



تعزیرات منصوص شرعی در قانون مجازات اسلامی در پرتو اصل قانونمندی حقوق کیفری

دکتر حسین سلیمانی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۳/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۰/۳۰

چکیده

قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ از نهادی ناآشنا به نام تعزیرات منصوص شرعی سخن گفته و حقوق دانان و پژوهشگران را در معنا و مصادیق آن به شبهه انداخته است. به‌باور نویسنده، در قانون ۱۳۹۲ اصل قانونی بودن جرم و مجازات در جرائم تعزیری به‌صراحت پذیرفته شده است و از این‌رو، مصادیق تعزیر منصوص را باید با توجه به این اصل اساسی تعیین کرد. در این نوشته تلاش شده است با بررسی نظرات و ملاک‌های گوناگون، مصادیقی برای تعزیر منصوص یافت شود. دو ملاک به‌شکل برجسته‌تری طرح می‌شوند. بر اساس یک ملاک، تعزیر منصوص را مانند دیگر تعزیرات باید در قالب اصل قانونی بودن تعزیرات جست‌وجو کرد و مصادیق آن را در قانون پی گرفت. بر اساس ملاک دیگر، تعزیرات منصوص به حدود ملحق می‌شوند و باید مصادیق آن را براساس ماده ۲۲۰ معین کرد. به‌باور نویسنده، هیچ‌یک از این ملاک‌ها کامل و کافی نیستند و پیش‌بینی چنین نهادی از اساس لغو و بی‌ثمر است.

واژگان کلیدی: اصل قانونمندی، تعزیر منصوص، تعزیر مقدر، تعزیر معین، تازیانه، حدود

✉ soleimani_h@mofidu.ac.ir

۱. استادیار گروه حقوق جزا، دانشگاه مفید قم

مقدمه

در سال‌های پس از انقلاب اسلامی ۱۳۵۷ قانون‌گذار تلاش کرد تا قوانین را براساس شرع تنظیم و تصویب کند. برای نیل به این مقصود، در قانون اساسی، به‌ویژه اصل چهارم، بر لزوم اسلامی بودن قوانین تأکید شد. شتاب اسلامی‌سازی در قوانین کیفری مشهودتر بود؛ زیرا، به باور سیاست‌گذاران، قوانین کیفری پیش از انقلاب، برخلاف قانون مدنی، بر شرع منطبق نبود. هرچند قانون راجع به مجازات اسلامی (۱۳۶۱) درون‌مایه قانون مجازات عمومی (۱۳۵۲) را حفظ کرد اما کیفرهای شرعی حدود و قصاص و دیات و تعزیرات را قانون‌گذاری کرد. در این قانون متون فقهی عیناً ترجمه شدند و متن قانون قرار گرفتند. پس از آن، قانون تعزیرات (۱۳۶۲) به‌تصویب رسید که انبوهی از کیفرهای بدنی شرعی را زیر عنوان تعزیرات روانه نظام کیفری کرد. در این قانون در بیش از شصت ماده کیفر تازه‌ای به‌تنهایی یا در کنار کیفرهای دیگر تعیین شده بود.

با فاصله گرفتن از سال‌های اولیه انقلاب، و به‌ویژه آنگاه که ناکارآمدی بخشی از این قوانین خود را نشان داد، با همت و تلاش حقوق‌دانان و دست‌اندرکاران دانش حقوق کیفری، قانون‌گذار رفته‌رفته نهادهای عرفی را به قوانین بازگرداند. آخرین نمونه این بازگشت راه در قوانین کیفری ماهوی، در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ می‌توان مشاهده کرد. در کتاب کلیات این قانون، که بیشترین تغییر و تحول را داشته، بسیاری از نهادهای کیفری برای اولین بار یا به‌شکل نظام‌یافته‌تر پیش‌بینی شده است. همچنین قانون‌گذار، با حذف عنوان کیفرهای بازدارنده، ابهامات فراوانی را که درباره این کیفر و به‌ویژه تفاوت آن با کیفر تعزیری وجود داشت زدوده است.

از اصلاحات بسیار مهم این قانون پذیرش صریح اصل قانونمندی تعزیرات است. پس از انقلاب، گرچه براساس اصل ۳۶ قانون اساسی و اصول مرتبط با آن (مانند اصل ۱۶۹) اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها پذیرفته شده است، اما با تفسیری که از اصل ۱۶۷ ارائه شد، برخلاف برداشت بیشتر حقوق‌دانان،^۱ این اصل مهم در برخی قوانین عادی^۲ و رویه‌ها به‌صراحت انکار شد. به‌رغم این، رویکرد قانون‌گذار در قانون سال ۱۳۹۲ پذیرش قاطع اصل قانونمندی تعزیرات است و در ماده ۱۸ به‌صراحت تأکید شده است که تعزیر «به موجب قانون» در موارد «ارتکاب مجرمات شرعی» یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌شود. همچنین «نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات

۱. برای نمونه، حقوق‌دانان براساس ضوابط اصولی، قائل به تقدم خاص بر عام‌اند که نتیجه‌اش بقای هر دو حکم است (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۳۸).

۲. مانند ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از قانون آیین دادرسی کیفری (۱۳۶۱)؛ ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو (۱۳۶۸)؛ ماده ۸ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب (۱۳۷۳) و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری (۱۳۷۸).

مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر» نیز «به موجب قانون» معین می‌شود. با وجود این، قانون‌گذار قانونمندی حدود را در ماده ۲۲۰ انکار کرده است. این ماده گرچه از این جهت که آشکارا اصل قانونمندی را نقض می‌کند دارای اشکال است اما از جهتی نیز مؤید آن است که حدود استثنای اصل قانونمندی است و در سایر مقررات، به‌ویژه تعزیرات، اصل قانونمندی پذیرفته شده است. در واقع می‌توان ادعا کرد که قانون سال ۹۲ اصل قانونمندی جرم و مجازات را پذیرفته است مگر در باب حدود.^۱

به‌رغم این، قانون‌گذار در اقدامی بی‌سابقه از «تعزیر منصوص یا معین شرعی» سخن گفته که رابطه آن از یک‌سو با دیگر تعزیرات، و از سوی دیگر با اصل قانونمندی باعث ابهام شده است. در ماده ۱۳۵ در باب تعدد جرم، تعبیر «تعزیر معین شرعی» به‌گونه‌ای به‌مثابه استثنای قاعده تعدد مطرح شده است. همچنین، براساس تبصره ۲ ماده ۱۱۵، مقررات توبه و برخی دیگر از نهادهای قانونی شامل «تعزیرات منصوص شرعی» نمی‌شود. این تأسیس را چگونه می‌توان با اصل قانونمندی تعزیرات جمع کرد؟ با توجه به این که تعزیر منصوص، مفهومی فقهی است به‌ناگزیر باید ابتدا تعریف و مصادیق این تأسیس را در فقه بجوییم، آنگاه تلاش کنیم تا منظور قانون‌گذار را از این تأسیس بیابیم و سپس به نقد و بررسی آن بپردازیم.

الف) تعزیر منصوص در فقه

عبارت «تعزیر منصوص شرعی» در کتاب‌های فقهی سابقه‌ای ندارد. فقیهان گاهی به‌شکل پراکنده به «تعزیر مقدر» اشاره کرده‌اند که مراد از آن نیز به‌روشنی بیان نشده است. فراتر از این، در بیشتر کتاب‌های فقهی، تعزیرات باب جدایی از حدود ندارد و در ذیل هر حد، جرائم تعزیری مرتبط با آن حد ذکر می‌شود. به‌رغم این، این قاعده کلی نیز در کتاب‌های فقهی بیان شده که هر گناهی، یا هر گناه کیبره‌ای، شایسته تعزیر است.

عنوان تعزیر را فقیهان در معنای کیفر یا بزه به‌کار برده‌اند که این دومی با تسامح همراه است؛ برای مثال، محقق حلی می‌نویسد: «هر عملی که مجازات مقدر دارد حد است و هر عملی که چنین مجازاتی ندارد تعزیر است» (۱۹۸۳: ۱۴۷/۴). وی با این ملاک زنا و ملحقات آن (لواط، مساحقه، قوادی)، قذف، شرب خمر، سرقت و قطع طریق (محاربه) را در زمره حدود می‌آورد، و بغی، ارتداد، اتیان بهیمه، و ارتکاب سایر محرمات را در زمره تعزیرات می‌شمرد (همان). به‌رغم این، محقق حلی

۱. برای دیدن دیدگاه موافق رک: رایجیان اصلی، ۱۳۹۵: ۴۳-۴۴. برای دیدن نظر مخالف رک: حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۵: ۲۸۰-۲۶۳.

در بخش دوم کتاب حدود در ذیل عنوان اخیر، یعنی ارتکاب سایر محرمات، هیچ بحثی نمی‌کند، و فقط از سه بزه معین دیگر سخن می‌گوید.

شارحان کتاب شرایع، از یک سو، به تعریف نویسنده از حد و تعزیر اشکال کرده‌اند (تبریزی، ۱۴۱۷: ۷) و از سوی دیگر، تعزیری دانستن بغی و ارتداد را که دارای مجازات معین‌اند، خروج از تعریف خود وی دانسته‌اند (برای نمونه، شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۲۹/۱۲-۳۰).

مجازات‌های تعزیری را در کلام فقیهان می‌توان در چند گروه گرد آورد:

۱. در عام‌ترین معنا، فقیهان هر گناهی، یا دست‌کم گناهان کبیره، را مستوجب تعزیر دانسته‌اند.^۱

۲. ایشان برخی از گناهان را به‌صراحت قابل تعزیر دانسته‌اند اما میزان تعزیر را به‌صلاح‌دید حاکم و انهادده‌اند.^۲

۳. گاهی افزون بر ذکر فعل قابل تعزیر، اقل و اکثری برای مجازات آن در نظر گرفته شده است، مثلاً سی تا ۹۹ ضربه تازیانه.

۴. گاه در برخی اعمال عدد خاصی برای کیفر ذکر شده است، مثلاً ۲۵ تازیانه.

مراد از تعزیر منصوص یا معین یا مقدر کدام است؟ آیا این عناوین به یک معنا به کار می‌روند یا متفاوت‌اند؟ آیا از اساس، تعیین اندازه با تعریف تعزیر سازگار است؟ در کلام فقیهان به‌دشواری بتوان پاسخی درخور برای این پرسش‌ها یافت. اگر ظاهر کلام محقق را ملاک قرار دهیم، سه بزه بغی، ارتداد و اتیان بهیمه در زمره تعزیرات منصوص و مقدر قرار می‌گیرند و «ارتکاب ما سوی ذلک من المحارم» در حیطة تعزیرات غیرمنصوص. اما به‌نظر می‌رسد فقیهان دیگر چنین دیدگاهی ندارند؛ ایشان بغی و ارتداد و گاهی اتیان بهیمه را در زمره حدود می‌آورند و مرادشان از تعزیر مقدر تعزیری است که عدد معین یا، به‌نظر برخی فقیهان، اقل و اکثر معین دارد (شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۲۸/۱۲-۲۹).

فقیهان نه‌تنها به تعریف تعزیر منصوص اهتمامی نداشته‌اند بلکه دل‌مشغول شمارش این تعزیرات نیز نبوده‌اند. چه‌بسا قدیمی‌ترین فقیه شیعه که به ذکر متمرکز تعزیرات اهتمام ورزیده است، ابوالصلاح حلبی (۳۷۴-۴۴۷ ق) باشد. وی با ذکر این نکته که ترک هر واجب (اعم از واجبات عقلی مثل رد ودیعه و قضای دین، و واجبات شرعی مثل نماز و روزه و حج) و انجام هر امر قبیحی

۱. برای نمونه رک: حلبی، ۱۳۶۲: ۴۱۶؛ محقق حلی، ۱۹۸۳: ۱۶۸/۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱۷۹/۲؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۷: ۱۵۶-۱۶۵/۱۳؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۴۴۸/۴۱؛ خوانساری، ۱۳۶۴: ۱۱۴/۷-۱۲۱.

۲. گناهیانی مانند استلاب، اختلاس، احتیال، توهین مادون قذف، برخی از رفتارهای جنسی، وطنی بهیمه، شهادت دروغ این‌گونه‌اند. برای نمونه، رک: حلبی، ۱۳۶۲: ۴۱۷-۴۲۰؛ مجلسی، بی‌تا: ۶۰-۶۱؛ خوئی، ۱۳۹۳: ۱۵۹/۱-۱۶۶.

