



Volume 4, Issue 1, 2024

The Concept, Examples and Effects of Ta'zir Prescribed by Sharia in Iranian Criminal Law

Zeynab Riazat*¹

1. Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, North Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding Author)

ARTICLE INFORMATION

Type of Article:

Original Research

Pages: 81-91

Corresponding Author's Info

ORCID: 0000-0002-0214-6244

TELL: +982177009803

Email: Z.riazat@iau-tnb.ac.ir

Article history:

Received: 01 Jul 2023

Revised: 20 Agu 2023

Accepted: 13 Oct 2023

Published online: 20 Mar 2024

Keywords:

*Ta'azir, Punishment,
Prescribed Ta'azir, Iranian
Criminal Law.*

ABSTRACT

One of the most important legal developments, which has become a source of legal dispute and controversy, due to the appearance of Sharia prescribed punishments in the Islamic Penal Code approved in 2013, is the concept, examples and effects of this type of punishment, which is based on the similarity of prescribed punishment with the limit and the concern of non-applicability. According to the approach of the legislator, in line with the evolution of the concept and scope of Ta'azir, since 2013 and according to the note two of Article 115 of the Islamic Penal Code, the legislator tried to present a new separation of Ta'azir into two types of Sharia-mandated and non-mandated punishments. Significant legal effects such as the rule of prohibiting retrials, granting judicial immunity in minor crimes, issuing orders to postpone the issuance of sentences, suspending the execution of punishment, reducing the punishment of children and adolescents to at least half if there are mitigating factors and the expiration of the prosecution time, giving up on the Shariah punishments. has been This is while the concept and examples of Ta'azir prescribed by Shari'ah are still the subject of controversy and the above-mentioned separation has led to the abrogation of the law. In this article, in order to examine the mentioned issue, while presenting the concept and scope of Ta'zir according to Shari'ah, the examples and effects of this legislator's approach in the evolution of Ta'zir are analyzed and analyzed, and suggestions are made in order to solve it.



This is an open access article under the CC BY license.

© 2024 The Authors.

How to Cite This Article: Riazat, Z (2024). "The Concept, Examples and Effects of Ta'zir Prescribed by Sharia in Iranian Criminal Law". *Journal of Comparative Criminal Jurisprudence*, 4(1): 81-91.

مقدمه

تعزیر، یکی از انواع مجازات‌های پذیرفته شده در فقه است. بسیاری از فقیهان بر این عقیده‌اند که ترک واجبات الهی و ارتکاب هر کدام از گناهان، مستوجب تعزیر است مشروط بر اینکه حد شرعی نداشته باشد؛ البته کیفیت و میزان این مجازات تا حدود زیادی در اختیار قاضی قرار گرفته و ایشان بسته به شرایط خاص در اجرا و میزان آن مخیر است. البته این اختیار تام نبوده و می‌توان آن را تابعی از اصل قانونی بودن جرم و مجازات دانست. به دنبال تصویب قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و ارسال آن به شورای نگهبان جهت انطباق مصوبه مجلس با قانون اساسی و شرع، از جمله مواردی که بخش عمده‌ای از ایرادات شورا را به خود اختصاص داد، خلاف شرع بودن مواد پیشنهادی به دلیل اطلاقی است که شمول تعزیرات منصوص شرعی را هم در پی داشته است؛ ایرادی که شورا ذیل بند ۲ ماده ۷، بندهای ۱ و ۲ ماده ۸ و مواد ۱۱۵ و ۱۳۸، ۳۸، ۳۹، ۴۴، ۴۵، ۹۱، ۹۲، ۹۴، ۹۶ و ۲۷ به آن پرداخته است (برهانی و الهام، ۱۳۹۳: ۲۸۶). متعاقب ایراد شورای نگهبان به لایحه مصوب ۱۳۸۸/۵/۲۷ کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی مبنی بر آثار یکسان تعزیرات به‌طور اعم به شرح منعکس در مرقومه شماره ۳۷۱۳۵/۳۰/۸۸ مورخ ۱۰/۲۹/۱۳۸۸، منجر و نهایتاً موجب تفکیک تعزیرات منصوص از غیر منصوص و ابداع قسم جدیدی از مجازات‌های تعزیری تحت عنوان تعزیرات منصوص شرعی توسط کمیسیون قضایی مجلس جهت تأمین نظر شورای نگهبان گردید. به عبارت دیگر شورای نگهبان شمول احکام مختلف قانونی نسبت به تعزیرات را از آنجاکه واژه تعزیرات اطلاق دارد و شامل تعزیرات منصوص شرعی نیز می‌شود، خلاف شرع تشخیص داد و بر این نکته تأکید نمود که آزادی‌های تقنینی که در مورد تعزیرات قابلیت اجرا دارد و باز بودن دست قانون‌گذار در تقنین در حیطه تعزیرات، شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود؛ بنابراین نباید اختیاراتی که برای قضات در خصوص تعزیرات وجود دارد، نسبت به تعزیرات منصوص شرعی نیز اعمال گردد. مطلق‌گویی قانونگذار از یکسو و اطلاق موجود در اشکالات شورای

نگهبان درباره «تعزیرات منصوص شرعی» از سوی دیگر و اکتفا به بیان عنوانی کلی و عدم تعریف این عبارت و هم چنین عدم استفاده از آن در سابقه تقنینی بعد از پیروزی انقلاب اسلامی تاکنون، ابهام‌هایی را برای فعالان عرصه حقوقی کشور ایجاد کرده است که تبیین آن ضروری است. در این مقاله، ابتدا با بیان تعاریف مختلف لغوی، اصطلاحی و فقهی و سپس با پرداختن به انواع تعزیر در کلام فقها و تعزیرات منصوص مورد اشاره ایشان و اشاره به روایات این باب سعی بر آن است که منظور از تعزیرات منصوص شرعی مندرج در تبصره ماده ۱۱۵ و تعزیر معین شرعی مندرج در ماده ۱۳۵ قانون مجازات اسلامی تبیین و مصادیق و آثار آن ذکر گردد.

