



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد نورآباد ممسنی

دانشکده ی تحصیلات تکمیلی

رشته تحصیلی: حقوق

گرایش: جزا و جرم شناسی

عنوان:

بررسی و تحلیل کیفری مجازات های تعزیری و بازدارنده و تبدیل آنها در قانون

مجازات اسلامی جدید و سابق

پژوهشگر:

کوروش گودرزی

هیئت داوران:

راهنما: دکتر ارسلان کوشا

داور: دکتر محمد مقدم فرد

داور: دکتر محمد باقر فیجان

باسمه تعالی

## تعهد نامه اصالت رساله یا پایان نامه

اینجانب **کوروش گودرزی** دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق جزا و جرم شناسی که در تاریخ ۹۷/۱۱/۱۰ از پایان نامه خود تحت عنوان "بررسی و تحلیل کیفی مجازات های تعزیری و بازدارنده و تبدیل آنها در قانون مجازات اسلامی جدید و سابق" با کسب نمره ۱۷/۹۰ و درجه خوب دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم:

۱- این پایان نامه/ رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و.....) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.

۲- این پایان نامه/ رساله قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

۳- چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و.... از این پایان نامه را داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تحصیلات تکمیلی نورآباد ممسنی مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

۴- چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

کوروش گودرزی

تاریخ و امضاء:

## واگذاری حقوق

---

کلیه حقوق برگرفته از نتایج مطالعات، ابتکارات و نوآوری‌های این پایان‌نامه متعلق به دانشگاه آزاد اسلامی واحد نورآباد ممسنی است.



**دانشگاه آزاد اسلامی**  
**واحد نورآباد ممسنی**  
**دانشکده ی تحصیلات تکمیلی**

**پایان نامه برای دریافت درجه ی کارشناسی ارشد «M.A.»**

**رشته تحصیلی: حقوق**  
**گرایش: جزا و جرم شناسی**

**عنوان:**

**بررسی و تحلیل کیفی مجازات های تعزیری و بازدارنده و تبدیل آنها در**  
**قانون مجازات اسلامی جدید و سابق**

**استاد راهنما:**

**دکتر ارسلان کوشا**

**پژوهشگر:**

**کوروش گودرزی**

**زمستان ۱۳۹۷**

## سپاس‌گزاری:

به مصداق ((من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق))؛ در این کوچک جای، مراتب سپاس‌گزاری و ارادت خود را نسبت به استاد راهنما، جناب آقای دکتر ارسلان کوشا، که همراهی است توانمند؛ که نهایت تقدیر و تشکر را از ایشان ابراز می‌دارم. باشد که تمام قدم‌هایشان پلی باشد برای ارتقاء علم و دانش، چونان پلی که مرا ساختند همچنین تقدیر و تشکر از همکاران محترم که مرا که در این راه همراهی و یاری نموده‌اند.

تقدیم به:

پدر و مادرم چراغ های روشن زندگیم ، خواهران و برادرانم و کلیه دوستانم که در این راه مرا یاری کرده اند .



## فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	چکیده.....
۲	فصل اول : کلیات تحقیق.....
۳	۱-۱-مقدمه.....
۶	۱-۲-بیان مساله.....
۹	۱-۳-اهمیت و ضرورت تحقیق.....
۱۱	۱-۴-اهداف تحقیق.....
۱۱	۱-۴-۱-هدف علمی تحقیق.....
۱۱	۱-۴-۲-اهداف کاربردی.....
۱۱	۱-۵-سوالات تحقیق.....
۱۱	۱-۵-۱-پرسش اصلی تحقیق:.....
۱۱	۱-۵-۲-سوالات فرعی.....
۱۲	۱-۶-فرضیات تحقیق.....
۱۲	۱-۶-۱-فرضیه اصلی.....
۱۲	۱-۶-۲-فرضیات فرعی.....
۱۲	۱-۷-سوابع تحقیق.....
۱۹	۱-۸-روش تحقیق.....
۲۰	فصل دوم مفاهیم و مبانی نظری پژوهش.....
۲۱	۲-۱-مفاهیم.....

- ۲۱-۱-۱-۲- مفهوم تعزیر..... ۲۱
- ۲۲-۱-۲- مفهوم جرم..... ۲۲
- ۲۲-۱-۲-۱- مفهوم لغوی جرم..... ۲۲
- ۲۳-۱-۱-۲- تعریف اصطلاحی جرم:..... ۲۳
- ۲۳-۱-۲- تعریف جرم از دیدگاه های مختلف..... ۲۳
- ۲۳-۱-۲-۱- تعریف جرم از نظر فقها..... ۲۳
- ۲۴-۱-۲-۲- تعریف جرم از دیدگاه حقوق دانان..... ۲۴
- ۲۵-۱-۲- شناخت مفهوم مجازات..... ۲۵
- ۲۶-۱-۲-۴- اصول حاکم بر مجازاتها..... ۲۶
- ۲۶-۱-۲-۴-۱- اصل قانونی بودن مجازات..... ۲۶
- ۲۷-۱-۲-۴-۲- اصل تساوی..... ۲۷
- ۲۷-۱-۲-۴-۳- اصل شخصی بودن مجازات..... ۲۷
- ۲۸-۱-۲-۴-۴- اصل فردی کردن مجازات..... ۲۸
- ۲۹-۱-۲-۵- مفهوم اصل فردی کردن مجازات..... ۲۹
- ۳۱-۲-۲- مبانی نظری تحقیق..... ۳۱
- ۳۱-۱-۲-۲- انواع تعزیرات..... ۳۱
- ۳۲-۲-۲-۲- تعزیرات مقدر و نامقدر..... ۳۲
- ۳۳-۱-۲-۲-۲- مصادیق نظریه اسباب و واکنش ها در تعزیرات مقدر..... ۳۳
- ۳۷-۲-۲-۲-۲- نظریه امکان یا عدم امکان تقدیر همه تعزیرات..... ۳۷
- ۴۰-۲-۲-۳- نظریه تعزیرات شرعی و حکومتی..... ۴۰
- ۴۴-۲-۲-۴- نظریه نسبت مجازات های بازدارنده با تعزیرات شرعی مقدر و نامقدر..... ۴۴
- ۴۶- فصل سوم ضرورت وجودی و مبنایی مجازات های بازدارنده..... ۴۶
- ۴۷-۱-۳- تفاوت های کلی تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده..... ۴۷

- ۳-۲-فقه جزایی و حقوق کیفری اسلامی..... ۴۷
- ۳-۳-ضرورت مجازات های بازدارنده..... ۵۱
- ۳-۴- تمایز مبانی مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی..... ۵۴
- ۳-۴-۲- دفع مفسده یا واکنش در برابر اعمال قبیح..... ۵۹
- ۳-۵-افتراق تاریخی تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده..... ۶۲
- ۳-۵-۱- شیعه و حکومت..... ۶۲
- ۳-۵-۲- مهدویت..... ۶۳
- ۳-۵-۳- شکل گیری مباحث پیرامون امام عادل..... ۶۵
- ۳-۵-۴- دوره های تاریخ فقه سیاسی..... ۶۶
- ۳-۵-۵- سیاسی شدن نهاد روحانیت..... ۶۹
- ۳-۵-۶- پیدایش نظریه سیاسی در فقه شیعه..... ۷۱
- ۳-۵-۷- جمهوری اسلامی ایران و قانونگذاری جزایی به سبک اسلامی..... ۷۲
- فصل چهارم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و مجازات بازدارنده..... ۷۴
- ۴-۱-موارد تعمد در تمایز..... ۷۵
- ۴-۱-۱- اسباب مجازات در تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده..... ۷۶
- ۴-۱-۲- عطف به ما سبق نشدن قوانین جزایی و قاعده قبح عقاب بلا بیان..... ۸۲
- ۴-۱-۳- نسخ قانون..... ۸۷
- ۴-۱-۴- عدم نسخ ماده ۶۳۸ کتاب پنجم..... ۹۰
- ۴-۲- وجوه غفلت از تمایز..... ۹۶
- ۴-۲-۱- توبه..... ۹۷
- ۴-۲-۲- مرور زمان..... ۱۰۰
- ۴-۲-۳- شهادت بر شهادت..... ۱۰۸
- فصل پنجم نتیجه گیری و پیشنهادات..... ۱۱۲

- ۱-۵- نتیجه گیری..... ۱۱۳
- ۲-۵- پیشنهادات..... ۱۱۳
- منابع و مأخذ..... ۱۲۰
- منابع فارسی..... ۱۲۰
- الف) کتاب‌ها..... ۱۲۰
- منابع عربی..... ۱۲۵
- ج) پایگاه های اینترنتی..... ۱۲۶

## چکیده

بررسی و تحلیل کیفی مجازات های تعزیری و بازدارنده و تبدیل آنها در قانون مجازات اسلامی جدید و سابق می باشد. تمام جرایمی که نوع و میزان مجازات آنها توسط قانونگذار (حکومت به معنی عام کلمه) تعیین شده است نه شرع، مجازات بازدارنده است مانند مجازات های مذکور در کتاب پنجم از قانون مجازات اسلامی و این مجازاتها به لحاظ اینکه نوع و میزان و تعداد آنها از طرف شرع معین نشده است، مشمول عنوان تعزیر نیز است. از آنجا که مجازات های بازدارنده در فقه و در حقوق ما سابقه ندارد ماهیت آن دارای ابهام است لذا در خصوص آن تعابیر مختلفی صورت گرفته است مجازات بازدارنده همان تعزیر است که براساس قاعده فقهی (التعزیر بما یراه الحاکم) فقها می توانند نسبت به اعمالی که در شرع گناه محسوب می شود اجرا کنند. در مورد ماهیت مجازات بازدارنده نظرهای مختلفی ارائه شده به نظر می رسد مجازات بازدارنده همان تعزیر است و از مصادیق ملاک دوم تعزیر که عبارت است از ارتکاب رفتار مفسده آمیز و مغایر با مقررات و نظامات حکومتی، می باشد. لذا مجازات بازدارنده زیرمجموعه و تحت عنوان کلی تعزیر است و احکام تعزیرات بر آن بار می شود. در اینجا تعزیرات عام است و به دو بخش تعزیرات شرعی و تعزیرات حکومتی بر حسب ملاکات آن تقسیم می شود و مجازات بازدارنده خاص است، جزء همان بخش دوم تعزیرات یعنی تعزیرات حکومتی می باشد. مجازات بازدارنده در مقابل رفتار افرادی اعمال می شود که از نظر شرعی و نصوص اولیه مرتکب گناه نشده اند ولی رفتار آنها منجر به اختلال در نظام اجتماعی و ایجاد مفسده عمومی در جامعه اسلامی می شود. مجازات های بازدارنده به عنوان بازتاب عقلانیت بشری در حوزه حفظ و پاسداری از حکومت و دوام و بقای آن و همچنین تنظیم روابط اجتماعی از جایگاه ممتاز و ویژه ای برخوردار هستند. در تاریخ اسلام به کرات با مجازات ها و احکامی برخورد می کنیم که جنبه موقتی داشته و صرفاً بر اساس مقتضیات زمان و مکان صادر و اجرا شده اند. میزان کیفر برخی از جرائم تعزیری در روایات تعیین شده است. فقیهان گاه از این موارد، با عنوان تعزیرات منصوص یا تعزیرات معین یاد کرده اند. وجود چنین مجازات هایی بر ابهام شمارگان حدود افزوده و سبب تشتت آرای فقیهان در تعزیری یا حد قلمداد کردن این دسته از مجازات ها شده است. پرسش اصلی در باره این موارد، روشن ساختن چستی میزان مجازات در این جرائم، و ثبات یا تغییر بر داری کیفرهای پیش بینی شده است. این مجازات ها در اغلب موارد حتی واجد خصیصه معصیت بودن نیز نیستند و صرفاً برای انتظام امور و به طور موقت اعمال شده اند. در اینکه این دسته از مجازات ها قسمی از تعزیرات بوده و بازتاب قدرت و تهور مکتب اسلام در رویارویی با وقایع و حوادث هر عصری هستند شک و شبه ای نیست. آنچه در این پژوهش مورد نظر ماست ضرورت پرداختن به مجازات های بازدارنده یا همان تعزیرات حکومتی با تأکید بر تمایز آن ها از تعزیرات شرعی است. خلط مفهوم مجازات های بازدارنده با تعزیرات شرعی به معنای نادیده انگاشتن موجبات و ضرورت هایی است که تفکیک میان مجازات های بازدارنده و تعزیرات را در بستر قانونگذاری جوامع مدرن و امروزی ایجاب می کند.

**واژگان کلیدی:** مجازات های تعزیری، بازدارنده، قانون مجازات اسلامی جدید و سابق

# فصل اول :

## کلیات تحقیق

هدف از این پژوهش اولاً تحلیل تحولات در حوزه ادراک و دریافت قانونگذار اسلامی ایران از قلمروی نظام تعزیرات در سال ۱۳۹۲، ثانیاً تبیین مبانی و ضرورت تمایز تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده و ثالثاً بررسی موضع قانونگذار سال ۱۳۹۲ در خصوص مفهوم مجازات های بازدارنده است. با درک این سه مسئله به شناختی ژرف تر و اصولی تر از نظام تعزیرات شیعی از یک سو، و تفکیک این نظام به دو زیر شاخه تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده یا تعزیرات حکومتی دست خواهیم یافت. با پذیرش این دیدگاه کلی که بواسطه فراخ کردن نگاه سنتی به فقه و تبیین نظام تعزیرات به عنوان یکی از مهمترین شاهراه های تغییر و تحول در فقه جزایی اسلام که عقلانیت از نوع بشری را تا حد بسیار زیادی به رسمیت می شناسد می توان مسیر تحول، نوآوری و خلاقیت را در حقوق جزای ایران اسلامی هموار نمود.

پرسش نهایی این تحقیق اینجاست: «با توجه به تمایز مبنایی مجازات های بازدارنده از تعزیرات شرعی سرانجام مجازات های بازدارنده در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ چیست؟»

اما پاسخ دادن به این پرسش خود منوط به شناخت دقیق و موشکافانه نظام تعزیرات در فقه شیعه و قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از یک سو و ماهیت و ضرورت وجودی مجازات های بازدارنده از سوی دیگر است. اینکه آیا می توان در بادی امر مجازات های بازدارنده را جزئی از نظام کلی تعزیر قلمداد کرد پرسشی است که در دو دهه گذشته پاسخ های متفاوتی بدان داده شده، اما اینکه آیا تعزیر قلمداد کردن این مجازات ها مستلزم بینش دقیق و عقلانی به ماهیت و تمایزات این دسته از مجازات ها نیز هست، امری است که چندان مورد عنایت جامعه حقوقی و فقهی کشور قرار نگرفته است. بر این اساس پرسش های دیگری که در تبیین ماهیت و ضرورت وجودی این دسته از مجازات ها در این پژوهش پاسخ داده می شوند از این قرارند: جایگاه مجازات های بازدارنده در نظام کلی تعزیر چیست؟ ضرورت وجودی این دسته از مجازات ها چیست؟ آیا این مجازات ها از حیث مبانی با سایر انواع تعزیر تفاوت دارند؟ جرائمی که مستوجب مجازات های بازدارنده هستند واجد چه ویژگی های غیر فقهی هستند که می بایست از تعزیرات شرعی تمایز داده شوند؟ نگاه قانونگذار جزایی سال ۱۳۹۲ به این موضوع و وجوه تمایز آن با تعزیرات شرعی چگونه است؟

آنچه پیچیدگی مفهوم «مجازات اسلامی» را در دوران پس از انقلاب اسلامی ایران به عینه نشان داده تفاوت دیدگاه های فقهی در خصوص مفهوم، قلمرو و موجبات تعزیر است. تعزیر، به عنوان یکی از معدود عناوین نامعین<sup>۱</sup> واکنش های واجد خصیصه کیفری اسلامی به دو دلیل در دوران پس از انقلاب ایران مورد مناقشات و جدال های طولانی و گاه بی فرجام قرار گرفته است. اول به دلیل لزوم بر عدم تحدید نوع واکنش توسط شخصی غیر از قاضی رسیدگی کننده به دعوا (با پیروی از قاعده التعزیر بما یراه الحاکم)، و دوم به دلیل آراء برخی فقهای متأخر مبنی بر محدود نبودن موجبات تعزیر به معاصی (اعم از صغیره یا کبیره). این دو عامل در دهه شصت که می توان آن را دهه قانونگذاری اسلامی ایران نامید اعضای قوه مقننه ایران را به چالشی نگران کننده و بغرنج رهنمون شد. از یک سو تأکید مجلس شورای اسلامی مبنی بر وجوب رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات و از دیگر سو اصرار قاطع شورای نگهبان بر لزوم وفاداری به ماهیت غیرقابل تعیین تعزیر.

مسئله پیچیده ای بود و به واقع باید اعتراف کرد هر دو شوری در پاسداری و دفاع از ادعای خویش به طرزی باورنکردنی محق به نظر می رسیدند. از یک طرف پیامدهای عدم رعایت اصل قانونی بودن جرم و مجازات به تجربه هم در ایران و هم در دیگر دولت ها ثابت شده بود و از طرفی دیگر قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» به معنای آزادی اراده قاضی در تعیین هر نوع واکنشی علیه مرتکب (معصیت یا جرم) با تعیین و تحدید نوع واکنش عملاً ماهیت ذاتی خود را از دست می داد. صرفنظر از بی تجربگی ها و تزلزلی که در تدوین و تصویب کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی سابق و درک و دریافت قوه مقننه ایران از نظام تعزیرات ملاحظه می شود، تاریخ تحولات فقه شیعه در صد ساله اخیر، قرائت ناصواب از دین در قلمروی حکومت و قانونگذاری و بداعت احکام حکومتی فقهی با خصیصه جزایی در این برهه از تاریخ کشورمان، در خلط مفاهیم و مصادیق تعزیرات شرعی و حکومتی بی تأثیر نبوده است.

---

<sup>۱</sup> توضیح اینکه مصادیق متعددی از واکنش های نامعین واجد خصلت کیفری را در امور حسبه می توان مشاهده کرد که از همان زمان پیامبر در جامعه اسلامی رایج بوده و پیامبر و حضرت علی (ع) در موارد متعددی به این واکنش ها اقدام کرده اند. (برای یافتن مصادیق و خصوصیات بیشتر رک به: شیخ المنتظری، دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، ج ۲، صص ۲۶۳-۲۷۰) در اینکه حسبه از جمله تعزیرات است در کتب فقهی تصریحی مشاهده نمی شود اما از حیث مبانی میان این دو تفاوت آشکاری نیز مشاهده نمی گردد. برخی معتقدند نهاد حسبه پیش از اسلام وجود داشته و «اصطلاح محتسب درست ترجمه اقتباسی از اصطلاح پیش از اسلام برای ناظر بازار است.» به اعتقاد ایشان «هنگامی که فقیهان بر نهاد موجود محتسب چنگ انداختند تنها چهارچوب پنداری خود را بر آن تحمیل کردند.» (برای اطلاع بیشتر رک به: سَری، ابوالقاسم، منصب محتسب در ایران، حکومت اسلامی، سال چهارم، ش سوم، (۱۵۱)



مشکلات مجلس و شورای نگهبان در ادراک ناهماهنگ از نظام تعزیرات با اقدام مجلس در خلق عنوان بدیع «مجازات های بازدارنده» در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ و تعیین حد و مرزی برای واکنش های تعزیری میان اقل و اکثر و قابلیت تخفیف و تبدیل آن ها و همچنین پذیرش تأسیساتی نظیر آزادی مشروط و تعلیق مجازات و مواردی از این دست به ظاهر حل شد. اما این تنها ظاهر ماجرا بود و مشکل نه تنها با این ترفند حل نشد که دامنه دارتر هم شد. تعیین مصادیق تعزیر و مجازات های بازدارنده با توجه به تفاوتی که در برخی قواعد حاکم بر آن ها وجود داشت نظیر مجازات های تبعی و تکمیلی و مرور زمان و تعیین حق الهی یا حق الناسی بودن جرایم مندرج در کتاب پنجم قانون، محاکم را با اختلاف نظرها و مشکلات فراوانی مواجه ساخت و منجر به صدور آراء وحدت رویه زیادی شد که همگی برای برون رفت از بحران تعارض در آرا (یعنی همان علتی که در آغاز سبب معین کردن میزان و نوع تعزیر در قانون مجازات اسلامی شد) بکار گرفته شدند. معهدا انتقادات به کتاب پنجم همچنان پابرجا بود. سعه قلمروی تعزیر و اخلاف فقها بر سر مبانی آن که عملاً امکان پیروی از نظر فقهای متأخر و توسیع قلمروی تعزیر را فراهم می ساخت بسیاری حقوقدانان را به واکنش های تند و گاه کوبنده علیه کتاب پنجم قانون مجازات و عنوان خاص مجازات های بازدارنده برانگیخته بود و این انتقادات تا زمان طرح قانون جدید در مجلس به قوت خود باقی ماند. مجلسی ها در پاسخ به این انتقادات این بار به کلی نام مجازات های بازدارنده را از کلیات قانون حذف کرده و عنوان عام تعزیر را برگزیدند. گرچه در طی این جدال ها و مباحث دامنه دار پرداختن به مفهوم واقعی تعزیر و جایگاه و نقش قاضی اسلامی در رسیدگی به اعمال مستوجب تعزیر عملاً به بوته فراموشی سپرده شد معهدا در خصوص قلمرو و مبانی تعزیر مباحث بسیاری مطرح گردید. حال پرسش اساسی در این فصل این است که آیا با توجه به تغییر موضع قانونگذار سال ۱۳۹۲ در خصوص تعزیرات می توان مجازات های بازدارنده را ذیل عنوان کلی تعزیر قرار داد؟ آیا چنین اطلاقی با مبانی تعزیر و همچنین قاعده التعزیر بما یراه الحاکم مبیئتی ندارد؟ پرسش دیگری که می خواهیم بدان بپردازیم این است که در صورت پذیرش مجازات های بازدارنده به عنوان قسمی از تعزیرات، رابطه و نسبت این مجازات ها با تعزیرات شرعی به مفهوم فقهی و سنتی اش چگونه می تواند باشد؟ آیا این دو با هم یکسان هستند یا اختلافاتی دارند که لزوم پرداختن دقیق به این اختلافات را به ما گوشزد می کند؟

## ۱-۲- بیان مساله

با بررسی و مطالعه در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تفاوت های زیادی نسبت به قوانین مصوب سال های قبل مشاهده می گردد. از جمله حذف عنوان جرایم بازدارنده از قانون و تقسیم جرایم تعزیری به هشت درجه نام برد. ویژگی مشترک جرایم تعزیری در این است که همه به نوعی نقض مقررات حکومتی و محرمات شرعی محسوب می شوند بدون آنکه نوع، میزان و چگونگی مجازات آنها در شرع تعیین شده باشد. به عنوان مثال جرم بودن حمل مواد مخدر و مجازات آن در شرع تعیین نشده بود یا جرایم رایانه ای پیش از این وجود نداشته است که شرع نوع و میزان مجازات آنها را تبیین کند اما اکنون با توجه به مقتضیات جامعه این اعمال جرم است و در گروه جرایم تعزیری قرار می گیرد. ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در این خصوص می گوید: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دبه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می شود. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می شود». در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ که منسوخ شده است هیچ خبری از درجه بندی مجازات های تعزیری نبود و این موضوع در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ به قانون اضافه شده است. در کنار تعیین درجات هشت گانه مجازات، یکسری احکام نیز در نظر گرفته شده است. ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به بحث درجات مختلف مجازات پرداخته است. مجازات های درجه یک حاوی سنگین ترین و مجازات درجه هشت حاوی سبک ترین میزان کیفر هستند بنابراین هر چه از درجه مجازات کاسته شود مجازات شدیدتر خواهد بود. صدور حکم به مجازات درجه یک شدیدترین حکمی خواهد بود که برای یک مجرم تعزیری صادر خواهد شد.

همین طور باید گفت که پس از پیروزی انقلاب اسلامی و در بازنگری قانون مجازات های اسلامی قسمی دیگر از مجازات ها با عنوان «مجازات های بازدارنده» به چهار قسم حدود، قصاص، دیات و تعزیرات اضافه شد. این مجازات با این عنوان برخلاف چهار قسم قبلی، هیچ سابقه ای در فقه و حقوق ما ندارد؛ در مورد ماهیت مجازات بازدارنده نظرهای مختلفی ارایه شده در واقع مجازات بازدارنده همان تعزیر است و از مصادیق ملاک دوم تعزیر که عبارت است از ارتکاب رفتار مفسده

آمیز و مغایر با مقررات و نظامات حکومتی، می باشد. لذا مجازات بازدارنده زیر مجموعه و تحت عنوان کلی تعزیراست و احکام تعزیرات بر آن بار می شود. بنابراین بین «تعزیرات» و «مجازات بازدارنده» رابطه «عموم و خصوص مطلق» وجود دارد. در اینجا تعزیرات عام است و به دو بخش تعزیرات شرعی و تعزیرات حکومتی بر حسب ملاکات آن تقسیم می شود و مجازات بازدارنده خاص است، جزء همان بخش دوم تعزیرات عنی تعزیرات حکومتی می باشد. علمای اهل سنت از ملاک دوم تعزیر عنی ارتکاب رفتار مفسده آمیز تعبیر به «التعزیر لمصلحه العامه» می کنند و این نشان می دهد فقهای عامه تعزیرات حکومتی را جایز می دانند.

از طرف دیگر تعزیر منصوص شرعی که به تبع ایرادهای شورای نگهبان، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تاسیس یافت، به دلیل عدم تعریف آن توسط قانونگذار تاکنون تفاسیر مختلفی به خود دیده است. با توجه به اینکه شورای نگهبان به منظور رفع برخی ایرادات شرعی، موجب وضع این تاسیس شده و توجه به مقصود وی از این تاسیس سبب ارائه ی تفسیر صحیح از آن می شود، این پژوهش به بررسی و تحلیل کیفی مجازات های تعزیری و بازدارنده و تبدیل آنها در قانون مجازات اسلامی جدید و سابق خواهد پرداخت و افزون بر آن با تطبیق با سیاست کیفری اسلام در این خصوص، ضرورت تاسیس آن ارزیابی می شود. بررسی ها در قانون مجازات حاکی از این است که منظور از تعزیر منصوص شرعی، تعزیری است که در روایات برای آن، تعزیر جعل شده است؛ اعم از اینکه میزان آن مقدر (معین) باشد یا به طور اطلاق به تعزیر حکم شده باشد. همچنین بررسی سیاست کیفری اسلام در این خصوص نشان می دهد که عدم تاسیس این گونه تعزیر در قانون مجازات اسلامی، مواد مربوط را با ایرادی مواجه نمی ساخت و در مقابل، شمول نهادهای پیش بینی شده ی این قانون بر کلیه ی تعزیرات، در راستای سیاست کیفری اسلام در این خصوص بوده است.

همچنین در این بحث باید اذعان کرد که بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اگر شخصی در خارج از کشور مرتکب جرمی شود که مجازات آن تعزیر منصوص شرعی است حتی اگر در کشور خارجی به موجب ارتکاب این جرم، محکوم به مجازات شود و تمام مجازات را هم تحمل کند طبق قانون مجازات اسلامی در ایران قابل تعقیب، محاکمه و مجازات است. منظور از تعزیرات منصوص شرعی، مجازات های خاص است که توسط شارع

مقدس نوع و اندازه آن برای گناهان موجب تعزیر مقرر شده و در قانون ایران نیز برای بعضی جرایم موجب تعزیر آمده است نظیر: همجنس گرایی مردها، اقرار به زنا کمتر از چهار بار که به ترتیب در مواد ۲۳۷ و ۲۳۲ قانون مجازات اسلامی آمده است. حکم تبصره ۲ ماده ۱۱۵ برخلاف قاعده منع مجازات مضاعف و استثنایی است، فلذا باید مضیق تفسیر گردد، بنابراین اگر ایرانی غیرمسلمان در خارج از ایران مرتکب جرم تعزیر منصوص شرعی گردد که در آن کشور جرم است، در صورت تحمل مجازات، به جرم او در ایران رسیدگی نخواهد شد. همینطور حتی اگر شخصی در جرم با تعزیر منصوص شرعی معاونت کند که در خارج از کشور واقع شده است چنانچه به سبب این معاونت در کشور خارجی تعقیب و مجازات شده باشد در ایران تعقیب و مجازات نخواهد شد.

برای باز کردن نقاط مجهول این موضوع باید گفت یکی از نوآوری‌های قانون جدید و تغییراتی که این قانون نسبت به قانون مصوب ۱۳۷۰ داشته، بخش‌بندی مجازات‌ها به چهار دسته است. مجازات‌های مقرر برای اشخاص حقیقی به چهار بخش حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم شده‌اند و مجازات‌های بازدارنده که در کنار تعزیرات، دسته‌ای از مجازات‌ها را تشکیل می‌دادند، در قانون جدید به طور کلی از شمار مجازات‌ها خارج شده‌اند.

دلیل حذف مجازات‌های بازدارنده از شمار مجازات‌های مقرر در قانون این است که خود مفهوم تعزیرات به گونه‌ای گسترده است که همه موارد را در برمی‌گیرد و نیازی نیست که مجازات‌ها به پنج دسته حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده تقسیم شوند و همان عنوان تعزیر، مجازات‌های بازدارنده نیز را در برمی‌گیرد. تفکیک مفهوم مجازات‌های بازدارنده از مجازات‌های تعزیری برخی اوقات موجب بروز مشکلاتی می‌شد. از جمله این موارد می‌توان به ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ اشاره کرد. طبق ماده ۱۷۳ این قانون: «در جرایمی که مجازات قانونی آن از نوع مجازات بازدارنده و یا اقدامات تامینی و تربیتی باشد و از تاریخ وقوع جرم تا انقضای مواعد مشروحه، تقاضای تعقیب نشده باشد و یا از تاریخ اولین اقدام تعقیبی تا انقضای مواعد مذکوره به صدور حکم منتهی نشده باشد، تعقیب موقوف خواهد شد.»

همان‌گونه که در این ماده مشاهده می‌شود، حوزه مقررات مربوط به مرور زمان، محدود به مجازات‌های بازدارنده است و شامل مجازات‌های تعزیری نمی‌شود. در این جا این اختلاف نظر به وجود می‌آید که مجازات کدام یک از جرایم، تعزیری و کدام یک بازدارنده است؟ این موضوع باعث صدور آرای متعددی از سوی قضاوت می‌شد و به نوعی زمینه تشکیک را فراهم می‌کرد. به عنوان نمونه برخی اوقات احکامی صادر می‌شد که مجازات‌های بازدارنده را مورد حکم قرار می‌دادند، در حالی که بسیاری از این جرایم منشأ فقهی دارند و هیچ کس به طور دقیق نمی‌توانست تشخیص دهد که مجازات‌های بازدارنده چیست؟ مجازات‌های تعزیری کدام است و تفکیک قانونی روشنی بین این دو نوع مجازات نشده بود. در قانون جدید مجازات اسلامی، مرور زمان برای جرایم تعزیری نیز در نظر گرفته شده است که این موضوع در ماده ۱۰۴ این قانون با ظرافت خاصی بیان شده است که مقرر می‌دارد: «مرور زمان، در صورتی تعقیب جرایم موجب تعزیر را موقوف می‌کند که از تاریخ وقوع جرم تا انقضاء مواعد زیر تعقیب نشده باشد یا از تاریخ آخرین اقدام تحقیقی یا تعقیبی تا انقضای این مواعد به صدور حکم منتهی نگردیده باشد...»، لذا دیگر وجود مجازات‌های بازدارنده در عداد مجازات‌های قانونی فاقد وجاهت عقلانی و حقوقی به نظر می‌رسد، بنابراین حذف مجازات‌های بازدارنده در کنار پیش‌بینی مرور زمان برای جرایم تعزیری از نوآوری‌های قانون جدید به شمار می‌آید.

### ۱-۳- اهمیت و ضرورت تحقیق

یکی از نوآوری‌های قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که آثار مثبتی در نظام تقنینی به دنبال داشته است، ایجاد نظام درجه بندی مجازات‌های تعزیری است. از جمله این آثار مثبت می‌توان به آسان تر شدن اعمال اصل تناسب میان جرایم و مجازات‌ها، هماهنگ سازی پاسخ‌های کیفری و تسهیل پیاده سازی سیاست فردی کردن مجازات‌ها اشاره کرد. در کنار این محاسن، ایرادهایی نیز در نظام درجه بندی مجازات‌ها وجود دارد. این تحقیق پس از بررسی اجمالی نظام دسته بندی جرایم در قوانین برخی کشورها و مطالعه تاریخچه این موضوع در نظام قانونگذاری ایران، با روش تحلیل محتوا، محاسن و ایرادهای نظام قانونگذاری در این رابطه را بررسی کرده و پیشنهادهایی برای رفع آنها ارائه می‌کند. ایرادهایی عبارت‌اند از جامع و مانع نبودن درجات تعزیر، ابهام در تشخیص درجه برخی از جرایم، غیرمنطقی و خلاف قانون بودن ملاک تعیین تعزیر

در رویه قضایی، روشن نبودن ملاک تعیین مجازات اشد میان جرایم متعدد دارای مجازات های متعدد، نامتوازن بودن فواصل میان حداقل و حداکثر مجازات های داخل در یک درجه، نامتوازن بودن مجازات های داخل در یک درجه و عدم کاربرد یا استفاده نادرست از نظام درجه بندی تعزیرات در قوانین دیگر. راهکارهای ارائه شده نیز عبارت اند از پیشنهاد احصای تمامی مصادیق تعزیر در ماده (۱۹)، و خارج کردن مجازات های غیرتعزیری از شمول این ماده، تصریح به شمول جزای نقدی نسبی در درجات هشتگانه تعزیر، پیشنهاد اصلاح تبصره «۳» ماده (۱۹)، ارائه فرمولی روشن برای تشخیص مجازات اشد در جرم واحد و همچنین در جرایم متعدد، پیشنهاد معیاری واحد و متوازن، جهت اصلاح مجازات های داخل در یک درجه و استفاده صحیح از نظام درجه بندی در سایر قوانین.

حذف عنوان مجازات های بازدارنده از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در راستای رفع کاستی ها و مشکلات قانون مجازات سال ۱۳۷۰ صورت پذیرفته است. اما توجه بیش از حد بر لزوم گنجاندن این قسم از مجازات ها ذیل یک عنوان و مقسم سنتی فقهی یعنی «نظام تعزیرات» ظاهراً قانونگذار را از پرداخت دقیق و موشکافانه به وجوه تمایز و افتراق مجازات های بازدارنده از تعزیرات شرعی به معنای متعارف فقهی غافل کرده است. با این حال وجود تمایزاتی مؤثر و مبنایی میان تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده که حتی در بعد عملی و در مواردی نظیر توبه، مرور زمان، قلمروی زمانی و موضوعی و مواردی از این دست قابل تشخیص است ضرورت پرداختن به این موضوع را به درستی نشان می دهد.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، با حصر صلاحیت جعل تعزیر به قوه قانونگذاری و ادغام مجازات های بازدارنده در تعزیرات، گام موثری در راستای تحول نظام کیفری کشور در عرصه جرایم مستوجب تعزیر، که بخش عمده سیاهه جرایم را تشکیل می دهد برداشته است. با این وجود، تفکیک تعزیرات به تعزیرات منصوص و غیرمنصوص شرعی و ترتب آثار حقوقی متعدد بر این تقسیم بندی، بدون آن که ضابطه مشخصی در تشخیص آن ها بیان شود، اشکالاتی را به دنبال خواهد داشت.

نکته مهم پایانی این مطلب این است که مطابق تعریف مندرج در ماده ۱۸ قانون جدید، تعزیر، مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و

مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود. از نکات قابل توجه در این ماده این است که قانونگذار با آوردن قید «به موجب قانون»، آن هم دوبار، به «اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها» در تعزیرات تاکید کرده است و همچنین با کمی تامل می‌توان به وجود اصل دیگری نیز در این ماده قایل شد، و آن «لزوم رعایت اصل فردی کردن کیفر» در مجازات‌های تعزیری است.

از دیگر موارد قابل ذکر و حائز اهمیت در این ماده این است که دادگاه در صدور حکم تعزیری، مکلف به رعایت مقرراتی شده است از جمله: انگیزه مرتکب، نحوه ارتکاب جرم، وضعیت خانوادگی و اجتماعی مجرم و ... که این موارد نشان از به روز شدن تعریف این مجازات و توجه به موضوعات جامعه شناختی و جرم شناسی در اعمال کیفر دارد که از نکات قابل توجه در قانون جدید است.

#### ۴-۱- اهداف تحقیق

##### ۴-۱-۱- هدف علمی تحقیق

بررسی و تحلیل کیفی مجازات‌های تعزیری و بازدارنده و تبدیل آنها در قانون مجازات اسلامی جدید و سابق می‌باشد.

##### ۴-۱-۲- اهداف کاربردی

۱. تبیین سیاست جنایی و کیفی اسلام نسبت به تعزیر در قانون مجازات اسلامی
۲. شناسایی و تبیین سیاست کیفی اسلام نسبت به مجازات‌های بازدارنده قانون مجازات اسلامی

۳. تبیین و شناخت مجازات‌های بازدارنده و مجازات‌های تعزیری

#### ۵-۱- سوالات تحقیق

##### ۵-۱-۱- پرسش اصلی تحقیق:

مجازات‌های تعزیری و بازدارنده و تبدیل آنها در قانون مجازات اسلامی جدید و سابق چگونه می‌باشد؟

##### ۵-۱-۲- سوالات فرعی

سیاست کیفی اسلام در این خصوص، ضرورت تاسیس آن ارزیابی مجازات‌های تعزیری و بازدارنده چگونه است؟

مجازات‌های بازدارنده چیست؟ مجازات‌های تعزیری کدام است؟

#### ۱-۶-۶-۱- فرضیات تحقیق

#### ۱-۶-۱-۱- فرضیه اصلی

مجازات‌های تعزیری نسبت به مجازات‌های بازدارنده در قانون مجازات اسلامی جدید در حقوق کیفری ایران از اهمیت بالایی برخوردار هستند.

#### ۱-۶-۲-۱- فرضیات فرعی

۱. به نظر می‌رسد سیاست کیفری اسلام در این خصوص نشان می‌دهد که عدم تاسیس این گونه تعزیر در قانون مجازات اسلامی، مواد مربوط را با ایرادی مواجه نمی‌ساخت و در مقابل، شمول نهادهای پیش‌بینی شده‌ی این قانون بر کلیه‌ی تعزیرات، در راستای سیاست کیفری اسلام در این خصوص بوده است.

۲. به نظر می‌رسد مرور زمان، در صورتی تعقیب جرایم موجب تعزیر را موقوف می‌کند که از تاریخ وقوع جرم تا انقضاء مواعد زیر تعقیب نشده باشد یا از تاریخ آخرین اقدام تحقیقی یا تعقیبی تا انقضای این مواعد به صدور حکم منتهی نگردیده باشد...»، لذا دیگر وجود مجازات‌های بازدارنده در عداد مجازات‌های قانونی فاقد وجهت عقلانی و حقوقی به نظر می‌رسد، بنابراین حذف مجازات‌های بازدارنده در کنار پیش‌بینی مرور زمان برای جرایم تعزیری از نوآوری‌های قانون جدید به شمار می‌آید.

#### ۱-۷-۱- سوابق تحقیق

در خصوص مجازات‌های بازدارنده تا کنون مقاله‌ها و پایان‌نامه‌های چندی به رشته تحریر در آمده که محور عمده در این پژوهش‌ها بررسی وجوه تمایز و تشابه مجازات‌های بازدارنده و تعزیر از سویی و انتقاداتی بر تفکیک میان تعزیر و مجازات‌های بازدارنده در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ است. با توجه به تصویب کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۵ عمده پایان‌نامه‌های نگارش یافته در این زمینه از این تاریخ به بعد به رشته تحریر درآمده‌اند. در این مقاله با توجه به عدم تطابق مقالات به موضوع پژوهش حاضر شایسته است نخست بر پایان‌نامه‌های دانشجویی که هم از حیث موضوع به پژوهش حاضر نزدیک تر بوده و هم اهمیت و بار بیشتری از نظر کمی و کیفی دارند نظری بیافکنیم.



۱- حاجتمند حبیب، حبیبی منش عبدالله واکاوی مستندات فقهی قواعد حاکم بر تعزیرات نشریه پژوهش نامه میان رشته ای فقهی، شماره ۸، بهار و تابستان ۱۳۹۵ صص ۹۳-۱۲۶.

بحث از مجازات تعزیری خصوصاً قواعد حاکم بر جرائم تعزیری، از جمله مسائلی است که مستندات فقهی آن در بین متقدمان و معاصرین فقهای امامیه به طور منسجم مورد بحث قرار نگرفته است؛ بنابراین در این تحقیق پیش رو با روش تحلیلی از کلام فقهای امامیه سعی بر آن شده است تا در ضمن بررسی حدود و ثغور مفهوم تعزیر و مستندات موجود در خصوص کیفر تعزیری؛ ابتدا مبانی و اصول قواعد حاکم بر عقوبت های تعزیری بیان نماییم، زیرا که مباحث تعزیرات از یک سو به نوعی گسترده شده اند که تحت یک مولفه خاص نمی گنجد و از جهتی تعدد جرائم کیفری به گونه ای است که نیازمند بیان قواعد و اصولی هستیم که بتوان عقوبت تعزیر متناسب با عمل مستوجب تعزیر را در خصوص مسائل مستحدثه وضع نماییم؛ زیرا آنچه در جرائم تعزیری موجب شده است که به سراغ موضوع مورد بحث مراجعه نماییم؛ عنصر زمان و مکان است؛ بنابراین نگارنده در بیان اصول و مبانی قواعد حاکم بر تعزیرات، به نحوه تعیین کمیت و کیفیت عقوبت تعزیری در خصوص مسائل مستحدثه پرداخته است.

۲- حسینی، سیدمحمد مجازات بازدارنده: اشکالات نظری و مشکلات عملی فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۹ ص ۱۳۹

ابداع قسم جدیدی کیفر تحت عنوان «مجازات های بازدارنده» در سال ۱۳۶۸ به کشمکش های ممتدی باز می گردد که در ده نخست نظام جمهوری اسلامی راجع به تصویب مجازات های تعزیری در قالب مواد قانونی بین مراجع مربوطه وجود داشت. چرا که «بیدالحاکم» بودن تعزیر و نیز عدم پیش بینی «مرور زمان» [تقدم] در فقه امامی، با تعیین شدن انواع و مقادیر تعزیرات در قانون و با تعطیل آن با مرور زمان مغایر می نمود. خلق این عنوان جدید و درج آن در کنار عنوان «تعزیر» راه گریزی بوده است برای عبور قانون گذار از این مانع «فقهی» ما در این تحقیق موجز به این نتیجه رسیده ایم که پیدایش عنوان «مجازات های بازدارنده» در کنار «تعزیر» هیچ مبنای شرعی و فقهی ندارد و به هیچ وجه نمی تواند مستند به کاربرد این تعبیر در پاسخ رهبر بنیانگذار- رضوان؟! علیه- به استفتای به عمل آمده از ایشان باشد.

۳- حاجی ده آبادی احمد طبقه بندی مجازات ها در قانون مجازات اسلامی ؛ جایگاه تعزیرات و مجازات های بازدارنده مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۹، بهار ۱۳۸۹ ص ۹

طبقه بندی صحیح مجازات ها، نه تنها دغدغه ی خاطر حقوقدانان بلکه مورد توجه قانون گذاران نیز می باشد. بررسی سیر تصویب قوانین کیفری در ایران نشان می دهد که در ادوار مختلف قانون گذاری، طبقه بندی مجازات ها تغییر کرده است. پس از انقلاب اسلامی، مجازات ها ابتدا به چهار و سپس به پنج طبقه تقسیم شدند؛ سرانجام لایحه ی مجازات اسلامی (کلیات) چهار مجازات را پیش بینی نموده است. این نوشتار با تاکید بر تبیین دقیق مجازات های تعزیری و بازدارنده، به منطقی بودن یا نبودن طبقه بندی پنج گانه ی قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ می پردازد.

۴- امینی، علیرضا، فیض علیرضا، مرعشی سرائی سید مرتضی نسبت مجازات های بازدارنده با تعزیرات در حقوق کیفری ایران فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، سال ششم، شماره ۳، بهار ۱۳۸۹ ص ۱۱

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و در بازنگری قانون مجازات های اسلامی قسمی دیگر از مجازات ها با عنوان «مجازات های بازدارنده» به چهار قسم حدود، قصاص، دیات و تعزیرات اضافه شد. این مجازات با این عنوان برخلاف چهار قسم قبلی، هیچ سابقه ای در فقه و حقوق ما ندارد؛ در مورد ماهیت مجازات بازدارنده نظرهای مختلفی ارائه شده به نظر می رسد مجازات بازدارنده همان تعزیرات است و از مصادیق ملاک دوم تعزیرات است از ارتکاب رفتار مفسده آمیز و مغایر با مقررات و نظامات حکومتی، می باشد. لذا مجازات بازدارنده زیرمجموعه و تحت عنوان کلی تعزیرات است و احکام تعزیرات بر آن بار می شود. بنابراین بین «تعزیرات» و «مجازات بازدارنده» رابطه ی «عموم و خصوص مطلق» وجود دارد. در اینجا تعزیرات عام است و به دو بخش تعزیرات شرعی و تعزیرات حکومتی بر حسب ملاکات آن تقسیم می شود و مجازات بازدارنده خاص است، جزء همان بخش دوم تعزیرات یعنی تعزیرات حکومتی می باشد. علمای اهل سنت از ملاک دوم تعزیر یعنی ارتکاب رفتار مفسده آمیز تعبیر به «التعزیر لمصلحه العامه» می کنند و این نشان می دهد فقهای عامه تعزیرات حکومتی را جایز می دانند.

