



## مجازات عمل حرام و تعارض آن با قانون مداری در قانون اساسی ایران

دکتر محمد جعفر حبیب زاده<sup>۱</sup>

### چکیده:

اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ به قاضی کیفری اجازه داده است که در موارد سکوت، نقص، اجمال، تعارض یا ابهام قانون، با مراجعه به منابع فقهی مبادرت به صدور رای کند. قانونگذار عادی با تمسک به اطلاق عبارت اصل مزبور و برداشت نادرست از آن و بدون توجه به سایر اصول قانون اساسی و نیز اصول مسلم حقوقی، مراجعه قاضی به منابع فقهی در دعای کیفری را جایز دانسته است. این برداشت موجب گردیده است که مقتن در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی با ایجاد عنوان جزایی کلی و مبهم «تظاهر به عمل حرام» و اطلاق شبهه آور متن ماده مزبور در بیان کیفر نفس عمل حرام، به منظور رفع ابهام از این ماده، به طور ضمنی مراجعه به منابع فقهی برای تشخیص مصداق و کیفر عمل حرام را تجویز کند. اما از آنجا که این امر به خلق جرم و جعل کیفر می انجامد، با اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اصل تفکیک قوا و اصل صلاحیت انحصاری قوه مقننه در وضع قانون منافات دارد. لذا تفسیر منطقی اصل ۱۶۷ قانون اساسی ایجاب می کند که با توجه به پذیرش اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قانون اساسی، اجازه مراجعه به منابع فقهی در دعای کیفری، منصرف از مواردی باشد که منجر به خلق جرم و مجازات می شود. بنابراین در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مراجعه به منابع فقهی با قانون اساسی و موازین شرعی مغایر است. مصلحت اقتضا دارد مقتن نسبت به اصلاح یا لغو ماده مزبور اقدام کند و در اصلاح آن عنایت بیشتری به قانون اساسی داشته باشد و پیش از اصلاح یا لغو این ماده، مراعات قانون اساسی، ایجاب می کند که قضات نسبت به رفتارها و کیفرهای غیر مصرح در قانون، رای بر برائت صادر کنند.

### واژه های کلیدی:

۱- عمل حرام ۲- اصل قانونی بودن جرم و مجازات ۳- ماده ۶۳۸ قانون مجازات

اسلامی ایران

### فهرست مطالب

- ۱- مقدمه
- ۲- تعریف و موضوع جرم
- ۳- مجازات عمل حرام و مرجع تعیین آن
- ۴- ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی از دیدگاه قانون اساسی
- ۵- ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی از دیدگاه موازین شرعی
- ۶- نتیجه گیری



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## ۱- مقدمه:

یکی از مهمترین اصول حاکم بر حقوق کیفری، اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که در اصول ۳۶ و ۱۶۹ و بند ۴ اصل ۱۵۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز به صراحت پذیرفته شده است.

به موجب این اصل هیچ رفتاری جرم نیست و هیچ مجازاتی قابل اجرا نیست، مگر آنکه قبلاً به وسیله قانونگذار عنوان مجرمانه و میزان مجازات آن تعیین و اعلام شده باشد.<sup>۲</sup> بنابراین اصل، قانونگذاری و تعیین عناوین جرایم و میزان مجازاتها از وظایف و اختیارات انحصاری قوه مقننه است. همچنین به موجب اصل تفکیک قوا که از اصول مسلم پذیرفته شده در قانون اساسی ایران است، قضات تحت هیچ شرایطی حق تعیین عنوان جرایم و میزان مجازات آنها را مگر در محدوده حداقل و حداکثر مقرر در قانون ندارند. بهانه حفظ نظم جامعه و حمایت از عفت عمومی و اخلاق حسنه، نمی تواند مجوز مداخله قضات در امر قانونگذاری باشد. بنابراین در حقوق موضوعه هر چند رفتاری از لحاظ اخلاقی زشت و زننده و از لحاظ مذهبی گناه محسوب شود، در صورتی که در قانون کیفری صراحتاً جرم قلمداد نشده و مجازات آن نیز به طور منجز مشخص نشده باشد، قابل تعقیب کیفری نیست و حکم آن به لحاظ اصولی برائت و به لحاظ قضایی تبرئه است.

پذیرش اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران اقتضا دارد که قانونگذار عادی با وضع قوانین مبهم و استفاده از عبارات کلی و نارسا در انشای متون و عبارات قانونی، مانند (ارتکاب عمل حرام مذکور در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی) زمینه را برای استنباط شخصی و تعبیر و تفسیرهای موسع قضات از قانون هموار نسازد. زیرا استفاده از الفاظ و عبارات مبهم در هنگام نگارش قانون، قاضی را در مقام اجرا دچار بلاتکلیفی می سازد و او بر سر دو راهی استنکاف از احقاق حق و تفسیر قانون از طریق مراجعه به منابع فقهی برای رهایی از مجازات ناشی از استنکاف (ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی)، لاجرم دومی را برمیگزیند. انتخاب راه دوم، در دعاوی کیفری چنانچه منجر به ابداع عنوان مجرمانه جدید و تعیین کیفر غیرمقرر در قانون شود، با قانون اساسی و موازین شرعی مغایرت دارد. به

۲- حبیب زاده، محمد جعفر، محقق داماد، سید مصطفی، جایگاه اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق ایران، نشریه دانشگاه شاهد، ش ۹ و ۱۰، س ۱۳۷۴، صص ۴۰-۲۰.

