

## تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی

محسن برهانی\* - مریم نادری فرد\*\*

(تاریخ دریافت: ۹۳/۹/۴ - تاریخ پذیرش: ۹۴/۳/۸)

### چکیده

در نتیجه‌ی ایرادهای شرعی شورای نگهبان بر لایحه‌ی مجازات اسلامی، عملاً یک نوع مجازات به‌عنوان «تعزیر منصوص شرعی» وارد نظام حقوق کیفری ایران شد که بر اساس تبصره ۲ ماده ۱۱۵ از بسیاری از نهادهای موجود در قانون مستثنا گردیده است. شناخت مبانی پذیرش تعزیرات منصوص شرعی، تعداد این مجازات‌ها و سرانجام آثار پذیرش آن در قانون مجازات اسلامی و نقد رویکرد مورد پذیرش قانون‌گذار، در این مقاله مورد پیگیری قرار می‌گیرد. ورود این نوع مجازات به این شکل، دارای اثر عملی قابل توجهی نبوده و تنها بر ابهام فعالان عرصه‌ی حقوق افزوده، امکان نقض حقوق محکومان را فراهم نموده است.

واژگان کلیدی: تعزیر، تعزیر منصوص شرعی، تعزیر غیر منصوص، حد.

m.borhani@ut.ac.ir

\* استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول)

\*\* کارشناسی‌ارشد رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران

## درآمد

تعزیر، یکی از انواع مجازات‌هایی است پذیرفته شده در فقه است. بسیاری از فقیهان بر این عقیده‌اند که ترک واجبات الهی و ارتکاب هر کدام از گناهان، مستوجب تعزیر است مشروط بر این که حد شرعی نداشته باشد؛ البته کیفیت و میزان این مجازات تا حدود زیادی در اختیار قاضی قرار گرفته و ایشان بسته به شرایط خاص در اجرا و میزان آن مخیر است، البته این اختیار تام نبوده و می‌توان آن را تابعی از اصل قانونی بودن جرم و مجازات دانست. به دنبال تصویب قانون جدید مجازات اسلامی و ارسال آن به شورای نگهبان جهت انطباق مصوبه‌ی مجلس با قانون اساسی و شرع، از جمله مواردی که بخش عمده‌ای از ایرادات شورا را به خود اختصاص داد خلاف شرع بودن مواد پیشنهادی به دلیل اطلاق است که شمول تعزیرات منصوص شرعی را هم در پی داشته است؛ ایرادی که شورا در ذیل بند ۲ ماده ۷، بندهای ۱ و ۲ ماده ۸ و مواد ۲۷، ۳۸، ۳۹، ۴۴، ۴۵، ۹۱، ۹۲، ۱۰۴ و ۱۱۵ به طرح آن پرداخته است (الهام و برهانی ۱۳۹۳: ۳۰۱-۲۸۶). به عبارت دیگر شورای نگهبان شمول احکام مختلف قانونی نسبت به تعزیرات را از آنجا که واژه تعزیرات اطلاق دارد و شامل تعزیرات منصوص شرعی نیز می‌شود، خلاف شرع تشخیص داد و بر این نکته تأکید نمود که آزادی‌های تقنینی که در مورد تعزیرات قابلیت اجرا دارد و باز بودن دست قانون‌گذار در تقنین در حیطه‌ی تعزیرات، شامل تعزیرات منصوص شرعی نمی‌شود؛ بنابراین نباید اختیاراتی که برای قضات در خصوص تعزیرات وجود دارد، نسبت به تعزیرات منصوص شرعی نیز اعمال گردد.

مطلق‌گویی قانون‌گذار از یک سو و اطلاق موجود در اشکالات شورای نگهبان درباره «تعزیرات منصوص شرعی» از سوی دیگر و اکتفا به بیان عنوانی کلی و عدم تعریف این عبارت و هم‌چنین عدم استفاده از آن در سابقه‌ی تقنینی بعد از پیروزی انقلاب اسلامی تاکنون، ابهام‌هایی را برای فعالان عرصه‌ی حقوقی کشور ایجاد کرده است که تبیین این اصطلاح را بایسته می‌نماید.

در این مقاله، ابتدا بایان تعاریف مختلف لغوی، اصطلاحی و فقهی تعزیر و تفاوت آن با حدود (به عنوان مجازات مقدری که تعزیر با آن قرابت دارد) و سپس با پرداختن به انواع تعزیر در کلام فقها و تعزیرات منصوص مورد اشاره‌ی ایشان و اشاره به روایات این باب سعی بر آن شده که در حد توان این نوع از مجازات‌ها معرفی گردد؛ به عبارت دیگر مقاله حاضر درصدد پاسخگویی به سؤالات ذیل است:

اول. منظور از تعزیر منصوص شرعی مندرج در تبصره ماده ۱۱۵ و تعزیر معین شرعی مندرج

در ماده ۱۳۵ قانون مجازات اسلامی چیست و مصادیق آن کدام است؟

دوم. بی‌شک به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی در شناخت تعزیر منصوص شرعی ناگزیر از مراجعه به منابع معتبر فقهی هستیم. لیکن این سؤال مطرح می‌گردد که کدام نظریه و رویکرد فقهی بایستی در احصاء تعداد تعزیرات منصوص شرعی مورد توجه قرار گرفته و معیار انتخاب این نظریه یا رویکرد چیست؟ و آیا اساساً استفاده از اصل ۱۶۷ در این مورد می‌تواند راهگشا باشد؟

در نهایت با ارزیابی رویکرد قانون‌گذار در ایجاد این تأسیس جدید، به بررسی آثار و نتایج پذیرش این نوع از مجازات‌ها پرداخته خواهد شد.

برای ورود به بحث ابتدا ضروری است واژه‌ی تعزیر از لحاظ لغوی مورد تحلیل قرار گیرد تا بتوان به تفاوت آن با تعزیر منصوص شرعی دست یافت.

خلیل بن احمد در کتاب «العین»، تعزیر را ضرب دون الحد و النصره معنی می‌کند (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۱: ص ۳۵۱) و در کتاب «معجم مقاییس اللغة» احمد بن فارس برای تعزیر دو معنا بیان شده؛ معنای اول تعظیم و نصرت و معنای دوم ضرب دون الحد (ابن فارس ۱۴۰۴: ۳۱۱). در «تاج العروس» نیز تعزیر به معنای ضرب دون الحد دانسته شده تاجانی را از ارتکاب دوباره معصیت بازدارد (واسطی زبیدی ۱۴۰۴: ۲۱۲). در «لسان العرب» نیز تعریفی مشابه آنچه در کتاب تاج العروس آمده ذکر گردیده و نویسنده در ذیل واژه‌ی تعزیر اضافه می‌نماید که اصل در معنای تعزیر، تأدیب است و به این علت ضرب دون الحد، تعزیر نامیده می‌شود که در اصل برای ادب کردن به کار می‌رود (ابن منظور ۱۴۱۴: ۵۶۱). در «مجمع البحرین» نیز تعزیر، ضرب دون الحد معنا گردیده است (طریحی ۱۴۱۶: ۴۰۱).

راغب در مفردات می‌گوید: تعزیر یاری و نصرت همراه با احترام است و معنای دیگر آن، مجازات کمتر از حدود شرعی است. البته معنای دوم نیز به معنای اول بازمی‌گردد؛ زیرا آن‌هم تأدیب همراه با نوعی نصرت و یاری است. تفاوت این دو معنی در این است که در معنای اول با قطع آنچه او را می‌آزارد کمکش می‌کنیم و در معنی دوم با قطع آزارهای او از مردم، به کمکش می‌شتابیم (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ص ۵۶۴). از کلام راغب استفاده می‌شود که تعزیر دارای سه معنی است: نصرت و یاری رساندن، تأدیب و ضرب و معنای سوم به معنای دوم و معنای دوم به معنای اول بازمی‌گردد.

در اصطلاح نیز تعزیر، کیفر جرم‌هایی است که نص برای آن‌ها حد معین نکرده باشد و از سوی دیگر تأدیب غیر مجرم را نیز تعزیر می‌نامند مانند آن‌که پدر، فرزند خود را تأدیب کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج ۲: ص ۱۲۸۸). شیخ طوسی در آخر کتاب «أشربه» می‌نویسد: هر

کس مرتکب معصیتی گردد که حدی برای آن معین نشده، تعزیر می‌شود مثل کسی که مالی به اندازه‌ی نصاب را از محلی بدون حفاظ یا مالی کمتر از حدنصاب را از مکانی با حفاظ سرقت کند یا زنی نامحرم را بدون دخول وطی کند یا او را ببوسد، به کسی دشنام داده یا او را مورد ضرب قرار دهد. در این گونه موارد، امام او را تعزیر می‌کند (طوسی ۱۴۰۷: ۶۹).

اما آنچه پیرامون تعریف تعزیر در قوانین موضوعه قابل اشاره است، عبارت است از ماده ۱۱ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ که مقرر می‌داشت: «تعزیرات، تأدیبات 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 که بایستی از مقدار حد کمتر باشد». این ماده با تغییری جزئی در ماده ۱۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ بدین شکل درآمد: «تعزیر، تأدیبات 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 که میزان شلاق بایستی از مقدار حد کمتر باشد».

