

«تعزیرات منصوص» از احکام ابدی تا احکام قضایی و حکومتی

محمد رمضانی* / رحیم نوبهار** / سید محمدرضا آیتی***

چکیده

میزان کیفر برخی از جرائم تعزیری در روایات تعیین شده است. فقیهان گاه از این موارد، با عنوان تعزیرات منصوص یا تعزیرات معین یاد کرده اند. وجود چنین مجازات هایی بر ابهام شمارگان حدود افزوده و سبب تشّت آرای فقیهان در تعزیری یا حدّ قلمداد کردن این دسته از مجازات ها شده است. پرسش اصلی در باره این موارد، روشن ساختن چیستی میزان مجازات در این جرائم، و ثبات یا تغییربرداری کیفرهای پیش بینی شده است. پژوهش حاضر با توجه به منصب های متعدّد معصومین (ع) و ناهمگونی تعیین میزان مجازات با فلسفه اصلی تشریح کیفر های تعزیری مانند اصلاح، تأدیب و منع بزهکار، تعیین این مجازات ها را از جنس احکام قضایی دانسته است. این به معنای آن است که میزان مجازات تعیین شده در این موارد، از احکام تغییرنابردار شرع نیست. از نتایج این برداشت آن است که این گونه تعزیرات با تعزیرات غیر منصوص تفاوت ماهوی نداشته و شناسایی نهاد های جدید جزایی مانند تعلیق، تعویق مجازات و مرور زمان تعقیب و مرور زمان صدور حکم در آنها بلامانع است.

کلیدواژه: حدّ، تعزیر، تعزیرات منصوص شرعی، روایات قضایی، روایات حکومتی

* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران

rmobahar@gmail.com

** دانشیار دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

*** استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران

تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۳/۰۴ - پذیرش نهایی: ۱۳۹۶/۰۹/۱۸

۱- مقدمه

فقیهان به طور کلی تعزیر برای ارتکاب محرمات شرعی را از اختیارات حاکم می دانند. تعزیری که بر مبنای این قاعده عام از سوی حاکم برای ارتکاب هر نوع عمل حرام شرعی اعمال می شود، تعزیرات شرعی نامیده می شود و اندازه معینی ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۳۶/۴). با این حال، برخی اعمال و رفتارها به صورت خاص در متون دینی مصداق عمل حرام معرفی شده و برای مرتکبان آنها مجازات معینی پیش بینی شده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵۴/۴۱). به این دسته از تعزیرات، «تعزیرات منصوص شرعی» یا «تعزیرات معین» گفته می شود. از اصلی ترین پرسش ها درباره این دست تعزیرات، ماهیت مجازات در اینگونه موارد است. این مقاله با روش تحلیلی-انتقادی در پی پاسخ به این پرسش است که: آیا تعیین میزان مجازات در اینگونه موارد، حکم شرعی و ابدی است یا آن که می توان تعیین میزان کیفر در این موارد را امری قضایی یا حکومتی دانست؟ مقاله همچنین به واکاوی این پرسش می پردازد که آیا تعیین میزان کیفر در اینگونه موارد به معنای آن است که این تعزیرات باید به لحاظ احکام و آثار به حد ملحق شوند؟

در جریان تصویب قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲، با پیشنهاد شورای نگهبان قانون اساسی به مجلس شورای اسلامی، نهاد «تعزیرات منصوص شرعی» به این قانون راه یافت. در نتیجه، اینگونه تعزیرات از شمول مرور زمان تعقیب و صدور حکم (موضوع ماده ۱۰۵) خارج شدند. به تصریح تبصره ۲ ماده ۱۱۵ ق.م.ا. ۱۳۹۲ بسیاری از نهادها و تأسیسات کیفری مانند منع محاکمه و مجازات مضاعف در اینگونه تعزیرات راه پیدا نمی کند. حبس ناشی از اینگونه تعزیر قابل تبدیل به جزای نقدی نیست و قاضی نمی تواند حتی در صورت احراز این که محکوم، بدون کیفر هم اصلاح می شود به معاقبت از کیفر حکم نماید. مجازات های تعزیری منصوص همچنین قابل تعویق و تعلیق نیستند. ضمن این که تعزیرات منصوص شرعی به خودی خود مبهم و

پیچیده است. این امر به نوبه خود سردرگمی هایی را برای دادرسان پدید آورده و مایه تفسیر های گوناگون شده است (رحمانیان و حبیب زاده، ۱۳۹۲: ۱۰۵). برخی دیگر از نویسندگان، تعزیرات منصوص را اصطلاحی فقهی و یکی از مصادیق «اجمال قانون» دانسته اند که همانند سایر موارد اجمال قانون، دادرس می بایست طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی به متون فقهی مراجعه و حکم مسأله را استخراج نماید (برهانی، ۱۳۹۴: ۱۰۷). با فرض پذیرش رجوع به منابع فقهی در اینگونه موارد، به لحاظ ارتباط آن با اصل قانونی بودن جرم و مجازات پیداست که تفسیر ها از قلمرو تعزیرات منصوص شرعی و احکام آن می تواند کاملاً مختلف باشد. موارد پیش گفته، تحقیق در باره چند و چون این نهاد در چارچوب فقه و موازین حقوقی را ضروری می سازد. آثار موجود درباره تعزیرات منصوص به زبان پارسی اغلب اصل وجود این نهاد را مفروض می گیرند و مثلاً از ابهام موارد آن سخن می گویند؛ حال آن که ضرورت و حتی درستی شناسایی تعزیرات منصوص با احکامی متفاوت از تعزیرات عمومی به شدت مورد تردید است. برای پیگیری چند و چون تعزیرات منصوص به ویژه از این چشم انداز این مقاله در بخش نخست مفاهیم، مصادیق و جایگاه تعزیرات منصوص را واکاوی نموده و در بخش دوم با تأکید بر گونه شناسی خطاب های دینی که در آنها به نوعی به تعزیرات منصوص اشاره شده، دیدگاه قانونگذار ایرانی درباره این نهاد را به روش تحلیلی نقد نموده است.

۲- مفهوم، مصادیق و ویژگی های تعزیرات منصوص

۲-۱- معنای تعزیر عام

لغت شناسان، تعزیر را از ریشه «عزر» دانسته اند و برای آن معانی متعددی برشمرده اند. عده ای تعزیر را به معنای منع کردن، بازداشتن و سرزنش کردن دانسته اند (زبیدی، ۱۴۱۴: ۲۱۴/۷-۲۱۲؛ جزیری، بی تا: ۲۲۸/۳). جوهری آن را ضرب شدید دانسته است (جوهری، ۱۴۱۸: ۷۴۴/۲). برخی تعزیر را معادل تأدیب دانسته اند (فیومی،

۱۴۰۵: ۴۰۶/۲؛ فیروزآبادی، ۱۴۰۵: ۹۱/۲؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۵۶۲/۴). نصرت و یاری نمودن نیز در تعریف این واژه آمده است (اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۶۴؛ ابن فارس، ۱۴۰۴: ۳۱۱/۴). فیومی در تعریف این واژه سرزنش و ملامت را لحاظ نموده است (فیومی، ۱۴۰۵: ۴۰۶/۲). برخی دیگر از واژه شناسان در تعریف تعزیر، از تعبیر «ضرب دون الحد» استفاده نموده اند (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۵۶۱/۴؛ جزیری، بی تا: ۲۲۸/۳؛ فراهیدی، ۱۴۱۰: ۳۵۱/۱؛ طریحی، ۱۴۱۶: ۴۰۱/۳). برخی تمامی معانی ذکر شده برای تعزیر را به حمایت کردن همراه با قدرت بخشیدن بازگردانده اند. با این توضیح که با تعزیر از شخص مجرم، در مقابل عمل بدش دفاع می شود و تعزیر او را پاک و به سوی کمال هدایت می کند و باعث تربیت او می شود و او را از تکرار عمل باز می دارد (مصطفوی، ۱۳۶۰: ۱۰۸/۸).

در اصطلاح نیز فقیهان شیعه برداشت های واحدی از معنای تعزیر نموده اند، برخی معیار تعزیری بودن مجازات را نا معین بودن میزان مجازات می دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۲/۱۵؛ محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۴۷/۴). برخی دیگر، واژه تأدیب را در معنای تعزیر لحاظ نموده اند (ابن ادریس، ۱۴۱۱: ۵۳۵/۳؛ طباطبائی، ۱۴۱۲: ۴۵۱/۲). گروهی تعزیر را مجازاتی دانسته اند که خداوند ما را به پذیرش آن فرا خوانده است (حلبی، ۱۴۰۳: ۴۱۶). تعریف های دیگری نزدیک به همین مضامین در باره تعزیر ارائه شده است (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۲۰/۱).

