

نسبت جرم و گناه در حقوق ایران

دکتر سید محمد رضا آیتی*

حمزه اسفندیاری بیات**

چکیده

جرم و گناه از جمله واژه هایی است که در لغت و محاورات روزمره، مترادف و به جای یکدیگر به کار برده می شود. اما در عرصه حقوق، به ویژه در حقوق ایران، به گونه ای دیگر به آنها نگریسته می شود. از نظر تاریخی و با تأثیرپذیری حقوق ایران از اندیشه دینی، نوعی مرزبندی بین این دو واژه به وجود آمده است. گناه رفتار مغایر با اوامر و نواهی شرعی و الهی است، اما جرم یک واژه ی حقوقی و بر رفتارهایی قابل اطلاق است که در قانون به ممنوعیت آنها تصریح شده باشد، اعم از اینکه در فقه و شرع ممنوع باشد یا نباشد. با این نگرش اگر رفتاری از لحاظ فقهی و شرعی ممنوعیت داشته باشد و در قانون مورد منع قرار نگرفته باشد، گناه محسوب می شود؛ اما از نظر حقوقی قابل تعقیب و مجازات نخواهد بود. بعد از استقرار جمهوری اسلامی ایران این رویکرد به عنوان روی گردانی از دین تلقی شده و بر همین اساس در اصل ۱۶۷ قانون اساسی، انحصار جرم انگاری در قانون برداشته و در موارد سکوت قانونی، قاضی مکلف به رجوع به منابع معتبر فقهی یا فتاوای معتبر گردیده است. این نگرش حاکی از یکسان تلقی کردن جرم و گناه در نظام حقوقی فعلی ایران است. از این رو، نه تنها ممنوعیت های مندرج در قوانین موضوعه، جرم است، بلکه اگر در متون فقهی نیز ممنوعیتی وجود داشته باشد، مسلئزم تعقیب جزایی خواهد بود. هر چند این دیدگاه، نوعی احتیاط و اهتمام به اجرای موازین و مقررات شرعی است، از لحاظ مبانی با مقاصد شریعت در تضاد بوده و از لحاظ عملی با مشکلات عدیده ای روبروست که چاره جویی در مورد آنها غیر ممکن، و با شیوه قانونگذاری امروز سازگار نیست.

کلید واژه ها

جرم، گناه، منابع معتبر فقهی، فتاوای معتبر، جرم انگاری، تعزیر.

* دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران.

** دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات تهران و عضو هیات علمی

واحد شیراز.

مقدمه:

مسأله قابل اجرا بودن مقررات جزایی شرعی، همواره میان فقها و حقوقدانان مورد بحث بوده است. درپاره ای از موارد از سوی مقنن تحریمات شرعی معادل جرم انگاری تقنینی اعتبار شده است. در موارد دیگری با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات، منحصراً رفتارهای ممنوع که در قانون به آنها تصریح شده است، ملاک و مبنای مجازات شناخته شده است. از این رو تحریمات شرعی گاهی در احکام دادگاه ها مبنای حکم قرار می گیرد، در صورتی که در قوانین مدون از آن ذکری به میان نیامده است. این در حالی است که در مبانی فقه شیعه، هر معصیتی، اعم از فعل حرام و ترک فعل واجب، چنانچه فاقد مجازات مصرح و معین در شرع باشد، مستوجب کیفر تعزیری است. برخی قوانین موضوعه پس از انقلاب اسلامی مانند اصل ۱۶۷ قانون اساسی، ماده ۲۸۹ قانون اصلاح موادی از آئین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۶۱، ماده ۲۹ قانون تشکیل دادگاه های کیفری ۱ و ۲ شعب دیوانعالی کشور مصوب ۱۳۶۸/۴/۲۰، ماده ۲۱۴ قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری، ماده ۹ قانون تشکیل دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۳ و ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵، که ناظر بر عنوان مطلق «فعل حرام» یا «خلاف شرع» است، به وضوح دلالت بر این دارد که در نظام کیفری فعلی ایران مفهوم گناه و جرم یکی است؛ تحریمات شرعی نیز معادل جرم انگاری تقنینی تلقی می شوند و کلیه محرمات شرعی اگر چه در قانون مدون ذکر نشده باشند، جرم تلقی شده، و مرتکب آن مجازات خواهد شد.

مع الوصف، برخی از حقوق دانان با توجه به اصل ۲۲، ۳۲، ۳۳، ۳۶، ۱۶۶ و ۱۶۹ قانون اساسی که به وضوح و صراحت بر حصر جرم انگاری و تعیین مجازات در قانون مدون دلالت دارد، بر این عقیده پافشاری دارند که تنها از طریق جرم انگاری تقنینی می توان عملی را قابل مجازات دانست. چنین توسعه ای در منطقه مجازات و فراگیر بودن آن، با

مشکلات و موانع اجرایی و عملی فراوان روبروست، که سیستم قضایی کشور را دچار اختلال و بی نظمی در آراء خواهد کرد؛ چندان که این خسارت به سادگی قابل جبران نخواهد بود. نوشتار پیش رو ضمن بررسی مبانی قائلین به تساوی گناه و جرم و مخالفین این نظریه و ارزیابی دلائل و مستندات آنان، چالش های طرح شده و راه حل های پیشنهادی مورد کاوش قرار می دهد.

الف) قول به تساوی جرم و گناه

غالب فقها عامه (ماوردی، ص ۲۳۶؛ ابن قدامه حنبلی، ۱۰/ص ۳۴۷؛ ابن الاخوه، ۱۹/ص ۲۹۱) و خاصه (شیخ طوسی، ۸/ص ۹؛ ابوالصلاح حلبی، ص ۱۶؛ ابن ادریس حلی، ۳/ص ۴۶۸؛ ابن زهره، ص ۶۲۴؛ شیخ مفید، ص ۸۰۰؛ محقق، ۴/ص ۱۶۸) از قدما و معاصرین (خویی، ۱/ص ۳۳۷؛ طباطبائی، ص ۲۸۲؛ امام خمینی، ۲/ص ۴۸۱) اتفاق نظر دارند که هر کس معصیتی کند، و حد و کفاره ای برای آن مشخص نشده باشد، تعزیر می شود. بنابر این دیدگاه، همه محرمات شرعی بدون کیفر و مجازات معین «قابل تعزیر» است، و گستره مجازات، همه محرمات و معاصی شرعی، اعم از انجام عمل حرام یا ترک واجب را فرا می گیرد. فقها در شرح و بسط این قول تلاش بسیاری کرده و مثالها و مصادیق فراوانی برای آن ذکر کرده اند.

۱- بررسی اقوال

در ادبیات دینی و شرعی، از نقض اوامر و نواهی مذهبی با تعابیری از قبیل ذنب، اثم، معصیت، عصیان، محرم، وزر، بغی، جریمه، خطیئه، سیئه، منکر، فاحشه و نیز «جرم» یاد شده است. اهل لغت نیز «جرم» را به ذنب، گناه، تعدی، تجاوز، معصیت، بزه و جنایت و امثال آن معنا کرده اند (ابن منظور، ۲/ص ۲۰۷؛ الطریحی، ۶/ص ۲۸). شیخ طوسی می گوید: «هر کس معصیتی مرتکب شود که حدی برای آن معصیت تعیین نشده باشد، تعزیر می شود» (مبسوط، ۸/ص ۶۹). ابوالصلاح حلبی از جمله کسانی است که مثالها و مصادیق فراوانی برای تعزیر ذکر کرده است و در تعریف آن آورده است: «تعزیر تأدیبی است که خداوند آن را