که حد شاملش نمی‌شود تعزیر دارد، بدون این که دسته‌بندی کند، حدود سی بزه تعزیری را در سه گروه گرد آورده است: زن و مرد یا دو مرد یا دو زنی که برهنه در رختخواب واحد باشند یا به عملی کمتر از زنا و لواط و مساحقه و تفخیز پرداخته باشند (۱۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه)؛ تعزیرات قذف گونه (۳ تا ۷۹ ضربه تازیانه)؛ سایر تعزیرات (۳ تا ۹۹ ضربه تازیانه) (حلی، ۱۳۶۲: ۴۱۷-۴۲۰). در کلام فقیهان پس از او چنین اهمی را کمتر می‌توان دید. محقق حلی، و به تبع او شارحان شرایع و مختصرالنافع، در ذیل جرائم جنسی، به شکل پراکنده، و در ذیل قذف، به شکل متمرکزتر، به برخی از جرائم تعزیری اشاره کرده‌اند، که برخی عدد معین دارند و برخی حداقل و حداکثر معین و برخی از ضابطه عمومی تعزیر تبعیت می‌کنند (حداکثر معین). به‌رغم این، در کلام هیچ‌یک از این فقیهان گفتاری جدا با عنوان تعزیر منصوص یا مقدر یا معین دیده نمی‌شود.

یکی از قدیمی‌ترین فقیهان که در پی شمارش موارد تعزیر مقدر برآمده، جمال‌الدین ابن‌فهد حلی (۷۵۷-۸۴۱ ق) است. وی با اخراج چهار بزه تعزیری از ذیل قاعده عام تعزیرات، آن‌ها را مقدر به‌شمار می‌آورد: مجامعت با همسر در روز ماه رمضان (۲۵ ضربه)؛ دو مردی که برهنه در زیر رختخواب برهنه باشند (۳۰ تا ۹۹ ضربه، به قولی)؛ برداشتن بکارت دختری با انگشت (۳۰ تا ۷۷، یا تا ۸۰ یا تا ۹۹ بنابر سه قول)؛ زن و مردی که برهنه در زیر رختخواب یا پوشش واحد باشند (۱۰ تا ۹۹) (ابن‌فهد حلی، ۱۴۱۳: ۵/۶-۷).

حدود یک قرن بعد، شهید ثانی (۹۱۱-۹۶۵ ق) نیز با تأکید بر این که اصل در تعزیرات معین نبودن مقدار است، این فهرست چهارگانه را می‌آورد و ازدواج با کنیز بدون اذن همسر (۱۲/۵ ضربه) را، که ابن‌فهد در زمره حدود آورده بود (ابن‌فهد حلی، ۱۴۱۳: ۵/۶)، به آن می‌افزاید (شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۱۲/۲۸-۲۹). وی در ادامه می‌گوید: چه‌بسا بتوان گفت که از این موارد پنج‌گانه فقط دو مورد، که عدد معین دارند (مجامعت با همسر در رمضان و ازدواج با کنیز)، تعزیر مقدرند و باقی موارد که دارای اقل و اکثرند مانند سایر تعزیرات به رأی حاکم بازمی‌گردند (همان). به‌رغم این، برخی دیگر از شارحان شرایع موارد تعزیر مقدر شرعی را در این پنج مورد منحصر نمی‌دانند و موارد دیگری را نیز می‌افزایند، مثل مجامعت با همسر در حال حیض که کیفرش ۲۵ ضربه تازیانه است (تبریزی، ۱۴۱۷: ۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۱/۲۱-۲۴).^۱

۱. یکی از نویسندگان به شمارش پانزده روایت مشتمل بر تعزیر مقدر (که بیشتر آن‌ها با جرائم جنسی یا قذف مرتبطند) اهتمام کرده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۰۲-۱۰۶). وی می‌گوید موارد منحصر در این پانزده مورد نیست و چه‌بسا بتوان تا سی مورد از این روایات یافت (همان، ۱۰۶، ۱۰۷). ناگفته نماند که این موارد گاه با هم تداخل دارند و نیز به بسیاری از آن‌ها فقیهان فتوا نداده‌اند.

تنها فقیهی که مدعی است همه تعزیرات را (اعم از مقدر و غیرمقدر) شماره کرده علامه مجلسی دوم (۱۰۰۶-۱۰۷۷ ش) است.^۱ وی پنجاه قسم تعزیر را می‌شمارد (بی تا: ۶۰-۶۶). این موارد پنجاه‌گانه بر چهار دسته‌اند: برخی دارای عدد معین‌اند (نزدیکی با همسر در روز رمضان و در حال حیض، ازدواج با زن ذمی بدون اذن همسر: همان: ۶۰ و ۶۲)؛ برخی دارای حداقل و حداکثرند (قرار گرفتن دو مرد برهنه در یک رختخواب: همان: ۲۰ و ۶۱)؛ برخی صرفاً به‌عنوان جرم تعزیری ذکر شده‌اند اما کیفرشان در حیطة قواعد عام تعزیرات قرار می‌گیرد؛^۲ برخی نیز در ذیل قاعده کلی تعزیر جای دارند (همان: ۶۲).

در هر حال، در کلام فقیهان درباره تعریف و ملاک تعزیر منصوص، و نیز در شمارش آن اختلاف فراوان وجود دارد و نمی‌توان به یک ملاک و تعریف واحد رسید.

ب) تعریف تعزیرات منصوص شرعی بر اساس قانون

در قانون مجازات اسلامی ۹۲ قانون‌گذار در ماده ۱۳۵ در بحث تعدد جرائم حد و تعزیر از قاعده اصلی عدول کرده و اجرای «تعزیر معین شرعی» را در صورتی که موجب تأخیر اجرای حد نشود مقدم کرده است. همچنین، بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۱۵، برخی از مقررات عام تعزیرات شامل «تعزیرات منصوص شرعی» نمی‌شود:

ماده ۱۱۵- در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت چنانچه مرتکب توبه نماید و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، مجازات ساقط می‌شود. در سایر جرائم موجب تعزیر دادگاه می‌تواند مقررات راجع به تخفیف مجازات را اعمال نماید. [...]

تبصره ۲- اطلاق مقررات این ماده و همچنین بند (ب) ماده (۷) [پذیرش احکام کیفری صادر شده در کشورهای دیگر] و بندهای (الف) و (ب) ماده (۸) [احکام دادگاه‌های خارجی] و مواد (۲۷) [محاسبه مدت بازداشت قبلی در حکم]، (۳۹) [معافیت از کیفر در جرائم تعزیری درجه ۷ و ۸]، (۴۰) [تعویق صدور حکم]، (۴۵) [تعیین کیفر یا صدور حکم معافیت از کیفر پس از گذشت مدت تعویق]، (۴۶) [تعلیق اجرای مجازات]، (۹۳) [تخفیف و تبدیل مجازات کودکان و نوجوانان]، (۹۴) [تعویق حکم یا تعلیق مجازات کودکان و نوجوانان] و (۱۰۵) [مرور

۱. پیش از او شیخ بهایی (۹۲۵-۱۰۰۰ ش) ۳۵ جرم تعزیری را برمی‌شمارد (شیخ بهایی، ۱۳۱۹: ۴۲۷/۲-۴۲۹).

۲. بیشتر موارد مذکور از این دست است، مانند مرد و زنی یا دو زن در رختخواب واحد (همان: ۱۸، ۲۳ و ۶۱)؛ اقرار به زنا یا لواط کمتر از چهار بار (همان: ۱۹، ۲۰، ۶۱)؛ دو نفر که همدیگر را قذف کنند (همان: ۶۲)؛ استلاب و احتیال (همان: ۶۱) و...

- زمان [این قانون شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود].^۱
- در این قانون تعزیر منصوص و معین تعریف نشده است. با توجه به این که در فقه عنوان تعزیر منصوص سابقه ندارد چهار احتمال به نظر می‌رسد:
۱. مراد از تعزیر منصوص همان مقدر خاص فقهی است، یعنی مواردی که عدد معین وجود دارد.
 ۲. منظور از تعزیر منصوص، تعزیر مقدر در معنای عام است، یعنی آنجا که عدد معین یا حداقل و حداکثر معین وجود دارد.
 ۳. تعزیرات منصوص شرعی همان مواردی‌اند که در شرع به «موجب» آن‌ها (یعنی بزه) تصریح شده است، هر چند کیفر آن‌ها در قاعده عام تعزیرات قرار می‌گیرد.
 ۴. تعزیر منصوص شرعی همان تعزیر شرعی (تعزیر هر فعل حرام) است، در مقابل تعزیرات دیگری که حکومت برای نظم عمومی وضع می‌کند.
- برای تشخیص مراد قانون‌گذار از تعزیر منصوص شرعی، این چند احتمال را باید بررسی کرد:
- الف) براساس یک فرض، مراد از تعزیر منصوص همان عنوانی است که در قانون سال ۱۳۷۰ تحت عنوان تعزیرات، و تقسیم مجازات‌های بازدارنده، آمده بود. در واقع تعزیر منصوص عبارت است از هر تعزیری که شرعاً قابل اعمال باشد، چه برای آن عدد یا حداقل و اکثری ذکر شده باشد یا نباشد، چه به موجب آن (یعنی بزه مستوجب تعزیر) تصریح شده باشد چه نشده باشد بلکه در ذیل عنوان عام تعزیر قرار گیرد.
- برای روشن شدن این مسئله مناسب است که به سابقه قانون‌گذاری در این باب اشاره کنیم. در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ جرائم به پنج دسته حدود، قصاص، دیات، تعزیرات، و مجازات‌های بازدارنده تقسیم شده بودند. علت تفکیک مبهم و مشکل‌ساز بین تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده این بود که فقهای شورای نگهبان اعمال برخی مقررات عرفی و عام حقوق کیفری را در باب تعزیرات اجازه نمی‌دادند و لذا با تفکیک این دو دسته تلاش شد خواسته این فقیهان برآورده شود. در این قانون در بیانی مبهم مجازات تعزیری «از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق» (ماده ۱۶) و مجازات بازدارنده «از قبیل حبس، جزای نقدی، تعطیل محل کسب، لغو پروانه و محرومیت از حقوق اجتماعی و اقامت در نقطه یا نقاط معین و منع از اقامت در نقطه یا نقاط معین و مانند آن»
-
۱. همچنین براساس تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری: «... مقررات مرتبط به منافع ممکن‌الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرائم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود». در ماده ۱۲۷ قانون مجازات اسلامی نیز اجرای قاعده عام معاونت منوط به عدم تعیین مجازات برای معاون در شرع شده است که به نظر می‌رسد صرفاً ناظر به امساک و نظارت در قتل است که به دلیل این که این کیفرها شرایط تعزیر را ندارند از بحث ما خارج‌اند.

(ماده ۱۷) تعیین شده بود. به رغم این، قانون گذار در مجازات تکمیلی (ماده ۱۹)، تخفیف و تبدیل مجازات (ماده ۲۲)، تعلیق مجازات (ماده ۲۵)، آزادی مشروط (ماده ۳۸)، شروع به جرم (ماده ۴۱)، شرکت و معاونت در جرم (ماده ۴۲ و ۴۳)، تعدد و تکرار جرم (ماده ۴۶، ۴۷^۱ و ۴۸)، اکراه (ماده ۵۴)، یعنی تقریباً تمامی نهادهای عام حقوق کیفری، بین جرائم تعزیری و بازدارنده تفاوتی نگذاشته بود. تنها تفاوتی که در قانون مجازات اسلامی سال ۷۰ می توان میان تعزیر و مجازات بازدارنده یافت همان تفاوت در نوع کیفرها است که اولاً این تفاوت به دلیل وجود تعبیر «از قبیل» بی رنگ یا کم رنگ می شد، و ثانیاً با توجه به پذیرش تخفیف و تبدیل در کیفرهای تعزیری، عملاً فایده ای بر این تمایز ظاهری مترتب نمی شد. شاید به دلیل همین بی فایده گی تقسیم کیفرهای غیرمعین به تعزیری و بازدارنده، در سال ۹۲ این تمایز برداشته شد و دیگر تأسیسی به نام مجازات های بازدارنده در قانون وجود ندارد.