۳- ابو عامر، محمد زکی، قانون العقوبات، القسم العام، الدار الجامعیه، بیروت، ۱۹۹۲، ص ۲۴.

نظر ما هر عمل حرامی بدون آن که عنوان و میزان مجازاتش در قانون بیان نشده باشد، قابل مجازات نیست و لذا ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی با قانون اساسی و موازین شرعی مطابقت ندارد و بر مقتن فرض است آن را اصلاح و با مفاد قانون اساسی منطبق کند.

## ۲- تعریف و موضوع جرم

ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: «هر کس علناً در انتظار 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 جریحه دار نماید فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد.»

با توجه به آن که مفهوم اصلی در جرم انگاری قانون به عنوان «تظاهر به عمل حرام»، ارتکاب «عمل حرام» به طور علنی است، بنابراین ضروری است که مفهوم «عمل حرام» در ماده مزبور مشخص گردد. عمل حرام در قوانین کیفری و بعد از انقلاب، فاقد تعریف مشخص است. با تفحص در منابع فقهی، کتاب و سنت نیز تعریف جامع و مورد اتفاق و اجماع فقها از عمل حرام مشاهده نمی‌شود و در منابع فوق صرفاً بعضی از مصادیق محرمانه مورد اشاره قرار گرفته‌اند. بعضی از واژگان مترادف با عمل حرام در کتاب و سنت عبارتند از: اثم، سیئه، خطیئه، فحشا، فساد، فسق، فجور، لم، ذنب، وزر، جرم، خبط و حنث.<sup>۴</sup> مطابق ماده ۲ قانون مجازات اسلامی جرم رفتاری است که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است و لذا رفتار مجرمانه به طور مشخص باید در قانون پیش‌بینی شده باشد.

در حقوق جزای موضوعه هیچ جرمی بدون اجتماع عناصر قانونی، مادی و معنوی محقق نمی‌شود. از طرف دیگر ضابطه مشخص و قانونی برای تشخیص رفتار حرام وجود ندارد و مفهوم و مصادیق آن در حقوق موضوعه مشخص نیست. شمار محرمانه در قلمرو فقه اسلامی نیز اندک نیست و ابهام در توصیف رفتار مجرمانه، موجب شمول ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی بر تعداد کثیری از محرمانه می‌گردد که هر کدام عنصر مادی و مستقل جداگانه و مخصوص به خود دارند. بنابراین موضوع ماده مزبور (تظاهر به عمل حرام) فاقد عنصر مادی مشخص است. همچنین اطلاق عبارت ماده فوق، در آنجا که تظاهر به عمل حرام را علاوه بر

۴- قرآنی، محسن، گناه‌شناسی، تنظیم و نگارش محمد محمدی اشتهاردی، ج ۵، ص ۲۱.

«کیفر عمل حرام» که در شرع دارد، مستوجب مجازات مقرر در ماده دانسته است، به حسب ظاهر علاوه بر کیفرهای مصرح در قانون، شامل کیفرهای مندرج در منابع فقهی نیز می‌شود. این دیدگاه با عنایت به نظر مشهور فقهای امامیه مبنی بر جواز اعمال تعزیر در مورد ارتکاب هر عمل حرام تأیید می‌گردد. محقق حلی در باب حدود می‌گوید: «هر کس فعل حرامی را مرتکب شود یا فعل واجبی را ترک کند بر امام، تعزیر او تا اندازه‌ای که به حد نرسد جایز است.»<sup>۵</sup>

صاحب تکمله المنهاج می‌گوید: «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.»<sup>۶</sup>

ملاحظه می‌گردد که کیفر نفس عمل حرام که به دستور ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی باید توأمان با کیفر مصرح در ماده مذکور در حق مرتکب اعمال شود، به نحوی شبهه‌آور رها شده است. عدم تعیین کیفر عمل حرام در ماده مربوطه به نحو مصرح و منجز موجب تزلزل عنصر قانونی جرم مذکور در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی به عنوان یک «رفتار مجرمانه» قابل مجازات می‌گردد. با نامشخص بودن نوع رفتار مادی، موضوع تعلق قصد و اراده مرتکب به تحقق رفتار مورد نظر، یعنی عنصر معنوی نیز غیر قابل اثبات است. نقص و تزلزل در عناصر مادی و معنوی سبب عدم شناسایی عنوان «تظاهر به عمل حرام» به مثابه یک «جرم» می‌گردد. در مورد شمول عنوان معصیت بر «فعل حرام» و «ترک واجب» بین فقها اختلاف نیست. اما آیا ترک واجب به عنوان یک معصیت، مشمول عنوان فعل حرام واقع می‌شود یا خیر؟ این سؤال، مبتنی بر این سؤال اساسی دیگر در علم اصول است که آیا «امر به شی (امر مفید و موجب) از لحاظ لغوی یا عقلی، دلالتی بر نهی از اضرار آن شی دارد یا خیر؟»

برخی از علما معتقدند که امر به شی به دلالت التزامی و اقتضای عقلی، حاکی از نهی از جمیع اضرار آن شی است. به این معنا که لازمه عقلی امتثال مأمور به (واجب) ترک جمیع اضرار آن است.<sup>۷</sup>

گروهی دیگر معتقدند که امر به شی مقتضی نهی از ضد عام «ترک» آن شی نیست و به اعتقاد آنان چنین نیست که مصلحتی در فعل باشد و مفسده‌ای در ترک که به خاطر مصلحت

۵- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، داراحیاء التراث العربی، بیروت، چاپ هفتم، ص ۱۱۸.

