

پاسخ اشکالات نظری قاعده

«التعزیر فی کل معصیة»

○ محمدرضا کدخدایی

چکیده

اختلاف جرم و معصیت از نظر قلمرو، اهداف، عناصر، ارکان تشکیل دهنده (عنصر مادی، روانی، قانونی) و اختلاف در ضمانت اجرا از مهم ترین وجوه تمایز بین مفهوم حقوقی جرم و مفهوم شرعی معصیت است که مانع اتحاد این دو شده و جریان مجازات کیفری بر تمام مصادیق گناه را با ابهام های نظری رو به رو می کند. فهم درست ارکان معصیت و مجازات تعزیر در اسلام و جرم و مجازات کیفری در حقوق غرب و عدم خلط بین این دو، همچنین تفکیک بین مشخصات نظام کیفری اسلام و نظام کیفری غرب و توجه به اهداف، قلمرو و نوع ضمانت اجرا در هر یک از این دو نظام، نقش مؤثری در رفع استبعاد از قاعده «التعزیر فی کل معصیة» خواهد داشت و اشکالات نظری پیرامون این قاعده را برطرف می کند.

واژگان کلیدی: معصیت، جرم، ارکان عمومی جرم، التعزیر فی کل معصیة.

مقدمه

«تعزیرات» به لحاظ گستردگی، تنوع و قابلیت بی نظیر در جهت انطباق با مقتضیات زمان، مکان، شخص و شخصیت مجرم و قربانی، در نظام جزایی اسلام از جایگاه ممتازی برخوردار است؛ لذا تعمیق و تحقیق در قواعد و قوانین مربوط به این بخش، بسیار مهم و ضروری است. قواعد و اصول متعدد و خاص حاکم، بر تعزیرات نشان دهنده سیاست ویژه نظام اسلام در پاسخ دهی به نابهنجاری‌ها است. اجرای صحیح و دقیق این اصول و قواعد، سبب کارآمدی سیاست جزایی و جنایی اسلام در واکنش به اعمال نابهنجار می‌شود و اجرای ناقص یا حذف برخی از اصول حاکم بر تعزیرات، نه تنها ممکن است سبب بی‌نظمی در «نظام» جزایی اسلام شود، بلکه سبب به وجود آمدن اشکالات عملی و اجرایی متعدد و زمین‌گیری در نظام جزایی و قضایی جمهوری اسلامی ایران که داعیه دار اجرای سیاست‌های اسلامی در عرصه حقوق جزاست، می‌شود.

به عنوان مثال، غیر مقدر بودن و انعطاف در میزان و کیفیت مجازات تعزیری نسبت به شخص و شخصیت مجرم و قربانی و وجود شرایط زمان و مکان از ارکان ماهیت تعزیر است. محدود کردن تعزیر به مواردی مثل زندان و جریمه که امروزه بیش از نود درصد مصادیق مجازات‌های مصرح در قوانین کیفری را تشکیل می‌دهد، سبب قلب ماهیت جرم تعزیری شده و آن را به جرم حدی شبیه می‌کند. نادیده انگاری یا انکار و حذف قواعد حاکم بر تعزیر، علاوه بر آن که اهداف و مقاصد شریعت را از اجرای تعزیر که در حقیقت تأدیب و سازگار کردن معصیت کار، با هنجارهای دینی و اجتماعی است، منتفی می‌کند، زمینه ساز نوعی مجرم‌پروری می‌شود. در زمان حاضر اصلی‌ترین افزار قانون‌گذاران کیفری در مبارزه با جرایم به ظاهر تعزیری، مجازات زندان است و به علت تغییرات نابه‌جا یا نادیده انگاری قواعد حاکم بر تعزیر، در بسیاری موارد نه تنها بازدارندگی و تأدیبی در پی

ندارد، بلکه علاوه بر ایجاد انحراف‌های خطرناک برای مجرم و بستگان او، مجرم
اتفاقی را به مجرم حرفه‌ای مبدل کرده و دستگاه قضایی و جامعه اسلامی را با
مسئله‌ای بزرگ به نام زندان و ضرورت زندان زدایی روبه‌رو کرده است.

دسته‌ای از حقوق‌دانان با تشکیک در سیاست‌های حاکم بر تعزیر مثل «بید
الحاکم» بودن^۱، غیر معین^۲ و غیر قطعی بودن و امکان مصلحت‌سنجی قاضی بر
اعمال مجازات تعزیری^۳، این قواعد را خلاف اصول مسلم حقوقی دانسته و با
معیار قرار دادن دست‌آوردهای حقوق غربی، این قواعد را تخطئه می‌کنند. التقاط
بین مبانی و اندیشه‌های اسلامی و غربی و عدم توانایی در فهم صحیح نظام حقوق
کیفری اسلام، سبب شده برخی حقوق‌دانان صاحب‌کرسی و تأثیرگذار در حقوق
ایران، بشدت به ترویج افکار و عقاید عمدتاً سکولاریستی در عرصه حقوق کیفری
پردازند. در زمینه نظریه پردازی حقوق ایران، دانشمندان و فرهیختگان دلسوزی
وجود دارند که صرفاً به سبب حقیقت‌جویی و حق‌طلبی و به منظور ارتقاء کارآیی
نظام کیفری، با ابزار استدلال به وادی نقد و نظریه پردازی در حقوق کیفری اسلام
قدم نهاده‌اند. جناب دکتر سید محمد حسینی یکی از فرهیختگانی است که با
مرکب استدلال و به قول خودشان، «نقد با زبان قانونگذار جمهوری اسلامی
ایران»^۴ وارد میدان نقد قاعده «التعزیر فی کل معصیه» شده و آن را از نظر مستندات
فقهی و همچنین وجود اشکالات نظری و عملی مخدوش دانسته و انکار می‌کند.

۱. قاعده التعزیر بید الحاکم.

۲. کل ما له عقوبة غیر مقدرة بسمی تعزیراً، نجفی، محمد حسن بن باقر: جواهر الکلام فی شرح
شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت، لبنان، ج ۴۱، ص ۲۵۴.

۳. التعزیر بمایراه الحاکم من المصلحة.

۴. حسینی، سید محمد: «رابطه مفهوم شرعی گناه و مفهوم حقوقی جرم و نسبت تحریم و
تجریم»، علوم جنائی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد محمد آشوری)، نشر سمت،

۱۳۸۳، ص ۶۵۰

نگارنده این سطور، در مقاله ای مستقل که در شماره ۵۴ همین مجله چاپ شده است به بررسی مستندات فقهی و فقه‌های این قاعده پرداخت. ^۵ در مقاله حاضر به بررسی ابهام‌های نظری که از نظر جناب دکتر حسینی فرا روی این قاعده قرار گرفته است، خواهیم پرداخت.

تبیین اجمالی موضوع

یکی از قواعد فقه جزایی در بخش تعزیرات که از «شهرت عظیمه»^۶ فقهی برخوردار است و في الجملة مورد قبول جمهور فقها اعم از شیعه و سنی قرار دارد، قاعده «التعزیر في كل معصية» است. این قاعده به لحاظ حقی که برای حاکم در مجازات اعمال خلاف شرع (اعم از رفتارهایی که به لحاظ حکم اولی یا ثانوی معصیت به شمار می‌رود یا رفتارهایی که از نظر حکم حکومتی مورد ردح حاکم قرار می‌گیرد) ایجاد می‌کند، در فقه سیاسی و مبانی فلسفه حقوق از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. علاوه بر این به سبب ایجاد زمینه مناسب در کنترل رفتاری افراد جامعه اسلامی برای رسیدن به هدایت و کمال فردی و اجتماعی، در سیاست جنایی اسلام حایز اهمیت است. این قاعده به همراه قواعد دیگر ناظر بر تعزیر، سهم قابل ملاحظه‌ای در پی‌ریزی سیاست جنایی اسلام و پیرو آن سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران دارد.

پیشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
 دانشگاه جامع علوم انسانی

قاعده مذکور با وجود شهرت غیرقابل انکاری که دارد با مخالفت و انتقاد دو دسته از حقوق دانان مواجه است که انتقادات علمی و غیرشعاری ایشان نیازمند بررسی و پژوهش است.

۵. محمد رضا کدخدایی، بررسی فقهی حقوقی قاعده التعزیر في كل معصية، مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۵۴، پاییز ۸۷.

۶. خویی، ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا، ج ۴۱ ص ۴۰۷.

به سبب وجود تعارضات تئوریک که بین نظام حقوق اسلام و حقوق سکولار غرب وجود دارد و از طرف دیگر تاثیرگذاری هر دو نظام در دکتترین حقوق کیفری جمهوری اسلامی ایران؛ این قاعده سبب به وجود آمدن مشکلات و تعارض هایی در مقام عمل شده است. علاوه بر این، سوء برداشت از مفهوم دقیق قاعده، زمینه ساز بروز شبهات نظری و در نتیجه انکار قاعده شده است. این شبهات و انکارها به موضوع و مفهوم قاعده محصور نبوده، به تشکیک و انکار مستندات فقهی و فقهاتی قاعده نیز سرایت کرده است.

جناب دکتر سید محمد حسینی در یکی از مقاله های علمی و پیرو آن در کتاب سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران، چنین می گوید:

در سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران علاوه بر اعمال و رفتار جرم انگاری شده توسط قانونگذار [به طور خاص و صریح]، محرمات شرعی [به طور عام] قابل تعقیب و کیفر دانسته شده اند.^۷

به عبارت دیگر، جرم به معنای حقوقی آن در سیستم جزایی جمهوری اسلامی ایران دارای دو ملاک است:

- با استناد به ماده دوم قانون مجازات اسلامی «هر فعل یا ترك فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم است».

- با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۸ و مواد ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری

۷. حسینی، سید محمد، همان، نشر سمت، ۱۳۸۳، ص ۶۴۸.

۸. اصل ۱۶۷ قانون اساسی: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

(مصوب ۱۳۷۸)^۹ و دلالت صریح ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۵)^{۱۰} و بر طبق قاعده مشهور جزایی «التعزیر فی کل معصیة» همه معاصی قابل مجازات هستند.^{۱۱}

ملاك اخير جرم انگاری به لحاظ ادعای تعارض با «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» و همچنین به سبب بروز مشکلات عملی (عدم وحدت رویه قضایی) در سیستم جزایی و قضایی جمهوری اسلامی ایران، واکنش‌های مختلفی را در بین عده‌ای از نویسندگان اعم از متخصص و غیر متخصص به دنبال داشته است.^{۱۲} برخی حقوق دانان با صرف نظر از شعارها و عتاب‌ها، در علمی‌ترین انتقادهایشان مستندات قانونی و فقهی تحریم محرمات و معاصی را توجیه یا تخصیص^{۱۳} یا

۹. ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری: «رای دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن صادر شده است. دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدون بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه‌ها نمی‌توانند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض یا ابهام قوانین مدون از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند».

۱۰. ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی: هر کس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید، علاوه بر کیفر عمل به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می‌گردد و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی‌باشد ولی عفت عمومی را جریحه دار نماید فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد.

۱۱. حسینی، سید محمد، همان.

۱۲. برای بررسی بعضی از این انتقادات، مراجعه کنید به مقاله: سید حسین هاشمی و جعفر کوشا: «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها»، مجله نامه مفید، ش ۲۶.

۱۳. تخصیص به دعاوی مدنی: گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، انتشارات

منسوخ^{۱۴} و محکوم^{۱۵} و یا با ادعای اجمال و تعارض^{۱۶} آن را مخدوش دانسته اند. مهم ترین استدلال حقوق دانان این است که با استناد به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، دادگاه ها فقط در صورتی می توانند عمل و رفتاری را جرم بدانند و عامل آن را مجازات کنند که اولاً رفتار مذکور «صراحتاً» توسط قوه مقننه و طبق «قانون» مدون قابل اجرا، جرم شناخته شود، ثانیاً، مجازات آن نیز دقیقاً «مشخص» و «معین» باشد تا امکان هرگونه سوء استفاده و قانون گریزی منتفی گردد.

دکتر حسینی در این باره می گوید:

اما این نقدهای مکرر و بعضاً عتاب آلود هیچ تأثیر و تغییری در دیدگاه قانونگذار نگذاشته و به رغم پیدایش تغییرات و تحولات متنوع در قوانین کیفری و آیین دادرسی کیفری [ملاک دوگانه قانونگذار در جرم انگاری] پا بر جا مانده است؛ چرا که این نقدها، عمیق و مبنایی و به زبان قانونگذار به عمل نیامده است. در یک نظام دینی وقتی که رویه ای تقنینی بر مبنای فقهی استوار است، نقد آن رویه به زبان ژورنالیستی و شعار آلوده و رد آن به استناد عدم انطباق آن با ملاکات حقوق لائیک، کاری عبث تر از کوبیدن آب در هاون است.^{۱۷}

- >
- دانشگاه تهران، چاپ ۳، ج ۱، ص ۱۶۳.
- تخصیص به قوانین شکلی: آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، انتشارات فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ ۴، ج ۲، ص ۲۰۵.
- تخصیص به موضوعات احکام: کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، شرکت انتشار، چاپ ۱۳، ص ۲۳۴.
۱۴. محمد جعفر حبیب زاده، همان، ص ۳۲.
۱۵. سید حسین هاشمی، و جعفر کوشا، همان، ص ۹۲.
۱۶. همان، ص ۹۳.
۱۷. سید محمد حسینی، همان، ص ۶۵۰.

نکته ظریفی که در این بیان آشکار است، اشاره دکتر حسینی به تفاوت مبانی و اصول پذیرفته شده اسلام و حقوق غرب سکولار است که سبب عدم هم‌زبانی و تفاهم در این زمینه شده است. این مبانی و اصول ریشه در سیاست جنایی اسلام و غرب دارد که نیازمند بررسی و تبیین شایسته است تا امکان داوری منصفانه برای گزینش و گرایش به قول صحیح فراهم شود. در این مقاله درصدد چنین تبیینی نیستیم.

دکتر حسینی، ضمن رد اجمالی استدلال این دسته از حقوق دانان به نقد «مبنایی» تر سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران در مورد گزینش ملاک دوگانه در جرم‌انگاری و مجازات اشاره می‌کند و باب جدیدی از انتقاد به این قاعده فقهی را چنین می‌گشاید:

مبدأ و منشأ این دو زبانی در قوانین ما عبارت است از قول مشهور بین فقها به اینکه هر معصیتی اعم از فعل حرام و ترك واجب چنانچه فاقد مجازات مصرح و معین در شرع باشد مستوجب تعزیر است [چیزی که با عنوان قاعده التعزیر فی کل معصیه مطرح می‌شود]. [بر این مبنا قانونگذار در ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، قاضی را مکلف ساخته است در مواردی که در قوانین مدونه راجع به عملی که موضوع دعواست، بیانی نیامده و جرم‌انگاری صورت نگرفته اما با استناد به منابع یا فتاوی معتبر فقهی عمل حرام می‌باشد، حکم به مجازات تعزیری صادر کند. متن ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی کاملاً صریح در این معنا است: «هرکس علناً در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید علاوه بر کیفر عمل به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم می‌گردد.

منطوق این ماده این است که هر عمل حرامی کیفر دارد و تظاهر به آن مجازات

دیگری را ایجاب می‌کند.^{۱۸}

ایشان در ادامه مباحث خویش و در جهت نقد و انکار قاعده «التعزیر فی کل معصیة» مطالب خویش را در سه محور اساسی ارایه می‌کند. در بخش اول ضمن برشماری تفاوت های اساسی بین جرم و گناه از نظر اختلاف در قلمرو و اهداف، عناصر مشکله، نظام پاسخ دهی و ضمانت اجرا، به تفکیک این دو حوزه پرداخته و چنین نتیجه می‌گیرند که اعمال سیاست حاکم بر حوزه جرم و گناه متفاوت است و سیاست کیفری تنها در حوزه جرم حاکم می‌باشد. در قسمت دوم ضمن بررسی مستندات فقهی قاعده «التعزیر فی کل معصیة»، انتقادات و اشکالاتی را مطرح کرده و در آخر، قاعده را به دلیل عدم وجود مستند قابل اعتماد، قاعده ای «بی پایه» معرفی و قول مشهور و مستندات فقها در مورد این قاعده را قولی «مضطرب»، «ناصحیح» و «به شدت نابسامان» معرفی می‌کند. در بخش سوم با اشاره به موانع و محذورات عملیاتی کردن قاعده در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران، انتقادات خویش را به پایان می‌برد.

از آنجا که بررسی صحت و سقم یک قاعده فقهی بایستی صرفاً مستند به ادله فقهی صورت گیرد و شرایط و اوضاع و احوال ناشی از رویکردهای مختلف بشری نباید زمینه ساز استحسان در قبول یا رد یک حکم یا قاعده فقهی شود، باید در ابتدا به بررسی مستندات فقهی قاعده «التعزیر فی کل معصیة» پردازیم و بعد از آن در صورت اثبات این قاعده، مشکلات نظری مطرح شده پیرامون آن را پاسخ دهیم و برای مشکلات عملی راه حلی ارایه کنیم. در مقاله ای که در شماره ۵۴ همین مجله به چاپ رسید به بررسی فقهی این قاعده پرداختیم و در حال حاضر اشکالات نظری وارد بر این قاعده را بررسی می‌کنیم.

