

تعیین مجازات شلاق، بیش از تعداد حدی در تعدد و تکرار جرایم تعزیری

(نقد رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۲۳۱۵۲۰۰۵۹۰-۹۳/۰۶/۲۶-۱۳۹۳)
شعبه دوم دادگاه تجدیدنظر استان سمنان)

محمد رحیم خاکی^۱

چکیده

رویکرد قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، در تعدد جرم تعزیری یا تکرار آن، تشدید مجازات است، بدین نحو که در صورت ارتکاب جرایم تعزیری (تا سه جرم منهای درجه‌های هفت و هشت)، طبق ماده‌ی ۱۳۴ آن قانون، دادگاه مکلف به تعیین حداکثر مجازات قانونی برای هر یک از جرایم شده و در صورت ارتکاب بیش از سه جرم تعزیری منهای درجه‌های ۸ و ۷، قاضی مکلف است بیش از حداکثر مجازات قانونی هر جرم به شرطی که از حداکثر به علاوه‌ی نصف آن تجاوز نکند، مجازات تعیین نماید و در هر یک از موارد مذکور، تنها مجازات اشد را قابل اجرا دانسته است، همچنین در ماده‌ی ۱۳۷ همان قانون، راجع به تکرار جرم، در صورت وجود شرایط مقرر، دادگاه ملزم به تعیین مجازات برای مجرم، بیش از حداکثر مجازات قانونی شده است، به شرطی که از یک و نیم برابر آن تجاوز ننماید.

با این وصف، برخی از دادگاه‌ها از جمله دادگاه تجدیدنظر استان سمنان، با این استدلال که تعیین مجازات شلاق بیش از ۷۴ ضربه، منع شرعی دارد، آرای صادر

۱. کارشناس ارشد، فقه و حقوق، قاضی دادگستری

شده از محاکم بدوی را که در موارد تکرار یا تعدد جرم، بیش از ۷۴ ضربه شلاق تعیین نمودند را به ۷۴ ضربه تقلیل داده است.

دادنامه‌ای که مورد نقد واقع شده است، در شعبه‌ی دوم دادگاه تجدیدنظر استان سمنان صادر شده که در مقام تجدیدنظرخواهی دو نفر محکوم علیه به اتهام مشارکت در ارتکاب دوازده فقره سرقت تعزیری، مجازات ۱۱۱ ضربه شلاق آن‌ها را به ۷۴ ضربه، تقلیل داده است. در این مقاله، ضمن بیان مفهوم تعزیر و جایگاه قاعده‌ی فقهی "التعزیر دون الحد"، دادنامه‌ی صادر شده مورد نقد واقع و عدم منع شرعی تعیین مجازات شلاق بیش از حدی در موارد معنون نتیجه‌گیری می‌شود.

واژگان کلیدی: تعزیر، تعدد جرم، تکرار، شلاق، دون حد

مقدمه

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در صورت ارتکاب جرایم متعدد، مجازات‌ها با هم تداخل نداشتند و برای هر یک از جرایم مادی غیرمشابه، مجازات تعیین می‌گردید و مجازات‌های مذکور با هم جمع و هر کدام جداگانه اجرا می‌شدند و در جرایم متعدد مادی مشابه، فقط یک مجازات تعیین می‌گردید (ماده‌ی ۴۷ آن قانون) و دکترین حقوقی و رویه‌ی قضایی، تعیین مجازات بیش از حداکثر مجازات‌های قانونی را برای جرایم متعدد مادی مشابه، نپذیرفته بود و به همین لحاظ سقف مجازات قانونی برای مجرم، در نظر گرفته می‌شد، اما این خلاء در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مرتفع گردید به نحوی که دادگاه مکلف شده است در صورت ارتکاب جرایم متعدد (سه جرم و بالاتر منهای درجه‌های هفت و هشت) بیشتر از حداکثر مجازات قانونی جرم تعیین نماید، مشروط بر آن که از حداکثر به علاوه‌ی نصف آن تجاوز ننماید. با این روی کرد، ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار شرایط جدیدی وضع نموده و ساز و کار قدیم را تغییر داده است.