۶- موسوی خوئی، ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، مطبعة الاداب، نجف اشرف، (بی‌تا)، ج ۱، ص ۳۳۷.

۷- الزحیلی، وهبه، اصول الفقه الاسلامی، انتشارات داراحسان، تهران، ج اول، ۱۳۷۵، ج اول، ص ۲۲۸.

امر به آن و به خاطر مفسده نهی از آن بشود<sup>۸</sup>. فایده عملی اطلاق عنوان حرام بر ترک، در تفسیر ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی و شمول یا عدم شمول عمل حرام مذکور در ماده نسبت به ترک واجبات معلوم می‌گردد. اگر «عمل حرام» را به مطلق معصیت تعبیر کنیم، ترک واجب نیز مشمول ماده مزبور قرار می‌گیرد. به لحاظ اختلافی بودن اطلاق عنوان حرمت بر ترک واجب بین علما و با توجه به جنبه کاربردی بحث اصولی فوق در تفسیر ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی به استناد دلایل زیر ترک واجبات مشمول ماده مذکور قرار نمی‌گیرند:

ظاهر عبارت ماده ارتکاب عمل حرام است، نه ارتکاب معصیت. عبارت مذکور ظهور در افعال وجودی یعنی رفتار مادی مثبت دارد و ترک واجب به لحاظ جنبه سلبی و عدمی، در ظاهر عبارت ماده نمی‌گنجد.

اعتقاد علمای اصولی امامیه آن است که امر به شی، نهی از ضد عام آن شی (ترک) نیست. بنابراین اطلاق عنوان حرام بر ترک واجب و به تبع آن، مجازات ترک واجب به استناد ماده مزبور از نظر اصولی هم مورد اشکال است.<sup>۹</sup>

بر اساس روش تفسیر نصوص جزایی در فقه جزایی اسلام و حقوق جزای عرفی، موارد شکوک و مصادیق مورد تردید از شمول مقررات جزایی خارج است. از لحاظ شرعی با توجه به قاعده (الحدود تدرء بالشبهات) تفسیر نصوص جزایی، مبتنی بر احتیاط و تخفیف است. در حقوق کیفری نیز قاعده تفسیر مضیق قوانین جزایی که نتیجه آن تفسیر شک به نفع متهم است، مانع از تعمیم حکم ماده مزبور به مصداق مشکوکی چون ترک واجب می‌گردد.

یکی از اصول تفسیر نصوص جزایی، ملاحظه مقصود مقنن و تلاش برای کشف هدف او و تفسیر قانون در راستای نیل به این هدف است. هدف مقنن از وضع ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی حمایت از عفت عمومی و اخلاق حسنه و ممانعت از تعرض به آن است و ترک فعل، عرفاً موجب جریحه‌دار شدن عفت عمومی یا تعرض به اخلاق حسنه نمی‌شود. بنابراین از لحاظ تفسیر منطقی نیز نمی‌توان ترک واجب را مشمول ماده مذکور دانست.

۸ - کوراهی مقدم، کیانوش، ضمانت اجرای کیفری فعل حرام (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و فقه اسلامی)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۹، ضمیمه الف پایان‌نامه.

۹ - حیدری، علی تقی، اصول الاستنباط، انتشارات محلاتی، قم، ۱۳۷۶، ص ۶۹.

### ۳- مجازات عمل حرام و مرجع تعیین آن

اکنون این سؤال مطرح می‌شود که در حقوق موضوعه ایران، شرایط اجرای تعزیر در مورد ارتکاب عمل حرام چیست؟ آیا به موجب ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی می‌توان هر عمل حرامی را مورد مجازات قرار داد؟ پرسش دیگر آن است که آیا قاضی مجاز است علاوه بر کیفر مقرر در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی برای نظاهر به عمل حرام، کیفر نفس عمل حرام را با مراجعه به منابع فقهی تعیین کند؟ آیا تشخیص مصادیق «عمل حرام» از طریق مراجعه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر با قانون اساسی و اصول حقوقی موافق است؟ نخست باید دانست که از نظر فقها ارتکاب هر معصیتی مستوجب مجازات است و معصیت عبارت از رفتاری است که شارع مقدس ارتکاب آن را حرام یا ترک آن را واجب فرموده است.<sup>۱۱</sup> مسأله مهم در اینجا مرجع تعیین تعزیر است. ممکن است با استناد به قاعده «التعزیر بمایراه الحاکم» و تعبیر لفظ «حاکم» به قاضی دادگاه بگوییم که تعیین نوع و میزان کیفر تعزیر، بسته به نظر قاضی رسیدگی کننده به پرونده است. اما این نظر به دلایل زیر قابل پذیرش نیست:

الف- در روایات صحیحیه وظیفه تعیین مجازات تعزیری از وظایف «امام» و «والی» دانسته شده است. از جمله در صحیحیه سماعه در مورد عقوبت کسانی که به دروغ شهادت داده اند، آمده است: «یجلدون حداً لیس له وقت فذلک الی الامام». یعنی به آنان حد زده می‌شود که وقت معینی ندارد و آن موكول به نظر «امام» است. همچنین در صحیحیه حماد از مقدار تعزیر که با تازیانه انجام می‌شود سؤال شده و در جواب آمده است: «علی قدر مایراه الوالی من ذنب الرجل و قوه بدنه»<sup>۱۲</sup>. یعنی مقدار آن منوط به نظر والی بر حسب نوع گناه شخص و توانایی جسمانی اوست.