در مورد این ماده مباحث و مطالب فراوانی مطرح شده بود، مباحثی مانند این که آیا میان «تأدیبات» و «عقوبات» تفاوتی متصور است؟ آیا مقدر نبودن نوع و مقدار مجازات با اصل قانونی بودن مجازات منافاتی ندارد؟ مراد از «حاکم» قوه‌ی مجریه و یا قوه‌ی قضاییه و یا ولی امر است؟ و پرسش‌های دیگری که در نهایت، قانون‌گذار را بر آن داشت تا در ماده ۱۸ قانون جدید مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ تعزیر را به شرح زیر تعریف کند: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد یا قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی، تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود...».

در مقابل، حد در اصطلاح و تعریف فقهی عبارت است از مجازاتی که نوع و میزان آن در شرع، معین و مقدر شده باشد. با توجه به تعریف فقهی حد به مجازات مشخص شده در شرع، قلمرو حدود به جرایمی محدود می‌شود که در شریعت برای آن‌ها مجازات تعیین و تقدیر شده است، لیکن به رغم معلوم بودن قلمرو حدود در تعریف مجازات حدی، موارد و شماره آن‌ها مورد اتفاق فقها نبوده و بین تعداد حدود در آثار فقها اختلافات فاحشی دیده می‌شود، مهم‌ترین دلیل اختلاف تعداد حدود نزد فقهای شیعه بازگشت به موضوع مقاله‌ی پیش‌رو دارد: آیا تعزیرات منصوص شرعی را باید جزء حدود به حساب آورد که آنگاه موارد حدود افزایش می‌یابد، یا این که تعزیرات منصوص را نباید جزء حدود به حساب آورد که در این صورت، با مجازات‌های حدی کمتری مواجه خواهیم بود؟

بارزترین تفاوت میان حد و تعزیر بازگشت به وصف معین و غیر معین بودن آنها دارد بدین معنی که حد، مجازاتی است که نوع و میزان آن در شرع تعیین و مقدر شده، حال آنکه در مورد تعزیرات نوع و میزان به اختیار حاکم یا امام گذاشته شده است. علاوه بر این تفاوت اساسی، در حدود الهی تعطیلی راه ندارد و مجازات حدی موضوع حکم باید اجرا گردد. بر این اساس نسبت به اجرای حد الهی از سه موضوع منع شده است: عدم پذیرش کفیل در اجرای حدود الهی، عدم پذیرش شفاعت نسبت به مرتکب جرم حدی و ممنوعیت تأخیر در اجرای حدود، در حالی که در مجازات‌های تعزیری همان‌گونه که تعیین مجازات مزبور در دست حاکم است و با توجه به شرایط، اوضاع و احوال جامعه و نیز شخصیت متهم و علل و انگیزه‌های ارتکاب جرم، مجازات تعیین می‌شود در اجرای آن نیز امکان تخفیف، تعلیق و یا عفو از مجازات تعزیری تعیین شده را داشته و حتی پس از قطعیت احکام تعزیری نیز امکان برخی تخفیفات قانونی وجود دارد.

تعزیرات منصوص شرعی از نظر ماهوی در برزخ میان حدود و تعزیرات قرار گرفته است، چراکه از یک سو میزان مجازات آن‌ها برخلاف تعزیرات، در روایات تعیین شده است و از سوی دیگر اکثریت فقها به این نوع از مجازات‌ها عنوان «حد» اطلاق نموده بلکه عبارت «تعزیر منصوص» را به کار برده‌اند؛ آنچه در این پژوهش مورد توجه قرار گرفته، احصای این عناوین و بیان مستندات آن و در نهایت تأثیری است که پذیرش این نوع مجازات در نظام کیفری ایران دارد.

### الف) رویکردهای چهارگانه به تعزیرات منصوص شرعی

در خصوص تعزیرات منصوص شرعی میان اندیشمندان فقه، اتفاق نظر وجود ندارد. با تتبع در نوشته‌های ایشان، به صورت کلی می‌توان به چهار رویکرد در احصای این قسم از مجازات دست یافت.

#### ۱- دوگانه‌انگاری تعزیرات منصوص شرعی

محقق حلی و مرحوم امام در میان موارد ذکر شده به عنوان تعزیرات منصوص شرعی، تنها دو مورد را در قالب این نوع مجازات‌ها دسته‌بندی می‌نمایند.

محقق حلی در این باره می‌فرماید: «اگر شخصی کنیزی را به عقد خود در آورده و قبل از کسب اذن از همسر مسلمانش با او نزدیکی کند به میزان یک‌هشتم حد زانی (دوازده ضربه و

نصف) تعزیر خواهد شد» (محقق حلی، ۱۴۱۸: ج ۱: ص ۲۱۸). از جمله روایاتی که مستند این نظر قرار گرفته می‌توان به روایت حدیفه بن منصور از امام صادق (علیه السلام) اشاره کرد که در آن راوی بیان می‌کند از امام در مورد مردی پرسیدم که بدون اذن گرفتن از همسر مسلمانش با کنیزی ازدواج کرده است. امام فرمودند باید جدا شوند. راوی سؤال می‌کند که آیا این عمل مجازاتی هم دارد یا خیر؟ امام پاسخ می‌دهند که مرد یک‌هشتم حد زانی، مجازات می‌شود (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۵۱۱).

مصادق دیگری که محقق حلی به عنوان تعزیر منصوص مورد اشاره قرار می‌دهد، موردی است که دو شخص عریان، اعم از این که هر دو مرد بوده و یا هر دو زن باشند، زیر پوشش واحدی قرار بگیرند، ایشان در این باره می‌فرمایند: «اگر دو مرد (و یا دو زن) که عریان بوده و قرابت فامیلی میان آن‌ها وجود ندارد زیر پوشش واحدی قرار بگیرند، بین ۳۰ تا ۹۹ ضربه شلاق، تعزیر می‌شوند» (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۲۱۸ و ۲۱۹).

روایات فراوانی پیرامون مجازات دو مرد، یا دو زن که در یک بستر خوابیده‌اند، وجود دارد که بیشتر آن‌ها در باب دهم از ابواب حد زنا در کتاب وسائل الشیعه، جمع آوری شده است. نمونه‌ای از این روایات، سؤال و جوابی است بین معاویه بن عمار و امام صادق (ع): راوی این سؤال را مطرح می‌کند که حکم شرعی دو زن که در رختخواب مشترک می‌خوابند، چیست؟ امام پاسخ می‌دهند: تازیانه می‌خورند. راوی می‌پرسد: به عنوان حد شرعی؟ پاسخ می‌گیرد: خیر. راوی در ادامه می‌پرسد: اگر دو مرد این کار را انجام دهند چه حکمی دارد؟ و امام همان پاسخ را تکرار می‌کنند (حرعاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰: ص ۸۹). در حدیث دیگری عبدالرحمن بن حجاج از امام صادق (ع) روایت می‌کند: «اگر دو مرد یا دو زن عریان زیر پوششی واحد، یافت شوند هر دو حد می‌خورند» (حرعاملی، ۱۴۰۹: ۸۹).

مرحوم امام اعتقاد دارند که اگر دو مرد عریان بدون ضرورت و بدون وجود هیچ قرابتی زیر پوشش واحدی قرار بگیرند، تعزیر می‌شوند و میزان تعزیر به نظر حاکم بستگی دارد، اما در مورد دو زن عریان که بدون ضرورت و بدون وجود قرابت زیر یک پوشش قرار می‌گیرند، قائل به این هستند که احوط آن است که ۹۹ ضربه تازیانه می‌خورند (خمینی، ۱۴۲۵: ۴۷۰ و ۴۷۱).

از سوی دیگر ایشان گرچه به مسأله‌ی به زوجیت گرفتن کنیز نپرداخته‌اند، لیکن در مسأله‌ی دیگری قائل به منصوص بودن میزان مجازات هستند. ایشان در مورد نزدیکی با همسر در روز ماه مبارک رمضان و در حال روزه می‌فرمایند: «اگر کسی در روز ماه مبارک رمضان با همسرش نزدیکی کند، در حالی که خود و همسرش روزه هستند، چنانچه زوجه با وی همراهی

کرده باشد (با میل خود تن به این کار داده باشد) هر کدام از آنها می‌بایست کفاره داده و تعزیر شود و میزان تعزیر نیز ۲۵ ضربه شلاق است» (خمینی، ۱۴۲۵، ج ۲: ص ۲۹۰).

از جمله روایاتی که در باب نزدیکی با همسر در روز ماه مبارک رمضان بیان شده، می‌توان به روایت مفصل بن عمر از امام صادق (ع) اشاره نمود: «از امام صادق در مورد زن و شوهری که در حال روزه آمیزش کردند سؤال شد، امام فرمود: اگر شوهر همسرش را مجبور به این کار کرده، باید دو کفاره روزه را به‌جا آورد و ۵۰ ضربه تازیانه بر وی جاری می‌گردد و چنانچه با توافق همسرش بوده و او با میل و رضایت تن به این کار داده، هر کدام باید کفاره‌ی روزه خود را به‌جا آورده و ۲۵ ضربه تازیانه نیز می‌خورند» (حرعاملی ۱۴۰۹: ۳۷۷).

