فصلنامه اندیشه حقوقی معاصر
www.lthjournal.ir
دوره دوم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۰

بازجستی بر تعامل شرع و منابع حقوق اسلامی با نظام حقوق جنایی ایران در پرتو حاکمیت قانون

سیدسجاد رزاقی موسوی[۱]
۱. کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی
صفحات: ۷۳-۸۲

اطلاعات نویسنده مسؤول
کد ارکید: ۰۰۰۰-۰۰۰۰-۰۰۰۰-۰۰۰۰
تلفن: ۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰
ایمیل: mousavisajjad98@gmail.com

سابقه مقاله:
تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۰۲
تاریخ ویرایش: ۱۴۰۰/۰۹/۱۳
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۹/۲۷
تاریخ انتشار: ۱۴۰۰/۱۰/۰۱

واژگان کلیدی:
منابع شرعی، قوانین کیفری، حاکمیت قانون، اصل قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها.

چکیده

نظام حقوقی ایران موضعی دوگانه در وضع و اجرای قوانین کیفری اتخاذ کرده است؛ اسلام بخش مهمی از جرایم را دقیقاً پیش‌بینی و مجازات آن‌ها را از نظر نوع، کیفیت و کمیت تعیین کرده است، اما بخش دیگری قابل‌تعیین دقیق نبوده، چون بسیار پرنوسان بوده و نمی‌توان آن‌ها را براساس منابع شرعی و فقهی تشریع کرد. قانون اساسی، منابع و فتاوای معتبر اسلامی را به‌عنوان مرجع قابل‌استناد قضات شناسایی کرده است. این پژوهش براساس ماهیت و روش، در زمره تحقیقات توصیفی تحلیلی است. در جوامع امروزی، موضوعات و مسائل جدیدی دست‌مایه جرم‌انگاری، اِعمالِ مجازات و اساساً مجموعه حقوق کیفری شده‌اند که نیازمند انطباق با ملاک‌های شرعی و فقهی در یک رویکرد جدید و متناسب با مقتضیات زمان هستند. در پایان باید گفت که تغییر و تحول در موضوعات و مسائل روز از منظر فقهی، نیازمند بسترهایی است که احکام در قالب این بسترها، تغییرپذیر شوند؛ بسترهایی درون‌دینی که مبنای تحول و سازگاری احکام شرعی با مقتضیات فکری و فرهنگی بشرِ ذاتاً متحول باشد.

خوانندگان این مجله، اجازه توزیع، ترکیب مجدد، تغییر جزئی و کار روی حاضر به صورت غیرتجاری را دارند.
© تمامی حقوق انتشار این مقاله، متعلق به نویسنده می‌باشد.

مقدمه

انسان با داشتن امیال و خواسته‌های نامحدود، موجودی اجتماعی است؛ بنابراین جامعه برای برقراری نظم و انضباط اجتماعی، ناگزیر است دست به وضع قواعد و مقرراتی بزند که تخطی از آن بعضاً جرم و هر شخصی که این نظم اجتماعی را برهم بزند، مجرم تلقی و مستحق مجازات باشد (شاکری و شیرزادی‌فر، ۱۳۹۳: ۱۱۸). در هر نظام حقوقی، قانون‌گذاری در پی پُر کردن خلأهایی است که در جامعه احساس می‌شود و برای ساخت جامعه، مطلوب و موردنظر است. بر این اساس تصویب قانون در جوامع مختلف توسط نهادهای قانونی و مشروع، گویای نگرش کلی جامعه سیاسی به هنجارها و ارزش‌ها صورت می‌گیرد (پیوندی و میرید، ۱۳۹۶: ۱۴۱). نکته‌ای که باید گفته شود این است که واکنش جامعه نباید در مقابل انحراف همیشه ثابت باشد، به‌علاوه با توجه به اینکه امروزه مجازات روش معمول مقابله با بزهکاری است، همیشه به‌عنوان تنها وسیله مقابله با انحرافات و اَعمال مجرمانه تلقی نشده و شاید بهترین و مؤثرترین واکنش ممکن در مقابله با پدیده مبرمانه هم نباشد، بنابراین مجازات و شکل خاص آن را در یک جامعه نباید به‌عنوان راه حل ابدی مشکل جرم و علاج واقعی مقابله با ارتکاب جرایم خاص ارتکابی در یک جامعه تلقی کرد (علیشاهی و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۷۷)، زیرا رویکرد و نگاه انسان معاصر به جرم، مجازات و تنبیه مجرمان متحول و دگرگون شده است و این دگرگونی ازجمله تبعات تغییر نگاه به انسان، نقش و جایگاه، حقوق و کرامت اوست (نجف‌آبادی و آیتی، ۱۳۹۵: ۸۹).

واقعیت آن است که تدوین احکام فقهی در قالب قانون، به‌صورت جامع، دقیق و گویا، مسأله‌ای بس دشوار است که جز با داشتن فرصت و تخصص کافی، آن در پرتو اقدام کارشناسی جمعی میسر نخواهد بود. فوریت اسلامی‌سازی قوانین، در کنار دشواری ذاتی انجام چنین رسالتی، به‌طور طبیعی وجود نقص در قوانین را متصور می‌کرد. ازاین‌رو، قانون‌گذار اساسی در اصل ۱۶۷[۱] درصدد ارائه راهکاری برای احتراز از پیامدهای مزبور برآمد و منابع و فتاوای معتبر اسلامی را به‌عنوان مرجعی در حالات سکوت، نقص یا اجمال و تعارض قوانین مدون پیش‌بینی کرد (اکرمی، ۱۳۹۳: ۲۶).

ازاین‌رو در نوشتار حاضر ضمن تبیین دلایل طرفداران و مخالفان رجوع به منابع فقهی و احکام شرعی، فلسفه رجوع قانون‌گذار به این منابع را بررسی خواهیم کرد؛ در ادامه به جواز رجوع قضات به منابع مزبور جهت صدور حکم، به تفکیک انواع مجازات خواهیم پرداخت؛ در پایان ضمن اشاره به مشکلات اجرایی این رویکرد، به ارائه راه حلی برای برون‌رفت از این معضل می‌پردازیم.