۱۰- منتظری، حسینعلی، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه محمود صلواتی، نشر تفکر، قم، ۱۳۷۰، ج ۳، صص ۴۷۱، ۱۲۱.

۱۱- عوده، عبدالقادر، حقوق جنایی اسلام، ترجمه اکبر غفوری، انتشارات آستان قدس رضوی، مشهد، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۷۲.

۱۲- حرعاملی، محمدبن الحسن، وسائل الشیعه، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ هـ. ق، ج ۱۸، ص ۵۸۴، ح ۱ و ۲.



ب- فقها نیز تعزیر را موکول به نظر امام یا رهبر حکومت اسلامی دانسته‌اند. علامه حلی در قواعد می‌گوید: «هر کس فعل حرامی را مرتکب شده یا واجبی را ترک کند بر امام است که به هر اندازه که صلاح می‌داند تا جایی که به میزان حد نرسد او را تعزیر کند» (۹).

صاحب جواهر در شرح شرایع می‌گوید: «از نظر نص و فتوی در مورد حکم فوق، هیچ اشکال و اختلاف نظری میان علما وجود ندارد» (۴) با عنایت به روایات و نظرات فقها معلوم می‌گردد که موضوع تعیین نوع و میزان عقوبتهای تعزیری، از وظایف امام و والی حکومت اسلامی است (۹). بنابراین تعبیر صحیح لفظ «حاکم» در قاعده فقهی «التعزیر بمایراه الحاکم» و سایر متون فقهی مشابه آن «حاکم مطلق» است که شامل مقام ولایت و نیابت عامه می‌شود و شامل قضات مأذون شاغل در دستگاه قضایی نمی‌شود که به موجب اذن فقیه جامع شرایط عهده‌دار امر قضات هستند. امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله می‌گوید: کل من ترک واجباً او ارتکب حراماً فللامام (ع) و نائبه تعزیره»<sup>۱۳</sup>. یعنی هر کس واجبی را ترک کند یا مرتکب ترک حرامی شود، بر امام (ع) و نایب اوست که وی را تعزیر کنند. ایشان در پاسخ به نامه فقهای شورای نگهبان که در آن بر غیر شرعی بودن تعیین نوع و میزان مجازات تعزیری تاکید کرده بودند، می‌فرماید: «بیان آقایان فقها مبتنی بر فرض حاکم شرع بودن قضات شاغل بالفعل است، در صورتی که اکثر این شاغلین شروط شرعی فضا را ندارند و حتی به نظر من با اذن و یا نصب از جانب ولی امر نیز عنوان حاکم شرعی بر ایشان ثابت نمی‌شود و تصدی آنان در امور قضا فعلاً از باب اکل میته است لذا دستور دادیم که آقایان با تحدید مناسب درجات تعزیر را حسب موارد موقتاً تعیین نمایند»<sup>۱۴</sup>. بنابراین در قاعده «التعزیر بمایراه الحاکم» حاکم منصرف از قضات مأذون فعلی است و آنان به لحاظ عدم برخوردارگی از شرایط اجتهاد و افتاء و محدود بودن به حدود اذن قضاوت که در ابلاغ قضایی آنان تعیین گردیده است، مجازند که منحصرأ بر طبق قانون به دعاوی رسیدگی کنند و نمی‌توانند با استناد به قاعده فقهی مذکور، با مراجعه به منابع فقهی و فتاوی فقها، به وضع جرم و صدور حکم مجازات اقدام کنند. از سوی دیگر صلاحیت حکومت و والی آن در تعیین جرایم و مجازاتهای تعزیری، صلاحیتی انحصاری است. زیرا شناخت چنین صلاحیتی برای سایر مجتهدین جامع شرایط، موجب دخالت تعداد کثیری از مجتهدین در محدوده وظایف و اختیارات ولی امر می‌شود که با موضوع تمرکز قوا

۱۳- موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۷۷.

۱۴- مهرپور، حسین، دیدگاه های جدید در مسائل حقوقی، انتشارات اطلاعات، تهران، ۱۳۷۴، ص ۱۲۲.

