

جرم انگاری یا عدم جرم انگاری فقهی بانگاہی به ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مهدی طویلی^۱

چکیده

اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها، یکی از اصول پذیرفته شده حقوقی در جهان امروز است که دین مبین اسلام نیز آن را به عنوان یک اصل مهم پذیرفته است. اهمیت این اصل به قدری است که قانون گذار، مکلف به وضع قوانین است تا پس از تصویب قانون به اطلاع عموم برسد؛ اما این وظیفه تنها به وضع قانون ختم نمی شود، بلکه آنچه این اصل ایجاب می کند این است که در تنقیح قوانین کیفری و جرم انگاری، سکوت، ابهام، اجمال و تعارض وجود نداشته باشد تا قضات نیز در راستای به کار بستن این اصل و در جرم شناختن یک فعل یا ترک فعل و قابل مجازات دانستن آن از محدوده قانون، فراتر نروند. با وجود این، اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی را مکلف کرده در صورت سکوت، نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه جهت صدور حکم به منابع معتبر اسلامی و یا فتاوی معتبر، مراجعه کند؛ در مورد محدوده اعمال این اصل در دعاوی حقوقی و کیفری، بین حقوقدانان اختلاف نظر است برخی آن را منحصر در دعاوی حقوقی و بعضی در مطلق دعاوی (حقوقی و کیفری) می دانند. در این مقاله در نظر داریم تا با در نظر گرفتن اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها (اصول ۳۶، ۱۶۶ و ۱۶۹ قانون اساسی) و نیز اصل ۱۶۷ قانون اساسی (که به اصل شرعی بودن جرایم و مجازاتها معروف است)، جایگاه ماده ۲۲۰ ق.م.ا به عنوان قانون مدون جدید را بررسی کنیم که تکلیف قاضی در صورت برخورد با حدودی که در این قانون ذکر نشده است چیست؟ که آیا علی رغم سوالات و ابهامات که در مورد تشخیص منابع و فتاوی معتبر وجود دارد، بایستی با رعایت اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها و اصل برائت بدون مراجعه به منابع فقهی، حکم برائت صادر کند یا مجوز مراجعه به منابع فقهی و فتاوی معتبر را داشته تا جرم انگاری نموده و حکم مجازات صادر کند.

در همین راستا، قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ در ماده ۲۲۰ بیان داشته در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده برابر اصل ۱۶۷ ق.ا، عمل شود.

واژگان کلیدی: جرم، مجازات، جرم انگاری، حدود، قانون

^۱-دادستان عمومی و انقلاب شهرستان نطنز و دانشجوی دکترای حقوق کیفری و جرم شناسی

مذهبیون در تعریف از جرم، از عقاید دینی الهام می گیرند و آن را تضييع و تجاوز به حق الله و حق الناس می دانند. ارزشهایی که در اسلام مورد احترام است، جان و مال، عقل، شرف و دین افراد است که تجاوز به هریک از این ارزشها مستوجب ضمانت اجراهای کیفری دنیوی و اخروی است. (گلدوزیان؛ ۱۳۸۴: ۱۶۰)

امام خمینی (ره) فرموده اند: «هرکس واجبی را ترک و حرامی را مرتکب شود بر امام یا نایب اوست که او را به کیفر تعزیر رساند، مشروط بر آنکه از گناهان کبیره باشد.» (امام خمینی، ۱۳۸۱: ۴۷۷) در اصطلاح حقوق کیفری، هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می شود. (ماده ۲ قانون مجازات اسلامی)

جامعه برای تنظیم روابط اجتماعی میان مردم و حفظ اساسی ترین ارزش های حاکم بر روابط آنها، ناچار است علیه بزهکاری و هنجارشکنی از خود واکنش نشان دهد. همین اندازه که بزهکار با رفتار خود از مرزهای قانون، فراتر رفت و به نقض قواعد مقبول جامعه، پرداخت، عنصری قانونی در رفتار او انعکاس می یابد. واکنش علیه رفتار جنایی نیز باید در همین بستر قانونی گسترش یابد و گرنه جامعه با هرج و مرج و ازهم گسیختگی روبه رو خواهد شد. (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۴۵) مجازات، واکنشی است که قانونگذار متناسب با جرم، وضع می کند و دادگاه آن را به اجرا درمی آورد. تا زمانی که جرمی، رخ ندهد و تا زمانی که قانونگذار پیش بینی نکند و تا زمانی که دادگاه، شرایط آن را احراز نکند، نمی توان مجازاتی را نسبت به شخص اعمال کرد. براین اساس و در پرتو اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها تنها قانونگذار است که می تواند به ایجاد جرم و مجازات پردازد. قوانین کیفری، اصولاً عطف به ماسبق نمی شوند و هر قانونی پس از طی مراحل تصویب، تأیید، توشیح و ابلاغ و انتشار، لازم الاجرا می شود و اثر آن نسبت به آینده است و قاضی کیفری، نمی تواند بدون وجود قانون رفتار افراد را ارزیابی کرده و آن را جرم اعلام نماید تا مجازاتی خلاف آنچه قانون مقرر کرده است تعیین نماید. این مطلب در اصول مختلف قانون اساسی از جمله اصول ۳۶، ۱۶۶، و ۱۶۹ گنجانده شده است.

لکن آنچه قابل بحث است وجود اصل ۱۶۷ ق.ا، است که در موارد سکوت، ابهام، نقص یا اجمال و یا تعارض قوانین، قاضی را مکلف کرده بر اساس منابع معتبر اسلامی و رفتار معتبر، حکم صادر کند. برخی معتقدند قانونگذار انقلابی - اسلامی، سعی کرده تا اندازه زیادی اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها را با اصل شرعی بودن جرایم و مجازاتها نزدیک کند. (میلانی، ۱۳۸۶: ۱۳۰)

متعاقب این اصل، در قوانین عادی نیز قانونگذار به پیروی از قانون اساسی، در مباحث مختلف به مراجعه قاضی به منابع رفتاری معتبر اشاره کرده است که در جای خود به آن خواهیم پرداخت. نکته اساسی این است که جمع بین این

دو اصل (اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها و اصل ۱۶۷ (که مشهور به اصل شرعی بودن جرایم و مجازاتهاست) امکان دارد یا خیر؟

در این زمینه، قانونگذار اخیراً و در سال ۱۳۹۲ در ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی نیز صرفاً در جرایم حدی غیر مذکور قاضی را ارجاع به اصل ۱۶۷ ق.ا. داده است. برخی معتقدند با رعایت اصول کلی حقوق جزا مانند اصل براءت، اصل تفسیر به نفع متهم، اصل تفسیر مضیق قوانین جزایی و خصوصاً اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها، در صورتی که در قوانین مدون، مجازاتی برای عمل یا ترک عمل پیش بینی نشده باشد. الا و لابد باید حکم براءت صادر کرد و در مورد دایره و محدوده قلم و اصل ۱۶۷، معتقدند که این اصل صرفاً شامل دعاوی حقوقی است و مراجعه به شرع در امور کیفری، زمانی است که اصل جرم بودن در قانون آمده باشد ولی حدود و ثغور آن مشخص نشده باشد. (اکبرپور، ۸۹: ۹۲/۴۸) مانند ماده ۲۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که در مورد ساب النبی مجازات اعدام تعیین کرده ولی تعریفی از آن ارائه نداده است. این دسته از افراد در جهت تأکید نظر خود معتقدند صدور حکم به کیفر، بدون وجود قانون، خود جرم و قابل مجازات است ولو عمل در شرع حرام باشد. در مقابل، گروهی به استناد اصل ۱۶۷ ق.ا. و نیز تأکید بر آن در قوانین مختلف ماهوی و شکلی، جرم انگاری را بر اساس منابع فقهی مجاز دانسته و برای اثبات نظر خود به مذاکرات مجلس خبرگان در بررسی نهایی قانون اساسی، اشاره کرده و محدود کردن اصل ۱۶۷ به امور حقوقی را غیر قابل قبول دانسته اند؛ علاوه بر آن به نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۱۹۴۸/۷ مورخ ۱۳۷۹/۳/۲۹ و بخشنامه شماره ۱۶۵۷۹/۷۹/۱ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۵ رئیس قوه قضائیه استناد کرده اند.