۱- فلسفه رجوع قوانین کیفری به احکام فقهی و منابع شرعی

در نظام‌هایی که هنجاری برتر از اراده جمعی با چاشنی مصالح عمومی، فاقد ارزش است یا به‌کلی انکار می‌شود و فقط بهبود وضعیت فعلی جامعه با جهت‌گیری‌های ملموس و تجربی، غایت قانون‌گذاران است، هر قانونی که برآمده از نهاد قانون‌گذاری توسط نمایندگان مردم و در جهت مصالح ملت باشد، فی‌نفسه واجد ارزش است. بالعکس در جوامعی که نظام سیاسی در آن بر پایه اصولی مافوق اراده جمعی و همگانی انسانی شکل گرفته و مشروعیت خود را وابسته به ارزش‌ها و اصول ماورای اراده بشر می‌داند، متون برآمده از نهادهای قانونی و مشروع را فقط برحسب میزان انطباق با اصول فراقانونی می‌توان شناخت. پس تصویب قانون در جامعه‌ای با نگرش اخیر، در واقع ضمانت‌اجرا بخشیدن به اصول ثابتی است که برای نظام سیاسی و چه‌بسا مردم واجد اهمیت فراقانونی است و از این پس مورد حمایت قوای حکومتی با چاشنی قوه قاهره است. البته در نظام حقوقی اخیر نیز قانون‌گذاری برخاسته از احساس نیاز جمعی به شرایط و اموری است که نبود آن‌ها خللی را به جامعه وارد می‌کند. تقسیم طرح‌ها و لوایح در مجالس قانون‌گذاری براساس اهمیت و فوریت آن‌ها پیش از بررسی محتوای آن‌ها، گویای این مسأله مهم است. پس خروجی مجلس برآیندی است از نیاز جامعه با درنظر داشتن اصول و هنجارهای پیشاقانونی است که اساس اجتماع بر آن بنیان نهاده شده است. ساحت جمهوری اسلامی ایران نیز بر این اساس است (پیوندی، ۱۳۹۶: ۱۴۱).

با پیروزی انقلاب اسلامی، نهضت اسلامی‌سازی قوانین مورد اهتمام ویژه قرار گرفت. اصل ۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صراحت ضرورت ابتنای کلیه قوانین و مقررات

---

[۱]- مطابق 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 فتاوای معتبر، حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی و صدور حکم امتناع ورزد.»

را بر موازین اسلامی مورد تأکید قرار داده و در بیانی منحصربه‌فرد حاکمیت این اصل را بر اطلاق یا عموم همه اصول و مقررات دیگر تصریح کرده است. با وجود این، نظر بر آنکه در دوران پیش از انقلاب، مقررات کیفری فاصله بیشتری از موازین اسلامی در مقایسه با سایر قوانین مهم دیگر چون قانون مدنی داشته‌اند، تحولات رخ داده ساحت مزبور را بیش از هر عرصه دیگر متأثر ساخت (اکرمی، ۱۳۹۳: ۲۶). با تدوین و تصویب قانون اساسی در سال ۱۳۵۸ شمسی، رجوع به فقه در موارد متعَیّن، تکلیفی قانونی شد که اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی بر این امر تصریح داشت. قانون‌گذار اساسی ضمن تأکید بر قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها در اصول ۳۲، ۳۶، ۱۶۶ و ۱۶۹، در اصل ۱۶۷ چنین اشعار داشت: «**قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوای معتبر، حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا یا صدور حکم امتناع ورزد.**» مفاد این اصل از سال ۱۳۶۱ وارد قوانین عادی مجلس شورای اسلامی شد؛ به‌عبارت دیگر، این اصل تأییدکننده تغییر و دگرگونی رویکرد قانون‌گذار پس از انقلاب به منابع صدور حکم قضایی است. در این دوران، قانون‌گذار ابزارهای فراحقوقی را برگزید تا از طریق آن‌ها عدالت را برقرار سازد و این‌گونه بود که عنصر فقه و آموزه‌های دینی به قلمرو نظام کیفری ما وارد شد.

یکی از مسائل قابل مطرح در راستای تفسیر اصل ۱۶۷ ناظر بر این موضوع بود که آیا اصل مذکور می‌تواند ابزاری از سوی قضات برای مراجعه به منابع اسلامی و فتاوای فقهی به‌منظور تعیین مجازات رفتارهایی قرار گیرد که قوانین کیفری نسبت به مجرمانه بودن آن‌ها سکوت کرده‌اند؟ از یک‌سو عموم الفاظ عبارات در اصل ۱۶۷، به‌نحوی بود که کلیه دعاوی کیفری و غیرکیفری را دربر می‌گرفت؛ از سوی دیگر، بیم خدشه‌دارشدن حقوق و آزادی‌های شهروندی در پرتو ارجاع قضات نه‌چندان فقه آشنا به منابعی اغلب به زبان عربی و ورای قانون وجود داشت، اموری که سبب شد تا دکترین حقوقی در تفسیر اصل ۱۶۷، از نظر شمول بر امور جزایی، دچار تشتت شود و به پیدایی نظرات مختلفی در این زمینه بینجامد؛ در این بند به تبیین دلایل موافقان و مخالفان رجوع به منابع فقهی خواهیم پرداخت.