در منصب رهبری که از اصول حکومت اسلامی است مغایرت خواهد داشت(۱). به همین لحاظ در تبصره ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ آمده است: «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد». این حکم هر چند در قانون آیین دادرسی مدنی آمده است، به طریق اولی در امور کیفری هم جاری است و اختصاص به امور مدنی ندارد<sup>۱۵</sup>. علاوه بر آن اگر قاضی مجتهد جامع شرایط نتواند بر مبنای فتوای خود که مغایر قانون است رای صادر کند که نظر صحیحی است، به طریق اولی قاضی مأذون هم نمی‌تواند بر اساس استنباط خویش از منابع فقهی، رای صادر کند. ترتیب متخذ از سوی مقنن در تبصره فوق، که قبلاً در تبصره ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه های کیفری ۱ و ۲ به این شرح آمده بود: «در صورتی که قاضی مجتهد جامع شرایط باشد و فتوای فقهی او مخالف قانون مدونه باشد، پرونده جهت رسیدگی به قاضی دیگر محول می‌شود» نشان دهنده گرایش مقنن به نظام قضایی مبتنی بر قانون مدون است. در نتیجه قضات دادگاه ها اعم از مجتهد و مأذون، حق مراجعه به منابع فقهی برای تشخیص مصادیق عمل حرام و تعیین مجازات آن را ندارند. ماده ۱۶ قانون مجازات اسلامی نیز صرفاً تعریف ناقصی از مجازات تعزیر ارایه داده است و به هیچ وجه از منطوق و مفهوم آن استفاده نمی‌شود که قاضی حق دارد با مراجعه به منابع فقهی، مصادیق عمل حرام و مجازات آن را تعیین کند. گفتیم که در فقه جزایی اسلام، مجازات عمل حرام، تعزیر است و مرجع تعیین جرایم و مجازاتهای تعزیری نیز حکومت اسلامی است. با استقرار نظام جمهوری اسلامی ایران، بر مبنای قانون اساسی و به موجب اصول تفکیک قوا (اصل ۵۷ قانون اساسی) و صلاحیت انحصاری قوه مقننه در وضع قانون (اصل ۵۸ قانون اساسی)، وظیفه تعیین جرایم و مجازاتهای تعزیری به قوه مقننه واگذار گردیده است. بنابراین در حقوق موضوعه ایران، یگانه مرجع صالح برای تشخیص و وضع و اعلام عناوین مجرمانه، قوه مقننه است. از این رو اگر چه رفتاری در متون فقهی حرام و معصیت دانسته شده باشد تا زمانی که مصداق آن رفتار، به نحو صریح و منجز در قانون تعیین نگردد، جرم محسوب نمی‌شود.

#### ۴- ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی از دیدگاه قانون اساسی

یکی از اصول مسلم حقوق کیفری که در قانون اساسی به صراحت بر رعایت آن تاکید گردیده است، اصل قانونی بودن جرم و مجازات است. به موجب این اصل مادام که رفتار افراد از سوی قانونگذار به صفت مجرمانه متصف نگردد و برای آن مجازات تعیین نشود، جرم محسوب نمی‌گردد و قابل مجازات نیست. این اصل در اصول متعددی از قانون اساسی از جمله اصول ۳۶، ۱۵۶ (بند ۴)، ۱۶۶ و ۱۶۹ پذیرفته شده است. به موجب اصل ۳۶ قانون اساسی: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». ابهام مفهوم عمل حرام و عدم تصریح به مصادیق آن و اطلاق عبارت ماده ۶۳۸ در تعیین کیفر نفس عمل حرام (که بر حسب ظاهر شامل کیفرهای غیر مصرح در قانون و مصرح در فقه می‌شود) به طور تلویحی مراجعه قضات به منابع فقهی برای تشخیص مصادیق حرام و تعیین کیفر برای آنها را تجویز کرده است. تشخیص مصادیق عمل حرام به استناد منابع فقهی، خود به خود منجر به جعل عناوین مجرمانه‌ای خواهد شد که به هیچ وجه در قانون مورد تصریح قرار نگرفته‌اند و از این لحاظ ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی با اصل قانونی بودن جرم و مجازات که امروزه در اصول کیفری ما به حساب می‌آید، مغایرت دارد. به نظر می‌رسد که برداشت غیر واقعی مقنن از اصل ۱۶۷ قانون اساسی و توجه یک سویه به اصل مطابقت قوانین با موازین اسلامی (اصول ۴ و ۷۲ قانون اساسی) در وضع ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (۱۳۷۸) مؤثر بوده است. به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد». تفسیر اصل فوق به طور انتزاعی و صرفنظر از سایر اصول قانون اساسی، علاوه بر مغایرت با اصول و قواعد مسلم حقوقی، سبب ایجاد تالی فاسد نیز خواهد شد. چنانچه دلالت اصل ۱۶۷ را عام بدانیم و از جهت ایجاد جرم و مجازات، آنرا شامل دعاوی کیفری نیز قرار دهیم، این نظریه مستلزم لغو در کار مقنن است. زیرا مقنن در ابتدا در اصول متعددی از قانون اساسی، اصل قانونی بودن جرم و مجازات را پذیرفته است و سپس با وضع اصل ۱۶۷ موقعیت اجرایی اصول فوق را از بین برده است و آنها را بی‌ثمر ساخته است. در حالی که صدور امر لغو دور از شأن مقنن است. تصور وجود تناقض میان مجموعه اصول قانون اساسی نیز صحیح نیست. بنابراین باید اصل ۱۶۷ را به نحوی تفسیر کرد