۵- اکبری محمدجواد، هاشمی سیدحسین واکاوی مصادیق تعزیرات منصوص در فقه امامیه (تبیین تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی سال ۹۲) فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی، سال دوم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۵ صص ۳۳-۵۹

بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۹۲، مجازات هایی که در قالب تعزیرات منصوص شرعی هستند مشمول برخورداری از امتیازات مهمی همچون مرور زمان کیفری، تعویق مجازات و تعلیق مجازات نخواهند بود. از آنجاکه در هیچ یک از مواد قانونی دیگر، به این مصادیق پرداخته نشده است، قاضی موظف است مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی، به منابع و فتاوی معتبر مراجعه نماید؛ بنابراین، با توجه به کاربردی بودن تعیین فقهی مصادیق تعزیرات منصوص شرعی، در این تحقیق ابتدا با ارائه تعریف از منصوصات شرعی با استخراج مجازات هایی که به گونه ای نوع و میزان آن ها ذکر گردیده است به بررسی منصوص بودن آن ها پرداخته ایم. در نهایت با توجه به سند و شهرت روایی و شهرت فتوایی هر یک از این مصادیق، تنها جرائم چهارگانه یعنی خوابیدن دو نفر در زیر یک لحاف، امساک در قتل، نظارت در قتل و نزدیکی با زوجه صائمه را از مصادیق دارای مجازات تعزیر منصوص شرعی دانسته ایم.

۶- نجف آبادی سعید هادی، آیتی محمدرضا تبدیل و جایگزینی مجازات های اسلامی (حدود و تعزیرات) متناسب با مقتضیات زمان فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۱، زمستان ۱۳۹۵ صص ۸۹-۱۱۲

رویکرد و نگاه انسان معاصر به جرم، مجازات و تنبیه مجرمین متحول و دگرگون شده است و این دگرگونی از جمله تبعات تغییر نگاه به انسان، نقش و جایگاه، حقوق و کرامت اوست. آنچه در پی می آید تبیین جایگاه نظری برخی از مجازات-های اسلامی (حدود و تعزیرات) در عصر غیبت امام معصوم، صلوات الله علیه است. نویسنده معتقد است تبدیل و جایگزینی مجازات-های شرعی منصوص و غیرمنصوص با سایر مجازات-های متعارف یا روش های اصلاح-گرایانه، از نظر قواعد و ساختارهای درون دینی امکان پذیر و از نگاه متناسب با مقتضیات زمان یک ضرورت تاریخی است. وجه تمایز و جنبه نوآوری این مقاله با سایر پژوهش های مرتبط با این موضوع، پذیرش مساله تبدیل و جایگزینی، حتی در خصوص مجازات-های منصوص شرعی (حدود الهی) است.

رحمانیان حامد، حبیب زاده محمدجعفر معیار تفکیک «حدود غیرمذکور» از «تعزیرات منصوص» در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۴، زمستان ۱۳۹۲ ص ۱۰۳ عبارات «حدودی که در این قانون ذکر نشده اند» در ماده ۲۲۰ و «تعزیرات منصوص شرعی» در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، از لحاظ فقهی و حقوقی دارای ابهام اند و برای تشخیص مصادیق آنها باید به تفسیر متوسل شد. در این زمینه سه تفسیر امکان پذیر است: اول، انحصار حدود به موارد شش گانه مشهور و اختصاص تعزیرات منصوص به موارد دارای موجب و نوع و میزان معین. دوم، اختصاص حدود به موارد دارای موجب و نوع و میزان معین و تعزیرات منصوص به موارد دارای موجب معین و نوع و میزان مجازات نامعین. سوم، اختصاص حدود به موارد دارای موجب و نوع و میزان مجازات ثابت معین و تعزیرات منصوص به موجب و نوع و میزان غیرثابت معین. در این مقاله ضمن بررسی دیدگاه های مختلف در نهایت تفسیر سوم را به عنوان تفسیری غیرابزارگرایانه که دارای بالاترین جذابیت اخلاقی است و بیش از سایر تفسیرها با اصل حاکمیت قانون و سایر اصول مسلم حقوقی سازگار است، بر گزیده ایم.

۷- مبانی فقهی مجازات بازدارنده در حقوق ایران، به کوشش سعید قوی البنیه و به راهنمایی دکتر محمد جعفر حبیب زاده.

این پایان نامه در سال ۱۳۷۵ دفاع شده و مؤلف با نگاهی انتقادی به موضع قانونگذار سال ۱۳۷۵ درصدد رد تمایز میان مجازات بازدارنده و تعزیرات بوده است. پایان نامه مذکور با طرح چهار تئوری در خصوص مبنای تعزیر در حقوق اسلام به ارائه مطالب مفید و معتنابهی در دفاع از دیدگاه خود می پردازد. بر این اساس نظریات طرح شده در این پایان نامه بدین قرارند:

«۱- مجازات بازدارنده همان تعزیر است که براساس قاعده فقهی (التعزیر بما یراه الحاکم) فقها می توانند نسبت به اعمالی که در شرع گناه محسوب می شود اجرا کنند. ۲- مجازات بازدارنده در مقابل رفتار افرادی اعمال می شود که از نظر شرعی و نصوص اولیه مرتکب گناه نشده اند ولی رفتار آنها منجر به اختلال در نظام اجتماعی و ایجاد مفسده عمومی در جامعه اسلامی می گردد. ۳- مجازات بازدارنده مجازاتی است که قاضی می تواند به عنوان مکمل مجازاتهای تعزیری، مرتکبین جرایم را به آن محکوم کند. ۴- مجازات بازدارنده از مصادیق اجرای نهی از منکر است و از باب حسبه تلقی می شود. از آنجا که مجازاتهای بازدارنده در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی به خاطر حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع تعیین می شود هرچند عمل ارتكابی به لحاظ شرعی

معصیت نباشد. لذا در تعیین مجازات بازدارنده زمان و مکان و مصلحت نقش اساسی را ایفا می‌کند. زیرا در هر زمان و مکان، حفظ مصلحت اجتماع مقتضی حکم خاصی است در حالی که تعزیرات شرعی در برابر ارتکاب اعمالی تعیین می‌شود که از نظر شرع گناه محسوب می‌شود لذا به دلیل ثابت بودن مصادیق گناه، با توجه به روایاتی که می‌فرماید: "حلال رسول اکرم (ص) همیشه تا روز قیامت حلال است و حرام ایشان همیشه تا روز قیامت حرام است و ... " چندان تغییری در مصادیق آن ایجاد نمی‌شود و آنچه مقتضی تغییر است در باب مجازات‌های بازدارنده مطرح می‌شود که حاکم اسلامی به اقتضای آنچه مصلحت تشخیص می‌دهد می‌تواند ارتکاب اعمالی را منع نماید یا لازم بداند و در مقابل تخلف از این دستور مرتکبین را به مجازات بازدارنده محکوم کند. اما با توجه به اینکه مبنای تعزیر تنها معصیت نیست بلکه ارتکاب اعمال مفسده‌آمیز و مغایر با مقررات و نظامات حکومت نیز یکی دیگر از مبانی و ملاک‌های تعزیر است و با توجه به اینکه در بررسی‌های بعمل آمده مشخص شد تفاوت ماهوی میان تعزیر و مجازات بازدارنده موجود نیست لذا مجازات بازدارنده را زیرمجموعه و تحت عنوان کلی تعزیر دانسته و احکام تعزیرات را بر آن بار می‌کنیم.»

پایان نامه مورد بحث علیرغم طرح نکات مفید و قابل توجه، به دلیل بروز تغییرات عمده در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و همچنین عدم التفات به وجوه تمایز میان مجازات‌های بازدارنده و تعزیرات نمی‌تواند در تحلیل قانون سال ۱۳۹۲ منبع کامل و جامعی تلقی شود.

۸- مجازات‌های بازدارنده در حقوق کیفری ایران، به کوشش سردار خدای و به راهنمایی دکتر محمد اردبیلی.

پایان نامه مورد بحث با دیدگاهی غیر انتقادی به موضع قانونگذار سال ۱۳۷۵ به تحلیل مجازات بازدارنده و انواع و اقسام آن و همچنین احکام مرتبط با این نوع مجازات‌ها پرداخته که طبعاً به دلیل عدم تطابق با موضوع پژوهش حاضر قادر به رفع کاستی‌ها و نیاز جامعه حقوقی کشور در این خصوص نخواهد بود. محتوای این پایان نامه حول موضوعات زیر است:

«این پایان‌نامه طی دو بخش به شرح زیر تدوین شده است: بخش اول در خصوص بررسی

مفاهیم (مجازات، حکومت، تادیب و عقوبت)، فلسفه مجازات‌ها (در حقوق عرفی و حقوق اسلامی) و پیشینه تاریخی مجازات‌های بازدارنده، بررسی مفهوم، مبنا و ملاک اعمال مجازات‌های تعزیری و خصایص مجازات‌های تعزیری و تفاوت آن با سایر مجازات‌های شرعی طی دو فصل مورد بحث و بررسی قرار گرفته است. در بخش دوم، مجازات بازدارنده از لحاظ مفهوم و

ماهیت شامل مفهوم مجازات‌های بازدارنده و ملاک اعمال آن (امور حسبیه، احکام حکومتی)، انواع مجازات‌های بازدارنده (شخصی و عینی)، اهداف مجازات‌های بازدارنده، حفظ نظم و رعایت مصلحت، مقایسه مجازات‌های بازدارنده با مجازات‌های تکمیلی (مفهوم و ماهیت اقدامات تامینی و تربیتی، وجوه اشتراک و افتراق اقدامات تامینی با مجازات‌ها)، مقایسه مجازات‌های بازدارنده با مجازات‌های تکمیلی (مفهوم و ماهیت مجازات‌های تمینی و تکمیلی، نقد و بررسی رای وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور به شماره (۵/۱۱/۱۳۷۲)-۵۹۰ نیز طی دو فصل مطرح شده است و در پایان نیز نتیجه و منابع و مآخذ تحقیق ارایه شده است.»

۹- تحلیل انتقادی تحولات سیاست جنایی تقنینی جمهوری اسلامی ایران در قلمرو مجازات‌های

تعزیری و بازدارنده، به کوشش سید مهدی تقوی و به راهنمایی دکتر حسن پوریافرانی.

این پایان نامه به دلیل توجه به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که البته در زمان تألیف پایان نامه هنوز از سوی شورای نگهبان مورد بررسی قرار نگرفته بوده از حیث زمانی به تألیف حاضر نزدیک تر است. معهداً در این پایان نامه نیز با عدم توجه به وجوه تمایز تعزیرات شرعی و مجازات‌های بازدارنده مؤلف درصدد یکی انگاشتن این دو بوده و بدون توجه به موادی که در قانون جدید خصوصاً پس از اعمال ایرادات شورای نگهبان، این تمایز مورد نظر قانونگذار قرار گرفته به دفاع از موضع قانونگذار در خصوص حذف عنوان مجازات بازدارنده پرداخته است. محتوای این پایان نامه بطور خلاصه بدین قرار است:

«با فرض پذیرش "دفع مفسده" به عنوان موجبات تعزیر ماهیت این مجازات و مجازات‌های بازدارنده یکی است. فلذا تفکیک میان این دو نوع مجازات اساساً درست نبوده است. این مطلب به درستی مورد توجه مقنن در تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۰ قرار گرفته و به جهت یگانگی ماهیت و وحدت آثار مترتب بر این دو نوع مجازات (به خصوص در مورد مرور زمان)، مجازات‌های بازدارنده در مجازات‌های تعزیری ادغام گردید. اگر چه تبصره (۲) ماده (۱۱۴) این قانون یگانگی آثار مترتب بر این مجازات‌ها (با تصریح به عدم شمول برخی آثار نسبت به تعزیرات منصوص شرعی) را مورد تردید قرار داده است ولیکن این تردید از چنان قدرتی بر خوردار نیست که بتوان به استناد آن بین این مجازات‌ها (مجدداً) تفکیک قایل شد.»

## ۱-۸- روش تحقیق

پژوهش حاضر از نوع توصیفی - تحلیلی می باشد گردآوری اطلاعات به روش کتابخانه ای انجام خواهد شد و اطلاعات اسنادی از طریق کتب و نشریات ، مجلات علمی جمع آوری می شوند.

ابزار گردآوری روش فیش برداری می باشد. فیش برداری از مطالب مهمترین شاخصی بوده که بعنوان ابزار برای گردآوری اطلاعات از آن استفاده شده است. مطالب مورد مطالعه و اسناد موجود بعد از مطالعه دقیق فیش برداری شده و به صورت تطبیقی مورد تفسیر و تجزیه و تحلیل قرار می گیرد.

# فصل دوم

## مفاهیم و مبانی نظری پژوهش



## ۲-۱- مفاهیم

### ۲-۱-۱- مفهوم تعزیر

از دیدگاه فقهی «تعزیر» در لغت به معنای تأدیب و همچنین منع و بازدارندگی آورده شده است. جوهری در الصحاح آن را به معنای تعظیم و توقیر آورده و همچنین آن را به تأدیب و ضرب کمتر از حد نیز معنی کرده است.<sup>۱</sup> زبیدی نیز در تاج العروس آن را به همین معنا آورده و در وجه تسمیه آن گفته: «لمنعه الجانی عن المعاودة، و ردعه عن المعصیه.»<sup>۲</sup> یعنی بخاطر منع آن جانی را از بازگشتن (به جرم) و بازداشتن وی از معصیت.

اما تعریف تعزیر در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اینگونه انجام شده است: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می شود...» در مقایسه با تعریف فقهی تعزیر مهمترین نکته ای که در این ماده به چشم می خورد یکی تفکیک تعزیر از سایر انواع مجازات های شرعی نظیر حد و دیگری معین شدن نوع و میزان تعزیرات در قانون است. به نظر می رسد تفکیک تعزیرات از حدود به واسطه نوعی پیش زمینه فقهی صورت گرفته باشد. بدین لحاظ که بسیاری فقها وجه تشابه اسمی حد و تعزیر را مد نظر قرار داده اند. هر دوی این مجازات ها از حیث معنایی دارای وجه اشتراک هستند. هر دو به معنای بازداشتن مرتکب از ارتکاب جنایت بکار می روند و به همین دلیل بسیاری تعزیر (و حتی قصاص) را زیر مجموعه حد به حساب آورده اند.<sup>۳</sup> لذا روشن است که برای تفکیک این دو از یکدیگر می بایست به دنبال وجه افتراق مناسبی بود. ابوصلاح حلبی در این خصوص می گوید:

«روشن کردیم که اعمال زشت عقلی و سمعی به فعل مانند ظلم و دروغ و زنا و ربا و شرب

۱- جوهری، الصحاح، ج ۲، ص ۷۴۴

۲- زبیدی، تاج العروس، ج ۷، ص ۲۱۲

۳- در خصوص وجوه شباهت و تمایزات حد و تعزیر به این منبع رجوع کنید: حسینی، سید محمد، حدود و تعزیر (قلمرو، انواع و احکام)، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، بهار ۸۷، ش ۱

خمر و اخلال در واجبات مانند راستگویی و انصاف و نماز و زکات تقسیم می شوند. و انجام زشتی ها و اخلال در واجبات بر دو قسم است. یکی از آن دو مستوجب حد و دیگری مستوجب تعزیر است. اولی: کفر و قتل و محاربه... و زنا و لواط و مساحقه و قیاده و سرقت و شرب خمر و نوشیدن آبجو،... قسم دوم: غیر از آنچه از این زشتی ها و اخلال ها ذکر کردیم (همگی مستوجب تعزیر هستند)».<sup>۱</sup>

اما مسئله مهم تر اینکه در ماده ۱۸ عملاً به اختلافات بر سر تعزیر تلقی شدن مصادیق مجازات های بازدارنده یا خروج موضوعی و حکمی آن ها از قلمروی مجازات های اسلامی پایان داده شده است. عبارت «نقض مقررات حکومتی» که در این ماده درج شده به معنای پایان اختلافات بر سر این مسئله است. اما با توجه به لزوم اعمال قاعده قانونی بودن جرم و مجازات در خصوص مجازات های بازدارنده آیا مجازات های معین و ثابت را می توان زیر مجموعه تعزیرات قلمداد کرد؟ و اگر اینگونه است میان آن دسته از تعزیراتی که فی نفسه و بصورت شرعی معین هستند (تعزیرات مقدر) و آن دسته از تعزیراتی که در شرع نامعین هستند از دیدگاه قانونی چه تمایزی وجود دارد؟

## ۲-۱-۲-: مفهوم جرم

تعریف جرم: چنانچه از تعریف جرم به معنای وسیع آن توجه کنیم و آن را مترادف با گناه (کبیره و صغیره) بدانیم مصادیق آن را گسترش داده ایم ولی هدف ما بیشتر محدود کردن دامنه آن و تلاش در جهت تعیین عکس العمل مناسب در مقابل آن می باشد و اینک به بررسی تعاریف مختلف از جرم می پردازیم.

## ۲-۱-۲-۱- مفهوم لغوی جرم

جرم در لغت به معنای گناه، خطا و بزه به کار می رود، در معنای گناه نیز به کار بد، بزه، عمل زشت، نافرمانی، معصیت و جرم اشاره شده است. در فرهنگ دهخدا جرم به معنی گناه و تعدی آمده است.<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> أبوصلاح حلبی، الکافی الحلبي، ص ۴۰۴

<sup>۲</sup> - علی اکبر، ۱۳۷۷ ص ۱۲۴۷

اصل معنی جرم، بریدن میوه از درخت است و برای هر کسب و کار زشت و مکروه، استعاره شده است و به معنی وادار کردن به کار ناپسند نیز اطلاق شده است (المفردات فی غریب القرآن در ماده جرم)

## ۲-۱-۱-۲- تعریف اصطلاحی جرم:

بر اساس ماده ۲ قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ کنش های مثبت یا منفی مخالف نظم اجتماعی افراد در جامعه که به موجب قانون برای آن مجازات یا اقدامات تامینی و تربیتی تعیین شده باشد جرم نام دارد. از نظر جامعه شناسان جرم عملی است مخالف منافع انسانی جامعه، اعم از این که مورد عنایت قانون گذار قرار گرفته یا نگرفته باشد. دورکیم جامعه شناس مشهور فرانسه درباره جرم چنین می گوید: «ما می توانیم وجود یک سلسله از عملیات را اثبات کنیم که اجتماع علیه آن ها واکنشی به صورت مجازات نشان می دهد از این سلسله عملیات گروهی می توان چیزی درست کرد و به آن تعریف مشترکی بنام جرم داد».

## ۲-۱-۲- تعریف جرم از دیدگاه های مختلف

### ۲-۱-۲-۱- تعریف جرم از نظر فقها

جرم انگاری در هر نظام کیفری ریشه در ارزش های پذیرفته شده آن مکتب دارد و به همین دلیل نظام کیفری در هر جامعه نشان دهنده ارزش های مورد تائید آن جامعه است. اسلام نیز با توجه به ارزش های واقعی در زندگی انسان کلیه اعمالی را که به نوعی ارزش های اساسی مربوط به زندگی فردی و اجتماعی را مورد تهدید قرار می دهد جرم دانسته و به تناسب اهمیت آن ارزش ها برای جرایم، مجازات مقرر نموده است.

جرم از دیدگاه اسلام هر فعل یا ترک فعلی است که با مصالح و مفاسد واقعی انسان اعم از مادی و معنوی و دنیوی و اخروی ارتباط پیدا می کند.

از نظر فقها و یا به تعبیر دیگر دیدگاه اسلام، افعالی جرم تلقی می شود که مغایر با احکام یا اوامر و نواهی باری تعالی باشند این افعال در قرآن کریم با نام های مختلف از قبیل سوء، اثم، جناح و.... مذکور است. جناح (گناه) که موضوع حدود و تعزیرات اسلامی است، شامل هر فعلی ولو آنکه تنها جنبه شخصی داشته باشد یعنی مفسده ی آن عاید خصوص مرتکب گردد نیز می شود مانند:

رده، شرب، خمر، کذب، ترک واجبات و غیره، تعریف جرم، تعریف عام است که می توان آن را برائت و معصیت و خطیئه نیز تسری داد و در این تعریف، همه دارای یک ماهیت هستند و عبارتند از: نافرمانی خدای تعالی و سرپیچی از اوامرو نواهی او که به دنبال آن استحقاق مجازات وجود دارد.

## ۲-۲-۱-۲- تعریف جرم از دیدگاه حقوق دانان

علمای حقوق کیفری هریک، جرم را به گونه ای تعریف کرده اند، هریک از این تعاریف اغلب از گرایش های نظری مکتب های خاصی ملهم بوده است. برای نمونه مکتب عدالت مطلق جرم را « هر عمل مغایر اخلاق و عدالت، تعریف کرده است یا بنا به تعریف گارو فالو یکی از بنیان گذاران دانش جرم شناسی، جرم عبارت است از: « تعرض به احساس اخلاق بشر که شفقت و درستکاری را شامل می شود» یا به تعبیری دیگر «جرم عبارت است از عملی که خلاف نوعی از احساسات شرافتمندانه و خدایسنده انجام شود».

در تعریف دیگری از حقوقدانان فرانسه، علاوه به عنصر قانونی و مادی جرم، عنصر روانی نیز در تعریف منظور شده است طبق این تعریف جرم عبارت است از تجلی خطاکارانه ی اراده مشخص برخلاف حق که قانون برای آن کیفر تعیین کرده است. کارا در تعریف جرم می گوید: «جرم تجاوز از حدود قوانین کشور است که به وسیله کسی انجام شود به شرطی که شخص مرتکب، مکلف یا مجاز به انجام تجاوز نباشد در ضمن برای آن تجاوز، مجازات تعیین شده باشد».

دقیق ترین و ساده ترین تعریف از جرم این است که جرم چیزی است که قانون جزا آن را منع کرده است، یعنی فعل یا ترک فعلی که در قانون قابل مجازات است. ماده ۲ ق. م مصوب سال ۱۳۷۰ در مورد تعریف جرم به ضمانت اجرای کیفری مجازات های مقرر در ماده ۱۲ قانون مزبور اکتفا نموده و مقرر می دارد « هر فعل یا ترک فعلی که قانون برای آن مجازات تعیین کرده باشد جرم محسوب می شود» هدف ما در این تحقیق تعریف قانونی از جرم است که به عنوان مثال می توان از جرائمی چون جرم اجتماعی، انضباطی، جرم مدنی، مرتبط، مختلط، جرم خلافی، عمد، شبه عمد و... را نام برد.

## ۲-۱-۳- شناخت مفهوم مجازات

اهل لغت مجازات را به معنی پاداش دادن و جزا دادن در نیکی و بدی معنی نموده اند.<sup>۱</sup> حقوقدانان مشقتی که مقنن به مجرم تحمیل می کند را مجازات یا کیفر نامیده اند. آقای دکتر عبدالحسین علی آبادی در تعریف مجازات می نویسد: «مجازات عبارت از تنبیه و کیفری است که بر مرتکب جرم تحمیل می شود مفهوم رنج از مفهوم مجازات غیرقابل تفکیک است و در واقع رنج و تعب است که شخص حقیقی مجازات می باشد از نظر فلاسفه مجازات مشقتی است که هیئت جامعه به منظور تلافی و قصاص جامعه و اصلاح و تصفیه اخلاقی مجرم و مصونیت جامعه از اضرار وضع می کند. فلسفه تشریح مجازات در مکتب اسلام همچون سایر ادیان الهی موجب تهذیب نفوس و تربیت افراد بیان شده است.

زجر و تنبیه مجرم قلمداد شده است و با هدف مذکور مطابقت دارد زیرا مجازات دارای اهداف متعددی است که می توان آنها را ارباب، اصلاح و دفاع از جامعه مطرح نمود. با این توضیح که منظور از اصلاح به عنوان یکی از اهداف مجازات، پیشگیری از ارتکاب جرم و ممانعت مجرم از تکرار تبهکاری است. بنابراین برای نبل به این اهداف مهم باید میان جرم ارتكابی و مجازات مجرم رابطه منطقی وجود داشته باشد. به طوری که ضرر کیفر درباره محکوم بیش از فایده ناشی از ارتکاب بزه بوده و مرتکب نفعی در ارتکاب مجدد آن نداشته باشد.

### - فردی کردن مجازات

جرم و به تبع آن مجازات، همزاد زندگی اجتماعی انسان بر روی زمین هستند. از وقوع نخستین جرم بشر بروی کره خاکی (قتل هابیل به دست قابیل) تا کنون، اجتماع بشری همواره با مساله جرم و مجازات روبرو بوده است. در طول تاریخ، به جز در دوره هایی که صلحا و انبیاء زمام حکومت داری را به دست گرفته اند، مجازات کردن در حیطه اختیارات پادشاهان بوده و میزان و نوع آن در زمره اختیارات مطلق پادشاه قرار داشته است. در واقع، مجازات وابسته به نظر شخص پادشاه بوده و این واقعیت تا هزاران سال ساری و جاری بوده است. به تدریج و با مجاهدتهای فراوان عدالت خواهان و در سایه پیشرفت علوم و تکامل عقول، مجازات از نظر شخصی پادشاهان و حکمرانان

۱ - دهخدا، ۱۳۳۸ ص ۴۲۲

رها شده و به تدریج تابع اصولی گردید. به عقیده دانشمندان حقوق جزا، مقررات کیفری سه مرحله را پشت سر گذارده اند:

۱- دوره انتقام شخصی و جنگهای خصوصی

۲- دوره دادگستری خصوص

۳- دوره دادگستری عمومی

دوره اخیر خود به سه دوره قانونگذاری کلیسا(دوره قدیم)، عصر اصلاحات و دوره معاصر (قانونگذاری بر اساس مصلحت جامعه) تقسیم می گردد. دوره معاصر از تصویب قانون جزای فرانسه در سال ۱۸۱۰ آغاز شده و در این دوره است که تحت تاثیر مکاتب مختلف کیفری، نظام مجازات رسانی قاعده مند شده و اصولی برای آن تعریف می شود.

۲-۱-۴- اصول حاکم بر مجازاتها

چهار اصل اساسی و لازم الرعایه در خصوص تعیین و اجرای مجازاتها در عصر حاضر عبارت اند از:

۲-۱-۴-۱- اصل قانونی بودن مجازات

اصل قانونی بودن مجازاتها که به صورت عبارت لاتینی *Nulla poena sine lege* (هیچ مجازاتی بدون قانون ممکن نیست) در اکثر نظامهای جزایی پذیرفته شده، آن است که قاضی نمی تواند به میل خود و بدون وجود متن قانونی صریح، مجازاتی تعیین کند یا میزان آن را تغییر دهد. این اصل در حقیقت دنباله اصل قانونی بودن جرائم است.

با اینکه در اسلام بر لزوم قانونی بودن جرم و مجازات از چهارده قرن پیش دلیل هایی می شناختند (برای مثال، آیه ۱۵ سوره اسراء: ماکانا معذبین حتی نبعث رسولا) ولی نخستین بار قانونگذار کشور ما به هنگام تنظیم متمم قانون اساسی لزوم آن را به پیروی از قوانین اروپایی در اصل دوازدهم که مقرر می داشت: «حکم و اجرای هیچ مجازاتی نمی شود مگر به موجب قانون» تصریح کرد. در نظام کیفری کشورهای غربی، سابقه تاریخی اصل قانونی بودن جرم و مجازات به قرن هیجدهم برمی گردد. تا آن زمان، مقامات قضایی این کشورها در تعیین جرم و پیش بینی میزان کیفرها حد و مرزی نمی شناختند و بر اساس فرمان ها و عرف و عادات مردم حکم می دادند. ابهام و اجمال نصوص قانونی منشاء تفسیرهای شخصی دادرسان و در نتیجه آرای متفاوت بود و در

موارد سکوت قانون به خودسری و خودکامگی آنان می انجامید. بکارها و مونتسکیو از جمله نخستین فیلسوفانی بودند که در این قرن بر لزوم قانونی بودن جرم و مجازات و تفکیک قوای سه گانه که ضامن استقلال دادرسان بود تاکید ورزیدند.

قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، لزوم قانونی بودن مجازات را در اصل سی و ششم به رسمیت شناخته است. به موجب این اصل: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». در این اصل، علاوه بر تعیین مجازات، نحوه اجرای آن نیز منوط به تصریح قانون شده است. در ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پیرامون قانونی بودن مجازات آمده است: «حکم به مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی و اجرای آنها باید از طریق دادگاه صالح، به موجب قانون و با رعایت شرایط و کیفیات مقرر در آن باشد».

#### ۲-۱-۴-۲- اصل تساوی

این اصل ریشه در اصل تساوی افراد در برابر قانون دارد. تساوی افراد در برابر قانون امری است که مورد اجماع و قبول عموم بشریت بوده و ریشه در طبیعت و فطرت انسان دارد. اصل تساوی مجازاتها به این معناست که در مورد مجرمینی که در شرایط مشابه مرتکب جرم مشابه شده اند باید مجازات مساوی تعیین گردد. این اصل مکمل اصل قانونی بودن مجازات هاست و براساس آن اجرای کیفر بدون توجه به جایگاه فرد باید انجام شود.

#### ۲-۱-۴-۳- اصل شخصی بودن مجازات

منظور از اصل شخصی بودن مجازات این است که عدل و انصاف اقتضا می کند که مجازات منحصر دامن گیر مجرم شده و به نزدیکان و اقربای او سرایت نکند. توضیح آنکه در دوره ای طولانی از تاریخ بشر، ارتکاب جرم توسط مرتکب به معنای مستحق بودن بودن نزدیکان وی در مجازات محسوب می شد. در دوره انتقام یا عدالت خصوصی، به ندرت مسئولیت مرتکبین، مسئولیت شخصی یا فردی بود. به عبارت دیگر، فقط خود مرتکب مستوجب کیفر تشخیص داده نمی شد بلکه در بسیاری از موارد فردی غیر از خود مرتکب یا به همراه او سایر افراد وابسته به مرتکب نیز مسئول شناخته شده و مستوجب تحمل مجازات تشخیص داده می شدند. معروف است که طبق ماده ۲۲۹ قانون حمورابی چنانچه در اثر اشتباه معماری خانه ای بر سر صاحب خانه خراب و فرزندان او کشته می شد به تلافی آن، فرزند معمار کشته می شد و اگر خود صاحب خانه می

مرد معمار را می‌کشتند. مسئولیت شخصی فقط در مورد اعمالی بود که درون یک خانواده یا داخل قبیله ای خاص ارتکاب می‌یافت (یعنی جرائم درون گروهی) و طرفین (یعنی بزهکار و بزه‌دیده) در آن زندگی می‌کردند.

با پایان یافتن دوره انتقام خصوصی و شکل‌گیری مکاتب جدید، به تدریج اصل شخصی بودن مجازات‌ها در قوانین و مقررات کشورها و نیز بیانیه‌ها و کنوانسیون‌های بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفت. اصل مذکور به صراحت مورد پذیرش دین اسلام قرار گرفته است چنانکه آیه شریفه «ولا تزر وازره وزر اخری» (هرگز بار گناه دیگری را کس دیگری به دوش نخواهد گرفت) در پنج جای قرآن تکرار شده است.

به موجب ماده ۱۴۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۹۲، مسئولیت کیفری شخصی است. در حقیقت هر انسانی، خود مسئول اعمال ارتكابی خویش‌تن بوده و جایز نیست که فرد دیگری را به دلیل عملی که مرتکب انجام داده است مورد بازخواست و مجازات قرار داد. در این مورد ماده ۱۴۲ قانون یاد شده مقرر می‌دارد: «مسئولیت کیفری به علت رفتار دیگری تنها در صورتی ثابت است که شخص به طور قانونی مسئول اعمال دیگری باشد یا در رابطه با نتیجه رفتار ارتكابی دیگری مرتکب تقصیر شود» مانند مسئولیت عاقله در پرداخت دیه.

## ۲-۱-۴-۴- اصل فردی کردن مجازات

توجه به این اصل به لحاظ تاریخی عمری کوتاه دارد. در دنیای غرب اولین بار والبرگ در سال ۱۸۷۹ کتابی با این عنوان نوشت، سپس کراپلن در ۱۸۸۰ به این موضوع توجه و نظرهایی درباره آن ابراز کرد. بعد از آن، در اسپانیا ژیرون و بعد در آلمان سوفر، در جلسه کنگره حقوق جزا در سال ۱۸۷۹ به تفرید مجازات‌ها اشاره کردند. ریویر در گزارشی که به کنگره در سال ۱۸۷۹ ارائه داد این اصطلاح را در فرانسه به کار برد. بعدها ریموند سالی با نوشتن کتاب مشهور خود در سال ۱۸۹۸ با عنوان «تفرید مجازات‌ها» و تدریس آن در مدرسه علوم اجتماعی بین سالهای ۱۸۹۷ تا ۱۹۰۰ تمام کوشش خود را در راه اثبات تقدم اصلاح بزهکار بر سایر هدفها بکار برد. سعی او همچنان که از عنوان کتابش بر می‌آید در تعدیل مجازات‌ها و نرم کردن آنها به سود اجتماع و مجرم بود زیرا در نوشته خود مخصوصاً به این امر اشاره می‌کرد که برای اصلاح بدکار، قبل از توجه به جرم ارتكابی، باید شخصیت او را مورد نظر قرار داد و باید آن را چنان که لازم است شناخت تا بتوان به طریقی



صحیح در سازگار کردن و اصلاح او اقدام کرد. از آنجا که این اصل، موضوع محوری این پژوهش است در مباحث آتی به آن پرداخته می شود.

## ۲-۱-۵- مفهوم اصل فردی کردن مجازات

از فردی کردن مجازات یا اصل تفرید مجازات تعاریف نسبتاً زیادی ارائه شده است. در یک تعریف، «تفرید مجازات یعنی اعمال و اجرای مجازاتی متناسب با شخصیت و ویژگیهای جسمی، روانی و اجتماعی فرد مجرم که به ماهیت جرم ارتكابی و یا خصوصیات مجنی علیه از طرف مقنن پیش بینی شده و از سوی قوای قضائیه و مجریه به منصفه ظهور رسیده و ممکن است به تشدید، تخفیف، تعلیق و ... مجازات منجر شود».

در تعریفی دیگر که به نظر کاملتر می آید، «اصل فردی کردن مجازاتها عبارت است از اعمال و اجرای مجازاتی متناسب با شخصیت و ویژگیهای جسمانی، روانی و اجتماعی فرد مرتکب؛ که به اعتبار ماهیت جرم ارتكابی یا خصوصیات مجنی علیه، از طرف مقنن پیش بینی شده و از سوی قوه قضائیه و مجریه به منصفه ظهور رسیده و ممکن است حسب مورد منجر به تشدید، تخفیف یا تعلیق و ... مجازات گردد».

نویسنده دیگری در مقام تعریف بیان داشته است که «فردی کردن مجازات ها یعنی شناخت شخصیت واقعی مجرم با توجه به عوامل مختلف تأثیرگذار در ارتكاب جرم، با استفاده از نظریه کارشناسان علوم مختلف و تعیین مجازات مناسب با شخصیت مرتکب به نحوی که باعث اصلاح و درمان مجرم شود و باعث بازگشت مرتکب به آغوش جامعه و خانواده اش شود. در معنای وسیع تر فردی کردن یعنی اصلاح و تربیت مجدد مجرم با استفاده از جایگزین های حبس و کیفرزدایی و جرم زدایی به نحوی که جامعه بیمار نیز بتواند همراه با مجرم اصلاح شده و از میکروبهای فاسد کننده پاک شود تا بتواند تکامل یافته و افراد اجتماع را نیز در مسیر تکامل یاری دهد» (محمودی، ۱۳۸۷: ۳۷). یکی دیگر از صاحب نظران در تعریف فردی کردن مجازات می نویسد: «فردی کردن مجازات یعنی اعمال مجازات متناسب با ظرفیت های شخصی هر مجرم که در مسیر حیات جسمی، روحی، اجتماعی و حالات او قبل، اثنا و بعد از ارتكاب جرم، طریق ارتكاب جرم، وسایل به کار رفته در ارتكاب جرم، اضرائی که بر مجنی علیه وارد شده و انگیزه ارتكاب جرم تحقق می یابد.

با توجه به این تعاریف، می توان گفت که فردی کردن مجازات یعنی «تعیین و تطبیق میزان و نحوه اجرای مجازات بر اساس شخصیت، وضعیت و موقعیت اجتماعی و خانوادگی، سن، جنسیت و شغل مجرم با کمک نهادهایی همچون تعویق صدور حکم، مجازاتهای جایگزین حبس، تعلیق اجرای مجازات، آزادی مشروط و تخفیف مجازات». به طور خلاصه و ساده می توان گفت که اصل فردی کردن مجازات یعنی تناسب میان مجازات و شخصیت و وضعیت مجرم.

با مفهوم ارائه شده از اصل فردی کردن مجازات، این اصل نهایتاً به شخصی شدن مجازات می انجامد چرا که در فردی کردن مجازات، وضعیت مجرم از حیث خانوادگی (موقعیت اجتماعی، خانوادگی، تاهل و عائله مندی) مورد توجه است و تلاش می شود در تعیین مجازات با عنایت به این عوامل، خود مجرم هدف مجازات قرار گیرد و وابستگان وی کمترین آسیب را ببینند. با این وجود، فردی کردن مجازات در تعارض با اصل قانونی بودن مجازات و اصل تساوی قرار می گیرد. واقعیت این است که این تعارض ظاهری است. درست تر آن است که بگوییم اصل فردی کردن مجازات، تعدیل کننده اصول قانونی بودن مجازات و تساوی است. از آنجا که خود قانونگذار قادر به اعمال و پیش بینی همه موارد در تدوین قوانین نیست با تعیین چارچوبهایی، دادرسان و گاهی مجریان را به رفع این نقیصه ملزم نموده است. همچنین، اصل تساوی را می توان در سایه فردی کردن مجازات به معنای «تساوی افراد با وضعیت مشابه در برابر قانون» تعبیر کرد.

اصل فردی کردن مجازات بر دو مبنای علمی استوار است:

#### ۱- تفاوتهای فردی

گورون آلپورت می گوید: هرکس، شامل مجموعه ای از رفتارهای خاص خود است که او را از دیگران متمایز می سازد و به این علت، هیچ دو فردی کاملاً شبیه هم نیستند. منظور از عوامل فردی که باعث ایجاد تفاوتهای فردی می شوند عواملی است که مجرم را به صورت ارادی یا غیر ارادی، به سوی ارتکاب جرم سوق می دهد، برخی از این عوامل، ذاتی و گروهی دیگر اکتسابی هستند. از مهمترین عوامل ذاتی درونی می توان از توارث، نژاد، جنس یا اختلالات روحی نام برد. استعمال مسکرات و مصرف مواد مخدر نیز از جمله عوامل اکتسابی ارادی هستند که باعث ضعف قوای دماغی و دفاعی شده و میل به ارتکاب جرائم را در فرد تشدید می کند.

#### ۲- عوامل اجتماعی

در بررسی عوامل اجتماعی، تکیه بر مفهوم محیط است. شناخت محیط خانوادگی، جغرافیایی، اقتصادی و اجتماعی از جمله مسائلی است که در درک چرایی وقوع جرم و اتخاذ یک تصمیم قضایی عادلانه و متناسب می‌بایست مورد توجه قرار گیرد. در حقیقت، معتقدان به اصل فردی کردن مجازات معتقدند که در تعیین مجازات می‌بایست به تفاوت‌های فردی و اجتماعی که پدیده مجرمانه، تا حدود زیادی محصول آنهاست، توجه نمود. در فردی‌سازی مجازات، نگاه به جرم، نگاه به یک پدیده انسانی است و به این دلیل، در کنار تلاش برای تناسب مجازات با جرم ارتكابی، می‌بایست به تناسب مجازات با شخصیت مرتکب و وضعیتی که جرم در آن محقق شده، نیز توجه کافی مبذول داشت. در تغییر گرانگاه از «جرم» به «مجرم»، مکتب تحقیقی نقش ویژه ای ایفا کرده است. مکتب تحقیقی به جای اینکه افراد جامعه را به عنوان اشخاصی که دارای قابلیت‌های مساوی و حقوق برابر هستند، در نظر گیرد، بر روی تفاوت‌های اشخاص تاکید می‌کند که همین تفاوت‌های فردی شرایط مختلف و متنوع موثر بر روی افراد را نشان می‌دهد. بنابراین، موضوع اصلی در این تجزیه و تحلیل به جای اینکه در مورد عمل مجرمانه باشد، بر روی ماهیت و خصوصیات شخصیتی «خود فرد مجرم» می‌باشد. بزهکاران را می‌توان به صورت علمی مورد مطالعه قرارداد و همچنین عواملی که منجر به ارتكاب اعمال مجرمانه توسط ایشان می‌شود، قابل شناسایی و طبقه‌بندی بوده و در نهایت امر این امکان که به کمک برخی شیوه‌های خاص با آنها برخورد نموده و سپس ایشان را اصلاح کرد وجود دارد.

## ۲-۲-۲- مبانی نظری تحقیق

### ۲-۲-۱- انواع تعزیرات

تعزیرات را به طور کلی به دو دسته تعزیرات شرعی و تعزیرات حکومتی می‌توان تقسیم کرد. که در این پژوهش در ازای اصطلاح تعزیرات حکومتی به دلیل امکان خلط آن با قلمروی اعمال تحت نظارت سازمان تعزیرات حکومتی (که از گستره کمتری نسبت به اعمال مستوجب مجازات‌های بازدارنده برخوردار است) از همان اصطلاح شناخته شده «مجازات‌های بازدارنده» برای این دسته از مجازات‌ها استفاده خواهد شد. بنابراین بطور کلی ما با دو دسته از تعزیرات سر و کار داریم: تعزیرات شرعی و مجازات‌های بازدارنده.

اما خود تعزیرات شرعی نیز به دو قسم تعزیرات مقدر و نامقدر تقسیم می‌شوند. بنابراین ما

در نظام تعزیرات با دو نوع تقسیم بندی مواجه هستیم:

الف) تعزیرات مقدر و نامقدر

ب) تعزیرات شرعی و حکومتی (یا مجازات های بازدارنده)

## ۲-۲-۲- تعزیرات مقدر و نامقدر

در فقه اسلامی دو دسته از تعزیرات را می توان ملاحظه کرد: دسته اول تعزیراتی که در خود فقه و بنابر روایاتی خاص، نوع و مقدار آن ها مشخص شده است. و دسته دوم تعزیراتی که تعیین نوع و مقدار واکنش در آن ها به کلی به نظر حاکم و اگذار گردیده است. بنابراین شرعاً دو دسته تعزیر وجود دارد: اول تعزیرات مقدر و دوم تعزیرات نامقدر. تعزیرات مقدر با حدود تفاوت دارند. جدا از موجبات آن ها، نوع واکنش تعزیری با نوع واکنش حدی در این دسته جرایم تفاوت هایی دارد بدین معنا که واکنش تعزیری در این موارد بایستی از حد کمتر باشد. و از سوی دیگر تعزیرات مقدر به اعتقاد برخی فقها می بایست میان اقل و اکثر در نوسان باشد و اختیار قاضی در تعیین میزانی از مجازات که مابین دو طرف اقل و اکثر قرار داشته باشد در این دسته از جرایم باید ملحوظ واقع شود. همچنین تفاوت دیگری که برای این دو ذکر کرده اند به امکان اجرای تعزیرات مقدر در عصر غیبت و عدم امکان اجرای برخی حدود در این عصر به اعتقاد برخی فقها بازمی گردد. و تفاوت آخر مربوط به امکان امامت شخصی که تعزیر مقدر بر وی اجرا شده و عدم امکان آن برای شخصی است که حد بر وی اجرا شده است.<sup>۱</sup>

از تفاوت سوم و چهارم که بواسطه عدم ارتباط با بحث حاضر بگذریم، تفاوت اول و دوم از فیلتر قانونگذاری مدرن جوامع امروزی عبور خواهد کرد و امر تازه ای نیست. اما پرسشی که در این میان مطرح است این است که آیا مجازات های بازدارنده را می توان یکی از مصادیق این دو دسته تعزیرات تلقی کرد؟ نسبت مجازات های بازدارنده با تعزیرات مقدر و نامقدر چیست؟ مصادیق جرایم مستوجب تعزیرات مقدر کدام ها هستند و موضع قانونگذار سال ۹۲ در این خصوص چه بوده است؟ پرسش آخر این که آیا امکان اطلاق این قاعده (تعیین اقل و اکثر) بر سایر انواع تعزیرات غیرمقدر وجود دارد؟

<sup>۱</sup> البهای العالی، جامع عباسی، ص ۴۲۶

## ۲-۲-۱- مصادیق نظریه اسباب و واکنش ها در تعزیرات مقدر

تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی در تمایز تعزیرات منصوص شرعی از سایر انواع تعزیرات چنین مقرر می دارد:

«در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط میشود. در سایر جرائم موجب تعزیر دادگاه میتواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید.

