

بررسی ماهیت مجازات تعزیری و بازدارنده؛ اشتراک یا افتراق؟!*

دکتر حمید محمدی

چکیده:

پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران در ۲۲ بهمن ۱۳۵۷، قوانین کشور مورد بازبینی قرار گرفتند تا میزان تطابق احکام آنها با شرع انور اسلام سنجیده شوند. برخی قوانین متضاد با احکام شرع، ملغی و برخی دیگر متناسباً اصلاح شدند. از جمله قوانینی که بیشترین تغییرات را به خود دید، قوانین جزایی کشور بود که سرآمد آنها یعنی قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، به طور کلی نسخ و قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۱ و سپس در سال ۱۳۷۰، قانون مجازات اسلامی (چهار کتاب اول) و در سال ۱۳۷۵ (کتاب پنجم آن) از سوی قانونگذار، جایگزین آن گردید. برعکس قانون مجازات عمومی (ق.م.ع) که مجازات‌ها را در اعدام، حبس (در انواع پنجگانه)، تبعید، محرومیت از برخی حقوق اجتماعی، غرامت (مصرح در فصل دوم از همان قانون)، دسته بندی کرده بود، قانون مجازات اسلامی (ق.م.ا) آنها را در پنج دسته تحت عناوین حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده، جای داده است. بحث اصلی در این مقاله به بررسی دو عنوان اخیر از مجازاتها؛ «تعزیرات» و «مجازاتهای بازدارنده» و مقایسه آن دو با هم اختصاص دارد. نویسنده با ادله و براهینی که عرضه داشته، بر آن است که این دو دسته از مجازات، ماهیتاً یکی اند و هرگونه برداشت مبنی بر آن که عنوانهای مزبور، دو قسم متفاوت از مجازات را معرفی می کنند، فاقد مبنای محکمی است.

کلید واژه ها: قانون مجازات عمومی، قانون مجازات اسلامی، تعزیرات، مجازاتهای بازدارنده.

* عضو هیأت علمی دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکزی و رئیس شعبه ۱۹ دادگاه تجدیدنظر استان تهران.

مقدمه:

قوانین جزائی کشور، پس از پیروزی انقلاب اسلامی ایران در سال ۱۳۵۷، بیشترین تغییرات را به علت مغایرت با احکام شرع مقدس اسلام، به خود دیدند و نظام کیفری اسلامی جایگزین نظام کیفری سابق گردید.

در این میان از جمله تغییراتی که روی داد، دسته‌بندی اقسام جرائم و مجازاتها بود. در مورد انواع جرائم از حیث شدت و ضعف، ماده ۷ قانون مجازات عمومی (ق.م.ع)، جرائم را به چهار دسته جنایت، جنحه مهم، جنحه کوچک و خلاف تقسیم می‌کرد. حال آن که در قانون مجازات اسلامی (ق.م.ا)، ماده‌ای که به تقسیم‌بندی جرائم از این حیث، بپردازد، وجود ندارد. اما در مورد تقسیم‌بندی مجازاتها عناوین تازه‌ای شامل حدود، قصاص، دیات، تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده (ماده ۱۲ ق.م.ا) جایگزین عناوین قبلی شدند که شامل اعدام، حبس، تبعید، محرومیت از برخی حقوق اجتماعی و غرامت (ماده‌های ۸ و ۹ ق.م.ع) بود. سه قسم اول از اقسام جدید، دارای ماهیتی متفاوت از یکدیگرند، لکن در مورد دو عنوان آخر (تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده)، این اختلاف نظر بین حقوقدانان وجود دارد که آیا این تعدد اصطلاحی و لفظی، تعدد معنوی را نیز در بر دارد یا خیر؟

برای پاسخ دادن به این سؤال، ابتدا به تعریف این دو اصطلاح «تعزیر» و «مجازات بازدارنده» و سپس به ادله خود در خصوص یکی بودن ماهیت این دو می‌پردازم

الف: تعاریف

اول - تعزیر

۱- معنی لغوی و اصطلاحی

تعزیر در لغت به معنی نكوهش کردن، سرزنش کردن و ادب کردن آمده است^۱ و در اصطلاح، تأدیب یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع معین نشده و به نظر حاکم

^۱ - سیاح، احمد، فرهنگ بزرگ جامع نوین، ج ۳-۴، چ نهم، بی تا، ص ۹۸۹.

واگذار شده است. به عبارت دیگر تعزیر، کیفری است که حداکثر و حداقل دارد؛ حداکثر آن در قانون معین است و باید به اندازه حد نباشد و تعیین حداقل آن با قاضی است.^۲

۲- تعریف فقهی

در فقه گفته شده که مجازات تعزیری در مورد کسی جاری می‌شود که واجبی را ترک کرده یا کار حرامی را انجام داده باشد.^۳ امام (ع) و نائب او حق دارد، چنین فردی را تعزیر نماید، به شرطی که عمل ارتكابی، از گناهان کبیره باشد. در این صورت مقدار و حد مجازات تعزیری، بسته به نظر حاکم است، لکن احوط برای حاکم در موردی که دلیل بر مقدار آن دلالت نماید، این است که از کمترین حدود، تجاوز نکند.^۴

گاهی نیز نص، مقدار تعزیر را بیان کرده است که موارد آن منحصر در پنج عنوان از جرائم جنسی (که به «تعزیرات مقدره» معروفند) است و صاحبان کتب فقهی از جمله جواهر^۵، جامع عباسی^۶ و مسالک^۷ آن پنج جرم را به شرح زیر احصاء کرده اند^۸:

۱- کسی که در روز ماه رمضان که موظف به روزه گرفتن است، با همسرش درآمیزد، به بیست و پنج ضربه تازیانه محکوم می‌شود.

۲- کسی که با داشتن زن آزاد، کنیزی را بدون اذن آن زن، به عقد خود درآورد و با او درآمیزد که به یک هشتم حد زنا یعنی ۱۲/۵ ضربه تازیانه محکوم می‌شود.

^۲ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۲، ص ۱۶۳.

^۳ - «(و یرعز کل من ترک واجباً او فعل محرماً) قبل ان یتوب (بمأیراه الحاکم)...»: زین الدین بن عملی الجبلی العاملی ملقب به «شهید ثانی»، الروضه البهیة فی شرح اللمعة النعمشقیة، ج ۳، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸، ص ۲۷۳.

^۴ - «کل من ترک واجباً او او لوتکب حراماً فلا لامام علیه السلام و نائبه تعزیره بشرط...»: امام خمینی، سید روح الله، تحریرالوسیله، ج ۴، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۹، ص ۲۱۳.

^۵ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۶، ص ۴۶۵.

^۶ - شیخ بهائی، بهاء الدین صدرالدین عاملی، جامع عباسی، انتشارات فراهانی، بی تا، ص ۴۲۷.

^۷ - شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالک الافهام، باب تعزیرات.

^۸ - در ترمینولوژی حقوق آمده است: مقنن اسلام پاره ای از تعزیرات را به طور قاطع معین کرده است (جعفری لنگرودی، همان، نیل واژه تعزیر).

۳- دو مرد بیگانه که برهنه در زیر یک لحاف باشند به ۳۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه محکوم می‌شوند.

۴- مرد و زنی بیگانه از هم که برهنه در زیر یک لحاف باشند به ۱۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه محکوم می‌شوند.

۵- کسی که بکارت دختری را به غیر طریق آمیزش، مثلاً با انگشت، از میان ببرد، حسب اختلاف اقوال به ۳۰ تا ۷۷ یا به ۳۰ تا ۸۰ و یا به ۳۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه، محکوم می‌شود.

از سوی دیگر تأدیب غیرمجرم را (مانند تأدیب پدر فرزندش را) نیز تعزیر گفته اند.^۹ فقها در اغلب کتب فقهی مبادرت به احصاء عناوین جزائی شناخته شده مشمول تعزیر کرده‌اند که برای نمونه کلام شیخ بهائی در تعریف و توضیح و احصاء عناوین جزائی تعزیری ذیلاً آورده می‌شود:

«مطلب سیم در بیان تعزیر کردن و آن در لغت عربی به معنی تأدیب است و بحسب شرع عقوبتی است یا اهانتی متعلق بجماعتی که گناهمانی که مستوجب حد نباشد از ایشان بوقوع آمده باشد و شارع مقدار آنها را معین نکرده مگر در پنج موضوع که مذکور خواهد شد که مقدار تعزیر آنها را مقرر ساخته. بدان که گناهمانی که سبب تعزیر کننده آنها می‌شود بر سی و پنج قسم است: اول، کسی که در روز ماه رمضان با زن خود جماع کند، چه سه امر براو لازمست اول قضای آن روزه، دوم کفاره، سیم بیست و پنج تازیانه. دوم، کسی که زن آزادی داشته باشد و کنیزی را بی رخصت او، به عقد در آورد و دخول کند چه او را دوازده تازیانه و نصف تازیانه که هشت یک حد زناست باید زد و نصف تازیانه را بدست گیرند و به نصف دیگر بزنند. سیم، دو مرد بیگانه که برهنه در زیر یک لحاف باشند چه ایشان را از سی تازیانه تا نود تازیانه باید زد. چهارم، مردی و زن بیگانه که برهنه در زیر لحاف باشند چه ایشان را از یازده تازیانه تا نود و نه تازیانه باید زد و بعضی در این صورت حد برایشان لازم می‌دانند. پنجم، کسی که بکارت دختر را با انگشت ببرد چه او را از سی تازیانه تا هفتاد و هفت تازیانه باید زد، به قول بعضی از مجتهدین و به قول بعضی از سی تا هشتاد و بعضی از سی تا نود و نه گفته‌اند. ششم، کسی که اقرار به

۹- محقق حلی، حدود و تعزیرات، ترجمه ابوالحسن محمدی، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۷، ص ۸.

