

رسائل

مجله علمی دانش پژوهان مرکز آموزش های تخصصی فقه

شماره هفت، تابستان ۱۳۹۵

صفحات ۱۱۷ تا ۱۲۵

رضا ستوده*

H.hosini64@gmail.com

نشست علمی «قاعده تعزیر»؛ بررسی ضوابط جرم‌انگاری عمل حرام

اشاره

نشست علمی بررسی ضابطه جرم‌انگاری در تعزیرات با حضور استاد مسعود امامی، دبیر علمی شورای فقهی مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی و حجت‌الاسلام والمسلمین محمدحسین عبدی، استاد سطوح عالی حوزه‌های علمیه، در مرکز آموزش های تخصصی فقه برگزار گردید. در این نشست، حجت‌الاسلام کاشانی پس از خیرمقدم‌گویی به اساتید و طلاب محترم، به اهمیت ضابطه‌ی جرم‌انگاری در تعزیرات اشاره کرده و بیان داشتند که با توجه به شمول ادله تعزیر برای تمامی اعمال حرام و تکثر رویه قضایی در این مورد، لازم است این موضوع بیش از پیش از لحاظ فقهی و حقوقی نقد و بررسی شود. متن پیش‌رو، خلاصه گزارش این نشست است.

بیان مسئله

حجت‌الاسلام رضا عسکری، از دانش پژوهان مرکز و پژوهشگر موضع فوق، بحث ضابطه جرم‌انگاری در تعزیرات و قوانین حراستی اسلام را طرح کرده، بیان داشتند که اسلام همانند دیگر فرهنگ‌ها و نظام‌های حقوقی، قانون‌های حراستی تعیین کرده است. قوانین حراستی اسلام سه

*دانش پژوه مرکز آموزش های تخصصی فقه و طلبه سطح سه حوزه علمیه قم.

دسته هستند: ۱. حدود، ۲. قصاص و ۳. تعزیرات. البته بحث دیات هم در قانون‌های حراستی اسلام وجود دارد؛ اما در مجازات‌بودن آن اختلاف نظر است که مسئله‌ای خارج از موضوع بحث ماست. بحث ضابطه جرم‌انگاری در تعزیرات از مسائل غیر حدود و قصاص اسلام است. در زمینه حدود و قصاص تکلیف مشخص است؛ زیرا شارع مجموعه‌ای از جرائم را مشخص و مجازات هر یک و حدود و ثغورشان را بیان کرده است. مسئله بحث برانگیز تعزیرات است که برپایه متون فقهی، فلسفه‌اش این است که به دلیل تبدلات فرهنگی در زمان‌های مختلف، جرائم و افعال ضدارزش جدیدی به وجود می‌آید؛ از این رو شارع اختیار را به حاکم شرع داده است تا در زمان‌های مختلف برخی اعمال را جرم محسوب کرده و برای آن‌ها مجازات تعیین کند تا از فساد پیشگیری شود. اما مسئله مهم در این زمینه، موضوع قاعده است؛ یعنی فقیه جامع‌الشرایط کدام یک از افعال را می‌تواند جرم تعزیری تلقی کرده و برای آن مجازات تعیین کند؟ در انظار فقها هشت نظر در این مورد وجود دارد:

۱. هر عمل قبیحی که مفسده دارد؛ اعم از ترک واجب یا ارتکاب حرام و اعم از صغیره یا کبیره و اعم از کار مباحی که قبح عقلایی دارد و سبب فساد و اخلال شده است.
 ۲. هر ارتکاب حرام و ترک واجب، خواه از کبائر باشد یا از صغائر.
 ۳. ارتکاب حرام و ترک واجب، اعم از اینکه صغیره باشد یا کبیره؛ البته به شرط مصلحت داشتن تعزیر در صغیره.
 ۴. هر ارتکاب حرام و ترک واجبی که کبیره باشد و صغیره‌هایی که بر حرمت آن‌ها اجماع وجود دارد.
 ۵. هر ارتکاب کبیره، به علاوه صغیره‌ای که به کبیره منجر شده باشد.
 ۶. هر ارتکاب حرام و ترک واجبی که کبیره باشد.
 ۷. هر ارتکاب حرامی، اعم از اینکه صغیره باشد یا کبیره.
 ۸. هر ارتکاب حرامی که کبیره باشد.
- پشتوانه این هشت نظر، شش دلیل فقهی زیر است:
۱. برخی از روایات عام مانند این روایت پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله: «ان الله جعل لكل شیء حدًا و

جعل علی کل من تعدی حدّاً من حدود الله عزوجل حدّاً...» (کلینی، کافی ۷: ۱۷۴)

۲. اصطیاد قاعده از روایات خاصی که در آن‌ها برای برخی محرمات، به تعزیر حکم شده است.