از جهتی دیگر، قانون گذار تعزیر را «در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی» (ماده ۱۸) قابل تعیین و اعمال دانسته است. روشن است که مراد قانون گذار از «ارتکاب محرمات شرعی» و «تعزیر منصوص شرعی» نمی تواند یکی باشد، بلکه مراد قانون گذار از تعزیر منصوص شرعی، بخشی از مصادیق آن رفتارهایی است که «ارتکاب محرمات شرعی» شمرده شده اند و قابل تعزیرند.

بر این اساس، نمی توان ذکر تعزیر منصوص و معین در قانون جدید را به شکلی به دغدغه قانون گذار در تقسیم جرائم به تعزیری و بازدارنده در سال ۷۰ برگرداند. اگر این نظر را بپذیریم نه تنها اقدام قانون گذار در حذف عنوان کیفرهای بازدارنده عبث است بلکه حتی به ابهام بیشتر خواهد انجامید.

ب) احتمال دیگر این است که مراد از تعزیر منصوص «رفتار» منصوص باشد، یعنی نص به بزه مستوجب تعزیر تعلق گیرد. به تعبیر برخی نویسندگان: «هر رفتاری که در روایات برای آن تعزیر قرار داده شده است، چه میزان آن مقدر و معین باشد و چه در آن به صورت اطلاق، به تعزیر حکم شده باشد، تعزیر منصوص شرعی محسوب می شود» (ساریخانی و توکل پور، ۱۳۹۵: ۱۰۸). مطابق این برداشت، هرگاه در روایات یا متون فقهی یک عمل خاص (مثلاً استلاب، اختلاس، توهین و...) مستوجب تعزیر شمرده شده است هر چند در مجازات به لفظ کلی تعزیر بسنده شده باشد، تعزیر منصوص

۱. قانون گذار هر چند در مواردی مانند این ماده فقط از تعزیر سخن گفته است اما همان طور که در نظریه مشورتی به درستی بیان شده است: «قید کلمه تعزیر در ماده ۴۶ ق.م.ا. ۱۳۷۰ برای خارج کردن جرائم بازدارنده نیست، بلکه در مقابل حدود و قصاص و دیات است.» (نظر ۷/۲۷۷-۱۸/۱/۷۳).

است و هرگاه به رفتاری به طور خاص اشاره نشده باشد بلکه تحت عنوان کلی تعزیر قرار گیرد تعزیر غیرمنصوص است.

این برداشت اگرچه، البته به نادرست، به نظریات فقهی فقهای شورای نگهبان نیز مستند شده است (همان: ۱۰۳-۱۰۵)، نامأنوس‌ترین و ناپذیرفتنی‌ترین دیدگاه است. دلایل متعددی می‌توان برای این امر برشمرد:

۱. با این تعریف عملاً دایره تعزیرات منصوص بسیار گسترده می‌شود و در واقع این کار بازگشتی است به همان شیوه ناپسند قانون‌گذاری سال ۱۳۷۰ در تفکیک جرائم تعزیری و بازدارنده که بی‌ثمر بودن خود را در عمل نشان داد. از سوی دیگر، باتوجه به این که تعداد زیادی از جرائم تعزیری به شکلی در حیطه گناهان منصوص تعزیری قرار می‌گیرند (و براساس متون فقهی چه بسا بتوان سی تا چهل عنوان تعزیری این‌گونه را در قانون مجازات اسلامی یافت) کل ماهیت ماده ۱۸ مورد تردید قرار می‌گیرد و اگر مراد قانون‌گذار از تعزیرات منصوص شرعی این دسته بود، دست‌کم باید خروج از ماده ۱۸ را نیز در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ می‌گنجاند.

۲. این برداشت از جهات متعددی خلاف نظر فقیهان است. تا آنجا که نویسنده جست‌وجو کرده است هیچ فقیهی را نمی‌توان یافت که بین این دو دسته تعزیرات، یعنی آنجا که به موجب تعزیر تصریح شده و آنجا که نشده است، به لحاظ احکام تفاوت قائل باشد. برای مثال، با این برداشت، هیچ‌یک از تعزیراتی که موجب معین دارند مشمول توبه موضوع ماده ۱۱۵ نخواهند شد، درحالی که به تصریح بسیاری از فقیهان، یکی از تفاوت‌های تعزیر و حد در همین است که در تعزیر توبه همواره مسقط کیفر است، برخلاف توبه در جرائم حدی که تا پیش از اثبات مسقط حد است (شهید اول، بی تا: ۱۴۴/۲، قاعده ۲۰۴؛ مجلسی، بی تا: ۵۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۱/ ۲۳۰-۲۳۱). از سوی دیگر، از بیان بسیاری فقیهان برمی‌آید که در تعزیرات انعطاف بیشتری وجود دارد، و برخلاف حدود، شفاعت و کفالت و تأخیر در اجرا در تعزیرات پذیرفتنی است و حتی می‌توان بزهکار را عفو کرد.^۱ بر این اساس، به طریق اولی تعلیق و تعویق و... نیز در تعزیرات ممکن است، و همان‌طور که

۱. شهید اول در تفاوت‌های دهگانه حد و تعزیر به این نکات اشاره می‌کند: میزان تعزیر بسته به نوع جرم، مجرم و بزه‌دیده متفاوت است. اگر بزه کوچک باشد میزان تعزیر بسیار کم خواهد بود به گونه‌ای که برخی گفته‌اند بهتر است در این موارد از اعمال تعزیر صرف‌نظر شود. همچنین حاکم شرع بین انواع تعزیر مخیر است (شهید اول، بی تا: ۱۴۲-۱۴۴، قاعده ۲۰۴؛ نیز رک: مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۳۳-۳۵؛ معرفت، ۱۳۶۵: ۱۰۴-۱۰۶). بسیاری نیز به صراحت به جواز عفو در تعزیر پرداخته‌اند (شیخ طوسی، ۱۳۵۱: ۶۹/۸؛ موسوی اردبیلی، ۱۳۹۲: ۲۳۵؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۲۰۶-۲۰۸).

گفته شد، فقیهان از اساس فرقی قائل نیستند بین جایی که فقط موجب تعزیر مورد نص قرار گرفته باشد و جایی که رفتاری طبق قاعده کلی تعزیرات قابل تعزیر است.

۳. واژه «تعزیر» را گرچه برخی فقیهان، مانند محقق حلی، با آسان‌گیری به معنای «بزه» یعنی موجب تعزیر به کار برده‌اند اما، چنان که ذکر شد، این تعریف با خرده‌گیری بسیاری از فقیهان بعدی روبه‌رو شده است؛ زیرا، همان‌طور که قانون‌گذار به‌درستی در مواد مختلف، مثل ماده ۱۴ و ۱۸ به کار برده است، مراد از تعزیر «کیفر» است، و «تعزیر منصوص شرعی» به معنای «کیفر تعزیری منصوص شرعی» است، نه «بزه منصوص».

۴. قانون‌گذار در سال ۱۳۷۰ نیز نهادهایی مانند تعلیق و تخفیف و تبدیل را در تعزیرات شرعی به‌گونه‌ای عام پذیرفته بود و مستثنا کردن عمده تعزیرات شرعی از ذیل این قواعد، حتی نسبت به قانون ۷۰ نیز گامی به عقب است و این، باتوجه به رویکرد قانون‌گذار در سال ۱۳۹۲ ناپذیرفتنی است.

باتوجه به این نکته‌ها و برخی دلایل دیگر که جای ذکر آن‌ها نیست، از این تعریف به گونه‌ای قاطع باید دست کشید.

ج) برداشت دیگر این است که مراد از تعزیر منصوص همان تعزیر مقدر شرعی است، یعنی همان مواردی که در کتاب‌های فقیهان برای آن‌ها عدد معین (مقدر در معنای خاص) یا اقل و اکثر ذکر شده باشد. آن‌گونه که از فحواي قانون و نیز نظریه حقوق دانان برمی‌آید، مراد قانون‌گذار از تعزیرات منصوص این دسته است. نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه نیز مؤید این دیدگاه است.^۱ چنان که در جای خود توضیح خواهم داد، با مروری به نظرات فقیهان شورای نگهبان در ذیل مواد قانون مجازات اسلامی به‌نظر می‌رسد منظور ایشان نیز از تعزیر منصوص همین است، گرچه به دلیل عدم ایضاح ایشان و نیز تعدد در تعبیری که در ذیل مواد مختلف به کار برده‌اند نمی‌توان به صراحت این ادعا را تأیید کرد.

به‌رغم این، مشکل یافتن مصادیق این نوع از تعزیرات به جای خود باقی است. بیشتر حقوق دانانی که در این باره قلم زده‌اند یکی از این دو دیدگاه را برگزیده‌اند: برخی از همان ابتدا، به‌سراغ منابع فقهی رفته‌اند و کوشیده‌اند با تلفیق مصادیق فقهی با مبانی کیفری (از جمله تفسیر به نفع متهم) مواردی اندک را در زمره این تأسیس بپذیرند (برهانی و نادری فرد، ۱۳۹۴: ۱۱۰؛ اکبری و هاشمی،

۱. «تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می‌شود که در شرع مقدس اسلام برای یک عمل معین، نوع و مقدار کیفر مشخص شده است؛ بنابراین، مواردی که به‌موجب روایات و یا هر دلیل شرعی دیگر، به‌طور کلی و مطلق برای عملی تعزیر مقرر شده است ولی نوع و مقدار آن معین نگردیده، تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی‌شود» (نظریه مشورتی ۹۲/۵/۲۸-۷/۹۲/۹۷۱).

۱۳۹۵: ۵۶؛ برخی از نویسندگان نیز با التزام به اصل قانونی بودن تعزیرات، تلاش کرده‌اند ملاک‌هایی برای تعیین مصادیق تعزیر منصوص در قانون معرفی کنند (رحمانیان و حبیب‌زاده، ۱۳۹۲: ۱۱۶-۱۱۹).

به باور نویسنده، با دو ملاک می‌توان به مصادیق تعزیرات منصوص نزدیک شد؛ یکم: بررسی این مصادیق در قالب تعزیرات. با توجه به پذیرش اصل قانونی بودن تعزیرات، براساس این مبنا، مصادیق تعزیر منصوص را فقط باید در قانون سراغ گرفت. دوم: بررسی این مصادیق در پرتو حدود. با این ملاک، مصادیق این‌گونه تعزیر را فقط باید در فقه جست. این دو ملاک را در دو بحث پیش‌رو مطرح خواهیم کرد.

ج) تعزیر منصوص در قالب تعزیرات

یک دیدگاه قابل پذیرش در باب تعزیرات منصوص این است که این کیفرها در قالب تعزیرات نگریسته شوند. روشن است که در این صورت، با توجه به پیش‌فرض پذیرفته‌ما، یعنی پذیرش قاطع اصل قانونی بودن تعزیرات در قانون ۱۳۹۲، باید مصادیق این نوع تعزیر را صرفاً در قانون جست‌وجو کرد. ابتدا با ارائه ملاک‌هایی، می‌کوشیم همه مصادیق احتمالی این تأسیس را از قانون استخراج کنیم و سپس با بررسی موارد، مصادیق محتمل‌تر آن را بیان خواهیم کرد.

۱. ملاک‌های تعیین تعزیرات منصوص

به نظر می‌رسد با کمک سه ملاک می‌توان به مصادیق تعزیرات منصوص در قانون مجازات اسلامی نزدیک شد:

الف) نخستین ملاک این است که فقیهان یک بزه تعزیری را در حیطه تعزیرات مقدر آورده باشند. در اینجا با مواردی سروکار داریم که از یک‌سو، در فقه در زمره تعزیرات مقدر آمده‌اند و از سوی دیگر، قانون نیز آن‌ها را جرم‌انگاری کرده است.

ب) چنان‌که گفتیم، فقیهان باب مستقلی به تعزیرات اختصاص نداده‌اند، بلکه در ذیل هر حد، جرائم تعزیری وابسته به آن حد را هم بیان کرده‌اند و یا در ذیل حد کذب و تحت مسئله التعزیر لکل امر محرم هم قاعده کلی تعزیر را بیان کرده‌اند و هم مصادیقی را ذکر کرده‌اند. به‌رغم این، قانون‌گذار کتاب مفصلی را به تعزیرات اختصاص داده است و انتظار می‌رود همه جرائم تعزیری را در این کتاب مطرح کند، اما برخی از بزه‌های تعزیری را در ذیل حدود آورده است. وجود این تعزیرات در کتاب حدود قرینه‌ای است که قانون‌گذار به تعزیرات منصوص نظر دارد.

