام کرد. ولی رویه قضائی و آرای موجود در محاکم، حاکی از آن است که مقامات قضائی بیش‌تر به دنبال برخورد کیفری با این دسته از افراد در قالب اخلال در نظم عمومی و مستند به ماده ۶۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ هستند. اما ماده مذکور به صورت مشروط و مقید وضع شده، به گونه‌ای که برای صدق اتهام اخلال در نظم عمومی، شرایط و نتایجی لازم است که تحقق این شرایط اگر نگوئیم محال است، دشوار و دور از ذهن می‌باشد و ماده مذکور نمی‌تواند تمام موارد قمه‌زنی در عزاداری‌ها را دربر گیرد. از طرف دیگر، برخی مقامات قضائی برآنند که با این‌گونه از عزاداری‌ها و با این ایده که این‌گونه از رفتارها تظاهر به عمل حرام می‌باشند، مستند به ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ برخورد کیفری کنند که با بررسی بخش‌های مختلف این ماده مشخص شد که این ماده نیز نمی‌تواند مستند برخورد کیفری قرار گیرد. بنابراین با توجه به مطالب مقاله، روشن شد که برخورد کیفری با این نوع عزاداری‌ها در نظام کیفری ایران فاقد هرگونه مستند قانونی است و حاکمیت اصل برائت، اقتضای صدور قرار منع تعقیب و حکم به برائت در خصوص این‌گونه رفتارها را دارد.

منابع

فارسی

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، *حقوق جزای عمومی*، جلد نخست، تهران، نشر میزان، چاپ سی و سوم.
- اکبرنژاد، محمدتقی (۱۳۸۵)، «قمه‌زنی و اعمال نامتعارف در عزاداری‌ها»، *فصل نامه فقه اهل بیت*، شماره ۴۸، ص ۱۴۸.
- الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۳۹۶)، *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*، جلد اول، چاپ سوم، تهران: نشر میزان.
- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲)، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ بیست و پنجم، تهران: انتشارات گنج دانش.
- حسینی، سیدمحمد (۱۳۹۳)، *سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران*، چاپ سوم، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران و سمت.
- خالقی، علی (۱۳۹۶)، *آئین دادرسی کیفری*، چاپ سی و پنجم، تهران: انتشارات شهردانش.
- خالقی، علی (۱۳۹۳)، *نکته‌ها در قانون آیین دادرسی کیفری*، چاپ سوم، تهران: انتشارات شهر دانش.
- سجادی، سیدمحمد (۱۳۸۴)، *شور حسین*، قم، چاپ دوم.
- سلجوقی، محمود، *حقوق بین الملل خصوصی*، بی تا، تهران: نشر میزان.
- طباطبایی‌یزدی، محمدکاظم (۱۴۱۷)، *العروه الوثقی*، جلد اول، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، *المبسوط فی فقه الامامیه*، جلد هشت، تهران: المكتبة المرتضویة.
- الجبعی‌العاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۰)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، جلد نهم، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.
- عمید، حسن (۱۳۸۹)، *فرهنگ لغت فارسی*، چاپ اول، تهران: نشر راه رشد.
- قماش، سعید (۱۳۹۳)، *کرامت انسانی و نقش آن در جرم‌انگاری*، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴)، *مقدمه علم حقوق*، چاپ یکصد و سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاشانی، حسن (۱۳۹۰)، *شیوه‌های نوین عزاداری بدعت یا سنت؟*، چاپ سوم، قم: انتشارات دلیل ما.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۶)، *محشای قانون مجازات اسلامی*، چاپ دهم، تهران: انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجلد.
- محدثی، جواد (۱۳۹۳)، *فرهنگ عاشورا*، چاپ هفدهم، قم: نشر معروف.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶)، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مسائلی، مهدی (۱۳۹۵)، *عار یا شعار؟ قمه زنی در ترازوی عقل و شرع*، چاپ اول، اصفهان: نشر آرما.
- مسائلی، مهدی (۱۳۸۶)، *قمه زنی سنت یا بدعت؟*، چاپ پنجم، اصفهان: نشر گلبن.
- معین، محمد (۱۳۸۸)، *فرهنگ فارسی معین*، چاپ چهارم، تهران: نشر اشجع-میکائیل.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۲)، *جرایم علیه امنیت و آسایش عمومی*، چاپ بیست و چهارم، تهران: نشر میزان.
- نجفی، زین‌العابدین (۱۳۸۷)، *اعمال نامتعارف در عزاداری اهل بیت (ع) از منظر فقه امامیه*، دوره ۵، شماره ۱۷.
- نوربها، رضا (۱۳۹۲)، *زمینه حقوق جزای عمومی*، چاپ سی و چهارم، تهران: نشر دادآفرین.

- نیشابوری، عبدالحسین (۱۳۹۳)، آداب حضور در ایام و مراسم سوگواری امام حسین علیه السلام، چاپ یازدهم، قم: انتشارات دلیل ما.
- ولیدی، محمد صالح (۱۳۸۶)، جرایم علیه عفت و اخلاق عمومی و حقوق و تکالیف خانوادگی، چاپ سوم، تهران: مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
- اسفندیاری، محمد (۱۳۹۴)، از عاشورای حسین تا عاشورای شیعه، چاپ اول، قم: نشر خیمه
- ب: مقالات**
- بشیریه، تهمورث (۱۳۸۷)، «پاسداشت حقوق اساسی در پرتو تعامل اصول ۳۶ و ۱۶۷ قانون اساسی»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۳-۶۲.
- تاج، محمد (۱۳۸۸)، «قمه زنی زیر تیغ نقد»، مجله‌ی پگاه حوزه، شماره ۲۷۰.
- حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۵)، «حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ قانون اساسی در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، فصل‌نامه پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۲، شماره ۲.
- حسینی، سیدمحمد (۱۳۸۷)، «حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۱.
- خوئینی، غفور و سهیل ذوالفقاری (۱۳۹۰)، «خلاهای تقنینی و اجرای فتوا در نظام قضائی ایران (تأملی بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران)»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۲.
- ربانی، رسول، سیدعلی هاشمیان‌فر و محمد گنجی (۱۳۸۹)، «رهیافتی فرهنگی بر پدیده قمه‌زنی شهروندان خمینی شهر»، فصلنامه تحقیقات فرهنگی، دوره سوم، شماره ۳.
- قماش، سعید (۱۳۸۰)، «بنیادهای جرم‌انگاری در حقوق کیفری نوین»، مجله حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۴.
- کوشا، جعفر، سیدحسین هاشمی (۱۳۸۰)، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها»، مجله نامه مفید، شماره ۲۶.
- گودرزی، محمدرضا (۱۳۸۱)، «محدوده قانون جزا و گستره جرم‌انگاری از دید مکاتب حقوق کیفری»، مجله حقوقی و قضائی دادگستری، شماره ۳۹.
- مزینانی، محمدصادق (۱۳۸۸)، «قمه زنی زیر تیغ نقد از زاویه‌ای دیگر»، مجله پگاه حوزه، شماره ۲۷۱.
- مسجدسرای، حمید (۱۳۹۳)، «واکوی در ادله شمول تعزیر»، مطالعات اسلامی، فقه و اصول، سال چهل و پنجم، شماره پیاپی ۹۵.