



University of Guilan



Iranian association of penal law

Criminal law Research
A Biannual Journal

Vol . 15, No.1, Spring & Summer 2024(Serial 29)

Jurisprudential Analysis of the Extent of Ta'zeer in the Islamic Penal Code: An Exploration of Government Jurisprudence

1. Hadi Salehi,  

Assistant Professor of Public law at Shiraz University

2. Mohammad Kazem Zare 

Graduated criminal law cerminology, Tehran University

Submit Date:2023/10/29

Accept Date:2024/02/27

Abstract:

The Islamic revolution has transformed Ta'zeer in Islamic law, notably through the 2013 Islamic Penal Law's Article 18. This shift broadened Ta'zeer's scope, encompassing Shariah prohibitions and government regulations. Despite drawing from Shia jurisprudence, particularly "Al-Ta'zeer Lakl Haram," the extension of Ta'zeer to non-disobedient acts lacks a clear rationale. Article 18 introduces a debatable categorization of punishments, dividing them into written and unwritten forms, and imposes statutes of limitations on Ta'zeer, contrary to Imami jurisprudence. This study navigates the complexities of these legal reforms, examining their historical and doctrinal evolution within government jurisprudence, offering insights into the interplay between Islamic law and contemporary amendments.

Key Words: Ta'zeer, sin, deterrent Ta'zeer, government punishments, rulings of Soltanieh.

1. Introduction

The evolution of punishments within Islamic law is a critical facet significantly impacted by the Islamic revolution. The enactment of the Islamic Penal Law in 2013, primarily outlined in Article 18, marked a significant departure in the approach to punitive measures. Notably, this marked a pivotal shift in the scope of Ta'zir, which expanded beyond conventional "deterrent punishments" to embrace a comprehensive sphere encompassing a wide spectrum, including violations of government regulations (non-disobedience). This marked a profound reconfiguration towards a more comprehensive and inclusive application of Ta'zir within the legal framework.

Shia jurisprudence, rooted in the principle of "Al-Ta'azir Lakl Haram," accentuates the nuanced application of Ta'zir. It unveils that the purview of Ta'zir does not unilaterally encompass all transgressions, irrespective of their magnitude. Instead, Ta'zir seems selectively directed at non-violent actions, fostering significant jurisprudential queries regarding the rationale behind categorizing these measures as protective of the community. This categorization seems to align more closely with Sultanate decrees and other designations, diverging from the conventional Ta'zir framework.

The legislative enactment, notably in Article 18 of the Islamic Penal Code, introduces a dichotomy between prescribed and non-prescribed punishments, accompanied by the incorporation of a statute of limitations. However, the clarity and effectiveness of this distinction remain elusive, inviting skepticism about its ability to resolve ambiguities and align with fundamental jurisprudential principles.

Central to this discourse is the foundational principle of "Al-Ta'azir Lakl Haram," challenging the expansive legislative scope of Ta'zir, which purportedly encompasses all Shariah prohibitions. Discussions within Shia jurisprudence pivot around the possibility of non-haram actions constituting threats to communal order and security, raising uncertainties regarding their jurisprudential grounding and inclusion within Ta'zir.

While grappling with the limitations surrounding the application of "Al-Ta'azir Lakal Haram" and specific traditions, coupled with the ruler's discretionary authority to penalize non-offenders, critical inquiries emerge regarding the legitimacy and necessity of broadening Ta'zir to encompass non-sinful and deterrent measures. This expansion raises pertinent concerns about the legitimacy of crimes and punishments, seemingly conflicting with Sultanate rulings and jurisprudential tenets.

The legislative attempt to distinguish between prescribed and non-prescribed punishments within Article 18 sought to address these complexities. However, its lack of clarity inadvertently introduced further ambiguities, necessitating a critical reevaluation and alignment with established legal norms and doctrines.

2. Methodology

The study employs a jurisprudential lens, exploring three distinct discourses: the term "opinion" within jurisprudential terminology, the foundational principle "Al-Ta'azir Lakl Haram," and a critical analysis of Article 18, focusing on Ta'zir's scope and discretionary authority. This study embarks on a rigorous examination of legislative decisions through the prism of jurisprudence. Our investigation unfolds across three distinct discourses, meticulously exploring pivotal aspects.

3. Results and Discussion

The initial discourse delves into the lexical imperative, meticulously unraveling the cognitive nuances embedded within the term "opinion" within the realm of jurisprudential terminology. This in-depth exploration is aimed at shedding light on the multidimensional connotations of this term within legal discourse.

Subsequently, the second discourse takes a comprehensive plunge into the recalibration of punishment regulations, leveraging an extensive analysis of the foundational principle "Al-Ta'azir Lakl Haram." This stage meticulously dissects and delineates the foundational rules governing punishment, providing an in-depth and nuanced assessment of this foundational principle.

The final discourse meticulously scrutinizes the legislative claim within Article 18, probing the extents of Ta'zir's expansive scope and the discretionary authority vested in the Sharia ruler concerning the potential criminalization of non-offenses. This critical analysis fundamentally

challenges the perceived boundaries of discretionary power within legal frameworks, warranting an exhaustive examination and reevaluation of established legal norms and doctrines.

4. Conclusions

The study concludes by emphasizing challenges and debates surrounding the implementation of legal norms, judicial equity, and coherence within the Islamic Penal Code. The suggestion of repositioning "deterrent punishments" as "government punishments" is discussed as a potential solution, while unresolved issues and varied interpretations underscore the complexity of navigating legal classifications and jurisprudential principles.

By critically interrogating these intricate intersections between legislative choices and jurisprudential principles, this study endeavors to illuminate the intricate complexities and potential implications of broadening the scope of Ta'zir. This expansive examination serves as a pivotal exploration, challenging the very core of legality within legal systems and necessitating a fundamental reconsideration of established legal paradigms.

The resistance against the former "deterrent punishments" seems chiefly rooted in their title, as deterrence constitutes a core attribute of punishment. Therefore, a more prudent approach for the legislator might have been to reposition these punishments under an alternative classification, perhaps designating them as "government punishments." This strategic rebranding would not only address semantic concerns but also offer practical benefits over time. Presently, within Imami jurisprudence, the passage of time poses challenges, prompting the legislator to place former deterrent punishments alongside Sharia punishments. This temporal transition encounters hurdles due to the previous regulations of public courts' procedures and the revolutionary shifts in criminal matters (Articles ۱۷۳ and ۱۷۴) following a certain philosophy,[۱] subsequently acknowledged through articles ۱۰۵-۱۱۲ of the Penal Code, which acknowledge the effects of time on punishments.

To tackle such complexities, the legislator, in Note ۲ of Article ۱۱۵ of Q.A., introduced an unprecedented division: the categorization of punishments into prescribed and non-prescribed. However, this division hasn't resolved the issue and has instead sparked varied interpretations. The realm of the Islamic Penal Code remains contested, marked by diverse viewpoints and a lack of consensus regarding the meaning of "written" and "unwritten." Moreover, the legal treatment of these categories remains ambiguous and thought-provoking.

For instance, the statute of limitations for prosecution solely applies to non-statutory punishments, creating a dichotomy between statutory and non-statutory punishments. Inconsistencies are evident in institutional preferences favoring individuals, where exemptions, sentence deferrals, or execution suspensions exclusively relate to unspecified punishments. However, these discrepancies aren't mirrored in similar institutions such as sentence reduction, conditional release, semi-freedom programs, or alternatives to incarceration, where such distinctions aren't taken into account.

The intricacies surrounding the reclassification and division of punishments persist as a major point of contention, resulting in ambiguity within the legal framework. Furthermore, the nuanced disparities in treatment between different types of punishments raise critical questions regarding consistency and fairness within the judicial system.

This intricate interplay between semantic reclassifications, temporal considerations, and the divergence in legal interpretations underscores the challenges confronting the legislative process. These challenges not only engender confusion but also raise crucial debates concerning the implementation of legal norms and the preservation of judicial equity and coherence.

