

## بررسی مفهوم بازدارنده با نگرش به مرور زمان

◀ محمدهادی فضلعلی \*

با توجه به اینکه قانون آیین دادرسی کیفری، اعمال مقررات راجع به مرور زمان را صرفاً نسبت به جرایمی که مجازات آنها از نوع بازدارنده باشد، تجویز نموده، تشخیص مفهوم این مجازات اهمیت زیادی دارد. تشتت آراء و تصمیمات محاکم درباره تشخیص این مفهوم، موجب شد تا بررسی سیر تدوین مقررات قانونی مربوط، به منظور کشف مقصود مقنن از این مفهوم، موضوع مقاله حاضر قرار گیرد. هدف از نگارش این یادداشت، ارائه نظریه قاطع در این باب نیست. بلکه مقصود این است که با طرح بحث، همکاران محترم قضایی به کاوش بیشتر در این باره ترغیب گردند و چنانچه این نوشته بتواند ذهن همکاران محترم را به تدقیق در این موضوع و تردید در صحت رویه کنونی وادارد، نگارنده به مقصود خود نائل آمده است، ولو آنکه خوانندگان با دیدگاه او موافق نباشند. از آنجا که مخاطب این یادداشت، قضات هستند که با بسیاری از مفاهیم حقوقی آشنایی دارند، اشراف آنها بر مقدمات بحث، مفروض تلقی شده و بدین جهت مطالب به اختصار بیان گردیده است.

### ■ اقسام مجازات‌ها در اسلام

در فقه اسلامی مجازات‌ها به چهار دسته کلی تقسیم شده است: حدود، قصاص، دیات و تعزیرات. از بین مجازات‌های چهارگانه مذکور، دو دسته قصاص و دیات را می‌توان مجازات‌هایی دانست که هدف کلی از وضع آنها، حمایت از شخص بزه‌دیده و جبران زیان‌های مستقیم وارده به مجنی‌علیه است. در مقابل، حدود و تعزیرات مجازات‌هایی هستند که به منظور حفظ نظم و امنیت و آرامش در جامعه از سوی حکومت اسلامی اعمال می‌گردند.

### ■ نامعین بودن، ویژگی اساسی تعزیرات

عمده‌ترین تفاوت بین حدود و تعزیرات در معین بودن و نبودن آن در شرع انور اسلام است: حدود، عبارت از مجازات‌های منصوص در احکام اسلامی است که به طور دائمی و لایتغیر از سوی شارع مقدس تعیین، و اعمال آن بر عهده

حکومت اسلامی گذاشته شده است. اما تعزیرات مجازات‌هایی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و تعیین آن به نظر حاکم واگذار گردیده است. مقصود از حاکم نیز قاضی مجتهد عادل جامع الشرایط است.

وقتی گفته می‌شود نوع و مقدار تعزیر در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار گردیده، لازمه آن این است که نه تنها تعیین میزان کیفر در اختیار حاکم باشد، بلکه اصل جرم‌نگاری نیز در اختیار حاکم قرار گیرد. بدین معنی که وقتی شخصی عملی برخلاف متعارف و رسوم اجتماعی یا آداب شرعی انجام می‌دهد و گزارش اقدام ناروای او به نزد حاکم برده می‌شود، تشخیص اینکه اولاً عمل انجام یافته مستوجب تعزیر هست یا نه، و ثانياً تعزیر متناسب چه می‌باشد، در صلاحیت شخص حاکم است. لذا ممکن است حاکم شخصی را بی‌گناه تشخیص دهد، شخصی را مستحق ضرب تازیانه بداند و در مورد شخص دیگر، به عجز یا

توبیخ و تهدید اکتفا کند.

لذا در آنچه خارج از عنوان حدود و قصاص و دیات باشد و در حیطه تعزیرات بگنجد، اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها موقعیتی ندارد و رای و نظر حاکم، جایگزین قانون می‌گردد. طبیعی است که متصدی منصب قضا در چنین نظام قضایی، اختیارات موسعی دارد و به همین جهت، باید شخصی آگاه و متخصص باشد تا اطمینان کافی نسبت به صحت تصمیمات او وجود داشته باشد.

