

ضرورت رنی و اصولی تقنین مجازات های بازدارنده در قانون مجازات اسلامی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۲/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۹/۰۵/۱۲)

دکتر کیوان مرادی زاده

چکیده

در قانون به منظور حفظ نظم و امنیت جامعه و حقوق مردم در اجتماع یک سری قوانین و مقررات معین شده است که در صورت عدم رعایت این قوانین و ضوابط و نیز تخطی از آن ها برای فرد متخلف مجازات در نظر گرفته شده است. یکی از این مجازات ها، مجازات های بازدارنده است. مجازات بازدارنده به مجازاتی گفته می شود که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و امنیت اجتماع در برابر تخلف از قوانین و مقررات تعیین می شود. این مجازات ها عبارتند از حبس و جزای نقدی، تعطیل محل کسب و لغو پروانه کار و مجازات تعزیری در مورد جرائم و اعمال خلافی اجرا می شود که در فقه به عنوان عمل و کار حرام مستوجب عقوبت شرعی و در واقع دارای ریشه و سوابق فقهی هستند. به این نوع مجازات ها که نوع و میزان و کیفیت آن ها در دین اسلام پیش بینی نشده است و تعیین مقدار و کیفیت مجازات به نظر قاضی رسیدگی کننده به پرونده بستگی دارد تعزیرات می گویند. جرائمی از قبیل هتک حرمت و حیثیت، خیانت در امانت و ... از جمله جرائم تعزیری محسوب می شوند. در این مقاله قصد داریم ضرورت رکنی و اصولی قانون گذاری در راستای مجازات های بازدارنده در قانون مجازات اسلامی را مورد مذاقه و بررسی قرار دهیم.

واژگان کلیدی: مجازات بازدارنده، تعزیر، جرایم تعزیری، حدود، مجازات مجرم، قانون

گذاری

بخش اول: بررسی و شناخت وجوه افتراق تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده

تعزیرات شرعی مجازات‌هایی است که برای خاطیان و متخلفان از قوانین شرعی مانند ترک واجبات و ارتکاب محرمات به اجرا درمی‌آیند. مجازات های بازدارنده قسمی از تعزیرات هستند که در اصطلاح تعزیرات حکومتی خوانده می‌شوند. از این دسته تعزیرات در فقه اهل سنت با عناوینی نظیر «احکام ولایی» و «احکام السلطانیه» یاد می‌شود. مع هذا این تعزیرات با تعزیرات شرعی به مفهومی که فقه شیعه می‌شناسد تفاوت‌هایی دارد. تمایزات میان تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده را می‌توان بصورت خلاصه به موارد زیر محدود نمود:

«۱- تعزیرات شرعی در قبال تجاوز به ارزش های دینی و احکام شرعی است در حالیکه موجبات اعمال مجازات بازدارنده تخطی از قوانین و احکام حکومتی است.

۲- جرائم موجب تعزیرات حکومتی همیشه یک اقدام ضد اجتماعی است که علیه مصالح و منافع عمومی انجام می‌گیرد در صورتی که جرائم مستوجب تعزیرات شرعی ممکن است مستقیماً

مصلحت های اجتماعی را هدف قرار نداده و اخلال در منافع جامعه را در پی نداشته باشد.

۲- در تعزیرات حکومتی جرم یک پدیده ضداجتماعی است بر این اساس و به تبع آن واکنش جزایی نیز یک اقدام اجتماعی محسوب می‌گردد بنحوی که مجازات بازدارنده برآیند متوازی است از توقعات و انتظارات جامعه، تأمین مصالح عمومی، ترمیم صدمات حاصل از جرم پاسخ معقولی است به تنفر و انزجاری که در جامعه از جرم برخاسته است.

۳- در تعزیرات شرعی اگرچه جبران صدمات و خسارات وارد به جامعه فقط در مواردی خاص ممکن است یکی از معیارهای گزینش عکس العمل مناسب باشد اما ملاک اساسی و اولی در انتخاب تعزیر شرعی توجه به موقعیت بزهکار و آینده اوست. و از این رو تعزیر همیشه یک واکنش اجتماعی قلمداد نمی‌شود.

۴- منشأ جرم انگاشتن رفتارها در تعزیرات حکومتی قوانین مصوب مراجع ذیصلاح (مانند مجلس شورای اسلامی) است در حالیکه جواز مشروعیت اجرای تعزیرات شرعی متوقف بر قانونگذاری و تصویب مراجع رسمی مانند مجلس نبوده و در موارد سکوت قانونگذار تصریح به

جرم بودن عمل در شرع کفایت می نماید.

منافع اجتماعی را متوقف بر ونع خاصی از واکنش های تعزیری (مثلاً حبس یا شلاق) نموده و از جهت حداقل میزان ضروری را به نحوی تعیین نماید که امکان عدول از آن با تمسک به واکنش های خفیف تر منتفی گردد.

۵- حکومت می تواند تکوین جرم و یا تحقق حق اجرای «مجازات بازدارنده» را به شرایط خاصی منوط سازد. برای مثال قانونگذار ممکن است «مرور زمان» را در هر دو مرحله دخالت داده جرم شناختن امری را مشروط به عدم گذشت مدت زمان مشخصی کند و یا تعقیب جزایی و اعمال تعزیر را مقید به قیودات زمانی خاصی نماید و به همین دلیل مرور زمان پیش بینی شده در قانون چک که از مصادیق احکام حکومتی است هیچ ادعایی را بر تعارض آن با احکام شرعی بر نیانگیخته است. در تعزیرات شرعی اگرچه آثار مرور زمان ممکن است در چگونگی انتخاب تدبیر مقتضی نقش یابد اما «گذشت ایام» فی نفسه در سلب وصف مجرمانه و یا سقوط واکنش بدون اثر است.

۷- تعزیرات حکومتی حق الناس بوده و آثار مترتب بر آن را خواهد داشت در صورتی که تعزیرات شرعی ممکن است حق الله یا حق الناس باشد.

بخش دوم: بررسی و شناخت فقه جزایی و حقوق کیفری اسلامی

در بادی امر به نظر می رسد با تبیین تفاوت های میان «فقه اسلامی» و «حقوق کیفری اسلامی» بتوان وجوه تمایز میان تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده را با بینش عمیق تری درک نمود. تعریفی که از فقه شیعه ارائه می شود این است:

«فقه در لغت به معنای فهم است و در اصطلاح علم به احکام شرعی فرعی از ادله تفصیلی آن هاست.»^۲ این در حالی است که حقوق کیفری اسلامی با دو پیش فرض اساسی توضیح داده می شود:

اول: احکام اسلامی تابع مصالح و مفاسد واقعی بشر است.

