

بررسی فقهی و حقوقی قاعده «التعزیر فی کلّ معصیة»

○ محمدرضا کدخدایی*

چکیده

نویسنده نخست به مشکل تعدد ملاک برای جرم انگاری در قوانین جمهوری اسلامی ایران اشاره می‌کند، سپس به بررسی تفصیلی قاعده، «التعزیر فی کلّ معصیة» می‌پردازد. او برای این منظور ابتدا معنای لغوی و اصطلاحی تعزیر را توضیح می‌دهد و آن گاه برخی از مبانی نظام کیفری اسلام را بررسی می‌کند. مبحث بعدی مقاله، دلایل قاعده مزبور است که نویسنده ضمن خدشه در دلیل اجماع، به تقویت دلایل دیگر از جمله روایات عام، الغای خصوصیت از روایات خاص و دلیل عقلی حفظ نظام پرداخته و به اشکالات آن پاسخ می‌دهد. در نهایت پس از بررسی قلمرو قاعده، به این نتیجه می‌رسد که قاعده فوق در گناهان کبیره و گناهایی که زمینه آزار و اذیت مسلمانان را ایجاد می‌کند، جریان دارد. کلیدواژگان: تعزیر، گناه، معصیت، جرم، مجازات، اصل قانونی بودن جرم و مجازات.

*

* دانش آموخته حوزه علمیه قم و کارشناسی ارشد حقوق جزای مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).

علی‌رغم آنکه بسیاری از حقوق‌دانان معتقدند با استناد به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، دادگاه‌ها فقط در صورتی می‌توانند عمل و رفتاری را جرم بدانند و مجرم را مجازات کنند که اولاً رفتار مذکور صراحتاً قوه مقننه و طبق قانون مدون قابل اجرا آن را جرم شناخته باشد و ثانیاً مجازات آن نیز مشخص باشد، «لکن در سیاست جنایی جمهوری اسلامی ایران علاوه بر اعمال و رفتار جرم‌انگاری شده توسط قانون‌گذار [به طور خاص و صریح]، محرّمات شرعی [به طور عام] قابل تعقیب و کیفر دانسته شده‌اند»^۱.

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

۱. با استناد به ماده ۲ قانون مجازات اسلامی، «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم است».

۲. با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی^۲ و مواد ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری (مصوب ۱۳۷۸)^۳ و دلالت صریح ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی

۱. 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، ص ۶۵.

۲. 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 نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».

۳. ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری: «رای دادگاه باید مستدل و موجه بوده و مستند به مواد قانون اصولی باشد که براساس 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».

(مصوب ۱۳۷۵)^۲ و بر طبق قاعده مشهور جزایی «التعزیر فی کلّ معصیة»، کلیه معاصی نیز قابل مجازات هستند.

ملاک اخیر جرم انگاری به دلیل وجود برخی شبهات و تعارض ظاهری با تفسیر مضیق از «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» و نیز به سبب بروز مشکلات عملی (ناشی از این تعارض نظری) در نظام جزایی و قضایی جمهوری اسلامی ایران، به مذاق عده‌ای از حقوق دانان خوش نیامده و عکس العمل‌های مخالفی را در بین عده‌ای از نویسندگان اعم از حرفه‌ای و مبتدی و متخصص و غیر متخصص موجب شده است^۵ و در علمی‌ترین انتقادات با توسل به توجیهات مختلف، مستندات قانونی و فقهی تجریم محرمات و معاصی را توجیه و تخصیص^۶ یا منسوخ^۷ و محکوم^۸ و یا با ادعای اجمال و تعارض^۹ آن را مخدوش دانستند.^{۱۰}

۴. 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».

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

۶. تخصیص به دعای مدنی: گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ایران، انتشارات دانشگاه، تهران، ج ۳، ص ۱، ج ۱، ص ۱۶۳؛ تخصیص به قوانین شکلی: آخوندی، محمود، آیین دادرسی کیفری، انتشارات فرهنگ و ارشاد اسلامی، ج ۴، ص ۲، ج ۲، ص ۲۰۵؛ تخصیص به موضوعات احکام: کاتوزیان، ناصر، مقدمه علم حقوق، ص ۲۳۴.

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

۸. نامه مفید، ش ۲۶، ص ۹۲.

۹. همان، ص ۹۳.

۱۰. برای مطالعه بیشتر ر. ک: همان. به رغم وجود اصولی در قانون اساسی (اصول ۲۲، ۳۲،

<



اما این نقدهای مکرر و بعضاً عتاب آلود هیچ تاثیر و تغییری در دیدگاه قانون گذار نگذاشته و به رغم پیدایش تغییرات و تحولات متنوع در قوانین کیفری و آیین دادرسی کیفری [ملاک دوگانه قانون گذار در جرم انگاری] پابرجا مانده است؛ چرا که این نقدها عمیق و مبنایی و به زبان قانون گذار 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 است عبث تر از کوبیدن آب در هاون^{۱۱}.

نقد مبنایی تر در باره گزینش ملاک دوگانه در جرم انگاری و مجازات که در مقاله حاضر در صدد بررسی آن هستیم، چنین است:

مبدأ و منشا 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. بر این مبنا قانون گذار در ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری قاضی را مکلف ساخته است در

> ۳۳، ۳۶، ۱۶۶ و ۱۶۹) که هر چند نه به وضوح و صراحت، بر حصر جرم انگاری و تعیین مجازات در قانون مدون دلالت دارند، اصل یکصد و شصت و هفتم قاضی را از امتناع از رسیدگی و صدور حکم به بهانه سکوت، نقص، اجمال یا تعارض قوانین نهی و او را موظف کرده تا در صورت نیافتن حکم دعوایی در قوانین مدون، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند.

مذاکرات مجلس خبرگان رهبری در زمان تصویب این اصل، مؤید اطلاق ظاهر آن و شمول کلیه دعوای اعم از مدنی و کیفری است. تصویب موادی در قوانین کیفری (۲۱۴ ق. آ. ک و ۶۳۸ ق. م. ا و ...) که ناظر بر عنوان مطلق فعل حرام یا خلاف شرع و یا مشابه با مضمون اصل ۱۶۷ است و تأیید آن مواد قانونی در شورای نگهبان قانون اساسی که مرجع تفسیر قانون اساسی است، هرگونه شبهه را راجع به اطلاق اصل یاد شده از بین برده است.

۱۱. علوم جنائی: مجموعه مقالات ...، ص ۶۵۰.

مواردی که قوانین مدونه راجع به عملی که موضوع دعواست، بیانی نیامده و جرم انگاری صورت نگرفته، اما با استناد به منابع یا فتاوای معتبر فقهی عمل حرام می‌باشد، حکم به مجازات تعزیری صادر کند. متن ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی کاملاً صریح در این معناست: «هرکس علناً در انتظار 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.^{۱۲}

بعد از توضیح اجمالی در مورد مبنای فقهی مواد و قوانین مستند جرم انگاری بر اساس ملاک حرمت و معصیت، ناقد محترم چنین ابراز می‌دارد:

این مقال در صدد نقد و رد الزام قاضی به جرم انگاری معاصی شرعی فاقد بیان مجازات در شرع، خارج از جرم انگاری در قوانین مدون، می‌باشد، اما نه با زبان و بیانی بیگانه یا حتی معارض با زبان قانون‌گذار، بلکه با بازنگری در مبانی فقهی قول به مشروعیت تعزیر فراگیرنده همه محرمات و ...

اگر چه منتقد محترم از همین ابتدا دچار تناقض گردیده^{۱۳} و در جای جای بحث نیز از زبان فقهی که مدعی رعایت آن در نقد این مبناست، خارج شده و گاه به مباحث جدلی و مغلطه آمیز روی آورده است^{۱۴}، لکن در مقاله حاضر سعی خواهد شد

۱۲. همان، ص ۶۴۹.

۱۳. تناقض این ادعا آن است که مؤلف محترم بر فرض اثبات مدعایش، اشکالی به قانون‌گذار و مبنای تقنین او وارد کرده است و این امر به هیچ وجه مجوز «رد الزام قاضی به جرم انگاری معاصی شرعی فاقد بیان مجازات در شرع، خارج از جرم انگاری در قوانین مدون» نیست (تامل کنید).

۱۴. حسینی، محمد، سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران، ص ۱۴۲ و ۱۴۱.

مستندات فقهی و فقهاتی قاعده «التعزیر فی کلّ معصیه» بررسی شود؛ چون اثبات یا نفی یک قاعده فقهی یا حکم شرعی، صرفاً بر اساس دلایل و مستندات فقهی و فقهاتی آن بر اساس ادله اربعه صورت می‌گیرد و داخل کردن مصالح مرسل، استحسانات و ملاکات ظنی احکام و موانع اجرایی و عملی ناشی از التقاط حقوقی (حقوق اسلام و حقوق عرفی و موضوعه)، نفیاً و اثباتاً نمی‌تواند در تحکیم و تزلزل علمی یک قاعده فقهی مؤثر باشد، بلکه چنین رویه‌ای صرفاً زمینه جهت‌گیری غیرفقهی در اثبات یا رد مدعا را فراهم می‌سازد. البته بررسی دقیق تعارضات قاعده «التعزیر فی کلّ معصیه» با اصول پذیرفته شده حقوق موضوعه و موانع اجرایی و مشکلات عملی آن که در حال حاضر پیش روی نظام حقوقی جاری در جمهوری اسلامی ایران وجود دارد، ضروری است، لکن باید توجه داشت که این مشکلات عمدتاً به سبب ناهمخوانی نظام کیفری اسلام با حقوق موضوعه غربی و «ملاکات حقوقی لائیک» از نظر اهداف، گستره نفوذ، نوع الزامات و ضمانت اجرا و قواعد حاکم بر آن است و این امور دخالتی در بحث فقهی مربوط به اثبات قاعده مذکور ندارد.

مفهوم شناسی قاعده

برای بازشناسی زمینه‌های تعارض و اشکالاتی که این قاعده در حقوق عرفی ایجاد می‌کند، ترتیب مقتضی متوقف بر تبیین علمی در مورد مفاهیم لغوی

> به عنوان مثال، ذکر ملاکات ظنی و توسل به استصلاح و استحسان نوعی مغالطه ماهوی است و متهم کردن صاحب جواهر به مضطرب گویی و بلا تکلیفی و همچنین استهزای دلیل حفظ نظام، از مغالطات شکلی این مقاله است:

«کلام صاحب جواهر در بیان این مسئله به گونه‌ای شگفت آور نابسامان و مضطرب است و منشأ این اضطراب و بلا تکلیفی در کلام، بی‌پایگی قول به تعزیر بر هر حرام است؛ به نحوی که وقتی فقیهی سترگ چون صاحب جواهر به بیان آن می‌رسد، در مقام تبیین و تعلیل آن چنین متغایر و متنافر سخن می‌گوید.»

واصطلاحی اصل قانونی بودن جرم و مجازات و قاعده «التعزیر فی کلّ معصیة» است، لکن برای جلوگیری از تطویل بحث و به منظور آنکه به طور کافی در کتب حقوقی جزای عمومی در مورد اصل قانونی و مفهوم آن بحث شده است^{۱۵} و هم از جهت اینکه در مقاله حاضر بحث ما متمرکز بر بررسی فقهی قاعده است از تکرار مباحث مفهومی در مورد اصل قانونی خودداری می‌کنیم و به تبیین قاعده و مفهوم آن می‌پردازیم.

برای درک بهتر معنای این قاعده فقهی، بررسی لغوی و اصطلاحی واژه تعزیر امری ضروری است.

الف) بررسی لغوی تعزیر

لغت شناسان همگی تعزیر را از ریشه عزز دانسته و برای آن معنا یا معانی مختلفی بیان کرده‌اند. برخی همه معانی استعمال شده را به یک اصل برگردانیده‌اند و برخی دیگر معانی متعددی برای آن برشمرده‌اند؛ مانند یاری رساندن^{۱۶}، ایستاندن^{۱۷}، کمک رساندن^{۱۸}، زدن^{۱۹}، مانع^{۲۰} شدن، برگرداندن^{۲۱}، بازداشتن،

۱۵. ر. ک: هاشمی، سید حسین، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها»، نامه مفید، ش ۲۶، و کتب حقوق جزای عمومی.

۱۶. ابن فارس، احمد، معجم مقاییس اللغة، دارالجبیل، ج ۴، ص ۳۱۱؛ راغب اصفهانی، حسن بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، ص ۳۳۳.

۱۷. ابن منظور، محمد بن مکر، لسان العرب، ج ۴، ص ۵۶۲.

۱۸. همان، ص ۵۶۲.

۱۹. معجم مقاییس اللغة، ج ۴، ص ۳۱۱.

۲۰. مجدالدین، ابن اثیر، النهاية فی غریب الحدیث و الاثر، ج ۳، ص ۲۲۸.

۲۱. همان، ص ۲۲۸.

دست برداشتن^{۲۲}، پیروی کردن^{۲۳}، احترام کردن^{۲۴}، بزرگ داشتن^{۲۵}، ادب کردن^{۲۶} و حمایت کردن^{۲۷} معانی لغوی است که لغت شناسان مؤیداتی را از کلام عرب نیز بر این معانی آورده اند.

به نظر می رسد معنایی که علامه مصطفوی در کتاب شریف التحقیق فی کلمات القرآن الکریم به استناد استعمال در آیات قرآن^{۲۸} بیان می کند، خالی از وجه نباشد و به نحوی جامع تمام این معانی است. ایشان می فرماید:

و التحقیق ان الاصل الواحد في المادة هو الذب مع التقوية ... واما النصر و التوفيق و الإعانة و المنع و الرد و الردع و التزع و المشایقة و التوقیر و التعظیم و التادیب، فكل واحد منها من لوازم الاصل باختلاف الموارد ... واما التعزیر و التادیب، فإنه من اظهر مصادیق التقوية و الذب عن النفس، حيث

۲۲. مصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۸، ص ۱۰۸.

۲۳. همان، ص ۱۰۸.

۲۴. اسماعیل، ابن حماد جوهری، الصحاح اللغة و تاج العربیه، ج ۲، ص ۷۴۴.

۲۵. همان، ص ۷۴۴.

۲۶. همان.

۲۷. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۸، ص ۱۰۸، است فریجی.

