

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره ۵ و ۶، زمستان ۱۳۹۴ و بهار ۱۳۹۵

صفحات ۲۷ تا ۴۲

رضاعسکری*

R.askari5803@yahoo.com

ضابطه جرم انگاری در متون فقهی و مواد قانونی باتکیه بر قاعده «التعزیر لکل عمل محرم»

چکیده

تبیین ضابطه مند معیار جامع جرم انگاری در فقه و حقوق اسلام در چارچوبی مشخص برای تقنین نقشی بسزا دارد. نوشتار حاضر با هدف کشف چنین نیازی به سراغ قاعده مشهور «التعزیر لکل عمل محرم» رفته و پس از بررسی مفاد سعه و ضیق و ادله آن و با بیان چندین تفسیر مختلف از فقیهان به این نتیجه رسیده است که تنها در صورت تفسیری موسع از این قاعده و جرم دانستن هر عمل فساد انگیز و مجازات دانستن هر عمل اصلاحی می توان ضابطه ای کلی برای جرم انگاری از این قاعده استخراج کرد. مستند این تفسیر موسع نیز توجه به حکمت و فلسفه تعزیرات است که برای جلوگیری از اخلال در نظام مادی و معنوی اجتماع منظور شده است.

در این مقاله ضمن بررسی قول مشهور که دلالت تفسیر موسع از این قاعده است، به برخی مواد قانونی تعزیرات از جمله ماده ۶۳۸ قانون مجازات سابق و ماده ۱۴۱ تعزیرات سال ۱۳۹۲ پرداخته و تفاسیر آن ها موافق نظر مشهور شمرده شده است.

کلیدواژگان

تعزیر، اخلال به نظام، جرم انگاری، اصل ۱۶۷ قانون اساسی، ماده ۶۳۸ تعزیرات، ماده ۱۴۱ تعزیرات.

* دانش پژوه مرکز آموزش های تخصصی فقه و طلبه سطح سه حوزه علمی قم.

مقدمه

یکی از معضلاتی که در محاکم قضایی ایران وجود دارد، خلأ و نواقص قوانین مدون نظام قانونی ماست. یکی از مهمترین علل وجود این نواقص در بخش کیفری، فقدان نظام جرم انگاری فقهی است. البته واضح و روشن است که فقه شیعی از غنای تولید چنین نظامی برخوردار است. نظام کیفری فقهی موجود در کتب فقهی از چهار بخش تشکیل یافته است: حدود، قصاص، دیات و تعزیرات. چنانچه در ادامه خواهد آمد سیاست شارع مقدس بر این بوده است که تمام ابعاد سه بخش اول را خود روشن نماید و تبیین و تحدید بخش اخیری یعنی تعزیرات را ارائه قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» به علمای هر عصر از عصور اسلامی بسپارد؛ بدین معنا که جرم انگاری و سازمان آن در این بخش را بر عهده آنان واگذار نماید.

از آن جایی که تا قبل از انقلاب اسلامی، امر حکومت به شکل گسترده و همه جانبه در اختیار فقها نبوده است لذا فقها در کتب فقهی خود لزومی ندیده اند که ضابطه ای حکومتی و سازمانی برای بخش تعزیرات تبیین نمایند بلکه صرفاً به توضیح اجمالی کلی قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» و توضیح برخی از مصادیق آن پرداخته اند. مراجعه به کتب فقهی در دوره های مختلف نشانگر این امر خواهد بود.

پس از انقلاب و تشکیل حکومت اسلامی به دست فقها ضرورت تبیین نظام جرم انگاری در بخش تعزیرات نمایان است. در برخی آثار فقهی همچون مرحوم آیت الله منتظری در نظام الحکم فی الاسلام، مقاله تعزیر و گستره آن از آیت الله مکارم شیرازی و محقق داماد در قواعد فقه ضمن تبیین کلی قالب های کیفری و فلسفه کیفر و انواع آن در نظام کیفری اسلام، سعی در تبیین و حل برخی معضلات و ابهامات قاعده مذکور داشته اند. البته که چنین کوششی لازم است و پشتوانه تحقیق حاضر است. اما در این بین اثری که نظام جرم انگاری را به شکل کامل تبیین کرده باشد یافت نشد. این نوشتار در صدد اینست که چند هدف عمده را تأمین نماید؛ اول اینکه مفاد و گستره و ادله قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» را به عنوان بخشی از نظام کیفری فقهی موجود را بررسی کند. دوماً رویکرد قانونگذار در بخش تعزیرات را نسبت به قاعده مذکور روشن نماید چرا که سرانجام نظام تبیین شده در این مقاله باید روانه دستگاه قضایی شود و تا قانون این تحلیل را نپذیرد و به قاضی اجازه استفاده از آن را ندهد؛ برای قضات مفید نخواهد بود. سوماً با توجه به یکی از تفاسیر فقهی از قاعده مذکور با موضوع هر عمل قبیح محلّ به نظام مادی و معنوی اسلام؛ نظام جرم انگاری بخش تعزیرات، مستند به سیره عقلا، حکم عقل و امضای شارع تبیین و روشن گردد؛ تا راه گشای قانون گذاران کشور باشد.

۱. بررسی مفاد و گستره قاعده التعزیر از منظر فقیهان

در عبارات فقیهان از این قاعده با تعبیرهای مختلفی یاد شده است که روح همه آن‌ها در کلیت قاعده این است که اگر فردی در سرزمینی زندگی کند که حاکم مسلمان بر آن حکومت می‌کند و در آن جا عملی حرام انجام دهد یا یکی از احکام واجب اسلام را ترک کند، حاکم اسلامی حق دارد در صورت صلاح دید، وی را به مجازات تعزیری محکوم کند. مجازات تعزیری، هر عملی است که حاکم اسلامی آن را برای شخص مرتکب جرم صلاح ببیند یعنی در برابر خطای او واکنشی نشان دهد که بتواند نقش اصلاحی داشته باشد. این اختیار حاکم از یک طرف تا جایی است که حتی می‌تواند مجرم را رها کند و هیچ واکنش فعلی در برابر او انجام ندهد و از طرفی هم به گونه‌ای است که می‌تواند وی را تا کم‌تر از اقل الحدود مجازات کند یا هر کاری دیگر خارج از سنخ مجازات‌های حدی برای وی در نظر بگیرد.

برای بررسی مفاد و گستره قاعده باید مفردات آن روشن شود تا در مرحله بعد، تصویری روشن از قاعده و گستره آن ایجاد شود. متن مستفاد از قاعده در تعبیرهای مختلف فقهی را این متن قرار می‌دهیم: «من ارتکب حراما و ترک واجبالم یعین الشارع فیه الحد فللام او نائبه تعزیره بما دون الحد بحسب رأیه». با توجه به این متن مصطاد، مفرداتی که باید بررسی شوند، عبارتند از: «من موصوله، ارتکاب حرام و ترک واجب، حدود معین، لام در للام، امام و نایب امام، تعزیر، ما دون الحد، بحسب رأیه».

الف) مخاطب تعزیر: من موصوله (هر کس)

بسیاری از فقیها پذیرفته‌اند که مخاطب این قاعده فقط افراد بالغ نیستند و برخی اعمال صبی نیز قابل تعزیر است هر چند برخی از آن‌ها به «تأدیب» تعبیر کرده‌اند. فقیهان در این زمینه به طور مستقل وارد بررسی مخاطب حکم نشده‌اند به شکلی که دایره را مشخص کنند، بلکه از طریق شواهد فتوایی که دارند، باید قاعده کلی را اصطیاد کرد. از مجموع تطبیقات به دست می‌آید که مخاطب عام است یعنی شامل هر کسی می‌شود که در دایره جامعه اسلامی قرار دارد اعم از مسلمانان و کفار ذمی و بالغ و کودک. کودک در این جا منصرف از غیر ممیز است. البته برخی نیز این تصریح را دارند که شامل صبیان و مجانین نیز می‌شود و بعضی دیگر تمییز را هم شرط می‌دانند. برخی دیگر از فقیهان هم چون صاحب جواهر به تصریح شرطیت تمییز را بیان کرده‌اند. (جواهرالنکاح ۴: ۴۱۴) برخی دیگر هم چون علامه حلی (نکت النهایة ۳: ۳۲۰) و شهید اول (القواعد و الفوائد ۲: ۱۴۲) شمول قاعده نسبت به صبی را به طور صریح بیان کرده‌اند. مرحوم مدنی کاشانی می‌نویسد: «علت این که چرا صبی که رفع قلم از او شده است، باید تعزیر شود، این است که تعزیر به دلیل دفع فساد

است و با این ملاک، هر عمل فسادانگیزی حتی حرام هم نباشد، قابل تعزیر است؛ چه برسد به ارتکاب حرام و ترک واجب.» (کتاب القصاص للفقهاء والخوایص ۱۷۴)

ب) ارتکاب حرام و ترک واجب

این دو مفهوم نقش موضوع را در این قاعده اجرا می‌کنند. اولاً باید نظرات مختلفی که در تفسیر آن از فقهاء بیان شده است بیان گردد. ثانیاً باید شمول این قاعده نسبت به انواع حکم بررسی شود و ثالثاً باید معیار دقیقی ارائه شود که مشخص کند که شخصیت مجرم ملاک برای تعزیر است.

اقوال فقهاء در تفسیر موضوع قاعده

فقیهان درباره این که موضوع قاعده چه افعالی هست، نظرات مختلفی بیان کرده اند. این نظرات در هشت نظریه به شرح ذیل خلاصه می‌شود.

نظر اول: هر عمل قبیحی است که مفسده دارد اعم از این که ترک واجب باشد یا ارتکاب حرام و اعم از این که صغیره باشد یا کبیره. هم چنین اعم از این است که کار مباحی باشد که قبح عقلایی پیدا کرده است و سبب فساد و اخلال شده باشد. شهید اول بیان می‌کند: «تعزیر متناسب با جنایت و جرمی است که واقع شده است. اگر کوچک و حقیر باشد، تعزیر آن هم کم است؛ چون تابع مفسده است و به همین دلیل، فعل صبی که مفسده داشته باشد، تعزیر دارد و نیز فعل مجانبین.» (القواعد و الفوائد ۲: ۱۴۲) همین ملاک در بیان فقهای دیگری وجود دارد؛ همچون مرحوم مدنی کاشانی (کتاب القصاص ۱۷۴)، شهید صدر (ماوراء الفقه ۹: ۱۱۵)، مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۱: ۳۷)، آیت الله مکارم شیرازی (تعزیر و گستره آن ۴۳ و ۶۱) و محقق داماد (قواعد فقه ۴: ۲۴۸).