تبصره ۱- مقررات راجع به توبه درباره کسانی که مقررات تکرار جرائم تعزیری در مورد آنها اعمال میشود، جاری نمیگردد.

تبصره ۲- اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند(ب) ماده (۷) و بندهای(الف) و (ب) ماده (۸) و مواد(۲۸)،(۳۹)،(۴۰)،(۴۵)،(۴۶)،(۹۲)،(۹۳) و (۱۰۵) این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی شود.»

«تعزیرات منصوص شرعی» در فقه با این عنوان سابقه ای ندارد. از نظر لغوی «نص» شرعی حکم برآمده از ظاهر قرآن و روایات است. «با این توضیح عمل یا اعمال خاصی که از سوی فقهاء مستحق تعزیر شناخته می شود در صورتی تعزیر منصوص شرعی تلقی می گردند که مبتنی بر روایت - نص شرعی - باشد در غیر اینصورت صرفاً تعزیر شرعی... محسوب می گردد.»<sup>۱</sup>

در تشخیص مصادیق این دسته از تعزیرات نیز باب اختلاف نظرها باز است. به زعم بعضی: «برخی اعمال و رفتار حرام شرعی به صورت خاص در «نصوص شرعی» معرفی و برای مرتکبین این اعمال از سوی شارع مقدس تعزیر - اعم از این که نوع و مقدار تعزیر مشخص شده یا نشده باشد - در نظر گرفته شده است که به این دسته از تعزیرات، تعزیرات منصوص شرعی گفته می شود؛ تعزیراتی که دارای «نص شرعی» هستند.»

اما به نظر نمی رسد چنین دیدگاهی چندان صحیح و مطابق با رأی واندیشه قانونگذار باشد. حذف تعزیرات منصوص شرعی از شمول بسیاری از مکانیزم های قابل دفاع قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ بر این تردیدها دامن می زند. بنابراین نظر صائب تر آن است که بپذیریم این دسته از تعزیرات با آنچه در فقه تحت عنوان «تعزیرات مقدر» یاد می شود مطابقت دارند. تعزیرات مقدر

<sup>۱</sup> شریفی، صدیقه، تعزیرات منصوص شرعی، برگرفته از پایگاه اینترنتی [www.scienceoflaw.ir](http://www.scienceoflaw.ir)

به عنوان قسمی از تعزیرات در هیچ یک از کتب فقهی تعریف نشده بلکه ذیل عنوان تعزیر و به طور حاشیه ای بدان پرداخته شده است. اما مصادیق این نوع تعزیر کدامند؟ در قانون این مصادیق مسکوت نهاده شده و بنابراین برای یافتن آن ها ناگزیر از رجوع به فقه شیعه هستیم.

علامه مجلسی در کتاب «حدود، قصاص و دیات» تعزیرات منصوص شرعی را تا پنجاه قسم برشمرده است<sup>۱</sup> که البته چندان قابل دفاع به نظر نمی رسد. چرا که قاعدتاً برای یافتن تعزیرات منصوص می بایست به دنبال مواردی بود که فقها بر سر آن وفاق نسبی دارند. معمولاً تعزیرات را در باب «حدود و تعزیر» یا ذیل عنوان «اسباب التّعزیر» مورد توجه قرار داده و پس از بیان مقدر بودن برخی تعزیرات به شمارش آن ها پرداخته و احکام کلی حاکم بر آن ها را توضیح می دهند. نکته قابل توجه اینکه گاه اختلافاتی میان مصادیق این دسته از اسباب وجود دارد. از سوی دیگر خود لفظ «مقدر» نیز از دو جهت قابل بررسی است.

۱) مقدر به معنای معین بودن نوع واکنش «یعنی نفس تعزیر».

۲) مقدر به معنای مشخص بودن سبب تعزیر یا همان عمل مستوجب تعزیر.

شهید ثانی در مسالک الأفهام قسم سومی هم به این تقسیم بندی افزوده و آن تعزیراتی است که فقط یک مقدار مشخص داشته و میان اقل و اکثر در نوسان نباشد، به نظر شهید فقط این مورد را می توان تعزیر مقدر نامید.

در هر دو مورد اختلاف نظرهایی مشاهده می شود، علت را باید در دلایل تقدیر جستجو کرد. عمده فقها این دلایل را به روایات نسبت می دهند و بر این اساس معتقدند روایات مختلف برخی اسباب را با تعزیر معین و مشخصی تعیین کرده اند. از آن جمله می توان به مسالک الأفهام شهید ثانی اشاره کرد. وی در این خصوص می گوید:

«اصل در تعزیر عدم تقدیر است، و اغلب افراد آن اینگونه هستند، ولیکن روایاتی در تقدیر برخی افراد آن در پنج موضع وجود دارد: تعزیر کسی که در روز ماه رمضان با همسرش جماع کند بیست و پنج ضربه شلاق است، دوم: کسی که کنیزی را به عقد شخص آزادی در بیاورد و دخول هم قبل از اذن گرفتن (از ولی و احب کنیز) انجام شود دوازده و نیم ضربه شلاق می خورد یعنی یک هشتم حد زانی، تعزیر دو نفر عریان که زیر یک لحاف بختسبند بنا به قولی سی تا نود و

<sup>۱</sup> یزدانیان، طهماسب، پایان نامه کارشناسی ارشد، مرور زمان در قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، ص ۹۵

نه ضربه شلاق خواهد بود، چهارم کسی که بکارت دختری را با انگشتش از بین ببرد، شیخ گفته چنین شخصی از سی تا نود و نه ضربه شلاق می خورد، و مفید گفته از سی تا هشتاد ضربه و ابن ادریس گفته از سی تا نود و نه ضربه. و پنجم: مرد و زن عریانی که زیر یک لحاف پیدا شوند به اعتقاد شیخ مفید از ده تا نود و نه ضربه شلاق می خورند، (اما) شیخ مطلق تعزیر را گفته و در الخلاف گفته: اصحاب ما در آن حد معین کرده اند. و باید بگوییم که از این موارد فقط تعزیر اولی (کسی که در روزی از ماه رمضان با همسرش جماع کند) مقدر است و باقی بین دو طرف (دو حد اقل و اکثر) بوده و به رأی حاکم بستگی دارد کما اینکه در معین کردن مقدار مواردی غیر از این ها رأی حاکم مناط عمل خواهد بود ولو اینکه دو طرف آن چنانکه گفته شد معین شده باشد.<sup>۱</sup> اما برخی دیگر شکستن روزه بدون عذر شرعی و تعمدی را نیز موجب تعزیر مقدر می دانند.<sup>۲</sup> برخی همچنین برای شهادت دروغ و قذف به الفاظی که مصرح در زنا نباشد مثل «دیوث» نیز تعزیری مقدر به هشتاد تازیانه در نظر گرفته اند.<sup>۳</sup>

ولی اگر تعزیرات مقدر را بخواهیم حمل بر آن دسته از تعزیراتی کنیم که در فقه سبب آن ها یاد شده است مصادیق بسیار متنوع و زیادی بدست خواهیم آورد از جمله: اختلاس، استلاب، ترک نماز، استمناء جنایات انجام شده توسط صغیر که در اینجا تعزیر به معنای تأدیب در نظر گرفته شده است، تقلب در کسب را نیز برخی مستوجب تعزیر دانسته اند،<sup>۴</sup> اکراه به قتل، بوسیدن پسر جوان یا مرد یا زن صغیره یا کبیره، کسی که در مسجد یا محل حرام یا روزهای حرام مبادرت به انجام عمل مستوجب حد کند علاوه بر حد تعزیر هم می شود،<sup>۵</sup> اقرار به زنا کمتر از چهار مرتبه،<sup>۶</sup> جماع با رضای زوجه در ماه رمضان به قولی،<sup>۷</sup> قذف کردن بالغ صغیر را،<sup>۸</sup> ارتکاب اعمالی توسط غیر مسلمانان که اظهار مسلمان نبودن بکند مثل نوشیدن خمر و خرید و فروش خوک یا

<sup>۱</sup> شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۱۴، ص ۲۵۵-۲۵۶

<sup>۲</sup> خمینی، مصطفی، الصوم، ص ۲۲ و همچنین: خوبی، الصوم، صص ۱۲ و ۱۳ و همچنین: سیستانی، سید علی، تعلیقه علی العروه الوثقی، ج ۲، ص ۴۰۴

<sup>۳</sup> سلاربن عبدالعزیز، المراسم العلویه، ص ۲۵۷

<sup>۴</sup> المنتظری، نظام الحکم فی الإسلام، ص ۲۹۷

<sup>۵</sup> شیخ مفید، المقنعه، ص ۷۸۲

<sup>۶</sup> سید خوبی، مبانی تکمله المنهاج، ج ۱، ص ۳۳۹

<sup>۷</sup> روحانی، محمد صادق، المسائل المنتخبه، ص ۱۷۲

<sup>۸</sup> شیخ طوسی، المبسوط، ج ۳، ص ۳۴۶

نکاح با محرمات در ملاء عام،<sup>۱</sup> قطع الطریق، بی ادبی در مجلس قضا ولو اینکه فقط قاضی آن را بشنود.<sup>۲</sup> دارا بودن آلات قمار،<sup>۳</sup> و بسیاری موارد دیگر.

این دسته از تعزیرات چنانکه گفته شد تنها به واسطه ذکر شدن در فقه، منصوص محسوب می شوند و نمی توان آن ها را تعزیرات مقدر به معنای واقعی کلمه قلمداد کرد. چرا که متبادر از لفظ مقدر معمولاً آن نوع تعزیراتی است که قدر و میزان آن ها توسط شارع مقدس یا بنا بر روایات خاصه مشخص شده باشد. و اگر بخواهیم در این خصوص سختگیرانه قضاوت کنیم باید دیدگاه حدافلی شهید ثانی در مسالک را پذیرفته و تنها یک نوع تعزیر مقدر را قبول کنیم و آن هم جماع با زوجه در یکی از روزهای ماه رمضان است.

اما اداره حقوقی قوه قضاییه ظاهراً برداشت اول را پذیرفته است. بدین معنا که تعزیرات منصوص را معادل تعزیرات مقدر شرعی آن هم نه با دیدگاه حدافلی شهید ثانی در نظر گرفته است:

«نظریه شماره ۴۵ - ۹۲/۵/۲۸

۷/۹۲/۹۷۱

۹۲-۱۸۶/۱-۴۵۷

سوال: احتراماً همانطور که استحضار دارید به موجب تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ اطلاق مقررات مواد ۱۱۵ بند (ب) ماده (۷) و بندهای (الف) و (ب) ماده (۸) و مواد (۲۷)، (۳۹)، (۴۰)، (۴۵)، (۴۶)، (۹۳)، (۹۴) و (۱۰۵) این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی شود با توجه به اینکه تعزیرات منصوص شرعی در قانون مزبور تعریف نشده و یا مصادیق آن بیان نشده است اعلام فرمایند تعریف و مصادیق تعزیرات منصوص شرعی دقیقاً چیست؟

نظریه مشورتی: تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می شود 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 شده است ولی نوع و

<sup>۱</sup> همان، ج ۲، ص ۴۴

<sup>۲</sup> سید گلپایگانی، کتاب القضاء، ج ۱، ص ۱۶۲

<sup>۳</sup> شیخ منتظری، دراسات فی مکاسب المحرمه، پی نوشت ص ۱۸۷



مقدار آن معین نگردیده، تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی شود.<sup>۱</sup>

این نظریه نیز تعیین مصادیق را به منابع فقهی ارجاع کرده و به نظر می رسد از این حیث جامعه حقوقی کشور با نوعی تشنگی آرا مواجه گردد.

## ۲-۲-۲-۲- نظریه امکان یا عدم امکان تقدیر همه تعزیرات

چنانکه در بحث تعزیرات مقدر گفته شد مبنای تقدیر و تعیین برخی تعزیرات ادله و روایاتی است که در خصوص این دسته از تعزیرات وارد شده است. اما آیا امکان عمومیت بخشیدن به تقدیر یا به عبارت دیگر معین کردن نوع و میزان تعزیرات وجود دارد؟ این پرسشی است که عمده اختلافات مجلس و شورای نگهبان را در جریان تصویب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ شکل داده بود. علت اصلی اختلاف چنانکه گفته شد دو طرز تلقی متفاوت از نظام تعزیرات در اسلام و حقوق موضوعه بود. مجلسی ها طرفداران حقوق موضوعه و مدافعان نظام مند کردن تعزیرات بودند اما اعضای شورای نگهبان به طرفداری از نظام اصیل تعزیرات و نامعین ماندن این دسته از مجازات ها برخاستند.<sup>۲</sup> حال می خواهیم ببینیم آیا از نظر فقهی مبنا و دلیلی بر تقدیر تعزیرات در دست هست؟ آیا می توان تعزیرات را به عنوان مجازاتی با میزان و نوع معین به اجرا درآورد؟ در این صورت علت واقعی و احتمالاً پنهان اختلاف مجلس و شورای نگهبان در این زمینه چه بوده است؟ اصولاً از نظر فقهی تعزیرات آنچنان که در تعاریف فقها آورده می شود نامعین نیست. یعنی برخلاف بیان اولیه فقها در خصوص انحصار مجازات های معین به حدود و در نتیجه اطلاق عنوان تعزیر بر مجازات های نامعین، تعزیرات در بطن مسائل فقهی دارای ضوابط و مقررات و محدوده معینی هستند.

نخستین قاعده در تعزیر این است که حداکثر تعزیر نمی بایست از حداقل حد تجاوز کند. بنابراین حداکثر در تعزیرات مشخص است و آنچه مبنای اختلاف است حداقل می باشد.<sup>۳</sup> دومین

<sup>۱</sup> برگرفته از سایت رسمی اداره حقوقی قوه قضائیه به آدرس:

<http://www.edarehoququy.ir/Default.aspx?tabid=۴۹۸۸&articleType=ArticleView&articleId=۷۹۱۳۷>

<sup>۲</sup> و أما التعزیر، فالأصل فیہ عدم التقدیر (اصل در تعزیر عدم تقدیر و نامعین بودن است) شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۱۴، پی نوشت ص ۲۳۶

<sup>۳</sup> نظرات چنانچه گفته شد در این خصوص متفاوت است معهداً بطور کلی دو نظر عمده در این خصوص وجود دارد:

نظر نخست: مراد از حد، کم ترین حد است که همان حد قوادی (هفتاد و پنج ضربه) است. در نتیجه میزان تعزیر نباید بیش از هفتاد و چهار ضربه شلاق باشد.

نظر دوم: مراد از حد، حدی است که متناسب با جرم تعزیری مورد نظر است. اگر کسی مرتکب جرم تعزیری در ارتباط با زنا شود، مانند تقبیل و مضاجعه (مقدمات زنا)، مجازات او کم تر از حد زنا (یکصد ضربه) خواهد بود. هرگاه مرتکب جرمی شود که با هیچ جرمی تناسب

قاعده این است که تعزیر می بایست با درجه خفت و شدت جرم ارتكابی در تناسب باشد. سومین قاعده تأثیرپذیری تعزیر از شخصیت مرتکب و اوضاع و احوال وقوع جرم است به نحوی که قاضی می تواند نوع تعزیر را به حسب شرایط و اوضاع و احوال تغییر دهد. چهارم آنکه تعزیرات در خصوص اطفال نمی بایست به قول برخی فقها از ده تازیانه تجاوز کند و باید جنبه تأدیبی داشته باشد نه کیفر و مکافات. پنجم آنکه اگر معصیت یا مفسده حقیر باشد تعزیر نیز حقیر خواهد بود اگرچه فایده ای بر آن مترتب نباشد. ششم آنکه در تعزیرات هدف منع و بازدارندگی است نه کیفر. هفتم آنکه مجازات تعزیری برخلاف نظر برخی صاحب نظران در اوایل انقلاب اسلامی، منحصر به تازیانه نیست و انواع دیگر از جمله زندان و جریمه مالی و غیره را نیز شامل می شود. بر این اساس آنچه در کلام شارع یا عمل او در موارد مختلف آمده به عنوان مثال بوده که قابل تسری به موارد مشابه هست و اینکه در فقه بیشتر به تازیانه اشاره شده صرفاً من باب عرف غالب بوده نه اینکه تعزیرات منحصر به تازیانه است.<sup>۱</sup>

بنابراین تعزیرات علیرغم ظاهر نامعین دارای قواعد و ضوابطی هستند که فی المجموع چارچوبی را برای نظام قانونگذاری جزایی به نمایش می گذارند. این در حالی است که نزاع مجلس و شورای نگهبان در دو دهه اول انقلاب اسلامی این تلقی را برای مخاطب امروزی ایجاد می کند که علی الاصول نمی توان تعزیرات را در قالب و چارچوب مشخصی قرار داد و مجلسی ها نه تنها در توجیه عملکرد خود به دلایل و مبانی روایی و فقهی استناد نکرده که صرفاً با استفاده از ترفندهای سیاسی و تقنینی سعی در گذر از سد شورای نگهبان داشته اند. در حالی که علت اصلی مشکل نه از نظام تعزیرات که از تاریخچه قانون و قانونگذاری جزایی در ایران نشأت می گرفته است.

تا پیش از انقلاب مشروطه ایران تعزیرات به عنوان یک دسته از مجازات های فقهی چندان مورد توجه نبوده و رسیدگی به جرائم نیز عمدتاً زیر نظر محاکم عرف به سرپرستی شخص شاه انجام می شد. این رویه هم فقط بعد از عصر صفویه در ایران پی ریزی شده بود. بنابراین هرگز قواعد عام حاکم بر تعزیرات مانند معین بودن حداکثر تعزیر، غلبه جنبه اصلاحی و تربیتی تعزیر

ندارد، مانند کلاهبرداری، ارتشا و ربا، مجازات او کم تر از کم ترین حد، یعنی حد قوادی است. (حاجی ده آبادی، همان)

<sup>۱</sup> برای دیدن دو نظر مخالف هم رک به: آیت الله صافی، کتاب تعزیرات و حجه الإسلام هادی معرفت، بحثی در تعزیرات، مجله کانون وکلا، بهار و تابستان ۱۳۶۸، ش ۱۴۶ و ۱۴۷

بر جنبه کیفری آن، عدم امکان تجاوز تعزیر طفل و دیوانه از حدود تأدیبات، لزوم پرداختن به شخصیت مرتکب و اوضاع و احوال وقوع جرم و مسائلی از این قبیل به بوته آزمایش گذاشته نشده و روشی که بتوان این قواعد عام را در بستر آن تعریف و تشریح و بر مصادیق مختلف تعزیر حمل کرد شکل نگرفته بود. قانون مجازات عمومی سال ۱۳۰۴ به تبعیت از حقوق دو کشور فرانسه و سوئیس تنظیم شد، قانون سال ۵۲ تأثیرپذیری خود از حقوق غربی را افزایش داده و جرائم اسلامی را عملاً از دایره رسیدگی های جزایی خارج کرد. معهداً حتی انقلاب اسلامی سال ۱۳۵۷ نیز نتوانست تأثیر حقوق غربی را دست کم در کتاب اول (کلیات) از میان ببرد. همچنین اصل قانونی بودن جرم و مجازات نیز که اصلی وارداتی بود بر کل قانون مجازات اسلامی سایه افکنده و لزوم تعیین و تقدیر تعزیرات را گوشزد می کرد. بنابراین یک تعارض ظاهری پدید آمد: اولاً عدم امکان تعیین و تقدیر تعزیرات از نظر فقهی و ثانیاً لزوم پیروی از اصل قانونی بودن جرم و مجازات. این تعارض بیشتر ناشی از درک نادرست نظام تعزیرات و همچنین تازگی و بی سابقگی قانونگذاری اسلامی در ایران بود و راه گریز آن چیزی جز بازگشت به فقه و مرور دوباره نظام تعزیرات نبود. گرچه این راه گریز چندان مورد توجه قرار نگرفت اما تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۰ این نکته را به اثبات رساند که قانونگذار گرچه مسأله را به درستی در نیافته است اما دست کم می داند پاسخ آن چگونه باید باشد؟ مسأله اساسی به واقع این بود که نظام تعزیرات در فقه شیعی دارای منبع و مبانی کامل و جامعی برای تعیین نوع و میزان واکنش در کنار اعمال تمامی مکانیزم ها و اصول وارداتی غربی بود. گرچه به دلیل تحجر از حکومت و فقدان ریشه های قانونگذاری اسلامی در ایران، این مکانیزم ها هرگز توسط حقوقدانان و فقهای ایرانی و اسلامی شکل نگرفتند. همه تأسیساتی که به عنوان تأسیسات غربی به کلیات قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۰ وارد شدند نظیر آزادی مشروط، تعلیق مجازات، تخفیف مجازات، مجازات های تبعی و تکمیلی، تأدیبات طفل و دیوانه و دیگر مصادیق این تأسیسات در واقع همان مکانیزم هایی هستند که فقه شیعه برای اجرای تعزیرات بدان ها نیازمند است. آیا برای اجرای قاعده ای که شیخ عاملی به موجب آن حقیر بودن تعزیر را به واسطه حقیر بودن عمل ارتكابی مجاز می شمرد، مکانیزم هایی بهتر از تعویق صدور حکم، تعلیق مراقبتی یا تبدیل و تخفیف مجازات می توان یافت؟ این ها مکانیزم هایی غربی و وارداتی هستند که گرچه در فقه شیعه سابقه ای با این

نام و نشان ندارند معهدا در توجیه تعیین و تقدیر تعزیرات در قانون مجازات اسلامی بیش از هر مستمسک دیگری به یاری قانونگذار اسلامی ایران آمده اند. این مکانیزم ها، برآمده از «علم قانونگذاری» هستند که در کشور ما به دلیل ماهیت پاتریمونیالیستی حکومت های پادشاهی هرگز به شکل رسمی ایجاد نشده و در دوران بعد از مشروطیت نیز تنها به شیوه ای کاملاً وارداتی به مرزهای کشورمان نفوذ کرده است. به تعبیر فیلسوفان فقه «فقه و شریعت به اهداف ناظر است و مکانیسم ها و شیوه ها را علم تعیین می کند.»<sup>۱</sup> اگر قرار است به اتکای اصل قانونی بودن جرم و مجازات، اصل نامعین بودن تعزیرات را زیر سوال ببریم، برای حل این معضل ناچاریم از مکانیزم های وارداتی استفاده کنیم. مکانیزم هایی که حوزه اختیارات قاضی اسلامی را گسترش دهد و او را به عنوان بخشی مؤثر از روند رسیدگی به جرم و تعیین مجازات محوریت بخشد.

## ۲-۲-۳- نظریه تعزیرات شرعی و حکومتی

همانگونه که پیش از این گفته شد تقسیم بندی دیگری نیز برای تعزیرات وجود دارد و آن تقسیم بندی تعزیرات به دو دسته تعزیرات شرعی و حکومتی (مجازات های بازدارنده) است. چنانکه گفته شد تعزیرات شرعی خود به دو دسته تعزیرات مقدر و نامقدر تقسیم می شوند. عمده اختلافات شورای نگهبان و مجلس در جریان تصویب کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی ناشی از خلط مفهوم تعزیرات حکومتی یا مجازات های بازدارنده با تعزیرات نامقدر شرعی بوده است. در خصوص قلمروی تعزیر نیز اقوال فراوان است. معهدا تنها نظر عده معدودی از فقهاست که در پذیرش نوع دیگری از مجازات ها که ما آن را به نام مجازات بازدارنده می شناسیم ذیل عنوان کلی تعزیر قابل تمسک می باشد. از جمله شهید اول که معتقد است: «تعزیر تابع مفسده است اگرچه معصیت نباشد.»<sup>۲</sup> که بنا بر این تعریف اعمالی که معصیت نباشند نیز می توانند مشمول عنوان کلی تعزیر واقع شوند. بر این اساس می توان احکام حکومتی را که جنبه شرعی ندارند اما فی المجموع نوعی مفسده هستند نیز زیر سایه تعزیرات قرار داد. همچنین ابوصلاح حلبی می گوید:

«روشن کردیم که اعمال زشت عقلی و سمعی به فعل مانند ظلم و دروغ و زنا و ربا و شرب خمر و اخلال در واجبات مانند راستگویی و انصاف و نماز و زکات تقسیم می شوند. و انجام

<sup>۱</sup> عابدی شاهرودی، علی و دیگران، گفت و گوهای فلسفه فقه، ص ۹۵

<sup>۲</sup> الشهید الاول، القواعد و الفوائد، ص ۲۵۵

زشتی ها و اخلال در واجبات بر دو قسم است. یکی از آن دو مستوجب حد و دیگری مستوجب تعزیر است. اولی: کفر و قتل و محاربه... و زنا و لواط و مساحقه و قیاده و سرقت و شرب خمر و نوشیدن آبجو،... قسم دوم: غیر از آنچه از این زشتی ها و اخلال ها ذکر کردیم (همگی مستوجب تعزیر هستند).»

در تعریف فوق نیز ذکر عبارت «اعمال زشت عقلی و سمعی» بیانگر امکان دخالت عقلانیت بشری در تعیین اعمال قبیح و واکنش در برابر آن هاست. امری که قطعاً دامنه شمول تعزیرات را از موارد ارتکاب محرمات و ترک واجبات شرعی (که واضح آن ها شارع مقدس است) به موارد نقض مقررات حکومتی می کشاند. گرچه دامنه عقل گرایی (به مفهوم بشری) در این تعاریف چندان شکافته نشده و به نظر می رسد حتی در این موارد نیز تبعیت عقل از شرع در پس زمینه ذهن فقها جاری بوده، معهذا دور از واقع نیست که بپذیریم فی المجموع فقهای شیعه نه به دلیل مخالفت با نفس وجود تعزیرات حکومتی، که بیشتر به واسطه دور بودن از حکومت به این دسته از احکام وقعی ننهاده اند.

بنابراین در حوزه جزائیات چنانچه به دنبال مقسمی برای احکام حکومتی باشیم بهترین جایگاه، همان نظام تعزیرات است. با این پیش شرط که احکام حکومتی چه از حیث مبانی، چه از حیث تاریخچه و چه از حیث قواعد حاکم بر اجرا با تعزیرات سنتی شرعی تفاوت دارند. بدین معنا که اگر بخواهیم نظام تعزیرات را به عنوان چارچوبی برای تعزیرات حکومتی یا مجازات های بازدارنده در کنار تعزیرات شرعی بپذیریم، باید این نکته را هم قبول کنیم که فی الجمله میان آن تعریف و مختصات آن که به طور متعارف و سنتی از تعزیرات شرعی سراغ داریم با آنچه تعزیرات حکومتی یا مجازات های بازدارنده می خوانیمش تفاوت های بنیادینی وجود دارد. بنابراین اگرچه تعزیر به واسطه گسترش افق دید فقیهان متأخر به موضوعاتی نظیر حکومت، مصلحت، واکنش به اعمال قبیحه و مسائلی از این قبیل توانسته احکام جزایی حکومتی را نیز به زیر پر و بال خود بگیرد، باز هم نمی توان ویژگی های متمایز این دسته از تعزیرات و تعزیرات شرعی را نادیده گرفت.

اما تعزیرات حکومتی کدام قسم از تعزیرات هستند؟

این دسته از تعزیرات در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ تحت عنوان «مجازات های بازدارنده» مورد تعریف و شناسایی قرار گرفتند. قانون مذکور در ماده ۱۷ به تعریف این دسته از

مجازات ها پرداخته بود:

«مجازات بازدارنده، تأدیب و یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می گردد از قبیل حبس، جزای نقدی، تعطیل محل کسب، لغو پروانه و محرومیت از حقوق اجتماعی و اقامت در نقطه یا نقاط معین و منع از اقامت در نقطه یا نقاط معین و مانند آن.»

چند نکته از تعریف مذکور می شد برداشت کرد. نخستین نکته این که این مجازات ها نه در قبال انجام عمل حرام یا ترک فعل واجب که در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی اعمال می شدند. نکته ای که تفاوت مبنایی این دسته از مجازات ها را با تعزیرات شرعی نشان می دهد. چنانچه در ادامه خواهیم گفت تعزیرات حکومتی بر مبنای حفظ مصلحت و مقتضیات زمان و مکان توسط «حکومت» و نه «شارع مقدس اسلام» تعیین می شوند. این مجازات ها مابه ازاء اخلال در مقرراتی است که حکومت برای حفظ ارکان و شئون خود و همچنین نظم اجتماعی در نظر گرفته است.

دومین نکته ذکر طیف وسیعی از واکنش ها بود که عمدتاً در فقه جزایی اسلام سابقه نداشتند. واکنش هایی نظیر تعطیلی محل کسب، لغو پروانه، منع از اقامت در محل معین و امثالهم از مصادیق واکنش هایی بودند که در نظام فقهی اسلام بی سابقه به نظر می رسیدند. همین بی سابقه بودن نوع واکنش ها در تعزیرات حکومتی بود که رئیس شورایی عالی قضایی وقت را به استفتاء از امام راحل وادار نمود. پاسخ به این استفتاء را برخی سبب خلق عنوان «مجازات های بازدارنده» دانسته اند.<sup>۱</sup> حال جدا از اینکه این استفتاء تا چه حد در خلق اصطلاح مجازات بازدارنده مؤثر بوده، نکته اساسی اینجاست که در پاسخ امام راحل نیز بر تفاوت و تمایز میان تعزیرات شرعی و حکومتی (که امام از آن به عنوان احکام سلطانیه یاد می کند) تأکید شده است. متن استفتاء مزبور چنین است:

بسمه تعالی

محضر انور حضرت آیه الله العظمی امام خمینی ادام الله ظلّه

پس از عرض سلام، مستدعی است مسائل زیر را جواب فرمائید، در هیأت تعزیرات مورد نیاز

است:

۱. حبس، نفی بلد، تعطیل محل کسب، منع از ادامه خدمت در ادارات دولتی، جریمه مالی و

<sup>۱</sup> حسینی، سید محمد، مجازات بازدارنده، اشکالات نظری مشکلات عملی، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، ش ۲

بطور کلی هر تنبیهی که به نظر برسد موجب تنبه و خودداری از ارتکاب جرائم می گردد، جایز است به عنوان تعزیر تعیین شود یا در تعزیرات به مجازات های منصوص باید اکتفا کرد؟  
بسمه تعالی: در تعزیرات شرعیه احتیاط آن است که به مجازات های منصوصه اکتفا شود مگر آنکه جنبه عمومی داشته باشد، مثل احتکار و گرانفروشی که با مقررات حکومتی داخل در مسأله بعد، مسأله دوم می باشد.

۲. برای اداره امور کشور قوانینی در مجلس تصویب می شود مانند قانون قاچاق، گمرکات و تخلفات رانندگی، قوانین شهرداری و به طور کلی احکام سلطانیه، و برای اینکه مردم به این قوانین عمل کنند، برای متخلفین مجازاتهایی در قانون تعیین می کنند. آیا این مجازاتها از باب تعزیر شرعی است و احکام شرعی تعزیرات از نظر کم و کیف بر آنها بار است یا قسم دیگر است و از تعزیرات جدا هستند و اگر موجب خلاف شرع نباشد باید به آنها عمل کرد؟

بسمه تعالی: در احکام سلطانیه که خارج از تعزیرات شرعیه در حکم اولی است متخلفین را به مجازاتهای بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می توانند مجازات کنند.<sup>۱</sup>

دو نکته از این استفتاء قابل برداشت است. اول اینکه امام راحل نیز تعزیرات شرعی را از تعزیرات حکومتی مجزا دانسته و برای آن قواعد و اصولی مجزا قائل بوده اند و دوم اینکه این دسته از تعزیرات را در حکم احکام اولیه قلمداد کرده اند. این بدان معناست که تعزیرات حکومتی از نظر اصولی در جایگاهی به مراتب بالاتر و مهمتر از تعزیرات شرعی قرار دارد.

تعزیرات حکومتی در اصول فقه ذیل عنوان کلی حکم حکومتی قرار می گیرد. در خصوص معنای اصطلاحی حکم نظر شهید اول اینگونه است: «حکم شرعی عبارت است از خطاب شارع که مربوط به کارهای مکلفان می شود، به گونه اقتضاء یا تخییر.»<sup>۲</sup> اما در فقه و اصول فقه تعریف دقیقی برای حکم حکومتی نمی یابیم. صاحب جواهر در تعریف حکم حاکم می گوید: «حکم عبارت است از فرمان حاکم (نه خدای متعال) بر عمل کردن به حکم شرعی یا عمل به حکم وضعی یا عمل به موضوع آن دو، در مورد خاص»<sup>۳</sup>

که این تعریف به طور خاص حکم صادر شده از سوی قاضی یا حاکم را مد نظر قرار داده است و به حکم حکومتی به عنوان حکمی که از سوی حکومت و برای اجرای وظایف حکومتی یا حفظ

<sup>۱</sup> مهرپور، حسین، سرگذشت تعزیرات...، کانون وکلا، ش ۱۴۷ و ۱۴۸

<sup>۲</sup> شهید اول، القواعد والفوائد، ج ۱، ص ۳۰

<sup>۳</sup> رحمانی، همان، به نقل از: نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۴۰، ص ۱۰۰

و مراقبت از نهاد حکومت صادر می شود نظر ندارد. بنابراین از یافتن تعریفی مشخص از حکم حکومتی در فقه و اصول باید مأیوس بود. بنابراین برخی در تعریف حکم حکومتی گفته اند:

«احکام حکومتی عبارت است از فرمانهای جزئی، وضع قوانین و مقررات کلی و اجرای احکام و قوانین شرعی که از سوی رهبر مشروع جامعه اسلامی، در حوزه مسائل اجتماعی، با توجه به حق رهبری و سرپرستی و با لحاظ مصلحت جامعه اسلامی صادر می گردد.»<sup>۱</sup>

## ۲-۲-۴- نظریه نسبت مجازات های بازدارنده با تعزیرات شرعی مقدر و نامقدر

از مباحث طرح شده در این فصل می توان فهمید که معضل نامعین بودن نظام تعزیرات چیزی نیست که بتواند در راه تعزیر محسوب کردن مجازات های بازدارنده به عنوان مانع فقهی به آن تمسک نمود. تعزیرات علیرغم ظاهر نامعین، واجد ویژگی ها و عناصری هستند که اجمالاً تصویری از یک نظام حقوقی مؤثر و قابل اعتنا را به ما نشان می دهند. بنابراین نسبت مجازات های بازدارنده و تعزیرات (بطور کلی)، عموم و خصوص مطلق خواهد بود. مجازات های بازدارنده فی نفسه دسته ای از تعزیرات هستند که بنا به دلایلی واجد مختصات خاص و ویژه ای نیز می باشند. پرداختن به این مختصات را به فصول بعد وامی گذاریم اما آنچه بدیهی است این که نظام تعزیرات در اسلام واجد چنان قابلیت و گستره ای هست که بتواند عناوین جزایی احکام حکومتی را نیز تحت لوای خود قرار دهد. مشکل در این میان نه مقدر یا نامقدر بودن تعزیرات که تفاوت ها و تمایزات تاریخی، مبنایی و اجرایی میان تعزیرات حکومتی (مجازات های بازدارنده) و دسته ای از تعزیرات است که برای نظام فقهی شیعه ملموس تر و آشنا ترند. این دسته از تعزیرات که ما آن ها را تعزیرات شرعی (صرفنظر از مقدر یا نامقدر بودن آن ها) می نامیم ویژگی ها و عناصری دارند که قهراً آن ها را از مجازات های بازدارنده یا تعزیرات حکومتی جدا می سازد.

بنابراین نظام تعزیرات در اسلام را جدا از تقسیم بندی به مقدر و نامقدر می بایست به تقسیم بندی دیگری نیز مبتلی ساخت و آن تقسیم تعزیرات به دو قسم «شرعی» و «حکومتی» است. اما وجوه تمایز این دو طیف از تعزیرات چه چیزهایی است؟ و این تمایزات از کجا نشأت می گیرد؟ آیا ورود فقه جزایی به قلمروی قانونگذاری ایران بعد از انقلاب آغازگر این تمایزات بوده است یا این افتراق ناشی از بستری تاریخی بوده و ریشه در مسائلی عمیق تر دارد؟ پاسخ به این پرسش ها را به فصول بعد واگذار می کنیم.

<sup>۱</sup> صرامی، سیف الله، حکم حکومتی و مصلحت، ص ۸۳





# فصل سوم

ضرورت وجودی و مبنایی

مجازات های بازدارنده

در فصل پیشین روشن شد که مجازات‌های بازدارنده یا به اصطلاح تعزیرات حکومتی علی‌رغم نگاه سنتی به نظام تعزیرات قابلیت قرار گرفتن ذیل عنوان تعزیر را دارا هستند. معهذا پرسشی که در این میان مطرح می‌شود این است که مجازات‌های بازدارنده واجد چه وجوه تمایزی هستند که تفکیک آن‌ها را از تعزیرات شرعی اعم از مقدر و نامقدر ایجاب می‌کند؟

پرداختن به این تمایزات را به این فصل احاله کردیم که با توجه به اهمیت این بحث در راستای اهداف این پژوهش، اختصاص دادن فصلی مستقل به آن ضروری به نظر می‌رسید. بر این اساس مباحث این فصل را به چهار قسمت عمده تقسیم کرده ایم:

۱. وجوه کلی تمایز تعزیرات شرعی و مجازات‌های بازدارنده
۲. تمایزات میان فقه جزایی و حقوق کیفری اسلامی
۳. ضرورت وجودی مجازات‌های بازدارنده
۴. تمایز مبانی مجازات‌های بازدارنده و تعزیرات شرعی

### ۳-۱- تفاوت‌های کلی تعزیرات شرعی و مجازات‌های بازدارنده

چنانچه در فصل پیشین گفته شد مجازات‌های بازدارنده قسمی از تعزیرات هستند که در اصطلاح تعزیرات حکومتی خوانده می‌شوند. از این دسته تعزیرات در فقه اهل سنت با عناوینی نظیر «احکام ولایی» و «احکام السلطانیه» یاد می‌شود. معهذا این تعزیرات با تعزیرات شرعی به مفهومی که فقه شیعه می‌شناسد تفاوت‌هایی مبنایی دارد.

### ۳-۲- فقه جزایی و حقوق کیفری اسلامی

در بادی امر به نظر می‌رسد با تبیین تفاوت‌های میان «فقه اسلامی» و «حقوق کیفری اسلامی» بتوان وجوه تمایز میان تعزیرات شرعی و مجازات‌های بازدارنده را با بینش عمیق تری درک نمود. تعریفی که از فقه شیعه ارائه می‌شود این است:

«فقه در لغت به معنای فهم است و در اصطلاح علم به احکام شرعی فرعی از ادله تفصیلی آن

هاست.»<sup>۱</sup>

این در حالی است که حقوق کیفری اسلامی با دو پیش فرض اساسی توضیح داده می‌شود:

<sup>۱</sup> شهید اول، القواعد والفوائد، ج ۱، ص ۳۰

اول: احکام اسلامی تابع مصالح و مفساد واقعی بشر است.

دوم: مصالح و مفساد واقعی بشر خود دو گونه است؛ یک قسم مصالح و مفساد همیشگی، و

قسم دیگر مصالح و مفساد متغیر و تحول پذیر.<sup>۱</sup>

مصالح همیشگی نیز به پنج مورد خاص محدود می شود: حفظ دین، حفظ عقل، حفظ نسل،

حفظ نفس و حفظ مال. این اهداف، اهداف متعالی و اصلی دین اسلام هستند.

بر این اساس تعریفی که اندیشمندان از حقوق کیفری اسلام بیان می کنند اینگونه است:

«حقوق جزای اسلامی یک سلسله قواعد و ضوابطی است که بموجب آنها جرائم و جنایات و معاصی

کبیره، و اعمال مخالف نظم و امنیت و عدالت اجتماعی تشخیص و میزان و نوع مجازات آن نیز

معین می گردد، و در مواردی تعیین میزان آن بعهدده حاکم شرع و ولی فقیه محول می شود.»<sup>۲</sup>

به نظر می رسد فقه شیعه در مقاطع عمده تاریخ خود بیشتر تابع مصالح و مفساد ثابت بوده

است تا متغیر. بدین معنی که دوری از حکومت و قدرت، عملاً فقه شیعه را از ورود به آن بخش از

قلمروی مصالح و مفسادی که جنبه متغیر دارند و مقتضیات زمان و مکان در موضوعات آن ها

اثرگذار است محروم ساخته است. به اعتقاد اندیشمندان فقه شیعه: «فقه اسلامی در معنای متداول

آن، متضمن احکام حکومتی و قضایی نیست، در حالی که این دو قسم احکام نیز تشکیل دهنده

بخشی از «مفهوم حقوق کیفری اسلامی» است؛ و اتفاقاً شاید بتوان گفت که بخش عمده ای از آن

را هم در برمی گیرند.»<sup>۳</sup>

آنچه از بررسی تاریخی این مقوله به چشم می خورد این است که حقوق جزای اسلامی در

ایران تا پیش از انقلاب اسلامی، بیشتر در محدوده حدود و قصاص خود را وامدار فقه شیعه می

دانسته و در حوزه احکام حکومتی، مجموعه نهادهایی در کنار یکدیگر فعالیت می کرده اند که گاه

متأثر از احکام کلی فقهی بوده و گاه به شکلی کاملاً خودسرانه به وضع و اجرای قوانین جزایی می

پرداخته اند. به عنوان مثال منصب محتسب در حقوق کیفری ایران بعد از اسلام به شخصیتی

اطلاق می شد که وظیفه اش اعمال وظیفه دینی امر به معروف و نهی از منکر بود. بر این اساس و

به منظور تشخیص موارد امر به معروف و نهی از منکر صاحب چنین مقامی می بایست به درجه

اجتهاد می رسید تا بتواند موارد معروف و منکر را تشخیص داده و واکنش نشان بدهد. وظایف

<sup>۱</sup> رضایی، حسن، نقش مقتضیات زمان و مکان در حقوق کیفری اسلامی، نشریه پژوهشی دانشگاه امام صادق، زمستان ۱۳۷۷، ش ۸

<sup>۲</sup> فیض، علیرضا، تطبیق و مقارنه در حقوق جزای عمومی اسلام، جلد اول، ص ۵۶

<sup>۳</sup> همان، درشت نمایی توسط نگارنده انجام شده است.

محتسب در این حوزه به مواردی نظیر نظم و آبادانی بازار، پیشگیری از احتکار و مقابله با آن، نظارت بر کارگزاران دولتی، حفظ حقوق اقلیت های مذهبی و اعمال واکنش در برابر معاصی کبیره ای محدود می شد که جنبه علنی و آشکاری می یافتند.<sup>۱</sup> بخش مهمی از احکام حکومتی نیز در دست مقام پادشاه بود. در ایران همواره از دیرباز، رعیت داری و دادگستری از مهم ترین وظایف و کارکردهای یک پادشاه به شمار می آمده است.<sup>۲</sup> خواجه نظام الملک طوسی در این خصوص می نویسد: «قضا پادشاه را می باید کردن به تن خویش... و این قاضیان همه نایبان پادشاهند...»<sup>۳</sup> تفکیک امور شرعی از عرفی در نظام قضایی، در سطحی گسترده و با تمایز تشکیلات دیوانی از عهد صفویه به عنوان سنتی رایج در نظام حقوقی ایران درآمد. رسیدگی به جرائم بر عهده محاکم عرف بود که زیر نظر پادشاه عمل می کردند. قضاوت در محاکم عرفی عمدتاً مبتنی بر دستورها، فرامین قضایی زمامداران و آداب و رسوم حاکم بود.<sup>۴</sup> معهدنا پادشاهان تا حدود زیادی در این زمینه خودسرانه عمل می کردند. اصل تفکیک صلاحیت های عرفی از صلاحیت های شرعی در طول سلطنت قاجاریان همانند عصر صفوی، ادامه داشت و حتی در قانون اساسی مشروطیت نیز انتقال یافت.<sup>۵</sup>

اما بدیهی است که هیچ یک از این نهادها در اعمال وظایف و محدوده صلاحیت، خود را ملتزم و تابع فقه شیعه قلمداد نکرده و اعمال خود را بازتاب تحولات فقه جزایی شیعه نمی دانستند. فقه شیعه نیز در این تحولات عملاً دخالت مستقیمی به عنوان واضع و مجری احکام حکومتی ایفا نمی کرد. بنابراین مفهوم سنتی فقه جزایی کماکان در فقه شیعه به قوت خود باقی ماند. با این اوصاف فقه شیعی به مفهومی که هواداران سنتی از آن انتظار دارند یعنی «فهم احکام شرعی عملی از ادله تفصیلی»<sup>۶</sup> آن هم بدون در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مکان، قابلیت سازگاری و همسازی با شرایط پیچیده جوامع امروزی را نداشت. احکامی که اصطلاحاً احکام حکومتی خوانده می شوند با چنین تعریفی از فقه زیر مجموعه قوانین شریعت قرار نمی گیرند. این در حالی است که بر طبق

<sup>۱</sup> صرامی، سیف الله، حسب یک نهاد حکومتی، ص ۵۱

<sup>۲</sup> الهیاری، فریدون و سمائی دستجردی، معصومه، سیاست قضایی سلاطین تیموری، مجله پژوهش های تاریخی استان سیستان و بلوچستان، ۱۳۸۸

<sup>۳</sup> همان به نقل از: نظام الملک طوسی، ابوعلی حسن، سیاست نامه، به اهتمام هیوبرت دارک، ۱۳۴۰، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، تهران، ص ۵۶

<sup>۴</sup> حسینی، سید محمد، ساختار نظام قضایی عصر صفوی، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، پائیز ۱۳۹۰، ش ۳

<sup>۵</sup> امین، سید حسن، نظام قضایی ایران از آغاز قاجار تا انقلاب مشروطیت، پژوهش حقوق و سیاست، بی تا، بی ش

<sup>۶</sup> همان

نظر برخی فقهای متأخر نیز در تفسیر دین می بایست به هر دو مجموعه عوامل نظر داشت: هم عوامل ثابت و لایتغیر شریعت، و هم عوامل برخاسته از مقتضیات زمان و مکان.