۱-۱- تبیین دلایل طرفداران رجوع به منابع فقهی و احکام شرعی

طرفداران این دیدگاه بر این باورند که خود قانون اساسی براساس اصل ۱۶۷، فتاوی و منابع معتبر اسلامی را در حکم قانون قرار داده است، بنابراین منافاتی با اصل قانونی‌بودن جرایم و مجازات‌ها ندارد. مبنا و منشأ این دیدگاه، نظریه کمیسیون استفتائات شورای عالی قضایی است که در مورد تفسیر ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آئین دادرسی کیفری صادر کرده است. براساس نظریه کمیسیون نامبرده «دادگاه‌های کیفری (در مورد هیچ‌یک از قضایایی که رسیدگی به آن‌ها در صلاحیت دادگاه کیفری است) نمی‌توانند به بهانه سکوت یا اجمال یا نقص یا تعارض قانون از رسیدگی امتناع کنند. همچنین نمی‌توانند به همین بهانه و به صرف اینکه جرم بودن یک قضیه در قوانین جزایی مدونه یافت نمی‌شود، حکم به برائت متهم صادر نمایند. به‌نظر می‌رسد که مراجعه‌کردن دادگاه به منابع معتبر فقهی به‌منظور تشخیص اینکه قضیه مطروحه از نظر شرع مقدس اسلام جرم است یا خیر و صدور حکم به مجازات بر مبنای منابع فقهی اشکالی ندارد؛ زیرا که این رویه مغایرتی با مقررات مندرجه در ماده قانون راجع‌به مجازات اسلامی و همچنین با مفاد اصل ۳۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ندارد. برای اینکه هر فعل یا ترک فعلی که از نظر فتاوی جرم باشد، به مقتضای اطلاق و عموم ماده ۲۸۹ مذکور، جرم به حکم قانون محسوب می‌شود و متهم نیز مجرم تلقی می‌شود و مجازات مرتکب در این صورت، مجازات به‌موجب قانون خواهد بود» (غفاری، ۱۳۹۱: ۱۲۰).

در تحلیل این نظر، برخی حقوقدانان بر این باورند که منابع فقهی و فتاوای معتبر نیز به حکم قوانین مدون در ردیف عنصر قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها به‌شمار خواهد آمد و تکلیف دادگاه در مراجعه به آن برای یافتن حکم قضایای کیفری به‌معنای جواز تفسیر موسع قوانین کیفری نخواهد بود (ولیدی، ۱۳۹۴: ۱۱۹). بی‌گمان شارع مقدس اسلام که حکیم است این مطلب عقلایی را مدنظر قرار می‌دهد و بر تعیین مجازات‌های ثابت برای شمار زیادی از جرایم اصرار نمی‌ورزد. دستیابی به اهداف گوناگون مورد انتظار از اجرای کیفر با مجازات‌های ایستا و تغییرنابردار سازگاری ندارد. به‌ویژه بر پایه دیدگاه‌های پیامدگرا و التقاطی که برخلاف سزاگرایی تنها به اجرای کیفر نمی‌اندیشد، بلکه به پیامدها و دستاوردهای اجرای کیفر هم توجه می‌کند.

تعیین مجازات ثابت، دستیابی به اهداف را تأمین نمی‌کند. دیدگاه‌های اسلامی درباره کیفر نیز ضرورتاً سزاگرا و بی‌توجه به پیامدهای اجرای کیفر نیست (نوربها، ۱۳۸۹: ۱۲۳).

۱-۲- تبیین دلایل مخالفان رجوع به منابع فقهی و احکام شرعی

مخالفان رجوع به منابع فقهی در تبیین دلایل خود بیان می‌دارند که یکی از قواعد مسلم در حقوق جزا، اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات است که به‌منظور حمایت از حقوق متهمان وضع شده است و نتیجه اجرای این قاعده، منجربه تفسیر قانون به‌نفع متهم شده و یکی از موارد تفسیر قانون به‌نفع متهم، تفسیر مضیق از قانون است تا دادرسان در برخی موارد با تفسیر موسع از قانون در جرم‌انگاری متهم، نتوانند عملی را که قانون‌گذار مستقیماً جرم اعلام نکرده، جرم محسوب کنند و متهم را مجرم اعلام نموده و سپس مجازات کنند. این اصل از نظر شرعی و فقهی نیز ریشه در «اصل برائت»، «قبح عقاب بلابیان» و «قاعده درء» دارد و در حقیقت مدرک قانون‌گذار در تدوین این اصل، سه دلیل شرعی ذکر شده است. بنابراین اصل «تفسیر مضیق» ریشه در اصل «تفسیر به‌نفع متهم» دارد و اصل اخیر نیز ریشه در قاعده «قانونی‌بودن جرم و مجازات» و قاعده قانونی‌بودن جرم و مجازات ریشه در اصل «برائت» و اصل برائت مبتنی بر قاعده «قبح عقاب بلابیان» می‌باشد (اردبیلی، ۱۳۹۴: ۱۵۱).

برابر اصل مذکور، در مقررات کیفری هرگاه در موردی قانون وجود نداشته باشد یا قانون مجمل و مبهم باشد، قاضی حق ندارد به روح قانون و به استدلات قیاسی و امثال آن‌ها تمسک کند، بلکه در هنگام فقدان قانون و نبودن حکم مجعول، باید به اصول حاکم در این‌گونه موارد استناد کرده و به‌نفع متهم عمل نمود و تا حد امکان از وی رفع اتهام کرد و درنتیجه اعمال کیفر و مجازات را به حداقل رسانید و این همان چیزی است که می‌تواند مبنای اصل صرفه‌جویی کیفری قرار گیرد (مسجدسرایی، ۱۳۹۷: ۱۸۱).

دلیل دیگر مخالفان، مقوله حفظ کرامت انسان است. به‌تبع این رویکرد، خط مشی بسیاری از قانون‌گذاران بر تنظیم سیاست کیفری در حمایت از کرامت و منزلت انسان قرار دارد. با دقت‌نظر در منابع دینی می‌توان نگاه خاص شرع مقدس اسلام را به اصل کرامت انسان در وضع قوانین و احکام فقهی دریافت (مسجدسرایی، ۱۳۹۷: ۱۸۱).