نظر دوم: هر ارتکاب حرام و ترک واجب، خواه از کبائر باشد یا از صغایر موجب تعزیر است. ابوالصلاح حلبی بیان می‌کند: «اخلال به هر واجبی - اعم از واجبات عقلیه و شرعیه - و ارتکاب هر قبیحی که شارع وظیفه خاص برای آن تعیین نکرده است، موجب تعزیر است.» (الکافی فی الفقه ۴۱۶) ابن ادریس حلی (السرائر ۳: ۵۳۶)، محقق حلی (شرایع ۴: ۱۵۵)، علامه حلی (تحریر الأحکام ۵: ۳۹۸)، شهید ثانی (مسالك ۱۴: ۴۵۷)، فیض کاشانی (مفاتیح الشرایع ۲: ۱۰۶)، مجلسی دوم (حدود و قصاص و دیات ۵۹)، صاحب جواهر (جواهر ۴۱: ۲۵۴-۲۵۵)، ملا شریف کاشانی (تسهیل المسالك ۱۶)، مرحوم مغنیه (فقه الإمام الصادق ۶: ۲۴۵)، مرحوم آیت الله خویی (موسوعه ۴۱: ۴۰۶-۴۰۸)، مرحوم تبریزی (أسس الحدود ۲۷۱)، آیت الله وحید (منهاج الصالحین ۳: ۵۰۳)، آیت الله فیاض (منهاج الصالحین ۳: ۳۱۵)، آیت الله روحانی (منهاج الصالحین ۳: ۲۹۹)، آیت الله نجم الدین طبسی (موارد السجن ۱۸۳) و آیت الله ایروانی (دروس تمهیدیه ۳: ۳۰۰-۳۰۱) از دیگر مدافعان این

نظر محسوب می شوند. مرحوم قمی سبزواری نیز بیان می کند که: «تعزیر برای اخلال به واجب و فعل قبیح واجب است.» (جامع الخلاف ۵۹۷)

نظر سوم: ارتکاب حرام و ترک واجبی اعم از این که صغیره باشد یا کبیره تعزیر دارد. البته در صغیره مشروط بر این است که دارای مصلحت باشد. مرحوم سبزواری این گونه بیان می کند: «هر کس مرتکب کبائر شود، مستحق تعزیر است اعم از این که ترک واجب باشد یا فعل محرّمات و هم چنین ارتکاب صغیره هم تعزیر دارد به شرط این که در تعزیر وی مصلحت وجود داشته باشد.» (مهذب الأحکام ۲۸: ۳۵)

نظر چهارم: هر ارتکاب حرام و ترک واجبی که کبیره باشد به علاوه صغیره هایی که بر حرمت آن ها اجماع وجود دارد، تعزیر دارند. در تعبیر امام خمینی چنین آمده است: «الخامس. کلّ من ترك واجبا أو ارتكب حراما فلإمام (ع) و نائبه تعزیره بشرط أن يكون من الكبائر» (تحریر الوسيله ۲: ۴۳۰) یا می فرماید: «ولو ارتكب شيئاً من المحرّمات (غير ما قرّر الشارع فيه حدّاً) عالماً بتحریمها لا مستحلاً عزّز، سواء كانت المحرّمات من الكبائر أو الصغائر.» (تحریر الوسيله ۲: ۴۳۳) جمع بین دو عبارت چگونه است و کدام صحیح است؟ پاسخ: مورد مسئله دوم محرّماتی است که بر تحریم آن اجماع است. (استفتائات ۳: ۴۵۴-۴۵۶)

نظر پنجم: هر ارتکاب کبیره ای چه فعل محرم و چه ترک واجب تعزیر دارد و نیز در صغائر نسبت به کسی که مرتکب کبیره هم شده باشد، اما اگر مرتکب کبیره نشده باشد، صغیره او تعزیر ندارد. مرحوم آیت الله فاضل اینگونه بیان می کند که: «هر ارتکاب کبیره ای چه فعل محرم و چه ترک واجب و هم چنین در صغائر نسبت به کسی که مرتکب کبیره هم شده باشد.» (تفصیل الشریعة - الحدود ۴۱۷) همچنین آیت الله مؤمن با همین عبارت سخن گفته است. (مبانی تحریر - الحدود ۵۱)

نظر ششم: هر ارتکاب حرام و ترک واجبی که کبیره باشد، تعزیر دارد. مرحوم آیت الله بهجت بیان می کند که: «تعزیر در گناه کبیره است.» (استفتائات ۴: ۳۱۴)

نظر هفتم: هر ارتکاب حرامی اعم از این که صغیره باشد یا کبیره، تعزیر دارد. در این جا برخی مثل شیخ طوسی به طور صریح و مشخص بیان نکرده اند که چه افعالی باعث استحقاق تعزیر می شود، اما سیاق عبارت و تنوع مثال ها نشان می دهد ارتکاب هر حرامی را موجب تعزیر می دانند، اما در مورد ترک واجبات نمی توان استنباطی داشت؛ چون همه مثال ها از نسخ ارتکاب محرّمات هستند. شیخ طوسی بیان می کند: «اگر انسانی فعلی که موجب تعزیر است، مثل تفخید و بوسیدن زن و ضرب و شتم به ناحق را مرتکب شود، امام حق تأدیب وی را دارد.» (المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۶۶).

نظر هشتم: هرازتکاب حرامی که کبیره باشد، تعزیر دارد. مرحوم آیت الله گلپایگانی بیان می‌کند: «تعزیر فقط برای معاصی کبیره است.» (مجمع المسائل ۳: ۲۱۳) علامه جعفری (رسائل فقهی ۱۲۹) و آیت الله صافی از همین عبارت استفاده کرده‌اند. (جامع الأحکام ۲: ۳۷۶)

شمول قاعده نسبت به احکام اوله و ثانویه

طبق قاعده باید گفت کسی که در بخش قبلی، مدافع نظریه اول باشد، در این مقام باید قاعده را نسبت به احکام حکومتی نیز ثابت بداند، هر چند بسیاری اصلا در مقام بیان نسبت به احکام حکومتی و احکام ثانوی نبوده‌اند. البته از آن میان، آیت الله مکارم شیرازی (تعزیر و گستره آن ۶۱) و مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۳: ۴۰-۴۱) به طور صریح به بیان این عمومیت پرداخته‌اند.

معیار تعزیر؛ شخصیت مجرم

به طور کلی می‌توان تمام کسانی را که در بخش قبل، مدافع نظریه اول بودند، از کسانی شمرد که معیار را شخصی می‌دانند. دیگر فقیهان نیز چنین هستند؛ چون همه در این قاعده قید «بما یراه الحاکم» را افزوده‌اند. البته منظور از شخصی بودن این نیست که ملاک و ضابطه ندارد، بلکه منظور این است که آن ملاک و ضابطه ناظر به نوع افراد نیست، بلکه ناظر به شخص افراد است که با توجه به وضعیت شخص مرتکب از نظر زمان و مکان و اوضاع و احوال و نحوه ارتکاب سنجیده می‌شود. شیخ طوسی بیان می‌کند: «تعزیر به واجب و مباح تقسیم می‌شود؛ بدین توضیح که اگر فعل از افعال موجب تعزیر انجام شود و حاکم تنها راه اصلاح و منع او را مجازات بداند، واجب است او را تعزیر کند اعم از حبس و شلاق و ... در غیر این صورت، مخیر است بین مجازات تعزیری و ترک وی.» (المبسوط ۸: ۶۶) فقهایی دیگر نیز این نظر را پذیرفته‌اند همچون ابن ادریس حلی (السرائر ۳: ۵۳۶)، علامه حلی (تحریر الأحکام ۵: ۳۹۸)، شهید اول (القواعد و الفوائد ۲: ۱۴۲)، میرفتاح مراغی (العناوین الفقهية ۲: ۲۲۷)، رسائل فقهی (۱۲۹)، مرحوم آیت الله خوبی (موسوعه ۴۱: ۴۰۶-۴۰۸) و مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۳: ۴۰).

ج) حدود معین

در این قاعده، این قید وجود دارد که شارع نباید برای عملی که قرار است موجب تعزیر شود، به طور خاص حد تعیین کرده باشد. بنا بر این تقييد، اگر حد تعیین شده باشد، از شمول این قاعده خارج است. قید بودن این مسئله در موضوع قاعده از مسلماتی است که هیچ اختلافی هم در آن نیست و حتی برخی قیدیت آن را بدیهی فرض کرده و نیازی به ذکر آن ندیده‌اند. همه فقیهانی که از این قاعده بحث کرده‌اند، این قید را به نحوی بر موضوع افزوده‌اند، البته با تعبیری گوناگون

هم چون: «ما لم یرد من الشارع توظیف بحد خاص: تا وقتی شارع وظیفه خاصی نسبت به آن تعیین نکرده باشد» و «ما لم یعیّن الشارع الحد الخاص: تا وقتی شارع حد خاص معین نکرده باشد». ابوالصلاح حلبی این گونه بیان می‌کند: «تا وقتی شارع وظیفه خاصی نسبت به آن تعیین نکرده باشد». (الکافی فی الفقه ۴۱۶) محقق حلّی (شراعی ۴: ۱۵۵)، (جامع الخلاف ۵۹۷)، علامه حلّی (تحریر الأحکام ۵: ۴۱۱)، شهید ثانی (مسالك ۱۴: ۳۲۷)، فیض کاشانی (مفاتیح الشراعی ۲: ۱۰۶)، میرفتاح مراغی (العناوین الفقہیة ۲: ۶۲۷)، مرحوم مغنیه (فقه الإمام الصادق ۶: ۲۴۵)، مرحوم سبزواری (مہذب الأحکام ۲۸: ۳۵)، شهید سید محمد صدر (ماوراء الفقه ۹: ۱۱۵)، امام خمینی (تحریر الوسیله ۲: ۴۳۳)، مرحوم آیت الله گلپایگانی (مجمع المسائل ۳: ۲۱۳)، مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود ۱: ۴۰)، آیت الله صافی (جامع الأحکام ۲: ۳۷۶) و آیت الله مکارم شیرازی همین عبارت را به کار برده‌اند. (تعزیر و گستره آن ۳۷)

د) «لام» در لامام

از جمله مفردات مهمی که در این قاعده باید بررسی شود، «حرف جرّ» وارد شده بر امام و نایب الامام است. بیش تر فقیهان از حرف جرّ «لام» استفاده کرده‌اند، اما برخی دیگر یا از تعبیر «علی» استفاده کرده یا «لام» را به کار برده‌اند اما در توضیح قاعده به نتیجه تعبیر «علی» رسیده‌اند. برخی دیگر هم تفصیل داده‌اند بدین معنی که در برخی موارد، «لام» و در برخی موارد، «علی» در حکم دخیل است.

حق یا تکلیف بودن تعزیر برای قاضی

در بین فقها نسبت به حق یا تکلیف بودن تعزیر برای قاضی سه نظریه وجود دارد؛ گروهی مطلقاً آن را حق می‌دانند بدین معنا که تکلیفی بر عهده وی نیست، بلکه این حق برای اوست که وقتی شرایط وجود داشته باشد آن را انجام می‌دهد. از جمله محقق حلّی (شراعی ۴: ۱۵۵) علامه حلّی (تحریر الأحکام ۵: ۳۹۸)، شهید ثانی (مسالك ۱۴: ۴۵۷)، فیض کاشانی (مفاتیح الشراعی ۲: ۱۰۶)، مرحوم سبزواری (مہذب الأحکام ۲۸: ۳۵) و مرحوم آیت الله فاضل (تفصیل الشریعة - الحدود ۴۱۷).