با این بینش برخی اندیشمندان نظیر دکتر مجتهد شبستری سعی در اثبات لزوم تغییر هرمنوتیک فقه و گرایش آن بسوی تأثیر مصالح و مقتضیات زمان و مکان یا به اصطلاح عوامل متغیر در اجتهاد دارند. به تعبیر ایشان: «با قبول نظریه اهداف دین در مرحله تفسیر نصوص کتاب و سنت به گونه ای باید عمل کرد که نتیجه اجتهاد در راستای اهداف و مصالح مزبور باشد.»<sup>۱</sup>

درک و اثربخشی به این عوامل نیز تنها محدود به حوزه قضا و داوری نبوده بلکه اعم از آن و قابل گسترش به حوزه تقنین و تعیین اعمالی که از منظر حقوق (و نه فقه) اسلامی قابل عتاب و خطاب تلقی می شوند خواهد بود. بدین لحاظ اگر در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مجازات بازدارنده از دایره تعزیرات به طور کلی خارج بود، این دیدگاه نشأت گرفته از پافشاری قوه مقننه در گرایش به تفسیر سنتی از فقه اسلامی، درک ناصحیح نظام تعزیرات و بی توجهی به قابلیت ها و مقتضیات «حقوق اسلامی» بود. این گرایش نه تنها در میان فقهای شورای نگهبان بلکه در میان حقوقدانان مجلس شورای اسلامی وقت نیز به وضوح دیده می شود. نگاهی کوتاه بر تاریخچه پیدایش مجازات های بازدارنده در حقوق جزای ایران نشان می دهد چه مجلس و چه شورای نگهبان علیرغم تمامی اختلاف نظرهایی که در خصوص ضوابط و مقررات حاکم بر نظام تعزیرات اسلامی داشته اند در تفسیر سنتی و مضیق از قلمروی حقوق جزایی اسلام خصوصاً در حوزه تعزیرات دارای وجه مشترک بوده اند.

اما در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قانونگذار لزوم تغییر رویه و دیدگاه سنتی در این خصوص را اعمال کرده است. بدین معنی که قانونگذار در سال ۱۳۹۲ به درک تمایزها و تفاوت های حقوق کیفری اسلامی و فقه جزایی شیعه نائل گشته و در پی بهبود روابط میان آن دو برآمده است. منتها تغییر دیدگاه در خصوص جایگاه مجازات های بازدارنده نتوانسته در تمام حوزه ها اثرگذاری خود را حفظ کند. یکی از این حوزه ها قلمروی قاعده عطف بما سبق نشدن قوانین کیفری است. به عبارت دیگر در بده بستان حقوق کیفری به مفهوم غربی و فقه جزایی شیعه به مفهوم سنتی، این تنها جایگاه مجازات های بازدارنده است که دستخوش تغییر شده است. اما تغییر در جایگاه نمی تواند، تمایز در مبانی و برخی آثار را نیز از میان بردارد، و این چالشی است که

<sup>۱</sup> مجتهد شبستری، محمد، هرمنوتیک، کتاب و سنت، ص ۳۷

قانونگذار جزایی ایران در قانون اخیر با آن مواجه بوده و گاه در برخی مواد (نظیر ماده ۱۰، ماده ۱۸، ماده ۹۹، ماده ۱۱۵ و ماده ۶۳۸ کتاب پنجم) ردپای آن را می توان ملاحظه کرد.

### ۳-۳- ضرورت مجازات های بازدارنده

مجازات های بازدارنده به عنوان بازتاب عقلانیت بشری در حوزه حفظ و پاسداری از حکومت و دوام و بقای آن و همچنین تنظیم روابط اجتماعی از جایگاه ممتاز و ویژه ای برخوردار هستند. در تاریخ اسلام به کرات با مجازات ها و احکامی برخورد می کنیم که جنبه موقتی داشته و صرفاً بر اساس مقتضیات زمان و مکان صادر و اجرا شده اند. این مجازات ها در اغلب موارد حتی واجد خصیصه معصیت بودن نیز نیستند و صرفاً برای انتظام امور و به طور موقت اعمال شده اند. در اینکه این دسته از مجازات ها قسمی از تعزیرات بوده و بازتاب قدرت و تهور مکتب اسلام در رویارویی با وقایع و حوادث هر عصری هستند شک و شبه ای نیست. آنچه در این پژوهش مورد نظر ماست ضرورت پرداختن به مجازات های بازدارنده یا همان تعزیرات حکومتی با تأکید بر تمایز آن ها از تعزیرات شرعی است. خلط مفهوم مجازات های بازدارنده با تعزیرات شرعی به معنای نادیده انگاشتن موجبات و ضرورت هایی است که تفکیک میان مجازات های بازدارنده و تعزیرات را در بستر قانونگذاری جوامع مدرن و امروزی ایجاب می کند.

معهدا این دیدگاه چندان مورد اقبال نویسندگان و منتقدین قانون مجازات اسلامی سابق قرار نگرفته است. با بررسی مجموع مقالات و کتاب هایی که در این خصوص تألیف شده اند<sup>۱</sup> به نظر می رسد دلایل عدم ضرورت تمایز مجازات های بازدارنده از تعزیرات شرعی را از دیدگاه مخالفان بتوان به دو بخش عمده تقسیم نمود:

#### الف) قلمروی تعزیر

به زعم مخالفین، در فقه جزایی درباره قلمروی تعزیر پنج قول دیده می شود:

۱. فقط در موارد منصوص؛

۲. در موارد منصوص به علاوه رفتارهای مزاحم، مودی و مقتضی مداخله حاکمیت؛

۳. در معاصی کبیره؛

<sup>۱</sup> به عنوان مثال رک به: حسینی، سید محمد، مجازات بازدارنده، اشکالات نظری مشکلات عملی، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۲، همچنین همین نویسنده، حدود و تعزیرات (قلمرو، اهداف، احکام)، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، بهار ۸۷، شماره ۱

۴. در مطلق معاصی؛

۵. در معاصی و مصالح؛<sup>۱</sup>

بدیهی است اگر قلمروی تعزیر را هر یک از موارد منصوص در شرع، مطلق معاصی و معاصی کبیره بدانیم مجازات های بازدارنده ذیل هیچ کدام از این ابواب قرار نگرفته و نه تنها تعزیر حکومتی که به طور کلی نمی توان آن ها را زیرمجموعه تعزیرات قرار داد. امری که مورد پذیرش نگارنده نیز نمی تواند باشد. بنابراین تکیه کلام بر مورد دوم و آخر خواهد بود. یعنی موارد مقتضی مداخله حاکمیت و مواردی که مصلحت باشد.

مخالفین در خصوص مواردی که مقتضی مداخله حاکمیت باشد به یک نکته اساسی اشاره دارند؛ اینکه مورد مذکور از اقوال فقهای اهل سنت استخراج شده و فقهای اهل تشیع به ندرت خود را وارد مواضع حکومتی کرده اند. به تعبیر ایشان وجه مشترک اقوال فقهای شیعه «این است که تقریباً همه در محدوده معاصی شرعی، به معنای محرمات منصوص در شرع قلمرو تعزیر را دارای سعه و ضیق می دانند. در این اقوال و آثار کمتر نشانه ای از تعزیر رفتارهایی که به حکم اولی شرع تحریم و تجریم نشده اند، اما به اقتضای اعمال حاکمیت حاکم اسلامی، در جهت حفظ منافع و مصالح مهمه برای فرد و جامعه و دفع مفاسد مهمه از آنان ممنوع می شوند، دیده می شود.»<sup>۲</sup>

تحریر فقه شیعه از حکومت امری نبود که به یکباره و ناگهان اتفاق افتاده باشد. این مسئله ریشه در تاریخی هزار و اندی ساله دارد. سخن مخالفین از این جهت که می توان از اقوال و اندیشه های دیگر مذاهب اسلامی نیز بهره برد پسندیده و قابل دفاع بوده و سیاستی که مجامعی نظیر «مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی»<sup>۳</sup> در جهت نزدیک کردن مذاهب اسلامی و بده بستان های مفید میان این مذاهب دنبال می کنند قابل تحسین است، ولی این امر نمی تواند تمایزات مبنایی و اجرایی میان مفاهیم و تقسیم بندی ها را از میان بردارد.

تفاوت در مبنای مجازات های بازدارنده و تعزیرات به دو دسته عمده تقسیم می شود: مصلحت، و دفع مفسده. بنابراین با پرداختن به این دو مفهوم در عمل به قول پنجم از اقوالی که مخالفین

---

۱ جالب اینجاست که دکتر محمد حسینی در توضیح و تشریح این پنج مورد، مخاطب را به مقاله دیگر خود یعنی حدود و تعزیرات... ارجاع می دهند، در حالیکه در مقاله مذکور هیچ اسمی از مورد پنجم دیده نمی شود.

۲ حسینی، محمد، حدود و تعزیرات.

۳ طرح مسأله تقریب مذاهب در جهان اسلام، به معنای «نزدیک شدن پیروان مذاهب اسلامی با هدف شناخت یکدیگر و دستیابی به اخوت دینی بر اساس اصول مسلم و مشترکات اسلامی»، در پی ناهمسازگری ها و تفرقه های موجود میان جوامع مختلف اسلامی آغاز گردید. (برای اطلاعات بیشتر رک به پایگاه اینترنتی مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی به آدرس ذیل:

<http://www.taghrib.org/farsi>



در خصوص قلمروی تعزیر یاد کرده اند یعنی «معاصی و مصالح» نیز پاسخ داده خواهد شد. بررسی این مبانی را به مبحث بعدی احاله می کنیم و اما بررسی دلیل دیگر مخالفان در خصوص لزوم حذف مجازات های بازدارنده.

## ب) نظر امام خمینی

دلیل دیگری که برخی مخالفان برای مخالفت با وجود مجازات های بازدارنده ارائه می کنند به «نظر امام خمینی»<sup>۱</sup> مربوط می شود. ایشان با طرح اقوال و مکاتبات امام راحل سعی در اثبات این قضیه دارند که علی الاصول امام راحل نیز با موجودیتی بنام مجازات بازدارنده مخالف بوده و این مجازات ها را ذیل عنوان «احکام ثانویه» قرار می داده اند.<sup>۲</sup> جالب اینجاست که در هیچ یک از نقل قول هایی که از امام راحل به عمل آمده هیچ کدام از دو نظر پیش گفته مطرح نمی شود. امام خود، در پاسخ به استفتاء آیت الله اردبیلی - مذکور در فصل اول - بر تفاوت تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده صحنه نهاده و در تمامی مراحل تصویب قانون تعزیرات از نزدیک در جریان سیر امور و وقایع بوده و بارها از ایشان در این خصوص استفتاء و چاره اندیشی به عمل آمده است. چگونه ممکن است امام با تمایز مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی مخالف بوده باشند در حالی خود عیناً بر این تفاوت تأکید کرده اند:

«در احکام سلطانی که خارج از تعزیرات شرعی در حکم اولی است متخلفین را به مجازات های بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می توانند مجازات کنند.»<sup>۳</sup>

بر این اساس گرچه امام قطعاً با نفس تعزیر قلمداد کردن مجازات های بازدارنده مخالفتی نداشته اند معهداً بر تمایز و تفاوت میان مجازات های بازدارنده و تعزیرات «شرعی» تأکید ورزیده اند. امری که نشان می دهد حتی پس از استقرار حکومتی شیعی در ایران و با وجود تأکید رهبر انقلاب و قانون اساسی بر لزوم وضع قوانین اسلامی، همچنان تمایز و تفاوت میان تعزیرات شرعی

<sup>۱</sup> رک به: حسینی، مقاله مجازات های بازدارنده...

<sup>۲</sup> گرچه این نظر که دیدگاه امام بر اسلامی بودن احکام حکومتی بوده است، مورد پذیرش نگارنده نیز هست معهداً خود امام در بسیاری موارد صراحتاً احکام حکومتی را در زمره احکام اولیه اسلام تلقی کرده اند نه احکام ثانویه:

«حکومت، که شعبه ای از ولایت مطلقه رسول الله (ص) است، یکی از احکام اولیه اسلام است و مقدم بر تمام احکام فرعی، حتی نماز و روزه و حج است. حاکم می تواند مسجد و یا منزلی را که در مسیر خیابان است خراب کند و پول منزل را به صاحبش رد کند. حاکم می تواند مساجد را در مواقع لزوم تعطیل کند و مسجدی که ضراب باشد در صورتی که رفع عیب بدون تخریب نشود خراب کند...» (امام خمینی، امام خمینی، صحیفه . نور، ۱۷۰/۲۰) بنابراین به دیدگاه امام خمینی «ولایت فقیه و احکام حکومتی از احکام اولیه است.» (همان، همان، ۱۷۴/۲۰) و «احکام ثانویه ربطی به اعمال ولایت فقیه ندارد.» (همان، ۲۰۲/۱۷) با این دیدگاه، امام مصلحت احکام حکومتی را بر هر مصلحت دیگری ترجیح داده و حکم حکومتی را در مرتبه ای بالاتر از هر حکم دیگری قرار می دهد.

<sup>۳</sup> پاسخ امام خمینی به استفتاء آیت الله اردبیلی، مهرپور، حسین، سرگذشت تعزیرات، مجله کانون وکلا، ش ۱۴۷ و ۱۴۸

و مجازات های بازدارنده معتنی به و غیر قابل خدشه است.

با این توضیح پاسخ به ادعای مخالفین در خصوص مبانی مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی را به مبحث بعدی احاله می کنیم.

### ۳-۴- تمایز مبانی مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی

اگر بخواهیم به دنبال چیزی باشیم که زیربنا و پایه اصلی تعزیرات را تشکیل می دهد با دو مفهوم عمده مواجه خواهیم شد: اول مفهوم مصلحت، و سپس مفهوم دفع مفسده یا واکنش در برابر اعمال قبیح. با اینحال این دو مفهوم در ارتباط با دو دسته تعزیرات شرعی و حکومتی (مجازات های بازدارنده) به اشکال متفاوتی خودنمایی می کنند. بدین معنا که گرچه به عنوان مثال مصلحت مبنای هر دو نوع تعزیرات شرعی و حکومتی هست معهدا ساختار و گستره مصلحت گرایی در این دو متفاوت می باشد. یا مفهوم «مفسده» و «اعمال قبیح» در تعزیرات شرعی با این مفهوم در تعزیرات حکومتی تفاوت دارد. لذا گرچه مبانی هر دو یکی است اما گستره این مبانی و معنایی که از آن ها انتظار داریم در تعزیرات شرعی با تعزیرات حکومتی متفاوت است. بر این اساس این مبانی را بصورت جداگانه مورد بررسی قرار خواهیم داد.

### ۳-۴-۱- مصلحت

شاید مهمترین مبنا و پایه ای که برای نظام تعزیرات بتوان معرفی کرد همین مفهوم مصلحت باشد. گرچه در کتاب ها و مقالاتی که پس از انقلاب اسلامی ایران و در پرتو پرداختن به مفهوم «حکم حکومتی» تهیه و تدوین شده اند مفهوم مصلحت بیشتر از نقطه نظر ارتباطی که با حکم حکومتی دارد مورد توجه قرار گرفته<sup>۱</sup> با اینحال نمی توان از تأثیر و خاصیت آن در حوزه تعزیرات شرعی نیز غافل شد.

پرداختن به مفهوم مصلحت در پرتوی ارتباط آن با حکم حکومتی بیشتر نشأت گرفته از حرکت فکری و فقهی امام راحل در جهت توسیع مفهوم مصلحت در فقه شیعه و پایه گذاری حکومت اسلامی ایران به اتکای مصلحت انگاری بوده است. با اینحال مفهوم مصلحت در فقه شیعه مفهوم جدیدی نیست. گرچه گستره و نفوذ آن در «صدور» احکام، تاریخی به کوتاهی عمر انقلاب اسلامی ایران دارد: «با توجه به مبانی و اصول، نمی توان تردید کرد که فقه شیعه از آغاز، پیوندی ناگسستنی

<sup>۱</sup> در این خصوص رک به: حسینی، سید علی، نگاهی به تطور مصلحت در فقه شیعه، طلوع، سال ۸۸، ش ۱

با مصلحت داشته است و فقهای شیعه، احکام یا متعلقات آن را پیرو مصالح و مفاسد نفس الامری دانسته اند، چنانکه این برداشت، از کلمات معصومان(ع) سرچشمه می گیرد.<sup>۱</sup>

نفوذ مصلحت در «صدور احکام» که در حوزه جزائیات با اصطلاح متداول «جرم انگاری» شناسایی می شود شاید مهمترین نقطه اتکای ما در تشریح تفاوت مفهوم مصلحت در پرتوی دو دسته تعزیرات حکومتی و شرعی باشد. مسأله اساسی این است که اگر بپذیریم مصلحت یکی از مبانی مهم تعزیرات است آیا این مفهوم در هر دو قسم تعزیرات شرعی و حکومتی واجد مفهوم و گستره ای واحد است؟

غزالی در تعریف مصلحت چنین نوشته است:

«مصلحت عبارت است از تأمین اهداف شارع. اهداف شارع عبارت است از مواظبت دین و حیات

و عقل و نسل و اموال.»<sup>۲</sup>

مصلحت به معنای اجمالی رعایت مصالح و مفاسد در تعیین قواعد و احکام، مورد قبول فرقه های اخباری، مالکی، شافعی، حنفی، امامیه، اشاعره و معتزله است.<sup>۳</sup> همچنین یکی از منابع تشریح (فقه) در نظر اهل سنت به شمار می رود. با این پیش شرط اولیه که احکام صادره بر مبنای مصلحت نبایستی با مقاصد شارع یا ادله شناخته شده شریعت در تعارض باشد. و نیز مصلحت حقیقی جامعه باشد یا دست کم در آن تحصیل نفع یا دفع ضرری نهفته باشد.<sup>۴</sup>

مصلحت در فقه اسلامی سابقه ای طولانی دارد. این سابقه را حتی در میان متکلمان و عقل گرایان اسلامی نیز می توان مشاهده کرد. به اعتقاد معتزله، حسن و قبح افعال اموری ذاتی و غیر قابل عدولند، به نحوی که حتی خداوند نیز از آن ها تخطی نمی کند.<sup>۵</sup>

اما در حوزه فقه شیعه، مصلحت به عنوان فصلی مستقل چندان مورد توجه قرار نگرفته و صرفاً بصورت گذرا در کنار سایر ادله و به عنوان تحکیم کننده ادله دیگر بکار رفته است. در کتاب ها و کلمات فقهی کلاسیک شیعه، فقهای ما به پیروی از کاربرد این کلمه در روایات، در کتاب هایی مانند کتاب الخراج، کتاب الوقف، کتاب البیع، کتاب الجهاد... این کلمه را استنباط کرده اند، اما

<sup>۱</sup> کلانتری، علی اکبر، مصلحت در فقه شیعه و پاسخ به شبهات روشنفکری، فقه (کاوشی نو در فقه اسلامی)، تابستان ۸۳، شماره ۳۶

<sup>۲</sup> لنگرودی، جعفر، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام، به نقل از غزالی، المستصفی، ۲/۲۸۶

<sup>۳</sup> لنگرودی، همان، ص ۱۵۸

<sup>۴</sup> حسن، حسن عباس، ساختار منطقی اندیشه سیاسی اسلام، ترجمه مصطفی فضالی، ص ۲۷۳

<sup>۵</sup> الفاخوری، حنا و الجر، خلیل، تاریخ فلسفه اسلامی، ص ۱۳۵

بدون توضیح (که شاید در شرایط آن زمان نیازی هم به توضیح نبوده است) از آن گذشته اند.<sup>۱</sup> به عنوان مثال محقق حلی در باب جهاد می نویسد:

«و فرضه [الجهاد] علی الکفائه بشرط: وجود الإمام، أو من نصبه للجهاد، و لا یتعین، إلا أن یتعین»<sup>۲</sup>

فقه‌های اهل سنت مبنای مصلحت را مصالح مرسله می دانند، اما فقه‌های شیعه مصلحت را یا به سنت ارجاع می دهند، بدین صورت که مصلحت را به معنای تشخیص مصادیق احکام کلی شرعی لحاظ می کنند، مانند اینکه شارع فرموده حفظ نفس یا دین واجب است، ولی مصادق‌های آن را در تمام موارد مشخص نکرده، بلکه تشخیص را بر عهده مجتهد واجد شرایط گذاشته است؛ یا مصلحت را به دلیل عقل بر می گردانند بدین صورت که هرگاه عقل به وجود مصلحتی قطع پیدا کرد که مغایر با هیچ یک از ادله شرعیه نبود و مقتضی جعل حکم بود، بدون شک می تواند بر اساس آن به وضع حکم بپردازد. از این رو مصلحت مبتنی بر مصالح مرسله، از نظر فقه اهل سنت دلیل معتبر شرعی محسوب می شود و حال آنکه از نظر شیعه، دلیل مستقل محسوب نمی شود و اگر به سنت و عقل رجوع بکند دارای اعتبار است.<sup>۳</sup>

بر این اساس تا پیش از انقلاب اسلامی ایران شیعه در مرحله «استنباط احکام یا جعل آن‌ها» از مصلحت مایه نمی گرفت بلکه در مرحله «قضا» به سراغ آن رفته و مصلحت را در تعیین نوع واکنش له یا علیه مرتکب مورد توجه قرار می داد. امری که سبب رکود و تحجر احکام جزایی به مدت بیش از هزار سال شد.

بنابراین موضع فقه شیعه در خصوص مصلحت موضع چندان وسیع و گسترده ای نبوده است. مصلحت اندیشی به عنوان ابزاری جهت ابراز عقلانیت بشری چیزی است که فقه اسلامی بسیار پیشتر از حقوق و فلسفه غربی بدان دست یافته است. در حقوق کیفری و فلسفه حقوق غرب، مصلحت گرایی به قرن نوزدهم و نگارش رساله «مجازات‌ها و پاداش‌ها» توسط جرمی بنتام، فیلسوف انگلیسی بازمی گردد. بنتام با این عبارت مشهور «بیشترین خوشی برای بیشترین افراد جامعه» دیدگاه اپیکوری را مبنی بر اینکه «لذت آغاز و انجام زندگی است»<sup>۴</sup> از نو رونق بخشید،

<sup>۱</sup> صرامی، همان، ص ۷۱

<sup>۲</sup> محقق حلی، شرایع الإسلام، ج ۱، ص ۲۳۸

<sup>۳</sup> قدیر، محسن؛ ساریخانی، عادل، احکام حکومتی و مصلحت در فقه شیعه، شیعه شناسی، پائیز ۱۳۹۰، ش ۳۵

<sup>۴</sup> راسل، برتراند، تاریخ فلسفه غرب، ص ۱۹۶

دیدگاهی که بعدها توسط فروید نیز در کتاب «فراسوی اصل لذت» مورد تأیید و ستایش قرار گرفت. بنتام با طرح تئوری فایده گرایی به نقد اهداف سزادهنده و عدالت مطلقه پرداخته و هدف اصلی از کیفر را «سودمندی» آن با اتکا به بازدارندگی کیفر از ارتکاب جرم معرفی کرد. بر اساس اصل بازدارندگی، خطر واقعی یا بالقوه مجازات باید نسبت به منافع احتمالی که فرد می تواند از ارتکاب جرم کسب نماید بیش تر باشد، به منظور آن که اشخاص مجرم را از ارتکاب جرم در آینده بازدارد.<sup>۱</sup>

علیرغم انتقاداتی که بر دیدگاه بنتام وارد شد<sup>۲</sup> نمی توان تأثیر نیرومند آن را بر اندیشه ها و مکاتب بعدی حقوق کیفری نظیر جنبش دفاع اجتماعی انکار کرد. آنچه در این میان تئوری بنتام را برجسته می سازد دیدگاهی است که او به رسالت کیفر دارد. به اعتقاد او کیفر باید پیش از هر چیز مفید و ضروری باشد. بنابراین او به نقد دیدگاه سنتی در خصوص کیفر می پردازد که آن را به عنوان یک ارزش و برای تحقق عدالت و اخلاق ضروری تلقی می کرد.<sup>۳</sup>

بنابراین مهمترین مسأله ای که بنتام با طرح تئوری فایده گرایی به پدید آمدن آن کمک کرد مفهوم بازدارندگی و اصلاح بود. بازدارندگی از سه جهت می تواند مورد بررسی قرار گیرد:

۱. تقنینی، یعنی رویکرد و انتظاری که قانونگذار از مفهوم و تأثیرات بازدارندگی در نظر دارد.  
۲. ارباب عام و خاص، یعنی تأثیری که بازدارندگی قرار است بر پیشگیری از کیفر به انتخاب خود بزهکار داشته باشد.

۳. قضایی، یعنی موضع دستگاه قضا در جهت پیشبرد هدف بازدارندگی کیفر.

بنتام بازدارندگی را مفهومی دو وجهی می داند که در یک سوی آن بزهکار یا شخص آماده بزهکاری و در سوی دیگر آن دستگاه قانونگذاری قرار دارد. به عبارت دیگر منطق نفع و ضرر که بزهکار یا ناکرده بزه را در آستانه بزهکاری قرار می دهد محک و معیاری است برای قانونگذار در تعیین مجازاتی «نه بیش از آنچه مفید است و نه کمتر از آنچه ضرورت دارد».

اما جهت سوم یعنی تأثیرات دستگاه قانونگذاری در تحول مفهوم پیشگیری نیز از نظرگاه فیلسوفان و حقوقدانان پس از بنتام دور نماند. این دیدگاه که به «پراگماتیسم»<sup>۴</sup> شهرت دارد توسط

<sup>۱</sup> شیکر، دیوید، مفهوم و ماهیت مجازات، ص ۴۵

<sup>۲</sup> از جمله تعارض آن با احساسات ناب بشری، و مخالف بنتام با به رسمیت شناختن حقوق فطری و طبیعی برای بشر (رک به دیدگاه گاندی: کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ص ۹۷)

<sup>۳</sup> رک به: شیکر، همان، مقدمه

<sup>۴</sup> عمل گرایی

ویلیام جیمز فیلسوف قرن نوزدهم امریکا بیان شد. مهمترین تحولی که دیدگاه جیمز در عرصه حقوق پدید آورد تحول مفهوم «حقیقت» بود. از نظر جیمز حقیقت نوعی از خوبی ها و اشیای مفید است و امر جداگانه ای به حساب نمی آید و بهمین جهت جیمز عقیده دارد هیچ نظریه ای را که بحال زندگی مفید باشد نمی توان رد کرد.<sup>۱</sup>

وی می گوید: ما نمی توانیم هیچ فرضیه ای را که از آن نتایج مفیدی بر زندگی مترتب باشد رد کنیم.<sup>۲</sup> و تمام اجبار ما به جستجوی حقیقت جزو اجبار ماست به عمل کردن به آنچه فایده دارد.<sup>۳</sup> او هدف نهایی تلاش ها و گفتگوها را به دست آوردن «مصلحت» قرار داد و حقیقت را آن چیزی پنداشت که مفید و به مصلحت باشد. بر این اساس نمی توان اعمالی را فی نفسه قبیح یا فی نفسه حسن معرفی نمود. بلکه این «مصلحت انگاری» است که حسن و قبح اعمال را مشخص می کند. تعریف ویلیام جیمز از حقیقت را با مفهوم احکام حکومتی در اسلام و جرم انگاری اعمالی که فی نفسه قبح ذاتی ندارند می توان مقایسه کرد. گرچه این ادعا مورد انتقاد برخی قرار گرفت اما هواداران بسیاری هم پدید آورد که از آنجمله می توان به جان دیوی و هومز اشاره کرد.

هومز با انتقاد از ارزش «قاعده سابقه» در حقوق کامن لائو به جهت سوم بازدارندگی نظر افکند. بدین معنی که او برای دادرسی نقشی بیش از آنچه تا آن زمان وجود داشت قائل شد.<sup>۴</sup>

این دیدگاه هومز به حقوق تشیع و نقشی که فقهای شیعه برای قاضی در تعیین تعزیر شرعی با رعایت مصلحت قائلند همخوانی دارد. بنابراین فقه جزایی تشیع بازدارندگی از جهت قضایی (یعنی تعیین میزان تعزیر توسط قاضی بنا به مصلحت) را به وضوح و بصورت کاملاً کاربردی پذیرفته، اما مصلحت در جرم انگاری (یعنی جرم انگاری اعمالی غیر از معاصی بنا به مصلحت زمان و مکان) را که بی شباهت به دیدگاه پراگماتیستی ویلیام جیمز نیست چندان مورد توجه قرار نداده است. به عبارت دیگر تا قبل از تشکیل حکومت اسلامی در ایران، مصلحت به عنوان ابزاری جهت تعیین جرائم و مجازات ها یا به عبارتی جرم انگاری اعمال خلاف مقتضیات زمان و مکان در فقه شیعه مورد اقبال چندان قرار نداشت و آنچه تحت عنوان حدود و قصاص اجرا می شد نیز به تبعیت از شریعت و به عنوان تکلیفی دینی مورد توجه بود، گرچه می توان برای همین دسته از مجازات

<sup>۱</sup> کاتوزیان، همان، ص ۱۰۵

<sup>۲</sup> راسل، همان، ص ۶۰۷

<sup>۳</sup> همان

<sup>۴</sup> کاتوزیان، ص ۱۱۲

ها نیز اهدافی را برشمرد که قطعاً هدف مصلحت و فایده نیز در آن ها نهفته است، اما نمی توان مصلحت را با تعاریفی که گفته شد مبنا و زیربنای اصلی چنین جرائم و مجازات هایی تلقی نمود. به عبارت دیگر مصلحتی که عقل بشری آن را تشخیص داده و در جرم انگاری یا تعیین کیفر مورد توجه قرار می دهد مبنای جرم انگاری اعمال مستوجب تعزیرات شرعی، حد یا قصاص نبوده است. این نوع جرائم دستاورد شریعت و محصول مستقیم اندیشه یا تجویز شارع هستند. در حالیکه در «حکم حکومتی» آن چه مبنا و اساس جرم انگاری و تعیین کیفر را تشکیل می دهد، عقلانیت از نوع بشری است. این نوع عقلانیت در دین مسیحیت نیز تنها در عصر روشنگری و با مجاهدت ها و تلاش های فراوان اشخاصی نظیر مارتین لوتر، جان کالون، اراسموس و نظایر ایشان راه پیدا کرد. شاید مهمترین اندیشه ای که مارتین لوتر در عصر روشنگری بنیان نهاد، اعتباربخشی به عقلانیت توده های عوام و رهایی از قید و بند تفاسیر کلیسایی بود.<sup>۱</sup> از این دست اقدامات را می توان در فعالیت های عناصر اسلامی در آذربایجان سده نوزدهم نیز مشاهده کرد که به نظر می رسد تحت تأثیر آشنایی علمای باکو با رنسانس غربی و اندیشه های حاکم بر آن باشد.<sup>۲</sup> در حالیکه فقه شیعه در قرن نوزدهم بواسطه نهادینه شدن تقلید و شکل گیری نهاد مرجعیت عملاً در مسیری مخالف جنبش رنسانس قرار گرفت.<sup>۳</sup> بنابراین مصلحت گرایی در حوزه احکام حکومتی نیز به پیروزی انقلاب اسلامی ایران و طرح تئوری هایی نظیر فقه پویا و توسعه مفهوم مصلحت در فقه شیعه به همت امام خمینی موکول گردید.

### ۳-۴-۲- دفع مفسده یا واکنش در برابر اعمال قبیح

به اعتقاد برخی فقها و حقوقدانان موجبات اجرای تعزیر دو دسته است: ارتکاب معصیت و انجام رفتار مفسده انگیز و خلاف مصالح عمومی.<sup>۴</sup> اما در فقه در خصوص اینکه مبنای تعزیر دفع مفسده

<sup>۱</sup> برای اطلاعات بیشتر در خصوص اشخاص و اندیشه های اثرگذار در رنسانس مراجعه کنید به: برونوفسکی، مازلیش، سنت روشنفکری در غرب (از لئوناردو تا هگل)، ترجمه لیلا سازگارا

<sup>۲</sup> البته نمی توان تأثیر چنین جنبش هایی را بر فقه شیعه پررنگ دانست. چرا که تجدید نظام فکری تشیع در اوایل قرن نوزدهم به دست وحید بهبهانی که با تمسک به مفهوم علمیت به پدید آمدن مرجعی بنام مجتهد اعظم و نهادینه شدن تقلید در میان شیعیان انجامید عملاً مسیر و بازتابی مخالف با آنچه رنسانس غربی در قرن چهاردهم پیموده بود برای ایران به ارمغان آورد. به تعبیر الگار «پیشتر قدرت سلطان به عنوان تنها قدرت تمحید علیه اتحاد نیم بند علما ایستادگی می کرد. اینک قدرت روحانی نیز در یک شخص تمرکز یافته بود». رک به: بیات، منگول، نخستین انقلاب ایران، تشیع و انقلاب مشروطیت (۱۹۰۹-۱۹۰۵)، برگردان خسرو مشهوری مقدم، فصلنامه روابط خارجی، ش ۲۳، این مقاله اطلاعات مفیدی را در خصوص شکل گیری جنبش های لیبرالی و احزاب سیاسی مسلمان در آذربایجان قرن نوزدهم و تأثیرات آن بر انقلاب مشروطه ایران در اختیار مخاطبان قرار می دهد.

<sup>۳</sup> رک به: میر موسوی، سیدعلی، شالوده شکنی ساختار قدیم قدرت در ایران معاصر، علوم سیاسی، سال ششم، ش ۲۱، پی نوشت ۲۶

<sup>۴</sup> رک به: حبیب زاده، محمد جعفر و عینی نجف آبادی، محسن، مبنا و ملاک تعزیر، قسمت اول، دادرسی، سال ششم، ش ۳۲

است یا واکنش به معصیت به نظر می‌رسد فقهای قدیمی‌تر چندان رغبتی به دخول در این موضع نداشتند و اغلب تعزیر را محدود به موارد معصیت تلقی می‌کرده‌اند. علت این مسئله را شاید بتوان به تحجر فقه شیعه از حکومت و لذا عدم پیشرفت فقه جزایی تا قبل از عصر صفویه دانست. اغلب فقهای که برای تعزیر مبنایی غیر از معصیت را پذیرفته‌اند نیز مربوط به دوران بعد از عصر صفویه یعنی مابعد سده دهم هجری هستند. من جمله شیخ عاملی، و برخی فقهای معاصر از جمله مرحوم شیخ منتظری. بدین لحاظ می‌بینیم که در آثار فقهای قدیم‌تر تعزیر یا به کلی تعریف نشده یا اگر هم تعریف شده به شکلی بسیار گذرا و صرفاً در کنار حدود و به عنوان مقسم حدود تعریف شده است. به عنوان مثال علامه حلی (متوفی به سال ۷۲۶ ه.ق) در إرشاد الأذهان می‌گوید: «و کل من فعل حراماً أو ترک واجباً عزره الإمام بما یراه و لا یبلغ الحد... و لا یؤدب الصبی و المجنون بأزید من عشره أسواط...»<sup>۱</sup>

و هرکس فعل حرامی را انجام دهد یا واجبی را ترک کند امام به آنچه خودش می‌داند او را تعزیر می‌کند و نباید از حد تجاوز کند... و صغیر و مجنون نباید به بیش از ده ضربه شلاق تأدیب شوند.

از میان فقهای مقدم ابوصلاح حلبی (متوفی به سال ۴۴۷ ه.ق) در الکافی تعزیر را به مواردی که در آن‌ها شرع برای اخلال به واجبات یا افعال قبیحه حدی مشخص نکرده باشد ارجاع کرده است:

«التعزیر تأدیب تعبداً لله سبحانه به لردع المعزر و غیره من المکلفین، و هو مستحق للإخلال بکل واجب و ایثار کل قبیح لم یرد الشرع بتوظیف الحد علیه...»<sup>۲</sup>

تعزیر تأدیبی است که به عنوان تعبد به خدای منزّه به منظور بازدارندگی تعزیر شونده و دیگر مکلفین (اجرا می‌شود)، و در جایی که هر واجبی مختل شود یا هر فعل قبیحی انجام گردد و در شرع برای آن حدی مشخص نشده باشد موضوعیت پیدا می‌کند.

این تعریف از موارد استثنایی در میان قهای قدیم محسوب می‌شود. آنچه در این تعریف در بادی امر جلب توجه می‌کند استفاده از واژه «قبیح» در تعریف تعزیر است. صدور احکام شرعی در خصوص اعمال حرام یا واجب، نخستین اصلی را که به ما خاطر نشان می‌سازد «حسن و قبح ذاتی» این اعمال است که با مرور زمان تغییری در آن رخ نمی‌دهد. در مورد ذاتی یا عقلی بودن

<sup>۱</sup> علامه حلی، إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۱۷۹

<sup>۲</sup> أبو صلاح حلبی، الکافی للحلبی، ص ۴۱۶



حسن و قبح، دو نظریه در میان متکلمان ارائه شده است:

عده‌ای معتقدند افعال بدون در نظر گرفتن امر و نهی شارع به حسن و قبح متصف نمی‌شوند؛ بلکه اگر شرع بر فعلی امر کرد، آن فعل حسن است و اگر از فعلی نهی نمود، آن فعل قبیح می‌باشد. این دیدگاه را نظریه حسن و قبح الهی گفته‌اند. در مقابل، عده‌ای دیگر اعتقاد دارند که خود افعال، به علت دارا بودن خاصیتی و یا داشتن آثاری واقعی و یا داشتن صفتی، واقعاً به صفت حسن و قبح متصف می‌باشند؛ و اگر چنانچه حکمی از شارع مقدس وجود نداشت و امر و نهی شرعی به آن افعال تعلق نمی‌گرفت، باز هم افعال، به سبب دارا بودن خواص و آثار مخصوص به خود، حسن یا قبیح می‌بودند. این نظریه را نظریه حسن و قبح ذاتی نامیده‌اند.<sup>۱</sup> در این میان متکلمین امامیه و همچنین معتزله به حسن و قبح ذاتی افعال معتقدند،<sup>۲</sup> اما در خصوص واکنش‌های جزایی در عصر حاضر می‌بایست دیدگاه فقه امامیه را با تفصیل بیشتری مورد بررسی قرار داد. توضیح اینکه در خصوص تخلف از مقررات و نظامات دولتی نمی‌توان از حسن و قبح ذاتی افعال سخن گفت. محدوده حسن و قبح در این دسته از اعمال نه به حوزه مصادیق که به حوزه «حکم کلی» محدود می‌شود. بدین معنا که حکم کلی این اعمال که در یک قضیه منطقی ساده می‌توان آن را «کبرای قضیه» خواند می‌تواند بصورت ذاتی واجد صفت حسن یا قبح باشد. به عنوان مثال بی‌نظمی قبیح است. قبح بی‌نظمی یک قبح ذاتی است. مصداق جزئی این حکم کلی که در قضیه منطقی تحت عنوان «صغرای قضیه» شناخته می‌شود می‌تواند اینگونه باشد: عدم رعایت مقررات و نظامات رانندگی در شهرها و جاده‌ها مصداق بی‌نظمی است. و نتیجه اینکه: عدم رعایت مقررات و نظامات دولتی در شهرها و جاده‌ها قبیح است. بنابراین قضیه منطقی در موارد تخلف از مقررات رانندگی اینگونه خواهد بود:

۱. بی‌نظمی قبیح است. (کبری)

۲. تخلف از مقررات رانندگی در شهرها و جاده‌ها مصداق بی‌نظمی است. (صغری)

۳. تخلف از مقررات رانندگی در شهرها و جاده‌ها قبیح است. (نتیجه)

همین قضیه را می‌توان در خصوص کلیه مصادیق مشمول تعزیرات حکومتی جاری دانست. بر این اساس قبح عدم رعایت مقررات و نظامات دولتی قبح ذاتی نیست. بلکه این اعمال تنها به تبعیت از یک حکم کلی، آن هم در شرایط زمانی و مکانی خاصی که موجب شده این اعمال مصداق آن

<sup>۱</sup> هوشنگی، حسن و دارانی، احمدرضا، دین و حسن و قبح افعال در اندیشه ملاصدرا، پژوهشنامه فلسفه و دین، دوره ۸، بهار ۸۹، ش ۱

<sup>۲</sup> صادقی، حسن، دلایل عقلی و قرآنی بر حسن و قبح ذاتی و عقلی افعال، معرفت کلامی، سال دوم، پائیز ۱۳۹۰، ش ۳

حکم کلی قرار گیرند، قبیح تلقی می شوند. نتیجه آنکه چنانچه شرایط زمانی و مکانی تغییر یابد قبیح این اعمال نیز می تواند از میان برود. به عنوان مثال در یک روستا یا منطقه دورافتاده عدم رعایت مقررات رانندگی شاید به هیچ روی قبیح نباشد.

### ۳-۵- افتراق تاریخی تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده

چنانکه پیشتر گفته شد جدایی و تمایز میان تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده امری نیست که ناگهان و با ظهور انقلاب اسلامی ایران اتفاق افتاده باشد. این موضوع ریشه ای کهن داشته و با تار و پود فقه شیعه در هم تنیده است. اگر بخواهیم ریشه این تمایز را بدست آوریم ناگزیر خواهیم بود نگاهی بر تاریخچه این دسته از مجازات ها بیاندازیم. مرور تاریخ فقه سیاسی تشیع قطعاً در توسیع قلمروی اندیشه و نگاه ما به موضوع مجازات های بازدارنده یا به عبارت دیگر «تعزیرات حکومتی» نقش مؤثری خواهد داشت. چرا که فقه شیعه و حکومت تأثیر و تأثرات متناقضی بر هم نهاده اند. از سویی فقه شیعه زائیده امر حکومت و سیاست بوده و از سوی دیگر با تحجر از حکومت طی قرون و اعصار متمادی خود را از معرکه قانونگذاری و قضاوت رسمی در جامعه دور نگاه داشته است. این عزلت و دوری گزینی از سیاست سبب شده فقه شیعه نتواند در عرصه جزائیات جایگاه محکم و معتناهایی پیدا کند. این تزلزل خصوصاً در پرتوی نظام تعزیرات وضوح و خودنمایی بیشتری دارد. توضیح آنکه علیرغم تاریخچه طولانی در ظهور مفهوم تعزیرات همچنان شاخصه ها و ویژگی های تعزیرات حکومتی یا مجازات های بازدارنده و تمایزات آن با تعزیرات شرعی به درستی بازشناخته نشده است. علت را شاید بتوان به تحجر سنتی فقه شیعه از حکومت نسبت داد امری که در این فصل بدان خواهیم پرداخت.

### ۳-۵-۱- شیعه و حکومت

حکومت یکی از اساسی ترین و به تعبیر واقع بینانه تر اساسی ترین عامل شکل گیری تشیع است.<sup>۱</sup> شکل گیری شیعه به معنای «گروه پیروان» به روزهای بعد از رحلت پیامبر اسلام و پیش آمدن مسأله خلافت باز می گردد.<sup>۲</sup>

تعیین ابوبکر به عنوان خلیفه مسلمین در سقیفه بنی ساعده با تمسک به سنت عربی یعنی ارجاع به نظر شورای بزرگان که سبب نامگذاری مذهب اهل سنت بدین نام گردید و حجران حضرت

<sup>۱</sup> برای اطلاعات بیشتر رک به: الفاخوری، و الجبر، همان، ص ۱۶۴

<sup>۲</sup> همان، ص ۱۱۲

علی (ع) از خلاف علیرغم واقعه حجه الوداع و حدیث ثقلین که تشیع برای امامت حضرت علی (ع) به آن استناد می کنند تخم شقاق اسلام به دو مذهب شیعه و سنی را در همان بدو رحلت رسول اکرم (ص) در دل حکومت نوبنیاد اسلامی کاشت. پس از آن و در ماجرای حکمیت بار دیگر حکومت به نحوی ناعادلانه از حضرت علی (ع) غصب شد و شیعیان را بیش از پیش ناخرسند و ناراضی ساخت. بنابراین پدید آمدن تشیع بیش از آنکه علتی مذهبی داشته باشد مبنایی کاملاً سیاسی داشته و بدین جهت تاریخ تشیع در ارتباط تنگاتنگی با سیاست قرار گرفته است.

صرفنظر از اعتقاد شیعیان به غصبی بودن خلافت غیرمعصومین، پدید آمدن اختلاف نظر میان فقها بر سر محدودیت منابع فقه به سنت و کتاب و اجماع از سویی و استفاده از عقل و اصول عملیه در کشف و استخراج قواعد و احکام جدید از سوی دیگر موجب شکل گیری نزاع دامنه داری میان علمای اخباری و اصولی شد که سرانجام با پیروزی نهایی اصولیون پایان پذیرفت. معهداً اختلاف نظر میان این دو قرن های متمادی فقه تشیع را از ورود به عرصه حکومت بازداشت. بنابراین دو عامل اساسی در دوری فقه تشیع از سیاست اثرگذاری کرده اند: اول اعتقاد شیعیان به غصبی بودن حکومت غیرمعصوم، و دوم پیروزی دیدگاه اخباری بر دیدگاه اصولی در اکثر مقاطع تاریخ تشیع. در ادامه بیشتر به این موضوع خواهیم پرداخت.