طرفداران این سیستم قضایی دلایل متعددی را در تشریح مصالح و آثار ارزشمند این شیوه از قضاوت، در برابر منتقدینی که وجود چنین اختیارات وسیعی را برای قضات (به ویژه در جوامع گسترده و پیچیده امروزی، به لحاظ احتمال تشتت آراء محاکم و تزلزل در ثبات اجتماعی) دور از مصلحت می‌دانند، ذکر نموده و با تمسک به عدالت و مراتب تقوای حکام که ضامن سلامت

آراء فقهاست، ایراد مذکور را مرتفع دانسته‌اند. به هر حال بررسی این ایرادات و پاسخ آنها از موضوع بحث ما خارج است زیرا از آنجا که در شرایط کنونی، مجتهد جامع‌الشرایط برای تصدی مقام قضا به تعداد کافی وجود ندارد و تفویض کامل اختیارات قضات مجتهد به قضات ماذون نیز فاقد مبنای شرعی و عقلایی است، و از طرفی اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها (به نحو مصرح در اصل سی و ششم قانون اساسی و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی) نیز اعمال مجازات

و در خصوص مجازات‌های بازدارنده هیچ قانون مستقلی که مصداق عینی از آن ارائه دهد، وجود نداشت و همین امر باعث شده بود که بعضی از شارحین تصور کنند که مقصود از مجازات‌های بازدارنده، همان مجازات‌های تنمیمی و تکمیلی مذکور در ماده ۱۹ می‌باشد. تصویب کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۵ تحت عنوان «تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده» نادرستی این تصور را آشکار ساخت. چرا که اگر مقصود از مجازات‌های بازدارنده، مجازات تکمیلی بود، ضرورتی نداشت که در کنار عنوان مجازات اصلی ذکر شود.

از طرف دیگر، کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی، تقریباً بازنویسی مجدد قانون تعزیرات سابق با اعمال تغییراتی غیراساسی بود و نه تنها مصادیق هر یک از این دو نوع مجازات در قانون اخیر تفکیک نشده بود، مجازات جدید و متفاوتی نیز در آن دیده نمی‌شد تا معلوم شود که بالاخره مجازات بازدارنده چیست و اساساً هدف از جعل چنین مجازاتی در کنار سایر اقسام مجازات‌ها چیست.

### ■ اهمیت یافتن تشخیص مفهوم و مصادیق مجازات بازدارنده

هرچند با وصف ذکر عنوان مجازات بازدارنده در قانون مجازات اسلامی، مصادیق این مجازات معلوم نبود، لکن تشخیص مصداق این نوع مجازات و تفکیک آن از مجازات‌های تعزیری نیز ثمره عملی مهمی نداشت و به همین جهت،

قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد. 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.»

این در حالی است که ماده ۱۶ همین قانون «تعزیرات» را چنین تعریف کرده است: «تعزیر، تادیب و یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است. از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق و...»

از مقایسه دو تعریف فوق و تطبیق مصادیق آنها با یکدیگر (و خصوصاً در نظر گرفتن مطالبی که فوقاً در خصوص تعزیرات گفته شد)، هیچ ویژگی جوهری و ماهوی متفاوت که مشخص‌کننده وجه تمایز دو مفهوم تعزیر و مجازات بازدارنده باشد، به

دست نمی‌آید. به طور مثال از آنجا که مجازات حبس به عنوان مصداق هر دو نوع مجازات ذکر شده، معلوم نبود که حبس، چه موقع از نوع تعزیر است و چه موقع از مصادیق مجازات بازدارنده، خصوصاً آن که کتاب‌های دوم، سوم و چهارم همین قانون به بیان احکام راجع به حدود، قصاص و دیات اختصاص یافته بود و بدین ترتیب قوانین حدود و قصاص و دیات (مصوب ۱۳۶۱) نسخ شده بود، اما احکام راجع به تعزیرات همچنان تابع مقررات قانون تعزیرات مصوب سال ۶۲ بود

«مجازات بازدارنده، تادیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد.»