## ۲- سه‌گانه انگاری تعزیرات منصوص شرعی

اکثریت فقها اعم از متأخرین و متقدمین، در مورد تعداد تعزیرات منصوص شرعی، سه مجازات را به‌عنوان تعزیر منصوص برشمرده‌اند، اما در مصادیق آن اتفاق نظر وجود ندارد.

شهید اول در کتاب دروس، پیرامون نزدیکی با همسر در ماه مبارک رمضان و در حال روزه بیان می‌دارد که چنانچه زن با شوهرش همراهی کند یعنی با میل و رضایت خود این کار را انجام دهد به هر یک از زن و شوهر علاوه بر پرداخت کفاره، ۲۵ ضربه تازیانه نیز زده می‌شود و در صورتی که مرد، همسرش را مجبور به این کار نماید علاوه بر این که می‌بایست دو کفاره بپردازد ۵۰ ضربه تازیانه نیز تعزیر می‌گردد (عاملی ۱۴۱۷: ۲۷۶).

شهید ثانی نیز، هم در کتاب الروضة البهیة (الجبعی عاملی ۱۴۱۳: ۱۰۰) و هم در کتاب مسالک الأفهام (الجبعی عاملی ۱۴۱۳: ۳۲۶)، نظری مشابه شهید اول نقل کرده و قائل به این است که در صورت مطاوعت، هر یک ۲۵ ضربه تعزیر شده و در صورت اکراه، شوهر ۵۰ ضربه تازیانه تعزیر می‌گردد.

محقق حلی نیز در کتاب شرایع الاسلام، نظر مشابهی را برگزیده و قائل به ۲۵ تازیانه در صورت مطاوعت و ۵۰ تازیانه در صورت اکراه است (حلی ۱۴۰۸: ۲۷۵) ولی در کتاب المختصر النافع صرفاً به بیان «تعزیر می‌شوند» اکتفا کرده و میزان تعزیر را مطلق گذارده است (حلی ۱۴۱۸: ۶۷). فخرالمحققین، فرزند علامه حلی نیز در کتاب ایضاح الفوائد قائل به نظر مشابهی گردیده است یعنی در صورت اکراه ۵۰ و در صورت همراهی ۲۵ ضربه تازیانه به‌عنوان تعزیر (حلی ۱۳۷۸: ۲۲۹).

یکی از مواردی که اکثر قریب به اتفاق فقها در مورد منصوص بودن آن اتفاق نظر دارند، به

همسری گرفتن کنیز و نزدیکی با او قبل از اذن از همسر مسلمان است؛ شهید اول در کتاب دروس (عاملی ۱۴۱۷: ۲۵۶)، شهید ثانی در شرح لمعه (الجبعی العاملی ۱۴۱۰: ۱۲۴) و در مسالک (الجبعی العاملی ۱۴۱۳: ۳۲۶)، محقق حلی در المختصر النافع (حلی ۱۴۱۸: ۲۱۷) و در شرایع الاسلام (حلی ۱۴۰۸: ۱۴۶) و فخرالمحققین در ایضاح الفوائد (حلی ۱۳۷۸: ۴۱۹)، همگی قائل به این نظر هستند که در چنین صورتی، مرتکب به میزان یک‌هشتم حد زانی (۱۲ ضربه و نصف)، تعزیر می‌شود.

نکته‌ی قابل توجه آن است که مرحوم امام به این مسئله اشاره ننموده‌اند؛ اما مرحوم خویی قائل‌اند که در این مورد اظهر آن است که نسبت به مرتکب، حد کامل یعنی ۱۰۰ ضربه تازیانه اجرا شود، وی روایت وارده را به دلیل حضور احمد بن هودّه و ابراهیم بن اسحاق نهاوندی، ضعیف دانسته و این‌گونه استدلال می‌آورند که نکاح کسی که با علم به حرمت انجام چنین عملی، مرتکب آن می‌شود، باطل بوده و در صورت وقوع نزدیکی، چنین شخصی مرتکب زنا شده، بنابراین صد ضربه تازیانه به‌عنوان حد زنا بر او زده می‌شود (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱: ص ۲۹۸)، در مقابل ایشان قائل به این نظر می‌شوند که چنانچه شخصی که زن مسلمانی را به همسری خود دارد بدون اذن وی، اقدام به تزویج با زنی از اهل ذمه نموده و با علم به حرمت انجام چنین عملی با وی نزدیکی نماید به میزان یک هشتم حد زنا، مجازات خواهد شد حال اگر همسر مسلمان او به این ازدواج رضایت دهد صرفاً حد نسبت به او اجرا می‌گردد در غیر این صورت علاوه بر اجرای حد، حکم به جدایی مرد از زن اهل ذمه داده خواهد شد؛ ایشان به‌عنوان شاهد این رأی به روایت صحیحی هشام بن سالم و هم‌چنین روایت منصور بن حازم استناد می‌کنند (خویی ۱۴۲۲: ۲۹۷).

از دیگر سو، ایشان قائل به آن است که کسی که با انگشت موجب ازاله‌ی بکارت شود، ۸۰ ضربه تازیانه به‌عنوان تعزیر به وی زده خواهد شد. ایشان بیان می‌کنند که هرگاه شخصی به‌وسیله‌ی انگشت، موجب ازاله‌ی بکارت کسی غیر از همسر و یا کنیزش شود بنا بر نظر مشهور تعزیر گردیده و حد نمی‌خورد و ۸۰ ضربه تازیانه‌ای که در روایت صحیحی مستند این نظر آمده نیز حمل بر تعزیر شده است (خویی ۱۴۲۲: ۴۱۰ و ۴۱۱)؛ این در حالی است که شهید اول در لمعه (عاملی، ۱۴۱۰، ج ۱: ص ۲۵۶)، محقق حلی در شرایع (حلی ۱۴۰۸: ۱۴۵) و المختصر النافع (حلی ۱۴۱۸: ۲۱۷) و فخرالمحققین در ایضاح الفوائد (فخرالمحققین ۱۳۷۸: ۴۹۰) صرفاً قائل به پرداخت مهرالمثل هستند ولی شهید ثانی در روضه (الجبعی العاملی ۱۴۱۰: ۱۲۴ و ۱۲۵) و مسالک (الجبعی العاملی ۱۴۱۳: ۳۲۶) هرچند تعزیر را می‌پذیرند لیکن بیان می‌کنند که در میزان



تعزیر اختلاف نظر وجود دارد؛ مرحوم امام (خمینی ۱۴۲۵: ۴۶۸) و صاحب جواهر (نجفی ۱۳۷۴: ۳۷۱) نیز ضمن پذیرش تعزیر در این مورد، میزان آن را منوط به نظر حاکم می‌دانند و بیان می‌کنند که در این مسئله حاکم با نظر خود مرتکب را تعزیر می‌نماید.

روایاتی را که در این باب وارد شده‌اند می‌توان به دو گروه تقسیم کرد، اول روایاتی که قائل به تعزیر در این مسئله هستند، از جمله روایت ابن سنان از امام صادق (ع) که در آن روایت در مورد زنی که دیگری با انگشت موجب ازاله‌ی بکارت وی شده، می‌بایست مهر او پرداخت گردد و مرتکب نیز حد می‌خورد (احتمالاً حد در اینجا در معنای اعم خود یعنی مجازات به کاررفته است) (حرعاملی ۱۴۰۹: ۱۴۴). در روایت دیگر آمده است که حضرت امیر (ع) در مورد مشابهی حکم به ۸۰ تازیانه داده‌اند (حرعاملی ۱۴۰۹: ۱۴۴) و در روایت دیگری به نقل از عبدالله بن سنان نیز بیان شده که امام صادق (ع) فرمودند مهر زن پرداخت شده و مرتکب ۸۰ ضربه تازیانه می‌خورد (حرعاملی ۱۴۰۹: ۱۴۴). در دسته‌ی دوم تنها یک روایت جای می‌گیرد؛ روایتی از طلحه بن زید به نقل از امام صادق (ع) که فقط قائل به پرداخت مهر در این قضیه شده است: «اگر کسی به کنیزی تجاوز کند و موجب ازاله‌ی بکارت او شود، ضامن یک‌دهم قیمت اوست و اگر موجب ازاله‌ی بکارت زن مسلمانی گردد، می‌بایست مهر او را بپردازد» (حرعاملی ۱۴۰۹: ۱۴۵)؛ شاید به علت وجود این دودسته روایات است که فقها نیز قائل به نظرات متفاوت شده‌اند.