۲۸. این ماده در آیات زیر استعمال شده است:

«لَتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُعَزِّرُوهُ وَتُوَقِّرُوهُ وَتُسَبِّحُوهُ؛ تا (شما مردم) به خدا و رسولش ایمان بیاورید و از او دفاع کنید و او را بزرگ دارید و خدا را صبح و شام تسبیح گوئید»، (سوره فتح، آیه ۹)

«فَالَّذِينَ آمَنُوا بِهِ وَعَزَّرُوهُ وَنَصَرُوهُ وَاتَّبَعُوا النُّورَ الَّذِي أُنزِلَ مَعَهُ؛ پس کسانی که به او ایمان آوردند، و حمایت و یاری اش کردند، و از نوری که با او نازل شده پیروی کردند» (سوره اعراف، آیه ۱۵۷).

«وَأَمَنْتُمْ بِرُسُلِي وَعَزَّرْتُمُوهُمْ وَأَقْرَضْتُمُ اللَّهَ؛ و به رسولان من ایمان بیاورید و آنها را یاری کنید، و به خدا قرض الحسنه بدهید» (سوره مائده، آیه ۱۲).

يُذَبِّعُهُ عَنْهُ سَوْءُ الْعَمَلِ وَيَهْدِيهِ إِلَى الْكَمَالِ وَيُرِيهِ بِاِقْتِضَاءِ الْمَقَامِ وَ
يَمْنَعُهُ عَنِ الرَّجُوعِ وَ تَكَرُّرِ الْعَمَلِ؛^{۲۹}

تحقیق آن است که اصل در معنای ماده عزز به معنی حمایت کردن همراه با
قدرت بخشیدن است و همه معانی یاد شده، از لوازم این معناست. تعزیر و
تادیب هم از آشکارترین مصادیق قدرت بخشیدن و حمایت از نفس است،
بدین گونه که با تعزیر از شخص در مقابل عمل بدش دفاع می شود و تعزیر او
را پاک می گرداند و به سوی کمال هدایت می کند، باعث تربیت او می شود
از رجوع و تکرار عمل باز می دارد.

ب) بررسی اصطلاحی در بیان فقها

فقها عموماً ضمن تأکید بر معنای لغوی، بیشتر در باره مجرا و مصداق تعزیر
سخن گفته اند. کلام برخی فقها در تبیین معنای تعزیر در فقه، از این قرار است:
ابن ادریس می گوید:

التعزیر تأدیب تعبد لله سبحانه به لردع المعزور و غيره من المكلفين؛^{۳۰}
تعزیر عبارت است از ادب کردن تعبد لله که به وسیله آن تعزیر شونده و دیگر
مکلفان [از ارتکاب عمل قابل تعزیر] منع می شوند.

تعریف به مقابل، روشی است که محقق در شرایط برای تعریف تعزیر برگزیده است:

كلّ ما له عقوبة مقدرة يسمي حداً، و ما ليس كذلك يسمي تعزيراً؛^{۳۱}
هر آنچه دارای مجازاتی مقدر و معلوم باشد، حد و آنچه دارای مجازات
مقدر نباشد، تعزیر نامیده می شود.

۲۹. التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۸، ص ۱۰۸.

۳۰. ابن ادریس، سلسله الینایع الفقهیة، ج ۲۳، ص ۲۹۶.

۳۱. نجفی، محمد حسن بن باقر، جواهر الکلام، ج ۷، بیروت، ج ۴۱، ص ۲۵۴.

صاحب ریاض المسائل از هر دو روش استفاده کرده و گفته است :

الحدود جمع حد، و هو لغة المنع و شرعاً عقوبة خاصة تتعلق بإيلام
البدن ... و وجه مناسبة التسمية ان العقوبة مانعة من المعاودة، و إذا لم تقدر
العقوبة يسمى تعزيراً و هو لغة التأديب. ۳۲

فقه‌های اهل تسنن نیز روشی مشابه در تعریف تعزیر دارند. ۳۳ به عنوان مثال،
ابن قدامه عنوان می‌دارد :

التعزير هو العقوبة المشروعة على جنابة لاحدٍ فيها ... و الاصل في التعزير
المنع و منه التعزير بمعنى النصرة؛ ۳۴

تعزیر عبارت است از عقوبتی که در شرع برای جنایتی که دارای حد و کفاره
نیست، وضع شده ... و ریشه تعزیر به معنای منع و یاری رساندن است و ...

جمع بندی

برخی فقها، ویژگی‌ها و عناصر تشکیل دهنده تعزیر را - البته نه به صورت کامل
- در تعریف آن لحاظ کرده‌اند ۳۵ که به نظر ما بهترین روش برای تعریف و اژه اعتباری،

۳۲. طباطبائی، سید علی بن محمد بن ابی معاذ، ریاض المسائل، ج ۱، ص ۲، ص ۴۵۹.
۳۳. از فقهای معاصر می‌توان به جزیری اشاره کرد که عنوان می‌دارد: «اما التعزیر فهو التأديب بما يراه
الحاكم زاجراً لمن يفعل محرماً عن العودة إلى هذا الفعل، فكل من أتى فعلاً محرماً لاحد فيه
و لا قصاص و لا كفارة فان على الحاكم ان يعزّره بما يراه زاجراً له عن العودة من ضرب أو سجن أو
توبيخ؛ تعزیر عبارت است از تأدیب به منظور منع از بازگشت به عمل حرام که به نظر حاکم
بستگی دارد. هر کس مرتکب فعل حرامی شود که حد یا قصاص و کفاره ندارد، بر حاکم است تا
به اندازه‌ای که او را از بازگشتن به گناه باز می‌دارد، به وسیله زدن یا زندان یا توبیخ منع کند».
- (جزیری، عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (ع)، ج ۵، ص ۵۸۹).
۳۴. خرقی، عمر بن الحسین، ابن قدامه، المغنی، بیروت، ج ۱۰، ص ۳۴۲، ص ۷۳۷۴.
۳۵. «والتعزیر لغة التأديب، و شرعاً عقوبة أو اهانة لا تقدر لها باصل الشرع غالباً» (شهید ثانی،
مسالك الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۲، ص ۴۲۳).

این روش است. در این مقاله به این نکته باید توجه کنیم که عناصر یا ویژگی های مختلفی را در تعریف اولیه لحاظ نکنیم تا متهم به مصادره به مطلوب نشویم. بنابراین عناصر مورد قبول همه فقها در تعریف تعزیر، فی الجمله عبارت است از: «عقوبه غیر مقدره (کماً أو کیفاً) شرعاً، لردع المعزّر أو غیره؛ مجازاتی است که میزان آن در شرع مشخص نشده و به منظور باز داشتن تعزیر شونده یا دیگر افراد اجرا می شود».

تذکر

از کلمات فقهای اسلام استفاده می شود که تعزیر «حقیقت شرعیّه» یا «حقیقت متشرّعه» یا «حقیقت فقهیه» در تنبیه بدنی فقط نیست، بلکه شامل هر فعل یا گفتاری است که مجرم را از تکرار جرم باز دارد، ولی برخی از فقها آن را به ضرب و تنبیه بدنی تفسیر کرده اند که منظور آنها به یقین انحصار تعزیر در آن نیست، بلکه چون مصداق شایع و غالب آن ضرب بوده، بدان تفسیر کرده اند. علاوه بر این، اگر در مورد واژه ای شک کنیم که آیا از معنی لغوی به حقیقت شرعیّه، یا متشرّعه، یا فقهیه منتقل شده یا نه، اصل، بقا و عدم انتقال معنای لغوی است. نتیجه اینکه تعزیر در «لغت» و «شریعت اسلام»، اعم از تنبیه و مجازات بدنی است و شامل هر گونه گفتار یا کرداری می شود که مجرم را از جرمش باز دارد.^{۳۶}

کیفر در اسلام

شناخت ماهیت کیفر و بیان تمایز این نهاد در اسلام با تفسیر ارائه شده از سوی مکاتب حقوقی غیر بشری، در تبیین بهتر موضوع این مقاله ضرورت دارد.

۳۶. مکارم شیرازی، ناصر، تعزیر و گستره آن، ص ۳۳، از نسخه الکترونیکی سایت وی:

الف) مبنای نظری حق جرم انگاری و مجازات

از نظر مبانی اسلامی، عرض و آبرو و تمامیت جسمی و معنوی افراد، در جامعه امری بسیار محترم و مورد اهتمام ویژه شارع مقدس است و صرف توافق حداکثری نمایندگان یک جامعه و یا تحکم شخصی مبنی بر جعل قانون، مجوزی برای تعرض به این امر خطیر در قالب جرم انگاری و مجازات محسوب نمی‌شود. کیفر و مجازات به عنوان مصداق بارز تعرض به شخص و شخصیت فرد و حتی نزدیکان او، باید از پشتوانه محکم نظری برخوردار باشد. انسان از نظر اسلام مخلوق خداوند است و تحت تدبیر و ربوبیت تکوینی و تشریحی او قرار دارد. او را برای هدفی متعالی آفریده است و نسبت به او مالکیت حقیقی دارد، تنها کسی است که بر تمام جنبه‌های وجودی و نیازهای او علم کافی و کامل دارد و مصالح و مفاسد او را به خوبی تشخیص می‌دهد، حکیم است و هیچ‌گونه بخل و سود و زیان شخصی در ذات مقدسش راه ندارد. بدین رو، یگانه مرجع قانون‌گذاری و هدایت تشریحی بشر به شمار می‌رود و فقط قوانینی که حاکی از اراده اوست، مشروعیت دارند و لازم الاجرا هستند. به عبارت دیگر، خالقیت و مالکیت، علم و حکمت و غنا و فیاض الهی حق منحصر خداوند متعال در ربوبیت تشریحی و قانون‌گذاری را برای انسان به وجود می‌آورد.^{۳۷}

ب) ویژگی کیفر از نظر اسلام

طبق این مبنا، مجازات شخص تحت هر قالبی، از حدود و دیات و قصاص گرفته تا تعزیر یا حتی کمترین تعرضی مثل اعتراض یا امر و نهی یک شخص، باید

۳۷. برای مطالعه بیشتر ر. ک: کد خدایی، محمد رضا (نگارنده)، «حق کیفر و مبنای آن از منظر

مستند به تشریح الهی و حاکی از اراده خداوند باشد. براین اساس، همان طور که بسیاری از فقهای اسلامی در باره شدت کیفر متذکر شده اند، در مورد حداقل آن و نیز هیچ گونه اندازه‌ای برای تحقق عنوان و ماهیت مجازات تعیین نشده است. به عنوان نمونه، شهید اول در تبیین مجازات تعزیری و فرق آن با مجازات حدی می‌فرماید:

يفرق بين الحد والتعزير من وجوه عشرة؛ الأول في عدم التقدير في طرف القلة...؛^{۳۸}

بین مجازات حدی و مجازات تعزیری ده فرق است. اولین فرقش این است که هیچ حداقلی برای مجازات تعزیری نیست.

بنابراین می‌توان به این نتیجه رسید که ملاک حاکم بر تحقق کیفر در مجازات‌های تعزیری، ملاکی شخصی و دایره مدار نوع و کیفیت جرم، شخصیت و شرایط مجرم، میزان تأثیر گذاری و تحقق اهداف مجازات است. بدین جهت، ممکن است در مورد شخصی به خاطر جرمی خاص توبیخ و حتی نصیحت و وعظ او بهترین مصداق مجازات بوده باشد، ولی در مورد شخص دیگر که همان جرم را مرتکب شده است، شلاق و حبس نیز محقق‌کننده ماهیت مجازات نباشد.^{۳۹}

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

ج) لزوم کیفر در موارد تحقق جرم

نکته دیگری که توجه به آن ضروری است، مسئله لزوم کیفر است. این که در صورت تحقق یک جرم گریزی از مجازات مندرج در قانون نیست مسئله‌ای اختلافی

۳۸. شهید اول، القواعد والفوائد، ج ۲، ص ۱۴۲، قاعده ۲.

۳۹. نمونه واقعی این مطلب را در مورد اراذل و اوباش شاهد بوده‌ایم، شلاق و حبس برخی از این افراد نه تنها تأثیری در ارباب یا تهدید و پیشگیری از جرم شان ندارد، بلکه معیاری برای ارتقای جایگاهشان در دسته و گروه خود است.

بین نظام کیفری اسلام و غرب است. مکاتب عمده حقوق کیفری در غرب، اجتناب ناپذیری کیفر در صورت تحقق جرم را از لوازم ایجابی اصل قانونی بودن جرم و مجازات می‌دانند^{۴۰}، لکن در سیاست کیفری اسلام در بخش مهمی از جرایم مستوجب تعزیر و قصاص، حتی در صورت تحقق جرم، مجازات امری بایسته و حتمی نیست و مبتنی بر مصالح و مفاسدی است که حاکم شرعی تشخیص می‌دهد. در این دسته از جرایم، حاکم عادل و آشنا با مبانی فقهی و مصالح فرد و جامعه می‌تواند با رعایت مصلحت فرد و جامعه و اهمیت جرم و ... میزان مجازات را مشخص کند^{۴۱} و یا آن را منتفی بداند و مجرم را عفو^{۴۲} کند. بی شک منظور از حاکم «مایده الحکم»^{۴۳} است که به جوانب قضیه آگاهی کامل داشته، به شرایط و اوضاع و احوال مجرم و جرم محقق شده اشراف دارد. تنها چنین حاکمی است که می‌تواند بهترین تشخیص را در مورد مصالح شخص مجرم و جامعه تشخیص دهد و حکم مجازات مقتضی را صادر کند و یا اصلاً از اعمال مجازات منصرف شود.

خلاصه آنکه بر اساس مبانی و اهداف مجازات^{۴۴} و هم بر اساس جهت گیری مشهور فقها در مجازات های تعزیری و هم از نظر قانون گذار جمهوری اسلامی^{۴۵}،

۴۰. جرج، پی فلچر، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، ترجمه سید مهدی سید زاده ثانی، ص ۳۴۵.

۴۱. قاعده فقهی «التعزیر بید الحاکم بما یراه من المصلحة».

۴۲. قاعده مشعر به جواز عفو حاکم در جرایم تعزیری متفق علیه و در جرایم حدی مورد اختلاف است.