خارج از حدود مقرر در قانون را تجویز نمی‌کند، اختیار تعیین مجازات‌های تعزیری به قوه قانونگذاری محول شده تا قضات ماذون در محدوده مشخصی که از سوی رکن تقنینی حکومت اسلامی (با نظارت فقهای منصوب ولی فقیه) تعیین می‌گردد، اقدام به اعمال مجازات تعزیری نمایند.

بدین ترتیب می‌توان گفت تعزیرات عبارت از مجازات‌هایی است که حکومت اسلامی (در اجرای اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها) بنا به مقتضیات خاص زمان و مکان و به منظور حفظ انتظام جامعه، تعیین می‌نماید.

### ■ اقسام مجازات‌ها در قوانین موضوعه

قبل از پیروزی انقلاب اسلامی، قانون مجازات عمومی جرایم را بر حسب میزان مجازات حبس به سه دسته جنایت، جنحه و خلاف تقسیم کرده بود. بعد از انقلاب و تصویب قانون راجع به مجازات اسلامی در تاریخ ۱۳۶۱/۷/۲۱ مجازات‌ها با اقتباس از فقه اسلامی به چهار دسته پیش گفته (حدود، قصاص، دیات و تعزیرات) تقسیم گردید. سپس بر اساس همین تقسیم‌بندی، سه قانون مجازات برای بیان احکام مربوط به هر یک از اقسام چهارگانه مذکور به تصویب رسید: قانون حدود و قصاص (در ۶۱/۶/۳۰ و ۶۱/۷/۲۰)، قانون دیات (در ۶۱/۹/۲۴)، و قانون تعزیرات (در ۶۲/۵/۱۸).

### ■ مجازات بازدارنده

در هیچ یک از قوانین فوق‌الذکر که تا زمان تصویب قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۰ معتبر بودند، عنوان «مجازات بازدارنده» به کار نرفته بود. اصطلاح مزبور اولین بار در ماده ۱ قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری ۱ و ۲ و شعب دیوان عالی کشور مصوب ۶۸/۳/۳۱ وارد ادبیات حقوقی گردید؛ هرچند قانون مزبور صرفاً به ذکر عنوان مجازات بازدارنده اکتفا نموده و تعریفی از آن ارائه نکرده بود. تا اینکه قانون مجازات اسلامی در سال ۱۳۷۰ به تصویب رسید و مجازات بازدارنده را مجدداً در زمره مجازات‌ها احصاء و آن را تعریف نمود.

مطابق ماده ۱۷ این قانون «مجازات بازدارنده، تادیب یا عقوبتی است که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در



تفکیک بین این دو نوع مجازات و جرایم مرتبط با آنها، چندان مورد توجه واقع نمی‌شود.<sup>۳</sup> تا اینکه در سال ۱۳۷۸ قانون جدید آیین دادرسی کیفری به تصویب رسید. مواد ۶، ۱۷۳ و ۱۷۴ قانون مزبور برای نخستین بار بعد از انقلاب، «مرور زمان» را به عنوان یکی از جهات توقف تعقیب مورد شناسایی قرار داد. اما اعمال مقررات مرور زمان را صرفاً مخصوص به جرایمی دانست که مجازات آنها از نوع بازدارنده باشد.<sup>۴</sup> از این زمان بود که یافتن معیار تشخیص و مصادیق مجازات بازدارنده، به منظور تشخیص جرایمی که مشمول مقررات راجع به مرور زمان هستند، به طور جدی در قانون توجه محاکم جزایی قرار گرفت.

