

معیار تفکیک «حدود غیر مذکور» از «تعزیرات منصوص» در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲

حامد رحمانیان*

محمدجعفر حبیبزاده**

مجله حقوقی دادگستری / سال هفتاد و هفتم / شماره ۸۴ - زمستان ۱۳۹۲

چکیده

عبارت «حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند» در ماده ۲۲۰ و «تعزیرات منصوص شرعی» در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، از لحاظ فقهی و حقوقی دارای ابهام‌اند و برای تشخیص مصادیق آنها باید به تفسیر متوسل شد. در این زمینه سه تفسیر امکان‌پذیر است: اول، انحصار حدود به موارد شش‌گانه مشهور و اختصاص تعزیرات منصوص به موارد دارای موجب و نوع و میزان معین. دوم، اختصاص حدود به موارد دارای موجب و نوع و میزان معین و تعزیرات منصوص به موارد دارای موجب معین و نوع و میزان مجازات نامعین. سوم، اختصاص حدود به موارد دارای موجب و نوع و میزان مجازات ثابت معین و تعزیرات منصوص به موجب و نوع و میزان غیر ثابت معین. در این مقاله ضمن بررسی دیدگاه‌های مختلف در نهایت تفسیر سوم را به عنوان تفسیری غیرابزارگرایانه که دارای بالاترین جذابیت اخلاقی است و بیش از سایر تفسیرها با اصل حاکمیت قانون و سایر اصول مسلم حقوقی سازگار است، برگزیده‌ایم.

کلید واژه :

حاکمیت قانون، تفسیر قانون، حد، تعزیر، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲.

* دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسئول)
h.rahmanian@modares.ac.ir

** استاد حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس

habibzam@modares.ac.ir

مقدمه

قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در ماده ۲۲۰ به دادگاه‌ها این اجازه را داده است که در مورد «حدودی که در این قانون ذکر نشده است» طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل کنند. در واقع ماده مزبور صراحتاً اعلام داشته است که صدور رأی کیفری از جمله محکومیت به تحمل کیفر آن هم به استناد منابع فقهی و فتاوی معتبر (بدون داشتن نص قانونی) صرفاً در خصوص «حدودی که در این قانون ذکر نشده است» مجاز می‌باشد. از سوی دیگر در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ اعمال برخی احکام قانونی (از قبیل مرور زمان، تعویق صدور حکم، معافیت از کیفرهای خفیف، تعلیق اجرای مجازات و...) نسبت به «تعزیرات منصوص شرعی» را ممنوع می‌داند. مضافاً اینکه در ماده ۱۳۵ نیز با اصطلاحی مشابه، در موارد تعدد جرم، اجرای «تعزیر معین شرعی» را بر اجرای حد و قصاص مقدم داشته است. این رویه در قانون آئین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲/۱۲/۴ نیز ادامه یافته و قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۱۴ این قانون جرائم موجب «تعزیرات منصوص شرعی» را از مقررات مرتبط با منافع ممکن‌الحصول و پرداخت خسارت معنوی مستثنی کرده است.

همانگونه که ملاحظه می‌شود قانونگذار در این مواد مفاهیمی را بیان کرده و تشخیص مصادیق آنها را بر عهده مقامات قضایی نهاده است. مقامات قضایی به هنگام تشخیص مصادیق «حدود غیرمذکور» و «تعزیرات منصوص» ممکن است با ابهامات بسیاری مواجه شوند. چراکه در متون فقهی، بر پایه روایات وارد، برای برخی جرائم مانند ارتداد (اعدام)، سحر (اعدام)، بدعت‌گذاری (اعدام)، نزدیکی با همسر در ماه رمضان (۲۵ شلاق)، ازاله بکارت با انگشت (۳۰ تا ۷۷ یا ۸۰ شلاق)، حضور برهنه دونفر همجنس زیر پوشش واحد (۳۰ تا ۹۹ شلاق)، حضور همزمان دونفر غیرهمجنس زیر پوشش واحد (۱۰ تا ۹۹ شلاق)، وطنی بهائم (۲۵ یا ۱۰۰ شلاق)، مجازات‌های مقدر و معینی در نظر گرفته شده است. حال اگر ملاک تفکیک حد از تعزیر، تعاریف ارائه شده در قانون مجازات اسلامی باشد و بخواهیم به سادگی بگوییم طبق ماده ۱۵ «حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجراء آن در شرع مقدس، تعیین شده است.» و تعزیر نیز «مجازات است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نبوده و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد» (ماده ۱۸) باز هم این مشکل باقی است که اگر مقصود از تعزیرات منصوص شرعی، آنهایی است که موجب و نوع و میزان آنها در شرع تعیین شده است آن گاه تفاوت آنها با حدود در چیست؟ از سوی دیگر هم حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند، حدودی

هستند که باید مصادیق آن را در نصوص شرعی و فقهی جست و هم تعزیرات معین و منصوص شرعی همان‌گونه که از نام‌شان پیداست ریشه در متون شرعی و فقهی دارند. این درحالی است که در متون شرعی و فقهی همواره در تشخیص برخی مصادیق حدود و تعزیرات اختلاف نظر وجود داشته است. برخی فقها مصادیق حدود را منحصر به همان شش مورد مشهور یعنی زنا، ملحقات زنا (شامل لواط و تفخیز، مساحقه، قoadی)، قذف، شرب خمر، سرقت و محاربه دانسته و سایر موارد منصوص شرعی را از مصادیق تعزیر می‌دانند^۱ و برخی دیگر نیز بر این باورند که همه موارد منصوص شرعی در زمره حدود قرار می‌گیرند.^۲ پرواضح است که مناقشات فقهی در این خصوص به قانون مجازات اسلامی ما راه پیدا کرده است و مقامات قضایی باید برای تشخیص مصادیق حدود غیرمذکور و تعزیرات منصوص دست به تفسیر قانون بزنند.

اهمیت بحث از آنجا مشخص می‌شود که هر آنچه مقام قضایی آن را از مصادیق حدود غیرمذکور تشخیص دهد، به استناد ماده ۲۲۰ ق.م.ا. و اصل ۱۶۷ قانون اساسی، می‌تواند بدون وجود نص قانونی، مرتکبین را به کیفرهای شرعی محکوم نماید. همچنین هر آنچه را مقام قضایی از مصادیق تعزیرات منصوص شرعی تشخیص دهد باید مرتکبین آنها را از بسیاری از نهادهای ارفاقی مانند مرورزمان، تعلیق، تعویق صدور حکم و... محروم نماید. لذا تفسیر این مفاهیم ارتباط بسیار تنگاتنگی با حقوق و آزادی‌های شهروندان و اصل قانونی بودن جرم و مجازات پیدا می‌کند. مضافاً اینکه تشخیص «حدی» یا «تعزیری» بودن هر جرم آثار مهم دیگری نیز مترتب است که از جمله آنها می‌توان به حکم تعدد و تکرار جرم (مواد ۱۳۱ تا ۱۳۹ ق.م.ا.) و نیز وضعیت مجازات افراد بالغ کمتر از ۱۸ سال (ماده ۹۱) اشاره نمود. لذا در نوشتار حاضر در پی یافتن پاسخی مناسب به این پرسش هستیم که اصولی‌ترین و صحیح‌ترین تفسیر از این مفاهیم، کدام است؟ برای یافتن پاسخی مناسب، ابتدا شیوه‌های مختلف تفسیری را به دو دسته کلی ابزارگرا و غیرابزارگرا تقسیم کرده و سپس به تحلیل این مسئله می‌پردازیم که تفسیرهای ممکن و محتمل از مفاهیم مبهم مورد بحث، هریک در کدام دسته تفسیری قرار گرفته و پیامدهای پذیرش هر کدام چیست و در نهایت از میان تفسیرهای ممکن، تفسیر مناسب را برمی‌گزینیم.