۴۳. کسی که حکم کیفری جرم اتفاق افتاده را صادر می‌کند.

۴۴. برای مطالعه بیشتر ر. ک: عوده، عبد القادر، التشریح الجنایی الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، ج ۱، ص ۶۶ و ۱۱۲-۱۴۸.

۴۵. مواد ۵۴ و ۴۳ قانون مجازات اسلامی: ماده ۴۳: «اشخاص زیر معاون جرم محسوب و با توجه به شرایط و امکانات خاطی و دفعات و مراتب جرم و تأدیب از عطف و تهدید و

اولاً مجازات کیفری مفهومی مشکک و دارای مراتب متفاوت است که از وعظ، توبیخ و تهدید به عنوان پایین ترین مراتب شروع می شود و ممکن است به مجازات سالب آزادی و اعدام به عنوان اعلی مراتب آن محقق شود. ثانیاً، مجازات خصوصاً مجازات تعزیری همواره امری بایسته و ضروری نیست و حاکم و قاضی جامع شرایط می تواند در صورت صلاحدید با توجه به مصالح فرد و جامعه، آن را تعیین کند یا تخفیف دهد و یا حتی حذف کند.

تعبیرات فقها

فقها با عباراتی از این قاعده یاد کرده اند، به این قرار:

۱. «التعزیر فی کلّ معصیة».^{۴۶}
۲. «التعزیر لکلّ محرّم».^{۴۷}
۳. «کلّ من فعل محرماً أو ترک واجباً یعزّر».^{۴۸}
۴. «کلّ من فعل محرماً أو ترک واجباً فللامام تعزیره».^{۴۹}
۵. «کلّ من خالف الشرع فعلیه حدّ أو تعزیر».^{۵۰}

> درجات تعزیر تعزیر می شوند... «. ماده ۵۴: 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 تأدیب از وعظ و توبیخ و تهدید و درجات تعزیر محکوم می گردد».

۴۶. تبریزی، جواد، انس الحدود و التعزیرات، ص ۷.

۴۷. موسوی خوئی، سید ابو القاسم، مبانی تکملة المنهاج، ص ۵۵.

۴۸. حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الإمامیة، ج ۱، ص ۲۲۱.

۴۹. همان، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ج ۴، ص ۱۶۸.

۵۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن بن علی، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة،

- ۶. «کلّ من أتى معصية لا يجب بها الحدّ فأنّه يعزّر». ۵۱.
 - ۷. «کلّ ما لم يرد فيه حد من الشرع من المعاصی ففیه التعزیر». ۵۲.
 - ۸. «التعزیر فی کلّ معصية لاحد فیها ولا کفارة». ۵۳.
- همان طور که از این عبارات ظاهر می شود، معنایی عام از قاعده مدّ نظر فقها بوده و این عمومیت در عبارات برخی فقها تأکید شده است:

«و هو [التعزیر] مستحق للإخلال بكلّ واجب و إیثار (اتیان)» ۵۴ کلّ قبیح لم يرد الشرع بتوظیف الحدّ» ۵۵ او ورد بذلك فيه و لم يتکامل شروط إقامته» ۵۶؛ استحقاق یافتن تعزیر به سبب اخلال در هر واجب و یا انجام هر عمل قبیحی است که در شرع برای آن حدی مشخص نشده است و یا بر آن حد مقرر شده، لکن شرایط اقامه حد کامل نیست.

امام خمینی (ره) می فرماید:

لو ارتکب شيئاً من المحرمات غیر ما قرّر الشارع فيه حدّاً عالماً بتحریمها لا مستحلاً عزّر، سواء کانت المحرمات من الكبائر أو الصغائر؛ ۵۷

اگر کسی مرتکب چیزی از محرمات بشود که در شرع برایش حدّ مقرر نشده است، در صورت علم به حرمت، تعزیر می گردد، چه آن عمل حرام کبیره باشد، چه صغیره.

- ۵۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامية، ج ۸، ص ۶۹.
- ۵۲. مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی، العناوین الفقہیة، (نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع))، ج ۲، ص ۲۷.
- ۵۳. المعتمد، ج ۱، ص ۴۱۹.
- ۵۴. حلّی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۳، ص ۵۳۵.
- ۵۵. ابو الصلاح تقی الدین بن نجم الدین، الکافی فی الفقه، ص ۴۱۷.
- ۵۶. کیدری، قطب الدین محمد بن حسین، إصباح الشیعة بمصباح الشریعة، ص ۵۲۷.
- ۵۷. خمینی، سید روح اللّه موسوی، تحریر الوسیلة، ج ۲، ص ۴۸۲.

مستندات قاعده

فقها به چند دسته دلیل برای اثبات قاعده مذکور استناد کرده اند که به بررسی آنها می پردازیم:

دلیل اول: اجماع

صاحب جواهر، آیت الله خوئی و آیت الله مکارم شیرازی^{۵۸} به اجماع اشاره کرده اند. عبارت صاحب جواهر چنین است:

لا خلاف و لا إشكال نصاً و فتوی فی انّ کلّ من فعل محرماً أو ترك واجباً و كان من الكبائر فللإمام تعزيره بما لا يبلغ الحدّ و تقدیره إلى الإمام؛^{۵۹}
از نظر نص و فتوا هیچ اشکالی و خلاقی در قاعده ... وجود ندارد.

نقد:

ذکر این نکته لازم است که اجماع به عنوان دلیل اثباتی برای اثبات عمومیت قاعده کارایی ندارد؛ چرا که اولاً کلیت این قاعده در بین متقدمان مخالفانی دارد و ثانیاً، این اجماع یا مدرکی است یا محتمل المدرکی که ارزش اثباتی ندارد، لکن همان طور که صاحب مبانی تکملة المنهاج تصریح فرموده، قاعده فی الجملة دارای شهرت عظیم است.^{۶۰} کلام صاحب جواهر نیز دلالت بر همین شهرت دارد.

دلیل دوم: روایات با مضمون عام

دسته ای از روایات وجود دارند که شیخ حرّ عاملی آنها را در کتاب وسائل

۵۸. تعزیر و گستره آن، ص ۳۵.

۵۹. جواهر الکلام، ج ۴۱، ص ۴۴۹.

۶۰. مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱، ص ۴۰۸.

الشیعه تحت عنوان «بَابُ أَنْ كُلَّ مَنْ خَالَفَ الشَّرْعَ فَعَلَيْهِ حَدٌّ أَوْ تَعْزِيرٌ» قرار داده است و متضمن این مفهوم عام اند «خداوند برای هر چیزی حدی گذاشته و برای کسی که از آن حد تجاوز کند، حدی قرار داده است».

مهم ترین این روایات عبارت اند از:

۱. صحیحہ داوود بن فرقد^{۶۱}؛ ... «إِنَّ اللَّهَ قَدْ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا وَجَعَلَ لِمَنْ تَعَدَّى ذَلِكَ الْحَدَّ حَدًّا»^{۶۲}. همین روایت را شیخ طوسی از حسن بن سعید و شیخ صدوق از فضاله نقل کرده است.
۲. خبر عمرو بن قیس^{۶۳}: «[أَنَّ اللَّهَ] جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا وَ لِمَنْ جَاوَزَ الْحَدَّ حَدًّا»^{۶۴}.

۳. شبیه همین مضمون در روایات متعدد دیگر موجود است.^{۶۵}

استدلال به این فقره از روایت منوط به آن است که عبارت این گونه معنا شود: «خداوند متعال برای هر چیزی حکمی قرار داد و برای کسی که از آن حکم تجاوز کند، مجازاتی مقرر داشت»؛ یعنی اولاً منظور از «جعل» جعل در مقام تشریح باشد، ثانیاً، مراد از حد در ابتدای عبارت قانون یا حکم و در انتهای عبارت مجازات اعم از حد مصطلح و تعزیر باشد. به عبارت دیگر، خداوند برای هر کس که از حکم شرعی تجاوز (معصیت) کند، مجازاتی قرار داده است.

۶۱. سند روایت: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عِيسَى عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ فَضَالَةَ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ دَاوُدَ بْنِ فَرْقَدٍ».
۶۲. وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۲ از ابواب مقدمات حدود، ح ۱.
۶۳. سند روایت: «وَعَنْ أَبِي عَلِيٍّ الْأَشْعَرِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ حَسَّانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ أَبِي جَمِيلٍ عَنْ ابْنِ دَيْسِ الْكُوفِيِّ عَنْ عَمْرِو بْنِ قَيْسٍ».
۶۴. وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۲ از ابواب مقدمات حدود، ح ۳.
۶۵. سند بعضی از این روایات به شرح ذیل است یک: «رَوَاهُ الْبَرْقِيُّ فِي الْمَحَاسِنِ عَنْ عَمْرِو بْنِ عَثْمَانَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ حُسَيْنِ بْنِ رِبَاطٍ عَنْ أَبِي مَخْلَدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ» دو: «عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ يُونُسَ عَنْ حُسَيْنِ بْنِ الْمُنْدَرِ عَنْ عَمْرِو بْنِ قَيْسِ الْمَاصِرِ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ (ع)».

به استدلال به این روایات چند اشکال شده است که به بررسی آن می پردازیم :

اشکال اول : اجمال :

لزوم چنین حملی (جعل به معنای جعل تشریعی و حد در ابتدای عبارت به معنای قانون و در انتها به معنای مجازات) باعث شده که بعضی از فقها، روایت را مجمل پندارند و لزوم احاله استنباط از آن به اهلش را مطرح سازند^{۶۶} ؛ چرا که اولاً اطلاق «جعل لكل شيء» در برگزیده مقام تکوین و تشریح است و جعل در این سعت برای ما نا معلوم و در بسیاری از موارد غیر قابل درک است، ثانیاً اینکه معنای حد در صدر و ذیل عبارت متفاوت و به معنای مقدار، حد و مرز یا حکم و قانون یا معنای مجازات باشد، معلوم و مفهوم نیست ؛ بنابراین روایت مجمل است .

نقد اشکال اول :

اگر بخواهیم این فقره از روایت را با اتکا به خودش بررسی کنیم، ادعای اجمال پذیرفتنی است، لکن در صدر و ذیل عبارت مذکور در روایت مضامینی وجود دارد که تاحدی این اجمال را روشن می کند و با عرضه مجمل بر مبین، راه استنباط برای فهم بهتر هموار می شود .

به عنوان مثال، در خبر عمرو بن قیس امام صادق (ع) خطاب به عمرو می فرماید :

يَا عَمْرُو بْنَ قَيْسٍ أَشَعَرْتَ أَنَّ اللَّهَ أَرْسَلَ رَسُولًا وَأَنْزَلَ عَلَيْهِ كِتَابًا وَأَنْزَلَ فِي الْكِتَابِ كُلِّ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ وَجَعَلَ لَهُ دَلِيلًا يَدُلُّ عَلَيْهِ وَجَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا وَ لِمَنْ جَاوَزَ الْحَدَّ حَدًّا إِلَى أَنْ قَالَ: قُلْتُ: وَكَيْفَ جَعَلَ لِمَنْ جَاوَزَ الْحَدَّ حَدًّا؟ قَالَ: إِنَّ اللَّهَ حَدَّ فِي الْأَمْوَالِ أَنْ لَا تُؤْخَذَ إِلَّا مِنْ حِلِّهَا فَمَنْ أَخَذَهَا مِنْ غَيْرِ حِلِّهَا قُطِعَتْ يَدُهُ حَدًّا لِمُجَاوَزَةِ الْحَدِّ وَإِنَّ اللَّهَ حَدَّ أَنْ لَا يُنْكَحَ النِّكَاحُ إِلَّا مِنْ حِلِّهِ وَمَنْ فَعَلَ غَيْرَ ذَلِكَ إِنْ كَانَ عَزَبًا حَدٌّ وَإِنْ كَانَ مُحْصَنًا رُجِمَ لِمُجَاوَزَتِهِ الْحَدُّ؛^{۶۷}

۶۶ . خوانساری، سید احمد، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، ج ۷، ص ۱۲۱ .

۶۷ . تفصیل وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۲ از ابواب مقدمات حدود، ح ۳ .

ای عمرو، آیا می‌دانی خداوند رسول را فرستاد و بر او کتابی نازل کرد که هر چه انسان به آن احتیاج دارد، در آن هست و ... برای هر چیزی حدی قرار داد و برای کسی که از آن حد تجاوز کند، حدی قرار داد. سپس عمرو از کیفیت «جعل لكل شيء حداً» پرسید و حضرت در پاسخ فرمود: همانا خداوند حدی در اموال قرار داد که غیر از راه حلال کسب نشود. پس اگر کسی از غیر حلال کسب کرد (مثلاً دزدید) دستش قطع می‌گردد و ...

در این گونه روایات که متضمن عبارت مورد استدلال ماست^{۶۸}، ملاحظه می‌شود که اولاً، امام در مقام بیان حکم تشریحی است، نه حکم تکوینی، ثانیاً، مسلم است آنچه به عنوان منظور و هدف از «ارسال رسل» و «انزال کتاب» که در تعلیل روایت آمده، بیان احکام شریعت است و منظور از «کل ما یحتاج الیه» که در کتاب هست، نیازهای تکوینی نیست، بلکه مقررات و احکامی است که انسان برای رسیدن به کمال بدان نیازمند است، ثالثاً، اگر برفرض جعل شامل بیان مقام تکوین باشد، باز هم به استدلال ما لطمه‌ای وارد نمی‌شود؛ چرا که عدم فهم مفهوم روایت در مقام تکوین ضروری به فهم مراد در مقام تشریح نمی‌زند.

با مراجعه به صدر و مصادیق مطرح شده در روایات نیز به این نکته می‌توان پی برد که منظور امام از حد در صدر عبارت، حکم شرعی و در ذیل، مجازات است، ضمن آنکه مجازات نیز نوع خاصی از حکم شرعی است؛ یعنی در حقیقت معنای حد در صدر و ذیل عبارت به معنای حکم شرعی است، لکن در ذیل، نوع خاصی از حکم شرعی مراد است که مصداق آن در روایت، مجازات است. صحیحه داود بن فرقد در تبیین این مطلب دلالت روشن تری از حیث سند و متن دارد:

قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ: إِنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ (ص) قَالُوا لَسَعِدِ بْنِ عَبَّادَةَ - أَرَأَيْتَ لَوْ وَجَدْتَ عَلَى بَطْنِ امْرَأَتِكَ رَجُلًا مَا كُنْتَ صَانِعًا بِهِ؟ قَالَ:

۶۸. یعنی عبارت: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا وَجَعَلَ لِمَنْ تَعَدَّى ذَلِكَ الْحَدَّ حَدًّا».

