

## "مجازات بازدارنده": اشکالات نظری و مشکلات عملی

سید محمد حسینی\*

دانشیار گروه حقوق جزایی و جرم‌شناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۲۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۱۲/۴)

### چکیده:

ابداع قسم جدیدی کیفر تحت عنوان "مجازات های بازدارنده" در سال ۱۳۶۸ به کشمکش های ممتدی باز می گردد که در دهه نخست نظام جمهوری اسلامی راجع به تصویب مجازات های تعزیری در قالب مواد قانونی بین مراجع مربوطه وجود داشت. چرا که "بیدالحاکم" بودن تعزیر و نیز عدم پیش بینی "مرور زمان" [تقادم] در فقه امامی، با تعیین شدن انواع و مقادیر تعزیرات در قانون و با تعطیل آن با مرور زمان مغایر می نمود. خلق این عنوان جدید و درج آن در کنار عنوان "تعزیر" راه گریزی بوده است برای عبور قانون گذار از این مانع "فقهی" (۲). ما در این تحقیق موزج به این نتیجه رسیده ایم که پیدایش عنوان "مجازات های بازدارنده" در کنار "تعزیر" هیچ مبنای شرعی و فقهی ندارد و به هیچ وجه نمی تواند مستند به کاربرد این تعبیر در پاسخ رهبر بنیانگذار - رضوان الله علیه - به استفتای به عمل آمده از ایشان باشد. گذشته از فقدان مشروعیت، "مجازات های بازدارنده" دچار بحران هویت است و در عمل (قضا) قابل تمیز از تعزیر نبوده و ابهامات و تناقضات بسیاری را موجب شده است. این "نوآوری" بی پایه به میزان گسترده ای حکمت تقنینی جزایی را در نظام کیفری ایران مخدوش نموده است. و ثمره بحث این که حذف عنوان "مجازات های بازدارنده" به عنوان قسمی برای "تعزیر" و یکی از انواع مجازات ها، با این ویژگی که مشمول مرور زمان بشود، واجب فوری است.

### واژگان کلیدی:

"مجازات های بازدارنده"، تعزیر، اشکالات شرعی، مشکلات عملی، حکمت تقنینی - وجوب حذف.

\* فاکس: ۶۶۴۰۹۵۹۵

برای اطلاع از دیگر مقالات منتشر شده از این نویسنده در همین مجله، به صفحه پایانی این مقاله نگاه کنید.

### مقدمه

پس از پیروزی انقلاب اسلامی و استقرار نظام جمهوری اسلامی در ایران، در راستای انطباق قوانین با شریعت و فقه اسلامی، بیشترین تغییرات در نظام کیفری پدید آمد. از جمله، انواع مجازات‌ها به قصاص، حدود، دیات و تعزیرات منقسم گشت.

وضع بدین منوال بود تا تصویب قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو در سال ۱۳۶۸. در این قانون، عنوان جدید و بی سابقه «مجازات‌های بازدارنده» به عنوان قسیمی نو پیدا، در عرض عناوین و انواع مجازات‌ها در فقه، در قوانین کیفری متولد شد. از آن پس و در تصویب‌های بعدی قوانین مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری مجازات‌ها پنج گونه شد: قسم چهارم، تعزیر: «تأدیب یا عقوبتی که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است؛ از قبیل حبس و جزای نقدی و شلّاق که میزان شلّاق باید از تعداد حدّ کمتر باشد». و نوع پنجم، مجازات‌های بازدارنده با این تعریف: «تأدیب یا عقوبتی که از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماعی در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد؛ از قبیل حبس، جزای نقدی، تعطیل محل کسب، لغو پروانه و محرومیت از حقوق اجتماعی و اقامت در نقطه معین و منع از اقامت در نقطه یا نقاط معین و مانند آن»<sup>۱</sup>.

وجه اشتراک این دو نوع کیفر عبارت است از عدم تعیین و تقدیر توسط شارع و واگذاری آنها به حاکم؛ و وجه افتراق آن دو این است که تعزیر مختص ممنوعات شرعی است که برای ارتکاب آنها در شرع کیفری تعیین و تقدیر نشده و مجازات بازدارنده ناظر بر تخلف از مقررات و نظامات حکومتی است که در شرع سابقه منع و تحریم ندارند و - به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماعی - از طرف حکومت تعیین می‌گردد.

چنین تجزیه و تفکیکی بین مجازات‌های نا معین در شرع، در فقه جزایی اسلامی سابقه نداشته و تا ده سال از عمر جمهوری اسلامی ایران در قوانین کیفری خبر و اثری از آن نبوده است.

راقم این سطور را عقیده بر این است که این نو آوری بدعتی موّجه و مشروع نبوده و - بر عکس - جعلی باطل و غلط بوده که به لحاظ نظری مستند به دلیل شرعی نبوده و از جهت عملی مشکلات قابل توجه اجرایی در پی داشته است.

خوشبختانه در خلال بررسی لایحه مجازات اسلامی در مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، و متعاقباً در کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی، به این اشکال

۱. مواد ۱۶ و ۱۷ قانون مجازات اسلامی، مصوب ۱۳۷۰/۵/۸.

اساسی التفات شد و عنوان مجعول «مجازات بازدارنده» از لایحه قانون مجازات اسلامی حذف گردید.

اما جای این نگرانی هست که تا طی مرحله نهایی تصویب، یا پس از انقضای مدت اعتبار قانون اخیرالتصویب، با عدم بیان استدلال محکمی که در ورای این اصلاح ضروری (که در واقع بازگشت به تقسیم بندی صحیح مجازات‌هاست) وجود دارد، بار دیگر این اشتباه و اشکال فاحش تکرار شود. این دغدغه صاحب این قلم را برانگیخت تا به منظور پیشگیری از استمرار یا تکرار اشتباه، در چارچوب مقاله پیش رو، نخست به بیان «منشأ پیدایش» مجازات بازدارنده در عرض انواع دیگر مجازات‌ها در قوانین کیفری (گفتار نخست) پردازد؛ پس از آن تحت عنوان «اشکالات نظری» (گفتار دوم) بی‌پایگی ابداع مجازات بازدارنده، در کنار تعزیر، از منظر شرعی و فقهی را روشن کند؛ تا آنگاه نوبت برسد به اشاره ای به «اشکالات عملی» (گفتار سوم) که از جعل باطل مجازات بازدارنده در قوانین کیفری پدید آمده است.

سرانجام، «نتیجه» و ثمره نهایی این کاوش و پژوهش عبارت خواهد بود از لزوم و وجوب حذف عنوان مجعول مجازات باز دارنده از قوانین کیفری در جمهوری اسلامی، و بازگشت به انواع مجازات در فقه جزایی.

### گفتار نخست: منشأ پیدایش

تولّد «مجازات بازدارنده» در کنار «تعزیر» را باید در اشکالات و مشکلات ناشی از پیاده کردن و اجرایی نمودن فقه اسلامی، با نگاه و فهم لفظ گرا و اخباری، در قالب قوانین موضوعه، ریشه یابی کرد. توضیح این که: گستردگی و پیچیدگی زندگی اجتماعی در روزگار ما، از سویی، و محدودیت موجود در کم و کیف نیروی انسانی قضایی، از سوی دیگر، ایجاب می‌کند که مجازات‌های مترتب بر ارتکاب اعمال جرم انگاری شده، هر چند به صورت حصر انواع و تعیین اقل و اکثر مقادیر، تحدید و تعیین شوند. در این صورت، قضات در محدوده انواع و مقادیر پیش بینی شده در قانون، احکام کیفری صادر می‌کنند و از پراکندگی و تفاوت‌های فاحش احکام قضایی در موارد مشابه پرهیز می‌شود. به علاوه، واقعیت‌های زندگی اجتماعی امروزی و نیز مشکلات اجرایی و -احیاناً- حکمت قضایی ایجاب می‌کند که بخشی از جرائم مشمول مرور زمان دانسته و چنان که تا زمان مشخصی مورد تعقیب قرار نگیرند یا منتهی به صدور حکم نشوند، کان لم یکن تلقی گردند.