۶- در مجازات های بازدارنده قانونگذار می تواند با هدف تأمین مصالح عمومی وسعت اختیارات دادرسان را با محدودیت هایی مواجه سازد بطوری که صیانت از

^۱ رک به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۶۲۸ قانون مجازات اسلامی

^۲ شهید اول، القواعد والفوائد، ج ۱، ص ۳۰

دوم: مصالح و مفساد واقعی بشر خود دو گونه است؛ یک قسم مصالح و مفساد همیشگی، و قسم دیگر مصالح و مفساد متغیر و تحول پذیر.^۱ مصالح همیشگی نیز به پنج مورد خاص محدود می شود: حفظ دین، حفظ عقل، حفظ نسل، حفظ نفس و حفظ مال. این اهداف، اهداف متعالی و اصلی دین اسلام هستند. بر این اساس تعریفی که اندیشمندان از حقوق کیفری اسلام بیان می کنند اینگونه است: «حقوق جزای اسلامی یک سلسله قواعد و ضوابطی است که بموجب آنها جرائم و جنایات و معاصی کبیره، و اعمال مخالف نظم و امنیت و عدالت اجتماعی تشخیص و میزان و نوع مجازات آن نیز معین می گردد، و در مواردی تعیین میزان آن بعهده حاکم شرع و ولی فقیه محول می شود.»^۲ به نظر می رسد فقه شیعه در مقاطع عمده تاریخ خود بیشتر تابع مصالح و مفساد ثابت بوده است تا متغیر. بدین معنی که دوری از حکومت و قدرت، عملاً فقه شیعه را از ورود به آن بخش از

قلمروی مصالح و مفسادی که جنبه متغیر دارند و مقتضیات زمان و مکان در موضوعات آن ها اثرگذار است محروم ساخته است. به اعتقاد اندیشمندان فقه شیعه: «فقه اسلامی در معنای متداول آن، متضمن احکام حکومتی و قضایی نیست، در حالی که این دو قسم احکام نیز تشکیل دهنده بخشی از «مفهوم حقوق کیفری اسلامی» است؛ و اتفاقاً شاید بتوان گفت که بخش عمده ای از آن را هم در برمی گیرند.»^۳ آنچه از بررسی تاریخی این مقوله به چشم می خورد این است که حقوق جزای اسلامی در ایران تا پیش از انقلاب اسلامی، بیشتر در محدوده حدود و قصاص خود را وامدار فقه شیعه می دانسته و در حوزه احکام حکومتی، مجموعه نهادهایی در کنار یکدیگر فعالیت می کرده اند که گاه متأثر از احکام کلی فقهی بوده و گاه به شکلی کاملاً خودسرانه به وضع و اجرای قوانین جزایی می پرداخته اند. به عنوان مثال منصب محتسب در حقوق کیفری ایران بعد از اسلام به شخصیتی اطلاق می شد که وظیفه اش اعمال وظیفه دینی امر به معروف و نهی از منکر بود. بر این اساس و

^۱ رضایی، حسن، نقش مقتضیات زمان و مکان در حقوق کیفری اسلامی، نشریه پژوهشی دانشگاه امام صادق، زمستان ۱۳۷۷، ش ۸

^۲ فیض، علیرضا، تطبیق و مقارنه در حقوق جزای عمومی اسلام، جلد اول، ص ۵۶

^۳ همان، درشت نمایی توسط نگارنده انجام شده است.

تشکیلات دیوانی از عهد صفویه به عنوان سنتی رایج در نظام حقوقی ایران درآمد. رسیدگی به جرائم بر عهده محاکم عرف بود که زیر نظر پادشاه عمل می کردند. قضاوت در محاکم عرفی عمدتاً مبتنی بر دستورها، فرامین قضایی زمامداران و آداب و رسوم حاکم بود.^۴ معهداً پادشاهان تا حدود زیادی در این زمینه خودسرانه عمل می کردند. اصل تفکیک صلاحیت های عرفی از صلاحیت های شرعی در طول سلطنت قاجاریان همانند عصر صفوی، ادامه داشت و حتی در قانون اساسی مشروطیت نیز انتقال یافت.^۵ اما بدیهی است که هیچ یک از این نهادها در اعمال وظایف و محدوده صلاحیت، خود را ملتزم و تابع فقه شیعه قلمداد نکرده و اعمال خود را بازتاب تحولات فقه جزایی شیعه نمی دانستند. فقه شیعه در این تحولات عملاً دخالت مستقیمی به عنوان واضع و مجری احکام حکومتی ایفا نمی کرد. بنابراین مفهوم سنتی فقه جزایی کماکان در فقه شیعه به قوت خود باقی ماند. با این اوصاف فقه شیعی به مفهومی

به منظور تشخیص موارد امر به معروف و نهی از منکر صاحب چنین مقامی می بایست به درجه اجتهاد می رسید تا بتواند موارد معروف و منکر را تشخیص داده و واکنش نشان بدهد. وظایف محتسب در این حوزه به مواردی نظیر نظم و آبادانی بازار، پیشگیری از احتکار و مقابله با آن، نظارت بر کارگزاران دولتی، حفظ حقوق اقلیت های مذهبی و اعمال واکنش در برابر معاصی کبیره ای محدود می شد که جنبه علنی و آشکاری می یافتند.^۱ بخش مهمی از احکام حکومتی نیز در دست مقام پادشاه بود. در ایران همواره از دیرباز، رعیت داری و دادگستری از مهم ترین وظایف و کارکردهای یک پادشاه به شمار می آمده است.^۲ خواجه نظام الملک طوسی در این خصوص می نویسد: «قضا پادشاه را می باید کردن به تن خویش... و این قاضیان همه نایبان پادشاهند...»^۳ تفکیک امور شرعی از عرفی در نظام قضایی، در سطحی گسترده و با تمایز

^۱ صرامی، سیف الله، حسیه یک نهاد حکومتی، ص ۵۱

^۲ الهیاری، فریدون و سمائی دستجردی، معصومه، سیاست قضایی سلاطین تیموری، مجله پژوهش های تاریخی استان سیستان و بلوچستان، ۱۳۸۸

^۳ همان به نقل از: نظام الملک طوسی، ابوعلی حسن، سیاست نامه، به اهتمام هیوبرت دارک، ۱۳۴۰، بنگاه ترجمه و نشر کتاب، تهران، ص ۵۶

^۴ حسینی، سید محمد، ساختار نظام قضایی عصر صفوی،

فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، پائیز ۱۳۹۰، ش ۳

^۵ امین، سید حسن، نظام قضایی ایران از آغاز قاجار تا انقلاب مشروطیت، پژوهش حقوق و سیاست، بی تا، بی ش

بخش سوم: ضرورت تقنین مجازات های بازدارنده

مجازات های بازدارنده به عنوان بازتاب عقلانیت بشری در حوزه حفظ و پاسداری از حکومت و دوام و بقای آن و همچنین تنظیم روابط اجتماعی از جایگاه ممتاز و ویژه ای برخوردار هستند. در تاریخ اسلام به کرات با مجازات ها و احکامی برخورد می کنیم که جنبه موقتی داشته و صرفاً بر اساس مقتضیات زمان و مکان صادر و اجرا شده اند. این مجازات ها در اغلب موارد حتی واجد خصیصه معصیت بودن نیز نیستند و صرفاً برای انتظام امور و به طور موقت اعمال شده اند. در اینکه این دسته از مجازات ها قسمی از تعزیرات بوده و بازتاب قدرت و تهور مکتب اسلام در رویارویی با وقایع و حوادث هر عصری هستند شک و شبه ای نیست. آنچه در این پژوهش مورد نظر ماست ضرورت پرداختن به مجازات های بازدارنده یا همان تعزیرات حکومتی با تأکید بر تمایز آن ها از تعزیرات شرعی است. خلط مفهوم مجازات های بازدارنده با تعزیرات شرعی به معنای نادیده انگاشتن موجبات و ضرورت هایی است که تفکیک میان مجازات های بازدارنده و تعزیرات را در