5. Selected References

- A group of authors (Bita), *Fiqh Ahl al-Bayt, peace be upon them*, Volume 54, Qom: Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopaedia on the Religion of Ahl al-Bayt, peace be upon them. (in Persian)
- Ansari, Baqer, Aslanzadeh, Rahim and Boroujardian, Ali (2007), *Legal lexicon*, Second Edition, Tehran: adjutancy of Research, Compilation and Revision of Laws and Regulations. (in Persian)
- Ashuri, Mohammad (1385), *Criminal Procedure Code*, Volume 1, 11th Edition, Tehran: Samt Publications. (in Persian)
- Babaei, Mohammad Ali (2008), "Critical analysis of the legislator's understanding of the passage of prosecution time", *Journal of Legal Studies of Shiraz University*, 1 (3), 49-68. (in Persian)

- Chiraghi, Ali Asghar (Spring and Summer 2013), "Elements and Realm of Ijtihadi Interpretation", *Sahifah Mobin Magazine*, 34-33, 34-4. (in Persian)
- Fatahi, Seyyed Mohsen (spring and summer 2013), "Comparative study of punishments as punishment from the point of view of Islamic religions (relying on the role of the element of guilt in the nature of punishment)", *Scientific Research Journal of Jurisprudence Research*, 9 (1), 87-104. (in Persian)
- Habibzadeh, Mohammad Jafar and Aini Najafabadi, Mohsen (April and September 2011), "The basis and criterion Ta'zir", *Judicial Journal*, 33, 22-26. (in Persian)
- Haeri, Sayyid Ali bin Muhammad Tabatabai (1418 AH), *Riyadh al-Mas'il fi Iqhāqī al-Ahkam by Evidence*, Volume 15, First Chapter, Qom: The Foundation of the Family of the Prophet, peace be upon them. (in Arabic)
- Haji Dehabadi, Ahmad (2011), *Penal Jurisprudence Rules*, 3rd edition, Qom: Hozwa and University Research Center. (in Persian)
- Hayeri, Seyyed Kazem (Autumn 2016), "Types of ta'zir and its rules", *Ahl al-Bayt Fiqh Journal*, 51, 3-33. (in Persian)



تحلیل فقهی- مبنایی گستره تعزیر در قانون مجازات اسلامی با تأکید بر قواعد فقه حکومتی

۱- هادی صالحی *

دکتری گروه حقوق عمومی و بین الملل دانشگاه شیراز، شیراز، ایران.

✉ salehi.0306@gmail.com

۲- محمد کاظم زارع

دکتری حقوق جزا، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۲/۰۸	تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۸/۰۷
-------------------------	-------------------------

چکیده:

قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ در اقدامی آنی از یکسو اقدام به توسیع مفهوم تعزیر به ارتکاب محرمات شرعی (معاصی) نمود و از سوی دیگر، ضمن حذف عنوان «مجازات‌های بازدارنده» موضوع قانون سابق، دایره تعزیر را شامل نقض مقررات حکومتی نیز دانست. با مراجعه به فقه شیعه، به‌ویژه قاعده «التعزیر لکل حرام»، عنوان تعزیر، نه تنها قابلیت شمول تمامی گناهان، اعم از صغیره و کبیره، را نداشته، بلکه پاسخ دادن برخی اعمال غیرمعاصی به استناد صیانت از اجتماع و به‌عنوان قسمی از کیفرهای تعزیری از منظر فقهی فاقد توجیه مبنایی است؛ کما اینکه این اعمال از باب احکام سلطانیه و تحت عناوین دیگری، همچون «مجازات‌های حکومتی»، قابل توجیه به نظر می‌رسد. این در حالی است که اقدام قانون‌گذار از یکسو منجر به ایجاد تقسیم‌بندی مبهم و پرسش‌برانگیز، تحت‌عنوان تعزیرات منصوص و غیرمنصوص شده و از سوی دیگر سبب پیش‌بینی نهاد مرور زمان برای تعزیرات (برخلاف فقه امامیه) گردیده است.

واژگان کلیدی: تعزیر، گناه، مجازات‌های بازدارنده، مجازات‌های حکومتی، احکام سلطانیه.

مقدمه

نظام کیفری کشورمان که بعد از انقلاب اسلامی تحت تأثیر فقه شیعه تغییر یافت، در دوران حیات خویش دستخوش تغییراتی شده است؛ تا آنجا که در خصوص نظام ناظر بر تقسیم‌بندی کیفرها، گاه تعزیرات را صرفاً شامل امور ممنوعه شرعی دانسته و در نهایت بنا به تشخیص مقنن در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، این قسم از کیفرها نه تنها شامل امور مزبور، بلکه به نوعی غیرمعاصی را نیز شامل شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود...». بنابراین از نظر نگارندگان، تعریف تعزیر در ماده مزبور دارای دو شق است: یکی اینکه تعزیرات شامل ارتکاب محرمات شرعی - یعنی معاصی - می‌شود و شق دیگر اینکه تعزیرات علاوه بر معاصی، شامل نقض مقررات حکومتی - یعنی غیرمعاصی - نیز می‌شود.

در این پژوهش برآنیم که اقدام اخیر قانون‌گذار را در پرتو مبانی فقهی به بوته آزمون بسپاریم. از نظر سامان‌دهی، این موضوع در سه گفتار ارائه شده است: به سبب لزوم رویکرد لغوی - اصطلاح‌شناختی، بنابراین در گفتار اول واژه تعزیر از نظر لغت و اصطلاح فقهی، البته به طور خلاصه مورد مذاقه قرار گرفته است. به منظور تعدد قواعد راجع به تعزیرات، به تحلیل مبانی قاعده مزبور پرداخته و بالاخره در گفتار حرام، در گفتار دوم نیز ضمن تمیز و تشخیص قواعد راجع به تعزیرات، به تحلیل مبانی قاعده مزبور پرداخته و بالاخره در گفتار سوم نیز ضمن بررسی سابقه بحث، رویکرد قانون‌گذار کشورمان در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مورد پژوهش قرار گرفته است و پرسش و مسأله اصلی پژوهش حاضر این است که آیا می‌توان به استناد قاعده «موسع التعزیر لکل عمل حرام» تمامی گناهان را جرم‌انگاری نمود و از طرف دیگر آیا اختیار حاکم شرع در جرم‌انگاری امور غیرمعاصی در پرتو این قاعده بی‌حد و حصر است؟ بدیهی است در صورت مثبت بودن این پاسخ، اصل بنیادین قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها با چالش جدی مواجه خواهد شد.

۱. مستندات فقهی تعزیرات

۱.۱. شناخت و تمیز قواعد راجع به تعزیرات

با مراجعه به تحقیقات صورت‌گرفته در باب قواعد فقهی تعزیرات، همواره دچار یک سردرگمی درباره جایگاه اصلی قواعد مزبور هستیم، در صورتی که گاه با مراجعه به منابع مختلف، تشخیص اینکه قواعد گفته‌شده کدام یک از وجوه تعزیر را مورد توجه قرار می‌دهد، امری مشکل به نظر می‌رسد.

با کنکاشی در قواعد مرتبط، به‌طور کلی می‌توان بیان داشت که گاه قاعده فقهی در مقام بیان نوع مجازات تعزیری است و فارغ از این امر بحث دیگری را پیش نمی‌کشد که این قاعده همان قاعده «قاعده التعزیر دون الحد»^۱ است. از سوی دیگر، گاه قاعده تعزیری در مقام بیان مقام صالح و سیر تشریفات تعیین مجازات تعزیری است و از آن تحت‌عنوان قاعده «التعزیر بما یراه الامام»^۲ یاد می‌شود. بالاخره برخی قواعد نیز در جایگاه تعیین اعمال مستوجب تعزیر قرار می‌گیرند که در این مقاله به دلیل مرتبط بودن با اصل مطلب مورد نظر، به قاعده اصلی، یعنی شق اخیر ناظر به قاعده «التعزیر لکل حرام» می‌پردازیم که البته این قاعده در کتب فقهی این قاعده با عبارات مشابه دیگری مورد ذکر قرار گرفته است.

۱. در این خصوص، برخی تعزیر را منحصر در تازیانه می‌دانند، منتها عده‌ای دیگر تعزیر را نه تنها شامل تازیانه، بلکه سایر مجازات‌ها را نیز در این عرصه وارد می‌دارند و معتقدند که تعزیر به مجازات‌هایی چون حبس و جریمه مالی نیز ممکن است؛ منتها احتیاط در آن است که مقدار مجازات‌های دیگر به اندازه‌ای نباشد که عرفاً بیشتر از ۷۹ تازیانه تلقی شوند. (Haeri, 1386: 3)

۲. توضیح اینکه در برخی منابع از این قاعده با عبارت «التعزیر بما یراه الحاکم» یاد شده که به نظر فاقد مبنای فقهی است؛ چرا که در تمامی منابع فقهی این حدیث، سخن از امام است نه حاکم ... (Mohaghegh Damad, 1386: 228)

۱.۲. مبانی قاعده «التعزیر لكل حرام»

قاعده «التعزیر لكل حرام» به‌عنوان یک قاعده اصطیادی فقهی با عبارات متفاوتی در کتب فقها بیان شده،^۱ منتها برداشت مشترک از همه آنها چنین است که تعزیر در اعمال واجد حرمت شرعی تعریف می‌گردد. قاعده مورد نظر دارای یک سلسله مبانی است که با توجه به تحقیقات به‌عمل آمده در این خصوص، این مطلب با تلخیص اشاره می‌شود:^۲