۱- مفهوم تعزیر

تعزیر از ریشه عزر است و در کتب لغت برای تعزیر بیش از دوازده معنا بیان شده است. این معانی گاه مشابه و حتی گاه متضاد هستند و از این جهت این واژه از اضداد شمرده شده است. مهم‌ترین این معانی عبارت از رد و منع است؛ یعنی با اجرای تعزیر مجرم از انجام و تکرار جرم منع می‌شود. معانی تعزیر منع، تأدیب، زدن کمتر از حد، ضرب شدید، توقیف به جهت بدهکاری، سرزنش و ملامت، اجبار بر انجام عمل، اعانت و یاری کردن با زبان و شمشیر، تقویت کردن، بزرگ دانستن و ادای احترام نسبت به فردی، نکاح و ازدواج ذکر شده است (ابن اثیر، بی تا: ۲۸۸/۳؛ فیومی، ۱۴۰۵: ۴۰۷/۲). به تعبیر دیگر هر نوع عقوبتی که به وسیله آن بتوان مجرم را از ارتکاب مجدد گناه منع کرد؛ از این جهت منحصر به زدن نیست، چنانکه حتی در فرهنگ‌های فارسی نیز تعزیر به معنی نکوهش و ملامت کردن، سرزنش کردن و چوب زدن آمده است (عمید، ۱۳۷۹: ۵۸۸/۱). تعزیر را ضرب دون الحد و النصره معنی می‌کند (فراهیدی، ۱۴۱۰: ۳۵۱/۱) و در کتاب «معجم مقاییس اللغه» احمد بن فارس برای تعزیر دو معنا بیان شده؛ معنای اول تعظیم و نصرت و معنای دوم ضرب دون الحد (ابن فارس ۱۴۰۴: ۳۱۱). در «تاج العروس» نیز تعزیر به معنای ضرب دون الحد دانسته شده تا جانی را از ارتکاب دوباره معصیت بازدارد (واسطی زبیدی ۱۴۰۴: ۲۱۲). در «لسان العرب» نیز تعریفی مشابه ذکر و اضافه گردیده

و اشتباه کرده‌اند و یکی پنداشته‌اند، در حالی که این دو با یکدیگر تفاوت دارند. تعزیر مقدر زیر مجموعه تعزیر منصوص است و تعزیر منصوص اعم از مقدر و نامقدر است؛ از این رو، برای یک مجازات تعزیری نص وجود دارد، نه اینکه مجازات مقدر و معین باشد. به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی در شناخت تعزیر منصوص شرعی ناگزیر از مراجعه به منابع معتبر فقهی هستیم^۱ لیکن این سؤال مطرح می‌گردد که کدام نظریه و رویکرد فقهی بایستی در احصاء تعداد تعزیرات منصوص شرعی مورد توجه قرار گرفته و معیار انتخاب این نظریه یا رویکرد چیست؟ و آیا اساساً استفاده از اصل ۱۶۷ در این مورد می‌تواند راهگشا باشد؟

از منظر برخی مستنداً به روایات عامی که بر وجود ضمانت اجرا برای تجاوز از حدود الهی دلالت دارند^۲ تعزیرات منصوص ناظر بر تعزیراتی است که به واسطه نقض مقررات حکومتی تجویز شده‌اند (زراعت، ۱۳۹۲: ۸۱). ممکن است گفته شود که منظور از تعزیرات منصوص شرعی، مجازات اعمالی است که حرمت آن‌ها در نصوص شرعی تصریح شده است، از همین رو است که برخی، تعزیرات شرعی را در زمره مجازات‌های منصوص طرح نموده^۳ و حتی عده‌ای بنابر وجهی صریحاً تعزیرات شرعی را به مانند حدود، جزء مجازات‌های منصوص و در مقابل تعزیرات حکومتی توصیف کرده‌اند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۳۸).^۴

که اصل در معنای تعزیر، تأدیب است (ابن منظور ۱۴۱۴: ۵۶۱) و ضرب دون الحد معنا گردیده است (طریحی ۱۴۱۶: ۴۰۱۰) به تعبیری تعزیر یاری و نصرت همراه با احترام است و معنای دیگر آن، مجازات کمتر از حدود شرعی است. البته معنای دوم نیز به معنای اول باز می‌گردد؛ زیرا آن‌هم تأدیب همراه با نوعی نصرت و یاری است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۶۴). فلذا تعزیر دارای سه معنی است: نصرت و یاری رساندن، تأدیب و ضرب و معنای سوم به معنای دوم و معنای دوم به معنای اول بازمی‌گردد. در اصطلاح نیز تعزیر، کیفر جرم‌هایی است که نص برای آنها حد معین نشده باشد و از سوی دیگر تأدیب غیر مجرم را نیز تعزیر می‌نامند مانند آنکه پدر، فرزند خود را تأدیب کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲۸۸/۲) فلذا در رویکرد فقهی مجازاتی که میزان آن شرعاً معین نشده باشد تعزیر نامیده می‌شود و این از لحاظ لغت همان تأدیب است (طباطبایی، ۱۴۱۲: ۴۹۵/۲؛ محقق حلی، ۱۳۷۹: ۹۳۲/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۶/۱۴؛ نجفی، بی‌تا: ۲۵۴/۴۱). یعنی هر جرمی که مجازاتش مشخص باشد حد نام دارد و آنچه عقوبت معین ندارد تعزیر است.