برخی از فقیهان معاصر بر این باورند که واژه تعزیر نه مانند لفظ صلاه، «حقیقت شرعی» دارد، نه «حقیقت متشرّعه»، و نه حقیقت فقهیه (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۲۶). کلمه تعزیر واژه ای است که دارای هیچ یک از حقیقت های سه گانه فوق نیست، زیرا در کلمات فقیهان - که خواهد آمد - در همان معنای لغوی آن بکار رفته است.

دانشمندان اهل سنت نیز تعزیر را مجازاتی می دانند که میزان آن نا معین بوده و مقدار آن از جانب شارع معین نشده است (ابن قدامه: ۱۴۱۰: ۴۶۷/۱۲؛ بهوتی، ۱۴۱۸:

۱۵۴/۶؛ ابن قدامه، ۱۴۱۰: ۱۹۱/۴). برخی تعزیر را به معنای مطلق بازداشتن و جلوگیری کردن دانسته اند، اما در اصطلاح شرع آن را به مجازاتی تفسیر کرده اند که حدّ و کفّاره معینی ندارد (جزیری، ۱۴۱۹: ۵۸۹/۵). بدین سان، تعاریف فقهای اهل سنّت تفاوت چندانی با تعاریف فقهای شیعه ندارد.

۲-۲- ویژگی مجازات های تعزیری

برابر بررسی ها در احکام جزایی اسلام، سه تفاوت بنیادین میان حدّ و تعزیر مشاهده می شود: ۱- تفاوت در موضوع: در حدود شرعی، موضوع هر حدّ و نوع جرم آن کاملاً مشخص شده است، اما در تعزیر، تعیین نوع و مقدار مجازات، متناسب با نظر و صلاحدید حاکم اسلامی است؛ ۲- از جهت نوع کیفر: نوع کیفرهای حدّی در شریعت مشخص گردیده است، اما در مجازات های تعزیری بنا به صلاحدید حاکم اسلامی تعیین می گردد؛ ۳- از جهت میزان مجازات: اندازه مجازات تعزیری باید متناسب با بزه انتسابی باشد، بنابراین تناسب جرم و مجازات در تعزیر بیشتر رعایت می شود. تفاوت های دیگر عبارت است از:

۱. عدم تعیین حدّ اقل در تعزیر: تعزیر از طرف کمی اندازه معینی ندارد ولی از جهت کثرت باید از حدّ، کمتر باشد. فقهای عامه از جهت قلت تعزیر با شیعه موافقتند، ولی در جانب زیادی اختلاف نظر دارند. بعضی از آنان معتقدند تعزیر می تواند به مقدار حدّ یا بیشتر باشد (ابن قدامه، ۱۴۱۰: ۳۲۵/۸)؛ ۲. تابع مفسده بودن تعزیر: تعزیر تابع مفسده ای است که در ارتکاب جرم وجود دارد (عاملی، ۱۴۰۰: ۱۴۲/۲-۱۴۳)؛ ۳. عدم اجرای تعزیر در صورت عدم ترتّب فایده بر آن؛ ۴. سقوط تعزیر با توبه: تعزیر با توبه ساقط می شود، ولی در حدود اختلاف نظر وجود دارد؛ ۵. تعزیر بر حسب جرم، مجرم و صاحب حق مختلف است و بر عهده حاکم اسلامی است که به اختیار خود مجازات متناسبی وضع نماید، اما در حدود چنین اختلافی دیده نمی شود؛ ۶. تنوع تعزیر به اختلاف حقوق: تعزیر گاه حق الله، گاه حق الناس و گاه مشترک است، اما حدود همگی حق الله هستند، جز حدّ کذف که در باره آن اختلاف نظر وجود دارد

جزیری، بی تا: ۳۹۷/۵؛ ۷. وجوب اقامه حدود بر امام: اقامه حدود بر امام و حاکم واجب است، ولی درباره وجوب و عدم وجوب اقامه تعزیر بر امام و حاکم میان فقهای شیعه اختلاف نظر وجود دارد. از فقهای عامه، مالک و ابوحنیفه معتقدند که اگر تعزیر به خاطر عدم رعایت حق الله باشد، اقامه آن واجب است، اما شافعی معتقد است که تعزیر واجب نیست و امام و حاکم در اقامه آن مختارند (همان: ۵۹۱/۵)؛ ۸. پذیرفته نشدن عفو و شفاعت در حدود: در حدود، عفو و شفاعت به هیچ وجه پذیرفته نیست، اما در تعزیر، حاکم مجاز است مجرم را عفو کند یا شفاعت افراد را درباره او بپذیرد. هرچند گاه در درستی یکایک این تفاوت ها تردید می شود و نظامی کمتر افتراقی که در آن حدّ چندان با تعزیر متفاوت نیست پیشنهاد می شود؛ زیرا ادله عقلی و نقلی استواری برای اثبات بسیاری از این تفاوت ها وجود ندارد (نوبهار، ۱۳۹۲: ۲۱۳-۲۵۴).

۳-۲- تجزیرات منصوص

در احکام جزایی اسلام، احکامی وجود دارد که در عین تعزیری بودن، میزان مجازات در آنها از ناحیه معصوم (ع) معین شده است. فقیهان باب مستقلی را به این دست تعزیرات اختصاص نداده اند؛ هرچند که در کتاب های فقهی به صورت پراکنده و در ابواب مختلف به تناسب موضوع با استناد به روایات موجود به آنها اشاره نموده اند. تنها فقهی که به جمع آوری این دسته از تعزیرات همت گماشته، علامه مجلسی (ره) است. ایشان شمار این تعزیرات را تا پنجاه قسم دانسته است (مجلسی، بی تا: ۲۱-۳۵). مروری بر کتاب های فقهی بیانگر این است که چهار نظریه در شمارگان تعزیرات منصوص شرعی ارائه شده است:

گروه اول، از عبارت برخی فقهای پیشین مانند محقق حلی و از معاصران، امام خمینی (ره) چنین بر می آید که تنها دو مورد را می توان از چنین مجازات هایی دانست. صاحب شرائع، مقدار ۱۲/۵ شلاق برای شخصی که کنیزی را بدون اجازه همسر مسلمانش به عقد خود درآورده و با وی آمیزش جنسی داشته باشد (محقق

حلی، ۱۴۱۸: ۲۱۷/۱) و ۳۰ تا ۹۹ ضربه شلاق برای خوابیدن زیر پوشش واحد دو همجنسی که بین آنها هیچ قرابتی نباشد را از نوع مجازات های تعزیری منصوص دانسته است؛ در حالی که امام خمینی (ره) با تفصیل دادن بین موردی که دو مرد برهنه زیر پوشش واحدی قرار گیرند - که در این صورت به نظر حاکم تعزیر می شوند - و بین صورتی که دو زن در چنین وضعیتی قرار بگیرند - که در این صورت، ۹۹ ضربه شلاق زدن به آنها را احوط می داند - حکم مسأله را بیان نموده است (خمینی، ۱۴۱۵: ۴۷۰/۲-۴۷۱). همچنین ایشان آمیزش جنسی با همسر روزه دار در صورتی که زوجه میل به چنین ارتباطی داشته باشد را از تعزیرات منصوص دانسته و مجازاتش را پرداخت کفاره به همراه ۲۵ ضربه شلاق می داند (همان: ۲۶۴/۱).

گروهی دیگر که اکثریت فقها اعم از متأخرین و متقدمین را تشکیل می دهند، شمارگان تعزیرات منصوص را به سه مجازات منحصر نموده اند. هرچند در مصادیق آن اتفاق نظر وجود ندارد؛ تا آنجا که در مسأله آمیزش جنسی مرد با همسر روزه دارش در صورت میل و رغبت زوجه علاوه بر الزام به پرداخت کفاره از سوی آن دو، ۲۵ تازیانه و در صورت اکراه زوجه علاوه بر پرداخت دو کفاره، زوج ۵۰ تازیانه مجازات خواهد شد. فقهایی همچون شهید اول (۱۴۱۷: ۲۷۶/۱) و شهید ثانی (۱۴۱۳: ۳۲۶/۱۴) را می توان از این دسته نامید. در حالی که صاحب شرائع الاسلام (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۷۵/۱-۱۷۶) همانند شهیدین نظر داده است، با این تفاوت که ایشان در کتاب المختصر النافع صرفاً به بیان «و یعزّر دونها» اکتفاء نموده و میزان آن را مطلق گذارده است (محقق حلی، ۱۴۱۸: ۶۷). از فخر المحققین فرزند علامه نیز در کتاب ایضاح الفوائد چنین فتوایی گزارش شده است (حلی، ۱۳۸۷: ۲۲۹/۱).