۴-۲-۱ تعزیر

تعزیر، مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دین نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می گردد. (ماده ۱۸ ق.م.ا)

منظور از محرمات شرعی جرایمی است که سابقه حرمت شرعی داشته باشد مانند رشوه، خیانت در امانت و کلاهبرداری. سؤالی که پیش می آید این است که آیا تعزیرات منصوص شرعی (مندرج در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ و ماده ۱۳۵ ق.م.ا) همان محرمات شرعی است. به نظر میرسد منظور از تعزیر منصوص شرعی، مواردی است که نوع، میزان و مجازات آن در شرع تعیین شده باشد. مانند خوابیدن دو نفر زیر یک لحاف به صورت برهنه، مقاربت با همه در حال حیض یا در ماه مبارک رمضان، از بین بردن بکارت دختر با انگشت، مجامعت با حیوانات.

منابع فقهی مجاز دانسته اند و برای اثبات نظر خود به مذاکرات مجلس خبرگان در بررسی نهایی قانون اساسی اشاره کرده اند که محدود کردن اصل ۱۶۷ به امور حقوقی را غیر قابل قبول دانسته است علاوه بر آن به نظریه اداره حقوق

^۱ - به ماده ۵۹۷ قانون مجازات اعدام مصوب ۱۳۷۵ مراجعه شود.

قضائیه به شماره ۷/۱۹۴۸ مورخ ۷۹/۳/۲۹ و بخشنامه شماره ۱/۷۹/۱۶۵۷۹ مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۵ رئیس قوه قضائیه استناد کرده اند.

۱- حدود مذکور در قانون مجازات اسلامی

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ در تعریف حد آمده بود «حدود مجازاتهایی است که مقدار و کیفیت آنها در شرع، تعیین شده است.» در سال ۱۳۷۰ با افزودن کلمه «نوع» این گونه تعریف شده: «حد به مجازاتی گفته می شود که نوع و میزان و کیفیت آن در شرع تعیین شده است» همانطور که قبلاً اشاره شد قانونگذار اسلامی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، حد را مجازاتی دانسته که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس تعیین شده باشد. (ماده ۱۵ ق.م.ا). ملاحظه می شود که در تعریف اخیر، «موجب» حد نیز جزء تعریف حد آورده شده است.

کتاب دوم قانون مجازات اسلامی که شامل دو بخش و نه فصل می باشد ذیل عنوان حدود، نامگذاری شده است. در بخش اول که مشتمل بر چهار ماده و دو تبصره است به مواد عمومی حدود، اشاره شده است. در آخرین ماده از این بخش در ماده ۲۲۰ اشاره شده در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل می شود.

در بخش دوم جرایم موجب حد، نام برده شده اند که عبارتند از: زنا، لواط، تفخیز و مساحقه، قوادی، قذف، سبّ نبی، مصرف مسکر، سرقت، محاربه، بغی و افساد فی الارض.

۲- حدود غیر مذکور در قانون مجازات اسلامی

قانونگذار به تجویز ماده ۲۲۰ ق.م.ا به مقام قضایی اجازه داده که در صورت برخورد با حدودی که در این قانون ذکر نشده است بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل کند. در این قسمت صرفاً به شناسایی حدودی که در قانون نامی از آنها برده نشده است لکن در شرع و متون فقهی به آنها توجه شده است، اشاره می کنیم و در مباحث آتی به مواردی همچون مرعی بودن یا نبودن اصل قانونی بودن جرم و مجازاتها در حدود غیر مذکور، نحوه تشخیص منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و مراجعه یا عدم مراجعه به فقه در صورت عدم ذکر حدود در قانون مدون، خواهیم پرداخت. فقها در تعداد جرایم مستوجب حد، اختلاف نظر دارند. برخی همچون محقق حلی، هشت جرم حدی را چنین بر شمرده اند: (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸: ۱۷) زنا، لواط، مساحقه، قوادی، قذف، شرابخواری، سرقت و محاربه. برخی نیز چون آیت الله خویی تا هفده مورد را جرم حدی دانسته اند: (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۱: ۱۴۰) زنا، لواط، تفخیز، ازدواج و دخول مرد مسلمان با زن ذمی بدون اذن زوجه مسلمانش، بوسیدن پسر بچه ای از روی شهوت توسط محرم، مساحقه، قوادی، قذف، سبّالنبی، ادعای پیامبری، سحر، شرب مسکر، سرقت، فروش انسان حر، محاربه، ارتداد و از بین بردن پرده بکارت زنی با انگشت. برخی از مراجع معاصر سه مورد دیگر را به موارد فوق اضافه کرده اند. نخست،

کسی که در روز رمضان با زن روزه دارش جماع کند؛ دوم کسی که با زن حائضش جماع کند و سوم کسی که با وجود داشتن زنی حر، با کنیزی ازدواج کند و پیش از اذن دادن آن زن حر با کنیز جماع کند. (منتظری، بی تا: ۴) علامه حلی در کتاب تحریر. (ولایی، ۱۳۹۱: ۱۴۰)

برخی دیگر نیز بر این باورند که همه موارد منصوص شرعی در زمره حدود قرار می گیرند. (نجفی ۱۴۰۸: ۱۳۶) پر واضح است که مناقشات فقهی در این خصوص به قانون مجازات اسلامی، راه پیدا کرده است و مقامات قضایی باید برای تشخیص مصادیق حدود غیر مذکور، دست به تفسیر قانون بزنند. (رحمانیان، حبیب زاده، ۹۲: ش ۱۰۷/۸۴)

سؤال این است که با توجه به تعریف تعزیر آید در موردی که قانون، رفتاری را جرم انگاری نکرده است، می توان به شرع مراجعه کرد؟ در پاسخ به این پرسش دو نظر وجود دارد: الف: در ماده ۱۸ ق.م.ا دو بار از کلمه «به موجب قانون» استفاده شده است و مقصود این است که مجازات تعزیری، صرفاً منحصر به جرایمی است که در قانون برای آنها مجازات تعیین شده باشد. در غیر این صورت قاضی حق تعزیر ندارد، ولو اینکه فعل ارتكابی، حرمت شرعی داشته باشد.

ب: در صورت ارتكاب رفتاری که در قانون برای آن، مجازات معین نشده ولی در شرع، پیش بینی نشده است. قاضی باید برابر شرع، مجازات تعیین کند؛ زیرا شورای نگهبان نسبت به پیش نویس اولیه ماده ۲ ق.م.ا، چنین ایرادی را وارد نموده است: «ماده ۲، از این جهت که فعل یا ترک فعلی را شرعاً مجازات داشته باشد ولی قانون متعرض مجازات آن نشده باشد، مستوجب مجازات نمی داند، خلاف موازین شرع، شناخته شد.» پس در مواردی که شرع مقدس اسلام، مجازاتی تعیین کرده باشد. باید مطابق شرع، مجازات تعیین شود. اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز در مواردی که مجازات جرمی در قانون ذکر نشده باشد به منابع فقهی ارجاع می دهد. به نظر می رسد صرف نظر از منویات شورای نگهبان با ملاک قرار دادن مواد ۱۲، ۲، ۱۳ و ۱۸ ق.م.ا تعزیر باید به موجب قانون باشد. (مصدق، ۱۳۹۳: ۸۳)

۱- پیش نویس اولیه کمیسیون قضایی مجلس این گونه بود: «جرم، فعل یا ترک فعلی است که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است و هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی توان جرم دانست مگر آنکه در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد.»

اهمیت بحث از آنجا مشخص می شود که هر آنچه مقام قضایی آن را مصادیق حدود غیر مذکور، تشخیص می دهد به استناد ماده ۲۲۰ ق.م.ا و اصل ۱۶۷ قانون اساسی می تواند بدون وجود نقص قانونی، مرتکبین را به کیفرهای شرعی، محکوم نماید.