لازم شمرده و به واسطه اجرای آن، جلوی فرد تعزیر شونده (مجرم) و افراد مکلف دیگر گرفته می‌شود (کافی، ص ۴۱۶). سبب استحقاق تعزیر، اخلال در انجام واجبات و انتشار اعمال قبیحی است که هیچ حدی (مجازات معین) از جانب شرع برای آن در نظر گرفته نشده است. از جمله موارد تعزیر، اخلال در برخی از واجبات عقلی است. همچون رد امانت، قضای دین، یا فرائض شرعی دیگر همچون نماز، زکات، روزه و حج و...؛ همچنین دیگر فرائض مبتدئه (بدون سبب و شرط) و مسببه و مشروطه (واجبی که به سبب و شرطی واجب می‌شود) که در این گونه موارد حاکم اسلامی باید مجرم را به وسیله ای که او و دیگران را از خطا باز می‌دارد تأدیب کرده و با توسل به آن، او و دیگران را به انجام واجبات و ادا نماید. از دیگر موارد تعزیر آن است که فرد، مرتکب برخی از افعال قبیح و گناه‌آلود شود؛ در واقع هر چیزی نظیر خوردن، آشامیدن، خرید و فروش، تعلم، عمل، نظر، سعی، تهدید، گوش دادن، اجیر شدن، اجیر گرفتن، امر یا نهی، اگر به صورت قبیح و در جهت خلاف شرع باشد، باید مجرم تعزیر شود. ابن ادریس و ابن زهره با اضافه کردن قیودی، عبارت ابوالصلاح حلبی را تکرار کرده اند (السرازی، ۳/ص ۴۶۸) (الجوامع الفقهیه، ص ۶۲۴). صاحب جواهر نیز می‌گوید: «در مورد حکم فوق از نظر نص و فتوا هیچ اشکالی و اختلاف نظری بین علماء وجود ندارد» (نجفی، ۴۱/ص ۴۴۸). همچنین فقیه فقید، خوبی در ذیل مساله ۲۸۲ عروه الوثقی ضمن تکرار حکم مذکور اضافه کرده است: «علی المشهور شهره عظیمه، بل لاخلاف فی الجملة» (۱/ص ۳۳۷). امام خمینی نیز همین قول را اختیار کرده و آورده است: «و لو ارتکب شیئاً من المحرمات غیر ما قرّر الشارع فیہ حدّاً عالمّاً بتحریمها لا مستحلاًّ عزّاً، سواء کانت المحرمات من الکبائر او الصغائر» (تحریر، ۲/ص ۴۳) اگر مسلمانی حرامی را مرتکب شود که شارع مقدس برای مرتکب آن حدی معین نکرده باشد، در صورتی که با علم به حرمت آن را حلال بداند تعزیر می‌شود، چه آن حرام از گناهان کبیره باشد یا صغیره. همچنین نظر غالب در فقه عامه نیز بر این باور است که همه معاصی قابل تعزیر است:

ماوردی آورده است: تعزیر تشبیهی است برای گناهایی که در شرع، حدی برای آنها تعیین نشده و اختلاف مقدار آن بسته به نوع گناه و حالت مجرم است (الاحکام السلطانیه، ص ۲۳۶). ابن قدامه حنبلی نیز همین معنی را تکرار کرده است (مغنی، ۱۰/ص ۳۴۷). عبدالرحمن الجزیری ضمن تکرار حکم فوق اضافه می‌کند «و بالجمله فان التعزیر باب واسع ممکن للحاکم أن یقضی به علی کلّ الجرائم التي لم یضع الشارع لها حدّاً او كفّاره» (۵/ص ۳۹۷)؛ یعنی تعزیر دامنه گسترده‌ای دارد که حاکم می‌تواند به وسیله آن بر تمامی جرایمی که شارع حد یا کفّاره‌ای در آنها قرار نداده، قضاوت (حکم) کند. عبدالقادر عوده این حکم را مورد اتفاق علماء دانسته و می‌نویسد: «من المتفق علیه ان التعزیر یكون فی کلّ معصیه لاحد فیها و لا کفّاره سواء كانت المعصیه لله او لحق آدمی» (۱/ص ۱۲۸)؛ یعنی هر معصیتی که حدی برایش معین نشده و کفّاره هم ندارد خواه نافرمانی خداوند باشد یا تضرع حقّی از حقوق انسان، موجب تعزیر است و در این مسئله اختلافی میان علماء نیست». بنابر آنچه از فقهای خاصه و عامه ذکر گشت، هر کس مرتکب فعل حرامی شود یا از انجام واجبات خودداری کند، بر امام است که او را به میزانی که به حد نرسد تعزیر کند. از این رو، طبق این نظریه، همه محرمات شرعی بدون کیفر و مجازات معین قابل تعزیر است، و گستره مجازات همه محرمات و معاصی شرعی را اعم از انجام عمل حرام یا ترک واجب را شامل و فرا می‌گیرد. برخی از فقها در شرح و بسط این نظریه تلاش بسیاری کرده و مثالها و مصادیق فراوانی را برای آنها ذکر کرده‌اند. قائلین به این نظریه به دلائلی تمسک جسته‌اند که در ذیل به آنها اشاره می‌شود.

۱-۱- مستندات قائلین به تساوی جرم و گناه

در توجیه این دیدگاه برخی از فقها از آن جمله میر عبدالفتاح المراغی پس از آنکه نوشته است: «کل ما لم یرد فیه حد من الشیء فی المعاصی ففیه التعزیر» آورده است: وجه آن عبارت

است از عموم ادله نهی از منکر و امر به معروف و ادله اعانه بر برّ و تقوی، که از آن جمله است تعزیر گناه کار (۲/ص ۶۲۷). صرف سکوت شارع در مورد برخی از معاصی و عدم تعیین کیفر برای آنها دلیل بر گذشت از آن معاصی بدون کیفر نیست. آیت اله خوبی ضمن اینکه حکم مذکور را قول مشهور فقها دانسته که دارای شهرتی عظیم است و نفی خلاف فی الجمله از آن می کند دلالتی را در تحلیل و توجیه آن ذکر می کند: ۱- عمل امیرالمؤمنین (ع) به تعزیر مرتکب حرام در موارد مختلف، چنان که از روایات مختلف در ابواب متفرق فقه بر می آید و این به وضوح بر مشروعیت آن دلالت می کند. ۲- اسلام به حفظ نظام مادی و معنوی و جریان احکام در مجاری خود اهتمام ورزیده است. طبیعی است که این اهتمام اقتضاء دارد که حاکم هر که را با نظام مخالفت کند تعزیر کند. ۳- نصوص خاص که در موارد ویژه وارد شده اند و دلالت می کنند بر اینکه حاکم حق تعزیر و تأدیب دارد حتی نابالغ و مملوک را. ۴- آنچه در روایاتی وارد شده به این مضمون که خدا برای هر چیزی حدی قرار داده است (۱/ص ۳۳۷).

برخی دیگر از فقها برای استدلال بر اصل حکم، علاوه بر وضوح آن و عدم نقل خلاف از جانب فقها، چنانکه از جواهر نقل شد، دلایل زیر را ذکر کرده اند (منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ۳/صص ۴۷۲-۴۷۵):

الف) سیره رسول اکرم (ص) و علی (ع) چنانکه در موارد فراوان در باب حسبه از آن دو بزرگواران نقل شده است که پس از «الغاء خصوصیت» می توانند براهین روشنی برای این حکم باشند.

ب) اخبار و روایات که از مضمون آن استفاده می شود، جلوگیری از انجام محرمات ولو با دست بر همگان واجب است. در خبر جابر از حضرت باقر (ع) آمده است معصیت را در دلهایتان زشت بشمارید و آن را با زبانهایتان رد کنید بر پیشانی مرتکبین آن داغ تنگ بزنید (وسائل الشیعه، ۱۱/ص ۴۰۳). در خبر طولانی دیگری که یحیی طویل از امام صادق (ع)

نقل کرده چنین آمده است: «خداوند زبان را رها و دست را بسته قرار نداد، بلکه چنین مقرر فرمود که با هم باز و با هم بسته شوند» (وسایل، ۱۱/ص ۴۰۴). از امام حسن عسکری (ع) نیز نقل شده است که فرمود: هر کس از شما معصیتی را مشاهده کند، در صورت قدرت و توانایی می بایست در عمل با آن به مقابله برخیزد» (وسایل، ۱۱/ص ۴۰۷). ممکن است گفته شود که این استدلال، خلطی است میان باب امر به معروف و نهی از منکر با باب تعزیرات، زیرا نکته مورد نظر در این روایات، در واقع جلوگیری از وقوع معصیت است، و هیچ دلالتی بر جواز تعزیر پس از وقوع معصیت ندارد. بعید نیست در پاسخ گفته شود مفاد بسیاری از روایات نهی از منکر، لزوم برخورد با منکراتی است که به دست افرادی به وقوع پیوسته؛ البته هدف اصلی از آن جلوگیری از ارتکاب دیگران می باشد. علاوه بر این، روح حاکم بر این روایات همان تنفر شارع مقدس از منکرات است چه قبل از انجام آنها باشد یا بعد از آن، و نمی توان گفت شارع قبل از انجام منکرات سخت مخالف آن است، ولی پس از انجام آن بی تفاوت می باشد.