حدی کند آن مقدار تازیانه بر او می‌زنند که او خود گوید که تمام شد، به شرط آن که از صد تازیانه تجاوز نکند. هفتم، کسی که یک مرتبه اقرار به لواط یا سَحَق کند. هشتم، کسی که پسری را به شهوت ببوسد. نهم، دو زن برهنه بیگانه که در زیر یک لحاف باشند. دهم، کسی که دشنام به کسی دهد که در عرف آن را دشنام گویند. یازدهم، کسی که به کنایه چیزی گوید که سبب آزرده‌گی دیگر شود مثل آن که به کنایه گوید که من حرام زاده نیستم. دوازدهم، کسی که به زن خود گوید که من تو را بکر نیافتم. سیزدهم، دشنام دادن طفل یا دیوانه را. چهاردهم، آن که دو مردی که زن داشته باشند یکدیگر را به شرط دشنام دهند. پانزدهم، کسی که ترک واجبی کند و تعزیر او برای امام منوط است به شرط آن که از حد آزاد و بنده نگذرد. شانزدهم، کافری که سحر کند. هفدهم، طفل و دیوانه که شراب خورند. هجدهم، کسی که شراب بفروشد اما نداند. نوزدهم، کسی که حرام کند و حلال نداند. بیستم، کسی که به ظاهر و به قهر و غلبه، مال کسی را بگیرد و بگریزد. بیست و یکم، کسی که به خفیه مال کسی را بردارد و بگریزد. بیست و دوم، کسی که به حيله و تزویر اموال مسلمانان را ببرد و کتابها و نوشتهها بسازد. بیست و سیم، کسی که بنک یا داروی بیهوشی به خورد کسی دهد. بیست و چهارم، کسی که به حرکت دست، منی بیرون آرد چه در حدیث آمده که حضرت امیرالمومنین (ع) این چنین شخصی را آن مقدار تازیانه برکف دست او زده بود که کفش سرخ شده بود. بیست و پنجم، کسی که غلام خود را بکشد. بیست و ششم، مسلمانی را که جهودی را بکشد. بیست و هفتم، کسی که در مجلسی که شراب یا آن چه مست کننده باشد خورند برود و به اختیار بنشیند یا طعام خورد. بیست و هشتم، کسی که ماهی که فلس نداشته باشد، بخورد. بیست و نهم، کسی که حیوان زنده بخورد. سی‌ام، کسی که سپرز حیوانات را بخورد، سی و یکم، کسی که پسر خود را بکشد. سی و دوم، طفل و دیوانه که زنا کنند. سی و سیم، دزدی کردن طفل و دیوانه. سی و چهارم، طفل و دیوانه که مرتد شوند. سی و پنجم، دخول کردن با چهارپایان، چه در این صورت پنج امر بر او لازمست: اول تعزیر او به آنچه رأی امام باشد و بعضی گفته‌اند که بیست و پنج تازیانه او را باید زد و بعضی صد تازیانه که حد است قرار داده‌اند و بعضی حکم به کشتن کرده‌اند. دوم ضامن قیمت آن حیوانست که به صاحبش دهد. سیم حرام شدن گوشت آن حیوان و آن چه از او متولد می‌شود اگر گوشت او را خورند، چهارم کشتن و سوزاندن آن حیوان اگر گوشت او را خوردند، پنجم بیرون آوردن

آن حیوان از آنجایی که دخول کرده به شهر دیگر اگر گوشت او را نخورند و یا آن که قیمت آن را به صاحبش می‌دهد یا خود متصرف می‌شود یا تصدق می‌کند، میان مجتهدین اختلاف است و اگر آن حیوان به حیوانات دیگر مشتبه شود دو قسم کنند و قرعه بزنند تا آن که یکی بماند.^{۱۰}

۳- تعریف قانونی

وفق ماده ۱۶ ق.م.ا: «تعزیر، تأدیب 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 بایستی از مقدار حد کمتر باشد»^{۱۱}.

به موجب تبصره یک ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری، مصوب ۱۳۷۸ نیز: «تعزیرات شرعی عبارت است از مجازاتی که در شرع مقدس اسلامی برای ارتکاب فعل حرام، یا ترک واجب، بدون تعیین نوع و مقدار مجازات مقرر گردیده و ترتیب آن به شرح مندرج در قانون مجازات اسلامی می‌باشد»^{۱۲}.

۴- ویژگیهای مجازات تعزیری و شمول عام آن

یکی از ویژگی‌هایی که در بسیاری از جرایم تعزیری وجود دارد، این است که آن جرایم، ثابت و لایتغیر نیستند و در شرایط مختلف زمانی و مکانی، حالت‌های گوناگون و خصوصیات متفاوتی پیدا می‌کنند و از لحاظ سنگینی و سبکی دچار نوسان می‌شوند و چون ثابت نیستند، حتی به نظر می‌رسد اعمال کیفر ثابت برای آنها نمی‌تواند حامل مصلحت و مشتمل بر عدالت باشد. این امر خود یکی از عواملی است که قانونگذاری نسبت به تجویز اعمال کیفرهای نامعین تعزیری را براساس منطق و عدالت توجیه می‌کند.

تعزیر از سبک‌ترین و کوچکترین کیفرها آغاز و به سنگین‌ترین و بزرگترین کیفرها منتهی می‌گردد. پس در آن، همه‌گونه کیفر، جز جرایم مستوجب حد و با هر

¹⁰ - شبخ بهائی، همان ص ۴۲۸

¹¹ - مجموعه قانون مجازات اسلامی، معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ۱۳۸۴.

¹² - روزنامه رسمی جمهوری اسلامی، سال پنجاه و چهارم، شماره ۵۱۵۲۶، ۱۳۷۷/۲/۱۷.

کیفیتی می‌تواند وجود داشته باشد: اندرز دادن، اخطار کردن، ترسانیدن و تهدید کردن در آنها وجود دارد، تا سرانجام نوبت به شلاق، زندان و اعدام نیز می‌رسد. از ویژگیهای دیگر کیفر تعزیر و یا جرائم مستوجب تعزیر این است که تعزیر کیفری است که در سنگینی و سبکی با تخلفات و جرائم برابری و هم‌آهنگی دارد، و از طرفی تابع مفسده است، اگرچه معصیت نباشد، مثل اینکه کودک و دیوانه نیز تعزیر و تأدیب می‌شوند.

وانگهی، هرگاه جرمی کوچک و ناچیز باشد، تعزیر آن نیز سبک و ناچیز خواهد بود، اگرچه سودی نداشته باشد! اگر قرار بر اجرای تعزیر در دو شهر مختلف شود، در هر شهری لازم است تفاوت آن شهر و شخصیت مجرم و وضع روحی و جسمی او و سایر مقتضیات، رعایت شوند و با توجه به همه آنها جرم ارتكابی مورد ارزیابی قرار گیرد و میزان آسیب و زیانی که به فرد و جامعه وارد ساخته، برآورد شود و به تناسب، کیفری برای آن مقرر گردد. حاکم خود بهتر از هر کسی آگاه است که تأثیر کیفر بر روی مجرمان متفاوت است و کیفری که احیاناً برای مجرمی و در شرائط خاص سودمند و مایه اصلاح و تهذیب اوست، ممکن است برای مجرمی دیگر و تحت شرائطی دیگر زیان بخش، یا لااقل بی‌فایده باشد و دیگر این که در اعمال مجازات تعزیر، بیستی امید به اصلاح و تأدیب و بازدارندگی وجود داشته باشد، زیرا در تعزیر هدف تربیت و تنبیه و اصلاح مجرم است.^{۱۳}

دوم - مجازات بازدارنده

۱- معنی لغوی واصطلاحی

مجازات بازدارنده، اضافه ای وصفی، مشتمل بر دو کلمه عربی و فارسی است. مجازات، عقوبتی است که مجرم باید آن را تحمل کند و بازدارنده نیز ترجمه فارسی

^{۱۳} - مقارنه و تطبیق در حقوق جزای اسلامی، فیض، علی رضا، ج ۲، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸، ص ۱۶۱.

«مانع» است.^{۱۴} معنی اصطلاحی آن را می توان کیفری دانست که مرتکب را از خدشه وارد کردن به نظامات دولتی برحذر می دارد.^{۱۵}

۲- تعریف فقهی

در فقه، تعریف از این اصطلاح را باید در مجازات فردی که از «احکام سلطانی» تخطی می کند، دنبال کرد.^{۱۶} در پاسخ امام خمینی (ره) به سؤال رئیس شورای عالی قضایی وقت نیز از این اصطلاح نام برده شده که در جای خود به نقل این سؤال و جواب می پردازیم.

۳- تعریف قانونی

قانونگذار ایران در تعریف مجازات بازدارنده در ماده ۱۷ ق.م.ا. اظهار می دارد: «مجازات بازدارنده تأدیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می گردد. از قبیل: حبس، جزای نقدی، تعطیل محل کسب، لغو پروانه و محرومیت از حقوق اجتماعی و اقامت در نقطه یا نقاط معین و منع از اقامت در منطقه یا نقاط معین و مانند آن».