۲- جواز رجوع به منابع فقهی و احکام شرعی

یکی از شئون و مناصب پیامبر اکرم (ص) و معصومان (ع) بیان احکام الهی است. پیامبر (ص) وظیفه داشت قوانین و ارزش‌ها را از طریق وحی دریافت کرده و آن‌ها را به مردم بشناساند؛ ازاین‌رو آن حضرت، مبلّغ احکام اسلامی بود (حشر/۷). از دیدگاه شیعیان، همه اقوال و افعال و تقریرات پیامبر اکرم (ص) و جانشینان او در زمره سنت قرار گرفته و حجت شرعی است. سنت پس از قرآن کریم یکی از مهم‌ترین منابع استنباط حکم شرعی است (نوبهار، ۱۳۹۷: ۱۶۵).

قوانین کشورهای اسلامی با شریعت اسلام ممزوج است؛ به‌همین خاطر درصورت فقدان نص و ورود به عرصه اباحه، قانون‌گذار می‌تواند در آن حیطه قانون وضع کند. اما در زمینه نصوصی که مستند به قرآن کریم و سنت رسول اکرم (ص) یا اجتماع یا اجتهاد مجتهدین اسلامی است، قانون‌گذار نخست باید به آن‌ها توجه کرده و قوانین را براساس آن تنظیم کند (غفاری، ۱۳۹۱: ۱۱۸). در این بند قابلیت اعمال این قاعده را در انواع مجازات بررسی می‌کنیم.

۲-۱- جواز رجوع به منابع و احکام شرعی در کیفرهای معین

در نصوص شرعی، کیفرهای معین یا کیفرهای شرعی ثابت بوده و نوع و میزان آن‌ها تعیین شده است و در این دسته از کیفرها، قضات صرفاً مکلف‌اند مطابق آن حکم دهند و اختیاری در اعمال تغییر آن‌ها را ندارند؛ حد، قصاص و دیه در این قسم جای می‌گیرند. نقش قوانین مصوب در ارتباط با مجازات مذکور جنبه اعلامی و کشفی دارد، به‌خصوص از آن جهت که گاه ممکن است بین نصوص وارده، درخصوص مجازات معینی تفاوت مشاهده می‌شود و فقها حسب ضوابط جمع بین نصوص به راه حل‌های متفاوتی برسند که در این میان قانون‌گذار باید یکی از فتاوای مبتنی بر نص را اختیار کند و جامه قانون بپوشاند. با وجود این رویه قضایی در ادوار مختلف هرگز خلأ قانونی پیرامون این مجازات را مانعی در صدور حکم محکومیت مرتکبان ندانسته است. چه اینکه محاکم قضایی اصولاً حتی در شرایط سکوت قانونی حکم به حدودی چون ارتداد، قصاص و دیه می‌دادند. آراء وحدت رویه شماره ۴۵ به سال ۱۳۶۵

درخصوص قصاص[۱] و شماره ۱۱ به تاریخ ۱۳۶۴ در مورد دیه،[۲] مهر تأییدی بر این رویه در لزوم حکم به مجازات مذکور به‌رغم فقدان حکم قانونی در زمان ارتکاب رفتار بوده است، چه وفق این رأی قاعده عطف به‌ماسبق نشدن قوانین جزایی شامل این دسته از کیفرها نیست. اثر آراء وحدت رویه مزبور در تحولات تقنینی بعدی، از نظر محدود کردن قاعده ممنوعیت عطف به‌ماسبق کردن قوانین به چارچوب مقررات و نظامات دولتی در قوانین کیفری بعدی[۳] گواهی بر شفافیت موضع نظام کیفری کشور در این عرصه است. تردیدهایی نیز که در گذشته در جواز حکم به حدود به استناد منابع فقهی وجود داشت، با تصویب ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ رفع شد؛ چه وفق این ماده «**در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل یکصدوشصت‌وهفتم (۱۶۷) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود.**»

در منابع فقهی به هر فعلی که واجد عقوبتی مقدر و مشخص در شرع باشد، حد اطلاق می‌شود (حلی، ۱۴۰۸: ۱۳۶). ازاین‌روست که رجوع به فقه جهت یافتن حدود شرعی با ابهامات و پیچیدگی‌های کمتری نسبت به تعزیرات روبه‌روست. در جرایم حدی نوع و میزان مجازات از سوی شارع تعیین شده است و در زمان حاضر نیز که براساس الزام اصل ۴ قانون اساسی، قوانین مطابق با شرعیات تصویب و تدوین می‌شود، حدود شرعی در قانون احصاء شده و با تتبع در متون فقه تنها برخی جرایم حدی همچون ارتداد، سحر و ادعای نبوت را می‌توان یافت که در قانون مجازات اسلامی وارد نشده است که در این خصوص ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تکلیف قضات را روشن نموده و به‌صراحت رجوع به فقه را در مورد جرایم حدی تعیین کرده است؛ اگرچه نباید از نظر دور داشت که این ماده ناظر به جرایم بسیار محدودی است و با توجه به شواهد و مشکلات بین‌المللی، بیشترین دلیل وضع ماده ۲۲۰ در قانون، مسأله ارتداد بوده است و درصورت بیان صریح قانون با برخی کنوانسیون‌های امضاشده توسط ایران در تضاد بود. وجه ممیزه حدود، معین‌بودن احکام آن در منابع فقه است؛ بدین مناسبت ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی به‌جای واژه «قانون» از واژه «شرع» استفاده کرده است. مطابق این ماده «حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس، تعیین شده است.»

ضرورت حفظ نظم و رعایت قانون در هر جامعه از یک‌سو و عدم امکان برقراری نظم و قانون بدون اجرای قوانین کیفری از سوی دیگر و در عین حال عدم شمول حدود، قصاص و دیات نسبت به همه تخلفات و نیاز به وجود نهاد منعطف و عام‌الشمولی در کنار دیگر مجازات‌های شرعی، بیانگر این ضرورت عقلی است که برای برقراری نظم و رعایت قانون در جامعه و نیل شهروندان به کمال خویش، تشریع قوانین کیفری یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر است تا بدین‌وسیله آن دسته از افراد جامعه که جز از طریق اجرای قوانین کیفری و عقوبت‌های شرعی حاضر به التزام به نظم و قانون نیستند، وادار به این امر شوند و اهمیت تعزیرات در این حوزه هنگامی روشن‌تر می‌شود که دانسته شود حدود، قصاص و دیات، تعداد اندکی از جرایم را پوشش می‌دهند و نهاد تعزیرات قابلیت پوشش عمده جرایم را دارد (غلامی، ۱۳۹۷: ۳۳). در بند بعدی به این نهاد خواهیم پرداخت.