كُنْتُ أَضْرِبُهُ بِالسَّيْفِ، قَالَ: فَخَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ (ص) فَقَالَ: مَاذَا يَا سَعْدُ - فَقَالَ سَعْدُ: قَالُوا لَوْ وَجَدْتَ عَلَيَّ بَطْنِ امْرَأَتِكَ رَجُلًا مَا كُنْتَ صَانِعًا بِهِ؟ فَقُلْتُ: أَضْرِبُهُ بِالسَّيْفِ، فَقَالَ: يَا سَعْدُ فَكَيْفَ بِالْأَرْبَعَةِ الشُّهُودِ؟ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ (ص) - بَعْدَ رَأْيِ عَيْنِي وَعِلْمِ اللَّهِ أَنْ قَدْ فَعَلَ قَالَ: إِي وَاللَّهِ بَعْدَ رَأْيِ عَيْنِكَ وَعِلْمِ اللَّهِ أَنْ قَدْ فَعَلَ إِنَّ اللَّهَ قَدْ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا وَجَعَلَ لِمَنْ تَعَدَّى ذَلِكَ الْحَدَّ حَدًّا؟

داوود بن فرقد می گوید: از امام صادق (ع) شنیدم که می فرماید: یاران رسول خدا (ص) به سعد بن عباده گفتند: اگر ببینی شخص بیگانه روی شکم همسرت، است چه می کنی؟ سعد گفت: با شمشیر ضربه ای به او می زنم. در این هنگام رسول خدا وارد شد و پرسید: ای سعد، قضیه چیست؟ سعد پاسخ داد: اینها از من می پرسند که اگر مرد بیگانه ای را روی شکم همسرت ببینی، چه می کنی که در جواب گفتم: با شمشیر ضربه ای به او می زنم. در این هنگام رسول خدا فرمود: پس شهادت چهار نفر در اثبات زنا چه می شود؟ سعد پرسید: آیا بعد از اینکه با چشمانم دیدم و خداوند نیز به انجام این فعل آگاه است، شهادت چهار نفر لازم است؟ بله، حتی بعد از آنکه با چشمانت دیده باشی و خدا هم به آن آگاه باشد. خداوند برای هر چیزی حدی و برای کسی که از آن حد تجاوز کند نیز حدی قرار داده است.

معنای عبارت ذیل روایت با توجه به مصداق مطرح شده، چنین است: خداوند برای اثبات زنا، حکم و مقرراتی دارد که بایستی به وسیله چهار شاهد ثابت شود: (إِنَّ اللَّهَ قَدْ جَعَلَ لِكُلِّ شَيْءٍ حَدًّا) و برای کسی که در اثبات زنا از این حکم تجاوز کند و به جای آنکه با چهار شاهد آن را اثبات کند، با استناد به علم خود زانی را مجازات کند، به دلیل تجاوز از حکم الهی مجازات می شود (جَعَلَ لِمَنْ تَعَدَّى ذَلِكَ الْحَدَّ حَدًّا).

اشکال دوم: معنای خاص حد:

اشکال دوم بر استدلال به این فقره از روایات، آن است که معنای حد در روایات، به معنای مصطلح آن منصرف است و آنچه در این روایات آمده نیز اشاره به موارد حدی دارد و شامل تعزیر نمی شود. در این روایات به زنا و سرقت و مجازات حدی آنها اشاره شده است که این مطلب قرینه قوی بر انصراف حد به معنای مصطلح آن در مقابل تعزیر است.

نقد اشکال دوم:

اولاً، استعمال حد در معنای مجازات اعم از حد مصطلح و تعزیر امری شایع است و این امر در روایات شایع تر است؛ به نحوی که تمییز حد اصطلاحی در روایات، متضمن قرینه است، ثانیاً، موارد مذکور در روایات در مقام بیان مصادیق و از باب ذکر نمونه های روشن حد به معنای مجازات است، ثالثاً، اگر منظور حد مصطلح باشد، تخصیص اکثر لازم می آید که امری قبیح و خلاف حکمت شارع است؛ زیرا هزاران حکم شرعی داریم که تخلف از حدود ده مورد از آن متضمن حد اصطلاحی است.^{۶۹}

اشکال سوم: معنای اعم حد:

اشکال مهم تری که مطرح شده، آن است که مستشکل می گوید: قبول داریم که معنای حد در برگیرنده حد مصطلح و تعزیر است، لکن از کجا معلوم که مراد از آن فقط همین دو باشد، بلکه استعمال حد در ذیل روایت مانند استعمال صدر روایت، به معنای حکم و قانون علیه کسی است که از حکم خداوند (استعمال صدر روایت)، تجاوز و تعدی کرده است و حد به این معنا می تواند شامل مطلق ضمانت های اجرا اعم از کیفری، مدنی و یا احکام تکلیفی یا وضعی باشد. به عنوان مثال، حد در زنا محصنه رجم و در مفطر ماه رمضان، تعزیر و در متلف عدوانی مال غیر، پرداخت اعلی القیم از زمان تصرف است یا حد گناهکاری که

۶۹. تعزیر و گستره آن، ص ۳۷.

نصی بر تعزیر یا حد آن نداریم، حکم به فسق و یا عدم قبول شهادت اوست.^{۷۰}

نقد اشکال دوم:

در صورتی که معنای حکم یا قانون را برای تمام استعمالات حد در این عبارت در نظر بگیریم، اشکال وارد شده، هم از نظر قواعد لفظی و هم از نظر مبانی منتقدان از نفوذ بیشتری برخوردار خواهد بود.^{۷۱} و معنای روایت نیز با تکلف کمتری روبه رو می‌شود. در این صورت، معنای عبارت چنین می‌شود: «همانا خداوند برای هر چیزی حکمی قرار داده و علیه هر کسی که از آن حکم تجاوز کند نیز حکمی قرار داده است» و مصداق آن در صحیحہ داود این گونه معنا می‌شود:

«خداوند برای اثبات حکم زنا قانونی قرار داده که از راه شهادت چهار عادل اثبات شود و در غیر این صورت، حکمش این است که بر مؤمنان مستور بماند و هر کس که از این راه تجاوز کند و با استناد به علم خود زانی را بکشد، حکمی دارد.»

با این حال، اشکال اخیر قوی است و در خور اعتناست، اینکه اولاً استعمال حد در چنین معنای وسیعی در لسان آیات و روایات و اقوال فقها نادر است، ثانیاً، قبول این معنا از حد نیز به استدلال بر این فقره از روایت برای اثبات قاعده آسیبی نمی‌زند؛ چون ماهیت حکمی که در مقابل تعدی از حکم الهی جعل شده است، ماهیت بازدارنده از تعدی دارد و این بازدارندگی مفهومی مشکک است که ممکن است بازدارندگی با حکم امر به معروف و نهی از منکر و یا ضمان مدنی یا جبران خسارت و امثال آن تحقق یابد که همان کفایت می‌کند، ولی ممکن است محقق نشود و به ضمانت اجرای قوی تر و مشروع دیگری نیاز باشد که در این صورت به وسیله احکام غیر کیفری، می‌توان مجرم و گنهکار را ردع کرد و این هدف، به غیر

۷۰. التمزیر، انواعه و ملحقاته، ص ۱۴۰.

۷۱. به نظر می‌رسد منظور آیت الله تبریزی در کتاب اسس الحدود والتعزیرات (ص ۲۷۱) نیز همین باشد. ایشان می‌فرماید: «ان ظاهر الروایتین کون الحد فی الموضوعین بمعنی واحد».

از مجرای مجازات ابرار دیگری نخواهد داشت.

به بیان دیگر، فرض معنای حکم شرعی برای واژه «حد» در ذیل عبارت روایت متضمن وجود ضمانت اجرائیات مختلف برای تعدی از احکام الهی است که یکی از این ضمانت‌ها مجازات است. لذا با این فرض که حد به معنای حکم اعم از مجازات باشد، لزوم و اجتناب ناپذیری مجازات در معاصی منتفی می‌شود، نه حق مجازات در صورت لزوم.

جمع بندی

به نظر می‌رسد تمام اشکالات مطرح شده قابل پاسخ‌گویی است. تحمیل معنای عام حکم و قانون به واژه حد در روایت از سیاق عبارت دور است؛ هر چند مقتضای قواعد لفظی و معانی بیان، همین است؛ چرا که این قسمت از روایت در مقام بیان عکس‌العمل در مقابل تجاوز و تعدی از حکم الهی است که نوعی تعرض و مجازات علیه متعدی از حکم الهی را به ذهن متبادر می‌کند. به هر حال در فرض قبول این معنا، همان‌طور که توضیح دادیم، اراده معنای اعم از مجازات لزوم مجازات را منتفی می‌کند، نه امکان مجازات را. چنان‌که پیشتر اشاره کردیم، مؤدای قاعده «التعزیر فی کلّ معصیه» در مقام بیان مشروعیت و حق مجازات عاصی است، نه لزوم مجازات.

دلیل سوم: الغای خصوصیت از روایات خاص

در مراجعه به کتب روایی به طیف وسیعی از گناهان در ابواب مختلف فقهی برمی‌خوریم که ائمه (ع) خصوصاً در زمان حکومت امیر مؤمنان (ع)، حکم به تعزیر مرتکبان کرده‌اند. دامنه این گناهان اعم از صغیره یا کبیره، حق الله یا حق الناس، و حوزه عمومی یا خصوصی‌ترین شئون فردی و شخصی است.

بعضی از این موارد از این قراراند: خود ارضایی^{۷۲} (استمنا)، برهنه خوابیدن دو نفر در زیر یک روانداز^{۷۳}، بوسیدن پسر بچه از روی شهوت^{۷۴}، نزدیکی با همسر روزه دار،^{۷۵} نزدیکی با همسر در زمان حیض^{۷۶}، تعزیر زنی که لمس کننده خود را دفع نمی کند^{۷۷}، نزدیکی با حیوان^{۷۸}، دشنام (السب)^{۷۹}، ناسزا گفتن (الهجاء)^{۸۰}، اذیت مسلمان^{۸۱}، کنایه زدن به زن مؤمن^{۸۲}، بردن آبرو (هتک)^{۸۳}، حقیر شمردن (استخفاف)^{۸۴}، قصه سرا (به دروغ)^{۸۵}، شهادت کذب^{۸۶}، روزه خواری^{۸۷}، کسی که بدهی خود را نمی پردازد^{۸۸}، کسی که موی همسرش را تراشیده^{۸۹}، تعزیر قاتلی

۷۲. تفصیل وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۳ از ابواب نکاح البهائم، ح ۱ و ۲.

۷۳. همان، باب ۱۰ از ابواب حد الزنا، حد ۱، ۴، ۵، ۷، ۹، ۱۰، ۲۲-۲۵.

۷۴. همان، ج ۱۸، ص ۴۲۲، باب ۴ از ابواب حد اللواط، ح ۱.

۷۵. همان، ج ۷، باب ۱۲ از ابواب مایمک عنه الصائم، ح ۱.

۷۶. همان، ج ۲، باب ۲۸ از ابواب الحيض، ح ۶.

۷۷. همان، ج ۱۸، باب ۴۸ از ابواب حد الزنا، حد ۱.

۷۸. نوری، میرزا حسین، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۸، باب ۱ از ابواب نکاح

البهائم، ح ۲؛ تفصیل وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۱ از ابواب نکاح البهائم، ح ۴.

۷۹. تفصیل وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۱۹ از ابواب حد القذف، ح ۱.

۸۰. همان، ج ۸، از ابواب احکام العشره، ح ۵.

۸۱. همان، باب ۲۴ از ابواب حد القذف، ح ۱.

۸۲. همان، ج ۱۸، باب ۱۹ از ابواب حد القذف، ح ۲.

۸۳. همان.

۸۴. همان، ح ۳.

۸۵. همان، ج ۱۸، باب ۴ از ابواب بقیه الحدود، ح ۱.

۸۶. همان، باب ۱۱ از ابواب بقیه الحدود، ح ۱.

۸۷. همان، ج ۷، باب ۲ از ابواب احکام شهر رمضان، ح ۱.

۸۸. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، الکافی، ج ۵، ص ۱۰۲، ح ۱.

۸۹. تفصیل وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۲۸ از ابواب دیات الاعضاء، ح ۱؛ مستدرک الوسائل،

ج ۱۸، باب ۲۸ از ابواب دیات الاعضاء، ح ۳.

که قصاص نشده است^{۹۰}، مولایی که نه بنده اش را آزاد می کند و نه نفقه می دهد،^{۹۱} ممسک فی القتل^{۹۲}، ناظر قتل و ممسک^{۹۳}، امانتدار بازار که خیانت کند،^{۹۴} اختلاس کننده و خیانت کننده و سارق غنایم و سرقة الاجیر،^{۹۵} قاتل عبد^{۹۶}، فروشنده ماهی های حرام گوشت و ...^{۹۷}، معترضان به مال یتیم و خائنان در امانت^{۹۸}، کسی که به مجرم چیزی یاد بدهد که علیه مسلمان به کار بندد^{۹۹}، الطرار (جیب بر)^{۱۰۰}، دزد(المستلب)^{۱۰۱}، حیلہ گر (شعبده باز)، نبش قبر کننده^{۱۰۲}، کسی که به گناه مستوجب حد کمتر از چهار بار اقرار کند^{۱۰۳}، کسی که در مسجد الحرام عمداً مرتکب حدث شود و ...^{۱۰۴}

چنین تکثر و تنوع وسیعی از همه انواع گناه وجود خصوصیتی به جز معصیت

۹۰. همان، ج ۱۹، باب ۱۲ از ابواب القصاص فی النفس، ح ۶.
۹۱. همان، ج ۱۵، باب ۱۱ از ابواب الایلاء، ح ۱۳.
۹۲. الکافی، ج ۷، ص ۲۸۷، ح ۱؛ مستدرک الوسائل، ج ۱۸، باب ۱۵ از ابواب القصاص فی النفس، ح ۳.
۹۳. مستدرک الوسائل، ج ۱۸، باب ۱۵ از ابواب القصاص فی النفس، ح ۳.
۹۴. همان، ج ۱۷، باب ۲۴ از ابواب کیفیت الحکم، ح ۵.
۹۵. تفصیل وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۱۴ از ابواب حد السرقة، ح ۲.
۹۶. همان، ج ۱۹، باب ۳۷ از ابواب القصاص فی النفس، ح ۵.
۹۷. همان، باب ۹ از ابواب الاطعمة المحرمة، ح ۳.
۹۸. همان، باب ۱۱ از ابواب کیفیت الحکم، ح ۲.
۹۹. مستدرک الوسائل، ج ۱۷، باب ۲۴ از ابواب کیفیت الحکم، ح ۵.
۱۰۰. همان، ج ۱۸، باب ۱۳ از ابواب حد السرقة، ح ۲.
۱۰۱. همان، ح ۱.
۱۰۲. همان، ح ۴.
۱۰۳. فاضل لنکرانی، محمد، التفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله: الحدود، نسخه اینترنتی مقتبس از سایت معظم له ص ۴۱۷.
۱۰۴. تفصیل وسائل الشیعه، ج ۱۹، باب ۶ از ابواب بقیه الحدود، ح ۱.