لازم به ذکرست که منظور از «حکومت» در این ماده، حکومت به معنای اخص کلمه، یعنی قوه مجریه نیست و وضع مجازات باید به وسیله قوه مقننه باشد که صلاحیت وضع مجازات را دارد.^{۱۷}

۱۴ - ر.ک. نجفی ابرند آبادی، علی حسین و بیگران، جرایم مانع (جرایم بازدارنده)، فصلنامه مدرس علوم انسانی، شماره ۳۷، ۱۳۸۳، ص ۲۲.

۱۵ - ر.ک. ماده ۱۷ ق م ا.

۱۶ - ر.ک. معالم القریه فی احکام الحسبه، ترجمه جعفر شعار، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۶۷، ص ۲۲۲؛ قاضی ابی یعلی، محمد بن حسین الفراء، احکام سلطانی، مکتبه اعلام الاسلامیه، ۱۴۰۶، ص ۶۹.

۱۷ - نظریه مشورتی شماره ۷۲/۵/۱۲-۷/۲۳۹۱ اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه.

۴- ماخذ و مفهوم مجازات بازدارنده

اصطلاح مجازات بازدارنده که مورد استفاده قانونگذار مجازات اسلامی قرار گرفته، از متن پاسخ امام خمینی (ره) به استفتاء رئیس شورای عالی قضایی وقت، آیت الله موسوی اردبیلی، اقتباس شده است. ایشان در پاسخ خویش به مجازاتهای بازدارنده اشاره می‌کنند و آن تعزیر خلاف کننده‌ای است که مجازات وی در شرع معین نشده است. در واقع حضرت امام (ره) در پاسخ خویش صرفاً رهنمودی دادند مبنی بر این که در این گونه موارد، حکومت می‌تواند با وضع قانون از طریق قوه مقننه، مجازاتهای مختلفی را برای مرتکب فعل خطا، تعیین کند و گرنه هدف ایشان این نبوده که در مقابل مجازات تعزیری، قسم جدیدی از مجازات را مطرح کنند.^{۱۸}

متن سوال و جواب مزبور از این قرار است:

«سؤال: باسمه تعالی - محضر انور حضرت آیت الله العظمی امام خمینی ادام الله ظلّه پس از عرض سلام، مستدعی است مسائل زیر را جواب فرمائید، در هیأت بررسی تعزیرات، مورد نیاز است:

۱- حبس، نفی بلد (تبعید)، تعطیل محل کسب، منع از ادامه خدمت در ادارات دولتی، جریمه مالی و به طور کلی هر تنبیهی که به نظر برسد موجب تنبه و خودداری از ارتکاب جرایم می‌گردد، جایز است که به عنوان تعزیر تعیین شود و یا این که در تعزیرات به مجازاتهای منصوص باید اکتفا کرد؟

پاسخ: بسمه تعالی - در تعزیرات شرعیه احتیاط آن است که به مجازاتهای منصوصه اکتفا شود مگر آن که جنبه عمومی داشته باشد مثل: احتکار و گرانفروشی که با مقررات حکومتی داخل در مساله بعد، «مساله دوم» می‌باشد.

۲- برای اداره امور کشور، قوانینی در مجلس تصویب می‌شود مانند: قانون قاچاق، گمرکات، تخلفات رانندگی، قوانین شهرداری و به طور کلی احکام سلطانیه، برای این

۱۸ - فتاوی، جلیل، نظام حقوقی اسلام، دفتر تحقیقات و تدوین کتب درسی، ۱۳۷۷، صص ۱۸۹-۱۷۴.

که 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 حکم و کیف بر آنها بار است یا قسم دیگری است و از تعزیرات جدا هستند و اگر موجب خلاف شرع نباشد باید به آنها عمل کرد؟

پاسخ: باسمه تعالی - در احکام سلطانی که خارج از تعزیرات شرعی در حکم اولی است متخلفین را به مجازات‌های بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می‌توانند مجازات کنند»^{۱۹}.

به نظر می‌رسد در نظر افتائی حضرت امام خمینی قصد ایجاد یک قسم جدید از مجازات در مقابل مجازات تعزیر که مبنای شرعی و عمومیت دارد، نبوده و صرفاً از باب حکومتی و حل مشکل از جهت فقهی ابراز شده است، لکن مجلس وقت از آن برداشت جداگانه و استنباط تفکیک بین این دو مجازات نموده که باز به نظر می‌رسد نویسندگان قانون جدید آیین دادرسی کیفری با چنین برداشتی موافق نبوده لذا در لایحه پیشنهادی و برای رفع مشکل پیش آمده، در مبحث چهارم تحت عنوان مرور زمان از ماده ۳۱۴ الی ماده ۳۲۰، صراحتاً هر دو مجازات تعزیری و بازدارنده را مشمول مرور زمان شناخته اند که در ادامه به ذکر مواد این بخش از لایحه پیشنهادی، خواهیم پرداخت.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

مجله علمی حقوق کیفری

ب: دلایل یکی بودن ماهیت تعزیر و مجازات بازدارنده

اول - استعمال قانونگذار از تعزیر در جای مجازات بازدارنده

قانونگذار خود در برخی مواقع از مجازات بازدارنده (مجازات متخلفی که از نظامات دولتی سرباز زده) به عنوان تعزیر یاد کرده است که حاکی از وحدت ماهیت این دو می‌کند. وفق ماده یک قانون تعزیرات حکومتی، مصوب ۱۳۶۷/۱۲/۲۳ مجمع تشخیص مصلحت نظام: «با توجه به ضرورت نظارت و کنترل دولت بر فعالیت‌های اقتصادی و لزوم اجرای مقررات قیمت‌گذاری و ضوابط توزیع، متخلفین از اجرای مقررات براساس مواد این قانون تعزیر می‌شوند».

از این رو، تعزیرات را می‌توان به اعتبار جرایم در دو قسمت، جای داد:
۱- تعزیرات شرعی و آن مجازات جرایمی بوده که شارع، در ید حاکم قرار داده است، مانند سرقت‌های فاقد شروط اجرای حد.

۲- تعزیرات حکومتی و آن مجازات جرایمی است که به تعبیر ماده ۱۷ ق.م.ا، تخلف از مقررات و نظامات حکومتی محسوب می‌شود، مانند تخلف از مقررات رانندگی، شهرسازی و محیط زیست. این دسته از جرائم در زمانهای گذشته وجود نداشته و برحسب اقتضانات زمان و مکان، به موجب قوانین حکومتی (احکام سلطانیه)، پدید آمده است.

از سوی دیگر می‌دانیم که بازدارندگی در واقع وصف هر نوع مجازاتی است و به مجازات خاصی تعلق ندارد، ولی انتخاب این صفت برای مجازات‌هایی که پیش از آن به تعزیرات حکومتی موصوف بود، فقط به لحاظ معین بودن نوع و میزان آن است.^{۲۰}
ضمانت‌های اجرای مقررات و نظامات اخیر الذکر، کیفرهایی از نوع بازدارنده، مانند حبس، جزای نقدی و تعطیل کردن محل کسب است و به نظر می‌آید که این تمایز را قانونگذار صرفاً برای مشروعیت بخشیدن به اقدام حکومت در به کیفر رساندن مرتکبین خطاهای مزبور، قایل شده است. براین اساس چهار نوع اول از مجازات‌های مذکور در ماده ۱۲ ق.م.ا، تعزیرات شرعی است و نوع پنجم تحت عنوان مجازات‌های بازدارنده، تعزیرات حکومتی قلمداد می‌گردد.^{۲۱} همچنان که در ماده قانونی مزبور از «تعزیر» به عنوان مجازات افراد خاطی از نظامات حکومتی در مورد فعالیتهای اقتصادی، یاد شده است.

۲۰ - زراعت، عباس و مهاجری، علی، شرح قانون آیین دادرسی کیفری، جلد اول، نشر فیض، پائیز ۱۳۷۸، ص ۴۱۰.

۲۱ - همان قبلی، ص ۱۵۴.

دوم - مرور زمان در اعمال مجازات

از جمله مواردی که به عنوان فارق بین تعزیرات و مجازاتهای بازدارنده مطرح می شود، مسئله «مرور زمان» است که ذیلا پس از طرح مساله به این نتیجه می رسیم که در تعزیرات نیز مرور زمان می تواند اعمال شود، لذا تفاوتی از این حیث بین این دو مجازات به چشم نمی خورد.

۱- در مجازات های باز دارنده و اقدامات تأمینی و تربیتی

وفق ماده ۱۷۳ ق.آ.د.ک، مصوب ۱۳۷۸، مرور زمان صرفا در مورد جرائمی که مجازات قانونی آن از نوع مجازات بازدارنده یا اقدامات تأمینی و تربیتی باشد، مَرعی است. شورای نگهبان نیز به نظر می رسد که در نظریات خود با تفکیک جنبه شرعی تخلف از موارد غیر آن، تعزیرات شرعی را مشمول مرور زمان، نمی داند^{۲۲} و همین امر در عمل موجب تشتت در تشخیص جرایم مشمول تعزیر و در امر دادرسی کیفری موجب صدور آراء متهاافت از سوی شعب مختلف دادگاهها شده و بخشی از سیستم قضائی را درگیر این مسئله کرده است.^{۲۳}

اما در واقع همانطوری که اغلب فقها برآند و پیشتر به قول شیخ بهائی و شهید ثانی در این باره، اشاره و استناد شد، شارع مقدس به تعداد کمی از اعمال و معاصی به عنوان تعزیرات شرعی تأکید فرموده است.