۱.۲.۱. روایات عام

۱.۲.۱.۱. صحیح داود بن فرقد

ابوعبدالله می‌فرماید: اصحاب رسول خدا- صلوات الله علیه- به سعد بن عباده، که مردی غیور بود، گفتند: اگر ببینی مردی با همسرت زنا می‌کند چه خواهی کرد؟ سعد گفت: او را با شمشیر به دو نیم می‌کنم. در این اثنا رسول خدا(ص) از خانه به مسجد درآمد و به سعد فرمود: چه کسی را با شمشیر به دو پاره خواهی کرد؟ سعد گزارش کرد که اینان گفتند اگر با چشم خود ببینی که مردی با همسرت زنا می‌کند چه خواهی کرد، و من گفتم او را با شمشیر خود دو پاره خواهم کرد. رسول خدا(ص) فرمود: پس تکلیف چهار شاهد چه می‌شود؟ سعد گفت: یا رسول الله، بعد از آنکه با چشم خود ببینم و خداوند شاهد کردار او باشد، باز هم بروم چهار شاهد پیدا کنم؟ رسول خدا(ص) گفت: آری به‌خدا، با آنکه با چشم خود ببینی و خداوند گواه کردار او باشد، باید چهار شاهد پیدا کنی؛ چراکه خداوند- عزوجل- برای هر مشکلی حدی مقرر کرده و برای هر متجاوزی کیفری معین نموده است.^۳ (Koleini, Vol 6: 202)

۱.۲.۱.۲. روایت عمر بن قیس

در توضیح صحیح داود بن فرقد، اشاره به روایت عمرو بن قیس ضروری است. مطابق این روایت: ابوعبدالله فرمود: ای عمرو بن قیس آیا می‌دانی که خداوند، پیامبر و کتابی فرستاده است و در آن کتاب تمام موارد موردنیاز به همراه دلیل وجود دارد. برای هر چیزی حدی قرار داده و برای هر متجاوز حد نیز حدی قرار داده است. پرسیدم چگونه برای متجاوز، حدی قرار داده؟ فرمودند: خداوند در اموال حدی قرار داده که تنها از راه حلال حاصل می‌شود و هرکس از راه غیرحلال به‌دست آورد، دستش قطع می‌شود، چون از حد تجاوز کرده است. خداوند مقرر فرموده که نکاح تنها از راه حلال صورت می‌پذیرد و هرکس جز این را انجام دهد، اگر مجرد باشد حد می‌خورد و اگر متأهل باشد رجم می‌شود؛ چون از حد تجاوز کرده است.^۴ (Amli, 1409: 16). در خصوص استناد به روایات مزبور به‌عنوان مبانی اعمال تعزیر در تمامی اعمال حرام ایراداتی وجود دارد. باوجود اینکه برخی فقها، از جمله آیت‌الله خوانساری و آیت‌الله گلپایگانی، این حدیث را مجمل دانسته‌اند، منتها ضمن اقرار به مبین بودن این احادیث، به نظر می‌رسد به‌دلیل عدم انحصار کیفرهای اسلامی به حدود و تعزیرات از یک‌سو و وجود سایر اقسام مجازات‌ها، از جمله قصاص و دیات،

۱ به‌عنوان نمونه «التعزیر لكل عمل محرم»، «كل معصیه لم یرد فیہ حد فیه التعزیر»، «كل من خالف الشرع فعلیه حد او تعزیر».

۲ برای مطالعه بیشتر در خصوص اقوال و مستندات قاعده، رک: حاجی ده آبادی، ۱۳۹۱: ۳۰۱-۳۹۵.

۳ الحسین بن سعید، عن فضالة بن أيوب، عن داود بن فرقد قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن أصحاب النبي صلى الله عليه و اله قالوا لسعد بن عباد: أرايت لو وجدت على بطن امرأتك رجلا ما كنت صانعا به؟ قال: كنت أضربه بالسيف. قال: فخرج رسول الله صلى الله عليه و اله فقال: ماذا يا سعد؟ قال سعد: قالوا: لو وجدت على بطن امرأتك رجلا ما كنت تصنع به؟ فقلت: أضربه بالسيف. فقال: يا سعد و كيف بالأربعة الشهود؟ فقال: يا رسول الله بعد رأي عيني و علم الله أنه قد فعل؟ قال: إي و الله بعد رأي عينك و علم الله أنه قد فعل. لأن الله عز و جل قد جعل لكل شيء حداً و جعل لمن تعدى ذلك الحد حداً.

۴ و عن أبي علي الأشعري عن محمد بن حسان عن محمد بن علي عن أبي جميل (في المصدر- أبي جميله) عن ابن ديبس الكوفي عن عمرو بن قيس قال: قال أبو عبد الله ع يا عمرو بن قيس أ شعرت أن الله أرسل رسولا و أنزل عليه كتابا و أنزل في الكتاب كل ما يحتاج إليه و جعل له دليلا يدل عليه و جعل لكل شيء حداً و لمن جاوز الحد حداً إلى أن قال قلت و كيف جعل لمن جاوز الحد حداً قال إن الله حد في الأموال أن لا تؤخذ إلا من جلتها فمن أخذها من غير جلتها قطع يده حداً لمجاوزة الحد و إن الله حد أن لا ينكح النكاح إلا من جله و من.

از سوی دیگر، این احادیث در توجیه تعزیر برای کلیه اعمال حرام غیرکافی است، که البته از جهت دیگر نیز همواره این امکان وجود دارد که منظور از حد در احادیث یادشده نه مجازات دنیوی، بلکه کیفر اخروی بوده باشد (Haji Dehabadi, 1391: 306)

۱.۲.۲. روایات خاص

علاوه بر روایات با مضمون عام در این خصوص، در برخی موارد نیز یکسری روایات خاص ناظر به تعزیر به‌ویژه در مواردی که عمل موجب آزار دیگران می‌شود، وارد شده است که به موجب آن‌ها، اعمالی همچون از بین بردن جنین برآمده از زنا توسط مادر، خوردن گوشت خوک، خیانت در امانت و... مستوجب تعزیر دانسته شده است (Haji Dehabadi, 1391: 299). در خصوص این دسته از روایات، برخی از فقها الغای خصوصیت^۱ نموده و مورد را قابل تسری به سایر امور حرام دانسته‌اند. به‌عنوان نمونه، محقق اردبیلی در *ارشاد الانه‌ان*، الغای خصوصیت را مجاز و ممکن دانسته و بر این نظر است که با استفاده از اخبار وارده خاص می‌توان هر عملی را که موجب اذیت دیگران می‌شود، قابل تعزیر دانست.^۲ با این اوصاف، به نظر می‌رسد آن دسته از فقهایی که این روایات خاص را مستند قاعده عمومی «التعزیر لکل حرام» دانسته‌اند، به‌گونه‌ای به الغای خصوصیت دست زده‌اند؛ اما باید توجه داشت که در این موارد، در صورتی می‌توان به الغای خصوصیت تمسک جست که از این روایات به‌دست آوریم آنچه علت و مناط تعزیر این اعمال است، «گناه» و «حرام» بودن آنهاست (Haji Dehabadi, 1391: 307)، درحالی‌که به‌دلیل عدم قطع و یقین به اینکه وصف گناه بودن عمل لزوماً مناط تعزیر بودن است، به نظر می‌رسد الغای خصوصیت در این موارد، چندان مجاز نیست.

۱.۲.۳. سایر ادله

در کنار روایات عام و خاص به ادله دیگری همچون وجوب امر به معروف و نهی از منکر، معاونت بر برّ و تقوی و نیز حفظ نظام اشاره شده است. توضیح اینکه برخی از فقها به منظور توجیه قاعده به ضرورت امر به معروف و نهی از منکر و در نتیجه تعزیر اعمال حرام در راستای نهی از منکر تمسک جست، یا اینکه طبق امر قرآنی «تعاونوا علی البرّ و التّقوی» با این نگاه که تعزیر به‌نوعی معاونت در ترک گناه محسوب می‌شود، با تعزیر اعمال حرام در ظهور امر قرآنی یادشده قدم برمی‌دارند. هر دو مورد گفته‌شده، با این استدلال که تعزیر تنها چاره منحصر برای امر به معروف و نهی از منکر یا معاونت بر برّ و تقوی نیست و راه‌های مقرون به‌صرفه دیگری در این خصوص وجود دارد، مورد اشکال و ایراد واقع شده‌اند. (Amid Zanjani, 1386: 9-10)

همچنین در خصوص دلیل حفظ نظام و استدلال بر گستره آن و در نتیجه اختیار حاکم بر تعزیر هر عمل حرام به‌عنوان عملی مخالف نظام نیز ایراداتی وارد شده است؛ چراکه پذیرش این امر به‌عنوان مبنای قاعده واجد دو نتیجه خواهد بود: یکی اینکه ارتکاب هر عمل حرامی اعم از ترک واجب و فعل حرام منجر به مخالفت با نظام شده و دیگر اینکه هر چه باعث مخالفت با نظام است، الزاماً با کیفر تعزیری پاسخ داده خواهد شد؛ ضمن اینکه هر دو نتیجه محل مناقشه است. برخی فقها، از جمله مرحوم خوانساری و مرحوم گلپایگانی، نیز با استدلال‌هایی همچون اینکه حفظ نظام از سایر طرق نیز به دست می‌آید، این استدلال را با چالش روبه‌رو می‌سازند. (Haji Dehabadi, 1391: 310)