### ■ نظریه اداره کل امور حقوقی

از آنجا که قانونگذار هیچ ضابطه قابل اتکایی برای تشخیص مصادیق هر یک از عناوین مزبور ارائه نداده بود، استفتانات زیادی از اداره کل حقوقی قوه قضائیه به عمل آمد. اداره کل مزبور در نظریات مشورتی متعدد از جمله نظریه مورخ ۸۱/۱/۱۵ اعلام نمود: «تمام جرایمی [= مجازات‌هایی] که نوع و میزان آنها توسط قانونگذار (حکومت به معنای عام کلمه) تعیین شده است نه شرع، مجازات بازدارنده است. مانند اکثر مجازات‌های مذکور در کتاب پنجم از قانون مجازات اسلامی. و این مجازات‌ها به لحاظ اینکه نوع و میزان و تعداد آنها از طرف شرع معین نگردیده است، مشمول عنوان تعزیر می‌باشند. اما مواردی در قوانین جزایی آمده است که تعیین نوع و میزان

مجازات را در اختیار حاکم گذارده است. مانند مجازات کسی که کمتر از چهار بار اقرار به زنا کند (موضوع ماده ۶۸ قانون مجازات اسلامی). این قبیل موارد فقط داخل در عنوان تعزیر می‌باشند، نه مجازات بازدارنده. بنابراین در خصوص ملاک تفکیک مجازات‌های بازدارنده از مجازات تعزیری باید گفت [رابطه] بین مجازات‌های تعزیری و بازدارنده عموم و خصوص مطلق می‌باشد. یعنی تعزیر اعم است و مجازات‌های بازدارنده اخص. به عبارت دیگر با توجه به تعریف مجازات‌های

بازدارنده در ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ اکثر مجازات‌های مذکور در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مجازات بازدارنده است... نتیجتاً اصطلاح تعزیر شامل مجازات بازدارنده هم می‌شود، لکن اصطلاح مجازات بازدارنده شامل تعزیرات شرعی نیست...»

این نظریه خصوصاً با توجه به تبصره ۱ ماده ۲ قانون جدید آیین دادرسی کیفری که برای نخستین بار، اصطلاح «تعزیرات شرعی» را - که پیش از این سابقه‌ای در قانونگذاری بعد از انقلاب نداشت - به کار برده بود، مقبول و راهگشای نمود. مطابق تبصره یاد شده «تعزیرات شرعی عبارت است از مجازاتی که در شرع مقدس اسلام برای ارتکاب فعل حرام یا ترک واجب بدون تعیین نوع و مقدار مجازات، مقرر گردیده و ترتیب آن به شرح مقرر در قانون مجازات اسلامی می‌باشد.»

چنانکه ملاحظه می‌شود تبصره مذکور با الحاق قید «شرعی» به عنوان «تعزیرات»، تعریف سابق تعزیرات را تخصیص زده است. چرا که ماده ۱۶ قانون مجازات اسلامی، تعزیر را عبارت از تادیب یا عقوبتی می‌داند که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده؛ اما مطابق این تبصره، تعزیر شرعی عبارت از مجازاتی است که - بدون تعیین نوع و مقدار - در شرع مقرر گردیده است.<sup>۵</sup> قطع نظر از اشکال و تعارضی که از لحاظ عبارت‌بندی در تعریف فوق مشاهده می‌شود، شناسایی دو قسم از تعزیرات، از آن قابل استفاده است: تعزیرات شرعی و تعزیرات حکومتی. حاصل آن که مجازات بازدارنده (تعزیرات تعیین شده از سوی حکومت)، فی‌الواقع یکی از انواع تعزیرات (به معنای عام) می‌باشد، نه قسیم سایر انواع مجازات‌های چهارگانه و مجازات مستقلی در عرض آنها. به عبارت دیگر همان‌طور که به بیان دیگری در نظریه اداره کل حقوقی قوه قضائیه آمده، تعزیرات در مفهوم خاص، عبارت از همان تعزیرات شرعی است، و در مفهوم عام، اعم از تعزیرات شرعی و مجازات‌های بازدارنده (تعزیرات تعیین شده از سوی حکومت) می‌باشد. نکته مهم و قابل توجه در این مقام اینکه با توجه به پذیرش اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها در قانون اساسی جمهوری اسلامی و ماده ۲ قانون مجازات اسلامی و بالتبیین عدم