مسأله‌ای که مورد اختلاف حقوق دانان و قضات محاکم واقع شده، این است که برخی معتقدند با وجود تصریح قانون‌گذار در مواد ۱۳۴ و ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ که شورای محترم نگهبان نیز آن را مغایر با شرع ندانسته است، تعیین مجازات شلاق تعزیری بیش از تعداد حدّی، منافاتی با قاعده‌ی فقهی "التعزیر دون الحد" ندارد اما در مقابل گروهی بر این باورند که نمی‌توان بیش‌تر از تعداد شلاق حدّی تعزیر نمود.^۱ این اختلاف به گونه‌ای است که در حال حاضر تعداد کثیری از آرای صادر شده از محاکم بدوی که در موارد تعدد جرایم تعزیری یا تکرار، بیش از ۷۴ یا ۹۹ ضربه شلاق تعیین مجازات گردیده است در دادگاه تجدیدنظر استان سمنان به دون حدّ که حدّ قوادی (۷۵ ضربه) است، تقلیل می‌یابد، این گروه از قضات محترم معتقدند، به جز جرایم منافی عفت که تا ۹۹ ضربه جایز است در سایر موارد، مجازات شلاق باید از ۷۵ ضربه کمتر باشد.

استدلال گروه مقابل این است، که در قوانین مجازات اسلامی ایران (سابق و فعلی) تعزیر اعم از حبس، شلاق و جزای نقدی است، لذا هم‌چنان که در تعیین مجازات حبس بیش از سقف قانونی در موارد تعدد یا تکرار جرم، تردیدی وجود ندارد، در مورد شلاق یا جزای نقدی نیز همین گونه است.

نکته‌ی قابل توجه این است که در کتب فقهی یا حقوق جزای عمومی به صورت ویژه به این موضوع پرداخته نشده است و برخی فتاوی فقها به صورت موردی وجود دارد که مجازات تعزیری را تشدید نموده‌اند. حال با توجه به قاعده‌ی فقهی "التعزیر دون الحد" که بین هم‌هی فقها و حقوق دانان پذیرفته شده است، کدام استدلال صحیح‌تر است؟

حال در ابتدا به شرح رای مورد بررسی می‌پردازیم؛

۱. نشست قضایی دادگستری کل استان سمنان - مهرماه ۱۳۹۳

متن رأی شماره ۹۳۰۹۹۷۲۳۱۵۲۰۰۵۹۰ - ۱۳۹۳/۰۶/۲۶ دادگاه تجدید نظر استان سمنان:

"در خصوص تجدیدنظرخواهی آقایان ۱- (ف.ف) ۲- (ا.م) هر کدام نسبت به دادنامه شماره ۴۵۸-۱۳۹۳/۵/۹-شعبه ۱۰۳ دادگاه عمومی جزایی سمنان که به موجب آن تجدیدنظرخواهان به اتهام مشارکت در چهار فقره سرقت موضوع شکایت آقایان... و خانم...، ایضاً تجدیدنظرخواه ردیف اول به اتهام مباشرت در سرقت‌های موضوع شکایت آقایان... و خانم...، هم‌چنین تجدیدنظرخواه ردیف دوم به اتهام مباشرت در سرقت‌های موضوع شکایت آقایان... به شرح استدلال و مستندات منعکس در دادنامه مرقوم، تجدیدنظرخواه ردیف اول به تحمل هشت فقره چهار سال و نیم حبس و هشت فقره ۱۱۱ ضربه شلاق تعزیری و دو فقره سه سال حبس و دو فقره دیگر ۱۱۱ ضربه شلاق تعزیری و تجدیدنظرخواه ردیف دوم به تحمل پنج فقره چهار سال و نیم حبس و پنج فقره ۱۱۱ ضربه شلاق تعزیری و تحمل یک فقره سه سال حبس و یک فقره دیگر ۱۱۱ ضربه شلاق تعزیری به علاوه هر یک به ردّ عین و در صورت فقدان عین به ردّ مثل یا قیمت حین الادای اموال مسروق به شرح منعکس در دادنامه در حق شکات محکوم شده اند، از آنجا که میزان مجازات تعزیری نباید از مقدار مجازات حدی بیش تر باشد، لهذا این دادگاه ضمن اصلاح همه مجازات‌های شلاق مورد لحوق حکم بدوی را از ۱۱۱ ضربه به ۷۴ ضربه، نظر به این که از توجه به جامع اوراق و محتویات پرونده بدوی و تحقیقات و اقدامات معموله در آن مرحله از رسیدگی از ناحیه تجدیدنظرخواهان اعتراض خاص و موجهی که موجبات فسخ رأی صادره را ایجاب نماید به عمل نیامده و رأی صادره با هیچ‌یک از جهات و شقوق ماده ۲۴۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری نیز قابل انطباق بنظر نرسیده و از حیث رعایت تشریفات و اصول رسیدگی نیز فاقد ایراد و اشکال مؤثر قانونی بوده لذا با

رد تجدیدنظرخواهی، دادنامه تجدیدنظرخواسته نتیجتاً با اصلاح به عمل آمده تأیید می‌گردد، رأی صادره قطعی است." مستشاران شعبه‌ی دوم دادگاه تجدیدنظر استان سمنان

همان‌طور که ملاحظه می‌فرمایید، مستشاران محترم دادگاه تجدیدنظر استان سمنان، فقط مجازات‌های شلاق تعیین شده را تا میزان ۷۴ ضربه تقلیل داده‌اند ولی مجازات‌های حبس را که بیش‌تر از حداکثر مجازات قانونی است، تأیید فرموده‌اند.