بودن را برای لزوم تعزیر از نظر عقلاً مستثنی می سازد و الغای خصوصیت از این گونه روایات، دلیل دیگری بر قاعده مزبور را رقم می زند. ۱۰۵

اشکال اول: ذو مراتب بودن گناهان ۱۰۶:

در صورتی که گناهان از نظر رتبه و درجه بندی مساوی باشند، چنین الغای خصوصیتی موجه است و چون لازمه این الغای خصوصیت، عدم فرق بین کبایر و صغایر است، تعمیم حکم تعزیر به تمام گناهان در غایت اشکال است. از طرفی دیگر، مستفاد از آیات و روایات متعدد آن است ۱۰۷ که اگر کسی از کبایر اجتناب ورزد، دیگر گناهان و سیئات او پاک می شود؛ به عنوان مثال، خداوند متعال در آیه ۳۱ سوره نساء می فرماید:

إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَنُدْخِلَكُمْ مُدْخِلَ كَرِيمٍ؛
اگر از گناهان بزرگی که از آن نهی می شوید، پرهیز کنید، گناهان کوچک شما را می پوشانیم و شما را در جایگاه خوبی وارد می سازیم.

نقد اشکال اول:

در جواب باید اذعان داشت که اولاً، همان طور که در مصادیق مذکور در روایات هیچ گونه هم رتبی برای ترتب تعزیر لحاظ نشده است، در الغای خصوصیت از آن نیز چنین هم پایگی لزومی ندارد، ثانیاً، همان طور که معاصی از نظر شدت و ضعف اموری ذو مراتب و مشکک اند، همین امر در تعزیر که «بما رأی الحاکم» بنا به مصلحت سنجی حاکم است نیز لحاظ شده است.

۱۰۵. برای مطالعه بیشتر ر. ک: مکارم شیرازی، ناصر، تعزیر و گستره آن، ص ۳۰ به بعد.

۱۰۶. صافی گلپایگانی، لطف الله، التعزیر: انواعه و ملحقاته، ص ۱۴۲. فقحانی، زین الدین علی بن علی بن محمد بن طی... الدر المنضود فی معرفة صیغ النیات والإیقاعات والعقود، ج ۲، ص ۱۵۲.

۱۰۷. سوره نساء، آیه ۳۱؛ سوره شوری، آیه ۳۷؛ سوره نجم، آیه ۳۲.

از این گذشته، آیات و روایات دال بر تکفیر صغایر نیز، به مغفرت و سقوط عقاب اخروی مربوط است و ملازمتی با سقوط تعزیر ندارد؛ چون تعزیر ابزاری دنیوی برای باز داشتن فرد و جامعه از گناه است و در جهت مصلحت شخصی و عمومی است. قرینه «ندخلکم مدخلاً کریماً» به وضوح نمایانگر تاثیر اخروی است، علاوه بر آنکه ادله دیگر این قاعده، تخصیص به صغایر را بر نمی تابد.^{۱۰۸}

اشکال دوم: موارد عدم تعزیر بر معصیت^{۱۰۹}:

موارد متعددی وجود دارد که معصیت تحقق یافته، ولی معصوم (ع) به تعزیر عاصی حکم نکرده است، به عنوان مثال، در قضیه رجم زانی، امام علی (ع) امر فرمود که هرکسی حدی از حدود الهی شبیه حد این زانی بر گردن دارد، اقامه حد نکند و در آن قضیه همه مردم جز امیر مؤمنان (ع) و حسنین (ع) از اقامه حد انصراف دادند و انصراف آنان اقرار عملی بر انجام گناه محسوب می شود، لکن امیر مؤمنان (ع) هیچ یک از آنان را تعزیر نکرد.^{۱۱۰}

همچنین به «عدم جواز ضرب الاجیر والمملوک ان عصى المستأجر والمالک» در روایات موجود در بعضی از ابواب و سائل الشیعه استناد شده که در آن با وجود آنکه معصیت انجام گرفته، از ضرب اجیر و مملوک نهی شده است.^{۱۱۱} اشکال کننده در پایان هم ادعا کرده که از این موارد در سیره امیر المومنین (ع) فراوان یافت می شود.^{۱۱۲}

۱۰۸. منتظری، حسینعلی، دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامی، ص ۴۸۵.

۱۰۹. الدر المنضود...، ج ۲، ص ۱۵۲.

۱۱۰. رحمتی، محمد، کتاب الحدود و التعزیرات، ج ۲، ص ۳۶۱.

۱۱۱. حاجی ده آبادی، احمد، بایسته های تقنین، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ص ۳۲۹.

۱۱۲. الدر المنضود...، ج ۲، ص ۱۵۲.

نقد اشکال دوم:

علی رغم اینکه نمی توان وجود مصادیقی از معاصی حتی جرایم حدی را که امام (ع) در مورد آن حد یا تعزیر را جاری نکرد، منکر شد، لکن استدلال به موارد بالا در جهت نقض قاعده «التعزیر فی کلّ معصیة» به نوعی تضعیف کننده استدلال منکران این قاعده است.

در مورد مثال اول، در باب انصراف مردم از اجرای رجم باید گفت: اولاً، انصراف لا اقل بعضی از مردم لزوماً دلالت بر وجود حدی از حدود الهی بر گردن آنها ندارد، ثانیاً، این انصراف به فرض که دلالت بر ثبوت حد بر گردن آنها باشد، اما برای مجازات کافی نیست؛ چرا که لازمه مجازات اثبات جرم طبق ادله و شرایط خاص مانند اعتراف و اقرار صریح و متعدد (چهار بار) و یا شهادت با شرایط ویژه است که همه آن در اثبات جرم و جریان مجازات موضوعیت دارد.

ادعای کفایت علم امام برای جواز اجرای حد یا تعزیر به معاصی^{۱۱۳} نیز ادعایی بی دلیل و مخالف تعالیم اهل بیت (ع) است؛ همان گونه که در صحیححه داود بن فرقد، پیامبر گرامی اسلام (ص) به مردی که زنای همسرش را دیده بود، فرمود: صرف دیدن خود شخص برای اجرای حد کافی نیست و گواهی چهار شاهد برای اثبات زنا در اینجا نیز لازم است. از طرف دیگر، اگر قرار بود که ائمه (ع) در این موارد به علم خود عمل کنند، می بایستی شبانه روز به اجرای حدود مشغول می بودند!

در مورد عدم جواز ضرب در معصیت مالک و مستاجر نیز مطلب روشن است؛ چرا که اولاً، قاعده در مورد معصیت خداوند است و سر پیچی کارگر از دستور کارفرما معصیت خدا نیست تا بگوییم زدن او واجب است، ثانیاً، به فرض که بگوییم مملوك و مستاجر مرتکب معصیت خدا شده اند، باز هم روایات در مقام نهی تعزیر به دست مالک و مستاجر است، ثالثاً، بر فرض قریب به محال بگوییم که

۱۱۳. خوانساری، سید احمد، جامع المدارك في شرح مختصر النافع، ج ۷، ص ۱۲۱.

مرتکب معصیت خدا شده و تعزیرش هم به دست مالک یا مستاجر جایز است، در روایت از ضرب او به عنوان یکی از مصادیق تعزیر نهی شده، لکن می توان او را توبیخ کرد و اجرت او را نداد یا به روش های دیگر تعزیری با او برخورد کرد. از این موارد که بگذریم، جای تردید نیست که مصادیق متعددی وجود داشت که عصیان شخص بر امام ثابت می شد، ولی او عاصی را تعزیر نمی کرد و یا به نهی و توبیخ او اکتفا می کرد. این امر نیز حکایت از نقض قاعده ندارد؛ چرا که قاعده مذکور در مقام مشروعیت بخشی به اصل مجازات و حق مجازات به عنوان تعرض به حرمت شخص و شخصیت عاصی به خاطر حرمت شکنی او در محارم الهی است و عدم تعزیر عاصی به سبب بعضی قواعد دیگر مانند جواز عفو امام یا عدم وجود مصلحت در مجازات و یا اکتفا کردن به توبیخ و نهی او که به نظر بسیاری از فقهای بزرگ و همچنین در سیاست کیفری جمهوری اسلامی از مراتب^{۱۱۴} تعزیر قلمداد می گردد، به هیچ وجه ناقض کلیت قاعده «التعزیر فی کل معصیه» نیست.

دلیل چهارم: عموم ادله امر به معروف و نهی از منکر

برخی از فقها^{۱۱۵}، برای اثبات قاعده به شمول ادله قطعی امر به معروف اشاره کرده اند. وجوب امر به معروف و نهی از منکر و مراتب آن به ادله اربعه به اثبات رسیده است و نیز وجوب تعرض به تارک واجب یا فاعل حرام با مراتب گوناگون مذکور در فقه - که از تنفر قلبی برای عوام مردم شروع می شود و تا ضرب و جرح و حتی قتل او به وسیله حاکم ادامه می یابد - سبب شده تا بعضی از فقها قاعده «تعزیر در هر معصیت» را از عموم ادله امر به معروف و نهی از منکر قابل استنباط بدانند ولی به این استنباط و استدلال اشکالاتی وارد است که به بررسی آن می پردازیم.

۱۱۴. مواد ۵۴ و ۴۳ قانون مجازات اسلامی.

۱۱۵. مانند آیه الله مکارم شیرازی در تعزیر و گستره آن، و منتظری، حسینعلی در دراسات فی ولایة الفقیه.

اشکال اول:

آنچه از عبارات فقهی فقها استنباط می شود، آن است که هدف از نهی از منکر جلوگیری از وقوع معصیت است و دلالتی بر تعزیر بعد از وقوع ندارد، خصوصاً اگر که اطمینان یابیم که فعل منهی دیگر از مرتکب بروز نمی کند، دیگر به عنوان امر به معروف و نهی از منکر حق تعرض به مرتکب را نداریم؛ در حالی که در تعزیر فرقی نمی کند که احتمال تکرار بدهیم یا نه. در هر صورت، حاکم در صورتی که مصلحت ببیند، می تواند تعزیر کند. علاوه بر آن، بعضی شرایط و جوب امر به معروف و نهی از منکر مانند احتمال تأثیر نیز منصرف از تعزیر است.

نقد اشکال اول:

اینکه هدف از نهی منکر جلوگیری از ارتکاب است یا علاوه بر آن، یک هدف نوعی از آن دنبال می شود، نیازمند دقت بیشتر در روایات است، ولی فی الجمله از بسیاری از روایات این باب می توان پی برد که هدف اساسی، مقابله با منکر است و جلوگیری از حرام، وسیله و هدفی ضمنی برای اشاعه معروف و ریشه کنی منکر است. در روایتی از امام باقر(ع) می خوانیم:

فانكروا بقلوبكم والفظوا بالستكم و صكوا بها جباههم؛^{۱۱۶}

منکر را در دل انکار بورزید و با زبان نهی کنید و با سیلی به صورت مرتکبان آن بکوبید.

ومن انكره بالسيف لتكون كلمة الله العليا و كلمة الظالمين السفلى فذلك

الذي اصاب سبيل الهدى؛^{۱۱۷}

و کسی که با شمشیر از منکری جلوگیری کند تا کلمه خداوند بر فراز آید و کلمه ستمگران به زیر کشیده شود، به راه هدایت دست یافته است.

۱۱۶. تفصیل وسائل الشیعه، باب ۳ از ابواب امر به معروف و نهی از منکر، ح ۱.

۱۱۷. همان، ح ۸.

- من رأی منکر اقلینکر بیده ان استطاع؛^{۱۱۸}

از شما هر کس منکری را مشاهده کند، اگر توان آن را دارد، با دست از آن جلوگیری کند.

اما در مورد شرایطی مثل استمرار ارتکاب یا احتمال تأثیر برای وجوب امر به معروف و نهی از منکر^{۱۱۹}، بعضی از فقها جواب می دهند که این شرایط دایر مدار وجوب امر به معروف و نهی از منکر است و در صورت فقدان این شرایط، جواز آن به قوت خود باقی^{۱۲۰} است و در قاعده «التعزیر فی کل معصیة» هم که مقتضای آن حق مجازات عاصی برای حاکم است، جواز تعزیر کفایت می کند.

البته به نظر ما این توجیه محل تأمل است، چرا که مراتب امر به معروف و نهی از منکر متضمن یک نوع تعرض به شخص است که به خودی خود حرمت دارد. حال اگر توجیهی شرعی برای این تعرض وجود نداشته باشد، جواز و یا استحباب آن استبعاد دارد؛ چون انتقال از وجوب به جواز در صورتی است که خود فعل مباح باشد؛ در حالی که در بحث ما خود تعرض به شخص حرمت دارد و به سبب شرایط ارتکاب فعل حرام و ... این تعرض در قالب امر به معروف واجب شده است و در صورت فقدان این شرایط حرمت قبلی عود می کند.

