

مفهوم‌شناسی «تعزیرات منصوص شرعی» با تأکید بر نظرهای شورای نگهبان

عادل ساریخانی^{۱*}، محمدهادی توکل‌پور^{۲**}

۱. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه قم، قم، ایران

پدیرش: ۱۳۹۵/۶/۱

دریافت: ۱۳۹۵/۲/۱۵

چکیده

تعزیر منصوص شرعی که به تبع ایرادهای شورای نگهبان، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تأسیس 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 تأسیس شده و توجه به مقصود وی از این تأسیس سبب ارائه‌ی تفسیر صحیح از آن می‌شود، در این پژوهش پس از بررسی، توصیف و تحلیل اسناد، منابع و پژوهش‌های مربوط و همچنین مشروح مذاکرات شورای نگهبان، تفسیر صحیح این مفهوم که همان نظر شورای نگهبان است، تبیین شده و افزون‌بر آن با تطبیق با سیاست کیفری اسلام در این خصوص، ضرورت تأسیس آن ارزیابی می‌شود. نتایج این بررسی‌ها حاکی از آن است که منظور از تعزیر منصوص شرعی، مواردی 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 می‌دهد که عدم تأسیس این‌گونه تعزیر در قانون مجازات اسلامی، مواد مربوط را با ایرادی مواجه نمی‌ساخت و در مقابل، شمول نهادهای پیش‌بینی‌شده‌ی این قانون بر کلیه‌ی تعزیرات، در راستای سیاست کیفری اسلام در این خصوص بوده است.

کلیدواژه‌ها: تعزیر، تعزیر منصوص شرعی، سیاست کیفری اسلام، قانون مجازات اسلامی، نظرهای شورای نگهبان.

* E-mail: Adelsari@yahoo.com

E-mail: Mh.tavakolpour@gmail.com

** نویسنده‌ی مسئول

مقدمه

یکی از مقولاتی که به تبع ایرادهای شورای نگهبان به قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ راه یافت، مقوله‌ی «تعزیر منصوص شرعی» است. با عنایت به اینکه این تعزیرات، از شمول بسیاری از نهادها و تأسیسات قانون مجازات مستثنا شده‌اند، تبیین مفهوم و مصادیق آن، اهمیت بسزایی دارد. هر چند تاکنون صاحب‌نظران تفاسیر مختلفی در مورد این مقوله ارائه کرده‌اند، ولی آنچه در این خصوص حائز اهمیت است، نظر شورای نگهبان در قبال این موضوع است. این امر بدان سبب است که این تأسیس با تصریح در نظرهای شورا، عیناً در قانون مجازات اسلامی راه یافته و از این رو مقصود شورای نگهبان در این زمینه، معیار اصلی برای تبیین مفهوم آن است. به بیان دیگر، چنانچه برداشتی غیر از نظر شورا در این مورد انجام گیرد، در واقع نظر شورا از لحاظ عدم مغایرت با موازین شرع تأمین نمی‌شود و از این رو اعمال آن با ایراد مواجه خواهد بود. با توجه به اینکه در اغلب پژوهش‌های صورت‌پذیرفته در این خصوص و نیز نظرهای ارائه‌شده، به نظرهای شورای نگهبان توجهی نشده و در یکی از این پژوهش‌ها که به نظرهای شورا اشاره شده نیز تبیین صحیحی صورت‌نپذیرفته است^(۱)، این پژوهش در پی آن است که با بررسی نظرهای شورا در این خصوص، مفهوم صحیح این مقوله را ارائه دهد.

افزون‌بر ضرورت تبیین مفهوم این مقوله، ضرورت‌سنجی تأسیس آن با توجه به سیاست کیفری اسلام و آرای فقهی موجود در این خصوص حائز اهمیت فراوان است؛ زیرا این مقوله همچون سایر مقولات قانون مجازات اسلامی باید مبتنی بر موازین شرع و سیاست‌های آن در این زمینه باشد. بر این اساس، مسائل اصلی که این پژوهش در پی پاسخگویی به آن‌هاست، تبیین صحیح مفهوم تعزیر منصوص شرعی و نیز ارزیابی تأسیس آن در قانون مجازات اسلامی است که با مراجعه به اسناد و پژوهش‌های مربوط و توصیف و تحلیل و گاه نقد آن‌ها صورت می‌پذیرد.

این نوشتار در شش قسمت مفهوم تعزیرات، گونه‌های آن، جایگاه آن در سیاست کیفری اسلام، دیدگاه‌های موجود پیرامون تعزیر منصوص شرعی، نگرش شورای نگهبان در قبال این تعزیرات و ارزیابی تأسیس آن ساماندهی شده است.

۱. مفهوم تعزیرات

تعزیر به‌عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای کیفری اسلام، در لغت به‌معنای نصرت، یاری، منع کردن و تأدیب ذکر شده است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۵۶۴؛ ابن‌منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ۵۶۱ و ۵۶۲) و در اصطلاح، تعاریف گوناگونی از آن به‌عمل آمده است. ابن‌زهره، انجام هر کار زشت و ترک هر واجبی را که حد شرعی خاصی ندارد یا حد شرعی دارد ولی شرایط آن جمع نیست، تعزیر می‌داند (حسینی حلبی، ۱۴۱۷ق: ۴۳۵). ابن‌ادریس نیز تعزیر را نوعی تأدیب دانسته است که خدای سبحان برای جلوگیری از تکرار گناه توسط گنهکار و ارتکاب آن توسط دیگران وضع کرده است و تمام کسانی که واجبی را ترک کرده یا مرتکب حرامی می‌شوند که حد شرعی ندارد، مستوجب آن‌اند (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۵۳۴). محقق حلی در مقابل حد، آنچه عقوبت معین نداشته را تعزیر نامیده (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ۱۳۶) و شهید ثانی نیز تعزیر را مجازات یا اهانتی دانسته که اغلب در شرع میزان آن مشخص نشده است (عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴: ۳۲۵).

وجه تمایز تعزیر از سایر ضمانت‌اجراهایی که در اسلام برای جرایم تعیین شده است (قصاص، دیات و حدود)، مقدر نبودن میزان مجازات تعزیری و قرار داشتن نوع و میزان آن در دست حاکم است. قصاص و دیات مختص به جنایات هستند و مجازات ثابت و معینی‌اند که البته احکام خاص خود را دارند. بر این اساس، قلمرو تعزیرات، از قصاص و دیات مجزاست. آنچه از لحاظ قلمرو، نزدیک به تعزیرات و به‌نوعی با آن متجانس است، جرایم حدی است که برحسب میزان شدت نقض هنجارهای جامعه، مجازات شدیدتری نسبت به تعزیرات دارند. براساس این تجانس در تعاریف بسیاری از فقها، تعزیر به ضد آن در یک جنس، یعنی حدود تعریف شده است؛ یعنی تعزیر بر خلاف حد که مجازات معین است، مجازات نامعین تعریف شده است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۶۹؛ حسینی حلبی، ۱۴۱۷ق: ۴۳۵؛ حلی عجللی، ۱۴۱۰ق، ج ۳: ۵۳۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ۱۳۶؛ حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۵: ۴۳۳). البته چنانکه گذشت، شهید ثانی در مسالک، قید غالباً را به وصف نامعین بودن تعزیر اضافه کرده است که به‌نظر می‌رسد این امر به‌دلیل جامع کردن تعریف و شمول آن بر تعزیرات دارای مجازات معین صورت پذیرفته است که تفصیل آن در مباحث آتی این نوشتار بیان می‌شود.