اهمیت بحث

ممکن است این پرسش در ذهن پدیدار آید که با توجه به این که در قانون مجازات اسلامی جدید، مجازات اشدّ اجرا می‌شود و در رأی اشاره شده، بالاترین مقدار حبس و شلاق اجرا می‌گردد، پرداختن به این موضوع، به خاطر اختلاف تعدادی شلاق، چندان مهم نیست، ولی واقعیت این است که همیشه این‌گونه نیست. اهمیت بحث، زمانی آشکار می‌شود که دادگاه‌ها در تعیین مجازات حبس یا شلاق مخیرند، به طور مثال چنانچه یک نفر مرتکب چهار جرم تهدید شده باشد، با توجه به این که طبق ماده‌ی ۶۶۹ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ (کتاب پنجم تعزیرات) مجازات دو سال حبس یا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری پیش‌بینی شده و هر دو مجازات، درجه‌ی شش هستند، دادگاه می‌تواند در این موضوع تا سه سال حبس یا ۱۱۱ ضربه شلاق تعزیری، مجازات تعیین نماید و در تعیین هر کدام از آن‌ها مخیر است، لذا در صورت استدلال مذکور مبنی بر منع شرعی در تعیین مجازات شلاق بیش از ۷۴ ضربه، نتیجه این می‌شود که در صورت انتخاب مجازات شلاق توسط دادگاه، دیگر نمی‌توان بیش‌تر از ۷۴ ضربه تعیین نمود، که این نظر ممکن است تالی فاسد داشته باشد، بدین نحو که امکان دارد برخی قضات محترم، تعیین مجازات ۷۴ ضربه شلاق تعزیری را برای مجرمی که چهار جرم تهدید انجام داده

است را متناسب ندانند و با لحاظ این که در تعیین مجازات حبس بیش از سقف قانونی (مشروط بر آن که از حداکثر به علاوه‌ی نصف تجاوز نکند) تردیدی وجود ندارد، به سمت تعیین مجازات حبس، سوق پیدا کنند، که این موضوع خلاف سیاست حبس زدایی است.

به علاوه چه بسا اجرای ۱۱۱ ضربه شلاق تعزیری اثر بازدارندگی بیش‌تری داشته باشد و اثرات مخرب حبس را ندارد. لذا نگارنده را بر آن داشت که با تأکید بر مبانی فقهی به این موضوع بپردازد.

جهت ادامه‌ی بحث، پرداختن به تعریف و مفهوم تعزیر ضروری به نظر می‌رسد:

معنی لغوی تعزیر

تعزیر در لغت به معنی نکوهیدن^۱، ملامت کردن^۲، گوش مالی دادن و ادب کردن^۳ است. البته در منابع لغوی به معانی دیگر تعزیر شامل عقوبت کردن، ضربی که کمتر از حد است^۴ و چوب زدن^۵ نیز اشاره شده است.

معنی اصطلاحی تعزیر

در اصطلاح شرعی، تعزیر به مجازات یا عقوبتی است که در شرع، اندازه‌ای برای آن تعیین نشده است.^۶ مرحوم صاحب جواهر در بیان تعزیر، آورده است:

۱. دهخدا، علی اکبر، ۱۳۸۵، لغت‌نامه، ج اول، چاپ اول، تهران، مؤسسه‌ی انتشارات دانشگاه تهران، ص ۷۵۲.

۲. عمید، حسن، ۱۳۸۹، فرهنگ عمید، چاپ اول، تهران، انتشارات راه رشد، ص ۳۷۵.

۳. معین، محمد، ۱۳۷۵، فرهنگ فارسی، ج اول، چاپ نهم، تهران، مؤسسه‌ی انتشارات امیر کبیر، ص ۴۰.

۴. دهخدا، همان

۵. عمید، همان

۶. جعی عاملی (شهیدثانی)، زین العابدین بن علی بن احمد، ۱۴۱۹ه.ق، مسالک الافهام، ج ۱۴، مؤسسه‌ی معارف

الاسلامیه، ص ۸۲

مقدار تعزیر بستگی به نظر حاکم شرع دارد که به اقتضای زمان و مکان، نوع گناه و مرتکب شونده آن، تفاوت می‌کند ولی همواره از بالاترین حد شرعی که یکصد تازیانه است، کمتر است.^۱

در اصطلاح حقوقی نیز، تعزیر مجازاتی است که شامل شرایط زیر است:
الف- دارای حداقل و حداکثر است.