به هر حال ادعای عدم عمومیت این شرایط (شرط تکرار و یا احتمال تأثیر و ...)، خصوصاً در مواردی که امر به معروف و نهی از منکر منتهی به جواز قتل مرتکب است، ادعای گزافی نیست، علاوه بر آنکه ممکن است مراد از احتمال تأثیر نیز تأثیر نوعی باشد نه صرفاً تأثیر در شخص مرتکب.

۱۱۸. همان، ح ۱۲.

۱۱۹. برخی از فقها لزوم اصرار عاصی و استمرار بر عمل حرام یا احتمال تأثیر را از شرایط وجوب امر به معروف و نهی از منکر می دانند. ر. ک: خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۴۴۲.

۱۲۰. دراسات فی ولایة الفقیه، ج ۳، ص ۳۸۷.

نتیجه گیری

با وجود آنکه احتمال عنوان کردن ادله امر به معروف و نهی از منکر به عنوان مستندی دیگر برای قاعده مذکور بسیار قوی است، لکن اظهار نظر قطعی در این مورد مستلزم پژوهشی عمیق تر در ادله این باب است که از هدف بحث حاضر خارج است. بدین جهت، می توان شمول ادله امر به معروف و نهی از منکر را صرفاً به عنوان مؤیدی متین بر این قاعده عنوان کرد.

دلیل پنجم: لزوم حفظ نظام

این استدلالی است که بعضی از فقها از جمله مرحوم خوئی^{۱۲۱} و میرزا جواد تبریزی^{۱۲۲} به آن تصریح کرده اند و حتی آیه الله العظمی صافی گلپایگانی که دیدگاه هایی در مورد کلیت این قاعده دارد، دلیل حفظ نظام را پذیرفته و به آن استدلال کرده اند. ایشان در پایان جرح و تعدیلاتی که به ادله این قاعده وارد می کنند، چنین می فرمایند:

[در تعیین حدود و ثغور قاعده] این گفته امکان دارد که همانا اسلام به حفظ نظام و منع از هر آنچه موجب نزاع و یا سفک دماء یا هتک اعراض گردد - همانطور که کتاب و سنت بر آن دلالت دارد - اهتمام ورزیده است و برای تحقق حفظ نظام، اضافه بر اجرای حدود و تعزیرات در موارد منصوص، به اجرای تعزیر در هر جرمی که کیان امن اجتماعی را تهدید می کند و یا موجب تجرّی مردم بر معاصی و هتک حرمت می گردد، ضرورت دارد.

بنابراین با توجه به آیات قرآن و احادیث و روایات و سیره نبی مکرم و امیر

۱۲۱. مبانی تکملة المنهاج، ج ۱، ص ۳۳۷.

۱۲۲. أسس الحدود و التعزیرات، ص ۲۷۰.

المؤمنین(ع) و با توجه به فتاوی اصحاب، ادعای قطع به جواز تعزیر بمایراه المحاکم در هر آنچه موجب اذیت و آزار مردم شود یا به نظام اخلال وارد کند و موجب هتک حرمت و افساد امور و یا تضعیف امنیت و اطمینان مردم به یکدیگر شود، ممکن خواهد بود.^{۱۲۳}

بعضی از فقها به صورت ضمنی دلیل حفظ نظام را یکی از ادله قاعده دانسته اند که تقریر آن به این نحو است:

هر نظام حقوقی ای برای رسیدن به اهداف خود، یک سلسله مقررات الزام آور جعل و ضمانت اجراهای متفاوتی برای رعایت آن قوانین وضع می کند. دین مبین اسلام نیز برای رسیدن به مصالح مادی و معنوی و برای حفظ نظام تشریحی ای که بنا کرده، یک سلسله ضمانت اجراهای مؤثری دارد. لذا در صورت سرپیچی از قوانین الزامی و تکلیفی خود که از آن به معصیت تعبیر شده، امکان استفاده از تعزیر را برای حاکم به عنوان یکی از مراحل و انواع این ضمانت اجراها فراهم کرده است.^{۱۲۴}

اشکال:

انکار اخلال به نظام با ارتکاب هر نوع معصیت و عدم ملازمه حفظ نظام با تعزیر درست است که حفظ نظام از اهمیت ویژه برخوردار است، لکن ارتکاب هر معصیتی مثل عدم رد سلام منجر به اخلال به نظام نمی شود تا تعزیر او واجب گردد. علاوه بر آن، حفظ نظام مادی و معنوی ملازمه تام با اجرای تعزیر ندارد، بلکه ضمانت اجرایی دیگری مثل مراتب امر به معروف و نهی از منکر نیز در جهت حفظ نظام در نظر گرفته شده که این موارد کلیت قاعده را مخدوش می کند.

۱۲۳. التعزیر، انواعه و ملحقاته، ص ۱۴۵

۱۲۴. تعزیر و گستره آن، ص ۳۸.

نقد اشکال :

در مورد دلیل حفظ نظام و در جهت رفع این اشکال، دو نکته گفتنی است :
نکته اول؛ اینکه متعلق حفظ نظام چیست؟ بر خلاف حقوق موضوعه که حفظ نظام اجتماعی از اهداف و مبانی حقوق است، در حقوق اسلامی حفظ نظام تشریح که در برگیرنده نظام اجتماعی، فردی، عبادی و ... است، از اهداف حقوق اسلامی است. اجرای بسیاری از حدود شرعی در مورد جرایم کاملاً خصوصی که هیچ ارتباطی با نظام اجتماعی ندارد، شاهد این مدعاست. به عنوان مثال، زن و مردی که در حریم کاملاً خصوصی مرتکب زنا شوند و به خواست و اراده خود و در محیط کاملاً خصوصی نزد حاکم چهار بار اقرار کنند، مستوجب حد زنا هستند. تعزیرات منصوص مانند تعزیر استمناکننده و یا واطی در حالت حیض و ... نیز شاهد آشکاری بر این مدعاست. با این توضیح مشخص می شود که انجام هر عمل حرام در حقیقت استعداد لطمه به نظام تشریح را دارد.

نکته دوم؛ اینکه در مورد مؤدای این قاعده به نظر می رسد خلط مباحثی صورت گرفته که تقریباً در تمام اشکالات وارد شده بر آن سریان دارد. همان طور که پیشتر گفتیم قاعده در مقام بیان مواردی است که می تواند از مصادیق جریان تعزیر به دست حاکم باشد یعنی قاعده مذکور صرفاً در مقام ایجاد حق تعزیر برای حاکم در مورد معاصی است و دلیل حفظ نظام هم بر این نکته تأکید دارد که معصیتی که باعث اخلال به نظام تشریح است، قابل مجازات است، اما اینکه در چه معصیتی و چه شرایطی، چه نوع تعزیری، به چه میزان باید اجرا شود و در چه مواردی می توان عفو کرد و یا حتی در چه مواردی تعزیر بر معصیت حرام است و ... ، ربطی به قاعده مذکور ندارد و قواعد دیگری از جمله قاعده «عفو» یا «التعزیر للإمام» یا «علی الامام» و یا «تعزیر بما یرا الحاکم» و ... جریان دارد.

بر اساس این تبیین، این پرسش نقضی را عنوان می کنیم که آیا امکان تصور موردی

وجود دارد که مثلاً در آن عدم رد سلام به مرجع تقلید، آن هم در برابر دوربین های رسانه های جمعی، به وجود آورنده زمینه اخلال به نظام اجتماعی یا حتی عبادی باشد. این قاعده در مقام ایجاد این حق برای حاکم است که در مورد هر معصیتی که صلاح می بیند، نوع و مقدار تعزیر را چنان که صلاح می داند، عملی کند. ۱۲۵

البته ذکر این نکته نیز ضروری است که ملاک صلاحید حاکم، شخصی و دلخواه نیست، بلکه او با برداشتی که از مقتضیات زمان و مکان و روح حاکم بر اهمات شاعر در احکام و امور دارد، مصلحت را تشخیص می دهد و بر او لازم است که طبق آن عمل کند و بی شک مصلحت مزبور چیزی فراتر از مصلحت اجتماعی صرف است.

علاوه بر لزوم توجه به تبیین بالا، این مطلب هم باید در جواب قسمت دوم اشکال (عدم ملازمت حفظ نظام با تعزیر) روشن شود که معنای «التعزیر فی کلّ معصیه» آن نیست که مثلاً برای هر معصیتی مانند عدم ردّ سلام، مرتکب را شلاق بزنند یا به زندان افکنند، بلکه مصادیق تعزیر بسیار متنوع و متعدد است و بنا به نظر بعضی از فقها که در سیاست کیفری جمهوری اسلامی ایران هم لحاظ شده است ۱۲۶، از نهی زبانی، وعظ، توبیخ و... که خود از مراتب امر به معروف است، شروع می شود و تا مراحل ضرب و جرح و زندان و... شدت می یابد.

دلایل و مؤیدات دیگر

سلسله امور از موارد دیگری هم به عنوان ادله قاعده عنوان شده است، ولی چون کلیت قاعده را اثبات نمی کنند یا اجمال دارند در حد مؤیدات قاعده قابل طرح اند.

۱۲۵. با دقت در تبیین یاد شده از آیت اللّه صافی گلپایگانی نیز همین مطلب مستفاد است.

۱۲۶. قانون مجازات اسلامی، مواد ۴۳ و ۵۴.

یک: آیه ۱۹۴ از سوره مبارکه بقره

الحرماتُ قصاصٌ؛

تمام حرام‌ها قابل قصاص است.

جمعیه که با «ال» آمده، افاده عموم می‌کند و منظور از قصاص معنای لغوی آن است که ناظر به پیامد هتک حرمت با ملاحظه کمیت و کیفیت آن است. بدیهی است که برداشت معنای اصطلاحی قصاص در آیه شریفه، درست نیست؛ زیرا به رغم آنکه لحاظ معنای مصطلح مستلزم تخصیص اکثر به خاطر عمومیت و شمول حرمت است، مستلزم استثنای مورد هم می‌شود؛ زیرا مصداقی که آیه در مورد آن نازل شده است، ربطی به قصاص مصطلح ندارد.

در مسالک الأفهام در تبیین معنای این ققره از آیه چنین آمده:

«الحرمات قصاصٌ» کلّ حرمة و هو ما يجب أن يحافظ عليها بجري فيها

القصاص فمن هتك حرمة أي حرمة كانت اقتص بان يهتك له الحرمة؛^{۱۲۷}

ارتکاب هر حرمتی مستوجب قصاص است، هر چیزی که محافظت بر آن

واجب باشد، اگر هتک حرمت شود، قصاص دارد و قصاصش این گونه

است که حرمت فاعل هتک شود.

صاحب زبدة البيان نیز معنایی قریب به همین مضمون ارائه کرده و فرموده

است:

كلّ ذي حرمة يجري فيها القصاص والمكافاة.^{۱۲۸}

البته معنای قصاص همان طور که مورد آیه ناظر به آن است، اعم از حدود،

قصاص، تعزیرات و شامل موارد جهاد و تعدی به کفار نیز می‌شود.

۱۲۷. فاضل، جواد کاظمی، جواد بن سعد بن علی اسدی، مسالک الأفهام إلى آیات الاحکام)

به نقل از نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع) (۱/۲)، ج ۲، ص ۳۲۶.

۱۲۸. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، زبدة البيان في احکام القرآن، ص ۳۱۰.

دوم: صحیحہ یونس، در این صحیحہ آمده است:

أصحاب الكبائر كلها إذا أقيم عليهم الحد مرتين قتلوا في الثالثة؛^{۱۲۹}

کسانی که مرتکب گناه کبیره گردند اگر دو بار مجازات شوند در مرتبه سوم کشته می شوند.

ممکن است به این روایت چنین استدلال شود که چون همه کبایر مستلزم حدّ مصطلح نیستند، اخذ به عموم روایت مقتضی آن است که معنای حد اعم از حد مصطلح و تعزیر باشد؛ بنابر این تعزیر را در همه گناهان کبیره می توان جاری کرد. در پاسخ به این استدلال باید گفت: اولاً، بنابر چنین فرضی، قاعده فقط در مورد کبایر ثابت می شود و همه معاصی را در بر نمی گیرد، ثانیاً، در تعیین مصادیق کبایر آن قدر اختلاف نظر وجود دارد که با لحاظ قاعده «درء» عملاً موارد آن از مصادیق حدّ مصطلح فراتر نمی رود و ثالثاً، همان طور که بعضی از فقها (مانند آیت الله صافی گلپایگانی) عنوان داشته اند، منظور از «الکبائر»، گناهان کبیره ای است که در آنها حد جاری می شود؛ یعنی «ال» در کبایر «ال» عهد است و معنای روایت چنین می شود: مرتکبان گناهان کبیره ای که مستلزم حد است.^{۱۳۰}

سوم) تنقیح مناظر روایات خاص

در بعضی از روایات مانند روایتی که کلینی از سماعه نقل می کند^{۱۳۱}، آمده

۱۲۹. وسایل الشیعه، ج ۲۸، باب أن الزانی الحر إذا جلد ثلاثاً قتل في الرابعة، ص ۱۱۶.
۱۳۰. البته این توجیه محل تامل است، از این جهت که عهد بودن نیازمند قرینه ذهنی یا ذکری است؛ به علاوه، لفظ «کلهما» تأکیدی بر عمومیت کبائر و معنای عموم، مستفاد از جمع دارای «ال» است.

۱۳۱. تفصیل وسائل الشیعه، ج ۲۸، باب أن من قال لآخر: احتلمت بأمك فعليه التعزير لا الحد، ص ۲۱۰: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْسَنَادُهُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنِ

است: شخصی خطاب به یکی از مؤمنان گفته بود: «احتلمت بأمك؛ در خواب با مادرت محتلم شدم» حکم آن از امیر مؤمنان علی (ع) پرسیده شد؛ فرمود: «اگر بخواهیم به خاطر این مورد او را مجازات کنیم، باید سایه او را حد بزنیم، ولی او را تعزیر می‌کنم تا دیگر مسلمانان را اذیت نکند».

با تنقیح مناط مذکور در روایت (تعزیر به خاطر اذیت دیگری)، می‌توان نتیجه گرفت هر معصیتی که زمینه آزار و اذیت مؤمنی را ایجاد کند، قابل تعزیر است. البته استدلال به این دلیل نیز عمومیت قاعده را اثبات نمی‌کند.