۱. الغای خصوصیت به معنای توجه نکردن به ویژگی حکم وارد شده در دلیل شرعی است؛ به‌طوری‌که آن را از خصوصیات مورد و از تطبیقات حکم شرعی به حساب آوریم (Saedi, 1386: 106)؛ یعنی اعتبار به عمومیتی که در لفظ است نه خصوصیتی که به مورد است. در تفسیر متون چنین فرایندی را «جری و تفسیر» نیز می‌گویند؛ یعنی اجرا و تطبیق آن بر غیر مورد و معنای خاص آن (Cheraghi, 1383: 13-14)

۲. أقول: هذه الأخبار ذكرها المحقق الأردبیلی - قدس سره - فی شرح الإرشاد، و قال: فيمكن الاستفادة الكلّية من هذه الأخبار، و نظره إلى أن كل ما يؤدى المسلم بغير حقّ بل كلّ ذنب غير موجب للحدّ موجب للتعزير بملاحظة الأخبار المذكورة (Khansari, 1405: 118)

۲. رویکرد فقهی - مبناشناختی به تعریف تعزیر در قانون جدید مجازات اسلامی

در قانون مجازات اسلامی سابق، قانون‌گذار به تبعیت از قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو به شق نوظهوری از انواع مجازات‌ها - یعنی مجازات‌های بازدارنده - پرداخت که ظاهراً پیش از تحقیق و تفحص مناسب، در این باره یک‌سری مخالفت‌هایی جدی ابراز شده است (Hosseini, 1389: 11-24) و در نتیجه قانون‌گذار در سال ۹۲ با یک شتابزدگی و تحت تأثیر مخالفت‌هایی که سابقاً صورت پذیرفته بود، به یکباره با حذف شق پنجم مجازات‌ها (مجازات‌های بازدارنده)، به ناچار به ارائه تعریفی جدید از تعزیرات در ماده ۱۸ اقدام نمود که به نظر بسیار تأمل‌برانگیز خواهد بود؛ تا آنجا که می‌توان مبانی فقهی این اقدام را با پرسش‌هایی جدی روبه‌رو ساخت. بدین منظور، نگارندگان ناچار به بررسی میزان توسیع قاعده فقهی «التعزیر لکل حرام» به عنوان منشأ اصلی قواعد فقهی باب تعزیرات و مبانی آن بوده‌اند؛ ضمن آنکه در این میان مواد مرتبط قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از جمله ماده ۱۸ نیز مورد مذاقه قرار خواهد گرفت.

پیرو بررسی مبانی قاعده «التعزیر لکل حرام» و با عنایت به ضعف در استناد به مبانی قاعده، به نظر می‌رسد در اینجا پاسخ به دو مسئله ضروری است:

مسئله اول: در ابتدا می‌بایست بررسی نمود که حتی با فرض اثبات قاعده، آیا می‌توان با استناد به آن تمامی گناهان را با ضمانت اجرای تعزیر پاسخ گفت یا اینکه این قاعده صرفاً طیف خاصی از گناهان را شامل می‌گردد.

مسئله دوم: در مرتبه بعد، لازم است بررسی شود که آیا اموری غیر از گناهان شرعیه این قابلیت را دارند که در حیطه مجازات‌های تعزیری وارد شوند و این همان رویکردی است که در شق دوم تعریف تعزیر در ماده ۱۸ قانون جدید مجازات اسلامی اتخاذ شده است که در صورت اثبات عدم امکان قرار دادن امور غیرمعاصی در حیطه و گستره تعزیرات، این ماده چندان از لحاظ مبنایی قابل توجیه نخواهد بود.

بنابراین، مسائل مطروحه در بالا را در قالب دو شبهه اولیه و ثانویه پیگیری خواهیم کرد.

۲.۱. شبهه اولیه (ناظر به امکان یا عدم امکان توسیع تعزیر به کلیه معاصی)

در این مبحث، در مقام پاسخ به این پرسش هستیم که آیا قاعده «التعزیر لکل حرام» در وادی عمل نیز شامل همه امور حرام حتی گناهان جزئی می‌شود یا اینکه صرفاً برخی از گناهان را دربر می‌گیرد. فایده عملی بحث این است که در صورت اثبات امکان اجرای قاعده، صرفاً برای برخی گناهان - نه همه آنها - می‌توان قائل به تضعیف رویکرد اتخاذشده در ماده ۱۸ ق.م.ا. گردید؛ چراکه وقتی این قاعده قابلیت تعمیم در خصوص کلیه مصادیق حوزه خودش را ندارد؛ نه تنها شق اول تعریف تعزیر در ماده ۱۸ را مبنی بر اینکه تعزیرات شامل ارتکاب محرمات شرعی می‌شود، با ایراد مواجه می‌نماید، بلکه فراتر از آن، شق دوم تعریف تعزیر در ماده مزبور را، مبنی بر اینکه تعزیرات شامل نقض مقررات حکومتی - یعنی امور غیرمعاصی - می‌شود، نیز دچار چالش می‌نماید؛ چراکه وقتی این قاعده حتی ظرفیت شمول کلیه مصادیق خود یعنی معاصی را نداشته باشد، چگونه می‌توان اموری غیرحرام را تحت سلطه آن قرار داد؟!

در این خصوص چند دیدگاه کلی از ناحیه فقها اتخاذ گردیده است:

۲.۱.۱. دیدگاه اول: اجرای قاعده در معاصی کبیره

این دیدگاه به عده‌ای از فقها همچون امام خمینی (ره) و صاحب جواهر تعلق دارد. امام (ره) در تحریرالوسیله می‌فرماید: «هر کس که واجبی را ترک کند یا حرامی را انجام دهد، بر امام یا نایب اوست که او را تعزیر کند، به شرط آنکه کار او از گناهان کبیره باشد.»^۱ صاحب جواهر نیز بر این شرط تأکید نموده است. (Fiqh Ahl al-Bayt, Vol 54: 130)

۱. کل من ترک واجبا أو ارتکب حراما فلا إمام علیه السلام و نایب تعزیره به شرط أن یکون من الکبائر (Imam Khomeini: 477)

۲.۱.۲. دیدگاه دوم: اجرای قاعده در کلیه معاصی

این دیدگاه نیز از سوی برخی فقها همچون آیت‌الله خویی و آیت‌الله فاضل لنکرانی اتخاذ شده است. در واقع این دسته از فقها بر این نظرند که مطابق ظاهر قاعده، تمامی گناهان که واجد وصف حرمت هستند، قابلیت تعزیر را دارند. به‌عنوان نمونه آیت‌الله فاضل لنکرانی بیان می‌دارند: «آنچه از عبارات فراوان در موارد گوناگون استفاده می‌شود، آن است که تعزیر جانشین حد است و ملاک آن را دارد.» (یعنی همان‌طور که جریان حد متوقف بر این شرط نیست، جریان تعزیر هم متوقف بر این شرط نیست). نهایت اینکه اختلاف در علت، سبب اختلاف در تعزیر و حد می‌شود و همان‌طور که حد مترتب بر علت آن است و مشروط به جلوگیری به وسیله نهی و توبیخ نیست، تعزیر هم متوقف بر آن نیست. علاوه بر آن، روایات و ادله دیگر (روایات عام و خاص) مقتضی مجازات برای هرگونه تعدی از احکام الهی است^۱ (Fiqh Ahl al-Bayt, Vol 54: 134)

۲.۱.۳. دیدگاه سوم: اجرای قاعده، محدود به آن دسته از معاصی که مصلحت در تعزیرشان است

با توجه به روایات خاص که ذکر شد، آیت‌الله صافی گلپایگانی معتقدند مناط تعزیر، مصلحت است؛ بدین معنا که در هر کجا مصلحت اقتضا نماید، می‌توان نسبت به اعمال تعزیر اقدام کرد. البته در مخالفت با این دیدگاه اظهار نظر شده است که عمومیت قاعده «التعزیر فی کلّ معصیه» به سبب مستندات آن، شامل تمام معاصی می‌شود؛ پس عاری از این قید است، ولی رعایت مصلحت در تعزیر به‌خاطر قواعد دیگر ناظر بر تعزیر به این قاعده «وارد» می‌شود که از نظر علمی و نظری ربطی به ادله این قاعده و عمومیت آن ندارد (Fiqh Ahl al-Bayt, Vol 54: 135)