ب- حداکثر آن در قانون معین است ولی به اندازه‌ی حد نیست.

ج- تعیین حداقل به اختیار قاضی واگذار شده است.^۲

لازم به توضیح است که واژه‌ی تعزیر از واژه‌های رایج در فقه اسلامی است که روایات متعددی در این زمینه وجود دارد که دو قاعده‌ی فقهی مهم یعنی قاعده‌ی "التعزیر دون الحد" و "التعزیر بما یراه الحاکم" را فقها از آن استخراج فرموده‌اند، البته تعزیر منصوص شرعی نیز وجود دارد که نوع و مقدار آن در شرع مشخص شده است ولی تعداد آن‌ها از عدد انگشتان دو دست کمتر است که به لحاظ عدم ارتباط به موضوع، به آن نمی‌پردازیم.

تعزیر در قانون مجازات اسلامی

در ماده‌ی ۱۶ از قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ آمده بود: تعزیر، تأدیب یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده از قبیل حبس، شلاق و جزای نقدی که میزان شلاق بایستی از مقدار حد کمتر باشد. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، ضمن آن که قانون‌گذار، مجازات‌ها را به چهار دسته تقسیم نموده است (حدود، قصاص، دیات، تعزیرات) در ماده‌ی ۱۸ آن، تعزیر را مجازاتی دانسته که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به

۱. نجفی، محمدحسن، ۱۳۶۷، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۱، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ص ۱۴۰.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۹۴، ترمینولوژی حقوق، ج اول، چاپ ۲۷، تهران، انتشارات گنج دانش، ص ۱۳۸.

موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. ضمن آن که تعیین نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیری را به قانون محول کرده است و دادگاه را مکلف نموده که در صدور حکم تعزیری با رعایت مقررات قانونی، انگیزه‌ی مرتکب یا وضعیت ذهنی و روانی وی، شیوه‌ی ارتکاب جرم، گستره‌ی نقض مقررات، اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم، سوابق، وضعیت فردی، اجتماعی و خانوادگی، تأثیر تعزیر بر مجرم را لحاظ نماید.

در ماده‌ی ۱۹ همین قانون، مجازات‌های تعزیری به هشت درجه، تقسیم بندی شده است که شامل مجازات‌های حبس، شلاق و جزای نقدی است. همان‌طور که ملاحظه می‌شود با مقایسه‌ی این دو ماده، معلوم می‌گردد که منظور قانون‌گذار از مجازات تعزیری یا تعزیر، فقط شلاق نیست، بلکه شامل حبس و جزای نقدی نیز می‌شود و به نظر نگارنده، هرچند در مبانی فقهی از تعزیر به شلاق تعبیر شده است، ولی این موضوع می‌تواند از باب تغلیب باشد و آلا تعزیر، اختصاصی به شلاق ندارد و به نظر حاکم واگذار شده است.

جایگاه قاعده‌ی فقهی "التعزیر دون الحد"

قاعده‌ی مذکور از مهم‌ترین قواعد فقه جزایی اسلام است که سند آن روایات متعددی است که هرچند برخی فقها راجع به سند یا دلالت برخی از آن‌ها مناقشه یا خدشه وارد کرده اند، اما مسلم این است که درهمه‌ی روایات به دون حد بودن تعزیر اشاره شده و قاعده‌ی "التعزیر دون الحد" بین مشهور فقها پذیرفته شده است که در این جا از ذکر روایات و نظرات فقها راجع به دلالت یا سند آن‌ها، به جهت جلوگیری از اطاله‌ی کلام، خودداری می‌گردد اما، معتبرترین روایت از حیث سند که ذکر آن مفید است، صحیح‌ی حماد بن عثمان از امام جعفر صادق «علیه السلام»

است که از ایشان در مورد مقدار تعزیر سؤال شده است و امام در پاسخ فرموده‌اند: کمتر از حدّ است، سائل پرسیده است، یعنی کم‌تر از هشتاد ضربه، امام فرموده است، نه، بلکه کم‌تر از چهل ضربه که حدّ مملوک است، مجدداً سؤال شده است که به چه اندازه؟ فرمودند به اندازه‌ای که حاکم با در نظر گرفتن گناه شخص و توانایی او صلاح بداند.^۱