که هواداران سنتی از آن انتظار دارند یعنی «فهم احکام شرعی عملی از ادله تفصیلی»^۱ آن هم بدون در نظر گرفتن مقتضیات زمان و مکان، قابلیت سازگاری و همسازی با شرایط پیچیده جوامع امروزی را نداشت. احکامی که اصطلاحاً احکام حکومتی خوانده می شوند با چنین تعریفی از فقه زیر مجموعه قوانین شریعت قرار نمی گیرند. این در حالی است که بر طبق نظر برخی فقهای متأخر نیز در تفسیر دین می بایست به هر دو مجموعه عوامل نظر داشت: هم عوامل ثابت و لایتغیر شریعت، و هم عوامل برخاسته از مقتضیات زمان و مکان. با این بینش برخی اندیشمندان نظیر دکتر مجتهد شبستری سعی در اثبات لزوم تغییر هرمنوتیک فقه و گرایش آن بسوی تأثیر مصالح و مقتضیات زمان و مکان یا به اصطلاح عوامل متغیر در اجتهاد دارند. به تعبیر ایشان: «با قبول نظریه اهداف دین در مرحله تفسیر نصوص کتاب و سنت به گونه ای باید عمل کرد که نتیجه اجتهاد در راستای اهداف و مصالح مزبور باشد.»^۲

^۱ همان

^۲ مجتهد شبستری، محمد، هرمنوتیک، کتاب و سنت، ص

بدیهی است اگر قلمروی تعزیر را هر یک از موارد منصوص در شرع، مطلق معاصی و معاصی کبیره بدانیم مجازات های بازدارنده ذیل هیچ کدام از این ابواب قرار نگرفته و نه تنها تعزیر حکومتی که به طور کلی نمی توان آن ها را زیرمجموعه تعزیرات قرار داد. امری که مورد پذیرش نگارنده نیز نمی تواند باشد. بنابراین تکیه کلام بر مورد دوم و آخر خواهد بود. یعنی موارد مقتضی مداخله حاکمیت و مواردی که مصلحت باشد. مخالفین در خصوص مواردی که مقتضی مداخله حاکمیت باشد به یک نکته اساسی اشاره دارند؛ اینکه مورد مذکور از اقوال فقهای اهل سنت استخراج شده و فقهای اهل تشیع به ندرت خود را وارد مواضع حکومتی کرده اند. به تعبیر ایشان وجه مشترک اقوال فقهای شیعه «این است که تقریباً همه در محدوده معاصی شرعی، به معنای محرّمات منصوص در شرع قلمرو تعزیر را دارای سعه و ضیق می دانند. در این اقوال و آثار کمتر نشانه ای از تعزیر رفتارهایی که به حکم اولی شرع تحریم و تجریم نشده اند، اما به اقتضای اعمال حاکمیت حاکم اسلامی، در جهت حفظ منافع و مصالح مهمّه برای فرد و جامعه و دفع مفاسد مهمّه از آنان ممنوع می شوند،

بستر قانونگذاری جوامع مدرن و امروزی ایجاب می کند. مع هذا این دیدگاه چندان مورد اقبال نویسندگان و منتقدین قانون مجازات اسلامی سابق قرار نگرفته است. با بررسی مجموع مقالات و کتاب هایی که در این خصوص تألیف شده اند^۱ به نظر می رسد دلایل عدم ضرورت تمایز مجازات های بازدارنده از تعزیرات شرعی را از دیدگاه مخالفان بتوان به دو بخش عمده تقسیم نمود:

الف) قلمروی تعزیر

به زعم مخالفین، در فقه جزایی درباره قلمروی تعزیر پنج قول دیده می شود:

۱. فقط در موارد منصوص؛
۲. در موارد منصوص به علاوه رفتارهای مزاحم، مودی و مقتضی مداخله حاکمیت؛
۳. در معاصی کبیره؛
۴. در مطلق معاصی؛
۵. در معاصی و مصالح؛^۲

^۱ به عنوان مثال رک به: حسینی، سید محمد، مجازات بازدارنده، اشکالات نظری مشکلات عملی، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۲، همچنین همین نویسنده، حدود و تعزیرات (قلمرو، اهداف، احکام)، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، بهار ۸۷، شماره ۱

^۲ جالب اینجاست که دکتر محمد حسینی در توضیح و تشریح این پنج مورد، مخاطب را به مقاله دیگر خود یعنی حدود و تعزیرات... ارجاع می دهند، در حالیکه در مقاله مذکور هیچ اسمی از مورد پنجم دیده نمی شود.

دیده می شود. «^۱ تحجر فقه شیعه از حکومت امری نبود که به یکباره و ناگهان اتفاق افتاده باشد. این مسئله ریشه در تاریخی هزار و اندی ساله دارد. سخن مخالفین از این جهت که می توان از اقوال و اندیشه های دیگر مذاهب اسلامی نیز بهره برد پسندیده و قابل دفاع بوده و سیاستی که مجامعی نظیر «مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی»^۲ در جهت نزدیک کردن مذاهب اسلامی و بده بستان های مفید میان این مذاهب دنبال می کنند قابل تحسین است، ولی این امر نمی تواند تمایزات مبنایی و اجرایی میان مفاهیم و تقسیم بندی ها را از میان بردارد.

ب) نظر امام خمینی

دلیل دیگری که برخی مخالفان برای مخالفت با وجود مجازات های بازدارنده ارائه می کنند به «نظر امام خمینی»^۳ مربوط می شود. ایشان با طرح اقوال و

مکاتبات امام راحل سعی در اثبات این قضیه دارند که علی الاصول امام راحل نیز با موجودیتی بنام مجازات بازدارنده مخالف بوده و این مجازات ها را ذیل عنوان «احکام ثانویه» قرار می داده اند. جالب اینجاست که در هیچ یک از نقل قول هایی که از امام راحل به عمل آمده هیچ کدام از دو نظر پیش گفته مطرح نمی شود. امام خود، در پاسخ به استفتاء آیت الله اردبیلی - مذکور در فصل اول- بر تفاوت تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده صحنه نهاده و در تمامی مراحل تصویب قانون تعزیرات از نزدیک در جریان سیر امور و وقایع بوده و بارها از ایشان در این خصوص استفتاء و چاره اندیشی به عمل آمده است. چگونه ممکن است امام با تمایز مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی مخالف بوده باشند در حالی خود عیناً بر این تفاوت تأکید کرده اند: «در احکام سلطانی که خارج از تعزیرات شرعیه در حکم اولی است متخلفین را به مجازات های بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می توانند مجازات کنند.»^۴ بر این اساس گرچه امام قطعاً با نفس

^۱ حسینی، محمد، حدود و تعزیرات.

^۲ طرح مسأله تقریب مذاهب در جهان اسلام، به معنای «نزدیک شدن پیروان مذاهب اسلامی با هدف شناخت یکدیگر و دستیابی به اخوت دینی بر اساس اصول مسلم و مشترکات اسلامی»، در پی ناهمسازگری ها و تفرقه های موجود میان جوامع مختلف اسلامی آغاز گردید. (برای اطلاعات بیشتر رک به پایگاه اینترنتی مجمع جهانی تقریب مذاهب اسلامی - به آدرس ذیل:

<http://www.taghrib.org/farsi>

^۳ رک به: حسینی، مقاله مجازات های بازدارنده...

^۴ پاسخ امام خمینی به استفتاء آیت الله اردبیلی، مهرپور، حسین، سرگذشت تعزیرات، مجله کانون وکلا، ش ۱۴۷ و

باشد. یا مفهوم «مفسده» و «اعمال قبیح» در تعزیرات شرعی با این مفهوم در تعزیرات حکومتی تفاوت دارد. لذا گرچه مبانی هر دو یکی است اما گستره این مبانی و معنایی که از آن‌ها انتظار داریم در تعزیرات شرعی با تعزیرات حکومتی متفاوت است.