سومین تعزیری که قائلین به سه‌گانه‌انگاری به آن اشاره کرده‌اند، قرار گرفتن دو شخص عریان اعم از دو زن یا دو مرد، زیر پوششی واحد است؛ محقق حلی در المختصر النافع در مورد مردان نظری مشابه نظر شهیدین برگزیده و بیان می‌کند هر یک از دو مرد بین ۳۰ تا ۹۹ ضربه تعزیر می‌شود (حلی ۱۴۱۸: ۲۱۸) و در مورد دو زن صرفاً عمل آن‌ها را قابل تعزیر می‌داند (حلی ۱۴۱۸: ۲۱۹) لیکن در شرایع الاسلام ضمن تکرار موضع خود در مورد دو مرد، قائل به مجازاتی مشابه زنان شده‌اند (حلی ۱۴۰۸: ۱۴۷ و ۱۴۸). مرحوم خویی نیز در این مورد نظر مشهور را در تعزیر بین ۳۰ تا ۹۹ ضربه شلاق را انتخاب می‌کنند (خویی ۱۴۲۲: ۲۹۱ الی ۲۹۴).

### ۳- چهارگانه‌انگاری تعزیرات منصوص شرعی

شیخ طوسی، شهید ثانی بر اساس آنچه در کتاب مسالک الافهام نقل کرده، صاحب جواهر و آیت الله صافی گلپایگانی در این دسته جای می‌گیرند.

شیخ طوسی ازاله‌ی بکارت به وسیله‌ی انگشت، نزدیکی با همسر در حال روزه، به همسری

گرفتن کنیز و نزدیکی با او قبل از اذن از همسر مسلمان و قرار گرفتن دو عریان زیر پوششی واحد را، ذیل تعزیرات منصوص جای داده و این گونه بیان می کنند: هرگاه کسی با انگشت خود موجب ازاله بکارت کنیزی گردد می بایست یک دهم قیمت او را به عنوان خسارت پرداخته و بین ۳۰ تا ۹۹ ضربه شلاق نیز تعزیر می شود و اگر مجنی علیها، زن آزاد باشد می بایست مهرالمثل وی نیز پرداخت گرد (طوسی ۱۴۰۰: ۶۹۹). صاحب مسالک در این مسئله هر چند اصل تعزیر را پذیرفته ولی بایان این که در مورد میزان آن، میان اصحاب اختلاف نظر وجود دارد، اکتفا نموده و صاحب جواهر نیز ضمن پذیرش اصل تعزیر در این مورد، تعیین مقدار را بنا به نظر حاکم می داند که شرح آن در قسمت قبل گذشت.

شیخ طوسی، هم در مبسوط و هم در نهاییه در مورد هم بستر شدن با همسر در حال روزه در ماه مبارک رمضان مانند سایر فقها قائل به این است که چنانچه زن مطاوعت نموده هر یک از زن و شوهر ۲۵ ضربه تعزیر می شوند و هر یک ملزم به پرداخت کفاره عمل خود هستند و در صورتی که مرد همسر خود را به این کار اکراه کرده باشد، علاوه بر این که ۵۰ ضربه تازیانه می خورد می بایست دو کفاره نیز بپردازد (طوسی ۱۴۰۷: ۲۷۵). شهید ثانی نیز در مسالک قائل به نظر مشابهی است لیکن برخلاف شرح لمعه صرفاً بیان می دارند که شخصی که در روز ماه مبارک نزدیکی کند، ۲۵ ضربه تازیانه می خورد و تفصیلی در این زمینه بیان نمی دارند (الجبعی العاملی ۱۴۱۳: ۳۲۶) حال آن که در شرح لمعه تفصیلی را که فقها قائل به آن هستند مورد اشاره قرار می دهند (الجبعی العاملی ۱۴۱۰: ۱۰۰). آیت الله صافی علاوه بر قابل تعزیر دانستن نزدیکی با همسر در روز ماه مبارک رمضان، برای نزدیکی در حالت عادت ماهیانه نیز قائل به تعزیر منصوص بوده و می فرماید: اگر کسی با همسرش، در حالی که روزه است و یا در حال عادت ماهیانه به سر می برد نزدیکی کند، ۲۵ ضربه تازیانه تعزیر می شود (صافی ۱۴۰۴: ۸۷ و ۸۸). صاحب جواهر نیز به تبعیت از فقهای سلف قائل به همین نظر و تفصیل ذکر شده است (نجفی ۱۳۷۴: ۳۰۸). نکته‌ی قابل توجه آن که شیخ طوسی برای نزدیکی با همسر در حالت عادت ماهیانه نیز قائل به تعزیر به میزان ۲۵ تازیانه می باشند (طوسی ۱۴۰۰: ۷۳۱).

مورد سوم از منصوصات مورد قبول شیخ که مورد پذیرش شهید در مسالک و صاحب جواهر نیز است، به همسری گرفتن کنیز با وجود همسر مسلمان و نزدیکی با او قبل از کسب اجازه از همسر است. شیخ در کتاب نهاییه در این باره می فرماید: در چنین حالتی می بایست مرد و کنیز از هم جدا شده و به علاوه مرتکب (مرد) به اندازه یک هشتم حد زانی یعنی ۱۲ ضربه و نصف نیز، تعزیر می شود (طوسی ۱۴۰۰: ۷۳۱). شهید ثانی در مسالک در این مورد بیان می کنند: اگر

شخصی با کنیزی ازدواج کرده و قبل از کسب اجازه از همسر مسلمانش با او نزدیکی کند به اندازه یک هشتم حد زانی تعزیر می‌گردد (الجبعی العاملی ۱۴۱۳: ۳۲۶). صاحب جواهر ضمن نقل نظری مشابه مستند این حکم را نیز بیان کرده و به روایتی از حذیفه بن منصور و منصور بن حازم استناد می‌کند که بر اساس آن امام صادق (ع) در مورد مردی که بدون اذن همسرش کنیزی را به زوجیت خود در آورده بود، حکم به مفارقت داده و بیان نمودند که مرتکب یک هشتم حد زانی، تعزیر می‌گردد (نجفی ۱۳۷۴: ۳۷۲).

چهارمین تعزیر منصوص از نظر شیخ، شهید، صاحب جواهر و صافی گلپایگانی قرار گرفتن دو عریان زیر پوششی واحد است که شیخ هم در مورد دو زن و هم در مورد دو مرد قائل به تعزیر به میزان ۳۰ الی ۹۹ ضربه است و بیان می‌کنند: چنانچه دو زن عریان، بدون وجود نسبت فامیلی و بدون آن که ضرورتی اقتضا نماید، زیر یک پوشش قرار بگیرند هر کدام از آن‌ها بین ۳۰ تا ۹۹ ضربه، تعزیر خواهد شد که انتخاب میزان آن، با حاکم است. شیخ عقیده دارد که در مرتبه‌ی دوم تکرار چنین عملی، هر دو علاوه بر مجازات فوق تأدیب شده، در مرتبه‌ی سوم حد کامل یعنی یک صد تازیانه به آن‌ها زده خواهد شد و در مرتبه‌ی چهارم، قتل مجازات آن‌هاست (طوسی ۱۴۰۰: ۷۰۷). در مورد دو مرد نیز شیخ بیان می‌دارد که بنا به نظر حاکم هر دو بین ۳۰ تا ۹۹ ضربه تازیانه می‌خورند در مرتبه‌ی دوم به همین میزان تعزیر شده و در مرتبه‌ی سوم حد کامل اعمال خواهد شد (طوسی ۱۴۰۰: ۷۰۵).

شهید ثانی در کتاب مسالک نیز در مورد دو مرد بیان می‌کند که هر دو بین ۳۰ تا ۹۹ ضربه، تازیانه می‌خورند ولی درباره‌ی دو زن صرفاً بر ضرورت تعزیر اشاره نموده‌اند در حالی که در الروضة البهیة، میزان تعزیر را در زنان کمتر از حد می‌داند که در مبحث قبل بدان اشاره گردید (الجبعی العاملی ۱۴۱۳: ۳۸۴).

صاحب جواهر در مورد زیر پوشش قرار گرفتن دو مرد بیان می‌کند همان‌گونه که شیخ و ابن ادریس و اکثر متأخرین بیان نموده‌اند، هر یک از مرتکبین بین ۳۰ تا ۹۹ ضربه، تعزیر می‌گردند و انتخاب بین دو غایت را نیز با حاکم می‌داند (نجفی ۱۳۷۴: ۳۸۴)؛ و در مورد دو زن نیز حکم مشابهی را بیان می‌دارند و مقتضای اطلاق مجازات تعزیری کمتر از حد را، به تبع مشهور شلاق بین ۳۰ تا ۹۹ ضربه می‌دانند. هر چند در هر دو صورت، ایشان تمایل به عدم پذیرش ۳۰ ضربه در این نوع تعزیر دارند و تعیین حداقل را منوط به نظر حاکم می‌دانند (نجفی ۱۳۷۴: ۳۹۱).

تا این جا چهار تعزیر منصوص مدنظر شیخ طوسی مورد اشاره قرار گرفت لیکن صاحب

مسالک و صاحب جواهر، قرار گرفتن یک مرد و یک زن در زیرپوشش واحد را نیز جزء منصوصات می‌دانند؛ شهید در این زمینه بیان می‌دارد: اگر مرد و زن مجردی زیرپوششی واحد یافت شوند بین ۱۰ تا ۹۹ ضربه به‌عنوان تعزیر تازیانه می‌خورند (الجبعی العاملی ۱۴۱۳: ۳۲۶ و ۳۲۷).