پیش فرض ها

قبل از آن که به بررسی اشکالات نظری مطرح شده در باره این قاعده پردازیم، بایسته است نکات کلیدی مقاله قبلی را به عنوان اصل موضوع عنوان کنیم تا امکان

پاسخگویی شایسته به این اشکالات فراهم شود.

نکته اول؛ قاعده «التعزیر فی کل معصیة» در حقیقت نشان دهنده گستره موارد جریان تعزیر است. برخی این گونه توهم کرده اند که این قاعده، علاوه بر بیان گستره تعزیر، حکم تکلیفی تعزیر را نیز بیان می کند. اگر چه ظاهر عبارت قاعده ممکن است به وجود آورنده توهم «وجوب تعزیر» نیز باشد، اما اولاً، قواعد (برای حاکم بودن، التعزیر بما یراه الحاکم، قاعده عفو و ...)، در حکم قرینه منفصله صارفه از معنای وجوب تعزیر بوده و چنین تلقی را باطل می کند، ثانیاً، باید توجه داشت قاعده مزبور، قاعده ای اصطیادی است که بایستی بر اساس مفهوم اراده شده جاعلین آن، که فقها هستند، معنا شود و بی شک فقها این قاعده را همراه قواعد حکم تکلیفی مرتبط با تعزیر بیان کرده اند که این امر نشان می دهد منظور فقها از قاعده مزبور، تبیین گستره تعزیر است. ثالثاً، بر فرض پذیرش این که قاعده، هم در مقام بیان حکم تکلیفی و هم گستره تعزیر است، باید گفت: همان طور که برخی فقها تذکر داده اند، ماهیت تعزیر نوعی تعرض و تجاوز به حقوق دیگران بوده که بالطبع حرام است و مفهوم امر یا جمله خبری - که بنا بر اصول لفظی ظهور در وجوب دارد مانند عبارت (التعزیر فی کل معصیة) - تنها بر رفع ممنوعیت از تصرف و جواز تعرض به حقوق گناه کار دلالت دارد و هیچ گونه دلالتی بر وجوب تعرض ندارد. به عبارت دیگر، امر بعد از حظر یا توهم حظر دلالت بر جواز دارد نه وجوب. ۱۹

نکته دوم؛ آیا امکان جریان تعزیر بر غیر از گناه وجود دارد؟ البته این مسأله ربطی به قاعده مورد بحث ندارد. قاعده «التعزیر فی کل معصیة» فقط اثبات کننده تعزیر برای معاصی است و نفیاً و اثباتاً دلالتی بر غیر معاصی ندارد و این که غیر از

۱۹. منتظری، حسینعلی، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه محمود صلواتی، چاپ

نمونه، قم، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۴۸۱.

معاصی نیز مشمول مجازات تعزیری می شود یا نه، از عبارت این قاعده فهمیده نمی شود و تابع ادله دیگری است. به عنوان مثال، انجام فعل مادی گناه از مجنون و صبی معصیت محسوب نمی شود لکن بر اساس برخی روایات، مجنون و صغیر در گناهایی مانند لواط و زنا و... قابل تعزیر هستند.

نکته سوم؛ توجه به قواعد و احکام ناظر به مشخصات تعزیر بسیار ضرورت دارد. غیر مقدر بودن، انعطاف داشتن مجازات های تعزیری از مرحله امر و نهی، تذکر، توبیخ، جریمه تا ضرب و زندان و امثال آن^{۲۰}، «بما یراه الحاکم» بودن از نظر کیفیت، کمیت تعزیر بر اساس مصلحت سنجی ضابطه مند حاکم (بر اساس نوع جرم و شخصیت مجرم و قربانی و مصلحت فوت شده و شرایط زمانی و مکانی و...)، امکان و حتی توصیه به عفو و صفح در مورد بسیاری از معاصی تعزیری^{۲۱} و... از مهم ترین احکام مربوط به مجازات های تعزیری است که بسیاری از این موارد در مقاله قبلی توضیح داده شده و بایستی مد نظر قرار بگیرد.

بررسی اشکالات نظری قاعده «التعزیر فی کل معصیة»

مهم ترین اشکال منکرین قاعده «التعزیر فی کل معصیة»، بر اساس یک استدلال به ظاهر منطقی پایه ریزی شده است که تعزیر یک «مجازات کیفری» است و در پاسخ

۲۰. این نظر علاوه بر اینکه دیدگاه مشهور فقها است بر اساس فتاوی اکثر مراجع معاصر نیز بوده و در قوانین جزایی به آن تصریح شده است. به عنوان نمونه ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی مقرر می دارد در جرایم موضوع مجازات های تعزیری یا بازدارنده هرگاه 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 تادیب از عطف و توبیخ و تهدید و درجات تعزیر محکوم می شود.

۲۱. منتظری، حسینعلی، *دراسات في ولاية الفقيه و فقه الدولة الاسلامية*، المركز العالمي للدراسات الاسلامية، قم، چاپ اول، ۱۴۰۸ هـ. ق، ج ۲، ص ۳۹۳.

دهی به «جرم» که مفهومی «حقوقی» است، جریان می‌یابد، در حالی که «معصیت» یک اصطلاح دینی است. اگر چه جرم و معصیت در برخی مصادیق با یکدیگر اتحاد دارند لکن از ابعاد مختلف متفاوتند. این تفاوت‌ها مانع جریان مجازات کیفری تعزیر در تمامی معاصی است در حالی که قاعده «التعزیر فی کل معصیه» در صدد اثبات فراگیری مجازات برای تمام معاصی است.

اختلاف جرم و معصیت از نظر قلمرو و اهداف، عناصر و ارکان تشکیل دهنده (عناصر مادی، روانی، قانونی) و اختلاف در ضمانت اجرا از مهم‌ترین وجوه تمایز بین مفهوم حقوقی جرم و مفهوم شرعی معصیت است که مانع اتحاد این دو شده و جریان مجازات با مشخصات کیفری بر تمامی مصادیق گناه را با چالش‌های نظری رو به رو می‌کند. علاوه بر این، منافات فراگیری مجازات نسبت به تمام معاصی با حکمت تقنینی شارع، تعارض با تقنین عرفی، عدم توانایی قضات مأذون برای عمل به قاعده، ابهام گسترده در «منابع فقهی معتبر» و «فتاوی معتبر» و سردرگمی در تعیین مصداق معصیت در مورد اختلاف فتاوا یا مذاهب، از مهم‌ترین موانع عملی است که در مقاله دکتر حسینی شمارش گردیده و استدلال‌هایی در ذیل هر یک ارائه شده است. در این مقاله صرفاً به بررسی اشکالات نظری این قاعده خواهیم پرداخت. بررسی موانع عملی و راهکارهای برون رفت از آن را به مجال دیگری می‌سپاریم.

۱. اختلاف جرم و معصیت در قلمرو و اهداف

۱-۱. تبیین اشکال: یکی از اشکالات مطرح شده منکرین قاعده «التعزیر فی کل معصیه» اختلاف قلمرو حقوق کیفری جرم به معنای حقوقی و معصیت به معنای فقهی و شرعی است. تبیین استدلال منتقد محترم ضمن سه مقدمه و یک نتیجه‌گیری بیان می‌شود.

مقدمه اول: الزامات شرعی (آن چه تخطی از آن معصیت شمرده می‌شود) بر

اساس مصالح و مفسد نفس الامری است که بعد مادی - فرامادی، دنیوی - اخروی و فردی - اجتماعی انسان را در بر دارد.

مقدمه دوم: جرم انگاری (یعنی آنچه مستوجب کیفر دنیوی است)، مقوله‌ای حکومتی با هدف حفظ و تأمین مصالح اساسی و نظم عمومی و دفع مفسد «مهمه» فردی و اجتماعی است.

مقدمه سوم: اهمیت مفسده فردی یا اجتماعی مترتب بر عمل ارتكابی، غیر قابل تحمل بودن آن و پیش بینی ضمانت اجرای کیفری، سه عنصر لازم الجمع برای جرم انگاری است.

نتیجه: از آنجا که فقط بخشی از معاصی، مشخصات لازم جرم به معنای حقوقی (مقوله‌ای حکومتی با هدف حفظ و تأمین مصالح اساسی و نظم عمومی و دفع مفسد مهمه فردی و اجتماعی) را دارا هستند؛ لذا تنها بخشی از آنها قابل کیفر بوده و ادعای مجازات یا تعزیر برای تمام معاصی باطل است.^{۲۲}

۱-۲. نقد و بررسی: بر خلاف اهداف کیفر در حقوق سکولار، هدف از آن در حقوق کیفری اسلام، حفظ مصالح دین، نفس، عقل، مال، امنیت و... است که مهم ترین این مصالح (یعنی مصلحت دین) نه تنها مد نظر حقوق سکولار نیست، بلکه به لحاظ مبانی ماتریالیستی، لیبرالیستی و اومانستی از آن، رویگردان و در بسیاری موارد، مقابل آن است. مصلحت دین که بیشترین دغدغه و تمرکز حقوق اسلام برای حمایت از آن است در حقوق سکولار، با بیشترین تسامح و تساهل روبه روست و حتی با آن ضدیت دارد. از این رو بسیاری از معاصی که سبب هتک حرمت دین یا مصالح دینی است در حقوق سکولار قابل مجازات نبوده و مجازات بر آن عملی غیر انسانی و ضد بشری تلقی می شود.

شایسته است تلقی سکولار از جرم انگاری را با تعریف ارایه شده از طرف

۲۲. حسینی، سید محمد، همان، ص ۶۵۱.

دکتر حسینی مقایسه کنیم. بر اساس نگرش سکولاریستی، جرم انگاری عبارت است از «مقوله ای حکومتی با هدف حفظ و تأمین مصالح عمومی، نظم عمومی و دفع مفاسد اجتماعی که دارای ضمانت اجرای کیفری است».

بر اساس تبیین جناب دکتر حسینی، جرم انگاری؛ «مقوله ای حکومتی است با هدف حفظ و تأمین مصالح اساسی، نظم عمومی و دفع مفاسد مهمه فردی و اجتماعی که می تواند قلمرو محدودی از رفتارها را در حد ضرورت در بر گیرد.»^{۲۳}

بر اساس تلقی سکولاریستی، جرم و جرم انگاری تأمین کننده تمامی اهداف و اهتمامهای حقوق کیفری اسلام نیست. بی شک، بسیاری از مهم ترین مصادیق قابل مجازات در نظام کیفری اسلام هیچ ارتباطی به نظم و مصالح اجتماعی مورد نظر حقوق سکولار ندارد. از این روست که جرم انگاری بسیاری از رفتارهایی که از نظر شرع ممنوع بوده و به صورت غیر قابل انعطافی مجازات می شوند (مانند حدود) از نظر حقوق سکولار، دارای توجیه حقوقی نیست و بشدت محکوم می شود. به عنوان مثال از نظر حقوق سکولار، رابطه جنسی همراه با رضایت مندی طرفین در صورتی که حق شخص دیگری (مانند همسر) تضییع نشود، نه تنها جرم نیست، بلکه از آن حمایت حقوقی هم می شود. این در حالی است که در نظام کیفری اسلام، این رابطه حتی اگر با علم قاضی یا اعتراف مجرم در نزد قاضی ثابت شود و هیچ بروز اجتماعی نیز نداشته باشد، مستلزم شدیدترین و غیر قابل انعطاف ترین مجازات است.^{۲۴}

برخلاف حقوق سکولار که تنها برای حفظ ضرورت، دامنه جرم انگاری و

۲۳. حسینی، سید محمد، همان، ۶۵۲.

۲۴. در برخی روایات شخص نادم و توبه کننده برای پاک شدن از گناهی که در خفای کامل انجام داده است نزد حاکم اسلامی رفته و تقاضای اجرای حد و کیفر می کند.

مجازات را به حفظ مصلحت اجتماعی محدود کرده است، در حقوق اسلام مصالحی مانند مصلحت دین، مال، جان، عرض و آبرو، امنیت و... مد نظر قرار می‌گیرد. جناب دکتر حسینی با توجه به این اشکال، تعریف سکولاریستی از جرم و جرم انگاری را با قیودی بشدت مبهم و طولانی این گونه ارایه می‌دهد:

جرم انگاری، مقوله‌ای حکومتی است با هدف حفظ و تأمین مصالح اساسی و و نظم عمومی و دفع مفساد «مهمه» فردی و اجتماعی که می‌تواند قلمرو محدودی از رفتارها را در حد ضرورت در بر گیرد. ۲۵

قیود «تأمین مصالح اساسی» و «دفع مفساد مهمه فردی» فی الجمله به این حقیقت اذعان دارند که نظام حقوق کیفری اسلام بر خلاف نظام حقوق سکولار (که تنها بر جنبه عمومی و اجتماعی مصالح انسان ناظر است)، مصالح فردی، معنوی و دفع مفساد ویرانگر «خصوصی» و «فردی» بشر را نیز در بر می‌گیرد. لکن ایشان با این تعریف، بیان می‌کنند که چون بسیاری از گناهان «مفساد مهمه فردی یا اجتماعی»، ندارد یا «مصالح اساسی» را پشتیبانی نمی‌کند یا به مرحله «غیر قابل تحمل» نرسیده است؛ لذا قاعده «التعزیر فی کل مصیبه» باطل است.

جای این شبهه و اشکال به تعریف و تلقی اخیر از جرم و جرم انگاری همواره وجود دارد که ملاک و معیار «اساسی» و «مهمه» بودن در مصلحت و مفسده که شرط ضمانت اجرای کیفری اسلامی است، چیست؟ همین اشکال در مورد قید «لزوم غیر قابل تحمل بودن» عمل ارتكابی برای جرم انگاری (که در مقدمه سوم اشکال به آن اشاره شد) نیز وارد است. چه امری سبب می‌شود که برخی گناهان «غیر قابل تحمل» و برخی «قابل تحمل» باشد؟ متعلق این قید کیست؟ یعنی قابل تحمل بودن و غیر قابل تحمل بودن، برای چه کسی عنصر لازم برای جرم انگاری کیفری است؟ و بالاخره مرجع تشخیص غیر قابل تحمل بودن یک عمل چه کسی

است؟ چه خصوصیتی سبب می‌شود عمل زناشویی کاملاً فردی، خصوصی و همراه با رضایت مندی طرفینی زن و شوهر در زمان حیض یا روزه ماه مبارک رمضان که تنها با اعتراف یا شهادت دو نفر در شرایط کاملاً خصوصی نزد قاضی اسلامی اثبات می‌شود، قابل مجازات تعزیری (۵۰ ضربه شلاق) باشد؟ چه «مصلحت اساسی» یا «مفسده مهمه» یا وجهی «غیر قابل تحمل» در اعمالی مانند مثال مذکور یا موارد دیگری مثل ترك نماز و روزه، استمناء، خوردن گوشت خوك، ... و ده‌ها مورد دیگر که به وسیله معصوم تعزیر شده یا دستور به تعزیر داده شده است، وجود دارد؟^{۲۶}

به نظر می‌رسد ادعای نویسنده در مورد قیود مذکور بشدت «مضطرب» و «نابسامان» است و صرفاً برای مصادره به مطلوب در انکار قاعده جواز تعزیر بر معاصی است. حقیقت آن است که ملاك «مصلحت اساسی»، «مفسده مهمه» و «غیر قابل تحمل بودن» در همه الزامات شرعی با تمام مراتب تشکیکی حاکم بر آن گنجانده شده است. الزامات شرعی، یعنی آنچه دارای «مصلحت اساسی» و «مفسده مهمه» است و تخطی از آن «غیر قابل تحمل» می‌باشد. به همین لحاظ مستلزم پیش بینی ساز و کاری برای هدایت، تأدیب و بازدارندگی برای نهادینه کردن این قوانین الزام آور هستیم. ساز و کار کیفری، یکی از راه‌ها و آخرین مرحله کنترل رفتاری در مورد این الزامات شرعی است که «امکان» کنترل رفتاری افراد جامعه را برای حاکم اسلامی بر اساس مقتضیات زمان، مکان و شرایط دیگر مهیا می‌کند.

ناگفته نماند که مراتب تشکیک الزامات شرعی، امری غیر قابل انکار است. مراتب تشکیکی مجازات تعزیری، گریزپذیری تعزیر در مقام جرم‌انگاری و

۲۶. برای اطلاع از بیش از ۵۰ مورد از معاصی مختلفی که به وسیله معصوم علیه السلام بر آن تعزیر شده یا دستور به تعزیر داده شده است، مراجعه کنید به مقاله نگارنده در ش ۵۴ همین مجله با عنوان «بررسی فقهی حقوقی قاعده التعزیر فی کل معصیه».