در مورد واژه حد سه احتمال وجود دارد:

نخست آنکه منظور از حد، مجازات شرعی است چه میزان آن در شرع، معین شده باشد و یا میزان آن به دست حاکم شرع باشد. به دیگر سخن حد در معنایی اعم از تعزیر به کار رفته است. احتمال دوم اینکه منظور از حد همان

مجازاتهای معین شرعی است و احتمال سوم اینکه منظور از حد برخی از مهمترین مجازاتهای معین شرعی همچون لواط، زنا، شرب مسکر و مساحقه است. (ولایی، ۱۳۹۱: ۴۳)

محقق حلی در شرایع الاسلام پس از بیان اینکه هر آنچه که مجازات مقدر داشته باشد (حد) نامیده می شود و هر آنچه اینگونه نباشد «تعزیر» خوانده می شود، موارد حدود را منحصر در شش مورد زنا، ملحقات، قذف شرب خمر، سرقت و قطع طریق (محرابه) دانسته و صراحتاً بغی و ارتداد و طی بهائم و ارتکاب سایر محرمات را در زمره تعزیرات قرار می دهد. (رحمانیان و حبیب زاده، ۹۲: ش ۱۱۲/۸۴)

شهید ثانی در مسالک الافهام معتقد است نزدیکی با همسر در روز ماه رمضان، ازاله بکارت با انگشت، حضور دو نفر برهنه زیر پوشش واحد در دایره تعزیرات قرار دارد. (جبعی عاملی (شهید ثانی) ۱۴۱۳: ۳۲۶) برخی از فقهای معاصر نیز علی رغم وارد کردن ایراداتی به استدلال شهید ثانی، اما نهایتاً در نتیجه با وی هم نظر بوده و مثال های ذکر شده توسط شهید ثانی را در زمره تعزیرات می دانند نه حدود. (مکارم شیرازی، ۱۳۶۳: ۶۸) در مقابل، صاحب جواهر پس از نقل دیدگاه ثانی می گوید: «... اشکال اینجاست که از این موارد به تعزیر، تعبیر شده است اما ممکن است مقصود از تعبیر تعزیر در این روایات، تعزیر در مقابل حد نباشد و شاید به همین جهت است که بعضی از فقها این موارد را در شمار حدود آورده اند.» (نجفی، ۱۴۰۸: ۲۵۵) پاره ای از فقهای معاصر نیز با اشاره به اینکه «حال که فرق بین حد و تعزیر، چیزی نیست جز مقدر بودن حد و عدم تقدیر تعزیر، چرا مجازاتهای مقدر شرعی، داخل در عنوان حد نباشد.» (تبریزی، ۱۴۱۷: ۸) صراحتاً بیان می دارند که «اولی این است که هر مجازاتی که به هر نحو میزان خاصی برای آن تقدیر شده، از اقسام حدود شمرده شود.» (منتظری، بی تا: ۱۸۱) ایرادی که به نظریه فقهای اخیر وارد است آن است که با این تفسیر، دامنه حدود را خیلی گسترده تر از حدود مذکور در قانون مجازات اسلامی می کنیم و سپس به موجب ماده ۲۲۰ ق.م.ا به قضات اجازه می دهیم در خصوص تمامی این موارد به رغم ذکر نشدن عناصر و ارکان تشکیل دهنده این جرایم در قانون، مرتکبین را به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و صرفاً با مراجعه به همان متون فقهی و فتاوا، محکوم به تحمل کیفر نماید. پر واضح است که این موضوع آشکارا موجب نقض حقوق و آزادیهای شهروندان شده و با دادن اختیار صدور حکم محکومیت کیفری به قضات، آن هم در مواردی که به دلیل اختلاف فتاوا ممکن است موجب صدور آرای متهاافت از محاکم گوناگون شود خواه ناخواه زمینه بروز بی عدالتی در جامعه را فراهم می آوریم. (رحمانیان و حبیب زاده، ۹۲: ش ۱۱۶/۸۴)

دیدگاه دیگری که در مورد معیار تفکیک حدود از تعزیرات شرعی وجود دارد آن است که تمام مواردی که مجازات ثابت شرعی دارند ولو در زمره حدود سنتی و اجماعی فهرست شده در قانون مجازات اسلامی نباشند، در زمره حدودی که در این قانون ذکر نشده اند قرار خواهند گرفت؛ جرایمی مثل ارتداد، بدعت گذاری و سحر که دارای مجازات ثابت اعدام در شرع هستند. در مقابل آن دسته از مواردی که دارای «موجب» و «نوع» مجازات معین

شرعی هستند اما «میزان» مجازات آنها نه به صورت ثابت بلکه به صورت اقل و اکثر در شرع مشخص شده است در زمره تعزیرات بوده اما به واسطه موجب و نوع معین شرعی همراه با میزان یعنی شرعی (اقل و اکثر)، قانونگذار به آنها، عنوان «تعزیرات منصوص شرعی» داده است. لذا مواردی همچون وطی بهائم، حضور دو نفره برهنه زیر پوشش واحد، هیچ یک از مصادیق «حدودی» که در این قانون ذکر نشده اند» نخواهد بود. (رحمانیان و حبیب زاده، ۹۲: ش ۸۴/۱۱۸) حال جهت بررسی و روشن شدن اینکه کدام یک از نظریات فوق، صائب است ضروری است نگاهی به فرایند تصویب ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی بیندازیم.

توجه به فرایند تصویب قانون مجازات اسلامی، نشان می‌دهد که در لایحه اولیه که از سوی قوه قضائیه تنظیم و به مجلس شورای اسلامی تقدیم شده بود در فهرست حدود، سه جرم ارتداد، بدعت گذاری و سحر هم پیش‌بینی شده بود. اما در ادامه این فرایند در متن نهایی که به تصویب مجلس رسید، این سه عنوان مجرمانه از فهرست حدود، حذف شده و در عوض متن کنونی ماده ۲۲۰ با عبارت «حدودی» که در این قانون ذکر نشده اند» به قانون افزوده شد. به نظر می‌رسد قانونگذار به دلیل انتقاداتی که ممکن است در عرصه بین المللی در خصوص محدودیت آزادی بیان و مسائلی از این قبیل به قانون مجازات اسلامی به دلیل جرم انگاری ارتداد و بدعت گذاری وارد شود، ترجیح داده است از وارد کردن صریح این جرایم در قانون پرهیز کرده و از سوی دیگر خلأ قانونی پیرامون مجازات مرتدین را نیز رفع نماید.

بدین منظور ضمن عدم ذکر صریح جرم ارتداد در قانون، به صورت ضمنی، یا دادن مجوز صدور حکم به استناد فتاوی، در واقع مجوز به کیفرسازان جرم ارتداد را صادر کرده است. به عبارت دیگر با نگاه به سابقه قانونگذاری مقصود اصلی قانون از «حدودی» که در این قانون ذکر نشده اند» صرفاً همان حدودی است که در لایحه اولیه ذکر شده بود اما در متن نهایی، ذکر نشده اند نه مواردی همچون نزدیکی با همسر در ماه رمضان و... به این ترتیب در بین نظریات و دیدگاه های ارائه شده، دیدگاه اخیر که حدود را صرفاً جرایم شامل موجب، نوع و میزان ثابت معین دانسته است صحیح تر و قابل پذیرش تر است. لذا در وضعیت فعلی سه جرم حدی ارتداد، بدعت گذاری و سحر از جمله جرایمی هستند که در قانون نامی از آنها برده نشده لکن با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی توجهاً به ماده ۲۲۰ ق.م.ا قابل رسیدگی جزایی هستند.

۳- رویکردهای قضایی در صورت سکوت، اجمال، نقض یا تعارض قوانین مدون کیفری

اصل ۱۶۷ قانون اساسی مقرر داشته «قاضی موظف است کوشش کند، حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه‌ی سکوت یا نقض یا اجمال یا تناقض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

دو رویکرد در فرضی که در خصوص موضوع کیفری حکمی در قوانین مدون یافت نشد وجود دارد:

۱- عدم مراجعه به منابع فقهی یا فتاوی معتبر ۲-مراجعه به منابع فقهی یا فتاوی معتبر.