قانون‌گذار ایرانی در مسیر هماهنگی با این مقتضیات زمانی و مکانی با مانع فهم فقهی ظاهرگرا از مجازات تعزیر مواجه شد. چرا که از این دیدگاه اولاً، "بید الحاکم" بودن تعزیر با تحدید و تعیین انواع و مقادیر آن در قانون سازگار نیست؛ و ثانیاً، وجوب یا جواز تعزیر عمل

مستوجب تعزیر مطلق است و دلیلی که آن را محدود و مقید به زمان خاصی بکند، تا با مرور زمان معینی قابل اعلام و اجرا نباشد در میان نیست.

ابداع قسم جدیدی مجازات، تحت عنوان "بازدارنده"، در کنار "تعزیر" راه‌گیزی بوده است برای عبور قانون‌گذار از کنار این مانع «فقهی» (۴). مستند یا مستمسک این ابداع عبارت بوده از کاربرد ترکیب "مجازات‌های بازدارنده" در پاسخ رهبر و بنیانگذار جمهوری اسلامی به استفتای شورای عالی قضایی از آن حضرت - درود خدا بر او - راجع به مجازات بر نقض احکام حکومتی.

اینک اشاره‌ای گذرا به ماجرای منتهی به کاربرد تعبیر "مجازات‌های بازدارنده" توسط رهبر فقید انقلاب اسلامی و، متعاقباً، در قوانین کیفری:<sup>۱</sup>

تاریخ ۱۳۶۱/۵/۳۰ نقطه آغاز جرّ و بحث بین مراجع قضایی و تقنینی، از سویی، و شورای نگهبان قانون اساسی، از سوی دیگر، به شمار می‌رود؛ روز اعلام نظر آن شورا درباره لایحه حدود و قصاص و مقررات آن. در بند الف آن نظر، عدم تایید ده ماده و یک تبصره "به علت تعیین مقدار تعزیر" توسط اکثریت فقهای شورا اعلام شده است. کمیسیون قضایی مجلس راه رفع اشکال را در استعمال تعبیر مطلق «تعزیر می‌شود» به جای ذکر موارد تعیین تعزیر دید. با این حال اختلاف ادامه یافت و با طرح لایحه تعزیرات شدت پیدا کرد.

رئیس شورای عالی قضایی در تاریخ ۱۳۶۱/۶/۲۳ از امام خمینی می‌پرسد: «در مورد تعزیر آیا می‌شود مجازات‌های متناسبی در قانون در نظر گرفته شود تا از عدم تناسب و تجانس و اختلاف رویه تا حدود زیادی جلوگیری شود یا نه؟». امام - رضوان الله علیه - ایشان را به مشورت با شورای نگهبان و پیدا کردن راه حلی که کمتر اشکال داشته باشد رهنمون می‌شوند. نشست‌های رئیس، و گاهی بعضی از اعضای دیگر شورای عالی قضایی، به پیدایش نظر واحد نمی‌انجامد و مذاکرات قطع می‌شود و لایحه تعزیرات در مرداد ماه ۱۳۶۲ به تصویب کمیسیون قضایی مجلس می‌رسد. پس از مناقشات و مباحثاتی راجع به شکل تهیه و تدوین لایحه تعزیرات، که نهایتاً با استمداد رئیس جمهور وقت از امام - ره - و دستور ایشان به رسیدگی محتوای لایحه تعزیرات توسط شورای نگهبان خاتمه یافت، آن شورا مواد لایحه مصوب کمیسیون قضایی مجلس را بررسی و در تاریخ ۱۳۶۲/۱۰/۲۱ مواد بسیاری را مورد ایراد شرعی قرار می‌دهد. در بند آخر این ایرادات آمده است: «چون در تعزیرات، نظر حاکم

۱. جناب آقای دکتر حسین مهر پور، که خود مدتی از اعضای حقوقدان شورای نگهبان بوده است، تحت عنوان «سرگذشت تعزیرات» بر سیر قانون‌گذاری تعزیرات در جمهوری اسلامی ایران (تا سال ۱۳۶۸) نگاهی انداخته و مروری کرده‌اند. آگاهی بیشتر از آنچه ما در این قسمت به اشاره ای شتابزده بدان اکتفا می‌کنیم، بدان مجموعه مکاتبات و مباحثات مراجعه شود؛ در مجله کانون وکلای مرکز، شماره پاییز - زمستان ۱۳۶۸، صفحات ۲۲ الی ۶۰.

در تعیین نوع و مقدار تعزیرات و عفو از مجرم شرعاً معتبر است و تعیین مقدار خاص در بعضی موارد موجب تعطیل تعزیر مناسب و لازم و در بعضی موارد موجب ظلم بر مجرم می‌گردد، لذا این‌گونه تعیین‌ها نیز مغایر با موازین شرعی است...» لکن به ایرادات شورای نگهبان ترتیب اثری داده نشد و اختلاف باقی ماند و در تصویب مواد قانونی پراکنده‌ای که متضمن تعزیر برای ارتکاب عملی بود، مجلس به یکی از این اشکال سعی در پیشگیری از ایرادگیری شورای نگهبان نمود: ذکر موجب تعزیر بودن، به صورت مطلق؛ احاله مجازات به قانون تعزیرات؛ تعیین مجازات و در عین حال تصریح به عدم محدودیت قاضی در حکم به مجازات تعیین شده.

ادامه و استمرار اختلاف موجب شد که، این بار، کمیسیون امور قضایی و حقوقی مجلس از امام خمینی استمداد نماید. آن حضرت - رض - با جلب توجه به این که اکثریت قاطع قضات واجد شرایط شرعیة قضاوت نیستند و حق تعیین حدود تعزیرات را [در احکام قضایی خود] بدون اجازه فقیه جامع الشرائط ندارند، لزوم تعیین هیأتی مرکب از رئیس کمیسیون، رئیس شورای عالی قضایی و دو نفر از فقهای شورای نگهبان را اعلام می‌کنند تا موقتاً و از باب اضطرار حدود تعزیرات را تعیین کنند، تا قضات جامع الشرائط تعیین گردند.

پیش از امتثال امر رهبر فقید و انتخاب و تعیین دو نفر از فقهای شورای نگهبان، در تاریخ ۱۳۶۴/۹/۲۱ دبیر وقت شورا نامه‌ای به ایشان می‌نویسد و به نوعی با آن بزرگوار درباره جواز تعیین مجازات‌های تعزیری "چانه زنی" می‌کند. امام - ره - در پاسخ مجدداً موضع و دیدگاه اعلام شده خود را شفاهاً به یکی از بزرگان دستگاه قضا در آن زمان اعلام می‌کند و سر انجام هیأت چهار نفره تشکیل می‌شود و شروع به کار می‌کند تا به تعیین مجازات‌های تعزیری لازم الاتباع در محاکم اقدام نمایند.

از چند جلسه‌ای که این هیأت تشکیل داد نتیجه مطلوبی حاصل نشد و با ادامه اختلاف نظر بین اعضای هیأت، به منظور برون رفت از بن بست، رئیس شورای عالی قضایی در تاریخ ۱۳۶۴/۱۱/۱۶ سه پرسش از امام راحل مطرح می‌کند و آن فقیه روشن ضمیر و عدیم النظیر در ذیل هر سؤال جواب مرقوم می‌فرماید. پرسش دوم و جواب آن چنین بوده است: «۲- برای اداره امور کشور قوانینی در مجلس تصویب می‌شود مانند قانون قاچاق، گمرکات و تخلفات رانندگی، قوانین شهر داری و به طور کلی احکام سلطانیته، و برای این که مردم به این قوانین عمل کنند، برای متخلفین مجازات‌هایی در قانون تعیین می‌کنند. آیا این مجازات‌ها از باب تعزیر شرعی است و احکام شرعی تعزیرات از نظر کم و کیف بر آنها باراست یا قسم دیگر است و از تعزیرات جدا هستند و اگر موجب خلاف شرع نباشد باید به آن عمل کرد؟».

جواب: «بسمه تعالی». در احکام سلطانی که خارج از تعزیرات شرعیه در حکم اولی است متخلفین را به مجازات های بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او می توانند مجازات کنند.»