۱. محقق حلی، نجم‌الدین جعفرین حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج. ۴، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ هـ. ق.، ص. ۱۳۶.

۲. نجفی، محمدحسن، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج. ۴۱، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ هـ. ق.، ص. ۲۵۵.

۱. شیوه‌های ابزارگراییانه و غیرابزارگراییانه تفسیر قانون

یکی از مباحث مطرح در فلسفه حقوق، تحلیل حقوق از منظر مطالعات ابزارگرایی است. ابزارگرایی حقوقی^۱، مفهومی است که هم در مرحله تقنینی و هم در خلال مباحث مربوط به تفسیر حقوقی مطرح می‌شود. در بحث از تفسیر حقوقی با این مسئله اساسی مواجه می‌شویم که نقش قضات در تفسیر قواعد و قوانین حقوقی چه باید باشد و قضات با تبعیت از چه منطق و مکتبی باید به تفسیر این قواعد بپردازند؟ پاسخ‌هایی که به این مسئله اساسی داده شده است را می‌توان در دو دسته کلی تقسیم‌بندی کرد. رویکرد نخست رویکرد «شکل‌گرایی حقوقی»^۲ در تفسیر است. در این رویکرد که خود برخاسته از عقاید مکتب حقوق طبیعی است فرض بر این گذاشته می‌شود که مجموعه‌ای کمابیش ایده‌آل از استانداردها و اصولی که اداره‌کننده رفتارهای انسانی هستند وجود دارد. لذا حقوق، منبعث از یک سری اصول از پیش موجود می‌باشد که در کتاب‌های قانون و کتاب‌های مجموعه دعاوی وجود دارند که همگی از طریق منطق استقرایی قابل کشف می‌باشند. از این رو قاضی کشف‌کننده قواعد است نه وضع‌کننده آنها^۳. شکل‌گرایی حقوقی که در برخی صورت‌های خود «متن‌گرایی» نیز خوانده می‌شود با نگاهی غیرابزارگراییانه بر این باور است که تفسیر قانون باید مطابق قصد اولیه قانونگذاران بوده و حوزه‌های نظری حقوق باید به شیوه‌ای تفسیر شوند که با ذات یا شکل اولیه آنها سازگار باشد^۴. در نیمه اول قرن بیستم شکل‌گرایی حقوقی مورد انتقادات گسترده واقع‌گرایی حقوقی^۵ قرار گرفت. این انتقادات منجر به پیدایش مکتب «ابزارگرایی حقوقی» شد^۶. در این رویکرد بر خلاف شکل‌گرایی و حقوق طبیعی، حقوق به مثابه یکی از ابزارهای متعدد اجتماعی نگریسته می‌شود که می‌توان از آن در راستای تلاش برای دستیابی به برخی اهداف اجتماعی خاص یا حل مشکلات اجتماعی خاص بهره جست. از نظر ابزارگرایی حقوقی، دادگاه‌ها وضع‌کننده قواعد هستند و نه صرفاً

^۱ . legal instrumentalism

^۲ . legal formalism

^۳ . Marin R. Scordato, "Post-Realist Blues: Formalism, Instrumentalism and the Hybrid Nature of Common Law", Nevada Law Journal, vol.۲, No.۲, ۲۰۰۷, p. ۲۶۶.

^۴ . بیکس، برایان، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشر نی، ۱۳۸۹، ص. ۲۲۶.

^۵ . legal realism

^۶ . Steven M. Quevedo, "Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory", California Law Review, No. ۷۳, ۱۹۸۵, p. ۱۲۳.

کشف کننده آنها^۱. در واقع ابزارگرایی حقوقی بر این باور است که حقوق، ابزاری است برای رسیدن به یک هدف.^۲ در این دیدگاه گفته می شود که افراد (اعم از قانونگذاران، قضات، وکلا و افراد عادی) به حقوق به مثابه یک ابزار قدرتمند برای پیشبرد منافع شخصی خود یا منافع افراد و گروه های مورد حمایت خود می نگرند و حقوق مانند یک ظرف خالی است که می توان برای رسیدن به اهداف، آن را به دلخواه پر کرد، دستکاری نمود یا به آن تمسک جسته و آن را مورد استفاده قرار داد.^۳

از این رو در فلسفه حقوق غالباً ابزارگرایی حقوقی در تقابل با دیدگاه ها و رویکردهای غیرابزارگرایانه ای قرار داده می شود که ذیل عنوان «حاکمیت قانون»^۴ قرار می گیرند. مهم ترین وجوه تمایز میان ابزارگرایی حقوقی و حاکمیت قانون را در سه حوزه بنیان روش شناختی^۵، محتویات حقوق و نهایتاً نتایج و آثار حقوق مورد اشاره قرار می دهند که این مرزبندی ها را در جدول زیر می توان نمایش داد:^۶

حاکمیت قانون	ابزارگرایی	
قضاوت قاعده محور (تفسیر، سازگاری زنجیروار ^۷)	قضاوت نتیجه محور (استدلال سیاست مدارانه ^۸)	بنیان روش شناختی
قواعد منبعث از قوانین و اصول و قیود اخلاقی تغییرناپذیر	مادام که توسط تصمیم ساز ^۹ اصلی پر نشده باشد، هیچ محتوای الزام آوری ندارد	محتویات حقوق

^۱ . Robert S. Summers, Instrumentalism and American legal theory, New York. Cornell University Press, ۱۹۸۲, p. ۲۱.

^۲ . law is a means to an end

^۳ . Brian Z. Tamanaha, Law as a Means to an End, London. Cambridge University Press, ۲۰۰۶, p. ۱.

^۴ . rule of law

^۵ . methodological premise

^۶ . Bruce Parady, "The Hand is Invisible, Nature Knows Best, and Justice is Blind. Markets, Ecosystems, Legal Instrumentalism and the Natural Law of Systems", Tulsa Law Review, No. ۴۴, ۲۰۰۸, p. ۷۱.