۲. جایگاه تعزیرات در سیاست کیفری اسلام

اسلام به‌عنوان دینی که در تمامی شئون زندگی افراد و برای تمامی اعصار سیاست‌ها و

برنامه‌های جامعی دارد، در قبال پاسخ‌دهی کیفری نیز واجد برخی سیاست‌ها از جمله تنوع در مجازات است. تنوع کیفردهی در نظام کیفری اسلام، اصولاً بدون حکمت نبوده و هدف شارع مقدس از تنوع مجازات تأمین مصالحی بوده است؛ که اگر این‌گونه نبود، برای رفتارهای غیر از جنایات، صرفاً قائل به یک دسته مجازات می‌شد که به تبع آن، احکام مشابهی نیز بر آن بار می‌شدند. این در حالی است که اسلام برای جرایم دارای اهمیت بیشتر، مجازات حدی را قرار داده که مجازات‌هایی معین و قطعی‌اند و برای جرایم کم‌اهمیت‌تر، مجازات غیرمعین و غیرقطعی به نام مجازات تعزیری قرار داده است. جرایم حدی مشمول قواعد و احکامی چون «وجوب اقامه‌ی حد و حرمت تعطیل آن، عدم جواز شفاعت و کفالت و سوگند در حد، عدم جواز تأخیر در اجرای آن»^(۲) بوده که تعزیرات از شمول این قواعد خارج هستند.

گسترده‌گی، تنوع و پیچیدگی جرایم و ناهنجاری‌ها و همچنین بسیط نبودن شخصیت بزهکاران، مستلزم وجود تدابیر و راهکارهای متنوع پاسخ‌دهی به پدیده‌های مجرمانه است که تنوع در مجازات نیز از جمله‌ی این راهکارهاست (حسینی، ۱۳۸۷: ۱۲۶). شهید اول (عاملی، بی‌تا، ج ۲: ۱۴۳ و ۱۴۴) و مرحوم فاضل مقداد (حلی سیوری، ۱۴۰۳: ۴۷۳) در بیان تفاوت‌های بین حد و تعزیر، میزان تعزیر را بر حسب خصوصیات مرتکب، بزه‌دیده و نوع و میزان جرم ارتكابی، متغیر دانسته است، درحالی‌که در خصوص حد، صرف ارتكاب جرم را کافی می‌دانند.

«اسلام بخش مهم و عمده‌ای از آن [جرایم] را دقیقاً پیش‌بینی و مجازات آن را از نظر نوع و کیفیت و کمیت تعیین کرده است (مانند حدود شش‌گانه). اما بخش دیگر که قابل تعیین دقیق نبوده؛ چون بسیار پرنوسان است، اصل آن را به‌طور کلی تشریح کرده و تعیین دقیق آن را بر عهده‌ی حکومت اسلامی و حاکم شرع گذارده که با در نظر گرفتن «کیفیت» و «نوع جرم» و «زمان» و «مکان» و «سایر خصوصیات»، مجازات لازم را تعیین و اجرا کند. و این یکی از رموز جاودانگی آیین اسلام است؛ زیرا دست قضات را برای مجازات مجرمین - با توجه به شرایط و ویژگی‌های زمان - باز گذارده و اختیارات نسبتاً وسیعی به آن‌ها داده است تا بتوانند نیازهای هر زمان را به‌وسیله آن برطرف سازند و گرد عدم قابلیت اجرا بر دامان احکام آن ننشینند و همیشه تازه و زنده باشد» (مکارم شیرازی، ۱۳۶۳: ۶۷).

بر این اساس، یکی از مبانی مجازات تعزیری اصل فردی کردن مجازات است که قضات براساس آن با رعایت تناسب و به‌منظور تأدیب مجرم، اقدام به تعیین مجازات کنند. البته باید این نکته را مدنظر قرار داد که با عنایت به ملاحظات جوامع امروزی^(۳)، قسمت عمده‌ی این مهم بر عهده‌ی قانونگذار اسلامی قرار می‌گیرد تا با توجه به مقتضیات زمان، خصوصیات

مرتکب، بزه‌دیده و جرم ارتكابی و همچنین میزان ضررهای وارده به جامعه، مجازات لازم را وضع کند، البته در راستای فردی کردن مجازات نیز اختیاراتی برای قضات در تعیین مجازات قرار دهد.

با توجه به مباحث مزبور، آنچه در خصوص مجازات حدی و تعزیری حائز اهمیت است، آن است که اهداف و مقاصد این تشریح دوگانه باید در قانونگذاری اسلامی که امروزه به معنای «تطبیق کلیات قوانین اسلام بر موارد نیاز و حاجت است» (مکارم شیرازی، ۱۳۶۳: ۶۵) مدنظر قرار گیرد؛ امری که چنانکه در ادامه بیان خواهد شد، به‌خصوص با توجه به جعل تعزیرات منصوص شرعی، به‌نظر مغفول واقع شده است.

۳. گونه‌شناسی تعزیرات

وجود برخی از موارد تعزیر که براساس روایات مجازات معین دارند، سبب شده است تا گونه‌ای از تعزیر به نام تعزیر مقدر در کلام برخی فقها ورود پیدا کند. چنانکه گذشت، شهید ثانی در تعریف خود از تعزیر، قید غالباً را به وصف نامعین بودن تعزیر اضافه کرده است. دلیل این امر نیز وجود برخی تعزیرات دارای مجازات معین است^(۴) که شهید را بر آن داشته است تا هرچند اصل را در تعزیر، عدم تقدیر مجازات بدانند، در برخی افراد تعزیر، قائل به تقدیر مجازات باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴: ۳۲۶). البته برخی فقها نیز با اشاره به پنج موردی که شهید ثانی به‌عنوان تعزیرات مقدر ذکر می‌کنند، با ذکر برخی دلایل این موارد مقدر را حد می‌دانند (تبریزی، ۱۴۱۷ق: ۸؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۲ق: ۸-۱۲) و از این‌رو این موارد را استثنای بر وصف نامعین بودن مجازات در جرایم تعزیری نمی‌دانند. برخی نیز این موارد را یا مانند ذکر مصداق دانسته‌اند که معصوم (ع) به‌عنوان حاکم شرع در مورد مخصوص، میزان خاصی را مشخص کرده است یا اینکه آن‌ها را از قبیل حکم حکومتی دانسته‌اند که با تغییر زمان و مکان قابل تغییرند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۰۷ - ۱۰۸). آنچه در کلام فقها در این خصوص قابل ملاحظه است، وصف «مقدر» است که برای تعزیر ذکر شده است، نه اینکه به تعزیرات منصوص اشاره‌ای کرده باشند.

گونه‌های دیگر تعزیر را می‌توان در تصویب قوانین مجازات جمهوری اسلامی ایران مشاهده کرد. براساس ماده‌ی ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تعزیر اعم از «تعزیر در قبال محرمات شرعی» و «تعزیر در قبال نقض مقررات حکومتی» است.^(۵) این گونه‌ها که در قوانین قبلی خود عناوین دیگری داشتند، در قانون مصوب ۱۳۹۲، بنا به دلایلی از اقسام تعزیر ذکر شدند. هرچند قانونگذار در قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱، تعزیرات را

صرفاً قسیم مجازات حدود، قصاص و دیات دانسته بود، در سال ۱۳۶۸ در تصویب قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور و نیز در سال ۱۳۷۰ در تصویب قانون مجازات اسلامی، گونه‌ی جدیدی از مجازات را با نام «مجازات بازدارنده» در عرض مجازات مزبور قرار داد. این مجازات که به لحاظ مقدر نبودن و در دست حاکم قرار داشتن، مشابه مجازات تعزیری بود، از این جهت با تعزیر تفاوت داشت که تعزیر، به محرمات شرعی منحصر شده بود که در نصوص شرعی برای آن، مجازات معین نشده و به حاکم واگذار شده بود^(۶) و مجازات بازدارنده ناظر به مواردی می‌شد که در نصوص شرعی سابقه‌ی تحریم نداشت و حکومت آن را به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع تعیین می‌کرد.^(۷) این امر که بنا بر برداشتی از پاسخ امام خمینی (ره) به استفتایی در این خصوص بود^(۸)، با توجه به برخی اشکالات نظری و مشکلات عملی^(۹)، به درستی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ذکر نشد. به بیان دیگر، این نوع مجازات که قبلاً قسیم تعزیرات بود، در قانون اخیر به‌عنوان یکی از اقسام تعزیرات، تحت عنوان «تعزیر در قبال نقض مقررات حکومتی» وضع شده است. در تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در پی ایراداتی که شورای نگهبان بر مواد مختلفی از مصوبه‌ی مجازات اسلامی وارد ساخت^(۱۰)، گونه‌ی جدیدی از تعزیر به‌نام «تعزیر منصوص شرعی» به قاموس ادبیات فقهی و حقوقی کشور وارد شد که در ادامه دیدگاه‌های فقهی و حقوقی موجود در این خصوص و همچنین نظر شورای نگهبان به‌عنوان واضع این تأسیس بررسی می‌شود.