بند اول: مصلحت

شاید مهمترین مبنا و پایه ای که برای نظام تعزیرات بتوان معرفی کرد همین مفهوم مصلحت باشد. گرچه در کتاب‌ها و مقالاتی که پس از انقلاب اسلامی ایران و در پرتو پرداختن به مفهوم «حکم حکومتی» تهیه و تدوین شده اند مفهوم مصلحت بیشتر از نقطه نظر ارتباطی که با حکم حکومتی دارد مورد توجه قرار گرفته^۱ با اینحال نمی‌توان از تأثیر و خاصیت آن در حوزه تعزیرات شرعی نیز غافل شد. پرداختن به مفهوم مصلحت در پرتوی ارتباط آن با حکم حکومتی بیشتر نشأت گرفته از حرکت فکری و فقهی امام راحل در جهت توسیع مفهوم مصلحت در فقه شیعه و پایه گذاری حکومت اسلامی ایران به اتکای مصلحت‌انگاری بوده است.

تعزیر قلمداد کردن مجازات‌های بازدارنده مخالفتی نداشته اند معهدا بر تمایز و تفاوت میان مجازات‌های بازدارنده و تعزیرات «شرعی» تأکید ورزیده اند. امری که نشان می‌دهد حتی پس از استقرار حکومتی شیعی در ایران و با وجود تأکید رهبر انقلاب و قانون اساسی بر لزوم وضع قوانین اسلامی، همچنان تمایز و تفاوت میان تعزیرات شرعی و مجازات‌های بازدارنده معننی به و غیر قابل خدشه است.

بخش چهارم: تمایز مبانی مجازات

های بازدارنده و تعزیرات شرعی

اگر بخواهیم به دنبال چیزی باشیم که زیربنا و پایه اصلی تعزیرات را تشکیل می‌دهد با دو مفهوم عمده مواجه خواهیم شد: اول مفهوم مصلحت، و سپس مفهوم دفع مفسده یا واکنش در برابر اعمال قبیح. با اینحال این دو مفهوم در ارتباط با دو دسته تعزیرات شرعی و حکومتی (مجازات‌های بازدارنده) به اشکال متفاوتی خودنمایی می‌کنند. بدین معنا که گرچه به عنوان مثال مصلحت مبانی هر دو نوع تعزیرات شرعی و حکومتی هست معهدا ساختار و گستره مصلحت‌گرایی در این دو متفاوت می

^۱ در این خصوص رک به: حسینی، سید علی، نگاهی به تطور مصلحت در فقه شیعه، طلوع، سال ۸۸، ش ۱

«مصلحت عبارت است از تأمین اهداف شارع. اهداف شارع عبارت است از مواظبت دین و حیات و عقل و نسل و اموال.^۲ «مصلحت به معنای اجمالی رعایت مصالح و مفاسد در تعیین قواعد و احکام، مورد قبول فرقه های اخباری، مالکی، شافعی، حنفی، امامیه، اشاعره و معتزله است.^۳ همچنین یکی از منابع تشریح (فقه) در نظر اهل سنت به شمار می رود. با این پیش شرط اولیه که احکام صادره بر مبنای مصلحت نبایستی با مقاصد شارع یا ادله شناخته شده شریعت در تعارض باشد. و نیز مصلحت حقیقی جامعه باشد یا دست کم در آن تحصیل نفع یا دفع ضرری نهفته باشد.^۴ مصلحت در فقه اسلامی سابقه ای طولانی دارد. این سابقه را حتی در میان متکلمان و عقل گرایان اسلامی نیز می توان مشاهده کرد. به اعتقاد معتزله، حسن و قبح افعال اموری ذاتی و غیر قابل عدولند، به نحوی که حتی خداوند نیز از آن ها تخطی نمی کند.^۵ اما در حوزه فقه شیعه، مصلحت به

با اینحال مفهوم مصلحت در فقه شیعه مفهوم جدیدی نیست. گرچه گستره و نفوذ آن در «صدور» احکام، تاریخی به کوتاهی عمر انقلاب اسلامی ایران دارد: «با توجه به مبانی و اصول، نمی توان تردید کرد که فقه شیعه از آغاز، پیوندی ناگسستنی با مصلحت داشته است و فقهای شیعه، احکام یا متعلقات آن را پیرو مصالح و مفاسد نفس الامری دانسته اند، چنانکه این برداشت، از کلمات معصومان(ع) سرچشمه می گیرد.»^۱ نفوذ مصلحت در «صدور احکام» که در حوزه جزئیات با اصطلاح متداول «جرم انگاری» شناسایی می شود شاید مهمترین نقطه اتکای ما در تشریح تفاوت مفهوم مصلحت در پرتوی دو دسته تعزیرات حکومتی و شرعی باشد. مسأله اساسی این است که اگر بپذیریم مصلحت یکی از مبانی مهم تعزیرات است آیا این مفهوم در هر دو قسم تعزیرات شرعی و حکومتی واجد مفهوم و گستره ای واحد است؟

غزالی در تعریف مصلحت چنین نوشته است:

^۲ لنگرودی، جعفر، مکتب های حقوقی در حقوق اسلام، به نقل از غزالی، المستصفی، ۲/۲۸۶
^۳ لنگرودی، همان، ص ۱۵۸
^۴ حسن، حسن عباس، ساختار منطقی اندیشه سیاسی اسلام، ترجمه مصطفی فضالی، ص ۲۷۳
^۵ الفاخوری، حنا و الجبر، خلیل، تاریخ فلسفه اسلامی،

^۱ کلاتری، علی اکبر، مصلحت در فقه شیعه و پاسخ به شبهات روشنفکری، فقه (کاوشی نو در فقه اسلامی)، تابستان ۸۳، شماره ۳۶

مصادق‌های آن را در تمام موارد مشخص نکرده، بلکه تشخیص را بر عهده مجتهد واجد شرایط گذاشته است؛ یا مصلحت را به دلیل عقل بر می‌گردانند بدین صورت که هرگاه عقل به وجود مصلحتی قطع پیدا کرد که مغایر با هیچ یک از ادله شرعیه نبود و مقتضی جعل حکم بود، بدون شک می‌تواند بر اساس آن به وضع حکم بپردازد. از این رو مصلحت مبتنی بر مصالح مرسله، از نظر فقه اهل سنت دلیل معتبر شرعی محسوب می‌شود و حال آنکه از نظر شیعه، دلیل مستقل محسوب نمی‌شود و اگر به سنت و عقل رجوع بکند دارای اعتبار است.^۳ بر این اساس تا پیش از انقلاب اسلامی ایران شیعه در مرحله «استنباط احکام یا جعل آن‌ها» از مصلحت مایه نمی‌گرفت بلکه در مرحله «قضا» به سراغ آن رفته و مصلحت را در تعیین نوع واکنش له یا علیه مرتکب مورد توجه قرار می‌داد. امری که سبب رکود و تاجر احکام جزایی به مدت بیش از هزار سال شد. بنابراین موضع فقه شیعه در خصوص مصلحت موضع چندان وسیع و گسترده‌ای نبوده است. مصلحت اندیشی

عنوان فصلی مستقل چندان مورد توجه قرار نگرفته و صرفاً بصورت گذرا در کنار سایر ادله و به عنوان تحکیم کننده ادله دیگر بکار رفته است. در کتاب‌ها و کلمات فقهی کلاسیک شیعه، فقهای ما به پیروی از کاربرد این کلمه در روایات، در کتاب‌هایی مانند کتاب الخراج، کتاب الوقف، کتاب البیع، کتاب الجهاد و... این کلمه را استنباط کرده اند، اما بدون توضیح (که شاید در شرایط آن زمان نیازی هم به توضیح نبوده است) از آن گذشته اند.^۱ به عنوان مثال محقق حلی در باب جهاد می‌نویسد:

«و فرضه [الجهاد] علی الکفائه بشرط: وجود الإمام، أو من نصبه للجهاد، و لا يتعین، إلّا أن يعينه الإمام، لإقتضاء المصلحه...»^۲

فقهای اهل سنت مبنای مصلحت را مصالح مرسله می‌دانند، اما فقهای شیعه مصلحت را یا به سنت ارجاع می‌دهند، بدین صورت که مصلحت را به معنای تشخیص مصادیق احکام کلی شرعی لحاظ می‌کنند، مانند اینکه شارع فرموده حفظ نفس یا دین واجب است، ولی

به عنوان ابزاری جهت ابراز عقلانیت بشری چیزی است که فقه اسلامی بسیار پیشتر از حقوق و فلسفه غربی بدان دست یافته است. در حقوق کیفری و فلسفه حقوق غرب، مصلحت گرایی به قرن نوزدهم و نگارش رساله «مجازات ها و پاداش ها» توسط جرمی بنتام، فیلسوف انگلیسی بازمی گردد. بنتام با این عبارت مشهور «بیشترین خوشی برای بیشترین افراد جامعه» دیدگاه اپیکوری را مبنی بر اینکه «لذت آغاز و انجام زندگی است»^۱ از نو رونق بخشید، دیدگاهی که بعدها توسط فروید نیز در کتاب «فراسوی اصل لذت» مورد تأیید و ستایش قرار گرفت. بنتام با طرح تئوری فایده گرایی به نقد اهداف سزادهنده و عدالت مطلقه پرداخته و هدف اصلی از کیفر را «سودمندی» آن با اتکا به بازدارندگی کیفر از ارتکاب جرم معرفی کرد. بر اساس اصل بازدارندگی، خطر واقعی یا بالقوه مجازات باید نسبت به منافع احتمالی که فرد می تواند از ارتکاب جرم کسب نماید بیش تر باشد، به منظور آن که اشخاص مجرم را از ارتکاب جرم در آینده بازدارد.^۲ علیرغم انتقاداتی

که بر دیدگاه بنتام وارد شد^۳ نمی توان تأثیر نیرومند آن را بر اندیشه ها و مکاتب بعدی حقوق کیفری نظیر جنبش دفاع اجتماعی انکار کرد. آنچه در این میان تئوری بنتام را برجسته می سازد دیدگاهی است که او به رسالت کیفر دارد. به اعتقاد او کیفر باید پیش از هر چیز مفید و ضروری باشد. بنابراین او به نقد دیدگاه سنتی در خصوص کیفر می پردازد که آن را به عنوان یک ارزش و برای تحقق عدالت و اخلاق ضروری تلقی می کرد.^۴ بنابراین مهمترین مسأله ای که بنتام با طرح تئوری فایده گرایی به پدید آمدن آن کمک کرد مفهوم بازدارندگی و اصلاح بود. بازدارندگی از سه جهت می تواند مورد بررسی قرار گیرد:

۱. تقنینی، یعنی رویکرد و انتظاری که قانونگذار از مفهوم و تأثیرات بازدارندگی در نظر دارد.
۲. ارعاب عام و خاص، یعنی تأثیری که بازدارندگی قرار است بر پیشگیری از کیفر به انتخاب خود بزهکار داشته باشد.

^۳ از جمله تعارض آن با احساسات ناب بشری، و مخالف بنتام با به رسمیت شناختن حقوق فطری و طبیعی برای بشر (رک) به دیدگاه گاندی: کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ص ۹۷)
^۴ رک به: شیکر، همان، مقدمه

^۱ راسل، برتراند، تاریخ فلسفه غرب، ص ۱۹۶
^۲ شیکر، دیوید، مفهوم و ماهیت مجازات، ص ۴۵

کرد.^۲ وی می گوید: ما نمی توانیم هیچ فرضیه ای را که از آن نتایج مفیدی بر زندگی مترتب باشد رد کنیم.^۳ و تمام اجبار ما به جستجوی حقیقت جزو اجبار ماست به عمل کردن به آنچه فایده دارد.^۴ او هدف نهایی تلاش ها و گفتگوها را به دست آوردن «مصلحت» قرار داد و حقیقت را آن چیزی پنداشت که مفید و به مصلحت باشد. بر این اساس نمی توان اعمالی را فی نفسه قبیح یا فی نفسه حسن معرفی نمود. بلکه این «مصلحت انگاری» است که حسن و قبح اعمال را مشخص می کند. تعریف ویلیام جیمز از حقیقت را با مفهوم احکام حکومتی در اسلام و جرم انگاری اعمالی که فی نفسه قبح ذاتی ندارند می توان مقایسه کرد. گرچه این ادعا مورد انتقاد برخی قرار گرفت اما هواداران بسیاری هم پدید آورد که از آنجمله می توان به جان دیوی و هومز اشاره کرد. هومز با انتقاد از ارزش «قاعده سابقه» در حقوق کامن لائو به جهت سوم بازدارندگی نظر افکند. بدین معنی که او برای دادرسی نقشی بیش از

۳. قضایی، یعنی موضع دستگاه قضا در جهت پیشبرد هدف بازدارندگی کیفر. بنام بازدارندگی را مفهومی دو وجهی می داند که در یک سوی آن بزهکار یا شخص آماده بزهکاری و در سوی دیگر آن دستگاه قانونگذاری قرار دارد. به عبارت دیگر منطق نفع و ضرر که بزهکار یا ناکرده بزه را در آستانه بزهکاری قرار می دهد محک و معیاری است برای قانونگذار در تعیین مجازاتی «نه بیش از آنچه مفید است و نه کمتر از آنچه ضرورت دارد». اما جهت سوم یعنی تأثیرات دستگاه قانونگذاری در تحول مفهوم پیشگیری نیز از نظرگاه فیلسوفان و حقوقدانان پس از بنام دور نماند. این دیدگاه که به «پراگماتیسم»^۱ شهرت دارد توسط ویلیام جیمز فیلسوف قرن نوزدهم امریکا بیان شد. مهمترین تحولی که دیدگاه جیمز در عرصه حقوق پدید آورد تحول مفهوم «حقیقت» بود. از نظر جیمز حقیقت نوعی از خوبی ها و اشیای مفید است و امر جداگانه ای به حساب نمی آید و بهمین جهت جیمز عقیده دارد هیچ نظریه ای را که بحال زندگی مفید باشد نمی توان رد

^۲ کاتوزیان، همان، ص ۱۰۵

^۳ راسل، همان، ص ۶۰۷

^۴ همان

^۱ عمل گرایی

آنچه تا آن زمان وجود داشت قائل شد.^۱ این دیدگاه هومز به حقوق تشیع و نقشی که فقهای شیعه برای قاضی در تعیین تعزیر شرعی با رعایت مصلحت قائلند همخوانی دارد. بنابراین فقه جزایی تشیع بازدارندگی از جهت قضایی (یعنی تعیین میزان تعزیر توسط قاضی بنا به مصلحت) را به وضوح و بصورت کاملاً کاربردی پذیرفته، اما مصلحت در جرم انگاری (یعنی جرم انگاری اعمالی غیر از معاصی بنا به مصلحت زمان و مکان) را که بی شباهت به دیدگاه پراگماتیستی ویلیام جیمز نیست چندان مورد توجه قرار نداده است. به عبارت دیگر تا قبل از تشکیل حکومت اسلامی در ایران، مصلحت به عنوان ابزاری جهت تعیین جرائم و مجازات ها یا به عبارتی جرم انگاری اعمال خلاف مقتضیات زمان و مکان در فقه شیعه مورد اقبال چندان قرار نداشت و آنچه تحت عنوان حدود و قصاص اجرا می شد نیز به تبعیت از شریعت و به عنوان تکلیفی دینی مورد توجه بود، گرچه می توان برای همین دسته از مجازات ها نیز اهدافی را برشمرد که قطعاً هدف مصلحت و فایده نیز در آن ها نهفته