گروه سوم، فقهایی همچون شیخ طوسی، محقق حلی، شهید اول، شهید ثانی و امام خمینی بر این باورند که شمارگان تعزیرات منصوص به چهار مورد اختصاص دارد که عبارتند از: ازاله بکارت به وسیله انگشت (طوسی، ۱۴۰۰: ۶۶۹؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ۲۵۶/۱؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۴۵/۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۶/۱۴؛ خمینی، ۱۴۱۵:

۴۶۸/۲). در حالی که صاحب جواهر، شمارگان تعزیرات منصوص را به پنج مورد اختصاص داده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵۵/۴۱). از معاصرین نیز مرحوم خوئی بر این باورند که هرگاه شخصی به وسیله انگشت، موجب ازاله بکارت کسی غیر از همسر و یا کنیزش شود، بنا بر مشهور تعزیر می شود و حدّ نمی خورد و ۸۰ ضربه تازیانه در روایات نیز حمل بر تعزیر می شود (خوئی، ۱۴۲۲: ۴۱۱/۴۱)؛ نزدیکی با همسر در حال روزه (طوسی، ۱۴۱۶: ۱۸۱/۲؛ طوسی، ۱۳۵۱: ۲۷۵/۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۶/۱۴؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۰۰؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۰۴: ۸۷-۸۸)؛ به همسری گرفتن کنیز و نزدیکی با او قبل از اذن از همسر آزاد مسلمان (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۳۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۶/۱۴) و قرارگرفتن دو انسان عریان زیر پوشش واحد (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۰۵-۷۰۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۱۰/۱۴؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۰۴: ۸۷-۸۸). و در نهایت، گروه چهارم فقهای هستند که شمارگان تعزیرات منصوص را به پانزده مورد رسانیده اند. برخی از فقیهان معاصر در مقام شمارش تعزیرات منصوص این موارد را از تعزیرات منصوص دانسته اند: ۱. افتراء انسان آزاد توسط برده، که مستحق ۷۹ یا ۷۸ ضربه تازیانه است؛ ۲. بکار بردن الفاظی مانند: فاجر، خبیث، فاسق و ... که مستحق ۳۹ ضربه تازیانه خواهد بود؛ ۳. رابطه جنسی با حیوان (وطی بهیمة) که مرتکب، به اندازه یک چهارم حدّ زانی یعنی ۲۵ ضربه تازیانه می خورد؛ ۴. نزدیکی با همسر در مدت حیض که مرتکب، ۲۵ تازیانه می خورد؛ ۵. آمیزش جنسی در حال روزه ماه مبارک رمضان که در صورت میل و رغبت زن، هر یک باید کفّاره پرداخت نموده و ۲۵ ضربه تازیانه زده می شوند و در صورت اکراه زن، زوج باید دو کفّاره پرداخت نموده و به ۵۰ تازیانه تعزیر می شود؛ ۶. شخصی که دیگری را فرزند دیوانه بخواند؛ ۷. دو مردی که بدون وجود قربات و بدون ضرورت در یک پوشش قرار گیرند که مجازات آن ۹۹ ضربه تازیانه است؛ ۸. مجازات ۱۲ و نصف (یک هشتم حدّ زانی) و وجوب مفارقت برای مردی که بدون اجازه همسر مسلمانش با زنی از اهل کتاب ازدواج کند؛

۹. تمتعات جنسی حرام بدون آمیزش، که ۹۹ ضربه تازیانه برای مرتکبان آن معین شده است؛ ۱۰. ۹۹ یا ۹۸ تازیانه برای مرد و زن بیگانه ای که در خانه ای باهم خلوت نمایند؛ ۱۱. استحقاق ۲۰ تازیانه علاوه بر مجازات شرب خمر برای کسی که در ماه مبارک رمضان شراب بنوشد؛ ۱۲. مخاطب قراردادن اشخاص با جمله «ای یهودی»؛ ۱۳. اگر شخصی دیگری را با جمله «ای مخنث» خطاب کند، ۲۰ تازیانه می خورد. ۱۴؛ مجازات تعزیری ۳۹ ضربه تازیانه برای کسی که بدون عذر در ماه رمضان روزه اش را افطار کند؛ ۱۴. قذف مسلمان توسط اهل کتاب، که مجازاتش ۷۹ ضربه تازیانه است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۰۲-۱۰۶).

تعیین میزان مجازات در تعزیرات منصوص مایه تشتت آراء فقیهان در احصاء و شمارش پاره ای از مجازات ها به عنوان حدّ یا تعزیر شده است. به این معنا که حدّی و تعزیری بودن این گونه مجازات ها نامعلوم بوده، به گونه ای که فقیهی همچون محقق حلّی در جایی ارتداد را از جرائم تعزیری دانسته (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۱۳۶/۴) ولی فقیهان دیگر، ارتداد را جرمی حدّی تلقی نموده اند. صاحب جواهر ضمن نقل سخن شهید در مسالک که معین و نامعین بودن مقدار مجازات را معیار تفکیک میان حدّ و تعزیر دانسته، اذعان نموده است که «تعزیر» در عبارت شهید، در مقابل حدّ اصطلاحی نیست؛ به همین دلیل، برخی از این مجازات های معین، حدّ به شمار آمده اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵۵/۴۱).

مستند برداشت های فوق روایاتی است که به نوعی به تعزیرات می پردازد. برای نمونه به برخی از این روایات اشاره می کنیم:

۱. روایاتی که متجاوز به حیوانات را مستحقّ ۲۵ ضربه شلاق می داند. صاحب وسائل الشیعه مجموعاً ده روایت را نقل نموده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۵۷/۲۸).
۲. روایاتی که برای مسلمانی که علاوه بر همسر مسلمانش، زنی از اهل کتاب می گیرد ۱۲/۵ تازیانه بیان کرده است (همان: ۱۵۱/۲۸).

۳. در برخی روایات برای مرد و زن، یا دو مرد، یا دو زنی که در یک بستر خوابیده اند، ۹۹ ضربه شلاق تعیین شده است (همان: ۸۵/۲۸).

۴. هرگاه انسان روزه دار با همسر روزه دارش در ماه مبارک رمضان آمیزش جنسی کند، در صورت عدم تمایل زوجه، مرد ۵۰ شلاق می خورد و اگر زن هم مایل بوده، بر هر کدام ۲۵ تازیانه جاری می گردد (همان: ۳۷۷/۲۸).

۵. کسی که با همسرش در حال حیض آمیزش نماید نیز ۲۵ تازیانه می خورد (همان).

۶. بنابر روایتی از امام علی (ع): هر کس به برادر مسلمان خود یکی از جملات: ای فاجر، ای خبیث، ای فاسق یا ای منافق را بگوید، باید او را سی و نه تازیانه زد (نوری، ۱۴۰۸: ۱۰۳/۱۸).

بنابراین می توان گفت مجموعاً در مسأله تعیین مقدار مجازات تعزیری، از چندین عبارت استفاده شده است: روایاتی که تعبیر به مأه غیر سوط نموده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۸۵/۲۸-۸۹-۹۰)؛ روایاتی که اشاره به صد تازیانه دارد (همان: ۸۶-۸۷-۸۸-۸۹-۹۱)؛ دسته دیگری از روایات هم واژه حدّ را در این موارد بکار برده اند (همان: ۸۴/۲۸-۸۸-۹۱)؛ در دسته دیگری از روایات، عبارت «ما دون حدّ» بکار رفته است (همان: ۸۲/۲۸-۱۸۸-۳۵۸-۳۷۵؛ نوری، ۱۴۰۸: ۱۰۳/۱۸).