این روایت که به صحیح‌هی حماد معروف است، دلالتش در بیان قاعده‌ی «التعزیر دون الحد»، روشن است، اما به جهت این که در این روایت، کم‌ترین اندازه‌ی تعزیر انسان آزاد، هشتاد ضربه ذکر شده است، برخی از فقها به آن خدشه وارد نموده‌اند زیرا کم‌ترین حدّ انسان آزاد، حدّ قوادی یعنی ۷۵ ضربه است و با این تعبیر، برخی فقها قائل‌اند که امام (ع) در پاسخ به این سؤال در مقام بیان تمام موضوع نبوده است و ظاهراً مقصود سؤال کننده، تعزیری شبیه حدّ قذف بوده که امام به هشتاد ضربه اشاره نموده است.^۲ به همین جهت بین فقهای عظام از حیث حداقل حدّ، اختلاف نظرهایی به وجود آمده و اقوال مختلفی مطرح شده است که در این جا به چند مورد آن اشاره خواهیم نمود:

۱- عدّه‌ای از فقها قائل‌اند، بالاترین حدّ حُرّ، یکصد تازیانه است و در عبد، حداکثر چهل است، لذا تعزیر در حُرّ تا ۹۹ ضربه و در بنده تا ۳۹ ضربه است.^۳

۱. الحسین بن محمد عن معلی بن محمد عن الحسن بن علی عن حماد بن عثمان، قال قلت: لابی عبدالح (ع)، کم التعزیر؟ فقال دون الحد، قلت دون ثمانین؟ فقال: لا ولكن دون الأربعین فانه حد المملوک، قلت و کم ذلک؟ قال: علی قدر ما یری الوالی من ذنب الرجل و قوه بدنه (ثقة الاسلام کلیبی، کافی، ج ۷، دارالکتاب الاسلامیه، تهران، ۱۳۶۵، ص ۲۴۱).

۲. جهت مطالعه ی بیشتر، رجوع شود به: سیدمحمد امین هاشمی، مقاله‌ی قاعده‌ی التعزیر دون الحد، مجله‌ی فقه اهل بیت (علیهم السلام)، قم، چاپ اول، سال ۸۸ شماره ۵۷، ص ۱۸۷ و ص ۱۸۸.

۳. این نظر مرحوم محقق حلی است که نظر مشهور فقها نیز همین است و در درس خارج فقه آیت اله جعفر سبحانی به آن اشاره شده است.

- ۲- عده‌ای دیگر از فقها، اقل میزان حدّ را ۷۵ ضربه در نظر می‌گیرند و قائل‌اند که همان حدّ قوادی است و اقلّ آن هم در عبد، چهل است، لذا تعزیر انسان آزاد را تا ۷۴ ضربه جایز می‌دانند.^۱
- ۳- تعدادی از فقها، عمل ارتكابی را با سنخ آن عمل که دارای حدّ است می‌سنجند، یعنی مثلاً اگر فحاشی کرده است چون حدّ قذف، هشتاد ضربه است و فحاشی از سنخ آن، لذا در فحاشی می‌توان تا ۷۹ ضربه تعزیر کرد و در جرم منافی عفت، تعزیر تا ۹۹ ضربه را جایز می‌دانند.^۲
- ۴- عده‌ی دیگری قائل‌اند که باید میان جرم منافی عفت و سایر تعزیرات، تفکیک قائل شد، بدین نحو که در جرایم تعزیری غیر از منافی عفت، چون کم‌ترین میزان حدّ، هفتاد و پنج ضربه است، تا ۷۴ ضربه می‌شود تعزیر کرد و در اعمال منافی عفت به دلیل روایات خاصی که وجود دارد، تعزیر تا ۹۹ ضربه جایز است.^۳
- به نظر می‌رسد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ (کتاب پنجم تعزیرات) نیز، نظریه‌ی اخیر را مدّ نظر قرار داده است، زیرا در تمامی موارد جرایم تعزیری تا ۷۴ ضربه شلاق پیش بینی شده و تنها در ماده‌ی ۶۳۷ آن قانون راجع به جرایم منافی عفت، به شلاق تعزیری تا ۹۹ ضربه اشاره نموده است.

۱. تعدادی از فقها از جمله مرحوم شهید اول، قائل به تساوی تعزیر بین انسان آزاد و بنده است و تفکیک مذکور را فقط شامل حدود می‌دانند- کتاب القواعد و الفوائد. ص ۳۷.

۲. سبحانی، جعفر، درس خارج فقه، کتاب الحدود و تعزیرات، ۱۳۹۰/۲/۱۹، سایت ارتباط شیعی- حضرت آیت اله سبحانی این نظر (نظر سوم) را پذیرفته‌اند که نظر شهید ثانی نیز همین است و می‌فرمایند به انصاف نزدیک‌تر است، ص ۱۰.