۲- مفهوم و قلمرو تعزیر منصوص شرعی

با تصویب قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ گستره تعزیر متحول و تعزیرات منصوص شرعی ظهور کرد. اصل در تعزیر تعیین نشدن مقدار آن است و غالباً در مصادیق نیز چنین است، اگرچه گاهی در روایات میزان و مقدار تعزیر آمده است. در مواردی که نوع مجازات و مقدار دقیق آن تعیین شده باشد، تعزیر مقدر شرعی است و چنانچه نوع تعزیر مشخص شده باشد، اما مقدار دقیق آن تعیین نشده باشد و یا به صورت نسبی و غیر ثابت باشد (نامقدر)، این تعزیر منصوص شرعی است و چنانچه نوع و میزانش مشخص نشده باشد، تعزیر نامنصوص شرعی است؛ در نتیجه، این تعزیر منصوص شرعی اعم از مقدر و نامقدر است. اصطلاح تعزیر منصوص شرعی یک تأسیس فقهی جدید است که از این اصطلاح تعریفی در کلام فقها مشاهده نشده و در فقه معاصر مطرح شده است. در کلام آنان تعزیر مقدر بوده است، بعضی این دو را با یکدیگر خلط

^۱ - جهت مطالعه ر.ک شمس ناتری، محمد ابراهیم و همکاران (۱۳۹۲).

^۲ - به‌طور نمونه در صحیح داود بن فرقد به نقل از حضرت امام صادق (علیه السلام) آمده است که فرمودند «ان الله جعل لكل شی حداً و جعل لمن تعدی ذلک الحد حداً» ر.ک. حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۴/۲۸.

^۳ - به‌طور نمونه در صحیح داود بن فرقد به نقل از حضرت امام صادق (علیه السلام) آمده است که فرمودند «ان آل له جعل لكل شی حداً و جعل لمن تعدی ذلک الحد حداً» ر.ک. حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۴/۲۸.

^۴ - عبارت مندرج در منبع مار الذکر بدین ترتیب است «أن الحد و التعزیر هما عقوبتان منصوص علیهما فی حق العاصی للأحكام الشرعیة، فی حین أن أحكام المصلحة العامة هی أحكام سلطویة و حکومیة، وأن عقوباتها... هی قسم آخر من العقوبات»

مقدار تعزیر اشاره شده باشد یا خیر. با قبول تفسیر اخیر، می‌توان گفت سایر تعزیرات اعم از آن که سبب آن ارتکاب حرام شرعی و یا نقض مقررات حکومتی باشد مشمول عنوان تعزیرات غیر منصوص خواهند شد. از این رو اعمالی چون تراشیدن موی زن به عنف، ارتکاب قتل از سوی شریکی که قصاص نشده است، قصه‌گویی در مسجد، ناسزاگویی به دیگران، هجو، استمناء، برداشتن بدون اجازه از مال غنیمت به میزان کمتر از حصه خویش و ربایش علنی به عنوان جرایم مستوجب تعزیر منصوص شرعی شناخته می‌شوند (حر عاملی، ۱۳۸۸: ۱۷۰). اما وفق نظریه دوم، تعزیرات منصوص شرعی صرفاً به آن دسته از محرمات شرعی اختصاص می‌یابد که احادیث قابل تعزیر بودن آن‌ها را تصریح نموده‌اند؛ مانند ازاله بکارت زن اجنبیه با دست، که هشتاد ضربه شلاق دارد یا آمیزش زوجین در حال روزه‌داری که مستوجب بیست و پنج ضربه شلاق است (حر عاملی، ۱۳۸۸: ۲۶۹). با توجه به آن که چنین جرایمی دارای مجازات معین هستند، با ضابطه کلی ناظر بر کیفرهای تعزیری از حیث عدم تقدیر تطابق ندارند، از این رو برخی از فقها، معدود موارد مذکور را به عنوان استثنایی بر اصل کلی عدم تقدیر در تعزیرات محسوب نموده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۶) و عده‌ای هم موارد مذکور را از باب حکمی حکومتی یا ذکر مصداق دانسته که معصوم به عنوان حاکم شرع در موردی خاص تعیین تعزیر فرموده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۰۸) در مقابل دیدگاه‌های اخیر، برخی نیز موارد مذکور را اساساً تعزیر ندانسته و به عنوان حد منظور نموده‌اند و از این طریق خللی در کلیت قاعده عدم تقدیر در تعزیرات وارد نکرده‌اند (فاضل لنکرانی، ۱۴۰۶: ۹۲/۱) که اختلاف نظرات مذکور موجب ابهام در شناخت مصادیق تعزیر منصوص گردیده است.

۳- مصادیق قانونی تعزیر منصوص شرعی

متأسفانه قانونگذار به مبهم بودن مفهوم و مصادیق تعزیر منصوص شرعی توجه نموده و با ذکر یک اصطلاحی فقهی در قانون بدون آن که مفهوم و مصادیق آن تعریف و مشخص شده باشد موجب «اجمال قانون» گردیده است. فلذا