### ۳-۵-۲- مهدویت

اعتقاد به منجی موعود نیز در عمل بر تحجر شیعه از حکومت و تقویت فلسفه انتظار دامن زد. عقیده به مهدویت تشیع را به دو شکل متناقض تحت تأثیر خود قرار داده است. «اول از این جهت که نفس وجود امام غائب، تا حدی مانع از آن شده است تا بحث جدی درباره رهبری صورت گیرد؛ آن هم بیشتر به امید همان حضور ناآشکار و اینکه بزودی آشکار خواهد شد. و دوم از این جهت که غیبت امام معصوم فقیهان را به نوعی به حوزه رهبری توده های عوام کشانده و آن ها را به پاسخگویی در مسائل فقهی خاصی که به گونه ای اداره آن ها در شکل طبیعی، ارتباط با دولت و حاکمیت دارد، رهنمون شده است.»<sup>۱</sup>

بر این اساس اعتقاد به مهدویت دو نوع واکنش را در میان شیعیان برانگیخت. اول نوعی «واکنش قهرگونه» با حکومت های وقت و دوم شکل گیری مباحث پیرامون «امام عادل». واکنش

<sup>۱</sup> جعفریان، رسول، منابع فکر و فقه سیاسی شیعه در دوره صفوی، حکومت اسلامی، سال ششم، شماره ۳

قهرگونه با حکومت های وقت سبب شد برخی از فرق شیعی سعی در براندازی نظام موجود کرده و تشیع را به عنوان مذهبی مخالف و جنبشی اعتراضی در دل خلافت اسلامی و پس از آن معرفی کنند.<sup>۱</sup> و در مقابل برخی از شیعیان درست به همین دلیل، جهاد و مبارزه مسلحانه علیه حکومت را به ظهور مهدی موعود و جهاد تحت لوای او موکول کردند. به طور سنتی این اقدام شیعه را «تقیه»<sup>۲</sup> می خوانند. تقیه به معنای پنهان داشتن عقیده و موافقت ظاهری با عقیده غالب گرچه مقبول طبع فقها و علمای شیعه واقع شد و فقهای اخباری مسلک را از ورود به صحنه سیاست بازداشت اما در عمل در کنار تاکتیک هایی نظیر نفوذ و جهاد، رشد و نفوذ فرقه های سیاسی و قدرت طلبی نظیر اخوان الصفا، باطنیان و نظایر ایشان را در دل خلافت عربی و حکومت های غیر شیعی میسر ساخت.<sup>۳</sup> بنابراین گرچه واکنش قهرگونه با اعمال شیوه هایی نظیر تقیه و نفوذ سبب قدرت گرفتن برخی شیعیان از نظر سیاسی گردید، اما علمای شیعه را که تعلق خاطری به حکومت احساس نمی کردند عملاً از ورود جدی به مباحث پیرامون حکومت بازداشت:

«پس از غیبت آخرین امام (ع) در تشیع اثنی عشری فراگرد غیر سیاسی شدن تفکر مذهبی آغاز شد و تشیع را چه به لحاظ غیبت امام، و چه به لحاظ ضرورت «تقیه»، بصورت دستگامی غیر سیاسی درآورد.»<sup>۴</sup>

بنابراین طبیعی است که در دوران قبل از قاجار شاهد شکل گیری و حتی قدرت گرفتن حکومت های شیعی نظیر آل بویه، دیلمیان و حکومت قدرتمند صفویه در ایران باشیم، معهداً سابقه اندیشه حکومت اسلامی به معنای جانشینی فقیه جامع الشرایط (نه شخص خلیفه و سلطان و امیر) در رأس حکومت اسلامی که به نوعی نظریه پردازی سیاسی از جانب فقها نیاز داشت تنها به عصر قاجار و دوران پراشوب پس از آن باز می گردد.<sup>۵</sup> پیش از این عصر، آن دسته از فرق و شیعیانی که به فعالیت های سیاسی تمایل داشتند عملاً به حوزه فلسفه و فقه سیاسی وارد نمی شدند. بیشتر

<sup>۱</sup> شیعه علوی در طول هشت قرن (تا صفویه)، نه تنها یک نهضت انقلابی در تاریخ است و در برابر همه رژیم های استبدادی و طبقاتی خلافت اموی و عباسی و سلطنت غزنوی و سلجوقی و مغولی و تیموری و ایلخانی - که مذهب تسنن را مذهب رسمی خود ساخته بودند - جهادی مستمر در فکر و در عمل بوده است، بلکه همچون یک حزب انقلابی مجهز، آگاه و دارای ایدئولوژی بسیار عمیق و روشن، شعارهای قاطع و صریح و تشکیلات دقیق و منظم، رهبری اکثر حرکت های آزادیخواه و عدالت طلب توده های محروم و ستمدیده را به دست داشته است. (شریعتی، علی، تشیع علوی و تشیع صفوی، ص ۱۱ و ۱۲)

<sup>۲</sup> تقیه در اصطلاح عبارت است از اخفاء حق و همراهی با مردم در (دولتی) غیر از دولت خودشان از ترس کشته شدن. (الموسوی، هاشم، مفهوم التقیه فی الفکر الإسلامی، ص ۱۳) به اعتقاد ایشان تقیه دستاورد مذهب تشیع نیست بلکه برگرفته از نص قرآن می باشد.

<sup>۳</sup> برای اطلاعات بیشتر در این زمینه رک به: کشاورزی، بهزاد، تشیع و قدرت در ایران

<sup>۴</sup> نوری علاء، اسماعیل، جامعه شناسی سیاسی تشیع اثنی عشری، ص ۶۸

<sup>۵</sup> برای اطلاعات بیشتر در این خصوص رک به: کسروی، احمد، تاریخ مشروطه ایران

آنها اشخاصی قدرت طلب و سیاسی بودند که بعضاً هیچ اطلاعی از فقه شیعی نداشتند. به عنوان نمونه در عصر شاه اسماعیل صفوی که عهده دار رسمیت دادن به مذهب تشیع در ایران گردید: «کمبود علمای درجه اول و در نتیجه عدم دسترسی به فقه شیعه، به اندازه ای بود که سردمداران حکومت پس از تلاش فراوان توانستند در یک کتابخانه خصوصی و گمنام کتابی بنام «قواعد الاسلام» یافته به عنوان اساس مذهب جدید الاستقرار بطور موقت از آن استفاده کنند.»<sup>۱</sup>

### ۳-۵-۳- شکل گیری مباحث پیرامون امام عادل

بنابراین ورود علما به عرصه سیاست را باید به دوران پس از صفویه محدود کنیم. معهدا این امر سبب نمی شد علما از پرداختن به وظایفی که بنا بر روایات بر عهده امامان نهاده شده و طبعاً در زمان غیبت کسی می بایست متصدی انجام آن ها باشد نیز غفلت ورزند.

در آثار فقهای متقدم معمولاً از وظایف ولایت فقیه کمتر سخن به میان می آید و آنچه هم در این میان گفته می شود صرفاً به ظاهر روایاتی نظیر روایت عمر بن حنظله و خدیجه ابی سالم بن مکرّم اکتفا شده و از توشیح و توضیح آن خودداری ورزیده اند. به نظر می رسد به دلیل نزدیک بودن فقهای این دوره به عصر ائمه اولاً صرافت شدیدی برای حفظ و مراقبت از احادیث ائمه وجود داشت و ثانیاً همچنان امید به ظهور زودهنگام امام عصر(عج) در قلب های شیعیان پابرجا بود. بنابراین برخی این دوره را دوران «جمع آوری نصوص»<sup>۲</sup> نامگذاری کرده اند.

گرچه این دیدگاه حدیث گرایانه با ظهور عقل گرایانی نظیر ابن عقیل و ابن ابی جنید در قرن چهارم تا حدودی اصطلاح شد معهدا رابطه فقه شیعه با حکومت حتی در عصر حکومت های شیعی نظیر آل بویه و صفویان بیش از پذیرش همکاری با سلطان عادل - که در برابر سلطان جائر قرار می گرفت - پیشرفت چندانی نداشت. بدین ترتیب عمده فعالیت های علما در این عصر به موارد زیر محدود می شد:

- الف) گرفتن خمس و زکات و مصرف آن در اموری که شرع تعیین کرده است.
- ب) تولیت موقوفات خاصه و عامه که برای همه مسلمانان وقف شده است.
- پ) ولایت بر یتیمان بی سرپرست، قاصران(کم عقلان)، غایبان، مفقود الأثرها.
- ت) انجام وظیفه امر به معروف و نهی از منکر.

<sup>۱</sup> کشاورزی، همان، ص ۷۰

<sup>۲</sup> رک به: گرجی، ابوالقاسم، تاریخ فقه و فقها، ص ۱۴۰

ث) قضاوت در دعاوی و منازعات مردم.

ج) اجرای حدود و مجازا های اسلامی.

ح) حکم به ثبوت هلال.<sup>۱</sup>

با این حساب تعریفی که می توان از امام عادل در فقه شیعه بدست داد این خواهد بود: «امام عادل فقیه جامع الشرایطی است که در دوران غیبت به نیابت از امام زمان (عج) و با تفویض اختیارات از جانب وی، مسئول اجرای وظایف و تکالیفی است که در دوران حضور به ائمه معصومین اختصاص دارد.»

### ۳-۵-۴- دوره های تاریخ فقه سیاسی

گرچه با گذشت زمان از غیبت امام عصر (عج) به مرور زمان و با باز شدن فضای سیاسی در عصر حکومت های شیعه مذهب نظیر آل بویه، دیلمیان و مغول ها<sup>۲</sup> اصرار قاطع بر اصل انحصاری بودن حاکمیت معصومین از سوی خداوند، به تدریج به همکاری نسبی با خلفا و سلاطین وقت تبدیل شد که از آن میان می توان از سید مرتضی و برادرش سید رضی یاد کرد که عملاً با خلیفه عباسی القائم بالله بیعت کردند.<sup>۳</sup> اما این دسته نیز عمدتاً در زمان حضور و اقتدار حکومت های شیعی نظیر دیلمیان و آل بویه به برقراری روابط با حکومت های وقت تمایل یافتند. دوره ای که فرای به آن لقب «میان پرده ایرانی» داده است.<sup>۴</sup> لذا در عمل این نگرش در همین حد محدود ماند و جز در پرتوی مصلحت اندیشی های علمای وقت بر اساس اصل «تقیه» و گاه منفعت طلبی های برخی دیگر از ایشان علت دیگری نداشت.<sup>۵</sup> کما اینکه بسیاری از فقها در این عصر و حتی زمان حکومت های شیعه مذهبی نظیر صفویه مخالفت خود را با حکومت غیردینی به روش های گوناگونی ابراز داشتند. از میان ایشان می توان به شهید اول (معاصر با حکومت مغول ها) و شیخ ابراهیم قطیفی (از فقهای معاصر صفویه) یاد کرد. شهید اول نخستین کسی بود که در تقسیم بندی ابواب فقه واژه

<sup>۱</sup> موارد مذکور عیناً از این منبع نقل شده اند: صرامی، منبع پیشین، ص ۳۴

<sup>۲</sup> برای اطلاع بیشتر در خصوص گرایش های شیعی خوانین مغول در ایران رک به: جعفریان، رسول، سلطان محمد خدابنده، علامه حلی و رواج تشیع در ایران (در قرن هشتم هجری)، نامه مفید، ش هفتم

<sup>۳</sup> رک به: درخشه، همان، ص ۴۷

<sup>۴</sup> میروسوی، همان

<sup>۵</sup> به عنوان مثال علامه مجلسی در زمان تقیه، اقدام قهرآمیز و نظامی را برای خارج ساختن حکومت و قدرت سیاسی از دست غیر شیعیان یا حاکمان جور و دست یافتن شیعیان به آن را توصیه نمی کند. همانطور که سیره فقهای بزرگ شیعه نیز بر همین بوده است، زیرا مجلسی از جمله کسانی است که بر اساس مفاوایات، زمان و حال ائمه (ع) بعد از امام حسین تا ظهور امام زمان (عج) را، حال ترک قتال و تقیه معرفی کرده است. (سلطانمحمدی، ابوالفضل، ولایت فقیه از دیدگاه علامه مجلسی، علوم سیاسی، سال چهارم، ش ۱۴)

«سیاست» را بکار برد و آن را بخشی از فقه قلمداد کرد. وی همچنین مدعی تأسیس حکومت شرعی بوده با جنبش های نوظهوری نظیر سربداران خراسان به رهبری علی بن مؤید سربداری مرواداتی داشت و کتاب «اللمعه» را به عنوان دستورالعمل های شرعی برای ایشان فرستاد.<sup>۱</sup> شیخ قطیفی نیز ردیه های تند و تیزی علیه محقق کرکی (از فقهای بنام عصر صفویه و مدافع حکومت صفویان) نگاشت، از جمله «رساله السراج الوهاج» که در آن هر نوع همکاری با حکومت را تقبیح کرده و با اعتقاد به عدم مشروعیت سلطنت و جائز بودن سلطان حتی رفت و آمد با حکومت را نیز حرام شمرد.<sup>۲</sup>

اما چنین دیدگاه هایی در خصوص حکومت در دوران مابعد عصر صفویه برخلاف ماقبل آن جنبه استثنایی داشت. مهمترین اتفاقی که در این دوران رخ داد قدرت گرفتن و سازماندهی نهاد روحانیت بود. به اعتقاد دکتر درخشه در عصر صفویه: «سازمان روحانیت شیعه... از لحاظ تاریخی شکل مشخص تر و مستحکم تری به خود گرفت و علما از قرب بالایی در ساختار سیاسی و نیز اجتماعی برخوردار شدند.»<sup>۳</sup> همچنین در این زمان معضل عدم مشروعیت نظام سلطنتی با ادعای جدایی دین از سیاست تا حدودی مرتفع شد. محمدباقر سبزواری، از علمای پایان دوره صفویه در کتاب روضه الأنوار در توجیه این دیدگاه می نویسد:

«چون در این زمان که حضرت صاحب الأمر (عج) پنهان است اگر پادشاهی عادل، مدبر که کدخدایی و ریاست این جهان نماید، در میان خلق نباشد کار این جهان به فساد و اختلال انجامد و منتظم نشود و هیچ کس را تعیش ممکن نباشد، بلکه لابد و ناچار و ضرور است، خلق را پادشاهی که به عدل زندگانی نماید و پیروی سیرت و سنت امام اصل کند.»<sup>۴</sup>

بطور کلی تا عصر صفویه گفتمان غالب فقها بر لزوم پذیرش حق انحصاری معصومین در حکومت بود و تنها تفاوتی که در این عصر شاهد هستیم استحاله رابطه علما و حکومت از رابطه ای دورادور و در لفافه «تقیه» به سمت و سوی مشروعیت بخشی به نظام حاکم و تقویت نظریه «همکاری نسبی با خلفا و امیران و سلاطین وقت» بود.

بنابراین بطور کلی تاریخ تشیع ایرانی را در خصوص شکل گیری نظریه سیاسی به پنج دوره

<sup>۱</sup> همان، ص ۴۵

<sup>۲</sup> جعفریان، رسول، منابع فکر سیاسی شیعه...

<sup>۳</sup> درخشه، همان، ص ۵۰

<sup>۴</sup> همان، ص ۵۴

عمده می توان تقسیم کرد:

دوره اول- دوران دوری و تحجر علما از سیاست؛ این دوران از آغاز شکل گیری تشیع تا ظهور حکومت های شیعی نظیر آل بویه در قرن چهارم تداوم یافت.

دوره دوم- دوران برقراری همکاری نسبی با حکومت های شیعه و شکل گیری مباحث پیرامون امام عادل؛ این دوران به همت شیخ مفید از قرن چهارم هجری آغاز شده و تا عصر صفویه ادامه یافت.

دوره سوم- دوران شکل گیری نهاد روحانیت، ورود علما به عرصه سیاست بصورت محدود و مشروعیت بخشی به نظام سلطنتی با ادعای جدایی دین از سیاست؛ این دوران از عصر صفویه آغاز شده و تا عصر فتحعلیشاه قاجار ادامه پیدا کرد.

دوره چهارم- دوران ورود جدی علما به عرصه سیاست و ادعای عدم مشروعیت سلطنت مطلقه؛ این دوران از عصر فتحعلیشاه آغاز شده و تا دهه چهل شمسی تداوم یافت.

دوره پنجم- دوران شکل گیری نظریه سیاسی پیرامون حکومت اسلامی؛ این دوره از دهه چهل شمسی آغاز شده و تاکنون ادامه دارد.

اما چرا پس از شکل گیری حکومت شیعه مذهب صفوی همچنان فقه شیعه از ورود جدی به حکومت و استقرار قواعد فقه شیعه در سراسر کشور توفیق نیافت؟ علت را شاید بتوان به اقتدار سنتی نهاد سلطنت در ایران و نقش شاه به عنون پدرسالار مملکت نسبت داد:

«به طور کلی می توان گفت گفتمان سیاسی حاکم بر ایران تا پیش از انقلاب مشروطه، پاتریمونیالیسم سنتی بوده است. ماکس وبر در تقسیم بندی کلی، اقتدار را به سه نوع سنتی، کاریزماتیک و عقلانی تقسیم می کند. در اقتدار سنتی، توزیع و تخصیص منابع قدرت، صدور فرمان و حکم نیز اطاعت بر اساس سنت ها انجام می پذیرد. وبر اصطلاح پدرسالارانه یا پاتریمونیالیستی را برای توصیف این نوع اقتدار به کار برده است.»<sup>۱</sup>

بنابراین ولو اینکه بعد از عصر صفویه نهاد روحانیت شیعه در ایران قدرت گرفت معهذا اقتدار شاه به عنوان پدرسالار مملکت در عمل مانع از شکل گیری یک نظریه سیاسی مشخص پیرامون حکومت اسلامی شد.

<sup>۱</sup> میرموسوی، سیدعلی، شالوده شکنی ساختار قدیم قدرت در ایران معاصر، علوم سیاسی، سال ششم، ش ۲۱، بهار ۸۲



### ۳-۵-۵- سیاسی شدن نهاد روحانیت

سیاسی شدن نهاد روحانیت به معنای واقعی کلمه به عصر قاجار و تداوم نفوذ بیگانگان در ایران موکول شد. اساساً یکی از مهمترین عوامل تمایل علما به نهاد سیاست همین نفوذ اندیشه های غربی در ایران بود که عکس العمل سریع و قاطع علما را برای حفظ دین از تعرض عوامل بیگانه در پی داشت. گرچه برخی نظیر احمد توکلی همین دخالت علما در سیاست را سبب تداوم وابستگی به غرب دانسته<sup>۱</sup> و برخی دیگر نظیر طالبوف میان فقهای ساکن در عتبات و فقهای ساکن ایران تفاوت قائل می شدند،<sup>۲</sup> معهداً بسیاری دیگر نظیر میرزا ملکوم خان نیز به اهمیت این جایگاه پی برده و آن را ابزاری جهت هدایت توده ها بسوی تشکیل عدالت خانه، حکومت قانون و سرانجام مشروطه بکار بستند.<sup>۳</sup>

بنابراین علیرغم تناقض در دیدگاه ها پیرامون مثبت یا منفی بودن تأثیرات علما بر آزادی و حکومت قانون در ایران، همگی فی الجمله بر اهمیت اساسی نهاد روحانیت در آن زمان معترف هستند. اهمیت این نقش با تلاش های بی شائبه شیخ محمد هادی نجم آبادی در روشنگری های پیش از انقلاب مشروطه و همچنین مبارزات آقایان طباطبائی و بهبهانی در جنبش مشروطه و تأثیر و تأثرات ایشان بر پیروزی این نهضت و سپس ادعای مشروطه مشروعه که توسط شیخ فضل الله نوری طرح شده و به اعدام انقلابی وی منجر گشت بخوبی احساس می شود.<sup>۴</sup> مهمترین درخواست آنان از مظفرالدین شاه «تأسیس عدالتخانه» بود. این شاید اولین و یکی از مهمترین مقاطع تاریخ تشیع در حضور مستقیم در سیاست و تقاضای تأسیس محلی است که سرانجام به صدور فرمان مشروطیت از سوی مظفرالدین شاه ختم شد. حضور پررنگ و بی شبهه علما در این جریان را به هیچ روی نمی توان انکار کرد. از این پس بود که دیدگاه ها برای ایجاد حکومت اسلامی به مرجعیت فقیه جامع شرایط رنگ و بوی تازه ای به خود گرفت، گرچه پیش از این واقعه نیز زمینه برای حضور علما در سیاست آماده شده بود.<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> رک به: رحیمی، مصطفی، مشروطیتی که بود، نقدی بر کتاب مشروطیتی که نبود نوشته احمد توکلی، فصلنامه سیاسی-اقتصادی، ش ۱۴۳-۱۴۴

<sup>۲</sup> امامی، مسعود، فقه در نگاه روشنفکران (۲)، فقه اهل بیت، سال ۱۳، ش ۵۱ به نقل از: طالبوف، مسائل الحیات، ص ۱۱  
<sup>۳</sup> از جمله میرزا ملکم خان که اصرار داشت «رکن اصلی جامع آدمیت در هر شهر و بلادی، باید مجتهد شهر یا امام جماعت محله باشد» (در خصوص دیدگاه انتقادی نسبت به نظریات میرزا ملکم خان در خصوص روحانیت و اسلام به این مقاله رجوع کنید: فقه در نگاه روشنفکران (۱)، از نویسنده پیشین، فقه اهل بیت، سال ۱۳، ش ۵۰)

<sup>۴</sup> آبراهامیان، یرواند، تاریخ ایران مدرن، ص ۸۸

<sup>۵</sup> برای اطلاع بیشتر رک به: بیات، همان

استحاله نهاد روحانیت در دوران پس از صفویه از یک مرجعیت کاملاً دینی که دین را از سیاست جدا می دانست به مرجعیتی با ادعاهای سیاسی، در دوران محمد رضاشاه پهلوی به اوج خود رسید. در این زمان بود که روحانیت تشیع بسوی ایجاد نظریه ای سیاسی گام نهاد. با اینحال تا دهه چهل علیرغم حضور علما در عرصه سیاست همچنان تعارض دیدگاه ها در خصوص «مشروطه مشروعه» یا به عبارتی وجهه شرعی دادن به یک حکومت سلطنتی مشروطه مورد بحث و مناقشه بود. برخی علما از جمله آخوند خراسانی گرچه حکومت مشروطه را مخالف شرع نمی دانستند، اما با الحاق عنوان «مشروعه» به آن مخالف بودند.<sup>۱</sup> لیکن با پیشوایی بلامنازع آیت الله بروجردی در مرجعیت شیعه، و اعلام مخالفت قاطع ایشان با ورود علما و طلاب حوزه به عرصه سیاست باز هم نوعی نگرش غیرسیاسی به نهاد روحانیت قوت گرفت. آیت الله بروجردی تا زنده بود اجازه نداد روحانیون با دولت درگیر شوند.<sup>۲</sup> جدایی دین از سیاست تا سال ۱۳۴۰ یعنی زمان فوت آیت الله بروجردی تداوم یافت و از این تاریخ به بعد بود که تحركات سیاسی نهاد روحانیت جنبه علنی و آشکارا به خود گرفت. این موضوع را می توان از مجموعه بیانات، نامه ها و مکاتبات امام راحل در دوران زندگی ایشان بخوبی دریافت کرد.<sup>۳</sup> امام در تلگرافی که در سال ۱۳۴۰ برای شاه ارسال کردند چنین فرمودند: «علیحضرت را متوجه می کنم به اینکه اطمینان نفرمائید به عناصری که با چاپلوسی و اظهار چاکری و خانه زادی می خواهند تمام کارهای خلاف دین و قانون را کرده و به اعلیحضرت نسبت دهند و قانون اساسی را که ضامن اساسی ملیت و سلطنت است، با تصویبنامه های خائنانه و غلط از اعتبار بیاندازند تا نقشه های شوم دشمنان اسلام و ملت را عملی کنند.»<sup>۴</sup>

در این تلگراف بخوبی مشخص است که امام قصد مقابله با نهاد سلطنت را ندارد و هدفش صرفاً ارشاد به شاه و به عبارتی گوشمالی دادن اوست. این تلگراف را با پاسخ امام به خبرنگار انگلیسی روزنامه آبرور در سال ۵۷ مقایسه کنید:

«جمله کلام اینکه از اول که شاه روی کار آمده است و سلسله پهلوی به سلطنت رسیده اند

قانونی نبوده است و برخلاف قانون اساسی بوده است.»<sup>۵</sup>

<sup>۱</sup> حقیقت، سیدصادق، تشیع و عرفی گرایی، رهیافت های سیاسی و بین المللی، ش ۱۸، تابستان ۸۸

<sup>۲</sup> به عنوان مثال رک به: سید الخویی، کتاب الأجتهد و التقلید، شرح ص ۴۲۱

<sup>۳</sup> برای اطلاع بیشتر رک به امام خمینی، صحیفه نور، ج ۲۲

<sup>۴</sup> امام خمینی، صحیفه نور، ج ۲۲، ۱۳۴۰/۲/۲۷

<sup>۵</sup> همان، ۱۳۵۷/۹/۴

### ۳-۵-۶- پیدایش نظریه سیاسی در فقه شیعه

چنانچه گفته شد امام خمینی نیز از ابتدا در عمل و تا پایان عمر در تئوری برای نهاد روحانیت جایگاهی در سیاست قائل نبودند.<sup>۱</sup> اما جدا از دخالت نهاد روحانیت در امور سیاسی، طرح تئوری حکومت اسلامی یا به عبارتی نظریه سیاسی پیرامون حکومت اسلامی پیش از امام، سابقه چندان روشن و محکمی نداشت. «پیش از این علما و فقها به ندرت به این موضوع پرداخته بودند و بطور کلی نظریه سیاسی جامع و متقنی در این خصوص وجود نداشت. و تنها کسی که به صورتی نه چندان عمیق به این موضوع پرداخته بود مرحوم ملا احمد نراقی بود.»<sup>۲</sup> پس از مرحوم نراقی، حضرت امام خمینی (س) تنها فقیهی است که علاوه بر بحث در این مورد مثل سایر فقیهان به تناسب مسائل مختلف، ولایت فقیه را در تصدی امر حکومت با همان معنای جامع و شامل، برای اولین بار با روشنی و تأکید و تصریح، تفصیلاً مورد بررسی و اثبات قرار داده است.<sup>۳</sup> امام خمینی در توصیف حکومت اسلامی چنین می گوید: «حکومت اسلامی هیچ یک از انواع طرز حکومت های موجود نیست... حکومت اسلامی نه استبدادی است و نه مطلقه؛ بلکه «مشروطه» است. البته نه مشروطه به معنای متعارف فعلی آن که تصویب قوانین تابع آرای اشخاص و اکثریت باشد. مشروطه از این جهت که حکومت کنندگان در اجرا و اداره مقید به یک مجموعه شرط هستند که در قرآن کریم و سنت رسول اکرم (ص) معین گشته است. «مجموعه شرط» همان احکام و قوانین اسلام است که باید رعایت و اجرا شود. از این جهت حکومت اسلامی «حکومت قانون الهی بر مردم» است... حکومت اسلام حکومت قانون است. در این طرز حکومت، حاکمیت منحصر به خداست و قانون فرمان و حکم خداست. قانون اسلام، یا فرمان خدا، بر همه افراد و بر دولت اسلامی حکومت تام دارد. همه افراد، از رسول اکرم (ص) گرفته تا خلفای آن حضرت و سایر افراد تا ابد تابع قانون هستند، همان قانونی که از طرف خدای تبارک و تعالی نازل شده و در لسان قرآن و نبی اکرم (ص) بیان شده است. اگر رسول اکرم (ص) خلافت را عهده دار شد، به امر خدا بود. خدای تبارک و تعالی آن حضرت را خلیفه قرار داده است، «خلیفه الله فی الأرض». نه اینکه به رأی خود حکومتی تشکیل

<sup>۱</sup> رک به: همان، ص ۱۶۹

<sup>۲</sup> همان

<sup>۳</sup> همان، ص ۳

دهد و بخواهد رئیس مسلمین شود.<sup>۱</sup>

### ۳-۵-۷- جمهوری اسلامی ایران و قانونگذاری جزایی به سبک اسلامی

پیدایش نظریه ولایت فقیه در ایران با پیروزی انقلاب اسلامی در سال ۱۳۵۷ به اوج اقتدار خود رسید. چنانکه گفته شد مقصود امام خمینی از نظریه ولایت فقیه، جز در مورد فقیه جامع الشرایطی که رهبری جامعه را بر عهده دارد، به هیچ وجه دخالت نهاد روحانیت در حکومت را بر نمی تافت. بلکه حکومت اسلامی به معنای پیاده کردن قوانین اسلامی بود. با اینحال پیاده کردن این قوانین در حوزه جزائیات با مشکلاتی مواجه شد. عمده این مشکلات به حوزه تعزیرات مربوط می شد. تا قبل از انقلاب اسلامی ایران در حوزه جزائیات، قوانین بیشتر متأثر از حقوق غربی بود و قواعد فقه جزایی اسلام جز در ماده ۱ قانون مجازات عمومی<sup>۲</sup> مصوب ۱۳۰۴ که آن هم در عمل بواسطه ماده ۲ همین قانون<sup>۳</sup> از اعتبار می افتاد نگاه عمیقی به فقه جزایی نداشت. همین عدم تلفیق فقه جزایی با حقوق مدرن و دور ماندن آن از حوزه قوانین جزایی سبب شد نظام تعزیرات به عنوان یکی از گسترده ترین و لغزان ترین حوزه های فقه جزایی شیعه در دوران بعد از انقلاب اسلامی ایران با نوعی شکاف و دوسونگری مواجه شود. فقدان سابقه قانونگذاری اسلامی به سبک غربی در ایران مهمترین علت این مشکلات بود. پیروزی زود هنگام فقه شیعه و بدنبال آن تحکیم مواضع روحانیت در حکومت نوپدید ایران، بدون اطلاع و تسلط بر موازین قانونگذاری و امکان تلفیق فقه سنتی شیعی با حقوق کیفری مدرن غربی سبب شد قانونگذار اسلامی ایران برای آن دسته از مجازات هایی که در قانون مجازات عمومی ذکر شده و عمدتاً ترجمان کد جزایی ناپلئون و قوانین کیفری کشور سوئیس بودند به دنبال عنوانی مجزا و جدا از عناوین شناخته شده و سنتی فقه جزایی باشد. عنوان «مجازات بازدارنده» ترفندی بود برای مجلسی ها به عنوان مدافعان حقوق مدرن غربی تا خود را از حملات اعضای شورای نگهبان به عنوان پاسداران فقه سنتی در امان نگاه دارند. افتراق میان فقه و حکومت، که اولاً ناشی از دیدگاه کلاسیک فقه شیعه مبنی بر تحریم حکومت غیر

<sup>۱</sup> رک به: امام خمینی، صحیفه نور، ص ۴۳-۴۵

<sup>۲</sup> متن ماده ۱ این قانون چنین بود: «مجازات های مصرحه در این قانون از نقطه نظر حفظ انتظامات مملکتی مقرر و در محاکم عدلیه مجری خواهد بود و جرم هایی که موافق موازین اسلامی تعقیب و کشف شود بر طبق حدود و تعزیرات مقرر در شرع مجازات می شوند.»

<sup>۳</sup> متن ماده ۲: «هیچ عملی را نمی توان جرم دانست مگر آن چه که به موجب قانون جرم شناخته شده.» لازم به ذکر است هیچ کدام از مصادیق حدود و تعزیرات اسلامی در این قانون و قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ ذکر نشده بود.

معصومین بود و ثانیاً به واسطه نقش پدرسالارانه شاه در ایران به عنوان یکی از استبدادی ترین انواع حکومت ها یعنی حکومت پاتریمونیالیستی امکان قانونگذاری یا دست کم دخالت اقوال و اندیشه های مختلف در حوزه حکومت را فراهم نمی ساخت عملاً در دهه شصت و اوج دوران قانونگذاری اسلامی ایران خودنمایی کرد. خلق عنوان «مجازات های بازدارنده» را می توان نماد و سمبل این تاریخچه و سابقه دانست.

# فصل چهارم

قانون مجازات اسلامی مصوب

۱۳۹۲ و مجازات بازدارنده

چنانچه گفته شد علی رغم بنیان مشترک و شباهت های بی بدیل مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی، میان این دو دسته از مجازات ها تفاوت هایی چه از حیث منبع صدور، چه از حیث قلمروی زمانی و مکانی و چه از حیث قواعد حاکم بر اجرا وجود دارد که اهم این تغییرات در فصل پیشین مورد بررسی قرار گرفت. این مجازات ها در واقع مبین اراده و اختیار حکومت به عنوان نهادی انسانی و نه صرفاً الهی است که برای مواجهه با معضلات و ناهنجاری های اعضای خود جدا از اسباب و واکنش های شناخته شده شرعی نیازمند اسباب و واکنش هایی برخاسته از منطق و عقلانیت بشری نیز هست. این اسباب و واکنش ها را ولو اینکه با تعزیرات به مفهوم متعارف شرعی هم خانواده محسوب کنیم باز هم دارای وجوه تمایز و به تعبیر بهتر نوعی استقلال شخصیتی هستند که ما را ناچار می سازد برای درک و دریافت بهتر آنها به تقسیم بندی و ساختارپردازی مجزایی بپردازیم. اما پرسش اساسی اینجاست که قانونگذار جزایی ایران در تحولات اخیر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تا چه حد به این وجوه تمایز وفادار بوده است؟ بر این اساس مطالب این فصل را به دو بخش کلی تقسیم کرده ایم:

۱. موارد تعمد قانونگذار ۱۳۹۲ در تمایز مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی

۲. موارد غفلت قانونگذار ۱۳۹۲ از تمایز مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی

#### ۴-۱- موارد تعمد در تمایز

در مواردی قانونگذار جزایی سال ۱۳۹۲ آگاهانه و با علم به وجوه تمایز مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی، اقدام به تفکیک و جداسازی این مجازات ها از یکدیگر نموده است. چنانکه گفته شد این تفکیک، در اصل تعزیر تلقی کردن مجازات های بازدارنده بی تأثیر بوده و در این خصوص وفاق نسبی میان شورای نگهبان و مجلس ایجاد شده است. اما در خصوص برخی آثار و همچنین قلمروی این دو دسته از مجازات ها تمایزاتی گاه آشکار در گفتار قانونگذار حاصل می شود. شاید حذف عنوان مجازات های بازدارنده از کتاب اول قانون (علیرغم ابقای آن در عنوان کتاب پنجم «تعزیرات و مجازات های بازدارنده») این شبهه را پدید آورده باشد که قانونگذار به طور کلی در صدد حذف این مجازات ها بوده است، مع هذا درک وجوه تمایز آشکار این مجازات ها با تعزیرات شرعی، از تیررس قانونگذار دور نمانده و موادی که در ادامه بدان ها خواهیم پرداخت گواهی بر این مطلبند.

#### ۴-۱-۱- اسباب مجازات در تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده

اسباب مجازات در این بخش از پژوهش به معنای قلمرویی است که دسته ای از واکنش های جزایی قابلیت تأثیر و اعمال در حوزه آن را دارا هستند. بر این اساس قاعدتاً قلمروی اسباب در تعزیرات بنا به اعتقاد اکثر فقهای شیعه به موارد ترک واجبات یا ارتکاب محرمات شرعی محدود می شود. معهداً چنانچه پیشتر نیز گفته شد، مبانی گسترده و عام الشمول نظام تعزیرات و همچنین عقیده عده قلیلی از فقهای تشیع، امکان ورود مجازات های بازدارنده را به قلمروی تعزیرات میسر ساخته است.

چنانکه گفته شد موجبات مجازات های بازدارنده موارد نقض مقررات حکومتی را شامل می شود. یعنی اعمالی که «حکومت» و نه «شریعت» آن ها را جرم تلقی کرده است. بر این اساس این اعمال با توجه به اینکه بر اساس مصالح و مقتضیات زمان و مکان<sup>۱</sup> «جرم انگاری» شده اند، قابلیت تغییر و تحول دارند. می توان برخی از این اعمال را از دایره جرائم خارج کرده و یا برخی اعمال مباح را به جرگه آن ها وارد ساخت. امری که در خصوص تعزیرات شرعی ممکن نیست.

در فقه اهل سنت کلیه مصادیق تعزیر را اعم از آنچه در متون روایی بیان شده و آنچه بر اساس مصالح زمان و مکان توسط حاکم اسلامی تعیین می شوند، از موارد احکام متغیر تلقی کرده و در این موارد مفتی یا مجتهد را شارع بالاستخلاف یا جانشین شارع معرفی می کنند، از دیدگاه ایشان، شریعت فی الجمله شامل همه مواردی نیز می شود که شارع در خصوص آن ها سکوت کرده است. بنابراین از دیدگاه فقه اهل سنت تعزیرات «که وجود و عدم آن ها تابع مصالح و مقتضیات است»<sup>۲</sup> مجموعه ای از احکام حکومتی است، چه آن دسته از تعزیراتی که به حکم نص و متون روایی، واجد خصوصیت معصیت و قبح ذاتی اند و چه آن دسته از تعزیراتی که به حکم فتوی یا قانون واجد عنوان جرم گردیده اند. از دیدگاه ایشان «حکم حاکم در مسائل اجتهادی، حکم خداوند متعال است و تبعیت از چنان حکمی بر همه امت واجب و نقض آن از سوی هر فردی حرام است»<sup>۳</sup>.

اما این نظریه چندان قابل دفاع به نظر نمی رسد، چه اولاً وجود و عدم همه تعزیرات تابع مصالح

<sup>۱</sup> در خصوص تأثیرات زمان و مکان بر قوانین اسلامی رک به: صدر، محمدباقر، اقتصادنا و شهید مطهری، اسلام و مقتضیات زمان. همچنین شهاب الدین احمد ابن ادریس، الاحکام فی تمییز الفتاوی... و نیز مقاله "خاتمیت ثابت و متغیر و راه حل های آن (۲)" نوشته رضا حق پناه، علوم و معارف قرآن، بهار و تابستان ۱۳۷۷، ش ۶ و ۷

<sup>۲</sup> عماره، محمد، سیاست شرعی و حکومت های بشری، ترجمه محمد امین جراحی، حکومت اسلامی، بهار ۱۳۷۶، ش ۳، درشت نمایی توسط نگارنده انجام شده است.

<sup>۳</sup> همان



و مقتضیات زمان و مکان نیست، به عنوان مثال در تعزیراتی نظیر اعمال مادی زنا یا ربا یا وطی با میت و چهارپایان نمی توان از مقتضیات زمان و مکان سخن گفت. این ها مواردی هستند که سیاست جنایی اسلام بصورت مطلق، ثابت و لایتغیر در آن ها جاری است. و ثانیاً چنانچه در فصل پیشین گفته شد اگرچه حکم حاکم در مسائل اجتهادی حکم خداوند است، مع هذا در حوزه احکام حکومتی، آنچه در اختیار حکومت است صرفاً احکام کلی است. حکومت تنها قادر است از بطن این احکام کلی، مصادیق جزئی را استخراج کند. اما در تعزیرات شرعی، هم حکم و هم مصداق، هر دو از سوی شریعت مشخص شده اند. گرچه نوع و میزان مجازات به نظر قاضی واگذار شده است. در فقه شیعه نیز دیدگاه فقه اهل سنت چندان پذیرفته نیست. جدا از آهنگ نه چندان سریع تغییرات در فقه جزایی شیعه، قانونگذار اسلامی ایران نیز همچنان در پذیرش دیدگاه فقه اهل سنت در خصوص حکومتی بودن کلیه تعزیرات تردیدهایی جدی دارد.

آنچه از تاریخچه قانونگذاری تعزیرات در حقوق ایران به عنوان یکی از مهمترین کشورهای شیعی به نظر می رسد این است که فقه شیعه در قلمروی قانونگذاری بیشتر با نفس تعیین مجازات تعزیری از یک سو و از سوی دیگر قرار دادن مجازات های بازدارنده یا تعزیرات حکومتی ذیل عنوان کلی تعزیر دچار اشکال بوده است. یعنی در فقه شیعه خود تعزیر تلقی کردن احکام حکومتی تا چندی پیش محل بحث و اختلاف نظر بود چه رسد به آنکه بخواهیم همه تعزیرات را از نوع احکام حکومتی تلقی کنیم. این اختلاف نظرها در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تا حدود زیادی مرتفع شده است. به موجب این ماده:

«تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می شود...»

این تعریف شامل سه بخش کلی است. بخش اول این عبارت که «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست». خود این عبارت مبین این تغییر دیدگاه قانونگذار سال ۹۲ است که برخلاف ماده ۱۶ قانون سال ۷۰ برای تعریف و تفکیک تعزیر از سایر مجازات های اسلامی به شاخص نامعین بودن نوع و میزان مجازات استناد نمی کند. در قانون سابق تعزیر به این شکل تعریف شده بود:

«تعزیر تأدیب یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است از قبیل حبس، جزای نقدی و شلاق که میزان شلاق بایستی از مقدار حد کمتر باشد.»  
چنانچه ملاحظه می شود قانون سابق در بطن تعریف، نامعین بودن تعزیرات را مد نظر قرار داده بود معهداً در عمل و در سایر بخش های قانون مجازات، تعزیرات، مجازات های مشخصی داشتند و جز در برخی موارد نظیر مجازات معاون با ذکر عبارت «با توجه به شرایط و امکانات خاصی و دفعات و مراتب جرم و تأدیب از وعظ و تهدید و درجات تعزیر، تعزیر می شوند.» در سایر موارد ذکری از نامعین بودن تعزیر به میان نیامده بود. البته همین شرط نیز بعداً و در سایر بخش های قانون اعتبار خود را از دست می داد. مثلاً در باب مجازات معاون جرم ماده ۷۲۶ قانون سابق می گفت: «هرکس در جرائم تعزیری معاونت نماید حسب مورد به حداقل مجازات مقرر در قانون برای همان جرم محکوم می شود.» بنابراین موضع دوگانه قانون سابق در قانون جدید دست کم در مرحله تعریف برطرف شده است.

بخش دوم تعریف این است: «به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی و نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می گردد.» این بخش در واقع بیانگر دیدگاه قانونگذار در خصوص لزوم پذیرش تفاوت قلمرو در دو دسته تعزیرات شرعی و تعزیرات حکومتی یا همان مجازات های بازدارنده است. در کنار هم قراردادن دو عنوان «ارتکاب محرمات شرعی» و «نقض مقررات حکومتی» نیز به معنای پذیرش این دیدگاه است که آنچه به عنوان جرائم مستوجب مجازات های بازدارنده در قانون سال ۱۳۷۵ شناخته می شد، در قانون سال ۱۳۹۲ تحت عنوان کلی تعزیر معرفی می شود و این امر خود استحاله منطقی مفهوم تعزیرات را طی این دو دهه به خوبی به نمایش می گذارد. اینکه نقض مقررات حکومتی نیز در دایره اعمال مستوجب تعزیر قرار گرفته به خوبی تأثیر تجربه و سابقه قانونگذاری اسلامی را در مبحث تعزیرات نشان می دهد. تا پیش از این چنانچه توضیح داده شد، احکام حکومتی و به عبارت دیگر مجازات های بازدارنده به علت تازگی در فقه تشیع جایگاهی نداشتند و موضع دوگانه قانونگذار سال ۷۰ نشانه ای از تازگی قانونگذاری جزایی به سبک اسلامی در ایران و سردرگمی قانونگذار در جای دادن جرائم جدید در ذیل یک مدل از اسباب سنتی فقهی بود. قانونگذار با خلق عنوان مجازات بازدارنده اسباب مدرنی نظیر تخلفات رانندگی را از دایره تعزیرات خارج کرده و آن ها را با مجازات جدیدی مواجه ساخته بود. این در حالی است که قانون جدید با پوشش دادن مجازات های بازدارنده تحت لوای تعزیرات عملاً هم

مجازات های نوینی نظیر تعطیلی محل کسب و لغو پروانه را ذیل عنوان تعزیرات به رسمیت شناخته و هم اسباب تعزیر یا جرائم مستوجب تعزیر را با وارد کردن اعمالی که نقض مقررات حکومتی تلقی شود توسعه داده است. معهدا همچنان تفاوت های بنیادین این تعاریف را نیز با در کنار هم قرار دادن دو عبارت «ارتکاب محرمات شرعی» و «نقض مقررات حکومتی» به رسمیت شناخته است. اما بخش سوم تعریف این است: «نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می شود.»

این بخش نیز تصریحی است بر معین بودن یا به عبارت دیگر «معین شدن» واکنش های تعزیری. این امر که در فقه تحت عنوان «تقدیر تعزیرات» شناخته می شود چنانکه در فصل یک گفته شد از نظر فقهی امری استثنایی و خاص مواردی است که روایتی بر تقدیر تعزیر در دست باشد، معهدا در قانون جدید و با توجه به مشکلاتی که قانون سال ۷۰ پدید آورده بود به نظر می رسد قانونگذار دست کم در مرحله تعریف اصل را بر اتخاذ موضع واحد در خصوص همه تعزیرات قرار داده باشد.