۴. دیدگاه‌های موجود در زمینه‌ی تعزیر منصوص شرعی

اگرچه قانونگذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با تلفیق مجازات بازدارنده در تعزیرات، در صدد بود تا احکام مشابهی را بر محرمات شرعی و نقض مقررات حکومتی جاری سازد، تصویب تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی موجب عقیم‌سازی این تصمیم شد. براساس این تبصره، تعزیرات منصوص شرعی از بسیاری از احکام قانون مجازات اسلامی یعنی پذیرش احکام کیفری کشورهای خارجی (بند «ب» ماده‌ی ۷ و بندهای «الف» و «ب» ماده‌ی ۸)، محاسبه‌ی مدت بازداشت قبلی به‌جای مجازات مورد حکم (ماده‌ی ۲۷)، معافیت از کیفر در جرایم تعزیری درجه‌ی هفت و هشت (ماده‌ی ۳۹)، تعویق صدور حکم (ماده‌ی ۴۰)، معافیت از کیفر در فرض رعایت شرایط در مدت تعویق صدور حکم (ماده‌ی ۴۵)، تعلیق اجرای مجازات (ماده‌ی ۴۶)، تخفیف، تعویق یا تعلیق مجازات اطفال و نوجوان (مواد ۹۳ و ۹۴)، مرور زمان تعقیب جرایم (ماده‌ی ۱۰۵)، سقوط مجازات بر اثر توبه (ماده‌ی ۱۱۵) و

همچنین مقررات مرتبط با منافع ممکن‌الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی (تبصره‌ی ۲ ماده‌ی ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲) بی‌بهره می‌مانند.

در خصوص برداشت‌هایی که از تأسیس «تعزیر منصوص شرعی» وجود دارد، ابتدا باید گفت که این اصطلاح، در کلام فقها مشاهده نمی‌شود. چنانکه بیان شد، در کلام فقها به‌نوعی از تعزیر به نام «تعزیر مقدر» اشاره شده بود که برخی فقها نیز اساساً این مجازات را تعزیر نمی‌دانستند. البته برخی فقهای معاصر در آثار خود به «مجازات منصوص شرعی» اشاره کرده‌اند که تعزیرات شرعی را گونه‌ای از آن قلمداد کرده‌اند، نه آنکه تعزیرات منصوص را صرفاً تعزیرات مقدر قلمداد کنند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱: ۳۸؛ کعبی، ۱۳۸۳: ۱۱۴).

در بیان حقوق‌دانانی که در راستای تبیین این تأسیس برآمده‌اند نیز تحلیل‌ها و برداشت‌های مختلفی مشاهده می‌شود؛ برخی بدون هیچ‌گونه استدلالی در این خصوص، تعزیرات منصوص شرعی را منحصر به موارد تعزیرات شرعی مقدر (محرمات دارای میزان مجازات معین) دانسته و سپس براساس این مفروض، به رویکردهای مختلف فقهی در قبال این تعزیرات (تعزیرات مقدر) پرداخته‌اند و در نهایت راهکار تشخیص تعداد این تعزیرات را از لحاظ قانونی بیان داشته‌اند (برهانی و نادری‌فرد، ۱۳۹۴: ۹۳-۱۰۸). به‌نظر می‌رسد این تحلیل به‌درستی به موضع نزاع نپرداخته است. به بیان دیگر، اول کلام در این‌جاست که آیا منظور از تعزیرات منصوص شرعی، تعزیرات مقدر است یا تعزیرات غیرمقدر را نیز شامل می‌شود. این امر در نظرهای مشورتی متعددی که از اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضاییه انجام گرفته است^(۱۱)، نیز مشاهده می‌شود: «تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می‌شود که در شرع مقدس اسلام برای یک عمل معین، نوع و مقدار کیفر مشخص شده است؛ بنابراین در مواردی که به‌موجب روایات و یا هر دلیل شرعی دیگر، به‌طور کلی و مطلق برای عمل، تعزیر مقرر شده است ولی نوع و مقدار آن معین نگردیده، تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی‌شود». در این نظرها نیز بدون هیچ‌گونه استدلالی، تعزیر منصوص شرعی منحصر به تعزیرات مقدر شرعی شده است.

برخی در این خصوص سه تفسیر ارائه داده و در نهایت با توجه به روش‌های تفسیر قانونی، تفسیر سوم را منطقی‌تر می‌دانند. براساس تفسیر نخست، به استثنای حدود شش‌گانه^(۱۲) سایر جرایم و مجازات دارای پیشینه‌ی شرعی، تعزیرند که موارد دارای موجب و میزان مجازات معین آن، تعزیر منصوص شرعی محسوب می‌شوند. در تفسیر دوم، تعزیرات منصوص شرعی، به مواردی اطلاق شده است که موجب آن‌ها در شرع مشخص شده باشد، هرچند مجازات آن‌ها معین نباشد. به بیان دیگر، آنچه دارای نوع و میزان مجازات مشخص است، حد نام دارد و هر آنچه در شرع سابقه‌ی تحریم داشته باشد، تعزیر منصوص شرعی

است. براساس این تفسیر، تعزیر منصوص شرعی، قسیم مجازات بازدارنده خواهد بود. براساس تفسیر سومی که ارائه شده است، تعزیر منصوص شرعی، هرچند دارای میزان مجازات معین است، مجازات آن ثابت نبوده، بلکه دارای حداقل و حداکثر است. برای مثال، حضور دو نفر برهنه زیر پوشش واحد که مجازات آن معین ولی غیرثابت است، از جمله تعزیرات منصوص شرعی است (رحمانیان و حبیب‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۱۰-۱۱۹). صرف‌نظر از ایراداتی که می‌توان به هر یک از ارزیابی‌های ارائه‌شده برای تفاسیر مزبور وارد ساخت^(۱۳)، ایراد کلی وارد بر این شیوه‌ی تحلیل و استنتاج را می‌توان ارزیابی احتمالات مزبور صرفاً در قالب نصوص قانون و عدم لحاظ نظرهای شورای نگهبان هم به‌عنوان مقنن (در برداشت عام) و هم به‌عنوان واضع این تأسیس دانست. به بیان دیگر، هرچند در این تحقیق، سعی شده است با روش‌های تفسیری و با استفاده از اصول حقوقی بهترین تفسیر ارائه شود، محصور شدن در بررسی مواد قانونی و عدم لحاظ مراد مقنن از این تأسیس، نتیجه‌ی حاصل را با ایراد مواجه می‌سازد.