۳- تحلیل چستی مجازات در تعزیرات منصوص

رایج ترین معیار در تفکیک حدّ و تعزیر، معین و نامعین بودن میزان مجازات است. میزان مجازات در تعزیرات منصوص شرعی از ناحیه معصوم (ع) معین شده است. حال آیا تعیین میزان مجازات از سوی معصومین (ع) حکمی کلی و ابدی است و باید در موارد مشابه هم به حکم امام استناد نمود یا آن که تعیین مقدار مجازات در چنین جرائمی، حکمی حکومتی یا قضایی است و مقصود معصوم (ع) بیان حکم همان مسأله

ای است که به ایشان مراجعه شده است؟ در صورت اخیر، تعیین مقدار مجازات، حکم شرعی محسوب نخواهد شد و در نتیجه، قابلیت تعمیم به دیگر موارد را ندارد. در ادامه هر یک از این دو احتمال را بررسی می‌کنیم:

۱-۳- نظریه فقهی بودن میزان مجازات در تعزیرات منصوص

یکی از شئون و مناصب پیامبر اکرم (ص) و معصومین (ع) بیان احکام الهی است. پیامبر (ص) وظیفه داشت قوانین و ارزش‌ها را از طریق وحی دریافت نموده و آنها را به مردم بشناساند؛ از اینرو آن حضرت، مبلغ احکام اسلام بود (حشر: ۷). در دیدگاه شیعیان، همه اقوال و افعال و تقریرات پیامبر اکرم (ص) و جانشینان او در زمره سنت قرار گرفته و حجت شرعی است. سنت پس از قرآن کریم یکی از مهم‌ترین منابع استنباط حکم شرعی است. ابدی و ازلی بودن و همچنین کلی بودن این خطاب‌ها را می‌توان از خصیصه‌ها و ویژگی‌های این دسته از روایات دانست. طبق این نظریه، تعیین میزان مجازات در تعزیرات منصوص نیز مانند تشریح تعداد رکعات نماز، توفیقی بوده و حکمی فقهی و ابدی محسوب خواهد شد. این همان دیدگاهی است که اکنون در قانون مجازات اسلامی پذیرفته شده است.

در نقد این نظریه می‌توان گفت: احکام صادر از معصومان (ع) ممکن است به اعتبار مناصب گوناگون آنان باشد. خلط میان این مناصب، مانع فهم درست روایات و نصوص شرعی و استنباط درست از آنهاست. تأمل در روایات باب تعزیرات منصوص می‌تواند ادعای ابدی نبودن تعیین مقدار مجازات را تقویت نماید. به این ترتیب، تعیین مقدار مجازات از ناحیه امام (ع) یا مربوط به همان واقعه خاص و حکمی قضایی بوده، یا این که امام معصوم (ع) به عنوان حاکم شرع برابر مصلحت، در موردی مخصوص، عدد خاصی را بیان نموده است. در نتیجه، دادرسی در جرم مشابه با توجه به شرایط خاص مجرم، می‌تواند به مقدار کمتر یا بیشتر از آن چه که در روایت آمده، حکم کند. مرحوم میرفتاح ادعان نموده است که مقادیر و تحدیدات موجود در شرع غالباً به خودی خود خصوصیتی ندارند؛ مثلاً میزانی که برای آب کُر تعیین شده، به دلیل آن

است که این اندازه آب، چندان قوی است که با تماس با نجاست، تأثیر نمی پذیرد. مقادیری که به عنوان حریم برای مکان های گوناگون در شرع ذکر شده، از آن روست که در صورت عدم رعایت آنها، افراد زیان می بینند؛ وجوب معرفّی مال پیدا شده به مدّت یک سال، به دلیل اهتمام شرع به پیدا شدن مالک مال است، نه این که یک سال خصوصیتی داشته باشد. همچنان که گاه در خود روایات و نصوص دینی هم اشاره شده، این تحدیدها به دلیل مصالحی است که آن مصالح، گاه فرا تر از این تحدیدات هم حاصل می شود. هر چند گاه برخی فقیهان ملاک حکم را مبنا قرار داده اند، نه مقادیر ذکر شده در روایات؛ چنان که علامه حلّی معیار حریم را ضرر قرار داده است؛ یا دیگری با ردّ خصوصیت معرفّی مال پیدا شده برای یک سال، ملاک در معرفّی مال پیدا شده را نومییدی از یافتن صاحب آن دانسته است (نوبهار، ۱۳۹۲: ۲۲۳).

با توجه به مطالب فوق، تعیین میزان مجازات در تعزیرات منصوص را حکمی فقهی و ابدی قلمداد کردن ضعیف به نظر می رسد. نمی توان حکم صادر از معصوم (ع) در این موارد را به موارد مشابه تسرّی داده و به همیشگی بودن و تغییرناپذیری چنین مجازات هایی به عنوان تعزیرات منصوص نظر داد.

۲-۳- نظریه حکومتی بودن تعیین میزان مجازات

یکی از وظایف پیامبر اکرم (ص) و جانشینان وی، رهبری جامعه و ایجاد نظم در جامعه اسلامی است. احکام برخواسته از این منصب، احکامی تدبیری و حکومتی نامیده می شود. حکم حکومتی و تدبیری دانستن میزان مجازات در تعزیرات منصوص احتمال بعیدی به نظر نمی رسد. شمارگان احکام حکومتی در میان روایات مربوط به مسائل جزائی، کم نیست. برای نمونه دور نیست که تعیین نصابی معین برای مال به سرقت رفته در سرقت حلّی از جنس احکام سلطانی باشد؛ این به معنای آن است که آن اندازه مال در آن ظرف زمانی معین، مال قابل توجه قلمداد می شده است. میزان

مال با اهمیتی که دست یک انسان برای آن بریده می شود ممکن است از جامعه ای به جامعه دیگر متفاوت باشد (نوبهار، ۱۳۹۳: ۱۴۴).

احکام حکومتی، تصمیماتی است که ولیّ امر در سایه قوانین شریعت و رعایت موافقت آنها بر حسب مصلحت زمان اتخاذ می کند و طبق آنها مقرراتی وضع نموده و اجرا می نماید. این مقررات، لازم الاجراء بوده و مانند شریعت، دارای اعتبار هستند؛ با این تفاوت که قوانین آسمانی، ثابت و غیر قابل تغییر بوده، ولی مقررات وضعی، قابل تغییرند و در ثبات و بقاء، تابع مصلحتی هستند که آنها را به وجود آورده است و چون پیوسته زندگی جامعه انسانی در تحول و رو به تکامل است، طبعاً این مقررات تدریجاً تغییر و تبدل پیدا کرده، جای خود را به بهتر از خود خواهند داد (طباطبائی، ۱۳۸۷: ۱۹۱). بنابراین، مصلحت مداری، گستردگی حوزه شمول بر اساس مقتضیات زمانی و مکانی، تغییر و تبدل پذیری را می توان از خصایص و ویژگی های احکام حکومتی دانست.

این گونه احکام در میان اوامر و متون صادر از معصومان (ع) کم نیست. اخراج قصه سرایان از مسجد (طوسی، ۱۳۶۵: ۱۴۹/۱۰) برخورد با پیشگویان (دشتی، ۱۳۸۶: خطبه ۷۹) دستور رسول اکرم (ص) به خضاب کردن ریش و موی سر «غیروا الشیب و لاتشبهوا بالیهود» (مجلسی، ۱۴۰۳: ۱۰۴/۷۳) و تغییر این حکم توسط امیر المؤمنین (ع) (دشتی، ۱۳۸۶: حکمت ۱۷) جدا سازی مردان و زنان در معابر عمومی (عاملی، ۴۲۴: ۶۵) تجویز جماعت برای نافله توسط حضرت علی (ع) به خاطر وجود مصلحت (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۶/۸) حکم به پرداخت زکات اسب توسط امام علی (ع) (طوسی، ۱۳۶۵: ۳۶۷/۱) آتش زدن اجناس احتکاری (تمیمی مغربی، ۱۳۸۵: ۳۶/۲) بازداشتن اهل ذمه از شغل صرافانی (همان: ۳۸/۲) دستور امیر المؤمنین علی (ع) به مالک اشتر درباره قیمت گذاری اجناس «و اسعار لاتجحف بالفریقین من البائع و المبتاع» (دشتی،

۱۳۸۶: نامه ۵۳) تعیین هفت ذراع به عنوان عرض راه ها (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۴۵۵/۱۸) تحلیل خمس و انفال بر شیعیان (بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۴۴/۱۲) را می توان از نمونه های احکام حکومتی و تدبیری خواند که برابر صلاح‌دید معصومین (ع) و با در نظر گرفتن اوضاع و احوال و شرایط ویژه صادر شده است. همچنان که ممکن است دلیل ممنوعیت زن از ارث بردن از زمین (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۰۸/۲۶) وارد نشدن کسی از اهل غیر شوهر بر اهل شوهر باشد و چنین حکمی تدبیری و مرتبط با نظام عشیره ای حاکم بر سرزمین حجاز بوده است، نه حکمی همیشگی برای همه زمان ها.