^۷ . policy-based reasoning

^۸ . articulate consistency

^۹ . decision-maker

<p>آنچه قواعد اقتضا دارند، سازگار با محتوای حقوق طبیعی</p>	<p>بیشترین سود و کمترین هزینه (فایده‌گرایی) حداکثر بهره‌وری اقتصادی (حقوق و اقتصاد) بیشترین برابری اجتماعی (برابری‌خواهی)</p>	<p>نتایج حقوق</p>
--	---	-------------------

لذا رویکردی را می‌توان ابزارگرایانه قلمداد کرد که با اعتقاد به اینکه حقوق اصل و قاعده پیشینی الزام‌آور و لازم‌الاجرای ندارد، با استدلال‌های نتیجه‌محور و سیاست‌مدارانه، از حقوق به عنوان ابزاری برای رسیدن به یک سری اهداف و نتایج (اعم از سود جمعی، سود فردی، سود اقتصادی، برابری، آزادی، منافع سیاسی و...) استفاده می‌کند هرچند تفاسیر برآمده از این شیوه تفسیری، با روح قانون و اصول اخلاقی، سازگاری چندانی نداشته باشند. در مقابل، تفسیرهای غیرابزارگرایانه با این اعتقاد که تفسیر حقوقی باید بالاترین جذابیت اخلاقی را داشته باشد^۱ به دنبال کشف اخلاقی‌ترین مرادِ مقنن می‌باشند. برای این منظور باید دست به تفسیری روش‌مند زد به این ترتیب که برای تفسیر قوانین کیفی «به ترتیب» از سه مرحله زیر عبور نماییم: در مرحله نخست، تلاش نماییم با تفسیر لفظی و ادبی^۲، مراد اصلی مقنن را کشف کنیم. اعطاء اولویت به تفسیر لفظی از این بابت است که بیشترین سازگاری را با اصل قانونی بودن جرم و مجازات دارد؛ اصلی که اقتضا می‌کند حکم به مجازات صرفاً به موجب «قانون» و برآمده از الفاظ و عبارات قانون کیفی باشد.^۳ چنانچه با استفاده از تفسیر لفظی و ادبی موفق به احراز نظر مقنن (به صورت یقین یا ظن) شدیم، تفسیر خاتمه یافته و نوبت به مراحل بعدی نمی‌رسد اما اگر این شیوه تفسیری منتج به احراز نظر مقنن نشود یا اگر بشود، به نتیجه‌ای آشکارا غیرمنطقی، غیرحقوقی و غیراخلاقی منجر شود به گونه‌ای که نتوان گفت این نظر، همان نظر مقنن است باید به سراغ مرحله دوم رفت. در مرحله دوم، دست به دامان شیوه تفسیر منطقی و غایی^۴ می‌شویم یعنی با استفاده از ابزارهای در دسترس همچون روح قانون، سوابق تقنینی، مشروح

^۱. دورکین، رونالد، «حقوق و اخلاق»، ترجمه محمد راسخ، مقاله در: حق و مصلحت، تهران، طرح نو، ۱۳۸۷، ص. ۷۴.

^۲. literal interpretation

^۳. ر.ک. اصول ۳۶، ۱۶۶ و ۱۶۷ قانون اساسی.

^۴. teleological interpretation

مذاکرات، سیاق عبارات و مواد، عنوان قانون، سایر مواد قانون و ابزارهایی از این دست تلاش می‌کنیم به شیوه‌ای منطقی، غایت و هدف اصلی قانونگذار از وضع عبارات مورد تفسیر را کشف نماییم.^۱ چنانچه در این مرحله موفق به احراز نظر مقنن (به صورت یقین یا ظن) شدیم، تفسیر خاتمه یافته و نوبت به مرحله بعد نمی‌رسد. اما اگر باز هم به هیچ یقین یا ظنی در خصوص نظر مقنن نرسیم و به عبارت دیگر همچنان در حالت «شک» باقی بمانیم، آنگاه به سراغ مرحله سوم رفته و با تفسیر به نفع متهم، خواه این تفسیر، مضیق باشد یا موسع ابهام و اجمال مورد بحث را پایان می‌دهیم.^۲ علت قرار دادن تفسیر به نفع متهم به عنوان آخرین راهکار این است که مبنای تفسیر به نفع متهم، اصل برائت است و از آنجا که اصل برائت در زمره اصول عملیه بوده و مجرای آن، حالت شک است (و نه ظن)، فلذا چنانچه در مراحل قبلی از حالت شک خارج شده و ظن یا یقین به نظر قانونگذار پیدا کنیم، حتی اگر به ضرر متهم باشد، دیگر مجرای برای تفسیر به نفع متهم باقی نمی‌ماند و تنها زمانی می‌توانیم به تفسیر به نفع متهم متمسک شویم که پس از فحص و یأس از احراز نظر مقنن (به صورت یقین یا ظن) کماکان در حالت شک باقی مانده باشیم.^۳

نظر به مراتب فوق، تفسیرهایی که می‌توان از ابهامات قوانین کیفری داشت چنانچه به صورت روش‌مند و با لحاظ اصول مسلم حقوقی و اخلاقی باشند، تفسیری غیرابزارگرایانه، مبتنی بر حاکمیت قانون و در نتیجه قابل دفاع می‌باشند. اما چنانچه تفسیری از این اصول و روش‌ها عدول نماید، تفسیری ابزارگرایانه بوده که باید حتی‌المقدور از آنها اجتناب کرد. در ادامه، تفسیرهای گوناگونی که ممکن است در مقام رفع ابهام از مفاهیم «حدود غیر مذکور» و «تعزیرات منصوص» در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ صورت گیرد را بیان می‌کنیم تا بتوانیم در نهایت غیرابزارگرایانه‌ترین تفسیر را از میان آنها برگزینیم.

۲. تفسیرهای محتمل از «حدود غیر مذکور» و «تعزیرات منصوص» و ارزیابی آنها

۱. امید، جلیل، تفسیر قانون در حقوق جزا، تهران، جنگل، ۱۳۸۹، ص. ۶۴.

۲. قیاسی، جلال‌الدین، روش تفسیر قوانین کیفری، قم، بوستان کتاب، ۱۳۷۹، ص. ۱۸۱.

۳. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج. ۱، تهران، میزان، ۱۳۸۲، ص. ۱۵۱.

با توجه به مباحث فقهی و نیز سوابق تقنینی و فروض حقوقی، به نظر می‌رسد سه تفسیر متفاوت از عبارات «حدود غیرمذکور» و «تعزیرات منصوص» در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ قابل ارائه باشد که ذیلاً به بیان و ارزیابی هریک از آنها خواهیم پرداخت.

۲-۱. تفسیر نخست

۲-۱-۱. بیان تفسیر

نخستین تفسیری که ممکن است از عبارات مبهم مورد بحث ارائه داد این است که «حدود» منحصر به همان موارد شش گانه‌ای هستند که به طور سنتی در کلام مشهور فقها ذیل کتاب حدود به عنوان جرائم مستوجب حد ذکر شده‌اند؛ یعنی زنا و ملحقات آن (لواط و تفخیز، مساحقه، قوادی)، قذف، شرب خمر، سرقت و محاربه. سایر جرائم و مجازات‌های دارای پیشینه شرعی ولو دارای مجازات معین و مشخص را نمی‌توان در زمره حدود قرار داد و سیاهه حدود را از موارد اجماعی فوق‌الذکر طولانی‌تر کرد. بلکه این موارد اخیر همگی در دسته تعزیرات قرار می‌گیرند. حال خود تعزیرات را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: یکی مجازات‌های تعزیری که در شرع مشخص و معین شده‌اند مانند ارتداد و بدعت و سحر و وطی بهائم و... که به آنها «تعزیرات منصوص شرعی» گفته می‌شود. دوم مجازات‌های تعزیری که در شرع مشخص نشده‌اند اعم از اینکه موجب آنها (یعنی جرمی که بموجب آن، مجازات تعزیری اعمال می‌گردد) در شرع با قید حرمت مشخص شده باشد (همان تعزیرات قانون سابق) یا نشده باشد (همان مجازات‌های بازدارنده قانون سابق). در تأیید این نظر می‌توان به دیدگاه‌های پاره‌ای از فقها اشاره کرد که جرائم مستوجب حد را منحصر در همان موارد شش گانه دانسته و از تعمیم عنوان «حد» بر سایر موارد حتی اگر دارای مجازات مقدر شرعی باشند اجتناب ورزیده‌اند. از جمله محقق حلی در شرایع الاسلام پس از بیان اینکه هر آنچه مجازات مقدر داشته باشد «حد» نامیده می‌شود و هر آنچه اینگونه نباشد «تعزیر» خوانده می‌شود، موارد حدود را منحصر در شش مورد زنا، ملحقات زنا، قذف، سرقت، شرب خمر و قطع طریق (محاربه) دانسته و صراحتاً بغی و ارتداد و وطی بهائم و ارتکاب سایر محرمات را در زمره تعزیرات قرار می‌دهد.^۱ همچنین شهید ثانی در مسالک الأفهام به هنگام ارائه تعریف برای تعزیرات می‌گوید تعزیر، مجازات یا اهانتی است که «غالباً» در اصل شرع مقدر نشده است. به اعتقاد ایشان در خصوص تعزیرات اصل بر نبود مجازات