مجازات، تقیید مجازات به مصلحت و از همه مهم تر قابلیت انتفای جرم انگاری در صورت آماده نبودن زمینه های اجتماعی و فرهنگی مردم، از ویژگی هایی است که امکان انتفای ضمانت اجرای کیفری برای بسیاری از گناهان حتی مهم ترین حدود الهی را ایجاد می کند، ولی این به معنای عدم جواز جرم انگاری و مجازات تمامی معاصی (که مفهوم صحیح قاعده است)، نمی باشد.

۲. اختلاف جرم و گناه در عناصر عمومی تشکیل دهنده

در حقوق جزای عمومی سه رکن مادی، معنوی و قانونی برای اثبات جرم بودن یک رفتار وجود دارد که فقدان هر یک از این ارکان، منجر به عدم شکل گیری جرم و انتفای مجازات می شود. به نظر برخی حقوق دانان وجود این سه رکن بر اساس بنای عقلی و عقلایی است که تخطی از آن، زمینه ظالمانه بودن مجازات را ایجاد می کند. دانشمندان حقوق جزا بر لزوم وجود این سه رکن اساسی برای تحقق جرم، این گونه استدلال می کنند که به طور کلی تحقق هر جرم وابسته به وقوع عمل نابهنجار عینی با شرایطی خاص است (رکن مادی). همچنین، لازم است این عمل، پیش تر از طرف «قانون گذار» به صراحت اعلام شده باشد (رکن قانونی) و مرتکب جرم نیز از استعداد روانی لازم (بلوغ، عقل، اختیار سوء نیت و ...) برای انجام عمل نابهنجار برخوردار باشد و بر اساس سوء نیت روانی، عمل غیر قانونی را مرتکب شود (رکن روانی).

تنها با تجمیع این ارکان سه گانه است که جرم به عنوان عمل نابهنجار و قابل سرزنش شکل می گیرد و قابلیت و ضرورت مجازات، محقق می شود. در غیر این صورت، مجازات امری ناعادلانه و تعدی به حقوق افراد و زمینه ساز فساد و تباهی آزادی های فردی و اجتماعی خواهد بود. از نقطه نظر دانشمندان حقوق موضوعه، هرآنچه جامع این سه رکن باشد، مصداق جرم و ملازم با مجازات است و اخلال به

هر یک از این ارکان سه گانه مانع از شکل گیری جرم می شود.^{۲۷}

نقد و بررسی ارکان عمومی جرم

لزوم وجود ارکان سه گانه برای شکل گیری جرم به نظر دانشمندان حقوق موضوعه، محل اختلاف و قابل نقد است. نظریه سه رکنی بودن جرم، نظریه غالب حقوق دانان کشورهای است که تابع نظام حقوق رومی-ژرمنی هستند. کشورهای اروپایی مانند فرانسه، آلمان، بلژیک و همچنین حقوق دانان ایران، از این نظریه تبعیت می کنند. کشورهای تابع نظام حقوق «کامن لا» که قانون به عنوان منبع دست چندم در طول منابعی مانند رویه قضایی و عدل و انصاف است، رکن قانونی به عنوان رکن اساسی جرم وجود ندارد. استدلال این دانشمندان بر این محور استوار است که «اعلام» در تمام جرایم لازم نیست، خصوصاً در مورد جرایمی که به اصطلاح از قبیح ذاتی برخوردار است، عدم اعلام، سبب ناعادلانه بودن مجازات نمی شود؛ مثلاً جرم قتل یا تجاوز به عنف و تعدی به مال دیگران به هر نوعی که باشد در ارتکاز همه افراد بشر امری قبیح است که نیازمند اعلام نیست. البته در مورد جرایم صرفاً اعتباری، اعلام ضرورت دارد.^{۲۸} در صورت لزوم «اعلام»، اعلام جرم از طریق «قانون» به معنای خاص که در تعبیر «رکن قانونی» لحاظ شده است، موضوعیت ندارد و هر یک از منابع حقوق می تواند وظیفه «اعلام» را بر عهده داشته باشد؛ لذا در حقوق «کامن لا»، رویه قضایی و در نظام حقوق بین الملل، قراردادهای و کنوانسیون های بین المللی به عنوان اولین منبع حقوق، به جای قانون، در اولویت قرار می گیرد.

برخی حقوق دانان نیز علاوه بر ارکان سه گانه ای که توضیح داده شد، رکن

۲۷. مراجعه کنید به: اردبیلی، حقوق جزای عمومی، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۷، ج ۲.

۲۸. فلچر، جورج پی، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، ترجمه سیدزاده ثانی، مهدی، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ص ۳۴۴.

چهارمی را برای تحقق جرم شرط می‌دانند و آن عبارت است از «عدم وجود دفاع». مراد آن است که گاهی دیده می‌شود با وجود تحقق سه رکن یاد شده، شخص مجرم شناخته نمی‌شود؛ مانند کسی که در مقام دفاع مشروع، مرتکب قتل عمد می‌شود. از اینجا مشخص می‌شود که تحقق عنوان جرم، نیازمند رکن دیگری نیز هست. ۲۹

با قطع نظر از استدلال‌های اندیشمندان حقوق در مورد دو یا سه یا چهار رکنی بودن جرم، قصد ما از تذکر این اختلافات آن بود که نشان دهیم برخلاف تلقی رایج بین برخی حقوق دانان و دانشجویان ایران، سه رکنی بودن جرم - آن گونه که برخی حقوق دانان ادعا می‌کنند - امری متفق علیه و صد در صد عقلی و نقدناپذیر نیست که با آن به عنوان اصلی «ناب» که دچار مفاهیم پرابهام شده است، برخورد شود،^{۳۰} خصوصاً در «رکن قانونی» اختلافات بسیار گسترده‌ای وجود دارد که در ادامه مباحث به صورت مفصل‌تری به آن اشاره خواهیم کرد.

ارکان جرم از دیدگاه فقها

روش استدلال فقها و اصولیین اسلامی برای مضبوط کردن ارکان جرم به عنوان عمل قابل مجازات کیفری متفاوت است؛ اگر چه نتایج حاصل شده در بسیاری از موارد با اندیشه‌های دانشمندان حقوق موضوعه متحد می‌شود. فقها نوعاً بر دو عنصر «قیح فعلی» و «قیح فاعلی» تکیه می‌کنند. هر عملی که دو رکن قیح فعلی و فاعلی را داشته باشد، مجرمانه است و قابلیت مجازات دارد. البته باید گفت که برخلاف تلقی رایج در حقوق موضوعه غرب، قابلیت مجازات، همیشه به معنای لزوم و اجتناب

۲۹. قیاسی، جلال‌الدین، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۲۷.

۳۰. رضا نوربها، اصلی منطقی و ناب گرفتار مفاهیمی مملو از ابهام، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۳۷.

ناپذیری مجازات نیست. بر این اساس می‌توان دو رکن فعل مضر و عنصر روانی سوء را معیار جرم دانست. عنصر قانونی به عنوان رکن اساسی سوم با تعبیر و تفسیر ارایه شده توسط حقوق موضوعه، مورد اشکال قرار می‌گیرد.

آنچه به عنوان لزوم «اعلام» برای توجیه رکن قانونی، توسط حقوق موضوعه مطرح می‌شود در حقیقت، همان موضوع «بیان» در قاعده عقلایی قبح عقاب بلا بیان است که شامل بیان عقلی در مورد جرایمی که قبح ذاتی دارند یا بیان نقلی در مورد جرایم اعتباری (به اعتبار قانون گذار و حاکم اسلامی) می‌شود. شایان ذکر است که لزوم «بیان» به عنوان رکنی در کنار قبح فعلی و قبح فاعلی نیست بلکه یکی از شرایط قبح فاعلی است؛ زیرا در مورد جرایم اعتباری که نیازمند اعلام است اگر بیان نیامده باشد یا این که به مکلف نرسیده باشد، در حقیقت مانع شکل‌گیری قبح فاعلی (یا به تعبیر حقوق موضوعه مانع شکل‌گیری عنصر سوء روانی) شده و قابلیت مجازات، منتفی می‌شود. به خلاف حقوق موضوعه که اگر بیان قانون به مکلف نرسیده باشد نیز، در جرم انگاری و مجازات کافی است. جمله معروف «جهل به قانون مانع مسئولیت کیفری نیست»، به این انحراف در حقوق کیفری غرب اشاره دارد.

۳. تفاوت در عنصر مادی جرم و معصیت

تبیین اشکال

به نظر منتقد محترم، «وجود اختلاف در عنصر مادی تشکیل دهنده جرم و گناه مانع از قول به جرم انگاری تمامی معاصی می‌شود». ^{۳۱} توضیح آن که؛ عنصر مادی یکی از عناصر ضروری جرم است در حالی که بسیاری از معاصی دارای عنصر مادی نیستند. از این رو یکی از ارکان اصلی جرم را نداشته و قابلیت

۳۱. حسینی، سید محمد، همان.

مجازات کیفری دنیوی بر تمامی معاصی منتفی می‌شود. در نتیجه، قول به مجازات برای تمام معاصی صحیح نخواهد بود. منتقد در ادامه، به مواردی از معاصی که فاقد عنصر مادی هستند اشاره می‌کند که بعد از نقد و بررسی این قسمت از کلام منتقد به ذکر مثال‌های ایشان خواهیم پرداخت.

نقد و بررسی

علاوه بر وجود اختلاف در لحاظ عنصر مادی به عنوان «رکن» تشکیل دهنده جرم (به عنوان عمل قابل مجازات) بین اندیشمندان حقوق در مکاتب مختلف، در چگونگی تحقق عنصر مادی نیز تساهل زیادی وجود دارد.

بر اساس نظر مشهور در مکتب تحقیقی کیفری و همچنین مکتب دفاع اجتماعی، عنصر مادی برای تحقق مسئولیت کیفری ضرورت ندارد، بلکه وجود حالت خطرناک یا ضد اجتماعی در یک شخص برای مجازات یا اقدامات بازدارنده کیفری کافی است.^{۳۲} اگر چه این نظریه با مناقشات فراوانی روبه روست، لکن در دهه‌های اخیر خصوصاً در حقوق بین‌الملل مورد بحث قرار گرفته و حتی در قالب سیاست‌های غیر مدون کیفری به وسیله برخی کشورهای قدرتمند، اجرایی شده است. گرایش شدید کشورهای غربی به تئوریزه کردن حملات پیشگیرانه در عرصه بین‌الملل یا قتل و غارت و حبس در قالب مداخلات به اصطلاح بشر دوستانه و اعمال خشونت در مورد مظنونین یا کسانی که دارای سابقه یا حالت خطرناک هستند، بدون این که هنوز مرتکب عمل مادی مجرمانه شده باشند، شاهد این ادعاست.

با این حال باید اذعان کرد اولاً که از نظر فقها و اصولیین فقه اسلامی، فی

۳۲. برای دیدن مستندات و منابع این ادعا مراجعه کنید به: کدخدایی، محمد رضا (نگارنده) «حق کیفر و مبنای آن از منظر اسلام و مکاتب بشری»، مجله معرفت، ش ۱۲۵، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).

الجملة وجود عنصر مادی برای مشروعیت داشتن مجازات بر معاصی ضرورت دارد، ثانیاً؛ برخی از معاصی فاقد عنصر مادی هستند، لکن با این وجود به نظر می‌رسد، فقدان عنصر مادی در برخی از معاصی، مانع از ثبوت قاعده «التعزیر فی کل معصیة» نمی‌شود؛ چرا که معاصی فاقد عنصر مادی به لحاظ دلایل شرعی «حاکم» و «امتنانی» از سوی شارع، از حیطة معاصی موضوع قاعده «التعزیر فی کل معصیة» خروج «حکمی» دارند. در ادامه به بررسی مثال‌هایی که به ادعای دکتر حسینی فاقد عنصر مادی است، می‌پردازیم:

۳-۱. بررسی معاصی فاقد عنصر مادی

۳-۱-۱. نیت سوء

تبیین اشکال: برخلاف جرم که بدون تحقق عمل مادی، محقق نمی‌شود، متون متعددی از کتاب و سنت بر معصیت بودن نیت سوء (گناه) و مؤاخذه بر آن دلالت دارد.

آیات و روایاتی وجود دارد که در آن، نیت سوء یا قصد پنهانی و گناه، علت مجازات و کیفر اخروی الهی قرار گرفته است: «إِنْ تُبْدُوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوهُ يُحَاسِبِكُمْ بِهِ اللَّهُ»^{۳۳}، «وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ»^{۳۴}؛ «إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَ الْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا»^{۳۵}؛ روایات «نِیَّةُ الْكَافِرِ شَرُّ مِنْ عَمَلِهِ»؛ «إِذَا التَّقَى الْمُسْلِمَانِ بَسِيفِهِمَا عَلَى غَيْرِ سُنَّةٍ فَالْقَاتِلُ وَالْمَقْتُولُ فِي النَّارِ قَبِيلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ هَذَا الْقَاتِلُ فَمَا بِالْمَقْتُولِ؟ قَالَ: لِأَنَّهُ أَرَادَ قَتْلًا».

این آیات و روایات دلالت می‌کنند که نیت گناه، معصیت بوده و مستوجب

۳۳. بقره، آیه ۲۸۴.

۳۴. بقره، آیه ۲۲۵.

۳۵. اسراء، آیه ۳۶.

کیفر اخروی می باشد در حالی که براساس مسلمات فقه جزایی، نیت گناه قابلیت اعمال مجازات دنیوی را ندارد؛ لذا قول به مجازات فراگیر تمام معاصی بر اساس مسلمات فقهی، مردود است. ۳۶

نقد و بررسی: این اشکال به همراه آیات و روایت مذکور به عنوان یک شبهه در کتب اصولی در بحث تجری آمده و جواب مناسب و کافی به آن داده شده است، اما منتقد محترم تنها شبهه را مطرح و به جواب های ارایه شده هیچ اشاره ای نکرده اند.

همان گونه که از صدر و ذیل حذف شده آیات و روایات مذکور مشهود است، این آیات و روایات به نقش محوری نیت و عنصر روانی آن در شکل دهی کیفیت عمل (که ممکن است معصیت یا غیر آن باشد) تأکید می کند و به عذاب و کیفر بر صرف نیت سوء، بدون همراهی با عمل خارجی اشاره ای ندارد. شیخ انصاری نیز در جواب به این شبهات متذکر می شود که در اصل معصیت بودن نیت سوء تا زمانی که جامه عمل نپوشیده، اشکال است. ۳۷

براساس برخی روایات، صرف نیت سوء نه تنها معصیت نیست، بلکه در صورت انصراف اختیاری، پاداش هم داده می شود. ۳۸ برای اثبات این ادعا به روایاتی که با مفهوم برداشتی منتقد متعارض است، اشاره می کنیم. این روایات، بسیار زیاد و در حد تواتر معنوی است و در کتاب شریف اصول کافی و وسائل الشیعه در بابی تحت عنوان «بَابُ مَنْ يَهُمُّ بِالْحَسَنَةِ أَوْ السَّيِّئَةِ» جمع آوری شده است که به سه نمونه از آن اشاره می کنیم:

۳۶. حسینی، سید محمد، همان، ص ۶۵۴.

۳۷. شیخ انصاری، فرائد الأصول، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا، ص ۱۳.

۳۸. حرّ عاملی، محمد بن حسن بن علی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۰۹ هـ. ق، چاپ: اول، قم، ج ۱، ص ۵۴: «وَمَنْ هَمَّ بِسَيِّئَةٍ فَلَمْ يَعْمَلْهَا لَمْ تُكْتَبْ عَلَيْهِ حَتَّىٰ يَعْمَلَهَا فَإِنْ لَمْ يَعْمَلْهَا كُتِبَتْ لَهُ حَسَنَةٌ».

۱- «مَنْ هَمَّ بِسَيِّئَةٍ وَلَمْ يَعْمَلْهَا لَمْ تُكْتَبْ عَلَيْهِ سَيِّئَةٌ وَمَنْ هَمَّ بِهَا وَعَمَلَهَا كُتِبَتْ عَلَيْهِ سَيِّئَةٌ؛ ۳۹»

هر کس قصد گناهی کند و به آن عمل ننماید بر او معصیت نوشته نمی شود و کسی که قصد گناه کند و عمل نماید بر او گناه ثبت می شود.

۲- «إِذَا هَمَّ الْعَبْدُ بِالسَّيِّئَةِ لَمْ تُكْتَبْ عَلَيْهِ وَإِذَا هَمَّ بِحَسَنَةٍ كُتِبَتْ لَهُ؛ ۴۰»

چنانچه بنده ای قصد معصیت کند، بر او معصیت نوشته نمی شود و ...

بر اساس این دو روایت، صرف نیت و حتی همت کردن بر سوء، معصیت محسوب نمی شود و حکم معصیت را ندارد (از باب حکومت).