گروهی مطلقاً آن را تکلیف می‌دانند یعنی اگر شرایط این قاعده وجود داشته باشد، حاکم موظف به تعزیر مرتکب است و حق ترک آن را ندارد. از جمله ابوالصلاح حلبی (الکافی فی الفقه ۴۱۶) مرحوم قمی سبزواری (جامع الخلاف ۵۹۷)، مجلسی دوم (حدود و قصاص و دیات ۵۹)، مرحوم آیت الله خوبی (مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۴۰۶-۴۰۸) آیت الله روحانی (منهاج الصالحین ۳: ۲۹۹) آیت الله مکارم شیرازی (استفتائات جدید ۱: ۳۶۹) و آیت الله فیاض (منهاج الصالحین ۳: ۳۱۵). در عبارات

برخی از فقها برای وجوب تعزیر یکسری شرایط بیان شده است. اولین شرط عدم توبه مرتکب است. شهید اول (القواعد والفوائد ۲: ۱۴۲) همچون مرحوم آیت الله منتظری (رساله استفتائات ۱: ۲۶۲) مرحوم آیت الله گلپایگانی (مجمع المسائل ۳: ۱۳۸) و آیت الله مکارم شیرازی (استفتائات جدید ۳: ۳۶) دومین شرط عدم ترتب عناوین ثانوی بر اجرای تعزیر است مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات ۲: ۵۰۴) و آیت الله مکارم شیرازی (استفتائات جدید ۳: ۳۶) و اطلاع از راه متعارف شرط سوم وجوب تعزیر است. آیه الله مکارم شیرازی (استفتائات جدید ۱: ۳۶۹)

گروهی دیگر تفصیل می دهند بین مواردی که راه منحصر اصلاح، تعزیر است (پس واجب است) و بین مواردی که راه دیگری برای اصلاح وجود دارد که حاکم حق دارد و مختار است تعزیر کند یا کار دیگری انجام دهد. شیخ طوسی این نظر را به عنوان یک نقل طرح و درباره آن سکوت کرده است، ولی لحن کلام ایشان با پذیرش این نظر همراه است. البته ظاهراً این تفصیل مبتنی بر این است که تعزیر را فقط شلاق بدانیم، ولی اگر تعزیر را به شکلی عام معنا کنیم که شامل توبیخ و وعظ هم شود، علی القاعده در گروه دوم جای خواهند گرفت، چنان که فقیهان دسته دوم همگی تعزیر را به شکل عام معنا کرده اند. شیخ طوسی این گونه بیان می کند: «اگر فعل از افعال موجب تعزیر انجام شود و حاکم تنها راه اصلاح و منع او را مجازات بداند، واجب است او را تعزیر کند اعم از حبس و شلاق و سایر امور. در غیر این صورت، مخیر است بین مجازات تعزیری و ترک وی.» (المبسوط فی فقه الإمامیة ۸: ۶۶)

هـ) امام و نایب امام

در این بخش، مجری قاعده معرفی می شود که در این جا امام و نایب (عام و یا خاص) او معرفی شده است و در آن بحثی نیست و همه پذیرفته اند. اما قاضی مأذونی که جامع شرایط نیست، محل اختلاف است و به طور کلی سه نظر وجود دارد.

نظر اول. عدم جواز به طور مطلق است. آیت الله صافی (جامع الاحکام ۲: ۳۷۶) نظر دوم. اذن در صورت اجازه مجتهد است. آیت الله مکارم شیرازی (استفتائات جدید ۳: ۳۶) نظر سوم. جواز در صورت تعیین حدود از سوی مجتهد است. امام خمینی (استفتائات ۳: ۴۵۴) - ۴۵۶) و محقق داماد (قواعد فقه ۴: ۲۲۷)

و) تعزیر

در مورد قید تعزیر آنچه که مهم است گستره تعزیر است که چه نوع اعمالی می توانند «تعزیر» نام بگیرند. باید دانست تبیینی که از مفهوم «تعزیر» می شود، در تعیین سعه و ضیق موضوع قاعده نقش بسزایی دارد. به طور عمده، دو نظر اساسی در این زمینه وجود دارد.

عده‌ای، تعزیر را منحصر در شلاق می‌دانند. مرحوم قمی سبزواری گفته است: «تعزیر از ده ضربه تا نود و نه ضربه شلاق است.» (جامع الخلاف والوافق ۵۹۷) علامه حلی هم می‌گوید: «تعزیر انسان آزاد از ده ضربه تا نود و نه ضربه شلاق است.» (تحریر الأحکام ۵: ۳۹۸)

عده‌ای آن را با مفهومی عام معنا می‌کنند که شامل حبس، جزای نقدی، توبیخ و تبعید شود. شیخ طوسی چنین می‌گوید: «امام می‌تواند مرتکب را توبیخ کند یا سرزنش کند و کتک بزند یا حبس کند و یا با شلاق بزند.» (المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۶۶) برخی دیگر از فقها نیز همین نظر را دارند همچون محقق داماد (قواعد فقه ۴: ۲۵۰) مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود و التعزیرات، ۱: ۴۰۰) و آیت الله مکارم شیرازی (استفتائات جدید ۲: ۵۰۷).

ز) دون الحد

در این بخش، قیدی برای حکم آورده‌اند. طبق مطالب بخش قبل، تعزیر حد معین ندارد، ولی نهایت مقدار آن مشخص شده است که نباید به کم‌ترین حد برسد. برای مثال، اگر کم‌ترین حد، ۷۵ ضربه شلاق باشد، شلاق تعزیری نباید به این حد برسد. نسبت به اقل میزان تعزیر برخی فقیهان، ۴۰ ضربه، برخی ۷۵، برخی ۸۰ و برخی ۱۰۰ ضربه گفته‌اند. برخی دیگر هم بین انسان حر و عبد تفصیل داده‌اند. (که بررسی این سؤال از حدود این مقاله خارج است) آنچه که لازم است بررسی شود اینست که در مبنایی که تعزیر را منحصر در شلاق نمی‌داند؛ اگر قاضی بخواهد جزای نقدی را به عنوان تعزیر معرفی کند، ادنی الحد ندارد. با توجه به منابع فقهی در حل این مسأله باید چنین تفصیل داد:

۱. افرادی که تعزیر را در تعزیرات منصوص منحصر می‌دانند یعنی افرادی که تعزیر را در مواردی منحصر می‌دانند که جرم و گناه در آن‌ها تعیین شده، اما میزان مجازات و عقاب برای آن تعیین نشده است، همگی مجازاتشان از جنس شلاق است. پس طبیعی است که اصلا این سؤال برای آن‌ها مطرح نیست و صرفاً باید همان ادنی الحدود را تعیین کنند.

۲. افرادی که غیر از تعزیرات منصوص را پذیرفته‌اند، اما تعزیر را فقط شلاق می‌دانند حتی در غیر منصوصات، این افراد هم مثل دسته قبل پاسخی لازم ندارند.

۳. افرادی هم هستند که تعزیرات غیر منصوص را پذیرفته‌اند و تعزیر را در شلاق منحصر نمی‌دانند و می‌گویند محدودیتی که شارع تعیین کرده است، فقط برای همان موارد است و به دیگر موارد سرایت نمی‌کند. فقیهان نسبت به این که حاکم چگونه و بر اساس چه معیاری باید تعیین شود، قید «برأی الحاکم» را در قاعده آورده‌اند که در بخش بعدی بررسی می‌شود.

ح) بحسب رأیه

در بخش ششم گفته شد که تعزیر منحصر در شلاق نیست و در بخش هفتم گفته شد که تعزیر

از یک جهت محدوده مشخص دارد و آن هم این است که اگر شلاق باشد، به ادنی الحدود نرسد. حال این سؤال طرح می‌شود که تعیین این که از کدام نوع باشد؛ مثلاً شلاق یا حبس یا جزای نقدی یا توبیخ و وعظ و هم چنین تعیین این که چه مقدار باشد؛ مثلاً ۵ سال حبس یا ۴ سال یا ۱۰ میلیون جزای نقدی یا ترکیبی از هر دو؛ بر عهده کیست؟ فقیهان پاسخ داده‌اند که حاکم به رأی خودش عمل کند و خودش با توجه به شخصی بودن معیار تعزیر هر قدر صلاح دید، همان را تعیین کند.

۲. بررسی ادله فقیهان نسبت به قاعده التعزیر

اکنون باید ادله ناظر به این نظرها بررسی شوند؛ یعنی باید دلیل و مستند فقهی هر تقریر بیان شود. مجموعاً ذیل این قاعده چه برای پذیرش اصل آن و چه برای تفسیر فقرات و تبیین سعه و ضیق آن، شش دلیل اقامه شده است.^۱ در این میان، کسانی مثل مرحوم آیت الله فاضل می‌گویند هر ارتکاب کبیره‌ای چه فعل محرم و چه ترک واجب، تعزیر دارد و هم چنین در صغیره‌ها نسبت به کسی که مرتکب کبیره هم شده باشد، ابتدائاً عمومیت تعزیر برای تمام کبایر و صغایر را می‌پذیرند، ولی با توجه به یکی از آیات قرآن به این تفصیل معتقد شده‌اند که ذیلاً بیان می‌شود. این ادله عبارتند از: اجماع، روایات عامه، روایات خاصه، عمومیت ادله امر به معروف و نهی از منکر، دلیل عقلی حفظ نظام و فعل امیرالمؤمنین.

الف) دلیل اول: اجماع

برخی فقیهان اجماع را دلیل و مستند فقهی این قاعده ذکر کرده‌اند. اجماع از ادله لئی است و در پذیرش آن باید به قدر متیقن اکتفا کرد، قدر متیقن از این اجماع، ارتکاب محرمات و ترک واجبات کبیره است و شامل صغایر و امور دیگر نمی‌شود. اجماع همان طور که آیت الله مکارم شیرازی بیان می‌کند، تعزیر در موضوع ترک واجبات و ارتکاب محرمات کبیره را ثابت می‌کند نه فراتر از آن را. (تعزیر و گستره آن ۳۸) مضاف بر این که این اجماع محتمل المدرکی و بلکه مدرکی است و حجیتی نخواهد داشت. از جمله فقیهانی که اجماع را دلیل خود می‌دانند، می‌توان از صاحب جواهر (جواهر ۴۱: ۴۴۸) و هم چنین مرحوم خوئی (مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۴۰۸) نام برد.

ب) دلیل دوم: روایات عامه باب

۱. نکته قابل توجه این است که پشتوانه همه این تقریرات چند دلیل مشابه است و آن چه سبب تفاوت در این تقریرات شده، تفاوت در نوع استظهارات است و همین سبب شده که تقریر آن‌ها از این قاعده متفاوت باشد. نکته دیگر این است که همان طور که در تفسیر مفاد قاعده، کسی به شکلی که در این گزارش عمل شده، عمل نکرده بود یعنی معمولاً فقها کلیت قاعده را توضیح داده‌اند نه این که تک تک مفردات را تفسیر کنند و سپس تفسیر کل قاعده را بیان کنند. همچنین است در بخش ادله یعنی فقها برای کلیت قاعده طبق تفسیر خودشان دلیل اقامه کرده‌اند نه این که برای هر بخش از تفسیرشان دلیلی اقامه کرده باشند، هر چند عموماً ناظر به تعیین و تبیین موضوع قاعده هستند.

برخی فقیهان روایاتی را می‌آورند که به طور عام بر این قاعده دلالت دارند، مانند: ملا شریف کاشانی که می‌گوید: «از پیامبر روایت شده است که إن الله قد جعل لكل شیء حدًا و جعل لمن تعدی ذلك الحد حدًا.» (تسهیل المسالك ۱۶) و نیز مرحوم مغنیه (فقه الصادق ۶: ۲۴۵) مرحوم خوبی (مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۴۰۶-۴۰۸) مرحوم تبریزی (أسس الحدود ۲۷۱) و آیت الله مکارم شیرازی (تعزیر و گستره آن ۴۳) دلالت این روایات بر این است که هر چیزی حد و مرزی دارد و تجاوز از هر مرزی نیز حدی دارد. به عنوان نمونه توضیح آیت الله مکارم شیرازی در توضیح یکی از این روایات بیان می‌شود.