ج) روایات مستفیضی است دال بر این مطلب که خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده و برای کسی که از این حدود تجاوز کند نیز حدی تعیین کرده است. داود بن فرقد از امام صادق (ع) و آن حضرت از پیامبر (ص) نقل کرده است که خداوند برای هر چیزی حدی تعیین کرد و برای هر کس که از حدی از حدود الهی تجاوز کند نیز حدی قرار داده است (وسایل، ۱۸/ص ۳۱۰).

همانطور که ملاحظه شد در کلام این دسته از فقها که غالباً از قدما و متأخرین هستند، اشاره‌ای به قید کبیره بودن گناه ارتكابی نشده است. گناهانی که در قرآن وعده عذاب نسبت به آن داده شده است. بنابر این، ارتكاب هر گناهی، خواه کبیره و یا صغیره باشد، موجب اعمال مجازات تعزیری می شود، هر چند در نصوص و روایات برای آن، مجازات تعزیری مقرر نشده باشد.

به نظر می‌رسد نظر این گروه از فقها مبتنی بر دو دسته روایات است که به ترتیب مطرح می‌شود:

دسته اول: روایاتی است که صاحب وسایل الشیعه تحت عنوان «باب ان کل من خالف الشیخ فعلیه حدّ او تعزیر» آورده است. از جمله: الف) قال رسول الله (ص) «ان الله عزّ و جلّ جعل لكل شی حدّاً و جعل علی من تعدّی حدّاً من حدود الله عزّ و جلّ حدّاً...» (وسایل، ۱۸/ص ۳۰۹) خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده است و برای هر کس که به حدی از حدود خداوند تعدی کند، حدی قرار داده است. ب) از امام صادق (ع) که به عمرو بن قیس فرموده: (وسایل، ۱۸/ص ۳۰۹) ای عمرو بن قیس: آیا می‌دانی که خداوند پیامبر و کتابی فرستاده و در آن کتاب تمام مایحتاج وجود دارد، آن هم با دلیلی که دال بر موضوع مورد نیاز باشد. برای هر چیزی حدی قرار داده و برای هر متجاوز حدی، یک حد مقرر فرموده است، تا اینکه راوی می‌گوید پرسیدم: چگونه برای متجاوز، حدی قرار داده؟ فرمودند: خداوند حدی در اموال قرار داد که تنها از راه حلال به دست آید، و هر کس از راه غیر حلال به دست آورد، دستش قطع می‌شود، چون تجاوز به حد کرده است. خداوند مقرر فرموده که نکاح تنها از راه حلال صورت پذیرد. هر کس جز این کند، اگر مجرد باشد حد می‌خورد و اگر متأهل باشد، رجم می‌شود، چون تجاوز به حد کرده است» (وسایل، ۱۸/ص ۳۰۹). ج) از امام صادق (ع) نقل شده است برای هر چیزی حدی قرار داده شده، و هر کس آن حد را مورد تعدی قرار دهد، حد دارد (وسایل، ۱۸/ص ۳۱۱). د) روایت یونس از امام کاظم (ع) که فرموده است همه مرتکبین گناهان کبیره اگر دو باره حد بر آنها اقامه شود، در مرتبه سوم کشته می‌شوند (وسایل، ۱۸/ص ۳۸۸). بیان استدلال به این روایت چنین است: به موجب گفتار کلی امام (ع) ارتکاب کلیه گناهان کبیره مستلزم مجازات حد است، و از آنجا که برای تمام گناهان کبیره در شرع مجازات حد مقرر نشده است، معلوم می‌شود که مقصود از حد، اعم از حد

و تعزیر است، بنابر این برای گناهان کبیره ای که در شرع حد معین نشده، تعزیر اعمال خواهد شد.

دسته دوم: روایاتی است که برخی از فقها با استفاده از آنها اظهار داشته اند هر آنچه که موجب اذیت و آزار مسلمانان شود و به طور کلی هر گناهی که مستلزم حد نباشد، موجب تعزیر خواهد بود (محقق اردبیلی، شرح ارشاد الاذهان بنقل از جامع المدارک، ۷/ص ۱۱۸). به عبارت دیگر، از روایتی که درباره هجو و تمسخر دیگری وارد شده و هجو کننده را مستحق تعزیر اعلام داشته، استفاده می شود که هر آنچه موجب آزار و اذیت مسلمان شود تعزیر آور است؛ از جمله این روایات: الف) در مورد کسی که به دیگری گفته است: «یا شارب الخمر، یا آکل الخنزیر» چنین شخصی، حد ندارد ولی ضربات تازیانه می خورد (وسائل، ۱۸/ص ۴۵۴). ب) در مورد کسی که دیگری را هجو کرده، یعنی زشتی‌ها و بدی‌های وی را بر شمرده، امیرالمؤمنین (ع) او را به مجازات تعزیری محکوم نموده است (وسائل، ۱۸/ص ۴۵۳). ج) در مورد کسی که به دیگری گفته بود «یا فاسق» امام صادق (ع) فرمودند: «لاحد علیه و یعزر» (وسائل، ۱۸/ص ۴۵۳). د) در مورد کسی که به دیگری گفته بود: «أنت خبیث و أنت خنزیر» امام صادق (ع) فرمودند: حد ندارد اما باید مجرم را نصیحت و توبیخ کنند (وسائل، ۱۸/ص ۴۰۳).

به نظر می رسد با ملاحظه این اخبار می توان بر آن بود که هر چیزی که به ناحق موجب اذیت مسلمانی شود و در شرع برای آن حد مقرر نشده باشد، موجب اعمال تعزیر خواهد بود. روایات فوق اختصاص به مورد خود ندارند، از این رو، با الغای خصوصیت، حکم آنها به دیگر موارد قابل تسری است و همان گونه که از مفاد این اخبار بر می آید تفاوتی بین گناهان کبیره و صغیره نیست.

ب) قول به عدم تساوی جرم و گناه

برخلاف ظاهر فتوای برخی از فقها که بیانگر کلی بودن مجازات در مورد هر عمل حرام، اعم از صغیره و کبیره است، برخی از فقها در کلیت تعزیر هر فعل حرام و ترک واجب تردید کرده و آن را نپذیرفته اند. شهید اول در ضمن احصای فرق حد و تعزیر نوشته است: الف) تعزیر تابع مفسده است، هر چند معصیت نباشد. ب) معصیت کوچک مستوجب تعزیر ناچیز است، و چون تعزیر ناچیز اثری ندارد گفته شده که تعزیر نمی شود (القواعد و الفوائد، ۲/ص ۱۴۳).