۲- نظریه شمول مرور زمان در تعزیرات

به نظر می رسد که جرائمی که در قانون مجازات اسلامی در زمره جرائم مشمول تعزیر معرفی شده اند، به همین دلیل که مقدر و معین در شرع نیستند از باب قاعده یُسَر و تفسیر به نفع متهم می توانند از باب عموم مشمول حکم مجازاتهای بازدارنده قرار گیرند. در این رابطه به دو نظریه شورای نگهبان اشاره می شود:

22 - مهرپور، حسین، همان.

23 - در ادامه به آرای وحدت رویه هیئت عمومی نیوان عالی کشور که در بررسی آرای متهاافت قضایی که ناشی از این ابهام، صادر گردیده، اشاره شده است.

۱- بسم الله الرحمن الرحيم

دادستان محترم انتظامی قضات:

عطف به نامه شماره ۱۸۶۲۴-۱۳۶۳/۸/۲۲

«اعتبار مرور زمان در تخلفات انتظامی که جنبه تخلف شرعی ندارد مغایر با موازین شرعی نیست، ولی در تخلفات شرعی، احکام سایر جرائم را دارد که در غیر حدود، پس از مرور زمان معین نیز امر تعقیب، و عدم تعقیب آن با حاکم شرع است. و در اموری که ضمان مالی و جنبه حقوقی دارد احکام شرعی خود بر آن مترتب می‌شود.

۲- با توجه به این که آیین نامه انتظامی نظام پزشکی در مورد تخلف پزشکان حکومت دارد، نه جرایم و امور حقوقی آنان و این آیین نامه برای حفظ نظم در جامعه تنظیم شده است، علی هذا شمول مرور زمان نسبت به تخلفاتی که در آیین نامه مزبور مذکور است، مخالفتی با موازین شرعی ندارد، بدیهی است در صورتی که حقوقی از افراد تضییع شده باشد در محاکم دادگستری قابل رسیدگی است.^{۲۴}

سوم - سیاست جزائی و مجازات بازدارنده

با توجه به تعریف به عمل آمده از مجازات های بازدارنده در ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی، می توان قائل به این بود که عمل مجرمانه مستوجب مجازات بازدارنده نیز در زمره جرائم مشمول تعزیر قرار می گیرد و در حقیقت از اطلاق عمل مجرمانه مشمول تعزیر و فی الجمله از جرائم تعزیری خارج نیست. در توضیح و توجیه این برداشت می توان به نظر گروهی از فقها استناد کرد که همه نوع کیفر و اکثر جرائم به جز حدود را از باب اعمال سیاست جزائی اسلام و امر به معروف و نهی از منکر در تعزیر جائز شمرده و آن را به نظر حاکم موکول دانسته و گفته اند که گاهی تعزیر، ناظر به تأدیبی است که نه از سوی قضات بلکه از سوی حکام و والیان نیز صادر می شود؛ مثل افسری که سرباز تحت فرماندهی خود و یا معلمی که شاگرد تحت تعلیم خود، یا پدری که فرزند خود و یا مولی که بخواهد بنده خود را تأدیب کند، که در چنین صورت هایی نباید مجازات از ده ضربه تجاوز کند.^{۲۵} مستند این نظر را هم حدیث ابوبرده دانسته اند که شوکانی آن را روایت کرد

۲۴ - مهرپور، حسین، همان، ج ۳، ص ۲۲۴.

۲۵ - شوکانی، محمد علی، نیل الاوطار، ج ۷، ص ۲۲۸.

که گفت من از پیامبر (ص) شنیدم که فرمود: لایجلد فوق عشره اسواط «در تعزیر بیش از ده تازیانه نمی زنند»^{۲۶} این حدیث را همه صاحبان صحاح به جز نسائی روایت کرده‌اند، و گروهی از فقها از جمله: لیث، احمدبن حنبل بدان عمل کرده‌اند و بعضی از شافعیه ابوحنیفه و خود شافعی وزید بن علی براین عقیده دارند.^{۲۷}

چهارم - نگرشی بر طرز تلقی قانون مجازات اسلامی از مجازاتهای بازدارنده

علاوه بر ماده ۱۷ ق.م.ا، که متن آن قبلا ذکر شد، در مواد ۱۸ و ۱۹ و ۲۲ و ۴۲ و ۴۸ و ۵۴ از همان قانون نیز از مجازاتهای تعزیری و یا بازدارنده، سخن به میان آمده که با قدری تامل، نشانگر دیدگاه مقنن (مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان) نسبت به مبنای واحد مجازات‌های تعزیری و بازدارنده است که ذیلا ابتدا به ذکر متن مواد قانونی مزبور اقدام و در پایان به نتیجه گیری از مفاد آنها پرداخته می شود.

در تبصره ذیل ماده ۱۸ قانون مذکور می خوانیم: «چنان چه محکوم علیه قبل از صدور حکم به علت اتهام یا اتهاماتی که در پرونده امر مطرح بوده، بازداشت شده باشد، دادگاه پس از تعیین تعزیر^{۲۸} از مقدار تعزیر تعیین شده یا مجازات بازدارنده به میزان بازداشت قبلی وی، کسر می کند».

در ماده ۱۹ ق.م.ا مقرر گردیده است: «دادگاه می تواند کسی را که به علت ارتکاب جرم عمدی به تعزیر یا مجازات بازدارنده محکوم کرده است به عنوان تتمیم حکم تعزیری و یا بازدارنده مدتی از حقوق اجتماعی محروم و نیز از اقامت در نقطه یا نقاط معین ممنوع یا به اقامت در محل معین مجبور نماید».

در ماده ۲۲ ق.م.ا آمده است: «دادگاه می تواند در صورت احراز جهات مخففه، مجازات تعزیری و یا بازدارنده را تخفیف دهد و یا تبدیل به مجازات از نوع دیگری نماید که مناسبتر به حال متهم باشد».

26 - عوده، عبدالقادر، التشریح الجنائی الاسلامی، ج دوم، مطبوعه دارالعروب، ۱۳۷۸.

27 - فیض، علی رضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای اسلام، جلد ۲، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد

اسلامی، ۱۳۳۸، ص ۱۷۴.

28 - بنابه نظریه اداره حقوقی به شماره ۷/۸۰۸۵-۳۷۱/۹/۱۸ فقط ناظر بر حبس است.

وفق ماده ۴۲ ق.م.ا: «هر کس عالماً و عامداً با شخص یا اشخاص دیگر در یکی از جرائم قابل تعزیر یا مجازاتهای بازدارنده، مشارکت نماید و جرم مستند به عمل همه آنها باشد، خواه عمل هر یک به تنهایی برای وقوع جرم کافی باشد، خواه نباشد و خواه اثر کار آنها مساوی باشد، خواه متفاوت، شریک در جرم محسوب و مجازات او مجازات فاعل مستقل آن جرم خواهد بود».

طبق ماده ۴۸ ق.م.ا: «هر کس به موجب حکم دادگاه به مجازات تعزیری یا بازدارنده محکوم شود، چنان چه بعد از اجرای حکم، مجدداً مرتکب جرم قابل تعزیر گردد، دادگاه می‌تواند در صورت لزوم، مجازات تعزیری و یا بازدارنده را تشدید نماید».

در ماده ۵۴ از قانون مذکور تصریح شده است: «در جرایم موضوع مجازاتهای تعزیری یا بازدارنده، هر گاه کسی بر اثر اجبار یا اکراه که عادتاً قابل تحمل نباشد مرتکب جرمی گردد، مجازات نخواهد شد. در این مورد اجبار کننده به مجازات فاعل جرم با توجه به شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم و مراتب تأدیب از وعظ و توبیخ و تهدید و درجات تعزیر محکوم می‌گردد»^{۲۹}.

به طوری که ملاحظه می‌شود مقنن در این مواد، سخن از جرائم مشمول مجازاتهای بازدارنده به میان آورده و لکن ذکری از مصادیق آن نکرده اما پرواضح است که قانونگذار پذیرفته که جرائم مزبور مشمول عنوان مجازات بازدارنده اند. حال با توجه به مواد گفته شده و آوردن «یا» بین مجازاتهای «تعزیری» و «بازدارنده»، چه قضاوتی می‌توان کرد، جز وجود وحدت مبنایی و حکمی نسبت به این هردو عنوان از مجازاتهای ذکر شده!^{۳۰}

پنجم - نقد و بررسی آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور و نظریات قضات کشور، قضات استان تهران و نظریات مشورتی اداره کل حقوقی قوه قضائیه در خصوص مفهوم مجازاتهای بازدارنده

۱- آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور

۱- «مجازاتهای بازدارنده مذکور در ماده ۱۷ ق.م.ا به ضرورت حفظ نظم و مصلحت اجتماع درباره کسانی اعمال می شوند که مرتکب جرم عمد شده و تعیین مجازات تعزیری مقرر در قانون موجب تنبیه و تنبه کافی آنان نباشد که در این صورت دادگاه می تواند طبق ماده ۱۹ قانون مذکور، مجازات بازدارنده را هم به عنوان متمیم مجازات در رأی خود قید نماید و تعیین حداکثر مجازات تعزیری مانع تعیین مجازات بازدارنده نمی باشد»^{۳۰}.