۳. اجماع.

۴. عقل، با استناد به فایده‌ای که جرم‌انگاری دارد.

۵. عمومیت ادله امر به معروف و نهی از منکر.

۶. سیره معصوم علیه السلام.

بیان ادله فوق در سخنان فقها نشان می‌دهد که اولاً در فقه، جرم تعزیری پیش‌بینی شده است. ثانیاً، در فقه قاعده عامی وجود دارد که می‌گوید: «التعزیر لکل عمل مُحَرَّم». با در نظر گرفتن این دو نکته می‌توان هشت نظر پیش‌گفته را سنجید. در قانون مجازات هم دقیقاً دو نکته مذکور در ماده ۶۳۸ بیان شده‌اند.

جایگاه جرم‌انگاری

استاد امامی در ادامه بیان داشتند که اصل قانونی بودن جرم و مجازات از اصول مهم حقوق کیفری است و فلسفه آن حاکم شدن انضباط در جامعه است. به این نکته در اصول ۲۲ و ۳۲ و ۳۶ و ۱۶۶ و ۱۶۹ قانون اساسی نیز اشاره شده است و ماده ۲ قانون مجازات نیز بدان اختصاص یافته است. مبنای قانونی مراجعه به قاعده التعزیر اصل ۱۶۷ ق.ا. است که بیان می‌دارد اگر قاضی حکم دعوایی را در قانون نیافت، باید به منابع یا فتوهای معتبر مراجعه کند.

ماده ۶۳۸ قانون مجازات و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۲ و ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری سابق و ماده ۸ و ۹ قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی انقلاب برای تمسک به قاعده التعزیر برای جرم‌انگاری و برای صدور حکم مجازات مورد استناد قرار می‌گیرند. لذا جایگاه مراجعه به قاعده التعزیر در قوانین موضوعه، محکم است. با این همه این مبنا:

اولاً، مخالفانی در مجامع حقوقی دارد. برای مثال دکتر اردبیلی اصل ۱۶۷ را مطرح کرده و گفته است که از آن جرم‌انگاری برداشت نمی‌شود.

ثانیاً، بیشتر ادله آن با اشکالات متعدد فقهی روبه‌رو است که در ادامه بیان می‌شود.

اشکال قاعده دانستن تعزیر

استاد عبدی در ادامه در بعد تصویری قاعده بیان کردند که برخلاف بسیاری که از عنوان قاعده تعزیر استفاده می‌کنند، من آن را قاعده نمی‌دانم. اگر تعزیر، قاعده‌ای فقهی است، باید دانست که قاعده فقهی حکمی کلی است که به حسب موضوعش بر افراد متعدد قابل انطباق است؛ در حالی که در تعزیر گفته می‌شود هر کسی مرتکب کار حرامی شود، قابلیت تعزیر دارد؛ نه اینکه تعزیر می‌شود. امکان و قابلیت، حکم نیستند؛ حکم، یا وجوب تعزیر بر حاکم است یا جواز آن برای او؛ لذا باید مسئله تعزیر را به این گونه بیان کنیم: اصل این است که در هر ارتکاب حرامی، واجب یا جایز است که مجرم را تعزیر کنیم. پس از این نوبت بحث از مصداق‌های قاعده می‌رسد، لذا می‌گوییم که قاعده تعزیر، از القواعد الفقهی است، نه قواعد الفقه؛ بدین معنا که «القواعد الفقهی» (ترکیب وصفی) به آن بخش از مسائل فقهی می‌گویند که عمومیت پیدا کرده‌اند، مانند «تجب الصلاه»؛ اما «قواعد الفقه» (ترکیب اضافی) یعنی قواعدی که فقه را بر آن‌ها بنا می‌کنیم. لازمه‌ی این سخن آن است که قواعد الفقه دست‌کم به یک باب فقهی مختص نباشند و به نظر من، تعزیر جزء قواعد الفقه نیست.