بی هیچ شک و تردیدی، کاربرد تعبیر «مجازات های باز دارنده» در پاسخ امام خمینی - رض - در معنای لغوی و معادل فارسی «تعزیر» بوده و نه به منظور خلق یک اصطلاح جدید و ابداع نوعی دیگر از مجازات، در کنار انواع مجازات در فقه (در این باره در گفتار دوم توضیح خواهیم داد). اما اصرار شورای نگهبان بر فهم فقهی لفظ گرای خود و مقاومتی که در مقابل تفهه معنا و مقصد محور ولی فقیه زمان و دیدگاه مراجع تقنینی و قضایی نظام نشان می داد آنچنان بود که صدور این تعبیر از امام راحل «بهانه» ای باشد برای خروج از اختلاف و مشکل لاینحلی که در خصوص مجازات های تعزیری وجود داشت و چشم اندازی از پایان آن دیده نمی شد.

با این راه حل لفظی و صوری و بسیار شبیه به ماجرای معروف «خودش را بیاور، اسمش را نیاور!» گویی وجه جمعی برای دو دیدگاه پیدا شد. در نتیجه، در بازنویسی و تصویب قانون تشکیل دادگاه های کیفری یک و دو در سال ۱۳۶۸ «مجازات های بازدارنده» به عنوان نوع پنجم از انواع مجازات ها، پس از تعزیر، متولد شد، با این وجه تمایز مهم لاحق که جرائم مستوجب این نوع مجازات می توانند مشمول "مرور زمان" (ماده ۱۷۳ کتاب دوم قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب، مصوب ۲۸ شهریور ۱۳۷۸) قرار گیرند.

در گفتاری که در پی می آوریم به «اشکالات نظری» (شرعی) این نوآوری غلط می پردازیم.

### گفتار دوم: اشکالات نظری (شرعی)

در یک نظام عرفی قانون گذاری، نقد و بررسی یک موضوع یا موضع تقنینی در تجزیه و تحلیل عینی و آثار عملی آن خلاصه می شود. لکن در نظام حقوقی اسلامی، پیش و بیش از هر جهت دیگری، باید موضوعات مورد بررسی از جهت انطباق یا عدم انطباق با احکام و موازین شرع مورد مذاقه قرار گیرند. به این ترتیب ضرورت و اهمیت دارد که نخست صحت و سقم نظری و مشروعیت و عدم مشروعیت مجازات بازدارنده با سنجه " ادله شرعیّه " بررسی و ارزیابی شود.

در این راستا، ما بر این باور قطعی هستیم که تفکیک مجازات های پیش بینی و تشریح نشده در شرع به دو قسم " تعزیر " و " بازدارنده "، در عرض هم، فاقد هر گونه دلیل و وجه شرعی است و بدعتی ناروا به شمار می آید که محذورات غیر قابل قبولی در پی دارد و حذف عنوان " مجازات بازدارنده " از قوانین کیفری در جمهوری اسلامی واجبی فوری است.

این سخن بدین معناست که عنوان "تعزیر" فراگیرنده همه مجازات‌هایی است که در شریعت جزایی تعیین و تقدیر نشده‌اند، از جمله مجازات‌هایی که حکومت اسلامی برای تخلف از احکام حکومتی مرتبط با نظم و مصالح عمومی مقرر می‌کند. بنابراین، «مجازات بازدارنده در فقه جزایی جایگاهی ندارد» (الف) و اسناد این بدعت باطل به تعبیری از بنیانگذار فقید نظام جمهوری اسلامی، صحیح نبوده و «نظر امام خمینی - رض» (ب) همان نظر متفق علیه در فقه اسلامی است.

### الف/ "مجازات بازدارنده" در فقه جزایی جایگاهی ندارد

توضیح مختصر این که در فقه جزایی درباره قلمرو تعزیر پنج قول دیده می‌شود: فقط در موارد منصوص؛ در موارد منصوص به علاوه رفتارهای مزاحم، مودی و مقتضی مداخله حاکمیت؛ در معاصی کبیره؛ در مطلق معاصی و در معاصی و مصالح.<sup>۱</sup> تجویز مجازاتی تحت عنوان "بازدارنده" برای تخطی از احکام حکومتی، با حکم یا احکام خاص، متفاوت از تعزیر، با هیچ کدام از این اقوال مختلف جور در نمی‌آید؛ یا از این جهت که تخلف از احکام حکومتی را قابل مجازات نمی‌دانند، و یا از این رو که کیفر نقض احکام حکومتی نیز از مصادیق مجازات‌های تعزیری و تابع احکام تعزیر است.

بر اساس گرایش نخست، ایذاء شهروندان حرام است؛ پس تعزیر، که مستلزم آزار رساندن به مردم است، فقط در معاصی با مجازات مصرح در شرع جایز است و در سایر موارد ارتکاب گناهان، از جمله تخلف از ممنوعات حکومتی - حتی اگر گناه شمرده شود - مجوز شرعی برای اعمال مجازات وجود ندارد. نتیجه این که، در هر صورت، کیفری تحت عنوان "بازدارنده"، یا هر عنوان دیگری، در قبال تخلف از احکام حکومتی ایذاء بدون مجوز است و مشروع نیست.

دیدگاه دوم صریح در این است که تخلف از احکام حکومتی مرتبط با پیشگیری و مقابله با رفتارهای مزاحم و مودی، در کنار ارتکاب معصیت‌هایی که در شرع برای آنها تعزیر مقرر شده، مستوجب تعزیر است. پس دیگر جدا سازی کیفر بر نقض احکام حکومتی از عنوان "تعزیر" وجهی ندارد.

بنا بر قول سوم هم مجازاتی تحت عنوان "بازدارنده" در کنار تعزیر، برای تخلف از احکام حکومتی، نمی‌تواند مشروعیت داشته باشد. زیرا تخلف از احکام حکومتی، یا بخشی از آنها، یا معصیت کبیره محسوب هستند یا نیستند. اگر باشند، قابل تعزیرند وگرنه آزار رساندن

۱. جهت آگاهی بیشتر از اقوال و قائلان، مراجعه کنید به: حسینی - سید محمد (بهار ۱۳۸۷)، "حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)"، فصلنامه حقوق - مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۱، ص ۱۳۷ به بعد.

به تخطی کنندگان از اوامر و نواهی حکومتی فاقد دلیل تجویز کننده است. این که تخلف از احکام حکومتی گناه کبیره محسوب نشود و در عین حال تحت هر عنوان، "بازدارنده" و غیره، قابل مجازات باشد، با حکم کلی حرمت ایداء مؤمن در تعارض است و دلیلی که آن را از این حکم کلی خارج کند در میان نیست. فقط مجازات مرتکبین گناهان کبیره مصرح در شرع مستند به دلیل اثباتی است و کیفر کردن دیگران، تحت هر عنوانی، جایز نمی باشد. قائل به مشروعیت تعزیر در معاصی کبیره، در مقام حصر موارد تعزیر در گناهان کبیره است و مفهوم قول او عدم مشروعیت تعزیر بر افعالی است که شرعاً معصیت کبیره شمرده نمی شوند. به همین دلیل، قائلان به قول چهارم (تعزیر در مطلق معاصی) نیز نمی توانند با مجازاتی تحت عنوان "بازدارنده"، در عرض مجازات تعزیر، با احکامی متفاوت، برای تخلف از احکام حکومتی، موافق باشند. زیرا اگر این گونه تخلفات گناه محسوب شوند، قابل تعزیرند، و در غیر این صورت تحت هیچ عنوانی قابل کیفر نیستند. تغییر اسم و عنوان، ماهیت ایدائی مجازات را تغییر نمی دهد.

قول پنجم با صراحت و به صورت مطلق، تخلف از احکام حکومتی حاکم اسلامی جهت حفظ منافع و مصالح جامعه را مستوجب تعزیر می داند و جایی برای ابداع مجازاتی تحت عنوان "بازدارنده"، در کنار تعزیر باقی نمی گذارد.