در یکی از پژوهش‌های انجام‌یافته نیز نظرهای مختلفی در این خصوص ارائه و بررسی شده است (ساریخانی و اکرمی سراب، ۱۳۹۳: ۱۵۰-۱۵۵). در این پژوهش ابتدا به یکی از نظرهای موجود در خصوص تعزیر منصوص شرعی که آن را تعزیرات در قبال هر گونه محرمات شرعی می‌داند (زراعت، ۱۳۹۳، ج ۱: ۲۶۳)، اشاره می‌شود که با ذکر برخی دلایل فقهی و قانونی، این نظر به‌درستی رد می‌شود. در ادامه با طرح دو احتمال که یکی تعزیر منصوص شرعی را «محرمات واجد نص شرعی بر قابلیت تعزیر» دانسته و دیگری آن را منحصر به «محرمات واجد تعزیر مقدر شرعی» می‌داند و با بررسی نظرهای شورای نگهبان در این زمینه، نتیجه‌گیری می‌شود که منظور مقنن از تعزیرات منصوص شرعی، تعزیراتی است که میزان مجازات تعزیری آن منصوص است. به بیان دیگر، مفهوم مختار این پژوهش از تعزیرات منصوص شرعی، «تعزیرات مقدر» است. هرچند در پژوهش مزبور از حیث بررسی نظرهای شورا، اقدامی در خور تحسین و به‌جا انجام گرفته است، ولی با توجه به عدم مطالعه‌ی مشروح مذاکرات شورای نگهبان و اکتفا به برداشت‌هایی از متن برخی نظرهای این شورا، مراد شورای نگهبان از این تأسیس به‌خوبی تبیین نشده است و از این‌رو نتیجه‌ی حاصل‌شده، بر نظر شورا منطبق نیست.^(۱۴)

۵. نگرش شورای نگهبان در خصوص تعزیر منصوص شرعی

تأکید این نوشتار بر بررسی نگرش شورای نگهبان در مورد تعزیر منصوص شرعی، به‌دلیل تأثیر بسزای نقش این نظرها در تفسیر صحیح این تأسیس است. از این‌رو در ادامه پس از

اشاره‌ای گذرا به نقش نظرهای این شورا در تفسیر قوانین، مشروح مذاکرات این شورا در خصوص تعزیر منصوص شرعی بررسی می‌شود.

۵-۱. نقش نظرهای شورای نگهبان در تفسیر قوانین

آنچنان که از اصل ۹۴ قانون اساسی هویداست، مصوبات مجلس، زمانی شکل قانونی و اجرایی می‌یابد که به تأیید شورای نگهبان رسیده باشد. به بیان دیگر، شورای نگهبان نیز بخشی از فرایند تصویب قوانین است؛ هرچند این وظیفه را در قالب تشخیص عدم مغایرت این مصوبات با موازین شرع و قانون اساسی انجام دهد. قرارگیری اصول مربوط به شورای نگهبان در فصل ششم قانون اساسی یعنی فصل مربوط به قوه‌ی مقننه نیز مؤید این بحث است. بر این اساس، نظرهای شورای نگهبان در خصوص مصوبات مجلس به‌ویژه در مواردی که سبب تغییر مفاد مصوبات است یا موجب تأسیس جدیدی در آن است، یکی از منابع مهم برای تفسیر صحیح قوانین است.

در قانون مجازات اسلامی یکی از مواردی که به‌تبع نظرهای شورای نگهبان به قانون مجازات اسلامی راه یافت، مقوله‌ی «تعزیر منصوص شرعی» است که در نظرهای شورا به آن تصریح شده بود و مجلس برای رفع مغایرت برخی مواد این قانون، این تأسیس را به قانون مجازات اسلامی افزود.

با توجه به اینکه مقوله‌ی «تعزیر منصوص شرعی»، متعاقب ایراد شورا و تصریح به آن به قانون مجازات اسلامی افزوده شد، برداشتی که شورای نگهبان در خصوص این تأسیس داشته، معیار اصلی برای فهم این تأسیس است، در غیر این صورت، نظر این شورا از لحاظ عدم مغایرت با موازین شرع تأمین نشده و اجرای آن واجد ایراد خواهد بود.

۵-۲. تحلیل مشروح مذاکرات اعضا در خصوص تعزیر منصوص شرعی

در اولین جلسه‌ی بررسی لایحه‌ی مجازات اسلامی توسط شورای نگهبان، یکی از اعضا (آیت‌الله یزدی) به بحث تعزیرات شرعی و بازدارنده و روندی که در سابق طی شده است و نیز استفتای انجام‌گرفته از محضر امام خمینی (ره) اشاره‌ای داشته و قائل به تفکیک میان «تعزیرات وارد در روایات» از «تعزیرات بازدارنده» شدند (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه‌ی مورخ ۱۳۸۸/۷/۸). در جلسه‌ی بعد، در بررسی بند ۲ ماده‌ی ۷ در خصوص پذیرش احکام کیفری کشورهای خارجی، فقهای شورا با تأکید بر اجرای احکام تعزیرات شرعی، این بند را با رأی اجماعی، خلاف موازین شرع اعلام کردند (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه‌ی مورخ ۱۳۸۸/۷/۱۵). در این جلسه، یکی از فقها (آیت‌الله یزدی) با اشاره‌ی دوباره به

استفتای انجام گرفته از امام خمینی (ره)، مجازات بازدارنده را در عرض مجازات منصوص شرعی ذکر کردند؛ بدین معنا که بازدارنده اعم از مجازات حکومتی و مجازات شرعی غیرمنصوص است. از این جلسه به بعد، تعزیرات منصوص شرعی به عنوان استثنای برخی از احکام این قانون در خصوص تعزیرات در مواد مربوط، مورد ایراد فقهای شورای نگهبان قرار می‌گیرد. در یکی دیگر از جلسات (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه مورخ ۱۳۸۸/۸/۲۰) نیز ایشان اشاره می‌دارند که «در غیر موارد منصوص، تعزیری داریم که شرعی هم باشد» که مورد تصدیق یکی دیگر از فقها (آیت‌الله مؤمن) نیز قرار می‌گیرد. همچنین در بررسی ماده ۱۰۴ قانون مجازات در خصوص شمول مرور زمان، یکی از فقها (آیت‌الله مدرس یزدی) احکام این ماده را در خصوص هر تعزیر شرعی (اعم از تعزیر منصوص و تعزیر در قبال هر عمل حرام)، مغایر با موازین شرع می‌دانند که توسط سایر فقها پذیرفته نشده و آن را صرفاً در خصوص تعزیر منصوص شرعی، دارای ایراد می‌دانند. با توجه به نظرهای مزبور، فقهای شورای نگهبان از ذکر تعزیر منصوص شرعی، موارد محرم شرعی را که در روایات تجریم نشده است، منظور نداشته‌اند.

در خصوص مقدر بودن تعزیرات منصوص یا اطلاق آن (اعم از مقدر و غیرمقدر)، فقهای شورای نگهبان با التفات به وجود تعزیرات مقدر، تعزیرات منصوص شرعی (اعم از مقدر و غیرمقدر) را مدنظر داشته‌اند. در بررسی ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی در قسمتی که یکی از موارد تعزیر را نودونه ضربه شلاق تعیین کرده است، نیز در این خصوص، بحثی میان فقها صورت گرفت که برخی (آیت‌الله شاهرودی) این مجازات را تعزیر شرعی مقدر و بعضی (آیت‌الله مدرس یزدی) نیز آن را حد می‌دانستند (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه مورخ ۱۳۸۸/۷/۱۵). در بررسی مواد ۳۹ و ۴۵ این قانون در خصوص تخفیف و تعویق صدور حکم نیز برخی اعضا (آیت‌الله شاهرودی و دکتر اسماعیلی) به وجود برخی تعزیرات منصوصی که دارای میزان مشخص است، اشاراتی داشتند که در نهایت، وجه اطلاق آن (اعم از مقدر و غیرمقدر) توسط اکثریت اعضا پذیرفته شده و در نظر شورا با عنوان «تعزیر منصوص شرعی» مطرح شد. تنها موردی که اعضا، منظور ماده را تعزیر منصوص مقدر برداشت کرده‌اند، ماده ۱۳۵ قانون مجازات^(۱۵) است که در آن به تعزیر معین شرعی تصریح شده است و این مجازات نیز از ابتدا در مصوبه‌ی نخست مجلس وجود داشته و به تبع ایراد شورای نگهبان درج نشده است.