اصل در مقام شک در تعزیرات

استاد عبدی در ادامه بیان داشتند که اگر در موردی شک کردیم که باید تعزیر کنیم یا خیر، اگر تعزیر را واجب دانستیم، به اصل عدم وجوب تعزیر و اگر تعزیر را جایز به معنای اخص دانستیم، به اصل عدم جواز تعزیر و اگر تعزیر را جایز به معنای اعم آن (مشروعیت) دانستیم، به اصل عدم حجیت عمل می‌کنیم. افزون بر این، اصل تعزیر مسبوق به اصلی است به نام «اصل عدم ایذاء مؤمن» که دلیل لفظی دال بر آن است و در مقام شک به اصل عدم ولایت - که برخی ادعا کرده‌اند - نیازی نداریم.

ادله فقهی جرم‌نگاری

سپس استاد امامی در مقام بررسی ادله فقهی قاعده تعزیر نکاتی بدین شرح بیان فرمودند: تعزیر، قاعده‌ای اصطیادی است و فقها قاعده تعزیر را از موارد متعددی که در روایات مختلف وجود داشته است، برداشت کرده‌اند. لذا کسی نمی‌تواند به اطلاق کلمه «کل من ارتکب» تمسک

کند. در واقع دلیل، لفظی نیست بلکه مجمع علیه است و می‌دانیم که اجماع دلیل لَبّی است؛ لذا به اطلاق قاعده نمی‌توان تمسک کرد.

درباره‌ی ادله‌ی این قاعده، به باور من به جز دلیلی که به روایات خاص استناد می‌کند، بقیه ادله خالی از اشکال نیستند. این ادله از این قرارند:

۱- ادله عام: روایاتی مثل «ان الله جعل لكل شیء حدًا و جعل علی کل من تعدی حدًا من حدود الله عزّوجل حدًا...» (کلینی، کافی ۷: ۱۷۴) که برای قاعده التعزیر به آن تمسک می‌شود، خالی از اشکال نیست. فقها هم در معنای «جعل» و هم در معنای «حدّ» مناقشه کرده‌اند که برخی از آن اشکال‌ها مستحکم‌اند. از این رو به این روایات نمی‌توان تمسک کرد.

۲- اجماع: دلیل اجماع اشکالاتی دارد:

اولاً، اجماع محضّل، در اینجا محرز نیست.

ثانیاً، به گفته صاحب جواهر، اجماع تنها درباره‌ی گناهان کبیره است.

ثالثاً، اجماع مدرکی است؛ زیرا مستند به همین ادله‌ای است که اینجاست آن‌ها برای اثبات قاعده التعزیر گفت‌وگومی‌کنیم.

۳- ادله امر به معروف و نهی از منکر: منظور از ادله امر به معروف و نهی از منکر در اینجا مرحله سوم آن، یعنی امر و نهی عملی است که بنا بر روایات، بعد از دو مرحله انزجار قلبی و امر و نهی زبانی قرار دارد. اما این دلیل نیز با اشکالاتی مواجه است:

اولاً، ادله امر به معروف و نهی از منکر، مرحله امر و نهی عملی را شامل نمی‌شود. چون در عبارت «أمرون بالمعروف و ناهین عن المنکر»، ظهور «امر» و «نهی» در انشاء قولی است.

ثانیاً، حتی اگر ادله امر به معروف و نهی از منکر، مرحله عملی آن را نیز دربرگیرد، مراد از امر و نهی این است که موجب انجام دادن واجب یا مانع ارتکاب حرامی شوید و این با مسئله تعزیر کاملاً بیگانه است؛ چرا که مجازات در تعزیر، پس از وقوع جرم و به منظور تنبیه مجرم صورت می‌گیرد؛ اما امر به معروف و نهی از منکر پیش از وقوع جرم و با هدف جلوگیری از وقوع جرم انجام می‌شود.