بنابراین قانونگذار در این تعریف باب اختلاف نظرها در خصوص شمول یا عدم شمول عنوان تعزیر بر مجازات های بازدارنده را بسته است. بدین معنی که به طور کلی تعزیر را بر موارد «ارتکاب محرمات شرعی» و همچنین «نقض مقررات حکومتی» تسری داده و با پذیرش دیدگاه حداقلی فقهایی نظیر شهید اول، دامنه و قلمروی تعزیر را به موارد نقض مقررات حکومتی گسترش بخشیده است. اما ذکر عبارت «نقض مقررات حکومتی» در این ماده مبین این تاریخچه و دیدگاه است که اجمالاً میان موارد نقض مقررات حکومتی و ارتکاب محرمات شرعی تفاوت هایی دست کم در حوزه مبانی و قلمرو وجود دارد. یعنی صرفنظر از اینکه بپذیریم هر دوی این مجازات ها ذیل عنوان کلی تعزیرات قرار می گیرند، می بایست قانونگذار به وجوه تمایز این دو دسته از مجازات ها واقف بوده باشد که در تعریف تعزیر به هر دو عنوان اشاره داشته است. در غیر اینصورت چه ضرورتی داشت این دو عنوان را در بطن تعریف جای داده و هر دو را تحت لوای تعزیرات قرار دهد؟ اگر تفاوتی میان ارتکاب محرمات شرعی و نقض مقررات حکومتی وجود ندارد و به عبارت دیگر اگر نقض مقررات حکومتی مترادف با ارتکاب محرمات شرعی است چه دلیلی دارد که قانونگذار عبارت «نقض مقررات حکومتی» را ذکر کند؟ مسئله این جاست که قانونگذار این دو دسته از اعمال را واجد مختصات و ویژگی های خاص خودشان می دانسته و به همین منظور هر دوی این اعمال را در

کنار هم ذیل عنوان کلی تعزیر قرار داده است. هدف از قرار دادن این دو عنوان در نظام تعزیرات، چشم پوشی از تفاوت ها و تمایزات میان این اعمال نیست. بلکه رسیدن به یک وفاق و نگرش واحد در خصوص دو طیف از مجازات هایی است که می توانند بواسطه کلیت و گستره قلمروی تعزیرات زیرمجموعه عنوان واحدی قرار بگیرند.

این دیدگاه خصوصاً با تأمل در برخی مواد این قانون که اجمالاً میان تعزیرات شرعی و حکومتی تمایزاتی قائل شده اند تقویت می شود. به عنوان مثال:

«ماده ۲ قبل از ایراد شورای نگهبان به این شکل بود که: «جرم، فعل یا ترک فعلی است که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است و هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی توان جرم دانست مگر آنکه در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد». این ماده خیلی محکم اصل قانونی بودن جرم و مجازات را پیش بینی کرده بود. شورای نگهبان ایراد گرفت که «ماده ۲ از این جهت که فعل یا ترک فعلی را که شرعاً مجازات داشته و قانون متعرض آن نشده است مستوجب مجازات نمی داند خلاف موازین شرع شناخته شده و هرگاه این ماده به صورت متن سابق اصلاح شود این ایراد رفع می شود» و در نتیجه قسمت دوم حذف شد و در حقیقت ما در حال حاضر این چالش را داریم که با این تفسیری که شورای نگهبان کرد اگر قاضی به استناد این ماده به منابع فقهی مراجعه کند، خیلی خلاف قانون عمل نکرده است به خصوص اینکه ماده ۶۹ را هم داریم این ماده می گوید: «مرتکبان جرایمی که نوع و میزان تعزیر آن ها در قوانین موضوعه تعیین نشده است. به مجازات جایگزین حبس محکوم می گردند». پس اجازه داده به قضات که در مواردی که نوع و میزان و تعزیر در قانون مشخص نشده بتوانند مجازات جایگزین اعمال کنند.»<sup>۱</sup>

ماده ۱۳۵ قانون مصوب ۱۳۹۲ نیز در خصوص تعدد جرائم حدی و تعزیری و جرائم مستوجب قصاص و تعزیر مقرر می دارد:

«ماده ۱۳۵- در تعدد جرائم موجب حد و تعزیر و نیز جرائم موجب قصاص و تعزیر مجازات ها جمع و ابتداء حد یا قصاص اجرا می شود مگر حد یا قصاص، سالب حیات و تعزیر، حق الناس یا تعزیر معین شرعی باشد و موجب تأخیر اجرای حد نیز نشود که در این صورت ابتداء تعزیر اجراء می گردد.

<sup>۱</sup> سخنرانی دکتر شیخ الاسلامی با عنوان «بررسی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲» مندرج در فصلنامه وکیل مدافع، ارگان داخلی قانون وکلای دادگستری خراسان، سال سوم، بهار و تابستان ۱۳۹۲، شماره هشتم و نهم؛ بر گرفته از پایگاه اینترنتی: <http://hassani.ir/post/506>

تبصره- در صورتی که جرم حدی از جنس جرم تعزیری باشد مانند سرقت حدی و سرقت شود و مجازات تعزیری ساقط می گردد، مگر در حد قذف که اگر قذف دشنام به دیگری باشد، مرتکب به هردو مجازات محکوم می شود.»

بدیهی است تمایز میان حق الله و حق الناس صرفاً در تعزیرات شرعی قابل تصور است و تعزیرات حکومتی یا مجازات های بازدارنده چنانچه در ادامه خواهیم گفت همگی از جرائم حق الناسی محسوب می شوند. در این جرائم نمی توان از حق الهی بودن یا حق الناسی بودن سخن گفت. بنابراین تأکید قانونگذار بر تفکیک میان تعزیرات حق الناسی و تعزیرات حق الهی به نحوی یادآور تقسیم فقهی تعزیرات شرعی به دو دسته حق الهی و حق الناسی است. همچنین تأکید بر اجرای «تعزیرات معین شرعی» در موارد تعدد جرم این پرسش را ایجاد می کند که علی الاصول منظور از تعزیرات معین شرعی چیست؟ آیا منظور همان «تعزیرات منصوص شرعی» است که در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ همین قانون به آن اشاره شده و در شرع تحت عنوان تعزیرات مقدر شناسایی می شوند یا منظور آن دسته از تعزیراتی است که در شرع به آن ها اشاره شده و دست کم در مرحله جرم انگاری شرعی، معین هستند. اگر منظور این نیست و «تعزیرات معین شرعی» همان «تعزیرات منصوص شرعی» هستند، پس چرا قانونگذار از دو اصطلاح متفاوت برای یک مفهوم آن هم در یک قانون واحد یاد کرده است؟

در دفاع از این احتمال باید گفت علیرغم تأکید فقه شیعه بر امکان تعزیر در موارد ارتکاب کلیه محرمات یا اخلال به کلیه واجبات، برخی از اسباب تعزیر واجد چنان اهمیتی هستند که در فقه از آن ها به کرات نام برده شده است. اعمالی نظیر محرمات مادون زنا توسط دو جنس مخالف، توهین به الفاظی که قذف محسوب نشود مثلاً استفاده از کلماتی نظیر «دیوث»، اکراه به قتل، اختلاس، استلاب، دارا بودن آلات قمار، وطی با میت و چهارپا، قطع الطریق و... این موارد را نمی توان به قدر متیقن زیرمجموعه تعزیرات مقدر یا به اصطلاح «منصوص شرعی» قرار داد. اما اهمیتشان به حدی هست که بتوانیم آن ها را بخشی ثابت و معین در حوزه جرم انگاری نظام تعزیرات شرعی معرفی کنیم. نظر برخی فقها در خصوص عدم جواز تعزیر در مواردی که در شرع معین نشده نیز می تواند در پذیرش این دیدگاه بکار آید، هرچند این نظر در فقه شیعه یک نظریه حداقلی است. به عنوان مثال آیت الله صافی گلپایگانی در کتاب «التعزیر، انواعه و ملحقاته» در خصوص جواز مجازات در کلیه موارد ارتکاب محرمات و اخلال به واجبات می نویسد:

«در مواردی که تعزیر مسلم و مقطوع به نیست و مشکوک باشد اصل، مقتضی عدم جواز است.»<sup>۱</sup>

بدین معنا در فقه می توان از سه دسته تعزیرات معین نام برد: اول تعزیراتی که نوع و میزان آن ها معین است، که در قانون تحت عنوان تعزیرات منصوص شرعی از آن ها یاد می شود. و دوم تعزیراتی که به واسطه اهمیت و تکرر ذکر اسباب آن ها در شرع، معین تلقی می شوند نظیر اعمال مادون زنا، که ماده ۱۳۵ می تواند اعم از هر دوی این تعزیرات تلقی گردد. و سوم تعزیراتی که بصورت کلی برای ارتکاب فعل حرام یا اخلال در واجبات در نظر گرفته شده و اقوال فقها در این خصوص متفاوت است.

بنابراین به نظر می رسد چه در خصوص تعزیرات معین و چه در خصوص تعزیراتی که جنبه حق الناسی دارند قانونگذار به مفهوم شرعی تعزیر نظر داشته است، این برداشت با تأمل در تبصره همین ماده و ذکر مواردی نظیر روابط نامشروع کمتر از زنا و قذفی که مصداق توهین به دیگری قلمداد شود تقویت می گردد. گرچه قانونگذار در تمایز میان تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده در چنین موادی با وضوح و تصریح چیزی عنوان نکرده اما همین قرائن در کنار یکدیگر می تواند مؤید نوعی پیش فرض در ذهنیت قانونگذار مبنی بر تمایز میان این دو دسته از مجازات ها باشد.

#### ۴-۱-۲- عطف به ما سبق نشدن قوانین جزایی و قاعده قبح عقاب بلا بیان

عطف به ما سبق نشدن قوانین جزایی به معنای اجرا نشدن قانون در خصوص جرائمی است که پیش از زمان لازم الاجرا شدن قانون ارتکاب یافته اند. این قاعده که از نتایج اصل قانونی بودن جرم و مجازات است در حقوق جزای عمومی ذیل عنوان کلی «قلمروی قوانین جزایی در زمان» بررسی می شود. از استثنائات این قاعده می توان به مواردی نظیر خفیف تر شدن قانون لاحق، یا مواردی که قانون لاحق موقتی و برای موارد خاص است و همچنین مواردی که قانون شکلی است اشاره نمود. در تمامی این موارد نوعی وفاق نسبی میان حقوقدانان بر عطف بماسبق شدن قوانین جزایی وجود دارد.

در ابتدای انقلاب اسلامی این اصل به طور عام در خصوص همه مجازات ها پیش بینی شده بود. در این خصوص ماده ۶ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱/۷/۲۱ مقرر می نمود:

<sup>۱</sup> آیت الله صافی گلپایگانی، التعزیر، انواعه و ملحقاته، ص ۱۳۹

«مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده باشد...» لذا این ماده به واسطه اطلاق کلمه مجازات کلیه مجازات ها اعم از حدود و قصاص و دیات و تعزیرات را در بر می گرفت.<sup>۱</sup>

این در حالی بود که اندکی پیش از تصویب این قانون یعنی در تاریخ ۱۳۶۱/۶/۶ با تصویب قانون اصلاح موادی از قانون آئین دادرسی کیفری و ماده ۲۸۴ آن این شبهه برای حقوقدانان پیش آمد که منبع اصلی جرم بودن فعل یا ترک فعل قانون و منابع معتبر یا فتاوی معتبر می باشد.<sup>۲</sup> ماده ۲۸۴ چنین مقرر می داشت:

«ماده ۲۸۴ - حکم دادگاه بدوی تنها در ۳ مورد قابل نقض و تجدید نظر است و در سایر موارد قطعی است:

۱ - جایی که قاضی پرونده قطع پیدا کند که حکمش بر خلاف موازین قانونی یا شرعی بوده است.

۲ - جایی که قاضی دیگری قطع به اشتباه قانونی یا شرعی قاضی پرونده پیدا کند، به نحوی که اگر به او تذکر داده شود متنبه گردد و متوجه اشتباه خود شود.

۳ - جایی که ثابت شود قاضی پرونده صلاحیت رسیدگی و انشاء حکم را در موضوع پرونده نداشته است.»

از نظر تاریخی سابقه پذیرش عطف بماسبق شدن قوانین جزایی در خصوص مجازات های شرعی به ماده ۲۷۹ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲ بازمی گشت که به طور تلویحی عطف بما سبق نشدن قوانین جزایی را در خصوص مجازات های شرعی رد کرده بود:

«اگر کسی قبل از تصویب و انتشار این قانون مرتکب عملی شده باشد که موافق این قانون جنحه یا جنایت تشخیص شده است در موردی تعقیب و بر طبق این قانون مجازات می شود که اولاً نسبت به آن عمل مرور زمان بر طبق مقررات این قانون حاصل نشده باشد و ثانیاً برای عمل مزبور شرعاً هم حدی معین شده باشد.»

در خصوص واژه «حد» برخی حقوقدانان معتقد بودند: «کلمه حد بایستی در معنای لغوی آن

<sup>۱</sup> شکری، رضا و سیروس، قادر، قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی، ص ۳۶، پی نوشت ماده ۱۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰

<sup>۲</sup> موسوی، عباس، حقوق جزای عمومی، ص ۱۶۴

که «عقوبت» باشد تلقی گردد.<sup>۱</sup> نه در معنای فقهی آن که خاص جرائم به اصطلاح مستوجب حد است.

تردیدها ادامه داشت تا اینکه در سال ۱۳۶۵ هیئت عمومی دیوانعالی کشور در رأی وحدت رویه ۴۵-۶۵/۶/۲۵ مقرر نمود: «ماده ۶ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب مهرماه ۱۳۶۱ که مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی را بر طبق قانونی قرار داده که قبل از وقوع جرم وضع شده باشد منصرف از قوانین و احکام الهی از جمله راجع به قصاص می باشد که در صدر اسلام تشریح شده اند.»

رأی مزبور بیانگر این دیدگاه فقهی شورای نگهبان بود که قلمروی زمانی مجازات های شرعی بسیار گسترده تر از آن است که قوانین عرفی بتواند دامنه اش را محدود نماید. تأثیر این دیدگاه را بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ می توان ملاحظه کرد. طبق ماده ۱۱ این قانون: «در مقررات و نظامات دولتی، مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده باشد و هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی توان به موجب قانون متأخر مجازات نمود...»<sup>۲</sup>

ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که قرار بود جایگزین ماده ۱۱ قانون سابق شود در آغاز برای فرار از این دیدگاه به شکل دیگری تنظیم شده بود:

«در لایحه‌ای که قوه قضاییه داد و در کمیسیون هم تصویب شد اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری در همه جرایم پذیرفته شده بود، می گفت: **قانون**<sup>۳</sup> عطف به ماسبق نمی شود مگر اینکه مساعد به حال متهم یا مبنی بر جرم زدایی باشد، والا قوانین جزایی شدید عطف به ماسبق نمی شوند.»<sup>۴</sup>

اما با اعتراض شورای نگهبان متن ماده تغییر یافته و تقریباً به حالت سابق اعاده گردید، به موجب این ماده: «در **مقررات و نظامات دولتی**<sup>۵</sup>، مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است و مرتکب هیچ رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل را نمی توان به موجب قانون مؤخر به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم کرد...»

<sup>۱</sup> باهری، محمد، حقوق جزای عمومی، ص ۱۱۶

<sup>۲</sup> درشت نمایی توسط نگارنده انجام شده است.

<sup>۳</sup> درشت نمایی توسط نگارنده انجام شده است.

<sup>۴</sup> شیخ الاسلامی، همان

<sup>۵</sup> درشت نمایی توسط نگارنده انجام شده است.



چنانچه ملاحظه می شود قانون جدید جز در خصوص برخی اشکالات نگارشی (از جمله تغییر فعل «مقرر شده باشد» به «مقرر شده است» و اضافه کردن عبارت «مرتکب هیچ رفتاری اعم از») تغییری در نص این ماده و قلمروی قوانین جزایی در زمان ایجاد نکرده است.

موضع قانونگذار در خصوص مجازات های مشمول این ماده کاملاً صریح و روشن است. قانونگذار اهتمام خود را بر تحدید قلمروی زمانی قوانین جزایی فقط و فقط در موارد تخلف از «مقررات و نظامات دولتی» قرار داده است. لذا بر این اساس این ماده هیچ یک از موارد مجازات های شرعی اعم از حدود، قصاص، دیات و تعزیرات شرعی (اعم از منصوص و غیر منصوص) مشمول محدودیت قلمروی زمانی نیستند. لذا نتیجه بدیهی چنین موضعی این خواهد بود که قاعده حقوقی «عطف بما سبق نشدن قوانین جزایی» در خصوص مجازات های شرعی من جمله تعزیرات شرعی اعمال نمی شود. امری که با واقعیت فقه جزایی اسلامی نیز هماهنگی دارد.

اما مبنای مخالفت شورای نگهبان در این خصوص و تمایز قائل شدن میان مجازات های شرعی و حکومتی را باید به مبانی فقهی جرم انگاری در اسلام و قلمروی اعمال تحت شمول قاعده فقهی قبح عقاب بلا بیان نسبت داد.

توضیح اینکه قبح جرائم حکومتی بر خلاف محرمات شرعی قبح عرضی است. در صورت وجود قبح ذاتی در این اعمال دیگر تعیین محدوده زمانی برای اجرای واکنش علیه متخلفین از مقررات و نظامات دولتی وجود نمی داشت. برای درک بهتر این مطلب می بایست نگاهی عمیق تر به موضع فقه جزایی در خصوص «قاعده قبح عقاب بلا بیان» داشت. بر این اساس ابتدا ناچار از طرح دو مقدمه هستیم:

۱. آیا حسن و قبح همه جرائم ذاتی است؟

۲. قلمروی زمانی قاعده قبح عقاب بلا بیان چه جرائمی را در بر می گیرد؟

در خصوص قبح ذاتی محرمات شرعی و قبح عرضی تخلف از مقررات و نظامات حکومتی در فصل پیشین توضیحاتی ارائه شد که به منظور پیشگیری از اطاله کلام از تکرار مجدد آن ها خودداری می شود. اما مقدمه دوم به توضیح قلمروی قاعده فقهی «قبح عقاب بلا بیان» اختصاص دارد. این قاعده به حوزه «واکنش» به محرمات شرعی مربوط می شود. در تعریف این قاعده آورده اند: «کیفر کردن بدون بیان جرم و کیفر و بدون تصریح قانونی نسبت به آن، قبیح است، و چون کار قبیح محال است بخدواند سبحان نسبت داده شود، پس خدایتعالی بدون تصریح به قانون جرم

و کیفر کسی را کیفر نخواهد داد چرا که عقلاً و شرعاً چنین کیفری عقاب بلا بیان است و عقاب بلا بیان قبیح است، و خدواند منزه از فعل قبیح است.<sup>۱</sup> این بدان معناست که در فقه امامیه قلمروی حسن و قبح که به «ماهیت افعال» مربوط می شود از قلمروی ثواب و عقاب که به «اثر و نتیجه افعال» اختصاص دارد تفکیک شده و هر یک مختصات خاص خود را دارد.

در متن قرآن و یا سنت عین عبارت قانونی بودن جرم و مجازات<sup>۲</sup> را نمی توان یافت. اما می توان از مجموعه آیات و روایات محتوای قاعده قبح عقاب بلا بیان را استنباط کرد.<sup>۳</sup> به اضافه اینکه عمل به آن در عرف فقهی نیز به وضوح مشاهده می شود. گرچه از نظر تاریخی سابقه این قاعده به شیخ طوسی می رسد.<sup>۴</sup> اما این مسئله، عقلی بودن چنین قاعده ای را زیر سوال نمی برد، توضیح اینکه این قاعده یک قاعده منطقی است. یعنی جدا از قانونگذاری و تشریح، منطق بشری نیز تأیید می کند که عتاب و خطاب تنها در محدوده اعمالی که مرتکب از ممنوع بودن و قابلیت مؤاخذة آن ها اطلاع دارد عادلانه و امکان پذیر باشد.

با توجه به مقدمات طرح شده یعنی حسن و قبح ذاتی اعمال موضوع احکام شرعی و قبح عقاب بلا بیان، یکی از مهمترین وجوه تمایز میان شارع مقدس و قانونگذار در محدوده قابل اعتنای قاعده قبح عقاب بلا بیان قرار می گیرد. از مقایسه این قاعده با قاعده حقوقی «عطف بما سبق نشدن قوانین کیفری» متوجه تفاوت ظریفی خواهیم شد.

قاعده عطف بما سبق نشدن قوانین جزایی مبتنی بر اصل قانونی بودن جرم و مجازات و مراد از آن این است که «قانون لاحق نسبت به آنچه که قبل از وضع و انتشار آن جریان داشته هیچ تأثیری نداشته، تنها نسبت به وقایع و اعمال بعد از وضع و انتشار آن حاکم است.»<sup>۵</sup> مصادیق جرائم موضوع مجازات های بازدارنده یا تعزیرات حکومتی الزاماً واجد قبح ذاتی نیستند. بلکه در اغلب موارد این قبح صرفاً بر اساس شرایط و مقتضیات زمان و بصورت کاملاً وضعی ایجاد شده است. توضیح این که قاعده مزبور اختصاص به جرائمی دارد که بواسطه وضع «قانون» پدید آمده اند یعنی جرائمی که واجد قبح ذاتی نبوده و قبح وضعی دارند، در حالی که قلمروی قاعده قبح عقاب بلا بیان خاص جرائمی است که در «شرع» ذکر شده و دارای قبح ذاتی هستند.

<sup>۱</sup> فیض، همان، ص ۹۴

<sup>۲</sup> منظور این عبارت است: «هیچ جرم و هیچ مجازاتی بدون قانون وجود ندارد.»

<sup>۳</sup> ملکی، همان

<sup>۴</sup> محقق داماد، سید مصطفی، قاعده قبح عقاب بلا بیان و مقایسه آن با اصل قانونی بودن مجازات، قضاوت، مرداد و شهریور ۸۷، ش ۵۲

<sup>۵</sup> ملکی، همان

علیرغم ماهیت مشابه، در حقوق و فقه جزایی ایران با توجه به تحجر سنتی فقه شیعه از حکومت، این دو قاعده دو خط سیر متفاوت به خود دیده اند. چرا که سابقه آشنایی شیعیان با مفهوم دینی جرم، یعنی اعمالی که فی نفسه معصیت هستند، نه به دوران کوتاه پس از انقلاب اسلامی ایران که به غیبت آخرین امام شیعیان یعنی سال ۲۶۵ هجری قمری باز می گردد. این سابقه طولانی در «بیان» جرائم بدون شک قلمروی زمانی قاعده قبح عقاب بلا بیان را تا حد بسیار زیادی گسترش می دهد. لذا در جرائمی که جنبه شرعی و غیر حکومتی دارند بی شک قاعده حقوقی عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری دست کم در خصوص مرتکبینی که امروزه دست به ارتکاب اعمال مجرمانه می زنند نمی بایست مجری باشد. گرچه مفاد قاعده فقهی «قبح عقاب بلا بیان» همچنان به قوت خود باقی است. به عبارت دیگر عدم اجرای قاعده عطف به ماسبق نشدن قوانین کیفری به معنای عدم اجرای قاعده فقهی عقاب بلا بیان نیست.

بدین ترتیب ما در قلمروی تعزیرات با دو قاعده سر و کار داریم که گرچه محتوای هر دو یکی است اما قلمروی زمانی و موضوعی آن ها با هم تفاوت دارد. قاعده فقهی «قبح عقاب بلا بیان» که در خصوص «تعزیرات شرعی» بکار می رود و قلمروی زمانی آن به صدر اسلام بازمی گردد. و قاعده حقوقی «عطف بما سبق نشدن قوانین کیفری» که در خصوص «تعزیرات حکومتی» یا به اصطلاح «مجازات های بازدارنده» بکار می رود و قلمروی زمانی آن به تاریخ تصویب قانون باز می گردد. امری که در ماده ۱۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۰ نیز به آن اشاره شده است. بنابراین به نظر نمی رسد قانونگذار سال ۱۳۹۲ با غفلت و مسامحه به این موضوع پرداخته باشد. این امر با دقت و تأکید بر تمایز میان مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی انجام شده و لذا قلمروی این ماده را بایستی به همان موارد منصوص یعنی «مقررات و نظامات دولتی» منحصر دانست.

#### ۴-۱-۳- نسخ قانون

نسخ در لغت به معنای از بین بردن، از روی نسخه ای دوباره نوشتن و نقل و قول است.<sup>۱</sup> در علم الاصول آن را به «رَفَعُ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ بِدَلِيلٍ شَرْعِيِّ مُتَأَخَّرٍ» تعریف کرده اند.<sup>۲</sup> در نزد حقوقدانان نسخ عبارت است از اسقاط اعتبار یک قانون بوسیله قانون دیگر، آن هم توسط مرجعی که به لحاظ قانون حق این کار را دارد. در این حالت قانون اسقاط شده را «منسوخ»

<sup>۱</sup> لغت نامه دهخدا، ذیل واژه «نسخ»

<sup>۲</sup> میرزای قمی، قوانین الاصول، ج ۱، باب ۴، ص ۳۲۱

و قانون اخیر را «ناسخ» می گویند.<sup>۱</sup>

نسخ را به دو نوع صریح و ضمنی تقسیم کرده اند: نسخ صریح آنست که قانونگذار ضمن قانون تازه ای منسوخ بودن قانون قدیم را اعلام می نماید. نسخ ضمنی در صورتی است که نسبت به موضوع معینی قانونی حاکم باشد لیکن قانونگذار در خصوص همان موضوع در آینده مبادرت بوضع قانون جدیدی بنماید. بطوریکه از یک طرف صراحتاً قانون سابق را منسوخ اعلام نکند و از طرف دیگر اجرای این دو قانون حاکم بر یک موضوع واحد و جمع آنها امکان منطقی نداشته باشد. در چنین شرایطی تصور بر آن است که قانون مؤخر بطور ضمنی قانون مقدم را نسخ نموده است. فلذا اصل بر آن است که به قانون مؤخر عمل شود. از قاعده فقهی «الجمع مهما امکن اولی» در این خصوص می توان استفاده کرد.<sup>۲</sup>

نسخ قانون در ماده ۹۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد توجه قرار گرفته است. بر اساس این ماده: «نسخ قانون، تعقیب و اجرای مجازات را موقوف می کند. آثار نسخ قوانین کیفری به شرح مندرج در ماده (۱۰) این قانون است.»

اما ماده (۱۰) در این خصوص چه می گوید؟ بطور کلی ماده ۱۰ شامل دو بخش است. بخش اول که در مبحث پیشین بدان پرداخته شد به موضوع عطف بما سبق نشدن قوانین جزایی اختصاص داشته و بخش دوم که به موضوع نسخ مجازات سابق یا تخفیف در میزان مجازات است به بحث حاضر اختصاص دارد. مفاد بخش دوم چنین است:

«چنانچه پس از وقوع جرم، قانونی مبنی بر تخفیف یا عدم اجرای مجازات یا اقدام تأمینی و تربیتی یا از جهاتی مساعدتر به حال مرتکب وضع شود، نسبت به جرائم سابق بر وضع آن قانون تا صدور حکم قطعی، مؤثر است. هرگاه به موجب قانون سابق، حکم قطعی لازم الاجرا صادر شده باشد به ترتیب زیر عمل می شود:

الف- اگر رفتاری که در گذشته جرم بوده است به موجب قانون لاحق جرم شناخته نشود، حکم قطعی اجرا نمی شود و اگر در جریان اجراء باشد اجرای آن موقوف می شود. در این موارد و همچنین در موردی که حکم قبلاً اجراء شده است هیچ گونه اثر کیفری بر آن مترتب نیست.

ب- اگر مجازات جرمی به موجب قانون لاحق تخفیف یابد قاضی اجرای احکام موظف است قبل از شروع به اجراء یا در حین اجراء از دادگاه صادر کننده حکم قطعی، اصلاح آن را طبق قانون

<sup>۱</sup> جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، شماره ۵۳۵

<sup>۲</sup> موسوی، عباس، حقوق جزای عمومی، ص ۱۷۵

جدید تقاضا کند. محکوم نیز می تواند از دادگاه صادر کننده حکم، تخفیف مجازات را تقاضا نماید. دادگاه صادر کننده حکم با لحاظ قانون لاحق، مجازات قبلی را تخفیف می دهد. مقررات این بند در مورد اقدام تأمینی و تربیتی که در مورد اطفال بزهکار اجرا می شود نیز جاری است...»

نخستین نکته ای که در خصوص این ماده می بایست متذکر شد، تبعیت بخش دوم این ماده از بخش اول آن در خصوص قلمروی موضوعی است. بدین معنا که بخش دوم یعنی حوزه نسخ قانون نیز به تبعیت از بخش اول تنها ناظر بر موارد «تخلف از مقررات و نظامات دولتی» است. این دیدگاه با حدیث زراره از امام صادق نیز همخوانی دارد. مرحوم کلینی با ذکر سند از زراره نقل می کند که گفت: «از امام صادق علیه السلام از حلال و حرام سؤال کردم، آن حضرت فرمودند:

«حَلَالٌ مُحَمَّدٌ حَلَالٌ اَبْدًا اِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَ حَرَامٌ حَرَامٌ اَبْدًا اِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ، لَا يَكُونُ غَيْرَهُ وَ لَا يَجِيءُ»

حلال محمد همیشه تا روز قیامت حلال است و حرام او همیشه تا قیامت حرام است، غیر آن نخواهد بود و غیر او نخواهد آمد.»<sup>۱</sup>

بدین معنا که چنانچه قرار باشد قانون مجازات بر مبنای اصول و قواعد اسلامی نگاشته شود می بایست مقدمات و لوازم این اصول و مقررات نیز مورد پذیرش قرار گیرد. مقررات جزایی اسلامی بر مبنای دو تکلیف عام حرمت و وجوب نگاشته و استخراج شده اند. دامنه این محرمات جز در موارد استثنایی قابل تغییر و تحول نیست. تعالیم و قوانین اسلام، ثابت و جاودانه است. از این رو یکی از مباحث قابل تأمل برای دین شناسان در مبحث خاتمیت، مشکل هماهنگ سازی میان دین ثابت و احوال متغیر انسان است:<sup>۲</sup>

«اشکال در مسأله «اسلام و مقتضیات زمان» اشکال همزیستی و هماهنگی دو سنتی است که در طبیعت خودشان بر ضد یکدیگرند. یکی از این دو در طبیعت خودش ثابت و لایتغیر است و دیگری در طبیعت خودش متغیر و سیال و ناثابت است.»<sup>۳</sup>

مرحوم علامه طباطبایی در پیوند فطرت بشر با دین الهی می فرماید:

«اسلام که نظر خود را معطوف انسان فطری داشته و با دعوت خود، اجتماع بشر را به اجتماع پاک فطری که دارای اعتقاد عمل و مقصد پاک فطری است، رهبری می نماید. همان افکار بی

<sup>۱</sup> شیخ کلینی، الاصول الکافی، ج ۱، ص ۵۸، ح ۱۹

<sup>۲</sup> حق پناه، رضا، خاتمیت ثابت و متغیر و راه حل های آن (۲)، علوم و معارف قرآن، بهار و تابستان ۱۳۷۷، ش ۶ و ۷

<sup>۳</sup> همان به نقل از: شهید مرتضی مطهری، اسلام و مقتضیات زمان، ج ۲، ص ۱۱

شائبه انسان فطری را در اعتقاد و عمل برنامه لازم الاجرای خود قرار داده است و در نتیجه مقررات خود را به دو بخش ثابت و متغیر تقسیم نموده و بخش اول را که روی اساس آفرینش انسان و مشخصات ویژه او استوار است، به نام دین و شریعت اسلامی نامیده و در پرتو آن به سوی سعادت انسانی رهبری می کند.<sup>۱</sup>

بر این اساس موضوعات احکام را به دو بخش ثابت و متغیر تقسیم کرده اند:

«۱. موضوعات شرعیّه: که عبارتند از موضوعاتی که شارع آنها را اختراع و تأسیس نموده است. بسیاری از عناوین شرعی در لغت معنای خاص داشته اند، اما شارع مقدس با تصرف در آنها، همان موضوعات را در مفهومی جدید به کار برده است؛ مانند: لفظ صلاه، صوم، حج و سایر عناوین و موضوعات عبادی.

زمان و مکان در این گونه موضوعات تأثیر ندارد... زیرا حکم و موضوع هر دو از طرف شارع تبیین شده است.

۲. موضوعات عرفی: و از آن به معاملات تعبیر می شود. اینها عناوینی هستند که شارع آنها را تأسیس و اختراع ننموده، معیار دریافت و تعیین آن به عرف واگذار شده است.<sup>۲</sup>

این تقسیم بندی را می توان با تقسیم بندی اعمال قبیح به جرائم شرعی که از سوی شارع جرم انگاری شده اند و جرائم حکومتی که از سوی حکومت جرم انگاری می شوند و واجد قبح عرضی هستند مقایسه کرد. قانونگذار سال ۱۳۹۲ نیز بر مبنای همین دیدگاه مواد ۱۰ و ۹۹ را به موارد تخلف از مقررات و نظامات دولتی منحصر نموده است. بنابراین چاره ای نیست جز اینکه بپذیریم مفاد ماده ۹۹ و ۱۰ قانون جدید صرفاً اختصاص به مواردی دارد که در آن ها نه اعمال مستوجب تعزیر شرعی بلکه تخلف از «مقررات و نظامات دولتی» با مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی مواجه می شود و نسخ چنین مجازات هایی یا تخفیف در نوع و میزان آن هاست که می بایست مورد تعیین تکلیف قرار گیرد.

#### ۴-۱-۴- عدم نسخ ماده ۶۳۸ کتاب پنجم

«اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۲۱۴ قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸ به قاضی کیفری اجازه داده است که در موارد سکوت، نقض، اجمال، تعارض یا ابهام قانون با مراجعه به منابع فقهی مبادرت به صدور رأی کند. قانونگذار عادی با تمسک به اطلاق عبارت

<sup>۱</sup> طباطبایی، آیا اسلام به احتیاجات واقعی هر عصری پاسخ می دهد؟، مکتب اسلام، سال دوم، ش ۷

<sup>۲</sup> حق پناه، منبع پیشین

مزبور و برداشت نادرست از آن و بدون توجه به سایر اصول قانون اساسی و نیز اصول مسلم حقوقی، مراجعه قاضی به منابع فقهی در دعاوی کیفری را جایز دانسته است. این برداشت موجب گردیده است که مقنن در ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی با ایجاد عنوان جزایی کلی و مبهم «تظاهر به عمل حرام» و اطلاق شبهه آور متن ماده مزبور در بیان کیفر نفس عمل حرام به منظور رفع ابهام از این ماده، به طور ضمنی مراجعه به منابع فقهی برای تشخیص مصداق و کیفر عمل حرام را تجویز کند. اما از آنجا که این امر به خلق جرم و جعل کیفر می انجامد، با اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اصل تفکیک قوا و اصل صلاحیت انحصاری قوه مقننه در وضع قانون منافات دارد.<sup>۱</sup> این بخشی از نگاه جامعه حقوقی کشور در برخورد با ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ بود. ماده ۶۳۸ در دو دهه اخیر یکی از چالش برانگیزترین مواد این قانون محسوب می شد. دامنه اختلافات در خصوص این ماده بسیار زیاد بود. طبق این ماده:

«هرکس علناً در انظار 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 می گردد و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی باشد ولی عفت عمومی را جریحه دار نماید فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد.»

دیدگاه غالب حقوقدانان بر لزوم نسخ یا دست کم تحدید قلمروی این ماده بود:

«مصلحت اقتضا دارد مقنن نسبت به اصلاح یا لغو ماده مزبور اقدام کند و در اصلاح آن به قانون اساسی عنایت بیشتری داشته باشد.»<sup>۲</sup>

این نقدها بر دو محور به عمل می آمد: یکی، مغایرت جرم انگاری دوگانه با اصل قانونی بودن جرم و مجازات؛ دیگری، مشکلات و موانع اجرایی مراجعه به منابع و فتاوی فقهی در قلمرو جزایات.<sup>۳</sup>

به زعم مخالفین، ماده ۶۳۸ با اصول قانون اساسی نیز در تعارض بود. به موجب اصل ۳۶ قانون اساسی:

«حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد.»  
با تکیه بر این اصل می بایست صلاحیت قضات در صدور احکام جزایی و اجرای آن را در

<sup>۱</sup> حبیب زاده، محمدجعفر، مجازات عمل حرام و تعارض آن با قانون مداری در قانون اساسی ایران، حقوق اساسی، زمستان ۱۳۸۳، ش ۳

<sup>۲</sup> همان

<sup>۳</sup> حسینی، سیدمحمد، سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۲۵

محدوده قوانین مصوب تلقی نمود. برخی با تمسک بر همین اصل به نقد ماده ۶۳۸ پرداخته بودند: «بهانه حفظ نظم جامعه و حمایت از عفت عمومی و اخلاق حسنه، نمی تواند مجوز مداخله قضات در امر قانونگذاری باشد.»<sup>۱</sup>

اگر بنا بر مقایسه اصلی از اصول قانون اساسی و یکی از مواد قانون مجازات اسلامی بود، تکلیف ماجرا به راحتی مشخص می شد. در مقام تعارض یک قانون عادی و قانون اساسی اصل بر این است که قانون عادی نمی تواند ناسخ قانون اساسی تلقی شود. بنابراین ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی خلاف قانون اساسی تشخیص داده شده و غیر قانونی اعلام می شد. اما آنجا که تعارض میان دو اصل از اصول قانون اساسی پدید می آید چنین پاسخی بی شک راه گشا نخواهد بود. توضیح اینکه اصل ۱۶۷ قانون اساسی دست کم از بعد ظاهری تعارضی را با اصل ۳۶ آشکار می سازد:

«قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوی را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوی و صدور حکم امتناع ورزد.»

در توجیه تعارض این دو اصل و همچنین تعارض اصل ۱۶۷ با اصل تفکیک قوا گفته می شد مفاد اصل ۱۶۷ قانون اساسی اختیار وضع و ایجاد قانون را به قاضی نداده، بلکه از این اصل برای تفسیر و اجرای قانون استفاده می شود.<sup>۲</sup> برخی دیگر نیز این اصل را با اصل ۳۶ تخصیص زده و معتقد بودند «از جمع این دو اصل می توان نتیجه گرفت که اصل ۱۶۷ در خصوص موارد جزایی اعمال نمی شود و قاضی حق ندارد با استناد به فتاوی و منابع معتبر فقهی، عملی را که در قانون جرم شناخته نشده و قانوناً قابل مجازات نیست، جرم شناخته و مجازات کند.»<sup>۳</sup>

برخی نیز اینگونه استدلال می کردند که: «با توجه به قسمت اخیر ماده که قید حرام ندارد منظور از عمل حرام عملی است که در قانون برای آن کیفر تعیین شده باشد و در قسمت دوم نیز صرف جریحه دار نمودن عفت عمومی کافی است گرچه عمل ارتكابی قانوناً جرم نبوده و یا حرام نباشد.»<sup>۴</sup>

این در حالی بود که به زعم برخی دیگر «عمل حرام نباید عنوان مستقل مجرمانه داشته باشد

<sup>۱</sup> همان

<sup>۲</sup> کاتوزیان، ناصر، جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی، مجله کانون وکلا، ۱۳۷۵، ش ۱۰

<sup>۳</sup> حبیب زاده، منبع پیشین

<sup>۴</sup> زراعت، عباس، شرح قانون مجازات اسلامی، تعزیرات، ج ۲، ذیل ماده ۶۳۸



که در این صورت بر اساس همان مقررات تحت پیگرد قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup> بر این اساس، برخی ارتکاب اعمال حرام فاقد وصف مجرمانه نظیر خوردن گوشت خوک در علن را مصداق قسمت اول این ماده می‌دانستند.<sup>۲</sup> با گسترش دامنه اختلاف نظرها در خصوص این ماده رسیدن به یک وفاق جمعی در خصوص قلمروی و مبنای ماده مزبور عملاً غیر ممکن می‌نمود.

واقعیت امر این بود که محتوای کلی ماده ۶۳۸ و اصل ۱۶۷ قانون اساسی را نمی‌شد با تفسیرهای حقوقی تا حدی که مقبول طبع حقوقدانان بود محدود و مضیق نمود. دیدگاه اخیر خصوصاً با تصویب ماده ۲۱۴ قانون آئین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در سال ۱۳۷۸ تقویت گردید. ماده ای که به زعم برخی «به این مباحث تئوری پایان داد و به این ترتیب جانب گروه دوم از حقوقدان‌ها (معتقدین به عدم تخصیص اصل ۱۶۷ و ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی) را گرفت.»<sup>۳</sup> به موجب این ماده: «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 مدون بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد، با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض یا ابهام قوانین مدون از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند.»

نگاهی به مذاکرات مجلس خبرگان در زمان تصویب اصل ۱۶۷ مؤید اطلاق ظاهر و شمول آن بر کلیه دعاوی، اعم از مدنی و کیفری است.<sup>۴</sup> اصل مذکور به انضمام مواد ۲۱۴ و ۶۳۸ «به وضوح دلالت دارند که در نظام کیفری مفهوم گناه و جرم یکی است و علاوه بر جرم انگاری توسط قوانین مدون، تحریمات شرعی نیز معادل جرم انگاری تقنینی تلقی می‌شوند و در نتیجه جرم انگاری دوگانه (توسط قانون مدون عرفی و متون شرعی) حاکم می‌باشد.»<sup>۵</sup>

حقیقت این است که اگرچه قاضی با استفاده از اصل ۱۶۷ قانون اساسی قانون وضع نمی‌کند، ولی از طریق تفسیر، قانون شرع را «کشف» می‌نماید. شماری از حقوقدانان بر این عقیده اند که «هدف قانونگذار از اصل ۱۶۷ همبستگی میان «حقوق اسلامی» و «حقوق دولتی» است؛ یعنی

<sup>۱</sup> هنرمند، عباس، قلمروی اجرای مقررات جزایی و ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی: آیا بی‌حجابی در خارج جرم است؟، وکالت، بهمن ۱۳۸۳، ش ۲۳ و ۲۴

<sup>۲</sup> کشاورز، بهمن، مجموعه محشای قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵، ذیل ماده ۶۳۸

<sup>۳</sup> هنرمند، عباس، همان

<sup>۴</sup> حسینی، پیشین، ص ۱۲۴

<sup>۵</sup> همان

همزیستی میان قدرت و مذهب، نه اتحاد آنها که قانونگذار این هدف را با وضع اصولی همچون اصل ۱۶۷، ۷۲، ۹۱ و ۴ قانون اساسی دنبال نموده است.<sup>۱</sup> همبستگی میان حقوق اسلامی و حقوق دینی، یا به تعبیر دکتر کاتوزیان همزیستی این دو دسته از قواعد تنها در صورتی قابل فرض است که صرفنظر کردن از وجوه تمایز آن‌ها به شکل آشکاری غیرممکن باشد. در غیر اینصورت و در فرض قابلیت گنجاندن همه اقسام تعزیرات شرعی و مجازات‌های بازدارنده ذیل یک عنوان واحد و چشم‌پوشی از تمایزات میان این دو، دیگر نیازی به وجود چنین اصول و موادی در بطن مهمترین قوانین عمومی کشور احساس نمی‌شد. طبق ماده ۲ قانون مجازات اسلامی سابق تنها اعمالی جرم تلقی می‌شدند که «در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد». این ماده در قانون جدید نیز کم و بیش به همان شکل تکرار شده است. اگر قرار بر عدم تمایز میان تعزیرات شرعی و مجازات‌های بازدارنده بود، می‌بایست بعد از هجمه انتقادات و اشکالاتی که بر ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی وارد شد، قانونگذار سال ۱۳۹۲ دست کم برای ایجاد اتحاد میان تعزیرات شرعی و حکومتی مبادرت به حذف این ماده می‌نمود. امکان این تغییر خصوصاً با دستکاری‌هایی که قانونگذار سال ۱۳۹۲ در قانون سابق اعمال نموده (مواردی نظیر نسخ صریح مواد ۶۲۵ تا ۶۲۹ و همچنین نسخ مواد ۷۲۶ تا ۷۲۸ کتاب پنجم) وجود داشت. تنها علتی که می‌توانسته قانونگذار را از ورود به این وادی و نسخ این ماده منع کند، وقوف خود قانونگذار بر لزوم تمایز و تفکیک میان مجازات‌های بازدارنده و تعزیرات شرعی بوده است. این دیدگاه خصوصاً با توجه به نص ماده و عبارت «علاوه بر کیفر عمل»، تقویت می‌شود. بدین معنی که قانونگذار با تأکید بر لزوم اجرای کیفر حکومتی و قانونی، کیفری جداگانه را برای نفس «تظاهر به عمل حرام» معین نموده است. کیفری که برخاسته از شریعت و مصداق عینی «تعزیر شرعی» است. زیرا چنانکه در فصل پیشین گفته شد، میان مجازات‌های بازدارنده و تعزیرات شرعی چه به لحاظ مبنایی، چه به لحاظ مفهومی و چه به لحاظ تاریخی تمایزاتی انکارناپذیر وجود دارد.