است، اما نمی توان مصلحت را با تعاریفی که گفته شد مبنا و زیربنای اصلی چنین جرائم و مجازات هایی تلقی نمود. به عبارت دیگر مصلحتی که عقل بشری آن را تشخیص داده و در جرم انگاری یا تعیین کیفر مورد توجه قرار می دهد مبنای جرم انگاری اعمال مستوجب تعزیرات شرعی، حد یا قصاص نبوده است. این نوع جرائم دستاورد شریعت و محصول مستقیم اندیشه یا تجویز شارع هستند. در حالیکه در «حکم حکومتی» آن چه مبنا و اساس جرم انگاری و تعیین کیفر را تشکیل می دهد، عقلانیت از نوع بشری است. این نوع عقلانیت در دین مسیحیت نیز تنها در عصر روشنگری و با مجاهدت ها و تلاش های فراوان اشخاصی نظیر مارتین لوتر، جان کالون، اراسموس و نظایر ایشان راه پیدا کرد. شاید مهمترین اندیشه ای که مارتین لوتر در عصر روشنگری بنیان نهاد، اعتباربخشی به عقلانیت توده های عوام و رهایی از قید و بند تفاسیر کلیسایی بود.^۲ از این دست اقدامات را می توان در فعالیت های عناصر

^۱ برای اطلاعات بیشتر در خصوص اشخاص و اندیشه های اثرگذار در رنسانس مراجعه کنید به: برونوفسکی، مازلیش، سنت روشنفکری در غرب (از لئوناردو تا هگل)، ترجمه لیلا سازگارا

بند دوم: دفع مفسده یا واکنش در برابر اعمال قبیح

به اعتقاد برخی فقها و حقوقدانان موجبات اجرای تعزیر دو دسته است: ارتکاب معصیت و انجام رفتار مفسده انگیز و خلاف مصالح عمومی.^۳ اما در فقه در خصوص اینکه مبنای تعزیر دفع مفسده است یا واکنش به معصیت به نظر می رسد فقهای قدیمی تر چندان رغبتی به دخول در این موضع نداشته و اغلب تعزیر را محدود به موارد معصیت تلقی می کرده اند. علت این مسئله را شاید بتوان به تاجر فقه شیعه از حکومت و لذا عدم پیشرفت فقه جزایی تا قبل از عصر صفویه دانست. اغلب فقهای که برای تعزیر مبنایی غیر از معصیت را پذیرفته اند نیز مربوط به دوران بعد از عصر صفویه یعنی مابعد سده دهم هجری هستند. من جمله شیخ عاملی، و برخی فقهای معاصر از جمله مرحوم شیخ منتظری. بدین لحاظ می بینیم که در آثار فقهای قدیم تر تعزیر یا به کلی تعریف نشده یا اگر هم تعریف شده به شکلی بسیار گذرا و صرفاً در کنار حدود و به عنوان مقسم حدود تعریف

اسلامی در آذربایجان سده نوزدهم نیز مشاهده کرد که به نظر می رسد تحت تأثیر آشنایی علمای باکو با رنسانس غربی و اندیشه های حاکم بر آن باشد.^۱ در حالیکه فقه شیعه در قرن نوزدهم بواسطه نهادینه شدن تقلید و شکل گیری نهاد مرجعیت عملاً در مسیری مخالف جنبش رنسانس قرار گرفت.^۲ بنابراین مصلحت گرایی در حوزه احکام حکومتی نیز به پیروزی انقلاب اسلامی ایران و طرح تئوری هایی نظیر فقه پویا و توسعه مفهوم مصلحت در فقه شیعه به همت امام خمینی موکول گردید.

^۱ البته نمی توان تأثیر چنین جنبش هایی را بر فقه شیعه پررنگ دانست. چرا که تجدید نظام فکری تشیع در اوایل قرن نوزدهم به دست وحید بهبهانی که با تمسک به مفهوم اعلییت به پدید آمدن مرجعی بنام مجتهد اعظم و نهادینه شدن تقلید در میان شیعیان انجامید عملاً مسیر و بازتابی مخالف با آنچه رنسانس غربی در قرن چهاردهم پیموده بود برای ایران به ارمان آورد. به تعبیر الگار «پیشتر قدرت سلطان به عنوان تنها قدرت تمحید علیه اتحاد نیم بند علما ایستادگی می کرد. اینک قدرت روحانی نیز در یک شخص تمرکز یافته بود». رک به: بیات، منگول، نخستین انقلاب ایران، تشیع و انقلاب مشروطیت (۱۹۰۹-۱۹۰۵)، برگردان خسرو مشهوری مقدم، فصلنامه روابط خارجی، ش ۲۳، این مقاله اطلاعات مفیدی را در خصوص شکل گیری جنبش های لیبرالی و احزاب سیاسی مسلمان در آذربایجان قرن نوزدهم و تأثیرات آن بر انقلاب مشروطه ایران در اختیار مخاطبان قرار می دهد.

^۲ رک به: میر موسوی، سیدعلی، شالوده شکنی ساختار قدیم قدرت در ایران معاصر، علوم سیاسی، سال ششم، ش ۲۱، پی نوشت ۲۶

^۳ رک به: حبیب زاده، محمد جعفر و عینی نجف آبادی، محسن، مینا و ملاک تعزیر، قسمت اول، دادرسی، سال ششم، ش ۳۲

فعل قبیحی انجام گردد و در شرع برای آن حدی مشخص نشده باشد موضوعیت پیدا می کند. این تعریف از موارد استثنایی در میان قههای قدیم محسوب می شود. آنچه در این تعریف در بادی امر جلب توجه می کند استفاده از واژه «قییح» در تعریف تعزیر است. صدور احکام شرعی در خصوص اعمال حرام یا واجب، نخستین اصلی را که به ما خاطر نشان می سازد «حسن و قبح ذاتی» این اعمال است که با مرور زمان تغییری در آن رخ نمی دهد. در مورد ذاتی یا عقلی بودن حسن و قبح، دو نظریه در میان متکلمان ارائه شده است:

عده‌ای معتقدند افعال بدون در نظر گرفتن امر و نهی شارع به حسن و قبح متّصف نمی‌شوند؛ بلکه اگر شرع بر فعلی امر کرد، آن فعل حسن است و اگر از فعلی نهی نمود، آن فعل قبیح می‌باشد. این دیدگاه را نظریه حسن و قبح الهی گفته‌اند. در مقابل، عده‌ای دیگر اعتقاد دارند که خود افعال، به علت دارا بودن خاصیتی و یا داشتن آثاری واقعی و یا داشتن صفتی، واقعاً به صفت حسن و قبح متّصف می‌باشند؛ و اگر چنانچه حکمی از شارع مقدس وجود نداشت و امر و نهی شرعی به آن افعال تعلق نمی‌گرفت، باز