امکان اعمال مجازات در غیر موارد منصوص قانونی، صرفاً اعمالی مستوجب تعزیر «شرعی» هستند که اولاً قانون، آنها را جرم شناخته باشد؛ ثانیاً مقنن به هنگام جرم‌انگاری آنها، با در نظر داشتن مفهوم این نوع خاص از تعزیر، به تعزیری بودن آنها تصریح نموده باشد و سایر جرایم (به قول اداره کل امور حقوقی: اکثر جرایم مذکور در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی) مصادیق بارز جرایم بازدارنده هستند. نتیجه آنکه تنها تعداد انگشت‌شماری از جرایم، مانند جرایم مذکور در مواد ۶۸، ۱۱۲، ۱۱۳، ۱۱۳، ۱۳۴ و ۱۶۲ قانون مجازات اسلامی، از مصادیق تعزیر شرعی بوده و مشمول مرور زمان نمی‌گردند.<sup>۶</sup>

اگر عملی شرعاً ممنوع و حرام باشد، مجازات مقرر برای آن عمل از نوع تعزیر خواهد بود و در صورت حرام نبودن عمل به حکم شرع، مجازات مقرر از نوع بازدارنده می‌باشد.

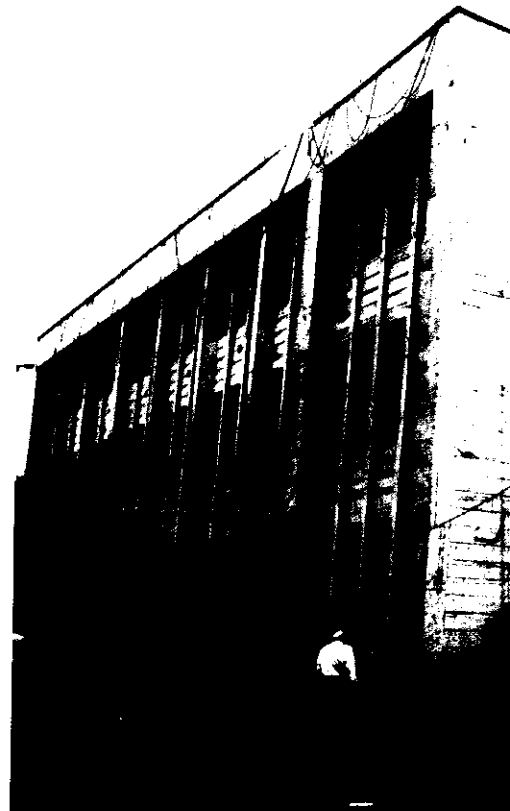
### ■ تلقی هیات عمومی دیوان عالی کشور از مفهوم مجازات بازدارنده

با توجه به مطلب پیش گفته، به نظر می‌رسد چنانچه به تفکیک فوق به خوبی توجه شود، مشکل حادی در تشخیص مصادیق جرایم مستوجب مجازات‌های تعزیری (به مفهوم خاص) و بازدارنده (تعزیرات حکومتی) پیش نمی‌آید و در موارد تردید نیز، اصل بر بازدارنده بودن مجازات‌ها می‌باشد.