به طوری که ملاحظه می شود متأسفانه هیئت عمومی دیوان عالی کشور هم در دریافت و تبیین معنی و ماهیت مجازاتهای بازدارنده و تعزیری دچار ابهام گشته که چنین رأی مغایری با مقررات قانون مجازات اسلامی را انشاء کرده است، زیرا ماده ۱۹ ق.م.ا^{۳۱} مربوط به مجازاتهای متمیمی است در حالی که مجازات بازدارنده، مجازات اصلی می باشد. در نقد رأی وحدت رویه مذکور استاد محمد علی اردبیلی، اظهار کرده که نظر دیوان عالی کشور در مورد این که تعیین مجازات متمیمی، در جایی است که مجازات اصلی کافی نباشد، ناشی از درک نادرست این قبیل اقدامات است. اصولاً بیان این نکته که «مجازات تعزیری مقرر در قانون برای تنبیه مرتکب کافی نباشد...»، یعنی بی اعتنائی به قانون و اظهار نظر در موضوعی که در صلاحیت این مرجع نیست^{۳۲}.

۲- «خیانت در امانت از جرائم مضر به حقوق خصوصی و مصالح عمومی است. رضایت مدعی خصوصی یا استرداد شکایت موضوع حق الناس را در جرم مزبور منتفی می سازد لیکن به ضرورت مصلحت جامعه و حفظ نظم عمومی تعزیر شرعی یا حکومتی مجرم لازم است. بنابراین رأی شعبه ۱۴۸ دادگاه کیفری یک تهران که در نتیجه با این نظر مطابقت دارد، صحیح تشخیص می شود. این رأی برطبق ماده ۳ از

۳۰ - رأی وحدت رویه شماره ۵۹۰ - ۱۳۷۲/۱۱/۵ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.

۳۱ - ماده ۱۹ ق.م.ا: «دادگاه می تواند کسی را که به علت ارتکاب جرم عمدی به تعزیر یا مجازات بازدارنده محکوم کرده است به عنوان متمیم حکم تعزیری یا بازدارنده منتهی از حقوق اجتماعی محروم و نیز از اقامت در نقطه یا نقاط معین ممنوع یا به اقامت در محل معین مجبور نماید».

۳۲ - اردبیلی، دکتر محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج ۲، نشر میزان، ۱۳۸۲، ص ۱۵۶.

مواد اضافه شده به قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۳۷ از طرف دادگاهها باید در مورد مشابه پیروی شود»^{۳۳}.

در اینجا برعکس، هیئت عمومی دیوان عالی کشور، تعزیر شرعی یا حکومتی را برای مجازات مرتکب از حیث رعایت جنبه عمومی فعل ارتكابی و مصلحت جامعه، به کار برده که می تواند حاکی از ترادف و تطابق آن دو، از نظر مرجع مزبور تلقی شود.

۳- «به موجب تبصره ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی، دادگاه مکلف است که ایم بازداشت قبلی محکوم علی در پرونده مورد حکم را از مجازات‌های تعزیر و یا بازدارنده کسر نماید و چون حبس و جزای نقدی هر دو، ی نوع و از مجازات‌های تعزیر و بازدارنده اند و عدم محاسبه و مرعی ندانستن ایم بازداشت قبلی برخلاف حقوق و آزادی‌های فردی است، به حکم تبصره مذکور، کسر مدت بازداشت از محکومی جزای نقدی و احتساب و تبدی آن به جزای نقدی، قانونی است. بنا به مراتب رأی شعبه دوم دادگاه نظامی ی فارس به شماره ۵۹۱، مورخ ۱۳۷۸/۱۱/۳ که با ای نظر انطباق دارد به اکثریت آراء اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور صحیح و منطبق با موازی شرعی و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی مستنداً به ماده ۲۷۰ قانون آئین دادرسی کیفری برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها لازم‌الاتباع است»^{۳۴}.

۴- «برطبق ماده ۱۷۳ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری، جرائمی که مجازات آنها از نوع بازدارنده باشد با حصول مرور زمان، تعقیب آنها موقوف می‌شود. هرچند تجاوز به اراضی ملی شده و تصرف عدوانی آن اراضی با مورد لحاظ قرار دادن ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی دارای مجازات بازدارنده است، ولی چون جرم مذکور از جرائم مستمر می‌باشد و تا وقتی که تصرف ادامه دارد، موضوع مشمول مرور زمان نخواهد شد، علی هذا رأی شعبه هشتم دادگاه تجدید نظر استان اصفهان صرفاً از حیث نقض رأی صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی دائر به موقوفی تعقیب به اکثریت آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور نتیجتاً قانونی تشخیص و

۳۳- رأی وحدت رویه شماره ۵۹۱-۱۳۷۲/۱/۱۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.

۳۴- رأی وحدت رویه شماره ۶۵۴-۱۳۸۰/۷/۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.

مستنداً به ماده ۲۷۰ قانون مزبور در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها لازم‌الاتباع است»^{۳۵}.

۵- «وضع جرائم واجد مجازات‌های بازدارنده، حکومت است زیرا مطابق ماده ۱۷ ق.م.ا کیفرهای مذکور برای حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماعی در قابل تخلف از مقررات و نظامات حکومتی، اعمال می‌گردد و براساس تبصره ۱ ماده ۲ قانون آ.د.ک. مصوب ۱۳۲۸، تعزیرات شرعی عبارت است از مجازاتی که در شرع مقدس اسلام برای ارتکاب فعل حرام یا ترک واجب بدون تعیین نوع و مقدار مجازات مقرر گردیده، و اصل حکم پرداخت و دریافت رشوه را نیز انور بیان فرموده و در مواد مربوط به موضوع، در ق.م.ا و ماده ۳ قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مصوب ۱۳۶۷ مجمع تشخیص مصلحت نظام اسلامی، به ممنوعیت مستخدمین دولتی، به طور کلی، اعم از قضائی و اداری، از دریافت رشوه به هر عنوان، تصریح گردیده و در تبصره‌های ۲ و ۵ قانون اخیرالذکر، نوع مجازات را تعزیری اعلام نموده، لذا رشوه از اعداد مجازات‌های بازدارنده از طرف حکومت محسوب می‌گردد. خارج و به حکم شرع دارای مجازات تعزیری بوده و مشمول مقررات ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری نمی‌باشد و به نظر اکثریت اعضای هیأت عمومی رأی شعبه نهم تجدیدنظر استان اصفهان، در حدی که با این استنباط مطابقت دارد صحیح و موافق موازین قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی فوق الاشعار، در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها لازم‌الاتباع است»^{۳۶}.

۶- نهایتاً در آخرین ابراز نظر در این خصوص به دو نظر ذیل، برمی‌خوریم:

۱- «قانون راجع به واگذاری معاملات ارزی به بانک ملی ایران مصوب ۱۳۲۶ و قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱ از جمله مقررات حکومتی است که به منظور رعایت مصالح عمومی و حفظ منافع ملی تصویب شده و مجازات‌های مقرر در آنها

۳۵- رأی وحدت رویه شماره ۶۵۹-۱۳۸۱/۲/۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.

۳۶- رأی وحدت رویه شماره ۶۷۷-۱۳۸۴/۴/۱۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور.

۳۷- مجموعه آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور، سید احمد باختر، نشر خط سوم، ۱۳۸۶.

مجازات‌های بازدارنده می‌باشد و به موجب ماده ۱۷۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری جرائمی که مجازات آنها از نوع مجازات بازدارنده یا اقدامات تأمینی و تربیتی باشد با تحقق شرایط مقرر در ماده مذکور مشمول مرور زمان تعقیب می‌شود. بنا به مراتب، به نظر اکثریت اعضاء هیأت عمومی دیوان عالی کشور، رأی شعبه نهم دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان که بر همین اساس صادر شده صحیح و منطبق با قانون تشخیص می‌گردد. این رأی به استناد ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعبه دیوانعالی کشور و دادگاهها لازم‌الاتباع می‌باشد.^{۳۸}

۲) «عنصر مادی جرایم مصرح در ماده مرقوم [ماده ۱۷۳ ق.آ.د.ک] با توجه به تعریف مندرج در ماده ۱۷ ق.م.ا، اعمال مباحی می‌باشد که حکومت با لحاظ ضرورت حفظ نظم و رعایت مصالح جامعه عنوان مجرمانه به آنها داده و برای بازداشتن افراد از ارتکاب آن اعمال و یا اجبار به انجام تکالیف ناشی از آن، مجازات مقرر می‌دارد و طبعاً اعمال مذکور غیر از افعال حرام و یا ترک واجباتی است که شارع مقدس اسلام آنها را به عنوان معاصی و مستوجب عقوبت و تعزیر مقرر فرموده است. در ما نحن فیه، اخذ رشوه علاوه بر این که خود از افعال حرام منصوص در شرع انور بوده و همچنین تصرف غیرقانونی در اموال دولتی که از مصادیق بارز «اکل مال به باطل» است، هر دو از معاصی کبیره و موجب تعزیر و مجازات می‌باشد. بنابراین وضع حرمت و یا سلب آن از اختیارات فقیه و حاکم نمی‌باشد و مآلاً پیگرد و کیفر این گونه جرائم و یا تجویز معافیت مرتکبین آنها از مجازات، منوط به اراده و اختیار حکومت خواهد بود»^{۳۹}.