۳- «لَوْ كَانَتِ النَّيَاتُ مِنْ أَهْلِ الْفِسْقِ يُؤْخَذُ بِهَا أَهْلُهَا إِذَا لَأَخَذَ كُلُّ مَنْ نَوَى الزُّنَا بِالزُّنَا وَكُلُّ مَنْ نَوَى السَّرْقَةَ بِالسَّرْقَةِ وَكُلُّ مَنْ نَوَى الْقَتْلَ بِالْقَتْلِ وَلَكِنَّ اللَّهَ عَدْلٌ كَرِيمٌ حَكِيمٌ لَيْسَ الْجَوْرُ مِنْ شَأْنِهِ وَلَكِنَّهُ يُثِيبُ عَلَى نِيَاتِ الْخَيْرِ أَهْلَهَا وَإِضْمَارِهِمْ عَلَيْهَا وَلَا يُؤْخَذُ أَهْلُ الْفُسُوقِ حَتَّى يَفْعَلُوا؛ ۴۱»

اگر اهل گناه به واسطه نیت، قابل مؤاخذه باشند باید هر کسی که نیت زنا کرده است به زنا و هر کس که نیت دزدی کرده است به دزدی و هر کس که نیت قتل کرده است به قتل مؤاخذه شود، ولی خداوند عادل و بزرگوار است و ستم در شأن او نیست؛ لیکن اهل نیت خیر را بر نیاتشان ثواب می دهد اما بدکاران را تا عمل بد انجام ندهند، مؤاخذه نمی کند.

بر اساس روایت اخیر و با توجه به مفهوم تعلیل روایت که مؤاخذه بر صرف

نیت سوء را برخلاف عدالت، بزرگواری و حکمت الهی می داند، معصیت نبودن

۳۹. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی، مكتبة الاسلامیة، تهران، بی تا، ج ۶، ص ۴۲۹.

۴۰. شیخ حرعاملی، همان، ج ۱، ص ۵۲، باب ۶، استحباب نية الخیر والعزم.

۴۱. مجلسی دوم، مولی محمد باقر بن مولی محمد تقی، حدود و قصاص و دیات، مؤسسه

نشر الآثار الإسلامیة- قم، نوبت چاپ: اول، بی تا، ج ۶۷، ص ۲۰۶، باب ۵۳، النية و

شرايطها و مراتبها.

نیت سوء بر اساس «حکومت» هم نیست، بلکه اساساً مادامی که صرف نیت سوء با عمل همراه نشود، معصیت نیست. ^{۴۲} شیخ حر عاملی بعد از اشاره به هر دودسته از روایات، در وجه جمع بین این دودسته می فرماید: «منظور از روایات دسته اول، مؤاخذه بر نیت و عمل با هم است».

این معنا با نگاهی به صدر و ذیل آیات و روایات مورد استشهاد منتقد محترم نیز قابل برداشت است. در ادامه ضمن ذکر هر یک از آیات و روایات مطرح شده به همراه صدر و ذیل حذف شده آن، وجوه دیگری را در جواب مستشکل متذکر می شویم:

الف. نقد استشهاد به آیه ۸۴ بقره

لِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَإِنْ تُبَدُّوا مَا فِي أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفَوْهُ يُحَاسِبِكُمْ بِهِ اللَّهُ فَيَغْفِرُ لِمَنْ يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ؛

آنچه در آسمان ها و زمین است، از آن خداست و (از این رو) اگر آنچه را در دل دارید، آشکار سازید یا پنهان، خداوند شما را بر طبق آن، محاسبه می کند. سپس هر کس را بخواهد (و شایستگی داشته باشد)، می بخشد و هر کس را بخواهد (و مستحق باشد)، مجازات می کند و خداوند به همه چیز قدرت دارد.

توجه به چند نکته در مورد این آیه ضروری است: اولاً، با توجه به صدر و

۴۲. ممکن است اشکال شود که دو روایت اول و روایت سوم با یکدیگر متعارضند، در حالی که اینگونه نیست. دو روایت اول در مورد همت بر گناه است که درجه شدیدتری از نیت بر گناه و همراه با نوعی اختیار است. همت بر گناه چون نوعی شوق مؤکد بر حرام است، حقیقتاً معصیت به شمار می رود و استحقاق عذاب دارد ولی به واسطه غفران الهی، معصیت لحاظ نمی شود و قابل مجازات نیست. اما صرف نیت گناه که عموماً امری غیر اختیاری است عقلاً قابل جرم انگاری نیست، لذا گناه شمردن آن و مجازات، بر خلاف عدالت و حکومت الهی است.

ذیل آیه، مشخص است که آیه در مورد جرم کتمان شهادت است که نوعی ترك فعل محسوب می شود. ۴۳ ترك فعل و از جمله کتمان شهادت، در حقوق جزای عرفی نیز به عنوان عنصر مادی تلقی می شود و در صورت اثبات، قابل جرم انگاری و مجازات است، ثانیاً، این آیه به این نکته تأکید می کند که ممکن است برخی گناهان مانند انفاق، نماز، عبادت ریاکارانه و کتمان شهادت به دلیل ویژگی خاص عنصر مادی و پیچیدگی و صعوبت اثبات دنیایی، بی کیفر بماند ۴۴، لکن خداوند «بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ» است و «عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ»؛ یعنی هم علم به ثبوت گناه دارد و هم بر مجازات آن قادر است، ثالثاً، «محاسبه الهی» دلیل بر کیفر یا لزوم کیفر نیست. این مفهوم از ذیل همین آیه شریفه «فَيَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ» قابل برداشت است، ۴۵ رابعاً، مطلب مورد استناد منتقد (إِن تَبَدُّوا مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفَوهُ يُحَاسِبِكُم بِهِ اللَّهُ)، تنها به لزوم عنصر روانی (سوء نیت) برای جرم انگاری اشاره دارد و نسبت به عنصر مادی لا بشرط است؛ یعنی عنصر سوء روانی، شرط لازم

۴۳. بقره آیه ۲۸۳ و ۲۸۴: «وَإِن كُنتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ أَمِنَ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ»؛ «اللَّهُ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَإِن تُبَدُّوا مَا فِي أَنفُسِكُمْ أَوْ تُخْفَوهُ يُحَاسِبِكُم بِهِ اللَّهُ فَيَغْفِرُ لِمَن يَشَاءُ وَيُعَذِّبُ مَن يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ».

۴۴. پیچیدگی اثباتی این جرایم به دو لحاظ است: ۱. اثبات جرایمی که عنصر مادی آن انجام فعل بوده و ظهور خارجی دارد، بسیار آسان تر از جرایمی است که عنصر مادی آن ترك فعل و عدمی است؛ چرا که مقتضای بسیاری از افعال مجرمانه، فرض عقلی یا حکمی سوء نیت است، یعنی به صرف بروز خارجی عنصر مجرمانه سوء نیت، فاعل مفروض قرار می گیرد در حالی که در مورد جرایمی که با ترك فعل واقع می شود، تکیه بر اثبات سوء نیت است که امری درونی است. ۲. برخی معاصی مانند نماز یا انفاق ریاکارانه، عنصر مادی بدون تمایزی با افعال عبادی و غیر معصیت دارند؛ لذا اثبات این جرایم بسیار مشکل است.

۴۵. شهید صدر، سید محمد باقر، مباحث الاصول، ۱۴۰۸ هجری قمری، بی جا، ج ۱،

برای قابلیت سرزنش است و قابلیت سرزنش نیز اعم از کیفر و مغفرت است. یکی از ساز و کارهای ضروری کیفر و مغفرت، همراه شدن این سوءنیت با عنصر مادی یا اثر خارجی است.

خلاصه آن که، قابلیت سرزنش به عنوان ملاک عقلایی برای کیفر، دایر مدار عنصر روانی است که حتی اگر در نفس خود پنهان کنید، خدا بر آن آگاه است و به واسطه آن، مورد محاسبه الهی قرار می گیرید. محاسبه الهی نیز به این گونه است که اگر سوء نیت (عنصر روانی لازم برای جرم و کیفر) با اثر قبیح خارجی یا فعل مجرمانه همراه شد، کیفر می شوید و در غیر این صورت با وجود قابلیت سرزنش، مورد مغفرت الهی قرار می گیرید که هر دو کیفر و مغفرت مشمول عنوان محاسبه الهی است.

ب. نقد استشهاد به آیه ۲۲۵ سوره بقره؛

لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبَكُمْ وَاللَّهُ عَفُورٌ حَلِيمٌ؛

خداوند شما را به سبب سوگندهایی که بدون توجه یاد می کنید، مؤاخذه نخواهد کرد، اما به آنچه دل های شما کسب کرده، (و سوگندهایی که از روی اراده و اختیار، یاد می کنید، مؤاخذه می کند و خداوند، آمرزنده و بردبار است.

تقطیع آیه و برداشت جهت دار از آن، برخلاف اصول لفظی و عقلی است. علاوه بر این به منظور این که متهم به تفسیر به رأی نشویم، شایسته است صدر و ذیل آیه شریفه را مدنظر بگیریم. عبارت تقطیع شده مورد استشهاد متقد (وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبَكُمْ)، به عنصر روانی شکستن قسم اشاره دارد. با این توضیح، مشخص می شود که اولاً: این فراز از آیه در مقام تبیین قسم های لغو (آنچه بر حسب عادت و بدون قصد معنوی بر زبان جاری می شود) و قسم های معتبر - با قصد معنا

جاری می‌شود - است و به این نکته اشاره می‌کند که قسم معتبر، منشأ اثر می‌شود،^{۴۶} ثانیاً، آیه شریفه در مقام بیان مؤاخذه بر شکستن قسمی است که با توجه قلبی صادر شده است. به عبارت دیگر، مؤاخذه الهی برای صرف قصد قلبی نیست تا اشکال شود که خدا بر آن مؤاخذه کرده است، بلکه مؤاخذه برای شکستن قسم با قصد قلبی است.^{۴۷} شکستن قسم معتبر، به لحاظ وجود عنصر مادی و روانی، برای جرم انگاری و مجازات از نظر شرع و حقوق عرفی قابلیت دارد.

ج. نقد استشهاد به آیه ۳۶ اسراء:

وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا؛

از آنچه آگاهی نداری، پیروی مکن، چرا که گوش و چشم و دل، همه مسؤولند.

این آیه شریفه یکی از مستندات بسیار بعید برای ادعای مستشکل است؛ چرا که اولاً، بی شک منظور از مسئولیت داشتن قلب و چشم و گوش، مسئولیت کیفری و کیفر آن‌ها نیست، بلکه منظور از «مسئولاً» مورد سؤال واقع شدن صاحب این اعضا^{۴۸} یا به تفسیری، خود این اعضا^{۴۹} به سبب گناه یا عدم استفاده صحیح

۴۶. منظور از اثر، لزوم عمل به مؤدای قسم یا کفاره شکستن قسم است و آیه ۸۹ سوره مائده صریح در این معناست: «لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْاَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرَ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَقْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ».

۴۷. طباطبائی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ هـ. ق، ج ۲، ص ۳۳۴.

۴۸. طباطبائی، سید محمد حسین، همان، ج ۱۳، ص ۹۵.

۴۹. مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، دارالکتب الإسلامیة - تهران، چاپ اول، ۱۳۷۴ هـ. ش، ج ۱۲، ص ۱۱۹.

است. این نکته ای است که در مورد همه معاصی صادق است، ثانیاً، سؤال از این جوارح در صورت تخطی، به معنای کیفر یا لزوم کیفر نیست، بلکه به معنای اشاره به یکی از ارکان جرم است. تخطی قلب بدون عمل جوارح قابلیت کیفر ندارد. همانگونه که عمل قبیح مادی جوارح، بدون قبح فاعلی موجب کیفر نمی شود، عمل قبیح فاعلی و قلبی (نیت سوء) نیز بدون عمل قبیح فعلی، مستوجب کیفر نیست. کیفر، چه اخروی و چه دنیوی، مترتب بر جمع قبح فعلی و فاعلی است، پس «سؤال» از هریک، لزوماً به معنای کیفر نیست، بلکه آنچه معصیت را محقق می کند و لزوم کیفر را سبب می شود، جمع بین قبح فعلی و فاعلی است.

مسئولیت جوارح مورد اشاره آیه شریفه در صورتی به معصیت و استحقاق یا جواز کیفر، ختم می شود که کلیه لوازم و ارکان جرم در آن جمع شود. عمل قبیح قلب در صورتی قابل مؤاخذه و کیفر است که با عمل چشم یا گوش همراه باشد و عمل قبیح چشم و گوش در صورتی قابل کیفر است که با رکن لازم دیگر، یعنی عمل قبیح قلبی (سوء نیت) همراه باشد.

این مسئولیت ها به سبب سخنانی است که انسان، بدون علم و یقین می گوید یا از افراد غیر موثق شنیده، یا می گوید دیده ام در حالی که ندیده و یا در تفکر خود دچار قضاوت های بی مأخذ و بی پایه ای شده که با واقعیت منطبق نبوده است. به همین دلیل از چشم و گوش و فکر و عقل او سؤال می شود که آیا شما واقعاً به این مسایل ایمان داشتید که شهادت دادید، یا قضاوت کردید و یا به آن معتقد شدید و عمل خود را بر آن منطبق کردید؟^{۵۰}

د. نقد استشهاد به روایت «نیه الکافر شر من عمله». متن کامل روایت،

عبارت است از: «نیه الکافر شر من عمله و کل عامل یعمل علی نیه». ^{۵۱}

۵۰. مکارم شیرازی، ناصر، همان.

۵۱. شیخ کلینی، همان، ج ۲، ص ۸۴، باب النیه ...

بر فرض قبول روایت، از نظر سند^{۵۲} و صرف نظر از اجمال و توجیه مقایسه بین دو امر غیر هم جنس^{۵۳}، باید به این نکته توجه داشت که شر بودن نیت گناهکار نسبت به عمل او، به هیچ وجه به معنای ترتب مجازات بر صرف وجود نیت سوء بدون هیچ ظهور و بروز عملی نیست، بلکه این روایت نیز اشاره به یکی از ارکان اصلی جرم دارد. همان گونه که از ذیل روایت که در بیان منتقد نیامده بود - مشخص است، این روایت به نقش محوری عنصر روانی برای جرم اشاره می کند و بدین معنا نیست که صرف وجود نیت گناه، سبب معصیت و کیفر الهی می شود.

قتل خطایی مؤمن با قتل عمدی یک گناهکار از لحاظ عملی یکسان است ولی آنچه سبب مسؤولیت کیفری و قابلیت سرزنش می شود، وجود نیت سوء در فاسق و عدم نیت سوء در مؤمن است. به عبارت دیگر، نفس قبیح عمل در هر دو یکسان است ولی قبیح نیت فاسق از قبیح عمل او بسیار بیشتر است؛ لذا با جمع قبیح فعل و نیت، قابل مجازات است، لکن در قتل خطایی یا قتل فی سبیل الله، اگر چه قبیح فعلی آن مساوی با قتل عمد است، لکن در قتل خطایی قبیح فاعلی ندارد و در قتل فی سبیل الله حسن فاعلی دارد؛ لذا مجازات و سرزنش کیفری منتفی می شود.

«أَنَّ نِيَّةَ الْمُؤْمِنِ خَيْرٌ مِنْ عَمَلِهِ وَ نِيَّةَ الْكَافِرِ شَرٌّ مِنْ عَمَلِهِ وَقَالَ عَزَّ وَجَلَّ: قُلْ كُلُّ يَعْمَلُ عَلَى شَاكِلَتِهِ يَعْنِي عَلَى نِيَّتِهِ»^{۵۴} همان طور که در این روایت بیان شده است، نیت، شاکله عمل را تشکیل می دهد و به لحاظ شکلی که به عمل خارجی

۵۲. چندین روایت با این مضمون یا نزدیک به این مضمون وجود دارد که شهید صدر، همه آنها را از نظر سندی بررسی و قائل به ضعف اسانید آن است. مراجعه کنید به: شهید صدر، همان. ج ۱، صفحه ۲۹۳.

۵۳. مقایسه ارزشی بین دو چیز غیر هم جنس (عمل و نیت) امر منطقی نیست. از این رو شهید صدر در تبیین معنای روایت می فرماید: «ان الكافر أو الفاجر ينوي ما هو أشد مما يعمل و هذا امر طبيعي»؛ یعنی منظور از روایت آن است که آنچه در نیت کافر است قبیح تر از آن چیزی است که توانسته فعلیت ببخشد: شهید صدر، همان، ج ۱، ص ۲۹۴.

می دهد، گاهی عملی مانند قتل، قابل سرزنش یا غیر قابل سرزنش یا حتی قابل ثواب و تقدیر می شود.

هـ. نقد استشهد به روایت: «إِذَا التَّقَى الْمُسْلِمَانِ بَسِيفِهِمَا عَلَى غَيْرِ سُنَّةِ فَالْقَاتِلُ وَالْمَقْتُولُ فِي النَّارِ فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ الْقَاتِلُ فَمَا بِالْمَقْتُولِ؟ قَالَ: لِأَنَّهُ أَرَادَ قَتْلًا». ۵۵

این روایت، اشاره به واقعیتی در مورد محدودیت دنیا برای عقاب گنهکار دارد و به عقاب به صرف سوء نیت هیچ ربطی ندارد. دو شخص مسلمان که با هم مقاتله کرده اند هر دو به سبب جمع بین عنصر مادی و معنوی، مستحق مجازات هستند. امکان مجازات شخص مقتول در دنیا منتفی است، ولی به معنای انتفای مجازات اخروی نیست؛ چون امکان مجازات اخروی وجود دارد و مقتضی هم که جمع بین قبیح فعلی و فاعلی است موجود می باشد. به عبارت دیگر، مجازات اخروی مقتول به سبب فعل و نیت مجرمانه اوست نه به سبب صرف سوء نیت.