این قول در فقه عامه مورد اتفاق است.<sup>۱</sup> این وحدت کلمه از آنجا ناشی می شود که فقه عامه همزاد نظام خلافت بوده و علاوه بر احکام مستقیم شرع متکفل بیان- یا توجیه شرعی- احکام حکومتی نیز بوده است. لکن، نظر به عدم رابطه یا - حتی - وجود رابطه منفی بین فقه امامی و حکومت ها، در بیشتر زمانها، در فقه جزایی شیعی زمینه سکوت درباره احکام حکومتی، یا حتی قول به عدم مشروعیت احکام جزایی حکومتی خارج از احکام منصوص شرعی (الکلبایگانی (۱۴۱۴ ه.ق.)، ج ۲، ص ۱۵۵) فراهم بوده و چنین سکوت یارده و تکذیبی محذوری عملی در پی نداشته است. مع الوصف، کم نیست مواردی در فقه امامی که به تصریح یا تلویح، جلب مصلحت یا دفع مفسده منشأ و منبع حکم دانسته شده است. یک نمونه: عبارت شهید- رض- که تعزیر را تابع وجود مفسده دانسته و استناد به مصلحت و مفسده را یکی از فوارق حد و تعزیر بر شمرده است (الشهید الاول، ص ۲۵۵). پیداست که تعزیر بر مصلحت، شامل تعزیر متخلفین از احکام حکومتی که به منظور حفظ و رعایت مصالح ملک و مملکت از ناحیه حاکم اسلامی تشخیص داده شده و اعلام می شوند، می باشد.

۱. مراجعه شود به: ابوالمعالی حافظ ابوالفتوح (۱۹۷۶ م.)، النظام العقابى الاسلامى (دراسة مقارنة)، دارالانصار، القاهرة، ص ۴۸۱؛ نیز: عوده- عبد القادر (۱۴۰۵ ه.ق.)، التشریح الجنائی الاسلامی، الطبعة الرابعة، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ج ۱، صص ۱۵۴-۱۴۹.



البته بدون نیاز به تصریح به جواز یا وجوب تعزیر بر نقض احکام حکومتی مبتنی بر مصالح عامه، مشروعیت و لزوم تعزیر به منظور حفظ منافع عمومی لازمه جدایی ناپذیر قول به حکومت اسلامی و به طور مشخص تر "ولایت فقیه"، در فقه امامی، است. و قتی که در مقام توضیح "ختم نبوت" و اثبات جاودانگی اسلام و قدرت و ظرفیت شریعت اسلامی برای پاسخ دهی به نیازهای انسان در همه اعصار و امصار، از جمله به نهاد حکومت اسلامی و صلاحیت های حاکم مشروع استناد می شود، بی شک این استدلال مستلزم قول به تعزیر بر تخطی از احکام حکومتی است. چنان که همه دلایل نقلی مثبت ولایت مطلقه برای فقیه<sup>۱</sup>، ادله جواز یا وجوب تعزیر بر تخلف از احکام حکومتی به شمار می آیند.

با گرایش امام خمینی - رضوان خدا بر او - به نظریه ولایت فقیه<sup>۲</sup> و بویژه پس از برپایی نظام جمهوری اسلامی در ایران، که فقه امامی علاوه بر جایگاه همیشگی خود، یعنی بیان واجبات و محرّمات منصوص در شریعت، متکفل اداره امور جاری حکومتی نیز شد، به بحث صلاحیت های حاکم اسلامی، احکام حکومتی و تعزیر بر تخلف از آن احکام دامن زده شد و تبیین و تفصیل های بسیاری در این زمینه ها به عمل آمد.

در عمل نیز تا زمان تصویب قانون تشکیل دادگاه های کیفری یک و دو در سال ۱۳۶۸، تخلف از الزامات حکومتی، در کنار تخطی از الزامات شرعی فاقد کیفر مقرر، با "تعزیر" مجازات می شد.

یکی از افاضل، که در نظام اسلامی قریب یک دهه متصدی مدیریت دستگاه قضا بود، دلیل بر مشروعیت تعزیر بر تخلف از احکام حکومتی را همان دلیل مشروعیت احکام مقتضای مصالح همگانی حکومتی دانسته و می نویسد: «نیازی به ارائه دلیل دیگری نیست... زیرا پیداست که مشروعیت حکومت جز با ثبوت "ولایت" برای آن معنا ندارد؛ و از جلوه های ولایت این است که نظام عدل و مصالح عامه، اعم از مصالح سیاسی، اقتصادی و اداری، پاسداری و حفظ شوند و این هدف جز با وضع قوانین و مقررات و مقابله با نقض کنندگان آنها

۱. مراجعه شود به: مطهری - مرتضی (بی تا) ختم نبوت، صدر، قم، ص ۸۶؛ و (۱۳۵۷) نظام حقوق زن در اسلام، صدر، قم، ص ۱۰۴؛ و (۱۳۷۶) اسلام و مقتضیات زمان، صدر، قم، ج ۲، ص ۶۳.

۲. دیده شود: المنتظری - حسین علی (۱۴۰۹ ه.ق.). دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، مکتب الاعلام الاسلامی، قم، ج ۱، صص ۲۵۶-۸۵.

۳. کاربرد واژه "گرایش" از این روست که نظریه ولایت مطلقه فقیه پیش از توجه ویژه امام راحل بدان، در فقه امامی مطرح بوده است؛ چنان که مولی احمد نراقی به صراحت و، پیش از وی، محقق کرکی، با صراحتی کمتر، همه اختیارات و صلاحیت های پیامبر و ائمه معصومین (ع) را برای فقیه عادل امین جامع شرایط فتوی قائل بوده اند. مراجعه شود به: النجفی، ج ۲۱، ص ۳۹۶ و النراقی، ص ۱۸۵ به بعد.

امکان ندارد. در غیر این صورت، مشروعیت حکومت معنای معقولی نخواهد داشت» (الموسوی الاردبیلی، السید عبد الکریم "۱۴۲۷.ق."، ص ۳۹).

بدین ترتیب، در فقه امامی نیز چون مسأله مبتلا به شده، ناگزیر قلمرو تعزیر به صورتی مطرح و اجرا گردیده که عقوبات حکومتی که "به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماعی در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی تعیین می‌گردد" را نیز شامل بوده است.

به طور کلی در همه این اقوال راجع به قلمرو تعزیر، مقصود تعیین قلمرو مجازات است "بای نحوکان" در مواردی که شارع مقدس کیفر معین و مقدری پیش بینی نکرده است. بنابراین، چنان که "تخلف از احکام حکومتی از موارد شمول مشروعیت و جواز یا وجوب تعزیر، در هر یک از این اقوال، به شمار رود، مجازات آن جایز است؛ وگرنه جایز نیست و نام جدید "بازدارنده" گذاشتن مجوز اعمال کیفر نمی شود. به زبان دیگر، در مواردی که فقها قائل به عدم جواز تعزیرند، مقصود عدم جواز مجازات است و نمی‌توان با دست یازیدن به مبنای "خودش را بیاور اسمش را نیاور" (!) با برداشتن نام تعزیر و گذاشتن عنوان "بازدارنده" یا جز آن، فراتر از موارد تعزیر در شرع و فقه جزایی، اعمال کیفر کرد.

### ب/ نظر امام خمینی (رض)

برای دانستن دیدگاه امام خمینی در ما نحن فیہ و فهم مقصود آن بزرگوار از تعبیر "مجازات های بازدارنده" در پاسخ استفتا، نخست به قول و نظر ایشان درباره "قلمرو احکام شرعی" و این که احکام حکومتی جزئی از احکام شرعی است اشاره نموده (ب/۱) و سپس مقصود از "مجازات های بازدارنده" در پاسخ استفتا را بیان می‌کنیم (ب/۲).