قلمرو قاعده در کلام بعضی از فقها

عمومیت قاعده، مورد اختلاف بعضی از فقهاست. در اینجا به مواردی که این دسته از فقها در آن اختلاف کرده‌اند، اشاره‌ای اجمالی می‌کنیم و آن‌گاه به بررسی صحت و سقم استدلال‌ات ایشان خواهیم پرداخت:

الف) قاعده مخصوص کبائر است.

بعضی از فقها از جمله صاحب جواهر و امام خمینی (ره) در یکی از دو قول خویش در این زمینه، کبیره بودن را جزء شرایط شمول قاعده می‌دانند. مرحوم امام (قدس سره) می‌فرماید: «در کتب علمای فقه و مطالعات فقهی»

كل من ترك واجباً أو ارتكب حراماً فللإمام (عليه السلام) و نائبه تعزيره بشرط أن يكون من الكبائر؛^{۱۳۲}

> الْحُسَيْنِ بْنِ أَبِي الْعَلَاءِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: «إِنَّ رَجُلًا لَقِيَ رَجُلًا عَلَى عَهْدِ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ (ع) - فَقَالَ: «إِنَّ هَذَا افْتَرَى عَلَيَّ قَالَ: وَمَا قَالَ لَكَ؟ قَالَ: إِنَّهُ احْتَلَمَ بِأُمَّ الْآخِرِ. قَالَ: إِنَّ فِي الْعَدْلِ إِنْ شِئْتَ جَلَدَتْ ظِلَّةُ فَإِنَّ الْحُلْمَ إِنَّمَا هُوَ مِثْلُ الظِّلِّ وَ لَكِنَّا سَتُوجِعُهُ ضَرْباً وَ جِيعاً حَتَّى لَا يُؤْذِيَ الْمُسْلِمِينَ فَضْرَبَهُ ضَرْباً وَ جِيعاً».

۱۳۲. تحرير الوسیلة، ج ۲، ص ۴۷۸.

هر کس که واجبی را ترك کند یا حرامی را انجام دهد، بر امام یا نایب اوست که او را تعزیر کند، به شرط آنکه کار او از گناهان کبیره باشد.

ب) قاعده مخصوص معاصی ای است که مرتکب آن با نهی یا توبیخ، آن را ترك نکند

صاحب کشف اللثام می فرماید:

وجوب التعزیر فی کلّ محرّم من فعل أو ترك إن لم ینته بالنهی و التوبیخ و نحوهما فهو ظاهر، لوجوب إنكار المنكر و أمّا إن انتهى بما دون الضرب فلا دلیل علیه إلا فی مواضع مخصوصة ورد النصّ فیها بالتأدیب أو التعزیر؛

وجوب تعزیر در فعل یا ترك فعل حرام در صورتی است که گنهکار با نهی از منکر یا توبیخ و مانند آن قابل نهی نباشد و این مطلب به دلیل وجوب نهی از منکر روشن است. اگر شخص به کمتر از ضرب قبول نهی کند، دلیلی بر ضرب وجود ندارد، إلا در مواردی که نص صریح بر تأدیب یا تعزیر آمده است. ۱۳۳

ج) قاعده مربوط به گناهیانی است که مصلحت در تعزیر آن است.

آیت الله صافی گلپایگانی در کتاب التعزیر، انواعه و ملحقاته آن دسته از گناهیانی را که مصلحت نظام مقتضی آن است، مشمول قاعده مذکور عنوان کرده و فرموده است:

وبالنظر إلى الآيات القرآنية والأحاديث والروایات و سیرة النبی (ص) و امیر المؤمنین (ع) و فتاوی اعیان الاصحاب یمكن دعوی القطع بجواز التعزیر بما یراه الحاكم فی ما یؤذی الناس و یخلّ بالنظام و یوجب هتك الحرمات و یفسد الامور و یضعف الأمن و ثقة الناس بعضهم ببعض و علی الجملة فی كلّ مورد یجب أن یقوم به الحاكم و هو المطالب عنه إذا وقع ما یخالف

۱۳۳. فاضل هندی، محمد بن حسن بن محمد اصفهانی، کشف اللثام عن قواعد الاحکام،

ج ۱۰، ص ۵۴۵.

الشرع له أن يعزّر المرتكب؛^{۱۳۴}

با نظر به آیات و روایات و احادیث و سیره نبوی و علوی (ع) و فتاویٰ علما، می‌توان ادعای یقین به جواز تعزیر کرد در هر آنچه حاکم مصلحت بداند، در مواردی چون: موجب اذیت مردم، اختلال در نظام، هتک حرمتها، فساد در امور، تضعیف امنیت و اطمینان مردم به یکدیگر و به طور کلی در همه مواردی که بر حاکم واجب است و از او طلب می‌شود در زمانی که خلاف شرعی واقع شود، بر او واجب است.

د) قاعده مخصوص گناهایی است که جعل حد یا کفاره یا قصاص در آن نشده است.

اینکه قاعده مخصوص گناهایی است که حد ندارد، مورد اتفاق همه فقهای امامیه است، ولی قید کفاره را هیچ یک از فقهای امامیه قبول ندارد، فقهای اهل سنت عموماً قائل به چنین قیدی برای قاعده هستند.

فكل من أتى فعلاً محرماً لأحد فيه ولا قصاص ولا كفارة فإنّ علي الحاكم أن يعزّره بما يراه زاجراً له عن العودة؛^{۱۳۵}

اگر کسی مرتکب فعل حرامی شود که مستوجب حد یا قصاص و یا کفاره نباشد، بر حاکم است که او را به مقداری که از تکرار منع کند، تعزیر کند.

بررسی استدلال برخی از فقها بر عدم عمومیت قاعده

به طور کلی عبارات فقها را در محدود کردن کلیت قاعده مورد بحث، به چهار دسته می‌توان تقسیم کرد و در دسته چهارم قیدی هست که فقهای اهل سنت آن را اضافه کرده‌اند و بطلان آن نزد فقهای امامیه مسلم است. بنابراین در مقاله حاضر

۱۳۴. التعزیر، انواعه و ملحقاته، ص ۱۳۸.

۱۳۵. الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۵، ص ۴۹۷.

نیازی به اطاله کلام در این باب نیست، لکن محدودیت سه دسته دیگر نیازمند دقت و بررسی بیشتر است.

۱. محدود شدن قاعده به کبایر.

همان طور که از صاحب جواهر و امام خمینی (ره) در تحریر الوسیله نقل شد، بعضی از فقها قاعده را مخصوص کبایر می دانند. دو علت برای چنین تخصیصی می توان عنوان کرد:

یک. مستند قاعده، صرفاً صحیحه یونس باشد: ^{۱۳۶} احتمال دارد صحیحه یونس تنها دلیل در نظر فقیه باشد که لازمه آن انحصار قاعده به کبایر است.

پاسخ: از آنجا که دلایل دیگر در اثبات عمومیت قاعده کافی بود، چنین وجهی برای محدود کردن قاعده وارد نیست.

دو. عمومیت قاعده با ادله تکفیر صغائر به خاطر اجتناب از کبائر محدود می شود: این عمده دلیلی است که برای محدود کردن قاعده ذکر شده است و تقریر آن چنین است: به مقتضای روایات متعدد و آیه شریفه ذیل، کسانی که مرتکب گناه صغیره می شوند و از گناهان کبیره اجتناب می کنند، مجازات نمی شوند و مورد مغفرت خدا قرار می گیرند؛ بدین جهت در دنیا نیز نباید مجازات شوند. آیه این است: *ثوبشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی*

إِنْ تَجْتَنِبُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَنُدْخِلِكُمْ مَدْخَلًا كَرِيمًا؛ ^{۱۳۷}

کسانی که مرتکب صغیره می شوند، ولی از کبایر اجتناب می ورزند، مورد مغفرت الهی قرار می گیرند و گناهانشان پوشیده می گردد.

۱۳۶. «اصحاب الكبائر كلها إذا أقیم عليهم الحد مرتین قتلوا فی الثالثة».

۱۳۷. سورة نساء، آیه ۳۱.

نقد:

در جواب باید گفت: اولاً مقتضای ادله مطرح شده، تعزیر علیه هر کسی است که از حدود الله تعدی کند و تعدی شامل صغیره و کبیره هر دو می شود، ثانیاً، آیه شریفه در مقام مغفرت و بخشش اخروی است و تعزیر حاوی مصالح شخصی واجتماعی، دنیوی و اخروی است. تکفیر گناه صغیره و عدم تعزیر ملازمه ای ندارند، ثالثاً، بر فرض که آیه شریفه دلالت بر سقوط تعزیر کند، باز هم نمی توان قاعده را به خصوص کبایر تخصیص زد؛ چرا که آیه شریفه می گوید کسانی که صغیره انجام داده اند و از کبایر اجتناب می کنند، سیئاتشان بخشیده می شود و شامل مرتکبان صغیره و اجتناب نکنندگان از کبایر و اصرار کنندگان بر صغایر نمی شود. ۱۳۸

۲. محدود شدن به مرتکبانی که نهی یا توییح را نمی پذیرند.

همان طور که اشاره شد، این قید از سوی صاحب کشف اللثام افزوده شده است ۱۳۹ و دلیل آن این است که تا زمانی که بتوان معاصی را بدون ضرب و صرفاً با نهی و توییح مرتکبشان جلوگیری کرد، دیگر نوبت به ضرب نمی رسد.

نقد:

آیت الله فاضل لنکرانی در جواب چنین می فرماید:

۱۳۸. فاضل لنکرانی، محمد، همان، ص، ۴۱۹: «و مقتضی الروایات المتقدمة الواردة في ثبوت الحد بالمعنى الأعم من التعزیر علی من تعدی شيئاً من حدود الله تبارك و تعالی عدم اشتراط هذا الشرط؛ لأنه لا فرق في التعدی عن الحدود الإلهية بين ما إذا كان كبيراً، و بين ما إذا كان صغيراً، إلا أنه يمكن الاستشهاد على الاشتراط بقوله تعالى: «إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَ نُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا» نظرأ إلى ظهوره في ان اجتناب الكبائر يكفر الصغائر المعبر عنها بالسّيئات، فإذا صارت مكفرة فلا يترتب عليها التعزیر، إلا أن لازم ذلك عدم ثبوت التعزیر في ارتكاب الصغيرة بالإضافة إلى خصوص مجتنب الكبيرة و أما من ارتكب كليهما فلا دلالة للآية على العدم كما لا يخفى».

۱۳۹. كشف اللثام عن قواعد الأحكام، ج ۱۰، ص ۵۴۵.

لکن المستفاد من النصوص الكثيرة الواردة في موارد منشئتة أنّ وزان التعزير وزان الحدّ و أنّه قائم مقامه، غاية الأمر أنّ اختلاف الموجب أوجب الاختلاف من جهة الحدّ و التعزير، فكما أنّ الحدّ يترتب على موجب، و لا يتوقف على عدم الانتهاء بمثل الموعظة و التوبيخ، فكذلك التعزير يترتب على موجب مطلقاً مضافاً إلى دلالة روايات متعدّدة على أنّ الله عزّ و جلّ جعل لكلّ شيء حدّاً، و جعل على من تعدّى حدّاً من حدود الله عزّ و جلّ حدّاً فإنّ مقتضاها ثبوت الحدّ بالمعنى الأعم من التعزير على كلّ من تعدّى حدّاً من حدود الله تبارك و تعالی؛^{۱۴۰}

آنچه از عبارات فراوان در موارد گوناگون استفاده می شود، آن است که تعزیر جانشین حد است و ملاک آن را دارد (یعنی همان طور که جریان حد متوقف بر این شرط نیست، جریان تعزیر هم متوقف بر این شرط نیست). نهایت اینکه اختلاف در علت، سبب اختلاف در تعزیر و حد می شود و همان طور که حد مترتب بر علت آن است و مشروط به جلوگیری به وسیله نهی و توبیخ نیست، تعزیر هم متوقف بر آن نیست. علاوه بر آن، روایات و ادله دیگر (روایات عام و خاص) مقتضی مجازات برای هرگونه تعدّی از احکام الهی است.

علاوه بر آن، منحصر کردن تعزیر بر ضرب در مورد همه معاصی نظری صحیح نیست و بسیاری از فقها نهی و توبیخ را هم از مصادیق تعزیر به شمار می آورند.

۳. محدود به گناهایی که مصلحت در تعزیرشان است.

آیت الله صافی گلپایگانی با توجه به روایات خاص که ذکر شد، معتقد است که مناط تعزیر، مصلحت است.

نقد:

عمومیت قاعده «التعزیر فی کلّ معصیة» به سبب مستندات آن، شامل تمام معاصی می شود؛ پس آبی از این قید است، ولی رعایت مصلحت در تعزیر به خاطر قواعد دیگر ناظر بر تعزیر به این قاعده «وارد» می گردد که از نظر علمی و نظری ربطی به ادله این قاعده و عمومیت آن ندارد.

قواعد مربوط به توبه یا عفو و یا للإمام بودن تعزیر و قواعد مربوط به ادله اثبات، از مهم ترین قواعدی است که عملاً محدود کننده جریان تعزیر در همه معاصی است.

نتیجه گیری و آسیب شناسی اجمالی

قاعده «التعزیر فی کلّ معصیة» یکی از قواعد اصطیادی در فقه شیعه و عامه است. با وجود آنکه معدودی از فقها خصوصاً در بین متأخران و معاصران مخصصاتی به این قاعده وارد کرده اند، اما هیچ فقیهی به صراحت آن را نفی نکرده است. در مقاله حاضر مجموعاً هشت دسته دلیل برای اثبات این قاعده ارائه شد که به نظر ما استناد به اجماع در اثبات این قاعده به دلیل محتمل المدرك بودنش صحیح نیست؛ هرچند عدم اختلاف و شهرت در بین قداما و متأخران مؤیدی در خور اعتناست. مضمون عام در روایات^{۱۴۱}، الغای خصوصیت از روایات خاص و دلیل حفظ نظام از بهترین مستندات این قاعده است. شمول ادله امر به معروف و نهی از منکر نیز که به وسیله برخی از فقها عنوان شده، دلیلی است که مقتضی بررسی بیشتر در مبنای ادله امر به معروف و شرایط آن است. تنقیح مناط روایات خاص و همچنین استناد به روایت یونس نیز در اثبات تعزیر برای بخشی از جرایم (گناهان کبیره و

۱۴۱. «خداوند برای هر چیز حدی قرار داده و برای کسی که از آن حد تجاوز کند، حدی قرار

داده است».