۲-۲- جواز رجوع به منابع و احکام شرعی در کیفرهای نامعین (تعزیرات)

دسته دوم از مجازات‌ها کیفرهایی هستند که کیفیت و کمیت آن‌ها به‌طور دقیق در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده‌اند؛ تعزیرات در این طبقه قرار دارند. تعزیرات نوعی از مجازات‌های اسلامی است که از آغاز شکل‌گیری دین اسلام در کنار مجازات حدی به‌وجود آمد که از نظر اهمیت جرم و شدت مجازات دارای درجه پایین‌تری نسبت به حدود است. تعزیرات مهم‌ترین بخش احکام کیفری است و به‌لحاظ گستردگی، تنوع و قابلیت بی‌نظیر با مقتضیات زمان و مکان در نظام جزایی اسلام از جایگاه ممتازی برخوردار است. به‌همین خاطر اکثریت قریب به اتفاق جرایم از زمره جرایم تعزیری هستند. تعزیرات شرعی به مجازاتی گفته می‌شود که برای خاطیان و متخلفان از قوانین اسلامی، واجبات و محرمات شرعی به اجرا درمی‌آید. امام خمینی (ره) می‌فرماید: هرکس یکی از محرمات را غیر از آن‌هایی که شارع در آن حد معین کرده با علم به حرام بودنش

---

[۱]- رأی مزبور به‌رغم آنکه در راستای موضوع قصاص اصداریافته، با عبارات کلی و با تصریح بر قوانین و احکام الهی، همه مصادیق کیفر شرعی ثابت را مطمح نظر داشته است.

[۲]- شایان توجه آنکه در رأی شماره ۱۱ صریحاً عطف به ماسبق‌نشدن قوانین کیفری را صرفاً در خصوص حکم به تعزیر و نه دیه، پذیرفته است.

[۳]- ماده ۱۱ ق.م.ا مصوب ۱۳۷۰ و ماده ۱۰ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲.

انجام دهد، تعزیر می‌شود؛ خواه آن محرمات از گناهان کبیره باشد یا صغیره (موسوی خمینی، ۱۳۹۲: ۴۸). به‌عبارت دیگر، تعزیرات شرعی همان کیفرهایی است که حاکم شرع در برابر تخلف از احکام و مقرراتی که مستقیماً از ناحیه شارع مقدس جعل گردید بر مجرمان تحمیل می‌کند، البته مشکل اصلی در مورد ابزار مجازات در تعزیرات شرعی است.

دسته دیگر از تعزیرات، تصمیم‌هایی است که ولی امر در سایه قوانین شریعت و رعایت موافقت آن‌ها برحسب مصلحت زمان اتخاذ می‌کند و طبق آن‌ها مقرراتی وضع کرده و اجرا می‌کند. این مقررات لازم‌الاجرا بوده و مانند شریعت، دارای اعتبار هستند؛ با این تفاوت که قوانین آسمانی، ثابت و غیرقابل تغییر بوده، ولی مقررات وضعی، قابل‌تغییرند و در ثبات و بقاء تابع مصلحتی هستند که آن‌ها را به‌وجود آورده است و چون پیوسته زندگی جامعه انسانی در تحول و رو به تکامل است، طبعاً این مقررات به‌تدریج تغییر و تبدّل پیدا کرده، جای خود را به بهتر از خود خواهند بود (طباطبائی، ۱۳۸۷: ۱۹۱). بنابراین، مصلحت‌مداری، گستردگی حوزه شمول براساس مقتضیات زمانی و مکانی، تغییر و تبدّل‌پذیری را می‌توان از خصایص و ویژگی‌های احکام حکومتی دانست.

مسأله مهمی که در تعیین مجازات تعزیری وجود دارد، مرجع صالح و قانونی این مسأله است که اختیار تعیین تعزیر با توجه به قاعده فقهی «التعزیر بما یراه الحاکم» که مورد عمل اندیشمندان اسلامی نیز است، صلاحیت آن را برعهده حاکم شرعی قرار داده شده است (شهید اول، ۱۴۱۰: ۲۵۹).

به همین جهت گفته شده است که مجازات وضع‌شده در قانون مجازات اسلامی و سایر آن (غیر از حدود، قصاص، دیات) درصورتی‌که از جهت حق‌الناس بودن موضوع مجرمانه باشد، مجازات مقرر برای آن تعزیر شرعی است و اگر جنبه حکومتی در وضع آن مقررات مدنظر بوده باشد، مجازات مزبور تعزیر حکومتی خواهد بود، این تعبیر در فرمایش امام خمینی به مجازات بازدارنده بیان شده است. بعضی اندیشمندان اسلامی در مقام تفاوت تعزیر حکومتی و تعزیر شرعی گفته‌اند: «فرق بین تعزیرات حکومتی و تعزیرات شرعی که اولی‌الامر آن‌ها را وضع کرده، این است که آنچه شریعت آن را حرام دانسته، همیشه حرام است و نمی‌توان آن‌ها را مباح دانست، اما آنچه را که اولی‌الامر حرام می‌کند، همیشگی نیست و درصورتی‌که مصلحت اقتضا داشته باشد، ممکن است در آینده مباح شود» (محقق‌داماد، ۱۳۹۳: ۱۴۷).