جمع بندی: با این توضیحات، مشخص می شود که هیچ یک از آیات و روایات مورد اشاره منتقد محترم، دلالتی بر معصیت یا قابل مجازات بودن «نیت سوء» ندارد.

۳-۱-۲. مجازات متجری

تبیین اشکال: منتقد محترم در جایی دیگر از نوشتار خویش برای بیان اختلاف بین گناه و معصیت به مجازات متجری در فقه اشاره کرده و می گوید؛

اجماع یا دست کم قول مشهور فقها، بر گناه و مستوجب عقاب بودن تجری است. تجری در جایی است که کسی به قصد ارتکاب معصیتی عملی انجام

۵۴. نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بیروت، نوبت چاپ: اول، ۱۴۰۸ هـ. ق، ج ۱، ص ۹۵، باب ۶- باب استحباب نية الخير والعزم عليه.

۵۵. تهذيب الاحكام، ج ۶، ص ۱۷۴، ح ۲۵ (۳۴۷).

دهد (مثلاً به قصد شرب خمر مایعی بنوشد) و در واقع، عمل مقصود حاصل نشود و مایع نوشیده شده آب باشد. بی تردید مقصود قائلان به اینکه متجری مستحق عقاب است، عقاب اخروی است، نه مجازات دنیوی.^{۵۶}

این امر سبب می شود که قول به مجازات دنیوی همه معاصی باطل شود؛ چرا که بر اساس مسلمات فقهی، گناه تجری قابل مجازات نیست.

نقد و بررسی: متأسفانه مطلب مورد استناد به اجماع یا مشهور فقها، خلاف واقع است. اجماع یا قول مشهور فقها بر مستوجب نبودن عقاب تجری است. به نظر می رسد عدم تفکیک بین «استحقاق» و «استیجاب» مجازات و «حرمت تجری»، سبب این سوء برداشت شده است.

حقیقت آن است که در بحث تجری، حداقل بین سه عنوان مذکور تفصیل داده شده است.

- مستوجب نبودن عقاب تجری: مورد توافق مشهور فقها و اصولیون است و در این زمینه قول مخالفی نیافتیم.

- در مورد استحقاق مجازات و حرمت تجری نیز اگر چه برخی ادعای اجماع کرده اند ولی اولاً، مخالفین زیادی دارد، ثانیاً، اجماع در بعد فقهی آن مدرکی و غیر قابل استناد است؛ ثالثاً، مبحث استحقاق مجازات برای متجری بحثی عقلی است که اجماع در اثبات آن تأثیر ندارد.

با این وجود، برخی مانند میرزای نایینی و تابعین ایشان، مسأله استحاله عقلی حرمت تجری را مطرح می کنند^{۵۷} و برخی مانند شیخ انصاری، ضمن ارایه تقسیم شش گانه از تجری، وجود تأمل و شبهه در بین فقها و اصولیون در مورد حرمت

۵۶. حسینی، سید محمد، همان، ص ۶۵۴.

۵۷. روحانی، محمد حسین، منتقى الاصول، چاپ خانه امیر، ۱۴۱۳ هجری قمری، ج ۴، صفحه ۵۶.

تجری را عنوان کرده اند. ۵۸

قول صاحب کفایه (وبسیاری دیگر از فقها) در «استحقاق» مجازات برای تجری، قول متینی است ولی این امر نه تنها به معنای ثبوت و وجوب مجازات نیست، بلکه بر اساس تصریح روایاتی که پیش از این ذکر شد^{۵۹} و همچنین تذکر فقها و اصولیون، مجازات در مورد متجری منتفی است.

جمع بندی: نظر منتقد محترم در مورد مستوجب مجازات بودن تجری و استناد ایشان به مشهور فقها، نه تنها باطل، بلکه عکس آن ثابت است. ۶۰

۳-۱-۳. سوء نیت

تبیین اشکال: یکی دیگر از مواردی که به عنوان وجه تمایز معصیت و جرم معرفی شده و در آن، عنصر مادی وجود ندارد «سوء نیت» است.

سوء نیت که عبارت است از سوء و منهی عنه بودن نفس نیت، جزء محرّمات شرعی است، بدون آنکه موجب مجازات دنیوی باشد، چنانکه قصد ریا در اعمال، از گناهان بزرگ به شمار می رود؛ تا آنجا که قصد ریا در اعمال عبادی نه فقط موجب بطلان عمل، بلکه موجب قلب عمل عبادی به معصیت می گردد. (يجب التحرز عن الرياء في الاعمال؛ فانه يلحقها بالمعاصي...) ۶۱

۵۸. شیخ انصاری، همان، ج ۱، صفحه ۱۳.

۵۹. مثل: «مَنْ هَمَّ بِسَيِّئَةٍ وَ لَمْ يَعْمَلْهَا لَمْ تُكْتَبْ عَلَيْهِ سَيِّئَةٌ».

۶۰. شهید صدر، سید محمد باقر، بحوث فی علم الاصول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ هجری قمری، ج ۴، صفحه ۶۴؛ سید فیروزآبادی، عنایة الاصول، انتشارات فیروزآبادی، قم، ۱۴۰۰ هجری قمری، ج ۳، صفحه ۲۰؛ آخوند خراسانی، کفایة الاصول، مؤسسه آل البیت(ع)، ۱۴۰۹ هجری قمری، ص ۲۵۹، الامر الثاني مبحث التجري؛ همچنین میرزای آشتیانی، بحر الفوائد، کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی، ۱۴۰۳ هجری قمری، ج ۱، ص ۲۸.

۶۱. حسینی، همان، ص ۶۵۴.

براساس دیدگاه منتقد، با توجه به این حقیقت و با توجه به این که هیچ کس از فقها قایل به مجازات کیفری ریا نیست، نتیجه می‌گیریم که قول به فراگیری مجازات در همه گناهان، باطل است.

نقد و بررسی: پاسخ این مورد هم از جواب قبل معلوم می‌شود. ریا، طبق تعریف امام صادق علیه السلام عبارت است از «الرِّيَاءُ، فَإِنَّهُ مَنْ عَمِلَ لِغَيْرِ اللَّهِ^{۶۲}؛ ریا عبارت است از انجام عمل [عبادی] برای غیر خدا».

به عبارت دیگر، قصد و عمل در تشکیل عمل ریایی نقش دارد.

بی شک آنچه سبب معصیت بودن ریا است، وجود عنصر روانی (قصد ریا) و عنصر مادی (عمل عبادی برای رضای غیر خدا) است. اگر چه نقش قصد، مانند هر گناه دیگری نقشی محوری است ولی در تحقق گناه ریا، وجود عمل نیز شرط است و گناه بودن صرف قصد ریا بدون انجام هیچ عمل خارجی، ادعایی است که بطلان آن ثابت شد. اتفاقاً این نکته از عبارت شهید اول در قواعد که مورد استشهاد منتقد قرار گرفته است نیز برداشت می‌شود. همان گونه که شهید می‌گوید، تحرز از «ریا فی الاعمال» لازم است؛ یعنی حرمت و معصیت بودن قصد ریا با عمل، مفروض است. ایشان در چند سطر بعد به عدم تعلق تکلیف بر صرف نیت تصریح کرده و می‌گوید: «لا یکلف بضبط هواجس النفس و خواطرها».^{۶۳}

در آخر به این نکته نیز اشاره می‌کنیم که به لحاظ عدم وجود ساز و کار اثباتی برای عمل ریاکارانه، بی‌کیفر ماندن عمل ریایی در بسیاری موارد، امری طبیعی

۶۲. شیخ کلینی، همان، ج ۲، ص ۲۹۳، باب الریاء... «عدة من أصحابنا عن سهل بن زياد عن جعفر بن محمد الأشعري عن ابن القداح عن أبي عبد الله (ع): أنه قال لعبد بن كثير البصري في المسجد: ويحك يا عبأد إياك والرياء فإنه من عمل لغير الله وكله الله إلى من عمل له».

۶۳. شهید اول، القواعد و الفوائد، کتابفروشی مفید، بی تا، بی جا، ج ۱، ص ۱۲۰.

است، لکن ادعای منتقد بر عدم جواز کیفر عمل ریاکارانه در صورت اثبات و وجود دیگر شرایط مجازات، ادعایی بی دلیل است.

۳-۱-۴. رضایت بر عمل بد دیگران و حب شیوع فاحشه

تبیین اشکال: از جمله مصادیق محرمات قصدی و قلبی محض که بدون اشتراط تحقق عمل مادی، حرام و مستوجب عقاب اخروی است ولی نمی تواند مستوجب کیفری دنیوی باشد، دوست داشتن، رواج و شیوع بدکاری در جامعه و رضایت قلبی به معصیت عاصیان است. قرآن کریم به معصیت بودن حب شیوع فاحشه تصریح می کند:

إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ. ۶۴

همچنین روایاتی مانند:

الراضي بفعل قوم كالدخل معهم فيه وعلى كل داخل في باطل إثم إنهم الرضا وإثم الدخول.

واضح است که صرف «حب شیوع فاحشه» که امر قلبی محض می باشد، مستوجب عقاب دنیوی نیست.^{۶۵} بر این اساس، مشخص می شود که معصیت «حب شیوع فاحشه» قابل مجازات دنیوی نیست و این امر مانع از قول به فراگیری مجازات نسبت به تمام معاصی می شود.

نقد و بررسی: همان گونه که شیخ انصاری و دیگران در ذیل آیات و روایات مذکور تصریح می کنند، دلالت بر معصیت بودن قصد قلبی همراه با عمل دارد. اگر چه صرف حب شیوع فاحشه و رضا به گناه دیگران، امری ناپسند است ولی به لحاظ عدم تعلق اختیار صریح و بلاواسطه، مادامی که با انجام عملی همراه نباشد،

۶۴. نور، آیه ۱۹.

۶۵. حسینی، سید محمد، همان، ص ۶۵۴.

حقیقتاً یا حکماً معصیت نیست. این مطلبی است که از صدر و ذیل آیه شریفه و روایات ناظر بر آن، به وضوح قابل برداشت است.

در مورد نقد استدلال به آیه شریفه، ذکر چند نکته لازم است: اولاً، آیه شریفه مربوط به قضیه «افک» است و براساس آن، صراحتاً وعده «عذاب الیم فی الدنيا» داده شده است. به تصریح بسیاری از مفسران، منظور از عذاب الیم، مجازات کیفری دنیوی است.^{۶۶} برخی نیز آن را شامل کیفر دنیوی و غیر آن می‌دانند،^{۶۷} ثانیاً، آیه به جرم «اشاعه فاحشه» اشاره دارد. ذکر «حب شیوع فاحشه» به عنوان ملاک عذاب دنیا و آخرت، به لحاظ دو ویژگی است: الف. اهمیت محوری عنصر روانی در جرم مذکور، ب. مفروض بودن حب شیوع فاحشه برای کسی که مرتکب اشاعه فحشا می‌شود.

حب اشاعه فاحشه، عنصر روانی و مفروض در انتشار و اشاعه فحشاء است. به عبارت دیگر عنصر مادی و روانی در مورد مصداق این آیه وجود دارد و وعده عذاب الهی در دنیا و آخرت، ناظر به جمع عنصر مادی و روانی است. ذکر عنصر روانی، به سبب آن است که تکیه گاه اصلی استحقاق عذاب در همه گناهان، عنصر روانی است که در اینجا حب شیوع فاحشه، این نقش را ایفا می‌کند.

اگر چه مورد و مصداق نزول آیه مخصص عموم مفهوم آیه نیست، ولی به صراحت بیان می‌کند که ملاک عذاب الیم در دنیا و آخرت، صرف حب اشاعه فحشاء بدون هیچ عمل خارجی نیست.^{۶۸}

۶۶. طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، انتشارات ناصر خسرو، تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۲ هـ. ش، ج ۷-۶، ص ۲۰۸؛ مکارم شیرازی، ناصر، همان، ج ۱۴، ص ۴۰۴.

۶۷. طباطبایی، سید محمد حسین، همان، ج ۱۵، ص ۹۳.

۶۸. مراجعه کنید به: شهید صدر، مباحث الاصول، همان، ج ۱، صفحه ۲۹۲؛ شهید صدر وجه دیگری هم برای آیه فوق ذکر کرده‌اند که به دلیل اطاله کلام از آن صرف نظر می‌کنیم.

این معنا علاوه بر مصداق آیه به وسیله بسیاری از احادیث نیز تأیید شده است که به دو نمونه از آن اشاره می‌کنیم:

قال الصادق (عليه السلام): من قال في مؤمن ما رآه عيناه، و سمعته أذناه، فهو من الذين قال الله عز وجل: إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ.

بر اساس این روایت، امام صادق(ع) کسی را که عمل بدی از مؤمنی شنیده یا دیده باشد و آن را «بازگو» کند، مصداق آیه مذکور می‌داند؛ یعنی تحقق حب شیوع فاحشه و عذاب الیم متوقف بر عمل خارجی (بازگو کردن فاحشه) است.

عن أبي الحسن الأول (ع)، قال: قلت له: جعلت فداك، الرجل من إخواني يبلغني عنه الشيء الذي أكرهه، فأسأله عن ذلك، فينكر ذلك، وقد أخبرني عنه قوم ثقات؟ فقال لي: يا محمد، كذب سمعك وبصرك عن أخيك، فإن شهد عندك خمسون قسامه، وقالوا لك قولاً، فصدقه وكذبهم، لا تدين عليه شيئاً تشينه به، و تهدم به مروءته، فتكون من الذين قال الله في كتابه: إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ. ٦٩

همان گونه که در ذیل روایت تصریح شده است، کسی مصداق آیه شریفه محسوب می‌شود که مرتکب اشاعه فحشاء شود. امام علی(ع) می‌فرماید: «لا تدين عليه شيئاً تشينه به»؛ یعنی چیزی را که سبب اهانت به مؤمن می‌شود، اشاعه نده تا مصداق آیه شریفه شوی. بنابراین مفهوم حدیث این است که هر کس مرتکب عملی که سبب اشاعه فحشا است، نشود، مصداق «يحبون أن تشيع الفاحشة» نیست.

٦٩. حسینی بحرانی، سید هاشم، البرهان في تفسير القرآن، بنیاد بعثت، تهران، چاپ اول، ١٤١٦ هـ. ق، ج ٤، ص ٥٦.

از این گذشته، همان گونه که شهید صدر بیان کرده است، حتی اگر تنها نص آیه شریفه - حب شیوع فاحشه - را ملاک و عنصر تام برای عقاب دنیوی و اخروی فرض کنیم، باز هم آیه شریفه بر حرمت و استحقاق عذاب بر صرف نیت گناه دلالت ندارد، بلکه تصریح به حب شیوع فاحشه به عنوان چیزی است که ما از آن به عنوان «حالت خطرناک» یاد می‌کنیم که این، امری بسیار شدیدتر از نیت اشاعه فحشا است. توضیح آن که، گاهی انسان، تهمت افک را به سبب لذت نفسانی و مطرح شدن در بین مردم و ... بیان می‌کند و گاهی اشاعه فحشا به سبب تلذذ نفسانی نیست؛ بلکه به سبب «حالت خطرناکی» است که بر اساس آن اشاعه فحشاء را از طرف هر کسی که باشد، دوست دارد و حب شیوع فاحشه مراد و منظور اوست و وسیله و ابزار این اشاعه برای او مطرح نیست. ^{۷۰} بی شک، مورد دوم حاکی از حالت خطرناک یک شخص است که قابلیت جرم انگاری نیز دارد. این موارد شبیه «جرم به حالت» در حقوق جزای عرفی است که بر اساس آن، نظام کیفری مجاز است برای کسانی که حالت خطرناک دارند حتی اگر به مرحله ظهور و بروز نرسیده باشد، تدابیر تأمینی و تأدیبی بیندیشد.

نقد استشهاد به روایت: در مورد روایت نیز (با چشم پوشی از ضعف سند)^{۷۱}، پاسخ‌های مذکور کافی است و این که در روایت مقرر شده است «الراضی بفعل قوم کالداخل معهم فیه و علی کل داخل فی باطل إیمان إثم الرضا و إثم الدخول»، در مقام مقایسه و تشبیه عنصر روانی شخص راضی به فعل حرام با کسی است که مرتکب فعل حرام می‌شود که به هیچ وجه به معنای جواز کیفر یا تشابه کیفر این دو نیست؛ بلکه اساساً نسبت به کیفر، لایشرط است و با استفاده از روایات و ادله عقلی و نقلی دیگر ثابت شده است که صرف نیت گناه، گناه نیست. به عبارت دیگر، تشبیه مطرح شده

۷۰. شهید صدر، همان، ج ۱، صفحه ۲۹۲.

۷۱. همان، ص ۲۹۲.