شده است. به عنوان مثال علامه حلی (متوفی به سال ۷۲۶ ه. ق) در إرشاد الأذهان می گوید: «و کل من فعل حراماً أو ترک واجباً عززه الإمام بما یراه و لا یبلغ الحد... و لا یؤدب الصبی و المجنون بأزید من عشره أسواط...»^۱ و هرکس فعل حرامی را انجام دهد یا واجبی را ترک کند امام به آنچه خودش می داند او را تعزیر می کند و نباید از حد تجاوز کند... و صغیر و مجنون نباید به بیش از ده ضربه شلاق تأدیب شوند. از میان فقهای مقدم ابوصلاح حلبی (متوفی به سال ۴۴۷ ه. ق) در الکافی تعزیر را به مواردی که در آن‌ها شرع برای اخلال به واجبات یا افعال قبیحه حدی مشخص نکرده باشد ارجاع کرده است:

«التعزیر تأدیب تعبداً لله سبحانه به لردع المعزّر و غیره من المکلفین، و هو مستحق للإخلال بکل واجب و ایثار کل قبیح لم یرد الشرع بتوظیف الحد علیه...»^۲ تعزیر تأدیبی است که به عنوان تعبد به خدای منزّه به منظور بازدارندگی تعزیر شوند و دیگر مکلفین (اجرا می شود)، و در جایی که هر واجبی مختل شود یا هر

^۱ علامه حلی، إرشاد الأذهان، ج ۲، ص ۱۷۹

^۲ أبو صلاح حلبی، الکافی للحلبی، ص ۴۱۶

می تواند اینگونه باشد: عدم رعایت مقررات و نظامات راندگی در شهرها و جاده ها مصداق بی نظمی است. و نتیجه اینکه: عدم رعایت مقررات و نظامات دولتی در شهرها و جاده ها قبیح است. بنابراین قضیه منطقی در موارد تخلف از مقررات راندگی اینگونه خواهد بود:

۱. بی نظمی قبیح است. (کبری)
 ۲. تخلف از مقررات راندگی در شهرها و جاده ها مصداق بی نظمی است. (صغری)
 ۳. تخلف از مقررات راندگی در شهرها و جاده ها قبیح است. (نتیجه)
- همین قضیه را می توان در خصوص کلیه مصادیق مشمول تعزیرات حکومتی جاری دانست. بر این اساس قبح عدم رعایت مقررات و نظامات دولتی قبح ذاتی نیست. بلکه این اعمال تنها به تبعیت از یک حکم کلی، آن هم در شرایط زمانی و مکانی خاصی که موجب شده این اعمال مصداق آن حکم کلی قرار گیرند، قبیح تلقی می شوند. نتیجه آنکه چنانچه شرایط زمانی و مکانی تغییر یابد قبح این اعمال نیز می تواند از میان برود. به عنوان مثال در یک روستا یا منطقه دورافتاده عدم رعایت مقررات راندگی شاید به هیچ روی قبیح نباشد.

هم افعال، به سبب دارا بودن خواص و آثار مخصوص به خود، حسن یا قبیح می‌بودند. این نظریه را نظریه حسن و قبح ذاتی نامیده‌اند.^۱ در این میان متکلمین امامیه و همچنین معتزله به حسن و قبح ذاتی افعال معتقدند،^۲ اما در خصوص واکنش های جزایی در عصر حاضر می بایست دیدگاه فقه امامیه را با تفصیل بیشتری مورد بررسی قرار داد. توضیح اینکه در خصوص تخلف از مقررات و نظامات دولتی نمی توان از حسن و قبح ذاتی افعال سخن گفت. محدوده حسن و قبح در این دسته از اعمال نه به حوزه مصادیق که به حوزه «حکم کلی» محدود می شود. بدین معنا که حکم کلی این اعمال که در یک قضیه منطقی ساده می توان آن را «کبرای قضیه» خواند می تواند بصورت ذاتی واجد صفت حسن یا قبح باشد. به عنوان مثال بی نظمی قبیح است. قبح بی نظمی یک قبح ذاتی است. مصداق جزئی این حکم کلی که در قضیه منطقی تحت عنوان «صغرای قضیه» شناخته می شود

^۱ هوشنگی، حسن و دارانی، احمدرضا، دین و حسن و قبح افعال در اندیشه ملاصدرا، پژوهشنامه فلسفه و دین، دوره ۸، بهار ۸۹، ش ۱

^۲ صادقی، حسن، دلایل عقلی و قرآنی بر حسن و قبح ذاتی و عقلی افعال، معرفت کلامی، سال دوم، پائیز ۱۳۹۰، ش ۳

بند سوم: افتراق تاریخی تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده

چنانکه پیشتر گفته شد جدایی و تمایز میان تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده امری نیست که ناگهان و با ظهور انقلاب اسلامی ایران اتفاق افتاده باشد. این موضوع ریشه ای کهن داشته و با تار و پود فقه شیعه در هم تنیده است. اگر بخواهیم ریشه این تمایز را بدست آوریم ناگزیر خواهیم بود نگاهی بر تاریخچه این دسته از مجازات ها بیاندازیم. مرور تاریخ فقه سیاسی شیعی قطعاً در توسیع قلمروی اندیشه و نگاه ما به موضوع مجازات های بازدارنده یا به عبارت دیگر «تعزیرات حکومتی» نقش مؤثری خواهد داشت. چرا که فقه شیعه و حکومت تأثیر و تأثرات متناقضی بر هم نهاده اند. از سویی فقه شیعه زائیده امر حکومت و سیاست بوده و از سوی دیگر با تحجر از حکومت طی قرون و اعصار متمادی خود را از محرکه قانونگذاری و قضاوت رسمی در جامعه دور نگاه داشته است. این عزلت و دوری گزینی از سیاست سبب شده فقه شیعه نتواند در عرصه جزائیات جایگاه محکم و معتناهی پیدا کند. این تزلزل خصوصاً در پرتوی نظام تعزیرات وضوح و خودنمایی

بیشتری دارد. توضیح آنکه علیرغم تاریخچه طولانی در ظهور مفهوم تعزیرات همچنان شاخصه ها و ویژگی های تعزیرات حکومتی یا مجازات های بازدارنده و تمایزات آن با تعزیرات شرعی به درستی بازشناخته نشده است.

نتیجه گیری

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با پذیرش شمول تعزیر بر مجازات های بازدارنده از یک سو گامی به جلو برداشته و از سوی دیگر با عدم تفکیک مشخص این دسته از مجازات ها، دچار تناقض گویی ها و تعارضاتی در اصول و قواعد کلی و همچنین مبانی جرم انگاری خود شده است. این تناقض گویی ها را میتوان با بررسی مواد ۱۰، ۱۸، ۶۹، ۹۹ و ۱۳۵ کتاب اول و همچنین عدم نسخ ماده ۶۳۸ کتاب پنجم و عدم تغییر عنوان کتاب پنجم این قانون مشاهده کرد. ماده ۱۰ این قانون به تبعیت از نظر شورای نگهبان در خصوص عدم امکان اعمال قاعده عطف بما سبق نشدن قوانین کیفری در خصوص جرائم شرعی، دامنه شمول این ماده را به موارد تخلف از مقررات و نظامات دولتی محدود کرده است. نفس تحدید قلمروی این قاعده خود بر پذیرش تمایز میان