### ب/۱ قلمرو حکم شرعی

در بسیاری از بیانات کتبی و شفاهی امام خمینی - رض - به دو دیدگاه مبنایی تصریح شده است: نخست این که علاوه بر احکام اولی مصرح بها در شرع، احکام ثانوی غیر مصرح در شریعت که به اقتضای زمان و مکان در قالب اوامر و نواهی حکومتی توسط حاکم اسلامی بیان و صادر می‌شوند، احکام شرعی هستند. دوم این که ممکن است در موارد تراحم احکام شرعی صادر شده از جانب شارع مقدس با جلب مصلحتی مهمتر یا دفع مفسده‌ای اشد، در چار چوب "تفقه" و "اجتهاد" و منطبق با قاعده اهم و مهم، جای خود را به احکام ثانوی متناسب با "نیازهای" زمانی و مکانی می‌دهند. امام - رضوان الله علیه - "احکام اولیه و ثانویه" را در هر دو معنای مذکور به کار برده‌اند.

مکتوبات و بیاناتی از قبیل موارد ذیل مبنای نخست آن فقیه بزرگ را افاده می‌کنند: ایشان دست کم دوباره نگرانی مرحوم آیت الله گلپایگانی از اختیارات تقنینی مجلس شورای اسلامی، با تصریح به دوگانه (اولیه و ثانویه) بودن احکام شرعی پاسخ و رفع نگرانی نموده است: «... البته بعضی احکام حکومتی را که برای نظام اسلامی و تمشیت امور مسلمین و حفظ اسلام و جمهوری اسلامی است نباید از نظر دور داشت و [از] اوضاع زمان و از تغییرات عظیمی که در عالم واقع شده است و مسائل بسیاری را پیش می‌آورد که در صدر اسلام نبوده است نباید غفلت کرد...» (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۲۰، ص ۲۸۲). نیز: «... و شورای نگهبان در این امری که بر عهده آنهاست حق دخالت دارند، اگر در حکم ثانوی یا اولی خطایی صادر شود. و من امیدوارم که با نظارت علمای اعلام بلاد چیزی که بر خلاف احکام شرع باشد، چه احکام اولیه و چه احکام ثانویه، خطری پیش نیاید» (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۱۵، ص ۳۱۲).

در جواب نامه ای راجع به تسریع در اعلام مرجع تصمیم‌گیری نهایی در موارد اختلاف بین مجلس و شورای نگهبان: «... امروز جهان اسلام نظام جمهوری اسلامی ایران را تابلوی تمام نمای حلّ معضلات خویش می‌دانند. مصلحت نظام و مردم از امور مهمّه ای است که مقاومت در مقابل آن ممکن است اسلام ... را زیر سوال ببرد...» (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۲۰، ص ۴۶۴).

همچنین: «... وقتی یک قانون از مجلس بیرون آمد یک قانون صد در صد شرعی باشد، چه موافق احکام اولیه که مال اسلام است، یا موافق با احکام ثانویه که آن هم مال اسلام است...» (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۱۷، ص ۴۷۲). و «... این نکته لازم است تذکر داده شود که ردّ احکام ثانویه پس از تشخیص موضوع به وسیله عرف کارشناس با ردّ احکام اولیه فرقی ندارد؛ چون هر دو احکام الله می‌باشند...» (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۱۷، ص ۳۲۱).

و این عبارت که به نخستین روزهای پیدایش نهضت اسلامی به رهبری آن بزرگ مربوط می‌شود. در آن زمان اصناف و بازرگانان شهر قم از امام خمینی استفتایی کرده بودند که در آن پرسیده شده بود: آیا تلگرافی که آقای نخست وزیر [اسدالله علم] در این موضوع [انتخابات انجمن‌های ایالتی و ولایتی] برای حضرات آیات نموده قانع کننده هست یا خیر؟. در بند پنجم جواب استفتا آمده است: «۵- نوشته اند که این موضوع عرفی است. اگر منظور آن است که مربوط به حکم شرع نیست، بسیار عجیب است! زیرا تمام موضوعات عرفیه در شرع حکم دارد و این آقایان از قوانین اسلام اطلاع ندارند و از حقوق اسلامی بی‌خبرند. حکم این موضوع عرفی را از علمای اسلام باید پرسید» (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۱۱۱).

و تصریحاتی از قبیل آنچه در پی می‌آید نیز گویای مبنای دوم امام راحل است: «...به مرّ اسلام عمل بشود، اعمّ از احکام اولیه و چنانچه نشد و تشخیص داده شد به این که الآن مصلحت در حکم ثانوی است، احکام ثانویه» (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۱۷، ص ۲۵۳).

«نصب العین شما اسلام و قرآن و احادیث اسلامی باشد، منتها چه احکام اولیّه، چه گاهی احکام ثانویّه» (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۱۷، ص ۲۵۰).

«... آن جاهایش هم که مصلحتی در تغییرات بوده است، خدا گفته است آنها را. احکام ثانویّه برای همین معناست که گاهی یک مسائلی در جامعه ها پیش می آید که باید یک احکام ثانویّه ای در کار باشد؛ آن هم احکام الهی است، منتها احکام ثانویّه الهی است» (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۱۷، ص ۲۴۹).

به این ترتیب شک و تردیدی باقی نمی ماند در این که از نگاه امام خمینی - رض - احکام حکومتی یا سلطانیّه، اعم از احکام صادر شده درباره موضوعات نو پیدا و اوضاع و احوال مستحدث، و احکام صادر شده در مقام تطبیق حکم شرعی با مقتضیات و نیاز های زمانی و مکانی، همه احکام الله اند و جزء شریعت. بر این اساس تخطی از احکام حکومتی همانند تخلف از احکام منصوص در شرع معصیت خدا محسوب و - اگر هر معصیتی تعزیر داشته باشد - مستوجب تعزیر است.

اینک با توجه به چنین مبنایی، که امام خمینی - ره - به ضرس قاطع بدان قائل بوده است، فهم مقصود آن حضرت از تعبیر «مجازات های بازدارنده» در جواب استفتا آسان خواهد بود.

### ب/۲ "مجازات های بازدارنده"

یک بار دیگر جمله امام - رض - را در پاسخ به استفتای مورخ ۱۳۶۴/۱۱/۱۶ رئیس وقت شورای عالی قضایی از نظر می گذرانیم: «... در احکام سلطانیّه که خارج از تعزیرات شرعیّه در حکم اولی است، متخلفین را به مجازات های باز دارنده - به امر حاکم یا وکیل او - می توانند مجازات کنند» (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۱۹، ص ۴۷۳).

در این فراز "تعزیرات شرعیّه" در معنای تعزیرات منصوصه در شرع، اعم از مقلدّ و غیرمقلدّ، و "حکم اولی" در معنای خاصّ مصرّح به در شرع به کار رفته و برای تخلف از احکام سلطانیّه فاقد بیان خاصّ در شرع، "مجازات بازدارنده" تجویز شده است.

حال، این پرسش را مطرح می کنیم که آیا می توان پیدایش "مجازات های بازدارنده" را، به عنوان قسمی جدید از مجازات ها، در کنار تعزیر، در قوانین کیفری ایران، به این جمله رهبر فقید انقلاب اسلامی منتسب و مستند دانست؟

پاسخ ما به این سؤال منفی است. زیرا در این کلام هیچ اتّفاق جدیدی نیفتاده و هیچ دلالتی بر این دیده نمی شود که مقصود امام خمینی - ره - از کاربرد تعبیر "مجازات های بازدارنده" جعل یک اصطلاح تازه و خلق و ابداع نوع جدیدی کیفر غیر حلی، در عرض تعزیر، بوده است.

پیداست که مجازات مستلزم آزار و زیان رساندن به شخص کیفر شونده است و تجویز چنین ایذاء و ضراری باید مستند به دلیل شرعی باشد. حال، تخطی از احکام حکومتی خارج از دو حالت نیست، یا شرعاً مستوجب مجازات هست یا نیست؛ اگر هست، ناگزیر باید تحت عنوان "تعزیر" که در ادله شرعی آمده است بگنجد؛ و اگر نیست، تحت هیچ اسم و عنوانی نمی تواند تجویز شود. بنابراین، خلق عنوان جدیدی از مجازات، نمی تواند مجوز و مبیح ایذاء مردم باشد و چنین بدعتی بی شک باطل، بی پایه و نا مشروع است و عدم صحت توهم انتساب و استناد چنین خلاف شرعی به جمله مورد بحث "اظهر من الشمس فی رائعه النهار" است.