بنابراین و با توجه به اینکه قانونگذار طبعاً عملی را لغو و بیهوده انجام نمی‌دهد، می‌بایست برای فلسفه وجودی ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی به دنبال مبنا و دلیل قانع‌کننده‌ای بود. دلیل موردنظر را نیز می‌بایست در پرتوی منابع و فتاوای معتبر فقهی جستجو کرد.

در زبان قرآن کریم جرم به معنای انجام دادن فعل یا گفتن قولی آمده است که شارع آن را

<sup>۱</sup> کاتوزیان، پیشین

منع کرده و برای آن کیفر قرار داده است. به عبارت دیگر، جرم یا گناه عبارت است از مخالفت با اوامر و نواهی شارع مقدس.<sup>۱</sup> برخی فقها جرم را فقط در ممنوعات شرعی که کیفر دنیوی دارند، بکار برده و بقیه کارهای ممنوع را مصداق معصیت، خطیئه یا اثم دانسته اند.<sup>۲</sup> در مبانی فقه شیعه هر معصیتی، اعم از فعل حرام و ترک فعل واجب، چنانچه فاقد مجازات مصرح و معین در شرع باشد، مستوجب تعزیر کیفری است.<sup>۳</sup> بنابراین دیدگاه، همه محرمات شرعی بدون کیفر و مجازات معین «قابل تعزیر» است، و گستره مجازات همه محرمات و معاصی شرعی، اعم از انجام عمل حرام یا ترک واجب را فرا می گیرد.<sup>۴</sup> ظاهراً ماده ۶۳۸ قانون مجازات بر اساس همین دیدگاه فقهی طراحی و ابقاء شده است.

اما مسئله در خصوص این ماده نه فقط عمل حرام که «تظاهر به عمل حرام» است. یعنی آنچه در فقه «تجاهر» عینی یک عمل حرام تلقی می شود. پرسشی که ممکن است برخی در رد این ماده طرح کنند این است که اگر قرار بر اعمال تعزیر شرعی در موارد ارتکاب عمل حرام باشد چرا قانونگذار آن را به مواردی که این ارتکاب، جنبه علنی پیدا می کند محدود کرده است؟

در پاسخ باید گفت «بزه پوشی» یکی از وجوه متمایز سیاست جنایی اسلام است. در فقه اسلامی علی الاصول تجسس حرام است. پی گیری و تجسس از منکرات از قبیل فحص در شبهات موضوعیه است که برخی از اصولیان آن را لازم ندانسته اند.<sup>۵</sup> همچنین بنا به قاعده درأ در مواردی که شک و ظنی مبنی بر ارتکاب جرم توسط کسی وجود دارد شبهه قابل پی گیری نبوده و اصل بر براءت است. آیات و روایات زیادی نیز در این زمینه وجود دارد که بر این مدعا دلالت دارند. از جمله آیه ۱۲ سوره حجرات: «ای کسانی که ایمان آورده اید از بسیاری از گمان ها دوری کنید، برخی از گمان ها گناه است. از یکدیگر تجسس و غیبت نکنید. آیا هیچ یک از شما دوست دارد گوشت برادر مرده خود را بخورد؟ پس آن را ناخوش می دارید.»

بنابراین نفس «تظاهر به عمل حرام» صرفنظر از عنوان مجرمانه این عمل مستوجب تعزیر است و بدیهی است منظور از تعزیر در این ماده تعزیر شرعی است نه تعزیر قانونی و حکومتی. عدم نسخ

<sup>۱</sup> همان

<sup>۲</sup> فیض، منبع پیشین، ص ۷۱

<sup>۳</sup> آیتی، سید محمد رضا و اسفندیاری بیات، حمزه، نسبت گناه و جرم در حقوق ایران، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، سال اول، تابستان ۸۷، ش ۱

<sup>۴</sup> همان

<sup>۵</sup> صرامی، سیف الله، حسبیه یک نهاد حکومتی، ص ۱۳۳، به نقل از: شیخ مرتضی انصاری، فرائد الأصول؛ سید محمد باقر صدر، بحوث فی الأصول، به کوشش سید محمود الهاشمی، ج ۵، ص ۴۰۹

این ماده با توجه به ابقای عنوان تعزیرات و مجازات های بازدارنده بر کتاب پنجم توسط قانونگذار سال ۱۳۹۲ با وجود تمامی اختلاف نظرها و کشمکش هایی که حول این ماده جاری بود مبین تمایل قانونگذار بر حفظ دیدگاه سنتی در خصوص تمایز میان تخلف از مقررات حکومتی و ارتکاب محرمات شرعی است.

#### ۴-۲- وجوه غفلت از تمایز

علاوه بر مواردی که قانونگذار سال ۱۳۹۲ آگاهانه و عمدتاً به تمایز میان مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی اشاره داشته، گاه در برخی مواد و تأسیسات مندرج در این قانون به مواردی برخورد می کنیم که از این تمایزات غفلت شده است و این غفلت تا حدود زیادی قابل انتقاد به نظر می رسد. در توجیه این موارد شاید گفته شود نظام تعزیرات اسلامی آنچنان انعطاف پذیری و گستره ای دارد که بتواند تاب تحمل چنین تغییراتی را نیز داشته باشد. اما پاسخ بدون شک این خواهد بود که صرفنظر از انعطاف پذیری نظام تعزیرات، دین اسلام به عنوان خاتمه رسالت پیامبران در هدایت و ارشاد انسان ها، پیش از هر چیز می بایست واجد یک ساختار کلی ثابت نیز باشد که با تغییر شرایط زمانی و مکانی دچار تغییر و تحول نشود. بدین معنا که اگر بخواهیم احکام حکومتی جزایی را بدون هیچگونه تمایز و تفاوتی مترادف با تعزیرات شرعی قلمداد کنیم، می بایست عکس این قضیه نیز صادق باشد. یعنی تعزیرات شرعی نیز مترادف و همسان با تعزیرات حکومتی و دارای همان ویژگی ها و مقتضیات احکام حکومتی نظیر موقتی و متغیر بودن قلمداد شوند. اما چنین نتیجه ای با واقعیت های دین اسلام به عنوان یک دین الهی همخوانی چندانی ندارد. اگر تعزیرات شرعی را بخواهیم مترادف با تعزیرات حکومتی قلمداد کنیم به یک معنا در اصول اخلاقی صادره از سوی شارع تردید کرده ایم. آیا ممکن است تصور نمود روزی اعمالی نظیر وطی با میت یا تقبیل و مضاجعه با نامحرم از دیدگاه شرع اسلام حلال تلقی شده و قابل کیفر نباشند؟ حتی اگر مصلحت مجازات چنین اعمالی به اقتضای شرایط زمانی و مکانی از میان برود، نفس جرم بودن این اعمال قابل تردید نخواهد بود. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در مواردی چند بدون توجه به تمایز میان تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده هر دوی این عناوین را ذیل احکام مشترکی قرار داده که بی شک مشکلاتی را در عرصه اجرا نیز فراروی دستگاه قضایی قرار خواهد داد. این موارد که موضوع بخش های این مبحث را به خود اختصاص داده است از این قرارند:

۱. توبه

۲. مرور زمان

۳. شهادت بر شهادت

۴-۲-۱-توبه

ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۰ توبه مجرم را در جرائم تعزیری (بدون تفکیک تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده) چنین تعریف کرده است:

«در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می شود. در سایر جرایم مستوجب تعزیر دادگاه می تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید.

تبصره ۱- مقررات راجع به توبه درباره کسانی که مقررات تکرار جرایم تعزیری در مورد آن ها اعمال می شود، جاری نمی گردد.

تبصره ۲- اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند (ب) ماده (۷) و بندهای (الف) و (ب) ماده (۸) و مواد (۲۷)، (۳۹)، (۴۰)، (۴۵)، (۴۶)، (۹۳)، (۹۴) و (۱۰۵) این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی شود.»

از نظر دینی توبه یک قرارداد میان بنده و خالق و بیانگر میزان ندامت و علاقه بنده برای نزدیک شدن به خداوند و دوری جستن از گناهان است. توبه در قرآن کریم نیز از جایگاه ویژه ای برخوردار است و در آیات متعددی به آن اشاره شده است، به گونه ای که واژه توبه و مشتقات آن، نود و دو بار و کلمه «استغفار» و مشتقات آن، چهل و پنج مرتبه ذکر شده است و در آیات متعدد دیگری نیز بدون ذکر این واژه ها به این مسئله اشاره شده است.<sup>۱</sup>

توبه در لغت به معنی بازگشت یا رجوع است. در اصطلاح فقه اسلامی توبه به معنای ندامت یا پشیمانی و بازگشت از ارتکاب گناه است.<sup>۲</sup> مرحوم شیخ بهایی، توبه را به معنی بازگشت انسان از گناه به سوی حضرت باری تعالی برای اطاعت از فرمان او و نیز بازگشت خداوند به سوی انسان از روی لطف و محبت برای عفو یا گذشت از اعمال مجازات می داند.<sup>۳</sup> شهید ثانی در باب کفاره می گوید: «(کفاره) در معنی توبه است از این جهت که مسقط گناه یا تخفیف دهنده آن است...»<sup>۴</sup> عین

<sup>۱</sup> اسلامپور، هادی، جایگاه توبه و نقش آن در امور کیفری اسلام، معرفت، ش ۹۳

<sup>۲</sup> (التوبه الرجوع من الذنب و فی الحدیث "الندم التوبه") رک به: جوهری، الصحاح، ج ۱، ص ۹۱

<sup>۳</sup> اسلامپور، همان

<sup>۴</sup> شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۱۰، شرح ص ۷

همین عبارت را در جواهر الکلام<sup>۱</sup> و بسیاری آثار دیگر نظیر جامع المدارک سید خوانساری<sup>۲</sup> نیز می بینیم. شیخ انصاری در تبیین معنای واقعی توبه می فرماید: «حالت پشیمانی (ندامت) حالتی است که از نظر فعلی مانع است، چرا که شخص هنگامی که از معصیت، از این جهت که معصیت است نادم می شود - کما اینکه معنی توبه نیز همین است - (این امر) مانع از صدور معصیت از ناحیه او می شود.»

بر این اساس توبه یک مفهوم دینی است و از این جهت پیوند بسیار زیادی با مفهوم دینی جرم دارد. از آنجا که جرائم در اسلام واجد نوعی خصیصه اخروی هستند توبه نیز به عنوان یکی از معاذیر شرعی معافیت از مجازات الهی، جنبه دینی و اخروی دارد. کما اینکه در بسیاری روایات مشاهده می کنیم که توبه حتی پس از اجرای مجازات دنیوی جرمی مد نظر قرار گرفته شده است. به عنوان مثال محقق اردبیلی روایتی را ذکر می کند که در آن از امام (ع) در خصوص امکان یا عدم امکان پذیرش شهادت مردی که پس از قذف چند زن محصنه و اعمال حد بر وی توبه کرده سوال می پرسد. امام به این پرسش پاسخ مثبت می دهد. و در خصوص چگونگی توبه چنین شخصی می فرماید: "بایستی خودش را در برابر امام تکذیب کند و بگوید من بر فلانی افترا زدم و از آنچه گفته است توبه کند."<sup>۳</sup> این روایت نشان می دهد که در توبه جنبه اخروی و دینی بر جنبه قانونی و دنیوی آن رجحان دارد. اصل و مبنا در توبه بازگشت بسوی خداوند تبارک و تعالی است نه صرفاً عدم ارتکاب مجدد جرم. بر همین اساس است که توبه شخصی را که صرفاً بخاطر عدم امکان ارتکاب جرم، توبه می کند یا هدفش رفتن به بهشت است نه پشیمانی از گناه، توبه واقعی نمی دانند.

از سوی دیگر احراز توبه و درک درجه خلوص مجرم در ندامت از جرم و اراده بر عدم تکرار آن برای قاضی رسیدگی کننده به پرونده اگر نگوئیم محال، بسیار سخت است. معهدنا قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ عزم خود را بر پذیرش نهاد توبه قرار داده است.<sup>۴</sup> اما آیا توبه در جرائمی که صرفاً واجد جنبه حکومتی هستند و به تعبیر شرعی «معصیت» تلقی نمی شوند نیز قابل اعمال است؟

به اعتقاد برخی توبه در جرائمی که واجد مجازات اخروی نیستند قابل اعمال نیست. معهدنا

<sup>۱</sup> صاحب جواهر، جواهر الکلام، ج ۳۳، ص ۱۶۸

<sup>۲</sup> سید خوانساری، جامع المدارک، ج ۵، ص ۳

<sup>۳</sup> محقق اردبیلی، مجمع الفائده، ج ۱۲، شرح ص ۳۷۷

<sup>۴</sup> این تغییر رویه قانونگذار سال ۱۳۹۲ مورد استقبال گروهی از حقوقدانان قرار گرفته است. به عنوان مثال رک به: الهام، غلامحسین، درآمدی به حقوق جزای عمومی

تعریفی که برخی فقها از توبه دارند با این دیدگاه در تعارض است. به گفته بحرانی توبه عبارت است از: «ندامت واندوه بر عمل قبیحی که در گذشته انجام شده همراه ترک آن عمل در حال و عزم بر ترک آن در آینده. در صورت قدرت بر انجامش، به شرط آن که ندامت بر آن به جهت قبیح بودن آن عمل باشد.»<sup>۱</sup> اگر قبیح مذکور در تعاریف اینچنینی را اعم از قبح ذاتی و قبح عرضی قلمداد کنیم در این صورت توبه می تواند در موارد ارتکاب مجازات های بازدارنده نیز قابل تصور باشد. همچنین اگر بپذیریم که فلسفه جرم انگاری تخلف از مقررات حکومتی، مغایرت آن ها با مصالح کلی شریعت اعم از حفظ نسل و نفس و مال و دین و عقل باشد، در اینصورت متخلف از این مقررات را نیز می توان در تمسک به توبه و پشیمانی از جرم ارتكابی مجاز تلقی نمود.

صرفنظر از پذیرش یا عدم پذیرش توبه در موارد مستوجب مجازات های بازدارنده، پرسش دیگری که در خصوص این ماده وجود دارد این است که چرا در این ماده در خصوص جرائم تعزیری، توبه منوط به شرایطی شده و از سوی دیگر در تعزیرات منصوص شرعی بکلی پذیرفته نشده است؟ در منابع اسلامی توبه مطلق گناهان و معاصی را در بر می گیرد و در این خصوص فرقی میان تعزیرات منصوص و غیرمنصوص وجود ندارد. همه معاصی حتی معصیت های مستوجب حد نیز می توانند تحت شمول ادله توبه قرار گرفته و مرتکب را از اعمال مجازات اخروی معاف نمایند. تنها خصوصیت و استثنائی که در ادله مذکور مطرح شده، به تفکیک میان جرائم حق الناسی و حق الهی بازمی گردد. توضیح اینکه توبه به لحاظ های گوناگون اقسامی دارد. توبه گاهی از گناهانی است که جنبه حق الهی دارند و گاهی از گناهانی است که جنبه حق الناسی دارند. اما قسم اول نیز گاهی انجام قبیح است، مثل سرقت و گاهی اخلاص به واجب می باشد، مثل ترک نماز. در جایی که گناه جنبه حق الهی دارد و از نوع انجام فعل قبیح است، صحت توبه تنها منوط به ندامت از فعل قبیح و عزم بر ترک آن در آینده به جهت قبحش می باشد... توبه از حقوق الناس نیز صوری دارد. اگر حق مالی است علاوه بر توبه باید مال را به آن ها یا ورثه آن ها برساند و اگر متمکن از رد نیست باید عزم بر رد مال به صاحبش در صورت تمکن بنماید. اگر حق عرضی و آبرویی است مثل نسبت ناروا بستن به دیگری توبه اش به حلالیت طلبیدن از صاحب حق و آماده ساختن خود برای اجرای حد قذف و یا تعزیر بر خود است. و اگر حق جانی است مثل این که کسی را به قتل رسانده یا جراحتی بر اعضای وی مرتکب شده باید خود را آماده اجرای قصاص یا پرداخت دیه به

<sup>۱</sup> نجیبی، مهدی، توبه از منظر متکلمان مسلمان، کلام اسلامی، سال بیستم

مجنی علیه یا ورثه وی بنماید. اما در صورتی که باعث انحراف اعتقادی کسی شده باشد علاوه بر ندامت و عزم بر ترک در آینده، لازم است در صورت امکان آنها را ارشاد نماید.<sup>۱</sup> اگر غیبت کسی را کرده و غیبت او به غیبت شونده رسیده باید از وی عذرخواهی کند و حلالیت طلبد اما اگر نرسیده لازم نیست و تنها ندامت و عزم بر ترک کافی است.<sup>۲</sup>

مسئله در اینجا است که توبه از حقوق الناس ممکن است بر اساس خواست صاحب حق به عنوان پیش شرط گذشت و حلال کردن مجرم، منوط به انجام عمل یا تحقق شرایطی بشود، اما در حقوق الله چنین پیش شرطی وجود ندارد. در جرائم حق الهی توبه به صرف ندامت از ارتکاب عمل قبیح و عزم واقعی بر ترک آن در آینده محقق می شود. بنابراین نمی توان در جرائم حق الهی از شرایط توبه سخن گفت. حال با توجه به اینکه در شرع برخی تعزیرات واجد جنبه حق الهی هستند (نظیر ربا، ارتشا و ارتکاب زنا) و از سوی دیگر حق الناسی بودن کلیه جرائم مستوجب تعزیرات حکومتی یا همان مجازات های بازدارنده امری بدیهی است مسئله ای که در این میان مطرح می شود این است که شرایط مندرج در ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ قاعداً می بایست تنها در خصوص جرائمی قابلیت اعمال داشته باشد که جنبه حق الناسی دارند. و بدین لحاظ با توجه به اینکه تفکیک جرائم به حق الله و حق الناس تنها در تعزیرات شرعی موضوعیت دارد توجه قانونگذار به تمایز میان تعزیرات شرعی و حکومتی در خصوص توبه ضروری به نظر می رسد.

#### ۴-۲-۲- مرور زمان

گرچه از نظر تاریخی زمان دقیق تأسیس قاعده مرور زمان، در علم حقوق معلوم نیست؛ ولی عده ای زمان تحقق آن را قبل از به وجود آمدن حقوق رومی می دانند. مرور زمان از حقوق رومی وارد حقوق فرانسه شد و از حقوق آن کشور وارد حقوق اکثر کشورهای جهان (از جمله ایران) گردید. در حقوق اسلامی درباره وجود قاعده ای با عنوان مرور زمان، دو نظریه کاملاً متفاوت وجود دارد. عده ای بر این باورند که مرور زمان در حقوق اسلامی نفیاً و اثباتاً سابقه ای ندارد و اثری از این قاعده در متون اصیل اسلامی یافت نمی شود.<sup>۳</sup> اما عده ای دیگر معتقد به وجود این قاعده در حقوق اسلام هستند.<sup>۴</sup>

<sup>۱</sup> علامه حلی، الباب الحادی عشر مع شرحیه، مقدمه و تحقیق از دکتر مهدی محقق و...، ص ۴۲۰ و ۴۲۲

<sup>۲</sup> ساریخانی، عادل، و کوشا، جعفر، مرور زمان در جرایم مستوجب حد و تعزیر، نامه مفید، ش ۲۶

<sup>۴</sup> در این خصوص رک به: جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام، ذیل عنوان مرور زمان؛ همچنین دیلمی،



در تعریف مرور زمان گفته اند: «مرور زمان کیفری عبارت است از گذشتن مدتی که به موجب قانون پس از انقضای آن مدت تعقیب جرم یا اجرای احکام قطعی کیفری موقوف می شود. به بیان دیگر هرگاه رسیدگی به جرم یا اجرای حکم قطعی کیفری مدت معینی به تعویق افتد، دیگر به آن جرم رسیدگی نشده و حکم قطعی به اجرا گذاشته نمی شود. در این صورت می گویند جرم مشمول مرور زمان شده است.»<sup>۱</sup>

مرور زمان را به طور کلی به سه نوع مرور زمان تعقیب، مرور زمان دادرسی و مرور زمان مجازات تقسیم کرده اند.

در ایران قبل از انقلاب اسلامی نیز این قاعده حقوقی در قوانین کیفری و مدنی مورد توجه قرار گرفته و در مواد ۵۱ و ۵۲ قانون مجازات عمومی، سال ۱۳۰۴ و مواد ۴۹ تا ۵۳ قانون مجازات عمومی اصلاحی، سال ۵۲ و در شق چهارم، ماده ۸ اصول محاکمات جزایی، سال ۱۳۱۸، مرور زمان در جرائم شناخته شده بود. در این قوانین مرور زمان بر اساس درجه جرم ارتكابی تعیین شده و تفکیکی میان جرائم شرعی و حکومتی وجود نداشت.

اما با پیروزی انقلاب اسلامی ایران و لزوم تبعیت کلیه قوانین از شرعیت اسلامی، فقهای شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۱/۶/۱ در مورد مواد قانونی مربوط به مرور زمان کیفری در قانون مجازات عمومی و ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی چنین اظهار عقیده نمودند:

«عطف به نامه شماره ۱/۲۶۵۳۳ مورخ ۱۳۶۰/۹/۱۸ پیرو نامه شماره ۴۰۵۹ مورخ ۱۳۶۰/۱۱/۱۵  
دائر بر ابطال مواد متعددی از قانون مجازات، اینک مواد دیگری از قانون مجازات عممی و قانون مدنی را که در جلسه فقهای شورای نگهبان مورخ ۱۳۶۱/۶/۱ مطرح و مورد بحث قرار گرفته و با اکثریت آراء فقها و شورا طبق اصل چهارم قانون اساسی مخالف موازین شرع شناخته و ذیلاً به اطلاع می رساند:

مواد ۴۹-۵۰-۵۱-۵۲-۵۳ قانون مجازات عمومی و ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی بدیهی است با توجه به اوامر موکد رهبر معظم انقلاب امام خمینی مدظله العالی و بر حسب اصل چهارم قانون اساسی بررسی فقهاء شورای نگهبان ادامه خواهد یافت.»

با این اظهار نظر به نحوی تلویحی مرور زمان از قلمروی قوانین ایران رخت بریست. اما با توجه به عدم امکان نسخ قوانین توسط شورای نگهبان، همچنان تردیدها در خصوص امکان یا عدم امکان

احمد، مرور زمان (بررسی فقهی-حقوقی)، انتشارات بوستان کتاب قم، ۱۳۸۴

<sup>۱</sup> آخوندی، محمود، آئین دادرسی کیفری، ص ۲۴۶

اجرای مرور زمان در خصوص جرائم وجود داشت. در تاریخ ۱۳۶۹/۲/۱۱ متعاقب استعلامی که از اداره حقوقی وزارت دادگستری در زمینه نحوه رسیدگی به تخلفات و اخذ جرائم رانندگی (مصوبه ۱۳۵۰/۳/۳۰ با اصلاحیه های بعدی) و شمول مرور زمان بر آن ها توسط شهربانی به عمل آمد اداره حقوقی میان جرائم شرعی و حکومتی تمایز قائل شد:

«... بند ۳- آنچه بنا بر قول مشهور فقها مشمول مرور زمان نمی شود عبارت است از :

الف) حقوق مالی اشخاص (مدنی)

ب) حدود، قصاص، دیات و آن دسته از مجازات های تعزیری که نوع و تعداد آنها از طرف شارع تعیین گردیده است.

بند ۴- مجازات های عرفیه که برای حفظ نظم در جامعه وضع می شود، ابقاء و اسقاط آنها در اختیار واضع آنهاست. مثلاً اگر مجلس برای مصالح اجتماعی در حفظ نظم عملی را مستوجب مجازات و جرم اعلام نماید می تواند شرایط تعیین یا اجرای مجازات یا سقوط آنها را هم با رعایت مصالح تعیین کند و در این مورد که مشروعیت مجازات به علت جعل آن از ظرف حکومت اسلامی است، چنانچه واضع مجازات شرایطی برای سقوط آن مقرر دارد و آن شرایط محقق شود اجرای مجازات نمی تواند مشروع باشد...»

تا اینکه قانونگذار جزایی در سال ۱۳۷۸ سرانجام به موجب ماده ۱۷۳ قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری، مرور زمان را در مجازات های بازدارنده و اقدامات تأمینی و تربیتی به رسمیت شناخت. بر طبق این ماده:

«در جرائمی که مجازات قانونی آن از نوع مجازات بازدارنده یا اقدامات تأمینی و تربیتی باشد و از تاریخ وقوع جرم تا انقضای مواعد مشروحه ذیل تقاضای تعقیب نشده باشد و یا از تاریخ اولین اقدام تعقیبی تا انقضاء مواعد مذکوره به صدور حکم منتهی نشده باشد تعقیب موقوف خواهد شد...» چنانکه ملاحظه می شود این ماده مرور زمان را در موارد تعزیرات شرعی و حدود و قصاص و دیات به رسمیت نشناخته بود. ولی با وجود انتقاداتی که بر این ماده بواسطه اعتبار بخشیدن به مرور زمان مرحله دادرسی وجود داشت،<sup>۱</sup> قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مفاد این ماده را با گسترش بیشتری مورد توجه قرار داد. ماده ۱۰۵ این قانون مقرر می دارد: «مرور زمان، در صورتی تعقیب جرائم موجب تعزیر را موقوف میکند که از تاریخ وقوع جرم تا انقضای مواعد زیر تعقیب

<sup>۱</sup> نجفی توانا، علی، مرور زمان دادرسی، مجله کانون وکلا، بی ش

نشده یا از تاریخ آخرین اقدام تعقیبی یا تحقیقی تا انقضای این مواعد به صدور حکم قطعی منتهی نگردیده باشد...»

همچنین به موجب ماده ۱۰۶ همین قانون: «در جرائم تعزیری قابل گذشت هرگاه متضرر از جرم در مدت یک سال از تاریخ اطلاع از وقوع جرم، شکایت نکند، حق شکایت کیفری او ساقط میشود مگر اینکه تحت سلطه متهم بوده یا به دلیلی خارج از اختیار، قادر به شکایت نباشد که در این صورت مهلت مزبور از تاریخ رفع مانع محاسبه میشود. هرگاه متضرر از جرم قبل از انقضای مدت مذکور فوت کند و دلیلی بر صرفنظر وی از طرح شکایت نباشد هر یک از ورثه وی در مهلت شش ماه از تاریخ وفات حق شکایت دارد.»

ماده ۱۰۷ قانون نیز در خصوص مرور زمان مجازات مقرر می دارد: «مرور زمان، اجرای احکام قطعی تعزیری را موقوف می کند و مدت آن از تاریخ قطعیت حکم به قرار زیر است...»  
بر این اساس پس از مجادلات فراوان جامعه حقوقی کشور و شورای نگهبان سرانجام، ادله دفاع از مرور زمان بر دیدگاه سنتی شورای نگهبان فائق آمده و دامنه مرور زمان را به حوزه تعزیرات شرعی نیز کشانده است. اما این ادله کدامند؟  
در پاسخ باید گفت دلایل مختلفی در دفاع از مرور زمان ارائه شده است که همگی آن ها بر سه مبنای اساسی استوار است:

۱. فایده گرایی

۲. پذیرش نظریه «قرارداد اجتماعی» روسو

۳. توجه به حقوق متهم

بر این اساس دلایل موافقان این مکتب را می توان در موارد ذیل خلاصه نمود:

الف) از بین رفتن دلایل جرم: بر اساس این دلیل، با گذشت زمان دلایل جرم از میان رفته و اگر دلیل اثبات، شهادت شهود باشد، با گذشت زمان خاطره شهود کمرنگ شده و اعتمادی بر شهادت آن ها نیست. این دلیل را می توان ذیل مبنای توجه به حقوق متهم قرار داد. چرا که ممکن است شهادت شهود با واقعیت منطبق نبوده و از این حیث شخص بیگناهی محکوم شود.

ب) تغییر شخصیت مجرم: بر اساس این دلیل شخصیت مجرم با گذشت زمان دچار تغییر و تحول می شود و بنابراین به عنوان مثال پس از ده سال از ارتکاب جرمی، مجرم دیگر آن انسان سابق نیست و نمی توان او را عادلانه مورد قضاوت قرار داد. این دیدگاه نیز که متأثر از اندیشه های

گزنوفانس، فیلسوف باستانی است می تواند ذیل همان مبنای حقوق متهم قرار بگیرد.

ج) ترس از مجازات: بر این اساس ترسی که از کیفر و مجازات در وجود مرتکب جرم قرار دارد خود بهترین مجازات است و بنابراین مجازات این شخص به معنای تحمیل دو نوع عقاب و کیفر بر اوست. این دلیل نیز ذیل همان مبنای پیش گفته قرار می گیرد.

د) چشم پوشی دادسرا: بر اساس این دلیل دادسرا با اعمال مرور زمان در واقع از حق خود برای تعقیب و محاکمه مجرم چشم پوشی کرده است. این دلیل را می توان ذیل مبنای دوم یعنی پذیرش نظریه قرارداد اجتماعی روسو محسوب کرد.

د) اصلاح و درمان مجرم: بر اساس این دیدگاه مجرم با گذشت مدت زمانی از ارتکاب جرم نسبت به کرده خود پشیمان و نادم شده و بدین طریق اصلاح می شود. این دلیل را می توان ذیل مبنای اول یعنی فایده گرایی قرار داد.

ه) سقوط حق بر اثر مسامحه و غفلت تشکیلات قضایی: این دلیل بدان معناست که غفلت و سهل انگاری تشکیلات قضایی حق جامعه در تعقیب و محاکمه مجرم از میان می رود. این مورد را می توان از مصادیق اعتقاد به نظریه قرارداد اجتماعی روسو دانست.

و) نسیان: بر این اساس با گذشت زمان، جامعه خاطره و قبح اجتماعی جرم انجام شده را فراموش می کند و بنابراین لزومی ندارد که جرم ارتکاب یافته مجدداً بازنمایی شود. این مورد را نیز می توان ذیل عنوان فایده گرایی قرار داد.

ز) ایجاد حق مکتسب برای مجرم: بنا بر این دلیل مجرم با گذشت زمان حقی را برای محاکمه و تعقیب شدن پیدا می کند. این دلیل از مصادیق حقوق متهم محسوب می شود.

ت) مصالح و منافع اجتماعی: بر این اساس تکثر پرونسنشده ها، و به نتیجه نرسیدن بسیاری از شکایات سبب تورم دستگاه کیفری و ایجاد مشکلات فراوان در دستگاه قضایی می شود. بنابراین مصالح اجتماعی ایجاب می کند که پرونده های مسکوت پس از مدتی به کلی از گردونه دستگاه قضایی خارج شوند. این مورد را نیز می توان از مصادیق فایده گرایی و همچنین پذیرش قرارداد اجتماعی تلقی نمود.

اما در حقیقت هیچ یک از توضیحات فوق الذکر قانع کننده نیست. اعتراضی که از نظر اصول متوجه مرور زمان است این است که مخالف اعتبار قضیه محکوم بها می باشد. از نظر عملی هم مرور زمان را می توان پاداش مهارت در فرار، یعنی شدت خطرناکی مجرم دانست. کسانی که فرار

از مجازات را نشانه پشیمانی دانسته و آن را نوعی کفاره پنداشته اند از شناختن واقعیت و درجه خطرناکی بزهکاران حرفه ای عاجز و درمانده می باشند.<sup>۱</sup>

صرفنظر از انتقاداتی که از دیدگاه مکتب تحقیقی بر این تأسیس وارد است، این دلایل و توجیهات خصوصاً در پرتو مفهوم شرعی و اسلامی «حق الناس» به مفهوم خصوصی و شخصی آن (در مقابل حق دولت که آن هم مصداق حق الناس است) نیز قابل انتقاد به نظر می رسند. اگر حقوق متهم در مواردی نظیر شبهه در ادله، گذشت زمان و تغییر شخصیت مجرم، ایجاد حق مکتسبه برای تعقیب نشدن؛ ترس از مجازات به عنوان جایگزین مجازات اصلی و اصلاح شدن مجرم با گذشت زمان می تواند مسقط حق مجازات برای دولت تلقی شود، چنین دلیلی نمی تواند حق شخصی افراد را زیر سوال ببرد. آیا پیگیری نکردن جرائمی مانند تجاوز با اعمال مادون زنا، یا آدم ربایی و یا اخاذی در وضعیتی که فرد بزه دیده به علت ترس از بی آبرویی یا صغر سن یا ترس از مجرم یا شأن اجتماعی و حتی سیاسی خود در مقطع زمانی خاصی قادر به تعقیب و شکایت در خصوص جرم انجام شده نیست می تواند مسقط حق او در تعقیب و کیفر بزهکار برای همیشه باشد؟<sup>۲</sup> چنین امری آیا با اصول عدالت و انصاف سازگار است؟ آیا تعقیب نکردن مجرمینی که با سوءاستفاده از وضعیت و شرایط خاص برخی افراد مبادرت به ارتکاب جرائم می کنند می تواند با هیچ کدام از دلایل مطرح شده از سوی موافقان توجیه شود؟ از سوی دیگر آیا اسقاط حق دولت در مجازات مجرم به دلیلی نظیر نسیان خطای مجرم با گذشت زمان، چشم پوشی دادسرا از تعقیب مجرم، سقوط حق مجازات به واسطه غفلت دستگاه قضا و مواردی از این قبیل می تواند مسقط حق بزه دیده از تعقیب جرم و اجرای عدالت باشد؟ چنین مواردی بیش از آنکه بتواند موجد حق مکتسبی برای مجرم در تعقیب و مجازات نشدن باشد، بیانگر نواقص و سهل انگاری های دستگاه قضا در پیگیری و مجازات مرتکبین جرائم است.

مسئله اصلی در اینجا تفاوت مبانی مرور زمان در اسلام و حقوق غربی است. در حقوق غرب چنانکه گفته شد مبانی مرور زمان بر سه پیش فرض احترام به حقوق متهم، پذیرش تئوری قرارداد اجتماعی روسو و پیروی از دیدگاه های مکتب فایده گرایی استوار است. اما در اسلام، تئوری قرارداد اجتماعی مطرح نیست، اسلام تنها به فایده یک تأسیس برای کلیت اجتماع نگاه نمی کند، بلکه آحاد مسلمانان در برابر خدای یگانه دارای شخصیت، اعتبار و اهمیتند.

<sup>۱</sup> باهری، منبع پیشین، ص ۳۵۳

<sup>۲</sup> لازم به ذکر است انگلستان در ماه های اخیر دفاع مرور زمان را در جرائم جنسی غیرقابل قبول اعلام نموده است.

همانگونه که اشاره شد در تعزیرات، اجرای مجازات بیش از آنکه بر مبنای عدالت باشد بر اساس مصلحت های همه جانبه ای که حاکم تشخیص می دهد انجام می شود. توجیهی که بسیاری حقوقدانان و فقها در خصوص امکان اعمال مرور زمان در تعزیرات ارائه می کنند این است که «تعزیر به تشخیص امام واگذار شده است و اجرای آن بر وی واجب نیست. اگر تعزیر را مصلحت دانست انجام می دهد؛ اگر ترک را تشخیص داد ترک می کند.»<sup>۱</sup> از دیدگاه موافقان مرور زمان: «اگر امام مجازات تعزیری را به مصلحت جامعه نداند، اجرای آن بدون اشکال جایز نمی باشد و دیگر این که ملاک تعزیر به حسب مصلحتی است که امام برای مصالح نظام و جلوگیری از ختلال امور تشخیص می دهد.»<sup>۲</sup> اما این دلایل بیشتر مبتنی بر ادله فقه عامه است که تعزیرات را بطور کلی تحت عنوان احکام حکومتی تحلیل می کنند. در حالی که بر این ادله انتقادات جدی وارد است. از جمله اینکه حکومتی تلقی کردن کلیه تعزیرات با ضرورت وجودی یک نظام سیاست جنایی ثابت در حوزه تعزیرات اسلامی تعارض دارد.

توجیه مزبور در جرائمی که صرفاً واجد جنبه حق الهی هستند پذیرفتنی و قابل دفاع است. اما در جرائمی که جنبه حق الناسی محض داشته یا ترکیبی از هر دو جنبه را دارا می باشند چندان مقبول به نظر نمی رسد. چرا که در این موارد، حق اجرای مجازات که حقی شخصی است با مصلحت عدم اجرای مجازات که حاکم تشخیص دهنده آن است در تعارض قرار می گیرد. اما از دیدگاه اسلام مصلحتی که حاکم تشخیص می دهد نمی تواند توجیه مناسبی برای زیرپا نهادن حق الناس تلقی شود.

در فقه شیعه در خصوص مرور زمان تعقیب و دادرسی، بحث چندانی نشده جز یک مورد و آن هم شهادت در جرائم است که به برخی اخبار در این خصوص اشاره و این اخبار از سوی فقهای عظام شیعه رد شده است، محقق حلی در این باره می گوید:

«و لا یقدح تقادم زنا فی الشهاده و فی بعض الاخبار، ان زاد عن سته اشهر لم یسمع و هو

مطرح»<sup>۳</sup>

مرور زمان زنا در شهادت ضرر نمی رساند و در بعضی از احادیث است که زیادتر از شش ماه، شهادت استماع نمی شود. این روایت مورد عمل فقها قرار نگرفته است.

<sup>۱</sup> ساریخانی و کوشا، همان

<sup>۲</sup> صافی، منبع پیشین، ص ۷۷

<sup>۳</sup> شیرازی، عباس، سقوط مجازات در حقوق کیفری اسلام و ایران، ص ۲۶۲، به نقل از: محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۴، ص ۱۴

از میان فقهای اهل سنت ابوحنیفه مرور زمان جرم در مورد قصاص، دیه و حد قذف را به دلیل ماهیت حق الناس داشتن آنها، قبول ندارد. اما در مورد حدود به غیر از حد قذف و تعزیرات قائل به مرور زمان جرم می باشد. مالک، احمد و شافعی نیز در مورد تعزیرات قائل به مرور زمان هستند. اما اثر مرور زمان را سقوط تعقیب کیفری نمی دانند. بلکه در صورتی که حاکم، اعمال را به ضرر جامعه تشخیص ندهد، می تواند آن اعمال را تحت تعقیب قرار ندهد.<sup>۱</sup> البته باید توجه داشت که فقهای عامه میان تعزیرات شرعی و تعزیرات حکومتی تفاوت و تمایزی قائل نمی شوند. و به عبارت دیگر معتبر دانستن مرور زمان در تعزیرات از سوی ایشان مبتنی بر پیش فرض حکومتی بودن کلیه تعزیرات است.

اما مرور زمان مجازات به نظر عامه فقهای تشیع و تسنن تحت هیچ شرایطی پذیرفته نیست.<sup>۲</sup> بنابراین «تمام فرق اسلامی، در مورد قصاص، دیات، حد قذف و جرایم تعزیری که مستوجب حق الناس می باشد، متفق القولند که مرور زمان کیفری (مرور زمان جرم و مرور زمان مجازات) جاری نخواهد شد.»<sup>۳</sup>

مخالفان مرور زمان در فقه اسلامی به دلایلی استناد می کنند از جمله اطلاق ادله مربوط به مجازات ها در حقوق اسلام، قاعده «الحق القديم لا یبطله شیء قدیم»، استصحاب بقای حقوق و اعتبار حکم قاضی.

بنابراین به نظر می رسد در این موارد می بایست برای گریز از مشکلات دستگاه قضایی به فکر چاره دیگری بود. اعمال مرور زمان در چنین مواردی جز پاک کردن صورت مسئله چه توجیه دیگری می تواند داشته باشد؟

برخی برای حل این مشکل بررسی موردی هر پرونده و تشخیص قاضی رسیدگی کننده، و نه حکومت اسلامی را پیشنهاد کرده اند که به نظر راه حل مناسب تری می آید:

«در تعزیرات شرعی نیز، پذیرفتن مرور زمان طبق نظر فقهای امامیه و جمهور فقهای اهل سنت، مسقط تعقیب و مجازات نمی باشد. اما، قاضی می تواند، در صورت تشخیص مصلحت عامه، از اجرای مجازات صرف نظر نماید. به عبارت دیگر اختیار عفو با قاضی است. نه اینکه مرور زمان

<sup>۱</sup> رک به: همان، ص ۲۶۵ و ۲۶۶

<sup>۲</sup> همان صص ۲۶۷-۲۶۹

<sup>۳</sup> همان، ص ۲۷۷

مسقط تعقیب یا کیفر باشد.»<sup>۱</sup>

بنابراین حتی اگر معتقد به وجوب تعزیر در این شرایط (در صورت مطالبه بزه دیده) باشیم این تعزیر، الزاماً یک واکنش کیفری و به شکل مجازات نخواهد بود؛ بلکه حاکم به ارزیابی و سنجش موقعیت داشتن کیفر پرداخته، چنانچه تدابیر غیرجزایی را در تأمین مصالح و ردع بزهکار کافی تشخیص دهد، منحصراً بدان حکم خواهد کرد.<sup>۲</sup>

#### ۴-۲-۳- شهادت بر شهادت

در فقه شهادت را به عنوان یکی از ادله اثبات دعوی اینگونه تعریف کرده اند: «شهادت لغتاً به معنای حضور و یا علمی است که از آن تعبیر به اخبار از روی یقین شده و شرعاً اخبار قطعی از حقی است که برای دیگری لازم و ثابت و محقق شده و این اخبار از ناحیه حاکم است... و مرجع در آن عرفی است که صلاحیت دارد مابین شهادت و اخبار فرق بگذارد.»<sup>۳</sup>

فرهنگ ابجد آن را اینگونه تعریف کرده است: «شهاده اسم است از (شهد له او علیه) به معنای گواهی دادن له یا علیه کسی، سوگند، کشته شدن در راه خدا، جهان و کهکشان آشکار که در برابر جهان غیب و ناآشکار است، تصدیق یا گواهی پزشکی برای بیمار و...»<sup>۴</sup>

همچنین آن را به اختصار به خبر قاطع شرعی و اخبار صادقانه برای اثبات حق نیز تعریف کرده اند.<sup>۵</sup> در لسان العرب شاهد به «شخص آگاهی که آنچه از آن آگاهی دارد را آشکار می سازد» اطلاق شده است.<sup>۶</sup>

در تمامی ادوار و همچنین در همه سیستم‌های حقوقی شهادت شهود به عنوان یکی از ادله اثبات دعوی همواره مورد استفاده طرفین دعوی در اثبات ادعاهای آنان بوده است لیکن حدود استفاده و درجه اعتبار آن از کشوری به کشور دیگر متفاوت است.<sup>۷</sup>

شهادت را در فقه به یک اعتبار به شهادت اصل و شهادت فرع تقسیم کرده اند:

۱. گواه اصل: آنست که شخصاً چیزی را دیده یا شنیده و یا بیکی از حواس خود درک

<sup>۱</sup> شیری، همان، ص ۲۷۸

<sup>۲</sup> صادقی، محمدهادی، تراحم مصلحت گرایی و حقوق بزه دیده در حقوق جزای اسلامی، مدرس علوم انسانی، پائیز ۱۳۸۴، ش ۴۰

<sup>۳</sup> صاحب جواهر، جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۷

<sup>۴</sup> فرهنگ ابجدی، ص ۵۳۷

<sup>۵</sup> معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه، ج ۳، ص ۱۴۰

<sup>۶</sup> لسان العرب، ج ۳، ص ۲۳۹

<sup>۷</sup> توکلی، سعید، ارزش شهادت و حدود اعتبار آن در نظام حقوقی ایران، دادرسی، سال ۱۳۸۵، ش ۵۶



نموده و خبر دهد.

۲. گواه فرع: آنست که گواهی دهد باینکه «من از فلان شخص شنیده ام که گواهی میداد فلان مطلب بفلان شکل انجام یافته است» و آن را شهادت بر شهادت نیز نامیده اند.<sup>۱</sup>

در حقوق ایران شهادت بر شهادت نخستین بار در قانون مدنی، ماده ۱۳۲۰ پیش بینی گردید که مقرر می داشت: «شهادت بر شهادت در صورتی مسموع است که شاهد اصل وفات یافته یا به واسطه مانع دیگری مثل بیماری و سفر و حبس و غیره نتواند حاضر شود.»

اما ماده ۲۳۱ قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ پذیرش شهادت بر شهادت را صرفاً محدود به مواردی نمود که موضوع دعوا از حقوق الناس باشد: «در کلیه دعاوی که جنبه حق الناسی دارد، اعم از امور جزایی یا مدنی (مالی و غیر آن) به شرح ماده فوق، هرگاه به علت غیبت یا بیماری، سفر، حبس و امثال آن حضور گواه اصلی متعذر یا متعسر باشد، گواهی بر شهادت گواه اصلی مسموع خواهد بود.»

در قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ نیز تبصره ماده ۵۹ به شهادت بر شهادت اشاره دارد گرچه شرایط آن را تشریح نمی کند: «در مواردی که اقرار متهم و یا شهادت شاهد و یا شهادت بر شهادت شاهد، مستند رأی دادگاه باشد، استماع آن توسط قاضی صادر کننده رأی الزامی است.»

