

تعزیرات منصوص شرعی در سایه حکم حکومتی

علی رضانژاد*، محمد محسنی دهکلانی**

چکیده

یکی از مقولاتی که با نظر شورای نگهبان وارد قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ شده است، بحث تعزیرات منصوص شرعی است. تعزیرات منصوص شرعی به واسطه عدم تبیین ماهیت و احصای مصادیق آن توسط قانونگذار با ابهامات و سؤالات زیادی همراه می‌باشد. یکی از سؤالات آن است که مجازات‌های تعیین شده در شرع برای تعزیرات منصوص شرعی، حکم شرعی هستند یا حکم حکومتی؟ به عبارت ساده‌تر آیا قاعده‌التعزیر بمایراه الحاکم که از مصادیق حکم حکومتی است، شامل تعزیرات منصوص شرعی هم می‌شود یا خیر؟ لذا نوشتار حاضر با روشی تحلیلی توصیفی، سعی در پاسخ‌گویی به سؤال فوق دارد. از این رو، با نگاهی بر موازین فقهی برخلاف رویکرد قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، به نظر می‌رسد قاعده‌التعزیر بمایراه الحاکم شامل تعزیرات منصوص شرعی هم می‌شود؛ لذا مجازات‌های مقدر شرعی از جنس حکم حکومتی هستند؛ زیرا عمومیت قاعده‌التعزیر، انطباق ویژگی‌های حکم حکومتی با قاعده‌التعزیر و اختلاف در تعبیر روایات و کلام فقها چنین اقتضایی دارد.

واژگان کلیدی: تعزیرات منصوص شرعی، حکم حکومتی، حکم شرعی، قانون مجازات اسلامی

* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
(نویسنده مسئول)
alirezanezhad7030@yahoo.com

** دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران
mmdehkalany@yahoo.com

مقدمه

در لایحه ابتدایی قانون مجازات اسلامی که در سال ۱۳۸۸ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید، تعزیرات به طور کلی از آثار یکسانی برخوردار بود و فرقی میان گونه‌های مختلف آن نبود. اما پس از ارسال لایحه به شورای نگهبان جهت تطبیق آن با موازین شرعی و قانون اساسی کشور، یکی از مقولاتی که با ایراد شورا مواجه شد همین بحث اطلاق تعزیرات بود. ایراد شورا به این نکته بود که اطلاق تعزیرات در این لایحه، تعزیرات منصوص شرعی را نیز در بر می‌گرفت از این رو شمول بسیاری از مقررات قانونی همچون تخفیف مجازات، تعلیق اجرای آن، شمول عفو و... نسبت به تعزیرات منصوص شرعی خلاف موازین شرعی تشخیص داده و جهت رفع اشکال به مجلس عودت داده شد. لذا، کمیسیون قضایی مجلس با تصویب تبصره ۲ ماده ۱۱۵ در سال ۱۳۹۰ به نوعی درصدد تأمین نظر شورا برآمد (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵: ۵۸). نهایتاً در سال ۱۳۹۲ با تصویب نهایی قانون، نهاد جدیدی به نام تعزیرات منصوص شرعی وارد قانون مجازات اسلامی شد که محل بحث و انتقادات زیادی از سوی حقوق‌دانان گردید؛ زیرا نهاد مزبور به دلیل عدم تعریف دقیق آن، عدم ذکر مصادیق ولو به طور تمثیلی و عدم وجود پیشینه تقنینی بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، کاملاً مبهم و پیچیده ماند؛ لذا از جهات مختلف جای تأمل و دقت نظر دارد.

از زمان تصویب این قانون تاکنون پژوهش‌هایی نیز در زمینه تعزیرات منصوص شرعی به رشته تحریر درآمده است که نویسندگان آن‌ها سعی کرده‌اند به برخی از اشکالات و سؤالات آن پاسخ بدهند. در یک مورد از این تحقیقات، نویسندگان با جست‌وجو در آرای فقها، به این نتیجه دست یافته‌اند که: رویکرد فقها در خصوص مصادیق تعزیرات منصوص شرعی را می‌توان در چهار دسته تقسیم‌بندی کرد: برخی از فقها مصادیق تعزیرات منصوص را در دو مورد، برخی در سه مورد و برخی در چهار و برخی همچون آیت‌الله مکارم شیرازی در پانزده مورد می‌دانند (برهانی و نادری فرد، ۱۳۹۴) یا در پژوهشی دیگر، نویسندگان ضمن کنکاش در روایات، به بررسی مصادیق تعزیرات منصوص شرعی در فقه امامیه پرداخته‌اند و اختلاف اقوال فقها در این خصوص را بازگو کرده‌اند (اکبری و هاشمی، ۱۳۹۵) و برخی نیز به همین ترتیب عمل نموده و نگاهی به فقه مقارن داشته‌اند (آهنگران و دیگران، ۱۳۹۵) یا در تحقیق دیگر، نویسندگان ضمن ارائه معیار برای شناخت تعزیرات منصوص شرعی، به تفکیک دقیق آن از حدود غیرمذکور در قانون مجازات (موضوع ماده ۲۲۰) پرداخته‌اند (رحمانیان و حبیب‌زاده، ۱۳۹۲).

اما آنچه در این نوشتار با روشی تحلیلی توصیفی مورد بررسی قرار می‌گیرد پاسخ به این سؤال است: مجازات‌هایی که در روایات برای تعزیرات منصوص شرعی وضع شده است حکم شرعی

هستند یا حکم حکومتی؟ به عبارت ساده‌تر آیا قاعده‌ی تعزیر بمایراه الحاکم شامل تعزیرات منصوص شرعی هم می‌شود یا خیر؟ ثمره‌ی عملی بحث در این است که چنانچه مجازات‌های موجود در روایات، شرعی باشند یا به عبارت دیگر قاعده‌ی تعزیر بمایراه الحاکم شامل تعزیرات منصوص شرعی نشود، امکان هرگونه دخل و تصرف در آن همانند حدود وجود ندارد و حاکم فقط مأمور به اجرای حکم شرعی است. حال چنانچه مجازات‌های مقدر شده در روایات از باب حکم حکومتی باشند یا به تعبیر دیگر قاعده‌ی مذکور شامل تعزیرات منصوص شرعی نیز شود، دست حاکم در آن‌ها باز است و امکان تغییر و تبدل یا عدم اعمال آن‌ها وجود دارد.

برای پاسخ به این سؤال اساسی ابتدا باید با قاعده‌ی تعزیر بمایراه الحاکم آشنایی اجمالی صورت بگیرد، سپس تعزیرات منصوص شرعی تبیین شود تا مشخص گردد منظور قانون‌گذار از آن چیست؟ و در نهایت نتیجه گرفت که آیا قاعده‌ی مزبور شامل تعزیرات منصوص شرعی هم می‌شود یا خیر؟

۱. قاعده‌ی تعزیر بمایراه الحاکم

۱-۱. مفهوم لغوی و اصطلاحی تعزیر

از لحاظ لغوی، تعزیر به تعابیر مختلفی همچون النصرة (یاری کردن)، التعظیم (احترام کردن)، التادیب (ادب کردن)، ضرب مادون الحد (زدن کمتر از حد)، سرزنش کردن معنا شده است که در اصل همه این معانی به «منع و بازداشتن» باز می‌گردند. در وجه تسمیه آن نیز نوشته‌اند: تعزیر، تادیب همراه با نصرت و یاری است که فرد گناهکار را پاک می‌گرداند و او را به کمال می‌رساند چراکه نوعی نصرت و یاری برای عدم بازگشت به گناه و معصیت سابق به حساب می‌آید (جزری، بی تا/۳: ۲۲۸؛ اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۶۴؛ جوهری، ۲/۱۴۱۰: ۷۴۴؛ فراهیدی، ۱/۱۴۱۰: ۳۵۱؛ ابن منظور، ۴/۱۴۱۴: ۵۶۲).