۴- روایات خاص: قوی‌ترین دلیل برای اثبات جرم‌انگاری در اعمال حرام، روایات خاصی است

که درباره‌ی جرم‌های متنوعی همانند وطی مادون الفرج، سرقت مادون النصاب، سرقت بدون شکستن حرز و دشنام مادون القذف، بیان شده‌اند و مجازات‌هایی چون تعزیر، تأدیب و شلاق را ذکر کرده‌اند. فقها از مجموع این روایات استنباط کرده‌اند که هراتکاب حرامی قابلیت تعزیر دارد.

مصادیق قاعده تعزیر

در ادامه استاد عبدی در نقد دلیل چهارم استاد امامی بیان داشتند که مسئله اصلی در تعزیرات، محقق آن است. به عبارت دیگر می‌خواهیم بدانیم که به لحاظ شرعی چه چیزهایی مصادق تعزیرند؟ آیا هراتکاب حرامی مصادق تعزیر است یا تنها موارد خاصی - که در روایات آمده است - مصادق آن‌اند؟ به عقیده بنده نمی‌توان حتی از بیست یا سی روایت خاص، القاء خصوصیت کرد و همه ارتکاب حرام‌ها را مصادق تعزیر دانست؛ بنابراین بر خلاف آقای امامی، دلیلی که به روایت خاص استناد می‌کرد را نیز تام نمی‌دانیم.

شاهد این سخن روایت امام باقر علیه السلام است که می‌فرماید: «قضی امیرالمومنین علیه السلام فی الهجاء التعزیر؛ حضرت علی علیه السلام هجوکننده را تعزیر می‌کرد.» (کلینی، کافی، ۷: ۲۴۳) هرچند وصف (هجاء)، مفهوم ندارد؛ امروزه اثبات کرده‌اند که جزئی مفهوم دارد؛ یعنی وقتی می‌گویند هجاء تعزیر دارد، مفهوم مخالف آن این است که برخی از کارهای حرام تعزیر ندارند. اگر همه کارهای حرام تعزیر داشته باشند، این سخن که هجاء تعزیر دارد، سخن لغوی است. بنابراین خود روایات خاص، مانع القاء خصوصیت‌اند و دلالت می‌کنند که تعزیر نباید در همه محرمات جاری شود.

نکاتی درباره‌ی روایات خاص

استاد امامی در ادامه فرمودند: دو نکته را درباره روایات خاص بیان می‌کنم: اولاً، فقها سند این روایات را به دلیل تعداد فراوانشان بررسی نکرده، آن‌ها را دارای تواتر معنوی دانسته‌اند. از این روایات شانزده حدیث مربوط به روابط ناسالم جنسی مادون الزنا و مادون لواط است؛ یازده روایت، در زمینه فحش و ناسزاگفتن مادون القذف است؛ نه روایت هم در زمینه‌هایی چون سرقت است که با شرایطی حد دارند، اما شرایط آن‌ها تحقق پیدا نکرده است. بنابراین از مجموع پنجاه روایتی که علامه مجلسی نقل کرده است، در ۳۶ روایت مجازات شرعی تعزیر تعیین

شده است و در این ۳۶ روایت، به جز یکی دو روایت، هیچ‌گاه به موردی بر نمی‌خوریم که کسی نماز صبحش را نخوانده یا غیبت کرده یا دروغ گفته باشد و معصوم بگوید باید تعزیر شود. از این رو نمی‌توان از آن‌ها به‌گونه‌ای القاء خصوصیت کرد که همه گناهان را شامل شوند؛ بلکه از آن‌ها برداشت می‌شود که تنها در مواردی که موجب اختلال نظام و حق الناس می‌گردد و مجازاتش در قانون نیامده است، می‌توان تعزیر کرد.

ثانیاً، تفاوت نظر میان فقها درباره‌ی اباحه یا وجوب تعزیر اختلاف واقعی نیست؛ از این رو مراد آن گروه از فقها که می‌گویند «تعزیر بر قاضی واجب است»، آن است که قاضی باید در تعزیر، شرایط و ضوابطی همانند در نظر گرفتن مصلحت فرد، مصلحت جامعه و نحوه ارتکاب جرم را در نظر داشته باشد. همچنین آن‌ها که قائل به اباحه تعزیر هستند، مرادشان این است که همان‌طور که تعزیر بر عهده امام است، بر عهده قاضی یا حاکم هم هست؛ یعنی برای آن‌ها هم مشروعیت دارد.