اگر بپذیریم در موارد سکوت قانون آئین دادرسی کیفری می بایست از قانون آئین دادرسی مدنی بهره گرفت بنابراین در حقوق ایران تا پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۹۲ به منظور جلوگیری از پایمال شدن حقوق افراد و با توجه به اینکه موارد شهادت بر شهادت کم نیستند این دلیل مورد پذیرش قرار گرفته بود معهداً با شرایطی که از آنجمله می توان به عدم پذیرش شهادت بر شهادت در حقوق الله اشاره داشت.<sup>۲</sup>

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به نحوی نظام مند و جامع تر از قوانین سابق به بررسی موارد و حدود پذیرش شهادت بر شهادت در امور کیفری پرداخته است:

« ماده ۱۸۸- شهادت بر شهادت شرعی در صورتی معتبر است که شاهد اصلی فوت نموده و یا به علت غیبت، بیماری و امثال آن، حضور وی متعذر باشد.

تبصره ۱- شاهد بر شهادت شاهد اصلی باید واجد شرایط مقرر برای شاهد اصلی باشد.

<sup>۱</sup> عزیزی، جمال الدین، گواهی در اسلام (۴)؛ شهادت بر شهادت، مجموعه حقوقی، دیماه ۱۳۲۰، ش ۳۲۲

<sup>۲</sup> قرجه لو، علی رضا، شهادت بر شهادت در حقوق کیفری ایران و انگلیس، الهیات و حقوق، تابستان ۱۳۸۷، ش ۲۸

تبصره ۲- شهادت بر شهادت شاهد فرع، معتبر نیست.

ماده ۱۸۹- جرائم موجب حد و تعزیر با شهادت بر شهادت اثبات نمی شود لکن قصاص، دیه و ضمان مالی با آن قابل اثبات است.»

چنانکه ملاحظه می شود، شهادت بر شهادت در قانون جدید در مواردی که جرم از نوع حدی یا تعزیری باشد پذیرفته نیست. اما از نظر فقهی مقررات شهادت بر شهادت در حقوق الله با حقوق الناس تفاوت دارد:

«در حق الله شارع شرایط سنگینی برای اثبات ادعا وضع نموده و سختگیری می نماید و تا حد امکان مانع از اقرار می شود. اما در حق الناس شارع اسلام در صدد است که تا حد امکان حقی ضایع نشود.»<sup>۱</sup>

بر این اساس شهادت بر شهادت در حقوق الناس چه از نوع عقوبت باشد مانند قصاص، یا غیر آن مانند طلاق و نسب، پذیرفته می شود. پذیرش شهادت بر شهادت در این موارد را به اطلاقات ادله حجیت شهادت و اجماع فقها در این خصوص نسبت داده اند. در خصوص عدم پذیرش شهادت بر شهادت در حدود نیز به روایت موثقه طلحه بن زید از امام صادق (ع) استناد می شود. معهدنا آنچه از اقوال فقها به نظر می رسد این است که این قاعده در خصوص تعزیرات فقط در مواردی که تعزیر از نوع حق الهی باشد قابل پذیرش است.<sup>۲</sup>

اما ضابطه در تشخیص حق الله و حق الناس چیست؟ به اعتقاد حقوقدانان «حق الله از حقوقی است که یک طرف آن خداوند تعالی و یک طرف دیگر آن افراد جامعه یا گروهی از افراد باشند، مثلاً وجوب زکات حق الله است (حق الله در فقه اسلام همانند حقوق عمومی در قانونگذاری جدید ایران است). حق الناس حقوقی است که برای افراد و اجتماعات شناخته شده است و در مقابل حق الناس استعمال می شود.»<sup>۳</sup> همچنین حق الله را به «اموری که دارای جنبه عمومی باشد»<sup>۴</sup> و حق الناس را به اموری «که دارای جنبه خصوصی باشد»<sup>۵</sup> نیز تعبیر کرده اند.

اما از نظر فقهی، حقوق عمومی را نمی توان زیر مجموعه حق الله محسوب نمود: «حق را به دو قسم تقسیم کرده اند، بدین ترتیب الف: حق عبد و آن عبارت از حقی است که با اسقاط وی ساقط

<sup>۱</sup> قاسمی حامد، عباس، تحلیل حقوقی شهادت در مذهب امامیه، صص ۱۰۴ و ۱۰۶

<sup>۲</sup> رک به: فاضل لنکرانی، شیخ محمد، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (القضاء و الشهادت)، صص ۵۶۹ و ۵۷۳

<sup>۳</sup> جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ش ۲۸-۲۲۵

<sup>۴</sup> امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۶، ص ۲۰۴ و همچنین فیض، منبع پیشین، ص ۲۸

<sup>۵</sup> امامی، همان

و منتفی می شود مانند حق قصاص، ب: حق الله و آن حقی است که با اسقاط عبد ساقط نمی شود مانند صلوه، صوم، جهاد و حج.<sup>۱</sup> بر این اساس حق مجازات در جرائم حکومتی یکی از وجوه حق الناس است چرا که حکومت در صورت تشخیص مصلحت می تواند آن را اسقاط کند.

از دیدگاه فلسفه اسلامی نیز حقوق جامعه قابل مقایسه با حقوق خداوند نیست. به تعبیر ملاصدرا هر موجودی از آن نظر که موجود است، واحد است. کثیر نیز از آن جهت که موجود است واحد است و وجود واحد دارد. ابن سینا معتقد است که عدد و کثرت مانند وحدت، امر بسیطی است که در خارج وجود دارد و عارض معدودات می شود.<sup>۲</sup> بدین معنی که همانند موجود واحد می تواند متحمل احکام و مشخصات خاصی بشود. بنابراین اجتماع مسمانان با آحاد ایشان از دیدگاه اسلام تفاوتی ندارد. لذا حق عمومی نیز از دیدگاه اسلام مصداق حق الناس تلقی می شود.

بنابراین عدم پذیرش شهادت بر شهادت در تعزیرات حق الهی امری بدیهی و مورد قبول فقه شیعه است، اما عدم پذیرش آن در تعزیرات حق الناسی و مجازات های بازدارنده که از مصادیق حق الناس تلقی می شوند مقبول فقه شیعه نیست. به نظر می رسد قانونگذار در این خصوص می بایست تأمل بیشتری به خرج می داد. لذا با توجه به اینکه تفکیک تعزیرات به دو بخش حق الناسی و حق الهی تنها در تعزیرات شرعی قابل تصور است، قانونگذار می بایست تمایز میان تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده از سویی و تمایز میان تعزیرات حق الهی و حق الناسی را از سوی دیگر مدنظر قرار می داد.

<sup>۱</sup> جابری عربلو، محسن، فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی، ج ۱، ص ۲۳

<sup>۲</sup> محمدرضایی، محمد، مبانی فلسفی و کلامی حکومت دینی، قتسات، تابستان و پاییز ۱۳۸۰، ش ۲۰ و ۲۱

# فصل پنجم

## نتیجه گیری و پیشنهادات

## ۵-۱- نتیجه گیری

پذیرش دیدگاه حداقلی در خصوص شمول عنوان کلی تعزیر بر مجازات های بازدارنده که از حیث اصولی ذیل عنوان «احکام حکومتی» شناخته می شوند با مبانی گسترده و توانمندی های فقه جزایی اسلام برای مطابقت و همراهی با مقتضیات زمان و مکان سازگاری کامل دارد. گرچه این دیدگاه در فقه شیعه به دلیل تحجر این مذهب از حکومت چندان سابقه ای نداشته و تأکید و تصریح امام راحل مبنی بر لزوم تشکیل حکومت اسلامی و همچنین سعه قلمروی «مصلحت» در نیم قرن اخیر موجبات ورود این مباحث به فقه شیعه را فراهم ساخته است، معهدا، در فقه اهل سنت هم احکام حکومتی و هم مفهوم مصلحت به عنوان مهمترین مبنای احکام حکومتی سابقه ای هزارساله دارد. از دیدگاه فقهای اهل تسنن تعزیرات فی الجمله زیر مجموعه احکام حکومتی و در نتیجه تابع مقتضیات زمان و مکان هستند، اما از دیدگاه فقه شیعه تعزیرات را بایستی به دو بخش تعزیرات شرعی و تعزیرات حکومتی تقسیم نمود. تعزیرات حکومتی که در حقوق جزای ایران به مجازات های بازدارنده شهرت دارند تا پیش از تصویب قانون مجازات اسلامی زیر مجموعه تعزیرات محسوب نمی شدند. تنگ نظری ها و فهم نادرست از نظام تعزیرات را می توان علت و مبنای این تمایز ناروا محسوب نمود. معهدا با تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، نظام تعزیرات در حقوق کیفری با گستره قلمرو و احاطه بر مصادیق مجازات های بازدارنده، از تعقل و تعادل بیشتری برخوردار گردیده است. بنابراین و بر اساس سیاست تقریب مذاهب اسلامی که امکان وام گرفتن مفاهیمی از دیگر مذاهب اسلامی را فراهم می سازد و همچنین برقراری حکومت اسلامی در ایران که امکان صدور احکام از ناحیه حکومتی با مختصات اسلامی را میسر ساخته است، تمایز میان تعزیرات و مجازات های بازدارنده چندان قابل دفاع به نظر نمی رسد. بر این اساس دیدگاه کلی حاکم بر این پژوهش، به تبعیت از قانون مجازات اسلامی جدید شمول عنوان تعزیر بر مجازات های بازدارنده بوده است. قانون جدید در مواد ۱۸، ۱۱۵ و ۱۳۵ در خصوص تعزیر از سه اصطلاح تعزیر، تعزیرات منصوص شرعی و تعزیرات معین شرعی استفاده کرده که به واسطه عدم تعیین مصادیق تعزیرات منصوص و معین شرعی انتقاداتی جدی بر آن وارد است. جدا از این اشکال، و علیرغم ایراداتی که سابق بر این بر تعیین و تقدیر تعزیرات گرفته می شد، به نظر می رسد نظام تعزیرات در اسلام فی الجمله واجد آنچنان قواعد و چارچوب هایی هست که بتواند مجازات های بازدارنده را با حاکمیت اصل قانونی بودن جرم و مجازات تحت پوشش خود قرار دهد. به نظر می

رسد آنچه قاعده التعزیر بما یراه الحاکم در نظام تعزیرات اسلامی بر آن حکم می کند صرفاً نشانگر اهداف شریعت اسلامی در کیفی کردن و شخصی کردن واکنش های جزایی بوده، و تقنین نوع و میزان واکنش های جزایی به همراه استفاده از مکانیزم های غربی در پیاده سازی این اهداف شیوه ای مقبول و شایسته باشد.

اما قرارداد مجازات های بازدارنده تحت لوای کلی تعزیر سبب نمی شود از وجوه تمایز این مجازات ها و تعزیرات شرعی غافل شویم. بر این اساس نسبت میان مجازات های بازدارنده و نظام کلی تعزیرات عموم و خصوص مطلق است. بدین معنی که هر مجازات بازدارنده ای الزاماً نوعی تعزیر است اما هر تعزیری مجازات بازدارنده نیست. پاره ای تعزیرات به تبعیت از اصول ثابت و لایتغیر سیاست جنایی اسلام تحت عنوان تعزیرات شرعی شناخته می شوند که نمی توان آن ها را به تبعیت از مصالح و مقتضیات زمان و مکان تغییر و تحول داد. این تعزیرات در موارد ارتکاب محرمات و اخلال در واجبات شرعی اعمال می شوند. مصلحت در این دسته از تعزیرات صرفاً به حوزه اعمال واکنش و نوع آن اختصاص دارد، اما در تعزیرات حکومتی یا مجازات های بازدارنده، دایره مصلحت از حوزه تعیین واکنش فراتر رفته و به حوزه تعیین مصادیق احکام کلی گسترش یافته است. بدین معنی که اسلام در خصوص احکام حکومتی محدوده اعمال نظر خود را به بیان اهداف کلی محدود کرده و تعیین مصادیق این اهداف کلی را به حکومت واگذار نموده است. اما در تعزیرات شرعی مصادیق احکام کلی نیز توسط خود شارع تعیین شده است و بدین لحاظ امکان تغییر در این مصادیق وجود ندارد. از سوی دیگر حتی اگر به استناد قول معدودی از فقها مبنی بر امکان تعزیر مرتکب فعل قبیح بپذیریم مجازات های بازدارنده نیز از نظر فقه شیعه می تواند مصداق تعزیر قلمداد شود باز هم تمایز میان مفهوم «عمل قبیح» در افعال مستوجب مجازات های بازدارنده و محرمات شرعی انکارناپذیر است. توضیح آنکه قبح اعمال مستوجب مجازات های بازدارنده قبح عرضی است اما قبح اعمال مستوجب تعزیرات شرعی قبحی ذاتی است. این امر را می توان از ضرورت وجود یک نظام اخلاقی ثابت در حقوق اسلام نیز دریافت نمود. بر اساس این وجوه تمایز مبنایی، می بایست به ضرورت تفکیک تعزیرات شرعی از مجازات های بازدارنده آگاه بود.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با پذیرش شمول تعزیر بر مجازات های بازدارنده از یک سو گامی به جلو برداشته و از سوی دیگر با عدم تفکیک مشخص این دسته از مجازات ها، دچار تناقض گویی ها و تعارضاتی در اصول و قواعد کلی و همچنین مبانی جرم انگاری خود شده است.

این تناقض گویی ها را می توان با بررسی مواد ۱۰، ۱۸، ۶۹، ۹۹ و ۱۳۵ کتاب اول و همچنین عدم نسخ ماده ۶۳۸ کتاب پنجم و عدم تغییر عنوان کتاب پنجم این قانون مشاهده کرد.

ماده ۱۰ این قانون به تبعیت از نظر شورای نگهبان در خصوص عدم امکان اعمال قاعده عطف بما سبق نشدن قوانین کیفری در خصوص جرائم شرعی، دامنه شمول این ماده را به موارد تخلف از مقررات و نظامات دولتی محدود کرده است. نفس تحدید قلمروی این قاعده خود بر پذیرش تمایز میان مجازات های بازدارنده و مجازات های شرعی از جمله تعزیرات شرعی، دلالت دارد. ماده ۹۹ این قانون نیز مقررات حاکم بر نسخ قوانین کیفری را به ماده ۱۰ ارجاع داده که با توجه به حدیث «حَلالٌ مُحَمَدٌ حَلالٌ اَبداً الی یوم القیامه و حرامه حرامٌ اَبداً الی یوم القیامه» فرض عدم اجرای مفاد ماده ۱۰ و ۹۹ را در خصوص مجازات های شرعی تقویت می کند.

از سوی دیگر ماده ۱۸ همین قانون با طرح دو عنوان تخلف از نظامات حکومتی و همچنین ارتکاب محرمات شرعی بر تمایز مبنایی این دو دسته از مجازات ها دلالت دارد. این تمایز با تأمل در ماده ۶۹ همین قانون و امکان اجرای تعزیر به صورت مجازات جایگزین حبس در مواردی که قانوناً برای جرمی مجازات تعیین نشده باشد، تقویت می گردد. ماده ۱۳۵ این قانون نیز با طرح عنوان «تعزیر معین شرعی» احتمال اطلاق این عنوان را بر تعزیراتی که از نظر فقهی دارای اهمیت و اعتبار ویژه هستند فراروی ما قرار می دهد. این تعزیرات را می توان اعم از تعزیرات منصوص شرعی و آن دسته از تعزیرات شرعی ای قلمداد نمود که در آثار فقها به کرات از آن ها یاد شده است. مجموعه این قرائن ما را به آگاهی و تعمد قانونگذار در تفکیک تعزیرات شرعی از مجازات های بازدارنده رهنمون می سازد.

عدم نسخ ماده ۶۳۸ کتاب پنجم نیز که از بحث برانگیزترین مواد این قانون به شمار می رفت دلیلی بر وفاداری قانونگذار جزایی ایران بر تفکیک تعزیرات شرعی و حکومتی است. طبق این قانون «تظاهر به عمل حرام» قابل تعزیر است. بدیهی است چنین تعزیری مصداق تعزیر شرعی است چرا که ارتکاب اعمال حرام از نظر فقهی مستوجب تعزیر شرعی است و تعزیرات حکومتی یا مجازات های بازدارنده صرفاً در خصوص جرائمی موضوعیت دارد که حرمت شرعی نداشته باشند. بنابراین حفظ این ماده، دلیل محکمی بر آگاهی و قصد قانونگذار در پذیرش تمایز میان تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده است.

اما صرفنظر از مواردی که قانونگذار آگاهانه تفاوت های مبنایی مجازات های بازدارنده و تعزیرات

شرعی را مدنظر قرار داده، در برخی موارد، قانونگذار از اعمال و پیاده سازی این نظام دوگانه غافل مانده است. یکی از این موارد، توبه است. توبه در فرهنگ و فقه اسلامی به معنای بازگشت از گناه و پشیمانی و ندامت از ارتکاب معصیت است. آنچه در بادی امر به نظر می رسد این است که توبه نمی تواند موارد ارتکاب جرائم حکومتی را که فاقد قبح ذاتی هستند در برگیرد. مگر اینکه بپذیریم تخلف از نظامات دولتی نیز به واسطه مخالفت با مصالح کلی شریعت (عقل، نفس، مال، دین، نسل) معصیت بوده و توبه در خصوص آن ها قابل پذیرش است. معهذا باز هم این ایراد باقی می ماند که اگر قرار بر پذیرش توبه در همه موارد است، چرا تعزیرات درجه یک تا پنج را شامل نمی شود؟ چرا تعزیرات منصوص شرعی از این تأسیس فقهی مستثنی شده اند؟ و چرا در موارد تکرار جرم، توبه قابل پذیرش نبوده و فقط یکی از کیفیات مخففه مجازات محسوب می شود؟ با توجه به امکان پذیرش توبه در جرائم حدی، آیا استثنا کردن برخی مصادیق تعزیرات از حکم کلی توبه قابل توجیه است؟ شاید بتوان تخصیص توبه در جرائم حکومتی را با توجه به حق الناسی بودن این جرائم و امکان مشروط نمودن پذیرش توبه در جرائم حق الناسی به ایفای شرایط تعیین شده از سوی بزه دیده مورد دفاع قرار داد، اما در جرائم حق الهی هیچ توجیهی نمی تواند موضع فعلی قانونگذار ایران را اثبات نماید. بنابراین شایسته بود قانونگذار میان مواردی که تعزیر، حق الهی و شرعی باشد و مواردی که تعزیر از نوع مجازات بازدارنده و در نتیجه حق الناسی است تمایز قائل می شد.

همین معضل را با مبحث مرور زمان اما به شکلی دیگر داریم. در مرور زمان نیز علیرغم اتفاق نظر فقها بر عدم امکان اعمال مرور زمان در جرائم حق الناسی قانونگذار همه موارد تعزیرات را تحت شمول قواعد مرور زمان قرار داده است. در حالیکه در حقوق الناس، موضع فقه اسلامی و شارع مقدس بر حفظ حقوق الناس و حتی الامکان پیشگیری از وارد آمدن خلل و وقفه در احقاق آن است. در این موضع نیز قانونگذار گرچه می توانست از حق خود برای تعقیب و کیفر بزهکاران بگذرد اما بی شک در آن دسته از تعزیرات شرعی که جنبه حق الناسی دارند می بایست به دنبال شیوه دیگری برای حل مشکلات ناشی از تورم دستگاهی قضایی می بود.

در خصوص شهادت بر شهادت نیز عدم توجه به تفکیک تعزیرات شرعی به حق الهی و حق الناسی سبب عدم وفاق قانون با واقعیت های فقه جزایی گردیده است. در فقه جزایی اسلام، شهادت بر شهادت به عنوان یکی از ادله اثبات دعوی در جرائمی که واجد جنبه حق الناسی هستند پذیرفتنی است. از منظر فقه اسلامی، اثبات جرائم حق الهی باید به سخت ترین شکل ممکن انجام



شود. بدین لحاظ است که اثبات حدود اسلامی تحت شرایطی سخت گیرانه و بسیار دشوار قابل پذیرش است. اما در حقوق الناس اهتمام فقه اسلامی بر استفاده از کلیه دلایل و حتی امارات ممکن برای احقاق حق اصحاب دعواست. این در حالی است که قانون جدید در ماده ۱۸۹ اثبات کلیه موارد تعزیری از طریق شهادت بر شهادت را منتفی می داند. این حکم قانون بدون توجه به ماهیت حق الناسی مجازات های بازدارنده صورت گرفته است. و بنابراین شایسته بود قانونگذار تمایز مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی حق اللهی را در این خصوص لحاظ می کرد.

در نهایت با جمع بندی مطالب این پژوهش به پرسشی که در صفحات آغازین مطرح شد می پردازیم: «سرانجام مجازات های بازدارنده در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ چیست؟»

در پاسخ باید اذعان کرد مجازات های بازدارنده در این قانون، همچنان به قوت خود باقی هستند. این مجازات ها بخشی ماندگار از تاریخ تحولات فقهی و حقوقی کشور ما ایران به شمار می روند. تغییر جایگاه این مجازات ها با سعه قلمروی تعزیر نمی تواند از میان برنده ماهیت متمایز این مجازات ها باشد. علیرغم تلاش مجلس در حذف ممیزات این مجازات ها، می توان وجوه تمایز مبنایی این دسته از تعزیرات را با تعزیرات شرعی به معنای فقهی و سنتی آن در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز ملاحظه کرد. این قانون با ادراک و اشراف بر این تمایزات همچنان آئینه کشمکش ها و اختلاف سلیقه ها در خصوص مجازات های شرعی و حکومتی است. به بیان دیگر به نظر می رسد تلاش مجلس برای نادیده انگاشتن تمامی وجوه تمایز میان مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی، همچنان با پاسداری شورای نگهبان از فقه سنتی، در برخی مواد و تأسیسات این قانون ناکام مانده است.

## ۲-۵- پیشنهادات

۱- تعزیرات شرعی در قبال تجاوز به ارزش های دینی و احکام شرعی است در حالیکه موجبات اعمال مجازات بازدارنده تخطی از قوانین و احکام حکومتی است.

۲- جرائم موجب تعزیرات حکومتی همیشه یک اقدام ضد اجتماعی است که علیه مصالح و منافع عمومی انجام می گیرد در صورتی که جرائم مستوجب تعزیرات شرعی ممکن است مستقیماً مصلحت های اجتماعی را هدف قرار نداده و اخلال در منافع جامعه را در پی نداشته باشد.

۲- در تعزیرات حکومتی جرم یک پدیده ضداجتماعی است بر این اساس و به تبع آن واکنش جزایی نیز یک اقدام اجتماعی محسوب می گردد بنحوی که مجازات بازدارنده برآیند متوازی است

از توقعات و انتظارات جامعه، تأمین مصالح عمومی، ترمیم صدمات حاصل از جرم پاسخ معقولی است به تنفر و انزجاری که در جامعه از جرم برخاسته است.

۳- در تعزیرات شرعی اگرچه جبران صدمات و خسارات وارد به جامعه فقط در مواردی خاص ممکن است یکی از معیارهای گزینش عکس العمل مناسب باشد اما ملاک اساسی و اولی در انتخاب تعزیر شرعی توجه به موقعیت بزهکار و آینده اوست. و ازینرو تعزیر همیشه یک واکنش اجتماعی قلمداد نمی شود.

۴- منشأ جرم انگاشتن رفتارها در تعزیرات حکومتی قوانین مصوب مراجع ذیصلاح (مانند مجلس شورای اسلامی) است در حالیکه جواز مشروعیت اجرای تعزیرات شرعی متوقف بر قانونگذاری و تصویب مراجع رسمی مانند مجلس نبوده و در موارد سکوت قانونگذار تصریح به جرم بودن عمل در شرع کفایت می نماید.

۵- حکومت می تواند تکوین جرم و یا تحقق حق اجرای «مجازات بازدارنده» را به شرایط خاصی منوط سازد. برای مثال قانونگذار ممکن است «مرور زمان» را در هر دو مرحله دخالت داده جرم شناختن امری را مشروط به عدم گذشت مدت زمان مشخصی کند و یا تعقیب جزایی و اعمال تعزیر را مقید به قیودات زمانی خاصی نماید و به همین دلیل مرور زمان پیش بینی شده در قانون چک که از مصادیق احکام حکومتی است هیچ ادعایی را بر تعارض آن با احکام شرعی بر نیانگیخته است.

در تعزیرات شرعی اگرچه آثار مرور زمان ممکن است در چگونگی انتخاب تدبیر مقتضی نقش یابد اما «گذشت ایام» فی نفسه در سلب وصف مجرمانه و یا سقوط واکنش بدون اثر است.

۶- در مجازات های بازدارنده قانونگذار می تواند با هدف تأمین مصالح عمومی وسعت اختیارات دادرسان را با محدودیت هایی مواجه سازد بطوری که صیانت از منافع اجتماعی را متوقف بر ونع خاصی از واکنش های تعزیری (مثلاً حبس یا شلاق) نموده و از جهت حداقل میزان ضروری را به نحوی تعیین نماید که امکان عدول از آن با تمسک به واکنش های خفیف تر منتفی گردد.

۷- تعزیرات حکومتی حق الناس بوده و آثار مترتب بر آن را خواهد داشت در صورتی که تعزیرات شرعی ممکن است حق الله یا حق الناس باشد.

۸- رأی مشهور حقوقدانان اسلامی بر آن است که در تعزیرات شرعی چنانچه واکنش اتخاذی از نوع کیفرهای حدی است میزان آن باید کمتر از مقدار کیفر حد باشد.»

# منابع و مآخذ

## منابع و مأخذ

### منابع فارسی

#### الف) کتاب‌ها

۱. آبراهامیان، یرواند، تاریخ ایران مدرن، چاپ چهارم، ۱۳۸۹، نشر نی، تهران
۲. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چاپ اول، ۱۳۷۷، میزان، تهران.
۳. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۶، چاپ ششم، ۱۳۶۳، ابوریحان، تهران
۴. باهری، محمد، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، ۱۳۸۱، رهام، تهران
۵. جابری عربلو، محسن، فرهنگ اصطلاحات فقه اسلامی، ج ۱، چاپ اول، ۱۳۶۲، امیر کبیر، تهران
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، چاپ اول، ۱۳۵۳، انتشارات ابن سینا، تهران
۷. -----، ترمینولوژی حقوق، چاپ دهم، ۱۳۵۶، انتشارات ابن سینا، تهران
۸. حسینی، سید محمد، سیاست جنایی در اسلام و جمهوری اسلامی ایران، چاپ اول، ۱۳۸۳، انتشارات دانشگاه تهران و سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، تهران
۹. خمینی، روح‌الله، صحیفه نور، نسخه الکترونیکی
۱۰. درخشه، جلال، گفتمان سیاسی شیعه در ایران معاصر، چاپ دوم، ۱۳۸۶، انتشارات دانشگاه امام صادق، تهران
۱۱. دیلمی، احمد، مرورزمان، چاپ اول، ۱۳۸۴، موسسه بوستان کتاب قم، قم
۱۲. راسل، برتراند، تاریخ فلسفه غرب، چاپ ششم، ۱۳۷۳، پرواز، تهران
۱۳. زراعت، عباس، شرح قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، ج ۲، چاپ دوم، ۱۳۷۷، فیض، کاشان
۱۴. شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چاپ هفتم، ژوئین، ۱۳۸۹، تهران
۱۵. شریعتی، علی، تشیع علوی و تشیع صفوی، نسخه الکترونیکی
۱۶. شکری، رضا؛ قادری، سیروس، چاپ اول، ۱۳۸۱، مهاجر، تهران

۱۷. شیری، عباس، سقوط مجازات در حقوق کیفری اسلام و ایران، چاپ اول، ۱۳۷۲، مرکز انتشارات جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، تهران
۱۸. شیکر، دیوید، مفهوم و ماهیت مجازات، برگردان دکتر حسین آقایی جنت مکان، چاپ اول، ۱۳۸۹، دانشگاه شهید چمران، اهواز
۱۹. عابدی شاهرودی، علی؛ کاتوزیان، ناصر؛ لاریجانی، صادق؛ مجتهد شبستری، محمد؛ ملکیان، مصطفی؛ گفت و گوهای فلسفه فقه، چاپ دوم، ۱۳۸۰، بوتان کتاب قم، قم
۲۰. صادقی، محمد هادی، جزوه حقوق جزای عمومی ۳، واحد انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شیراز، بی تا
۲۱. فیض، علیرضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، ج ۱، چاپ اول، ۱۳۸۵، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، سازمان چاپ و انتشارات، تهران
۲۲. قاسمی حامد، عباس، تحلیل حقوقی شهادت در مذهب امامیه، چاپ اول، زمستان ۱۳۸۰، انتشارات ققنوس، تهران
۲۳. کاتوزیان، فلسفه حقوق، جلد دوم، شرکت سهامی انتشار، ویرایش اول، چاپ چهارم، ۱۳۸۵، تهران
۲۴. کشاورز، بهمن، مجموعه محشای قانون تعزیرات، چاپ دوم، ۱۳۷۶، کتابخانه گنج دانش، تهران
۲۵. کشاورزی، بهزاد، تشیع و قدرت در ایران، چاپ اول، ۱۳۷۹، خاوران، پاریس
۲۶. گرجی، ابوالقاسم، تاریخ فقه و فقها، چاپ نهم، ۱۳۹۱، انتشارات سمت، تهران
۲۷. گلدوزیان، ایرج، بایسته های حقوق جزای عمومی (۱-۲-۳)، چاپ هشتم، زمستان ۸۲، نشر میزان، تهران
۲۸. مجتهد شبستری، محمد، هرمنوتیک، کتاب و سنت، چاپ اول، ۱۳۸۵، سمت نو، تهران
۲۹. موسوی، عباس، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، ۱۳۷۶، خیام، تهران
۳۰. نوربها، رضا، نگاهی به قانون مجازات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۷۷، میزان، تهران
۳۱. نوری علاء، اسماعیل، جامعه شناسی سیاسی تشیع اثنی عشری، چاپ هشتم، ۱۳۸۶، ققنوس، تهران
۳۲. یزدانیان، طهماسب، پایان نامه کارشناسی ارشد، مرور زمان در قانون مجازات اسلامی سال

## ب) مقاله ها

۱. اسلامپور، هادی، جایگاه توبه و نقش آن در امور کیفری اسلام، معرفت، شماره ۹۳
۲. الهیاری، فریدون و سمائی دستجردی، معصومه، مجله پژوهش های تاریخی استان سیستان و بلوچستان، ۱۳۸۸
۳. امین، سید حسن، نظام قضایی ایران از آغاز قاجار تا انقلاب مشروطیت، پژوهش حقوق و سیاست، بی تا، بی ش
۴. آیتی، سید محمدرضا و اسفندیاری بیات، حمزه، نسبت گناه و جرم در حقوق ایران، پژوهشنامه فقه و حقوق اسلامی، سال اول، تابستان ۸۷، شماره ۱
۵. بیات، منگول، نخستین انقلاب ایران، تشیع و انقلاب مشروطیت (۱۹۰۹-۱۹۰۵)، برگردان خسرو مشهوری مقدم، فصلنامه روابط خارجی، شماره ۲۳
۶. توکلی، سعید، ارزش شهادت و حدود اعتبار آن در نظام حقوقی ایران، دادرسی، سال ۱۳۸۵، شماره ۵۶
۷. جعفریان، رسول، منابع فکر و فقه سیاسی شیعه در دوره صفوی، حکومت اسلامی، سال ششم، شماره ۳
۸. -----، سلطان محمد خدابنده، علامه حلی و رواج تشیع در ایران (در قرن هشتم هجری)، نامه مفید، شماره ۸
۹. حقیقت، سید صادق، تشیع و عرفی گرایی، رهیافت های سیاسی و بین المللی، تابستان ۸۸، شماره ۱۸
۱۰. حاجی ده آبادی، احمد، طبقه بندی مجازات ها در قانون مجازات اسلامی، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۴، شماره ۶۹
۱۱. حبیب زاده، محمدجعفر، و عینی نجف آبادی، محسن، مبنا و ملاک تعزیر (قسمت اول)، سال ششم، شماره ۳۲
۱۲. حبیب زاده، محمدجعفر، مجازات عمل حرام و تعارض آن با قانون مداری در قانون اساسی ایران، حقوق اساسی، زمستان ۱۳۸۳، ش ۳

۱۳. حسینی، سید علی، نگاهی به تطور مصلحت در فقه شیعه، طلوع، سال ۸۸، شماره ۱
۱۴. حسینی، سید محمد، مجازات بازدارنده، اشکالات نظری مشکلات عملی، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۲
۱۵. -----، حدود و تعزیرات (قلمرو، اهداف، احکام)، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، بهار ۸۷، شماره ۱
۱۶. -----، ساختار نظام قضایی عصر صفوی، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، پائیز ۱۳۹۰، شماره ۳
۱۷. حق پناه، رضا، خاتمیت ثابت و متغیر و راه حل های آن (۲)، علوم و معارف قرآن، بهار و تابستان ۱۳۷۷، شماره ۶ و ۷
- ۱۸.
۱۹. حقیقت، سید صادق، تشیع و عرفی گرایی، رهیافت های سیاسی و بین المللی، تابستان ۸۸، شماره ۱۸
۲۰. داوریار، محمد، توبه و سقوط مجازات ها، مجله دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه مشهد، بهار ۸۷، شماره ۶۷
۲۱. رحمانی، محمد، مصلحت در حکومت نبوی (احکام حکومتی)، حکومت اسلامی، سال یازدهم، شماره ۱۴
۲۲. رحمانی، محمد، حکم حکومتی در فقه علوی، فقه اهل بیت، سال هفتم، شماره ۱۸
۲۳. رحیمی، مصطفی، مشروطیتی که بود، نقدی بر کتاب مشروطیتی که نبود نوشته احمد توکلی، فصلنامه سیاسی - اقتصادی، شماره ۱۴۳-۱۴۴
۲۴. رضایی، حسن، نقش مقتضیات زمان و مکان در حقوق کیفری اسلامی، نشریه پژوهشی دانشگاه امام صادق، زمستان ۱۳۷۷، شماره ۸
۲۵. ساریخانی، عادل، و کوشا، جعفر، مرور زمان در جرایم مستوجب حد و تعزیر، نامه مفید، شماره ۲۶
۲۶. سّری، ابوالقاسم، منصب محتسب در ایران، حکومت اسلامی، سال چهارم، شماره سوم، ۱۵۱
۲۷. سلطانمحمدی، ابوالفضل، ولایت فقیه از دیدگاه علامه مجلسی، علوم سیاسی، سال چهارم، شماره ۱۴
۲۸. صادق منش، جعفر، خاستگاه و جایگاه مجازاتهای بازدارنده در حقوق ایران، مجله حقوقی

- دادگستری، سال نهم، خرداد و تیر ۸۴، شماره ۵۰
۲۹. صادقی، حسن، دلایل عقلی و قرآنی بر حسن و قبح ذاتی و عقلی افعال، معرفت کلامی، سال دوم، پائیز ۱۳۹۰، شماره ۳
۳۰. صادقی، محمدهادی، مدرس علوم انسانی، تزاحم مصلحت گرایی و حقوق بزه دیده در حقوق جزای اسلامی، پائیز ۱۳۸۴، شماره ۴۰
۳۱. طباطبایی، سید محمد، آیا اسلام به احتیاجات واقعی هر عصری پاسخ می دهد؟، مکتب اسلام، سال دوم، شماره ۷
۳۲. عزی، جمال الدین، گواهی در اسلام (۴)؛ شهادت بر شهادت، مجموعه حقوقی، دیماه ۱۳۲۰، شماره ۲۳۲
۳۳. عماره، محمد، سیاست شرعی و حکومت های بشری، ترجمه محمد امین جراحی، حکومت اسلامی، بهار ۱۳۷۶، شماره ۳
۳۴. کاتوزیان، ناصر، جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی، مجله کانون وکلا، ۱۳۷۵، شماره ۱۰
۳۵. کرباسی، محمد مهدی، ماهیت جرم در فقه و قانون جزا، معرفت، مهر ۸۱، شماره ۵۸
۳۶. کلانتری، علی اکبر، مصلحت در فقه شیعه و پاسخ به شبهات روشنفکری، فقه (کاوشی نو در فقه اسلامی)، تابستان ۸۳، شماره ۳۶
۳۷. قدیری، محسن، و ساریخانی، عادل، احکام حکومتی و مصلحت در فقه شیعه، شیعه شناسی، پائیز ۱۳۹۰، شماره ۳۵
۳۸. قرجه لو، علی رضا، شهادت بر شهادت در حقوق کیفری ایران و انگلیس، الهیات و حقوق، تابستان ۱۳۸۷، شماره ۲۸
۳۹. محقق داماد، سید مصطفی، قاعده قبح عقاب بلا بیان و مقایسه آن با اصل قانونی بودن مجازات، قضاوت، مرداد و شهریور ۸۷، شماره ۵۲
۴۰. محمدرضایی، محمد، مبانی فلسفی و کلامی حکومت دینی، قبسات، تابستان و پاییز ۱۳۸۰، شماره ۲۰ و ۲۱
۴۱. معرفت، هادی، بحثی در تعزیرات، مجله کانون وکلا، بهار و تابستان ۱۳۶۸، شماره ۱۴۶ و ۴۲. مهرپور، حسین، سرگذشت تعزیرات، نگرشی بر سیر قانونگذاری تعزیرات در جمهوری اسلامی ایران، مجله کانون وکلا، سال ۱۳۶۸، شماره ۱۴۷ و ۱۴۸



۴۳. میرموسوی، شالوده شکنی ساختار قدیم قدرت در ایران معاصر، علوم سیاسی، سال ششم،

شماره ۲۱

۴۴. نجیبی، مهدی، توبه از منظر متکلمان مسلمان، کلام اسلامی، سال بیستم

۴۵. نجفی توانا، علی، مرور زمان دادرسی، مجله کانون وکلا، بی ش

۴۶. هوشنگی، حسن و دارانی، احمدرضا، دین و حسن و قبح افعال در اندیشه ملاصدرا،

پژوهشنامه فلسفه و دین، دوره ۸، بهار ۸۹، شماره ۱

۴۷. هنرمند، عباس، قلمروی اجرای مقررات جزایی و ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی: آیا بی

حجابی در خارج جرم است؟، وکالت، بهمن ۱۳۸۳، شماره ۲۳ و ۲۴

### منابع عربی

۱. ابن عبدالعزیز، سلار، مراسم العلویه، المعاونه الثقافیه للمجمع العالمی اهل البیت، بی چا، بی

تا، قم

۲. اردبیلی، مجمع الفائده، ج ۱۲، بی چا، ۱۴۱۴، موسسه النشر الاسلامیه، قم

۳. انصاری، القضاء و الشهادات، چ اول، ۱۴۱۵، چاپخانه باقری، قم

۴. البهبهانی العاملی، جامع عباسی، بی تا، بی چا، موسسه انتشارات فرهانی، تهران

۵. شیخ جواهری، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳۵ و ۴۱، بی تا، بی چا، دارالکتب

الاسلامیه، تهران

۶. الجوهری، الصحاح، ج ۲ و ۶ و ۵، نسخه الکترونیکی

۷. الحلبي، ابوصلاح، کافی الحلبي، بی چا، بی تا، مکتبه الامام امیر المومنین علی (ع) للعامه،

اصفهان

۸. علامه حلی، إرشاد الأذهان، ج ۲، چاپ اول، ۱۴۰۱، موسسه النشر الاسلامیه، قم

۹. محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۴، چاپ سوم، ۱۴۰۹، انتشارات استقلال، تهران علامه حلی،

تبصره المتعلمین، ج ۱، چاپ اول، انتشارات فقیه، تهران

۱۰. سید خوانساری، جامع المدارک، ج ۵، چاپ دوم، ۱۴۰۵، مکتبه الصدوق، تهران

۱۱. خمینی، سید مصطفی، الصوم، چ اول، ۱۴۱۸، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران

۱۲. السید خویی، الصوم، نسخه الکترونیکی

۱۳. -----، مبانی تکمله المنهاج، ج ۱، چاپ دوم، ۱۳۹۶ ق، العلمیه، قم

۱۴. -----، تکمله المنهاج الصالحین، ج ۲۸، ۱۴۱۰، نشر مدینه العلم، قم
۱۵. زبیدی، تاج العروس، ج ۷ و ۱۹، بی جا، ۱۴۱۴، دارالفکر للطباعه و النشر و التوزیع، بیروت
۱۶. سیستانی، سید علی، تعلیقه علی العروه الوثقی، بی تا، بی جا، بی نا
۱۷. شهید ثانی، مسالک الأفهام، ج ۱۴، چاپ اول، ۱۴۱۹، موسسه المعارف الاسلامیه، قم
۱۸. شیخ طوسی، المبسوط، ج ۲، بی جا، ۱۳۸۷، مکتبه المرتضویه إحياء آثار الجعفریه، تهران
۱۹. فاضل لنکرانی، شیخ محمد فاضل، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسيله (القضاء و الشهادات)، چاپ دوم، ۱۴۲۷، مرکز فقه الاثمه الأطهار، قم
۲۰. شیخ کلینی، الکافی، ج ۲، چاپ پنجم، ۱۳۶۳ ش، دارالکتب الاسلامیه، تهران
۲۱. علامه مجلسی، بحار الأنوار، ج ۶، چاپ دوم، ۱۴۰۳، موسسه الوفاء، بیروت، لبنان
۲۲. شیخ مفید، المقنعه، ج دوم، ۱۴۱۰، موسسه النشر الاسلامیه التابعه لجماعه المدرسین بقم  
المشرفه، قم
۲۳. منتظری، دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، ج ۲، چاپ اول، ۱۴۰۸، مرکز  
العالمی للدراسات الاسلامیه، قم
۲۴. -----، نظام الحکم فی الاسلام، چاپ اول، ۱۳۸۰ ش، بی نا، بی جا
۲۵. -----، دراسات فی مکاسب المحرمه، ج ۲، چاپ اول، ۱۴۱۷، مکتب آیه الله العظمی  
منتظری، قم
۲۶. موسوی، هاشم، مفهوم التقیه فی فکر الاسلامی، بی تا، الغدیر للدراسات و النشر، بیروت،  
لبنان

### ج) پایگاه های اینترنتی

۱. آیت الله صافی گلپایگانی، التعزیر، انواعه و ملحقاته: <http://islampedia.ir/fa/>
۲. پایگاه مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی: <http://www.taghrib.org/farsi>
۳. پایگاه رسمی اداره حقوقی قوه قضائیه: <http://www.edarehoququy.ir/>
۴. شریفی، صدیقه، تعزیرات منصوص شرعی، پایگاه اینترنتی علم حقوق: [www.scienceoflaw.ir](http://www.scienceoflaw.ir)
۵. شیخ الاسلامی، بررسی قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، فصلنامه وکیل مدافع، ارگان داخلی کانون وکلای دادگستری خراسان، سال سوم، بهار و تابستان ۱۳۹۲، شماره هشتم و نهم؛ برگرفته از پایگاه اینترنتی: <http://hassani.ir/>

## Abstract

Reviewing and analyzing punitive and deterrent punishments and turning them into new and former Islamic penal codes. All penalties imposed by the legislator (government in the general sense of the word), not the Shari'a, are punishable by punishment, such as the penalties set forth in Book V of the Islamic Penal Code, and these penalties, because of their type and number and their number Shari'ah has not been designated, is also subject to the title of Ta'zir. Since there are no punishments in jurisprudence and in our law, its nature is ambiguous, therefore, various interpretations have been made about it. The punitive punishment is the same as that which according to the jurisprudential principle (al-ta'zīr al-i-a-i-al-Hakim), the jurists can apply to the acts in the shari'a Sin is considered to be fulfilled. Regarding the nature of the deterrent punishment, various views suggest that the deterrent punishment is the same, and, from the examples of the second criterion of ta'zir, is committing corrupt conduct contrary to the rules and regulations of the government. Therefore, the deterrent punishment is sub-set and under the general title, and the rules of punishment are imposed on it. Here, universal sanctity is divided into two parts of the religious sanctity and government tithes according to its charter, and the specific deterrent rules are part of the second part of the ta'zirat, ie, the government's sanctions. The deterrent punishment applies to individuals who have not committed sins in religious terms and pretexts, but their behavior leads to disturbances in the social system and creates a general corruption in the Islamic society. Restrictive punishments have a privileged position as a reflection of human rationale in preserving and maintaining the state and its survival, as well as the regulation of social relations. In Islamic history, we are often faced with punishments and sentences that are temporary and only issued and enforced according to the requirements of time and place. The amount of punishment of some ta'zir crimes has been determined in narrations. The jurists are sometimes referred to as "tithes" or "specific sanctions". The existence of such punishments has increased the ambiguity of the number of adulthood and has led to the split of the opinions of the jurists regarding the imposition or reduction of these punishments. The main question about these cases is the clarification of the amount of punishment in these crimes, and the prediction of stability or change of punishment. These punishments are often not even attributable to sincerity, and are only applied temporarily to discipline the affairs. There is no suspicion that these punishments are a part of the sanctions that reflect the strength and will of the school of Islam in confronting the events of every age. What is in our study is the need to address punitive sanctions, ie government sanctions, with an emphasis on differentiating them from religious sanctions. The sputum of the concept of punitive punishments with religious sanctity means to ignore the causes and necessities that require the separation between deterrent punishments and sanctions in the context of legislation of modern societies.

Keywords: Threats, Inhibitors, New and Former Islamic Penal Code



Islamic Azad University  
Nourabad mamasani Branch

Thesis on Criminal Law and Criminology « M.A»

Title:

Investigation and analysis of punitive and deterrent  
punishments and their transformation into new and former  
Islamic Penal Code

Supervisor:

**Dr. Arsalan kosha**

By:

**Kourosh goodarzi**

Winter : ۲۰۱۹