اما مشکلی که به لحاظ عدم توجه به ضابطه فوق در سال‌های اخیر پدید آمده، تفسیر قابل نقدی است که هیات عمومی دیوان عالی کشور، در مقام صدور چند رای وحدت رویه<sup>۷</sup> (ظاهراً بر اساس استنباطی عجولانه از نظریه اداره کل حقوقی و بدون توجه دقیق به مفاد تبصره ۱ ماده ۲ ق.آ.د.ک) از مفهوم تعزیر به عمل آورده است. مطابق نظریه هیات عمومی، آنچه ملاک تشخیص مجازات‌های تعزیری از مجازات‌های بازدارنده است، «حرمت شرعی» عمل ارتكابی است. بدین ترتیب که اگر عملی شرعاً ممنوع و حرام باشد، مجازات مقرر برای آن عمل از نوع تعزیر خواهد بود و در صورت حرام نبودن عمل به حکم شرع، مجازات مقرر از نوع بازدارنده می‌باشد. بنابراین مجازات مقرر برای جرایمی نظیر صدور چک پرداخت نشدنی، نقض مقررات و نظامات مربوط به رانندگی، جرایم مقرر در قوانین کار (مانند خودداری کارفرما از ایمن‌سازی محیط کارگاه) و تجارت (مانند ورشکستگی به تقصیر) و... که فاقد سابقه حرمت شرعی هستند، از نوع مجازات‌های بازدارنده است.

این نظریه که به عنوان فصل‌الخطاب، مبنای صدور چند رای وحدت رویه قرار گرفته، از چند جهت محل ایراد است:

۱) حرمت شرعی، مقوله‌ای متفاوت از جرم بودن یک عمل است. و هر چند معدودی از فقها، معتقد به لزوم تعزیر مرتکبین کلیه افعال حرام هستند، لکن این نظر، در شرایط کنونی که با حاکمیت اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها، تعزیرات شرعی الزاماً باید در قانون منصوص شوند تا



قابلیت اعمال داشته باشند؛ و از طرف دیگر بسیاری از اعمال حرام نیز فاقد وصف مجرمانه هستند، عملاً قابلیت اجرا ندارد. این معنا از مفاد ماده ۱۳۸ قانون مجازات اسلامی که مقرر می‌دارد «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 و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی‌باشد، ولی عفت عمومی را جریحه‌دار نماید، فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا ۷۴ ضربه شلاق محکوم خواهد شد» به خوبی قابل استنباط است. چرا که مطابق فراز دوم این ماده، دارای کیفر مستقل نباشد. در این حالت، صرفاً در صورتی که ارتکاب آن در منظر عموم باعث جریحه‌دار شدن عفت عمومی گردد، قابل مجازات خواهد بود، والا فلا.

(۲) مطابق فتاوی از حضرت امام خمینی (ره) نقض هر یک از قوانین حاکم در نظام جمهوری اسلامی، حتی در حد عبور از چراغ قرمز راهنمایی، شرعاً حرام است. حال اگر حرمت شرعی، مبنای تشخیص تعزیر شرعی از مجازات بازدارنده باشد، باید تمام مجازات‌های مقرر در قوانین موضوعه کنونی، حتی آنهایی که هیچ سابقه شرعی ندارند، از نوع مجازات تعزیری (به مفهوم خاص) شناخته شود؛ حال آنکه به نظر نمی‌رسد چنین نتیجه‌ای مورد قبول اعضای محترم هیات عمومی دیوان عالی کشور باشد.

از طرف دیگر، جدید بودن یک امر و فقدان سابقه آن در گذشته، فی‌نفسه دلالت بر مباح بودن آن نمی‌کند. چه بسا عملی که در حالت عادی مباح است، در شرایط خاصی، شرعاً حرام اعلام شود اما به هر حال صرف نهی شارع از عملی و نیز صرف اباحه شرعی یک عمل، هیچ یک ملازمه با وجوب یا منع از جرم شناختن آن عمل توسط حکومت اسلامی ندارد و در

این مقام ملاک‌های دیگری نیز از سوی حکومت، مورد توجه قرار می‌گیرد.