ج) همهٔ مواردی که فقیهان در زمرهٔ تعزیرات مقدر آورده‌اند دارای کیفر تازیانه‌اند. این ملاک دارای اهمیت بسیاری است. از نظر فقیهان، اصل بر این است که نوع و میزان کیفر تعزیری در اختیار حاکم است. باین‌همه، آنجا که پای تعزیر مقدر در میان است، فقیهان یا به‌صراحت یا به‌استناد احتیاط، بیشتر، از همان مجازات تازیانه سخن گفته‌اند. براساس این ملاک، اگر قانون‌گذار برای یک بزه تعزیری صرفاً کیفر تازیانه ذکر کرده باشد (باتوجه به این که رویکرد قانون‌گذار در این سال‌ها حذف تدریجی کیفر تازیانه یا بدیل قرار دادن آن بوده است) می‌تواند نشانهٔ آن باشد که در این مورد با تعزیر منصوص روبه‌رویم. در مقابل، اگر قانون‌گذار برای بزه تعزیری کیفر تازیانه در نظر نگرفته باشد یا کیفر تازیانه را به همراه یا بدیل کیفر دیگری قرار داده باشد، در این صورت نمی‌توان آن را در حیطهٔ تعزیرات منصوص شمرد.

به نظر می‌رسد در قانون مجازات اسلامی موارد زیر برخی یا همهٔ این ملاک‌ها را دارند:

۱. روابط نامشروع مادون زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه (مادهٔ ۶۳۷ تعزیرات).
۲. همجنس‌گرایی مردان و زنان در غیرموارد لواط و تفضیح و مساحقه (مادهٔ ۲۳۷ و تبصرهٔ ۱ آن).
۳. جماع با زوجهٔ متوفا (مادهٔ ۲۲۲).
۴. اقرار کمتر از چهار بار به زنا، لواط، تفضیح و مساحقه (مادهٔ ۲۳۲).
۵. به‌هم‌رساندن افرادی برای ارتکاب جرائم مادون زنا و لواط (تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۲۴۲).
۶. رساندن دو یا چند نابالغ برای زنا و لواط (مادهٔ ۲۴۴).
۷. قذف نابالغ، مجنون، و غیرمسلمان یا غیرمعین (تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۲۵۱).
۸. انتساب زنا و لواطی که موجب حد نیست، مثل زنا در حال اکراه یا عدم بلوغ (مادهٔ ۲۵۳).
۹. نوعی از تکرار قذف (پس از اجرای حد، محکوم بگوید آنچه گفتم حق بود) (مادهٔ ۲۵۸).
۱۰. پدر یا جد پدری که فرزند خود را قذف کند (مادهٔ ۲۵۹).
۱۱. هرگاه دو نفر همدیگر را قذف کنند (تبصرهٔ مادهٔ ۲۶۱).
۱۲. سب نبی در حالت مستی یا غضب یا به نقل دیگری اگر صدق اهانت کند (تبصرهٔ مادهٔ ۲۶۳).

در موارد دوازده‌گانهٔ فوق، به جز دو ماده (۶۳۷ تعزیرات: تا ۹۹ ضربه تازیانه، و تبصرهٔ مادهٔ ۲۶۳: تا ۷۴ ضربه تازیانه) ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجهٔ شش (در قالب مادهٔ ۱۹ قانون مجازات اسلامی) به‌عنوان مجازات تعیین شده است. همچنین در مادهٔ ۲۵۲ (حکم به مجازات تعزیری توهین موضوع مادهٔ ۶۰۸ تعزیرات)، تبصرهٔ مادهٔ ۲۶۶ (در نظر گرفتن مجازات تظاهر به عمل حرام موضوع مادهٔ ۶۳۸ تعزیرات)، مواد ۲۷۲ و ۲۷۶ و تبصرهٔ ۱ مادهٔ ۲۷۸ (حکم به مجازات سرقت

تعزیری موضوع مواد ۶۵۱ تا ۶۶۷ تعزیرات)، تبصره ماده ۲۸۶ (حبس تعزیری درجه پنج یا شش برای جرائم گسترده‌ای که عنصر روانی افساد فی الارض در آن‌ها ثابت نمی‌شود) و ۲۸۸ (مجازات تعزیری درجه ۳ و ۵ برای اعضای گروه باغی که قبل از درگیری دستگیر شوند) نیز در ذیل حدود به کیفر تعزیری اشاره شده است.^۱ ازاله بکارت دختر باکره نیز که در کلام فقیهان گاه مقدر شمرده شده است، مستوجب ضمان مهرالمثل است (ماده ۶۵۸).

۲. مصادیق تعزیر منصوص در قالب تعزیرات

اگر موارد مذکور در فهرست پیش‌گفته را دقیق‌تر بررسی کنیم، آشکار می‌شود که بسیاری از آن‌ها برخی از ملاک‌های تعزیر منصوص یا مقدر را ندارند و فقیهان آن‌ها را در حیطه تعزیرات مقدر نشمده‌اند یا دست‌کم عمده فقیهان چنین نکرده‌اند.^۲ همچنین گرچه برخی از فقیهان برداشتن بکارت یک دختر را با انگشت، مستوجب تعزیر دانسته‌اند و گاه اقل و اکثر متفاوتی را نیز برای آن ذکر کرده‌اند،^۳ اما قانون مجازات اسلامی برای این رفتار صرفاً ضمان مهرالمثل لحاظ کرده است (ماده ۶۵۸). چه‌بسا بتوان با تفسیر موسع ماده ۶۹ قانون مجازات اسلامی، برای چنین عملی که به دلیل ذکر در قانون کیفری، ظاهراً جرم است اما کیفری برایش مشخص نشده است، مجازات جایگزین حبس تعیین کرد اما در هر صورت، به دلیل پذیرش اصل قانونی بودن تعزیرات، نمی‌توان براساس فقه برای آن کیفر تازیانه در نظر گرفت. (البته فرض این‌که برخی از مصداق‌های این رفتار در ذیل ماده ۶۳۷ تعزیرات یا تبصره ۱ ماده ۲۳۷ قابل کیفر باشد دور از ذهن نیست.)

۱. در کتاب دیات نیز دو ماده ۵۶۷ و ۷۲۷ به مجازات تعزیری اشاره می‌کنند. همچنین در حدود ۲۰ ماده در کتاب قصاص و یک ماده در کتاب دیات براساس ماده ۴۴۷ به مجازات تعزیری ماده ۶۱۲ و ۶۱۴ تعزیرات ارجاع شده است که هیچ‌یک، ملاک‌های تعزیر منصوص را ندارند.

۲. فقیهان جرائم موضوع مواد ۲۲۲، ۲۳۲، تبصره ۱ ماده ۲۵۱، ۲۵۳، ۲۵۸، ۲۵۹، تبصره ماده ۲۶۱، تبصره ماده ۲۶۳ و... را در زمره تعزیر مقدر نیاورده‌اند. رک: حلبی، ۱۳۶۲: ۴۱۷-۴۱۹؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۶۸۹، ۷۰۸؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۱۴۸/۶، ۲۰۰، ۲۸۰-۲۸۱؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸: ۳۲۷/۹؛ محقق حلی، ۱۹۸۳: ۴/۱۵۱، ۱۶۷؛ خوئی، ۱۳۹۳: ۱/۱۶۰؛ خمینی، ۱۳۷۹: ۱۴۱۹/۲، ۴۳۲-۴۳۴؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۴۱/۴۳۱؛ و...

۳. در اینجا در کنار قول به مطلق تعزیر، سه قول به تقدیر نیز وجود دارد: ۳۰ تا ۸۰ (شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۷۸۵)؛ ۳۰ تا ۷۹ (شیخ طوسی و محقق حلی، ۱۴۱۲: ۲۹۶-۲۹۷)؛ ۳۰ تا ۹۹ (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۶۹۹؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶: ۵۲۳/۲؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۱۷۷/۶). البته شهید ثانی (۱۴۳۴: ۱۲/۲۸-۲۹) به تبع ابن‌فهد حلی (۱۴۱۳: ۵/۶-۷) قول ۳۰ تا ۷۷ ضربه را به شیخ طوسی منتسب می‌کند که نادرست است.

براین اساس، با نظر به پذیرش اصل قانونی بودن تعزیرات، و با توجه به این نکته که مراد از تعزیر منصوص همان تعزیر مقدر فقهی است، با غربال کردن موارد پیش گفته می‌توان به موارد اندکی از کیفرهای منصوص رسید:

الف) همجنس‌گرایی مردان و زنان در غیرموارد لواط و تفخیز و مساحقه که ۳۱ تا ۷۴ ضربه تازیانه به همراه دارد (موضوع ماده ۲۳۷ و تبصره ۱ آن). گرچه در باب مجازات این عمل آرای متنوعی وجود دارد، بسیاری از فقیهان این بزه را در زمره تعزیر مقدر آورده‌اند و کیفرش را ۳۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه^۱ ذکر کرده‌اند.^۲ در خصوص دو زن تعداد کمتری از فقیهان چنین دیدگاهی دارند، و برخی به مطلق تعزیر قائل‌اند.^۳ حتی برخی از فقیهان در این مورد برای مطلق تعزیر، یعنی مادون حد و به صلاح دید حاکم، ادعای اجماع کرده‌اند (موسوی سبزواری، ۱۳۸۸: ۳۱۲/۲۷-۳۱۳).

ب) جرائم مادون زنا: براساس ماده ۶۳۷ تعزیرات: «هرگاه زن و مردی که بین آن‌ها علقه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا نودونه ضربه محکوم خواهند شد...»

این بزه اولاً در برخی از متون فقهی به‌عنوان تعزیر مقدر آمده است؛^۴ ثانیاً تنها موردی است در قانون تعزیرات که فقط مجازات تازیانه دارد؛ و ثالثاً گرچه در کتاب تعزیرات آمده اما با شواهدی می‌توان آن را از ملحقات باب حدود دانست، مثلاً قرابت و شباهت آن با ماده ۲۳۷.

۱. برخی نیز ۱۰ تا ۹۹ تازیانه معین کرده‌اند (حلی، ۱۳۶۲: ۴۱۷).

۲. بسیاری از فقیهان در باب این بزه چنین نظر داده‌اند: (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۰۵ و ۷۰۷؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۱۸۹/۶ و ۱۹۷؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۷: ۱۳/۱۰۹-۱۱۰؛ در مورد دو زن با تردید: محقق اردبیلی، ۱۴۱۷: ۱۱۰، ۱۱۲؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۳۸۴-۳۸۵/۴۱، ۳۹۱-۳۹۳؛ خوئی، ۱۳۹۳: ۱/۱۱۵-۱۱۶؛ وی این قول را به مشهور متأخرین منتسب می‌کند: همان). برخی نیز احتیاط را در اکتفا به سی ضربه (خوانساری، ۱۳۶۴: ۸۱/۷) و برخی دیگر احتیاط را در زدن ۹۹ ضربه (خمینی، ۱۳۷۹: ۲/۴۲۸-۴۲۹) دانسته‌اند.

۳. از جمله: محقق حلی، ۱۹۸۳: ۴/۱۶۰، ۱۶۱؛ شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۱۲/۱۰۳-۱۰۴؛ ۱۰۸-۱۰۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۲/۱۷۵.

۴. فقیهان معمولاً از اجتماع دو مرد و زن برهنه زیر یک پوشش واحد سخن گفته‌اند ولی گاهی نیز تعبیری چون «یقبلها و یعانقها» را آورده‌اند (برای مثال: شیخ طوسی، ۱۴۲۰: ۵/۳۷۳). فقیهان در این میان چهار قول دارند: برخی این عمل را حد می‌شمرند که ضد تازیانه دارد (نقل شده در: شیخ طوسی، همان؛ محقق حلی، ۱۹۸۳: ۴/۱۵۲؛ شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۱۲/۲۹). برخی برای آن ۱۰ تا ۹۹ تازیانه در نظر می‌گیرند (حلی، ۱۳۶۲: ۴۱۷؛ شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۷۷۴؛ شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۱۲/۲۹)؛ برخی مجازات این عمل را ۳۰ تا ۹۹ ضربه می‌دانند و این قول را «مشهور بین متأخرین» می‌خوانند (خوئی، ۱۳۹۳: ۱/۱۱۶؛ محقق اردبیلی، ۱۴۱۷: ۷/۱۱۰ - با ذکر احتمال)؛ برخی نیز بر اساس قواعد عام تعزیرات، برای آن حداقل ذکر نمی‌کنند (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۶۸۹-۶۹۰؛ همو، ۱۳۵۱: ۸/۷؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۱۳۸۷).