بنابراین، مسلم است که با توجه به دو مبنای صریح امام خمینی -رض- درباره احکام اولی و ثانوی، در هر دو معنی، و این که احکام سلطانی را جزء احکام شریعت می دانسته اند و واجب الاتباع، مقصود از تجویز "مجازات های بازدارنده" برای تخطی از احکام حکومتی، در جواب استفتا، قابل تعزیر بودن بوده است. به زبان دیگر، تعبیر "مجازات های بازدارنده" در جمله مورد بحث در معنای لغوی و معادل تعزیر - که یکی از معانی آن ردع و باز دارندگی است - به کار رفته و نه در معنایی اصطلاحی و به قصد جعل و خلق نوع جدیدی مجازات در عرض و به موازات تعزیر. بی تکلف، معنای جمله این است که تخطی از الزامات حکومتی می تواند با مجازات تعزیری کیفر شود. چنین معنا و مقصودی در بیانات و مکتوبات امام راحل -رض- به کرات و مرآت آمده است. از جمله، این بیان گویاست: «شورای نگهبان در نظارت بر قوانینی که می گذرد، چه مربوط به مسائلی باشد که تماس با احکام اولیه شرعی دارد یا احکام ثانویه با مراعات همه جوانب نظر دهند و دولتمردان در اجرای قوانین مذکور تسریع و در عدم تجاوز از حدود قانون سخت گیری نمایند و متجاوزان [را] از هر قشر و دسته ای باشند به دادگاه ها بسپارند تا به مجازات برسند و شورای قضایی... متخلفان از موازین اسلامی را به دادگاه ها دعوت و به مجازات شرعی برسانند» (صحیفه امام، ۱۳۷۸، ج ۱۵، ص ۸۷).

از این روست که در تمام مکاتبات و مباحثاتی که پس از صدور جواب استفتا بین اطراف مناقشه درباره نحوه قانون گذاری تعزیرات دیده می شود، از تعبیر "مجازات های بازدارنده" مجازات های تعزیری فهم شده است. اشاره به دو نمونه خالی از فایده استشهادی نیست:

در نامه مورخ ۲۶ مرداد ۱۳۶۵ رییس وقت مجلس شورای اسلامی به امام خمینی -ره- آمده است: «... در استفتایی که از جنابعالی شده فرموده اید در شرایط موجود ما این قسم از "تعزیرات" که منصوص شرعی نیستند و از احکام سلطانی می باشند از طرف شخص حاکم یا وکیل او تعیین بشوند. اکنون معلوم است که: ۱. خود جنابعالی که فرصت و امکان تعیین "تعزیرات" را ندارند...» (مهرپور (گردآوری)، ۱۳۶۸، ص ۶۴).

در نامه ای که آیه الله جنتی از طرف فقهای شورای نگهبان به آیه الله منتظری نوشته می خوانیم: «... بر حسب نظر حضرت امام تعیین "تعزیرات" در تخلف از احکام سلطانیّه باید از طرف حاکم یا وکیل او باشد» (سرگذشت تعزیرات، ۱۳۶۸، ص ۵۲).

از مجموع این گفتار روشن شد که اولاً، "مجازات های بازدارنده" به عنوان نوعی مجازات، در عرض "تعزیر" و قسیم آن، هیچ مبنا و مستند شرعی و فقهی ندارد؛ و ثانیاً، آراء و نظرات امام خمینی درباره مفهوم و قلمرو حکم شرعی و صلاحیت های حاکم اسلامی مانع از آن است که چنین بدعت بی اساس و خلاف شرعی به کاربرد تعبیر "مجازات های بازدارنده" توسط ایشان اسناد شود.

این نقد و کاوش با گذری بر "مشکلات عملی" ناشی از این نوآوری بی پایه و ناروا و اشارتی به محذورات اجرایی که، علاوه بر اشکالات نظری، بر تقنین "مجازات های بازدارنده" در کنار تعزیر مترتب بوده است، در گفتار بعد پیگیری و کامل خواهد شد.

### گفتار سوّم: مشکلات عملی

از آغاز تولّد "مجازات های بازدارنده" در قانون مجازات اسلامی، در کنار "تعزیر"، پرسش ها و ابهامات بسیاری پیرامون آن پدید آمد. از جمله، عدم تمایز مفاهیم تعزیر و مجازات بازدارنده از یکدیگر و - در نتیجه - خلط و اشتباه مصادیق آن دو، و حتی وجود شبهه در مورد مستقل بودن یا غیرمستقل بودن و نیز اصلی یا تمیمی بودن مجازات های بازدارنده، مشکلات و تعارضات بسیاری را در دادرسی های کیفری به وجود آورد. در مقام حلّ و رفع آن مشکلات و تعارضات نظریّه ها و آراء متعدد و مختلفی ارائه و صادر گردیده که خود متضمّن تناقضاتی بوده و موجب سردرگمی بیشتر درباره هویت و چیستی مجازات های بازدارنده شده اند. ما ذیل سه عنوان به این ابهامات و اشکالات اشاره می کنیم:

### الف/نسبت بین "مجازات بازدارنده" و "تعزیر"

در مقام رفع ابهام راجع به نسبت مجازات بازدارنده با تعزیر، سه نظر متفاوت ابراز شده است:

- یکی این که نسبت بین آن در عموم و خصوص مطلق است و تعزیر شرعی شامل مجازات های بازدارنده هم می شود، نه بالعکس: «... به طور کلی در خصوص ملاک تفکیک مجازات های بازدارنده از مجازات های تعزیری باید گفت بین مجازات های تعزیری و بازدارنده نسبت عموم و خصوص مطلق وجود دارد. یعنی تعزیر اعم است و مجازات بازدارنده اخصّ و به عبارت دیگر با توجه به تعریف تعزیر و مجازات بازدارنده ... هر مجازاتی که قانون گذار - حکومت به معنای عام کلمه - برای حفظ نظم و مصلحت اجتماعی با ذکر نوع

و میزان آن در قانون تعیین کرده است، بدون آن که آن مجازات در فقه یا شرع آمده باشد، مجازات بازدارنده است و مانند بسیاری از مجازات های مقرر در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ مشمول مقررات مرور زمان می شود؛ لکن مجازات بازدارنده شامل تعزیرات شرعی نمی شود» [نظریه شماره ۷/۵۲۳۹ مورخ ۱۳۸۴/۷/۲۴ اداره کل امور حقوقی قوه قضائیه. همچنین نظریه شماره ۷/۱۳۶۸ مورخ ۱۳۸۲/۳/۳ آن اداره کل که در آن آمده است: «اصطلاح تعزیر شرعی شامل مجازات های بازدارنده هم می شود»].

- دوم این که «مجازات های بازدارنده در مقابل تعزیرات شرعی است و شامل تعزیراتی که در شرع مقرر نشده است می شود» [نظریه شماره ۱۰۹۰۷ مورخ ۱۳۷۹/۱۱/۱۱].

- سوم این که مجازات های بازدارنده قسیم و هم عرض مجازات تعزیری و -اصولاً- مجازات اصلی نیست و تمیمی است برای موارد عدم کفایت تعزیر برای تنبیه بزهکار: «مجازات های بازدارنده مذکور در ماده ۱۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰/۵/۸ به ضرورت حفظ نظم و مصلحت اجتماع درباره کسانی اعمال می شود که مرتکب جرم عمدی شده و تعیین مجازات تعزیری مقرر در قانون برای تنبیه و تنبیه مرتکب کافی نباشد؛ که در این صورت دادگاه می تواند بر طبق ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی مجازات بازدارنده را هم به عنوان تمیم مجازات در حکم خود قید نماید و تعیین حداکثر مجازات تعزیری مانع تعیین مجازات بازدارنده نمی باشد» [رای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، شماره ۵۹۰ مورخ ۱۳۷۲/۱۱/۵].

ناسازگاری این سه برداشت با یکدیگر بی نیاز از توضیح است. چنان که با اندکی تفکر و تأمل، تعارض و تناقض همه این دیدگاه ها با اختصاص یک ماده، در قانون مجازات اسلامی، به "مجازات های بازدارنده" به عنوان یک قسیم برای "تعزیر" دانسته می شود.