صاحب جواهر در رابطه با تقییل، مضاجعه، معانقه و استمتاع بدون نزدیکی بیان می‌دارد که در این رابطه دودسته روایت وارد گردیده: یک دسته قائل به اعمال ۱۰۰ تازیانه است (نجفی ۱۳۷۴: ۲۸۹). دسته‌ی دوم میزان مجازات را کمتر از حد دانسته‌اند. صاحب جواهر نظر اخیر را شهر دانسته‌اند و بیان می‌دارند که تأمل در نصوص چنین اقتضا می‌کند که میزان تعزیر باید از حد کمتر بوده و حاکم مختار است لذا میزان تعزیر را ۹۹ ضربه می‌داند (نجفی ۱۳۷۴: ۲۹۰). شیخ در رابطه با این مسئله در نهاییه به بیان «واجب بودن تعزیر بر فاعل چنین عملی» اکتفا کرده (طوسی ۱۴۰۰: ۶۸۹)، در خلاف می‌نویسد که هر یک از آن‌ها صد تازیانه مجازات می‌شود (طوسی ۱۴۰۷، ج ۵: ۳۷۳) و در مبسوط بیان می‌دارد که چنانچه مرد و زن نامحرم در فراش واحد بوده و مرتکب تقییل یا معانقه شوند مجازات آن‌ها حد نبوده بلکه تعزیر می‌شوند (طوسی ۱۴۰۷: ۷).

آیت‌الله صافی در مورد دو مجرد اعم از این که دو مرد باشند و یا یک مرد و یک زن می‌فرماید: تازیانه می‌خورند و میزان تازیانه را نیز بدون تعیین حداقل، ۹۹ ضربه می‌داند؛ ایشان به‌عنوان چهارمین منصوص به مسئله دیگری اشاره کرده و بیان می‌کند اگر یک نصرانی مسلمانی را قذف کند ۸۰ ضربه به دلیل حق مسلمان و ۷۹ ضربه به دلیل حرمت اسلام به او تازیانه زده خواهد شد (صافی گلپایگانی ۱۴۰۴: ۸۸). از جمله روایات مستند این نظر می‌توان به روایتی از عباد بن صهیب به نقل از امام صادق اشاره نمود که فرموده‌اند (حرعاملی ۱۴۰۹: ۲۰۰).

#### ۴- پانزده‌گانه انگاری تعزیرات منصوص شرعی

آیت‌الله مکارم شیرازی در کتاب «تعزیر و گستره‌ی آن» پانزده مصداق را به‌عنوان تعزیرات منصوص شرعی نام‌برده و برای هر یک به روایت مختص آن استناد نموده‌اند:

۱. برده‌ای که به انسان آزادی افترا و بهتان بزند که در این باره روایتی از امام صادق مورد استناد قرار گرفته که طی آن حضرت فرمودند: «چنین شخصی مستحق هفتادونه، یا هفتادوهشت، تازیانه است» (حرعاملی ۱۴۰۹: ۱۸۴). نگارنده بعد از ذکر این روایت این‌گونه مدعی می‌شود که: «روایت مذکور مقدار تعزیر جرم‌هایی که متناسب با قذف است را معین نموده است».

۲. هر کس به مسلمان دیگری بگوید: فاجر، کافر، خبیث، فاسق، منافق و امثالهم که ۳۹ ضربه تازیانه به عنوان تعزیر به او زده خواهد شد (مکارم شیرازی ۱۳۸۲: ۱۰۲)، در اینجا روایتی از حضرت امیر مورد استناد قرار گرفته که حضرت فرمودند هر کس نسبت به برادر مسلمان خود یکی از این الفاظ را به کار برد ۳۹ ضربه شلاق خواهد خورد (نوری ۱۴۰۸: ۱۰۳).
۳. سومین موردی که تحت عنوان تعزیر منصوص شرعی مورد اشاره قرار می‌گیرد، رابطه جنسی با حیوانات (وطی بهائم) است که بنا به نظر ایشان، مرتکب به اندازه یک چهارم حد زانی، یعنی ۲۵ ضربه، تازیانه می‌خورد؛ روایت مورد استناد نیز روایتی است از امام کاظم (ع) به نقل از اسحاق بن عمار (حرعاملی ۱۴۰۹: ۳۵۷).
۴. نزدیکی با همسر در حالت عادت ماهیانه که مرتکب ۲۵ تازیانه تعزیر خواهد شد. محمد بن مسلم از امام باقر علیه السلام پرسید اگر مردی با همسر خود در حال عادت ماهیانه آمیزش کند چه حکمی دارد؟ امام فرمودند: اگر در روزهای اول عادت باشد کفاره‌اش یک دینار و در روزهای پایانی نصف دینار کفاره آن است. راوی می‌پرسد آیا مجازاتی هم دارد؟ و امام می‌فرماید: بیست و پنج تازیانه نیز می‌خورد (حرعاملی ۱۴۰۹: ۳۷۷).
۵. آمیزش جنسی در روز ماه مبارک رمضان و در حالت روزه.
۶. شخصی که دیگری را «فرزند دیوانه» بخواند. ابو مخلد سراج از امام صادق چنین نقل می‌کند: حضرت علی (ع) در مورد شخصی که دیگری را «فرزند دیوانه» خوانده بود و طرف مقابل نیز همین جمله را به وی گفته بود چنین قضاوت کرد: به شخص اول دستور داد که دیگری را بیست ضربه تازیانه بزند ضمن این که به وی گوشزد کرد همین مجازات در انتظار تو نیز است. پس از این که مجازات انجام شد، حضرت تازیانه را به شخص دوم سپرد و او نیز بیست شلاق بر بدن شخص اول نواخت (حرعاملی ۱۴۰۹: ۲۰۳).
۷. دو مردی که بدون وجود قرابت فامیلی و بدون آن که ضرورتی وجود داشته باشد در یک بستر قرار بگیرند، ۹۹ ضربه تازیانه خواهند خورد. روایت عبدالله بن سنان مستند این حکم است که تفصیلاً بدان اشاره شد (حرعاملی ۱۴۰۹: ۸۹).
۸. چنانچه مرد مسلمانی که همسر مسلمان نیز دارد بدون اجازه همسرش با زنی از اهل کتاب ازدواج کند ضمن وجوب مفارقت، یک هشتم حد زانی نیز تعزیر خواهد شد، یعنی به میزان ۱۲ ضربه و نصف (حرعاملی ۱۴۰۹: ۱۵۱).
۹. تمتعات جنسی بدون آمیزش که ۹۹ ضربه تازیانه برای مرتکب به دنبال دارد (حرعاملی ۱۴۰۹: ۱۱۳).

۱۰. موسی بجلی از امام صادق علیه السلام نقل می کند که حضرت امیر علیه السلام مرد و زن نامحرمی را در خانه ای که هیچ کس دیگر در آنجا نبود دستگیر نموده و ۹۹ یا ۹۸ تازیانه بر آن‌ها جاری کرد (حرعاملی ۱۴۰۹: ۱۱۳ و ۱۱۴).

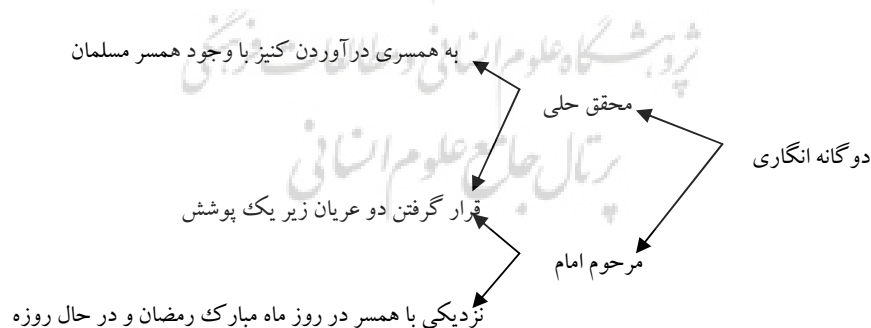
۱۱. کسی که در ماه مبارک رمضان شرب خمر نماید علاوه بر مجازات شرب خمر، ۲۰ تازیانه به دلیل زیر پا گذاشتن حرمت ماه مبارک بر وی زده خواهد شد. روایت دعائم الاسلام، روایتی از فقه الرضا و روایتی از ابراهیم بن محمد ثقفی در اینجا توسط ایشان مورد استناد قرار گرفته است (حرعاملی ۱۴۰۹: ۱۱۳ و ۱۱۴).

۱۲. شخصی که به دیگری بگوید: ای یهودی، مستحق ۲۰ ضربه تازیانه است، روایتی از پیامبر مستند این نظر قرار گرفته که طبق آن پیامبر بر شخصی که به دیگری گفته بود «ای یهودی»، ۲۰ تازیانه جاری ساختند. اگر شخصی دیگری را با جمله «یا مخنث» خطاب نماید نیز مستحق ۲۰ تازیانه است (حرعاملی ۱۴۰۹: ۱۹۵).