با این اوصاف، آنچه که از نظرات فقها استفاده می‌شود، این است که اطلاق قاعده مورد نظر نسبت به تمامی گناهان محل مناقشه است و بنابراین با کنکاشی در نظرات فقهی می‌توان بدین نتیجه رسید که این قاعده در باب گناهان از عمومیت برخوردار نیست؛ چراکه شمول قاعده نسبت به همه گناهان، حتی صغیره، مستلزم نوعی تفسیر موسع در مفهوم تعزیر است. در واقع هرگاه تعزیر متناسب با برخی از گناهان کوچک که صرفاً جنبه سد ذرایع دارد و بدین علت که مرتکب آن دچار ارتکاب گناه اصلی نشود، تحریم شده باشد، باید تعزیر در حداقل انجام گیرد که صرفاً واجد حالت تنبه و تذکر است. بنابراین توسعه مفهوم و مصداقی قاعده همراه با توسعه مفهومی و مصداقی تعزیر خود از نکاتی است که در سست کردن مبنای قاعده بی‌تأثیر نیست؛ چرا که ادله قاعده نیز چنین کلانی را نمی‌تواند دربر داشته باشد. (Amid, 1391: 8) کما اینکه در کتاب آسمانی نیز برخی شواهد به‌تنهایی و بعضی دیگر در کنار سایر شواهد (از جمله لحن کتاب مبنی بر تأکید بر مبدأ و معاد و سعادت و شقاوت نهایی، تکرار معنی دار غفار و تواب بودن خدای تعالی، مقرر کردن کفار به‌عنوان یک عبادت و به‌منظور پاک کردن آثار برخی گناهان و...) به‌وضوح با تعمیم تعزیر بر هر فعل حرام و ترک واجب منافات دارند و به‌قطع و جزم می‌توان گفت که بر تعمیم تعزیر بر همه معاصی دلیلی از کتاب وجود ندارد. (Hosseini, 1388: 659)

۲.۲. شبهه ثانویه (ناظر به امکان یا عدم امکان توسعه تعزیر به غیر معاصی)

۲.۲.۱. سابقه بحث

در مباحث پیشین، ضمن بررسی مستندات قاعده «التعزیر لکل حرام» صرف‌نظر از ضعف قاعده که عمدتاً ناشی از عدم امکان اثبات آن با توجه به مستندات آن بود، به این نتیجه رسیدیم که حتی بر فرض اثبات قاعده، طیف قابل توجهی از فقهای عظام همچنان بر این نظرند که این قاعده ناظر به تمامی گناهان اعم از کبیره و صغیره نبوده و به انحای مختلف قائل به عدم گستره مطلق دامنه آن

۱. لکن‌المستفاد من النصوص الكثيرة الواردة في موارد متشبهة أن وزان التعزیر وزان الحدّ و أنه قائم مقامه، غاية الأمر أن اختلاف الموجب أوجب الاختلاف من جهة الحدّ و التعزیر، فکما أن الحدّ یترتّب علی موجب، و لا یتوقف علی عدم الانتهاء بمثل الموعظة و التوبیخ، فکذلک التعزیر یترتّب علی موجب مطلقاً مضافاً إلى دلالة روایات متعدّدة علی أن الله عزّ و جلّ جعل لکلّ شیء حدّاً، و جعل علی من تعدّى حدّاً من حدود الله عزّ و جلّ حدّاً فإن مقتضاها ثبوت الحدّ بالمعنی الأعم من التعزیر علی کلّ من تعدّى حدّاً من حدود الله تبارک و تعالی (Fazel Lankarani, 1422: 418)

بوده‌اند. در این مبحث، ضمن تأکید بر پرداختن به هسته موضوع که بررسی فقهی تعریف تعزیر در قانون مجازات اسلامی، به‌ویژه آن قسمت از ماده ۱۸ که درصدد حذف عنوان سابق مجازات‌های بازدارنده و قرار دادن تمامی مصادیق آن در قالب مجازات‌های تعزیری بوده، بر آنیم که بیان کنیم با فرض اثبات قاعده و ضمن امعان نظر به عدم توسعه مطلق دایره آن، آیا مجازات تعزیری شرعی قادر است که شامل امور غیرحرام نیز که عمدتاً جنبه مصلحتی-اجتماعی را دارند، گردد. همان‌گونه که در مباحث پیشین مورد توجه قرار گرفت، قانون‌گذار کشورمان در سال ۶۸ ضمن تشریح عنوان جدیدی از مجازات‌ها، به نام مجازات‌های بازدارنده، کماکان در سال ۱۳۷۰ نیز در قانون مجازات اسلامی، این طیف از مجازات‌ها را در قانون پیش‌بینی نمود؛ کما اینکه بعداً در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب سال ۱۳۷۸ نیز طی ماده ۱۷۳ ناظر به قواعد مرور زمان بین این نوع مجازات و مجازات‌های تعزیری تفاوت قائل شد که به‌نوعی مشکل عدم پیش‌بینی مرور زمان در فقه امامیه^۱ را مرتفع نمود؛ چراکه وصف «بید الحاکم» بودن تعزیر و عدم پیش‌بینی مرور زمان در فقه امامی موجب تعارض بین تعیین انواع و مقادیر تعزیرات در قانون از یک‌سو و تعطیل آن با مرور زمان از سوی دیگر، می‌شد. بنابراین، خلق این عنوان در کنار تعزیرات راه‌گریزی برای مقنن به منظور گریز از این مانع فقهی بوده است (Hosseini, 1389: 139). در طی سال‌های اجرای قانون سال ۱۳۷۰ اعتراضات و مخالفت‌های جدی با عنوان «مجازات‌های بازدارنده» صورت پذیرفت؛ تا آنجا که برخی از محققان رویکرد جدید قانون‌گذار در ماده ۱۸ ق.م.ا را امری مثبت می‌دانند و همواره نگران تغییر رویکرد قانون‌گذار به رویکرد سابق می‌باشند (Hosseini, 1389: 140-141).

در این قسمت بدو رأی اثری عملی بحث جدا بودن تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده، در مقام اثبات این بحث هستیم که آیا تعزیرات می‌تواند شامل اموری گردد که واجد حرمت شرعی نباشند. به عبارت واضح‌تر، آیا قاعده «التعزیر لکل حرام» با وجود درداشتن ضعف در مستندات و نیز عدم توسیع حتی در خود گناهان، قادر است به‌نوعی توجیه‌کننده شق دوم ماده ۱۸^۲ باشد. به موجب اختلافات حاصله طی سال‌های ۶۴ - ۶۲ در خصوص دایره تعزیرات و پیرو استمداد کمیسیون امور قضایی مجلس از امام خمینی (ره) در این خصوص و متعاقباً نظر ایشان مبنی بر تعیین کمیته‌ای متشکل از ریاست کمیسیون، ریاست شورای عالی قضایی و دو نفر از اعضای شورای نگهبان و النهایه عدم حصول نتیجه از نشست‌های این کمیته، در تاریخ ۱۳۶۴/۱۱/۱۶ ریاست وقت دیوان عالی کشور سؤالی را با مضمون ذیل از امام (ره) مطرح می‌نمایند:

سوال: برای اداره امور کشور، قوانینی در مجلس تصویب می‌شود، مانند قانون قاچاق، گمرکات و تخلفات رانندگی، قوانین شهرداری، و به‌طور کلی احکام سلطانی 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؟
امام (ره) نیز در پاسخ می‌فرماید:

«بسمه تعالی»

در احکام سلطانی که خارج است از تعزیرات شرعی، در حکم اولی است، متخلفین را به مجازات‌های بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می‌توانند مجازات کنند. (Ibid: 13)

۱. چراکه هر چند از دیدگاه فقهای حنفی و حنبلی به‌ویژه با استناد به قاعده استحسان (ما رأه المسلمون حسناً فهو عندا الله حسن) مرور زمان پذیرفته شده است. اما فقهای امامیه مرور زمان را مغایر موازین شرعی دانسته‌اند. یکی از محققانی که قبل از انقلاب اسلامی به تفحص در این موضوع پرداخته است، می‌نویسد: «... از تجزیه و تحلیل ادله مدعیان وجود قانون مرور زمان در اسلام این نتیجه حاصل می‌شود که ادله آنان همگی مخدوش است و وجود قانون مذکور (مرور زمان) مخالف روح مکتب مزبور و معارض قواعد و اصول استنادی مدعیان است و از لحاظ شرعی به‌هیچ‌وجه قابل تجویز نیست.» (Ashouri, 1385: 207-208)

۲. یعنی آن قسمت که تعزیر را علاوه بر ارتکاب محرمات شرعی، شامل نقض مقررات حکومتی می‌داند.