بررسی نظرهای شورای نگهبان در خصوص موادی که تعزیرات منصوص شرعی از آنها مستثنا شده‌اند، حاکی از آن است که شورای نگهبان محرماتی را که در روایات برای آنها

تعزیر جعل شده است، چه میزان مجازات معین باشد و چه به‌طور اطلاق به تعزیر حکم شده باشد را تعزیر منصوص شرعی قلمداد کرده است.^(۱۶) نظرهای شورای نگهبان در خصوص مواد ۳۹ و ۴۰ قانون مجازات اسلامی نیز مؤید این ادعاست. در خصوص ماده‌ی ۳۹ این قانون، شورا در نظر خود مجازات تعزیری روزه‌خواری را به‌عنوان یکی از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی ذکر می‌کند (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۳۷). از آن‌جا که روزه‌خواری دارای مجازات تعزیری مقدر نیست، شورا تعزیرات منصوص شرعی را اعم از تعزیرات مقدر و غیرمقدر می‌داند. همچنین در خصوص ماده‌ی ۴۰، شورا اطلاق آن را در غیر تعزیرات بازدارنده و حکومتی خلاف موازین شرع اعلام می‌دارد (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۳۷) که این نظر نیز حاکی از آن است که شورا تعزیرات منصوص شرعی را منحصر به تعزیرات شرعی مقدر نمی‌داند.

بررسی لغوی این تأسیس نیز مؤید برداشتی است که شورای نگهبان از آن دارد؛ زیرا منصوص بدین معناست که برای یک مجازات تعزیری، نص وجود دارد (در روایات به آن‌ها تصریح شده است)، نه اینکه آن مجازات لزوماً مقدر باشد.

با توجه به مباحث مزبور، تفاسیری که حقوقدانان و اداره‌ی کل حقوقی قوه‌ی قضاییه در مورد «تعزیر منصوص شرعی» ارائه کرده‌اند، مبتنی بر نظر مقنن نبوده است و تفسیر صحیح این تأسیس، همان مراد شورای نگهبان از آن است که در این قسمت به آن پرداخته شد. مع الوصف، پذیرش این تفسیر در نظام قانونی جمهوری اسلامی ایران لزوماً به معنای پذیرش تأسیس آن در این نظام نیست. بر این اساس در قسمت آتی این نوشتار، تأسیس این‌گونه از تعزیر از منظر سیاست کیفری اسلام و اقتضائات حکومتی، ارزیابی خواهد شد.

۶. ارزیابی تأسیس تعزیر منصوص شرعی

بررسی مجموعه مباحث مطرح در مشروح مذاکرات شورای نگهبان در خصوص لایحه‌ی مجازات اسلامی نشان می‌دهد که اعضای شورا به‌دلیل جلوگیری از عدم اجرا یا تغییر در مجازات شرعی که سابقه‌ی تجریم دارند، موضوع «تعزیرات منصوص شرعی» (اعم از مقدر و غیرمقدر) را به قانون مجازات اسلامی وارد کرده و آن را از شمول برخی نهادهای این قانون، مستثنا ساخته‌اند. با عنایت به سیاست کیفری اسلام در خصوص وضع گونه‌های مختلف مجازات و همچنین با توجه به برخی مبانی فقهی، به‌نظر می‌رسد ایجاد این تأسیس وجهی ندارد و با انتقاد مواجه است.

همان‌طور که گذشت، شارع مقدس از تشریح دوگانه‌ی حد و تعزیر مقاصدی داشته است

که این مقاصد در قانونگذاری نیز باید رعایت شود. همچنین در کلام برخی فقهای متقدم و معاصر، این تصریح مشاهده شد که تعزیر مجازاتی نامعین و غیرقطعی است که در دست حاکم جامعه اسلامی قرار داده شده است تا در شرایط گوناگون، تصمیمات متناسب را اتخاذ کند و در نهایت سبب تأدیب مجرم و پیشگیری از تکرار جرم شود. حال سؤال این جاست که اگر حاکم جامعه اسلامی تشخیص دهد که پیش‌بینی نهادهایی همچون عفو، تخفیف و تعلیق، چه از لحاظ اقتضائات مدیریتی در پیشگیری و کنترل جرایم و چه از لحاظ تأدیب مرتکبان جرایم، اقداماتی مناسب‌اند، چرا باید برخی تعزیرات از این قاعده مستثنا شوند؟ در این خصوص یکی از فقهای معاصر، با توجه به اینکه حقیقت تعزیر را پیشگیری از تکرار جرم و تأدیب مجرم می‌دانند و برای این منظور استفاده از آسان‌ترین راه‌ها «الاسهل فالاسهل» را صحیح می‌دانند، تعلیق تعزیرات را اگر مؤثر در حال مجرم باشد، جایز و بلکه واجب می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۱۴-۱۱۵).

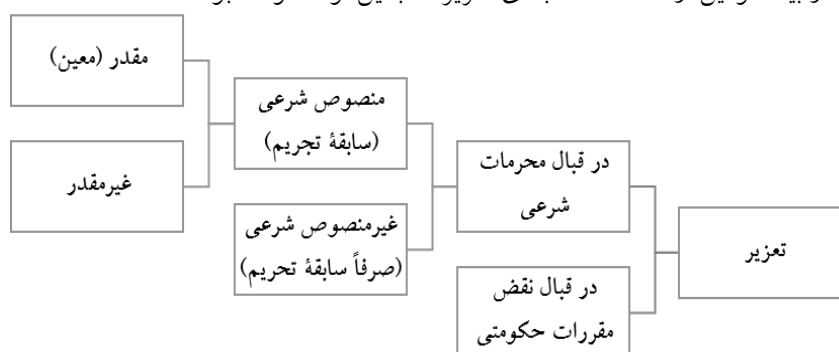
اشاره شد که با توجه به مشروح مذاکرات شورای نگهبان، منظور از تعزیرات منصوص شرعی اعم از موارد مقدر و غیرمقدر است. در خصوص تعزیرات منصوص غیرمقدر، این پرسش وجود دارد که آیا اعمال نهادهایی مانند عفو، تخفیف و تعلیق توسط حاکم جامعه اسلامی بدین معناست که از این رفتارها جرم‌زدایی شده است؟ به بیان دیگر، آیا وجود نص در خصوص تعزیری بودن یک رفتار، بدین معناست که در همه‌ی شرایط لزوماً این تعزیر باید انجام گیرد، یا اینکه حاکم جامعه اسلامی، با وجود جرم‌انگاری یک رفتار، می‌تواند در مرحله‌ی اجرا با توجه به اوضاع و احوال مختلف، نسبت به تخفیف، عفو و تعلیق اقدام کند؟ به نظر می‌رسد در این خصوص باید بین مراحل تقنین و اجرا تفکیک قائل شد. قانونگذار در مرحله‌ی تقنین، ارتکاب برخی رفتارهای خلاف هنجار را با توجه به شدت و حدت نقض ارزش‌ها، جرم می‌داند که این امر خود می‌تواند به‌نوعی نمایانگر میزان حساسیت جامعه نسبت به این رفتارها باشد؛ امری که خود می‌تواند میزانی از بازدارندگی را در جامعه فراهم کند. با وجود این جرم‌انگاری، قانونگذار می‌تواند شرایطی را برای مرحله‌ی اجرا پیش‌بینی کند که در برخی موارد، مجازات تعیین‌شده اجرا نشوند؛ این امر نیز می‌تواند در راستای نیل به اهداف بازدارندگی و اصلاح و تربیت مجرم باشد. در این زمینه به نظر می‌رسد قانونگذار جمهوری اسلامی می‌تواند با جرم‌انگاری تمامی موارد «تعزیر منصوص غیرمقدر»، از یک سو به اصل تجریم آن در روایات خدشه‌ای وارد نکند و از سوی دیگر، با امکان پیش‌بینی نهادهایی چون عفو، تعلیق و تخفیف در خصوص این تعزیرات، خدشه‌ای به سیاست اتخاذی خود در قبال غیرقطعی‌سازی برخی مجازات وارد نیاورد.