صاحب جواهر در نقد این نظر می نویسد: برخی گفته اند اجرای تعزیر مختص به گناهان کبیره است. بنابر این کسی که از گناهان کبیره اجتناب کند، بر انجام گناه صغیره تعزیر نمی گردد. چون اجتناب از گناهان کبیره، از بین برنده گناهان صغیره است: «ان تجتنبوا کبائر ما تهون عنه نکفر عنکم سیناتکم و ندخلکم مدخلا کریماً» (ساء/۳۱)؛ یعنی اگر از گناهان کبیره ای که از آن نهی شده اید اجتناب کنید از گناهان دیگرتان می گذریم و شما را به جایگاه خوبی وارد می کنیم (نجفی، ۱/ص ۴۴۸). از این رو می توان گفت تعزیر بر حرام که فاقد مجازات معین شرعی است فقط در خصوص معاصی کبیره (جرایم مهمه) موجه است و مبنای شرعی دارد؛ تعزیر جرایمی که کبیره و مهم تلقی نشده اند، با استناد به عموم ادله امر به معروف و نهی از منکر یا ادله تعاون بر بر و تقوی جایز نیست.

صاحب کشف اللثام (نیز با صراحت این کلیت را رد کرده می نویسد: وجوب تعزیر در مورد انجام هر عمل حرام یا ترک هر عمل واجبی است که مجرم با وجود نهی و توبیخ و مانند آن دست از عمل گناه بر ندارد. اما اگر مجرم با وجود موانعی کمتر از زدن از ارتکاب گناه دست کشید، جز در مواردی خاص که شرع مقدس در مورد ارتکاب آن گناه بر لزوم تأدیب و تعزیر تصریح کرده است، دلیلی برای تعزیر نیست و شاید بتوان تعزیر را در کلام علامه و غیر او به مواردی کمتر از زدن (مجازات) هم عمومیت داد (فاضل هندی، ۲/ص ۲۳۰).

امام خمینی نیز تعزیر را مختص گناه کبیره دانسته می‌نویسد: «کل من ترک واجباً اذ ارتکب محرماً فللامام علیه السلام و نائبه تعزیره بشرط ان یکون من الکبائر» یعنی هر مسلمانی که واجبی را ترک کند و یا مرتکب حرامی شود، امام علیه السلام و نائب او می‌توانند وی را تعزیر کنند، البته به شرطی که آن حرام از کبائر باشد (تحریر الوسیله، ۲۲/ص ۴۷۷).

شیخ لطف اله صافی تحت عنوان «آیا تعزیر هر کس که حرامی انجام داد یا واجبی را ترک کرد جایز است؟ این بحث را مطرح، و اقوال و ادله را بررسی کرده و در پایان نوشته است: بنا بر این، با توجه به آیات قرآنی، احادیث، روایات و سیره ی پیامبر (ص) و امیرالمؤمنین (ع) و فتاوی بزرگان اصحاب، می‌توان به جواز تعزیر بدانچه حاکم تشخیص دهد در خصوص اعمالی که موجب آزار مردم، اخلال در نظام، هتک حیثیات، فساد امور، اختلال در امنیت عمومی و اعتماد مردم به یکدیگر، و به طور کلی اعمالی که رسیدگی به آنها در صلاحیت حاکم است و در مواردی که در صورت رخ دادن خلاف شرع از ولی امر انتظار می‌رود برخورد کند، قطع و یقین یافت؛ و در مواردی که جواز تعزیر مسلم و مقطوع به نیست و مشکوک است، اصل مقتضی عدم جواز است» (التعزیر انواعه و ملحقاته، ص ۱۳۹۰).

در میان علماء اهل تسنن برخی از فقهاء آنان نیز تعزیر را واجب نمی‌دانند. ابن قدامه می‌نویسد: تعزیر در موارد معین شده، در صورت تجویز امام واجب است (۱۰/ص ۳۴۸). مالک و ابوحنیفه هم این عقیده را دارند، اما شافعی می‌گوید: تعزیر واجب نیست به این دلیل که مردی نزد پیامبر (ص) آمد و گفت با زنی برخورد کرده ام و از او کمتر از حد دخول بهره برده ام. پیامبر (ص) به او فرمود: آیا با ما نماز گزارده ای، گفت: آری. سپس پیامبر (ص) این آیه را برای او خواند که: ان الحسنات یذهبن السیئات. همچنین آن حضرت درباره انصار فرمود: نیکوکاران انصار را پذیرا باشید و از بدکاران آنان در گذرید. نووی در خصوص نظر شافعی می‌نویسد: در هر معصیتی که برای مجازات آن حد و کفاره ای تعیین نشده به وسائل مختلفی نظیر حبس کردن یا زدن یا سیلی و یا توبیخ، تعزیر جاری می‌گردد.

امام نیز باید در تشخیص نوع گناه و میزان تعزیر با اجتهاد نهایت سعی خود را مبذول دارد (المنهاج، ص ۵۳۵). الزحیلی می گوید: تعزیر به انحاء مختلفی مثل زدن، حبس کردن، شلاق زدن، توبیخ کردن و یا جریمه مالی و مانند آن اجراء می شود. اختیار اجرای تعزیر در هر زمان و مکانی به دولت واگذار شده و دولت برای قضات آئین نامه ای تدوین می کند، و آنان می توانند به این وسیله حکم تعزیر را بر حسب مصلحت با این آئین نامه تنظیمی مطابقت دهند (۴/ص ۲۸۷).

با توجه به آنچه از اقوال علماء خاصه و عامه گذشت، ممکن است بتوان با استفاده از سخنان آنان تعزیر را در موارد دیگری غیر تشبیه و مجازات بدنی از قبیل اهانت، تهدید، توبیخ، وعظ و مانند آنها نیز عمومیت داد. به نظر می رسد فقهای اهل سنت به دلیل اینکه با مسائل حکومت عملاً سر و کار داشته اند، عموماً تعزیر را به انواع مختلف جایز دانسته و از فقهای شیعه، تنها صاحب کشف اللثام بود که تعزیر را به مفهوم عام و گسترده قابل اجرا می دانست. بنابر این تعزیر فقط مجازات (زدن) نیست، بلکه شامل مواردی نیز می شود که فاقد جنبه کیفری هستند از جمله وعظ، توبیخ، هجر (یعنی تحریم و بایکوت کردن)، عزل (برکناری) تشهیر، تغریب (تبعید)، ازاله (از بین بردن آلت جرم). در بعضی موارد نیز جنبه کیفری دارد مثل جلد (تازیانه)، حبس، جریمه نقدی و اعدام، که در مورد جواز تعیین جریمه نقدی و اعدام به عنوان تعزیر، اختلاف نظرهای فاحشی بین فقهای مذاهب اسلامی وجود دارد. مخصوصاً جمهور فقهای عامه، تعزیر به مال را جایز نمی شمارند و در مورد جواز تعیین اعدام به عنوان تعزیر نیز تردیدهای جدی وجود دارد (کاسانی، ۸/ص ۶۳). بنابر این، این گونه نخواهد بود که تعزیر دایره ی وسیعی از مجازات را شامل شود و به گفته شیخ محمد شلتوت «یؤدب به من شاء علی ما شاء بما شاء» باشد. قطعاً این گونه نظرات باعث توسعه قدرت گردیده و آزادی شهروندان مسلمان را به مخاطره

می‌اندازد. اکنون با قطع نظر از این اختلاف اقوال در کلیت تعزیر بر هر فعل حرام و کیفر بر هر گناه، مسئله را بررسی می‌کنیم (الاسلام عقیده و شریعه، ص ۲۹۱).