در روایتی امام صادق (ع) خطاب به عمرو بن قیس می‌فرماید: «آیا می‌دانی که خداوند پیامبری فرستاده و کتابی بر آن پیامبر نازل کرده و در آن کتاب تمام نیازهای انسان را آورده و آن را چراغی فراسوی او قرار داده و برای هر چیزی حدّ و اندازه‌ای معین کرده است و برای کسانی که از آن حد فراتر روند، مجازاتی در نظر گرفته است؟ [...] عمرو بن قیس می‌گوید: عرض کردم چه گونه؟ امام صادق فرمود: قانون الهی در مورد استفاده از اموال آن است که از طرق مشروع به دست آید. بنا بر این، کسانی که از راه‌های نامشروع مالی به دست آورده و از آن قانون تجاوز کرده‌اند، دست آن‌ها به عنوان مجازات (البته با شرایط خاصی) قطع می‌شود. (همان گونه که) برای نکاح و ازدواج قانونی قرار داده است و بر متجاوزان از قانون نکاح اگر مجرّد باشند، يك صد تازیانه زده می‌شود و اگر همسر داشته (و واجد بقیه شرایط احصان نیز باشند)، رجم می‌شوند.» به بیان ایشان، منظور از «حدّ» در ابتدای دو روایت یادشده، قانون و در قسمت دوم، مجازات‌هایی است که شامل حدود و تعزیرات هر دو می‌شود؛ زیرا کلمه حدّ معنای وسیعی دارد که شامل تعزیرات نیز می‌شود و به حدّ مصطلح اختصاص ندارد. (تعزیر و گستره آن ۴۵)

به عقیده برخی هم چون آیت الله مکارم شیرازی در دلالت این روایات به قاعده اشکال‌هایی اقامه شده است، اما چون به اشکال‌ها پاسخ داده شده است، دلالت آن‌ها بر قرار می‌ماند. به این نکته باید دقت کرد که اگر بخواهیم این روایت را بپذیریم، باید بگوییم این قاعده مفادی عام دارد و هم‌گام با همان تحلیل مبنایی ماست، در حالی که استظهار آن عمومیت توسط بسیاری از فقیهان قرار نگرفته است و آن را مثبت تعزیر در ترک واجبات و ارتکاب محرمات می‌دانند. ضمناً این روایات صرفاً موضوع قاعده را تبیین می‌کنند، اما نسبت به دیگر ابعاد آن از جمله مجری و مخاطب و مقدار آن سخنی ندارند. به عبارت دیگر، فقط کلیت قاعده را اثبات می‌کنند؛ یعنی مشروعیت اصل تعزیر در برابر ارتکاب حرام و ترک واجب. به هر حال، برخی فقیهان این دسته از روایات را دلیل و مستند پذیرش این قاعده قرار داده‌اند. با چشم‌پوشی از این اشکال‌ها و منازعات، استنباط حکم جزایی از

این روایت واقعا بعید است و همان طور که برخی بیان کرده‌اند، این روایت اعم از مدعاست؛ چون این روایت بیان می‌کند که خدا برای تعدی از هر قانونی، چیزی را قرار داده است. این «شیء» اعم از این است که تعزیر باشد یا ضمانت مدنی یا عقاب اخروی یا هر چیزی دیگر.

ج) دلیل سوم: روایات خاصه به همراه الغای خصوصیت

برخی فقیهان، روایات خاصه موجود در این باب را مستند قرار داده‌اند و مدعی‌اند چون موارد متکثر و موضوعات متعدد هستند، می‌توان الغای خصوصیت کرد و قاعده‌ای عام به دست آورد. آیت الله مکارم شیرازی می‌گوید: «جست و جوی کامل پیرامون تمام گناهان قابل تعزیر امکان پذیر نمی‌باشد؛ زیرا در تمام مصادیق تعزیر، روایت مخصوص وجود ندارد، ولی این استقرا و جست وجود در دایره‌ای تنگ‌تر و نسبت به برخی از گناهان که حدیث خاصی در مورد آن وجود دارد، ممکن است و این استقرای ناقص نیز موجب علم و یقین می‌گردد و امکان استفاده يك حکم کلی از آن وجود دارد؛ زیرا اولاً این نوع روایات فراوانند. ثانیاً الغای خصوصیت به صورت قطعی امکان پذیر است.» (تعزیر و گستره آن ۴۶) از دیگر فقها می‌توان مرحوم آیت الله خویی (مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۴۰۶، ۴۰۸) و آیت الله ایروانی (دروس تمهیدیه ۳: ۳۰۰-۳۰۱) را نام برد.

البته به نظر می‌رسد چنین استنباطی صحیح نباشد؛ چون اولاً مجموعاً پنجاه روایت از روایات خاصه این باب هستند که برخی هم مشکل سندی دارند. دوماً بر فرض که دلالت و سند آن‌ها تام باشند، همه در سه موضوع هستند: سرقت، قذف بدون شرایط قذف حدی و جرایم جنسی غیر از زنا و لواط. در الغای خصوصیت فقط کثرت موارد به تنهایی کافی نیست، بلکه باید موارد مختلف و مربوط به ابواب متعدد باشند، در حالی که این روایات فقط در سه باب قرار دارند و مختلف و متنوع نیستند. بنابراین، نمی‌توان به این دلیل استناد کرد.

د) دلیل چهارم: عمومیت ادله امر به معروف و نهی از منکر

برخی فقیهان برای پذیرش این قاعده استدلال کرده‌اند که ادله امر به معروف و نهی از منکر عمومیت دارد و شامل هر نوع اقدامی و برای هر نوع فعل یا عملکرد منکر یا ترک معروفی می‌تواند قرار بگیرد. بنا بر این، هر چه در امر به معروف و نهی از منکر مطرح است، در تعزیر هم مطرح است. میرفتاح مراغی (العناوین الفقهية ۲: ۶۲۷) مرحوم سبزواری (مهذب الأحكام ۲۸: ۳۵) و آیت الله مکارم شیرازی (تعزیر و گستره آن ۳۹)

البته باید دانست هر چند امر به معروف و نهی از منکر از واجبات عمومی است، ولی به این معنا نیست که هر کسی بتواند همه مراتب و همه انواع و حالاتش را بر عهده بگیرد، بلکه برخی از انواع و تدابیر و حالات ممکن است مختص به حاکم و قاضی باشد. پس ادله امر به معروف و نهی از منکر

چنین عمومیتی را ندارند که شما به استناد کنید که بتوان بیان فوق را ارائه داد.

هـ) دلیل پنجم: دلیل عقلی حفظ نظام با تکیه بر ولایت فقیه

برخی صاحب نظران دلیل حفظ نظام و اهمیت آن را یکی از ادله عمده این بحث قرار داده اند. در تقریر این دلیل مرحوم خویی می نویسد: «اسلام به حفظ نظام مادی و معنوی و اجرای احکام اهمیت زیادی قائل است و طبیعی است که برای رسیدن به این مقصود، حاکم باید بتواند مخالفت با شرع را تعزیر کند.» (موسوعه ۴۱: ۴۰۶، ۴۰۸) همچنین با عباراتی نزدیک مرحوم سبزواری (مهدب الأحکام ۲۸: ۳۵) مرحوم تبریزی (أسس الحدود ۲۷۱) مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی (فقه الحدود والتعزیرات ۱: ۳۷) آیت الله فیاض (منهاج الصالحین ۳: ۳۱۵) و آیت الله ایروانی (دروس تمهیدیه ۳۰۰: ۳-۳۰۱).

طبق این دلیل، در موضوع قاعده باید قائل به عمومیت نظر اول بشویم و بگوییم که هر عمل قبیحی که فساد و اخلال برای نظام مادی و معنوی جامعه اسلامی به دنبال دارد، قابل تعزیر است و البته در این صورت، همان طور که در تبیین فقهی قید «تعزیر» بیان شد، باید برای تعزیر معنایی عام در نظر بگیریم که شامل هر گونه عملکرد اصلاحی شود نه خصوص شلاق یا حبس.

ممکن است این دلیل در ابتدا دلیلی استحسانی به نظر برسد، اما اگر با پذیرش ولایت فقیه، بحث را پیش ببریم، در این صورت می توان گفت یکی از اختیارات و وظایفی که معصومین در مقام حاکمیتی خود داشته اند، جرم انگاری و تعیین مجازات است و طبق ادله ولایت فقیه، این اختیار به فقیه هم منتقل می شود و فقیه هم چون امام این وظیفه را بر عهده می گیرد. کمترین دلیل در انتقال این شأن حکومتی امام معصوم به فقیه، دلیل حسبه است یعنی گفته شود که دفع و رفع فساد و اصلاح و رشد و انتظام جامعه از اموری است که شارع راضی به ترک آنها نیست و در درجه اول بر عهده فقیه است که این امور مهم را بر عهده بگیرد. البته در صورتی که این تقریر را به این دلیل عقلی ضمیمه کنیم، باید این نکته را هم در نظر داشت که در این صورت، مجری قاعده، حاکم است و اوست که به دیگران اذن می دهد تا اجرا کننده قوانین باشند. این مطلب، مؤیدی خواهد بود برای نتیجه گیری نهایی این مقاله مبنی بر ارائه نظام واحد جرم انگاری.

و) دلیل ششم: فعل امیر المؤمنین علی (ع)

این دلیل را باید چنین تقریر کرد که امیر المؤمنین علی (ع) در موارد زیادی برای ارتکاب حرام تعزیر کرده است و این کار، دلیلی واضح بر مشروعیت این قاعده است و حداقل جواز تعزیر را می تواند برای ما اثبات کند. البته ناگفته نماند که این دلیل را نمی توان دلیلی مستقل از روایات خاصه باب برشمرد. مرحوم آیت الله خویی می نویسد: «فعل امیر المؤمنین در موارد بسیاری در روایات مشاهده

می‌شود و این به وضوح دلالت بر مشروعیت تعزیر دارد.» (مبانی تکمله - موسوعه ۴۱: ۴۰۶، ۴۰۸) همچنین مرحوم تبریزی (أسس الحدود، ۲۷۱) و آیت الله ایروانی (دروس تمهیدیه ۳: ۳۰۰، ۳۰۱)

ز) دلیل قرآنی

گفتیم که برخی فقیهان نسبت به موضوع قاعده تفصیلی ارائه کردند و علت آن هم استناد به یکی از آیات قرآن است. مرحوم آیت الله فاضل می‌گوید: «ارتکاب محرمات اختصاصی به کبائر ندارد و شامل صغائر هم می‌شود؛ چون تعدی از حد مطلق است و اختصاصی به تعدی از حد کبائر ندارد. البته ممکن است کسی به آیه «إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَنُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا» استدلال کند و بگوید که وقتی اجتناب از کبیره موجب پوشش صغیره می‌شود، نشان می‌دهد که صغیره تعزیر ندارد.» بنا بر این استدلال باید تفصیل دهیم که فقط کسی که مجتنب از کبیره است، اگر مرتکب صغیره شود، تعزیر ندارد، ولی کسی که مرتکب کبیره شود، برای صغیره هم تعزیر دارد، اما این در حالی است که بر عدم تفصیل اجماع داریم. (تفصیل الشریعة - الحدود، ۴۱۷) هم چنین آیت الله مؤمن بیان می‌کند که: «ادله تعزیر هر چند عمومیت دارند و شامل کبائر و صغائر می‌شود، اما لازمه آیه فوق این است که مرتکب صغیره در صورتی که مرتکب کبیره نشده باشد، تعزیر نشود.» (مبانی تحریر - الحدود ۵۱۸)

مرحوم آیت الله موسوی اردبیلی در پاسخ به این قول می‌گوید: «لحن روایات به شکلی است که نمی‌توان در آنها قائل به تخصیص شد و در واقع، استحکام در عمومیت آن‌ها از این جهت وجود دارد.» (فقه الحدود ۱: ۳۵)