در خصوص تعزیرات منصوص مقدر نیز دو امکان وجود دارد. چنانچه این موارد تعزیر باشند^(۱۷)، به‌نظر می‌رسد با توجه به قاعده‌ی کلی که در خصوص تعزیر وجود دارد و همان‌طور که در کلام برخی فقها نیز اشاره شد، می‌توان تعیین مجازات در روایات مربوط را اموری مصداقی یا از باب حکم حکومتی محسوب کرد و در حال حاضر، تعیین مقدار مجازات و تشخیص لزوم اجرای آن را در دست حاکم جامعه‌ی اسلامی قرار داد. بر این اساس حتی در خصوص تعزیرات منصوص مقدر نیز می‌توان قائل به شمول نهادهای مذکور در قانون بر آنها بود و مستثنا نکردن آنها را نمی‌توان موجبی برای مغایرت با موازین شرع دانست. همچنین اگر این موارد حد محسوب شوند، شایسته است که پس از بررسی‌های فقهی در این خصوص توسط قانونگذار به‌عنوان حد احصا شود تا مردم در مورد چگونگی کیفرهایی که تحدیدکننده‌ی حقوق و آزادی‌های آنان است، علم و آگاهی کافی داشته باشند.

با توجه به مباحث مزبور، به‌نظر می‌رسد اقدام قانونگذار در تسری احکامی چون عفو، تخفیف و تعلیق به جمیع تعزیرات، نه‌تنها مغایرتی با سیاست کیفری اسلام نداشته، بلکه در راستای آن نیز بوده است؛ زیرا این نهادها همگی از ابزار سیاست «عدم قطعیت برخی مجازات‌ها» است که یکی از خصایص اصلی تعزیر نیز همین غیرقطعی بودن آن است. در مقابل به‌نظر می‌رسد که تفکیک میان تعزیرات نیازمند دلیل است، زیرا با ملاحظه‌ی روایات موجود در این خصوص نمی‌توان شاهد افتراقی میان جرایم تعزیری از حیث معین بودن و قطعیت مجازات بود. افزون‌بر آن، قرار دادن این‌گونه تعزیرات در قانون مجازات سبب شده است تا سیاست مزبور که متأثر از سال‌ها تجربه‌ی حکومت‌داری اسلامی بوده است، خدشه‌دار شود؛ سیاستی که افزون‌بر تأمین اهداف بازدارندگی و اصلاح و تربیت مجرمان، ممکن است ناشی از اقتضائات و توانمندی‌های مدیریتی بوده باشد.^(۱۸)

نتیجه‌گیری

بررسی مشروح مذاکرات شورای نگهبان در خصوص تعزیر منصوص شرعی نشان می‌دهد که منظور شورای نگهبان از این تعزیر، مشتمل بر هر گونه تجریمی است که در روایات موجود است. به بیان دیگر، هر رفتاری که در روایات برای آن تعزیر قرار داده شده است، چه میزان آن مقدر و معین باشد و چه در آن به صورت اطلاق، به تعزیر حکم شده باشد، تعزیر منصوص شرعی محسوب می‌شود. با توجه به گونه‌های مختلفی که از تعزیر چه در کلام فقها و چه در بیان قوانین ارائه شد، دسته‌بندی تعزیرات بدین گونه خواهد بود.



با عنایت به اینکه این تأسیس، به تبع ایراد شرعی شورای نگهبان به قانون مجازات اسلامی راه یافته و مفهوم آن به گونه‌ای باید برداشت شود که ایراد مغایرت این شورا را در عمل نیز مرتفع کند؛ از این رو در حال حاضر برداشتی که باید از این مقوله صورت پذیرد، تفسیر آن به تعزیر منصوص (اعم از مقدر و غیرمقدر) است. البته با توجه به لزوم شفافیت و وضوح قوانین به ویژه در مورد قوانین کیفری که حقوق و آزادی‌های اساسی افراد را نشانه رفته است، لازم بود قانونگذار در این قانون به تعریف این تعزیر و ذکر مصادیق آن می‌پرداخت تا از تشتت آرا و برداشت‌های مختلف جلوگیری کند.

در خصوص تأسیس این گونه از تعزیر، با توجه به سیاست کیفری اسلام در خصوص تشریح دوگانه‌ی مجازات حدی و تعزیری که در کلام برخی فقها نیز به تمایزات آن‌ها تصریح شده است، از جمله اینکه تعزیر متناسب با مقتضیات زمان، خصوصیات مرتکب، بزه‌دیده و جرم ارتكابی و همچنین میزان ضررهای وارده به جامعه و به منظور تأدیب مجرم و پیشگیری از تکرار جرم تعیین می‌شود، به نظر می‌رسد که تعزیرات اعم از منصوص (مقدر و غیرمقدر) و غیرمنصوص باید در ید حاکم جامعه‌ی اسلامی باشد. در این خصوص حاکم جامعه‌ی اسلامی می‌تواند با توجه به شرایط جامعه و با رعایت تناسب به نسبت شرایط مختلف، اقدام به تعیین

میزان مجازات و نحوه‌ی اجرای آن کند. بر این اساس به نظر می‌رسد عدم تأسیس این مقوله در قانون مجازات اسلامی با ایراد شرعی مواجه نیست و بر عکس، تأسیس آن موجب فاصله گرفتن از سیاست کیفری اسلام در این زمینه است. با توجه به مباحث مزبور، به نظر می‌رسد دسته‌بندی مزبور که براساس دیدگاه‌های مختلف از تعزیر ذکر شد، با فلسفه‌ی وضع تعزیر در شرع، چندان توجیه‌پذیر نیست و تعزیر به‌طور کلی یک قسم مجازات بوده که غیرمعین و غیرقطعی است و در ید حاکم جامعه‌ی اسلامی قرار دارد. البته براساس برخی آرای فقهی مصادیق تعزیرات منصوص مقدر، به‌عنوان حد محسوب شده‌اند که در این خصوص نیز به‌نظر می‌رسد قوه‌ی مقننه (اعم از مجلس و شورای نگهبان)، باید پس از تعیین تکلیف این امر، چنانچه این موارد را از مصادیق مجازات حدی می‌داند، نسبت به احصای این عناوین مجرمانه در بخش حدود و تعیین میزان مجازات آن‌ها در قانون اقدام کند تا آثار خاص مربوط به مجازات حدی بر این مصادیق مترتب شود. بدیهی است در این صورت، سایر عناوین مجرمانه، در زمره‌ی عنوان کلی تعزیرات قرار می‌گیرد و آثار این نوع مجازات از جمله امکان تعلیق، تخفیف، عفو و سایر آثاری که در خصوص تعزیرات غیرمنصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است، بر این عناوین نیز مترتب خواهد شد.