در اصطلاح نیز تعزیر نقطه‌ی مقابل مجازات‌های حدی است و به معنای کیفر گناهان یا جرایمی می‌باشد که در شریعت حدی برای آن‌ها تعیین نشده است (طوسی، ۸/۱۳۸۷: ۶۹؛ حلبی، ۱۴۱۷: ۴۳۵؛ عاملی، بی تا/۱۴: ۳۲۵؛ حلبی، ۴/۱۴۰۸: ۱۳۶؛ خوانساری، ۷/۱۴۰۵: ۲) فی الواقع بارزترین تفاوت میان حد و تعزیر هم، در معین بودن و نامعین بودن موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای مجازات در شرع است که این مطلب به‌طور واضح در کلام فقها و مواد ۱۵ و ۱۸ قانون مجازات اسلامی نمایان است. علاوه بر این، در حدود الهی تعطیلی راه ندارد و مجازات حدی موضوع حکم باید اجرا گردد؛

۱. مرحوم راغب اصفهانی در این خصوص، به روایتی از پیامبر اکرم اشاره می‌کند که از این قرار است: «قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: انصر أخاك ظالما أو مظلوما، قال: أنصره مظلوما، فكيف أنصره ظالما؟ فقال: كفّه عن الظلم» لذا به خوبی در این روایت وجه تسمیه تعزیر قابل مشاهده است (اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۶۴).

حال آنکه در مجازات‌های تعزیری با توجه به شرایط جامعه، شخصیت متهم، علت و انگیزه ارتکاب جرم، مجازات تعیین می‌شود و در اجرای آن نیز امکان تخفیف، تعلیق و یا عفو وجود دارد.

۱-۲. مرجع تعیین تعزیرات

قاعده «التعزیر بمایراه الحاکم» اختیار تعیین تعزیرات را به حاکم سپرده است اما باید دید امروزه منظور از حاکم چه کسی است؟ سابقاً فقهای عضو شورای نگهبان منظور از حاکم را، قاضی دادگاه می‌دانستند. به همین دلیل در لایحه قانون تعزیرات که در سال ۱۳۶۲ به تصویب کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی رسید و اختیار تعیین تعزیرات را از قضات دادگاه‌ها سلب می‌کرد، طی نامه‌نگاری‌هایی که بین رئیس جمهور وقت و مرحوم امام (ره) و فقهای شورای نگهبان صورت گرفت، تعیین مقدار تعزیر در قانون از سوی شورای نگهبان مخالف با موازین شرعی تشخیص داده و در نامه‌ای مشتمل بر چهار صفحه و ۴۲ بند در تاریخ ۶۲/۱۰/۲۱ جهت رفع ایراد به مجلس عودت داده شد که در بند ۴۲ آن مجلس مکلف به اصلاح لایحه از این حیث گردید (مهرپور، ۱۳۶۸: ۳۸-۳۲).

البته این نظر در مقام عمل اشکالات زیادی داشت؛ زیرا تعداد قضات مجتهد در محاکم برای واگذاری تعیین تعزیر به آن‌ها بسیار کم بود و فقط بنا به ضروریات موجود قضات، مأذون بودند (کما اینکه در حال حاضر نیز چنین است) لذا واگذاری اختیار تعیین تعزیر به چنین قضاتی سبب عدم وحدت رویه قضایی و تفاوت محسوس در آراء صادره می‌گردید. از این رو، پس از اعلام نظر شورای نگهبان، اقدام عملی در راستای اصلاح لایحه تعزیرات صورت نگرفت و مشکل مرجع تعیین تعزیر برای مدتی لاینحل ماند. اما در سال ۱۳۶۴ کمیسیون قضایی مجلس طی نامه‌ای خطاب به حضرت امام اشکالات مزبور را خاطر نشان کرد و از ایشان راهنمایی خواست. معظم له نیز در پاسخ به این نامه حق تعیین حدود تعزیرات را از قضات مأذون سلب نمود (مهرپور، ۱۳۶۸: ۴۱-۴۰).^۱

برخی دیگر معتقد بوده و هستند که اختیار تعیین تعزیرات به حکومت اسلامی و ولی امر اختصاص دارد نه قضات محاکم. زیرا آنچه در متون حدیثی و فقهی^۲ در بیان قاعده مورد بحث آمده است، عبارت «التعزیر الی الامام» یا «الی الوالی» و نظایر آن است و در هیچ‌یک از متون روایی معتبر، عبارت «الی الحاکم» آن هم به معنای قاضی محکمه نیامده است. این عبارت نشانگر آن است که به طور کلی اجرای

۱. حضرت امام (ره) در این نامه تعیین حدود تعزیرات را به صورت موقتی و اضطراری تا زمان رفع مشکل کمبود قضات مجتهد بر عهده هیاتی مرکب از آیت‌الله یزدی رئیس وقت کمیسیون قضایی مجلس، حجت الاسلام اردبیلی و دو نفر از فقهای شورای نگهبان به انتخاب اعضای آن شورا قرار داده بود.

۲. به عنوان نمونه (نک: بغدادی، ۱۴۱۳: ۷۹۵؛ حلی، ۴/۱۴۰۸: ۱۳۶؛ کلینی، ۷/۱۴۰۷: ۲۴۱؛ عاملی، ۹/۱۴۰۹: ۳۷۵).

مجازات از مناصب و مسئولیت‌های ولایت مسلمین و رهبری به معنای مدیریت جامعه اسلامی است نه قضات محاکم (محقق داماد، ۴/۱۴۰۶: ۲۳۲؛ هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۰۹: ۲۰۶).

اما در حال حاضر این وظیفه بر عهده حاکم و ولی مسلمین است. لیکن اعمال این وظیفه به موجب اصول مختلف قانون اساسی،^۱ به وسیله مجلس و با همکاری و نظارت شورای نگهبان انجام می‌گیرد. لذا تعیین تعزیرات برای یک رفتار بر عهده قوه مقننه می‌باشد و قضات محاکم که پیش‌تر هم گفته شد صرفاً مأذون هستند نه مجتهد، تنها می‌توانند در حدود قانون مصوب به جرایم رسیدگی نمایند و خودشان رأساً حق تعیین تعزیر ندارند (احمدزاده و الهام، ۱۳۹۷).