بر فرض پذیرش موضع اخیر، باید گفت تحول پیش آمده در قانون مجازات مصوب ۱۳۹۲ منحصر در اطلاق صرف عنوان لفظ واحد تعزیر بر هر دو دسته از مجازات‌های تعزیری و بازدارنده بوده، که تفاوت آثار حقوقی آنها در قیاس با قانون قبل تشدید شده است. اما این دیدگاه از جهاتی چند مخدوش به نظر می‌رسد. از سویی نمی‌توان تعزیر هر محرم شرعی را تعزیری منصوص تلقی نمود، تا بر این اساس بتوان آن را قسیم تعزیرات حکومتی قلمداد نمود و اگر مقنن از تعزیرات منصوص شرعی، تعزیر کلیه اعمال حرام شرعی به مثابه قسیم مجازات‌های بازدارنده را اراده کرده بود، بانوجه به پیشینه تقنینی به ویژه تبصره یک ماده (۲) قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری و استفاده از عبارت «تعزیرات شرعی» کافی به بیان مقصود بود، فلذا اضافه نمودن قید «منصوص» به تعزیرات شرعی، هدف مند و به قصد تحدید شمول آن‌ها است. همچنین مفاد قانون نیز حاکی از عدم مترادف انگاری تعزیر منصوص و غیر منصوص شرعی، به ترتیب با تعزیر شرعی و مجازات بازدارنده سابق از نظر قانونگذار بوده است. به‌طور نمونه، در حالی که مقنن در تبصره دو ماده ۱۱۵ ق.م.ا. بر خروج تعزیرات منصوص از شمول نهاد تعلیق اجرای مجازات، موضوع ماده ۴۶، نظر داده است؛ لیکن در ماده ۴۷ به استثناء نمودن برخی جرایم از شمول نهاد تعلیق حکم داده، که اغلب این موارد نظیر سرقت، تشکیل مراکز فساد و فحشاء و جرایم اقتصادی‌ای چون کلاهبرداری و ارتشاء در زمره اعمال حرام و مستوجب تعزیر شرعی در معنای عام خود می‌باشند؛ این در حالی است که اگر مقنن از تعزیر منصوص چنین معنای عامی را اراده نموده بود، با وجود خروج تخصصی تعزیرات منصوص از شمول نهاد تعلیق، منطقی‌اً نیاز به تخصیص این موارد در ماده ۴۷ نبود (ساریخانی، ۱۳۹۳: ۱۵۰).

تفکیک تعزیرات منصوص از غیر منصوص شرعی نیازمند تبیین دو ضابطه است. یک وجه آن است که منظور از تعزیرات منصوص شرعی، ناظر بر آن دسته از اعمال حرامی باشد که در اخبار و روایات وارده از ائمه معصومین تعزیر آن‌ها تجویز شده است، اعم از این که در روایت به

حقوقی تا حد امکان به مثابه حدود با آن‌ها برخورد شود و وضعیت متمایزی را برای آن‌ها در مقایسه با سایر تعزیرات شناسایی نماید. از این رو مشاهده می‌شود که تعزیر درجه شش دانستن برخی از جرایم دارای تعزیرات منصوص شرعی مانند برهنه خوابیدن چند مرد زیر پوشش واحد بدون ضرورت که میزان تعزیر آن در روایات مقرر شده است (حرعاملی، ۱۳۸۸: ۸۹/۲۸) یا رابطه جنسی غیر حدی افراد دو جنسیتی موضوع ماده ۲۳۰ لایحه را به لحاظ آن که امکان تبدیل شلاق به کیفر دیگر را برای قاضی فراهم می‌ساخت از نظر شورا خلاف شرع تشخیص داده شد و متعاقب آن مجلس به حذف مواد مذکور اقدام نمود؛ لذا قانونگذار در صدد تسری عنوان تعزیرات منصوص به مطلق محرمات شرعی به نحوی که در مقابل تعزیرات حکومتی قرار گیرد نبوده است و شورای نگهبان اعمال حرام شرعی دیگری که در روایات مستقیماً حرمت آن‌ها تصریح نشده است، مانند آمیزش فرد با زوجه متوفای خویش موضوع ماده ۲۲۲ یا اقرار کمتر از نصاب به جرایم منافی عفت موضوع ۲۳۲ را نیز که مستوجب شلاق تعزیری شش بودند، را تعزیر منصوص شرعی قلمداد نکرده و از این حیث اشکالی بر آن‌ها وارد ننموده بود. این خود دلیل دیگری بر آن است که نباید تعزیر منصوص را مترادف تعزیر شرعی و در نقطه مقابل تعزیرات حکومتی دانست.

از طرف دیگر به رغم آن که برخی دیگر از محرمات شرعی نظیر قذف غیر مسلمان توسط مسلمان یا قذف متقابل دو نفر نسبت به یکدیگر (حرعاملی، ۱۳۸۸: ۲۰۱/۲۸) که به ترتیب در تبصره ۱ ماده ۲۵۱ و تبصره ذیل ماده ۲۶۱ منعکس شده‌اند و در روایات قابل تعزیرند اما چون در روایات به میزان تعزیر آن‌ها تصریح نشده است، از طرف قوه مقننه به مثابه تعزیرات منصوص شرعی با آن‌ها برخورد نشده است. این ادله به وضوح گویای آن است که باید تعزیرات منصوص را به معنای محرماتی در نظر بگیریم که میزان مجازات تعزیری آن‌ها منصوص است نه آن که اصل جرم تعزیری بودن آن‌ها منصوص باشد. لذا فرضاً در ارتباط با ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی که ناظر بر تجویز تعلیق اجرای مجازات تعزیری است، صراحتاً مغایرت شرعی تقاضای تعلیق را در «مجازات» های منصوص شرعی

با توجه به ابهام قانون و به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای تعریف و شناخت تعداد تعزیر منصوص شرعی از منظر برخی از حقوقدانان ناچار از مراجعه به فقه و تطبیق با مصادیق تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ می‌باشیم؛ البته مراجعه به فقه جهت تعیین مجازات مورد تأیید عموم حقوقدانان نیست و در تعارض آشکار با اصل قانونی بودن جرم و مجازات است (شیری، ۱۳۹۹: ۱۳۵-۱۳۷). لازم به ذکر است بسیاری از مراجع و فقها، اساساً در کتب فقهی و استفتائات خود در مورد تعزیرات منصوص و تعداد این تعزیرات سخنی به میان نیاورده‌اند و حتی بعضاً از چنین عبارتی نیز استفاده نمودند و این موضوع بر ابهام موجود می‌افزاید زیرا بر فرض امکان مراجعه به فقه مشخص نیست کدام نظر و کدام رویکرد باید مورد استناد قرار گیرد.