^۱ . محقق حلی، پیشین، ص. ۱۳۶.

مقدر شرعی برای آنهاست و در اغلب مصادیق تعزیرات نیز اینگونه است اما با این وجود بعضاً روایاتی وارد شده و مجازاتِ مقدری برای برخی تعزیرات مشخص نموده‌اند مانند نزدیکی با همسر در روز ماه رمضان، ازاله بکارت با انگشت، حضور دونفر برهنه زیر پوشش واحد و...^۱ همانگونه که ملاحظه می‌شود ایشان ارائه تعریف از تعزیر را فدای پایبندی خود به فهرست سنتی حدود کرده و ترجیح می‌دهد تمامی موارد دارای مجازات مقدر شرعی به جز حدود سنتی را از دایره حدود خارج نگه‌داشته و ذیل عنوان تعزیرات قرار دهد. برخی فقهای معاصر نیز علی‌رغم وارد کردن ایراداتی به استدلال شهید ثانی، اما نهایتاً در نتیجه با وی هم نظر بوده و مثال‌های ذکر شده توسط شهید ثانی را در زمره تعزیرات می‌دانند و نه حدود.^۲

۲-۱-۲. ارزیابی تفسیر

تفسیر مزبور به رغم جذابیت اخلاقی بالایی که دارد اما به دلیل مغایرت با اصول تفسیر لفظی و منطقی نمی‌تواند مورد قبول قرار گیرد. جذابیت اخلاقی این دیدگاه از این بابت است که بر طبق آن، دامنه حدود بسیار محدود شده و دیگر قضاات نمی‌توانند به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی، موارد منصوص شرعی را در زمره حدود قلمداد کرده و مرتکبین را به کیفرهای شرعی آنها برسانند. از سوی دیگر بر طبق این تفسیر، تعزیرات منصوص شرعی، منحصر می‌شوند به مجازات‌هایی که «نوع» و «میزان» آنها در شرع تعیین شده است و نه کلیه مواردی که «موجب» آنها هم دارای نص شرعی است. از اینرو دامنه جرائمی که بر طبق تبصره ۲ ماده ۱۱۵ بناست از پاره‌ای نهادهای ارفاقی محروم گردند محدود شده و سایر جرائم ولو دارای سابقه حرمت شرعی، همگی از آن نهادهای ارفاقی بهره خواهند برد. اما ایراد اساسی این تفسیر آن است که تقید به آن موجب نسبت دادن لغو به قانونگذار صراحتاً اعلام داشته است که از نظر وی، موارد و مصادیقی چراکه در آن ماده قانونگذار صراحتاً اعلام داشته است که از نظر وی، موارد و مصادیقی از «حدود» وجود دارند که در این قانون ذکر نشده‌اند. یعنی نظر صریح مقنن این است که علاوه بر زنا و ملحقات آن، قوادی، قذف، سرقت، مصرف مسکر، سب النبی، محاربه، بغی و افساد فی الأرض، جرائم دیگری نیز هستند که مستوجب حدند. حال آنکه تفسیر ارائه شده در این بخش با اعتقاد به اینکه مصادیق حدود، محدود به موارد پنج‌گانه

^۱ . جیبی عاملی (شهیدثانی)، زین‌الدین بن علی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، ج. ۱۴، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ هـ. ق.، ص. ۳۲۶.

^۲ . مکارم شیرازی، ناصر، «تحلیلی پیرامون مسئله تعزیرات در اسلام»، نورعلم، شماره ۵، ۱۳۶۳، ص. ۶۸.

سنتی حدود هستند، آشکارا با این ماده قانون مجازات اسلامی و حتی فهرست حدود مذکور در قانون مجازات اسلامی که محتوی مواردی بیش از شش مورد مشهور می‌باشد (یعنی سب‌النبی، بغی و افساد فی الأرض) در تعارض قرار می‌گیرد.

۲-۲. تفسیر دوم

۲-۲-۱. بیان تفسیر

دومین تفسیری که در این بحث می‌توان ارائه نمود این است که «حدود» همانگونه که در ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی بیان شده، شامل کلیه مواردی می‌شود که سه مسئله در خصوص آنها در شرع تعیین شده باشد: موجب، نوع و میزان. بر اساس منطوق این ماده باید تمامی مواردی که دارای این سه جنبه معین شرعی هستند را در زمره حدود قرار داد. طبق این تفسیر، علاوه بر جرائم شش گانه‌ای که به طور سنتی در دسته حدود قرار می‌گیرند و فهرست جرائم حدی در قانون مجازات اسلامی نیز کمابیش بر اساس آنها تنظیم شده است، سایر مواردی هم که در شرع، موجب و نوع و میزان مجازاتی مشخص شده است نیز ذیل عنوان حدود قرار خواهند گرفت. از این رو تمامی موارد پیش گفته مانند ارتداد، بدعت، سحر، وطی بهائم، حضور دو نفر برهنه زیر پوشش واحد، نزدیکی با همسر در روز ماه رمضان و... همگی را باید در زمره حدود قرار داد. سایر جرائمی که موجب و نوع و میزان مجازات شرعی معینی ندارند همگی در زمره تعزیرات قرار می‌گیرند. حال این تعزیرات خود به دو دسته تقسیم می‌شوند: دسته نخست که قانونگذار به آنها «تعزیرات منصوص شرعی» می‌گوید آنهایی هستند که فقط «موجب» آنها در شرع مشخص شده اما نوع و میزان مجازات مسکوت مانده است. به عبارت دیگر عملی که باید جرم‌انگاری شده و مورد مجازات تعزیری قرار گیرد در شرع مشخص شده اما تعیین نوع مجازات و میزان آن بمایراه الحاکم است. مواردی مانند سرقت‌های تعزیری و خیانت در امانت در این دسته جای می‌گیرند چراکه حرمت و ممنوعیت آنها در شرع مشخص شده است (موجب) اما نه نوع مجازات آنها مشخص شده و نه میزان مجازات‌شان. دسته دوم که در واقع همان تعزیرات غیرمنصوص هستند آنهایی می‌باشند که حتی «موجب» آنها نیز در شرع مشخص نشده است یعنی جرائمی که هیچگونه سابقه حرمت و ممنوعیت شرعی ندارند اما حکومت اسلامی به اقتضای حفظ نظم و برای نقض مقررات حکومتی آنها را وضع کرده است. جرائمی مانند عبور غیرقانونی از مرز، جعل، پوشیدن لباس مأموران دولتی، حمل سلاح غیرمجاز و... در این دسته جای می‌گیرند. در واقع بر اساس این تفسیر، قانونگذار هرچند «منطوقاً» در