۳-۱ عدم مراجعه به منابع و فتاوی معتبر اسلامی (اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها)

بر اساس این دیدگاه، عمل یا ترک عملی را می توان به عنوان جرم تلقی کرد که توسط قانونی سابق بر آن، جرم انگاری شده باشد که این امر با رجوع به منابع فقهی و فتاوی معتبر، مغایر است چرا که منابع فقهی و منابع معتبر، قانون نیست و اگر غیر از این بود و می توانست بدون تصویب و طی مراحل قانونی برای صدور حکم، به منابع فقهی یا فتاوی مراجع نظام استناد نموده و حکم صادر کرد در این صورت باید قرآن مجید را نیز به عنوان قانون اساسی جمهوری عظام، استناد نموده و حکم صادر کرد. در این صورت باید قرآن مجید را نیز به عنوان قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران دانسته و مبادرت به تصویب قانون اساسی نمی نمودند، در حالیکه تصویب قانون اساسی، خود خلاف این امر را به اثبات می رساند و نباید این سخن رئیس مجلس خبرگان وقت را در توضیح اصل پیشنهادی «هیچ فعل یا ترک فعلی از نظر قانون جرم محسوب نمی شود مگر به استناد قانونی که پیش از وقوع آن وضع شده باشد» نادیده گرفت که می گوید: برای اینکه هرج و مرج نشود و یک کسی جلو شخص دیگر را بگیرد و بگوید تو خلاف شرع یا خلاف قانون مرتکب شدی فعل و ترک فعل وقتی که قانون وضع شده باشد می توانیم بگوییم، مجرم قانونی است و تعقیبش کنیم ... در نهایت ما در کشوری زندگی می کنیم که نظام قانونی بر آن حاکم است نه نظام فقهی محض و تمام مردم ما به اصول قانون اساسی که حاکی از اصل قانونی بودن مجازاتها و جرایم می باشد رأی داده اند نه به جرایم و مجازاتهای فقهی و یا فتاوی فقهای عظام.» (امور فرهنگی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۶۴: ۷۵۱)

عده ای معتقدند اصول ۳۴ تا ۳۹ قانون اساسی به طور صریح بر پذیرش قانونی بودن مجازات و دادرسی دلالت دارند. همچنین اصل ۱۶۶ مستند بودن احکام دادگاهها به مواد قانون و اصل ۱۶۹ قاعده عدم عطف قوانین کیفری به ماسبق را بیان کرده است و با جمع اصول مذکور، شکی باقی نمی ماند که اجازه مقنن در اصل ۱۶۷، به قضات محاکم مبنی بر مراجعه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور، در صورت فقدان نص، سکوت یا نقض قانون، منصرف به امور حقوقی است. علاوه بر آن در اصل ۳۶ ق.ا، لفظ «فقط» که از ادات حصر است به کار رفته است که با توجه به حجت بودن مفهوم حصر، حکم به تعیین مجازات و اجرای آن، جز به استناد قانون مدون امکان نداشته و خلاف قانون اساسی است. (حبیب زاده و توحیدی فرد، ۱۳۸۸: ۷۵) این اصل بدون هیچ رأی مخالفی به تصویب رسیده و از این جهت در میان اصول قانون اساسی کم نظیر است. (هاشمی و کوشا ۱۳۸: ۷۰/۲۶)

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز در مواد ۲، ۱۰ و ۱۲ آن قانون، اصل قانونی بودن جرم و مجازاتها پیش بینی شده است. بر این اساس می توان از اصل برائت که یکی از اصول پذیرفته شده در حقوق است استفاده کرد

و در صورتی که در قوانین مدون جزایی برای فعل یا ترک فعلی مجازات پیش‌بینی نشده بود مبنای بر جرم نبودن عمل یا ترک عمل گذاشته حکم برائت صادر نمود.

دکتر ناصر کاتوزیان در این زمینه بیان می‌دارد: «در دعوی کیفری، همین که دادرس نتواند برای عمل ارتكابی در قوانین بیابد باید حکم به برائت متهم بدهد، هرچند که آن کار از نظر اخلاقی زشت و شایسته کیفر باشد. این کار، استکفاف از حق‌گذاری نیست، بلکه لازمه اجرای اصل برائت و نتیجه احترازناپذیر اصل قانونی بودن مجازات‌هاست.» (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۹۶)

نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۲۵۳۰ مورخ ۷۲/۴/۷ بیان داشته: «با سکوت قانون، قاضی مکلف به صدور رأی برائت است هرچند عمل مذکور در شرع حرام باشد.» با عنایت به اینکه در اصل ۱۵۶ ق.ا، کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام برعهده قوه قضائیه گذارده شده، همین تأکید بر «مقررات مدون» حاکی از پذیرش اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها را دارد. در صورتیکه قاضی ملزم به تفحص و کشف عناوین مجرمانه در منابعی غیر از قانون باشد با این مشکل مواجه می‌شویم که اولاً: قضاوت مأذون، مجتهد و دارای بینش عمیق فکری در تشخیص منابع و فتاوی معتبر فقهی نیستند.

ثانیاً: اختلاف نظر و اعتقاد هر قاضی به اینکه چه منبعی از اعتیاد بیشتری برخوردار است به اعتقادات وی بستگی داشته، چه بسا دادرسی، فتوای منبعی را معتبر و ملاک عمل بداند و دادرس دیگری فتوای مخالف آن را حائز شرایط اعتبار و کمال تشخیص دهد و به آن عمل کند؛ نتیجتاً اسباب عدم وحدت رویه و تشتت آراء در محاکم را فراهم آورده است. ثالثاً: مردم جهت زندگی عادی، لازم است به کلیه فتاوی و منابع فقهی، اشراف داشته باشند چرا که ممکن است فعلی از نظر یک دادرس جرم و از نظر دیگری جرم نباشد و افراد باید به کلیه منابع فقهی و بالاخص زبان و ادبیات عرب احاطه داشته باشند و این امر خود سبب عسر و حرج است.

۲-۳ مراجعه به منابع و فتاوی معتبر اسلامی (اصل شرعی بودن جرایم و مجازات‌ها)

باتنظیم اصل ۱۶۷ قانون اساسی تعبیر جدیدی از اصل قانونی بودن جرم و مجازات به اصول متعارف حقوقی افزوده شد. همانطور که قبلاً گفتیم اکثر حقوقدانان مفاد این اصل را ناظر به امور مدنی دانسته‌اند و بی تردید نظر نویسندگان قانون اساسی این نبوده است که با سری اصل ۱۶۷ ق.ا به امور کیفری حقوق افراد در معرض نقض و خدشه قرار گیرد و امکان سوءاستفاده قضات و به طریق اولی، مأموران انتظامی در برخورد با شهروندان، فراهم آید؛ (افتخار جهرمی، ۷۸:۲۵، ۹۴/۲۶)

لکن قانونگذار عادی، تعبیر مخالف را پذیرفت و در پاره‌ای از قوانین و مقررات کیفری عین یا مضمون این اصل را بدون تعیین حصری مصادیق «منابع معتبر اسلامی» یا «فتاوی معتبر» وارد نمود.

ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۶۱، نخستین ماده ای بود که مضمون اصل فوق را به حقوق کیفری موضوعه ایران وارد کرد. ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸ نیز به بعد کیفری اصل ۱۶۷ مهر تأیید زد. آیین نامه دادرسیها و دادگاه های ویژه روحانیت مصوب ۱۳۶۹ اصل قانونی بودن را به اصل شرعی بودن تبدیل کرده و از این نیز فراتر رفته و مقرر داشته است در صورتی که شرع و قانون مجازات شخصی را برای فعل ارتكابی تعیین نکرده باشد، حاکم خود مستدلاً براساس نظر خود، اقدام به صدور حکم می نماید.

به موجب ماده ۴۲ این آیین نامه: «احکام دادگاه ها باید مستدل و مستند به موازین شرع باشد، چنانچه نسبت به جرمی مجازات خاصی را معین نکرده، حکم دادگاه باید مستند به قوانین موضوعه باشد.» بدین ترتیب گاهی در حقوق موضوعه موازین شرع، نسبت به موازین قانونی در اولویت قرار داده شده است. (میلانی، ۱۳۸۶: ۱۳۰) ماده ۸ قانون تشکیل و دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ نیز مضمون اصل ۱۶۷ قانون اساسی را در خود جای داده و رسیدگی کیفری را در چارچوب آن پیش بینی کرده اند.