۳-۱. قلمرو قاعده

حال که مرجع تعیین تعزیرات مشخص گردید باید دید این مرجع (قوه مقننه) در چه جرایم یا گناهایی می‌تواند مجازات تعزیری تعیین کند؟ اکثر فقها معتقدند که ارتکاب هر کار حرام و اجتناب از هر کار واجبی تعزیر دارد (ابن ادریس، ۳/۱۴۱۰: ۵۳۴ و ۵۳۵؛ حلی، ۵/۱۴۲۰: ۳۹۸؛ اصفهانی، ۱۰/۱۴۱۶: ۵۴۳؛ حلی، ۵/۱۴۰۷: ۷۶؛ حلی، ۱۴۰۳: ۴۱۶)، حتی برخی از فقها این نظر را به اکثریت نسبت داده‌اند و به نوعی ادعای اجماع کرده‌اند. برای مثال فقیه معاصر آیت‌الله مکارم در این خصوص می‌فرماید: «اکثریت متخصصان مسائل فقهی شیعی و همچنین اهل سنت، معتقدند که: ترک هر یک از واجبات الهی، و ارتکاب هر کدام از گناهان تعزیر دارد؛ مشروط بر اینکه حد شرعی نداشته باشد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۳۷).^۲

لذا این دسته از فقها در تعزیرات، قاعده دیگری با عنوان «التعزیر لکل محرم» را مطرح و دایره شمول تعزیرات را مطلق و بدون قید و بند ذکر کرده‌اند. اما بعضی از فقها در مقام اشکال به این نظر اذعان داشته‌اند: از روایاتی که برای ارتکاب هر امر حرام و اجتناب از هر امر واجبی تعزیر در نظر گرفته‌اند و به نوعی مستند قاعده التعزیر لکل محرم هستند، چیزی که دلالت بر این مطلب نماید، مستفاد نمی‌شود از این رو دلالت آن‌ها بر قاعده التعزیر لکل محرم ناتمام است (خوانساری، ۷/۱۴۰۵: ۹۸-۹۶؛ موسوی اردبیلی، ۱/۱۴۲۷: ۳۴). مضافاً اینکه از حیث کیفری نیز امکان وضع مجازات تعزیری برای کلیه محرمات شرعی وجود ندارد چراکه بسیاری از این محرمات همچون ترک روزه ماه رمضان، دروغ گفتن یا غیبت کردن و... مربوط به امور شخصی و حقوق‌الله هستند و

۱. نک: اصول ۳۶، ۵۷، ۵۸، ۹۱، ۹۳ و ۹۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۵۸ با اصلاحات ۱۳۶۸
 ۲. فقیه معاصر دیگر، مرحوم آیت‌الله خویی (ره) نیز صراحتاً بر این مطلب ادعای شهرت می‌نماید (موسوی خویی، ۴/۱۴۲۲: ۴۰۷).

لطمه‌ای به اجتماع وارد نمی‌کنند. از این رو هیچ‌گاه قانون‌گذار به این صورت اقدام به جرم‌انگاری و وضع مجازات نمی‌کند، زیرا لازمه پذیرش این نظر، وضع کیفر برای تمامی گناهان است. در مقابل، برخی از فقها همچون صاحب جواهر و مرحوم امام (ره) ثبوت تعزیر بر کلیه محرمات شرعی را به صورت مطلق نپذیرفته‌اند بلکه آن را مقید به کبیره بودن کرده‌اند و می‌فرمایند: «چنانچه کسی مرتکب کار حرامی یا ترک کار واجبی شود مشروط به اینکه از کبائر باشد امام و یا نائب امام می‌تواند وی را تعزیر نماید» (نجفی، ۴۱/۱۴۰۴: ۴۴۸؛ موسوی خمینی، بی‌تا/۲: ۴۷۷). ادله صاحب جواهر بر این رویکرد آن است که اولاً در سیره عملی ائمه معصومین و کلام فقها دیده نشده است که ارتکاب گناهان صغیره تعزیر در پی داشته باشد و ثانیاً به استناد آیه ۳۱ سوره نسا که خداوند در آن می‌فرماید: «إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَ نُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا» گناهان صغیره مورد بخشش قرار می‌گیرند و اعمال تعزیر نسبت به آن‌ها وجهی ندارد. اما فارغ از پاسخ‌هایی که بعضی از فقها به این ادله داده‌اند،^۱ این نظریه نیز نمی‌تواند در امر قانون‌گذاری راهگشا باشد زیرا کبیره بودن امری نسبی است و تعیین دقیق جرم یا گناه کبیره برای اعمال تعزیر نسبت به آن، در عمل ممکن نیست. اما ایراد مشترکی که می‌توان به هر دو نظر وارد کرد این است که طبق هر دو نظر، تعزیر فقط در قبال ارتکاب محرمات شرعی در نظر گرفته شده است؛ حال آنکه در جامعه امروزی، رفتارهایی بروز پیدا می‌کنند که نص شرعی دال بر حرمت آن‌ها وجود ندارد ولی برخی ضروریات و ملاحظات مربوط به حفظ نظم و امنیت عمومی، برخورد با مرتکبین آن‌ها را اقتضا می‌نماید. بنابراین نمی‌توان تعزیر را صرفاً منحصر به ارتکاب محرمات شرعی، خواه به نحو مطلق و یا مقید به وصف کبیره بودن، دانست. به همین دلیل قانون‌گذار به درستی در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تعزیر را به صورت مطلق هم در قبال محرمات شرعی و هم در قبال نقض مقررات حکومتی قرار داده است.^۲

۱. آیت‌الله مکارم شیرازی به دلیل اول مرحوم صاحب جواهر چنین پاسخ می‌دهند: «تعزیر منحصر به ضرب نیست، بلکه مراتب مختلفی دارد که ضرب، یک مرحله آن است؛ اعراض، قهر، ترک رفت و آمد، توبیخ و سرزنش و مانند آن، مراحل دیگر آن محسوب می‌شود، و اجرای این مراحل در گناهان صغیره متصور است.» همچنین به دلیل دوم ایشان این‌طور پاسخ می‌دهند: «این دلیل کوتاه و اخص از مدعی است، و شامل تمام مصادیق آن نمی‌شود؛ زیرا آنان که هم آلوده به کبائر هستند، و هم مرتکب صغائر می‌شوند، مشمول آیه مذکور نیستند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۵۶).

۲. قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ بر مبنای استفتائی که در سال ۱۳۶۴ آیت‌الله موسوی اردبیلی رییس وقت دیوان عالی کشور از حضرت امام (ره) داشته‌اند (نک: موسوی خمینی، ۱۹/۱۳۸۹: ۴۷۲) دسته دیگری از مجازات‌ها را در کنار تعزیرات تحت عنوان مجازات‌های بازدارنده وضع کرد که این مجازات‌ها برای تخلف از مقررات

حال با این تفاسیر اگر گفته شود حاکم (قانون‌گذار اسلامی) در جرایم مستوجب تعزیر، همان طوری که می‌تواند مرتکب را تعزیر نماید، این اختیار را دارد که نهادهای ارفاقی (مثل عفو، معافیت از کیفر، پذیرش توبه، تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات و...) را نسبت به مرتکب اعمال نماید، سخن گزارفی نیست. زیرا به موجب قاعده‌التعزیر بمایراه الحاکم همان گونه که اختیار اجرای مجازات و تعیین نوع و میزان دقیق آن بر عهده حاکم گذاشته شده است، اختیار اعمال سیاست‌های ارفاقی مقرر در قانون نسبت به مرتکب نیز به وی سپرده شده است. بعضی از فقهای معاصر نیز قائل به حق عفو حاکم در تعزیرات به صورت مطلق هستند^۱ و در مقام تعلیل اذعان می‌دارند: «چون هدف از تعزیر تنبیه و منع مجرم از تکرار جرم است و هنگامی که امید آن برود مجرم مجدداً مرتکب آن نخواهد شد، دلیلی برای ادامه تعزیر وجود ندارد، و حاکم می‌تواند در صورت مشاهده آثار اصلاح او را عفو کند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۲۹).