بنابراین، بعید نیست روایاتی که مقدار مجازات در تجزیرات را معین نموده است از جنس احکام حکومتی باشد که با تغییر زمان و مکان، قابل تغییر است. واگذاری تجزیر و کیفیت اجرای آن و تعیین مقدار تجزیر به امام و حاکم می تواند مؤید حکومتی بودن مسئله تعیین میزان مجازات در تجزیرات منصوص باشد. دشوار است میان مواردی که میزان مجازات تعیین شده است با مواردی که چنین نیست تفاوت گذارد. میزان تجزیر با استناد به قاعده فقهی «التجزیر بما یراه الحاکم» به حاکم، سلطان و ولی امر واگذار شده است. مقصود از این تعابیر، امام معصوم (ع) یا کسانی است که شایستگی نیابت آن مقام را داشته باشند؛ بنابراین، عباراتی از قبیل: «این در اختیار امام است» (نوری، ۱۴۰۸: ۱۹۵/۱۸؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۴۱۱/۵)، «به مقداری که حاکم صلاح بداند» (حلبی، ۱۴۰۳: ۴۱۷)، «امام او را عقوبت می کند» (نوری، ۱۴۰۸: ۱۵۶/۱۸)، «بر امام است» (همان: ۱۳۸/۱۸)، «به قدری که سلطان صلاح ببیند» (مفید، ۱۴۱۰: ۷۹۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۱: ۳/۵۳۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵۴/۴۱؛ حلی، ۱۴۰۵: ۵۶۸؛ حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۷۵/۲۸)، «به قدری که ولی امر صلاح ببیند» (حلبی، ۱۴۱۷: ۴۳۵)، «موکول به امام است» (طوسی، ۱۳۵۱: ۶۹/۸)، «با امام است» (طوسی، ۱۴۱۶: ۴۹۳/۲)، «به قدری

۱- برخی فقیهان تعیین حدّ و اندازه در مورد اخیر را حکمی از باب احتیاج و ضرورت دانسته اند (علامه حلی،

که امام صلاح بداند» (حلی، ۱۴۰۵: ۵۶۸)، «تعزیر او در اختیار امام است» (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵۴/۴۱) و دیگر تعبیراتی که با همین مضمون در مورد تعزیرات وارد شده، می‌تواند این نظریه را تأیید نماید که تعیین مقدار مجازات در تعزیرات منصوص همانند تعزیرات اصطلاحی، ناشی از منصب ولایت و حاکمیت یا اداره امور جامعه بوده است. حکم حکومتی بر پایه مصلحت اندیشی و لحاظ منافع و مصالح جامعه استوار است، زیرا زندگی جامعه انسانی در تحوّل و رو به تکامل است.

تغییرناپرداری میزان کیفر در موارد تعزیرات منصوص با فلسفه تعزیرات که همان تبه و بازگرداندن مجرم به جامعه است نیز، ناهمگون می‌نماید. هدف از تعزیر اصولاً زمانی برآورده می‌شود که نوعی پویایی و سیالیت در نهاد تعزیر وجود داشته باشد؛ نه این که با قبض و انقباض همراه باشد. حماد پسر عثمان از امام صادق (ع) در مورد مقدار تعزیر سؤال می‌کند، حضرت می‌فرماید: باید کمتر از حدّ باشد، وی به این پاسخ قانع نمی‌شود و مجدداً تعیین دقیق مقدار تعزیر را سؤال می‌کند. امام (ع) می‌فرماید: حاکم باید جرم مجرم را بسنجد و قوّت بدنی وی را ملاحظه نماید و سپس به هر مقدار که مصلحت می‌داند او را تعزیر نماید (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۷۵/۲۸). شیخ طوسی نیز تعیین میزان مجازات در چنین مجازات‌هایی را از ۳۰ ضربه تازیانه تا ۹۹ ضربه، به صلاحدید معصوم (ع) و حکمی حکومتی دانسته است: «فَأَمَّا اخْتِلافُ تَقَادِيرِ التَّعْزِيرِ فَذَلِكَ بِحَسَبِ مَا يَرَاهُ الْإِمَامُ مِنْ ثَلَاثِينَ سَوْطاً إِلَى تِسْعَةٍ وَ تِسْعِينَ سَوْطاً عَلَى مَا يَرَاهُ أَصْلَحُ فِي الْحَالِ» (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۱۵/۴).

همان گونه که کیفیت مجازات‌های تعزیری مطلق است و حاکم در تعیین آن اختیار دارد، میزان مجازات هم باید تغییربردار و منعطف باشد. حاکم اسلامی و یا قاضی برای جلوگیری از تکرار بزه و جرم و یا اصلاح مجرم و بازگرداندن وی به جامعه یا دستیابی به دیگر اهداف عقلایی که از کیفر انتظار می‌رود، باید بتواند میزان مجازات را تعیین نماید. این امر به نوعی به مدیریت و اداره بزهکاری مربوط می‌شود و نه بیان احکام ابدی شرع.

۳-۳- نظریه قضایی بودن تعیین میزان مجازات

یکی دیگر از منصب های پیامبر (ص) و ائمه (ع) داوری، فصل خصومت و پایان دادن به مشاجرات میان مردم است (نساء: ۶۵). احکامی که به اعتبار این جایگاه و منصب از معصومان (ع) صادر می شود، احکام قضایی نامیده می شود. این احکام دو ویژگی عمده دارند: نخست- از نوعی وصف اختصاص یا عدم قابلیت تعمیم برخوردارند. با این توضیح که گاه خصوصیات دعوا یا طرفین آنها به تناسب حکم و موضوع به گونه ای است که می دانیم یا احتمال قابل توجه می دهیم که این ویژگی ها در حکم مؤثر بوده است. عدم قابلیت تعارض روایات قضایی با دیگر روایات، دیگر ویژگی چنین روایات است؛ یعنی ارزش و اعتبار آن چه به عنوان رأی برای حلّ و فصل دعوا صادر می شود با آن چه به عنوان قانون تشریح می شود، کاملاً متفاوت است. رأیی که در دعوایی صادر می شود تنها همین اندازه توانایی دارد که بتواند همان دعوا را حلّ و فصل نماید. حال آن که قانون، از ویژگی عامّ بودن برخوردار است (محقق داماد، ۱۳۸۳: ۵۸).

با توجه به این ویژگی ها، روایات ذیل را می توان در شمار روایات قضایی و در نتیجه احکام قضایی دانست:

۱. طلحه پسر زید از امام صادق (ع) نقل می کند که: مردی را که آلوده به گناه استمناء بود نزد حضرت علی (ع) آوردند. حضرت مقداری تازیانه به دستش (که با آن گناه کرده بود) زد تا آنجا که سرخ شد. سپس با بودجه بیت المال برای وی همسری اختیار (و منشأ گناه را مسدود) کرد. استمناء حدّ شرعی ندارد، ولی حضرت مرتکب آن را تعزیر کرد (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۶۳/۲۸). آیا می توان حکم حضرت را در این واقعه، حکمی فقهی، ابدی و قابل تعمیم در موارد مشابه دانست؛ یا این که حکم حضرت، مختصّ به همان واقعه و نسبت به همان فرد صادر شده است؟ احتمال دوم درست تر به نظر می رسد. به تعبیر دیگر، حکم حضرت را می توان «قضیه فی واقعه»

دانست. شهید ثانی ذیل این روایت در مورد حکم امام (ع) واژه «استصلاح» را به کار برده است: «و هو تدبیر استصلحه، لا أنه من اللّوازم» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۸/۱۵). در نتیجه، نمی توان در موارد مشابه، به حکم حضرت استناد نمود و آن را حکمی فقهی و ابدی دانست. این گونه موارد به معنای قانونگذاری و جرم انگاری همیشگی درباره مهم ترین امور نبوده؛ بلکه پاسخ به نیاز های واقعی و روزانه جامعه بوده است. اگر چنین باشد باید بپذیریم که در آموزه های فقهی، از بیان امور بسیار با اهمیّت غفلت شده است!

۲. هشام پسر سالم از امام ششم (ع) نقل می کند که حضرت فرمود: همانا حضرت علی (ع) شخص قصّه گویی را در مسجد مشاهده نمود، و وی را با تازیانه تنبیه کرد و از مسجد بیرون نمود (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۶۸/۲۸).

نمی توان با استناد به این روایت نظر داد که مجازات قصّه گویی در مسجد در هر حال تازیانه است - هرچند مقدار تازیانه در این روایت بیان نشده است. به نظر می رسد که حکم امام (ع) قضاوتی بر اساس مصلحت اندیشی ایشان نسبت به همان واقعه خاصّ بوده است. علامه مجلسی پس از نقل روایت مذکور و تأیید آن از نظر سندی می گوید: این حدیث دلالت می کند که حاکم شرع حقّ دارد مردم را به هنگام ارتکاب مکروهات نیز تأدیب کند، علاوه بر این که بعید نیست قصه گویی به طور مطلق حرام باشد؛ زیرا معمولاً مشتمل بر حکایت های دروغ است، بلکه بعید نیست که قصّه گویی در خصوص مساجد مطلقاً حرام باشد؛ مشروط به این که کار لغوی شمرده شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۴۸).