ماده ۱۴ قانون مجازات اسلامی تفکیک سابق میان مجازات‌های تعزیری و بازدارنده را حذف کرده و کلیه مصادیق بازدارنده‌ها را در مفهوم تعزیرات ادغام کرده است اما «مفهوماً» تفکیک مزبور را باقی نگه داشته و تعزیرات سابق را صراحتاً تحت عنوان «تعزیرات منصوص شرعی» و بازدارنده‌های سابق را به صورت ضمنی تحت عنوان تعزیرات غیرمنصوص در قانون جدید وارد نموده است.

در تأیید فقهی این نظر می‌توان به دیدگاه پاره‌ای از فقها اشاره کرد که بر این باورند که تعریف حدود و تعزیرات، برخلاف دیدگاه شهید ثانی، به هیچ وجه تخصیص نمی‌خورد و باید هر آنچه مجازات مقدر شرعی دارد را در زمره حدود قرار داده و تعزیرات را منحصر گردانیم به موارد بدون مجازات مقدر شرعی. مرحوم صاحب جواهر پس از نقل دیدگاه شهید ثانی می‌گوید: «گویا اطلاق تعزیر بر موارد مقدر در نصّ روایی موجب آن شده است که صاحب مسالك این موارد را به رغم مقدر بودن، تعزیر بنامد. اشکال اینجاست که درست است که در نصوص از این موارد به تعزیر تعبیر شده است اما ممکن است مقصود از تعبیر تعزیر در این روایات، تعزیر در مقابل حد نباشد و شاید به همین جهت است که بعضی فقها این موارد را در شمار حدود آورده‌اند.»^۱ پاره‌ای از فقهای معاصر نیز با اشاره به اینکه «حال که فرق بین حد و تعزیر، چیزی نیست جز مقدر بودن حد و عدم تقدیر تعزیر، چرا مجازات‌های مقدر شرعی داخل در عنوان حد نباشند»^۲ صراحتاً بیان می‌دارند که «اولی این است که هر مجازاتی که به هر نحو میزان خاصی برای آن تقدیر شده، از اقسام حدود شمرده شود».^۳ لذا از دیدگاه این دسته از فقها مثالی که شهید ثانی در مسالك برای تعزیرات منصوص و مقدر ذکر کرده است هیچیک نمی‌توانند مثال نقضی بر تعریف حد و تعزیر بوده و آنها را تخصیص بزنند.^۴

۲-۲-۲. ارزیابی تفسیر

در تأیید حقوقی تفسیر فوق می‌توان به اصول تفسیر لفظی و منطوق صریح مواد ۱۵ و ۱۸ قانون مجازات اسلامی اشاره کرد. از لحاظ لفظی و ادبی باید گفت از آنجا که ماده ۱۵ صراحتاً هر آنچه «موجب»، «نوع» و «میزان» معین شرعی داشته باشد را به عنوان «حد» تعریف می‌کند فلذا باید به اطلاق این ماده تمسک کرد و کلیه مواردی که دارای

^۱. نجفی، پیشین، ص. ۲۵۵.

^۲. تبریزی، میرزاجواد، أسس الحدود و التعزیرات، قم، مطبوعه مهر، ۱۴۱۷ ه.ق، ص. ۸.

^۳. منتظری، حسینعلی، کتاب الحدود، قم، دارالفکر، بی‌تا، صص. ۳ و ۱۸۱.

^۴. موحدی لنگرانی، محمدفاضل، تفصیل الشریعه فی شرح تحریرالوسیله- الحدود، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۲ ه.ق، ص. ۱۱.

این سه جنبه معین شرعی هستند (اعم از حدود سنتی و اجماعی و سایر موارد مانند ارتداد و وطنی بهائیم و...) را در زمره «حدود» قرار داد. مضافاً اینکه ماده ۱۸ نیز تعزیرات را شامل مواردی می‌داند که مشمول عنوان «حد» نباشند؛ یعنی مواردی که دارای «موجب» و «نوع» و «میزان» معین شرعی نباشند و علاوه بر این موارد وضع و اعمال آنها نیز هر دو مورد ارتکاب محرمات شرعی (تعزیرات سابق) و نقض مقررات حکومتی (بازدارنده‌های سابق) را شامل می‌گردد. از اینرو تفسیر فوق که با تفکیک تعزیر منصوص و غیر منصوص، این دو قسم تعزیرات را ذیل عنوان تعزیر تفسیر می‌کند می‌تواند منطبق با مقصود قانونگذار قلمداد شود.

اما به رغم انطباق با اصول تفسیر لفظی، در مقام ارزیابی منطقی و اخلاقی تفسیر فوق می‌توان به دو ایراد مهم اشاره کرد: نخست این که با این تفسیر، دامنه حدود را خیلی گسترده‌تر از «حدود» مذکور در قانون مجازات اسلامی می‌کنیم. چرا که علاوه بر «حدود» فهرست شده در کتاب حدود این قانون، موارد متعددی در متون شرعی یافت می‌شود که دارای موجب و نوع و میزان مشخص بوده و طبق این تفسیر باید کلیه آنها را در عداد «حدودی» که در این قانون ذکر نشده‌اند قرار داد و سپس به موجب ماده ۲۲۰ همین قانون به قضات اجازه دهیم در خصوص تمامی این موارد به رغم ذکر نشدن عناصر و ارکان تشکیل دهنده این جرائم در «قانون»، مرتکبین را به استناد اصل ۱۶۷ قانون اساسی و صرفاً با مراجعه به همان متون فقهی و فتاوی، محکوم به تحمل کیفر نمایند. پرواضح است که این پیامد تفسیر فوق، آشکارا موجب نقض حقوق و آزادی‌های شهروندان شده و با دادن اختیار صدور حکم محکومیت کیفری به قضات، آن هم در مواردی که به دلیل اختلاف فتاوی ممکن است موجب صدور آراء متهاافت از محاکم گوناگون شود، خواه ناخواه زمینه بروز بی‌عدالتی در جامعه را فراهم می‌آوردیم.