۲. ماهیت تعزیرات منصوص شرعی

گفته شد که در جریان تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با ایراد شورای نگهبان قانون اساسی نهاد تعزیرات منصوص شرعی به قانون راه پیدا کرد. با نگاهی به تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ملاحظه می‌شود که بسیاری از مقررات کیفری که عموماً مساعد به حال مرتکب هستند، همانند منع محاکمه و مجازات مضاعف در تعزیرات منصوص راه نیافته است. حبس ناشی از این تعزیرات قابل تبدیل به جزای نقدی نمی‌باشد. مضافاً اینکه تعزیرات منصوص شرعی مشمول تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات، مرور زمان تعقیب، سقوط مجازات در اثر توبه، معافیت از کیفر در صورت رعایت شرایط در مدت تعویق صدور حکم و نهادهای دیگر مذکور در این تبصره نمی‌شوند. حال آنکه قانون‌گذار نه تعزیرات منصوص شرعی را تعریف کرده و نه اینکه متذکر مصادیق آن ولو به صورت تمثیلی شده است؛ بنابراین تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات مبهم مانده است و برای تبیین مفهوم آن باید به موازین فقهی رجوع کرد.

و نظامات حکومتی و تعزیرات مخصوص ارتکاب محرمات شرعی بودند؛ اما قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ چنین رویه‌ای در پیش نگرفته و برای ارتکاب محرمات شرعی و نقض مقررات حکومتی تعزیر وضع کرده است. ۱. دسته‌ای از فقها معتقدند که حاکم فقط در حقوق‌الله حق عفو مرتکب را دارد و در حقوق‌الناس چنین حقی ندارد. (طباطبائی حائری، بی‌تا/۲: ۴۶۳) دسته‌ای دیگری قائل هستند اگر جرم مرتکب با اقرار ثابت شود حاکم حق عفو دارد ولی اگر با بینه ثابت شود چنین حقی برای حاکم وجود ندارد. (عاملی، ۲۸/۱۴۰۹: ۴۰) اما حق مطلب این است که ادله آن‌ها مخدوش است و ثبوت حق عفو به طور مطلق برای حاکم صحیح است. (برای مشاهده ادله کامل طرفین نک: مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۳۰-۱۲۳).

با نگاهی ساده به موجب، نوع و میزان جرایم مستوجب حد، مشخص می‌شود همه آن‌ها اولاً مقدر شرعی هستند و ثانیاً هم از جانب اقل و هم از جانب اکثر مضبوط و معین می‌باشند و این فرق اساسی و ریشه‌ای میان حد و تعزیر است (که در مفهوم تعزیر به آن اشاره‌ای هم شد) مثلاً شارع برای زنای محصنه حد رجم و برای زنای غیر محصنه ۱۰۰ ضربه شلاق در نظر گرفته است به طوری که هیچ زیادت و نقصانی در آن وجود ندارد؛ همین طور در سرقت، شرب خمر یا قذف و... لذا هر جرمی که کیفر آن در شرع، مقدر و از جانب اقل و اکثر مضبوط باشد جزء حدود قرار می‌گیرد؛^۱ حال اگر موجب، نوع و میزان آن مجازات در شرع مشخص نشده باشد از نوع تعزیر است. اما در کتب فقهی به تبع روایات وارده دسته‌ای از جرایم یا گناهان ذکر شده‌اند که شارع برای آن‌ها مجازات تعیین کرده است ولی فقها آن‌ها را در زمره تعزیرات قرار داده‌اند یا به تعبیری بهتر در ردیف حدود قرار نداده‌اند. مثل وطی بهائم، بدعت، سحر، اجتماع دو شخص زیر لحاف، مقاربت با همسر در روز ماه رمضان، ازاله بکارت با انگشت، بیع انسان آزاد و...

وجه اشتراک مجازات‌هایی که برای این جرایم ذکر شد آن است که همانند حدود الهی موجب، نوع و میزان کیفر آن‌ها در شرع مشخص و مقدر شده است؛ لیکن وجه افتراق آن‌ها با حدود در این نکته است که میزان کیفرشان همانند حدود مضبوط و معین نیست بلکه تعیین دقیق آن به حاکم سپرده شده است. به عنوان مثال برای مضاجعه تحت ازار واحد، شهیدثانی در مسالک و فاضل هندی در کشف اللثام سی تا نود و نه ضربه (عاملی، ۱۴/۱۴۱۳: ۳۲۶؛ اصفهانی، ۱۰/۱۴۱۶: ۴۹۹) ولی ابوصلاح حلبی و ابن زهره حلبی ده تا نود و نه ضربه شلاق را (حلبی، ۱۴۰۳: ۴۱۷؛ حلبی، ۱۴۱۷: ۴۳۵) در نظر گرفته‌اند؛ لذا اختیار اینکه مرتکب دقیقاً به چه میزان مجازات می‌شود با حاکم است. بنابراین منظور از تعزیرات منصوص شرعی آن جرایم یا گناهانی است که در شرع مقدس اسلام، نوع و میزان مجازات آن معین شده است ولی میزان آن مضبوط و معین نیست بلکه محدود به حداقل

۱. در روایت صحیح‌ه‌ای از حضرت امیرالمومنین علی (ع) در خصوص حکم کسی سوال شد که علیه خودش اقرار به حدی نمود ولی نوع حد را مشخص نکرد. حضرت هم در پاسخ فرمودند: تا جایی که حد را از خودش نهدی کند او را بزنی. «فِي رَجُلٍ أَقْرَ عَلَى نَفْسِهِ بِحَدٍّ - وَلَمْ يَسْمِ أَى حَدٍّ هُوَ - قَالَ أَمَرَ أَنْ يُجْلَدَ - حَتَّى يَكُونَ هُوَ الَّذِي يُنْهَى عَنْ نَفْسِهِ فِي الْحَدِّ.» (عاملی، ۲۸/۱۴۰۹: ۲۵) ممکن است اشکال شود که وجود این روایت را چگونه توجیه می‌کنید؟ در پاسخ به این اشکال مقدر می‌توان حد را در اینجا به معنای لغوی آن یعنی اعم از حد و تعزیر گرفت کما اینکه بعضی از فقها متذکر این نکته شده‌اند و همچنین می‌فرمایند: «حدود خداوند عزوجل از حیث کمیت و کیفیت و جمیع جهات و خصوصیات محدود است» (سبزواری، ۲۷/۱۴۱۳: ۲۲۶-۲۲۵؛ سیوری، ۴/۱۴۰۴: ۳۲۷؛ طباطبائی حائری، بی‌تا/۲: ۴۵۹) از این رو کلام ایشان می‌تواند موید مطلب فوق باشد.