درک منظور قانونگذار از تعزیرات منصوص شرعی نیازمند مذاقه در نامه شورای نگهبان است. به موجب بند چهارم نامه شورای نگهبان به اطلاق قاعده عطف بماسبق نشدن قوانین کیفری نسبت به «مجازات‌های شرعی اعم از قصاص، دیات، حدود و تعزیرات منصوص شرعی» اشکال گرفته شده بود (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۲۲). در این جا تعزیرات منصوص در عرض مجازات‌هایی چون حد و قصاص که شرعاً مقرر شده‌اند آمده است و این بیانگر آن است که شورا نمی‌خواسته تعزیرات منصوص شرعی همانند سایر مجازات‌های مقرر به بهانه سکوت قوانین گذشته اجرا نشوند. یا به طور مثال در ارتباط با حکم ماده ۲۷ که اجازه کسر مجازات شلاق تعزیری به جهت احتساب بازداشت‌های مقدم بر صدور حکم را داده بود، شورا در بند هشت از نظریه خویش ایراد گرفته بود که اطلاق مجازات‌های تعزیری از این جهت که شامل تعزیرات و یا شلاق‌های منصوص شرعی می‌شود، رعایت قاعده مذکور بدون وجود مصلحت خلاف موازین شرع است. از نکته فوق به خوبی استفاده می‌شود که شورا با تفکیک تعزیرات منصوص شرعی از برخی قواعد در صدد بوده که در کنار حدود، قطعیت اجرای مجازات‌های تعزیری معین در نصوص شرعی را تضمین کند، مجازات‌هایی که به‌زعم برخی فقها اساساً شبیه حدی هستند و لذا قانونگذار هر چند آن‌ها را تعزیری تلقی نموده ولی می‌خواهد از حیث آثار

دانسته است و نه در «جرائم» منصوص شرعی (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۴۰) که این خود گواه بر آن است که معیار، منصوص بودن نفس مجازات و نه جرم است. از همین رو در ماده ۱۳۵ قانون به جای عبارت ابهام انگیز «تعزیر منصوص شرعی» از عبارت «تعزیر معین شرعی» استفاده شده است، که نشان دهد معیار معین و به تعبیری مقدر بودن مجازات و نه مجرد بیان جرم در اخبار و روایات وارده است (ساریخانی، ۱۳۹۲: ۱۵۵).

اداره حقوقی قوه قضاییه نیز در نظریه مشورتی شماره ۱۳۰۳ مورخ ۹۲/۷/۳ با تأیید موضع مذکور اشعار داشته است «تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می‌شود که در شرع مقدس اسلام، برای یک عمل معین نوع و مقدار کیفر مشخص شده است، بنابراین مواردی که به موجب روایات و یا هر دلیل شرعی دیگر به طور کلی و مطلق برای عملی تعزیر مقرر گردیده است، ولی نوع و مقدار آن معین نگردیده، تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی‌شود». در نظریه شماره ۱۳۹۲/۸/۷-۷/۱۴۷۰ اداره حقوقی قوه قضاییه نیز با عبارتی مشابه به همین مضمون تأکید شده است^۱ و افزون بر آن بر این موضوع تصریح شده است که منظور از تعزیر معین شرعی همان تعزیر منصوص شرعی است. فلذا دامنه تعزیرات منصوص شرعی به تعداد اندک محرماتی که دارای تعزیر مقدر منصوص هستند محدود می‌گردد. به تعبیر برخی حقوقدانان این تعزیرات کیفر افعالی است که در قانون مجازات اسلامی اثری از آن نمی‌توان یافت و لاجرم حکم این افعال را قاضی باید در نصوص شرعی بیابد (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۲۰۴).

در قانون مجازات مصادیقی ذکر گردیده که وفق نظر برخی حقوق دانان حسب توضیح موسع صدرالاشعار از مصادیق قانونی تعزیر منصوص است. در قسمت اخیر ماده ۲۲۲ ق.م.ا مجازات تعیینی برای جماع زوج با زوجه متوفای خود سی‌ویک تا هفتادوچهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش است که هرچند در نظریه ۷/۹۳/۲۵۱ مورخ ۱۰/۲/۱۳۹۳ از مصادیق تعزیر شرعی دانسته شده و نه تعزیر منصوص در فقه نیز منابع متعددی به آن تصریح شده است (مجلسی، ۱۳۶۲: ۶۲؛ حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۲۸/۲۵۵؛ محقق حلی، ۱۳۷۹: ۴/۹۶۶) و از سوی برخی قضات تعزیر منصوص قلمداد می‌شود. همچنین در ماده ۲۳۲ ق.م.ا اقرار کمتر از چهار بار به زنا، لواط و تفخیذ نیز مستوجب مجازات سی‌ویک تا هفتادوچهار ضربه شلاق درجه شش است (مجلسی، ۱۳۶۲: ۶۱؛ حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۱۸/۴۱۱؛ نجفی، بی تا: ۴۱/۲۸۲). به موجب ماده ۲۳۷ ق.م.ا نیز همجنس‌بازی انسان مذکر در غیر از لواط و تفخیذ از قبیل تقبیل و ملامسه از روی شهوت مستوجب سی‌ویک تا هفتادوچهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش است که در روایات فقهی و منابع تصریح گردید (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۲۸/۸۹-۲۹۷) و در روایتی، بوسیدن دیگری از روی شهوت نیز دارای تعزیر دانسته شده است (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۲۸/۱۶۱). از دیگر موارد مورد تأیید برخی ماده ۲۴۴ ق.م.ا است که وفق آن کسی که دو یا چند نابالغ را برای زنا یا لواط به هم برساند مستوجب حد نیست، لکن به سی‌ویک تا هفتادوچهار ضربه شلاق و حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۲۸/۱۴۵). تبصره ماده ۲۵۱ ق.م.ا: هرگاه قذف‌شونده نابالغ، مجنون، غیرمسلمان یا غیرمعین باشد، قذف‌کننده به سی‌ویک تا هفتادوچهار ضربه شلاق تعزیری درجه شش محکوم می‌شود (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۲۸/۲۰۰). ماده ۲۵۳ ق.م.ا در خصوص نسبت غیر حدی (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۲۸/۲۰۱)، قسمت آخر ماده ۲۵۸ ق.م.ا (نجفی، بی تا: ۴۱/۴۲۷) و تبصره بند (ث) ماده ۲۶۱ ق.م.ا در خصوص قذف (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۲۸/۲۰۳)، ماده ۲۵۹ ق.م.ا در خصوص قذف فرزند یا نوه از سوی پدر یا جد پدری (کلینی، ۱۴۱۹: ۷/۲۱۳؛ نجفی، بی تا: ۴۱/۴۱۹؛ خمینی، ۱۴۱۷: ۲/۴۷۵)، ماده ۳۷۵ ق.م.ا (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۱۹/۲۵) و ماده