ملاحظه می‌شود که مرجع مزبور در چهار رأی مار الذکر و دادستان کل کشور، به سوا بودن دو مجازات تعزیر و بازدارنده از هم، نظر دارند و به عبارت دیگر این دو را قسیم هم می‌دانند.

38 - رأی شماره ۶۷۸-۱۳۸۴/۴/۲۸ رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور (جزائی).

39 - مجموعه محشای قوانین جزائی، سیممهدی کمالان، نشر کمالان، ۱۳۸۶.

40 - نظریه دادستان کل کشور در پرونده وحدت رویه ریف ۶/۸۲-۱۳۸۴/۵/۱۱.

۲- قضاات دادگستری استان تهران

عده‌ای از قضاات کشور در پاسخ به این سوال که منظور از مجازات بازدارنده چیست، اظهار داشته‌اند:

در ماده ۱۷ ق.م.ا. مجازات بازدارنده تعریف شده از طرفی با عنایت به تبصره ۱ ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری دادگاههای عمومی و انقلاب (ق.آ.د.ک) که تعزیرات شرعی را تعریف کرده، و آن مجازاتی است که در شرع مقدس اسلام برای ارتکاب فعل حرام یا ترک واجب، بدون تعیین نوع و مقدار مجازات، مقرر گردیده، می‌توان گفت که تعزیرات که اصطلاحاً به آن تعزیرات حکومتی گفته می‌شود و در قانون مجازات اسلامی عنوان مجازاتهای بازدارنده را دارد، تعزیراتی است که تضمین فعل حرام یا ترک واجب نباشد، طوری که، اگر حکومت اسلامی برای آن مجازات تعیین نمی‌کرد فی نفسه ممنوعیتی نداشت، مانند: قاچاق کالا و ارز و مواد مخدر و اسلحه و جرایم رانندگی.^{۴۱}

۳- قضاات استان تهران

همچنین در نشستهای قضاات استان تهران در خصوص این سوال که ضابطه تشخیص مجازاتهای بازدارنده برای اعمال مرور زمان موضوع ماده ۱۷۳ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۷۸، چیست؟ نظریه اکثریت و اقلیت به شرح زیر است:

نظریه اکثریت: «با توجه به مواد ۱۶ و ۱۷ ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰ راجع به تعریف تعزیر و مجازات بازدارنده، و تبصره ۲ ق.آ.د.ک مصوب ۱۳۷۸ راجع به تعریف تعزیرات شرعی، تمام مجازاتهایی که از طرف قانونگذار برای حفظ نظم و مصلحت اجتماع برقرار و نوع و میزان آن‌ها معین شده، از جمله جرائم موضوع کتاب پنجم ق.م.ا. از نوع بازدارنده است هرچند که مشمول عنوان تعزیر به معنای عام کلمه نیز می‌باشد، ولی مجازاتی که شرعاً نوع و میزان آن در اختیار حاکم قرار داده شده است (از جمله مجازاتهای تعزیری

۴۱ - مجموعه دیدگاههای قضایی قضاات کل کشور (فروردین تا پایان آذر ۱۳۷۹)، به کوشش معاونت آموزش و تحقیقات دادگستری تهران، نشر اشرافیه.

مقرر در کتاب دوم قانون مجازات اسلامی، صرفاً مجازات تعزیری است و مشمول مرور زمان نمی‌شود.

نظریه اقلیت: «هر فعل یا ترک فعل که شرعاً قابل تعزیر باشد، از نوع تعزیر شرعی است و مجازاتی که صرفاً برای حفظ نظم و مصلحت جامعه به موجب قانون برقرار می‌شود از نوع بازدارنده است. بنابراین این تشخیص مجازاتهای تعزیری از بازدارنده باید به منابع فقهی مراجعه شود»^{۴۲}.

به طوری که ملاحظه می‌شود، با توجه به نظر اکثریت و اقلیت، به این حقیقت می‌رسیم که در مورد تفاوت مجازات بازدارنده با تعزیر، بین قضات اختلاف نظر وجود دارد ولی از نظر ما با توجه به عدم صراحت قانونی در وجود این تفاوت و استدلالی که قبلاً مرقوم شد و نیز بیان ریشه و مصدر چنین اصطلاحی و دلیل اضافه شدن آن در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی، ماهیت این دو مجازات یکی است.

۱- اداره کل حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه

از مجموع نظریات اداره کل حقوقی قوه قضائیه که ذیلاً متن آنها قید شده اند، بر می‌آید که مرجع مزبور به تفکیک مجازات بازدارنده از تعزیرات نظر دارد، گرچه در برخی نظرات آمده که رابطه بین این دو، عموم و خصوص مطلق است؛ هر تعزیری، مجازات بازدارنده است ولی مجازات بازدارنده شامل تعزیر نیست.

۱- نظریه ۷/۸۰۱۳-۱۱/۳-۱۷۵/۱۱/۳ اداره حقوقی

«اول، با توجه به تعریف مجازات بازدارنده در ماده ۱۷ ق.م.ا، تمام مجازات‌های مذکور در کتاب پنجم از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ که نوع و میزان آن در قانون مشخص شده است و برای حفظ نظم و مصلحت اجتماعی اعمال می‌شود، مجازات بازدارنده است و می‌تواند مشمول مقررات مرور زمان آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ شود.

دوم، با عنایت به تعریف تعزیرات شرعی در تبصره ۱ ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ و تعریف مجازات بازدارنده در ماده ۱۷ ق.م.ا می‌توان گفت که بین

اصطلاحات تعزیر و مجازات بازدارنده، رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد. به بیان دیگر اصطلاح تعزیر شامل مجازات بازدارنده هم می‌شود لکن اصطلاح مجازات بازدارنده شامل تعزیر نیست».

۲- نظریه ۶۹۴۱/۷-۲۳/۹/۱۳۷۸ اداره حقوقی

«همان طور که در عنوان کتاب پنجم از ق.م.ا، مصوب ۷۵ (مجازاتهای تعزیری و بازدارنده) آمده است با توجه به تعریف مجازاتهای تعزیری و بازدارنده در ق.م.ا، تمام جرائمی که نوع و میزان آنها توسط قانونگذار (حکومت به معنای اعم کلمه) تعیین شده است، نه شرع، از جمله تمام مجازاتهای مذکور در کتاب پنجم از ق.م.ا که نوع و میزان آنها مشخص شده است و برای حفظ نظم و مصلحت اجتماعی اعمال می‌شوند، مجازات بازدارنده هستند و در عین حال به لحاظ این که نوع و مقدار آنها از طرف شرع معین نگردیده است، مشمول عنوان تعزیر نیز می‌باشند. اما مواردی که در قوانین جزایی آمده است که تعیین نوع و میزان مجازات را در اختیار حاکم گذارده است مانند مجازات کسی که کمتر از چهار بار اقرار به زنا کند (موضوع ماده ۶۸ ق.م.ا) و این قبیل موارد، فقط داخل در عنوان تعزیر می‌باشد، نه مجازات بازدارنده. بنابراین به نظر می‌رسد که نسبت بین مجازاتهای تعزیری و بازدارنده عمومی و خصوص مطلق باشد. لازم به ذکر است که تعزیر منحصر در حبس و جزای نقدی و شلاق نیست و درج کلمه از قبیل (من باب مثال) در ماده ۱۶ ق.م.ا هم بدین جهت است و تعزیر شامل موارد دیگری مانند ممنوعیت از اقامت یا اجبار به اقامت در محل معین و منع رانندگی و... نیز می‌شود. توضیح دیگر آن که تبصره ۳ ماده ۱۷۳ از قانون آیین دادرسی دادگاههای انقلاب و عمومی در امور کیفری مصوب ۷۸، شلاق را هم جزء مجازاتهای بازدارنده آورده در حالی که این مورد در ماده ۱۷ ق.م.ا مسکوت مانده است».

۳- نظریه ۸۹۲۷/۷-۲۵/۱۲/۱۳۷۸ اداره حقوقی

«الف - با توجه به تعریف مجازات بازدارنده در ماده ق.م.ا تمام مجازاتهای مذکور در کتاب پنجم از قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ که نوع و میزان آن در قانون مشخص شده

و برای حفظ نظم و مصلحت اجتماعی اعمال می‌شود، مجازات بازدارنده است و می‌تواند مقررات مرور زمان قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ شود...».

۴- نظریه های ۷/۹۸۰۶-۱۰/۱۰/۱۳۷۹ اداره حقوقی

«کیفرهای مقرر برای جرایم جعل اسناد و مدارک عادی و غیررسمی و استفاده از سند مجعول به نحو مندرج در قانون مجازات اسلامی، عنوان مجازاتهای بازدارنده داشته و در صورت تحقق شرایط لازم، مشمول مرور زمان مقرر در فصل ششم باب اول قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ می‌باشد».

۵- نظریه های ۷/۱۳۴۴-۵/۲/۱۳۷۹

«با توجه به تعریف مجازات بازدارنده در ماده ۱۷ ق.م.ا، کلاهبرداری و ارتشاء و اختلاس و جعل و استفاده از سند مجعول، مجازات بازدارنده است و لذا می‌تواند مشمول مقررات مرور زمان ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ باشد»^{۴۳}.