استاد عبدی در ادامه بیان داشتند قابل جمع بودن وجوب یا جواز در تعابیر فقها را خلاف ظاهر می‌دانم و معتقدم قرینه‌ی قوی لازم دارد؛ اما اکنون از آن بحث نمی‌کنم. سخن در اینجا درباره‌ی ۵۰ روایت خاصی است که آقای امامی از آن‌ها القاء خصوصیت می‌کرد و البته می‌گفت که هر ترک واجبی را شامل نمی‌شود. اشکال من این است که این روایات درباره‌ی محرمات است، نه ترک واجب؛ و از طرف دیگر، ترک واجب حرام نیست تا بتوانیم از آن روایات، القاء خصوصیت کنیم. برای القاء خصوصیت لازم است هم کثرت مورد باشد، هم تنوع مثال‌ها و موارد. در اینجا کثرت هست، اما اختلاف نیست؛ لذا القاء خصوصیت صحیح نیست. چرا که در اصول ثابت کرده‌اند که «تَرَكَ الْوَاجِبِ لَيْسَ بِحَرَامٍ». حرام آن است که مولی از آن نهی کرده است. ما معصیتی به نام ترک واجب نداریم تا القاء خصوصیت از روایات تعزیر، آن را دربر بگیرد.

البته از میان روایات تعزیر دور روایت درباره‌ی ترک واجب است؛ یکی درباره‌ی کسی است که دین خود را پرداخت نمی‌کند؛ دیگری درباره‌ی کسی است که در ماه رمضان افطار کرده است. اما برای القاء خصوصیت نمی‌توان به این دو روایت استناد کرد؛ زیرا در روایت اول برای پرداخت نکردن دین، مجازات حبس تعیین شده است و می‌دانیم که حبس، تعزیر محسوب نمی‌شود. در روایت دوم

هم معلوم نیست مجازاتی که برای ترک روزه در ماه رمضان در نظر گرفته شده است، به علت ترک روزه باشد؛ ممکن است علت حکم، روزه خواری علنی در ماه رمضان باشد که عملی حرام محسوب می‌شود. بنابراین روایات تعزیر تنها محرمات را شامل می‌شوند، آن هم نه هر حرامی را. از طرفی چون در زمینه تعزیر ترک واجب، به جز همان روایت روزه، روایتی نداریم، در تعزیر باید به موارد منصوص اکتفا کنیم و در دیگر موارد، اصولی چون اصل عدم حجیت، اصل عدم وجوب، اصل عدم جواز را جاری کنیم و نباید بی جهت از ارتکازسازی‌های عقلایی استفاده کنیم.

در ادامه نمونه‌ای از روایات را بیان می‌کنم تا روشن تر شود که چرا نمی‌توانیم از روایات، القاء خصوصیت کنیم. شیخ طوسی از حسین ابی‌العلاء نقل کرده است: «ان رجلاً لقی رجلاً علی عهد امیرالمؤمنین علیه السلام فقال ان هذا افتری علی قال و ما قال لک قال انه احتلم بام الاخر قال ان فی العدل ان شئت جلدت ظله فان الحلم انما هو مثل الظل ولكن سنوجهه ضرباً وجیعاً حتی لا یوذی المسلمین فضربه ضرباً وجیعاً.» (طوسی، تهذیب ۱۰: ۸۰) شخصی نزد امام علی علیه‌السلام می‌آید و می‌گوید که کسی به من تهمت زده است که با مادر دیگری محتلم شده‌ام. امام می‌فرماید خواب مانند سایه است. بنابراین اگر بخواهی تنها می‌توانی سایه‌اش را شلاق بزنی؛ اما او را محکم می‌زنیم تا دیگر، مسلمانان را آزار ندهد. در این روایت، شخصی صرفاً به دیگری حرفی زده و به هیچ وجه در نظم عمومی اختلال ایجاد نکرده است. چگونه می‌توان از آن القاء خصوصیت کرد و گفت در جاهایی که نظم عمومی به هم می‌خورد، تعزیر لازم است؟ تعدی از این روایت، قرینه لازم دارد و قرینه‌ای وجود ندارد؛ مگر اینکه بخواهیم به وسیله آن، مجازات تعزیر را برای اصلی به نام «عدم ایذاء المسلمین» اثبات کنیم.