ایراد دوم این که بر اساس تفسیر فوق، باید تفکیکی که سابقاً میان تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده در نظام حقوقی وجود داشت را در زمان حکومت قانون جدید نیز به قوت خود باقی دانسته و سپس تمامی مصادیق «تعزیرات» سابق را منطبق بر عبارت «تعزیرات منصوص شرعی» بدانیم و در نتیجه به حکم تبصره ۲ ماده ۱۱۵، مرتکبین همه این جرائم (که تعدادشان در میان عناوین مجرمانه موجود در قوانین، نسبتاً زیاد است) را از پاره‌ای از نهادهای ارفاقی مهم محروم گردانیم. به بیان دیگر در خصوص طیف گسترده‌ای از جرائم نسبتاً پراگندگی از قبیل کلاهبرداری، خیانت در امانت، توهین و امثالهم چون دارای سابقه حرمت شرعی بوده و طبق این تفسیر «تعزیر منصوص

شرعی» محسوب می‌شوند دیگر نمی‌توان تعلیق مجازات، تعویق صدور حکم، مرور زمان، تخفیف و تبدیل مجازات اطفال و نوجوانان و... را اِعمال نمود و در واقع اِعمال این نهادهای ارفاقی منحصر می‌شود به تعزیرات غیرمنصوص یا به عبارت دیگر همان «مجازات‌های بازدارنده» سابق. حال از این مسئله بگذریم که با این تفسیر، همان مسائل و مشکلات سابق در خصوص ملاک دقیق تفکیک تعزیرات از مجازات‌های بازدارنده را نیز در نظام حقوقی باقی نگه می‌داریم.

اداره حقوقی قوه قضائیه نیز در نظریات مشورتی متعددی، تفسیر فوق را مردود دانسته است. در همه این نظریات این عبارت تکرار شده است که «تعزیرات منصوص شرعی به تعزیراتی گفته می‌شود که در شرع مقدس اسلام، برای یک عمل معین نوع و مقدار کیفر مشخص شده است. بنابراین مواردی که به موجب روایات و یا هر دلیل شرعی دیگر به طور کلی و مطلق برای عملی تعزیر مقرر گردیده است، ولی نوع و مقدار آن معین نگردیده، تعزیر منصوص شرعی محسوب نمی‌شود».^۱ در واقع اداره حقوقی قوه قضائیه در قسمت اخیر این عبارات بر این امر تأکید می‌کند که مواردی که فقط دارای «موجب» معین شرعی هستند اما نوع و میزان مجازات معینی ندارند، تعزیرات منصوص شرعی به حساب نمی‌آیند. از اینرو در همین نظریه‌ها مواردی از قبیل خیانت در امانت^۲ و سرقت^۳ را از عداد تعزیرات منصوص شرعی خارج می‌کند و در مقابل، موردی همچون رابطه نامشروع موضوع ماده ۶۳۷ کتاب پنجم «تعزیرات» قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ را مصادیقی از تعزیرات منصوص شرعی می‌داند.^۴

۲-۳. تفسیر سوم

۲-۳-۱. بیان تفسیر

^۱ . نظریات شماره ۱۳۰۳ - ۹۲/۷/۳ - ۷/۹۲/۱۴۷۰ - ۹۲/۸/۷ - ۷/۹۲/۱۱۶۴ - ۹۲/۶/۱۸ - ۷/۹۲/۱۴۷۵ - ۹۲/۸/۷. البته به این عبارت و استدلال اداره حقوقی در نظریه‌های فوق این ایراد وارد است که در ابتدای نظریه و در جمله نخستین که به نظر می‌رسد استدلال اصلی برای نتیجه نهایی است عیناً تعریفی که ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی برای «حدود» ذکر کرده است به عنوان تعریف و شاخصی برای شناسایی و معرفی تعزیرات منصوص به کار گرفته شده است! لذا این نظریه‌ها پاسخ ابهام موجود پیرامون تشخیص مصادیق تعزیرات منصوص را به صورت ناقص می‌دهند و فقط تأکید می‌کنند که موارد دارای موجب معین شرعی، تعزیرات منصوص محسوب نمی‌شوند اما برای تفکیک تعزیرات منصوص از حدود، پاسخی ارائه نمی‌دهند.

^۲ . نظریه ۹۲/۶/۱۸ - ۷/۹۲/۱۱۶۴.

^۳ . نظریه ۹۲/۷/۳ - ۱۳۰۳.

^۴ . نظریه ۹۲/۷/۳ - ۱۳۰۳.

سومین تفسیری که می‌توان ارائه داد این است که «حدود» بر اساس منطوق ماده ۱۵ شامل کلیه مواردی می‌شوند که «موجب»، «نوع» و «میزان» آنها در شرع مشخص شده باشد اما نکته حائز اهمیت اینجاست که آنچه نیاز به تفسیر دارد همین عبارت «میزان» در ماده فوق‌الذکر می‌باشد. ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی فقط مواردی را در زمره «حدود» قرار می‌دهد که علاوه بر «موجب» و «نوع» مجازات، «میزان» مجازات هم به صورت دقیق و بدون تعیین اقل و اکثر در شرع مشخص شده باشد. نگاهی به سیاهه جرائم حدی سنتی و مشهور نیز به ما نشان می‌دهد که وجه مشترک همه آنها این است که برای آنها میزان مجازات به صورت ثابت و بدون اقل و اکثر تعیین شده است: مجازات مرگ برای تعدادی از جرائم، صد تازیانه برای زنا، هشتاد تازیانه برای شرب خمر و کذب، ۷۵ تازیانه برای قوادی، قطع ۴ انگشت دست راست برای سرقت. لذا مقصود قانونگذار از این که جرائمی حدی محسوب می‌شوند که «میزان» مجازات آنها در شرع تعیین شده باشد، این است که میزان مجازات به صورت ثابت تعیین شده باشد. از اینرو «همه» و «فقط» مواردی که مجازات ثابت شرعی دارند ولو در زمره حدود سنتی و اجماعی فهرست شده در قانون مجازات اسلامی نباشند، در زمره حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند قرار خواهند گرفت؛ جرائمی مثل ارتداد، بدعت‌گذاری و سحر که دارای مجازات ثابت اعدام در شرع هستند. در مقابل، آندسته از مواردی که دارای «موجب» و «نوع» مجازات معین شرعی هستند اما «میزان» مجازات آنها نه به صورت ثابت بلکه به صورت اقل و اکثر در شرع مشخص شده است دیگر ذیل تعریف ماده ۱۵ و تحت عنوان «حدود» قرار نمی‌گیرند بلکه در زمره تعزیرات بوده اما به واسطه اینکه «موجب» و «نوع» معین شرعی همراه با «میزان» اقل و اکثر مجازات معین شرعی هستند قانونگذار به آنها عنوان «تعزیرات منصوص شرعی» داده است. لذا مثال‌های مذکور در بخش‌های قبل مانند وطی بهائم، حضور دو نفر برهنه زیر پوشش واحد و امثالهم هیچیک از مصادیق «حدودی» که در این قانون ذکر نشده‌اند نخواهند بود بلکه از مصادیق «تعزیرات منصوص شرعی» می‌باشند که در صورت جرم‌انگاری شدن در قانون، از یک سری نهادهای ارفاقی مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی محروم می‌باشند. بدیهی است سایر جرائم اعم از اینکه سابقه حرمت شرعی داشته باشند (تعزیرات سابق) یا خیر (بازدارنده‌های سابق) همگی در عداد تعزیرات غیرمنصوص قلمداد شده و مشمول حکم تبصره ۲ فوق‌الذکر نخواهند بود.