۶- نظریه های ۷/۴۱۳۹-۲۲/۹/۱۳۷۹ اداره حقوقی

«با توجه به تعریف مجازات بازدارنده در ماده ۱۷ ق.م.ا، تمام مجازاتهایی که نوع و میزان آنها در قانون مشخص شده و در شرع برای آنها مجازات خاصی مقرر نگردیده و برای حفظ نظم و مصلحت اجتماعی اعمال می‌شوند مجازات بازدارنده هستند و می‌توانند مشمول مقررات مرور زمان مذکور در ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ شوند».

۷- نظریه های ۷/۲۴۰۶-۲۱/۳/۱۳۸۰ اداره حقوقی

«بزه صدور چک بلامحل مشمول ماده ۱۷۳ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ می‌باشد. می‌توان پس از حصول مرور زمان مقرر در بند مزبور پرونده‌های مربوط به چک بلامحل را در اجرای احکام مختومه نمود. مجازاتهای جرایمی نظیر: اختلاس، ارتشاء کلاهبرداری، جعل

و صدور چک بلامحل و موارد مشابه از مجازاتهای بازدارنده بوده و ممکن است مشمول مرور زمان شود».

۸- نظریه ۷/۷۷۹۵-۹/۵/۱۳۸۰ اداره حقوقی

«مجازات اعدام هرچند از نوع بازدارنده باشد مشمول مواد ۱۷۳ یا ۱۷۶ قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۷۸ نمی‌شود».

۹- نظریه ۷/۲۹۱۴-۹/۵/۱۳۸۱ اداره حقوقی

«ارتشاء از جرایم بازدارنده محسوب می‌شود».

۱۰- نظریه ۷/۲۴-۹/۱۵/۱۳۸۱ اداره حقوقی

«مجازاتهایی که برای سرقت فاقد شرایط حدود در قانون مجازات اسلامی ذکر شده ممکن است مشمول مرور زمان شود».

۱۱- نظریه ۷/۱۰-۹/۱۵/۱۳۸۱ اداره حقوقی

«تمام جرائمی که نوع و میزان مجازات آنها توسط قانون گذار «حکومت به معنای عام کلمه» تعیین شده است و نه شرع، بازدارنده است، مانند اکثر مجازات‌های مذکور در کتاب پنجم از قانون مجازات اسلامی و این مجازات به لحاظ اینکه نوع و میزان و تعداد آنها از طرف شرع معین نگردیده است، مشمول عنوان تعزیر نمی‌باشند. اما مواردی در قوانین جزائی آمده که تعیین نوع و میزان و مجازات را در اختیار حاکم گذارده است؛ مانند کسی که کمتر از چهار بار اقرار به زنا کند «موضوع ماده ۶۸ قانون مجازات اسلامی» این قبیل موارد و فقط داخل در عنوان تعزیر می‌باشند و نه مجازات بازدارنده.

بنابراین در خصوص ملاک تفکیک مجازات‌های بازدارنده از مجازات تعزیری، باید گفت: بین مجازات‌های تعزیری و بازدارنده عموم و خصوص مطلق می‌باشد، یعنی تعزیر اعم است و مجازات‌های بازدارنده اخص. به عبارت دیگر، با توجه به تعریف مجازات‌های بازدارنده در ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰، اکثر مجازات‌های مذکور

در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۷۵ مجازات بازدارنده است. ضمناً، تعریف تعزیرات شرعی در تبصره ۱ ماده ۲ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ آمده است. نتیجتاً، اصطلاح تعزیر شامل مجازات بازدارنده هم می‌شود، لکن اصطلاح مجازات بازدارنده شامل تعزیرات شرعی نیست و مجازات های بازدارنده مشمول مجازات های عرفیه منظور می‌شود»^{۴۴}.

۱۲- نظریه ۷/۱۳۶۸-۱۳۸۲/۳/۳ اداره حقوقی

«بین اصطلاح تعزیر و مجازات بازدارنده نسبت به عموم و خصوص وجود دارد به عبارت دیگر اصطلاح تعزیر شرعی شامل مجازاتهای بازدارنده هم می‌شود ولی اصطلاح مجازات بازدارنده شامل تعزیرات شرعی نمی‌گردد که در ق.م.ا. مصوب ۱۳۷۰ و ۱۳۷۵ بعضی از مواد ق.م.ا. از جمله ماده ۶۸ و ماده ۱۰۶ و مواد ۱۱۲ و ۱۱۳ و ۱۱۵ و ۱۲۳ و ۱۲۴ بیان تعزیر شرعی است. اکثر مجازاتهای کتاب ق.م.ا. از نوع بازدارنده است که در تکرار و تعدد جرم و مجازاتهای تکمیلی و تبعی آثار مشترکی دارند. تعزیرات شرعی مشمول مرور زمان نمی‌شود. تعلیق تعزیر شرعی بلا اشکال است».

۱۳- نظریه ۷/۱۸۳-۱۳۸۲/۳/۲۵ اداره حقوقی

«دیه مشمول مرور زمان نمی‌شود. مجازاتهای موضوع ماده ۶۱۶ ق.م.ا. و ماده ۱۸۴ قانون کار از مجازاتهای بازدارنده هستند می‌توانند مشمول ماده ۱۷۳ ق.آ.د.ک ۱۳۷۸ شوند».

۱۴- نظریه ۷/۸۵۴۶-۱۳۸۲/۱۲/۱۳ اداره حقوقی

«نظر به این که تعزیر بزه فحاشی در شرع مقرر شده، لذا از مصادیق مجازات بازدارنده خارج بوده و تعزیر شرعی می‌باشد».

۴۴ - مجموعه بینگامهای حقوقی و قضائی، قضات دادگستری تهران، معاونت آموزش، نشر دادیار،

۱۵- نظریه ۷/۳۷۶-۱۳۸۳/۱/۳۰ اداره حقوقی

«مجازات مقرر برای جرایم خیانت در امانت و اختلاس، توسط قانونگذار (حکومت به معنای اعم کلمه) تعیین شده و برای حفظ نظم و مصلحت اجتماعی اعمال می‌شود و از مصادیق مجازاتهای بازدارنده بوده و لذا مشمول مرور زمان است».

ششم - مرور زمان در لایحه های قانون مجازات اسلامی و قانون آیین دادرسی کیفری

نگارنده بر آنست که قوه قضائیه خود نیز به این وحدت مبنا در مورد هر دو مجازات تعزیری و بازدارنده واقف شده و از این رو، در لایحه های «قانون مجازات اسلامی و «قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری» که از طریق هیئت دولت تقدیم مجلس شورای اسلامی کرده، مسأله «مرور زمان» را بر خلاف قانون آیین دادرسی کیفری فعلی که ویژه مجازاتهای بازدارنده معرفی شده، شامل هر دو جرایم اعم از آن که مجازات قانونی آنها تعزیری یا بازدارنده باشد، دانسته است:

در ماده ۱-۱۶۴ از لایحه قانون مجازات اسلامی، مقرر گردیده است: «مرور زمان، تعقیب جرایمی را که مجازات قانونی آن تعزیری یا بازدارنده یا اقدامات تأمینی و تربیتی و از تاریخ وقوع جرم تا انقضای مواعد زیر، تقاضای تعقیب نشده و یا از تاریخ اولین اقدام تعقیبی تا انقضای این مواعد به صدور حکم قطعی منتهی نشده باشد، موقوف می‌کند:

۱- جرائمی که حداکثر مجازات قانونی آن بیش از ده سال حبس است با انقضای مدت ده سال.

۲- جرائمی که حداکثر مجازات قانونی آن از پنج تا ده سال حبس است با انقضای مدت ۷ سال.

۳- جرائمی که حداکثر مجازات قانونی آن، نود و یک روز حبس تا یکسال و یا تا ده میلیون ریال جزای نقدی است با انقضای مدت یکسال.

۴- در سایر جرائم با انقضای مدت پنج سال

تبصره: چنان چه مجازات محکوم علیه حبس توأم با مجازاتهای دیگر باشد، برای شمول مرور زمان مجازات حبس ملاک است»

در ماده ۳۱۴ از این لایحه نیز در این خصوص می‌خوانیم: «مرور زمان، تعقیب جرایمی را که مجازات قانونی آنها تعزیری یا بازدارنده است و از تاریخ وقوع جرم تا انقضای

مدت پنج سال تقاضای تعقیب نشده و یا از تاریخ اولین اقدام تعقیبی انقضاء این موعد، به صدور حکم منتهی نشده باشد، موقوف می‌کند. مگر در جرایم زیر که مواعد آن به شرح زیر است.

الف - ۱۰ سال برای جرایمی که مجازات قانونی آن اعدام یا حبس دائم است.

ب - یک سال برای جرایمی که مجازات قانون آن یا پس از تبدیل قانونی تا پنج میلیون ریال جزای نقدی است»^{۴۵}.

^{۴۵} - بقیه مواد مربوط به مرور زمان در لایحه جدید آیین دادرسی کیفری از قرار زیر است:
ماده ۳۱۵: «در جرایم تعزیری و بازدارنده هرگاه از تاریخ قطعیت حکم در جرایم موضوع بند الف ماده قبل بعد از گذشت پانزده سال در مورد جرایم موضوع بند ب بعد از گذشت دو سال در سایر جرایم بعد از گذشت ۷ سال کم اجرا نشده باشد، اجرای آن موقوف می‌شود. اما آثار تبیی حکم به قوت خود باقی است.»