که با مفاد اصول دیگر آن که مشعر بر اصل قانونی بودن جرم و مجازات است، در تعارض قرار نگیرد. قاعده «الجمع مهما امکن اولی من الترك» نیز مؤید این نظر است و لذا با وجود امکان جمع بین اصول فوق، محلی برای نسخ باقی نمی‌ماند. (۱) بنابراین تفسیر منطقی و اصولی اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقتضی آن است که بگوییم عموم این اصل به وسیله اصول ۳۶ و ۱۵۶ (بند ۴) و ۱۶۹ قانون اساسی، از لحاظ ایجاد جرم و مجازات تخصیص یافته است. زیرا در این اصل ازادات حصر «تنها» استفاده شده است. بنابراین تنها منبع صالح برای تعیین مجازات، قانون است. همچنین به موجب اصل ۱۶۹ قانون اساسی: «هیچ فعل یا ترک فعلی به استناد قانونی که بعد از آن وضع شده است، جرم محسوب نمی‌شود». بنابراین ملاک جرم انگاری در حقوق کیفری ایران، ایجاد عنوان مجرمانه و تعیین کیفر برای رفتار مشخص در قانون مدون کیفری است که به تصویب مرجع قانونگذاری می‌رسد. تفسیر عام اصل ۱۶۷ قانون اساسی و تعمیم اجازه مندرج در آن به دعاوی کیفری، از حیث ابداع جرم و کیفر، موجب ایجاد مفسده نیز خواهد شد. تشخیص مصادیق عمل حرام در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی توسط قاضی از طریق مراجعه به منابع فقهی، به دلیل فقدان منبع واحد و وجود نظرات و فتاوی متفاوت و بعضاً متعاضت، موجب تشتت آرا محاکم خواهد گردید و اجرای عدالت را با مشکلات جدی مواجه خواهد ساخت؛ زیرا همیشه این امکان وجود دارد که افرادی که در شرایط مساوی مرتکب رفتار یکسانی شده‌اند در دادگاه‌های متفاوت در مورد آنها آرا متفاوت صادر شود. لذا تفسیر عام از اصل ۱۶۷ قانون اساسی به جهت مغایرت با اصل تساوی افراد در برابر قانون (بند ۱۴ از اصل ۳)، لزوم ایجاد رویه قضایی (اصل ۱۶۱)، اصل برائت (اصل ۳۷)، و اصل قانونی بودن جرم و مجازات (اصول ۳۶ و بند ۴ اصل ۱۵۶ و ۱۶۹) تالی فاسد به همراه خواهد داشت و مغایر با روح و اهداف قانون اساسی در مورد اجرای مقررات جزایی مدون اسلام است. به موجب بند چهارم اصل ۱۵۶ قانون اساسی که صرف نظر از تعیین مجازاتهای حد در شریعت و اعلام آن در منابع حقوق اسلام، در شرح وظایف قوه قضاییه به اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام تأکید کرده است و به وجود احکام مذکور در منابع مذکور اکتفا نکرده است، مقتضی آن است که چنانچه مقنن قصد دارد عمل حرام را جرم قلمداد کند، مصادیق آنرا به نحو مشخص در قانون تصریح کند. بنابراین در حقوق ایران، این نظر که در صورت سکوت قانون، منابع و فتاوی فقهی در حکم قانون هستند، با بند ۴ اصل ۱۵۶ قانون اساسی مغایرت دارد. از طرف دیگر به موجب اصل ۱۵ قانون اساسی متون رسمی از جمله قانون باید به خط و زبان فارسی باشد. بنابراین منابع و فتاوی فقهی که عموماً به زبان

عربی هستند نمی‌توانند جزو قوانین موضوعه محسوب شوند. دقت نظر در اظهار نظر شورای نگهبان در مورد ماده ۲ طرح قانونی الحاق دادگاه های انقلاب به دادگستری جمهوری اسلامی، مؤید این معنا است: «اشکال شورای نگهبان مبنی بر اینکه چون طبق ماده ۲ تحریرالوسیله بالخصوص قانونیت پیدا می‌کند باید طبق اصل ۱۵ ترجمه فارسی آن متن قانونی باشد و ترجمه آن تصویب شده باشد و با توجه به اینکه تحریرالوسیله ترجمه نشده و به تصویب نرسیده اشکال مغایرت با قانون اساسی به حال خود باقی است و باید مرتفع شود و عمل بدان در قانون، صریحاً الزامی شود»<sup>۱۶</sup>. این اظهار نظر مبین آن است که منابع فقهی یا فتاوی معتبر فقهی، به خودی خود اعتبار قانونی ندارند و لذا احکام فقهی راجع به محرمات، صرفاً در صورت ترجمه به زبان فارسی و تصویب توسط قوه مقننه قابل استناد خواهند بود. اشکال مهم دیگری که بر تجویز ضمنی مراجعه به منابع فقهی بر ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی وارد است، آن است که حاصل استنباط قضات از منابع فقهی که قرار است مستند رسیدگی قرار گیرد از جهت مطابقت با شرع، به تایید شورای نگهبان نمی‌رسد. با توجه به ضرورت تطبیق کلیه مقررات با شرع (اصول ۴ و ۷۲ قانون اساسی)، و صلاحیت انحصاری شورای نگهبان در این خصوص (اصول ۹۴ و ۹۶)، تنها مرجع رسمی و قانونی تشخیص مطابقت مقررات با شرع، شورای نگهبان است و فعلاً بر خلاف ظاهر قانون اساسی «ملاک تشخیص مطابقت یا مغایرت نیز فتاوی اجتهادی فقهی این شورا است»<sup>۱۷</sup>. صرف نظر از صحت و سقم این نظر، چنانچه قضات دادگستری با مراجعه به منابع فقهی و فتاوی فقهی، رفتاری را حتی به موجب اجماع فقهی یا فتاوی مشهور، مصداق عمل حرام و مشمول ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی تشخیص دهند و کیفر آن را نیز بر همین مبنا استنباط کنند، چنین برداشتی به دلیل عدم تایید شورای نگهبان، از لحاظ شرعی و قانونی قابلیت اجرا نخواهد داشت. از سوی دیگر مفهوم «قانون» در قانون اساسی، مفهومی مضیق است و این مفهوم با مذاقه در اصول ۵۷، ۵۸، ۵۹ و ۸۵ قانونی اساسی قابل درک است. با عنایت به اصول فوق، «قانون» صرفاً به مصوبات مجلس شورای اسلامی، کمیسیونهای مجلس و نتایج همه پرس‌و‌پرسی اطلاق می‌گردد. البته این مصوبات نیز بدون تایید شورای نگهبان (اصول ۹۳، ۹۴ و ۹۶ قانون اساسی) و طی مراحل تشریفات قانونی مانند توشیح و انتشار، عنوان قانون پیدا نمی‌کند و دارای اعتبار و قابلیت اجرا نیست<sup>۱۸</sup>.