در تأیید فقهی نظر فوق علاوه بر دیدگاه فقهایی که در تفسیر اول به آنها اشاره شد و معتقد به عدم توسعه دامنه حدود بودند، می‌توان به نکته مهمی اشاره کرد که مورد

توجه معدودی از فقهای طراز اول شیعه قرار گرفته است. شهید اول و مرحوم فاضل مقداد در مقام بیان تفاوت‌های میان حد و تعزیر به نکته ظریفی اشاره کرده‌اند و آن اینکه تعزیر باید متناسب با شدت جرم باشد بر خلاف حد که در لزوم اجرای آن، تحقق موضوع و جرم کفایت می‌کند. به اعتقاد ایشان میزان تعزیر، حسب اختلاف حال بزهکاران، متفاوت می‌شود.^۱ این نکته مهمی است که در تفسیر سوم به کار گرفته شده و با توجه به آن، یکی از تفاوت‌های مهم و اساسی حدود و تعزیرات در این امر دانسته شده است که «میزان» مجازات‌های حدی، در شرع مقدر و معین شده است آن هم به صورت ثابت و بدون اختیار قضات برای برقراری تناسب میان جرم و مجازات. اما مجازات‌های تعزیری آنهایی هستند که قضات در اعمال آنها از اختیار برقراری تناسب میان جرم و مجازات و نیز میان خصوصیات و روحیات فردی بزهکار با مجازات برخوردارند. برخی فقهای معاصر نیز وجود اقل و اکثر در مجازات‌های مقدر شرعی برخی جرائم را دلیل بر تعزیری و نه حدی بودن آن دانسته‌اند.^۲

۲-۳-۲. ارزیابی تفسیر

تفسیر سوم علاوه بر سازگاری با اصول تفسیر لفظی، تفسیری منطقی‌تر و دارای جذابیت اخلاقی بیشتری نسبت به سایر تفسیرها به نظر می‌رسد. در این تفسیر علاوه بر اینکه نسبت لغوی به قانونگذار داده نشده و برای هر یک از احکام و مواد قانونی موجود، مصداق و مجرای ارائه می‌شود با اصول تفسیر منطقی و غایی نظیر توجه به روح قانون و سوابق تقنینی نیز سازگاری کامل دارد. از یکسو توجه به فرآیند تصویب قانون مجازات اسلامی نشان می‌دهد که در لایحه اولیه‌ای که از سوی قوه قضائیه تنظیم و به مجلس شورای اسلامی تقدیم شده بود، در فهرست حدود، سه جرم ارتداد، بدعت‌گذاری و سحر هم پیش‌بینی شده بود. اما در ادامه این فرآیند در متن نهایی که به تصویب مجلس رسید این سه عنوان مجرمانه از فهرست حدود حذف شده و در عوض متن کنونی ماده ۲۲۰ با عبارت «حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند» به قانون افزوده شد. به نظر می‌رسد قانونگذار به دلیل انتقاداتی که ممکن است در عرصه بین‌المللی در خصوص محدودیت آزادی بیان و مسائلی از این قبیل به قانون مجازات اسلامی به دلیل جرم‌انگاری ارتداد و بدعت‌گذاری وارد شود، ترجیح داده است از وارد

^۱. جبعی عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، القواعد و الفوائد، ج ۲، نجف، مطبعه الآداب، ۱۳۶۰ ه. ق.، ص. ۱۴۳ و نیز سیوری حلی، مقداد بن عبدالله، ضد القواعد الفقهیه علی مذهب الإمامیه، قم، انتشارات کتابخانه آیت اله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ ه. ق.، ص. ۴۷۳.

^۲. مکارم شیرازی، پیشین، ص. ۶۸.

کردن صریح این جرائم در قانون پرهیز کرده و از سوی دیگر خلأ قانونی پیرامون مجازات مرتدین را نیز رفع نماید. بدین منظور ضمن عدم ذکر صریح جرم ارتداد در قانون، به صورت ضمنی با دادن مجوز صدور حکم به استناد فتاوی، در واقع مجوز به کیفر رساندن جرم ارتداد را صادر کرده است. به بیان دیگر نگاه به سابقه و فرآیند قانونگذاری نشان از آن دارد که مقصود اصلی قانونگذار از «حدودی که در این قانون ذکر نشده‌اند» صرفاً همان حدودی است که در لایحه اولیه ذکر شده بوده اما در متن نهایی ذکر نشده‌اند. از اینرو مقصود قانونگذار از این عبارت، اشاره به موارد دیگری همچون نزدیکی با همسر در ماه رمضان و... نبوده است.

مضافاً اینکه مقایسه تحولات قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ با قانون سابق در خصوص تقسیم‌بندی مجازات‌ها و تعریف «تعزیر» گواه این مطلب است که قانونگذار پیش‌تر منبأ و ملاک تعزیر را صرفاً ارتکاب محرمات شرعی می‌دانست و از آنجا که اطلاق عنوان «تعزیر» بر رفتارهای مفسده‌انگیزی که فاقد سابقه حرمت شرعی‌اند را جایز نمی‌دانست لذا عنوان جدید «مجازات‌های بازدارنده» را جعل کرده و کلیه جرائمی که سابقه حرمت شرعی نداشتند را ذیل این عنوان جدید دسته‌بندی می‌کرد.^۱ اما در قانون جدید و در ماده ۱۸ ضمن چرخش آشکار در دیدگاه خود، مینا و ملاک تعزیر را از «ارتکاب عمل حرام» تغییر داده و به «ارتکاب رفتار مفسده‌انگیز» تغییر داده است؛ خواه این عمل مفسده‌انگیز سابقه حرمت شرعی داشته باشد یا خیر. از اینرو تفسیری که باهم تفکیک سابق تعزیر و بازدارنده را در قانون جدید نگه‌دارد، خلاف روح قانون به نظر می‌رسد. علاوه بر این نگاهی به روح قانون نیز می‌تواند تفسیر ارائه شده در این بخش را تأیید نماید. چراکه نگاه به مجموعه مواد و احکام قانون مجازات اسلامی به خوبی نشان می‌دهد که مقنن بسیاری از احکام ناظر بر تعزیرات (تخفیف، تشدید، تعدد، تکرار، تعلیق، تعویق، مرور زمان، تبدیل و...) را در خصوص حدود مجری نمی‌داند.^۲ به نظر می‌رسد فلسفه استثنا کردن «تعزیرات منصوص» از پاره‌ای از این احکام به این دلیل است که در خصوص این جرائم، به واسطه معین بودن «موجب» و «نوع» و «میزان» اقل و اکثری مجازات، شبهه حد بودن وجود دارد. فلذا قانونگذار جوانب احتیاط را

۱. حبیب‌زاده، محمدجعفر، و عینی نجف‌آبادی، محسن، «مینا و ملاک تعزیر؛ قسمت دوم»، ماهنامه دادرسی، شماره ۳۳، ۱۳۸۱، ص. ۲۴.

۲. برای نمونه ر.ک. مواد ۲۰، ۳۷، ۹۱، ۹۷، ۱۰۰، ۱۱۴، ۱۳۱، ۱۳۲، ۱۳۶ و ۱۳۷ و تبصره ماده ۱۲۵ قانون مجازات اسلامی.