۳. بررسی رابطه قاعده التّعزیر و برخی مواد مرتبط قانونی

در بسیاری از محاکم و دعاوی به موادی از قانون مجازات یا قانون اساسی برای اثبات یا نفی این قاعده استناد شده است. بنا بر این، لازم است این مواد تا حد ممکن بررسی شود تا تکلیف دستگاه قانون‌گذاری هنگام برخورد با این قاعده مشخص گردد. مثلاً ممکن است کسی با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات بخواهد این قاعده را نفی کند (اصل ۳۶ قانون اساسی) یا ممکن است کسی بخواهد با توجه به اصل برائت آن را نفی کند. (اصل ۳۷ قانون اساسی) از طرفی نیز ممکن است کسی بخواهد با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، مراجعه به فقه را موجه بشمارد و این قاعده را با پشتوانه فقهی به اجرا درآورد. شرح این احتمالات در دو بخش بررسی می‌شود. در بخش اول اجمالاً باید سرنوشت مراجعه به فقه را روشن کنیم که آیا جایز است یا نه؟ بنا بر این، باید اصول ۳۶، ۳۷ و ۱۶۷ قانون اساسی، ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، ماده ۸ آیین دادرسی کیفری جدید، ماده ۲۱۴ آیین دادرسی کیفری قدیم و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب

دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸/۳/۳۱ بررسی شود. در بخش دوم با توجه به نتیجه بخش اول، ماده ۶۳۸ بخش تعزیرات قانون مجازات بررسی می‌شود. قانون موارد خاصه‌ای از محرمات را خود مستقلاً جرم‌انگاری و تعزیر آن را بیان کرده است مثل ماده ۵۱۳ تعزیرات در اهانت به مقدسات مذهبی، ماده ۶۳۷ تعزیرات در عمل منافی عفت غیرزنا مثل تقبیل، ماده ۶۷۳ تعزیرات در خیانت در امانت، ماده ۶۹۷ تعزیرات در افترا و موردهای دیگری که در کتاب تعزیرات بیان شده است. سخن فعلی در استنباط قاعده کلی «التعزیر لکل عمل محرم» است.

الف) جواز مراجعه به فقه

در این بخش، اصول ۳۶، ۳۷ و ۱۶۷ قانون اساسی، ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، ماده ۸ آیین دادرسی کیفری جدید، ماده ۲۱۴ آیین دادرسی کیفری قدیم و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸/۳/۳۱ بررسی می‌شود.

در مقام توضیح و تبیین این مواد باید گفت در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، قاضی مکلف شده است حکم هر قضیه را در قوانین پیدا کند و اگر حکمی در قانون وجود نداشته، به فقه مراجعه کند. شاید گفته شود اصل ۱۶۷ مربوط به امور حقوقی است و امور کیفری را در بر نمی‌گیرد. در پاسخ باید گفت اولاً ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، تکلیف را به خوبی روشن کرده و این اصل را در امور کیفری نیز جاری دانسته است. ثانیاً شورای نگهبان مرجع تفسیر قانون اساسی است که در نظریه‌ای که در زمان طرح ایراد نسبت به ماده ۲ قانون مجازات اسلامی مصوب کمیسیون قضایی مجلس مطرح کرد، مفهوم‌گیری از ماده ۲ را خلاف اصل ۱۶۷ دانست. معنای این عبارت آن است که اصل ۱۶۷ هم امور کیفری را در بر می‌گیرد و هم حقوقی یعنی زمانی که قانون‌گذار در حال تصویب ماده ۲ بود، ذیل ماده، مفهوم آن را بیان کرده بود که اگر در قانون برای آن مجازات تعیین نشده باشد، جرم محسوب نمی‌شود. شورای محترم نگهبان، مفهوم را خلاف قانون اساسی تشخیص داد و در نتیجه، مجلس پس از اشکال شورای نگهبان، مفهومی را که از این ماده در ذیل آن بیان شده بود، حذف کرد. چون مجلس مرجع تفسیر قوانین عادی و شورای نگهبان مرجع تفسیر قانون اساسی است و هم مجلس و هم شورای نگهبان و در مقام بیان نظر خود درباره این اصل بوده و مفهوم‌گیری نکرده‌اند، قضات

۱. ماده ۲۱۴ آیین دادرسی کیفری قدیم و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸/۳/۳۱: 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 نماید 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.

نمی‌توانند در تفسیر قضایی خود، خلاف نظر مجلس و شورای نگهبان تفسیر کنند یعنی اصلا تفسیر قضایی در چنین موردی موضوع ندارد. هیچ یک از استدلال‌های گروهی که این امر را معارض و مخالف با اصل ۳۶ (قانونی بودن جرم و مجازات) و هم چنین معارض با قاعده قبح عقاب بلا بیان می‌دانند، صحیح نیست؛ زیرا هم این مسئله در اصل ۱۶۷ به صورت قانونی بیان شده است و هم این که قانون به اطلاع عموم رسیده است و موضوع قاعده قبح بلا بیان محقق نمی‌شود. در رویه نیز ملاحظه می‌شود که قضات در برخی از موارد محرمات شرعی مانند روزه‌خواری، متهم را محکوم می‌کنند.

درباره صدر ماده ۸ آیین دادرسی کیفری که مقرر داشته است محکومیت کیفر فقط ناشی از ارتکاب جرم است، همان گونه که بیان شد، منظور اعم از این است که مجازات آن به استناد ماده ۲ قانون مجازات، در قانون تعیین شده باشد یا به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی در فقه. علاوه بر مواردی که در استدلال بیان شد، در قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی مصوب ۸۳/۲/۱۵ در بند ۲ ماده واحده چنین آمده است: «محکومیت‌ها باید بر طبق ترتیبات قانونی و منحصر به مباشر، شریک و معاون جرم باشد و تا جرم در دادگاه صالح اثبات نشود و رأی مستدل و مستند به مواد قانونی یا منابع فقهی معتبر در صورت نبودن قانون، قطعی نگردیده، اصل بر برائت متهم بوده و هر کس حق دارد در پناه قانون از امنیت لازم برخوردار باشد و با توجه به این که در ماده ۷ اصلاحی مورخ ۹۴/۳/۲۴ قانون آیین دادرسی کیفری، مقرر داشته رعایت حقوق شهروندی مقرر در قانون فوق الذکر، از سوی تمام مقامات قضایی، ضابطان دادگستری و سایر اشخاصی که در فرآیند دادرسی مداخله دارند، الزامی است».

به نظر می‌رسد با این تصریح‌ها در مواد یادشده، هیچ گونه شبهه‌ای برای لزوم مراجعه به فقه در صورت فقدان حکم مسئله جزایی در قانون وجود ندارد و بدین ترتیب، مراد از اصل ۳۶ و ۳۷ نیز روشن می‌شود که قانونی بودن مجازات اعم از قانون مدونه و فقه است. اگر در این دو منبع، حکمی وجود نداشته باشد، اصل برائت جریان پیدا می‌کند. هم چنین مشخص شد که مراد از جرم در ماده ۲ قانون مجازات و ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری نیز اعم از جرمی است که در قانون مدونه ذکر شده است و نیز اعم از جرمی است که در فقه بیان شده باشد. اکنون بحث از قاعده التعزیر به میان می‌آید که اگر حق مراجعه به فقه به قاضی داده شده است و قاعده التعزیر را در فقه داریم، قاضی باید بتواند این قاعده را مستند حکم خود در بسیاری از پرونده‌ها قرار دهد، ولی ماده ۶۳۸ تعزیرات دو حالت برای این قاعده طرح کرده است.

ب) ماده ۶۳۸ بخش تعزیرات قانون مجازات

متن ماده ۶۳۸ تعزیرات بدین قرار است: «هر کس 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 می‌گردد و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی‌باشد، ولی عفت عمومی را جریحه‌دار نماید، فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد.» در توضیح این ماده باید گفت:

یک - یا تظاهر به حرامی باشد که اولاً علناً صورت گرفته باشد نه پنهانی. ثانیاً در انظار و اماکن و معابر عمومی باشد که در این صورت هم کیفر آن عمل را دارد و هم حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق. نکته مهم این است که کیفر داشتن در این ماده اعم از این است که کیفر در قانون آمده باشد یا کیفر در فقه مستند به قاعده‌التعزیر در تفسیر مشهور فقه (ارتکاب حرام و ترک واجب). علت این تفسیر همان توضیحی است که از ماده ۲ قانون مجازات و ماده ۸ قانون آیین دادرسی کیفری با تکیه بر اصل ۱۶۷ و قانون احترام به آزادی‌های مشروع و حفظ حقوق شهروندی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری قدیم و ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مصوب ۱۳۶۸/۳/۳۱ ارائه شد که جرم و مجازات اعم از جرم و مجازات در قانون مدون و جرم و مجازات در فقه است. بنا بر این، عمل حرام دارای کیفر اعم از کیفر قانونی مثل ماده ۶۹۴ و کیفر فقهی است که به کمک قاعده‌التعزیر مشخص شده باشد.

دو - یا این که فعلی باشد که کیفر ندارد. اگر عفت عمومی را جریحه‌دار کند با همان قیود، حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق. بنا بر این، با توجه به توضیحات قبلی، عملی که کیفر ندارد یعنی عملی که نه از سنخ ارتکاب حرام است و نه از سنخ ترک واجب، بلکه صرفاً عمل اثر سوئی دارد به نام جریحه‌دار کردن عفت عمومی. البته تبصره این ماده، تعزیر خاصی را برای بی‌حجابی ذکر کرده است: «زنانی که بدون حجاب شرعی در معابر و انظار عمومی ظاهر شوند، به حبس از ده روز تا دو ماه و یا از پنجاه هزار تا پانصد هزار ریال جزای نقدی محکوم خواهند شد.» این عمل قانون‌گذار نشان می‌دهد که قانون‌گذار دست قاضی را تعیین نوع تعزیر باز نگذاشته است، بلکه او را محصور در مقدار خاصی از حبس یا شلاق یا جزای نقدی کرده و ضمناً او را ملزم دانسته است که این حکم را صادر کند.

باید دید آیا در این ماده، تعزیر برای اصل فعل حرام مفروض گرفته شده است و برای تظاهر در اماکن عمومی، مجازات دیگری در کنار مجازات اصل عمل قرار داده است یا چنین فرضی ندارد و این تعزیر را فقط برای تظاهر به حرام در اماکن عمومی قرار داده است و تعزیر برای هر عمل حرام علی‌القاعده با مراجعه به فقه و قاعده‌التعزیر موجه است؟ برخی می‌گویند منطوق این ماده آن است

که تعزیر اصل عمل را مفروض دانسته و تظاهر به آن را مستقلاً جرم انگاری کرده است؛ چون ماده، کیفر داشتن اصل عمل حرام را مفروض گرفته است (کیفر اعم از قانونی و فقهی) و برای تظاهرش، کیفر دیگری تعیین کرده و نیز در مقابل، اعمال بدون کیفر (که توضیح دادیم مراد، اعمال غیر حرام است) را قرار داده است که نفس عمل کیفر ندارد یعنی در واقع، دو دسته از افعال در این ماده این تعزیر را دارند: افعال غیر حرامی که سبب جراحات عفت عمومی شده‌اند و افعال حرامی که خودشان یک کیفر دارند و تظاهر به آن، این کیفر را به خود متوجه ساخته است. آقای کدخدایی بیان می‌کند: «منطوق این ماده این است که هر عمل حرامی کیفر دارد و تظاهر به آن مجازات دیگری را ایجاب می‌کند.» (مجله فقه اهل بیت، ۵۴: ۹۳)

ممکن است بر این مبنا اشکال وارد شود که با این تفسیر از قاعده اولاً نظم عمومی مختل می‌شود؛ چون طبق این توضیحات، قاضی مکلف است به فقه مراجعه کند. در فقه، اختلاف فتوا زیاد است و ممکن است حکم یک عمل در نظرات مختلفی، متفاوت باشد و مثلاً شعبه اول یک شهرستان یک عمل را محکوم به ۷۰ ضربه شلاق بکند و شعبه دوم همان شهرستان به برائت حکم دهد. ثانیاً این نوع از مراجع به فقه با اصل برائت منافات دارد؛ چون هر شخص یک مرجع تقلید دارد و مکلف است طبق نظری عمل کند، اما با این تفسیر یا باید گفت مکلف در تعزیرات به همه فتاوا علم داشته باشد که لازمه آن در بسیاری از موارد، عسر و حرج است یا این که باید وی را مجرم به جرمی بدانیم که در نظر مرجع تقلید خودش برای او مجاز بوده و تکلیفی در جهت ترک آن نداشته است که بطلان زیر پا گذاشتن این اصل نیز از بدیهیات است.