و حداکثر است و تعیین دقیق آن بر اساس تناسب میان جرم و مجازات بر عهده حاکم (قانون‌گذار اسلامی) می‌باشد. نظریه مشورتی شماره ۱۳۰۳ اداره کل حقوقی قوه قضائیه نیز که در تاریخ ۹۲/۷/۳ صادر شده است به نوعی مؤید و دلیل بر همین نکته می‌باشد. این نظریه مقرر می‌دارد: «تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می‌شود که در شرع مقدس اسلام، برای یک عمل معین، نوع و مقدار کیفر مشخص شده است، بنابراین مواردی که به موجب روایات و یا هر دلیل شرعی دیگر به طور کلی و مطلق برای عملی تعزیر مقرر گردیده است، ولی نوع و مقدار آن معین نگردیده، تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی‌شود...». با این معیار مطرح شده پر واضح است که منظور از تعزیرات منصوص شرعی، تعزیرات شرعی که در پاسخ به ارتکاب کلیه محرمات شرعی اعمال می‌شود، نیست.

۳. شمول قاعده‌التعزیر بمایراه الحاکم نسبت به تعزیرات منصوص شرعی

پیش‌تر گفته شد که به موجب قاعده مذکور مرجع تعیین تعزیرات می‌تواند تأسیسات ارفاقی را نسبت به مرتکب اعمال نماید؛ مثلاً او را از کیفر عفو نماید، صدور حکم او را با رعایت شرایط مقرر در قانون برای مدتی به تعویق اندازد، اجرای مجازات او را تعلیق نماید، در مجازات او تخفیف قائل شود یا آن را تبدیل کند، توبه او را بپذیرد و... اعمال این سیاست‌های مساعد به حال مجرم نسبت به نقض‌کنندگان مقررات حکومتی مثل قاچاقچیان کالا و ارز، صیادان غیرمجاز و مواردی از این قبیل جای بحث و تردید ندارد؛ زیرا همان‌گونه که مرجع تعیین تعزیرات می‌تواند جهت حفظ نظام مادی در این موارد کیفر تعیین کند، می‌تواند در صورت وجود مصلحت، نهادهای ارفاقی را هم برای افراد خاطی در نظر بگیرد. حال سؤال این است که آیا به موجب این قاعده، مرجع تعیین تعزیر می‌تواند نهادهای ارفاقی را برای مرتکب یکی از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی (مثل اجتماع تحت ازار واحد) نیز در نظر بگیرد یا اینکه چنین اختیاری ندارد و به واسطه منصوص بودن کیفر در ادله شرعی باید آن مجازات مقدر شرعی را همانند حدود اجرا کند؟ به عبارت دقیق‌تر آیا تعیین میزان مجازات در این موارد، حکم شرعی است یا حکومتی؟

از منظر قانون مجازات اسلامی امکان چنین امری وجود ندارد، زیرا مطابق تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون‌گذار اجازه اجرای مقررات مزبور نسبت به تعزیرات منصوص شرعی را نداده است. به نوعی قانون‌گذار درصدد بوده که همانند حدود الهی، قطعیت اجرای مجازات‌های تعزیری معین در نصوص شرعی را تضمین نماید، به عبارت ساده‌تر قانون‌گذار سعی کرده است آثار حدود را بر تعزیرات منصوص شرعی مترتب نماید و از هرگونه دخل و تصرف و تغییر و تبدل در آن‌ها جلوگیری کند. از این رو نظریه حکم شرعی بودن به رویکرد قانون مجازات اسلامی نزدیک است.

اما حق مطلب آن است که امکان اعمال مقررات ارفاقی مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ نسبت به تعزیرات منصوص شرعی وجود دارد. از این رو، به نظر می‌رسد مجازات‌های مقدر شرعی برای این جرایم از جنس حکم حکومتی هستند و با تغییر زمان و مکان و مصالح و مفسد مقتضی، قابل تغییر می‌باشند. اما چه دلایلی بر این ادعا وجود دارد؟

۳-۱. عمومیت قاعده‌ی تعزیر

اولین دلیل عمومیت قاعده‌ی تعزیر بمایه‌ی الحاکم است. این قاعده می‌گوید: تعزیر به دست حاکم است. لذا گاهی اوقات حاکم خودش یک رفتاری را جرم‌انگاری می‌کند و برای آن مجازاتی با کمیت و کیفیت مشخص در نظر می‌گیرد. گاهی اوقات هم خود رفتار در شریعت و روایات جرم‌انگاری شده است و فقط حاکم کمیت و یا کیفیت اجرای مجازات را تعیین می‌نماید. از این رو هر دو فرض تحت شمول عمومیت قاعده قرار می‌گیرد. زیرا لفظ تعزیر در این قاعده به صورت عام می‌باشد و تخصیصی از این حیث نخورده است تا منحصر به قسم خاصی از تعزیرات شود. لذا در هر دو مورد رأی و نظر حاکم (قانون‌گذار اسلامی) ملاک عمل قرار می‌گیرد. تنها تفاوت این دو فرض در وسعت شمول آن است؛ در فرض اول اختیار تعیین موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای تعزیرات به دست حاکم است ولی در فرض دوم نوع، میزان و کیفیت اجرا به دست حاکم می‌باشد. بنابراین می‌توان ادعا نمود این قاعده شامل تعزیرات منصوص شرعی، به آن معنایی که گفته شد، می‌شود حال که تعزیرات منصوص شرعی هم تحت شمول قاعده‌ی تعزیر قرار می‌گیرد به نظر می‌رسد اشکالی در اعمال مقررات ارفاقی کیفری برای آن‌ها از سوی حاکم نباشد؛ مضافاً اینکه ادله‌ی دیگری هم به تقویت این ادعا می‌افزاید.

۳-۲. انطباق ویژگی‌های حکم حکومتی با قاعده‌ی تعزیر و تعزیرات منصوص شرعی

منظور از احکام حکومتی قوانین و تصمیمات است که ولی امر مسلمین بر حسب مصلحت زمان در سایه‌ی قوانین شریعت و رعایت موافقت آن‌ها اتخاذ می‌نماید. قوانین وضع شده به واسطه‌ی مرجع تعیین آن که ولی امر مسلمین است، همانند احکام شریعت معتبر و لازم‌الاجرا هستند. نقطه‌ی افتراق آن‌ها با قوانین شریعت در این است که احکام شرعی ثابت و غیرقابل تغییر می‌باشند ولی قوانین وضع شده توسط حکومت بر حسب مصلحت و مفسده‌ی مقتضی تغییرپذیر هستند. بنابراین، مصلحت‌مداری بر اساس مقتضیات زمان و مکان، تغییر و تبدل‌پذیری را می‌توان از ویژگی‌های احکام حکومتی دانست (طباطبایی، ۱۳۵۴: ۶۴).^۱

۱. مرحوم امام (ره) نیز در دی ماه سال ۱۳۶۶ طی نامه‌ای خطاب به آیت‌الله خامنه‌ای رییس جمهور وقت در خصوص اختیارات ولی امر می‌فرماید: «باید عرض کنم حکومت، که شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول‌الله (ص) است، یکی از

این خصایص را می‌توان در قاعده‌ی تعزیر بمایراه الحاکم نیز مشاهده کرد؛^۱ اینکه شرعاً تعیین تعزیرات، مقدار و کیفیت اجرای آن به حاکم یا امام واگذار شده است، می‌تواند مؤید این نکته باشد که قاعده‌ی تعزیر یکی از مصادیق حکم حکومتی است. از طرفی با استناد به عمومیت و شمولیت این قاعده نسبت به تعزیرات منصوص شرعی می‌توان گفت ویژگی‌های مذکور بر تعزیرات منصوص شرعی نیز مطابقت دارد فلذا می‌توان چنین گفت: مجازات‌های تعیین شده در تعزیرات منصوص حکم حکومتی هستند.