۳. حسین بن ابی العلاء از امام صادق (ع) نقل می کند که: مردی در زمان حکومت علی (ع) به آن حضرت شکایت کرد که فلان کس به من سخن زشتی گفته است. حضرت فرمود: آن سخن چه بوده است؟ شاکی گفت: او گفته است: بر اثر خواب دیدن مادرم محتلم شده است! حضرت فرمود: حکم شرعی او این است که بر سایه اش تازیانه بزنیم؛ زیرا خواب همانند سایه است! (بنابراین، از جهت خوابی که دیده

مجازات‌ی ندارد) ولی ما او را سخت مجازات می‌کنیم تا بار دیگر باعث رنجش مسلمانی نگردد. سپس تازیانهٔ سختی بر او نواخت (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۸/۲۱۰).

امام (ع) در این ماجرا، داور میان متخاصمین بوده و در مقام رفع تنازع و فیصله دادن به مورد سؤال چنین حکمی را بیان نموده‌اند. این واقعیت، احتمال قضایی بودن روایت را تقویت می‌کند. تعیین میزان مجازات در این گونه موارد، همانند تعیین مقدار رکعات نماز نیست تا تعبدی و توقیفی قلمداد شود.

۴. منصور پسر حازم می‌گوید: از امام صادق (ع) در مورد مرد مسلمانی که زوجهٔ دیگری از اهل کتاب را بدون اجازهٔ همسر اوّل مسلمانش گرفته بود، پرسیدم؟ امام (ع) فرمود: باید از همدیگر جدا شوند. عرض کردم: آیا آن مرد مجازاتی هم دارد؟ فرمود: بله، مجازات او دوازده و نیم ضربهٔ شلّاق است (همان: ۱۵۱/۲۸). البته در مورد این که مرد مسلمان حقّ دارد همسر دوّمش را از غیر مسلمانان اختیار کند یا نه؟ اتفاق نظر وجود ندارد. برخی بر این باورند که اگر ازدواج دائم باشد بدون شکّ باطل است، ولی چنان چه عقد موقت باشد، عدّه ای فتوا به جواز داده‌اند؛ هر چند آن را مکروه می‌دانند؛ اما مشهور معتقد به حرمت‌اند. بنابراین، اگر روایت را ناظر به عقد موقت دانسته و از آن استفاده حرمت کنیم (که ظاهراً چنین است) این حدیث، مورد اعتراض مشهور بوده و قابل استدلال نمی‌باشد. در غیر این صورت، قابل استدلال است. در هر حال، جدا از این مناقشه با توجه به این که معلوم نیست چه خصوصّیاتی باعث صدور این حکم از امام صادق (ع) شده است، نمی‌توان حکم مذکور را کلی و ابدی دانست و مجازات تعیین شده (دوازده و نیم ضربه شلّاق) را حکمی فقهی و قابل تعمیم به موارد مشابه دانست.

۵. مردی نزد علی (ع) آمد و به سرقت اقرار کرد. امام فرمود: آیا چیزی از کتاب خدا می‌خوانی؟ عرض کرد: بله، سوره بقره را. فرمود: دستت را برای سوره بقره بخشیدم. اشعث پسر قیس که از سرکرده منافقان بود، اعتراض کرد و گفت: آیا حدّ

خدا را تعطیل می کنی؟ حضرت فرمود: تو درک نمی کنی که حدّ در جایی جاری می شود که سرقت با بیّنه اثبات شود؛ در آن صورت، امام نمی تواند عفو کند، ولی اگر سارق علیه خود اقرار نماید، امام می تواند او را عفو کند یا دستش را قطع نماید (طوسی، ۱۳۹۰: ۲۵۲/۴).

واضح است که علم به تلاوت قرآن، از علل سقوط مجازات سرقت نیست. حکم حضرت، در اینباره، حکمی کلی و ابدی نیست؛ بلکه حکمی خاصّ و مربوط به همان واقعه خاصّ است.

۶. امام علی (ع) خود به عدم قطع دست سارق غنیمت جنگی حکم نموده است (همان: ۲۴۱/۴). با این حال، برابر روایتی امام علی (ع) به قطع دست سارق «کلاه خود» حکم نمود؛ «کانت بیضه حدید سرقتها رجل من المغنم فقطعه» (همان). چنین روایتی را می توان با توجه به قرائن موجود، «قضیه فی واقعه» و حکمی قضایی دانست.

۷. ابومخلد سراج از امام صادق (ع) نقل می کند که 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 اوّل دستور داد که دیگری را بیست ضربه تازیانه بزند. ضمن این که به وی گوشزد کرد همین مجازات در انتظار تو نیز می باشد. پس از این که مجازات اجرا شد، حضرت تازیانه را به شخص دوم سپرد و او نیز بیست شلاق بر بدن شخص اوّل نواخت (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۲۰۳/۲۸). با توجه به استعمال واژه «قضی»، و همچنین نظر به ماهیت این جرم و کیفیت مجازات، پیداست که ماهیت آن قضایی است.

۱-۳-۳- شواهد نظریه قضایی بودن میزان مجازات در موارد تعزیرات

منصوص

الف: اختلاف تعابیر روایات

تعابیر و میزان مجازات در روایاتی که به عنوان تعزیرات منصوص تلقی شده است یکسان نیست. گاه برای یک جرم معین، مجازات های مختلفی در نظر گرفته شده

است. مثلاً برای نزدیکی و دفع شهوت با حیوان در بعضی روایات به طور مطلق، حکم به تعزیر شده است: «لیس علیه حد ولكن یضرب تعزیراً» (همان: ۳۵۸/۲۸)؛ ولی در بعضی از روایات دیگر، مقدار تعزیر آن ۲۵ ضربه تازیانه معین شده است: «و ضرب و هو خمسہ و عشرین سوطاً ربع حدّ زانی» (همان: ۳۵۷/۲۸). در برخی دیگر از روایات برای همین جرم، تازیانه به همراه تبعید به عنوان مجازات پیش بینی شده است: «علیه أن یجلد حدّاً غیر الحدّ ثمّ ینفی من بلده الی غیرها» (همان: ۳۵۷/۲۸).

در مورد خوابیدن دو مرد یا دو زن، یا یک مرد و زن اجنبی با بدن برهنه و به قصد انجام فحشاء در زیر یک پوشش نیز در برخی روایات صرفاً تعزیر بیان شده است (همان: ۸۹/۸۵/۲۸). در حالی که در برخی روایات، ۹۹ ضربه تازیانه به عنوان کیفر تعیین شده است (همان: ۸۵/۲۸). در پاره ای از روایات، مجازات همین جرم، ۱۰۰ ضربه تازیانه تعیین گردیده است (همان). البته صاحب وسائل الشیعه ذیل روایت، مجازات هر نفر را پنجاه ضربه تازیانه دانسته است (همان). در بعضی دیگر از روایات، از اهانت و تحقیر مرتکب و انداختن وی در محلّ جمع آوری نجاسات سخن به میان آمده است: «فَلَوْثَ فِی مَخْرَأَہ» (همان: ۱۶۳/۲۸).^۱

با توجه به اینگونه روایات می توان گفت که با عنایت به سیره عملی رسول خدا (ص) و سیره عملی امیر المومنین (ع) تعیین میزان مجازات های مختلف در تعزیرات منصوص، موضوعیت نداشته و حاکم می تواند آنگونه که مصلحت می داند میزان و نوع تعزیر را تعیین نماید؛ حتّی در صورت اقتضای مصلحت، می توان مرتکبان جرائم تعزیری را عفو نمود یا کیفر را تشدید کرد و یا کیفر تعیین شده را تخفیف داده یا تعلیق نمود.

۱- مجازات در هر حال باید انسانی باشد و کرامت ستیز نباشد. با توجه به پویا بودن مفهوم مجازات انسانی و تغییر دیدگاه های عقلایی در باره آن، ممکن است مجازاتی که در برخی متون ذکر شده، امروزه با کرامت و شأن انسان ناسازوار باشد. این ناسازواری را نمی توان نادیده انگاشت و صرفاً با استناد به نقل - بر فرض که متن از اعتبار سندی لازم برخوردار باشد - به جواز اجرای چنین مجازات هایی نظر داد.