تبصره ۱- «اگر اجرای تمام یا بقیه مجازات موقوف به گذشتن مدت یا رفع مانعی باشد مرور زمان تا انقضای آن مدت و رفع آن مانع معلق می‌شود.»

تبصره ۲- «احکام دانشگاه‌های خارج از کشور نسبت به اتباع ایرانی در حدود مقررات و موافقتنامه‌های قانونی مشمول مقررات این قانون است.»

ماده ۳۱۶: «مرور زمان در مدت تعلیق اجرای مجازات جاری نمی‌شود و در مورد آزادی مشروط مرور زمان باقی مانده مجازات از تاریخ صدور حکم بازگشت محکوم، به حبس، آغاز می‌شود.»

ماده ۳۱۷: «هرگاه اجرای مجازات شروع ولی به هر علت قطع شود، تاریخ شروع مرور زمان تاریخ قطع اجرای مجازات است و در مواردی که بیش از یک نوبت قطع شود شروع مرور زمان از تاریخ آخرین انقطاع است.»

ماده ۳۱۸: «در هر مورد که قرار اناطه از مراجع کیفری صادر شود مرور زمان تعقیب از تاریخ قطعیت رأی مرجعی که رسیدگی کیفری منوط به صدور آن است، شروع می‌شود.»

ماده ۳۱۹: «قطع مرور زمان مطلق است و نسبت به کلیه مرتکبان و معاونان اعم از آنکه تعقیب شده یا نشده باشند، اعمال می‌شود، هرچند تعقیب تنها نسبت به یکی از آنها شروع شده باشد. تعلیق مرور زمان تنها نسبت به کسی که در دعوی حاضر و به جهت وضعیت او مرور زمان معلق شده، اعمال می‌شود.»

نتیجه و پیشنهاد

براساس تعریف به عمل آمده از مجازاتهای بازدارنده در قانون فعلی مجازات اسلامی، به نتایج ذیل می‌رسیم:

- ۱- مجازات باز دارنده و تعزیر هر دو تأدیب و عقوبت هستند.
 - ۲- مجازات بازدارنده و تعزیر، از سوی حاکم تعیین می‌شوند.
 - ۳- منظور از حاکم، قاضی و حاکم شرع است اما این تفاوت در عمل وجود ندارد.
 - ۴- تمامی مجازاتها از سوی قانونگذار تعیین می‌شود.
 - ۵- مجازات تعزیری حائز عنوان عام و مجازاتهای بازدارنده حائز عنوان خاص است.
 - ۶- مبنای مجازاتهای بازدارنده تخلف و ناشی از جعل مقنن است و مبنای مجازاتهای تعزیری ترک واجب و ارتکاب حرام به مفهوم جرم و ناشی از شرع است.
 - ۷- جرائم مشمول مجازات تعزیری که فاقد مبنای شرعی باشند مشمول مقررات مجازاتهای بازدارنده آند.
 - ۸- به نظر می‌رسد کلیه جرایم عرفی در ماهیت، مشمول مقررات مجازاتهای بازدارنده است.
- به نظر نگارنده، ماهیت مجازاتهای تعزیری و بازدارنده یکی است و هیچ تفکیک و جدایی در این خصوص متکی بر ادله صحیح و صریحی نیست، حال آن که وجود ادله ای که مثبت ادعای اینجانب است و در متن مقاله بدانها اشاره شد، قابل چشم پوشی نیست.
- به نظر اینجانب عمده ضعف مقنن در قانون مجازات اسلامی و تدوین آن، عدم توانایی در تعریف جرم یا جرائمی است که مشمول مجازات بازدارنده آند. به طوری که از طرز نگارش مقنن و از منطوق مواد مذکور و قرائن مشهود، استنباط می‌شود که ظاهراً فارق این دو اصطلاح بیش از آن که واقعی و حقیقی باشد، جعل مقنن است و عقل و منطق حکم می‌کند که اساساً به واحد بودن آن دو، نظر داد. شاید با سیاقی که مقنن

آیین دادرسی کیفری جدید در تقریر مواد قانونی پیش گرفته و پیشنهادی آن در اختیار صاحب‌نظران قرار داده شده، ضرورت این معنی را احساس کرده است!

از این رو، بهتر است قوه قضاییه با تجدیدنظر در متن لایحه ای که تقدیم مجلس شورای اسلامی کرده است، این اشکال و تعارض توصیفی پیش آمده را به طریق استنباط فقهاء و شیوه جاری در کتب فقهی برطرف کند، به این صورت که اساس تعریف را در مجازات به جای وصف جرم، متوجه عمل و فعل مجرمانه کند و بدین طریق عمل مجرمانه را مبنا و موجب مجازات بشناسد، به این ترتیب که در ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی به جای مجازاتها، جرائم مستوجب مجازات را در شقوق پنجگانه ذیل جای دهد:

۱- فعل مستوجب حد

۲- فعل یا عمل مستوجب قصاص

۳- فعل یا عمل مستوجب دیه

۴- فعل یا عمل مستوجب تعزیر

۵- فعل یا عمل مستوجب مجازات بازدارنده

در این صورت تعارض پیش آمده بین شق پنج و اول تا چهارم از ماده ۱۲ و تبعاً مواد ۱۳ و ۱۴ و ۱۵ و ۱۶ و ۱۷ ق.م.ا، رفع می شود.

در صورت تغییر کیفیت دسته بندی و تعیین عنوان جرم می‌توان مرز بین تخلفات و یا جرائم مشمول مجازاتهای بازدارنده با مجازاتهای تعزیری را مشخص و این معضل را حل کرد.

در اینجا خالی از فایده نیست تا از باب توجیه مبانی شرعی و فقهی ماده ۱۷ ق.م.ا، عین نظریه ابرازی یکی از فقهاء نسبت به مورد با لحاظ نظر فقهی حضرت امام خمینی (ره) نسبت به آن، آورده شود: «... پس خلاصه نظر ما در این باب این شد که «حد» معین، منع و تعزیر هم طبق اطلاق لفظی آن، یعنی تأدیب که مقید به ضرب نیست، بلکه ضرب به عنوان نمونه و مصداق، ذکر شده است و تعزیر مالی هم اگر حاکم آن را اصلاح دید، مانع ندارد»^{۲۴}.

منابع

۱. سیاح، احمد، فرهنگ بزرگ جامع نوین، ج ۴-۳، ج نهم، بی تا.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۲.
۳. زین الدین بن عملی الجبلی العاملی ملقب به «شهید ثانی»، الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۳، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
۴. مسالک الافهام، باب تعزیرات.
۵. امام خمینی، سید روح الله، تحریرالوسیله، ج ۴، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۹.
۶. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۶.
۷. شیخ بهائی، بهاء الدین صدرالدین + عاملی، جامع عباسی، انتشارات فراهانی، بی تا.
۸. محقق حلی، حدود و تعزیرات، ترجمه ابوالحسن محمدی، مرکز نشر دانشگاهی، ۱۳۶۷.
۹. مجموعه قانون مجازات اسلامی، معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ۱۳۸۴.
۱۰. روزنامه رسمی جمهوری اسلامی، سال پنجاه و چهارم، شماره ۵۱۵۲۶، ۱۳۷۷/۳/۱۷.
۱۱. نجفی ایرند آبادی، علی حسین و دیگران، جرایم ممانع (جرایم بازدارنده)، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ش ۳۷، ۱۳۸۳.
۱۲. معالم القریه فی احکام الحسبه، ترجمه جعفر شعار، انتشارات علمی و فرهنگی، ۱۳۶۷.
۱۳. قاضی ابی یعلی، محمد بن حسین الفراء، احکام سلطانیه، مکتبه اعلام الاسلامیه، ۱۴۰۶.
۱۴. قنواتی، جلیل، نظام حقوقی اسلام، دفتر تحقیقات و تدوین کتب درسی، ۱۳۷۷.
۱۵. مهرپور، حسین، مجموعه نظریات شورای نگهبان، ج ۲، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱.
۱۶. زراعت، عباس و مهاجری، علی، شرح قانون آیین دادرسی کیفری، جلد اول، نشر فیض، ۱۳۷۸.
۱۷. فیض علی رضا، مقارنه و تطبیق در حقوق جزای اسلامی، ج ۲، انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۶۸.
۱۸. شوکتی، محمد علی، نیل الاوطار، ج ۷.
۱۹. عوده، عبدالقادر، التشریح الجنائی الاسلامی، ج دوم، مطبعه دارالمروهیه، ۱۳۷۸.
۲۰. مجموعه مقررات جزائی، معاونت پژوهشی ریاست جمهوری، ۱۳۸۵.
۲۱. مجموعه آراء وحدت رویه دیوان عالی کشور، سید احمد باختر، نشر خط سوم، ۱۳۸۶.
۲۲. اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، ج ۲، نشر میزان، ۱۳۸۲.
۲۳. مجموعه محشای قوانین جزائی، سیدمهدی کمالان، نشر کمالان، ۱۳۸۶.
۲۴. مجموعه دیدگاههای قضایی قضات کل کشور (فروردین تا پایان آذر ۱۳۷۹)، به کوشش معاونت آموزش و تحقیقات دادگستری تهران، نشر اشرافی، ۱۳۷۹.
۲۵. مجموعه دیدگاههای قضات دادگستری استان تهران، ج ۲، نشر دادیار، ۱۳۸۰.
۲۶. منتظری، حسین علی، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج ۳، نشر تفکر، ۱۳۷۰.