۱۳. کسی که در ماه رمضان بدون عذر شرعی روزه اش را افطار کند، ۳۹ تازیانه می خورد (حرعاملی ۱۴۰۹: ۱۹۵).

۱۴. چنانچه شخصی از اهل کتاب مسلمانی را قذف کند، علاوه بر حد قذف، ۷۹ ضربه شلاق نیز به عنوان تعزیر بر وی جاری می گردد (مکارم شیرازی ۱۳۸۲: ۱۰۶-۱۰۲) که ذیل نظرات آیت الله صافی نیز این مسئله به عنوان یکی از تعزیرات منصوص مورد قبول ایشان مورد اشاره قرار گرفت. روایت مورد استناد نیز روایتی است از عباد بن صهیب به نقل از امام صادق که قبلاً بدان پرداخته شده است.

می توان عمده مطالب گفته شده تا بدین جا را به صورت زیر خلاصه کرد:





و در نهایت پانزده گانه انگاری که تنها آیت الله مکارم، به آن معتقد بوده و مصادیق آن مورد اشاره قرار گرفت.

### ب) تعزیر منصوص شرعی و حقوق کیفری ایران

بعد از تبیین این اصطلاح از نظر فقهی و بیان نظریات مختلف فقها پیرامون این مسئله، شایسته است که به بررسی رویکرد قانون‌گذار در این مورد پرداخته و به پرسش‌های مطرح در این زمینه پاسخ داده شود.

با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، امکان اعمال نهادهای زیر در مورد تعزیرات منصوص منتفی است: پذیرش احکام صادره توسط محاکم خارجی (موضوع بند ب ماده ۷ و بندهای الف و ب ماده ۸)، محاسبه‌ی مدت بازداشت موقت در حکم نهایی (موضوع ماده ۲۷)، معافیت از مجازات در جرایم تعزیری درجه هفت و هشت (موضوع ماده ۳۹)، تعویق صدور حکم (موضوع ماده ۴۰)، معافیت از مجازات در صورت رعایت شرایط در مدت تعویق صدور حکم و پس از سپری شدن مدت تعویق (موضوع ماده ۴۱)، تعلیق مجازات (موضوع ماده ۴۵)، تخفیف و تعلیق و تعویق مجازات جرایم ارتكابی توسط اطفال (موضوع مواد ۹۳ و ۹۴)، مرور زمان تعقیب و صدور حکم (موضوع ماده ۱۰۵) و سرانجام تأثیر گذاری توبه در سقوط مجازات (موضوع ماده ۱۱۵). وجود مخصصی مفصل در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی نسبت به یازده ماده از قانون، منشأ ایجاد پرسش‌های متعددی است که در ادامه تلاش خواهد شد بدان‌ها پاسخ داده شود. علاوه بر این استثنائات مندرج در تبصره ماده ۱۱۵، قانون‌گذار در بحث تعدد جرم و در ماده ۱۳۵ قانون مجازات اسلامی، صورتی را در نحوه اجرای مجازات‌ها مدنظر قرار می‌دهد که تعزیر در اجرای مجازات بر حد یا قصاص مقدم می‌گردد؛ ماده ۱۳۵ مقرر می‌دارد: «در تعدد جرائم موجب حد و تعزیر و نیز جرائم موجب قصاص و تعزیر مجازات‌ها جمع و ابتدا حد یا قصاص اجرا می‌شود مگر حد یا قصاص، سالب حیات و تعزیر، حق الناس یا تعزیر معین شرعی باشد و موجب تأخیر اجرای حد نیز نشود که در این صورت ابتدا تعزیر اجرا می‌گردد». منظور از تعزیر معین شرعی همان تعزیر منصوصی است که این مقاله در پی تبیین مفهوم و آثار آن است.

#### ۱- تعزیر منصوص و طبقه‌بندی مجازات‌ها

اولین نکته‌ی حائز اهمیت، توجه به تقسیم‌بندی مجازات‌هاست. قانون‌گذار اسلامی از سال



۱۳۷۰ تقسیم‌بندی پنج‌گانه‌ای را برای مجازات‌ها در نظر گرفته بود و در ماده ۱۲ قانون مجازات اسلامی مصوب همان سال بیان می‌داشت: «مجازات‌های مقرر در این قانون پنج قسم است: ۱- حدود، ۲- قصاص، ۳- دیات، ۴- تعزیرات و ۵- مجازات‌های بازدارنده». لیکن در ماده ۱۴ قانون جدید تقسیم چهارگانه‌ای را مدنظر قرار داده و مقرر داشته است: «ماده ۱۴- مجازات‌های مقرر در این قانون چهار قسم است: الف- حد، ب- قصاص، پ- دیه، ت- تعزیر». قانون‌گذار باین معنایی گسترده از تعزیر، هم مخالفت با دستورات شرعی و هم مخالفت با مقررات حکومتی را مستوجب این قسم از مجازات دانسته و در ماده ۱۸ مقرر داشته است: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود...». اراده‌ی جدید قانون‌گذار پیرامون تعزیرات و تعریف آن، این سؤال را به دنبال دارد که آیا قانون‌گذار با تبصره ۲ ماده ۱۱۵ به تقسیم پنج‌گانه‌ی سابق بازگشت نموده است و منظور قانون‌گذار از تعزیرات منصوص شرعی همان مخالفت با دستورات شرعی است و منظور از تعزیرات غیرمنصوص شرعی، مخالفت با مقررات حکومتی یا خیر؟

شورای نگهبان در بخشی از اشکالات خود در ذیل ماده ۱۴ بیان داشته بود که «... تقسیم مجازات‌ها در این ماده باید به نحوی که در لایحه و ماده ۱۲ قانون فعلی آمده اصلاح شود» (الهام و برهانی، ۱۳۹۳، ج ۲: ص ۲۸۸). شاید این اشکال شورای نگهبان در نگاه اول بتواند قرینه بر احیاء دوباره‌ی تقسیم‌بندی پنج‌گانه باشد، اما این قرینه آن‌چنان قابل اعتناء نیست چراکه مجلس به این اشکال شورا وقعی ننهاد و ماده ۱۴ با تغییری از سوی مجلس مواجه نشد؛ بنابراین باید گفت که همان تقسیم چهارگانه مدنظر قانون‌گذار بوده است اما چهارمین قسم از مجازات‌ها یعنی تعزیرات به دودسته تقسیم می‌شود:

دسته‌ی اول. تعزیرات غیرمنصوص که در قیاس با قانون سال ۱۳۷۰ شامل دودسته مجازات‌هاست: اول. شامل بخش عمده‌ای از تعزیرات پیش از تصویب قانون است یعنی مجازات‌هایی که به تعبیر ماده ۱۶ قانون سال ۱۳۷۰: «تعزیر، تأدیب و یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است...» یعنی مجازات در مورد رفتارهایی که دارای حرمت شرعی است و جرم‌انگاری و بیان حرمت آن به دست شارع است اما تعیین میزان مجازات به نظر حاکم واگذار شده است. دوم. تمامی مجازات‌هایی که در قانون مجازات سال ۱۳۷۰ به عنوان بازدارنده مورد شناسایی قرار گرفته و خود قانون‌گذار در ماده ۱۷

این دسته مجازات‌ها را به این صورت تعریف نموده بود: «مجازات بازدارنده، تأدیب 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 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»؛ یعنی رفتارهایی که از نظر شرعی دارای حرمت نیستند بلکه حکومت آن‌ها را ممنوع اعلام کرده است.

دسته‌ی دوم. تعزیرات منصوص شرعی که شامل تعداد بسیار محدودی از تعزیرات سابق است با این تفاوت که این نوع تعزیرات هم دارای حرمت شرعی هستند و هم میزان مجازات آن‌ها در شرع تعیین شده است که چنانچه گذشت تعداد آن‌ها متغیر بوده و از دو تا پانزده عنوان است.