ب: انطباق ویژگی روایات قضایی بر تعزیرات منصوص

ماهیت روایات قضایی، مربوط به یک مورد خاص یا بیانگر امری قضایی و مربوط به دادرسی است. همان گونه که در نمونه های روایات قضایی گذشت، این گونه روایات در بستر و زمینه خاصی صادر شده اند. با دگرگونی شرایط و اوضاع و احوال، حکم نیز تغییر می نماید. در جامعه ای که پرداخت تمام مهر پیش از زناشویی رایج است، طبیعی است که روایات حکم نمایند هرگاه میان زن و شوهر اختلاف شود که آیا آن چه پرداخت شده، تمام مهر و در واقع مهر المسمی است یا بخشی از آن؟ باید حکم نمود که آن چه پرداخت شده، تمام مهر است. این روایات را نمی توان ملاک داوری برای جامعه ای قرار داد که در آن پرداخت بخشی از مهر پیش از رابطه زناشویی رایج و غالب باشد. همچنین احتلام خواب بیننده و حکم تازیانه بر سایه محتمل توسط معصوم (همان: ۲۱۰/۲۸) در روایات قضایی را هرگز نمی توان حکمی کلی و ابدی دانست.

بنابراین، با مراجعه به روایات باب تعزیرات و تشتت میزان مجازات تعیین شده از طرف معصومین (ع)، قضایی بودن این روایات بعید به نظر نمی رسد. این احتمال، عقلایی می نماید که تعیین میزان کیفر در این گونه روایات، از باب فصل خصومت و قضایی باشد، به این معنا که مختص به همان مورد سؤال بوده و قابلیت تعمیم و تسری به موارد مشابه را ندارد. بدینسان، روایات ناظر به تعزیرات منصوص، روایات فقهی محسوب نمی شوند تا در موارد مشابه نیز لازم باشد به مضمون آنها کاملاً پایبند بود.

۲-۳-۳- تغییر برداری میزان مجازات در تعزیرات منصوص از چشم انداز

اهداف مجازات

برای داوری درباره این که مجازات تعیین شده در روایات، حکم قضایی و موردی یا ابدی است؟ می توان به مسأله از چشم انداز اهداف مجازات ها هم نظر کرد. بی گمان دیدگاه های اسلامی درباره اهداف مجازات تا اندازه زیادی با دیدگاه های عقلایی همسویی دارد. در نظرگاه اسلامی هم مجازات، ضروری است و تنها به عنوان

آخرین چاره بکار گرفته می شود. در اعمال کیفر، دستیابی به اهدافی مورد نظر است. حتی اگر بپذیریم که دیدگاه های اسلامی با دیدگاه های عرفی در زمینه اهداف کیفر تفاوت هایی دارد تردید نمی توان کرد که اسلام هم همچون عقلا به اهداف کیفر بیش از شکل و شیوه آن بها می دهد. دستیابی به اهداف کیفر مانند اصلاح و تربیت بزهدکار، دفاع از جامعه و ارزش های آن، ترمیم زیان ناشی از جرم و رضای خاطر بزه دیده، ارباب عمومی یا خصوصی و هر هدف دیگری که برای کیفر تصور کنیم بی گمان با انعطاف کیفری بهتر به دست می آید تا کیفرهای ثابت و تغییرناپذیر. بی گمان شارع مقدس اسلام که حکیم است این مطلب عقلایی را مدّ نظر قرار می دهد و بر تعیین مجازات های ثابت برای شمار زیادی از جرائم اصرار نمی ورزد. دستیابی به اهداف گوناگون مورد انتظار از اجرای کیفر با مجازات های ایستا و تغییرناپذیر سازواری ندارد. به ویژه بر پایه دیدگاه های پیامدگرا و التقاطی که بر خلاف سزاگرایی تنها به اجرای کیفر نمی اندیشد بلکه به پیامد ها و دستاورد های اجرای کیفر هم توجه می کند. تعیین مجازات ثابت، دستیابی به اهداف را تأمین نمی کند. دیدگاه های اسلامی در باره کیفر نیز ضرورتاً سزاگرا و بی توجه به پیامد های اجرای کیفر نیست (نوبهار، ۱۳۸۹: ۹۲-۱۲۳).

بدین سان حتی اگر در دوران امر میان فقهی بودن یا قضایی بودن محتوا و مضمون روایتی بر آن باشیم که باید آن را بر فقهی بودن حمل کرد در خصوص روایاتی که بیانگر میزان کیفر پاره ای از جرائم است با لحاظ جهت یاد شده حمل آن بر قضایی بودن مرجح خواهد بود.

نتیجه گیری

اگر بپذیریم که برای برخی جرائم به دلیل طبع و ماهیت آنها می توان کیفری ثابت و همیشگی وضع کرد بسیاری از جرائم در شرایط مختلف زمانی و مکانی، عوارض و

پیامد های متفاوتی دارند. در این جرائم، حاکم شرع به تناسب نوع جرم و پیامد های آن و نیز شخصیت مجرم، مجازات خاصی را در نظر می گیرد. تعیین حد اقل و حد اکثر برای مجازات ها و به تعبیری «سیستم مجازات های شناور» در تعزیرات (اعم از تعزیرات شرعی و تعزیرات منصوص شرعی) و تصویب قوانین نوین متناسب که اهداف مورد انتظار از کیفر را برآورده نماید شرط ضروری انطباق فقه جزایی با تحولات عصری است. با توجه به تنوع منصب های معصومان (ع) احکام صادره از ایشان نیز متعدد خواهد شد. بدین معنا که هرگاه معصوم (ع) در مقام بیان احکام الهی باشد، حکم صادر از ایشان حکم فقهی نامیده می شود. ابدی و کلی بودن از ویژگی چنین احکامی خواهد بود؛ اما هرگاه معصوم (ع) در مقام حلّ و فصل خصومت و نزاع میان متخاصمین باشد، حکم ایشان، قضایی و به اصطلاح «قضیه فی واقعه» است. اینگونه احکام نه همیشگی اند و نه قابل تعمیم به موارد مشابه. به همین ترتیب، در مواردی که حکم معصوم (ع) در مقام اداره امور جامعه باشد حکم صادر، حکومتی، تدبیری یا سلطانی خواهد بود. فقهی قلمداد کردن تعیین مقدار مجازات در روایات ناظر به تعزیرات منصوص و در نتیجه ثابت شمردن میزان مجازات و حکم به ایستایی آن، اهداف گوناگون مورد انتظار از کیفر را برآورده نمی سازد. شواهد قابل اعتمادی، بر نظریه قضایی بودن «تعیین میزان مجازات» در تعزیرات منصوص شرعی گواهی می دهد. بدین سان، درست نیست که آنگونه که در حال حاضر در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی آمده است اینگونه تعزیرات را از شمول بسیاری از نهاد های جزایی مانند تعلیق و تعویق خارج کرده و برای آنها حساب جداگانه ای باز کنیم. قوانین جزایی پیش از قانون ۱۳۹۲ هم که از تعزیرات منصوص شرعی سخن نمی گفتند مبنای شرعی خاص خود را داشتند و موافق شرع بودند. برابر این دیدگاه، تعزیرات منصوص، واجد ویژگی خاصی نیستند و همچنان تعزیرند و مشمول احکام عمومی تعزیر باقی خواهند بود. دور نیست که بسیاری از فقیهان که برای تعزیرات منصوص با این عنوان حساب جداگانه ای نگشوده و آن را از شمول احکام تعزیر جدا

ندانسته اند به همین وجه نظر داشته اند. شورای محترم نگهبان در جریان تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ می توانست به همین دیدگاه پایبند باشد و قانونگذار را به شناسایی نهاد تعزیرات منصوص توصیه ننماید. در این صورت، نهاد هایی همچون: پذیرش احکام صادره توسط محاکم خارجی (موضوع بند ب ماده ۷ و بند های الف و ب ماده ۸)، محاسبه مدت بازداشت موقت در حکم نهایی (موضوع ماده ۲۷)، معافیت از مجازات در جرائم 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) و مرور زمان تعقیب و صدور حکم (موضوع ماده ۱۰۵) در تعزیرات منصوص نیز راه پیدا می کند. به لحاظ فقهی نمی توان پذیرفت که صرف تعیین کیفر برای عمل حرام به معنای آن باشد که نهاد های کیفری مانند تعلیق و تعویق در آنها راه پیدا نمی کنند. روایات ناظر به تعزیر منصوص، متضمن چنین لحن و آهنگی نیست. تمسک به اطلاق آنها برای نفی این نهاد ها هم درست نیست؛ زیرا احراز وجود مقدمات حکمت نسبت به نفی این نهاد ها در نهایت دشواری است. بر فرض که قانونگذار اصرار داشت این نهاد را در هر صورت، به قانون جزایی راه دهد می بایست به حکم اصل قانونی بودن جرائم که ترجمان قاعده قبح عقاب بلا بیان است این مفهوم و احکام آن را روشن می ساخت. رعایت اصل شفافیت در قانون نویسی از اصول بنیادین است. فقیهان نیز پیوسته حکم اجمال نص را با فقدان نص، یکی دانسته اند. این به معنای آن است که قانون غیر شفاف و مبهم، اصولاً قانون نیست.