در پاسخ و توجیه این اشکال باید گفت: اولاً برای این که نظم عمومی و سازمان واحد در کشور جریان پیدا کند، لازم است که قانون‌گذار موارد نقص و کمبود قانونی را فوراً جبران کند و از این اشکال و اشکال بعد مصون باشد، اما تا زمانی که هنوز چنین جبرانی صورت نگرفته، بهتر است برای جرم‌انگاری چنین افعالی به فتوای مرجع تقلید شخص متهم مراجعه کرد؛ چون اولاً بالذات، فتوای هموست که بر عهده این شخص است و اصل برائت اقتضا دارد که تکلیفی مازاد بر آن فتوا بر عهده وی نیاید. پس مراجعه به فتوای ولی فقیه یا نظر مهشور مردود خواهد بود. ثانیاً، چون مراجع مورد تأیید، محدود و معروف هستند، نظم عمومی در چارچوب همین فتاوا شکل می‌گیرد و تکلیف اضافی هم بر عهده مکلف نمی‌آید. نسبت به شخصی که مرجع تقلید ندارد یا به سن تکلیف نرسیده است، فتوای ولی فقیه معیار خواهد بود؛ چون لازمه آن، تکلیف مازاد بر عهده متهم نیست.

۴. تبیین نظام جرم‌انگاری و تعزیر با توجه به فلسفه و حکمت تعزیر و به طور کلی، مجازات
در این بخش از نوشتار، ابتدا حکمت و فلسفه مجازات به طور مختصر بیان می‌شود. در ادامه،

عبارت‌هایی از فقیهان که بیان‌گر این حکمت هست، بیان می‌شود و در نهایت، گستره قاعده‌التعزیر در مفهوم عام خود یا به تعبیر بهتر، ضابطه جرم‌انگاری تبیین می‌گردد.

الف) فلسفه و حکمت تعزیر و به طور کلی، مجازات

از مجموع سخنان فقیهان که مستند به احادیث، سیره و فعل اهل بیت (علیهم السلام) و مبانی حقوقی اسلام است، می‌توان چنین دریافت که هدف از تعزیر و مجازات، تضمین اجرایی قوانین و دستورهای شرع است. به عبارت روشن‌تر، برخی چنین تشریح کرده‌اند که سیره و روش عرف و عقلا و حاکمیت‌های بشری این است که برای پیشبرد اهداف و تحقق آرمان‌ها و قوانین خودشان فقط به ابلاغ و تبیین دستورها اکتفا نمی‌کردند، بلکه همیشه قواعدی را نیز برای حراست از قوانین اصلی و ارزش‌ها و فرهنگ مورد نظرشان قرار می‌دادند تا عاملی بازدارنده باشد برای کسانی که قصد ضربه زدن به این فضا و فرهنگ و نظم عمومی جامعه آن‌ها را دارند یا احیاناً اگر کسی قوانین و اصول و ارزش‌ها و فرهنگ آن‌ها را با عملکرد خودش مخدوش و متزلزل کرد، بتوانند او را تنبیه و مجازات کنند تا این‌که اولاً خودش مجدداً مرتکب این عمل نشود و ثانیاً بقیه افراد جامعه با دیدن مجازات او، مرتکب این عمل نشوند. البته ممکن است برخی در فضای اسلام، تصفیه و تزکیه روح فرد مجرم را نیز هدف دیگر اجرای مجازات بدانند که فعلاً از محل بحث ما خارج است. تا کنون یک سیره عرفی را توضیح دادیم که مسلک و روش عرف در اداره جامعه این بوده است که قوانینی برای اداره جامعه و تشکیل تمدن و فرهنگ مورد نظرش جعل می‌کرد و در رتبه بعد، قوانینی به عنوان ضامن اجرا و حراست از آن قوانین و فرهنگ و تمدن وضع می‌شد. اکنون باید گفت که اسلام نیز به عنوان یک دین که داعیه دار تمدنی ناب و کامل و فرهنگی غنی و استوار است، از این سیره تخطی نکرده است؛ چون اولاً قوانینی را که نقشه راه بشر برای سعادت و تکامل هست، معرفی کرده است. ثانیاً یک سری قوانین دیگر را برای حراست و ضمانت اجرای آنها قرار داده است. مثلاً اگر دستوری به عنوان حرمت نوشیدن شراب دارد، از طرف دیگر هم دستوری دارد که شراب شراب مجازات شود. اکنون می‌گوییم که قوانین حراستی و تضمینی اسلام در این مقام عبارتند از: قصاص، حدود و تعزیرات. البته دیات هم هستند که بین فقیهان اختلاف است که آیا مجازات و قانون حراستی است یا نه. بررسی آن هم از موضوع این مقاله خارج است. به طور کلی، شارع اسلام سه نوع مجازات را در سبک حراستی و ضمانتی خود قرار داده و برای هر کدام شرایطی معین کرده است. به طور کلی، اسلام، قانون مربوط به بخش حدود و قصاص را خود به طور خاص و دقیق و شفاف و با تمام جزئیات ارائه داده است، اما چون وضع جامعه همیشه در حال تغییر است، بخش تعزیرات را نیز در نظر گرفته است. در این بخش، متصدیانی که خود شارع تعیین کرده است (فقیهان)،

متناسب با وضعیت جامعه، قوانین، فرهنگ و تمدن آن جامعه برای حراست و ضمانت نظم جامعه تصمیم‌هایی می‌گیرند. برای مثال، اگر امروزه عملیات رایانه‌ای خاص رفتاری ضد فرهنگ و مخلّ قوانین، فرهنگ و تمدن اسلام شناخته شود، مبارزه با این عمل با ابزار تعزیر از طریق مجری متخصص (فقیه) پیش‌بینی شده است.

هدف از این توضیحات آن بود که گفته شود شارع در بخش حدود و قصاص، مواردی را به عنوان مجازات برای جرم‌های خاص قرار داده است، ولی جامعیت و کمال اسلام اقتضا می‌کند در همه دوره‌ها و برای همه شرایط، راهکار مبارزه و دفع و رفع رفتارهای ناهنجار و اخلاص‌گر در قوانین را پیش‌بینی کند. ادعای ما این است که تعزیرات همین راهکار اسلام است و با این فلسفه و این پشتوانه منطقی مستند به سیره و مسلک عرف، شارع به جعل عنوان تعزیر با این خصوصیات پرداخته است.

این استدلال می‌کوشد سیره‌ای از عرف و عقلا به دست آورد که مبتنی بر حکم عقل است و به تأیید شارع مقدس نیز رسیده و با طغی این روند، حجیت خود را کسب کرده است. به عبارت دیگر، در این استدلال می‌خواهیم سیره قانون‌گذاری و جرم‌انگاری عقلایی را به دست آوریم و آن را مستند و متکی به حکم عقل بدانیم که عبارت است از حفظ نظام و جلوگیری از فروپاشی و اخلاص‌در آن و در نهایت، این سیره را مورد تأیید شارع مقدس بدانیم. بنا بر این، در این استدلال سه گام باید پییموده شود: کشف و استنباط سیره عقلا مبتنی بر قانون‌گذاری و تعیین مجازات‌های ثابت و متغیر، حکم عقلی حفظ نظام و جلوگیری از اختلال در آن و در نهایت، تأیید و امضای شارع که در واقع، این گام سوم با عدم الردع شارع در این مقام به دست می‌آید. سیره عقلا در موردی حجت است که اولاً این سیره به طور قطعی کشف شود. ثانیاً این سیره از جانب شارع نهی نشده باشد که این عدم الردع نسبت به امری که سیره بوده و شارع نیز در مقام بیان این امر است، نشانه رضایت وی بر کلیت این سیره است، هر چند می‌تواند برخی از جزئیات را بردارد یا جزئیاتی را اضافه کند. نتیجه این استدلال آن است که شارع سیره عقلا را پذیرفته که تعیین مجازات ثابت و متغیر است. مجازات ثابت آن را خود تعیین کرده و برای مجازات متغیر نیز ضوابطی تعیین کرده است که حاکمان اسلامی این دسته از جرم و مجازات را طبق آن ضوابط تعیین کنند.

همه پاسخ‌هایی که با این تحلیل مبنایی ارائه می‌شود، به شکل فرضی و علی‌القاعده سخن به میان آمده است و مفروض است که اگر در پاسخ به یکی از این سؤالات، نص و دلیل شرعی خاصی باشد، قطعاً بیان شارع حاکم بر تحلیل مبنایی است؛ چون معتقدیم اگر در موردی نص خاص وجود داشته باشد، بدین معناست که در آن مورد خاص خلاف ضابطه و تحلیل نظام‌مند مبنایی، شارع

مصلحت بالاتری را دیده است که مانده ایم. پس باید تبعیت کنیم؛ چون همه هدف این قاعده، تأمین مصالح و دفع مفاسد است.

ب) فلسفه و حکمت تعزیر در عبارات فقیهان

اکنون عبارت‌هایی از فقیهان را می‌آوریم که مؤید تحلیل فلسفه تعزیر است و همگی نشان می‌دهند شارع تعزیر را یا از باب حفظ نظام اجتماعی اسلام یا از باب امر به معروف و نهی از منکر وضع کرده است که خود آن نیز برای حفظ نظام است. این فلسفه پشت پرده این قاعده وجود دارد و ضابطه و دستگاه اقتضا دارد تمامی فتاوا مطابق و هماهنگ با این پشتوانه و این حکمت باشد.