به باور نگارنده، فقط همین موارد ظرفیت آن را دارند که در حیطة تعزیرات منصوص جای گیرند.

۳. نقد و بررسی دیدگاه

گرچه، چنان که گفتیم، در باب همین موارد اندک پیش گفته نیز نظرات بسیار متنوعی در میان فقیهان می‌توان دید، اما این دیدگاه از جهاتی مطلوب است، زیرا هم با مبانی فقهی سازگار است هم باتوجه به نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضائیه، به نظر می‌رسد با اراده قانون‌گذار هماهنگ باشد و هم حریم اصل قانونمندی و نتایج آن، یعنی تفسیر به نفع متهم، را بدون خدشه باقی می‌گذارد. همچنین، موارد آن بسیار محدود است و به نهادهای پذیرفته شده عام در قانون، استثنای زیادی وارد نمی‌شود.

به‌رغم این، از جهاتی نیز این دیدگاه قابل نقد است:

الف) بر اساس قواعد فقهی، دلیلی برای اخراج این نوع تعزیرات از ذیل مقررات کلی تعزیر وجود ندارد، بلکه فقیهان، به‌رغم قائل شدن به اقل و اکثر برای این بزه‌ها، آن‌ها را همچنان داخل در ذیل قاعده عام تعزیرات می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۲۹/۱۲).

ب) اراده قانون‌گذار بر این بوده که تعزیرات را، اعم از شرعی و حکومتی، از حیث احکام، مشمول قواعد عام حقوق کیفری قرار دهد. تصریح قانون‌گذار به این که «نوع، مقدار، کیفیت اجرا، ... و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود» بحد بیانگر این عزم است. از این‌رو، استثنا کردن این جرائم تعزیری از احکام عام تعزیر با این اراده ناسازگار است.

ج) گرچه موارد پیش گفته در فقه در زمره تعزیرات مقدر شمرده شده‌اند اما قانون‌گذار برای آن‌ها کیفر مقدر فقهی را در نظر نگرفته، بلکه آن‌ها را در حیطة کیفرهای تعزیری عام آورده است. در ماده ۲۳۷، کیفر همجنس‌گرایی زنان و مردان «۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجه شش» تعیین شده است نه ۳۰ تا ۹۹ ضربه که در فقه آمده است. همچنین برای جرائم مادون زنا تا ۹۹ ضربه تازیانه لحاظ شده است نه ۳۰ تا ۹۹ ضربه. این بدان معناست که قانون‌گذار این جرائم را نه به مثابه تعزیر منصوص، بلکه در قالب قواعد عام تعزیرات پذیرفته است.

د) برخورد فقیهان شورای نگهبان با این موارد نیز مؤید نکته پیشین است. ایشان در هیچ‌یک از مجازات‌های تعزیری مذکور در قانون مجازات اسلامی (کتاب‌های حدود و قصاص و دیات) به منصوص بودن اشاره نکرده‌اند. در لایحه قانون مجازات اسلامی (مصوب کمیسیون قضایی و حقوقی

مجلس) دو ماده وجود داشت که شورای نگهبان آن‌ها را تعزیر منصوص تلقی کرد.^۱ نظر شورای نگهبان در ذیل این دو ماده چنین بود: «از این نظر که تعزیر مذکور در ماده، تعزیر منصوص شرعی است، تعزیر درجه شش دانستن آن مستلزم جواز تبدیل به غیرشلاق است، لذا خلاف موازین شرع شناخته شد.» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵: ۹۴ و ۹۵). تمامی مواردی که در قانون مجازات اسلامی ۹۲ در مظان منصوص بودن اند در ذیل درجه شش تعریف شده‌اند و لذا هر یک از آن‌ها اگر بخواهند منصوص تلقی شوند با اشکال پیش گفته شورا روبه‌رو خواهند بود. این در حالی است که شورا در ذیل هیچ‌یک از مواد موجود چنین اشکالی را مطرح نکرده است. مجلس این دو ماده را حذف کرد و با حذف این دو ماده، هیچ مصدافی از تعزیر منصوص در چهار کتاب اول قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲) باقی نمی‌ماند.

ه) از سوی دیگر، باید به این نکته نیز توجه کرد که در متن لایحه مصوب مجلس ماده‌ای با شماره ۲۱۵ وجود داشت که چنین آغاز می‌شد: «مجازات‌های تعزیری و یا بازدارنده در کلیه قوانین به شرح زیر اصلاح می‌شود...» در ادامه، تمامی مجازات‌های مذکور در قانون تعزیرات و سایر قوانین کیفری تحت قاعده درجه‌بندی مجازات‌های تعزیری (ماده ۱۹) درآمده بود. شورای نگهبان در دو مرحله غیررسمی و رسمی هیچ ایرادی از حیث مغایرت با شرع یا قانون اساسی بر این ماده نگرفت و نهایتاً با اعلام عدم مغایرت، این ماده نیز وارد قانون شد و حتی مجلس در متن نهایی قانون، قانون تعزیرات را با اصلاحات مطابق ماده ۲۱۵ بازنویسی و ابلاغ کرد. با مداخله مجدد و عجیب شورای نگهبان، پس از ابلاغ قانون، و بازنگری مجدد در مواد این قانون، ماده فوق با این استدلال که «موجب ازدیاد مدت حبس در بسیاری از قوانین موجود می‌شود و مخالف با سیاست‌های کلی نظام... است» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵: ۸۷) از سوی مجلس حذف شد. روشن است که این مخالفت به هیچ‌وجه به درجه‌بندی این مجازات‌ها بر نمی‌گردد و در واقع نشان می‌دهد که از نظر شورای نگهبان، هیچ‌یک از مجازات‌های تعزیری موجود در قانون تعزیرات در حیطه تعزیرات منصوص شرعی جای نمی‌گیرند.

۱. این دو ماده بر اساس شماره‌گذاری لایحه چنین بودند:

ماده ۲۳۱: «اگر دو طرف یا یکی از طرفین رابطه نامشروع، دوجنسی باشد، در صورتی که اجمالاً احراز شود یکی از عناوین موجب حد مانند زنا یا مساحقه واقع شده است به مجازات همان حد و در غیر این صورت، هر یک به سی و یک تا نود و نه ضربه شلاق تعزیری درجه شش محکوم می‌شوند.»

ماده ۲۳۶: «هرگاه دو یا چند مرد از روی شهوت و بدون ضرورت به صورت برهنه زیر یک پوشش قرار گیرند به سی و یک تا نود و نه ضربه شلاق تعزیری درجه شش، و در صورت تکرار جرم و اجرای تعزیر در مرتبه سوم و بالاتر به یک صد ضربه شلاق محکوم می‌شوند.»

و) حتی بدون در نظر گرفتن فرآیند تأیید و رد ماده ۲۱۵، تنها موردی که براساس ملاک‌های پیش‌گفته چه‌بسا می‌شد آن را در قانون تعزیرات (۱۳۷۵)، منصوص شرعی تلقی کرد جرم موضوع ماده ۶۳۷ است. به‌رغم این، هیئت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه، به‌صراحت بزه موضوع این ماده را منصوص شرعی ندانسته است.^۱

با این حساب، با صراحت و جرئت می‌توان ادعا کرد که در کل قانون مجازات اسلامی (مصوب ۹۲ و ۷۵) هیچ مصداقی از تعزیرات منصوص وجود ندارد.

د) تعزیر منصوص در قالب حدود

با کنار رفتن دیدگاه پیشین، دیدگاهی دیگر مطرح می‌شود که براساس آن، تعزیرات منصوص را باید در ذیل حدود جست‌وجو کرد.

۱. توجیه و ملاک دیدگاه

برای تبیین این دیدگاه باید نظر فقیهان را در باب تعزیر مقدر مرور کرد. برخی از فقیهان مواردی از تعزیر را که عدد معین دارند در زمره حدود یا در حکم آن شمرده‌اند (مانند منتظری، بی‌تا: ۴؛ تبریزی، ۱۴۱۷: ۸-۱۰). برخی نیز احتمال داده‌اند که این‌ها حد باشند نه تعزیر گرچه تعزیر تلقی شدن و مستثنا شدن از قاعده کلی را نیز نامحتمل ندانسته‌اند (رک: محقق اردبیلی، ۱۴۱۷: ۱۳/۹۸-۹۹؛ ۱۷۶-۱۷۷؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۴۱/۲۵۵). برخی از فقیهان معاصر نوشته‌اند که مواردی که عدد معین دارند استثنای قاعده تعزیرند اما بیشتر موارد، که دارای اقل و اکثرند، درون قاعده تعزیر قرار می‌گیرند و تعیین میزان تعزیر در بین دو عدد در اختیار حاکم است و این متفاوت است با جایی که میزان بدون زیاده یا نقصانی از عقوبت معین شده است (گلپایگانی، ۱۴۱۴: ۱/۲۰-۲۱).

از کلام فقیهانی که این موارد را در زمره تعزیرات و نه حدود آورده‌اند می‌توان چنین برداشت کرد که مواردی که عدد معین دارند در نگاه ایشان به حد و احکام آن نزدیک‌ترند.^۲ این نکته بایی

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۷۰ - ۲۶/۴/۱۳۹۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مقرر می‌دارد: «... نظر شعبه نهم دیوان عالی کشور که مقررات ماده ۲۷ قانون مجازات اسلامی را نسبت به محکومیت موضوع ماده ۶۳۷ قانون مجازات اسلامی - تعزیرات اعمال کرده است به اکثریت آراء صحیح و منطبق با موازین قانونی تشخیص گردید.»

۲. درباره این موارد از حیث احکام سه دیدگاه وجود دارد: ۱. این‌ها در احکام مانند تعزیرات‌اند؛ ۲. در احکام تابع حدودند؛ ۳. باتوجه به قواعد حاکم فقهی و حقوقی، مانند قاعده درأ و اصل احتیاط در دماء و نفوس و احترام خون مسلمان، و اصل تخفیف و مسامحه در کیفرها و نیز اصل تفسیر به نفع متهم باید در جایی که حکم تعزیر و حد متفاوت است حکم ارفاقی‌تر را انتخاب کرد (ایزدی‌فرد و حسین‌نژاد، ۱۳۹۴: ۲۴۸-۲۵۴).

می‌شود برای قرائتی دیگر: قانون‌گذار تمایل داشته است که تعزیرات مقدر را به احکام حدود ملحق کند و از این‌رو، این تعزیرات را باید در ذیل ماده ۲۲۰ جست‌وجو کرد.

برای تبیین این دیدگاه ملاک‌های زیر را می‌توان پذیرفت:

الف) مراد از تعزیر منصوص همان تعزیر مقدر در معنای اخص آن است، زیرا بسیاری از فقیهان فقط این‌ها را در حکم حد گرفته‌اند، نه آنجا که حداقل و حداکثر وجود دارد.

ب) تعزیری مقدر است که قانون‌گذار همان کیفر مقدر فقهی را در نظر گرفته باشد. با این ملاک، هیچ بزه تعزیری مقدری را در قانون نمی‌توان یافت. در حقیقت با این ملاک می‌توان گفت شرط مقدر بودن ذکر «نشدن» در قانون است!

ج) به دلیل اختلاف فراوان فقیهان در باب تعزیرات مقدر، باید باتوجه به ملاک‌های قانونی، مانند تفسیر به نفع متهم و اصل احتیاط و...، به موارد متفق‌علیه یا دست‌کم مشهور بسنده کرد.