منابع

-قرآن کریم.

- ابن اثیر، مبارک بن محمد (بی تا)، **النهایه فی غریب الحدیث و الأثر**، ج ۳، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- ابن فارس، احمد (١٤٠٤ق)، **معجم مقائیس اللغه**، ج ٤، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن قدامه، عبدالرحمن بن احمد (١٤١٠ق)، **المغنی**، ج ٨ و ١٢، قاهره: هجر.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (١٤١٤ق)، **لسان العرب**، ج ٤، ج ٣، بیروت: دار الفکر.
- اصفهانی (راغب)، حسین بن محمد (١٤١٢ق)، **المفردات فی الفاظ القرآن**، تحقیق و تصحیح صفوان عدنان داودی، لبنان- سوریه: دار العلم- دار الشامیه.
- بحرانی (آل عصفور)، یوسف بن احمد (١٤٠٥ق)، **الحدائق الناضرة فی احکام العتره الطاهره**، تحقیق محمد تقی ایروانی و سید عبد الرزاق مرقم، ج ١٢، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- برهانی، محسن؛ نادری فرد، مریم (١٣٩٤ش)، **تعزیرات منصوص شرعی؛ مفهوم فقهی و مصادیق قانونی**، پژوهش حقوق کیفری، ١٠، ٨٩-١١٢.
- بهوتی، منصور بن یونس (١٤١٨ق)، **کشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقیق کمال عبد العظیم العنانی، ج ٦، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- تیمی مغربی، نعمان بن محمد (١٣٨٥ق)، **دعائم الاسلام**، ج ٢، ج ٢، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (١٤١٣ق)، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الاسلام**، ج ٥ و ١٤ و ١٥، مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- الجزیری، عبد الرحمن (١٤١٩ق)، **الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام**، ج ٥، ج ٧، بیروت: دار الثقلین.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (١٤١٨ق)، **صاح اللغه**، ج ٢، بیروت: دار الفکر.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن، (١٤٠٩ق)، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ٨ و ٢٦ و ٢٨، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلبی (ابوالصلاح)، تقی الدین بن نجم الدین (١٤٠٣ق)، **الکافی فی الفقه**، تحقیق رضا استادی، اصفهان: مکتبه امام امیر المؤمنین (ع).
- حلبی (ابن زهره)، حمزه بن علی حسینی (١٤١٧ق)، **غنیه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع**، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- حلی (علّامه)، حسن بن یوسف (١٤٢٠ق)، **تحریر الاحکام الشرعیّه علی مذهب الامامیه**، ج ٢ و ٥، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- _____ (١٤١٤ق)، **تذکره الفقهاء**، ج ١٦، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن، (١٣٨٧ق)، **ایضاح الفوائد**، ج ١، قم: اسماعیلیان.

«تعزیرات منصوص» از احکام ابدی تا احکام قضایی و حکومتی _____ ۱۸۰

- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، تحقیق عبد الحسین محمد علی بقال، ج ۱ و ۴، ج ۲، قم: اسماعیلیان.

- _____ (۱۴۱۸ق)، **المختصر النافع فی فقه الإمامیه**، ج ۱، قم: بی نا.

- حلی، محمد بن ادریس (۱۴۱۱ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق)، **الجامع للشرائع**، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.

- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۱۵ق)، **تحریر الوسیله**، ج ۱ و ۲، ج ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- خوئی، سید ابو القاسم (۱۴۲۲ق)، **مبانی تکمله المنهاج**، ج ۴۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره).

- دشتی، محمد (۱۳۸۶ش)، **ترجمه نهج البلاغه امیر المؤمنین (ع)**، مشهد: مؤسسه فرهنگي تحقیقاتی امیر المؤمنین علیه السلام.

- رحمانیان، حامد؛ حبیب زاده، محمدجعفر (۱۳۹۲ش)، **معیار تفکیک حدود غیر مذکور از تعزیرات منصوص در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲**، مجله حقوقی دادگستری، ۸۴، ۱۰۳-۱۲۳.

- زبیدی، مرتضی (۱۴۱۴ق)، **تاج العروس**، ج ۷، بیروت: دار الفکر.

- شربینی، محمد (۱۹۵۹م)، **مغنی المحتاج إلى معرفة مبانی الفاظ المنهاج**، ج ۴، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

- صافی گلپایگانی، لطف الله (۱۴۰۴ق)، **التعزیر، انواعه و ملحقاته**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- طباطبائی (علامه)، سید محمدحسین (۱۳۸۷ش)، **معنویت تشیح**، سپر.

- طباطبائی، سید علی (۱۴۱۲ق)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل**، ج ۲، بیروت: دار الهادی.

- طریحی، فخر الدین (۱۴۱۶ق)، **مجمع البحرين**، ج ۳، ج ۳، تهران: مرتضوی.

- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۳۹۰ق)، **الاستبصار فیما اختلف من الأخبار**، ج ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.

- _____ (۱۳۶۵ش)، **تهذیب الاحکام**، ج ۱ و ۱۰، ج ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.

- _____ (۱۴۱۶ق)، **الخلاف**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- _____ (۱۳۵۱ق)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، ج ۱ و ۸، تهران: المكتبة المرتضویه.

۱۸۱ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۰ - شماره ۱۸ - بهار و تابستان ۹۷

- _____ (۱۴۰۰ق)، **النهايه في مجرد الفقه و الفتاوى**، ج ۲، بيروت: دار الكتاب العربي.
- عاملی، سید جعفر مرتضی (۱۳۲۴ق)، **السوق في ظلّ الدوله الاسلاميه**، بيروت: مركز الاسلامی للدراسات.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، **الدروس الشرعيه في فقه الإماميه**، ج ۱، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- _____ (۱۴۰۰ق)، **القواعد و الفوائد**، ج ۲، قم: مفید.
- _____ (۱۴۱۰ق)، **اللمعه دمشقيه**، ج ۱، بيروت: دار التراث.
- فراهیدی، خليل بن احمد (۱۴۱۰ق)، **العین**، ج ۱، قم: هجرت.
- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۵ق)، **القاموس المحيط**، ج ۲، بيروت: دار الجیل.
- فیومی، احمد بن محمد (۱۴۰۵ق)، **المصباح المنیر في غریب الشرح الكبير**، ج ۱ و ۲، قم: مؤسسه دار الهجره.
- مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۳ق)، **بحار الانوار**، ج ۷۳، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- _____ (بی تا)، **حدود و قصاص و دیات**، تحقیق علی فاضل، تهران: مؤسسه نشر آثار اسلامی، نرم افزار جامع فقه اهل بیت (ع).
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۳ش)، **تفکیک روایات قضایی از روایات فقهی**، تقریر رحیم نوبهار، تحقیقات حقوقی، ۳۹، ۴۹-۷۴.
- مصطفوی، حسن (۱۳۶۰ش)، **التحقیق في کلمات القرآن الکریم**، ج ۸، تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
- مفید (شیخ)، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۰ق)، **المقنعه**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳ش)، **تعزیر و گستره آن**، قم: انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
- موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۲ق)، **الدر المنضود في أحكام الحدود**، تقریر علی کریمی جهرمی، ج ۱، قم: دار القرآن الکریم.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام في شرح شرائع الاسلام**، ج ۴۱، ج ۷، بيروت: دار إحياء التراث العربي.
- نوبهار، رحیم (۱۳۸۹ش)، **اهداف مجازات ها در جرائم جنسی**، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

«تعزیرات منصوص» از احکام ابدی تا احکام قضایی و حکومتی _____ ۱۸۲

- _____ (۱۳۹۳ش)، جستاری در دلایل نقلی تقسیم بندی حدّ-تعزیر، تحقیقات حقوقی، ۶۷، ۱۳۵-۱۶۴.

- _____ (۱۳۹۲ش)، جستاری در مبانی تقسیم بندی حدّ-تعزیر در فقه کیفری اسلام، تحقیقات حقوقی، ۱۵۳، ۲۱۳-۲۵۴.

- نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق)، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، ج ۱۳ و ۱۸، بیروت: مؤسسه آل البیت(ع).