فقیهان به‌طورکلی تعزیر برای ارتکاب محرمات شرعی را از اختیارات حاکم می‌دانند. تعزیری که بر مبنای این قاعده عام از سوی حاکم برای ارتکاب هر نوع عمل حرام شرعی اعمال می‌شود، تعزیرات شرعی نامیده می‌شود و اندازه معینی ندارد. با این حال، برخی اعمال و رفتارها به‌صورت خاص در متون دینی مصداق عمل حرام معرفی شده و برای مرتکبان آن‌ها مجازات معینی پیش‌بینی شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵۴). به این دسته از تعزیرات، «تعزیرات منصوص شرعی» یا «تعزیرات معین» گفته می‌شود. در مواردی نیز که در منابع فقهی نوع و میزان تعزیر به دلالت روایات بیان شده است، قانون‌گذار با آوردن قید شرعی برای آن‌ها در قالب تعبیر «تعزیر منصوص شرعی» (تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا.) یا «تعزیر معین شرعی» (ماده ۱۳۵) آن را مطمح‌نظر داشته است تا خود قرینه دیگری بر انصراف مرجع تعیین تعزیر موضوع ماده ۱۸ ق.م.ا. به مقررات موضوعه باشد. برخی نویسندگان، تعزیرات منصوص را اصطلاحی فقهی و یکی از مصادیق «اجمال قانون» دانسته‌اند که همانند سایر موارد اجمال قانون، دادرس می‌بایست طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی به متون فقهی مراجعه و حکم مسأله را استخراج کند (برهانی، ۱۳۹۴: ۱۰۷). با فرض پذیرش رجوع به منابع فقهی در این‌گونه موارد، به‌لحاظ ارتباط آن با اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات پیداست که تفسیرها از قلمرو تعزیرات منصوص شرعی و احکام آن می‌تواند کاملاً مختلف باشد.

یکی از مبانی مجازات‌های تعزیری، اصل فردی‌کردن مجازات‌هاست که قضات براساس آن با رعایت تناسب و به‌منظور تأدیب مجرم، اقدام به تعیین مجازات کنند. البته باید این نکته را مدنظر قرار داد که با عنایت به ملاحظات جوامع امروزی، قسمت عمده این مهم برعهده قانون‌گذار اسلامی قرار می‌گیرد تا با توجه به مقتضیات زمان، خصوصیات مرتکب، بزه‌دیده و جرم ارتکابی و همچنین میزان ضررهای وارده به جامعه، مجازات لازم را وضع کند. البته در راستای اصل فردی‌کردن مجازات نیز اختیاراتی برای قضات در تعیین مجازات قرار دهد (ساریخانی و توکل‌پور، ۱۳۹۵: ۹۸-۹۵).

۳- مشکلات اجرایی رجوع به منابع فقهی و احکام شرعی

در نظام حقوقی ایران، منابع فقهی به‌عنوان شالوده و اساس قوانین موضوعه ایران به‌شمار می‌رود. شاید از همین رو بود که قانون‌گذار در هنگام تصویب قانون اساسی گمان می‌کرد که مشکل «عدم قانون» را می‌توان با تجویز امکان مراجعه قاضی به منابع معتبر اسلامی حل کرد (جباری، ۱۳۸۷: ۱۲۸). قانون‌گذار در اصل ۱۶۷ برای معرفی محل رجوع قاضی درصورت نقص یا اجمال قانون، از عنوان «منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر» بهره برده است؛ عناوینی که هرگز از سوی قانون‌گذار تعریف نشده و ابهام در تشخیص آن دو معضل اساسی در اجرای این اصل و مواد قانونی مرتبط با آن است. حتی با وجود اینکه راه حل ناقصی توسط مجلس در لایحه مجازات اسلامی پیش‌بینی شده بود، شورای نگهبان آن را حذف کرد و درحال حاضر با توجه به این ابهامات و عدم تفسیر قانونی از سوی شورای نگهبان، روش واحدی در رویه قضایی ایجاد نشده و سلیقه‌ها و روش‌های مختلفی در عمل پدید آمد (فتحی، ۱۳۹۳: ۱۴۲).

بیان مطلق و بدون قید «قاضی» در این اصل از یک‌سو و بهره‌گیری از دو عنوان منابع اسلامی و فتاوی معتبر از سوی دیگر، تناقض در برداشت از این اصل را پدیدار می‌سازد؛ چراکه با عدم تصریح قانون‌گذار بر تفکیک میان قضات مجتهد و مقلد در رجوع به منابع یا فتاوی، برخی بر آنند که معقول این است که منابع معتبر به مجتهدان به قضات و فتاوی معتبر به قضات مقلّد اختصاص داشته باشد. علاوه‌بر اینکه شواهدی در مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی در این خصوص موجود است. از سوی دیگر ظاهر این اصل و اطلاق آن مقتضای خلاف این امر را دارند (پیوندی و میرید، ۱۳۹۶: ۱۳۷).

درخصوص روایت‌های قضایی باید گفت که ماهیت این روایت‌ها به‌گونه‌ای است که مربوط به یک مورد خاص یا بیانگر امری قضایی و مربوط به دادرسی است. این‌گونه روایات در بستر و زمینه خاصی صادر شده‌اند. با دگرگونی شرایط و اوضاع‌واحوال، حکم نیز تغییر می‌کند. بنابراین با مراجعه به روایات باب تعزیرات، قضایی‌بودن این روایات بعید به‌نظر نمی‌رسد. این احتمال عقلایی می‌نماید که تعیین کیفر در این‌گونه روایات، از باب فصل خصومت و قضایی باشد، به این معنا که مختص به همان مورد سؤال بوده و قابلیت تعمیم و تسری به موارد مشابه را ندارد. بدین‌سان، روایات ناظر به تعزیرات منصوص، روایات فقهی محسوب نمی‌شوند تا در موارد مشابه نیز لازم باشد به مضمون آن‌ها کاملاً پایبند بود (نوبهار و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۷۵). بر فرض جواز اجرای این‌گونه مجازات‌ها و شرعی‌بودن آن‌ها، لیکن باید گفت شرع مقدس اسلام خود واجد اصول و قواعدی که بر طبق آن‌ها، مجازات‌های شرعی منصوصه متناسب با مقتضیات زمان قابل تغییر و تبدیل است. شرع مقدس با متضمن داشتن چنین راهکارهایی، خود را از تحجر و تصلب بری داشته و جهان‌شمولی و خاتمیت دین مبین اسلام را به اثبات رسانیده است و از سویی دیگر ما را از در افتادن در چالش‌های لاینحل و معضلات عصری، مصون داشته است. ازاین‌رو در این مقام انسان شارع نیست، بلکه کاشف این اصول و مبانی و احکام مستخرج از آن‌هاست. مشرِّع نیست، مبیِّن و مفسِّر است (نجف‌آبادی و آیتی، ۱۳۹۵: ۹۲).