در روایت، در مقام تشبیه بین عنصر روانی تحقق یافته در دو شخص گناهکار و راضی به فعل گناهکار است نه قابلیت مجازات آن دو. علاوه بر این مطلبی که از شهید صدر در تبیین جرم حب اشاعه فحشا ارایه شد نیز، در این مورد جریان دارد.

۳-۱-۵. تأسیس سنت باطل

تبیین اشکال: یکی دیگر از موارد مؤاخذه و محاسبه اخروی، سنت گذاری باطل و انجام عملی نارواست که سبب مشارکت سنت گذار در عقوبت عمل کنندگان به آن سنت باطل در آخرت دانسته شده است. به عنوان مثال، در روایتی از امام باقر(ع) آمده است:

هر کس سنت و روش باطلی را ایجاد کند، بسان جزای عمل کنندگان بدان سنت، بر او نیز اعمال می شود بی آن که از عقوبات عمل کنندگان چیزی کم شود.^{۷۲}

بر این اساس، بدون این که هیچ عنصر مادی در ایجاد سنت باطل شرط باشد، تحریم و کیفر وجود دارد.^{۷۳}

نقد و بررسی: این ادعا که ایجاد سنت باطل مستلزم هیچ گونه عمل مادی نخواهد بود، پذیرفتنی نیست. سنت باطل در حقیقت یک گناه مستقل نیست؛ بلکه اثر مستمر یک گناه است. به عبارت دیگر، در سنت باطل، شخص گناه کار مرتکب یک فعل مادی می شود که آثار و پیامدهای آن (در گستره زمان یا مکان) متعدد است و متناسب با نتایج و آثار آن مجازات می شود. به عنوان مثال، اگر شخصی قوادی کند، یک گناه انجام داده است که مستوجب ۸۰ ضربه شلاق است؛ لکن اگر یک مرکز فحشا ایجاد کند، مرتکب یک گناه با استمرار اثرات سوء آن شده است. در این مورد اصطلاحاً گفته می شود سنت باطل گذاشته است که

۷۲. مجلسی، محمد باقر، همان، ص ۲۵۸ به نقل از حسینی، همان، ص ۶۵۵.

۷۳. حسینی، سید محمد، همان، ص ۶۵۵.

مجازات‌های بسیار سنگین‌تر از مجازات‌های یک قواد که به صورت موردی قوادی کرده است، خواهد داشت و چه بسا به عنوان مفسد فی الارض اعدام شود. مجازات بر طبق اثرات ناشی از گناهی که سبب سنت باطل شده، هم در دنیا و هم در آخرت امری معقول است، لکن در بسیاری از موارد، ظرفیت اعمال تمام مجازات‌ها، در دنیا بر اساس نتایج به وجود آمده، وجود ندارد اما در آخرت این ظرفیت فراهم است.

نتیجه این که «ادعای عدم وجود عنصر مادی برای سنت باطل»، اساساً نادرست و ناشی از عدم تصور صحیح آن است.

۴. اختلاف جرم و معصیت در عنصر قانونی ۷۴

۴-۱. تبیین اشکال: یکی از اشکالات مطرح شده بر قاعده «التعزیر فی کلّ معصیه» مخالفت با مقتضای اصل «قانونی بودن جرم و مجازات»، به عنوان یکی از قواعد مسلم و پذیرفته شده حقوق است. بر اساس ادعای منتقدین، اصل قانونی بودن جرم و مجازات بر مبانی عقلایی بنا نهاده شده و تقریباً تمام نظام‌ها و سیستم‌های حقوقی، آن را پذیرفته و عمل می‌کنند. اهمیت این اصل تا آنجاست که یکی از مهم‌ترین معیارهای مشروعیت یک نظام حقوقی، میزان انطباق با این اصل می‌باشد.

اصل قانونی بودن جرم و مجازات بر اساس یک رویکرد سنتی عبارت است از: «یک عمل به هر میزان که زشت، نکوهیده و برای نظام اجتماعی زیان‌بخش باشد، تا زمانی که در قانون پیش‌بینی نشده، قابل مجازات نیست» و «مجازات هر ۷۴. تذکر این نکته ضروری است که اشکال منافات قاعده «التعزیر فی کلّ معصیه» با عنصر قانونی و اصل قانونی بودن جرم و مجازات، به وسیله جناب دکتر حسینی مردود اعلام شده است، ولی از آنجا که به قول ایشان، بسیاری از نویسندگان حرفه‌ای و آماتور، متخصص و غیر متخصص، این اشکال را با عتاب و شتاب فراوان مطرح کرده و در اثبات آن قلم فرسایی کرده‌اند، ناگزیر به آن اشاره‌ای می‌کنیم.

جرمی فقط بر اساس قانون میسر است و در صورتی که برای جرمی در قانون، مجازات تعیین نشده باشد، قابل مجازات نیست. «^{۷۵} بر اساس رویکرد مترقی تر، اصل قانونی بودن مجازات ها بر دو مفهوم سلبی و ایجابی^{۷۶} بنا نهاده شده است. بر اساس مفهوم سلبی، هیچ مجازاتی بدون اخطار قبلی قانون، مشروعیت ندارد. قاعده مطابق با مفهوم سلبی «قبح عقاب بلا بیان» در فقه است. مبنای اصلی این مفهوم، لزوم رعایت عدالت است. مجازات بدون اخطار پیشین، امری ظالمانه و قبیح است. از این رو جرم انگاری و مجازات بایستی به صورت «صریح» در «قانون» که مظهر اراده حاکم بر شهروندان است، بیان شود تا قابلیت اجرا پیدا کنند. مفهوم ایجابی اصل قانونی بودن مجازات، مستلزم اجرای مداوم، کامل و بدون تبعیض مجازات است. این مفهوم، عمدتاً بر مبنای حفظ عدالت، تساوی، حقوق عمومی و محدود کردن اختیارات قضات برای مصلحت سنجی و تصمیم گیری های متعصبانه یا اقتدارگرایانه و در نتیجه بی عدالتی بین شهروندان است.^{۷۷}

با توجه به این مطلب، قاعده «التعزیر فی کل معصیه»، با مفهوم سلبی و ایجابی اصل قانونی بودن جرم و مجازات منافات دارد؛ چرا که اولاً، دامنه گناهان بسیار وسیع و غیر شفاف است و بسیاری از آنها در قوانین کیفری مضبوط نیست (مخالفت با مفهوم سلبی)، ثانیاً، قواعد منعطف حاکم بر تعزیر گناه، جواز اجرا و عدم اجرای تعزیر و مصلحت سنجی وسیع قاضی در مورد کیفیت و کمیت مجازات گناهان، با مفهوم ایجابی اصل قانونی بودن جرم و مجازات تنافی دارد.^{۷۸}

۷۵. اردبیلی، محمد علی، همان، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۷۹ هـ. ش، ص ۱۲۶.

76. Negative «Positive principle of legality.

۷۷. جرج پی، فلچر، همان، ص ۳۴۴.

۷۸. برای دیدن نظرات حقوق دانان در مورد کیفیت تعارض اصل قانونی بودن جرم با قواعد حاکم بر تعزیر مراجعه کنید به: محمد جعفر حبیب زاده، همان، و رضا نوریها، همان، و گودرز افتخار جهرمی، همان.

۳-۲. نقد و بررسی

همان گونه که از دو تبیین مورد اشاره اصل قانونی بودن جرم و مجازات مشخص است، معانی متفاوتی از این اصل اراده می شود که ما فقط به دو نمونه سنتی و نوین آن اشاره کردیم. بر اساس مفهوم سنتی اصل قانونی بودن جرم، «قانون» صریح و شفاف نسبت به «همه» افعال - هر اندازه که قبیح و مخالف با نظم اجتماعی باشد - برای جرم انگاری و مجازات ضروری است؛ یعنی اگر کسی در جامعه نوپایی که هنوز قوانین آن پرورش لازم را نیافته، مرتکب قتل شد، امکان مجازات قاتل بدون پیش بینی در قانون وجود ندارد و مجازات قاتل برخلاف عقلانیت حقوقی است.^{۷۹}

وجود اشکالات متعدد در چنین رویکرد غیر عقلانی نسبت به مفهوم اصل قانونی بودن جرم، زمینه ساز بازپژوهی در مفهوم سنتی اصل قانونی بودن جرم و مجازات شد. بسیاری از حقوق دانان، بین جرایم ذاتی و اعتباری تفصیل قائل شده و اصل قانونی بودن جرم و مجازات را ناظر به جرایم اعتباری دانسته اند.^{۸۰} متأسفانه هنوز بسیاری از حقوق دانان کشورمان، به همان مفهوم سنتی و پر اشکال اصل قانونی بودن جرم تأکید کرده و برخی آن را از اصول ناب و حاکم بر تمام

۷۹. تحقق انحرافات بزرگ اجتماعی پیش بینی نشده در قانون با توجه به پیشرفت علم و صنعت و یا افول معنویت و انسانیت در بسیاری از نقاط جهان حتی در کشورهای به ظاهر پیشرفته نیز، امر دور از انتظار و کم مصداقی نیست. جرایم سازمان یافته، جرایم اینترنتی و انواع کلاه برداری های جدید یا اعمال نابهنجار شیطان پرستان و ... از این نمونه هاست. به عنوان مثال، اخیراً شخصی که به جرم آدم خواری در آلمان دستگیر شده بود، به دلیل عدم پیش بینی چنین جرمی در قوانین این کشور با مجازات بسیار اندک تر از توقع افکار عمومی و نخبگان حقوقی روبه رو شد. جرم این شخص با قتل غیر عمد شخص با اجازه مقتول تطبیق داده شده است که بر اساس آن در قانون آلمان مستوجب حداکثر ۵ سال حبس است.

۸۰. جرج پی، فلچر، همان، ص ۳۴۴.

قواعد فقهی و حقوقی قلمداد می‌کنند.^{۸۱}

حقیقت آن است که مفهوم اصل قانونی بودن جرم و مجازات، از مفاهیم سهل و ممتنعی است که با وجود تلقی مشترك، دارای تعاریف و لوازم متفاوت، بلکه به شدت متهاافت است. همان گونه که اشاره کردیم، از ابتدای شکل گیری و تصریح به اصل قانونی بودن جرم و مجازات در قرن ۱۸ تفاسیر و لوازم متعددی از آن ارایه یا به آن تحمیل شده است. مبانی فکری این اصل در اندیشه های جان لاک^{۸۲}، منتسکیو^{۸۳}، هیوم^{۸۴}، رسو^{۸۵} هلوسیوس^{۸۶} و قبل از آنها فرانسیس بیکن^{۸۷} پراکنده است لکن پرورش دهنده و نظام بخش اصل قانونی بودن جرم در حوزه حقوق کیفری، سزار بکاریا^{۸۸} در «رساله جرایم و مجازاتها» می باشد. بکاریا در ضمن تبیین مبانی اصل قانونی بودن کیفر می گوید:

تنها بر پایه قوانین می توان کیفرهای متناسب با جرایم را تعیین کرد و این اختیار خاص تنها به قانونگذار که نماینده جامعه ای است که بر اساس یک

۸۱. مراجعه کنید به: نوربها، رضا، سیاست جنایی سرگردان، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۶ و ۲۵، بهار و تابستان ۷۸، ص ۳۱؛ گودرز افتخارچهرمی. اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها و تحولات آن، همان.

محمد جعفر حبیب زاده. رژیم قانونی بودن حقوق کیفری عامل موثر در رشد و توسعه، مجله حقوقی دادگستری، ش ۲۳، ص ۳۲.

82. John Luck(1632-1704).

83. Montesquieu(1689-1755).

84. Hume(1711-1776).

85. Rousseau(1712-1778).

86. Helvetius(1715-1771).

87. Bacon(1561-1626).

88. Cesare Bonesana Beccaria (1738-1794).

قرارداد اجتماعی تشکل یافته است تعلق دارد. ۸۹

بکاریا با اشاره به مبانی لزوم اصل قانونی بودن جرم و مجازات، قانون را به معنای خاص، یعنی مصوبات قوه مقننه برآمده از اراده مردم تعریف می‌کند و لوازم سیزده گانه‌ای را از اصل قانونی بودن جرم و مجازات ارایه می‌دهد که عبارت‌اند از: منحصر بودن جرم انگاری و مجازات به تخلف از قوانین ناشی از قراردادهای اجتماعی، حق کیفر منحصرأ یک حق عمومی و متعلق به هیأت حاکمه است، زیان اجتماعی معیار جرم انگاری، کیفر رساندن دایر مدار سود اجتماعی، لزوم ملایمت در کیفرها، تناسب جرایم و مجازات‌ها، تساوی و ثبات کیفر^{۹۰}، کیفر فقط با استناد به قانون مدون، اجتناب ناپذیری اجرای کیفر، سرعت در اجرای کیفر، تفسیر مضیق از قانون، ابطال قوانین مجمل و عدم عطف بما سبق شدن قانون کیفری.^{۹۱}

تبیین اولیه بکاریا از اصل قانونی بودن جرم، اگرچه دارای نکات مترقی و مثبتی بود ولی حتی در غرب، سکولار نیز با اشکالات فراوان تئوری و عملی روبه‌رو شد. به عنوان مثال، تأکید انحصاری به قانون به معنای خاص، امکان انطباق سیستم حقوقی کامن‌لا و نظام حقوق بین‌الملل را با اصل قانونی بودن جرم و مجازات منتفی می‌کرد.^{۹۲} علاوه بر آن، تأکید اصل قانونی بودن جرم و مجازات بر لوازم

۸۹. بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمد علی اردبیلی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۰ هـ. ش، ص ۳۴.

۹۰. این لوازم ناظر به مقام قانون گذاری در مورد جرم انگاری و مجازات است.

۹۱. این لوازم ناظر به مقام اجرای قوانین کیفری است.

۹۲. به دلیل این که در حقوق کامن‌لا، رویه قضایی، اولین منبع حقوق کیفری بوده و قانون به معنای خاص، منبع دست‌چندم و بعد از عرف و انصاف، منبع حقوق کیفری محسوب می‌شود، در حقوق بین‌الملل نیز اصلاً منبعی به نام قانون به معنای خاص وجود ندارد و عرف یا کنوانسیون‌ها و معاهدات بین‌المللی می‌تواند به عنوان منبع الزامی یا اختیاری حقوق کیفری قلمداد شود.

تسامح و تساهل و از طرفی انطباق کامل با نص خشک و غیر قابل انعطاف قانون، نظام حقوق فرانسه را که اولین اجرا کننده اصل بکاربایی قانونی بودن جرم و مجازات بود، در کمتر از دو سال زمین گیر و حاکمان فرانسوی را مجبور به اصلاح قانون اساسی کرد.^{۹۳} همچنین تأکید و جمود بیش از حد به بهانه عدالت و مساوات بین شهروندان به نوعی بی عدالتی و ناهمخوانی با اهداف کیفری منجر شد که با اصل فردی کردن مجازات ها منافات داشت و ده ها اشکال دیگر از این جنس به وجود آمد.

این اشکالات به علاوه اشکالات مبنایی و عملی دیگر، حقوق دانان را به بازپژوهی مبنایی و لوازم اصل قانونی بودن جرم و مجازات واداشت. از این رو حقوق دانان در عرصه ها و مکاتب مختلف حقوقی، به بازسازی و ارایه تفاسیری نوین از اصل قانونی بودن جرم و مجازات بر اساس مبنایی مکاتب حقوقی خود پرداختند و در هر نظام و سیستم حقوقی تعریف متفاوتی از اصل قانونی بودن جرم و مجازات ارایه و لوازم خاصی از آن استنباط شد. این امر سبب ایجاد مفاهیم موسّع و مضیقگی از اصل قانونی بودن جرم و مجازات شد.

بازپژوهی اصل قانونی بودن جرم و مجازات و مبنایی و لوازم آن در نظام حقوقی اسلام نیز، بر اساس قواعد و اصول عقلایی و فقهی قابل ارایه است. اگر چه به لحاظ وجود قواعد و اصول بسیار مترقی تر، اساساً به استناد به این اصل و بازپژوهی آن نیازمند نیستیم، ولی متأسفانه به سبب قالب غربی نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران ناگزیر به فهم دقیق و بازپژوهی مبنایی و لوازم اصل قانونی بودن جرم بر اساس سیاست کیفری اسلامی هستیم.

۹۳. اصل قانونی بودن جرم و مجازات در ماده هشت و نه قانون اساسی در ۱۷۹۱ م در فرانسه تصویب شد ولی به دلیل اشکالات وارد شده به مفهوم مضیق آن در قانون اساسی ۱۷۹۳ م اصلاح شد. این اشکالات در قانون جزای فرانسه نیز نمود یافت که ناچار به اصلاح آن در کمتر از دو سال شدند، مراجعه کنید به: فیض، علی رضا، همان، ص ۸۷.