ج) مقتضای اصل در مسأله

پیش از بررسی و نقد ادله کلیت تعزیر بر هر فعل حرام، شایسته است نخست مقتضای اصل و قاعده در مسأله را روشن سازیم تا در فرض شک و کافی نبودن ادله به آن رجوع کنیم مقتضای اصل به هنگام شک در جواز تعزیر بر هر گناه یا عدم جواز آن که، در متون فقهی ذکر شده، اصل مقتضی عدم جواز است. چنانچه فقیه معاصر، شیخ لطف صافی می‌گوید: در مواردی که جواز تعزیر مسلم و مقطوع به نیست و مشکوک باشد، اصل، مقتضی عدم جواز است (التعزیر انواعه و ملحقاته، ص ۱۳۹). از طرفی اصل و قاعده سلطنت یعنی اصل «لا ولایه لاحد علی احد» و قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم»، این اقتضا را دارد که نتوانیم در مورد نفس یک انسان که در ید قدرت و حیطة سلطنت وی است، تصرف کنیم؛ مگر در مواردی که قطعاً بدانیم شارع مقدس به طور صریح اجازه داده است. و چون تعزیر (مجازات) غیر، تصرف در سلطه وی است، این تصرف بالطبع حرام است؛ یعنی اصل اولی این است که مجازات انسان با اصل سلطنت بر نفس منافات دارد و حرام است؛ و امر مستفاد از اخبار باب تعزیرات، تنها حرمت تصرف مزبور را در این موارد بر می‌دارد، اما هیچ‌گونه دلالتی بر لزوم و وجوب تعزیر، آن هم به نحو عموم ندارد. در واقع در فقه جزایی اسلام بخش بزرگی از جرایم، به لحاظ حق الناسی یا تعزیری بودن قابل بخشش دانسته شده‌اند. از سوی دیگر عدم جواز ایذاء مردم بدون دلیل شرعی خود از احکام قطعی اسلام است و مقتضی محدودیت موارد اجرای تعزیر در مواردی است که دلیل قطعی بر جواز آن دلالت می‌کند، و در موارد مشکوک اصل عدم جواز خواهد بود.

د) بررسی و نقد کلیت تعزیر بر هر فعل حرام

پیش از بررسی و نقد ادله -تعمیم تعزیر بر هر گناه- باید توجه داشت که گناه بودن یک عمل در شرع با آنچه در حقوق عرفی به عنوان جرم شناخته می شود، مساوی نیست. جرم در اصطلاح حقوق عرفی، فعل یا ترک فعلی است که قانون برای آن مجازات تعیین کرده است. بدیهی است که منظور از مجازات، کیفرهای دنیوی است. در حالی که گناهان شرعی جز در موارد معدودی، از سوی شارع آثار کیفر دنیوی بر آنها اعلام نشده، بلکه شخص در صورت ارتکاب، نزد خداوند مستحق کیفر اخروی است؛ و ما هیچ دلیل اجتهادی یا فقهاتی بر تعزیر بر هر فعل حرام (گناه) در دست نداریم (محقق داماد، ص ۲۴۵). عبدالرحمن الجزیری راجع به فقدان دلیل شرعی بر تعزیر نوشته است: «سئوال و جوابه: و هاهنا سئوال ظاهر و هوان عقوبه التعزیر لم ینص علیها فی الشریعه الاسلامیه بخصوصها، فهل عمل المحاکم فی هذا الباب یقال له حکم شرعی او وضعی؟» (ص ۴۰۲)؛ یعنی این سئوال مطرح است که آیا مجازات تعزیری که شارع حدی برای آن قرار نداده است، آیا رأی حاکم در مقدار مجازات حکم شرعی است یا وضعی؟. اینک به سراغ منابع فقهی می‌رویم:

۱- قرآن مجید

در قرآن مجید به طور خاص، هیچ کلامی بر تساوی مفهوم گناه با مفهوم اصطلاحی «جرم» و وجوب یا جواز تعزیر بر هر فعل حرام دلالت مستقیم یا غیرمستقیم ندارد. موسوی اردبیلی آورده است: «ان من یتصفح آیات القرآن الکریم، سوف لن یجد کلمه التعزیر، وردت فیها، بواحد من المعانی اللغویه، التي تكون العقوبه صفة ملازمه لها، نعم، جائت کلمه التعزیر. فی ثلاث مواضع؛ و لكن بمعنی: التعظیم، التفضیح و الصور الثلاث فی المواضع الثلاث هی بصیغه. عزّتموهم، عزّوه و تُعزّوه (مائده/ ۱۲، اعراف/ ۱۵۷، فتح/ ۹)» (ص ۴۳). کلمه تعزیر سه بار در قرآن آمده است که بمعنی تعظیم و احترام و نصرت و یاری نمودن است. از جمله در آیه ۱۲ از سوره مائده عزّ تمّوهم و آیه ۱۹ از سوره فتح تعزّوه که بمعنی نصرت و یاری است و در آیه

۱۵۷ اعراف عزّزه که بمعنی تنظیم و احترام است. بر هیچ پژوهشگری پوشیده نیست که بین این معانی و معنی اصطلاحی و لغوی که همان عقوبت و تأدیب است ارتباطی وجود ندارد. در کلام فقها نیز چنانچه گذشت استدلال به قرآن نیامده است. برعکس، شواهد روشنی در قرآن دیده می شود، که بر عدم کیفر دنیوی بر هر گناه دلالت می کند. لحن عمومی آیات قرآنی که آکنده از تأکید بر توبه و انابه از گناهان و نهی از یأس از رحمت الهی است، بیان تفصیلی کیفرهای دنیوی برای بعضی معاصی است، که نشان می دهد قرآن در مقام بیان بوده و در مواردی که جزای دنیوی را لازم یا مناسب دیده بدان تصریح کرده است؛ و سکوت آن در موارد دیگر اگر در سنت بیانی نیامده باشد، نمی تواند بی معنی باشد. با توجه به چنین دلایلی می توان به قطع و جزم گفت که بر تعمیم تعزیر بر همه معاصی، دلیلی از قرآن نیست.

۲- سنت

بررسی کتب حدیثی شیعه نشان می دهد دلیلی که بر ثبوت کیفر دنیوی (تعزیر) بر هر فعل حرام یا ترک واجب دلالت کند، وجود ندارد؛ و عنوان «لکل معصیه تعزیر» در جوامع روایی نخستین دیده نمی شود. از این رو، برخی از فقهای شیعه هم چون صاحب کشف اللثام و صاحب العناوین که متعرض مسئله شده اند، از وجود دلیلی نقلی بر کیفر هر گناه، ذکری به میان نیاورده و یا وجود دلیل روایی را مربوط به تعزیر فعل حرام، مشروط به اینکه از کبائر باشد، دانسته اند و نه مربوط به تعزیر بر هر حرامی به طور مطلق (فاضل هندی، ۲/ص ۲۳۵) (السید میر عبدالفتاح الحسینی المراهی، ۲/ص ۶۲۷). ایشان در مقام تحلیل و توجیه بر هر حرام، بیشتر به عموم ادله امر به معروف و نهی از منکر و ادله اعانه بر برّ و تقوی استناد جسته اند. در حالی که اولاً، امر به معروف و نهی از منکر دارای شرایط و مراتبی است و مربوط به مرحله ی پیشگیری است، در هر حال ربطی به مقوله قضا و جزا، که متأخر از ارتکاب جرم و تابع احکام و قواعد خاص خود می باشد، ندارد. ثانیاً، جواز تعزیر فراگیر،

که مستلزم ایلام و ایذاء مردم است و اعمال آن بدون دلیل کافی مصداق بارز اثم و عدوان است، با استناد به ادله برّ و تقوی غیر قابل اثبات می‌باشد.

صاحب جواهر در تحلیل تعمیم تعزیر بر ارتکاب هر حرام یا ترک هر واجب آورده است: شاید بتوان تعمیم را از آنچه دلالت دارد بر اینکه هر چیزی را حدی و هر که را که از حد تجاوز کند حدی است، استفاده کرد؛ بر این اساس که مقصود از حد، تعزیر عملی باشد. به علاوه، امکان دارد این تعمیم، از استقراء نصوص استفاده شود (نجفی، ۱/۴۴۸). به نظر می‌رسد این فقیه بزرگ دلیل روشنی از روایات بر تعمیم تعزیر در دست نداشته است؛ چرا که از «امکان» استفاده تعمیم تعزیر از متون، دال بر اینکه هر چیزی حدی دارد و هر تجاوز از حد حدی، بر فرض اینکه مقصود از حد، تعزیر عملی باشد، از استقراء نصوص سخن گفته است؛ بی‌آنکه معلوم شود مقصود از تعمیم ممکن الاستنباط، تعمیم تعزیر بر همه معاصی است یا فقط بر معاصی کبیره، و بدون آنکه معلوم شود به نظر وی مقصود از حد در حدیث تعزیر به معنای کیفر (تعزیر فعلی) است یا مقصود چیز دیگری است.