نتیجه‌گیری

مقررات کیفری، زمانی متضمن حقوق جامعه و آزادی‌های فردی هستند که با درنظر گرفتن مقتضیات زمان، شرایط و اوضاع‌واحوال حاکم بر اجتماع تهیه و تدوین شوند و همگام با روند موجود در سیستم قضایی پیش بروند تا به عدالت واقعی، نزدیک‌تر شوند. مقررات کیفری در هر برهه از زمان دست‌خوش تغییر بوده‌اند و تدوین‌کنندگان حقوق، باید تصویری از عدالت را در ذهن ترسیم کنند که نشان‌دهنده نقش‌هایی از اصلاح و بهبود سیستم کیفری باشد. مکاتب گوناگون کیفری، عقاید و اندیشه‌های متفاوت سردمداران و طرفداران این مکاتب، همه و همه در جست‌وجوی گمشده‌ای به‌نام عدالت بوده‌اند و هستند. پیش‌بینی کیفر و اعمال آن در برابر اعمال ضداجتماعی و برخلاف ارزش‌ها و هنجارهای جامعه، از اعصار و ادوار گذشته وجود داشته است.

از مجموع مباحث مطرح‌شده استفاده می‌شود که شارع مقدس اسلام در سیاست کیفری خود به‌دنبال اجرای اندیشه سزادهی، لااقل در بخش تعزیرات نبوده و بازجامعه‌پذیری و تنبه افراد مهم‌ترین هدف بوده است. با توجه به گستردگی عوامل جرم‌زا و وجود فشارهای اجتماعی موجب بزهکاری در جامعه، طبعاً اجرای حتمی و قطعی مجازات تحت هر شرایطی، عدالت واقعی تلقی نمی‌شود، ازاین‌رو در سیاست کیفری اسلام، انعطاف بسیار زیادی به‌طور خاص در بخش تعزیرات دیده می‌شود. امروزه این

عقیده در بین جرم‌شناسان و حقوقدانان وجود دارد که دامنه جرایم در یک سیاست کیفری نباید گسترده و نامحدود باشد. پیش‌بینی تعزیر در گستره عظیمی از رفتارها و تلقی آن به‌عنوان یکی از مجازات‌های عرفی چنان‌که در قانون مجازات اسلامی آمده است، این شبهه را ایجاد می‌کند که سیاست کیفری اسلام سیاستی مجازات‌گرا با دامنه جرایم بسیار گسترده است.

در پایان باید گفت که واقعیتی به‌نام تحولات گوناگون زندگی بشری وجود دارد که حقوق کیفری با داعیه حفظ و حمایت از حیات مادی و معنوی بشر، نمی‌تواند به آن بی‌اعتنا باشد و ناگزیر باید با آن مواجه شود. ازاین‌رو این موضوع باید به‌خوبی بیانگر توجه شارع اسلامی به تحولات جدید در حیات فردی و اجتماعی باشد. ازاین‌رو سازمان‌یافتگی جوامع امروزی، مسائل، روابط و مفاهیم نوینی را دربر دارد که در قلمرو حقوق کیفری ظهور کرده و مقتضی واکنش جدید و متناسب حقوقی می‌باشد؛ تحولی که سبب تحول جدیدتری در نظام قانونی ما شده است.

ملاحظات اخلاقی: ملاحظات اخلاقی مربوط به نگارش متن و نیز ارجاع به منابع رعایت گردید.

تقدیر و تشکر: از تمام کسانی که بنده را در تهیه این مقاله یاری رسانده‌اند، کمال تشکر را دارم.

سهم نویسندگان: نگارش این مقاله بر اساس اصول نگارش مقالات حقوقی در تمامی مراحل تهیه پلان، جمع‌آوری منابع و نگارش توسط نویسنده صورت گرفته است.

تضاد منافع: این پژوهش فاقد هرگونه تضاد منافع است.

منابع و مآخذ

الف. منابع فارسی

– اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۴). *حقوق جزای عمومی*. جلد اول، تهران: نشر میزان.

– اکرمی، روح‌الله (۱۳۹۴). «صلاحیت قضایی کیفرگذاریِ مبتنی بر منابع اسلامی در پرتو اصول قانون اساسی و قوانین عادی». *دانش حقوق عمومی*، ۴ (۱۱).

– انصاری، قدرت‌الله و دیگران (۱۳۸۵). *تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا*. چاپ اول، قم: انتشارات پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

– برهانی، محسن و نادری‌فرد، مریم (۱۳۹۴). «تعزیرات منصوص شرعی: مفهوم فقهی و مصادیق قانونی». *پژوهش حقوق کیفری*، ۱۰.

– پیوندی، غلامرضا و میربد، علیرضا (۱۳۹۶). «تأملی در رجوع به فقه در قلمرو حقوق کیفری با تأکید بر فلسفه قانون‌گذاری و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در نظام حقوقی ایران». *دین و قانون*، ۱۶.

– جباری، مصطفی (۱۳۸۷). «فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی»، *حقوق دانشکده حقوق و علوم اسلامی*، ۳۸ (۳).