### ب/ مصادیق مجازات های بازدارنده

بیشترین نظریه ها و آراء صادر شده در مقام رفع ابهامات و بلا تکلیفی ها، درباره مصادیق جرائم مستوجب مجازات بازدارنده صدور یافته اند. این نشان می دهد که ملاک تفکیک و جداسازی مجازات های بازدارنده از تعزیر (یعنی تعیین شدن از طرف حکومت به منظور حفظ نظم و مراعات مصلحت اجتماع در قبال تخلف از مقررات و نظامات حکومتی) ملاک روشنی برای چنین تفکیکی نبوده و در عمل، در مقام قضا، تداخل بسیاری با عنصر اصلی تعریف تعزیر (یعنی عدم تعیین نوع و مقدار در شرع و واگذار شدن به حاکم) پیدا می کند.

در پاسخ به استعلامات قضات و مراجع قضایی و در راستای رفع تعارض در آرای قضایی، نظریه‌های مشورتی و آراء وحدت رویه متعددی صادر شده که جرائمی را مستوجب مجازات بازدارنده و بعضی دیگر را تعزیری اعلام کرده اند.

مجازات هایی که بازدارنده دانسته شده‌اند عبارتند از: مجازات های مذکور در قانون مبارزه با مواد مخدر، مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، و جزای نقدی [نظریه های شماره ۷/۱۱۷۱ مورخ ۷۵/۳/۲ و شماره ۷/۵۲۶۱ مورخ ۱۳۸۰/۸/۱]؛ اکثر مجازات های کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی [نظریه های شماره ۷/۸۰۱۳ مورخ ۷۵/۱۱/۳ و شماره ۷/۱۳۶۸ مورخ ۸۲/۳/۳]؛ جعل اسناد و مدارک عادی و غیررسمی و استفاده از سند غیرمجموع [نظریه شماره ۷/۹۸۰۶ مورخ ۱۳۷۹/۱/۱۰]؛ مجازات های جرائمی نظیر [!] اختلاس، ارتشاء، جعل، صدور چک بلامحل و موارد مشابه [!] از مجازاتهای بازدارنده بوده ممکن است [!] مشمول مرور زمان شود [نظریه شماره ۷/۲۴۰۶ مورخ ۱۳۸۰/۳/۲۱]؛ تخریب مراتع می تواند [!] مشمول مقررات مربوط به مرور زمان جزایی باشد [نظریه شماره ۷/۵۵۴۴ مورخ ۱۳۸۱/۶/۲۶]؛ خیانت در امانت و اختلاس [نظریه شماره ۷/۳۷۶ مورخ ۱۳۸۳/۱/۳۰]؛ تجاوز به اراضی ملی شده و تصرف عدوانی آن اراضی ... دارای مجازات بازدارنده است [رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، شماره ۶۵۹، مورخ ۱۳۸۱/۳/۷].

و سر انجام "قانون راجع به واگذاری معاملات ارزی به بانک ملی ایران، مصوب ۱۳۲۶، و قانون پولی و بانکی کشور، مصوب ۱۳۵۱، از جمله مقررات حکومتی است که به منظور رعایت مصالح عمومی و حفظ منافع ملی تصویب شده و مجازات های مقرر در آنها مجازات های باز دارنده می باشد..." [رأی وحدت رویه شماره ۶۷۸ مورخ ۱۳۸۴/۴/۲۸].

و مجازات هایی که تعزیر، و نه مجازات بازدارنده، دانسته شده اند بدین قرارند: "مجازات اعدام هر چند از نوع بازدارنده باشد مشمول مرور زمان نمی شود..." [نظریه شماره ۷/۷۷۹۵، مورخ ۱۳۸۰/۹/۵]؛ "نظر به این که تعزیر فحاشی در شرع مقرر شده، لذا از مصادیق مجازات بازدارنده خارج بوده و تعزیر شرعی می باشد" [نظریه شماره ۷/۸۵۴۶، مورخ ۱۳۸۲/۱۲/۱۳]؛ "جرائم حق الاهی هیچ گاه مشمول مرور زمان، موضوع مواد ۱۷۳ و ۱۷۴ نمی شوند" [نظریه شماره ۷/۳۸۶۵، مورخ ۱۳۸۳/۵/۲۰]؛ "رشوه از عداد [جرائم مستوجب] مجازات های بازدارنده که از طرف حکومت تعریف می گردد خارج و به حکم شرع دارای مجازات های تعزیری بوده و مشمول مقررات ماده ۱۷۳ قانون آ.د.ک. نمی باشد" [رأی وحدت رویه شماره ۶۷۷، مورخ ۱۳۸۴/۴/۱۴] و "...نظر به این که قانون گذار انتقال مال غیر را با علم به این که مال غیر است در حکم کلاهبرداری و مشمول مجازات آن دانسته و اقدام به این امر نیز ماهیتاً از مصادیق اکل مال به باطل به شمار می آید که شرعاً حرام محسوب گردیده، لذا..."



بزه انتقال مال غیر موضوعاً از شمول مقررات ماده ۱۷۳ قانون مرقوم خارج است... [رأی وحدت رویه شماره ۶۹۶، مورخ ۱۳۸۵/۹/۱۴].

اگر بخواهیم به اشکالات و تناقضات این نظریه‌ها و آراء با قانون و با خود اشاره کنیم، سخن به درازا می‌کشد و این مقال را مجال آن نیست. در این جا همین بس که بگوییم با اندکی درنگ در این نظریه‌ها و آراء بعضاً متهافت مشاهده می‌شود که به عدد جرائمی که در این نظریه‌ها و آراء "تعیین تکلیف" شده اند، ابهام و سردرگمی در مورد تعزیری یا بازدارنده بودن مجازات پدید آمده است. این شمار قابل توجه ابهام و اشکال نمی‌تواند عادی و متعارف باشد، چنان که این همه ناسازگاری و تعارض بین این نظریه‌ها و آراء با قانون و با خود نمی‌تواند عادی تلقی شود. ناگزیر باید ریشه اشکال در بطلان و بی‌پایگی ملاک و معیار تقسیم مجازات‌ها به تعزیر و بازدارنده باشد که این همه استعمال و استفسار و نیز اصدار احکام متعارض را سبب گشته است.

### ج/ تناسب حکم و موضوع

مقصود ما از تناسب حکم و موضوع در اینجا عبارت است از تناسب جرم و مجازات که لازمه وجود حکمت تشریحی در شرع انور و - به تبع - در قانون گذاری در نظام اسلامی است و فقدان آن، علاوه بر قبح عقلی، تبعات عملی غیر قابل قبولی در پی دارد که نا کارآمدی نظام کیفری از آن جمله است. می‌دانیم که بازدارنده دانستن مجازات جرمی مستلزم آن است که تعقیب و کیفر مرتکب آن جرم مشمول مرور زمان باشد و با گذشت موعد معین از ارتکاب جرم و عدم تقاضای تعقیب، یا از اولین اقدام تعقیبی، در صورت عدم صدور حکم، کان لم یکن تلقی شود. بی‌شک چنین لازمه و اثر و ثمری به معنای آسان شماری جرم و مماشیات با مجرم - در مقایسه با جرائم مستوجب تعزیر - است. حال با کنار هم نهادن آنچه که جرائم تعزیری دانسته شده و جرائمی که مستوجب مجازات بازدارنده اعلام شده اند، می‌بینیم جرائمی بسیار مهم تر و مفسده آمیزتر از جرائمی که تعزیری و غیر قابل شمول مرور زمان دانسته شده‌اند، قابل اغماض و چشم پوشی پس از مرور زمان دانسته شده اند. یعنی جرائمی از قبیل جرائم مربوط به مواد مخدر، تخریب مراتع، اختلاس، تجاوز به اراضی ملی شده و تصرف عدوانی آن اراضی، و نقض قوانین پولی و بانکی، سبک تر از جرائم تعزیری، از قبیل تقبیل و ملامسه اجنبیه، دانسته شده اند!