۱۶- مهرپور، حسین، مجموعه نظریات شورای نگهبان، مؤسسه کیهان، تهران، ۱۳۷۱، ج اول، ص ۵۳-۴۷.

۱۷- مدنی، جلال الدین، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، انتشارات سروش، ۱۳۶۶، ج اول، ص ۴، ص ۴۵.

۱۸- قاضی، ابوالفضل، حقوق اساسی و نهادهای سیاسی، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۴۲۷.

بنابراین تشخیص مصادیق رفتارهای موضوع ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی صرفاً به موجب قانون به مفهوم مضیق آن امکان پذیر است و ماده مزبور به جهت تجویز ضمنی مراجعه به منابعی غیر از قانون مدون، با اصول فوق در تعارض است. با توجه به پذیرش اصل تفکیک قوا (اصل ۵۷) در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، واگذاری تشخیص مصادیق عمل حرام و تعیین کیفر برای آنها بر اساس منابع فقهی به قضات، منجر به دخالت قوه قضاییه در وظایف قوه مقننه می‌شود و با اصل مزبور مغایر است. از سوی دیگر آنچه از اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۵۹۷ قانون مجازات اسلامی استنباط می‌شود آن است که قاضی حق ندارد از رسیدگی به دعوی استتکاف ورزد و به هیچ وجه از منطوق و مفهوم این اصل بر نمی‌آید که قاضی در صورت عدم تصریح مقنن به مصادیق اعمال حرام و کیفر آنها در قانون، به استناد منابع فقهی برای رفتارهای غیر مصرح در قانون، عنوان مجرمانه خلق و برای آن کیفر تعیین کند، بلکه وظیفه قاضی در این موارد، به استناد اصل ۳۷ قانون اساسی صدور حکم برائت است. ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب (۱۳۷۸) نیز مجوز مراجعه به منابع فقهی، برای تشخیص مصادیق عمل حرام و کیفر آن نیست. به موجب ماده مذکور «دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض یا ابهام قوانین مدون از رسیدگی به شکایات و دعوی و صدور حکم امتناع ورزد». فرض حقوقی پایبندی قانونگذار عادی به اصول قانون اساسی ایجاب می‌کند که ماده ۲۱۴ به گونه‌ای تفسیر شود که با اصول قانون اساسی که مشعر بر پذیرش اصل قانونی بودن جرم و مجازات هستند، سازگار باشد. تفسیر منطقی آن است که اجازه مقرر در ماده مزبور، تنها ناظر به تشخیص موضوعات و مسائل فرعی جزایی باشد که در قانون کیفری به طور مبهم یا ناقص بیان شده است و به هیچ وجه مجوز جرم دانستن رفتار افراد یا تعیین مجازات برای اعمال غیر مصرح در قانون جزایی نیست.<sup>۱۹</sup> از آنجا که تشخیص مصادیق عمل حرام در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی با مراجعه به منابع فقهی قهراً منجر به خلق عناوین مجرمانه و ابداع کیفر می‌شود که از وظایف اختصاصی قوه مقننه است؛ با روح قانون اساسی و اصول مسلم حقوق کیفری از جمله اصل قانونی بودن جرم و مجازات مغایرت

۱۹- شهری، غلامرضا- سروش ستوده جهرمی، نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه در زمینه مسائل کیفری، روزنامه

دارد. موضوع دیگر قابل طرح آن است که با وجود تایید ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی از سوی شورای محترم نگهبان، آیا این ماده را باید با اصول قانون اساسی موافق دانست؟ در پاسخ باید گفت که با توجه به تمام دلایل پیشین نمی‌توان ماده مزبور را موافق قانون اساسی دانست. به اعتقاد ما پیش‌بینی مرجع رسمی کنترل قوانین عادی از حیث مغایرت با قانون اساسی، نافی صلاحیت قضات دادگاه‌ها در تشخیص قانون حاکم بر دعوی نیست. زیرا قاضی مکلف به اجرای قانون است و قانون اعم از قانون اساسی و قانون عادی است. بدون شک در صورت تعارض قانون عادی با قانون اساسی، در مقام اجراء، قانون اساسی بر قانون عادی رجحان دارد. تصور آنکه این ترجیح از جانب قضات، منجر به مداخله قوه قضاییه در وظایف قوه مقننه می‌شود، تصویری اشتباه است. زیرا وقتی قاضی در فرض تعارض دو قانون عادی، از حق ترجیح قانون لازم‌الاجرا برخوردار باشد، به طریق اولی در فرض تعارض قانون عادی با قانون اساسی نیز از چنین اختیاری برخوردار است. علاوه بر اینکه به موجب ماده ۴ قانون آیین دادرسی مدنی (۱۳۷۹) قاضی در مورد هر دعوی به طور خاص و موردی تعیین تکلیف می‌کند و به هیچ وجه به طور کلی حق ندارد قانون عادی معارض را بی‌اعتبار اعلام کند.