ارایه مفهوم مطابق با زیربناهای فقهی و اعتقادی اسلام در مورد اصل قانونی بودن جرم و مجازات، نه تنها منجر به این نتیجه می‌شود که تعریفی جدید از آن در کنار تعاریف دیگر مکاتب و نظام‌های حقوقی ارایه شود، بلکه در درون نظام حقوق کیفری اسلام نیز تعاریف مضیق و موسعی از آن شکل می‌گیرد. بر این اساس، همان‌گونه که محقق ارجمند «عبدالقادر عوده» در کتاب «التشريع الجنائي» به تبیین این تعاریف موسّع و مضیق پرداخته‌اند، مقتضای اصل قانونی بودن جرم و مجازات در مورد «حدود»، مفهومی مضیق‌تر از «قصاص» و در جرایم مستوجب قصاص نیز مفهومی مضیق‌تر از جرایم تعزیری دارد؛ یعنی اصل قانونی بودن جرم و مجازات، متناسب با نهادهای کیفری حد، قصاص و تعزیر، تعریف و لوازمی متفاوت خواهد داشت.^{۹۴}

آنچه در مورد حدود لحاظ می‌شود، معنای مضیق بکاربایی و بیشترین لوازم ارایه شده توسط اوست. حق حکومتی بودن، لزوم سرعت در اجرا، قطعیت، معین بودن، تساوی در میزان مجازات و ... از جمله ویژگی‌های اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حدود است که تطبیق زیادی با قرائت بکاربیا از اصل قانونی بودن جرم و مجازات دارد، در حالی که بعضی از لوازم مفهوم اولیه اصل قانونی بودن در جرم قصاص وجود ندارد (مانند: مجازات به دست مجنی‌علیه، حق الناس و عدم قطعیت). بسیاری از این لوازم در مورد مجازات تعزیری نیز منتفی است (مانند: عدم قطعیت، امکان عفو، معین نبودن، وابستگی به نظر قاضی، مصلحت سنجی، عدم تساوی ...).

با این توضیح مشخص می‌شود که به سبب وجود تعاریف و لوازم متعدد و گاه متهافتی که بر اصل قانونی بودن جرم و مجازات حمل می‌شود، معیار قرار دادن این اصل برای قضاوت و ارزیابی قواعد و مقررات حقوقی یا یک نظام حقوقی،

۹۴. عوده، عبدالقادر، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، بيروت، دارالكتاب العربي، بی تا، ج ۱، ص ۱۱۲.

ممکن نیست؛ بلکه بایستی مبانی و معیارهایی که منجر به ارایه نظریه اصل قانونی بودن جرم و مجازات شد، بررسی و پالایش شده و به عنوان معیار ارزیابی قواعد و مقررات حقوقی و کیفری مدنظر قرار گیرد.

بررسی مبنای سلبی اصل قانونی بودن جرم

در اسلام بر قاعده عقلایی «قبح عقاب بلا بیان» تأکید می‌شود، لکن این به معنای پذیرش کامل مفهوم سلبی اصل قانونی بودن مجازات نیست، بلکه قاعده قبح عقاب بلا بیان بر اساس مبنایی معقول و مترقی تر بنا نهاده شده است. بر اساس بهترین و خوش بینانه ترین تبیین سکولار، مبنای مفهوم سلبی اصل قانونی بودن مجازات، این گونه تبیین می‌شود:

در دنیایی که عدم توافق اخلاقی حکم فرماست، باید از پیش به شهروندان، رفتارهایی را که ضمانت اجرای کیفری را در پی خواهد داشت اطلاع داد. سرزنش کردن در مورد جرایم خشونت آمیز و متجاوزانه که افراد از آنها مطلع هستند، اشکالی ندارد، ولی نمی‌توان اشخاص را به علت ندانستن حکم چند همسری، همجنس بازی، قمار، هدیه دادن به مقامات رسمی و ... سرزنش کرد. در این مسایل دو وجهی، اصل قانونی بودن جرم مستلزم اخطار پیشین است،^{۹۵} در حالی که ترسیم چنین مبنایی در حکومت اسلامی که بسیاری از اصول و ارزش‌ها در متن جامعه امری پذیرفته شده است، منتفی است. در حکومت اسلامی، ادعای عدم توافق اخلاقی بر مجرمانه بودن همجنس بازی، قمار یا مشروب خواری و ... غیر قابل قبول است؛ چرا که قواعد اسلام به عنوان اصل پذیرفته شده در حکومت و جامعه اسلامی، ملاک قرار می‌گیرد. از این رو، قانون در تعریف اصلاح شده از

۹۵. فلچر، جرج پی، همان، ص ۳۴۵.

اصل قانونی بودن جرم و مجازات، معنای عام از قانون است که مشتمل بر اشکال مختلف «بیان» قواعد رفتاری است تا جایی که سیستم حقوقی کامن لا، نظام حقوق بین الملل [و سیستم حقوقی اسلام] را در بر می گیرد.^{۹۶}

یکی دیگر از فلسفه های اصل قانونی بودن جرم و مجازات، تضمین آزادی های فردی و پیش گیری از تعقیب و کیفر رفتارهایی است که از پیش ممنوع نشده است. این فایده و اثر نیز متوقف بر جمود به معنای خاص «قانون» نیست، بلکه از راه های مختلف منع و نهی، مانند: نهی عام حاکی از تحریمات شرعی نیز حاصل می شود. به عبارت دیگر، وجود «بیان» در غیر ظالمانه بودن مجازات کافی است. این بیان به مقتضای حقوق سکولار که هیچ مبنای ثابت اخلاقی بر آن حاکم نیست، اراده اجتماعی ظهور یافته در قوه مقننه است که شکل دهنده قانون به معنای خاص است، در حالی که «بیان» در حقوق اسلامی که از مبانی ثابت اخلاق و حقوق برخوردار است، اعم از قانون به معنای خاص و منابع احکام اسلام است. بر اساس مبنای اسلامی نه تنها حقوق و آزادی های فردی به صورت کامل تأمین می شود، بلکه اشتراط علم اشخاص به حکم و موضوع برای تحقق مسئولیت کیفری، فلسفه اصل قانونی بودن جرم و مجازات را به صورت پررنگ تری از نظام حقوق سکولار پوشش می دهد؛ چرا که در نظام حقوق سکولار، جهل به قانون، رافع مسئولیت کیفری نیست^{۹۷} در حالی که یکی از مهم ترین عوامل رافع مسئولیت کیفری در نظام کیفری اسلام، جهل به قانون است.

بررسی مبنای ایجابی اصل قانونی بودن جرم

اجتناب ناپذیری مجازات و الزام به اجرای دقیق و کامل مقررات کیفری (مفهوم

۹۶. حسینی، همان، ص ۶۶۹، به نقل از می ری دلماس مارتی، نظام های بزرگ سیاست

جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۱، ص ۴.

۹۷. حسینی، همان، ص ۶۷۰.

ایجابی)، اگر چه ممکن است زمینه مصلحت اندیشی های ظالمانه و جهت گیری های دیکتاتور مآبانه، متعصبانه و ظالمانه قضات را متنفذ کند، لکن به ظالمانه شدن قوانین کیفری منجر می شود که خطری بسیار بزرگ تر و فراگیرتر است.

بر اساس یک اصل فراگیر و عقلایی حقوقی، قبح جرم و کیفیت و کمیت مجازات باید با یکدیگر متناسب و همسو با اهداف مجازات باشد. از طرفی، بر اساس وجدان و همچنین یافته های مسلم علم جرم شناسی، میزان قبح عمل مجرمانه به شرایط و عوامل بسیار متنوع و متعددی بستگی دارد تا جایی که به نظر جرم شناسان حتی در جرایمی که تحت یک عنوان قرار می گیرد، امکان پیدا کردن دو مصداق هم رتبه از نظر قبح فاعلی^{۹۸} (که ملاک اصلی مسئولیت کیفری و میزان مجازات است) وجود ندارد.

چگونه می توان مثلاً ده میلیون مصداق خارجی از جرم سرقت تعزیری را که بر اساس شرایط و مقتضیات مختلف و بسیار غیر قابل پیش بینی اتفاق می افتد، منضبط و طبقه بندی و مجازات متناسب با آن را وضع کرد؟ بی شک منضبط کردن ده میلیون مصداق از یک جرم در قانون کلی، امری محال است. ناچار بایستی سازوکارهایی کم اشکال برای رعایت عدالت و جلوگیری از خودمحوری ظالمانه قضات پیش بینی کرد. این سازوکارها در اسلام در قالب دقت و تأکید بر صفات و شرایط قاضی (عدالت، فقاہت، کمال عقل و...)، تأکید بر آداب قضا، طبقه بندی جرایم و مجازات ها (جرایم حدی و تعزیری)، اختیار دادن به قاضی برای مصلحت اندیشی بر اساس مبانی فقهی و مصالح مضبوط در شریعت و از همه مهم تر با اعمال نظارت های کنترلی، ارایه شده است.

در رویکرد سنتی حقوق سکولار، تقیید قاضی به نص غیر قابل انعطاف قانون، زمینه ساز بی عدالتی و ارایه یک نظام غیر واقع بینانه و ناکارآمد کیفری شد.

۹۸. قابلیت سرزنش: Blame

در رویکرد اصلاح شده، با فردی کردن مجازات‌ها و تعیین حداقل و حداکثر در قانون و اختیار دادن نسبی به قضات در صدد اصلاح اشکالات ناشی از تعصب بر مفهوم مضیق اصل قانونی بودن جرم و مجازات برآمدند. لکن این رویکرد نیز با اشکالات اساسی روبه‌رو است، اولاً، اختیار قاضی برای فردی کردن مجازات، ناقض فلسفه اصلی قانونی بودن جرم و مجازات است؛ چرا که در صورت فردی کردن مجازات، مصلحت‌اندیشی منفی و ظالمانه قضات خاطی و فساد مالی و اخلاقی آنها، نه تنها منتفی شده است، بلکه قانونی و نهادینه نیز می‌شود. به عنوان مثال ماده هفتاد و چهار قانون مجازات اسلامی بر اساس مفهوم فردی کردن مجازات، مقرر می‌دارد:

هر گاه اقداماتی که برخلاف قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران می‌باشد بر حسب امضای ساختگی وزیر یا مأمورین دولتی به عمل آمده باشد، مرتکب و کسانی که عالماً آن را به کار برده باشند به حبس از سه ماه تا ده سال محکوم خواهند شد.

مفهوم آن این است که یک قاضی که تحت تعصبات سیاسی یا فساد اخلاقی یا مالی و... است قانوناً می‌تواند مجرم حرفه‌ای را که مثلاً امضای وزیر بازرگانی را جعل کرده و تحت حمایت یک حزب سیاسی همسوی صاحب نفوذ است به سه ماه حبس قابل تبدیل به جزای نقدی یا تعلیق محکوم کند و در عوض، مجرم تازه کار و نادانی را که به مقتضای شور جوانی در برابر قاضی پرخاشگری کرده است به اشد مجازات [یعنی ده سال حبس] محکوم کرده و احتمالاً کیفیات مشدده را نیز به آن بیفزاید، ثانیاً، اشکال دیگر فردی کردن محدود مجازات‌ها آن است که همان‌گونه که در قوانین مشهود است، فردی کردن تنها در سه مجازات حبس، جریمه و شلاق، جریان یافته است؛ در حالی که دامنه مجازات‌های تعزیری و تأدیب‌کننده بسیار وسیع‌تر از این موارد است. چه بسا هیچ یک از سه عنوان

مذکور در مورد خاطی نه تنها مؤثر نباشد، بلکه اثرات فاجعه آمیزی برای او و جامعه در پی داشته باشد.

این اشکالات سبب شد که تقریباً تمام مصوبات ارایه شده به شورای محترم نگهبان (بین سال های ۶۰ تا ۶۵) که در آن مجازات خاصی برای جرایم تعزیری در نظر گرفته شده بود از طرف این شورای محترم مردود اعلام شود.^{۹۹} با صرف نظر از تمام این اشکالات، چنین نگرشی در اسلام به قاضی از اساس، مردود است. در اسلام به جای این که به این راه کارهای خطرناک و مسکن های تخدیرکننده که منجر به فساد و زمین گیری یک نظام کیفری است، اتکا شود به پرورش و دقت در نصب قاضی و نظارت متعاقب آن تأکید می شود.

جمع بندی: اصل قانونی بودن جرم و مجازات به مفهوم اولیه، به دلیل اشکالات مبنایی و بعضی لوازم غیر عقلایی، مردود است. بسیاری از مبانی سکولار این اصل نیز با مبانی حقوق اسلامی همخوانی ندارد. پس قرائت مبتنی بر مکتب حقوقی اسلام مورد پذیرش است که برخی از حقوق دانان از آن به عنوان اصل شرعی بودن جرم و مجازات تعبیر کرده اند. بر اساس نگرش اسلامی، این اصل نه تنها منافاتی با تجریم محرّمات شرعی ندارد، بلکه به صورت روشن و مترقی تری، از مبانی پذیرفته شده و عقلایی اصل قانونی بودن جرم و مجازات حمایت و پاسداری می کند. علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۵. یکی دیگر از اشکالات منتقد، اختلاف جرم و معصیت در ضمانت اجرا و نظام پاسخ دهی و در نتیجه عدم صحت قول به قاعده «التعزیر فی کل معصیه» است.

۹۹. مراجعه کنید به: مقاله سرگذشت تعزیرات، دکتر حسین مهرپور (یکی از حقوق دانان شورای نگهبان در دهه شصت)؛ مهرپور، حسین، دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی، نشر اطلاعات، تهران، ۱۳۷۴، ص ۱۰۲ به بعد.

۵-۱. تبیین اشکال

قاعده لطف الهی، لزوم هدایت تشریحی انسان از جانب خداست که ایجاب می‌کند این هدایت تشریحی، هدایتی منطبق با واقعیت‌های ساختاری بشر و نه مجموعه‌ای از الزامات منقطع از عینیت و عمل باشد. نظام پاسخ‌دهی به سرپیچی از الزامات تشریحی عبارت است از: ۱. طاعت و عبودیت خدا، مبنای تبعیت از قانون و انگیزه پرهیزگاری در قبال ممنوعات و محرّمات شرعی است و حساب و کتاب و ثواب و عقاب اخروی ضمانت اجرای قوانین الهی است.

۲. با وجود جواز و صحت انزال بلائی جمعی و فردی بر گنهکاران کفران پیشه، خداوند رحمان چنین نمی‌کند و نعمت‌های خود را از بندگان گنهکار دریغ نمی‌کند.

۳. تا جایی که کافران که به نظم عمومی جامعه اسلامی خللی وارد نکنند، در اعمال و رفتار خود آزاد بوده و ملزم به عمل به فروع اسلام نیستند؛ لذا مؤاخذه و کیفر دنیوی ندارند.

۴. راجع به بخش بزرگی از محرّمات، بیان خاص یا عامی دال بر وجود ضمانت اجرای کیفری دنیوی مشخص یا غیر مشخص در منابع فقهی دیده نمی‌شود.

۵. در صورت ارتکاب بعضی از محرّمات، به کفارات که نوعی عمل عبادی است یا به انجام یک عمل نیک به عنوان پاسخ و جبران اکتفا شده است؛ مانند: کفاره یمین که در قرآن بیان شده و یا دستور به دادن صدقه یا گفتن یک ذکر برای شخصی که به کس دیگر به کمتر از قذف اهانت کرده است.

۶. بخشی از محرّمات با مراتب غیر کیفری انکار از قبیل نهی، توبیخ، تذکر و وعظ پاسخ داده می‌شوند که هر چند در فرهنگ جزایی، تعزیر نامیده شده‌اند، اما از مصادیق عقوبت و جزا به شمار نمی‌آیند.

۷. در خصوص بخش دیگری از جرایم به صورت خاص، ضمانت اجرای کیفری معین و متعدد (قصاص، دیات و حدود) پیش بینی و بیان شده است. قسمت دیگری از جرایم، مشمول تشریح نوعی مجازات (تعزیر به معنای دون الحد) اعلام شده است که به اختیار و انتخاب حاکم است.^{۱۰۰}

پس تنها محرمات شرعی دسته اخیر، جرم انگاری شده اند و نمی توان محرمات دیگر را که توسط شارع یا حکومت اسلامی برای ارتکاب آنها کیفر دنیوی قضایی مقدر یا غیر مقدر پیش بینی نشده است، جرم محسوب کرد و برای ارتکاب آن ها، حکم به مجازات کرد.

۲-۵. نقد و بررسی

اگر منظور از مقدمه چینی های هفت گانه، عدم «لزوم» مجازات برای هر گناه باشد، کلام صحیحی است؛ لکن قاعده «التعزیر فی کل معصیه» نیز در صدد اثبات چنین ادعایی نیست. اما اگر منظور از مطالب مذکور، عدم جواز جرم انگاری و مجازات محرمات باشد، از مقدمات هفت گانه مورد اشاره منتقد، نه تنها چنین التزامی به دست نمی آید، بلکه خلاف آن ثابت است.

با وجود اشکالاتی که به مقدمات مذکور وارد است، اما فی الجمله حقایقی در ضمن آن ارایه شده است؛ لکن از این مقدمات چنین نتیجه ای حاصل نمی شود. برای اثبات این ادعا، ناگزیر به تبیین و توضیح مقدمات هفت گانه هستیم.