– ساریخانی، عادل و توکل‌پور، محمدهادی (۱۳۹۵). «مفهوم-شناسی «تعزیرات منصوص شرعی» با تأکید بر نظرات شورای نگهبان»، *دانش حقوق عمومی*، ۵ (۱۴).

– شاکری، ابوالحسن و شیرزادی‌فر، فرشاد (۱۳۹۳). «بررسی عدم پذیرش اعتبار احکام کیفری کشورهای خارجی در تعزیرات منصوص شرعی در حقوق ایران»، *پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، ۱۱ (۳۸).

– طباطبایی (علامه)، سیدمحمدحسین (۱۳۸۷). *معنویت تشیع*. تهران: سپر.

– علیشاهی قلعه‌جویی، ابوالفضل و دیگران (۱۳۹۴). «مطالعه تطبیقی اصل لازم‌الاجرابودن مجازات در فقه و حقوق کیفری ایران و حقوق فرانسه». *پژوهش‌های فقهی*، ۱۱(۱).

– غفاری، هدی (۱۳۹۱). «نسبت میان حاکمیت شرع و حاکمیت قانون در نظام قضایی جمهوری اسلامی ایران»، *پژوهش حقوق کیفری*، ۱۴ (۳۶).

– غلامی، علی (۱۳۹۷). :بررسی رابطه تحریم و تجریم در پرتو قاعده «التعزیر لکل عمل محرم»». *حقوق اسلامی*، ۱۹(۱).

– فتحی، حجت‌الله (۱۳۹۳). شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی. چاپ اول، تهران: مؤسسه دایره‌المعارف فقه اسلامی.

– محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳). *قواعد فقه (بخش جزایی)*. چاپ سی و دوم، قم: مرکز نشر علوم اسلامی.

– مسجدسرایی، حمید و دیگران (۱۳۹۷). «اصل «صرفه‌جویی کیفری» مبنای تفسیر احکام و قوانین جزایی اسلام». *پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، ۱۴ (۵۱).

– میلانی، علیرضا (۱۳۸۷). «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در بستر تاریخ». *حقوقی دادگستری*، ۶۲ و ۶۳.

– نجف‌آبادی، سیدهادی و آیتی، سیدمحمدرضا (۱۳۹۵). «تبدیل و جایگزینی مجازات‌های اسلامی (حدود و تعزیرات) متناسب با مقتضیات زمان». *پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، ۱۳(۴۶).

– نوبهار، رحیم (۱۳۸۹). *اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی*. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

– نوبهار، رحیم و دیگران (۱۳۹۷). «تعزیرات منصوص» از احکام ابدی تا احکام قضایی و حکومتی». *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۱۰(۱۸).

– ولیدی، محمدصالح (۱۳۷۴). *حقوق جزای عمومی*. جلد دوم، چاپ سوم، تهران: دفتر نشر داد.

ب. منابع عربی

– حلی (محقق)، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸). *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، تحقیق عبدالحسین محمد علی بقال، جلد چهارم، چاپ دوم، قم: نشر اسماعیلیان.

– عاملی (شهید اول)، شمس‌الدین محمد برمکی (۱۴۱۰). *اللمعه الدمشقیه فی فقه الإمامیه*. چاپ اول، بیروت: دارالتراث الإسلامیه.

– موسوی خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۲). *تحریرالوسیله*. چاپ بیست و ششم، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

– نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن (۱۴۰۴). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. جلد چهل و یکم، چاپ هفتم، بیروت: دار إحیاء التراث العربی.

Journal of
Contemporary Legal Thought
www.lthjournal.ir

Volume 2, Issue 4, 2021

Interaction of Sharia and Jurisprudential Sources with the Iranian Criminal Law System on the Basis of the Rule of Law

Seyyed Sajjad Razaghi Mousavi[1]

1. M.Sc., Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Type of Article:
Original Research
Pages: ***73-82***

Corresponding Author's Info
ORCID: *0000-0000-0000-0000*
TELL: *00000000000*
Email: *mousavisajjad98@gmail.com*

Article history:
Received: *24 Oct 2021*
Revised: *04 Dec 2021*
Accepted: *18 Dec 2021*
Published online: *22 Dec 2021*

Keywords:
Sharia Sources, Criminal Law, Rule of Law, Principle of Legality of Crimes and Punishments.

ABSTRACT

Iranian legal system has adopted a dual position in the enactment and execution of criminal law. The historical evidence of legislation in our country shows that there is always a deep link between law and sharia (religion). Islam has precisely foreseen an important part of the crimes and determines the punishment of them in terms of type, quality and quantity, but the other part may not be determined precisely because it is very fluctuation and may not be described according to religious and jurisprudential sources. The constitution identifies authentic Islamic sources and decrees as a reference to judges. This issue is in conflict with the principle of the legality of crime and punishment. Based on this principle, no action is crime, unless it is specified in the law and no punishment is imposed, except by law. It is imperative that the laws do not conflict with the holy sharia. In other words, it is a requirement to review the non-conflict of all laws with the sharia and not to introduce all the sharia rulings into the law. Because the law is essentially formed in response to needs and requirements and in many instances, the religious law, as expressed in previous jurisprudential texts, there is currently no use and conflict in society. This research is descriptive-analytic research based on the nature and methodology. In today's societies, new issues and subjects are the result of crime, punishment applying and, in essence, the set of criminal laws that require compliance with religious and juridical standards in a new approach and in accordance with the time requirements. In the end, it should be mentioned that the evolution and development of the current issues and subjects from view of jurisprudence requires the context in which the verdicts can be changed in the framework of these contexts; the inter- religion contexts that are the basis of the evolution and adaptation of religious law with the intellectual and cultural requirements of inherently evolving human being.

This is an open access article under the CC BY license. © 2021 The Authors.

How to Cite This Article: Razaghi Mousavi, SS (2021). "Interaction of Sharia and Jurisprudential Sources with the Iranian Criminal Law System on the Basis of the Rule of Law". *Journal of Contemporary Legal Thought,* 2(4): 73-82.