یادداشت‌ها

۱. این برداشت‌ها در متن پژوهش تحلیل و بررسی شده‌اند.
۲. برای مشاهده‌ی روایات مربوط به ابواب مقدمات حدود و سائل‌الشیعه مراجعه شود (عاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۱، ۴۴ و ۴۶-۴۷).
۳. گستردگی جوامع و همچنین نبود قضات جامع‌الشرایط و نیز ضرورت وجود وحدت رویه‌ی قضایی مستلزم تعیین مجازات تعزیری توسط حکومت اسلامی است. یکی از فقهای معاصر در این خصوص بیان می‌دارند: «برای جلوگیری از اختلال در امور قضایی، جلوگیری از هرج و مرج و خدشه‌دار نشدن چهره احکام نورانی اسلامی، حکومت می‌تواند میزان مجازات هر جرمی را تعیین کند» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۱۴). همچنین ایشان اشاره می‌دارند که ممکن است امام و حکومت اسلامی، در موارد تعزیر با توجه به مصالح، میزان معینی از تعزیر را تعیین کند که تا وقتی که این شرایط و مصالح باقی است، آن میزان لازم‌الاجرا باشد و این مسئله منافاتی با نامعین بودن تعزیرات ندارد (مکارم شیرازی، ۱۳۶۳: ۶۸). شایان ذکر است که برخی نیز منظور از حاکم در قاعده‌ی التعزیر بید الحاکم را امام و والی جامعه‌ی اسلامی می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۲۳۲-۲۳۳؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۲۰۸).
۴. در کلام شهید ثانی، این تعزیرات مشتمل بر این مواردند: مجامعت ناشی از رضایت فرد با همسر خود در ماه رمضان (۲۵ ضربه تازیانه)؛ ازدواج مرد دارای زن آزاد با کنیز و نزدیکی با او قبل از کسب اذن از زن خود (۱۲،۵ تازیانه)؛ حضور دو مرد برهنه در یک بستر (۳۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه)؛ ازالهی بکارت با انگشت (از ۳۰ تا ۷۷ یا ۸۰ یا ۹۹ ضربه تازیانه)؛ حضور دو زن و مرد بیگانه که برهنه در بستری واحد دیده شوند (۱۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه).
۵. «ماده‌ی ۱۸- تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب مجرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد».
۶. ماده‌ی ۱۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰: «تعزیر، تادیب و یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق که میزان شلاق بایستی از مقدار حد کمتر باشد».
۷. ماده‌ی ۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰: «مجازات بازدارنده، تادیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد. ...»
۸. در این استفتا که توسط شورای عالی قضایی طرح شده بود از محضر امام خمینی (ره) در خصوص قلمرو احکام سلطانیه و تعزیرات شرعی سؤال شده بود: «برای اداره امور کشور، قوانینی در مجلس تصویب می‌شود، مانند قانون قاچاق، گمرکات و تخلفات رانندگی، قوانین شهرداری، و به‌طور کلی احکام سلطانیه؛ و برای اینکه مردم به این قوانین عمل کنند برای متخلفین مجازات‌هایی در قانون تعیین می‌کنند. آیا این مجازات‌ها از باب تعزیر شرعی است و احکام شرعی تعزیرات از نظر کم و

کیف بر این‌ها بار است یا قسم دیگر است و از تعزیرات جدا هستند، و اگر موجب خلاف شرع نباشد باید به آن‌ها عمل کرد؟» حضرت امام (ره) در پاسخ فرمودند: «در احکام سلطانیه که خارج است از تعزیرات شرعیه در حکم اولی است، متخلفین را به مجازات‌های بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می‌توانند مجازات کنند» (موسوی خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱۹: ۴۷۲ و ۴۷۳).

۹. برای مشاهده اشکالات نظری مربوط به جایگاه مجازات بازدارنده در شرع و همچنین برداشت ناصحیح از پاسخ امام خمینی (ره) در این خصوص و همچنین مشکلات عملی موجود از حیث گستره مصادیق و عدم تناسب مجازات در مجازات‌های تعزیری و بازدارنده، ر.ک: حسینی، سید محمد (۱۳۸۹)، «مجازات بازدارنده: اشکالات نظری و مشکلات عملی»، فصلنامه‌ی حقوق، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، دوره‌ی ۴۰، ش ۲، صص ۱۳۹-۱۵۸.

۱۰. ر.ک: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۲۰، ۲۱، ۳۲، ۳۷، ۳۹، ۵۱، ۵۴، ۵۶.

۱۱. نظر شماره‌ی ۷/۹۲/۹۷۱ مورخ ۹۲/۵/۲۸؛ نظر شماره‌ی ۷/۹۲/۱۴۰۶ مورخ ۹۲/۷/۲۲؛ نظر شماره‌ی ۷/۹۲/۱۴۷۰ مورخ ۹۲/۸/۷؛ نظر شماره‌ی ۱۳۰۳ مورخ ۹۲/۷/۳ و برای مشاهده‌ی این نظرات و سایر نظرات در این خصوص، ر.ک: تارنمای معاونت حقوقی قوه‌ی قضاییه؛ قابل دسترسی در آدرس زیر:

<http://yon.ir/wg88> (تاریخ آخرین مشاهده: ۱۳۹۵/۲/۲۵).

۱۲. زنا و ملحقات آن (لواط و تخیذ، مساحقه و قوادی)، قذف، شرب خمر، سرقت و محاربه.

۱۳. برای مثال، براساس تفسیر سوم که تفسیر مختار این پژوهش است، مجامعت زن و شوهر در ماه رمضان که دارای مجازات ثابت ۲۵ ضربه شلاق است، حد محسوب می‌شود که در مقایسه با حضور دو نفر برهنه زیر پوشش واحد که تعزیر منصوص شرعی است، مجازات کمتری دارد. بر این اساس، این تفسیر ناقض قاعده‌ی «التعزیر دون الحد» خواهد بود.

۱۴. برای مثال در پژوهش مزبور، یکی از نظرهای شورا در خصوص ماده‌ی ۱۰ لایحه‌ی مجازات اسلامی را که اطلاق قاعده‌ی عطف بمسابق نشدن قوانین کیفری نسبت به مجازات شرعی اعم از قصاص، دیات، حدود و تعزیرات منصوص شرعی را واجد ایراد دانسته، این‌طور تفسیر شده است که ذکر تعزیرات منصوص شرعی در عرض مجازات مقدر قصاص، دیات و حدود بدین معناست که این مجازات‌ها، مجازات‌های تعزیری معین هستند که قانونگذار درصدد قطعیت اجرای آن‌هاست (ساریخانی و اکرمی سراب، ۱۳۹۳: ۱۵۳). هرچند در کبرای قضیه یعنی نظر شورای نگهبان در خصوص قطعی بودن اجرای مجازات‌ها، تبیین صحیحی ارائه شده است، در صغرای آن نمی‌توان ذکر این مجازات‌ها را در عرض یکدیگر، به معنای مشابه بودن آن‌ها در تمامی آثار و احکام از جمله مقدر بودن دانست. از دیگر نظرهایی که در این پژوهش مبنا قرار گرفته است، نظر شورای نگهبان در خصوص ماده‌ی ۲۲۲ قانون مجازات اسلامی در خصوص جماع زوج با زوجه‌ی متوفای خود و همچنین ماده‌ی ۲۳۲ قانون مجازات اسلامی در خصوص اقرار به زنا کمتر از چهار بار است که این شورا علی‌رغم تصریح این مواد به محکومیت مرتکبان به شلاق تعزیری

درجه‌ی شش، آن را مغایر شرع اعلام نکرده است. این در حالی است که شورا در مواد ۲۳۰ مصوبه (رابطه‌ی جنسی غیر حدی افراد دو جنسیتی) و نیز ۲۳۶ مصوبه (برهنه خوابیدن دو یا چند مرد زیر پوشش واحد بدون ضرورت)، تعزیر درجه‌ی شش دانستن آن را که مستلزم تبدیل به غیر شلاق است را خلاف موازین شرع اعلام کرده بود و مجلس نیز اقدام به حذف این دو ماده‌ی اخیر کرده است و نتیجه‌ای که از این مقایسه حاصل می‌شود، این است که شورای نگهبان، تعزیرات منصوص شرعی را صرفاً تعزیرات واجد تعزیر مقدر شرعی می‌داند (ساریخانی و اکرمی سراب، ۱۳۹۳: ۱۵۴). با ملاحظه‌ی مشروح مذاکرات شورای نگهبان در خصوص مواد ۲۲۲ و ۲۳۲ قانون مجازات (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه‌ی مورخ ۱۳۸۸/۹/۲۸)، مشاهده می‌شود که این مواد نیز در جلسه، مغایر با موازین شرع اعلام شده‌اند که احتمالاً به اشتباه در نظر شورا درج نشده‌اند و از این رو براساس این مقایسه نمی‌توان منظور شورای نگهبان از تعزیرات منصوص شرعی را صرفاً تعزیرات منصوص مقدر دانست.