رعایت کرده و علی‌رغم اینکه این موارد را جزء تعزیرات قلمداد می‌کند اما باز هم به دلیل شبهه حد بودن آنها، احکام تعزیرات را در خصوص شان مجری نمی‌داند. علاوه بر همه اینها تفسیر مزبور با فلسفه تشریح و تفکیک حدود و تعزیرات نیز هماهنگ می‌باشد. چراکه فلسفه تشریح حدود، حمایت از جامعه در مقابل جرائمی خاص با وضع مجازات‌هایی ثابت و لایتغیر است و در مقابل، هدف از تشریح تعزیرات، تأدیب و اصلاح مجرمین از طریق اعمال مجازات‌های متناسب با هر بزه‌کار می‌باشد.^۱ بدیهی است با توجه به این حکمت‌ها و فلسفه‌ها باید این گونه نظر داد که مجازات‌هایی که قابلیت متناسب شدن با هر شخص بزه‌کاری را دارند/اصولاً باید در زمره تعزیرات قرار گیرند و نه حدود.

نتیجه‌گیری

حد	تعزیر منصوص	تعزیر غیر منصوص	نقد
----	-------------	-----------------	-----

بمنظور رفع ابهام از عبارات «حدودی» که در این قانون ذکر نشده‌اند» در ماده ۲۲۰ و «تعزیرات منصوص شرعی» مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۱۵ و نیز «تعزیر معین شرعی» مندرج در ماده ۱۳۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و تشخیص مصادیق آنها، با توجه به سایر مواد قانونی موجود و نیز سوابق فقهی بحث، سه تفسیر محتمل فوق مطرح شد که خلاصه آنها را در جدول زیر می‌توان نمایش داد:

^۱ . حسینی، سیدمحمد، «دوگونه کیفر در مقابل دو دسته بزه؛ بازتعریف حدود و تعزیرات از دیدگاه فلسفه کیفری»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۱، ۱۳۸۸، ص. ۹۴.

تفسیر نخست	موارد شش‌گانه	موجب و نوع و میزان معین	نوع و میزان نامعین/ موجب معین یا نامعین	حذف جرم‌انگاری قضایی/ افزایش کاربرد نهادهای ارفاقی/ لغو بودن ماده ۲۲۰
تفسیر دوم	موجب و نوع و میزان معین	موجب معین/ نوع و میزان نامعین	موجب و نوع و میزان نامعین	سازگار با تفسیر لفظی/ گسترش جرم‌انگاری قضایی/ کاهش کاربرد نهادهای ارفاقی
تفسیر سوم	موجب و نوع و میزان ثابت معین	موجب و نوع و میزان غیر ثابت معین	نوع و میزان نامعین/ موجب معین یا نامعین	کاهش جرم‌انگاری قضایی/ افزایش کاربرد نهادهای ارفاقی

اگر این تفاسیر را با توجه به اصول و شیوه‌های تفسیر محک بزینم متوجه می‌شویم که ابزارگرایانه‌ترین تفسیر ارائه شده، تفسیر دوم می‌باشد. چراکه در آن با دادن اختیار جرم‌انگاری گسترده به قضات آن هم با تفاوت آراء بدون وجود نص قانونی فصل‌الخطاب، و نیز با محروم کردن حجم وسیعی از مرتکبین جرائم گوناگون از نهادهای ارفاقی قانونی، قانون را به مثابه ابزاری برای رسیدن به هر هدفی قلمداد کرده و آن را در اختیار مجریان قانون می‌گذاریم. درواقع این تفسیر در میان سایر تفاسیر محتمل، از پایین‌ترین جذابیت اخلاقی نیز برخوردار بوده و با روح حاکم بر قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ که در مقایسه با قوانین قبل از خود، از نهادهای ارفاقی بسیار بیشتری برخوردار شده است در تعارض قرار دارد. در مقابل، تفسیر سوم با توجه به سازگاری بیشتر با اصول و ترتب شیوه‌های تفسیری و نیز پیامدهای غیراخلاقی کمتری که به دنبال دارد، غیرابزارگرایانه‌ترین تفسیر به شمار می‌رود و نسبت به سایر تفاسیر موجود انطباق

بیشتری با اصول حقوقی دارد. از این رو ضروری است تا حد امکان ذهنیت قضات و حقوقدانان کشور به سمت تفسیر اخیر متمایل گردد.

منابع

الف - فارسی

- اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران، میزان، چاپ چهارم، ۱۳۸۲.
- امیدی، جلیل، تفسیر قانون در حقوق جزا، تهران، جنگل، ۱۳۸۹.
- بیگس، برایان، فرهنگ نظریه حقوقی، ترجمه محمد راسخ، تهران، نشرنی، ۱۳۸۹.
- حبیبزاده، محمدجعفر و عینی نجفآبادی، محسن، «مبنا و ملاک تعزیر، قسمت دوم»، ماهنامه دادرسی، سال ششم، شماره ۳۳، ۱۳۸۱.
- حسینی، سید محمد، «دوگونه کیفر در مقابل دو دسته بزه، بازتعریف حدود و تعزیرات از دیدگاه فلسفه کیفری»، فصلنامه حقوق، دوره ۳۹، شماره ۱، ۱۳۸۸.

- دورکین، رونالد، «حقوق و اخلاق» ترجمه محمد راسخ، مقاله در، حق و مصلحت، نوشته محمد راسخ، تهران، طرح نو، چاپ سوم، ۱۳۸۷.
- قیاسی، جلال‌الدین، روش تفسیر قوانین کیفری، قم، بوستان کتاب، ۱۳۷۹.
- مکارم شیرازی، ناصر، «تحلیلی پیرامون مسئله تعزیرات در اسلام»، مجله نورعلم، شماره ۵، ۱۳۶۳.

ب - عربی

- تبریزی، میرزا جواد، **أسس الحدود و التعزیرات**، قم، مطبعه مهر، ۱۴۱۷ هـ ق.
- جبعی عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، **القواعد و الفوائد**، جلد دوم، نجف، مطبعه الآداب، ۱۳۶۰ هـ ق.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، جلد چهاردهم، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ هـ ق.
- حلی، مقداد بن عبدالله سیوری، **نضد القواعد الفقهیة علی مذهب الإمامیه**، قم، انتشارات کتابخانه آیت‌اله مرعشی نجفی، ۱۴۰۳ هـ ق.
- موحدی لنکرانی، محمدفاضل، **تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله - الحدود**، قم، مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام، ۱۴۲۲ هـ ق.
- محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن، **شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام**، جلد چهارم، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ هـ ق.
- منتظری، حسینعلی، **کتاب الحدود**، قم، دارالفکر، بی تا.
- نجفی، محمدحسن، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، جلد چهل و یکم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ ق.

ج - انگلیسی

- Pardy, Bruce, "The Hand is Invisible, Nature Knows Best, and Justice is Blind, Markets, Ecosystems, Legal Instrumentalism, and the Natural Law of Systems", *Tulsa Law Review*, vol. ۴۴, ۲۰۰۸.

- Quevedo, Steven, "Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory", *California Law Review*, vol. ۷۳, ۱۹۸۵.

-
- Scordato, Marin. R, "**Post-Realist Blues, Formalism, Instrumentalism and the Hybrid Nature of Common Law**", Nevada Law Journal, vol. ۲, N.۲, spring ۲۰۰۷.
- Summers, Robert. S, **Instrumentalism and American legal theory**, NewYork, Cornell University Press, ۱۹۸۲.
- Tamanaha, Brian. Z, **Law as a Means to an End**, London, Cambridge University Press, ۲۰۰۶.