نقد مقدمات هفت گانه

نقد مقدمه ۱. شکی نیست که طاعت و عبودیت الهی بهترین و نافذترین ضمانت اجرای قوانین تشریحی الهی است، ولی آیا این ضمانت اجرا منطبق بر «واقعیات ساختاری بشر» است یا ترسیم کننده ضمانت اجرای یک مدینه فاضله؟ آیا

۱۰۰. حسینی، سید محمد، همان، ص ۶۵۶.

ضمانت اجرای اخروی و تقوای الهی در سامان بخشیدن به نظام تشریح الهی کافی است؟ اگر همه افراد جامعه در سطح عالی با تقوا باشند، کفایت می کند اما این با واقعیت و عینیت بسیار فاصله دارد.

نقد مقدمه ۲. اگر چه این مقدمه با نتیجه گیری منتقد بیگانه است، ولی تذکر این نکته ضروری است که انزال بلا یا بر افراد گناهکار از سنت های مستمر الهی است که آیات و روایات متعدد بر آن دلالت دارد؛ مانند آیه ذیل: ۱۰۱

وَمَا أَصَابَكُمْ مِنْ مُصِيبَةٍ فَبِمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ وَيَعْفُوا عَنْ كَثِيرٍ ۱۰۲

هر مصیبتی به شما رسد به سبب گناهایی است که انجام داده اید، و خداوند بسیاری را نیز عفو می کند.

و روایت ذیل:

عن أبي جعفر- عليه السلام- قال: مَا مِنْ نَكْبَةٍ تُصِيبُ الْعَبْدَ إِلَّا بِذَنْبٍ وَمَا يَعْفُو اللَّهُ عَنْهُ أَكْثَرَ. ۱۰۳

نقد مقدمه ۳. عدم کیفر کافر بر معاصی، به دلیل معصیت نبودن عمل او نیست؛ بلکه به دلیل معاهد یا مستامن بودن او است. توضیح آن که کافر سه نوع است: کافر معاهد(ذمی)، مستامن و حربی. حکم کافر حربی قتل است و مستامن و معاهد به دلیل مصلحت و عهدی که امت اسلامی لحاظ می کند، مورد ممانعت و مدارا قرار می گیرند و مجازات نمی شوند. از طرف دیگر، یکی از مهم ترین دغدغه ها و اهداف مجازات - خصوصاً در بخش تعزیرات - تأدیب، هدایت و حفظ مصلحت شخص گناهکار است که در مورد کافر، چنین اهمی وجود ندارد. ۱۰۴ در

۱۰۱. مراجعه کنید به: طباطبایی، سید محمد حسین، همان، ج ۱۸، ص ۵۹.

۱۰۲. شوری، آیه ۳۰.

۱۰۳. کلینی، همان، ج ۲، ص ۲۶۹، باب الذنوب، چاپ دار التعارف للمطبوعات... ترجمه: هیچ سختی و مصیبتی بر بندگان نمی رسد مگر به سبب گناه و آنچه مورد عفو قرار می گیرد بیشتر است.

صورتی که گناهان کافر جنبه عمومی نداشته باشد، اهتمام به تأدیب و تربیت او وجود ندارد یا کم رنگ است.

نقد مقدمه ۴. این مقدمه، به صورت آشکار، خلاف واقع و نوعی مصادره به مطلوب است؛ زیرا قول به جواز تعزیر بر تمام معاصی، یکی از قواعد مشهور در کتب فقهی است. اگر منظور منتقد محترم از «کتب فقهی»، منابع روایی است، سخنی نادرست است؛ چرا که اولاً، برخی ادله قاعده «التعزیر فی کل معصیة»، بر جواز مجازات فراگیر بر معاصی دلالت دارد، ثانیاً، نه امکان و نه نیازی به ذکر تمام معاصی و ضمانت اجرای کیفری آنها هست؛ زیرا با سیاست جنایی اسلام که «قابلیت» مجازات و نه «وجوب» آن را برای تمام معاصی مطرح می‌کند، مخالف است.

نقد مقدمه ۵. مقدمه صحیح است ولی ملازم نتیجه نیست؛ زیرا اولاً، درست است که برای بسیاری از گناهان، کفاره و یا صدقه به عنوان ضمانت اجرای گناه در نظر گرفته شده، ولی این به معنای بی‌نیازی از ضمانت اجرای کیفری نیست. موضوع کفاره و مجازات تعزیری دو حوزه کاملاً مجزاً و در عرض یکدیگر است. چه بسا اصلاً گناهی اتفاق نیفتد و کفاره لازم باشد (کفاره روزه قضا)، چه بسا در یک گناه، هم کفاره و هم مجازات کیفری لحاظ شود (کفاره قتل عمد به همراه قصاص) و یا در مورد گناهی هیچ یک از آنها لازم و ضروری نباشد (مانند اکثر گناهان مستوجب تعزیر). اتفاقاً، مثال‌هایی که منتقد محترم در مورد شکستن قسم و توهین به کمتر از قذف مطرح کرده‌اند از مواردی است که در روایات به مجازات تعزیری آن‌ها علاوه بر کفاره تصریح شده است.

ثانیاً، باید از منتقد پرسید که اگر شخص گنهکار به کفاره یا صدقه که به عنوان ضمانت اجرای غیر کیفری است پایبند نبود، چه باید کرد؟ اگر شخصی که دیگری را دشنام داده به کفاره پایبند نبود و بر کار خود اصرار داشت، چه ضمانت اجرای دیگری دارد؟ بی‌شک ضمانت اجرای غیر کیفری لازم، لکن غیرکافی است و

ناگزیر از پیش بینی نظامی برای تأدیب واقعی سرپیچی کننده از احکام الزامی اسلام هستیم که همان نظام کیفری تعزیر است.

نقد مقدمه ۶. مهم ترین اشکال این مقدمه خلط ماهیت و مبانی کیفر در اسلام و حقوق سکولار است. به صورت اجمال، آنچه را غرب سکولار به عنوان «زجر دهنده» و «رسوا کنندگی» از نظر ماهیت و «قطعی بودن» و «معین بودن» از نظر شکلی به عنوان ارکان اصلی «مجازات» می داند،^{۱۰۵} در مورد مجازات های تعزیری، باطل و مردود است. از نظر اسلام هرگونه تعرض به شخص یا شخصیت مجرم، می تواند مصداق مجازات باشد. مجازات کیفری نیز در قالب تعزیر به عنوان یکی از اقسام سه گانه مجازات کیفری بر اساس اهداف تأدیب کنندگی و بازدارندگی تشریح شده است و اعمال آن در غیر از مجاری مشروع، از محرّمات مسلم است.

مواردی مانند: نهی، توبیخ، تهدید و... اگر چه ممکن است از نظر حقوق کیفری سکولار به عنوان کیفر قلمداد نشود، ولی از نظر اسلام یکی از انواع تعرض به شخص و شخصیت مجرم است و از مراتب تعزیری به شمار می رود که تعدی از آن (در صورت عدم رعایت مصلحت) بر خلاف اهداف مجازات تعزیری، بلکه حرام است. چه بسا برخی از مهم ترین جرایم تعزیری به وسیله یک تذکر و توبیخ اصلاح شود و تعدی از آن نه تنها جنبه اصلاحی و تأدیبی نداشته، بلکه خطرات جبران ناپذیری برای مصالح شخص و اجتماع به همراه داشته باشد.

از این روست که امیرمؤمنان علی (ع) می فرماید:

۱۰۴. مراجعه کنید به: مقاله نگارنده: فقه اهل بیت (ع)، شماره ۵۴.

۱۰۵. گاستون، استفانی، حقوق جزای عمومی، ترجمه حسن دادبان، انتشارات دانشگاه علامه، تهران، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۶۰۴ و اردبیلی، محمد علی، همان.

ربّ ذنب مقدار العقوبة عليه اعلام المذنب به؛^{۱۰۶}

چه بسا گناہانی که مقدار عقوبت آن، اعلام گناه به گناهکار است.

بر همین مبنا و منطق است که بسیاری از فقها، تذکر، توبیخ، تهدید و... را از مصادیق تعزیر دانسته و در «سیاست کیفری اسلام» و قوانین جاری جمهوری اسلامی ایران نیز این امر صراحتاً به رسمیت شناخته شده است.^{۱۰۷}

نقد مقدمه ۷. اگر بخواهیم برداشت تطبیقی از «کیفر» بین حقوق سکولار غرب و حقوق اسلام ارایه دهیم، باید از «حدود» نام ببریم. بر این اساس، تنها «مجازات حدی» است که مشخصات مجازات کیفری از نظر حقوق غرب را داراست. چهار عنصر ماهوی و شکلی «زجر دهندگی» رسوا کنندگی»، «قطعیت» و «معین بودن» از ویژگی های مجازات حدی در اسلام و مجازات کیفری در غرب است، لکن در نظام کیفری اسلام، هرگز به سازوکار و چارچوب ارایه شده از حقوق سکولار غرب بسنده نشده و از تمام ظرفیت ها برای پشتیبانی از احکام و مقررات الزام آور استفاده شده است.

نتیجه آن که: محرمات، بر اساس ترتب مجازات بر آن، سه گونه هستند: دسته اول، محرماتی که صراحتاً کیفر معین و مشخص دارد و گریزی از اجرای آن نیست (حدود). دسته دوم، محرماتی که اگر چه کیفری معین و مشخص دارد، لکن به لحاظ مصلحت عمده حق الناسی بودن، اجرای آن قطعی نیست، بلکه به نظر مجنی علیه بستگی دارد (قصاص) و دسته سوم، محرماتی که بر اساس مصلحت، امکان اجرا یا انتفای مجازات برای آن وجود دارد (تعزیر).

وجود ضمانت اجرای غیر کیفری؛ مانند کفاره، صدقه، تقوا و خود کنترلی نیز اگر چه لازم است و لازمه یک جامعه فرهیخته و متعالی است، لکن اتکای صرف به

۱۰۶. تمیمی آمدی، عبدالواحد بن محمد، غرر الحکم و درر الکلم، انتشارات دفتر تبلیغات

اسلامی قم، ۱۳۶۶ هجری شمسی، ص ۴، ح ۵۳۴۲.

۱۰۷. مراجعه کنید به: مهرپور، حسین، همان، ص ۱۰۵.

آن برخلاف واقع بینی لازم برای تدبیر یک نظام تشریحی است. بی شک، دین اسلام قوانینی را برای هدایت انسان‌ها وضع کرده است که عنصر الزام، مشخصه اصلی بعضی از این قوانین است (واجبات و محرمات). هر نظام تقنینی اعم از بشری و فرابشری، به حفظ نظام تشریحی الزامی خود اهتمام ویژه‌ای دارد و برای حمایت از آن از سازوکارهای مختلفی استفاده می‌کند که یکی از این سازوکارها و شدیدترین و آخرین آنها، قوانین کیفری است. در نظام تشریحی اسلام نیز الزامات شرعی (محرمات و واجبات) با سازوکارهای مختلفی از جمله (احکام وضعی، تقوا و پرهیزکاری، توبه، کفارات و ...) حمایت می‌شود که لازم و ضروری است، ولی در برخی از موارد کافی نیست؛ لذا نظام کیفری، به عنوان آخرین مرحله دفاع از نظام تشریح وجود دارد که امکان حمایت از احکام الزام آور دینی را ایجاد می‌کند.

بی شک، گرایشهای غیر کیفری در حمایت از الزامات دینی، در سیاست جنایی اسلام بسیار روشن و فراگیر است ولی این به معنای حذف ابزار کیفری به عنوان ابزاری مؤثر برای حمایت از احکام الزام آور اسلام، نیست. نهاد تعزیر، ابزاری قوی و انعطاف پذیر برای حمایت از این قوانین الزام آور اسلامی است.

فهرست منابع و مآخذ

۱. آخوند خراسانی، کفایة الاصول، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۹ هجری قمری.
۲. آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، انتشارات فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ ۴.
۳. اردبیلی، حقوق جزای عمومی، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۷ ه. ش.
۴. حسینی بحرانی، سید هاشم، البرهان فی تفسیر القرآن، بنیاد بعثت، تهران، چاپ اول، ۱۴۱۶ ه. ق.
۵. بکاریا، سزار، رساله جرایم و مجازات‌ها، ترجمه محمد علی اردبیلی،

- تهران، نشر میزان، ۱۳۸۰ هـ. ش.
۶. تمیمی آمدی، عبدالواحد بن محمد، غرر الحکم و درر الکلم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی قم، ۱۳۶۶ هجری شمسی.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن بن علی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، مؤسسه آل البيت (ع) ۱۴۰۹ هـ. ق، چاپ اول، قم.
۸. خویی، ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج، بی جا، بی نا، بی تا، ج ۴۱.
۹. روحانی، محمد حسین، منتقى الاصول، چاپخانه امیر، ۱۴۱۳ هجری قمری.
۱۰. سید فیروزآبادی، عنایة الاصول، انتشارات فیروزآبادی - قم، ۱۴۰۰ هجری قمری.
۱۱. شهید اول، القواعد و الفوائد، کتابفروشی مفید، بی تا، بی جا.
۱۲. شیخ انصاری، فرائد الاصول، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
۱۳. صدر، سید محمد باقر، مباحث الاصول، ۱۴۰۸ هجری قمری، بی جا.
۱۴. صدر، سید محمد باقر، بحوث فی علم الاصول، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ هجری قمری.
۱۵. طباطبایی، سید محمد حسین، المیزان فی تفسیر القرآن، دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ پنجم، ۱۴۱۷ هـ. ق.
۱۶. طبرسی، فضل بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، انتشارات ناصر خسرو - تهران، چاپ سوم، ۱۳۷۲ هـ. ش.
۱۷. عوده، عبدالقادر، التشریح الجنائی الاسلامی: مقارناً بالقانون الوضعی، بیروت، دارالکتاب العربی، بی تا.
۱۸. فلچر، جورج پی، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، ترجمه سیدزاده ثانی، مهدی، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۱۹. قیاسی، جلال الدین، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی، قم، پژوهشگاه

- حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۸ هـ. ش.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، شرکت انتشار، چاپ ۱۳.
۲۱. کلینی، محمدبن یعقوب، الکافی، مکتبه الاسلامیه، تهران، بی تا.
۲۲. گاستون، استفانی، حقوق جزای عمومی، ترجمه حسن دادبان، انتشارات دانشگاه علامه، تهران، ۱۳۷۷ هـ. ش.
۲۳. گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم.
۲۴. مجلسی دوم، مولی محمد باقر بن مولی محمد تقی، حدود و قصاص و دیات، مؤسسه نشر الآثار الإسلامیه، قم، نوبت چاپ: اول، بی تا.
۲۵. مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نمونه، دار الکتب الإسلامیه - تهران، چاپ اول، ۱۳۷۴ هـ. ش.
۲۶. منتظری، حسینعلی، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ترجمه محمود صلواتی، چاپ نمونه، قم، ۱۳۷۰ هـ. ش.
۲۷. منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیه، المركز العالمی للدراسات الاسلامیه، قم، چاپ اول، ۱۴۰۸ هـ. ق.
۲۸. مهرپور، حسین، دیدگاههای جدید در مسائل حقوقی، نشر اطلاعات، تهران، ۱۳۷۴ هـ. ش.
۲۹. میری دلماس، مارتی، نظام های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۱ هـ. ش.
۳۰. میرزای آشتیانی، بحر الفوائد، کتابخانه آیت الله العظمی مرعشی، ۱۴۰۳ هجری قمری.
۳۱. نجفی، محمد حسن بن شیخ محمد باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت.

۳۲. نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، مؤسسه آل البيت عليهم السلام - بیروت، نوبت چاپ: اول، ۱۴۰۸، هـ. ق.

مقالات:

۳۳. رضا نوریها، سیاست جنایی سرگردان، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵ و ۲۶، بهار و تابستان ۷۸.

۳۴. رضا نوریها، اصلی منطقی و ناب گرفتار مفاهیمی مملو از ابهام، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۳۷.

۳۵. گودرز افتخار جهرمی، اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها و تحولات آن، تابستان ۷۸.

۳۶. محمد جعفر حبیب زاده «رژیم قانونی بودن حقوق کیفری عامل مؤثر در رشد و توسعه»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۲۳.

۳۷. سید محمد حسینی «رابطه مفهوم شرعی گناه و مفهوم حقوقی جرم و نسبت تحریم و تجریم»، علوم جنائی (مجموعه مقالات در تجلیل از استاد محمد آشوری)، نشر سمت، ۱۳۸۳.

۳۸. سید حسین هاشمی، و جعفر کوشا «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها»، نامه مفید، ش ۲۶.

۳۹. محمد رضا کدخدایی «حق کیفر و مبنای آن از منظر اسلام و مکاتب بشری»، مجله معرفت، ش ۱۲۵.

۴۰. _____، بررسی فقهی - حقوقی قاعده «التعزیر فی کل معصیة»، مجله فقه اهل بیت (ع)، ش ۵۸، پاییز ۸۷.

نرم افزارها:

نرم افزار جامع التفاسیر؛ جامع فقه اهل بیت (ع)؛ درایة النور؛ اصول فقه؛ جامع الاحادیث؛ نورالفقاهه؛ المعجم ۳.