در این رابطه می توان به اتفاقی که در مورد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ افتاد، اشاره کرد. جایی که ماده ۲ لایحه آن قانون بیان کرده بود: «جرم، فعل یا ترک فعلی است که در قانون برای آن مجاز است در نظر گرفته شده است و هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی توان جرم دانست مگر آنکه در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد.»

این ماده با این استدلال که چون ممکن است فعل و ترک فعلی که از نظر شرعی مجازات دارد ولی قانون، نیامده باشد را شامل نشود مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفت و برای اصلاح به مجلس فرستاده شد. شاید به همین دلیل بوده است که قاعده عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری که یکی از آثار اصل قانون بودن جرایم مجازاتها است. در احکام شرعی راهی نداشته و عطف شدن قوانین و مقررات شرعی که وضع آنها مربوط به قرن ها پیش است براساس رأی وحدت رویه شماره ۴۵ سال ۱۳۶۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در این موارد پذیرفته شده است.

بدین ترتیب، دایره شمول اصل ۱۶۷ قانون اساسی به قوانین کیفری، حتمی و اجتناب ناپذیر بوده و جای هیچ گونه تفسیر و تحلیلی باقی نمی گذارد. لکن قدر مسلم آن است که استناد قاضی به منابع اسلامی و فتاوی معتبر به معنای جرم انگاری و خلق عناوین مجرمانه نیست، بلکه در مواردی که عنوان مجرمانه براساس مقررات مدون، مشخص و عمل ارتكاب مطابق با آن است، قاضی می تواند در موارد اجمال یا ابهام و در شرایط، جزئیات و حدود و ثغور آن از منابع و فتاوی معتبر استمداد یابد چنانکه برای شناخت معانی حق الله و حق الناس که در قانون تعریف نشده است یا در مواردی که قابل گذشت بودن جرمی محل تأمل است مانند سرقت تعزیری که آیا بعد از رفع امرالی الحاکم، قابل گذشت است یا نه، می توان به منابع فقهی مراجعه کرد و این موضوع، به هیچ وجه افاده جعل جرم جدید که در

قانون برای آنها مجازاتی تعیین نشده است، نمی‌نماید یا مواردی که مسلمانی کافر ذمی را بکشد و نوبت به قسامه برسد، برای اینکه بدانیم قسامه کافر ذمی علیه مسلمان پذیرفته می‌شود یا خیر، ناگزیر از مراجعه به منابع فقهی هستیم؛ چرا که قانون در این زمینه ساکت است و حکمی ندارد. (بابایی، غلامی و هاشمی .. ۱۳۹۳: ۱۰۲/۸)

نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۱۹۴۸ مورخ ۱۳۷۹/۳/۲۹، اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران را متضمن اصل قانونی بودن جرم و مجازات دانسته است، زیرا مقررات مربوطه همچون ماده ۸ ق. ت.د. ع و ا و نیز ماده ۲۱۴ ق.آ.د.د.ع و ا در امور کیفری، رجوع به منابع فقهی را در امور کیفری در مواردی که قانون ساکت است ولی در شرع، مجازات خاصی برای آن مقرر شده، تجویز کرده است. بنابراین قضات مأذون می‌توانند بر اساس مقررات یادشده عملی را که فاقد مجازات در قانون است، لکن در شرع مجازات خاص برای آن مقرر شده مثل ارتداد طبق مقررات شرعی، مجازات نمایند. (شهری و ستوده جهرمی، ۱۳۸۳: ۱۸۷-۱۸۹)

برخی حقوقدانان معتقدند همانطور که در حقوق کیفری عرفی، عرف و عادت و رویه قضایی و نظریه علمای حقوق، منابع فرعی برای اجرای قوانین جزایی به حساب می‌آیند و به عنوان منابع مستقل برای جرم و مجازات برای تفسیر و اجرای قوانین جزایی نیز باید از منابع فقهی و فتاوی مشهور و معتبر استفاده نمود ولی برای تعیین جرم و مجازات، قابلیت استناد ندارند. برای نمونه جهت تشخیص شرایط افساد و زنا و سرقت مستوجب حدو غیره می‌توان به آن منابع مراجعه کرد. (افراسیابی، ۱۳۸۲، ۱۷۷) عده‌ای این استدلال را نپذیرفته و اظهار داشته‌اند اگر جامعه امری را جرم بشناسد، باید شرایط تحقق آن را نیز بیان کند، در غیر این صورت نقض غرض حاصل می‌شود. (میلانی ۱۳۸۶: ۱۱۳) صرف نظر از وجود اصل ۱۶۷ و مباحثی که پیرامون حیطه شمول آن اصل وجود دارد اصول دیگری نیز در قانون اساسی وجود داشته که شبهه عدم پذیرش اصل قانونی بودن را تقویت می‌کند و آن اصول ۷۲ و ۴ بند ۴ اصل ۱۵۶ قانون اساسی است. برطبق این اصول در سلسله مراتب منابع حقوقی اول اسلام و احکام دینی سپس قانون اساسی قرار می‌گیرد. این بدان معناست که هر جا از اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها حمایت می‌شود جای پاهای نسبتاً بزرگی برای لغو آن ایجاد شده است. در این رهگذر می‌توان به ماده ۲۲۶ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۰ اشاره کرد که اشاره می‌داشت: «قتل نفس در صورتی موجب قصاص است که مقتول شرعاً مستحق کشتن نباشد و اگر مستحق قتل باشد قاتل باید استحقاق قتل او را طبق موازین در دادگاه اثبات کند.» با این توضیح که اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قصاص پذیرفته شده است لکن از روح دو قانون (قانون مجازات اسلامی و قانون اساسی) می‌توان دریافت تاجایی که حکم شرعی وجود دارد، قانون نقش درجه دوم را ایفا می‌کند. بدین ترتیب در شرع، جادوگری جرم است و مجازات آن برای فرد مسلمان اعدام می‌باشد ولی در جایی از قانون ذکری از آن به میان نیامده است؛ حال اگر فردی، دیگری را به علت ارتکاب جادوگری کشت، می‌توان گفت که فرد در اصل قربانی عدم

وجود اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها شده است یا اینکه با توجه به ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با مراجعه به منابع فقهی یا فتاوی معتبر می توان در خصوص موضوع، حکم به مجازات جادوگر داد.

سؤالی که مطرح می شود این است حال که ماده ۲۲۰ ق.م.ا اشاره کرده در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده برابر اصل ۱۶۷ ق.ا، عمل می شود، دایره شمول اصل ۱۶۷ تا چه میزان است. آیا کلیه دعاوی کیفری و مدنی را شامل می شود؟ آیا صرفاً دعاوی مدنی را شامل می شود؟ آیا فقط قوانین کیفری را در بر می گیرد یا مشمول قوانین ماهوی کیفری نیز می شود یا اینکه باید بگوییم صرفاً تشخیص موضوعات کیفری قابل استنتاج از آن است نه جعل جرم و مجازات جدید (جرم انگاری جدید) که در این رابطه در مبحث بعد به آن خواهیم پرداخت. قبل از آن، قابل ذکر است که برخی معتقدند اصل ۳۶ ق.ا و ماده ۲ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲، مانع از آن است که قاضی بتواند برای عملی که در قانون، جرم انگاری نشده است، در منابع فقهی یا فتاوی معتبر حکمی بیابد به ویژه آنکه به دلالت اصل ۱۶۷، الزام دادگاه‌های کیفری، فقط در این است که از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم، امتناع نورزند نه تعیین کیفر برای فعل یا ترک فعلی که در مقررات جزایی جرم محسوب نشده است. در این موارد دادگاه‌های کیفری موظف اند به استناد اصل براءت، حکم به بی گناهی متهم صادر نمایند. (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۲۰۲) دکتر ناصر کاتوزیان نیز در این رابطه نظر مشابه دارد. (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۴۱۶) بعضی از نویسندگان، معتقدند اگر قضات به استناد ماده ۲۲۰ ق.م.ا و با ارجاع به اصل ۱۶۷ ق.ا در مورد حدودی که در قانون ذکر نشده است حکم به مجازات بدهند، بی تردید تمامی مباحث اصولی جزا از جمله جهل به قانون حفظ حقوق شهروندی و آزادیهای افراد، اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اصل براءت و ... بیهوده شمرده خواهند شد. (بابایی، غلامی و هاشمی دمنه، ۱۳۹۳: ۱۰۲/۸)