حال اگر مطابق نظریه مشورتی شماره ۷/۳۸۶۵ مورخ ۱۳۸۳/۵/۲۰ جرائم حق الهی [مشمول بر جرائم واجد حیثیت غالب عمومی] هیچ گاه مشمول مرور زمان نشوند، این بدان

معناست که جرائمی از قبیل جرائم مواد مخدر، تجاوز به اراضی ملی شده، اختلاس و تخریب مراتع دارای جنبه غالب عمومی به شمار نیایند!

پیداست که نمی‌توان به چنین لوازم و محذوراتی، که آشکارا با حکمت تشریحی شارع مقدس منافات دارد، تن داد. این تبعات غیر قابل قبول نیز از تقسیم غلط و پی پایه مجازات‌های غیر مقدره به تعزیر و بازدارنده نشأت گرفته‌اند.

حال نوبت آنست که در چند سطر پایانی چکیده و نتیجه این پژوهش را بیان و مقال خود را به مآل برسانیم:

### خلاصه و نتیجه

محصل آنچه با رعایت ایجاز و اختصار در این نوشتار بیان گردید، در دو-سه جمله بدین قرار است:

- پیدایش عنوان "مجازات‌های بازدارنده" در کنار "تعزیر" در قانون تشکیل دادگاه‌های کیفری یک و دو ۱۳۶۸ هیچ مبنا و مستند شرعی و فقهی ندارد و به هیچ وجه نمی‌تواند مستند به کاربرد این تعبیر در پاسخ رهبر بنیانگذار - رضوان الله علیه - به استفتای به عمل آمده از ایشان باشد. به علاوه، موانع و محذورات شرعی مانع از پذیرش چنین بدعتی است.

- گذشته از فقدان مشروعیت، "مجازات‌های بازدارنده" دچار بحران هویت است و در عمل (قضا) قابل تمیز از تعزیر نبوده و ابهامات و تناقضات بسیاری را موجب شده است.

- این "نوآوری" بی پایه به میزان گسترده ای حکمت تقنینی جزایی را در نظام کیفری ایران مخدوش نموده است.

و نتیجه این که: حذف عنوان "مجازات‌های بازدارنده" به عنوان قسمی برای "تعزیر" و یکی از انواع مجازات‌ها، با این ویژگی که مشمول مرور زمان بشود، واجب فوری است.

خصیصه "بیدالحاکم" بودن تعزیر ایجاب می‌کند و اجازه می‌دهد که هر گونه مصلحت اندیشی تقنینی، از جمله مشمول مرور زمان دانستن بخشی از جرائم، در قالب شرعی مجازات تعزیری به عمل آید؛ بدون نیاز به خروج از انواع و اقسام مجازات‌های مصرح در فقه جزایی.

گذشته از این نتیجه مستقیم، نتیجه دیگری، غیرمستقیم، از این کندوکاو به دست می‌آید که می‌تواند بسیار عبرت آموز و هشدار دهنده باشد؛ و آن این که تفقه لفظ‌گرا و معناگریز چقدر می‌تواند ما را از مقصد و مقصود شارع مقدس دور کند.

ما - به درستی - به بدی یاد می‌کنیم از گروهی که در فصل اول تاریخ اسلام در دام ظواهر الفاظ افتاده و از مقاصد و اغراض غفلت کردند و در برابر "کتاب ناطق" ایستادند و چه ضربه‌های مهلکی که بر اسلام و مسلمین زدند. امروز نیز نمونه‌های روزانه از خیانات و

جنایات ناشی از فهم "ظواهری" دین را در جای جای ممالک اسلامی شاهد هستیم و تأسف می‌خوریم و رنج می‌کشیم از این خطر بزرگی که هیچ نقطه‌ای در جهان اسلام از آن "ایمن" نیست.

در کنار این موضع صحیح، باید بدانیم که ما خود نیز از وقوع در مهلکه لفظ‌گرایی و در نتیجه، ناخواسته ضربه زدن به اسلام و مسلمین، در امان نیستیم. اگر ما شریعت الهی را به نحوی بفهمیم و اجرا نماییم که غیرمستقیم و به زبان عمل فریاد کنیم که نظام اسلامی قادر به باز کردن گره‌های پدید آمده در زندگی بشری نیست و تنها راه رفع نیازهای ناشی از تحولات اجتماعی دست یازیدن به راه حل‌های برون‌فقهی و معایر با احکام خاص یا خارج از عموماً و اطلاعات شریعت است، ضربه و آسیب کم و کوچکی به دین خدا نزده ایم. به هوش باشیم که حکیمان فرموده اند: «الشَّيْءُ إِذَا تَجَاوَزَ حَدَّهُ انْقَلَبَ ضِدَّهُ»!

## منابع و مأخذ

۱. ابوالمعالی حافظ ابوالفتوح (۱۹۷۶ م.)، "النظام العقائبي الاسلامی"، القا ره دار الانصار.
۲. حسینی، سیدمحمد (بهار ۱۳۸۷)، "حدود و تعزیرات: قلمرو، انواع، احکام"، فصلنامه حقوق - مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۱، صص ۱۴۵ - ۱۲۵.
۳. امام خمینی، سید روح‌الله (۱۳۷۸)، "صحیفه امام" (مجموعه آثار) مجلات ۱، ۱۵، ۱۷، ۱۹، ۲۰، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۴. العاملی، الشهید محمدبن جمال‌الدین (بی تا)، "القواعد و الفوائد"، قم، مکتبه‌التاوری.
۵. عوده، عبدالقادر (۱۴۰۵ ه.ق.)، "التشريع الجنائي الاسلامی"، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۶. السید محمدرضا (۱۴۱۴ ه.ق.)، "الذکر المنضود فی احکام الحدود"، قم دارالقرآن الکریم.
۷. مطهری، مرتضی، (بی تا)، "ختم نبوت"، قم صدرا.
۸. مطهری، مرتضی، (۱۳۷۶)، "اسلام و مقتضیات زمان"، قم، صدرا.
۹. مطهری، مرتضی، (۱۳۵۷)، "نظام حقوق زن در اسلام"، قم، صدرا.
۱۰. المنتظری، الشیخ حسین علی (۱۴۰۹ ه.ق.)، "دراسات فی ولاية الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه"، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
۱۱. الموسوی الاردیبلی، السید عبدالکریم (۱۴۲۷ ه.ق.)، "فقه الحدود و التعزیرات"، الطبعه الثانيه، قم، موسسه النشر لجامعه المفید.
۱۲. مهرپور، حسین (باییز و زمستان ۱۳۶۸)، "سرگذشت تعزیرات"، مجله کانون وکلای دادگستری مرکز، شماره ۱۴۹ - ۱۴۸، صص ۶۷ - ۱۳.
۱۳. النجفی، الشیخ محمدحسن (۱۹۸۱ م.)، "جواهرالکلام"، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۱۴. النراقی، المولی احمد (بی تا)، "عوائد الايام"، قم، مکتبه بصیرتی.
۱۵. مجموعه تفتیح شده قوانین و مقررات کیفری (مشمول بر نظریه‌های مشورتی و آراء وحدت رویه) اداره کل امور حقوقی قوه قضائیه.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

«نقش "میانجیگری" در فصل دعاوی و پاسخ‌دهی به نقض هنجارها»، سال ۱۳۷۸، شماره ۴۵؛ «نظام هنجاری در سیاست جنایی اسلام»، سال ۱۳۸۰، شماره ۵۱؛ «منطقه کنترل شده رفتاری در سیاست جنایی اسلام، سال ۱۳۸۰، شماره ۵۲؛ «مراجع دولتی "پاسخ‌دهی" به "پدیده مجرمانه" در سیاست جنایی اسلام»، سال ۱۳۸۱، شماره ۵۵؛ «مراجع اجتماعی "پاسخ‌دهی" به "پدیده مجرمانه" در سیاست جنایی اسلام سال ۱۳۸۱، شماره ۵۸؛ «حدود و تعزیرات (قلمرو، انواع، احکام)»، سال ۱۳۸۷، شماره ۱.