۲. مصادیق تعزیر منصوص در قالب حدود

باتوجه به ملاک‌های پیش‌گفته، اگر مانند بسیاری از فقیهان این موارد را حد یا تابع احکام حدود بشمریم، در این صورت چه‌بسا بتوان از میان چندین موردی که ایشان گاه و بیگاه ذکر کرده‌اند، موارد اندکی را در زمره تعزیرات منصوص گنجانند. مهم‌ترین مواردی که فقیهان با این ملاک ذکر کرده‌اند چنین‌اند:

الف) نزدیکی با همسر در ماه رمضان؛ بسیاری از فقیهان برای مردی که همسرش را در روز ماه رمضان درحالی‌که هر دو روزه‌اند به نزدیکی وادارد ۵۰ ضربه تازیانه در نظر گرفته‌اند. در صورتی‌که این عمل با رضایت همسر باشد هریک سزاوار ۲۵ ضربه تازیانه‌اند. این دیدگاه در میان فقیهان طرفداران زیادی دارد.^۱

۱. از جمله: شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۳۴۸؛ شیخ طوسی، ۱۳۵۱: ۲۷۵/۱؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۷۳۱؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶: ۵۳۵/۲؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۲۸۸-۲۸۷/۶؛ محقق حلی، ۱۹۸۳: ۱۷۶/۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۲۹۹/۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ۲۲۹/۱؛ ابن‌فهد حلی، ۱۴۱۳: ۶/۵؛ محقق کرکی، ۱۴۲۹: ۷۰/۳-۷۱؛ شهید ثانی، ۱۴۳۴: ۲۸-۲۹؛ همو، ۱۳۹۸: ۱۰۰/۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۹۳: ۱۰/۱-۱۹۸-۱۹۹؛ خمینی، حکیم، گلپایگانی، بروجردی، شیرازی در حاشیه بر عروه در: طباطبایی یزدی، ۱۳۹۳: ۱۰/۱-۱۲، ۱۹۸-۲۰۰؛ و بسیاری از فقیهان دیگر. البته برخی از فقیهان قائل به مطلق تعزیرند (مانند سیستانی در: طباطبایی یزدی، ۱۳۹۳: ۱۰/۱۹۹).

ب) نزدیکی با همسر در حالت عادت ماهانه؛ جمعی از فقیهان معتقدند که مرتکب این رفتار باید ۲۵ ضربه تازیانه بخورد.^۱ از سوی دیگر، بیشتر فقیهان در اینجا به مطلق تعزیر حکم کرده‌اند (مانند محقق کرکی، ۱۴۲۹: ۳۲۰/۱).

ج) ازدواج با زن غیرمسلمان بدون اذن همسر. تعداد اندکی از فقیهان این عمل را مستوجب ۱۲/۵ ضربه تازیانه دانسته‌اند (خوئی، ۱۳۹۳: ۱۱۸/۱؛ مجلسی، بی تا: ۶۰ و ۶۲). بیشتر فقیهان از چنین رفتاری در قالب تعزیر منصوص سخن نگفته‌اند.

د) افطار روزه در ماه رمضان بدون عذر؛ در رأی شاذ، صاحب عروه به ۲۵ ضربه شلاق برای مرتکب این رفتار نظر داده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۳: ۱۰/۱۰-۱۱). به‌رغم این، بسیاری از فقیهان بزرگ بر این مسئله عروه حاشیه زده‌اند و گفته‌اند در این فرض تقدیر وجود ندارد و تعزیر به صلاح دید حاکم است.^۲ همچنین بیشتر فقیهان متقدم نیز در اینجا ذکر عدد نکرده‌اند (مانند علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱/۲۹۹). با توجه به غیرمقدر بودن این رفتار، و با اعمال اصل قانونی بودن تعزیرات، ارتکاب آن فقط در صورتی قابل تعزیر است که قانون‌گذار برای آن به‌صراحت کیفر در نظر بگیرد.

ه) اتیان بهیمه؛ گرچه در باب مقاربت با حیوان نظری مبنی بر ۲۵ ضربه تازیانه وجود دارد اما این تنها نظر نیست، بلکه قول به مطلق تعزیر، صد ضربه و قتل نیز وجود دارد (رک. محقق حلی، ۱۹۸۳: ۱۷۴/۴؛ خوئی، ۱۳۹۳: ۱۶۲/۱). بیشتر فقیهان قائل‌اند که در اینجا تعزیر به صلاح دید حاکم است.^۳ حتی برخی فقیهان متقدم شیعه ادعای اجماع کرده‌اند که در اینجا به تعزیر کمتر از حد حکم می‌شود (از جمله: سید مرتضی، ۱۴۱۵: ۵۱۳-۵۱۴؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۰: ۳۸۲/۵-۳۸۳). از موارد پیش گفته (و برخی موارد دیگر، مانند توهین کمتر از قذف؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۰۶-۱۰۲) فقط نزدیکی با همسر در ماه رمضان نزد بیشتر فقیهان دارای تعزیر مقدر است و با آسان‌گیری بسیار، می‌شود نزدیکی با همسر در حال عادت ماهانه، و ازدواج با زن غیرمسلمان بدون

۱. از جمله: شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۷۳۱؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶: ۵۵۳/۲؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۲۸۷/۶؛ فاضل هندی، ۱۴۲۴:

۴۱۲/۱۰؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۲۲۶-۲۲۵/۳ (البته با تردید)؛ تبریزی، ۱۴۱۷: ۹؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۲۳/۱.

۲. از جمله: بروجردی، خمینی، خوبی، گلپایگانی، حکیم، مرعشی نجفی، میلانی، بجنوردی، عبدالله شیرازی، هاشم آملی، مهدی شیرازی، عبدالهادی شیرازی، حسن قمی، فاضل لنکرانی، سیستانی، سبزواری، فانی اصفهانی، محمدامین زین‌الدین، محمد شیرازی، تقی قمی، صادق روحانی (طباطبایی یزدی، ۱۳۹۳: ۱۰/۱۰-۱۲). ایشان تأکید کرده‌اند که عدد فقط در روایت مجامعت ذکر شده است (همان).

۳. از جمله: شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۷۸۹؛ ابن‌براج، ۱۴۰۶: ۵۳۳/۲؛ محقق حلی، ۱۹۸۳: ۱۷۴/۴؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۹:

۴۹۵/۴-۴۹۶؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸: ۳۲۱/۹؛ فاضل هندی، ۱۴۲۴: ۵۱۲/۱۰؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۳۳۸/۴۱؛ خوئی، ۱۳۹۳:

۱۶۲/۱؛ تبریزی، ۱۴۱۷: ۴۴۷).

اجازه همسر مسلمان را نیز به آن افزود. موارد دیگر بسیار شاذ است و کمتر فقیهی به آن‌ها فتوا داده است.

۳. نقد و بررسی دیدگاه

بر اساس این دیدگاه، در تعزیرات منصوص صرفاً با چند مورد محدود روبه‌رو می‌شویم که به حد ملحق می‌شوند و در ذیل ماده ۲۲۰ قرار می‌گیرند.

از نگاهی، اگر بخواهیم به سیر قانون‌گذاری کیفری ایران واقع‌گرایانه بنگریم، و با توجه به سخت‌گیری شورای نگهبان در برداشت فقهی خود، چه‌بسا حتی بتوان توجیهی برای این عدم ذکر در قانون یافت. برای روشن شدن این مسئله بی‌مناسبت نیست که به سخن رسی، از پیشگامان مکتب نئوکلاسیک، در باب معیار جرم‌انگاری اشاره کنیم. وی با اشاره به چهار ملاک برای جرم‌انگاری، می‌نویسد: «قدرت اجتماعی فقط می‌تواند نقض تکلیف اخلاقی نسبت به جامعه یا افراد را [...] یعنی تکلیفی که برای حفظ (نظم) سیاسی مفید است و ایفای آن تنها با ضمانت اجرای کیفری قابل تأمین است و نقض آن در پیشگاه عدالت انسانی قابل رسیدگی است، بزه تلقی کند.» (به نقل از: پرادل، ۱۳۹۳: ۷۵-۷۷). با توجه به این ملاک، جرم‌انگاری رفتارهایی که ضمانت‌اجراهای دیگر نسبت به ضمانت اجرای کیفری بسیار جدی‌ترند، یا احتمال ارتکاب آن‌ها بسیار کم است یا در صورت ارتکاب، احتمال این‌که دادگاه بتواند به آن‌ها رسیدگی کند بسیار ناچیز است نباید جرم‌انگاری شوند.

با این ملاک، رفتارهایی مانند جماع با همسر در ماه رمضان یا در حال عادت ماهانه، که احتمال کشف آن‌ها به‌عنوان یک عمل مجرمانه یا احتمال شکایت و اثبات در آن‌ها تقریباً نزدیک صفر است، به‌درستی از سوی قانون‌گذار جرم‌انگاری نشده‌اند، اما با توجه به دغدغه فقیهان شورای نگهبان نسبت به پاسداری از شریعت، شاید بتوان با ملحق کردن این موارد به حدود، چنان‌که بسیاری از فقیهان گفته‌اند، هم از دغدغه ایشان کاست و هم حریم قانون را از جرم‌انگاری‌های غیرضرور حفظ کرد.

به‌رغم این، این دیدگاه نیز با مشکلات جدی روبه‌رو است:

الف) قانون‌گذار در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی به‌صراحت اصل قانونمندی تعزیرات (در موارد «ارتکاب محرمات شرعی» و نیز احکام حاکم بر آن‌ها) را پذیرفته است. اگر به فرایند تصویب و تأیید این قانون نگاه کنیم درمی‌یابیم که شورای نگهبان در طی حدود سه‌سال و نیم که مشغول

بررسی این قانون بوده هیچ ایرادی به ماده ۱۸ وارد نکرده است.^۱ اگر نظر شورا بر این بود که تعزیرات منصوص را می توان در خارج از قانون یافت باید در اینجا هم (مانند سایر موارد) نظر می داد که اطلاق ماده ۱۸ شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی شود. رأی وحدت رویه شماره ۷۷۰ - ۲۶/۴/۱۳۹۷ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، که پیش تر نقل شد، و نیز نظریه مشورتی اداره حقوقی قوه قضاییه^۲ نیز مؤید این نظرند که تعزیر منصوص فقط در احکام تصریح شده از ذیل قواعد عام تعزیرات مستثنا شده اند و نه در اصل جرم انگاری آن ها.

ب) ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی استثنای اصل قانونمندی است، و در موارد استثنا باید به قدر متیقن بسنده کرد. قدر متیقن ماده ۲۲۰ حدودی است که همه یا بیشتر فقیهان به حد بودن آن ها قائل اند اما قانون گذار بر اساس مصالحی آن ها را در قانون ذکر نکرده است. توسعه جرائم موضوع این ماده روا نیست. اصل قانونمندی باید تا حد امکان مطلق و بدون استثنا باقی بماند.

ج) اگرچه بر اساس ضوابط فقهی و قانونی فقط یکی دو مورد از تعزیرات را می توان به حدود ملحق کرد اما اگر چنین اجازه ای صادر شود، نمی توان اطمینان حاصل کرد که موارد آن در رسیدگی ها به همین اندک موارد مشهور محدود بماند. بعید نیست دادگاه ها به استناد نظرات شاذ، چنان که برخی فقه پژوهان گفته اند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۰۶، ۱۰۷)، به «بسیست تا سی» مورد تعزیر منصوص حکم دهند. در این صورت اصل قانونمندی آشکارا نقض می شود.

د) شورای نگهبان در مواردی که در نظراتش به تعزیر منصوص اشاره کرده فقط یکبار مصدقاً از آن را مثال زده است. شورا در ذیل ماده ۳۹ قانون نظر داده است که اطلاق این ماده (معافیت از کیفر در صورت وجود جهات تخفیف در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت) «نسبت به تعزیرات منصوص، مانند مجازات تعزیری روزه خواری، خلاف موازین شرع شناخته شد» (پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵: ۳۴). بیان این تذکر در ذیل ماده ۳۹ که درباره تعزیر درجه هفت و هشت است نشان می دهد که فقیهان شورا، در مجازات روزه خواری به همان تعزیر مقدر ۲۵ ضربه پیش گفته (که درجه هفت محسوب می شود) نظر داشته اند، نه مطلق تعزیر (تا ۷۴ ضربه) که در درجه شش قرار می گیرد. این دیدگاه فقیهان شورای نگهبان (افزون بر اشکال نقض ماده ۱۸) با این مشکل جدی روبه رو است که، همان طور که دیدیم، مقدر یا منصوص تلقی شدن گناه روزه خواری نظر

۱. شورای نگهبان ابتدا غیررسمی (۸۸/۸/۲۷) و سپس در چند مرحله به طور رسمی (از جمله: ۸۸/۱۰/۲۹، ۹۰/۸/۲۶، ۹۱/۶/۲۶) قانون مجازات اسلامی را از حیث عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی بررسی و نهایتاً در ۹۲/۲/۱۱ آن را تأیید کرد.

۲. «تعزیرات منصوص شرعی نیز نوعی تعزیر هستند و احکام تعزیر بر آن ها مترتب است؛ جز مواردی که در قانون از شمول احکام تعزیرات خارج شده باشند.» (نظر ۹۲/۲/۱۴۹-۷-۹۲/۱۱/۹).