پرسش و پاسخ

پرسش: آیا با قواعد دیگر مانند «التعزیر للحاکم» می‌توان شبهه در صدق تعزیر را از بین برد؟ یعنی بگوییم تعیین مصادیق تعزیر، بر عهده خود حاکم است و هرگاه تشخیص دهد که عملی مصادق تعزیر است، می‌تواند تعزیر کند.

استاد عبدی: در شبهه مصادیق نمی‌توان به عام تمسک کرد. وقتی هنوز احراز نکرده‌ایم که عملی مصادق تعزیر است، چگونه می‌توانیم حکم تعزیر را بر مرتکب آن جاری کنیم؟! «ثبت الارض ثم انقش!»

پرسش: دلیل عقل بررسی نشد. آیا از دلیل عقل می‌توان برای اثبات قاعده تعزیر استفاده کرد؟
استاد امامی: این دلیل همان اختلال نظام است که خود آن نیز امری تعبدی نیست و در روایات نیامده است؛ بلکه عقل به آن حکم کرده است. فقها از این دلیل سخن گفته‌اند. برای مثال آن‌جا که می‌گویند «عدم ایذاء المسلمین»، از دلیل عقل سخن می‌گویند. آیت‌الله صافی در این باره، مواردی مانند ایذاء المؤمنین، ایذاء الناس و اختلال نظام را بیان کرده است؛ البته او نمی‌گوید که هر عمل حرامی تعزیر دارد. همچنین باید دانست که منظور از دلیل عقل، عقل سکولار نیست؛ بلکه عقل متشرعه است. بنابراین مصداق اختلال نظام چیزی است که در «جامعه مسلمانان» اختلال نظام به شمار می‌رود. از این رو برای مثال ممکن است کسی روزه خواری علنی را مصداق به هم زدن نظم عمومی بداند.

پرسش: آیا در ماده ۶۳۸ قانون مجازات قدیم، قید علنی بودن جرم، به همین منظور آمده است؟
استاد امامی: بله؛ اما نباید بگوییم که اگر جرم علنی نبود، به هیچ وجهی تعزیر ندارد. اثبات شیء نفی ماعدانمی‌کند. چون بسیاری از جرم‌ها استحقاق تعزیر دارند، اما علنی صورت نمی‌گیرند. در این موارد قاضی باید هوشیار باشد و در تشخیص مصداق تعزیر، ملاک‌ها و اهداف آن و انضباط اجتماعی را در نظر بگیرد. باید توجه کرد که تعزیر یک مسئله کاملاً عقلایی است که با هدفی اجتماعی وضع شده است. تعزیر و به‌طور کلی قوانین جزایی برای برقراری نظم اجتماعی وضع شده‌اند و دلیل عقل به وضع این قانون‌ها حکم کرده است. قرار نیست به وسیله آن‌ها مردم همه واجبات دینی را انجام دهند و همه محرمات دینی را ترک کنند. شاهد این مطلب آن است که همان‌طور که گفتم مثال‌های فقها در زمینه تعزیر از مسائل اجتماعی و عقلایی است، نه تعبدی.

پرسش: آیا در این‌گونه موارد نباید تعزیر را مضیق و قانون را به نفع متهم تفسیر کرد؟
استاد امامی: مواد قانونی مجمل نیستند تا بخواهیم آن‌ها را مضیق و به نفع متهم تفسیر کنیم. اصل ۱۶۷ کاملاً شفاف است و تفسیر مضیق و به نفع متهم، در خصوص موادی است که مجمل است و نیاز به تفسیر دارد. زمانی که ماده‌ای ظهور دارد، نمی‌توان از آن دست برداشت؛ چرا که این کار، با ضوابط و قوانین سازگار نیست.