همانگونه که گذشت اهم روایاتی که فقهاء شیعه در تعمیم «تعزیر بر هر حرام» به آنها تمسک جسته‌اند، عبارتند از:

۱- سیره رسول اکرم (ص) و علی (ع) به تعزیر مرتکب حرام در موارد مختلف، چنان که از روایات مختلف در ابواب متفرق بر می‌آید.

۲- نصوص خاص که در موارد ویژه وارد شده‌اند و دلالت دارند بر اینکه حاکم حق تعزیر و تأدیب حتی نابالغ و مملوک را دارد.

۳- اخبار و روایات، که از مضمون آن استفاده می‌شود، جلوگیری از انجام محرمات ولو با دست بر همگان واجب است.

۴- روایات مستفیضی که می‌گویند؛ خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده و برای کسی که از این حدود تجاوز کند، نیز حدی تعیین کرده است از جمله این روایات می‌توان از صحیح‌ه داود بن فرقد و موثقه سماعه نام برد.

به نظر می‌رسد روایات مورد استناد قائلین به تعمیم تعزیر بر هر حرام، نه تنها دلالت بر جواز تعزیر در تمامی معاصی ندارد، بلکه می‌توان نتیجه عکس از آنها استفاده کرد. بر همین اساس، این روایات از جهات متعددی مورد تردید برخی از فقها قرار گرفته‌اند. چرا که اولاً، از فعل امیرالمؤمنین (ع) در مواردی که مرتکب حرامی را تعزیر کرده است، در حال وجود قطع به عدم تعزیر مرتکبین محرماتی در موارد بی‌شمار دیگر، وجود خصوصیتی در موارد تعزیر شده و عدم صحت تعمیم تعزیر بر هر حرام استفاده می‌شود و هرگز فعل آن حضرت در بعض موارد دلالت بر مشروعیت تعزیر کل محرمات ندارد (گلپایگانی، ۲/ص ۱۵۳). ثانیاً، نصوص خاصه وارد شده در موارد ویژه، که بر ثبوت حق تعزیر و تأدیب حتی در مورد نابالغ و مملوک دلالت می‌کند، بر بیش از ثبوت اختیار تعزیر برای حاکم در مواردی که مصالح حکومتی و اداره نظم و نظام اقتضاء می‌کند، حتی اگر معصیت شرعی شمرده نشود مانند عمل نابالغ، دلالتی ندارد. این مدلول کجا و جواز تعزیر بر هر فعل حرام یا ترک واجب کجا؟ ثالثاً، استفاده از اخبار و روایات که جلوگیری از انجام محرمات را بر همگان واجب می‌داند، خلطی است میان باب امر به معروف و نهی از منکر با باب تعزیرات، زیرا نکته مورد نظر در این روایات، در واقع جلوگیری از وقوع معصیت است و هیچ دلالتی بر جواز تعزیر پس از وقوع معصیت ندارد (منتظری، مبانی فقهی حکومت اسلامی، ۳/ص ۴۷۲). رابعاً، روایات «تحدید»، نیز دلالت بر مدعا ندارند؛ زیرا تعبیر «کل شیء» و «حد» در این روایات مجمل بوده و به هیچ وجه مفید «تعزیر بر هر حرام» نیستند (گلپایگانی، ۱/ص ۱۵۶). از سویی، تعبیر «کل شیء» در این روایات نمی‌تواند به معنای همه اعمال و رفتارها باشد؛ زیرا مباحات، مستحبات و مکروهات، بخش بزرگی از افعال و

تروک را تشکیل می دهند، که معنی ندارد برای تجاوز از آنها حدی جعل شده باشد. حتی مقصود و منظور از «کل شیء» نمی تواند همه محرمات باشد؛ زیرا راجع به ارتکاب بخش قابل توجهی از محرمات، احکامی تشریح شده است که فاقد جنبه کیفری یا حاکی از عدم علاقه شارع به اعمال کیفر می باشند. مضافاً این امر مسلم است که درباره ی بسیاری از محرمات جعل عقوبت نشده است، و واگذاری اختیار تعقیب و مجازات به حاکم نمی تواند به معنای جعل حد برای هر متجاوز از حدی، از جانب خدا باشد. از سوی دیگر و علاوه بر اجمال در مفهوم «کل شیء» در روایت مورد بحث، کلمه «حد» نیز مجمل است، و معلوم نیست مراد از حد در این روایت چیست (گلبایگانی، ۱/ص ۱۰۶)؟. حد معنای واضحی ندارد و می تواند ناظر بر احکام عبادی یا احکام وضعی و مدنی باشد، (چنان که بعضی آیات قرآنی که در آنها تعبیر «حدود الله» و نهی از تجاوز از آنها آمده ناظر بر این گونه احکام است). همچنین می تواند ناظر بر حساب و کتاب و ثواب و عقاب اخروی اعمال باشد. یا می توان «لکل شیء حد» را درباره گناهیانی دانست که برای آنها عقوبت شرعی تعیین شده است، چنان که در روایت نبوی^۱ آمده است: «ان الله عز وجل بين الحدود و جعل على من تعدى الحد حداً» مطابق این روایت مقصود از حدود، حدود مبینة به وسیله شارع است. همچنین مستفاد از روایت عمرو بن قیس که از امام جعفر صادق (ع) نقل شده این است که «جعل الله لكل شیء حداً و لمن جاوز الحد حداً» ناظر بر حدود مبینة در شرع است.

برخی دیگر از فقها (صافی، ص ۱۳۵) استدلال به روایات تحدید را به بیان دیگری مورد خدشه قرار داده اند. بدین بیان که زمانی این روایات قابل استدلال اند که حد هر فعل حرامی منحصر در حد و تعزیر باشد؛ اما اگر مجازات مقرر، منحصر در این دو نبود، صرفاً احتمال وجود مجازات مقرر دیگر برای متخلف، می تواند در استدلال به روایات خدشه وارد سازد. چه، در صورت عدم مجازات حدی برای ارتکاب جرم، نمی توان منحصرأ حکم

به مجازات تعزیری داد. به عنوان مثال، حد قتل، قصاص یا دیه است و یا حد غضب مال دیگری این است که آن مال بر عهده ی او بوده و باید آن را به صاحبش مسترد کند؛ و اگر تلف شود، خواه به دست غاصب و خواه سبب دیگر، باید مثل آن در مثلی و قیمت آن را در قیمی به صاحب مال بپردازد. اگر کسی مرتکب گناه کبیره شود و نسبت به ارتکاب آن، در شرع مجازات حد و تعزیر معین نشده باشد، محکوم به فسق بوده و شهادت او مسموع نخواهد بود. تمامی این موارد و نظایر آن، نشان دهنده ی این است که در مجازات حدی برای مجرم، احتمال مجازات دیگری به جز تعزیر نیز وجود دارد. چندان که از علی (ع) نقل شده است چه بسیار گناهانی که اندازه مجازات آن گوشزد کردن گناه به مجرم باشد (غر و درر، ۴/۷۳). همانگونه که در روایتی از امام صادق (ع) به نقل از پدر خود آمده است: روزی مردی را نزد علی (ع) آوردند که او را در بسترزنی نامحرم یافته بودند، آنحضرت پرسید: آیا غیر از این، چیز دیگری هم مشاهده کردید؟ گفتند: خیر. فرمود: پس او را به مستراح برید و پشت و شکم او را به کثافتها بمالید و سپس رهایش کنید (تهذیب، ۱۰/۴۸). مضافاً، برخی از این روایات ناظر بر محدودیت اعمال کیفر در مواردی است که اجرای کیفر فقط در چهارچوب آیین دادرسی شرعی مجاز است. مطابق اولین روایتی که محدث عاملی تحت عنوان «کل من خالف الشیخ فعلیه حدُّ او تعزیر» نقل کرده است، چون به یکی از صحابه (سعد بن عباد) گفته شد: «اگر مردی را روی شکم همسرت بینی چه می کنی؟» او گفت: «او را با شمشیر می زنم». پیامبر (ص) به وی گفت: «چهار شاهد چه؟» سعد گفت: «پس از دیدن به چشم خود و علم خدا به وقوع عمل، چه نیازی به شهود؟» پیامبر فرمود: «آری به خدا قسم، بعد از دیدن به چشم خودت و علم خدا به وقوع عمل، همانا خدا برای هر چیزی حدی قرار داده و برای هر که از این حد تجاوز کند حدی قرار داده است» (وسائل الشیعه، ۱۸/۳۱۰). همچنین استدلال به روایت یونس از امام کاظم (ع) که «اصحاب الکبائر کلها اذا اُقیم علیهم الحد مرتین قتلوا فی الثالثه» (وسائل، ۱۸/۳۸۸)،