۳-۳. اختلاف در روایات و کلام فقها

احکام شرعی همانند حدود الهی به واسطه‌ی اینکه از جانب شارع مقدس وضع شده‌اند کلی هستند و مخصوص همه‌ی زمان‌ها و مکان‌ها می‌باشند و منحصر به عصر یا قلمرو خاصی نیستند تا با اختلاف مصالح و مفسد تغییر کنند. از این رو بین روایات و کلام فقها اختلافی در این دسته از احکام وجود ندارد مگر در جزئیات ناچیز؛ اما احکام حکومتی همان گونه که گفته شد چون تابع مصالح و مفسد هستند، تغییر پذیر می‌باشند. لذا اختلاف تعبیر و احکام، بین روایات و کلام فقها می‌تواند یکی از نشانه‌های حکم حکومتی باشد. اختلافات فقها و روایات وارده که میزان مجازات را در

احکام اولیه اسلام است؛ و مقدم بر تمام احکام فرعی، حتی نماز و روزه و حج است. حاکم می‌تواند مسجد یا منزلی را که در مسیر خیابان است خراب کند و پول منزل را به صاحبش رد کند. حاکم می‌تواند مساجد را در موقع لزوم تعطیل کند؛ و مسجدی که ضرر باشد، در صورتی که رفع بدون تخریب نشود، خراب کند. حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در موقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یکجانبه لغو کند. و می‌تواند هر امری را، چه عبادی و یا غیر عبادی است که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن مادامی که چنین است جلوگیری کند. حکومت می‌تواند از حج، که از فرایض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست موقتاً جلوگیری کند. (موسوی خمینی، ۲۰/۱۳۸۹: ۴۵۱) از کلام امام خمینی استنباط می‌شود که ولی امر در دایره‌ی مصالح جامعه دارای اختیارات مطلقه است و در صورتی که مصلحت اسلام و مسلمین ایجاب کند، می‌تواند بر خلاف احکام شرعی، فرمان صادر نماید و مقرراتی وضع کند.

۱. بسیاری از فقها نیز ذیل بررسی قاعده‌ی تعزیر بمایراه الحاکم متذکر مصلحت‌مداری در تعزیرات بر حسب مقتضیات زمان و مکان شده‌اند مثلاً آیت‌الله صافی از فقهای معاصر معتقدند: چنانچه حاکم مصلحت را در ترک تعزیر ببیند اشکالی در ترک آن نیست و ترک آن جایز است (صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۷۷). مرحوم سبزواری نیز معتقدند تعزیر جایی اعمال می‌شود که مصلحت اقتضا نماید (سبزواری، ۲۸/۱۴۱۳: ۳۵). فقهای دیگری نیز به نوعی مصلحت‌مداری را از ویژگی‌های تعزیرات می‌دانند و ابتکار عمل در اعمال آن را به دست حاکم می‌دهند (موسوی گلپایگانی، ۱/۱۴۱۲: ۲۰).

مصادیق تعزیرات منصوص شرعی معین می‌کنند خود دلیلی بر این مطلب است که مجازات تعیین‌شده در تعزیرات منصوص شرعی از جنس احکام شرعی نیست، بلکه حکومتی است. برای مثال اگر به اقوال فقها در خصوص ازاله بکارت با انگشت، به‌عنوان یکی از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی دقت شود اختلافات زیادی ملاحظه می‌گردد که این اختلافات دلیلی بر ادعای فوق است. مثلاً شیخ طوسی در نهاییه و ابن ادریس در سرائر می‌فرمایند: سی تا نود و نه ضربه (طوسی، ۱۴۰۰: ۶۹۹؛ ابن ادریس، ۳/۱۴۱۰: ۴۴۹) مرحوم ابن براج می‌فرمایند: سی تا هفتاد و نه ضربه (طرابلسی، ۲/۱۴۰۶: ۵۲۳) ولی شیخ مفید معتقدند سی تا هشتاد ضربه شلاق (بغدادی، ۱۴۱۳: ۷۸۵) بر مرتکب جاری می‌شود. یا پیش‌تر از این به اختلافاتی که فقها در خصوص جرم اجتماع تحت ازار واحد نیز داشته‌اند، اشاره گردید که این اختلافات به وضوح گواه بر مطلب است. یا در مثالی دیگر در خصوص وطی بهائم، برخی معتقدند بر فاعل چنین عملی، ۲۵ ضربه شلاق به‌عنوان تعزیر زده می‌شود (حلی، ۴/۱۴۰۸: ۱۷۴؛ عاملی، ۱۵/۱۴۱۳: ۴۱). بعضی دیگر به‌طور مطلق حکم به تعزیر نموده‌اند و تعیین میزان آن را به حاکم سپرده‌اند که وی باید بنا بر مصلحت موجود آن را معین کند (موسوی خویی، ۴۱/۱۴۲۲: ۴۱۵؛ نجفی، ۴۱/۱۴۰۴: ۶۳۷). در میان روایات نیز همین طور است. برخی از روایات حکم به ۲۵ ضربه شلاق از باب تعزیر کرده‌اند. بعضی دیگر به‌طور مطلق حکم به تعزیر داده‌اند و میزانی مشخص نکرده‌اند و حتی بعضی دیگر حکم به قتل فاعل داده‌اند (طوسی، ۱۰/۱۴۰۷: ۶۰-۶۲؛ کلینی، ۷/۱۴۰۷: ۲۰۴؛ قمی، ۴/۱۴۱۳: ۴۷).^۱

۴. نقدی بر نظر قانون‌گذار

با عنایت به ایرادات شورای نگهبان که منجر به ورود نهاد تازه تأسیس تعزیرات منصوص شرعی به قانون مجازات اسلامی شده است، ملاحظه می‌شود که قوه قانون‌گذاری کشور سعی بر آن داشته که مجوز تغییر و تبدیل مجازات‌های را که در نصوص شرعی مقدر و منصوص هستند، صادر نکند؛ بدون اینکه توجه به ماهیت جرایم مزبور داشته باشد. برخی بر این باور هستند فقهای شورای نگهبان

۱. ممکن است به این مثال اشکال شود: مجازات جرم مذکور معین است و محدود به حداقل و حداکثر نیست پس فرق آن با حدود در چیست؟ در پاسخ باید گفت: اولاً این نمی‌تواند مثال نقضی بر ضابطه معرفی شده برای تعزیرات منصوص شرعی باشد زیرا فقهای امامیه و حتی اهل سنت همچون غزالی در مقام تفریق بین حدود و تعزیرات، متذکر این نکته شده‌اند که وجود حداقل و حداکثر در مجازات‌های مقدر شرعی برخی جرایم دلیلی بر تعزیری بودن است. (عاملی، بی تا/۲: ۱۴۲؛ سیوری، ۱۴۰۳: ۴۷۲) ثانیاً با وجود این تعدد و اختلاف اقوال چگونه می‌توان چنین جرایمی را در کنار حدودی قرار داد که اختلافی در کلیات احکام آنها نیست؟ لذا فرق این مصداق و مصادیق مشابه با تعزیرات در مقدر بودن میزان مجازات است ولی فرق آنها با حدود در کلیت محدود بودن تعزیرات به اقل و اکثر است.