۳. مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا- شماره‌ی ۲۴۹۷-۱ (۱۸۹۴-۱)

برخی حقوق‌دانان معتقدند قاعده‌ی مذکور در همه‌ی جرایم تعزیری مصداق ندارد، بلکه برای جرایمی مصداق دارد که برای آن جرایم، حدّ تعیین شده است لذا محدودیتی برای سقف تعزیر وجود ندارد.^۱

ردّ استدلال قضات محترم دادگاه تجدیدنظر

واقع این است که در منابع فقهی، در این مقوله، مبحث جداگانه‌ای که به صورت ویژه به آن پرداخته شده باشد، وجود ندارد ولی به صورت موردی، راجع به تشدید برخی جرایم موجب حدّ یا تعزیر در موارد تکرار آن‌ها، سخن به میان آمده است، که همگی حاکی از تجویز تشدید مجازات در این گونه موارد است.

توجه به اهداف مجازات‌ها، یکی از مواردی است که به تصمیم‌گیری موضوع کمک می‌نماید، مجازات از سویی به اصلاح بزهکار و بازگشت او به جامعه می‌انجامد و از سوی دیگر هشدار برای دیگران است که مرتکب جرم نشوند. ترس از کیفر، مانع ارتکاب جرم می‌گردد و به عبارتی، پیش‌گیری از وقوع جرم با تعیین مجازات متناسب امکان‌پذیر خواهد بود که اگر موفقیتی در پیش‌گیری وجود نیاید، ناشی از خفّت کیفر است که باید تشدید گردد.^۲

از آن‌چه گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که مجرای قاعده‌ی "التعزیر دون الحد" در جایی است که قاضی در صدد تعیین مجازات برای یک جرم تعزیری است نه جرایم متعدد، زیرا عقل حکم می‌کند، بین مجرمی که یک جرم انجام داده با مجرمی که جرایم تعزیری متعدد مرتکب شده یا تکرار کرده است، تفاوت قائل شویم، از طرفی در تکرار جرم، معلوم می‌شود که مجرم با مجازات تعزیری قبلی، تنبه نیافته است زیرا یکی از اهداف اصلی مجازات مجرم، اصلاح و تنبیه اوست که

۱. زراعت، عباس، ۱۳۸۲، شرح قانون مجازات اسلامی - بخش تعزیرات، تهران، ققنوس، ص ۱۰.

۲. نوریها، رضا، ۱۳۸۳، نگاهی به قانون مجازات اسلامی، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ص ۷۵.

دیگر تکرار نکند، ولی وقتی مجرمی مرتکب تکرار جرم می‌گردد، همه‌ی عقلا می‌پذیرند که مجازات دوم، از مجازات اول شدیدتر باشد، حال در شرایطی که قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در شورای محترم نگهبان بررسی شده و مغایرت آن با شرع تشخیص نشده است، از طرفی قضات محترم دادگستری، مأذون از ولی فقیه هستند و به موجب قانون تصمیم‌گیری و رأی صادر می‌نمایند، با وجود شرایط مقرر در ماده‌ی ۱۳۴ (و تبصره‌های آن) و ماده‌ی ۱۳۷ آن قانون، دادگاه مکلف به تعیین مجازات بیش از حداکثر مجازات قانونی (در ارتکاب بیش از سه جرم منهای درجه‌های هفت و هشت یا در تکرار جرم با لحاظ شرایط قانونی آن) شده است و در همین قانون، مجازات تعزیری اعم از حبس و شلاق و جزای نقدی در نظر گرفته شده است، چطور می‌توان به قاعده‌ی مذکور، تمسک جست و به مجازات شلاق تعزیری بیش از تازیانہ ی حدی حکم نداد، در حالی که در مورد مجازات حبس، چنین تردیدی وجود ندارد، حال آن‌که هم به موجب قانون، هم به موجب عقل و عرف، مجازات حبس شدیدتر از شلاق است (ملاک تبصره‌ی ۳ از ماده‌ی ۱۹ ق.م.ا. ۱۳۹۲) لذا جایی برای شبهه‌ی مذکور باقی نمی‌ماند که از باب تشدید مجازات با لحاظ شرایط قانونی، مجازات شلاق، بیش از حدی تعیین گردد که «کلُّ ما حکم به العقل، حکم به الشرع»، از طرفی شارع مقدس نیز، تشدید مجازات به جهت تکرار یا تعدد جرم را ردع (منع) ننموده است. استدلال دیگری که موجب تحکیم استدلال فوق می‌گردد این است که در فقه اسلامی، هر جا موضوع تغییر می‌کند، حکم نیز متفاوت خواهد بود و تغییر حکم به تبع تغییر موضوع، مورد تأیید همه‌ی فقها و حقوق‌دانان است، به عبارت دیگر وقتی برای مجرمی که یک جرم مرتکب شده، می‌خواهیم مجازات تعزیری تعیین کنیم، باید مجازات تعزیری کمتر از حد باشد ولی وقتی مجرمی مرتکب جرایم تعزیری متعدد می‌گردد یا جرم را تکرار می‌کند، موضوع آن تفاوت کرده و به تبع آن حکم نیز