۱۵. «ماده‌ی ۱۳۵- در تعدد جرایم موجب حد و تعزیر و نیز جرایم موجب قصاص و تعزیر، مجازات‌ها جمع و ابتداء حد یا قصاص اجرا می‌شود؛ مگر حد یا قصاص، سالب حیات و تعزیر، حق‌الناس یا تعزیر معین شرعی باشد و موجب تأخیر اجرای حد نیز نشود که در این صورت ابتداء تعزیر اجراء می‌گردد...»
۱۶. علامه مجلسی در کتاب حدود و قصاص و دیات خود، در بیان تعداد تعزیرات به پنجاه مورد اشاره می‌کنند (مجلسی اصفهانی، بی‌تا: ۶۱-۶۶). آیت‌الله مکارم شیرازی نیز در کتاب تعزیر و گستره‌ی آن در قسمت استقراء نصوص خاصه به دوازده مورد از تعزیرات منصوص اشاره کرده و در قسمتی دیگر در بیان تعزیرات منصوص مقدر به پانزده مورد اشاره می‌دارند که البته برخی مصادیق این دو قسمت با یکدیگر همپوشانی دارند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۶: ۴۶-۵۲ و ۱۰۲-۱۰۶).
۱۷. همان‌طور که اشاره شد، تدقیق در مشروح مذاکرات شورا نشان می‌دهد که اکثریت فقهای شورا این موارد را تعزیر محسوب کرده و آن را یکی از اقسام تعزیر منصوص شرعی قلمداد کرده‌اند.
۱۸. برای نمونه ممکن است وضعیت زندان‌های کشور به گونه‌ای باشد که تحمل مجازات حبس برای فرد مجرم، نه تنها موجب اصلاح او نشود که او را برای ارتکاب مجدد جرم مستعدتر و حرفه‌ای‌تر کند. این شرایط خود می‌تواند از جمله ملاحظات باشد که در چگونگی اجرای مجازات باید به آن‌ها دقت شود و بی‌توجهی به این امور ممکن است متولیان عدالت کیفری را در کنترل و مقابله با جرم ناتوان کند.

منابع و مأخذ

الف) فارسی و عربی

- ابن منظور، ابوالفضل جمال‌الدین محمدبن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان‌العرب، بیروت: دارالفکر لطباعه و النشر و التوزیع.
- برهانی، محسن و مریم نادری فرد (۱۳۹۴)، «تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی»، پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، ش دهم، صص ۸۹-۱۱۲.
- پژوهشکده‌ی شورای نگهبان (۱۳۹۲)، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان.
- پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، مشروح مذاکرات شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، جلسات ۱۳۸۸/۷/۸؛ ۱۳۸۸/۷/۱۵؛ ۱۳۸۸/۸/۲۰؛ ۱۳۸۸/۹/۲۸، در دست انتشار.
- تبریزی، میرزا جواد (۱۴۱۷ق)، أسس الحدود و التعزیرات، قم: انتشارات مهر.
- حائری طباطبایی، سید علی‌بن محمد (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
- حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ق)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
- حسینی حلبی، حمزه‌بن علی بن زهره (ابن زهره)، (۱۴۱۷ق)، غنیة النزوع الی علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- حسینی، سید محمد (۱۳۸۷)، «حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)»، فصلنامه‌ی حقوق، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، دوره‌ی ۳۸، ش ۱، صص ۱۴۵-۱۲۵.
- حسینی، سید محمد (۱۳۸۹)، «مجازات بازدارنده: اشکالات نظری و مشکلات عملی»، فصلنامه‌ی حقوق، مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی، دوره‌ی ۴۰، ش ۲، صص ۱۳۹-۱۵۸.
- حلی عجلی، محمدبن احمد ابن ادريس (ابن ادريس) (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه‌ی مدرسین حوزه‌ی علمیه‌ی قم.
- حلی سیوری، مقدادبن عبدالله (فاضل مقداد) (۱۴۰۳ق)، نضد القواعد الفقہیہ علی مذهب الامامیه، قم: انتشارات کتابخانه‌ی آیت‌الله مرعشی نجفی (ره).
- راغب اصفهانی، حسین‌بن محمد (۱۴۱۲ق)، مفردات الفاظ القرآن، لبنان: دارالعلم.
- رحمانیان، حامد و محمدجعفر حبیب‌زاده (۱۳۹۲)، «معیار تفکیک حدود غیرمذکور از تعزیرات

- منصوص در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، مجله‌ی حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هفتم، ش ۸۴، صص ۱۰۳-۱۲۳.
- زراعت، عباس (۱۳۹۳)، شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، تهران: جاودانه، ج ۱.
- ساریخانی، عادل و روح‌الله اکرمی سراب (۱۳۹۳)، «بررسی فقهی حقوقی تعزیرات با تأکید بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲»، پژوهشنامه‌ی حقوق کیفری، سال پنجم، ش ۲، صص ۱۳۹-۱۶۲.
- طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الامامیه، تهران: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه‌ی المعارف الإسلامیه.
- عاملی، محمدبن مکی (شهید اول) (بی‌تا)، القواعد و الفوائد، قم: انتشارات مفید.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۲ق)، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود، قم: مرکز فقهی ائمه‌ی اطهار (ع).
- کعبی، عباس (۱۳۸۳)، «تطبیق نظام حقوقی اسلام و حقوق وضعی معاصر (۲)»، فصلنامه‌ی فقه اهل بیت (ع)، سال دهم، ش ۳۷، صص ۹۵-۱۳۷.
- مجلسی اصفهانی، محمدباقر بن محمد تقی (بی‌تا)، حدود و قصاص و دیات، تهران: مؤسسه‌ی نشر آثار اسلامی.
- محقق حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه‌ی اسماعیلیان.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷)، قواعد فقه، بخش جزایی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۶۳)، «تحلیلی پیرامون مسئله‌ی تعزیرات در اسلام»، مجله‌ی نور علم، ش ۵، صص ۶۳-۶۹.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳)، تعزیر و گستره‌ی آن، قم: مدرسه‌ی امام علی بن ابی‌طالب (ع).
- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ق)، فقه الحدود و التعزیرات، قم: مؤسسه‌ی النشر لجامعه‌ی المفید رحمه‌الله، ج ۱.
- موسوی خمینی، روح‌الله (۱۳۷۸)، صحیفه‌ی امام، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ج ۱۹.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود، (۱۳۷۸)، بایسته‌های فقه جزا، تهران: میزان.

ب) پایگاه اینترنتی

پایگاه اینترنتی معاونت حقوقی قوه قضاییه قابل دسترسی در نشانی زیر:

<http://yon.ir/wg88>