بنابراین، سنگ بنای جدایی امور غیر حرام از تعزیرات با نظر مرحوم امام (ره) گذاشته شد که از حیث مبانی فقهی و ضعف قاعده «التعزیر لکل حرام» کاملاً منطقی و مطابق با موازین فقهی به نظر می‌رسد. برخی معتقدند ظاهراً منظور امام خمینی (ره) از به کار بردن اصطلاح مجازات‌های بازدارنده، وضع مجازات جدیدی در عرض سایر مجازات‌ها بوده باشد، بلکه به نظر ایشان، امام (ره) در این استفتائات به دسته دیگری از تعزیرات، بر اساس اجتهاد خود اشاره کرده و در واقع دایره تعزیرات را گسترش داده‌اند. (Rohami, 1388: 30) برخی دیگر نیز بر این نظرند که منظور امام (ره) شق جدیدی از مجازات‌ها نیست، بلکه ایشان مجازات بازدارنده را در معنای فارسی تعزیر به کار برده‌اند. (Hosseini, 1389: 144) در پاسخ به استدلال‌های یادشده می‌توان بیان نمود که اولاً امام (ره) به صراحت ضمن اشاره به احکام سلطانیه آن را خارج از دایره تعزیرات شرعی دانسته‌اند؛ بنابراین اخذ نتیجه ذکر شده از نظر مزبور بسیار بعید است. در خصوص ایراد دوم نیز قابل توضیح است که نه تنها حساسیت موقعیت صدور نظر مزبور، این عقیده را رد می‌نماید، بلکه بعید است امام (ره) به عنوان فقیه و مسلط به لسان فقه به جای واژه تعزیر به نحو مسامحه از عبارت دیگری استفاده کند؛ بنابراین می‌بایست اذعان نمود که دو نظر یادشده صرفاً در حد احتمال بوده که به دلیل فقد قرینه بر صحت آنها، پذیرششان مشکل است.

۲.۲.۲. نقد ادله شمول تعزیر بر غیر گناهان

از حیث فقهی نیز عده‌ای ادله‌ای را مبنی بر امکان جری تعزیر در غیر گناهان بیان می‌دارند که البته مورد مناقشه است. در این بحث ضمن بیان ادله مزبور که عمدتاً در دو قسمت (روایات و خصیصه ظهور جرایم جدید در زمان) مطرح می‌گردند، به ایرادات وارده بر آنها پرداخته می‌شود:

۲.۲.۲.۱. روایات

۲.۲.۲.۱.۱. روایت اول ناظر به موردی است که حضرت علی (ع) شخصی را در مسجد می‌بیند که قصه می‌گوید. حضرت نیز او را تازیانه می‌زند و از مسجد بیرون می‌کنند.^۱

استناد به این روایت، به عنوان مجوز تعزیر در غیر گناهان محل مناقشه است؛ زیرا محتمل است که تازیانه زدن از باب مقدمه و تمهید برای اخراج قصه‌گو از مسجد باشد نه از باب مجازات قصه گفتن. علاوه بر این، با توجه به مقام شامخ مسجد و لزوم رعایت احترام آن، به نظر می‌رسد احتمال اینکه این تازیانه از باب تأدیب بوده، قوی‌تر از آن است که از باب تعزیر بوده باشد. حتی اگر این استدلال‌های یادشده نیز مورد مناقشه واقع شود، در نهایت می‌توان به مجمل بودن روایت و عدم صلاحیت استناد به آن تمسک جست. (Fatahi, 1392: 98)

۲.۲.۲.۱.۲. روایت دوم نیز بیان‌کننده این مطلب است که حضرت امیر (ع) در مسجد در حال وضو گرفتن بودند که شخصی ضمن هل دادن، ایشان را بر زمین می‌اندازد که حضرت سه بار وی را تازیانه می‌زند و به او می‌فرمایند مواظب باش کسی را نرانی تا موجب شکستگی و پرداخت خسارت شوی.^۲

این روایت نیز نمی‌تواند به عنوان محملی برای توجیه تعزیر در همه گناهان در نظر گرفته شود؛ چراکه در اینجا نیز معلوم نیست تازیانه قطعاً از باب تعزیر است؛ کما اینکه می‌توان این نکته را ذکر کرد که شاید این مورد از باب ایدای دیگران بوده و تعزیر بدین دلیل بر وی جاری گشته است (Fatahi, 1392: 98)

شایان ذکر است در منابع اهل سنت نیز اقوالی در این خصوص وارد شده است. به عنوان نمونه، از ابن عباس در مورد فردی که شخص آزادی را فروخته بود سوال کردند، پاسخ داد این بیع باطل است و هر دو باید مجازات شوند. احتمالات بیان شده در این مورد نیز

۱. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِنَّ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع رَأَى قَاصًّا فِي الْمَسْجِدِ فَضَرَبَهُ بِالدَّرَّةِ وَ طَرَدَهُ (Koleini, 1407: 265)

۲. الْحُسَيْنُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْأَشْعَرِيُّ عَنْ مَعْلَى بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ الْوَشَّاءِ عَنْ أَبِيَانَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ عَمْرِو بْنِ أَبِي الْمَقْدَامِ عَنْ رَجُلٍ عَنْ رَزِينٍ قَالَ: كُنْتُ أَتَوَضُّأُ فِي مِيضَاءِ الْكُوفَةِ فَإِذَا رَجُلٌ قَدْ جَاءَ فَوَضَعَ نَعْلَيْهِ وَ وَضَعَ دِرْتَهُ فَوْقَهَا ثُمَّ دَنَا فَوَضَّأَ مَعِيَ فَرَحَمْتُهُ فَوَقَعَ عَلَيَّ يَدَيْهِ فَقَامَ فَوَضَّأَ فَلَمَّا فَرَغَ ضَرَبَ رَأْسِي بِالدَّرَّةِ ثَلَاثًا ثُمَّ قَالَ: يَا بَاكَ أَنْ تَدْفَعَ فَتَكْسِرَ فَتُعْرَمَ فَقُلْتُ مَنْ هَذَا فَقَالُوا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ ع فَذَهَبْتُ أَعْتَذِرُ إِلَيْهِ فَمَضَى وَ لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَيَّ (Majlesi, 1404: 417)

قابل تعمیم است؛ چراکه از یک سو شاید این مورد نیز از باب تأدیب بوده و اینکه محتمل است این معامله تحت عنوان کلاهبرداری و اکل مال بباطل^۱ به عنوان یک معصیت قابلیت تعزیر را داشته باشد (Fatahi, 1392: 99-100)

۲.۲.۲. خصیصه ظهور جرایم جدید در زمان

برخی از فقها بر این نظرند که اساساً جرایم و تخلفات هر جامعه به نحوه زندگی مردم آن جامعه و شیوه‌های اتخاذ شده بستگی دارد و برحسب اوضاع و احوال مختلف در طول تاریخ قابل تنوع و گسترش است. هرچه جوامع پیشرفته‌تر و روابط نیز پیچیده و گسترده‌تر می‌شود، جرایم و تخلفات نیز تنوع و گستردگی بیشتری می‌یابند. از اینجاست که باید نهادی باشد تا بر حسب اوضاع و احوال و شرایط زمان و مکان، نوع اعمال مفسده‌زا را که مانع روابط سالم و سالم‌سازی محیط اجتماعی و رشد و شکوفایی ارزش‌های انسانی است، و حسب مورد، مجازات‌هایی را برای آنها تعیین کند؛ بنابراین با عنایت به مطالب فوق روشن می‌شود که «قاعده‌التعزیر بما یراه الامام» دارای چنان اطلاق است که شامل تمامی موارد بیان شده می‌گردد؛ یعنی علاوه بر آنکه در خصوص اعمال حرام شرعی که واجد خصوصیات سابق باشد حکومت اسلامی حق دارد آن را جرم بداند و برای آن مجازات مناسب تعیین نماید، همچنین می‌تواند نسبت به آن دسته از اعمالی که شرعاً منهی نیستند، ولی مفسده و تبعات خطرناکی دارند، با اختیار خویش جرم اعلام و مجازات تعیین کند.» (Mohaghegh Damad, 1386: 244) در مقام نقد نظریه فوق نیز صرف نظر از استدلال نویسنده محترم که صرفاً بر مبنای الزامات اجتماعی بیان شده و اشاره‌ای به مبنای فقهی آن نشده، می‌توان اذعان نمود که این نظریه لااقل متضمن دو ایراد کلی است:

اول: کیفرگذاری در جامعه اسلامی به منظور مبارزه با جرایم ناشی از پدیده‌های نوظهور منحصر در تعزیرات نیست؛ بلکه به نظر می‌رسد در این زمینه حاکم اسلامی قادر است استناداً به احکام سلطانی و در راستای حفظ امنیت جامعه به تشریح نوع دیگری از مجازات‌ها اقدام کند. بنابراین نکته‌ای که در این نظریه و سایر نظرات مشابه (Habibzade, 1381: 22) بیش از هر چیز دیگری مغفول مانده، اینکه بسیاری از نویسندگان و صاحب‌نظران با این استدلال که برخی رفتارها دارای مفسده است و با وجود عدم ورود امر و نهی شرعی در این خصوص حکومت اسلامی به منظور صیانت از جامعه می‌بایست جرم‌انگاری نماید، به دفاع از شمول تعزیر بر غیر معاصی پرداخته‌اند؛ منتها آنچه که از نظر ایشان مغفول مانده است، اینکه تعزیر تنها راه چاره برای جلوگیری از جرایم نوظهور تلقی نمی‌شود.