۵- دایره شمول اصل ۱۶۷ قانون اساسی

در اینکه دایره شمول اصل ۱۶۷ ق.ا، تا چه محدوده‌ای است، چهار دیدگاه در این زمینه مطرح شده است. براساس دیدگاه اول، اصل ۱۶۷ صرفاً اختصاص به دعاوی مدنی دارد، زیرا اصل ۳۶، اصل ۱۶۷ را مورد تخصیص قرار داده است. بر پایه دیدگاه دوم اصل ۱۶۷، دعاوی کیفری را نیز شامل می‌شود ولی فقط قوانین شکلی کیفری و نه ماهوی. بر مبنای نظریه سوم، اصل مزبور تنها مربوط به تشخیص موضوعات کیفری است و نه جرم انگاری و تعیین مجازات. مطابق با دیدگاه چهارم اصل ۱۶۷ علاوه بر دعاوی مدنی شامل دعاوی کیفری نیز می‌شود و قاضی می‌تواند بر مبنای آن اقدام به جرم انگاری نماید. (هاشمی و کوشا ۱۳۸۰: ۶۹/۲۶)

۱-۵-۱ اختصاص به دعاوی مدنی

براین اساس اصل ۱۶۷، منصرف به امور حقوقی بوده، شامل امور کیفری نمی‌شود والا علاوه بر ایجاد تعارض در خصوص یک قانون مدون که توسط قانونگذار واحد و در زمان واحد و برای جامعه مشخص به تصویب رسیده

است، بسیاری از اصول وقواعد حقوقی و منزلت های بنیادین حقوق کیفری از جمله اصل قانون مداری نقض می گردد. لذا نمی توان پذیرفت که قانونگذار مؤسس در اصل ۳۶ و بند ۴ اصل ۱۵۶ ق.ا به اجرای قوانین مدون در زمینه امور کیفری حکم داده باشد، اما در اصل ۱۶۷ ق.ا این الزام را نفی کرده باشد و به قاضی اجازه دهد در امور کیفری به قوانین مدون استناد نکند و به جای آن با استناد به منابع فقهی حکم قضیه را صادر کند، این موضوع با قاعده قبح عقاب بلا بیان نیز در تعارض است.

برخی از حقوقدانان در خصوص اعمال اصول ۱۶۷ ق.ا، بیان داشته اند در صورت مرعی داشتن این اصل ممکن است در یک جامعه واحد یک قاضی با استناد به فتوای معتبری حکم مجازات بدهد و قاضی دیگر مشابه با استناد به فتوای معتبر دیگری حکم برائت بدهد. به نظر نمی رسد چنین شیوه نگران کننده ای را بتوان از نکات مثبت نظام حقوقی و قضایی کشور دانست. (هاشمی، ۱۳۸۴: ۳۱۴)

استاد دیگری معتقد است کاربرد این اصل در دعاوی حقوقی است. در امور کیفری علی الاصول، جرم باید امری باشد که به موجب قانون، جرم شناخته شده و برای آن مجازات تعیین شده باشد. شأن نزول اصلی اصل ۱۶۷ ق.ا، نیز با توجه به تعبیر به کاررفته در آن و سابقه ذهنی که از ماده ۳ ق.آ.د.م، وجود داشت، به نظر می رسد همانا دعاوی حقوقی است و ناظر به امور کیفری نمی باشد. (مهرپور، ۱۳۷۴: ۸۸)

در مقابل، عده ای پاسخ داده اند که علت مراجعه به اصل ۱۶۷ ق.ا و نیز قابلیت اعمال آن به این دلیل است که خود قانون اساسی (اصل ۱۶۷) و دیگر قوانین عادی چنین اجازه ای را به قاضی داده است. درست مانند اجازه قانونگذاری به قوه مجریه در خصوص وضع برخی قوانین در امور خلافی که در بسیاری از کشورها رایج است. (هاشمی، کوشا، ۱۳۸۰: ۷۶/۲۶)

براساس این دیدگاه در نظام جمهوری اسلامی جرم انگاری و تعیین مجازات و در جرایم مستوجب حد، اعلام شارع در مورد مجازاتها به عهده قوه قانونگذاری جمهوری اسلامی قرار گرفته است نه متولیان امر قضا، قضات بر اساس اصل ۳۶ ق.ا، برای مجازات افراد خاطی موظفند تنها بر اساس مقررات از قبل اعلام شده قوه قانونگذاری عمل کنند و در موارد فقدان نص قانونی، سکوت یا نقض قانون با استناد به اصل قانونی بودن جرم و مجازات (اصل ۳۶، بند ۴ اصل ۱۵۶ ق.ا) و اصل برائت (اصل ۳۷ ق.ا) حکم برائت صادر کنند. (حبیب زاده و توحیدی فرد، ۱۳۸۸: ۹۷)

۲-۵ تفصیل بین قوانین کیفری شکلی و ماهوی

دیدگاه دیگر در خصوص اجرای اصل ۱۶۷ ق.ا این است که باید بین قوانین شکلی و ماهوی تفاوت قائل شد و به قاضی اجازه داد تا در موضوعهای مربوط به قوانین کیفری شکلی بتواند به منابع معتبر و فتاوی مشهور مراجعه کند. مرحوم دکتر محمود آخوندی در این زمینه معتقد است: «دستور قسمت اخیر ماده ۲۸۹ اصلاح ق.آ.د.ک و مقررات ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ مصوب ۱۳۶۸ که حکم ماده ۲۸۹ منسوخ را مجدداً تکرار کرده است،

با موازین قضایی تطبیق ندارد. اصلاح کنندگان قانون آیین دادرسی کیفری، به تفاوت اصول دادرسی کیفری ومدنی، توجهی نداشته اند و بی جهت یکی از اصول مختص به دادرسی های مدنی را در قلمرو قوانین دادرسی های کیفری آورده اند. به هر حال ماده اصلاحی مزبور باید به نفع متهم تفسیر و گفته شود منظور مقنن تنها قوانین کیفری شکلی بوده، نه قوانین کیفری ماهوی.» (آخوندی، ۱۳۶۵: ۴۴)

در برابر این مطلب گفته شده که میان تفسیر مراد واقعی قانونگذار و انتقاد به قانون خلط شده و حمل مقصود قانونگذار در اصل ۱۶۷ بر قوانین شکلی صحیح نیست؛ زیرا نه تنها قطعاً چنین تفصیلی مورد نظر قانونگذار نبوده است بلکه «حمل قانون بر فرد نادر» است که اینگونه شیوه تقنین از قانونگذار حکیم، بعید به نظر می رسد با توجه به اینکه اکثر مشکلات خلأ قانونی دادگاهها نیز در خصوص قوانین ماهوی است نه شکلی (هاشمی و کوشا ۱۳۸۰: ۷۹/۲۶) در این رابطه تفسیر غریبی از یکی از نویسندگان ملاحظه شد که اظهار داشته «... باید گفت بخش دوم ماده ۲۹ (منظور ماده ۲۹ ق تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ مصوب ۱۳۶۸) در مورد احکام حقوقی است که دادگاههای کیفری صادر خواهند کرد ... قاضی کیفری طبق ماده ۱۴ ق.آ.د.ک به مسأله ای حقوقی رسیدگی می کند و چه بسا در هنگام صدور حکم درباره ضرر و زیان که طبع حقوقی دارد با سکوت، اجمال، تعارض و ... قانون روبرو می شود؛ لذا برای حل و فصل آن به منابع فقهی و فتاوی معتبر، راهنمایی شده است. (بندرچی ۱۳۷۱: ۱۴۹/۴)

این دیدگاه نیز مورد پذیرش نیست؛ زیرا دلیلی ندارد که قانونگذار، حکم موضوعات حقوقی و مسائل مربوط به آیین دادرسی مدنی را در مقررات راجع به آیین دادرسی کیفری، آن هم با اجمال و ابهامی که منجر به تفسیرهای متعدد و متناقض از آن گردد مطرح نماید.