گناهای که زمینه آزار و اذیت مسلمان را ایجاد می‌کند) جریان می‌یابد. به نظر ما استدلال به آیه شریفه «الحرمات قصاص» در اثبات مدعی کافی است، لکن به لحاظ عدم تعرض فقها به این دلیل و برای رعایت احتیاط از آن به عنوان مؤید نام بردیم.

به نظر می‌رسد که انگیزه و زمینه اصلی برای انکار این قاعده در میان برخی از حقوق دانان، وجود تعارض با بعضی از اصول و قواعد برآمده از مکاتب حقوق غربی (مثل تفسیر مضیق و سکولار از اصل قانونی بودن جرم و مجازات، ضرورت محدود کردن قدرت قاضی برای جلوگیری از اعمال نظر شخصی، ضرورت حفظ تفکیک قوا و ...) و مشکلات عملی در مقام اجراست. این چالشی است که فراروی رویه جاری حقوق جمهوری اسلامی ایران به دلیل تلفیقی بودن آن با نظام حقوقی رومی-ژرمنی و تأثیر پذیری از مکاتبی چون مکتب کلاسیک به وجود آمده است.

حقوق ایران ده‌ها سال متأثر از مکاتب حقوقی غربی از جمله فرانسه، بلژیک و آلمان و ... بوده است و شاکله ذهنی حقوق دانان و اساتید محترم حقوق نیز به طور عمیقی از آن تأثیر پذیرفته است. از طرف دیگر، با انقلاب اسلامی ایران، تلاش‌هایی برای سعی در اسلامی کردن قواعد حاکم بر حقوق خصوصاً در زمینه جزا انجام گرفته است. تلفیق این دو رویه، پالایش عمیق و زمان طولانی برای رسیدن به رویه حقوقی قابل قبول را می‌طلبد.

اختلاف در اهداف و گستره نفوذ حقوق جزا و همچنین ضمانت اجرا و قواعد حاکم بر آن، از مهم‌ترین مسائلی است که وجه تمایز بین این دو رویکرد حقوقی (حقوق اسلام و حقوق غرب) است. اگر در مکتب کلاسیک، اصل قانونی بودن به معنای لزوم وجود قانون مدون (که از سوی مجلس قانون‌گذاری برآمده از خواست و اراده مردم تصویب شده است)، برای جرم‌انگاری و مجازات «رفتار صرفاً اجتماعی» لازم است و طبق آن مجازات نیز مطابق با آنچه در قانون ذکر شده،

«ضرورت» می‌یابد، در نظام حقوقی اسلام ملاک جرم‌انگاری، مبتنی بر خواست و اراده و معیار الهی است که گستره آن از فردی‌ترین رفتارها تا اعمال و رفتارهای اجتماعی را فرا گرفته است. وجود بیان به مقتضای قاعده عقلایی: «قبح عقاب بلا بیان» برای مشروعیت جرم‌انگاری و مجازات کفایت می‌کند^{۱۴۲} و البته براساس دیدگاه اسلام، مجازات همواره امر ضروری نیست، بلکه مصادیق متعددی از آن قابلیت عفو و اغماض دارند و میزان آن طبق مصلحت فرد و جامعه، به وسیله حاکم فقیه عادل مشخص می‌شود.

اگر معیار تزدیلی و تحقیری مجازات در مکاتب غربی، معیاری نوعی و محصور و منوط به ذکر شدن در قانون مدون است، در حقوق اسلام، معیار مجازات جنبه تأدیبی و پیشگیرانه آن است و عمدتاً از معیار شخصی و فردی تبعیت می‌کند.

اگر در حقوق کلاسیک، بسط‌یاد قاضی در مجازات سم مهلک نظام حقوقی و مصلحت‌سنجی قاضی در میزان مجازات به معنی وارد شدن لطمه بر مبنای تفکیک قوا و یا زمینه‌افسارگسیختگی در دستگاه قضایی قلمداد می‌شود، در حقوق اسلام بسط‌یاد حاکم (ما بیده الحکم) - که قاضی عادل و فقیهی است که مستقیماً با پرونده‌های کیفری در تماس است - مبنای سیاست کیفری اسلام و لحاظ مصلحت فرد و جامعه به مقتضای «التعزیر بید الحاکم بما یراه من المصلحة» بهترین روش برای حفظ عدالت کیفری و اهداف حقوق جزاست.

اگر در نظامات حقوقی غربی، تجدید نظر خواهی روشی ضروری برای احقاق حق محکومان قلمداد می‌شود، در اسلام نقض حکم قاضی جامع شرایط

۱۴۲. البته معیار قبح عقاب بلا بیان، معیاری بسیار مترقی‌تر نسبت به ملاک قانونی بودن است، هر چند برخی خواسته‌اند اصل قانونی بودن را به قاعده قبح عقاب بلا بیان برگردانند، لکن چنین تحمیلی به هیچ وجه جبران‌کننده نقایص برآمده از اصل قانونی در مقام عمل نیست.

جز در موارد بسیار اندك، حرام است .

در رویه جاری در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران، عدم دسترسی کافی به قاضی فقیه جامع شرایط و محذورات فراوان دیگر، موجب شده تا بعضی از اصول حاکم بر حقوق غرب از باب ضرورت و اضطرار اجرا شوند و این مطلب به هیچ وجه نشان دهنده عدم نقص و یا حکومت یا برتری قواعد و اصول غربی بر قواعد و احکام اسلامی نیست تا به صرف مشاهده تعارضی ظاهری، با تشکیک و انکار قواعد مسلم و مشهور فقهی، در مقام حل معضل بر آییم .

منابع

۱. قرآن کریم
۲. نهج البلاغه
۳. آخوندی، محمود: آیین دادرسی کیفری، انتشارات فرهنگ و ارشاد اسلامی، ج ۴، ج ۲.
۴. ابن فارس، احمد: معجم مقاییس اللغة، دارالجليل، بیروت، ۱۴۱۱ هـ. ق، ج ۴.
۵. ابن منظور، محمد بن مکر: لسان العرب، دارصادر، بیروت، ج سوم، ج ۴.
۶. ابو الصلاح حلبی، ابو الصلاح تقی الدین بن نجم الدین: الکافی فی الفقه، ۱۴۰۳ ق، ج ۱، اصفهان.
۷. اسماعیل، ابن حمّاد الجوهری: الصحاح اللغة وتاج العربیه، بیروت، دارالکتاب العربی، ۱۹۷۹ م.
۸. تبریزی، جواد: أسس الحدود و التعمیرات، ۱۴۱۷ ق، ج ۱، قم، ناشر: دفتر مؤلف.
۹. جرج، پی فلچر: مفاهیم بسنی ادین حقوق کیفری، ترجمه سید مهدی

سیدزاده ثانی، مشهد، انتشارات آستان قدس رضوی، ۱۳۸۴.

۱۰. جزیری، عبد الرحمن: الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (ع)،

دار الثقلین، بیروت ج ۱، ۱۴۱۹، ج ۵.

۱۱. حاجی ده آبادی، احمد: بایسته های تقنین، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی

۱۲. حرّ عاملی، محمد بن حسن بن علی: تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل

مسائل الشریعة، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۹ق، ج ۱، قم،

ج ۱۸.

۱۳. حسینی، محمد: سیاست جنایی در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران،

انتشارات سمت، ۱۳۸۳.

۱۴. حلّی، ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد: السرائر الحاوی لتحریر

الفتاوی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم،

۱۴۱۰هـ. ق، ج ۲.

۱۵. حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن: المختصر النافع في فقه الإمامية، مؤسسة

المطبوعات الدينية، ۱۴۱۸هـ. ق، ج ۶، قم، ج ۱.

۱۶. حلّی، نجم الدین جعفر بن حسن: شرائع الإسلام في مسائل الحلال و

الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۲، قم، ج ۴.

۱۷. الخرقی، عمر بن الحسین: ابن قدامه، المغنی، بیروت، دارالفکر،

۱۴۰۴هـ. ق، ج ۱۰.

۱۸. خمینی، سید روح الله موسوی: تحریر الوسیلة، مؤسسه دار العلم، ج ۱،

قم، ج ۲.

۱۹. تحریر الوسیله، مؤسسه نشر و تنظیم آثار امام خمینی، ۱۳۷۹، ج ۱.

۲۰. خوانساری، سید احمد: جامع المدارك في شرح مختصر النافع، مؤسسه

اسماعیلیان، ۱۴۰۵هـ. ق، ج ۲، قم، ج ۷.

٢١. خویی، ابوالقاسم: مبانی تکمله المنهاج. (به نقل از نرم افزار جامع فقه اهل البيت (ع) ١/٢)، ج ٤١.
٢٢. خویی، سید ابو القاسم موسوی: تکملة المنهاج، نشر مدينة العلم، ١٤١٠ هـ. ق، ج ٢٨، قم.
٢٣. راغب اصفهانی، حسین بن محمد: مفردات الفاظ القرآن، دارالشامیه، بیروت، ١٤١٦ هـ. ق.
٢٤. رحمتی، محمد: کتاب الحدود و التعزیرات، ج ٢، ١٤١٥، ج ٢.
٢٥. شهید اول: القواعد و الفوائد، مكتبة المفید، قم، ج ٢.
٢٦. شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی: مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، مؤسسة المعارف الإسلامية، ٤١٣ هـ. ق، ج ١، قم، ج ٢.
٢٧. صافی گلپایگانی، لطف الله: التعزیر: انواعه و ملحقاته، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ١٤٠٤ هـ. ق.
٢٨. طباطبائی، سید علی بن محمد بن ابی معاذ: ریاض المسائل في تحقیق الاحكام بالدلائل، مؤسسه آل البيت (عليهم السلام)، ج ١، قم، ج ٢.
٢٩. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن: المبسوط في فقه الإمامية، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ١٣٨٧ ق، ج ٣، تهران، ج ٨.
٣٠. عوده، عبد القادر: التشريع الجنائي الاسلامی مقارناً بالقانون الوضعی، دارالكتاب العربی، بیروت، ج ١.
٣١. فاضل لنکرانی، محمد: التفصیل الشریعة في شرح تحرير الوسيله، الحدود، نسخه اینترنتی مقتبس از سایت معظم له: www.Jankarani.org.
٣٢. فاضل هندی، محمد بن حسن بن محمد اصفهانی: كشف اللثام والإبهام عن قواعد الاحكام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٤١٦ ق، ج ١، قم، ج ١٠.

٣٣. فاضل، جواد كاظمي، جواد بن سعد بن علي اسدي: مسالك الأفهام إلى آيات الاحكام (به نقل از نرم افزار جامع فقه اهل البيت (ع) ١/٢)، ج ٢.
٣٤. فقحاني، زين الدين علي بن علي بن محمد بن طي: الدر المنضود في معرفة صيغ النيات والإيقاعات والعقود، مكتبة امام العصر (عج) العلمية، ١٤١٨ ق، ج ١، قم، ج ٢.
٣٥. كاتوزيان، ناصر: مقدمه علم حقوق، شركت انتشار، ج ١٣.
٣٦. كيدري، قطب الدين محمد بن حسين: إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، مؤسسه امام صادق (عليه السلام)، ١٤١٦ ق، ج ٣، قم.
٣٧. گلدوزيان، ايرج: حقوق جزای عمومي ايران، انتشارات دانشگاه تهران، ج ٣، ج ١.
٣٨. مجدالدين، ابن اثير، النهاية في غريب الحديث والاثر، دارالكتب العلميه، بيروت، ١٤١٨.
٣٩. مراغي، سيد مير عبد الفتاح بن علي حسيني: العناوين الفقهية (نرم افزار جامع فقه اهل البيت)، ج ٢.
٤٠. مصطفوي، حسن: التحقيق في كلمات القرآن الكريم، تهران. بنگاه ترجمه و نشر كتاب، ١٣٦٠، جلد ٨.
٤١. مقدس اردبيلي، احمد بن محمد: زبدة البيان في أحكام القرآن، المكتبة الجعفرية لإحياء الآثار الجعفرية، ج ١، تهران.
٤٢. مكارم شيرازي، ناصر: تعزير و گستره آن، نسخه الكترونيكي مقتبس از سايت معظم له: www.makarem.org.
٤٣. منتظري، حسين علي: دراسات في ولايت الفقيه و فقه الدولة الاسلاميه، قم، مركز العالمي للدراسات الاسلامي، ١٤٠٨.
٤٤. نجفي، محمد حسن بن باقر: جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار

- إحياء التراث العربی، ج ۷، بیروت، ج ۴۱.
۴۵. نوری، میرزا حسین: مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، مؤسسه آل البیت (علیهم السلام)، ۱۴۰۸ ق، ج ۱، بیروت، ج ۱۸.

مقالات

۱. هاشمی، سید حسین، و کوشا، جعفر «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها»، مجله نامه مفید، ش ۲۶.
۲. حسینی، سید محمد: «رابطه مفهوم شرعی گناه و مفهوم حقوقی جرم و نسبت تحریم و تجریم»، علوم جنایی: مجموعه مقالات در تجلیل از استاد محمد آشوری، نشر سمت، ۱۳۸۳.
۳. حبیب زاده، محمد جعفر: «رژیم قانونی بودن حقوق کیفری عامل مؤثر در رشد و توسعه». مجله حقوقی دادگستری، ش ۲۳.
۴. کدخدایی، محمد رضا: «حق کیفر و مبنای آن از منظر اسلام و مکاتب بشری»، مجله معرفت، ش ۱۲۵، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (ره).

فصلنامه
۱۴۲
سال ۱۴، شماره ۵۴

سایت‌ها و نرم افزارها پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱. www.makarem.org

۲. www.safi.org

۳. www.lankarani.org

۴. نرم افزار جامع فقه اهل البیت (ع) ۱/۲.

۵. نرم افزار کتابخانه اهل البیت (ع).

۶. نرم افزار المعجم الفقهی ۳.

۷. نرم افزار جامع التفاسیر ۲ (نورالانوار ۳).