^۱ - نظریه شماره ۱۳۹۲/۸/۷-۷/۱۴۷۰ اداره حقوقی قوه قضاییه: «اولاً 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 به موجب روایات و یا هر دلیل شرعی دیگری به طور کلی و مطلق برای عملی تعزیر معین شده ولی نوع و مقدار آن معین نگردیده تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی‌شود. ثانیاً منظور از تعزیر معین شرعی همان تعزیر منصوص شرعی است»

مشکل محتوایی محل ایراد است موارد تعزیر منصوص وفق منابع فعلی محدود و مضیق است.

۴- آثار نص گرایی در تحول تعزیر

شناسایی مصادیق قانونی تعزیرات منصوص شرعی دارای آثار مهمی درباره محاسبه مدت حبس به جای شلاق موضوع ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، مرور زمان، تعلیق اجرای مجازات، منع مجازات دوباره، تعویق صدور حکم، کاهش و تخفیف مجازات و غیره است و اساس اشکال فقهای شورای نگهبان به جهت آثار این موضوع و تأکید بر تفکیک تعزیرات منصوص شرعی از غیر منصوص بر همین مبنا بوده است. مثلاً در هنگام بررسی ماده ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی در خصوص مرور زمان، آیت الله مدرس یزدی، احکام این ماده را در خصوص تعزیر منصوص مغایر با شرع اعلام می‌کند. در خصوص مواد ۳۹ و ۴۵ همان قانون در خصوص تخفیف و تعویق صدور نیز مرحوم آیت الله شاهرودی این موارد را شامل تعزیرات منصوص ندانستند. اشکال سایر فقهاء نیز مطرح که نهایتاً به منظور تأمین نظرات فقیهان شورای نگهبان منجر به الحاق تبصره ۲ به ماده ۱۱۵ می‌گردد.^۱ علی‌ای حال ظهور تعزیر منصوص در معنای اهمیت نص در فقه به شکل مذکور از جهت قانونی راهگشا نیست. معلوم نیست که وفق تبصره دو ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی چرا صرفاً مرور زمان تعقیب در تعزیرات منصوص شرعی جایز نیست و شمول مرور زمان اجرا بلا اشکال است و یا تخفیف قضایی به چه استنادی صرفاً برای اطفال ممنوع و برای سایرین بلا اشکال است. فذا گویی دستاورد این اقدام قانونگذار صرفاً خلق یک عنوان جدید ابهام گونه بوده است. بی‌شک ظهور تعزیر منصوص شرعی بدین شکل، رویکردی صحیح نیست. وانگهی، ایراد شورای نگهبان و نهایتاً الحاق تبصره ۲ به ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی بر اساس وظیفه آن شورا به موجب اصل ۴ و ۹۱ و ۹۶ قانون اساسی موجب گردید که یازده نهاد ارفاقی شامل آن

۷۲۷ ق.م.ا در خصوص جنایت بر میت (حرّ عاملی، ۱۳۸۸: ۲۶۸/۱۹) از دیگر موارد مد نظر برخی حقوقدانان به‌عنوان تعزیر منصوص است.

صرف نظر از مواضع متشدد در رویکرد نگارنده با توجه به ضرورت تعیین میزان یا حداقل و حداکثر مجازات مواردی که فاقد این شرط است تعزیر منصوص نیست و موارد از قبیل بند ث و تبصره ماده ۲۶۱ قانون مجازات و ماده ۲۵۳ از این قبیل است. شورای نگهبان در یکی از اشکالاتی که بر قانون مجازات وارد آورده است برای تعزیرات منصوص شرعی مثالی را ذکر کرده و بیان داشته: «**اطلاق ماده ۳۸ نسبت به تعزیرات منصوص مانند مجازات تعزیری «روزه‌خواری» خلاف موازین شرع شناخته شد» (الهام و برهانی، ۱۳۹۲: ۲۹۷)** و آنچه جالب توجه است این است که تعزیر روزه‌خواری عمدی در ماه مبارک رمضان به عنوان تعزیری مقدر، از سوی عموم فقها مورد تأیید نیست و این موضوع دلالت بر ابهام افزایی بیشتر موضوع دارد.

با بررسی مفهوم‌شناسی تعزیر منصوص شرعی و مقایسه آن با سایر تعزیرات و احکام کیفری اسلام، با محوریت روایات، این تعریف به دست آمد که تعزیر منصوص شرعی مجازاتی است که موجب و نوع آن و میزان آن به نحو مقدر و معین باشد و یا به نحو نسبی مشخص باشد فلذا تا زمانی که مصادیق تعزیر منصوص در قانون به‌طور دقیق ذکر نگردد با توجه به اختلافات جدی فقها در خصوص مصادیق تعزیر منصوص و ابهام در مبنای انتخاب نظر فقهی مورد تأیید قانونگذار زمینه ساز تشتت آراء قضات و تفاسیر فرا قانونی خواهد بود و تعریف تعزیر منصوص و احصاء مصادیق آن با توجه به محرومیت‌های تبعی برای این قسم از مجازات جهت جلوگیری از تشتت آراء و حفظ حقوق متهمان ضروری است. علی‌ای حال در هنگام شک میان منصوص یا غیر منصوص بودن نیز اصل عدم تنصیب است و با توجه به اصل احتیاط به جهت آثار محرومیت ناشی از منصوص بودن تعزیر باید حکم به غیر منصوص بودن داد و نظر به اینکه عموم موارد تعزیر منصوص به جهت ضعف سند، اعراض مشهور فقها یا

^۱ - ر.ک. به مشروح مذاکرات مورخ ۱۳۸۸/۷/۸، ۱۳۸۸/۸/۲۰، ۱۳۸۸/۹/۲۸ شورای نگهبان؛ ر.ک. توکل پور و همکاران (۱۳۹۷).