قانونگذار در تفکیک تعزیرات شرعی از مجازات های بازدارنده رهنمون می سازد. عدم نسخ ماده ۶۳۸ کتاب پنجم نیز که از بحث برانگیزترین مواد این قانون به شمار می رفت دلیلی بر وفاداری قانونگذار جزایی ایران بر تفکیک تعزیرات شرعی و حکومتی است. طبق این قانون «تظاهر به عمل حرام» قابل تعزیر است. بدیهی است چنین تعزیری مصداق تعزیر شرعی است چرا که ارتکاب اعمال حرام از نظر فقهی مستوجب تعزیر شرعی است و تعزیرات حکومتی یا مجازات های بازدارنده صرفاً در خصوص جرائمی موضوعیت دارد که حرمت شرعی نداشته باشند. بنابراین حفظ این ماده، دلیل محکمی بر آگاهی و قصد قانونگذار در پذیرش تمایز میان تعزیرات شرعی و مجازات های بازدارنده است اما صرف نظر از مواردی که قانونگذار آگاهانه تفاوت های مبنایی مجازات های بازدارنده و تعزیرات شرعی را مدنظر قرار داده، در برخی موارد، قانونگذار از اعمال و پیاده سازی این نظام دوگانه غافل مانده است. یکی از این موارد، توبه است. توبه در فرهنگ و فقه اسلامی به معنای بازگشت از گناه و پشیمانی و ندامت از ارتکاب معصیت است. آنچه در بادی امر به نظر می رسد این است که توبه نمی تواند

مجازات های بازدارنده و مجازات های شرعی از جمله تعزیرات شرعی، دلالت دارد. ماده ۹۹ این قانون نیز مقررات حاکم بر نسخ قوانین کیفری را به ماده ۱۰ ارجاع داده که با توجه به حدیث «حَلالٌ مُحمَّدٌ حلالٌ اَبداً الی یوم القیامه و حرامه حرامٌ اَبداً الی یوم القیامه» فرض عدم اجرای مفاد ماده ۱۰ و ۹۹ را در خصوص مجازات های شرعی تقویت می کند. از سوی دیگر ماده ۱۸ همین قانون با طرح دو عنوان تخلف از نظامات حکومتی و همچنین ارتکاب محرمات شرعی بر تمایز مبنایی این دو دسته از مجازات ها دلالت دارد. این تمایز با تأمل در ماده ۶۹ همین قانون و امکان اجرای تعزیر به صورت مجازات جایگزین حبس در مواردی که قانوناً برای جرمی مجازات تعیین نشده باشد، تقویت می گردد. ماده ۱۳۵ این قانون نیز با طرح عنوان «تعزیر معین شرعی» احتمال اطلاق این عنوان را بر تعزیراتی که از نظر فقهی دارای اهمیت و اعتبار ویژه هستند فراروی ما قرار می دهد. این تعزیرات را می توان اعم از تعزیرات منصوص شرعی و آن دسته از تعزیرات شرعی ای قلمداد نمود که در آثار فقهی به کرات از آن ها یاد شده است. مجموعه این قرائن ما را به آگاهی و تعدد

جرائم حدی، آیا استثنا کردن برخی مصادیق تعزیرات از حکم کلی توبه قابل توجیه است؟ شاید بتوان تخصیص توبه در جرائم حکومتی را با توجه به حق الناسی بودن این جرائم و امکان مشروط نمودن پذیرش توبه در جرائم حق الناسی به ایفای شرایط تعیین شده از سوی بزه دیده مورد دفاع قرار داد، اما در جرائم حق الهی هیچ توجیهی نمی تواند موضع فعلی قانونگذار ایران را اثبات نماید. بنابراین شایسته بود قانونگذار میان مواردی که تعزیر، حق الهی و شرعی باشد و مواردی که تعزیر از نوع مجازات بازدارنده و در نتیجه حق الناسی است تمایز قائل می شد.

موارد ارتکاب جرائم حکومتی را که فاقد قبح ذاتی هستند در برگیرد. مگر اینکه بپذیریم تخلف از نظامات دولتی نیز به واسطه مخالفت با مصالح کلی شریعت (عقل، نفس، مال، دین، نسل) معصیت بوده و توبه در خصوص آن ها قابل پذیرش است. معهذا باز هم این ایراد باقی می ماند که اگر قرار بر پذیرش توبه در همه موارد است، چرا تعزیرات درجه یک تا پنج را شامل نمی شود؟ چرا تعزیرات منصوص شرعی از این تأسیس فقهی مستثنی شده اند؟ و چرا در موارد تکرار جرم، توبه قابل پذیرش نبوده و فقط یکی از کیفیات مخففه مجازات محسوب می شود؟ با توجه به امکان پذیرش توبه در

منابع و مأخذ

الف) کتاب‌های فارسی

۱. آبراهامیان، یرواند، تاریخ ایران مدرن، چاپ چهارم، ۱۳۸۹، نشر نی، تهران
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۶، چاپ ششم، ۱۳۶۳، ابوریحان، تهران
۳. باهری، محمد، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، ۱۳۸۱، رهام، تهران
۴. درخشه، جلال، گفتمان سیاسی شیعه در ایران معاصر، چاپ دوم، ۱۳۸۶، انتشارات دانشگاه امام صادق، تهران
۵. دیلمی، احمد، مرور زمان، چاپ اول، ۱۳۸۴، موسسه بوستان کتاب قم، قم
۶. راسل، برتراند، تاریخ فلسفه غرب، چاپ ششم، ۱۳۷۳، پرواز، تهران
۷. شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چاپ هفتم، ژوبین، ۱۳۸۹، تهران
۸. شریعتی، علی، تشیع علوی و تشیع صفوی، نسخه الکترونیکی
۹. شکری، رضا؛ قادری، سیروس، چاپ اول، ۱۳۸۱، مهاجر، تهران
۱۰. شیرینی، عباس، سقوط مجازات در حقوق کیفری اسلام و ایران، چاپ اول، ۱۳۷۲، مرکز انتشارات جهاد دانشگاهی شهید بهشتی، تهران
۱۱. صادقی، محمد هادی، جزوه حقوق جزای عمومی ۳، واحد انتشارات دانشکده حقوق دانشگاه شیراز، بی تا
۱۲. کشاورزی، بهزاد، تشیع و قدرت در ایران، چاپ اول، ۱۳۷۹، خاوران، پاریس

ب) مقاله های فارسی

۱. اسلامپور، هادی، جایگاه توبه و نقش آن در امور کیفری اسلام، معرفت، شماره ۹۳
۲. حبیب زاده، محمدجعفر، و عینی نجف آبادی، محسن، مبنا و ملاک تعزیر (قسمت اول)، سال ششم، شماره ۳۲
۳. حسینی، سید علی، نگاهی به تطور مصلحت در فقه شیعه، طلوع، سال ۸۸، شماره ۱
۴. حسینی، سید محمد، مجازات بازدارنده، اشکالات نظری مشکلات عملی، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۲
۵. نجفی توانا، علی، مرور زمان دادرسی، مجله کانون وکلا، بی ش

ج) کتب عربی

۱. ابن عبدالعزیز، سلا، مراسم العلویه، المعاونه الثقافیه للمجمع العالمی اهل البیت، بی چا، بی تا، قم
۲. اردبیلی، مجمع الفائده، ج ۱۲، بی چا، ۱۴۱۴، موسسه النشر الاسلامیه، قم
۳. انصاری، القضاء و الشهادات، ج اول، ۱۴۱۵، چاپخانه باقری، قم
۴. البهائی العاملی، جامع عباسی، بی تا، بی چا، موسسه انتشارات فرهانی، تهران
۵. علامه حلی، إرشاد الأذهان، ج ۲، چاپ اول، ۱۴۰۱، موسسه النشر الاسلامیه، قم
۶. سید خوانساری، جامع المدارک، ج ۵، چاپ دوم، ۱۴۰۵، مکتبه الصدوق، تهران