ابوالصلاح حلبی چنین بیان می‌کند: «تعزیر تأدیبی از جانب خداست برای این که مرتکب و سایر افراد جامعه را از انجام مجدد عمل بازدارد.» (الکافی فی الفقه ۴۱۶) شیخ طوسی نیز همین مضمون را بیان می‌کنند (المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۶۶) هم چنین ابن ادریس حلی می‌گوید: «حاکم در تعزیر باید مصلحت مکلفین را در نظر بگیرد.» (السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی ۳: ۵۳۶) که دلالت دارد بر این که تشریح تعزیر برای به دست آوردن مصالح است. شیخ طوسی (المبسوط فی فقه الإمامیه ۸: ۶۶) و آیت الله صافی (التعزیر، أحكامه و حدوده ۸) و آیت الله فیاض (منهاج الصالحین ۳: ۳۱۵) نیز همین مضمون را بیان می‌کنند. شهید اول صراحتاً بیان می‌کند: «چهارمین تفاوت بین حد و تعزیر این است که تعزیر تابع وقوع مفاسد است.» (القواعد و الفوائد ۲: ۱۴۲) همچنین مدنی کاشانی (کتاب القصاص للفقهاء و الخواص ۹۷) نجم‌الدین طوسی (حقوق زندانی ۵۹۷) و محقق داماد (قواعد فقه ۴: ۲۵۱) مرحوم آیت الله خوبی با شفافیت و صراحت بیش‌تری فرموده است: «حفظ نظام مادی و اجتماعی که اسلام طراحی کرده است، این امر را لازم دارد که تدبیری برای مخالفین و اخلاط‌گران به این نظام طراحی شود که تعزیر این کار را انجام می‌دهد.» (مبانی تکمله - موسوعه ۶: ۴۰۸-۴۰۹) مرحوم تبریزی (أسس الحدود و التعزیرات ۲۷۱) و مرحوم آیت الله منتظری (نظام الحکم فی الإسلام ۳۰۲) مرحوم آیت الله موسوی (فقه الحدود و التعزیرات ۳: ۴۰: ۴۱) آیت الله مکارم شیرازی (تعزیر و گستره آن ۴۳ و ۶۱) و آیت الله ایروانی (دروس تمهیدیه ۳: ۳۰۰: ۳۰۱)

ج) تبیین نظام جرم‌انگاری

در این بخش باید نظامی کامل و ضابطه‌ای مشخص از جرم‌انگاری و تعیین مجازات طبق فلسفه و حکمتی ارائه شود که بیان شد. به همین جهت باید مطابق هریک از مباحثی که در بررسی مفاد و گستره قاعده از متون فقهی بیان شد؛ قاعده با تمام ابعاد و جوانبش روشن گردد.

هر کسی که در فضای جامعه اسلامی و در منطقه تحت پوشش حکومت و فرهنگ و تمدن اسلامی قرار دارد، اگر عملی انجام دهد که این عمل موجب اخلاص به جامعه و فرهنگ و قوانین

و ارزش‌های اسلامی باشد، حاکم حق تعزیر وی را دارد حتی اگر عمل وی از سنخ ارتکاب حرام یا از سنخ ترک واجب نباشد. مثلاً فرد نابالغی با یک زن بالغ ملاعبه داشته باشد که عمل وی حرام نیست، ولی چون مخلّ فرهنگ است، تعزیر دارد. البته ذکر این قید لازم است که اگر می‌گوییم فعل صبی نیز قابلیت تعزیر دارد، مشروط به همان وصف موضوع است که فسادساز و مخلّ باشد. کودک اگر غیر ممیز باشد، فعل او قابل تعزیر نیست؛ چون جامعه و عرف، فعل قبیح او را نقض قانون و مخلّ نمی‌دانند و اصلاً عنوان قبیح را بر آن صادق نمی‌شمارند.

در این تحلیل برای هر عمل قبیحی که مخلّ نظام مادی و معنوی جامعه اسلامی باشد، می‌توان حکم تعزیر داد. تشخیص این‌که چه فعلی این خصوصیت را پیدا می‌کند، بر عهده حاکم است. نمی‌توان به طور کلی گفت ارتکاب هر فعل حرامی چنین است؛ چون شاید شخصی فعل حرام را در خفا مرتکب شود و در نتیجه، به جامعه هم آسیبی نزند. در مورد ترک واجبات نیز چنین است. در این نگاه، دیگر صغیره و کبیره بودن هم دخالته ندارد و اخلال در نظام مادی و معنوی اهمیت دارد. مطابق این نگاه ممکن است عملی حلال و مباح هم باشد، ولی اقتضای شرایط به شکلی است که در آن زمان، مخلّ نظام است و ارتکاب آن قابل تعزیر خواهد بود مانند تعزیر صبی مرتکب عمل حرام که برای او حرام نیست، ولی به دلیل اثر تخریبی آن برای جامعه تعزیر می‌شود. هم‌چنین این نگاه، تکلیف شروع این اعمال را نیز مشخص می‌کند که اگر شروع و اقدام به تهیه شرایط و مقدمات اثر تخریبی به دنبال داشته باشد، قابل تعزیر خواهد بود.

واضح است که حکم چه اولی باشد و چه ثانوی و چه حکومتی، نقض و بی‌حرمتی و اخلال در اجرای آن موجب تعزیر خواهد بود و به احکام اولیه یا ثانویه اختصاصی ندارد. همه این قوانین از جنبه‌های مختلفی با هم متفاوت هستند، ولی در این جهت اشتراک دارند که همه قانون اسلام هستند و در راستای تحقق فرهنگ و جامعه و تمدن اسلامی وضع شده‌اند. حتی احکام حکومتی این‌گونه هستند یعنی احکام حکومتی هم در راستای تحقق و تبلور بخشیدن به احکام اولی و ثانوی هستند و به تعبیر دیگر، ابزاری هستند برای اجرایی کردن احکام اولی و ثانوی. بنابراین، به همان دلیلی که حکم اولی و ثانوی ارزشمندند و نقض آن‌ها موجب تعزیر است، حکم حکومتی هم ارزشمند است و نقض آن موجب تعزیر می‌شود.

بنابر این، معیار این‌که چه عملی مخرب است، کاملاً شخصی است و قاعده عمومی و کلی ندارد بدین معنی که مثلاً اگر کسی به جهت اضطرار مرتکب شرب خمر شود، این کارش در جامعه اثر تخریبی ندارد. هم‌چنین است نسبت به شرب خمر اکراهی؛ چون در این موارد، عرف متوجه می‌شود که این عمل نقض قانون و بی‌حرمتی به قانون و ارزش‌ها نیست. عرف، اضطرار و اکراه را

می‌فهمد و عمل با این اوصاف را عمل ضد فرهنگ و مخل به نظام تلقی نمی‌کند. بنا بر این، چنین اعمالی موجب تعزیر نیستند.

واضح است و آن هم این است که شارع سه نوع قانون حراستی و ضمانتی تعیین کرده است: قصاص، حد و تعزیر. این نوع اخیر را به دلیل تغییر و تحولات وضع کرده است. بنا بر این، اگر اموری برای شارع به عنوان ضد ارزش‌های ثابت مطرح هستند و خود شارع دستور مستقل و خاص درباره آن‌ها داده است، طبیعی و مسلّم است که تعزیر نسبت به آن مطرح نیست و به عبارت روشن‌تر، وقتی حد به عنوان یک قانون حراستی برای مثلاً زنا وضع شده است، حد این وظیفه را انجام می‌دهد و نیازی به تعزیر نیست.

در این نظام نسبت به جوازی یا الزامی بودن این حکم باید طبق فلسفه تعزیرات پاسخ دهیم که اگر موضوع آن گونه محقق شود که در بخش قبلی توضیح دادیم، بر حاکم واجب است که تعزیر کند یعنی بروی تکلیف است که به هر ترتیب که می‌تواند، دفعاً یا رفعاً مانع این اثر تخریبی شود. نمی‌توان گفت اثر تخریبی محقق شده است، ولی با این حال، حاکم حق دارد تعزیر نکند یعنی حق دارد که بگذارد اثر تخریبی در جامعه رشد پیدا کند. خیر، بر اساس این نگاه، بر حاکم لازم است که تعزیر کند یعنی واکنشی نشان دهد که مانع اثر تخریبی و ضربه وارد شدن به نظام مادی و معنوی اسلام باشد.

با این نگاه نیز واضح است که شیوه اطلاع یافتن حاکم از این عمل به گونه‌ای دخالت پیدا می‌کند یعنی اگر قاضی طبق علم خودش که از راه‌های نامتعارف حاصل شده است، به وقوع حرامی علم پیدا کند که نوع افراد جامعه به آن علم پیدا نمی‌کنند، چون در جامعه اثری از این فعل دیده نمی‌شود، نمی‌توان آن را تعزیر کرد. عمل باید به شکلی باشد که در جامعه اثر بگذارد و اگر در جامعه اثر بگذارد، طبیعت امر این است که از راه‌های عادی و متعارف قابل کشف است و برای کشف آن، به توسل به راهکارهای نامتعارف هم چون سحر و علوم غریبه نیازی نیست. اگر برای کشف آن به این راه‌ها نیاز باشد، نشان می‌دهد که این فعل در جامعه اثر تخریبی نداشته است.

تکلیف عنوان‌هایی مثل توبه و شکایت شاکی خصوصی نیز است. اگر توبه چنان باشد که مانع اثر تخریبی وی در جامعه شود، آن عمل موجب تعزیر نخواهد بود. هم‌چنین اگر شکایت و گذشت شاکی در جلوگیری از قبح و اثر مخرب آن عمل مؤثر باشد، آن عمل موجب تعزیر نمی‌شود. تشخیص تمامی این امور بر عهده قاضی است.

هم‌چنین در ادامه این نگاه، اگر بر تعزیر توالی فاسده‌ای مترتب شود مثل این که تعزیر موجب سلب آسایش عمومی شود یا موجب احساس ناامنی یا قبح‌شکنی یا بدگمانی به دین یا بی‌رغبتی به

اسلام یا هرتالی فاسد دیگری شود، تعزیر مشروع نخواهد بود؛ چون هدف از تعزیر حفظ نظام مادی و معنوی اسلام است نه این که خودش بخواهد موجب سستی یا حتی نابودی این نظام و موجب فرار افراد انسانی از اسلام شود. به عبارت دیگر، در چنین حالت‌هایی، خود عمل اثر تخریبی دارد، ولی اثر تخریبی تعزیر بیش تراست و مشروع نیست و چنین حقی وجود ندارد.

نسبت به مجری این قاعده با توجه به فلسفه این قاعده باید گفت چون اجرای قاعده به تخصص فوق‌العاده نیاز دارد، مجری این حکم هم باید اعمال قبیح اعم از حرام و غیر آن را بشناسد، مخاطب شناسی اش بسیار قوی باشد، از وضعیت جامعه کاملاً باخبر باشد و قادر به تشخیص تناسب و توازن جرم و مجازات باشد. با این وصف، حاکم جامع شرایط یا باید خودش متصدی اجرای این قاعده شود یا اگر می‌خواهد به کسی اذن بدهد، باید کسی باشد که به اندازه کافی بر این امور تسلط داشته باشد و گرنه به صرف تسلط به فتاوا نمی‌تواند این امر را به او واگذار کند. به نظر می‌رسد کسی که مجتهد نباشد یعنی قدرت ردّ فروع بر اصول را نداشته باشد و اسلام‌شناس قوی نباشد، نتواند به خوبی به این امور تسلط داشته باشد. با توجه به اهمیت فوق‌العاده این قاعده، قاضی غیر جامع شرایط نمی‌تواند متصدی اجرا شود مگر این که قاضی جامع شرایط حدودی را برای وی معین کند که در آن مسیر و حدود حرکت کند و تعزیر بدهد. مثلاً بگوید فلان عمل در شرایط کنونی در موضوع این قاعده جای می‌گیرد و می‌توانید یکی از این تعزیرات معین را برای آن قرار بدهید که این همین چیزی است که در حال حاضر تا حدودی وجود دارد یعنی فقیهانی جامع شرایط هستند که قانون تعزیرات را مشخص کرده و به دست قاضی مأذون داده‌اند تا در حدّی که آن‌ها معین کرده‌اند، عمل کند. بنابراین، اختیاری که برای قاضی تاکنون ثابت شد، با تعیین‌های قانونی منافاتی ندارد؛ چون برای حراست و مراقبت از همان هدف اصلی و نهایی تعزیرات است. با اعمال این محدودیت همان طور که ذیل توضیح ماده ۶۳۸ بیان شد، اولاً نظم عمومی ایجاد می‌شود و ثانیاً تکلیف زایدی بر عهده مکلفین قرار نمی‌گیرد.