(۳) اگر بالفرض (و صرفاً به منظور اثبات مدعا) بپذیریم که سابقه شرعی امری را می‌توان ملاک تشخیص تعزیر شرعی قرار داد، آنچه باید مورد بررسی قرار دهیم، سابقه مجازات آن عمل در سیره گذشتگان است، نه صرف سابقه حرمت شرعی عمل. مگر نه این است که اصل و نوع و میزان تعزیر، بالتامه در اختیار حاکم (سابقاً قاضی مجتهد و امروز قاضی مآذون در حدود تعیین شده از سوی حکومت) می‌باشد؟ حالا آیا در چنین نظامی می‌توان بین حرمت شرعی یک عمل (که اولاً و بالذات ناظر به رابطه میان عبد و خالق می‌باشد) و کیفر دنیوی آن (که تابع مصالح و منافع دنیوی از قبیل برقراری نظم در جامعه، آن هم در حدود تشخیص حاکم یا حکومت می‌باشد) ملازمه‌ای برقرار کرد؟ آیا سیره

متصدیان پیشین محاکم اسلامی بر این بوده که مرتکبین کلیه اعمال حرام را به عنوان «مجرم» تعزیر نمایند؟ و آیا بنای حکومت کنونی اسلامی بر این است که از ارتکاب کلیه اعمالی که شرعاً حرام است و مستوجب حد هم نیست، از طریق اتخاذ سیاست کیفری جلوگیری نماید؟ آیا اساساً بر حکومت کنونی فرض است که تمام اعمالی را که گذشتگان مستوجب تعزیر (به معنای عام) می‌دانستند، امروز نیز جرم بدانند و فی‌المثل عمل مذموم و حرام «خیانت در امانت» را (که سابقه اعمال مجازات درباره آن به روشنی معلوم نیست، به صرف حرام بودن) به طور همیشگی، جرم بشناسد یا اینکه حکومت این اختیار را دارد که در صورت صلاحدید اهل فن، با این عمل مذموم از طریق اعمال سیاستی دیگر نظیر تأسیس یک نظام سختگیرانه جبران خسارت، مقابله نماید؟ همان‌طور که برای جلوگیری از نقض عهد و پیمان که وفای به آن شرعاً واجب است، مجازاتی مقرر شده و صرف نقض عهد که شرعاً حرام است، از سوی حکومت جرم شناخته نشده است.

نتیجه آنکه نظریه هیات عمومی دیوان عالی کشور که فحوص از سابقه حلیت یا حرمت عمل را برای تشخیص تعزیر شرعی از مجازات بازدارنده ضروری دانسته، با مبانی قانونی سازگار به نظر نمی‌رسد و ملاک تشخیص همان است که پیش‌تر اشاره شد.

#### ■ خاتمه بحث

تدقیق در مقررات مورد بررسی، مبین این است که قانونگذار کنونی به لحاظ نگرانی از مواجهه با مخالفت فقهای محترم شورای نگهبان، در

بیان بعضی احکام قانونی که از امور مستحدث هستند، با حزم و احتیاط عمل می‌کند و به همین منظور، پاره‌ای از مقاصد خود را به نحوی بیان می‌کند که از دیدگاه شورای نگهبان مغایر شرع تشخیص داده نشود. به همین جهت است که می‌بینیم واضعان

قانون آیین دادرسی کیفری برای آنکه با مخالفت شورای نگهبان در تشریح تأسیس مرور زمان مواجه نگردند، ابتدا در تبصره ۱ ماده ۲ تعزیرات شرعی را از سایر تعزیرات تفکیک نموده و بدین ترتیب زمینه را برای امکان شمول مقررات راجع به مرور زمان بر سایر جرایم (که تقریباً نزدیک به تمام آنها را تشکیل می‌دهد) فراهم ساختند.<sup>۹</sup> سپس در مادتين ۱۷۳ و ۱۷۴ با بیان اینکه مرور زمان صرفاً موجب توقف تعقیب جرایم مشمول مجازات‌های بازدارنده می‌شود، موفق به جلب نظر موافق شورای نگهبان گردیدند. در واقع مقاومت شورای نگهبان در برابر پذیرش تأسیس مرور زمان موجب گردیده که قانونگذار، به جای بیان صریح و شفاف دیدگاه خود، آن را به گونه‌ای دیگر بیان کند. اما چنانکه دیدیم رویه قضائی کنونی، در تشخیص دیدگاه واقعی قانونگذار، هوشمندانه عمل نکرده است.