۳-۵ انصراف به تشخیص موضوعات کیفری

برخی از نویسندگان، راه حل میانه ای انتخاب کرده چنین اظهار نظر کرده اند: «اصل ۱۶۷ ق.ا و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲ مصوب ۱۳۶۸ در تعیین مصادیق عمل منافی عفت غیر از زنا، عمل حرام یا احراز اصل نکاح و طلاق در دعاوی خانوادگی از نظر تکلیف پرداخت نفقه یا جریحه دار شدن عفت عمومی موضوع مواد ۱۰۱ و ۱۰۲ و ۱۰۵ قانون تعزیرات (۱۳۶۲)، منابع شرع و عرف قابل استناد است.» (گلدوزیان، ۱۳۸۴: ۱۶۳)

در این رابطه نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه به شماره ۷/۶۳۸۱ مورخ ۶۹/۱۲/۱۸ مبین آن است که چون معانی حق الله و حق الناس در قانون تعریف نشده ... با مراجعه به فتاوی فقهی دادگاه باید در مورد آنها تعیین تکلیف نماید. به عبارت اخری، ماده ۲۹، به هیچ وجه افاده جعل جرایم جدید که در قانون برای آنها، مجازات تعیین نشده است، نمی نماید. (شهری و ستوده جهرمی، ۱۳۸۳: ۱۸۹) البته منطوق و عبارت اصل ۱۶۷، گویای آن است که تعیین مصادیق و موضوعات، مورد نظر قانونگذاری نبوده است. (هاشمی و کوشا، ۱۳۸۰: ۸۰/۲۶) زیرا در این اصل به فقدان «حکم هر دعوا» تصریح شده است نه تشخیص موضوعات. بنابراین این نظریه هم راه حل چندان مناسبی نیست

و در مواردی با این دستاویز، می تواند موجب نقض اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها در قلمرو حقوق کیفری گردد.

۴-۵- تعمیم به امور کیفری

براساس این دیدگاه اصل ۱۶۷ علاوه بر دعاوی حقوقی شامل دعاوی کیفری نیز می شود و می توان براساس آن، جرم انگاری کرد. طرفداران این دیدگاه معتقدند خود قانون اساسی براساس اصل ۱۶۷، فتاوی و منابع معتبر اسلامی را در حکم قانون قرار داده است. بنابراین منافاتی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها ندارد. استدلال دیگر این گروه آن است که اصل ۱۶۷، دلالت بر «عموم» دارد؛ (اعم از دعاوی کیفری و مدنی)

چون تعبیر شده است به هر دعا و کلمه «هر» در فارسی، دلالت بر عموم دارد، علاوه بر اینکه مشروح مذاکرات بررسی نهایی قانون اساسی، گویای این است که مطلق دعاوی، مورد نظر قانونگذاران بوده است. ایراداتی که به این نظریه وارد شده است عبارتند از اینکه در صورت پذیرش این دیدگاه قاعده درء که خود از قواعد پذیرفته شده نزد فقهاست مورد خدشه واقع می شود.

حتی اگر قانون اساسی به صراحت به قضات جامع شرایط نیز چنین اجازه ای می داد، با روح قانون اساسی که مبتنی بر اصل حاکمیت قانون، شفافیت قوانین به منظور رعایت حقوق و آزادی های اساسی شهروندان و مصلحت نظام اجتماعی است سازگار نبود چه رسد به این که قضات فعلی واجد شرایط لازم برای مراجعه به منابع فقهی و تشخیص فتاوی مشهور نیستند.

۶- چالش های پیش روی اصل ۱۶۷ قانون اساسی

در اصل ۱۶۷ ق. ۱۰ دادرس موظف شده است تا «با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید.» معقول این است که منابع معتبر اسلامی ویژه مجتهدان و آگاهان و فتاوی معتبر مخصوص مقلدان باشد ولی از ظاهر عبارت چنین برمی آید که قاضی خواه مجتهد باشد یا مقلد در استناد به هر دو منبع، آزاد است. (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۵۶/۶۶)

علاوه بر آن مفهوم منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر روشن نیست؛ آیا مقصود از منابع معتبر اسلامی قرآن و سنت و اجماع و عقل است یا کتابهای اجتهادی که در فقه تدوین شده یا هر دو؟ برای مثال آیا مکاسب یا جواهر لکلام یا شرح لمعه یا مسالک از منابع اسلامی یا ملحق به فتاوا می شود؟

در منابع و فتاوا، بحث های نظری و اختلاف در استنباط چندان فراوان است که قاضی در غالب موارد می تواند به هر نظر که متمایل باشد، مستندی در فقه برای گفته خود بیابد. عیب این کار در بر هم زدن نظم حقوقی است.

اگر دادرسی به فتوا یا کتاب معتبری برای تأیید خواست خود استناد کند، در مرحله تجدید نظر نمی توان به استناد اجتهاد مخالفی که از فتوا یا کتاب معتبر دیگر آمده است آن را نقض کرد. دیوان عالی کشور نیز از نقض یا تعدیل

حکمی که به فتوا یا منبع معتبری مستند شده، ناتوان است. برای مثال اگر شعبه اول دادگاهی به استناد تذکره علامه، حکم دهد و شعبه دوم همان دادگاه به استناد شرح لمعه بر خلاف آن حکم دهد، هیچ مرجعی وجود ندارد که بین این دو حکم متعارض داوری کند. در این صورت باید بپذیریم که عدالت در شعبه ای از دادگاه یا عدالت در شعبه دیگر همان دادگاه برابر نیست و در عین حال هر دو عدالت است و قابل احترام.

در این رابطه که فتاوی معتبر، چه فتاوی هستند نظرات مختلفی ارائه شده است؛ برخی، فتاوی مرجع تقلید قاضی را ملاک دانسته اند، بعضی، فتاوی مشهور فقهای امامیه را و عده ای فتاوی مرجع تقلید متهم را و نهایتاً گروهی فتاوی مراجع تقلید معاصر (متأخر) را معتبر دانسته اند.

دلیل یا دلایلی که حکایت از ارجحیت هریک از نظرات فوق باشد ارائه نشده است لکن آنچه قابل توجه است آن است که در ماده ۲۲۱ پیش نویس قانون مجازات اسلامی اخیر پیش بینی شده بود که: «هرگاه رجوع به اصل ۱۶۷ قانون اساسی لازم شود مقام قضایی از رهبری استعفا می کند. مقام رهبری می تواند این امر را به فرد یا افرادی تفویض نماید.»

در تصویب نهایی قانون مجازات اسلامی، این ماده در بین ماده های تصویب شده به چشم نمی خورد و همچنان سؤال باقی می ماند که چه فتاوی معتبر است. برخی از حقوقدانان در بین نظریات فوق، فتاوی ولی فقیه را معتبرتر دانسته اند و علت آن را چنین بیان کرده اند: «... ۱- موضوع اختلاف در فتاوا و گوناگونی نظرات فقها حل می شود و همه قضات، مرجع واحدی خواهند داشت. ۲- اعتبار مشروطیت قضات منصوب از ناحیه نصب و اذنی است که از سوی ولی فقیه برای آنها صادر می شود. ۳- قضاوت، صدور حکم است نه فتوا و صدور حکم از شئون و اختیارات ولی فقیه است. بدین جهت با توجه به اینکه با حکم ولی فقیه، قوانین موجود، معتبر شده و رعایت آنها لازم دانسته شده است از این رو در موارد خلأ قانونی نیز از حکم او باید تبعیت شود. به تعبیر دیگر، اعمال قضاوت خود نوعی اعمال ولایت است و قضات، این ولایت را از ولی فقیه گرفته اند و به نمایندگی از جانب او حکم می کنند. از این رو باید در نظر بگیرند که اگر خود او می خواست در این مسأله، قضاوت کند چه حکمی می داد و در نتیجه باید براساس فتاوی او حکم کنند. به عبارت دیگر در نظام اسلامی کنونی، قضاوت حکم اجرایی حکومتی محسوب می شود و خلاف نظر ولی امر بالفعل، نمی توان حکم نمود. بدین سبب اگر مستند قاضی فتواست و در مسأله مورد ابتلا، فتاوی فقها مختلف است، فتاوی ولی فقیه، معتبر است. مقدم داشتن فتاوی رهبری نه به جهت آن است که منظور از (فتاوی معتبر) فتاوی ولی فقیه است بلکه به جهت تقدم حکم ولی امر بالفعل و لزوم اجرای دیدگاه های او بوده است و قضات منصوب در محدوده اذن و نصب او باید عمل نمایند. (غفاری، ۱۳۸۳: ۴)

بدین ترتیب ملاحظه می شود نه قانونگذار اساسی و نه عادی، هیچ یک معیار و ملاک ثابت و مشخصی در مورد «منابع معتبر اسلامی» و «فتاوی معتبر» ارائه نداده که این خود باعث تشتت آرا در صورت مراجعه به اصل ۱۶۷ ق.ا.