به نوعی احتیاط کرده‌اند و به دلیل جلوگیری از عدم اجرا یا تغییر در مجازات شرعی که سابقه تجریم دارند، موضوع تعزیرات منصوص شرعی را به قانون مجازات اسلامی وارد نموده‌اند و آن را از شمول برخی نهادهای این قانون، استثنا کرده‌اند (ساریخانی و توکل پور، ۱۳۹۵: ۱۰۵).

اما این مطلب محل اشکال است؛ زیرا در جرایمی که شبهات و ابهامات زیادی در مورد آنها وجود دارد نزدیک تر به احتیاط این است که از الحاق آنها به مجازات‌های حدی جلوگیری شود نه اینکه احکام سخت و غیر قابل دخل و تصرف حدود بر آنها مترتب گردد. زیرا اولاً مجازات این جرایم همان طوری که قانون‌گذار قبول دارد تعزیری هستند نه حدی؛ لذا بار کردن احکام و ثمرات حدود بر چنین جرایمی وجهی ندارد؛ ثانیاً بر فرض که حدی باشند، در خود حدود الهی خداوند طریق توسعه و تخفیف به حال مرتکب را در پیش گرفته است؛^۱ آنگاه چگونه در چنین جرایمی نمی‌توان راه توسعه و تخفیف به حال مرتکب را اتخاذ کرد؟

از سویی دیگر، اصولاً در اسلام مجازات‌ها ابزاری برای اصلاح مرتکب رفتارهای مجرمانه هستند نه اینکه فی‌نفسه هدف باشند؛ لذا اگر گاهی شرایط و اوضاع و احوال به گونه‌ای باشد که مرتکب جرایم مستوجب تعزیرات منصوص بدون مجازات شدن و با اعمال مقررات ارفاقی مثل عفو یا تخفیف مجازات اصلاح شود، اصرار بر اجرای مجازات جایز نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۱۵). از این رو نظر برگزیده قانون‌گذار با این هدف مجازات در اسلام نیز چندان سازگاری ندارد.

مضافاً اینکه از حیث شکلی نیز قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ از بین مرور زمان‌های چهارگانه، فقط مرور زمان تعقیب و صدور حکم را در تعزیرات منصوص شرعی ممنوع کرده است و به مرور زمان شکایت (ماده ۱۰۶) و اجرای مجازات (ماده ۱۰۷) اشاره‌ای نکرده است، استثنایی بودن حکم تبصره فوق مستلزم تفسیر محدود آن است از این رو بعید به نظر می‌رسد که مقصود قانون‌گذار و شورای نگهبان پذیرش شمول مرور زمان شکایت و اجرای مجازات نسبت به تعزیرات منصوص شرعی باشد (خالقی، ۱/۱۳۹۷: ۱۴۶). حال سؤال اینجاست چرا قانون‌گذار فقط مرور زمان تعقیب و صدور حکم را در تعزیرات منصوص ممنوع می‌داند؟ این دو نوع از مرور زمان چه امتیازی دارند که قانون‌گذار به آنها اشاره می‌کند ولی مرور زمان شکایت و اجرای مجازات را بیان نمی‌کند؟

علاوه بر این مطالب، عدم تبیین ماهیت و احصای مصادیق تعزیر منصوص شرعی توسط قانون‌گذار خود منشأ اشکال است که دیگران نیز به آن اشاره کرده‌اند و به حق اشکال درستی می‌باشد.

۱. برای مثال تعدد اقرار و تعدد شهود برای اثبات حدود، پذیرش انکار بعد از اقرار به موجب حد رجم، سقوط حد به محض حصول شبهه و... همگی به نوعی می‌توانند از قرائن دال بر تخفیف و توسعه در حدود باشد.

توضیح اینکه تعزیر منصوص شرعی بدون تردید یک اصطلاح فقهی است که توسط قانون‌گذار وارد قانون گردیده است و با توجه به ابهام قانون و به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای تعریف و شناخت تعداد آن ناگزیر باید به موازین فقهی مراجعه کرد. اما اشکالی که باقی می‌ماند عبارت است از اینکه با توجه به اختلافات زیادی که بین فقها و روایات وارد وجود دارد، به کدام دیدگاه فقهی باید رجوع کرد و از کدام رویکرد فقهی باید تبعیت نمود؟ (برهانی و نادری فرد، ۱۳۹۴: ۱۰۶) به عبارت دیگر مراد از منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر که در اصل ۱۶۷ آمده مشخص نیست.

نتیجه

وجود روایات ناظر بر تعزیرات منصوص شرعی در شریعت سبب گردید شورای نگهبان نهاد تعزیرات منصوص شرعی را در قانون مجازات اسلامی تأسیس نماید و از شمول مقررات ارفاقی کیفری خارج کند؛ بدون اینکه تعریفی از آن کند یا مصادیق آن را احصا نماید. لذا این نهاد با ابهامات، پیچیدگی‌ها و سؤالات زیادی همراه است. با عنایت به مجازات‌های تعزیرات منصوص در شرع کشف می‌گردد که منظور از تعزیرات منصوص شرعی، تعزیرات شرعی که در قبال ارتکاب محرمات شرعی اعمال می‌شود نیست؛ بلکه جرایم یا گناهانی است که در شرع مقدس اسلام نوع و میزان مجازات آن معین شده است ولی میزان آن معین نیست بلکه محدود به حداقل و حداکثر است و تعیین دقیق آن بر عهده حاکم (قوة مقننه) می‌باشد.

از سویی دیگر قاعده التعزیر بمایراه الحاکم که یکی از مصادیق احکام حکومتی است علاوه بر اینکه شامل تعزیرات شرعی و تعزیرات حکومتی (همان تعزیراتی که در قبال نقض مقررات حکومتی اعمال می‌شوند) می‌گردد، شامل تعزیرات منصوص شرعی نیز می‌شود. لذا همان گونه که قوة مقننه به عنوان مرجع تعیین تعزیرات می‌تواند نسبت به نقض مقررات حکومتی نهادهای ارفاقی را اعمال نماید نسبت به تعزیرات منصوص شرعی نیز می‌تواند این مقررات ارفاقی را در نظر بگیرد.

دلیل بر این مطلب اولاً عمومیت التعزیر در قاعده التعزیر بمایراه الحاکم است. این عمومیت هم شامل آن فرضی می‌شود که خود حاکم رفتاری را جرم‌انگاری می‌کند و برای آن مجازات تعیین می‌نماید و هم شامل آن فرضی که اصل رفتار در شریعت جرم‌انگاری شده ولی حاکم برای آن مجازات معین می‌کند. ثانیاً مصلحت‌مداری بر اساس مقتضیات زمان و مکان و تغییر و تبدل‌پذیری که از ویژگی‌های احکام حکومتی است قابل انطباق با قاعده التعزیر است و قاعده التعزیر نیز شامل تعزیرات منصوص شرعی می‌شود. ثالثاً برخلاف احکام شرعی، اختلاف در تعبیر و اختلاف در احکام بین روایات و اقوال فقها که یکی از نشانه‌های حکم حکومتی است در آراء فقها و روایات ناظر بر تعزیرات منصوص شرعی به چشم می‌خورد.

بنابراین، اینکه قانون‌گذار بر تعزیرات منصوص شرعی به نوعی احکام غیرقابل دخل و تصرف حدود را مترتب کرده و سعی در تضمین اجرای آن‌ها را داشته است، اشکالاتی به رویکرد او وارد می‌باشد. یکی از اشکالات این است که رویکرد قانون‌گذار برخلاف احتیاط است. زیرا در جرایمی که شبهات زیادی در خصوص آن‌ها وجود دارد نزدیک‌تر به احتیاط آن است که از الحاق آن‌ها به مجازات‌های حدی جلوگیری شود. اشکال دیگر این است که اگر مرتکب یکی از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی در شرایطی با اعمال مقررات‌های ارفاقی مثل عفو یا تخفیف مجازات و... اصلاح می‌شود اصرار بر اعمال مجازات توجیهی ندارد. زیرا یکی از اهداف اصلی مجازات‌ها به خصوص تعزیرات در اسلام اصلاح مرتکب است. از این رو رویکرد قانون‌گذار با این هدف مجازات در اسلام مطابقت ندارد. علاوه بر این، از حیث شکلی نیز قانون‌گذار از بین مرور زمان‌های چهارگانه فقط مرور زمان تعقیب و صدور حکم را در تعزیرات منصوص شرعی ممنوع کرده است و به مرور زمان شکایت و اجرای مجازات اشاره‌ای نکرده است لذا از این جهت نیز سیاست یکپارچه‌ای را اتخاذ نکرده است.

منابع

فارسی

- آهنگران، محمدرسول، مهرداد سعیدی و رضا اورسجی (۱۳۹۵)، «بررسی حدود غیر موضوعه (ماده ۲۲۰ ق.م.ا) با رویکرد فقه مقارن»، فصلنامه حقوق جزا و سیاست جنایی، دوره ۱، شماره ۲.
- احمدزاده، رسول و غلامحسین الهام (۱۳۹۷)، «قبض و بسط اصل (۱۶۷) قانون اساسی در قلمرو کیفری»، مجلس و راهبرد، دوره ۲۵، شماره ۹۵.
- اکبری، محمدجواد و سیدحسین هاشمی (۱۳۹۵)، «درنگی در مصادیق تعزیرات منصوص در فقه امامیه (تبیین تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا سال ۹۲)»، مجله جستارهای فقهی و اصولی، سال دوم، شماره پیاپی چهارم.
- برهانی، محسن و مریم نادری فرد (۱۳۹۴)، «تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی مصادیق قانونی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۱۰.
- پایگاه اینترنتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه، به نشانی (<https://edarehoquqy.eadl.ir>) آخرین بازدید در تاریخ ۱۸ شهریور ۱۳۹۹
- پژوهشکده شورای نگهبان (۱۳۹۵)، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان، چاپ اول، تهران، پژوهشکده شورای نگهبان
- خالقی، علی، (۱۳۹۷)، آیین دادرسی کیفری، چاپ سی و ششم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش
- رحمانیان، حامد و محمدجعفر حبیب‌زاده (۱۳۹۲)، «معیار تفکیک حدود غیر مذکور از تعزیرات منصوص در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هفتم، شماره ۸۴.
- ساریخانی، عادل و محمدهادی توکل‌پور (۱۳۹۵)، «مفهوم‌شناسی تعزیرات منصوص شرعی با تأکید بر نظرهای شورای نگهبان»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۱۴.
- طباطبایی، محمدحسین (۱۳۵۴)، معنویت تشیع، چاپ اول، قم: نشر اندیشه.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶)، قواعد فقه، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵)، تعزیر و گستره آن، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۸۹)، صحیفه امام، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
- مهرپور، حسین (۱۳۶۸)، «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانون‌گذاری تعزیرات در جمهوری اسلامی ایران)»، مجله کانون وکلا، شماره ۱۴۸ - ۱۴۹.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۱۹)، بایسته‌های فقه جزا، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

عربی

- ابن‌ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن منظور، ابو الفضل، جمال الدین، محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، لسان العرب، چاپ سوم، بیروت: دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر.

- اصفهانی، حسین بن محمد راغب (۱۴۱۲)، مفردات ألفاظ القرآن، چاپ اول، لبنان - سوریه: دار العلم - الدار الشامیة.
- اصفهانی، فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶)، كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- بغدادی، مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (۱۴۱۳)، المقنعة (للشیخ المفید)، چاپ اول، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- جزری، ابن اثیر، مبارک بن محمد (بی تا)، النهاية فی غریب الحدیث و الأثر، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰)، الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربیة، چاپ اول، بیروت: دار العلم للملایین.
- حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی حسینی (۱۴۱۷)، غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- حلبی، ابوالصلاح، تقی الدین بن نجم الدین (۱۴۰۳)، الکافی فی الفقه، چاپ اول، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام.
- حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی (۱۴۰۷)، المذهب البارِع فی شرح المختصر النافع، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰)، تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة)، چاپ اول، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- حلّی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، چاپ دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳)، مهذب الأحكام (للسبزواری)، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیت الله مرعشی نجفی.
- سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۳)، نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیة، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴)، التنقیح الرائع لمختصر الشرائع، چاپ اول، قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی.
- صافی گلپایگانی، لطف الله (بی تا)، التعزیر، أحكامه و حدوده، بی جا.
- طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸)، ریاض المسائل (ط - الحدیثة)، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- طرابلسی، ابن براج، قاضی، عبدالعزیز (۱۴۰۶)، المذهب (لاین البراج)، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضویة لإحیاء الآثار الجعفریة.
- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷)، تهذیب الأحكام، چاپ چهارم، تهران: دارالکتب الإسلامیة.
- طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۰)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دار الكتاب العربی.
- عاملی، حر، محمد بن حسن (۱۴۰۹)، وسائل الشیعة، چاپ اول، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- عاملی، (شهید اول)، محمد بن مکی (بی تا)، القواعد و الفوائد، چاپ اول، قم: کتابفروشی مفید.
- عاملی، (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰)، کتاب العین، چاپ دوم، قم: نشر هجرت.
- قمی، صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳)، من لا یحضره الفقیه، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- کلینی، ابوجعفر، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، الکافی (ط - الإسلامیة)، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامیة.
- موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، تحریر الوسیلة، چاپ اول، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲)، مبانی تکملة المنهاج، چاپ اول، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی ره.
- موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۲)، الدر المنضود فی أحكام، چاپ اول، قم: دارالقرآن الکریم.
- نجفی، صاحب الجواهر، محمد حسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.