دوم: نویسنده در راستای تقویت بنیه نظریه خویش به اطلاق قاعده «التعزیر بما یراه الامام» تمسک جسته است؛ در حالی که دایره اعمال قاعده یادشده نه در مورد تعیین مصادیق جرایم تعزیری، بلکه ناظر به مقام صالح و سیر تشریفات تشریح مجازات‌های تعزیری است؛ کما اینکه خود نویسنده محترم سطور بالا نیز در کتاب خویش در بحث قاعده «التعزیر بما یراه الامام» بر این نکته تأکید کرده است. (Mohaghegh Damad, 1386: 223-236)

علی‌هذا با عنایت به مطالب پیش گفته، می‌توان اذعان نمود که تعمیم تعزیر به امور غیرحرام به دلیل نبود مبنای فقهی مشکل است و در عین حال اقدام قانون‌گذار جدید در شق دوم تعریف تعزیر در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی نیز چندان با مبنای فقهی تطابق ندارد. کما اینکه یکی از فقهای معاصر در پاسخ به سؤال «ملاک اصلی تعزیرات در حکومت اسلامی چیست؟» بدین نحو پاسخ می‌دهند:

۱. کلاهبرداری از جمله جرایمی است که اکل مال به باطل محسوب می‌شود و با توجه به عموم آیه شریفه «و لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل» با استفاده از عنوان کلی تعزیرات قابل مجازات است (Mirmohammad Sadeghi, 1384: 42)

«هرگونه تخلف از واجبات شرع و ارتکاب گناهان کبیره^۱ تعزیر دارد، و تعزیر منحصر به شلّاق یا زندان نیست؛ بلکه از اندرزه‌های دوستانه که سبب ترک عمل گردد، شروع می‌شود تا محرومیت موقتی از بعضی از حقوق اجتماعی و جریمه مالی و مانند آن.» (Makarem Shirazi, 1427: 507)

همچنین به نظر می‌رسد، آنچه بیش از هر مورد دیگر سبب مخالفت‌هایی با «مجازات‌های بازدارنده» در قانون سابق شده، به سبب عنوان این مجازات بوده است؛ چراکه بازدارندگی یکی از خصیصه‌های مجازات است؛ بنابراین مطلوب می‌بود که مقنن جدید به جای شتابزدگی و حذف کلی طیف مجازات‌های بازدارنده، این مجازات‌ها را تحت عنوانی دیگر، از جمله «مجازات‌های حکومتی» بیان می‌کرد. آنچه که بر اهمیت و فایده این اقدام می‌افزاید، فایده عملی آن ناظر بر مرور زمان است؛ چراکه هم‌اکنون با توجه به مشکل بودن جری مرور زمان در فقه امامی، مقنن جدید با قرار دادن مجازات‌های بازدارنده سابق در کنار تعزیرات شرعی، مرور زمان در این نوع مجازات‌ها را نیز با مانع روبه‌رو کرده و به‌گونه‌ای مقررات سابق آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری ناظر بر این امر را (مواد ۱۷۳ و ۱۷۴) که از فلسفه خاصی پیروی نموده‌اند،^۲ بلااجرا قرار دهد و در نتیجه اجباراً طی مواد ۱۱۳ - ۱۰۵ قانون مجازات، مرور زمان را در خصوص تعزیرات بپذیرد.

در نهایت به دلیل رفع مشکلاتی از این دست، قانون‌گذار در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا یک تقسیم‌بندی ارائه کرده که تاکنون سابقه‌ای نداشته و آن، تقسیم تعزیرات به منصوص و غیرمنصوص است که در این خصوص نه تنها این مورد مشکلی را رفع نکرده، بلکه سبب اختلاف نظرانی نیز گردیده است؛ چراکه تاکنون هنوز اتفاق نظری در خصوص معنای منصوص و غیرمنصوص بیان نشده و کماکان این حیطة از قانون مجازات اسلامی مورد اختلاف و ارائه تفاسیر گوناگون است.^۳ ضمن آنکه برخورد قانون نسبت به این دو دسته از تعزیرات نیز کاملاً واجد ابهام و البته تأمل‌برانگیز است. به‌عنوان نمونه، یکی از اقدامات قبل‌تأملی که قانون‌گذار در این خصوص انجام داده، این است که مرور زمان تعقیب را صرفاً شامل تعزیرات غیرمنصوص دانسته، در حالی که در خصوص مرور زمان شکایت و همچنین مرور زمان اجرای مجازات تفاوتی بین منصوص و غیرمنصوص قائل نشده است. همچنین برخی نهادهای مساعد به حال اشخاص، همچون معافیت، تعویق صدور حکم یا تعلیق اجرای مجازات را منحصراً شامل تعزیرات غیرمنصوص دانسته،

۱. تأکید از نگارندگان است.

۲. در خصوص مبانی مرور زمان می‌توان به دلایلی همچون تسکین جامعه از اضطراب ناشی از جرم بعد از سال‌های متوالی، عدم امکان تحمیل تقصیر دستگاه کیفری بر متهم، از بین رفتن بنیان خانواده و سرمایه اجتماعی که متهم بعد از وقوع جرم به دست آورده، و مشکل بودن جمع‌آوری دلایل بعد از گذشت زمان اشاره کرد. (Babai, 1388: 52-53)

۳. در خصوص این تقسیم‌بندی در قانون مجازات، چندان اتفاق نظری وجود ندارد؛ تا آنجا که در خصوص مفهوم منصوص و غیرمنصوص چند دیدگاه مطرح است:

دیدگاه اول: تعزیرات منصوص شرعی همان تعزیرات مقدر است. مطابق این نظریه که توسط اداره حقوقی بیان گردیده، تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می‌شود که در شرع مقدس اسلام، برای یک عمل معین نوع و مقدار کیفر مشخص شده باشد؛ بنابراین مواردی که به موجب روایات یا هر دلیل شرعی دیگر به‌طور کلی و مطلق برای هر عملی تعزیر مقرر گردیده و نوع و مقدار آن معین نشده است، تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی‌شود. بر اساس این تفسیر روابط نامشروع (ماده ۶۳۷ قانون تعزیرات) مصادیق تعزیرات منصوص شرعی است.

دیدگاه دوم: تعزیرات منصوص شرعی همان تعزیرات مقدر معین: براساس این دیدگاه تعزیرات منصوص تعزیراتی است که نوع و مقدار آن به‌طور معین در نصوص (قرآن و روایات) آمده است. به عبارت دیگر، تعزیر منصوص شرعی همان تعزیر مقدر معین است. به نظر می‌رسد مطابق این تفسیر، مصادیقی از تعزیر منصوص شرعی در قوانین موضوعه فعلی وجود ندارد.

دیدگاه سوم: تعزیرات منصوص شرعی همان تعزیرات شرعی منصوص: براساس این دیدگاه، تعزیرات منصوص تعزیراتی است که در نصوص (قرآن و روایات) برای ارتکاب فعل حرام یا ترک واجب اعم از اینکه نوع و مقدار آن مشخص شده یا نشده باشد، در نظر گرفته شده است. بر طبق این تفسیر، جرایمی از قبیل کلاهبرداری و... از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی هستند (شمس ناتری و دیگران، ۱۳۹۲: ۳۴۱).

با این تفاسیر متعدد ملاحظه می‌شود که تقسیم‌بندی جدید قانون‌گذار نه تنها چندان مشکلی را حل ننموده، بلکه نوعی بلا تکلیفی را برای دادگاه‌ها موجب شده است.

در حالی که در سایر نهادهای مشابه، همچون تخفیف مجازات، آزادی مشروط، نظام نیمه‌آزادی، جایگزین‌های حبس و... تفاوتی قائل نشده است.