متفاوت است و نمی‌توان به قاعده‌ی مذکور تمسک جست لذا استدلال مندرج در رأی اشاره شده، راجع به تقلیل مجازات شلاق تعزیری، قابل پذیرش نیست. شاهد این استدلال، موارد متعددی از نظرات فقهاست که در صورت تکرار جرم تعزیری، مجازات بعدی شدیدتر و حتی در مراتب بالاتر تبدیل به حدّ یا قتل می‌گردد. مانند:

۱- اگر دو مرد به صورت برهنه زیر یک پوشش یافت شوند، تعزیر می‌گردند و اگر تکرار کردند، مجدد تعزیر می‌شوند و در صورت تکرار برای بار سوم، حدّ بر آن‌ها جاری می‌شود^۱، همین‌طور در مورد دو زن برهنه، به این موضوع اشاره شده است و برخی قائل شده‌اند که زن برای بار چهارم کشته می‌شود و تعدادی فقها گفته‌اند در مرتبه‌ی نهم یا دوازدهم، کشته می‌شود.^۲

۲- کسی که حیوانی را وطی کند، تعزیر می‌گردد، اگر سه بار این عمل را تکرار کرد و تعزیر اجرا شد، در مرتبه‌ی چهارم کشته می‌شود^۳ و سایر فتاوی که به صراحت، تشدید مجازات تعزیری را در موارد تکرار آن، بیان کرده‌اند از قبیل؛ تعزیر کسی که محرّماتی چون خوردن میته، خون یا خوک مرتکب گردد و تعزیر شود، سپس آن را تکرار کند یا کسی که نبش قبر نماید، که در صورت تکرار آن‌ها، به مجازات شدیدتر (حدّ یا قتل) فتوا صادر فرموده‌اند.

باید توجه داشت که اینجا در مقام قیاس نیستیم که خرده گرفته شود، در حقوق کیفری قیاس جایگاهی ندارد، بلکه این به جهت تغییر موضوع است که به تبع آن،

۱. حلی (علامه)، حسن بن یوسف، ۱۳۸۲، تبصره المتعلمین فی احکام الدین، مؤسسه‌ی چاپ و نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، چاپ اول، ص ۱۸۶

۲. خمینی، سیدروح اله، ۱۳۸۵، ترجمه تحریر الوسیله، ج دوم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، تهران، چاپ و نشر عروج، صص ۵۰۱، ۵۰۲

۳. حلی (محقق)، جعفر بن حسن، ۱۳۶۸، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، ابوالقاسم احمد یزدی، ج ۴، تهران، دانشگاه تهران، ص ۱۷۵.

حکم نیز تغییر می کند، (یک موضوع می شود، تعیین مجازات برای مجرمی که یک جرم تعزیری انجام داده است و موضوع دیگر، تعیین مجازات برای مجرمی است که یک بار مجازات در مورد وی اجرا شده و باز هم مرتکب جرم گردیده یا چند جرم انجام داده است) لذا به این جهت، تشدید مجازات شلاق با لحاظ شرایط مقرر قانونی به تعداد بیش از یکصد تازیانه‌ی حدی، منع شرعی ندارد.

در تأیید بحث، نظر حضرت آیت الله مکارم شیرازی، نظریه‌ی مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا و نظریه‌ی مشورتی اداره‌ی کل حقوقی قوه‌ی قضائیه ذکر می‌گردد:

استفتا از حضرت آیت الله مکارم شیرازی

حضرت آیت الله مکارم شیرازی در پاسخ به سؤال زیر مبنی بر این که: «با لحاظ قاعده‌ی "التعزیر دون الحد" در موارد ارتکاب جرایم متعدد تعزیری (ارتکاب بیش از سه جرم که در قانون پیش‌بینی شده است) یا در تکرار جرم تعزیری، تعیین مجازات شلاق، بیش از تعداد شلاق حدی (از باب تشدید مجازات به جهات مذکور) جایز است یا منع شرعی دارد؟ فرموده‌اند:

«مراد از این قاعده این است که تعزیر نباید از تعداد حد شرعی متناسب با آن جرم بیش‌تر باشد، هرچند ممکن است از مقدار حد جرم دیگری بالاتر باشد و در مواردی که روایت، تعزیر را مشخص کرده، مطابق آن عمل می‌شود و در مواردی که هیچ تناسبی با حدود شرعی ندارد، اقل حدود، چهل تازیانه است و اگر انواع متعددی از جرم‌ها را انجام داده باشد، ممکن است تعداد آنها از حدود نیز بیش‌تر باشد.»