واژه «التعزیر» در سعه و ضیق این قاعده مؤثر است و فلسفه تشریح این قاعده اقتضای کند قاضی اختیار داشته باشد هر تدبیری را در پیش بگیرد که مناسب می‌داند تا به هدف اصلاحی برسد. اگر مقنن را در امر خاصی محصور کنیم، مثلاً بگوییم فقط باید مجازات شلاق را قرار بدهد، چه بسا این مجازات برای این مجرم خاص و جرم خاص هیچ اثر اصلاحی نداشته باشد. این قاعده در حالت اولیه اقتضا دارد که تعزیر مطلقاً در دست حاکم باشد مگر این که نص و دلیل خاصی بر محدودیت وی در موردی خاص وجود داشته باشد که خلاف ضابطه باشد. چون محدودیت قاضی در این قاعده امری خلاف قاعده است، باید به موارد قطعی و مسلم آن اکتفا کرد. شارع در برخی جرایم

خاص دو محدودیت ایجاد کرده است: اولاً این که نوع تعزیر را مشخص کرده است که شلاق باشد. ثانیاً یک نهایت برای آن قرار داده است. بنا بر این، فقط این محدودیت وجود دارد و به موارد دیگر سرایت نمی‌کند و در موارد دیگر به همان حال عادی قاعده عمل می‌شود و برای قاضی محدودیتی نیست. قاضی باید طبق صلاحدید خود از مجموع شرایط نوع و میزان تعزیر را مشخص نماید.

نتیجه

۱. در بررسی فقهی مفاد و گستره قاعده «التعزیر لکل عمل محرم» باید هشت قید بررسی شود که عبارتند از: «من موصوله، ارتکاب حرام و ترک واجب، حدود معین، لام در للام، امام و نایب امام، تعزیر، ما دون الحد و بحسب رأیه». نسبت به هر یک از این قیود نظرات مختلفی از فقها ارائه شده است اما آنچه متناسب با نظام ارائه شده در این مقاله است عبارت است از:

أ. من موصوله روشن می‌کند که مخاطب قاعده شامل هر کسی می‌شود که در دایره جامعه اسلامی قرار دارد اعم از مسلمانان و کفار ذمی و بالغ و کودک ممیز.

ب. ارتکاب حرام و ترک واجب موضوع قاعده را روشن می‌کند که هر عمل مخلّ به نظام مادی و معنوی جامعه اسلامی است.

ج. حدود معین، موضوع تعزیر را محدود به مواردی می‌کند که حد خاصی موجود نباشد.

د. لام در للام روشن می‌کند که بر حاکم لازم است که تعزیر کند یعنی واکنشی نشان دهد که مانع اثر تخریبی و ضربه وارد شدن به نظام مادی و معنوی اسلام باشد.

ه. امام و نائب امام نیز مجری قاعد را روشن می‌کند که با توجه به اهمیت فوق العاده این قاعده، قاضی غیر جامع شرایط نمی‌تواند متصدی اجرا شود مگر این که قاضی جامع شرایط حدودی را برای وی معین کند که در آن مسیر و حدود حرکت کند و تعزیر بدهد.

و. تعزیر نیز عملکرد اصلاحی قاضی را مشخص می‌کند که در این نظام شامل هر عملکردی می‌شود که بتواند موجب اصلاح وضعیت رخ داده باشد.

ز. ما دون الحد نیز تعزیر را در برخی جرایم محدود می‌کند به اینکه به میزان حد نرسد.

ح. بحسب رأیه هم نیز ملاک تعیین نوع و میزان تعزیر است که قاضی باید با احوالات موجود در هر حادثه آن را تعیین نماید.

۲. این قاعده شش دلیل فقهی دارد که عبارتند از: اجماع، روایات عامه، روایات خاصه، عمومیت ادله امریه معروف و نهی از منکر، دلیل عقلی حفظ نظام و فعل امیر المؤمنین علی (ع). از این میان، همه ادله برای اثبات قاعده عام مخدوش هستند جز دلیل عقل که در تحلیل نظام جرم‌انگاری از آن استفاده شده است.

۳. در تبیین تحلیلی نظام جرم‌انگاری، قاعده‌ای عام به دست می‌آید با این محتوا «هر عمل قبیحی - از جانب هر کسی اعم بالغ و نابالغ البته به غیر از صبی غیر ممیز - که در جامعه اسلامی رخ بدهد و موجب فساد در جامعه شود، بر فقیه جامع شرایط لازم است عکس‌العملی را برای از بین بردن این اثر فاسد و اصلاح این فرد مرتکب انجام دهد که مناسب با تمام اوضاع جامعه و فرد مرتکب باشد و در صورتی که او حدودی را معین نماید و به دست غیر بسپارد، کفایت می‌کند تا نظم عمومی نیز تأمین شود و با مفاد ماده ۶۳۸ و اصل ۱۶۷ نیز هماهنگ باشد. این عملکرد در مواردی که جرم هم جنس با جرایمی است که حد دارند، محدود به این است که اگر بخواهد با شلاق این وظیفه را انجام دهد، باید کم‌تر از میزان حد جرم هم جنس باشد. طبق این بیان، اگر بر این عکس‌العمل فقیه عنوانی ثانوی مترتب گردد که فساد دیگری به دنبال داشته باشد، فقیه باید جنس عکس‌العمل را طوری قرار دهد که این اتفاق رخ ندهد و در نهایت امر، سکوت وی عکس‌العمل وی محسوب خواهد شد. بنا بر این نظر، اگر مرتکب و مفسد توبه کند یا به نحوی، خود، این اثر منفی را از بین ببرد، دیگر بر فقیه تکلیفی نیست که بخواهد عکس‌العملی نشان دهد».

۴. با وجود اصولی در قانون اساسی (اصول ۳۶ و ۳۷) که هر چند نه به وضوح و صراحت، بر حصر جرم‌انگاری و تعیین مجازات در قانون مدون دلالت دارند، اصل ۱۶۷، قاضی را از امتناع از رسیدگی و صدور حکم به بهانه سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین، نهی و او را موظف کرده است تا در صورت نیافتن حکم دعوایی در قوانین مدون، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر کند. این اصل اعم از دعای کیفری و مدنی است. طبق ماده ۶۳۸ برای اظهار به عمل حرام در اماکن عمومی، تعزیر معین شده و برای اصل عمل حرام برای برخی موارد به شکل خاص جرم‌انگاری شده است و برای جرایمی که در قانون حرفی از آن‌ها به میان نیامده است، قاضی باید به فقه مراجعه کند و مطابق با تفسیر نظام گونه قاعده‌التعزیر حکم واقع را صادر نماید.

فهرست منابع

۱. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۲. ابوالصلاح حلبی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین، الکافی فی الفقه، اصفهان: کتاب‌خانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع)، چاپ اول، ۱۴۰۳ هـ. ق.
۳. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، قم: دارالفقه للطباعة والنشر، چاپ دوم، ۱۴۲۷ هـ. ق.
۴. بهجت فومنی، محمدتقی، استفتائات، قم: دفتر حضرت آیت‌الله بهجت، چاپ اول، ۱۴۲۸ هـ. ق.
۵. تبریزی، جواد بن علی، أسس الحدود و التعزیرات، قم: دفتر آیت‌الله تبریزی، چاپ اول، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۶. جعفری تبریزی، محمدتقی، رسائل فقهی، تهران: مؤسسه منشورات کرامت، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۷. حسینی روحانی قمی، سید صادق، فقه الصادق (ع)، قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ. ق.
۸. حسینی روحانی قمی، سید صادق، منهاج الصالحین، قم: مکتب آیه‌الله العظمی السید الروحانی، چاپ اول، بی تا.
۹. سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الأحکام، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیت‌الله سبزواری، چاپ چهارم، ۱۴۱۳ هـ. ق.
۱۰. شریف کاشانی، ملا حبیب‌الله، تسهیل المسالك إلى المدارك، قم: المطبعة العلمية، چاپ اول، ۱۴۰۴ هـ. ق.
۱۱. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، جامع الأحکام، قم: انتشارات حضرت معصومه (س)، چاپ چهارم، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۱۲. صدر، سید محمد، ماوراء الفقه، بیروت: دارالأضواء للطباعة والنشر والتوزیع، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۱۳. طبسی، نجم‌الدین، حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام، قم: بوستان کتاب، چاپ اول، بی تا.
۱۴. طبسی، نجم‌الدین، وارد السجن فی النصوص و الفتاوی، قم: انتشارات دفتر تبلیغات

- اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۳۷۴ ه. ش.
۱۵. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیة، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ه. ق.
۱۶. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، قم: کتاب فروشی مفید، چاپ اول، بی تا.
۱۷. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامیة، چاپ اول، ۱۴۱۳ ه. ق.
۱۸. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۰ ه. ق.
۱۹. فاضل لنکرانی، محمد، تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة - الحدود، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم السلام)، چاپ اول، ۱۴۲۲ ه. ق.
۲۰. فیاض کابلی، محمد اسحاق، منهاج الصالحین، قم، مکتب سماحة آیه الله العظمی الحاج الشیخ محمد اسحاق الفیاض، چاپ اول، بی تا.
۲۱. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، مفاتیح الشرایع، قم: انتشارات کتاب خانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، بی تا.
۲۲. کدخدایی، محمدرضا، «بررسی فقهی حقوقی قاعده التعزیر فی کلّ معصیة»، فقه اهل بیت (علیهم السلام) ۵۴ (۱۳۸۷)، ۹۱-۱۴۲.
۲۳. مجلسی، محمد باقر، حدود و قصاص و دیات، تهران: مؤسسه نشر آثار اسلامی، چاپ اول، بی تا.
۲۴. محقق حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ه. ق.
۲۵. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم، ۱۴۰۶ ه. ق.
۲۶. مدنی کاشانی، رضا، کتاب القصاص للفقهاء و الخواص، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ه. ق.
۲۷. مراغی، میر عبد الفتاح بن علی، العناوین الفقهیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۷ ه. ق.
۲۸. مغنیه، محمد جواد، فقه الإمام الصادق (ع)، قم: مؤسسه انصاریان، چاپ دوم، ۱۴۲۱

- ه.ق.
۲۹. مکارم شیرازی، ناصر، استفتائات جدید، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ه.ق.
۳۰. مکارم شیرازی، ناصر، تعزیر و گستره آن، قم: انتشارات مدرسة الإمام علي بن أبي طالب (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۵ ه.ق.
۳۱. منتظری، حسین علی، رساله استفتائات، تهران: نشر سایه، چاپ اول، ۱۳۸۴ ه.ش.
۳۲. منتظری، حسین علی، نظام الحكم في الإسلام، قم: نشر سرايي، چاپ دوم، ۱۴۱۷ ه.ق.
۳۳. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ه.ق.
۳۴. موسوی خمینی، سید روح الله، استفتائات، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۴۲۲ ه.ق.
۳۵. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، موسوعه مباني تکملة المنهاج، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي، چاپ اول، ۱۴۲۲ ه.ق.
۳۶. موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا، مجمع المسائل، قم: دار القرآن الکریم، چاپ دوم، ۱۴۰۹ ه.ق.
۳۷. مؤمن قمی، علی، جامع الخلاف و الوفاق، قم: زمينه سازان ظهور امام عصر، چاپ اول، ۱۴۲۱ ه.ق.
۳۸. مؤمن قمی، محمد، مباني تحرير الوسيلة. كتاب الحدود، تهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۴۲۲ ه.ق.
۳۹. نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، بيروت: دار إحياء التراث العربي، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ه.ق.
۴۰. وحید خراسانی، حسین، منهاج الصالحين، قم: مدرسه امام باقر (ع)، چاپ پنجم، ۱۴۲۸ ه.ق.