شاذی است و عمده فقیهان آن را در قالب عام تعزیرات آورده‌اند. با یک نظر شاذ نمی‌توان استثنای قاعده را چنین توسعه داد.

در هر حال، با این دیدگاه نیز نمی‌توان به مصداق یا مصادیقی از تعزیر منصوص رسید و تردید و دودلی در باب این تعبیر قانون‌گذار همچنان باقی می‌ماند.

ه) ثمرات تعیین تعزیرات منصوص

با فرض این‌که بپذیریم همچنان می‌توان مصادیقی از تعزیر منصوص را یافت، رفتار قانون‌گذار سؤالاتی را برمی‌انگیزد، از جمله این‌که بر تأسیس چنین نهادی چه ثمره عملی‌ای مترتب است؟ توجه به این نکته بایسته است که فقیهان نسبت به تعزیرات انعطاف بسیار بیشتری به خرج داده‌اند. هر چند برخی فقیهان جریان قاعده در آن در معنای خاصش را در تعزیرات منتفی می‌دانند (منتظری، بی‌تا: ۴۹)^۱ و نیز همه تعزیرات را با دو شاهد و دو اقرار یا حتی یک اقرار قابل اثبات می‌دانند^۲ اما از جهات دیگر، همواره کیفی‌های تعزیری با آسان‌گیری بیشتری همراه بوده‌اند؛ چنان‌که بیان شد، بر خلاف حدود، عفو بزهدار و نیز شفاعت و کفالت و تأخیر در اجرا در تعزیرات پذیرفتنی است و توبه نیز در هر حال، حتی پس از اثبات جرم، مسقط تعزیر است. به‌رغم این، به نظر می‌رسد اعمال این نهادها در تعزیر منصوص مورد نظر قانون‌گذار ناممکن یا دشوار است. برای تبیین بهتر مسئله باید احکام مستثنا شده در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ را مرور کنیم.

۱. مقررات توبه

در ماده ۱۱۵ در جرائم تعزیری درجه شش و هفت و هشت، توبه مسقط مجازات دانسته شده است. در سایر جرائم تعزیری (درجه یک تا پنج) قاضی می‌تواند در صورت توبه و ندامت بزهدار، مقررات موارد ۳۷ و ۳۸ را اعمال کرده، مجازات را تخفیف دهد یا تبدیل کند. با مستثنا شدن تعزیرات منصوص از ذیل حکم توبه ماده ۱۱۵، خلأ قانونی پدید آمده است؛ زیرا همه تعزیرات مقدر فقهی، و بیش از این، همه تعزیرات شرعی که کیفر آن‌ها تازیانه است، در حیطه تعزیرات درجه شش و پایین‌تر قرار می‌گیرند. براساس ضابطه ماده ۱۱۵، در صورت توبه، این مجازات‌ها باید ساقط شوند

۱. البته برخی نیز قاعده در آن در مفهوم شرعی‌اش را در تعزیراتی که جنبه حق‌اللهی دارند جاری می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۹۴: ۸۰).

۲. رک. طوسی، ۱۴۰۰: ۶۸۹-۶۹۰؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۶/۱۴۹؛ شهید ثانی، ۱۳۹۸: ۹/۳۳۳؛ همو، ۱۴۳۴: ۱۴۳/۱۲؛ حلی، ۱۳۶۲: ۴۱۷.

اما براساس تبصره، در تعزیرات منصوص چنین نخواهد شد. درباره مرتکبان جرائم تعزیری منصوص که توبه کرده‌اند چه اقدامی می‌توان انجام داد؟

به نظر می‌رسد سه احتمال در پاسخ این پرسش قابل طرح باشد.

الف) براساس ماده ۱۸، مقررات تخفیف و سقوط مجازات باید براساس قانون تعیین شود. با رجوع به تبصره پیش گفته چنین برداشت می‌شود که قانون مجازات اسلامی درباره توبه مرتکب تعزیر منصوص هیچ حکمی ندارد و از این رو، توبه، در قالب یک نهاد شرعی، در تعزیرات منصوص بی‌اثر است. این در حالی است که قانون‌گذار هم در جرائم شدیدتر، یعنی حدود (ماده ۱۱۴)، و هم جرائم خفیف‌تر، یعنی سایر تعزیرات (ماده ۱۱۵)، توبه را دارای اثر دانسته و این به آن معنا است که قانون‌گذار در جرائم خفیف‌تر از حد (تعزیر منصوص) شدت عمل بیشتری نشان داده است.

ب) برداشت دیگر از تبصره این است که قانون‌گذار، با اخراج تعزیر منصوص از ذیل قواعد توبه در تعزیرات، به الحاق این تعزیرات به حدود تمایل نشان داده است. با این ملاک، در تعزیرات منصوص مقررات توبه موضوع ماده ۱۱۴ اعمال می‌گردد. در این صورت، در جرائم تعزیری منصوص ملحق به حدود جنسی، توبه تا پیش از اثبات جرم پذیرفته می‌شود و نیز اگر برخی از جرائم تعزیری ملحق به قذف را بتوان تعزیر منصوص شمرد، به دلیل ماهیت حق‌الناسی قذف (شهید اول، بی تا: ۱۴۴/۲ - قاعده ۲۰۴)، در این تعزیرات نیز بر اساس ماده ۱۱۴ و ۱۱۶ توبه بی‌تأثیر است و مانند قذف، جز با گذشت شاکی خصوصی کیفرشان برداشته نمی‌شود (حلبی، ۱۳۶۲: ۴۲۰).

ج) براساس برداشتی دیگر، در مورد مرتکبان جرائم تعزیری منصوص که توبه کرده‌اند می‌توان مقررات تخفیف و تبدیل مجازات را بر اساس ماده ۳۷ و ۳۸ اعمال کرد؛ زیرا، همان‌طور که در نظریه مشورتی نیز به درستی منعکس شده (نظر ۹۲/۱۱/۹-۷/۹۲/۲۱۴۹)، بر تعزیرات منصوص، جز در موارد مستثنا شده، احکام کلی تعزیر مترتب است و حکم ماده ۳۷ و ۳۸ در این مورد استثنا نشده است. حتی اگر ماده را سخت‌گیرانه تفسیر کنیم و توبه و ندامت مذکور در بند ۳ ماده ۳۸ را شامل تعزیرات منصوص ندانیم، به نظر می‌رسد اگر موجبات دیگر تخفیف مذکور در ماده ۳۸ وجود داشت بتوانیم در تعزیرات منصوص نیز قائل به تخفیف و تبدیل باشیم.

با کنار نهادن احتمال نخست، که خلاف حکمت و عدالت و مصلحت است و با نظر فقیهان نیز ناسازگار است، هریک از دو احتمال دیگر، هر کدام از منظری، قابل دفاع‌اند.

۲. سایر مقررات ارفاقی

پیش‌تر گفتیم که فقیهان کفالت و شفاعت و عفو و تأخیر را در اجرای حد جایز نمی‌شمردند اما در تعزیرات به نظر می‌رسد بتوان از این اقدامات ارفاق‌آمیز استفاده کرد. این اقدامات در نظام‌های مدرن

حقوق کیفری در قالب نهادهایی چون تعویق حکم و تعلیق و تبدیل و تخفیف مجازات و عفو خود را نشان داده است. پیش‌بینی چنین نهادهایی، دست‌کم در جرائم تعزیری، نه تنها مخالفی با شرع ندارد، که کاملاً با قواعد شرعی منطبق است. از این‌رو، مستثنا کردن تعزیرات منصوص از ذیل قواعد تعزیر ظاهراً فقط با این توجیه ممکن است که این تعزیرات خاص از دید برخی فقیهان، در احکام ملحق به حدودند و از قواعد حدود تبعیت می‌کنند و گویا قانون‌گذار نیز این دیدگاه فقهی را پذیرفته است.^۱ به‌رغم این، مسائل فراوانی همچنان بی‌پاسخ می‌مانند که به دو مورد اشاره می‌کنیم.

الف) احکام تعدد و تکرار و معاونت و شروع به جرم در این دسته از تعزیرات مشمول قواعد عام تعزیری می‌شود یا قواعد حد؟ آنجا که قواعد تعزیری ارفاق‌آمیزتر است بحثی باقی نمی‌ماند، چون این تعزیرات از ذیل آن احکام مستثنا نشده‌اند. اما آنجا که عملاً مجازات تعزیری شدیدتر می‌شود (مانند تعدد و تکرار در فروضی) به‌نظر می‌رسد، این جرائم تعزیری در قواعد ارفاق‌آمیزتر حد باید تابع حد باشند هرچند در قانون ذکر نشده باشد. از این‌رو، به‌فرض که برخی از جرائم منافی عفت مادون حد در ذیل تعزیر منصوص جای گیرند باید در اعمال قاعده در آن نیز تابع مقررات ماده ۱۲۱ یعنی در آن در معنای خاص و فقهی آن باشند نه ماده ۱۲۰. حتی چه‌بسا بتوان گفت که اگر قانون‌گذار به لوازم این تفکیک پای‌بند باشد در بحث اثبات هم باید این تعزیرات را تابع احکام حد تلقی کنیم.^۲

ب) قانون‌گذار در مواردی تعزیر منصوص را از احکام فرعی مستثنا کرده است اما احکام اصلی همچنان بر جای خود باقی‌اند. برای نمونه، مواد ۸۸ تا ۹۰ که درباره مسئولیت نقصان یافته اطفال و نوجوانان است (و به‌صراحت سن مسئولیت کامل را در جرائم تعزیری، هجده سال تمام شمسی اعلام می‌کند) در تعزیرات منصوص مستثنا نشده و فقط اعمال مقررات مواد ۹۳ و ۹۴ که درباره تخفیف و تبدیل و تعویق و تعلیق است مستثنا است. از این‌رو، اگر پسر یا دختر هفده‌ساله‌ای مرتکب رفتاری شود که مجازات آن تعزیر منصوص است دادگاه بر اساس بند «ت» ماده ۸۹ وی را به جزای نقدی یا خدمات عمومی رایگان محکوم می‌کند نه مجازات مقدر فقهی. با توجه به این‌که نسبت به کودکان و نوجوانان مقررات مواد ۸۸ تا ۹۰ که ارفاقی است اعمال می‌شود، استثنای صورت‌گرفته در ماده ۹۳ و ۹۴ بسیار بی‌وجه می‌نماید.

۱. به‌گفته یکی از فقیهان معاصر: «آنجا که در کلام شارع، حد موضوع حکم است، مانند نفی سوگند و عدم کفالت و پذیرش توبه پس از اثبات فقط درجایی که با اقرار و نه بینه اثبات شده باشد و... اگر قرینه‌ای در میان نباشد که مراد عام است، فقط شامل مواردی می‌شود که مجازات مقدر [= حد یا تعزیر مقدر] وجود دارد» (تبریزی، ۱۴۱۷: ۹-۱۰).

۲. برخی فقیهان برای وجود زن و مردی در رختخواب واحد که اعمال مادون وطنی انجام دهند، مثل تقبیل (موضوع ماده ۶۳۷ تعزیرات)، تعزیر را با شهادت چهار شاهد یا چهار بار اقرار ممکن دانسته‌اند (ابن‌ادریس حلی، ۱۳۸۷: ۱۴۹/۶).

باتوجه به آنچه بیان شد، به فرض وجود مصادیقی از تعزیر منصوص، در ثمره عملی این تفکیک نیز بسیار جای حرف و حدیث است.

نتیجه‌گیری

الف) در این نوشته تبیین شد که قانون‌گذار در ماده ۱۸ ق.م.ا.همه جرائم تعزیری، اعم از «ارتکاب محرمات شرعی» و «نقض مقررات حکومتی» را هم در اصل جرم‌انگاری و هم در «نوع، مقدار، کیفیت اجرا، و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر» مشمول اصل قانونی بودن جرم و مجازات قرار داده است و به دادگاه‌ها اجازه داده که در جهت فردی کردن مجازات، در حیطة قانون، به مجازات مناسب حکم کنند. حکم این ماده مطلق است و هیچ‌گونه تعزیری از جمله تعزیرات منصوص از ذیل آن مستثنا نشده است.

ب) مراد قانون از تعزیر منصوص روشن نیست و حتی با رجوع به نظرات فقیهان شورای نگهبان در ذیل مواد مرتبط نیز نمی‌توان به برداشت روشنی رسید. آنچه هست، به دلایلی روشن، که برخی از آن‌ها بیان شد، مراد از تعزیر منصوص نمی‌تواند هرگونه تعزیر شرعی یا حتی تعزیر شرعی‌ای که به موجب آن تصریح شده است باشد و به‌ناچار باید معنای خاص‌تری را از آن اراده کرد.