خواهد شد؛ به قول استاد کاتوزیان اگر اصل ۱۶۷ ق.ا چنان تنظیم می شد که اختلاف استنباط ها از یک مستند، هر چند مبهم و قابل بحث (مانند مشهور فقیهان متأخر) سرچشمه می گرفت گام نهادن در راه وحدت نیز میسر می گشت؛ زیرا دیوان عالی کشور (در مقام یا تایید حکم ایجاد رویه واحد قضایی) می توانست بر یکی از دو مخالف ایراد کند که به مشهور نپیوسته است.

نتیجه گیری:

از مجموع مطالبی که عنوان شد نتیجه گیری می شود که اولاً ماده ۲۲۰ ق.م.ا صرفاً در مورد حدود آن هم حدود غیر مذکور قابل اعمال است؛ به عبارت دیگر در مجازاتهای قصاص، دیات و تعزیرات، در صورت ابهام، اجمال، سکوت یا نقض قوانین همچنان باید بر اساس دیدگاه هایی که قبلاً به آن اشاره شد عمل کرد که به نظر می رسد با توجه به استدلالات پیش گفته دیدگاهی که قائل به عدم تعیین مجازات در جرایمی که در قانون از آنها نامی برده نشده است به صواب نزدیک تر باشد.

ثانیاً: در ماده ۲۲۰ ق.م.ا اشاره شده که «... طبق اصل ۱۶۷ ق.ا عمل می شود.» عبارت «عمل می شود» مفهومی را متبادر به ذهن می کند که حکایت از همان مناقشات و اختلافات قبلی دارد که بیان می کرد می توان بر اساس شرع جرم انگاری و سپس مجازات نمود یا با تکیه بر اصل برائت و اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها باید حکم برائت صادر نمود. لذا چنانچه قانونگذار اخیر، نظریه مجازات نمودن فرد خاطی بر اساس فقه و فتاوی داشت می توانست عبارت (محکوم می شود) را قید کند که همین عدم اشاره به فعل «محکوم می شود» نظر گروهی را که قائل به عدم مجازات بر اساس منابع فقهی هستند تقویت می کند.

ثالثاً: اگر منظور قانونگذار از حدود غیر مذکور همانطور که در پیش نویس لایحه قانون مجازات اسلامی پیش بینی شده بود سه جرم حدی ارتداد، بدعت گذاری و سحر بوده است. شایسته بود عناوین مجرمانه مذکور صراحتاً در متن قانون گنجانده شده و شرایط ارتکاب و نیز مجازات آنها نیز پیش بینی می شد تا از اختلاف نظرهای موجود، کاسته شده یا جلوگیری شود.

کتاب شناسی

- ۱- آخوندی، محمود؛ آیین دادرسی کیفری، انتشارات وزارت ارشاد اسلامی، جلد اول، ۱۳۶۵.
- ۲- اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی شورای اسلامی، مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی، جلد اول، ۱۳۶۴.
- ۳- اردبیلی، محمد علی؛ حقوق جزا عمومی، انتشارات میزان، جلد اول، چاپ سی ام، ۱۳۹۲.
- ۴- افتخار جهرمی، گودرز؛ اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها و تحولات آن، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵ و ۲۶، ۱۳۷۸.

- ۵- افراسیابی، محمد اسماعیل؛ حقوق جزای عمومی، انتشارات فردوسی، جلد اول، چاپ چهارم، ۱۳۸۲.
- ۶- اکبرپور، عبدالمصالح؛ جرم انگاری بر اساس منابع فقهی، پیام آموزش، شماره ۴۸، ۱۳۸۹.
- ۷- امام خمینی (ره) روح الله؛ حریر الوسیله، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، جلد دوم، ۱۳۸۱.
- ۸- بابایی، محمد علی، غلامی، میثم و هاشمی دمنه، فاطمه سادات؛ ارزیابی سیاست جرم زدایی قانون برنامه پنجم توسعه در قانون مجازات اسلامی، مجله آموزه های حقوق کیفری، شماره ۸، ۱۳۹۳.
- ۹- بندرچی، محمدرضا؛ اصل قانونی بودن و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاههای کیفری ۱ و ۲، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۴، ۱۳۷۱.
- ۱۰- تبریزی، میرزا جواد؛ اسس الحدود و التعزیرات، مطبعه مهر ۱۴۱۷ ق.
- ۱۱- جبعلی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، مؤسسه المعارف الاسلامیه، جلد ۱۴، ۱۴۱۳ ق.
- ۱۲- حاجی ده آبادی، احمد؛ قواعد فقه جزایی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ سوم، ۱۳۹۱.
- ۱۳- حبیب زاده، محمد جعفر و توحیدی فرد، محمد؛ قانون مداری در قلمرو حقوق کیفری، نشر دادگستر، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
- ۱۴- رحمانیان، حامد و حبیب زاده، محمد جعفر؛ معیار تفکیک حدود غیر مذکور از تعزیرات منصوص در قانون مجازات اسلامی ۹۲، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هفتم، شماره ۸۴، ۱۳۹۲.
- ۱۵- شهری، غلامرضا و ستوده جهرمی، سروش؛ نظریات اداره حقوقی قوه قضاییه در زمینه مسائل کیفری، روزنامه رسمی، چاپ اول، ۱۳۸۳.
- ۱۶- غفاری، مظاهر؛ بررسی قلمرو حقوق کیفری با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، پایگاه اینترنتی حق گستر، ۱۳۸۳.
- ۱۷- کاتوزیان، ناصر؛ جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ۵۶، ۱۳۸۱.
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر؛ فلسفه حقوق، شرکت سهامی انتشار، جلد دوم، ۱۳۷۷.
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر؛ مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، انتشارات مؤسسه نشر انتشار، ۱۳۸۳.
- ۲۰- گلدوزیان ایرج؛ حقوق جزای عمومی ایران، انتشارات دانشگاه تهران، جلد اول، چاپ هشتم، ۱۳۸۴.
- ۲۱- مصدق، محمد؛ شرح قانون مجازات اسلامی، انتشارات جنگل، چاپ هفتم، ۱۳۹۳.
- ۲۲- مکارم شیرازی، ناصر؛ انوارالفقاهه کتاب الحدود و التعزیرات، مدرسه امام علی ابن ابی طالب، جلد اول، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.

- ۲۳- مکارم شیرازی، ناصر؛ تحلیلی پیرامون مسأله تعزیرات در اسلام، نور علم، شماره ۵، ۱۳۶۳.
- ۲۴- منتظری، حسین علی؛ کتاب الحدود، انتشارات دارالفکر، قم.
- ۲۵- مهرپور، حسین؛ حقوق بشر در اسناد بین المللی و موضع جمهوری اسلامی ایران، انتشارات روزنامه اطلاعات، ۱۳۷۴.
- ۲۶- میلانی، علیرضا؛ نگرشی بر اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- ۲۷- نجفی، محمد حسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، جلد چهارم، ۱۴۰۸ ق.
- ۲۸- ولایی، عیسی؛ جرایم و مجازاتها در اسلام، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۹۱.
- ۲۹- هاشمی، سید حسین و کوشا، جعفر، بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها، نامه مفید، شماره ۲۶، ۱۳۸۰.
- ۳۰- هاشمی، سید محمد؛ حقوق بشر و آزادیهای اساسی، نشر میزان، ۱۳۸۴.