نیز ناتمام است؛ چون مقصود این روایت چنین نیست، بلکه مراد این است که هرگاه کسی گناه کبیره ای مرتکب شود که در شرع برای آن حد معین شده باشد، در مرتبه سوم کشته می شود. بدین جهت، این روایت تنها ناظر به اعمال مستلزم حد بوده و به اعمال تعزیر آور نظری ندارد و این نظر با اصل احتیاط نیز سازگارتر است. و حتی روایاتی که برخی از فقها با استفاده از آنها اظهار داشته اند که هر آنچه که موجب اذیت و آزار مسلمانان شود و به طور کلی هر گناهی که مستلزم حد نباشد، موجب تعزیر خواهد بود، نیز قابل استدلال نبوده و در آنها تردید است، زیرا مفاد این روایات آن طور که به آن استدلال شده است، عام بوده و تفاوتی بین گناهان کبیره و صغیره قائل نمی شود. در حالی که به موجب آیه ی شریف «ان تجتوا کبائر ما تهون عنه نکفّر عنکم سناکم» یعنی اگر از گناهان کبیره اجتناب کنید، از گناهان صغیرتان چشم پوشی خواهیم کرد. گناهان صغیره عقوبت آور نبوده، حتی مرتکب آن، عدالت خویش را از دست نداده و محکوم به فسق نمی شود. به علاوه، هر عمل اذیت کننده ای نمی تواند تعزیر آور باشد (محقق داماد، ص ۲۴۳).

با توجه به ایرادات مذکور، استدلال به این گونه اخبار که هر گناهی که برای ارتکاب آن در شرع حد تعیین نشده است موجب تعزیر خواهد بود، ناتمام است. بدین ترتیب نسبت به این گفتار مشهور فقها «کل ذنب غیر موجب للحد، موجب للتعزیر» یا «التعزیر لکل عمل محرم» نص و دلیل روشنی نیست (خوانساری، ص ۱۱۴). همین تردیدها موجب شده که برخی از فقها، چنانکه گذشت، قید کبیره بودن گناه را بیفزایند (تحریر الوسیله، ۲/ص ۴۷۷)، و برخی دیگر با تردید و احتیاط از آن بگذرند (نجفی، ۴۱/ص ۴۴۸). نتیجه ای که تا اینجا به دست می آید این است که اگر نگوییم نصوص از کتاب و سنت بر عدم مشروعیت تعزیر بر همه معاصی دلالت دارند، قدر مسلم این است که نصوص قرآنی و روایی بر مشروعیت تعزیر بر هر حرام دلالتی ندارند.

۳- اجماع:

با توجه به نبودن تعبیر یا مضمون «لکلی معصیه تعزیر» در نصوص شرعی، جا دارد بررسی شود که این مضمون از چه زمانی و با کدام توجیه و بیانی وارد کتب فقهی امامیه شده است؟ آیا ورود این مطلب در فقه امامیه تحت تأثیر فقه عامه بوده یا نه؟ چنان که جا دارد بررسی شود که این بحث، همان طور که از بعضی استدلالات بر می آید، از مباحث و فروع مبحث نهی از منکر از سوی حاکم است، یا یک قاعده شرعی مستقل مستنبط از منابع روایی است. این بررسی ها روشن می کند که آیا مقصود از «لکلی معصیه تعزیر» در کلمات فقها، ثبوت مجازات برای ارتکاب هر فعل حرام یا ترک واجب است. یا مرتبه ای مقید و مشروط از مراتب نهی از منکر است که در صورت عدم تأثیر مراتب سابق بر آن نوبت به آن می رسد؟ یا مراد اختیار و حق حکومت اسلامی در جعل و اجرای کیفر برای هر کدام از معاصی است که مصلحت ایجاب می کند. مطالعه متون فقهی نشان می دهد که بر مضمون «لکلی معصیه تعزیر» به معنای ثبوت شرعی مجازات برای هر گناهی در کلمات فقها اتفاق و اجماعی نیست. و در کلمات ایشان سه نوع بیان است، که بعضاً با عموم و اطلاق «تعزیر بر هر گناه» منافات دارد، یا صریح در رد آن است. تنها صاحب جواهر بر این مطلب ادعای اجماع کرده است (نجفی، ۴۱/ص ۴۴۸).

در کلام منقول از کشف اللثام، صاحب جواهر، آورده است؛ اگر مرتکب حرام با نهی، توبیخ و امثال آن بر عمل حرام اصرار و آن را تکرار نکند، تعزیر- به معنی کیفر- جایز نیست. در ادامه از ریاض المسائل آورده است: با دست برداشتن از عمل حرام، با نهی و توبیخ، دلیلی بر جواز تعزیر به طور مطلق نیست، جز در موارد مخصوص (نجفی، ۴۱/ص ۴۴۸). در بیانی از صاحب جواهر که پیش تر ذکر آن رفت، آمده بود: از نظر نص و فتوی اختلاف و اشکالی نیست در تعزیر مرتکب حرام یا تارک واجب. اگر از کبائر باشد، به وسیله امام... گاهی گفته می شود تعزیر مختص معاصی کبیره است و شامل معاصی صغیره ی

کسانی که از کبائر اجتناب می کنند نمی شود. امام خمینی (ره) در یکی از دو موردی که متعرض مسأله شده اند، تعزیر بر حرام فاقد مجازات مصرح در شرع را، به قید کبیره بودن حرام مقید کرده است (تحریر الوسیله، ۲/ ص ۴۷۷). شهید اول بر آن است که معصیت کوچک مستوجب تعزیر ناچیز است و چون تعزیر ناچیز اثری ندارد گفته شده که تعزیر نمی شود. به طور کلی شهید اول همانطور که قبلاً گفته شد تعزیرات را دائر مدار ارتکاب محرمات الهی نمی داند، بلکه اعمال مفسده آور را نیز در برخی موارد مستلزم تعزیر می داند. فقیه معاصر، شیخ لطف اله صافی نیز در مواردی که جواز تعزیر، مسلم و مقطوع به نبود، اصل را مقتضی عدم جواز دانسته است. این نمونه ها نشان دهنده مخالفت گروهی از فقهای که متعرض مسئله شده اند با عموم و اطلاق تعزیر بر هر حرام و محدود و مقید نمودن آن به معاصی مهمه (کبائر) یا آن دسته از معاصی واجد جنبه عمومی، امنیتی و اجتماعی که مقتضی مداخله کیفری حکومت است، یا تلقی آن به عنوان مرتبه ای از مراتب نهی از منکر (که با امکان حصول آن با مراتب غیر کیفری، ممنوع است) می باشند. بنابر این، اجماع معتبری مبنی بر این مضمون که «لکن معصیه تعزیر» نیست، نخست از آن رو که اتفاق نظر موجود، مستند به برخی از روایات است که قبلاً بررسی شد؛ و می دانیم که اجماع مدرکی، حجت مستقل و تعبدی نیست. هرگاه مستند مجمعین به تقریری که گذشت بر مدعای آنان دلالت نداشته باشد، اجماع منتفی خواهد بود. به علاوه تردیدهای فراوانی از سوی فقیهان، در کلیت و عمومیت این مضمون ابراز شده که بیان آن گذشت.