## ۲- قانون مجازات اسلامی و تعداد تعزیرات منصوص

قانون‌گذار بدون تعریف تعزیرات منصوص شرعی و هم‌چنین بدون احصای تعداد این تعزیرات، به منظور برطرف نمودن اشکال شورای نگهبان، این اصطلاح را در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ و نیز ماده ۱۳۵ وارد کرده و به مبهم بودن این اصطلاح و اختلاف نظر فقها در احصای تعداد این تعزیرات توجه نمود. این مسئله ما را با پرسشی مهم‌تر مواجه می‌کند و آن اینکه: برای شناخت این مجازات‌ها و تعداد آن‌ها باید به کدامین مرجع مراجعه نماییم؟

تعزیر منصوص شرعی بی‌شک اصطلاحی فقهی است که توسط قانون‌گذار وارد قانون گردیده است و با توجه به ابهام قانون و به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای تعریف و شناخت تعداد آن ناچار از مراجعه به فقه هستیم اما همچنان یک اشکال باقی می‌ماند و آن عبارت است از این که به کدام دیدگاه فقهی باید مراجعه نمود و از کدام دیدگاه فقهی باید تبعیت کرد؟

شورای نگهبان در یکی از اشکالاتی که بر قانون مجازات وارد آورده است برای تعزیرات منصوص شرعی مثالی را ذکر کرده و بیان داشته: «اطلاق ماده ۳۸ نسبت به تعزیرات منصوص مانند مجازات تعزیری "روزه‌خواری"، خلاف موازین شرع شناخته شد» (الهام و برهانی ۱۳۹۳: ۲۹۷). با توجه به آنچه در مباحث قبل مورد اشاره قرار گرفت، مشخص گردید که تعزیر روزه‌خواری عمدی در ماه مبارک رمضان به عنوان تعزیری مقدر، تنها در یک نظر شاذ فقهی مورد پذیرش واقع شده است. حال نسبت میان دستگاه قضایی و برداشت فقهی شورای نگهبان چیست؟ آیا چون شورای نگهبان آن نظر فقهی موسّع در فهم تعزیر منصوص شرعی را

مورد قبول قرار داده، تمامی دادرسان نیز مکلف به پذیرش چنین دیدگاهی هستند؟ در حال به نظر می‌رسد که قانون‌گذار عبارتی فقهی و مطلق را در قانون وارد کرده و هیچ الزام قانونی جهت تبعیت دادرسان از رویکرد فقهی شورای نگهبان وجود ندارد. باین وجود آنچه مسلم است، اصطلاحی فقهی در قانون ذکر شده است بدون آن که مفهوم و مصادیق آن تعریف و مشخص شده باشد؛ به عبارت دیگر موضوع مقاله یعنی «تعزیرات منصوص شرعی» از مصادیق بارز «اجمال قانون» به شمار می‌رود؛ اصطلاحی در متن قانون ذکر گردیده بدون آن که ابعاد آن روشن باشد. در این مورد مانند سایر مواردی که ارجاع به اصل ۱۶۷ قانون اساسی موضوعیت پیدا می‌کند، با مشکل خاصی مواجه هستیم؛ چراکه از یک سو قانون اساسی طبق اصل ۱۶۷ در صورت نقص، سکوت، اجمال و تعارض قوانین، قضات را مکلف به مراجعه به منابع و فتاوی معتبر فقهی نموده است.<sup>۱</sup> دادرس می‌بایست به تعیین تکلیف این مهم همت گمارد و مشخص کند که در چنین موقعیتی کدامین رویکرد فقهی در فهم این اصطلاح فقهی و احصاء تعداد آن ما را یاری می‌نماید و معیار انتخاب این رویکرد فقهی چه می‌تواند باشد؟ در واقع باید مشخص نمود که به کدام دیدگاه فقهی می‌توان مراجعه کرد و ملاک انتخاب آن دیدگاه چیست؟ از سوی دیگر - چنانچه ملاحظه شد - مراجعه به فتاوی و منابع معتبر هم این اجمال را رفع نمی‌کند، چراکه در این مرحله نیز شاهد وجود اختلاف نظر فقهی میان فقها هستیم.

برای برون‌رفت از این معضل، دو راهکار قابل طرح است:

راهکار اول اینکه دادرس با معیاری شخصی به سراغ این اصل ۱۶۷ قانون اساسی رود و حکم شرعی فعلیت یافته برای هر مکلفی را بر اساس نظر مقلد وی یافته و بر اساس آن اقدام به صدور رأی نماید؛ یعنی از شخص پرسیده شود که از کدام یک از مراجع عظام، تقلید می‌نماید و بر اساس نظر آن فقیه خاص، در مورد اینکه رفتار وی مستوجب تعزیر منصوص شرعی بوده است یا خیر، اظهار نظر نماید.

۱. در مورد استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و نحوه جمع این اصل با اصل ۳۶ بحث‌های گسترده‌ای وجود دارد. هر چند در مورد نحوه جمع این دو اصل نظرات مختلفی مطرح گردیده (ر.ک کوشا و هاشمی ۱۳۸۰: ۹۶-۶۹) خاصه اینکه آیا اصل ۱۶۷ قانون اساسی در پی جرم‌انگاری رفتاری است که در قانون جرم‌انگاری نشده و مجازاتی برای آن تعیین نگردیده است یا فقط یافتن مجازات رفتاری را در برمی‌گیرد که در فقه جرم‌انگاری گردیده است، محل اختلاف نظر جدی میان نویسندگان است، لیکن به نظر می‌رسد در موضوع بحث ما هیچ اختلاف نظری میان نویسندگان حقوقی وجود ندارد چراکه محل بحث مقاله، موضوعی است که در قانون به صراحت مورد پذیرش قرار گرفته است و همگی بر این امر واقفیم که این عبارت مبهم، دارای منشأ شرعی-فقهی است و اساساً ورود آن به قانون در پی رفع دغدغه‌های شورای نگهبان بوده است؛ بنابراین برای رفع ابهام از تأسیس فقهی مبهمی که در قانون مورد پذیرش قرار گرفته است، باید به فقه مراجعه کرد. این امر ظاهراً مورد اتفاق نظر نویسندگان حقوقی است (اردبیلی ۱۳۸۷: ۱۴۲-۱۴۱).

راهکار دوم آن است که با استفاده از اصول تفسیری حقوق کیفری، رویکرد حداقلی به تعزیرات منصوص شرعی را مورد قبول قرار داده و بر این امر اکتفا کنیم که این عنوان، تنها دو رفتار مجرمانه را در برمی گیرد (رویکرد دوگانه‌انگاری) و بقیه موارد داخل در عنوان تعزیر منصوص شرعی نبوده و ذیل عنوان تعزیر غیرمنصوص قرار می‌گیرد.

به نظر می‌رسد که رویکرد دوم به دلایل زیر بایستی مورد قبول واقع شود:

اولاً، بسیاری از مراجع و فقها، اساساً در نوشته‌های فقهی و استفتائات خود در مورد تعزیرات منصوص و تعداد این تعزیرات سخنی به میان نیاورده‌اند و حتی برخی از بزرگان تمایلی به ورود به عرصه‌های حقوق کیفری ندارند و این موضوعات را اموری حکومتی می‌دانند. ارجاع به نظر فقیه موجود، ارجاع امر مبهم به امری مجهول است که نمی‌تواند مشکل فعلیت یافته در پرونده‌های کیفری را حل نماید.

ثانیاً، نمی‌توان چنین تأسیسی را منوط به اختلاف نظرهای مختلف نمود، زیرا چنانچه گذشت تأسیسات مختلف حقوقی در قانون جدید در مورد تعزیرات منصوص شرعی کاربردی ندارند و گستردگی این تأسیسات و آثار آن در چنین امر مهمی منشأ تشّت آرای گسترده و سردرگمی محاکم و شهروندان خواهد شد؛ بنابراین باید رویه‌ی واحدی در شناخت و احصای این تعزیرات، مورد قبول قرار داد.

### نتیجه گیری

در پایان، با پرسشی مهم و قابل تأمل و درعین حال انتقادآمیز مواجه می‌شویم:

آیا رویکرد قانون‌گذار در این خصوص قابل قبول است؟ و آیا این تعداد تعزیر منصوص شرعی به چنان درجه‌ای از اهمیت بود که یازده اشکال از مجموع اشکالات شورای نگهبان را به خود اختصاص دهد؟ و آیا قانون‌گذار برای رفع اشکالات شورای نگهبان مسیر معقولی را در پیش گرفت؟

وقتی در سال‌های متمادی بعد از پیروزی انقلاب اسلامی در هیچ‌یک از قوانین کیفری خبری از تعزیر منصوص شرعی نبوده و درعین حال، تأسیساتی مانند تعلیق، تخفیف، آزادی مشروط و سایر نهادهای مناسب به حال متهم و محکوم نیز بدون طرح هیچ اشکالی نه از سوی شورای نگهبان و نه از سوی سایر فقهای متقدم، به تمامی تعزیرات تسری یافته بود، چه مشکلی پدیدار گشت که به یک‌باره شورای نگهبان متوجه این خلأ آشکار در قانون گردیده و به دنبال آن اشکالات متعدد به قانون وارد نموده است. این رویکرد شورای نگهبان قابل انتقاد است و

دغدغه‌ی شورا و اشکالات متعدد این نهاد به مصوبه‌ی مجلس براساس ایراد مزبور، چندان قابل درک نیست چراکه از یک سو تعداد این تعزیرات محدود و اندک است و از سوی دیگر اساساً مصادیق قطعی مورد اتفاق فقها یا موضوعیتی در جامعه‌ی فعلی ندارد و یا پیش‌ازاین قانون‌گذار جمهوری اسلامی در مورد آن‌ها، حکم روشنی را بیان نموده بود.