منصوص شرعی نیز نقدشدنی است؛ چراکه قانونگذار مطابق تبصر ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا، از سویی این دسته از مجازات‌های مقدر را در شمار تعزیرات به حساب آورده است و از سوی دیگر در تناقض با رویکرد نخست، برخوردی حدگونه را در خصوص آنها روا می‌دارد، به گونه‌ای که عملاً امکان جریان بسیاری از احکام ارفاقی تعزیر را درباره این قسم کیفر تعزیری منتفی می‌گردد. حال آنکه در منابع فقهی، دلیل معتبری را نمی‌توان یافت که به صراحت گویای چنین رویکرد دوگانه و متناقضی باشد. به عبارت دیگر، ادله دال بر منتفی بودن نهادهای ارفاقی اشاره به حدود مصطلح شرعی شده در تبصره مذکور منحصراً اختصاص دارد و در شمول آنها نسبت به تعزیرات منصوص، دلیل معتبری وجود ندارد و اساس رویکرد قانونگذار نیازمند بازبینی است.

با توجه به اصل چهارم قانون اساسی و همچنین رابطه به هم پیوسته فقه و حقوق کیفری تحول‌گفتمان فقهی به‌نحوی است که فقها به تدریج از رویکرد انحصار تعزیر به عمومیت تعزیر گرایش پیدا کرده است. تحول کیفر اعم از تعزیر و... نیازمند طراحی یک الگوی مدون و روزآمد است و نص‌گرایی افراطی و ظهور تعزیرات منصوص لزوماً به معنای تأیید التزام به اصل چهارم قانون اساسی در مسیر اسلامی شدن نیست. برای تقلیل تنش میان واقعیت و ارزش، نمی‌توان ارتباط بین متون وحیانی و روایی با جامعه مدرن را بر یک تفسیر لفظی مبتنی ساخت، بلکه باید تحولات کیفر سازگار با مقتضیات زمانی و مکانی جوامع بشری و مصالح عمومی توجه ویژه داشته باشد؛ چراکه مصالح، همانا پشتوانه‌هایی هستند که مذاق شریعت بر اساس آن شکل می‌گیرد و به نظر می‌رسد در تحول تعزیر به‌جای نص‌گرایی افراطی، شناخت ویژه نسبت به جامعه مدرن و پیچیده امروز و همزیستی بنیاد مذهبی و شرعی با فرهنگ ملی و ایرانی در مسیر کیفرگذاری ضرورت دارد تا دستاورد آن دوپارگی و کژتابی مصادیق و قلمروی تعزیر نباشد. قانونگذار به‌جای نص‌گرایی افراطی در تحول کیفر تعزیر لازم است به مقتضیات جامعه امروزی نیز توجه داشته و به‌جای خلق یک عنوان ناهمگون و مبهم، ضمن گرایش به مجازات‌های عرفی نوین وهم‌نوا با مبانی فقهی در مسیر تحول و تنوع تعزیر اقدام نماید.

مواد قانون مجازات اسلامی نشوند که احتیاط در این نوع تعزیر، خصوصاً در تعزیر مقدر، به جهت شبهه حد بودن است که البته شایسته این بود که قانونگذار تعریف یا مصادیق مربوط را مشخص می‌کرد تا ابهام و اجمالی باقی نماند. قانونگذار دغدغه عدم تسری اختیارات مندرج در تعزیرات را به تعزیرات منصوص شرعی داشته است و این دغدغه موجب ابهام و اجمال قانون گردیده است. صرف‌نظر از اینکه معلوم نیست شمول نهادهای ارفاقی مانند تعلیق، تخفیف، آزادی مشروط و سایر نهادهای مناسب به حال متهم و محکوم قبل از سال ۱۳۹۲ به تعزیرات منصوص چه مشکلی داشت که به‌یکباره قانونگذار را دغدغه‌مند نموده و چرا سابق بر این هیچ اشکالی نه از سوی شورای نگهبان و نه از سوی سایر فقهای متقدم مطرح نبود که تعزیر تفکیک و محدودیت‌هایی در برخی از مصادیق اعمال گردد علی‌ای حال این رویکرد جدید قانونگذار در صورت قطعیت نیازمند صراحت و شفافیت قانونی است تا قضات اختیاری در تغییر و عدم اجرای این مجازات‌ها نداشته باشد.

نتیجه‌گیری

یکی از مهم‌ترین تحولات اخیر قانونی در حوزه تعزیرات، ظهور تعزیر منصوص شرعی است که منظور از آن مجازاتی است که موجب و نوع آن صرفاً توسط شرع تعیین شده‌اند. به عبارت دیگر، منظور آن رفتارهای ناظر بر محرمات شرعی است که توسط شارع تجریم شده‌اند و نوع مجازات آنها نیز تعیین شده است، اعم از اینکه میزان آن نوع مجازات مقدر و معین باشد و یا به نحو نسبی باشد و یا مقدارش معین نشده باشد و فقط در روایت به نوع مجازات اکتفاء شده باشد. اما به هر حال این مجازات کمتر از حد است. به تعبیر دیگر، تعزیر منصوص شرعی دارای یک سابقه تحریمی بوده است و سپس تجریم نیز شده است و در مقام تجریم، نوع مجازاتش توسط شارع منصوص و مشخص شده است. این نوع تعزیر اعم از تعزیر مقدر و نامقدر است که به جهت ایراد شورای نگهبان به موجب اصل ۴ و ۶۸ و ۶۹ قانون اساسی وارد قانون مجازات گردید. علاوه بر مخدوش بودن نظر فقهای شورای نگهبان، رویکرد فعلی قانونگذار در قبال تعزیرات

- حرّ عاملی، محمد (۱۳۸۸). *وسائل الشیعه*. تهران: مکتبه الاسلامیه.

- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۹۱). *مبانی تکمله المنهاج*. جلد اول، چاپ سوّم، تهران: خرسندی.

- رحمانیان، حامد و حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۹۲). «معیار تفکیک حدود غیرمذکور از تعزیرات منصوص در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲». *مجله حقوقی دادگستری*، ۷۷(۸۴): ۱۰۵-۱۲۴.

- ریاضت، زینب؛ شمس ناتری، محمد ابراهیم و محبی، جلیل (۱۳۹۵). «تحول قاعده تعزیر در جرم انگاری شروع به جرم». *فصلنامه معارف اسلامی و حقوق*، ۱۷(۱): ۲۷-۴۷.

- زراعت، عباس (۱۳۹۲). *شرح مبسوط قانون مجازات اسلامی حدود*. تهران: انتشارات جاودانه.

- زراعت، عباس (۱۳۹۲). *شرح مختصر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*. تهران: نشر ققنوس.

- ساریخانی، عادل و توکل‌پور، محمدهادی (۱۳۹۵). «مفهوم‌شناسی تعزیرات منصوص شرعی با تأکید بر نظر فقهای شورای نگهبان». *فصلنامه دانش حقوقی عمومی*، ۱۴(۵): ۹۵-۱۱۵.

- ساریخانی، عادل (۱۳۹۳). «بررسی فقهی و حقوقی تعزیرات با تأکید بر قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲». *پژوهشنامه حقوق کیفری*، ۵(۲): ۱۳۹-۱۶۲.

- شمس ناتری، محمد ابراهیم؛ ریاضت، زینب و همکاران (۱۳۹۲). *قانون مجازات اسلامی در نظم حقوق کنونی (حقوق جزای عمومی)*. تهران: میزان.

- شیری، عباس (۱۳۹۹). «حاکمیت اصل قانونی بودن جرم و مجازات در تعزیرات منصوص شرعی». *تحقیقات حقوقی*، ۲۳(۹۰): ۱۳۳-۱۵۸.

- طباطبایی، سید علی (۱۴۱۲). *ریاض المسائل*. بیروت: دارالهادی.

ملاحظات اخلاقی: در این پژوهش تمامی ملاحظات اخلاقی رعایت گردیده است.

تعارض منافع: نگارش این مقاله، فاقد هرگونه تعارض منافی بوده است.

سهام نویسندگان: در این پژوهش، نویسنده به‌عنوان نویسنده اصلی و مسؤول می‌باشد.

تشکر و قدردانی: از همه بزرگوارانی که در نگارش این مقاله، راهنمایی داشتند، نهایت قدردانی و تشکر را دارد.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش بدون تأمین مالی انجام گرفته است.

منابع و مأخذ

- ابن اثیر. مجدالدین (بی‌تا). *النهایه*. بیروت: دارالفکر.

- ابن منظور، محمد (۱۴۱۶). *لسان العرب*. بیروت: مؤسسه دار احیاء التراث العربی.

- اردبیلی، احمد (۱۴۱۶). *مجمع الفائده و البرهان*. قم: انتشارات جامعه مدرسین.

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲). *حقوق جزای عمومی*. جلد اول، چاپ سیم، تهران: میزان.

- الهام، غلامحسین و برهانی، محسن (۱۳۹۲). *درآمدی بر حقوق جزای عمومی*. تهران: میزان.

- انصاری، قدرت الله و جمعی از نویسندگان (۱۳۸۶). *تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا*. چاپ دوّم، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

- برهانی، محسن، نادری‌فرد، مریم (۱۳۹۴). «تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی». *پژوهش حقوق کیفری*، ۳(۱۰): ۸۹-۱۱۲.

- پژوهشکده شورای نگهبان (۱۳۹۲). *قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظریات شورای نگهبان (۱۳۹۲)*. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.

- عاملی، زین الدین (۱۴۱۳). *مسالك الافهام*. قم: مؤسسه معارف اسلامی.
- عاملی، زین الدین (۱۴۱۳). *الروضیه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة*. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- عاملی، محمد بن مکی (بی تا). *القواعد و الفوائد*. قم: انتشارات مکتبه المفید.
- عاملی، شیخ حر (۱۴۰۹). *تفصیل الوسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه*. قم: مؤسسه آل البیت لإحیاء التراث.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۰۶). *تفصیل الشریعه*. کتاب الحدود. قم: چاپخانه علمیه.
- فیومی، احمد بن محمد (۱۴۰۵). *مصباح المنیر*. قم: مؤسسه دارالهجره.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۲۷). *فروع الکافی*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- محبی، جلیل و ریاضت، زینب (۱۳۹۶). *شرح قانون مجازات اسلامی*. تهران: میزان.
- مجلسی، محمدباقر (۱۳۶۲). *حدود و قصاص و دیات*. چاپ اول، تهران: نشر آثار اسلامی.
- مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳). *بحار الانوار*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- مکارم شیرازی (۱۳۸۳). *تعزیر و گستره آن*. قم: مؤسسه علی بن ابیطالب.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۱۳). *فقه الحدود و التعزیرات*. قم: مکتبه امیرالمؤمنین (دارالعلم مفید قم).
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۱۷). *تحریر الوسیله*. قم: انتشارات جامعه مدرسین.
- نجفی، محمدحسن. (بی تا). *جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.