نتیجه گیری پیشنهادات:

به نظر نگارنده با توجه به آنچه گذشت و نظر به فقدان ادله ای استوار که گویای کلیت و عمومیت تعزیر بر هر گناه «حرام» باشد، نظریه تساوی جرم و گناه، مردود بی پایه است. چه، با پذیرش نظریه تساوی گناه و جرم در اصل ۱۶۷ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

و قابلیت اجرای آن، این اصل با مبانی شرعی در تضاد بوده، با مقاصد شریعت سازگاری ندارد و این دیدگاه باید تصحیح گردد^۱. چون این گونه نگرش به صورت افراطی به گستردگی قلمرو مجازات می‌انجامد به طوری که منطقه کنترل شده قابل کیفر رفتاری در نظام اسلامی را وسیع تر از آنچه که خود شارع ترسیم کرده نشان می‌دهد. بهتر آن است که قانونگذاران، قضات و مجریان به گونه ای متعادلتر و نزدیکتر به اهداف و مقاصد شارع و رضای حق عمل کنند. در جرم انگاری و تعقیب مجرم، صدور حکم محکومیت و مجازات و اجرای کیفر راهی اصح و اصوب بینمایند.

از سویی پذیرش این نظریه با مشکلات عدیده ای در مقام اجرا روبروست که این اشکالات باعث نقدهای فراوانی از طرف حقوق دانان شده است. از سوی دیگر حذف اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا بخش عظیمی از قوانین کیفری ایران متخذ از احکام شرعی است و در هر صورت قاضی همواره با مشکلات نظری جدیدی روبرو خواهد شد که مراجعه به منابع شرعی خواه کتاب های معتبر و خواه فتاوی معتبر در آن موارد راهگشا است. چون استفاده از منابع نخستین جهت تفسیر قوانین و رفع ابهامات رویه ای است که در تمامی کشورهای قانونمند جاری است، بنابر این لزومی ندارد قوانین بدون را از ریشه آن جدا کنیم. اما باید موارد اجمال و ابهام و تعارض و به ویژه سکوت قانون را تقلیل داد. قانونگذار باید نقش فعالتری یافته و خلأهای قانونی را سریع تر پر کند و در مواردی که چاره ای جز مراجعه به منابع شرعی نیست، باید این عمل قانونمند گردد. در

۱. چنین اصلاحی قطعاً در انسجام سازمان قضایی تأثیر بسزایی خواهد داشت و خصوصاً با سیاست جنایی اسلام که ماهیتی مذهبی دارد سازگار تر خواهد بود، چرا که در نظام کیفری اسلام اعمال مجازات تنها راه تنبیه یا اصلاح نیست بلکه آخرین راه است و به تعبیر امیرالمؤمنین (ع) «آخر الدواء الكلی» آخرین دوا داغ کردن (یا نیشتر زدن) است. مضافاً اینکه اصل «لاولایه لاحد علی احد» و قاعده «الناس مسلطون علی انفسهم» این اقتضا را دارد که نتوانیم در مورد نفس یک انسان که در ید قدرت و حیطه سلطنت وی می باشد تصرف کنیم مگر در مواردی که قطعاً بدانیم شارع مقدس به طور صریح اجازه داده است و چون تعزیر (مجازات) غیر، تصرف در سلطه وی است این تصرف بالطبع حرام است.

حالت جرم انگاری در جرایم مستحدث و نوظهور بر اساس اصل ۱۶۹ قانون اساسی و قاعده قبح عقاب بلا بیان، جرم بودن و حرمت عمل مذکور اعلام گردد. و احکام مربوط به آنها عطف به ما سبق نگردد. سرانجام استفاده از منابع شرعی به شکل صحیح ساماندهی شود و قانونگذار خود به عنوان واضع قانون از آنها استفاده کند و احکام مذکور را به صورت قانون موضوعه تدوین و به مردم اعلام کند تا هم اصل تفکیک قوا رعایت شده باشد و هم مقررات شرعی بلا اجرا نماند.

منابع و مأخذ:

- ۱- قرآن مجید
- ۲- ابن زهره، غنیه النزوع، الجوامع الفقهيہ (یک جلدی)، قم، بی تاریخ.
- ۳- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی (همراه با شرح الكبير)، دار احیاء التراث العربی، بیروت ۱۴۰۴ هـ.ق.
- ۴- ابن الاخوه، محمد بن محمد بن احمد القرشی، معالم القویه فی احکام الحسبه، المهيئه المصريه العامه، الكتاب، ۱۹۷۶ م.
- ۵- الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۶ هـ.ق.
- ۶- الحسینی المراغی، میرعبدالفتاح، العنایین، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هـ.ق.
- ۷- حلی، المحقق، شرایع الاسلام، تهران، منشورات الاعلمی، ۱۳۷۴ ش.
- ۸- حلی، ابن ادريس، محمد بن احمد، السرائر، الحادى لتحرير الفتاوى، تهران، ۱۲۷۰ هـ.ق.
- ۹- حلی، ابوالصلاح، تقی الدین، الکافی فی الفقه، تصحیح رضا استادی، مکتبه الامام امیرالمؤمنین علی(ع)، اصفهان، ۱۴۰۰ هـ.ق.
- ۱۰- خوانساری، حاج سید احمد، جامع المدارک، مکتبه الصدوق، تهران، ۱۳۹۴ هـ.ق.
- ۱۱- الزحیلی، هبه الله الفقه الاسلامی و ادلته، دار الفکر، الطبعة الثالثة، ۱۴۰۴ هـ.ق.
- ۱۲- الشیخ محمد بن الحسن الاصفهانی، الفاضل المهندي، كشف اللثام فی شرح قواعد الاحکام، تهران، چاپ سنگی، بی تا.
- ۱۳- الصافی، الشیخ لطف اله، التعزیر(انواعه و ملحقاته)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ هـ.ق.

- ١٤- الطباطبائی، السیدعلی، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، چاپ سنگی، مؤسسه آل البيت(ع)، قم، ١٤٠٤ هـ.ق.
- ١٥- الطوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن، الخلاف، چاپ جامعه مدرسین قم، ١٤١٤ هـ.ق.
- ١٦- _____، المبسوط فی الفقه الامامیه، المکتبه المرتضویه.
- ١٧- الطریحی، شیخ فخرالدین، مجمع البحرین، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، تهران.
- ١٨- العاملی، الشیخ محمد بن حسن الحر، وسائل الشیعه، تهران، المکتبه الاسلامیه، ١٢٩٢ هـ.ق.
- ١٩- العاملی، محمد بن جمال الدین (الشهید الاول)، التواعد و النواند، مکتبه الداوری، بی تاریخ.
- ٢٠- عوده، عبدالقادر، التشریع الجنایی الاسلامی، بیروت، داراحیاء التراث العربی، الطبعة الرابعه، ١٤٠٥ هـ.ق.
- ٢١- کاسانی، ابن مسعود، بدایع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دارالکتب العلمیه، بیروت، ١٤٠٦ هـ.ق.
- ٢٢- گلپایگانی، محمدرضا، الدر المنضود، چاپ اول، قم، دار القرآن الکریم، ١٤١٤ هـ.ق.
- ٢٣- الماوردی، ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب البصری البغدادی، الاحکام السلطانیه، بیروت، دارالکتب العربی، ١٤١٠ هـ.ق.
- ٢٤- المنتظری، الشیخ حسینعلی، در اساسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، قم، مؤسسه النشر تفکر، ١٣٧٠ ش.
- ٢٥- الموسوی الاردبیلی، سیدعبدالکریم، فقه الحدود و التعزیرات، مکتب الاعلام الاسلامی، الطبعة الاولى، قم، ١٤١٣ هـ.ق.

-
- ۲۶- النجفی، الشیخ محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۸۱ م.
- ۲۷- الموسوی الخویی، سید ابوالقاسم، مبانی تکمله المنهاج، النجف الأشرف، مطبعه الآداب، بی تاریخ.