آنچه می‌توان از مجموع نظرات شورای نگهبان به دست آورد این است که تعزیر منصوص منحصر در تازیانه است و این تازیانه قابل تعلیق و تعویق و ... نیست. از سوی دیگر، تعیین درجه برای مجازات تعزیری از آنجا که «مستلزم جواز تبدیل مجازات شلاق به غیر آن است، خلاف موازین شرع» است (نظر شورا در ذیل ماده ۲۳۶ محذوف). به جز یک مورد (تبصره ماده ۲۶۳ که البته ملاک‌های دیگر تعزیر منصوص را ندارد)، تمامی کیفی‌های تعزیری مذکور در کتاب‌های حدود و قصاص و دیات در حیطة درجه‌بندی ماده ۱۹ می‌گنجد و با ملاک شورای نگهبان نمی‌توانند منصوص تلقی شوند. از جهت دیگر، شورای نگهبان تعیین درجه برای هیچ‌یک از مجازات‌های تعزیری کتاب پنجم (تعزیرات) را نیز از این حیث مغایر شرع ندانسته است (نظر شورا در ذیل ماده ۲۱۵ محذوف).

با رجوع به فقه نیز برمی‌آید که گرچه برخی از جرائم مذکور در قانون ویژگی‌های تعزیر مقدر را دارند اما قانون‌گذار با آنان چنین معامله‌ای نکرده است. نظریه مشورتی و رأی وحدت رویه در خصوص محتمل‌ترین مصداق تعزیر منصوص (ماده ۶۳۷) نیز به‌صراحت دال بر غیرمنصوص بودن این تعزیرات‌اند. از این رو، به قطع می‌توان گفت که تعزیر منصوص در قانون مجازات اسلامی هیچ مصداقی ندارد.

ج) چه بسا گفته شود که برای تعیین مصادیق این تعزیرات باید به فقه رجوع کرد (همان طور که شورای نگهبان در ذیل ماده ۳۹ به روزه خواری اشاره کرده است). این هم با صراحت ماده ۱۸ نفی می‌شود؛ چون در این صورت، باید تعزیرات منصوص از ذیل ماده ۱۸ نیز مستثنا می‌شد.

د) حتی اگر به فرض بتوان مصادیقی برای تعزیر منصوص یافت، ثمره عملی این تأسیس به شدت دستخوش تردید است، زیرا هم باعث خلأ قانونی در احکام این تعزیرات می‌شود و هم در مواردی با اصول اولیه قانون گذاری مانند اصل عدالت بیگانه است و حتی در فروضی با شرع هم ناسازگار است.

ه) با این بیان، پیش‌بینی تعزیر منصوص در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و برخی قوانین دیگر عمل لغو، ناکارآمد و مضر است که هیچ مصادیقی ندارد و کار را برای قضات و حقوق دانان دشوار می‌کند، درست به همان دلیل که تفکیک کیفی‌های تعزیری و بازدارنده لغو و مضر و ناکارآمد بود. به‌رغم این، اگر بخواهیم عمل قانون‌گذار را حمل بر حکمت کرده، همدلانه برای تعزیر منصوص مصادیقی معین کنیم به‌ناچار باید این تعزیرات را، همان‌گونه که برخی فقیهان گفته‌اند، به حدود ملحق کنیم و طبق ضابطه ماده ۲۲۰ و فراتر از اصل قانونمندی در پی مصادیق آن باشیم. با این ملاک نیز تنها می‌توان از مواردی اندک به‌مثابه تعزیر منصوص سخن گفت: نزدیکی با همسر در روز ماه رمضان، و با آسان‌گیری بسیار، نزدیکی با همسر در حالت عادت ماهانه و ازدواج با زن غیرمسلمان بدون اجازه همسر مسلمان.

انتظار می‌رود قانون‌گذار دامن این نهاد بی‌ثمر و بیهوده را، که در عمل ممکن است به نتایج نادرست و غیرقانونی و حتی غیرشرعی بینجامد، از قانون مجازات اسلامی برچیند.

منابع

- ابن‌ادریس حلی، محمد ابن‌احمد (۱۳۸۷)، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، (ج۶)؛ در: موسوعه ابن‌ادریس الحلی، ج ۸-۱۳، چاپ اول، تهران: انتشارات دلیل ما.
- ابن‌براج طرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق)، *المهذب* (ج۲)، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن‌فهد حلی، جمال‌الدین احمد ابن‌محمد (۴۱۳ق)، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، (ج۵)، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اکبری، محمدجواد و هاشمی، سیدحسین (۱۳۹۵)، «درنگی در مصادیق تعزیرات منصوص در فقه امامیه»، *فصلنامه جستارهای فقهی و اصولی*، شماره چهارم، ص ۳۳-۵۹.
- ایزدی‌فرد، علی‌اکبر و حسین‌نژاد، سیدمجتبی (۱۳۹۴)، «تأملی در مصادیق مشتبه حد و تعزیر با تحلیلی بر سخنان شهید ثانی در مسالک»، *پژوهش‌های فقهی*، دوره ۱۱، شماره ۲، ص ۲۵۸-۲۲۹.

برهانی، محسن و نادری فرد، مریم (۱۳۹۴)، «تجزیات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره دهم، ص ۸۹-۱۱۲.

پرادل، ژان (۱۳۹۳)، تاریخ اندیشه‌های کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، چاپ هفتم، تهران: انتشارات سمت.

پژوهشکده شورای نگهبان (۱۳۹۵)، قانون مجازات اسلامی در پرتو نظرات شورای نگهبان، چاپ اول، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان.

تبریزی، میرزا جواد (۱۴۱۷ق)، اسس الحدود و التعزیرات، چاپ اول، قم: مهر حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۵)، «حاکمیت یا عدم حاکمیت اصل ۱۶۷ ق.ا در امور کیفری با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، پژوهش‌های فقهی، شماره ۲۵، ص ۲۵۵-۲۸۸.

حلبی، ابوالصلاح (۱۳۶۲)، الکافی فی الفقه، چاپ اول، اصفهان: مکتبه امیرالمؤمنین.

خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۹)، تحریر الوسیله، (۲ ج)، چاپ اول، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خوانساری، سیداحمد (۱۳۶۴)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، (۷ ج)، چاپ دوم، تهران: مکتبه الصدوق.

خویی، سیدابوالقاسم (۱۳۹۳)، مبانی تکمله المنهاج، (۲ ج)، چاپ چهارم، تهران: انتشارات خرسندی.

رایجیان اصلی، مهرداد (۱۳۹۵)، «اصل قانونمندی حقوق جنایی با رهیافتی به تحولات اخیر آن در حقوق ایران»، در: حسین غلامی (به کوشش)، علوم جنایی تطبیقی: مجموعه مقالات در تجلیل از دکتر سیلویا تلنباخ، چاپ اول، تهران: نشر میزان، ص ۳۴-۵۶.

رحمانیان، حامد و حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۹۲)، «معیار تفکیک حدود غیرمذکور از تعزیرات منصوص در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و هفتم، شماره ۸۴، ص ۱۰۳-۱۲۳.

ساریخانی، عادل و محمدهادی توکل‌پور (۱۳۹۵)، «مفهوم‌شناسی تعزیرات منصوص شرعی با تأکید بر نظریه‌های شورای نگهبان»، فصلنامه دانش حقوق عمومی، سال پنجم، شماره ۱۴، ص ۹۵-۱۱۵.

سید مرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۵ق)، الانتصار، چاپ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

شهید اول، محمد بن مکی عاملی (بی تا)، القواعد و الفوائد فی الفقه و الاصول و العربیه، (۲ ج)، تحقیق عبدالهادی حکیم، قم: مکتبه المفید.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی (۱۴۳۴ق)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، در:

موسوعه الشهيد الثاني، ج٢٩، چاپ اول، قم: المركز العالي للعلوم و الثقافه الاسلاميه، ج١٢ (٢٨).

شهيد ثاني، زين الدين بن علي العاملي (١٣٩٨ق)، الروضه البهييه في شرح اللمعه الدمشقيه، (١٠ج)، چاپ دوم، نجف: منشورات جامعه النجف الدينيه.

شيخ بهايي، بهاء الدين محمد بن حسين عاملي (١٣١٩)، جامع عباسي، (٢ج)، تهران: فراهاني
شيخ طوسي، محمد بن حسن (١٣٥١)، المبسوط في فقه الاماميه، (٨ج)، چاپ اول، تهران:
مكتبه المرتضويه.

شيخ طوسي، محمد بن حسن (١٤٠٠ق)، النهايه في مجرد الفقه و الفتاوى، چاپ دوم، بيروت:
دارالكتاب العربي.

شيخ طوسي، محمد بن حسن (١٤٢٠ق)، الخلاف (٦ج)، چاپ دوم، قم: موسسه النشر الاسلامي.
شيخ طوسي، محمد بن حسن و محقق حلي، جعفر بن حسن (١٤١٢ق)، النهايه و نكتها، (٣ج)،
چاپ اول، قم: موسسه النشر الاسلامي.

شيخ مفيد، محمد بن محمد بن نعمان (١٤١٠ق)، المقنعه في الاصول و الفروع، چاپ دوم، قم:
موسسه النشر الاسلامي.

طباطبايي يزدي، سيد محمد كاظم (١٣٩٣)، العروه الوثقي (والتعليقات عليها)، (١٣ج)، چاپ اول،
قم: مؤسسه السبطين العالميه.

علامه حلي، حسن بن يوسف (١٤١٠ق)، ارشاد الازهان الي احكام الايمان، (٢ج) چاپ اول، قم:
موسسه النشر الاسلامي.

علامه حلي، حسن بن يوسف (١٤١٩ق)، قواعد الاحكام، (٣ج)، چاپ اول، قم: موسسه النشر
الاسلامي.

فاضل هندي، محمد بن حسن اصفهاني (١٤٢٤ق)، كشف اللثام عن قواعد الاحكام، (١١ج)، چاپ
اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامي.

فخر المحققين، ابوطالب محمد بن حسن حلي (١٣٨٩)، ايضاح الفوائد في شرح اشكالات
القواعد، (٤ج)، چاپ اول، قم: مؤسسه اسماعيليان.

گليپيگاني، محمدرضا (١٤١٤ق)، الدر المنضود في احكام الحدود، (٣ج)، چاپ اول، قم: دارالقرآن
الكريم.

محقق اردبيلي، احمد بن محمد (١٤١٧ق)، مجمع الفائدة و البرهان في شرح ارشاد الازهان،
(١٤ج)، چاپ دوم، قم: موسسه النشر الاسلامي.

محقق حلي، جعفر بن حسن (١٩٨٣م): شرايع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام، (٤ج)،

- تحقیق عبدالحسین محمدعلی، چاپ دوم، بیروت: دارالاضواء
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۴)، قواعد فقه (بخش جزایی)، چاپ سی و یکم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۲۹ق)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، (۱۳ج)، چاپ دوم، بیروت: مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- مجلسی، محمدباقر (بی تا)، حدود و قصاص و دیات، چاپ اول، تهران: موسسه نشر آثار اسلامی.
- معرفت، محمدهادی (۱۳۶۵)، «بحثی در تعزیرات»، مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۸، ص ۹۷-۱۱۸.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳)، تعزیر و گستره آن، گردآوری ابوالقاسم علیان نژادی، چاپ اول، قم: مدرسه الامام علی بن ابیطالب.
- منتظری، حسین علی (بی تا)، کتاب الحدود، قم: انتشارات دارالفکر.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۲۷ق)، فقه الحدود و التعزیرات، (۴ج)، چاپ دوم، قم: انتشارات دانشگاه مفید.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۳۹۲)، حقوق و دادرسی کیفری در آیینة فقه، زیر نظر سعید رهایی، چاپ اول، قم: انتشارات دادنگار.
- موسوی سبزواری، عبدالاعلی (۱۳۸۸)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، (۲۸ج)، چاپ اول، قم: انتشارات دارالتفسیر.
- هاشمی شاهرودی، سیدمحمود (۱۳۷۸)، بایسته های فقه جزا، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۹۸۱م)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، (۴۳ج)، تحقیق محمود القوچانی، چاپ هفتم، بیروت: داراحیاء التراث العربی.