نظریه‌ی مشورتی اداره‌ی کل حقوقی قوه‌ی قضاییه به شماره‌ی ۱۳۹۳/۰۸/۲۰-۷/۹۳/۱۹۹۰:

"تشدید مجازات جرایم تعزیری به لحاظ شمول تعدد جرم و مقررات تکرار جرم موضوع مواد ۱۳۴ و ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ صرف‌نظر از این که پس از اعمال این مقررات میزان مجازات چه قدر می‌شود، به حکم قانون صورت می‌پذیرد و مجازات شلاق تعزیری نیز مستثنی نشده است، بنابراین، چنانچه با اعمال مقررات تعدد و تکرار و تشدید مجازات، تعداد شلاق تعزیری مورد حکم از ۷۴ ضربه هم تجاوز نماید، چون این امر مستند به قانون بوده، فاقد اشکال است، ضمناً متذکر می‌گردد که علل مشدده‌ی مجازات، نظیر تعدد و تکرار جرم در اصل میزان مجازات جرم تعزیری که کم‌تر از حد است، تغییری ایجاد نمی‌نماید و مجازات مزبور همان است که در قانون آمده و تشدید مجازات امری ثانوی و جدای از مجازات اصلی جرم است که به آن اضافه می‌شود."

نتیجه گیری

از آن چه گفته شد، نتیجه می‌گیریم که استدلال شعبه‌ی دوم دادگاه تجدیدنظر استان سمنان مبنی بر تقلیل مجازات شلاق تعزیری به استناد قاعده‌ی فقهی "التعزیر دون الحد" صحیح نیست، زیرا اولاً ماده‌ی ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به صراحت آن را تجویز نموده است و به موجب قانون، فرقی بین مجازات‌های تعزیری اعم از حبس، شلاق یا جزای نقدی نیست، ثانیاً از منظر شرعی، شورای محترم نگهبان آن را مغایر با شرع تشخیص نداده است، ثالثاً تعیین مجازات شلاق تعزیری بیش از تعداد حدی، در موارد تعدد جرم یا تکرار آن از باب تشدید است که مبنای عقلی و منطقی دارد، رابعاً موضوع تعیین مجازات برای مجرمی که جرایم تعزیری متعدد انجام داده یا تکرار نموده است با موضوع تعیین

مجازات برای مجرمی که یک جرم انجام داده، متفاوت است و به تبع آن، حکم نیز تغییر می کند، لذا تعیین مجازات شلاق تعزیری بیش از حدی در موارد تعدد و تکرار جرم، منافاتی با قاعده‌ی فقهی مذکور ندارد.

منابع

- ۱- جبعی عاملی (شهیدثانی)، زین العابدین بن علی بن احمد، **مسالك الافهام**، ج ۱۴، مؤسسه‌ی معارف الاسلامیه، ۱۴۱۹ه.ق.
- ۲- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، **تومینولوژی حقوق**، ج اول، چاپ ۲۷، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۴.
- ۳- حلی (محقق)، جعفر بن حسن، **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، ج ۴، چاپ دوم، تهران، انتشارات استقلال، ۱۴۰۹ه.ق.
- ۴- حلی (علامه)، حسن بن یوسف، **تبصره المتعلمین فی احکام الدین**، چاپ اول، تهران، مؤسسه‌ی چاپ و نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۳۸۴.
- ۵- دهخدا، علی اکبر، **لغت نامه**، ج اول، چاپ اول، تهران، مؤسسه‌ی انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
- ۶- زراعت، عباس، **شرح قانون مجازات اسلامی - بخش تعزیرات**، تهران، انتشارات ققنوس، ۱۳۸۲.
- ۷- عمید، حسن، **فرهنگ عمید**، ویرایش فرهاد قربان زاده، چاپ اول، تهران، انتشارات راه رشد، ۱۳۸۹.
- ۸- معین، محمد، **فرهنگ فارسی**، ج اول، چاپ نهم، تهران، مؤسسه‌ی انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۵.
- ۹- نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۴۱، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷.
- ۱۰- نوربها، رضا، **نگاهی به قانون مجازات اسلامی**، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۳.