نتیجه‌گیری

با مراجعه به قاعده «التعزیر لکل حرام» و مبانی آن این نتیجه حاصل می‌گردد که این قاعده- به‌عنوان منبع و منشأ جرم‌انگاری تعزیری- حتی در قلمرو گناهان نیز خاصیت تمام شمول ندارد و صرفاً برخی گناهان را شامل می‌گردد. بنابراین، این استدلال، شق اول تعریف تعزیر در ماده ۱۸ قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که تعزیر را شامل ارتکاب کلیه محرمات شرعی می‌داند، با چالش جدی مواجه می‌نماید. از سوی دیگر، در مورد اینکه آیا به استناد این قاعده می‌توان امور غیر حرام را به‌عنوان اعمالی برخلاف نظم و امنیت اجتماع و شهروندان تحت عنوان تعزیر بیان نمود یا خیر، هرچند برخی از اندیشمندان به استناد پویا نمودن فقه شیعه قائل به جواز چنین امری گردیده‌اند؛ اما از یک‌سو با توجه به ضعف مبانی فقهی نظر این دسته از اندیشمندان و عدم امکان استفاده از قاعده «التعزیر لکل حرام» و برخی روایات وارده خاص در این زمینه و از سوی دیگر با توجه به مجاز بودن حاکم شرع در راستای اعمال احکام سلطانی و ذی اختیار بودن در جرم‌انگاری و کیفرگذاری نسبت به غیرمعاصی مفسده‌برانگیز و همچنین با امعان به عدم انحصار مجازات چنین اعمالی در تعزیر، به نظر می‌رسد نه‌تنها اقدام قانون‌گذار کشورمان در قسمت بعدی تعریف تعزیر در ماده ۱۸ مبنی بر توسعه عنوان تعزیر بر غیرگناهان و مجازات‌های بازدارنده سابق غیرقابل توجیه و غیرضروری است، بلکه حسب احکام سلطانیه مطلوب می‌بود که این شق اخیر را تحت عنوان «مجازات‌های حکومتی» و نه تعزیرات تشریح می‌نمود؛ اقدام قانون‌گذار به تقسیم تعزیرات به منصوص و غیرمنصوص نیز به‌نوعی در راستای رفع ایرادات مزبور است که نه‌تنها در این خصوص مشکلی را حل نکرده، بلکه به سبب دیدگاه مبهم قانون نسبت به این تقسیم‌بندی، مشکلات و ابهاماتی را موجد گردیده است.

References:

- A group of authors (Bita), *Fiqh Ahl al-Bayt, peace be upon them, Volume 54*, Qom: Institute of Islamic Jurisprudence Encyclopaedia on the Religion of Ahl al-Bayt, peace be upon them. (in Persian)
- Ansari, Baqer, Aslanzadeh, Rahim and Boroujardian, Ali (2007), *Legal lexicon, Second Edition*, Tehran: adjutancy of Research, Compilation and Revision of Laws and Regulations. (in Persian)
- Ashuri, Mohammad (1385), *Criminal Procedure Code, Volume 1, 11th Edition*, Tehran: Samt Publications. (in Persian)
- Babaei, Mohammad Ali (2008), "Critical analysis of the legislator's understanding of the passage of prosecution time", *Journal of Legal Studies of Shiraz University*, 1 (3), 49-68. (in Persian)
- Chiraghi, Ali Asghar (Spring and Summer 2013), "Elements and Realm of Ijtihadi Interpretation", *Sahifah Mobin Magazine*, 34-33, 34-4. (in Persian)
- Fatahi, Seyyed Mohsen (spring and summer 2013), "Comparative study of punishments as punishment from the point of view of Islamic religions (relying on the role of the element of guilt in the nature of punishment)", *Scientific Research Journal of Jurisprudence Research*, 9 (1), 87-104. (in Persian)
- Habibzadeh, Mohammad Jafar and Aini Najafabadi, Mohsen (April and September 2011), "The basis and criterion Ta'zir", *Judicial Journal*, 33, 22-26. (in Persian)
- Haeri, Sayyid Ali bin Muhammad Tabatabai (1418 AH), *Riyadh al-Mas'il fi Iqhāqī al-Ahkam by Evidence*, Volume 15, First Chapter, Qom: The Foundation of the Family of the Prophet, peace be upon them. (in Arabic)
- Haji Dehabadi, Ahmad (2011), *Penal Jurisprudence Rules, 3rd edition*, Qom: Hozwa and University Research Center. (in Persian)
- Hayeri, Seyyed Kazem (Autumn 2016), "Types of ta'zir and its rules", *Ahl al-Bayt Fiqh Journal*, 51, 3-33. (in Persian)
- Hedayati-Kakhki Mohammad and Bohlander (2009), "Criminal Justice Under Shari'ah in the 21st Century – An Inter-Cultural View", *Arab Law Quarterly*, Vol. 23. (In English)

- Holy Quran, translated by Nasser Makarem Shirazi, Qom: Publications of Imam Ali Bin Abi Talib School. (in Persian)
- Hosseini, Seyyed Mohammad (1388), the relationship between the Shariah concept of "sin" and the legal concept of "crime" and the relationship between "sanction" and "punishment", criminal sciences, a collection of essays in honor of professor Dr. Mohammad Ashuri, second edition, Tehran: Samt Publications. (in Persian)
- Hosseini, Seyyed Mohammad (summer 2019), "Deterrent punishments, theoretical problems and practical problems", Journal of Faculty of Law and Political Science, 40 (2), 139-158. (in Persian)
- Ibn Manzur, Abu al-Fadl Jamal al-Din Muhammad ibn Makram (1414 AH), Lisan al-Arab, volume 4, Chap Sum, Beirut: Dar al-Fikr for Printing, Publishing and Distribution - Dar Sader. (in Arabic)
- Khawansari, Seyyed Ahmed bin Yusuf (1405 AH), Jami al-Madarak fi Sharh Khazrat al-Nafi, revised by Ali Akbar Ghafari, second edition, Qom: Ismailian Institute. (in Persian)
- Kolaini, Mohammad Bin Yaqoob (B.T.A.), Ghazideh Kafi, Volume 6, translated by Mohammad Baqer Behboodi, Tehran: Center for Scientific and Cultural Publications. (in Persian)
- Kulaini, Muhammad bin Yaqoub (1407 AH), Al-Kafi, volume 7, Tehran: Dar Al-Kutub Islamiyeh Publications. (in Arabic)
- Maalouf, Louis (1384), Farhang al-Manjad, translated by Mohammad Bandar Rigi, fifth edition, Tehran: Iran Publications. (in Persian)
- Majlisi, Muhammad Baqir bin Muhammad Taqi (1404 AH), Mirror of Minds in Sharh Akhbar Al-Rasul, Volume 23, Tehran: Dar Al-Kutub Al-Islamiyyah. (in Arabic)
- Makarem Shirazi, Nasser (1427 AH), Isftataat Jadid, volume 2, second edition, Qom: Publications of Imam Ali Ibn Abi Talib School, peace be upon him. (in Persian)
- Mir Mohammad Sadeghi, Hossein (1384), specific criminal law (2) crimes against property and ownership, 13th edition, Tehran: Mizan publishing house. (in Persian)
- Mohadi Lankarani, Muhammad Fadel (1422 AH), Detal al-Sharia fi Sharh Tahrir al-Wasilah-Al-Hudood, Qom: Center for Jurisprudence of Imams Athar, peace be upon them. (in Arabic)
- Mohagheq Damad, Seyyed Mustafa (2006), Rules of Jurisprudence: Criminal Section, 8th edition, Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. (in Persian)
- Mousavi (Imam Khomeini), Seyyed Ruhollah (Bita), Tahrir al-Wasilah, Qom: Dar Al Alam Press Institute. (in Persian)
- Munir Muhammad (2011), "Compatibility between Anti-Terrorism Legislation and Shari'a", **Pakistan Journal of Islamic Research**, Vol. 8, 63-107. (In English)
- Najafi Abrandabadi, Ali Hossein (2008), from criminal law to criminal science, criminal science, a collection of essays in honor of professor Dr. Mohammad Ashuri, second edition, Tehran: Samt Publications. (in Persian)
- Omid Zanjani, Abbas Ali (1386), Jurisprudence Rules, Criminal Law Department, first edition, Tehran: Samt Publications and Institute of Islamic Studies and Research. (in Persian)
- Rahami, Mohsen (2008), The Customization of Punishments in the Penal System of the Islamic Republic of Iran, Criminal Sciences, a collection of essays in honor of professor Dr. Mohammad Ashuri, 2nd edition, Tehran: Samt Publications. (in Persian)
- Rostami, Hadi (2012), Punishment justification in the theory of moral education, encyclopedia of criminal sciences, collection of new articles on criminal sciences, second book, Tehran: Mizan publication. (in Persian)
- Saedi, Jafar (Summer 2016), "The Unity of Manat and the Abolition of Character", Fiqh Ahl al-Bayt Journal, 13(50), 104-117. (in Persian)
- Shams Natri, Mohammad Ebrahim, Kalantari, Hamid Reza, Zare, Ebrahim and Riazat, Zainab, (2012), Islamic Penal Code in the Current Legal System, 1st Edition, Tehran: Mizan Publishing House. (in Persian)
- Shaykh Hor Amli, Muhammad bin Hassan (1409 AH), Shi'ite means, volume 28, Qom: Al-Bayt Foundation, peace be upon them. (In Arabic)

Soleimani, Hossein (1384), Criminal Justice in Judaism, Tehran: Religions and Religions Studies and Research Center. (in Persian)

Zamani, Leila, Abuei, Hossein and Tulaei, Ali (autumn and winter 2013), "Tashir Shahid Zoor", Fiqh and Fundamentals of Islamic Law Journal, 44 (2), 117-138. (in Persian)