از سوی دیگر بی‌شک پذیرش تعزیر منصوص شرعی بدین شکل، رویکردی صحیح در عرصه‌ی قانون‌گذاری به شمار نمی‌رود، چراکه ابهام قانونی را به دنبال داشته و ابهام‌سازی در قانون صحیح نیست. قانون‌گذار می‌توانست در ذیل بحث "مواد عمومی" در بخش حدود یا تعزیرات، ماده‌ای ذکر نماید و در متن آن جرایم خاصی را احصا کند (و تنها به‌عنوان کلی تعزیرات منصوص اکتفا ننماید) و تصریح نماید که این جرایم خاص، از نظر حکم تابع مجازات‌های مستوجب حد هستند و قاضی اختیاری در تغییر و عدم اجرای آن‌ها ندارد. مثلاً در ذیل ماده ۲۱۹ قانون مجازات اسلامی که بیان می‌دارد: «دادگاه نمی‌تواند کیفیت، نوع و میزان حدود شرعی را تغییر یا مجازات را تقلیل دهد یا تبدیل یا ساقط نماید. این مجازات‌ها تنها از طریق توبه و عفو به کیفیت مقرر در این قانون قابل سقوط، تقلیل یا تبدیل است» به‌عنوان مجرمانه خاصی اشاره می‌نمود. این امر به معنای افزایش تعداد مجازات‌های مستوجب حد نبوده و نیست؛ قانون‌گذار دغدغه‌ی عدم تسری اختیارات مندرج در تعزیرات را به تعزیرات منصوص شرعی داشته است. ضمن انتقاد به این دغدغه که در بالا بدان اشاره شد، با این راه‌حل، حداقل از معضل عدم تعیین این‌گونه مجازات‌ها می‌توانست پرهیز نماید و در عین حال اختیار قضات را در مورد جرایمی خاص، محدود نماید.

نهایت آن‌که با توجه به مصادیق مورد اشاره‌ی فقها ذیل عنوان تعزیر منصوص شرعی و تحلیل و مقایسه‌ی آن‌ها با مواد موجود در قانون مجازات اسلامی، به نتایج مهمی می‌توان دست‌یافت: یکی از تعزیرات منصوص که در اکثر رویکردها مورد اشاره قرار گرفته است، جرم «به همسری در آوردن کنیز با وجود همسر مسلمان» است که اساساً چنین جرمی در ایران امروز، موضوعیت ندارد چراکه کنیز، وجود خارجی ندارد. جرم «قرار گرفتن زن و مرد عریان زیر یک پوشش» از مصادیق ماده ۶۳۷ بخش تعزیرات است که مقرر می‌دارد: «هرگاه زن و مردی که بین آن‌ها علقه زوجیت نباشد، مرتکب روابط نامشروع یا عمل منافی عفت غیر از زنا از قبیل تقبیل یا مضاجعه شوند، به شلاق تا ۹۹ ضربه محکوم خواهند شد...». قرار گرفتن دو مرد زیر یک پوشش که تا پیش‌ازاین با خلأ قانونی مواجه بود در قانون جدید مشمول ماده ۲۳۷ قرار می‌گیرد که مقرر می‌دارد: «هم‌جنس‌گرایی انسان مذکر در غیر از لواط و تفخیز از قبیل تقبیل و

ملامسه از روی شهوت، موجب ۳۱ تا ۷۴ ضربه شلاق تعزیری درجه شش است». قذف مسلمان توسط شخص نصرانی نیز که تنها توسط یک نفر از فقها به عنوان تعزیر منصوص شناخته شده است با توجه به اطلاعات و عموماً موجود در مواد ۲۴۵ به بعد قانون مجازات اسلامی قابلیت مجازات را دارد. ذکر عنوانی مبهم که واگذار کردن شناخت مصادیق به افراد و محاکم، تنها سردرگمی سیستم قضایی را در پی خواهد داشت.

با توجه به مطالب فوق، اگر از دیدگاه شاذ چهارده گانه انگاری که تنها توسط یکی از فقهای معاصر مطرح شده است، با توجه به شهرت فقها و نیز لزوم تفسیر قوانین کیفری به صورت مضیق، چشم پوشی شود، تنها سه عنوان مجرمانه باقی می ماند که شامل:

۱- به همسری در آوردن اهل ذمه با وجود همسر مسلمان که تنها یک نفر از فقها آن را تعزیر منصوص دانسته است.

۲- از آلهی بکارت که در این صورت نیز اگر مرتکب مرد باشد با ماده ۶۳۷ تعزیرات قابل مجازات خواهد بود.

۳- نزدیکی با همسر در روز ماه مبارک رمضان در حال روزه.

اگر قانون گذار برای جرم انگاری این مصادیق نادر، ضرورتی احساس می نمود، بهتر بود به جای تحمیل ابهام به قانون و ایجاد مخصصی منفصل و مبهم و اختلاف برانگیز، به جرم انگاری مستقل این مصادیق سه گانه، در قانون مجازات اسلامی می پرداخت (کما این که در ماده ۲۲۲ به جرم انگاری رفتاری نادر، مبادرت نمود) و سپس در مورد آنها، اختیارات قاضی و نظام قضایی را محدود و بر الزامی بودن اجرای مجازات در این مصادیق خاص تأکید می کرد و بدین طریق از ابهام زایی احتراز می نمود. هر چند که جای این نقد کماکان باقی است که اساساً قانون گذار با ورود مصادیق نادری که عملاً کالعدم هستند به دنبال چه هدف یا اهدافی در تقنین است؟

با توجه به مطالب فوق و شناخت مصادیق تعزیرات منصوص شرعی از نظر فقهی، امید است که قضات محترم با تفسیری گسترده به توسعهی حیطهی این نوع از تعزیرات نپردازند و این تأسیس جدید را به صورت محدود، فهم نمایند چرا که توسعه مفهومی این نهاد، منجر به محرومیت محکومان از بسیاری از نهادهای ارفاقی شده و علاوه بر مشکلات عملی، خالی از محذور شرعی نخواهد بود.

## منابع

- ابن فارس، احمد (۱۴۰۴ ه ق)، معجم مقاییس اللغه، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ اول.
- ابن مطهر (علامه حلی) (۱۴۱۳ ه ق)، حسین بن یوسف، قواعد الاحکام، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۷)، حقوق جزای عمومی، نشر میزان، چاپ نوزدهم.
- اصفهانی، راغب (۱۴۱۲ ه ق)، مفردات الفاظ القرآن، دار العلم الشامیه، چاپ اول.
- الهام، غلامحسین و محسن برهانی (۱۳۹۲)، درآمدی بر حقوق جزای عمومی، نشر میزان، چاپ اول.
- الجبجعی العاملی (شهید ثانی) (۱۴۱۰ ه ق)، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، کتاب فروشی داوری.
- الجبجعی العاملی (شهید ثانی) (۱۴۱۳ ه ق)، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام، موسسه معارف اسلامی، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی (۱۳۸۱)، محمدجعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، نشر گنج دانش، چاپ دوم.
- حاجی ده آبادی، احمد (۱۳۸۹)، قواعد فقه جزایی، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، چاپ دوم.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ ه ق)، وسائل الشیعة، موسسه آل البيت، چاپ اول.
- حلی (فخرالمحققین) (۱۳۸۷ ه ق)، محمد بن حسن، ایضاح الفوائد، موسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- حلی (محقق حلی) (۱۴۰۸ ه ق)، محمد بن حسن، شرایع الإسلام، موسسه اسماعیلیان، چاپ اول.
- حلی (محقق حلی) (۱۴۱۸ ه ق)، محمد بن حسن، مختصر النافع، موسسه المطبوعات الدینیة، چاپ اول.
- خمینی، سید روح الله (۱۴۲۵ ه ق)، تحریر الوسیلة، دارالعلم، چاپ اول.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ ه ق)، مبانئ تکملة المنهاج، موسسه احیاء آثار الامام الخویی، چاپ اول.
- صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۰۴ ه ق)، التعزیر انواعه و ملحقاته، موسسه النشر الإسلامی، چاپ اول.

- طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ ه ق)، مجمع البحرین، کتاب فروشی مرتضوی، چاپ اول.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ه ق)، الخلاف، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ ه ق)، المبسوط، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چاپ اول.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ ه ق)، النهایة، دار الكتاب العربی، چاپ اول.
- عاملی (شهید اول) (۱۴۱۷ ه ق)، محمد بن مکی، الدروس، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- عاملی (شهید اول) (۱۴۱۰ ه ق)، محمد بن مکی، اللعنة الدمشقیة، دار التراث، چاپ اول.
- فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ ه ق)، العین، نشر هجرت، چاپ اول.
- کوشا، جعفر و سید حسین هاشمی (۱۳۸۰)، «بررسی تعارض اصل ۱۶۷ قانون اساسی با اصل قانونی بودن جرایم و مجازات‌ها»، نامه مفید، شماره بیست و ششم، تابستان.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲)، تعزیر و گستره آن، انتشارات مدرسه الإمام علی، چاپ اول.
- نجفی، محمدحسن (۱۳۷۴)، جواهر الکلام، دار الکتب الإسلامیة، چاپ چهارم.
- نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ ه ق)، مستدرک الوسائل، مؤسسة آل البيت، چاپ اول.
- واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی، تاج العروس (۱۴۱۴ ه ق)، دار الفکر للطباعة و النشر و التوزیع، چاپ اول.