#### پی‌نوشت:

۱- و حتی قاضی مجتهد نیز مجاز به صدور حکم برخلاف قانون مصوب مجلس نمی‌باشد. (تبصره ماده ۳ ق.آ.د.م: «چنانچه قاضی مجتهد باشد و قانون را خلاف شرع بداند پرونده به شعبه دیگری جهت رسیدگی ارجاع خواهد شد.»)

۲- برای آگاهی بیشتر از چگونگی تصویب قانون تعزیرات و مباحثات جالبی که سال‌های نخست بعد از پیروزی انقلاب اسلامی در این خصوص وجود داشته به منبع ذیل که حاوی تتبع جامعی در این باره می‌باشد، رجوع فرمایید: دکتر حسین مهرپور، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی، انتشارات اطلاعات، مقاله «سرگذشت تعزیرات».

۳- حتی نحوه نگارش ماده ۷۲۶ که مقرر می‌داشت: «هرکس در جرایم تعزیری معاونت نماید حسب مورد به حداقل مجازات مقرر در قانون برای همان جرم محکوم می‌شود»، اندیشه اتحاد مفهومی مجازات‌های تعزیری و بازدارنده را تقویت می‌کرد. چرا که در صورت افتراق مفهومی این دو نوع مجازات، لازم می‌آمد که معاونین جرایم مستوجب مجازات بازدارنده، از تعقیب مصون بمانند!

۴- با تصویب این قانون نادرستی این احتمال که مجازات بازدارنده، عبارت از همان مجازات‌های تیمیمی است، بیش از پیش آشکار گردید.

۵- بنابراین گستره تعزیر شرعی (به مفهوم اخص) محدودتر از گستره تعزیرات به مفهوم عام می‌باشد.

۶- گو اینکه با توجه به اسلامی بودن حکومت جمهوری اسلامی که قوای حاکم در آن تحت نظر ولی فقیه اداره می‌شود و با توجه به اختیارات وسیع ولی فقیه، که به فرمایش حضرت امام خمینی (ره) «(اصحیقه نور، حج ۲۰، ص ۱۷۰) حتی اختیار تعطیل کردن فریضه حج و تخریب مساجد را در هنگام ضرورت دارد، مانع و رادعی نیست که موجب شود حکومت اسلامی که خود تعزیرات شرعی را جرم‌انگاری کرده، نتواند تعقیب آن را محدود به مدت معینی نماید. به هر حال بحث در این باره، از حدود این مقاله خارج و مستلزم تحقیقی جداگانه در خصوص «مرور زمان» می‌باشد.

۷- از جمله رای وحدت رویه شماره ۶۹۶ در خصوص بزه انتقال مال غیر؛ و نیز آرای که در خصوص بزه تصرف عدوانی و رشا و ارتشا صادر گردیده است.

۸- تبصره ۱ ماده ۲ قانون آیین دادرسی کیفری نیز تأکید کرده که ترتیب تعزیرات شرعی به شرح مقرر در قانون مجازات اسلامی می‌باشد و بنابراین تعزیر در خارج از حدود قانون، مفهومی ندارد.

۹- با توجه به اینکه تعزیرات، سابقاً در قانون مجازات اسلامی تعریف شده بود، به کار بردن عنوان جدید «تعزیرات شرعی» در قانون آیین دادرسی کیفری و ارائه تعریفی از آن در این قانون (که در حالت عادی، محل مناسبی برای ارائه چنین تعریفی نبود)، از اندیشه خاص تدوین‌کنندگان قانون حکایت دارد.

\* بازپرس دادرسی عمومی و انقلاب تهران