#### ۵- ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی از دیدگاه موازین شرعی

بر اساس نظر فقها به منظور آن که حکم شرعی تنجز و فعلیت و قابلیت اجرا یابد، باید مراحل سه گانه تشریح، استنباط و اعلام را طی کند. مرحله اول منحصر به شارع مقدس است. در مرحله دوم، احکام توسط فقهای عادل، از منابع استخراج می‌گردند و براساس این احکام فتوی می‌دهند. در مرحله سوم، حکومت اسلامی وظیفه دارد احکام شرعی را برای عموم مردم اعلام کند. بنابراین حکم شرعی راجع به اعمال حرام زمانی قطعیت می‌یابد که علاوه بر تشریح و استنباط حرمت، توسط حکومت اسلامی برای همگان اعلام شود. در غیر این صورت با وجود مسئولیت اخروی افراد در برابر شارع مقدس، آنها در برابر حکومت مسئولیتی نخواهند داشت. لذا با عنایت به آنکه وظیفه تدوین و اعلام مجرمات شرعی به موجب قانون اساسی بر عهده قوه مقننه گذاشته شده است، با عدم صراحت قانون در بیان و اعلام مصادیق عمل حرام و کیفر آنها، اعمال مجازات تعزیری به موجب ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی نسبت به افراد، فاقد وجه شرعی است. همچنین با استظهار به اصول عقلی برائت، اباحه و قاعده قبح عقاب بلا بیان که از مستندات قوی در منابع کتاب و سنت برخوردار هستند، بهتر می‌توان به ایرادات ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی پی برد. به موجب اصل برائت، چنانچه حکم و تکلیفی اعم

از وجوب یا حرمت، به مکلف نرسیده باشد و مکلف به واسطه عدم وصول این تکلیف مرتکب حرام یا ترک واجب شود، از مسئولیت کیفری مبرا خواهد بود. زیرا به دلیل عدم تکلیف واقعی، در ظاهر تکلیف چنین فردی برائت است. (۱) به موجب اصل مزبور محرماتی که در چهارچوب قوانین نیامده‌اند اگر چه از لحاظ شرعی، فاعل آنها مرتکب معصیت شده است و از این جهت مستحق عقوبت اخروی است، اما در حقوق موضوعه حکم اقدامات چنین افرادی برائت است. زیرا بیان ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی بیانی ناقص و مبهم است و با این وصف نمی توان ادعا کرد که حکم به مکلفین واصل گردیده است و لذا اصل برائت مانع از مسئولیت کیفری افراد می‌گردد. همچنین به موجب اصل اباحه تا زمانی که از طرف شارع، حکم صریحی بیان و اعلام نگردیده باشد، اقدام به هر فعل یا ترک فعل جایز است و بر انجام یا ترک آن، مسئولیت و مجازاتی مترتب نیست. (۱)

مفاد ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی با مدلول اصل اباحه نیز مغایر است. زیرا پیش از وضع و اعلام احکام اسلامی در قالب قوانین موضوعه، اصل اباحه اقتضا می‌کند که به جهت نقص احکام فقهی غیر مصرح در قانون، برای افراد مسئولیت جزایی ایجاد نشود.

همچنین برابر با قاعده عقلی قبح عقاب بلا بیان، بر شارع و به تبع آن بر حکومت اسلامی قبیح است قبل از آن که نظر خود را بر منع امری اعلام کند، عمل ارتكابی افراد را گناه یا جرم محسوب کند و مورد مؤاخذه و عقاب قرار دهد. (۱) با عنایت به ابهام متن ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی در معرفی رفتار مجرمانه و تعیین کیفر آن، بیان قانونگذار در این ماده، بیان ناقص است و موجب تکالیف مجهول و جرایم مبهم می‌شود. اعمال کیفر به خاطر ترک تکالیف مجهول، عقاب بلا بیان و مؤاخذه بلا برهان است و عقلاً و شرعاً قبیح است.

## ۶- نتیجه‌گیری

در حقوق کیفری موضوعه ایران، رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات که از اصول مسلم و مصرح قانون اساسی است، مقتضی است اصل ۱۶۷ این قانون و نیز سایر قوانین که در آنها مراجعه قضات به منابع فقهی تجویز گردیده است، از جمله ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب (۱۳۷۸)، به نحوی تفسیر شوند که اجازه مندرج در این قوانین شامل جعل عنوان جرم و تعیین میزان کیفر نگردد. از آنجا که اجازه تلویحی مراجعه به منابع فقهی در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی منجر به جرم انگاری و تعیین کیفر برای اعمالی می‌شود که در قانون نیامده است، لذا ماده مزبور به جهت مغایرت با قانون اساسی و اصول



مسلم حقوقی که در حقوق اسلام نیز پذیرفته شده، از جمله اصل اباحه، اصل برائت و قاعده قبح عقاب بلا بیان و آیات و روایات مؤید اصول مزبور، نیاز به اصلاح دارد. در این راستا مقنن باید به اصول قانون اساسی از جمله اصول ۱۵، ۳۶، ۱۵۶ (بند ۴) و ۱۶۹ عنایت بیشتری مبذول دارد و مصداق عمل حرام و کیفر مربوطه را به نحو روشن و منجز در قانون مورد تصریح قرار دهد. پیش از اصلاح ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی رعایت اصول ۳۶ و ۳۷ قانون اساسی ایجاب می کند قضات در مورد رفتارهای حرام غیر مصرح در قانون که فاقد مجازات منجز قانونی هستند، رای بر برائت صادر کنند.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی