

حاکمیت اصل قانونی بودن مجازات‌ها در تعزیرات منصوص شرعی

عباس شیری*

تاریخ دریافت: ۹۸/۱۱/۰۵

تاریخ پذیرش: ۹۹/۰۳/۱۰

چکیده

اصل قانونی بودن مجازات‌ها، بدون هرگونه محدودیت و به طور مطلق، شامل تمامی مجازات‌هاست و در نتیجه شامل تمامی گونه‌های مجازات‌های تعزیری می‌شود. گونه‌ای خاص از مجازات‌های تعزیری که در نصوص شرعی دارای حدّ اقل و حدّ اکثر می‌باشد (و تعیین مجازات در محدوده خاص، به قاضی واگذار شده)، تعزیر منصوص یا معین شرعی نامیده می‌شود. هر چند این اصطلاح نامأنوس، گمراه‌کننده و اشتباه است ولی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و رویه قضایی ایران، به رسمیت شناخته شده است. حتی در منابع فقهی مصادیق این گونه از تعزیرات نامشخص و مورد اختلاف است. قانون‌گذار این موارد را احصا نکرده و به عبارتی کلی بسنده کرده است. برخی از موارد عنوان شده در قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) را می‌توان بر اساس معیارهای فقهی، از مصادیق تعزیرات منصوص یا معین شرعی دانست. هر چند در این باره نیز در رویه قضایی و نظریه‌های حقوقی اتفاق نظری وجود ندارد. رویه قضایی تلاش نموده با تأکید بر اصل قانونی بودن مجازات، مصادیق تعزیرات منصوص شرعی را تا حدّ امکان محدود نماید. هر چند برخی دیدگاه‌ها، با تفسیر موسّع قوانین کیفری و نقض اصل قانونی بودن مجازات، رجوع به منابع فقهی را جهت تعیین مصادیق مطرح نموده‌اند.

این مقاله در دو بند شامل: تبیین مفهوم تعزیرات منصوص شرعی، گونه‌ها و مصادیق قانونی آن می‌باشد.

کلید واژگان:

اصل تفسیر مضیق، اصل قانونی بودن مجازات، تعزیر، حدّ، فعل حرام، منصوص شرعی.

* عضو هیئت علمی دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران

مقدمه

تعیین مجازات فقط بر اساس قانون باید صورت بگیرد. قانون منبع منحصر به فرد، به منظور مجازات و اجرای آن است.^۱ ماده ۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) نیز بر این اصل بنیادین حقوق کیفری تأکید می‌نماید: «هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است، جرم محسوب می‌شود».

ماده مذکور اطلاق داشته است و شامل تمام مجازات‌های حدی، تعزیری، اعم از منصوص شرعی و عرفی، قصاص و دیات، می‌گردد. بنابراین، تعیین مصادیق تعزیرات منصوص شرعی نیز فقط باید به موجب قانون صورت پذیرد.^۲ قانون‌گذار، معمولاً در هر ماده‌ای که جرم را مشخص می‌نماید، مجازات را هم تعیین می‌کند. ولی بنا به ضرورت ممکن است قانون‌گذار عملی را جرم‌انگاری نماید، ولی مجازات آن را در حکم جرم دیگری قرار داده یا به قانون خاصی ارجاع دهد. مثل جرم انتقال مال غیر که آن را در حکم کلاهبرداری قرار داده است. یا به طور کلی به قانون دیگری ارجاع دهد.^۳

۱. در این باره رک. نجفی ابرندآبادی، علی حسین: درآمدی بر پژوهش در نظام عدالت کیفری، فرصت‌ها و چالش‌ها، صص ۲ و ۳. مندرج در کتاب: **بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری**، صص ۱۱ تا ۱۹، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۲.

۲. برخی از حقوق‌دانان معتقدند که امکان تعیین مصادیق تعزیرات منصوص شرعی، به موجب منابع فقهی هم امکان‌پذیر است. رک. به:

برهانی، محسن و مریم نادری‌فرد، **تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی**، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، بهار ۱۳۹۴، شماره ۱۰، ص ۹۱. نویسندگان در مقاله مذکور می‌نویسند: «بی‌شک به استناد اصل ۱۶۷ ق.ا. در شناخت تعزیر منصوص شرعی ناگزیر از مراجعه به منابع معتبر فقهی هستیم.» حقوق‌دانان دیگری نیز در این باره معتقدند: «تعزیرات منصوص شرعی مشمول ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی و تقیید دایره تعزیرات به قلمرو قانون نبوده و از آنجا که در حکم حد است، قابل ارجاع به منابع اسلامی معتبر مطابق اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی است.» به نقل از: محبی، جلیل و زینب ریاضت: **شرح قانون مجازات اسلامی**، جلد ۱ و ۲، نشر میزان، چاپ اول، تابستان ۱۳۹۷، ص ۱۵۴.

۳. مثلاً در تبصره ۲ ماده ۲ قانون مجازات جرایم نیروهای مسلح (۱۳۸۲) آمده است: «در مواردی که مجازات جرمی در این قانون ذکر نشده باشد، چنانچه رسیدگی به آن جرم در صلاحیت دادگاه نظامی باشد، دادگاه نظامی طبق قانون مربوط به آن جرم، تعیین کیفر می‌نماید و اعمال تخفیف و تبدیل نیز به موجب همان قانون خواهد بود.» تبصره فوق در واقع نوعی تأکید بر اصل قانونی بودن مجازات نیز می‌باشد.

اصل قانونی بودن مجازات شامل کلیه موارد تخفیف، تشدید، تعلیق، سقوط و هر نوع موضوع مرتبط با مجازات نیز می‌شود. رعایت این اصل موجب تضمین حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی است و مانع از تضییع و تجاوز به حقوق آحاد شهروندان خواهد بود. به‌طور کلی، هر نوع مجازات تعزیری اعم از موارد ناظر به محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی، باید در قانون تعیین شود. در صورت عدم پیش‌بینی مجازات، ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) صراحتاً در این باره تعیین تکلیف نموده است: «مرتکبان جرایمی که نوع یا میزان تعزیر آنها در قوانین موضوعه تعیین نشده است، به مجازات جایگزین حبس محکوم می‌شوند». این ماده نیز مؤید این دیدگاه است که رجوع به منابع فقهی مطلقاً در جرایم تعزیری جایز نیست. قانون‌گذار در مواردی اقدام به جرم‌انگاری رفتارهای معینی نموده است، ولی به هر دلیل برای آن تعیین مجازات نکرده است. در این صورت نیز با توجه به حاکمیت اصل قانونی بودن مجازات، تعیین مجازات صرفاً با استناد به قانون جایز است.

با توجه به اصل ۳۶، ۱۶۹ و سایر اصول قانون اساسی، استناد به اصل ۱۶۷ در امور کیفری مجاز نیست. «با جمع اصول مذکور و با توجه به بند ۴ اصل ۱۵۶ و نیز روح حاکم بر قانون اساسی شکی باقی نمی‌ماند که اجازه مندرج در اصل ۱۶۷ به قضات محاکم مبنی بر مراجعه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی مشهور در صورت فقدان نص، سکوت یا نقص قانون، منصرف به امور حقوقی است. زیرا اصل ۱۶۷ عام است و عمل به عام قبل از تفحص برای مخصص جایز نیست. لذا اصول ۳۶ و ۱۶۹ و بند ۴ اصل ۱۵۶ که حالت خاص دارند اصل ۱۶۷ را از عمومیت خارج و آن را به امور حقوقی اختصاص می‌دهند»^۱ شورای نگهبان نیز تاکنون تفسیری از اصل

۱. محقق داماد، سید مصطفی، پیشین، ص ۳۸.

– استاد ما دکتر گودرز افتخار جهرمی نیز استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی را در امور کیفری در مورد جعل عنوان مجرمانه و تعیین مجازات نمی‌پذیرد. به نقل از: افتخار جهرمی، گودرز، **اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و تحولات آن**، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، بهار- تابستان ۷۸، شماره ۲۶-۲۵، ص ۹۷.

– استاد فقید، دکتر ناصر کاتوزیان، نیز استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی را محدود به دعاوی مدنی می‌داند. رک. کاتوزیان، ناصر، **مقدمه علم حقوق**، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتاد و دوم، ۱۳۸۸، ص ۲۲۱. ایشان در این باره می‌نویسند: «اصل ۱۶۷، ناظر به امور» مدنی است نه کیفری، زیرا امکان استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر با اصل قانونی بودن مجازات‌ها، که در اصل ۳۶ اعلام شده، تعارض دارد».

مذکور ارائه نکرده است. در بین حقوق دانان درباره استناد به اصل مذکور در امور کیفری سه دیدگاه اصلی دیده می‌شود: عده‌ای استناد به این اصل را به طور کلی در حقوق کیفری در همه جرایم می‌پذیرند. گروه دیگر فقط در محدوده ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) این اصل را به کار می‌برند.

گروه سوم، به کار بردن اصل ۱۶۷ قانون اساسی را حتی در جرایم مستوجب حد نیز جایز نمی‌دانند؛ زیرا بر خلاف اصل قانونی بودن مجازات به عنوان یک حق بنیادین بوده و در تعارض با اصول حقوق کیفری مانند اصل برائت و تفسیر مضیق قوانین کیفری است. قوانین نیز صلاحیت نقض این اصول را ندارند. در این ارتباط، بحث مختصری درباره ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) ضروری است. ماده یادشده مقرر می‌دارد: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران عمل می‌شود». اولاً ماده یاد شده محدود به حدودی است که در قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) ذکر نشده است. بنابراین در جرایم حدی در قانون مذکور، یعنی زنا، لواط، تفخیز، مساحقه، قوادی، قذف، سب نبی، مصرف مسیگر، سرقت، محاربه، بغی و افساد فی الارض موضوع مواد ۳۵۴ تا ۳۹۷، مطلقاً استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی جایز نیست. همچنین در جرایم مستوجب قصاص، دیات و تعزیرات هم مطلقاً نمی‌توان به اصل ۱۶۷ قانون اساسی استناد نمود. ضمن اینکه برخلاف نص صریح ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در تعریف تعزیر است که صراحتاً اعلام می‌دارد: «تعزیر مجازاتی است که ... به موجب قانون تعیین می‌شود». تنها حدی که در قانون تعیین نشده است، طبق نظر مشهور فقیهان امامیه، ارتداد است.^۱ هر چند برخی فقیهان ادعای نبوت، سحر انسان، خرید و فروش انسان آزاد را نیز از مصادیق جرایم مستوجب حد ذکر نموده‌اند.^۲

۱. در این باره رک.

- تبریزی، میرزا جواد، *اسس الحدود و التعزیرات*، قم: انتشارات حمید، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ هـ.ق.

- الموسوی الاردبیلی، سید عبدالکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، قم: منشورات مکتبه امیرالمؤمنین، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ هـ.ق.

- مکارم شیرازی، ناصر، *انوار الفقاهة کتاب الحدود و التعزیرات*، المجلد الاول و الثاني، الطبعة: مدرسة

الامام علی بن ابی طالب (ع)، الطبعة الاولى، ۱۴۱۸ هـ.ق.

۲. مرحوم آیت‌الله خویی در کتاب مبانی تکملة المنهاج، ص ۳۹، ۱۶ حد را ذکر می‌کند.

در موارد مذکور نیز نمی‌توان به ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) استناد نمود؛ زیرا ماده مذکور به موجب ماده ۳۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۹۲/۱۲/۴) نسخ شده است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «... رأی دادگاه باید مستدل، موجه و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است...». صراحتاً ماده یاد شده، دادگاه را مکلف کرده که باید بر اساس قانون رأی صادر نماید. بنابراین، با توجه به مؤخر بودن زمان تصویب قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ نسبت به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱، و تعارض آشکار دو ماده یادشده، ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) را باید منسوخ دانست.^۱

به همین دلیل، اکثر دادگاه‌ها، استناد به منابع فقهی در تعیین مجازات را نپذیرفته‌اند:

«... اولاً: طبق ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می‌شود، بنابراین طبق مفهوم مخالف این ماده، افعال و یا ترک افعالی که در قانون نسبت به آن‌ها مجازاتی تعیین نشده باشد، جرم محسوب نمی‌گردد، از این رو، در موضوعات جزایی با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات و با تفسیر موسع از قوانین نمی‌توان جرم تراشی و جرم‌زایی نمود. لهذا استناد دادگاه به مسئله چهارم از تحریرالوسیله حضرت امام خمینی (ره) که مقرر می‌دارد: «من استحلّ شیئاً من المحرمات المجمع علیّ تحریمها بین المسلمین کالمیتة و الدم و لحم الخنزیر و الربا... و الا فیعرز». هر مسلمانی که حرمت کلی از محرمات را که حرمتش میان مسلمانان اجماعی است، حلال نماید، مانند مردار و خون و گوشت خوک و ربا... و در غیر این صورت تعزیر می‌شود»، فاقد وجهت قانونی است؛ زیرا اولاً، طبق فتاوی امام خمینی (ره) قضات مأذون حق تعیین کیفر و تعزیر اشخاصی را برای اعمالی که قانوناً کیفری از برای آن‌ها مقرر نشده است، ندارند (نظریه مشورتی ۷/۶۰۸۷، مورخ ۱۳۷۴/۱۰/۴ اداره کل امور حقوقی قوه قضاییه). بنابراین، مواد ۲۱۴ ق.آ.د.ک (۱۳۷۸) و ماده ۹ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب، مواد مجازاتی نمی‌باشند تا به استناد

۱. لازم به تذکر است که قبلاً ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ مقرر می‌داشت: «رأی دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است. دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مذون بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض یا ابهام قوانین مذون از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند.» بعد از اصلاح ماده یاد شده، قسمت دوم ماده که اجازه رجوع به منابع فقهی را در موارد خاص داده بود، حذف شده است. بدیهی است، از مقایسه دو ماده یاد شده آشکار می‌گردد که دیگر مطلقاً از نظر مقررات آیین دادرسی کیفری، اجازه استناد به منابع فقهی در امور کیفری جایز نیست و در صورت وجود مقررات مغایر آنها منسوخ می‌باشند.

آنها اعمال مجازات نمود. ثانیاً رجوع به منابع معتبر فقهی منصرف از جزئیات است و در غیر این صورت موجب نقض تفسیر مضیق به نفع متهم و نقض اصل قانونی بودن جرم و مجازات می‌گردد که هیچ‌کس قائل به نقض این دو قاعده قانونی نیست...»^۱

این مقاله در دو بند به شرح زیر تنظیم یافته است: بند «۱» مفهوم تعزیرات منصوص شرعی و گونه‌های آن، و در بند «۲» مصادیق تعزیرات منصوص شرعی در قوانین و رویه قضایی مطرح می‌شود.

۱. مفهوم تعزیرات منصوص شرعی و گونه‌های آن:

به مجازات معین حدّ گفته می‌شود و در صورتی که مجازات دارای حدّ اقل و حدّ اکثر باشد یا به طور کلی غیر معین باشد، تعزیر نامیده می‌شود. محقق حلی بر اساس وصف معین بودن حدّ و تعزیر را این گونه تعریف می‌کند: «کلُّ مالِهٖ عِقوبَهٗ مُقَدَّرَهٗ سُمّی حَدًّا، مَا لَیْسَ کَذٰلِکَ سُمّی تَعزِیرًا»^۲. شهید ثانی^۳ در شرح عبارات می‌نویسد: اصل در تعزیر، عدم تقدیر است؛ یعنی میزان آن معین نشود و اکثر مصادیق آن چنین ویژگی‌ای دارند، ولی در بعضی روایات، این مجازات‌ها تعیین شده است. البته، ایشان از اصطلاح تعزیر منصوص شرعی، مانند اکثریت قریب به اتفاق فقها استفاده نکرده‌اند.^۴ اکثر فقیهان تعزیر منصوص شرعی را پذیرفته‌اند و تفاوت حدّ و تعزیر را در مجازات معین دانسته‌اند. شهید ثانی قید «غالباً» را به تعریف محقق حلی اضافه کرده‌اند. نظریه

۱. قسمتی از دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۳۳۰۱۰۸۸، مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۰، شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر تهران به نقل از: مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (کیفری)، پژوهشگاه قوه قضائیه، اداره انتشار رویه قضایی کشور سال ۱۳۹۱، چاپ اول، ۱۳۹۳، مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضائیه، تهران، ص ۱۵۹.

۲. حلی، جعفر بن الحسن (معروف به محقق حلی): *شرائع الاسلام*، جلد ۴، ص ۹۳۲.

۳. جعی عاملی، زین‌الدین بن علی (معروف به شهید ثانی): *مسالك الافهام فی شرايع الاسلام*، جلد ۱۴، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ الاولى، ۱۴۱۳ هـ ق، ص ۳۲۵ (دوره پانزده جلدی).

اینجانب کتب متعدد فقهای بزرگ متقدم و متأخر را بررسی نمودم، تا کنون در کتاب‌های مهم بررسی شده «اصطلاح منصوص شرعی» را مشاهده نکرده‌ام.

۴. اصطلاح «تعزیر منصوص شرعی» را باید از بدعت‌های قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ دانست که ظاهراً به جهت تأمین نظرات شورای نگهبان توسط کمیسیون قضایی مجلس به کار رفته است. در این باره رک.

- ریاضت، زینب: کتاب *مبانی تحول مجازات‌های تعزیری*، در دست انتشار، صص ۶۸ تا ۷۲.

- ساریخانی، عادل / توکل‌پور، محمدهادی: *مفهوم‌شناسی در تعزیرات منصوص شرعی با تأکید بر نظرهای شورای نگهبان*، مندرج در فصل‌نامه حقوق عمومی، سال پنجم، تابستان ۱۳۹۵، شماره ۱۴، صفحات ۹۵ تا ۱۱۵.

شهید ثانی مورد پذیرش محدودی از فقها قرار گرفته است،^۱ زیرا مصادیق عنوان شده به مجازات معین نیست. تمامی موارد دارای مجازات حدّ اقل و حداکثر بوده یا دارای حداکثر بوده است. به همین دلیل نمی‌توان آنها را مصادیق از مجازات معین مقدر، دانست. بیان میزان مجازات مثلاً تا ۷۴ یا از سی تا ۷۴، صرفاً مصادیقی از مجازات‌های تعزیری بوده است.

مصادیق مجازات‌های تعزیری تعیین شده یا گناهان مستقلی‌اند یا گناهی که در ضمن یک جرم مستوجب حدّ، به دلیل فقدان یک یا چند شرط اقامه حدّ، ذکر شده‌اند. تمامی مصادیق عنوان شده در روایات ناظر به معصیت و گناهان کبیره است که به تفکیک مورد بحث قرار می‌گیرد:

۱.۱. تعزیر در صورت فقدان یک یا چند شرط در جرایم حدّی

جرایم مستوجب حدّ دارای شرایط خاصی‌اند که فقدان هر یک از شروط ممکن است آنها را به جرایم مستوجب تعزیر تبدیل نماید. مثلاً یکی از شرایط سرقت مستوجب حدّ، مخفیانه بودن سرقت است. شهید اول این شرط را تحت عنوان «سراً» ذکر کرده و شهید ثانی در شرح آن منظور را دور از چشم مالک عنوان نموده است.^۲ در بند «ت» ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) نیز همین شرط پذیرفته شده است: «هتک حرز و سرقت مخفیانه باشد».

در صورتی که ربودن مال متعلق به دیگری به صورت علنی باشد، تحت عنوان استلاب، افتراس، انتهاب و نظایر آنها، قابل مجازات تعزیری است. سایر مصادیق ربودن مال متعلق به دیگری، فاقد عنوان سرقت تعزیری می‌باشد.

به همین جهت، قانون‌گذار در تمام مواد قانونی مربوط به سرقت‌های غیرحدّی موضوع مواد ۶۵۱ تا ۶۶۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵)، از به کار بردن «تعزیر»، خودداری و صرفاً مجازات را تعیین کرده است. چون، هیچ‌کدام از این موارد، منطبق بر عنوان سرقت‌های تعزیری طبق

۱. آیت الله مکارم شیرازی، نظریه شهید ثانی را نمی‌پذیرند و توضیح می‌دهند تعزیراتی که دارای حدّ اقل و حداکثر می‌باشند، از مصادیق مجازات معین محسوب نمی‌شود و معتقد به حذف قید «غالباً» در تعریف، به تبعیت از صاحب ریاض و بقیه فقیهان هستند. (رک. مکارم شیرازی، ناصر: *انوار الفقاهه، کتاب الحدود و التعزیرات*، المجلد الاوّل، ص ۱۱). آیت الله موسوی اردبیلی، در تعریف تعزیر، عبارات شبیه شهید ثانی را آورده است: «و اما التعزیر؛ فالاصل فيه عدم التقدير؛ و الاغلب من افراده كذلك.» به نقل از: الموسوی الاردبیلی، السید عبدالکریم، *فقه الحدود و التعزیرات*، ص ۲۶.

۲. جبعی عاملی (شهید ثانی)، پیشین، جلد ۹، ص ۲۲۱.

موازین فقهی نیستند. قانون‌گذار در بسیاری از مواد قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) از به کار بردن واژه تعزیر خودداری و صرفاً مجازات را بیان کرده است.

۱.۲. تعزیر نسبت به مقدمات جرایم حدی مانند زنا و لواط

برخی از رفتارها، از مقدمات زنا و لواط است. چنانچه این رفتارها منتهی به تحقق زنا یا لواط شود، مستقلاً قابل مجازات نیست. مثلاً خلوت کردن با نامحرم، هم‌آغوشی، بوسیدن، لمس اعضای بدن، هم‌بستر شدن و نظایر این‌ها. ولی چنانچه، این رفتارها منجر به تحقق زنا یا لواط نشود یا نتوان زنا یا لواط را اثبات نمود، موجب تعزیر مرتکبان خواهد شد. تمامی این رفتارها از محرّمات شرعی بوده و روایات متعددی در خصوص تعزیر مرتکبان آنها وارد شده است. مجازات این مرتکبان کمتر از حدّ تعیین شده است و از یک ضربه تا ۹۹ ضربه شلّاق را شامل می‌شود.^۱

۱. تعزیر دارای حدّاقل نیست، می‌تواند حتی شامل یک ضربه شلّاق گردد، ولی حداکثر آن ۹۹ ضربه تازیانه است. شهید اول در تفاوت بین حدّ و تعزیر ده وجه را ذکر می‌کند. از جمله این که تعزیر دارای حدّاقل نمی‌باشد، ولی حداکثر آن کمتر از حدّ است. رک. به: *القواعد و الفوائد*، جلد ۲، ص ۱۴۲.

در بین فقها در خصوص نوع مجازات اختلاف وجود دارد. اکثر معتقدند فقط امکان تعیین مجازات شلّاق امکان‌پذیر است. برخی دیگر تعیین مجازات‌های دیگر، حبس تا تبعید، را نیز جایز می‌دانند. قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) و (۱۳۹۲) نظریه دوم را ترجیح داده است. برای بحث فقهی در این خصوص، رک. محقق داماد، سید مصطفی، پیشین، صص ۲۱۰ تا ۲۲۴. حضرت استاد در این نوشتار معتقدند که تعزیر منحصر در تازیانه نیست. و امکان تعیین مجازات‌های دیگر وجود دارد. البته ایشان این امر را مستلزم پیش‌بینی در قانون می‌دانند. رک: همان، صص ۲۴۵ تا ۲۳۸.

در شرع، نزدیکی با زوجه در حال روزه ماه رمضان حرام و موجب تعزیر است. در روایتی از امام موسی بن جعفر (ع) در این باره سؤال شد. امام در پاسخ فرمودند: «بضعة عشر سوطاً ما بین العشرة الى العشرين»؛ یعنی ده تا و چندی شلّاق، بین ده تا بیست ضربه. به نقل از: همان، جلد ۱۸، ص ۵۸۳. در صورتی که زوجه به این کار اکراره شده باشد، مجازاتش تشدید می‌شود و پنجاه تازیانه و در صورتی که زوجه نیز مایل باشد، بیست و پنج تازیانه به زوج و زوجه زده می‌شود. در ادامه روایات قبلی امام علی (ع) فرمودند: «... و إن كان أكرهها فعليه ضرب خمسين سوطاً نصف الحدّ و إن كانت طاوغة ضرب خمسة و عشرين سوطاً و ضربت خمسة و عشرين سوطاً». (همان، ص ۵۸۵). امام درباره کسی که در حال حیض با همسر خود نزدیکی کند، بیست و پنج ضربه شلّاق تعیین نمودند. (همان، ص ۵۸۶، احادیث اول و دوم). این موارد در قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) پیش‌بینی نشده است. در یک حدیث مجازات سی ضربه شلّاق آمده است: «تضربان ثلاثین سوطاً» (وسائل، جلد ۱۸، ص ۳۶۷، حدیث ۱۸). و در حدیث دیگر: «یجلدان حدّاً غیر سوطاً» آمده است. (همان، حدیث ۲۱)

در حدیثی دیگر از امام صادق (ع) درباره دو نفر که در زیر پوشش واحدی خوابیده بوده‌اند، سؤال شد، امام فرمودند یک شلّاق کمتر از حدّ به آنها زده می‌شود. «فی الرجل والمرأة یوجدان فی لحاف واحد قال (ع): یجلدان مائة غیر سوطاً» این حدیث در مورد یک مرد و زن نامحرم است. در حدیث مشابهی همین سؤال از امام صادق (ع) در مورد—

این گونه از تعزیر در ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) پیش‌بینی شده است. ماده یاد شده مقرر می‌دارد: «هر گاه زن و مردی که بین آنها علقه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا نود و نه ضربه محکوم خواهند شد و اگر عمل با عفت و اکراه باشد، فقط اکراه‌کننده تعزیر می‌شود».

برخی از قضات صراحتاً ماده مذکور را از مصادیق تعزیر منصوص شرعی دانسته‌اند:

«... شلاق تعزیری مورد حکم تعزیر منصوص شرعی است و با توجه به مقررات تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مشمول مقررات ماده ۲۷ این قانون [مجازات اسلامی (۱۳۹۲)] نمی‌شود».^۱

طبق ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، می‌توان هر روز بازداشت را معادل سه ضربه شلاق محاسبه نمود. بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در مصادیق تعزیرات منصوص شرعی، امکان تبدیل وجود ندارد. بنابراین، چنانچه کسی حتی ماه‌ها در حبس باشد و بعداً به شلاق موضوع ماده ۶۳۷ محکوم شود، حکم شلاق در حق وی اجرا خواهد شد. به همین سبب، سایر شعب دیوان عالی کشور، دیدگاهی دیگر را برگزیده‌اند که در نهایت منجر به رأی وحدت رویه ذیل گردید:

«مستنبط از مقررات ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تعزیر، مجازاتی است که در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌شود و کیفیت اجرا و

→ اینکه هر دو مرد باشند، پرسیده شد. مجدداً امام (ع) همان حکم قبلی را تکرار کردند: «فی رجلین یوجد أن فی لحاف واحد؟ قال (ع) یجلدان غیر سوط واحد» (وسائل، همان، ص ۳۶۷).

همین سؤال در مورد دو زن پرسیده شد. امام (ع) در پاسخ فرمودند حد ندارد، ولی مجازاتی تعیین نکردند: «المرأتان تمامان فی ثوب واحد؟ فقال (ع): تضربان، فقلت (ع) حداً؟ قال (ع) لا، قلت: الرّجلان، ینامان فی ثوب واحد؟ قال (ع) تضربان، قال قلت: الحد؟ قال (ع) لا.» (وسائل الشیعه، جلد ۱۸، ص ۳۶۴، ح ۱۶) در روایات دیگر امام (ع) سی تازیانه تعیین کردند. (همان، حدیث ۲۱) در این حدیث امام (ع) دو شرط را برای تعزیر تعیین کرده‌اند: اولاً با یکدیگر محرم نباشند و ثانیاً ضرورتی در بین نباشد. شهید ثانی جمع بین این روایات را بدین طریق جمع نموده‌اند که مجازات از سی ضربه تا ۹۹ ضربه به نظر حاکم واگذار گردد. (همان، ص ۱۵۷).

۱. دادنامه شماره ۳۲، مورخ ۱۳۹۶/۲/۱۷، شعبه ششم دیوان عالی کشور، مندرج در پرونده کلاسه ۴۰۰۱۴۱. در پرونده شماره ۱۲۵۵، نیز همین دیدگاه پذیرفته شده است.

در دادنامه شماره ۲۹۱، مورخ ۱۳۹۶/۱۲/۶ شعبه چهارم دادگاه کیفری استان گلستان آمده است: «... بزه مذکور از جرایم منصوص شرعی است و به استناد تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ایام بازداشت متهم برای کسر مجازات وی محاسبه نمی‌شود...». شعبه نهم دیوان عالی کشور طی دادنامه شماره ۳۲ مورخ ۱۳۹۶/۲/۱۷ حکم مذکور را نقض نموده و آن را از مصادیق تعزیر منصوص شرعی ندانسته است.

مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق و سایر احکام مربوط به آن به موجب قانون تعیین می‌شود و در ماده ۱۱۵ این قانون به دادگاه اجازه داده شده، مقررات راجع به تخفیف مجازات را در کلیه جرایم تعزیری اعمال کند و در تبصره دوم آن «تعزیر منصوص شرعی» که نوع و مقدار آن همانند مجازات‌های حدی، غیر قابل تغییر می‌باشد، از اطلاق ماده اخیرالذکر استثناء شده است. بنابراین، نظر شعبه نهم دیوان عالی کشور که مقررات ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی را نسبت به محکومیت موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات اعمال گردیده است، به اکثریت آراء صحیح و منطبق با مواد قانونی تشخیص می‌گردد...»^۱.

۱.۳. جرایم مستقل از حدود:

برخی رفتارها، هیچ ارتباطی با جرم حدی ندارد و مستقلاً در شریعت حرام اعلام و برای آن تعزیر تعیین شده است. مثل جماع با زوجه در هنگام روزه ماه مبارک رمضان، نزدیکی با زوجه در حال حیض، توهین یا افترای غیر قذف.

از امام(ع) پرسیده شد درباره کسی که به دیگری گفته شراب‌خوار یا گوشت خوک خور؛ امام در پاسخ فرمودند: «إِنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَكِنْ يُضْرَبُ سَوَاطِئاً»^۲ در این روایت، امام، تعداد شلّاق را تعیین نکردند. به قرینه سایر روایات، در این مورد تعزیر تا ۹۹ ضربه شلّاق امکان‌پذیر است. علت تمامی مصادیق تعزیر، ارتکاب فعل حرام است. همان طوری که صاحب جواهر در این باره می‌نویسد: «جعل سبب التّعزیر امرأً واحداً، وَ هُوَ ارْتِكَابُ الْمُحْرَمِ، الَّذِي لَمْ يَنْصَبِ الشَّارِعُ لَهُ حَدًّا مَخْصُوصاً»^۳.

در واقع، تعزیر در مفهوم دقیق فقهی فقط شامل محرمات شرعی می‌شده است. تمامی مصادیقی که در کتب فقهی متقدم و متأخر شیعه دیده می‌شود، در شریعت محرمات شرعی

۱. رأی وحدت رویه ۲۷۰ - مورخ ۱۳۹۷/۴/۲۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.

۲. حر عاملی، پیشین، جلد ۱۸، ص ۴۵۴. روایات مشابهی در همین منبع در ص ۴۵۲، ۴۵۳ نیز آمده است.

۳. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، جلد ۴۱، تحقیق محمود قوچانی، مؤسسه فقه الشیعه من القرن الثامن، چاپ: الثانية، ۱۳۶۳، هـ.ش، ص ۲۵۶.

ایشان در گناهان صغیره امکان تعزیر را نمی‌پذیرد. نظر فقها در مورد این که هر گناه کبیره‌ای نیز قابل تعزیر است، ادعایی بی‌دلیل است. استاد آیت‌الله محقق داماد در این باره می‌نویسد: «ولی آنچه از برخی فقهاء و صاحب نظران نقل شده که؛ ارتکاب مطلق کبائر مستلزم اعمال مجازات تعزیری باشد، فاقد دلیل روشنی است، و بر این ادعا دلیلی از کتاب و سنت نمی‌توان پیدا کرد». محقق داماد، سید مصطفی، پیشین، ص ۲۴۶.

است. رفتارهایی که حکومت‌ها بنا به دلایلی ممنوع اعلام می‌نمایند، لزوماً در شریعت از مصادیق محرمات شرعی محسوب نمی‌شوند. می‌توان ادعا کرد که فقهای امامیه، زمانی که از مفهوم تعزیر سخن گفته‌اند، آن را فقط در مورد محرمات شرعی به کار برده‌اند. اصطلاح تعزیرات عرفی یا حکومتی، غلطی رایج است که برخلاف دیدگاه‌های فقهای متقدم و متأخر امامیه می‌باشد که بعد از پیروزی انقلاب اسلامی ۱۳۵۷ رواج یافته است. مجازات‌های عرفی که نظام‌های سیاسی بنا به مصلحت و در راستای تامین امنیت و نظم عمومی وضع می‌کنند، هیچ ارتباطی با مجازات‌های تعزیری رایج در دیدگاه فقهای امامیه ندارد.^۱ به همین دلیل لازم است قانون‌گذار در اصلاحات قانونی به نظریه‌های رایج باز گردد و فصل مستقلی را تحت عنوان مجازات‌های عرفی پیش‌بینی نماید. بحث در صلاحیت حکومت در تعیین مجازات نیست. قطعاً به دلیل حفظ نظم و امنیت می‌توان به وضع مجازات پرداخت. ولی این مجازات‌ها از مصادیق تعزیر که یک مجازات شرعی است، محسوب نمی‌شوند و ارتباطی با محرمات شرعی، موضوع جرایم حدّ یا تعزیری ندارند. به همین سبب قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۰) اصطلاح مجازات‌های بازدارنده را ابداع کرد. ولی چون قانون‌گذار نتوانست مرز بین مجازات‌های تعزیری و بازدارنده را تبیین نماید، در اصلاحات قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) آن را حذف کرد. درحالی‌که باید در اصلاحات قانونی با حفظ عنوان مجازات‌های بازدارنده، تعزیرات را محدود به همان محرمات شرعی نماید که در متون شریعت به آنها اشاره و مجازات آنها نیز با حداقل و حداکثر معین شده است.^۲

۱. برای آگاهی از دیدگاه‌های مختلف در این زمینه رک.

- ریاضت، زینب: **مبانی تحول مجازات‌های تعزیری**، صص ۱۴ تا ۷۲، در دست انتشار.

- صافی گلپایگانی، لطف‌الله: **التعزیر انواعه و ملحقاته**، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ هـ.ق.

۲. آیت‌الله موسوی اردبیلی که بعد از پیروزی انقلاب دادستان کل کشور و متعاقباً ریاست دیوان عالی کشور و ریاست شورای عالی قضایی را بر عهده گرفت و در کتاب مفصل خویش تلاش زیادی نمود که نظریه تعزیرات را شامل تعزیرات حکومتی و عرفی نیز بداند. البته دلایل ایشان در اثبات مشروعیت حکومت و اثبات ولایت در وجوب حفظ نظام عادل، محافظت بر مصالح عمومی و غیره استوار است که هیچ ارتباطی با بحث ندارد. بدیهی است، هر حکومتی اعم از اسلامی یا غیر اسلامی حق وضع مجازات‌هایی در راستای اهداف حکومت، نظم و امنیت عمومی دارد. در چارچوب نظریه ولایت فقهی، فقیه جامع الشرایط دارای چنین حقی است. بحث اینجاست که این نوع مجازات‌ها مصداق حدّ یا تعزیر شرعی نیستند که ایشان ظاهراً دلیلی بر اثبات نمی‌تواند اقامه کند. رک: الموسوی الاردبیلی، سید عبدالکریم، پیشین، صص ۷۶ تا ۷۸. نوشته‌های بقیه نویسندگان صرفاً یک ادعایی بی‌دلیل بیش نیست. این که حاکم اسلامی حق تعیین مجازات‌هایی غیر از موارد منصوص شرعی دارد، مورد تردید نیست و اینکه این نوع از مجازات‌ها هم به نوعی شرعی محسوب می‌شوند، هم محل بحث نیست. بلکه بحث در این نیست که این نوع مجازات‌ها تعزیری محسوب نمی‌شوند.

۲. مصادیق قانونی تعزیرات منصوص شرعی

قانون‌گذار هیچ فعل یا ترک فعلی را صراحتاً از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی عنوان نکرده است. در ضمن، مواد متعدد مصادیقی را بیان کرده که با تعریف به کار رفته در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) مطابقت داشته و ممکن است از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی محسوب شوند. اهم مصادیق به ترتیب مورد بحث قرار می‌گیرد:

۲.۱. واسطه‌گری بین چند انسان نابالغ به منظور زنا یا لواط

قوادی یعنی به هم رساندن دو یا چند نفر برای زنا یا لواط، مستوجب حدّ به میزان ۷۵ ضربه شلاق است. ولی در صورتی که این اقدام برای افراد نابالغ صورت پذیرد، موجب تعزیر از ۳۱ ضربه تا ۷۴ ضربه شلاق می‌باشد. این اقدام نیز از مصادیق محرّمات شرعی است. ماده ۲۴۴ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در این باره مقرر می‌دارد: «کسی که دو یا چند نابالغ را برای زنا یا لواط به هم برساند مستوجب حدّ نیست، لکن به سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق و حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود».

رفتار مرتکبان از محرّمات شرعی است که در روایات وارده برای آن تعیین مجازات شلاق شده است. مورد دیگر در همین ارتباط، عدم تحقق زنا یا لواط است. چنانچه فردی اقدام به قوادی نماید، ولی در عمل زنا یا لواط محقق نشود، تعزیر می‌شود.

این رفتار نیز از مصادیق محرّمات شرعی است. در تبصره یک ماده ۲۴۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) آمده است: «حدّ قوادی منوط به تحقق زنا یا لواط است، در غیر این صورت عامل، مستوجب تعزیر مقرر در ماده (۲۴۴) این قانون است».

ممکن است ماده ۶۳۹ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵)^۱ نیز از مصادیق تعزیرات منصوص دانسته شود. برای چنین جرمی روایتی وجود ندارد و به همین جهت براساس اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری، نمی‌توان این ماده را از مصادیق تعزیرات منصوص دانست.

۱. در نظریه ۷/۱۴۷۳، مورخ ۱۳۸۶/۳/۸ اداره کل حقوقی قوه قضاییه در این ارتباط آمده است: «هرچند فراهم نمودن موجبات فساد از لحاظ ماهیت حقوقی بتوان یکی از مصادیق معاونت در جرم دانست، اما به هر تقدیر قانون‌گذار در بند (ب) ماده ۶۳۹ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) این عمل را بزه مستقل تلقی کرده، با این وصف معاونت در آن به یکی از طرق قانونی قابل تصور است».

۲.۲. نزدیکی با زوجه فوت شده

یکی دیگر از مصادیق تعزیر منصوص شرعی، نزدیکی با زوجه فوت شده است.^۱ مطابق موازین فقهی جماع با میت، زنا محسوب می‌شود و مرتکب محکوم به حد زنا خواهد شد. چنانچه کسی با زوجه متوفای خود نزدیکی کند، زنا محسوب نمی‌شود، ولی ادعا شده که عمل مزبور حرام است و موجب تعزیر خواهد بود. هرچند این ادعا، دلیلی ندارد. ماده ۲۲۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) در این باره مقرر می‌دارد: «جماع با میت، زنا است، مگر جماع زوج با زوجه متوفای خود که زنا نیست، لکن موجب سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش می‌شود».

محقق حلی در این باره معتقد است نزدیکی با زوجه فوت شده حد ندارد و به تعزیر اکتفاء می‌شود، ولی دلیلی بر تعزیر ذکر نمی‌کند.^۲ صاحب جواهر ادعا می‌کند در این باره نظر مخالفی پیدا نکرده است. وی نزدیکی با زوجه متوفا را مصداق هتک حرمت دانسته و آن را اجمالاً حرام ولی مصداق زنا لغتاً و عرفاً و به حکم شرع نمی‌داند. هر چند روایتی در این باره ذکر نمی‌کند.^۳ تعزیر منصوص دانستن این مورد نیز جداً محل تردید است، زیرا روایت صحیحی در این باره وجود ندارد.^۴

۱. اداره حقوقی قوه قضائیه طی نظریه شماره ۷/۹۳/۲۵۱، مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۰ ماده ۲۲۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲)، را از مصادیق «تعزیر شرعی» دانسته، ولی معتقد است از مصادیق «تعزیر منصوص شرعی» محسوب نمی‌گردد. در این نظریه آمده است: «... مواردی که به موجب روایات یا هر دلیل شرعی دیگر به طور کلی و مطلق برای عملی تعزیر مقرر نشده است و نوع و مقدار آن معین نشده است، گرچه «تعزیر شرعی است»، اما «تعزیر منصوص شرعی» محسوب نمی‌شود، مانند تعزیر مقرر در موارد ۲۲۲ و ۲۲۳ قانون یاد شده [یعنی قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲]...».

۲. محقق حلی، *سوانح الاسلام*، ص ۴، ص ۹۶۶.

۳. نجفی، *جواهر الکلام*، ج ۴۱، ص ۶۴۵.

۴. روایتی که وجود دارد ناظر به زنا است و ارتباطی به نزدیکی با زوجه فوت شده ندارد. در کتاب وسائل، ج ۱۸، صص ۵۷۳ و ۵۷۴ در مورد زنا با میت، در حدیث سوم آمده است که ابوحنیفه از امام صادق (ع) پرسید: «عن رجل زنی بمیتة». امام پاسخ داد: «لا حد علیها» که در شرح حدیث، شیخ حر عاملی از قول شیخ صدوق آورده است که ایشان احتمال داده‌اند که: «آن یکون مخصوصاً بمن اُتی زوجه نفسہ بعد موتها فانّه یعزر و لا حد علیها». بنابراین، هیچ حدیث صریحی که دلالت بر تعزیر نماید، مشاهده نمی‌شود. هتک حرمت نزدیکی با میت نیز ناظر به زناست.

۲.۳. «فعل حرام»

تعزیر فعل حرام بر اساس یک قاعده فقهی: «التعزیر لِكُلِّ عَمَلٍ مُحْرَمٍ» در قوانین جزایی پیش‌بینی گردیده، است.^۱ بدیهی است، امکان مجازات همه شهروندان به علت ارتکاب فعل حرام، معقول و امکان‌پذیر نیست. صدها عمل در شریعت حرام اعلام شده که موجبی برای مجازات دنیوی آنها وجود ندارد. مثلاً غیبت، دروغ، سوءظن، ترک نماز و ... افعالی شرعاً حرام‌اند، آیا می‌توان افراد را به دلیل ارتکاب این گونه رفتارها در دنیا مجازات کرد؟ به همین سبب قانون‌گذار، با شرایط و با محدودیت‌های زیادی این قاعده را پذیرفته است.

در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) آمده است: «هرکس علناً در انتظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید، علاوه بر کیفر عمل به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می‌گردد و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی‌باشد، ولی عفت عمومی را جریحه‌دار نماید، فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد».

دادگاه‌ها بعضاً بر خلاف ماده یاد شده و اصل قانونی بودن مجازات‌ها اقدام به تعیین کیفر می‌نمایند و عمدتاً به مسئله چهارم از القول فی احکامه و بعض اللواحق از حد مسکر تحریرالوسیله استناد می‌کنند. دادگاه‌های تجدیدنظر که نوعاً رسیدگی‌های دقیق‌تری به عمل می‌آورند، بعضاً با نقض یا اصلاح دادنامه، اصل قانونی بودن مجازات‌ها را در تعزیرات منصوص شرعی یادآور می‌شوند. مثلاً در یکی از آرای صادره در این باره آمده است:

«... تجدیدنظر خواهی ... از حیث ارتکاب فعل حرام به تحمل چهل ضربه شلاق محکوم شده وارد و موجّه نیست... لذا ضمن الحاق ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) به دادنامه تجدیدنظر خواسته با ردّ تجدیدنظر خواهی، دادنامه تجدیدنظر خواسته تأیید و استوار می‌گردد...»^۲

عمل حرام در قوانین جزایی تعریف نشده است و مشخص نیست منظور قانون‌گذار از آن دقیقاً چیست و مصادیق آن کدام است. بر اساس اصل قانونی بودن مجازات، عمل حرام در ماده

۱. «آنچه از برخی فقهاء و صاحب نظران نقل شده که: ارتکاب مطلق کبائر مستلزم اعمال مجازات تعزیری باشد، فاقد دلیل روشنی است، و بر این ادعا دلیلی از کتاب و سنت نمی‌توان پیدا کرد». به نقل از: محقق داماد، سیدمصطفی، پیشین، ص ۲۴۶.

۲. قسمتی از دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۸۵۸، مورخ ۱۳۹۱/۷/۲۳، شعبه ۵۶، دادگاه تجدیدنظر. به نقل از: مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر تهران (کیفری)، ص ۱۲۳، ۱۳۹۱.

مذکور را باید محدود به رفتارهایی دانست که صراحتاً در قانون، جرم‌انگاری گردیده و برای آن تعیین مجازات شده است. سایر رفتارهای حرام در فقه مانند دروغ‌گویی، غیبت، روزه‌خواری، ترک نماز واجب و امثال آن، از مصادیق ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) محسوب نمی‌شوند.^۱ بدین ترتیب، جرم موضوع ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) مستلزم تحقق دو شرط اساسی است:

اولاً باید فعل حرام در قانون جرم‌انگاری گردد. ثانیاً باید آن حرام به صورت علنی و در مکان‌های عمومی ارتکاب یابد که به ترتیب مورد بحث قرار می‌گیرد:

۲.۳.۱. ضرورت پیش‌بینی فعل حرام در قانون

هر عمل حرامی را شامل نمی‌شود، فقط شامل آن دسته از اعمال حرام است که در قانون جرم‌انگاری گردیده است. مثلاً، اگر کسی تظاهر به شرب خمر نماید، یعنی در اماکن عمومی و انظار دیگران، شراب بنوشد، طبق ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) قابل تعزیر است. خوردن روزه بر فرد مسلمان دارای شرایط عامه تکلیف، بدون عذر شرعی حرام است، اما قوانین جزایی، چنین عمل حرامی را جرم‌انگاری نکرده است. حال چنانچه کسی علناً تظاهر به روزه‌خواری نماید، طبق ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) نمی‌توان وی را مستوجب مجازات دانست. یکی دیگر از افعال حرام، بی‌حجابی برای زن مسلمان است. بر زن مسلمان واجب است که حجاب شرعی را رعایت کند و در صورتی که بیش از حد تعیین شده شرعی (که طبق نظر مشهور فقهان امامیه صورت و دو دست از میج به پایین است)، موی سر و اندام خویش را آشکار نماید، مرتکب فعل حرام شده است. این عمل حرام، طبق تبصره یک ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) جرم‌انگاری گردیده است. در تبصره یادشده آمده است: «زنانی که بدون

۱. در نظریه شماره ۷/۸۸۷۸، مورخ ۱۳۸۵/۱۱/۲۵ اداره حقوقی قوه قضائیه، در همین ارتباط آمده است: «با توجه به اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، تحقق جرم و صدور حکم به مجازات منوط به نص صریح قانون است و بدون وجود قانون (عنصر قانونی) جرمی محقق نمی‌شود. لذا هرچند موضوع استعمال شرعاً حرام است، اما به لحاظ این که در قانون برای آن کیفری تعیین شده و طبق فتوای حضرت امام خمینی (قدس سره) قضات مأذون حق تعیین کیفر و تعزیر اشخاص را برای اعمالی که قانوناً کیفری از برای آنها مقرر نشده است را ندارند و برای عمل ارتكابی یاد شده در قانون، مجازاتی پیش‌بینی نشده، مضافاً به اینکه عمل حرامی که به آن تظاهر می‌شود، باید در قوانین و مقررات موضوعه جرم باشد تا مشمول شق اول ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) شود. در صورتی که فعل ارتكابی در قوانین موضوعه جرم نباشد و نفس ارتكاب آن به گونه‌ای نباشد که عفت عمومی را جریحه‌دار کند، مشمول مقررات این ماده نخواهد شد.»

حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر شوند، به حبس از ده روز تا دو ماه و یا از پنجاه هزار تا پانصد هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد.»

۲.۳.۲. تظاهر به فعل حرام

موضوع ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) تظاهر به فعل حرام است؛ یعنی به صورت علنی در مکان‌های عمومی، و در منظر و محل رؤیت دیگران مرتکب جرم شوند. مثلاً روابط نامشروع حرام و طبق مواد ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) قابل مجازات است. یا زنا حرام و طبق مواد ۲۲۴ تا ۲۳۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) برای آن تعیین مجازات شده است. چنانچه کسی مرتکب جرایم مذکور، در اماکن عمومی شود، علاوه بر مجازات تعیین شده، به مجازات تعزیری موضوع ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) محکوم خواهد شد.^۱ به عبارت دیگر، ماده مذکور، ناظر به ارتکاب فعل حرام نیست؛ زیرا برخی از مصادیق فعل حرام، مستقلاً در قانون جرم‌انگاری و برای آن تعیین مجازات شده بلکه ناظر به تظاهر به ارتکاب آن است. منظور از تظاهر، یعنی ارتکاب عمل در اماکن عمومی و انظار دیگران. بنابراین، شامل اماکن خصوصی نظیر منزل، دفتر کار، یا مشاعات ساختمان نمی‌شود. حتی اگر در اماکن عمومی باشد، ولی کسی در آنجا حضور نداشته باشد. مثلاً در پارک که یک مکان عمومی است، در لابه‌لای درختان مرتکب رابطه نامشروع شود و هیچ‌کس در آنجا حضور نداشته باشد، از مصادیق تظاهر به فعل حرام محسوب نمی‌شود. زیرا، در صدر ماده آمده است: «در انظار و اماکن عمومی»؛^۲ یعنی دو شرط را هم‌زمان لازم دانسته است. هم باید در دیدگاه دیگران جرم ارتکاب یابد و هم آن مکان، عمومی محسوب شود.

در یکی از آرای صادره در این خصوص آمده است:

۱. در قسمتی از نظریه ۷/۹۶/۱۱۲۳ مورخ ۱۳۹۶/۵/۱۷. ح.ق در این ارتباط آمده است: «طبق ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵)، در موارد تظاهر به ارتکاب فعل حرام در انظار و اماکن عمومی و معابر، در صورتی مجازات تعیین می‌شود که عمل حرام نیز طبق قانون، جرم محسوب شده باشد که در این صورت، مرتکب فعل حرام علاوه بر مجازات ارتکاب فعل حرام، به لحاظ این که علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر، تظاهر به فعل حرام کرده، به مجازات مقرر در این ماده نیز محکوم می‌شود...».

۲. ضابطه قانونی دقیقی درباره مفهوم اماکن عمومی وجود ندارد. اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری اقتضا دارد که آن را در مقابل اماکن خصوصی، مانند منزل، محل کار، مشاعات ساختمان و نظایر آن تفسیر نمود. مانند پارک‌ها، سینماها، دانشگاه، خیابان‌ها و مساجد و نظیر آن‌ها.

«... فعل حرام طبق ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) در صورتی جرم و قابل مجازات است که در انظار و اماکن عمومی و معابر صورت بگیرد و واژه های مکرر در سطر اول ماده ۶۳۸ این قانون (علناً، در انظار و اماکن عمومی و معابر، تظاهر) همگی دلالت دارد که قانون گذار صرفاً افعال حرامی را که افراد در انظار عمومی و اماکن عمومی و معابر مرتکب می گردند، جرم و قابل مجازات دانسته است. بنابراین تحقق فعل حرام به عنوان جرم زمانی است که فعل حرام در انظار و اماکن عمومی و معابر به وقوع بپیوندد و در غیر این صورت با این عنوان قانوناً قابل مجازات نمی باشد»^۱

در همین ارتباط ارتکاب فعل حرام توسط غیرمسلمان، مستلزم بررسی است. منظور از فعل حرام، رفتارهایی است که در شریعت اسلام حرام است. خواه به صورت فعل مثبت (ایجابی)، مانند شرب خمر، یا فعل منفی و ترک فعل (سلبی)، ارتکاب یابد. این رفتارها در شریعت های دیگر، نظیر آیین یهودی، مسیحیت یا زرتشتی، مشروع است و حرام محسوب نمی شود؛ مانند شرب خمر، بی حجابی و نظایر آنها. نمی توان پیروان ادیان دیگر را ملزم به تبعیت از شریعت اسلام نمود. به همین دلیل، نمی توان مفاد ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) درباره غیرمسلمان جاری ساخت.^۲

هرچند در دادسراها و دادگاه های بدوی، به این موضوع کمتر توجه می شود، ولی معمولاً دادگاه های تجدیدنظر احکام صادره را نقض می نمایند. در یکی از آرای صادره در این باره آمده است:

«... برگزارکننده مجلس، کلیمی بوده و به عنوان جشن تولد فرزندش مجلس برگزار کرده است و مهمانانش از خانواده کلیمی بودند و استعمال مشروب یا نگهداری مشروبات حسب اعتقاد دینی شان با هدف استعمال خودشان مشروع قانونی است، تظاهر به ارتکاب فعل حرام و استعمال مشروبات الکلی نداشته اند. با این ترتیب و احراز ارتکاب جرایم قانونی توسط افراد الذکر ایراد وارد نمی باشد ... رأی نقض و ... تیره می گردد...»^۳

۱. قسمتی از دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۳۰۱۰۸۸، مورخ ۱۳۹۱/۸/۲۰، شعبه ۲۳ دادگاه تجدیدنظر تهران به نقل از: مجموعه آرای قضایی دادگاه های تجدیدنظر تهران (کیفری)، ص ۱۵۹، ۱۳۹۱.

۲. غیرمسلمان ملزم به رعایت قوانین و مقررات کشور هستند. بنابراین، اصولاً طبق ماده ۳ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) قوانین جزایی درباره کلیه اشخاصی که در قلمروی حاکمیت ج.ا.م. مرتکب جرم شوند، اعمال می گردد. ولی این مورد شامل عموماً ماده مذکور نمی شود؛ زیرا ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) عبارت «فعل حرام» را به کار برده است.

۳. قسمتی از دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۴۱۰۱۴۰۴، تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۳۰، ش ۴۱، دادگاه تجدیدنظر تهران به نقل از: مجموعه آرای قضایی دادگاه های تجدیدنظر (کیفری)، ص ۲۹۵، ۱۳۹۱.

۲.۳.۳. تحقق شرط جریحه‌دار کردن عفت عمومی

قسمت دوم ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵)، جرم مستغنی را مطرح کرده است. چنانچه فعل حرام مستقلاً جرم‌انگاری نگردیده باشد، اصولاً قابل مجازات نیست. مگر اینکه موجب جریحه‌دار کردن عفت عمومی شود. در قسمت دوم ماده یاد شده آمده است: «... و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی‌باشد، ولی عفت عمومی را جریحه‌دار نماید، فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد».

منظور از جریحه‌دار کردن عفت عمومی چیست؟ یعنی موجب تأثر شدید و ناراحتی عفت عمومی گردد. مثل رابطه نامشروع در مکان عمومی که در جامعه ایرانی بسیار امر ناپسند و شیعی تلقی می‌شود و افراد از مشاهده این صحنه‌ها، شدیداً متأثر و ناراحت می‌شوند. به‌ویژه زمانی که همراه با خانواده خود و کودکان خردسال، شاهد چنین صحنه‌هایی باشند. مفهوم عفت عمومی، نیازمند توضیح است. با توجه به عنوان فصل هجدهم قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) و بررسی مواد ۶۳۷ تا ۶۴۰ قانون مذکور، منظور موارد ناظر به موضوعات جنسی است.

بنابراین، موضوعاتی را که ارتباطی با عفت عمومی ندارد، نمی‌توان طبق ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) مجازات نمود؛ مانند تظاهر به روزه‌خواری که موضوعی بی‌ارتباط با عفت عمومی است.

مثال دیگر، خالکوبی روی بدن است که خالکوبی در قوانین جزایی جرم‌انگاری نگردیده است. حتی خالکوبی تصاویر مستهجن، نظیر آلت تناسلی مردان یا بدن برهنه زنان، در قوانین جزایی پیش‌بینی نشده است. طبق قسمت دوم ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی تا زمانی که این تصاویر پوشیده است و دیگران آن را مشاهده نمی‌کنند، مرتکب، قابل مجازات نیست. ولی، چنانچه کسی آنها را در انظار دیگران آشکار نماید و بدین ترتیب عفت عمومی را جریحه‌دار نماید، طبق قسمت دوم ماده یاد شده، قابل مجازات خواهد بود.^۱

۱. در نظریه ۷/۹۵/۸۰۴ مورخ ۱۳۹۵/۴/۵، ح.ق. در این ارتباط آمده است: «اولاً: صرف خالکوبی در فقه امامیه حرام نیست. لیکن بنا بر فتوای اکثر فقهای معاصر، چنانچه موضوع خالکوبی عکس‌های مستهجن در مرئی و منظر دیگران یا اسامی که لمس آن‌ها بدون وضو یا غسل اشکال دارد باشد، حرام است. ثانیاً خالکوبی در قوانین جزایی جرم شناخته نشده است. مع الوصف، در صورتی که خالکوبی به نحوی انجام شده باشد که با توجه به آنچه در قسمت اولاً بیان شد، از نظر فقهی حرام باشد، چنانچه برابر ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ موجب جریحه‌دار شدن عفت عمومی شود. در این حالت جرم محسوب و مرتکب قابل مجازات خواهد بود که تشخیص مصداق با مرجع رسیدگی‌کننده»

مثال دیگر آن، عریان شدن در ملاً عام است. این فعل از نظر شرعی حرام، ولی در قوانین جزایی جرم‌انگاری نگردیده است. طبق قسمت دوم ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) چون این عمل موجب، جرحه‌دار شدن عفت عمومی است، قابل مجازات است. در یکی از آرای صادره آمده است:

«... اقدامات متهم در ظاهر شدن در ملاً عام به صورت برهنه بودن و این اقدام تحت عنوان جریحه‌دار کردن عفت عمومی و مشمول ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) است.»^۱

۲.۴. حضور در مجالس لهو و لعب:

دایر کردن مراکز فساد و فحشا طبق بند «الف» ماده ۶۳۹ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) جرم محسوب می‌شود و موجب حبس از یک تا ده ماه حبس است. حضور در این مجالس، هر چند از مصادیق فعل حرام می‌باشد، ولی فاقد وصف مجرمانه است. لذا، صرف حضور در این مجالس از مصادیق جرم، موضوع ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) نیست.^۲ ولی بعضاً آرای از محاکم صادر می‌گردد که به استناد منابع فقهی مرتکب را محکوم به مجازات تعزیری نموده‌اند. مثلاً در یکی از آرای صادره در این خصوص آمده است:

«... در خصوص اتهام ... دایر به ارتکاب فعل حرام از طریق حضور در مجلس لهو و لعب با توجه به محتویات پرونده ... مستنداً به مسئله چهارم از مبحث القول فی احکامه و بعض اللواحق از تحریر الوسیله حضرت امام (ره) حکم به محکومیت متهمان ... به پرداخت هر کدام پنج میلیون ریال جزای نقدی با احتساب ایام بازداشت قبلی در حق دولت صادر و اعلام می‌نماید...»^۳

→ است. در این ارتباط رک: دادنامه صادر توسط شعبه ۱۰۱۸ دادگاه عمومی جزایی تهران و شعبه ۴۲ دادگاه تجدیدنظر تهران مندرج در: منبع قبلی، ۱۳۹۱، ص ۲۲ و در مورد، پوشیدن لباس زنانه توسط مردان رک: همان، صص ۲۲ و ۲۳.

۱. قسمتی از دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۲۲۰۱۴۸۶ مورخ ۱۳۹۱/۲/۱۵، شعبه ۲۲ دادگاه عمومی جزایی تهران به نقل از: منبع قبلی (کیفری) ص ۴۱۱، ۱۳۹۱.

۲. حضور در این گونه مجالس، منطبق بر قسمت دوم ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) هم نیست، مگر اینکه این مجالس در اماکن عمومی و در منظر دیگران برقرار گردد. مثلاً در هنگام جشن‌های چهارشنبه سوری یا ۱۳ بدر، ممکن است در پارک‌ها خیابان‌ها و سایر مکان‌های عمومی، این گونه مجالس برقرار شود. در این صورت منطبق بر قسمت دوم ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) خواهد بود.

۳. دادنامه صادره از شعبه ۱۰۹۰ دادگاه عمومی جزایی تهران که عیناً توسط شعبه ۲۱ دادگاه تجدیدنظر ابرام گردیده است. به نقل از منبع قبلی (کیفری)، ۱۳۹۱ صص ۲۱ و ۲۲. در دادنامه مشابه دیگری، دادگاه رسیدگی‌کننده بدین شرح اظهار نظر می‌نماید: «در خصوص اتهام ... مبنی بر ارتکاب فعل حرام (متهمین) ←

دادگاه یاد شده به جای استناد به مواد قانونی به عبارتی از تحریرالوسیله امام خمینی استناد کرده است. در حالی که خود ایشان، قضات مأذون و غیرمجتهد را ملزم ساخته که فقط طبق قانون حق صدور حکم دارند و حق رجوع به منابع فقهی را ندارند.

۲.۴.۱. اقرار به نصاب قانونی در جرایم مستوجب حد:

در جرم‌های زنا، لواط، تفخیز و مساحقه، طبق ماده ۱۷۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، چهار بار اقرار لازم است. اقرار کمتر از ۴ مرتبه موجب اثبات حد در جرایم مذکور نمی‌شود. ولی اقرار کننده طبق ماده ۲۳۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجه ۴ محکوم می‌شود. این ماده از مصادیق تعزیر منصوص شرعی عنوان شده است.^۱ محقق حلی در این باره می‌نویسد: «وَلَوْ أَقَرَّ دُونَ الْارْبَعِ، لَا يَجِبُ الْحَدُّ، وَ وَجِبَ التَّعْزِيرُ».^۲ تعزیر در موارد فوق به دلیل احراز گناه و فسق توسط مرتکب است. ولی این دیدگاه در تعارض با اصل برائت و قاعده درء است، ضمن این که در تعارض با سیره پیامبر اکرم (ص) در قضیه ماعز بن مالک^۳ می‌باشد. که بعد از هر بار اقرار، حضرت (ص) از اجرای هر گونه مجازات خودداری کردند و بعد از اقرار برای بار چهارم، حد را جاری کردند.^۴

→ ردیف‌های اول و دوم به واسطه تشکیل پارتی و مهمانی مختلط و سایر متهمین به واسطه حضور در جشن مختلط بدون رعایت شئون اسلامی) ... به استناد مسئله چهارم از باب لواحق حد مسکر از تحریرالوسیله حضرت امام خمینی حکم به محکومیت متهمین ... صادر و اعلام می‌گردد...». قسمتی از دادنامه شماره ۱۸۴ مورخ ۱۳۹۱/۲/۱۸، شعبه ۱۰۸۸ دادگاه عمومی جزایی تهران که توسط شعبه ۳۱ دادگاه تجدیدنظر تهران با اصلاحاتی ابرام گردیده است. به نقل از منبع قبلی، (کیفری)، ۱۳۹۱، صص ۱۰۷ و ۱۰۸. در این دادنامه نیز به تحریرالوسیله و ماده ۷۰۲ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) استناد شده است، ولی دادگاه تجدیدنظر آنها را به ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی (۱۳۷۵) اصلاح نموده است.

۱. زجاجی، حمیدرضا / مالمیر، محمود: *مطالعه تعزیرات منصوص شرعی در فقه و حقوق کیفری ایران*، مندرج در مجله پژوهش حقوق کیفری، سال هفتم، شماره ۲۷، تابستان ۱۳۹۸، ص ۱۵۸.

۲. منبع قبلی، ج ۴، ص ۹۳۴.

۳. این نظریه توسط فقیهان امامیه نیز مطرح شده، دلیل آنان این است که یک بار اقرار دلالت بر ارتکاب گناه توسط مرتکب دارد، هر چند اجماعی در این مسئله وجود ندارد و روایتی هم آن را تأیید نمی‌کند... رک. نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۲۸۲.

۴. حر عاملی، منبع قبلی، ج ۱۸، ص ۳۷۶.

- شهید ثانی، *روضه البهیة*، ج ۳، کتاب القضاء، صص ۹۲ و ۹۳. حضرت علی (ع) نیز به همین شیوه عمل کردند. رک. کلینی، فروع کافی، ج ۷، ص ۱۸۸، روایات مذکور دلالت بر مغایرت حکم صادره ۲۳۲ قانون ←

نتیجه گیری

اصل قانونی بودن مجازات‌ها، بنیان حقوق کیفری را تشکیل می‌دهد، این اصل استثناپذیر است و با هیچ قاعده مستقل فقهی قابلیت نقض ندارد. ضمن اینکه در شریعت اسلامی نیز قبل از اینکه نظام‌های حقوقی عرفی آن را بپذیرند، مطرح شده است. بعد از پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷، اصل ۳۶ قانون اساسی، صراحتاً آن را مطرح ساخت و در قوانین مجازات اسلامی نیز، پذیرفته است. موارد نقض این اصل در قوانین موضوعه، با تصویب هر قانون مؤخری رفته‌رفته کاهش یافته است. بدیهی است، هیچ نظام مدرن جزایی را نمی‌توان براساس نقض این اصل بنیان نهاد و حقوق طبیعی آحاد شهروندان را بدین وسیله تهدید نمود.

مواد ۲، ۱۸، ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، هرگونه تردید در استناد به منابع فقهی در تعیین تعزیرات منصوص شرعی را برطرف ساخته است.

شناسایی مصادیق قانونی تعزیرات منصوص شرعی دارای آثار مهمی درباره محاسبه مدت حبس به جای شلاق موضوع ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مرور زمان، تعلیق اجرای مجازات، منع مجازات دوباره، تعویق صدور حکم، کاهش و تخفیف مجازات و غیره دارد.^۱ در حالی که قابلیت ارجاع به منابع فقهی در این باره برخلاف اصول حقوق کیفری مانند اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری و تفسیر به نفع متهم می باشد و محدودیت‌های فراوانی جهت برخورداری متهمان از قواعد ارفاقی ایجاد می‌کند.

به کارگیری این اصطلاح می‌تواند نوعی بدعت در فرآیند قانون‌گذاری ایجاد نماید. به همین جهت تا زمان اصلاح مقررات قانونی لازم است، شناسایی مصادیق آن محدود به دو شرط اساسی

→ مجازات اسلامی (۱۳۹۲) با سیره قطعی پیامبر اکرم (ص) و حضرت علی (ع) دارد. این روایات مطابق با اصل برائت، قاعده درء و اصول حقوق کیفری مبنی بر تفسیر به نفع متهم و اصل بزه‌پوشی در اسلام می‌باشد.

۱. فقهاء شورای نگهبان، به همین جهت تأکید بر تفکیک تعزیرات منصوص شرعی از غیر منصوص داشته‌اند. مثلاً در هنگام بررسی ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی در خصوص مرور زمان، آیت الله مدرسی یزدی، احکام این ماده را در خصوص تعزیر منصوص مغایر با شرع اعلام می‌کند. در خصوص مواد ۳۹ و ۴۵ همان قانون در خصوص تخفیف و تعویق صدور، مرحوم آیت الله شاهرودی این موارد را شامل تعزیرات منصوص ندانستند. اشکال سایر فقهاء نیز مطرح که نهایتاً به منظور تأمین نظرات فقیهان شورای نگهبان منجر به الحاق تبصره ۲ به ماده ۱۱۵ گردید. در این ارتباط رک: مشروح مذاکرات مورخ ۱۳۸۸/۷/۸، ۱۳۸۸/۷/۵، ۱۳۸۸/۸/۲۰ و ۱۳۸۸/۹/۲۸، شورای نگهبان مندرج در مبانی نظرات شورای نگهبان در خصوص قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، انتشارات پژوهشکده شورای نگهبان به قلم: محمدصادق توکل‌پور، مصطفی مسعودیان و کاظم کوهی. چاپ اول، تابستان ۱۳۹۷.

باشد، شرط اول، در قوانین جزایی مستقل این مصادیق بیان و نوع مجازات آن‌ها مشخص گردد. در صورت فقدان نص قانونی، نمی‌توان هیچ رفتاری را تحت عنوان تعزیرات منصوص شرعی مجازات نمود.

شرط دوم، شناسایی مصادیق و تطبیق آن با مقررات قانونی، مستلزم وجود احادیث صحیحی است که برای یک رفتار مجازاتی با حدائق و حداکثر تعیین نموده است. براساس عبارات کلی «عَزَّرَ»، «يُعَزِّرُ» و عبارات مشابه، نمی‌توان یک رفتار را از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی قرار دهد. مانند حکم پیش‌بینی در ماده ۲۵۳، و تبصره ماده ۲۶۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) که نمی‌توان آن‌ها را از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی دانست. زیرا، روایاتی در تعیین مجازات برای آن‌ها وجود ندارد و صرفاً در روایت از امام صادق (ع) در این باره آمده است: «يُذَرُّ عَنْهُمَا الْحَدُّ وَيُعَزَّرَانِ»^۱ صرفاً امکان تعزیر پیش‌بینی شده است که از مصادیق عام تعزیر شرعی است.

۱. شیخ حر عاملی، همان منبع، ص ۱۸، ۴۵۱. در حدیث مشابهی آمده است: «فَدَرَأَ عَنْهُمَا الْحَدَّ وَ عَزَّرَ هُمَا» تبصره ماده ۲۵۱ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) نیز از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی نیست. زیرا، هیچ روایتی در این خصوص وجود ندارد. شش حدیث در کتاب وسائل در این ارتباط وجود دارد که در ۵ روایت، فقط آمده است که هر کس غیر بالغی را قذف نماید، حد نمی‌خورد و در خصوص امکان تعزیر مطلبی نیامده است. در حدیث پنجم از شش حدیث عباراتی وجود دارد که دلالت بر مفاد ماده مذکور ندارد. امام صادق (ع) فرمودند: «كُلُّ بَالِغٍ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ أَفْتَرَىٰ عَلَىٰ صَغِيرٍ أَوْ كَبِيرٍ أَوْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ أَوْ مُسْلِمٍ أَوْ كَافِرٍ أَوْ حُرٍّ أَوْ مَمْلُوكٍ فَعَلِيهِ حَدُّ الْفَرِيَّةِ وَ عَلَىٰ غَيْرِ الْبَالِغِ حَدُّ الْإِدْبِ». (وسائل، ج ۱۸، ص ۴۴). روایت فوق ناظر به موردی است که غیر بالغ کسی را قذف نماید و بر این که تعزیر قذف نابالغ دلالتی ندارد. شیخ صدوق در ذیل روایت نوشته است: «إِجَابَ الْحَدَّ عَلَىٰ مَنْ قَذَفَ غَيْرَ الْبَالِغِ مَحْمُولٌ عَلَىٰ مَنْ نَسَبَ الزَّوْنَةَ إِلَىٰ أَحَدِ ابْوَيْهِ، وَ إِجَابَهُ عَلَىٰ مَنْ قَذَفَ كَافِرًا مَحْمُولٌ عَلَىٰ مَنْ كَانَتْ أُمُّهُ مُسْلِمَةً أَوْ عَلَىٰ التَّعْزِيرِ». شیخ صدوق، من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص ۲۶. در خصوص ماده ۲۵۳ قانون مجازات اسلامی (۱۳۹۲) نیز در روایات فقط آمده که حد زده نمی‌شود و تعزیر مرتکب پیش‌بینی نشده است. رک. حر عاملی، همان منبع، ص ۴۳۹.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. اردبیلی، محمدعلی، *حقوق جزای عمومی*، جلد ۳، نشر میزان، چاپ بیستم، ۱۳۹۹.
۲. ریاضت، زینب، مبانی تحول مجازات‌های تعزیری، کتاب در دست انتشار.
۳. شمس ناتری، محمدابراهیم، / ریاضت، زینب و همکاران: *قانون مجازات اسلامی در نظام کنونی*، ج اول، صص ۲۵۸-۳۳۸-۳۴۲، نشر میزان، ۱۳۹۲.
۴. کاتوزیان، ناصر، *مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران*، شرکت سهامی انتشار، چاپ هفتاد و دوم، ۱۳۸۸.
۵. محبی، جلیل و ریاضت، زینت، *شرح قانون مجازات اسلامی*، جلد ۱ و ۲، چاپ اول، ۱۳۹۷، نشر میزان.
۶. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه - بخش جزایی*، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۷. نجفی ابرندآبادی، علی حسین، *بایسته‌های پژوهش در نظام عدالت کیفری*، صص ۱۱ - ۱۹ زیر نظر، دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی، اداره کل دفتر آموزش و پژوهش سازمان قضایی نیروهای مسلح، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۹۲.

مقاله‌ها

۸. افتخار جهرمی، گودرز، *اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها و تحولات آن*، مجله تحقیقات حقوقی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، بهار - تابستان ۱۳۷۸، شماره ۲۶-۲۵.
۹. برهانی، محسن و مریم نادری فرد، *تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی*، مجله پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، بهار ۱۳۹۴، شماره ۱۰.

۱۰. زجاجی، حمیدرضا/ مالمیر، محمود: **مطالعه تعزیرات منصوص شرعی در فقه و حقوق کیفری ایران**، پژوهش حقوق کیفری، سال هفتم، شماره ۲۷، تابستان ۱۳۹۸، صص ۱۳۱ تا ۱۶۳.
۱۱. ساداتی، سید محمد مهدی، محمدهادی صادقی و صمد غلامیان زالی، تأملی بر بسط آثار و مصادیق حدود در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مجله فقه و اصول، دانشگاه فردوسی مشهد، سال ۵۱، پاییز ۱۳۹۸، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۸.
۱۲. ساریخانی، عادل / توکل پور، محمدهادی: **مفهوم شناسی «تعزیرات منصوص شرعی» با تأکید بر نظرهای شورای نگهبان**، فصل نامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، تابستان ۱۳۹۵، شماره ۱۴، صفحات ۹۵ تا ۱۱۵.

ب) منابع عربی

۱۳. تبریزی، میرزا جواد، **أسس الحدود و التعزیرات**، قم، انتشارات حمید، الطبعة الاولى، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۱۴. جعی عاملی، زین الدین بن علی (معروف به شهید ثانی)، **مسالك الافهام فی شرائع الاسلام**، جلد ۱۴، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ الاولى، ۱۴۱۳ هـ.ق.
۱۵. حلّی، جعفر بن الحسن (معروف به محقق حلّی)، **شرائع الاسلام**، جلد ۴، مع تعلیقات، السید صادق الشیرازی، مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ الثانیة، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۱۶. خمینی، روح الله: **تحریر الوسیله**، دو مجلد، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۶۴.
۱۷. خویی، سیدابوالقاسم: **مبانی تکملة المنهاج**، ۲ مجلد، المطبعة الثانیة، مطبعة الآداب - نجف الاشرف، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۱۸. صافی گلپایگانی، لطف الله، **التعزیر (انواعه و ملحقاته)**، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۴ هـ.ق.
۱۹. العاملی، محمد بن مکی (معروف به شهید اول): **القواعد و الفوائد**، ج دوم، مکتبه المفید قم، ۱۴۰۰ هـ.ق.
۲۰. مکارم شیرازی، ناصر، **انوار الفقاهة، کتاب الحدود و التعزیرات**، المجلد الاول و الثانی، الطبعة الاولى، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۴۱۸ هـ.ق.

۲۱. الموسوی الاردبیلی، سید عبدالکریم، **فقه الحدود والتعزیرات**، قم: منشورات مکتبه امیرالمؤمنین، الطبعة الاولى، ۱۴۱۳ هـ.ق.

۲۲. نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، جلد ۴۱، چاپ: الثانية، تحقیق محمود قوچانی، مؤسسه فقه الشیعه من القرن الثامن، ۱۳۶۳، هـ.ش.

