

# اعتماد به قاضی

## تحلیل ماده (728) قانون مجازات اسلامی

### بر مبنای نظریات فقهی شورای نگهبان

غلامحسین الهام<sup>1</sup>

(تاریخ دریافت: 1390/09/20 - تاریخ تصویب: 1390/12/10)

#### چکیده:

ماده (728) قانون مجازات اسلامی از نظر تحلیل حقوقی موقعیت ویژه‌ای در قانون تعزیرات دارد. این ماده، یک قاعده حاکم بر کل تعزیرات است. با درک درست این ماده، تئوری جدیدی بر اصل «کیفر» در نظام جزایی کشور حاکم خواهد شد و آن تئوری «مصلحت‌گرایی» در امر تعزیرات است. مطابق این نظریه، قانونگذار در تعزیرات حداکثر مجازات را به نحو قاطع تعیین نموده و قاضی تحت هیچ شرایطی در مقام صدور رأی حق فراتر رفتن از آن را ندارد. ولی در تعیین حداقل مجازات بلکه تبدیل مجازات به جایگزین‌های غیرکیفری و حتی اکتفا به توبیخ و تذکر، بسط اختیار دارد. در حقیقت این قاضی است که در مقام انشاء رأی باید وضعیت ویژه مرتکب بزه را ارزیابی نموده و مبادرت به مجازات «مناسب» نماید و اگر هم مصلحتی در تعزیر نیابد و یا مصلحت را در عدم تعزیر بداند از بدل‌های مجازات و جایگزین‌های غیرکیفری استفاده کند. مصلحتی که مبتنی بر اصلاح و بازدارندگی مجرم از ارتکاب جرم است. فهم درست این تئوری در گرو بازخوانی علت تصویب این ماده و درک جایگاه آن در نظام حقوقی است. امری که به «عمد» یا «مصلحت» مغفول مانده است.

**واژگان کلیدی:** تعزیر، تعلیق، تخفیف، مجازات مناسب، فردی کردن، محرومیت‌های اجتماعی، دلیل حاکم، جایگزین کیفری شورای نگهبان.

**مقدمه:**

ماده (728) قانون مجازات اسلامی، ماده الحاقی به قانون تعزیرات است. قانونی که در سال 1375 در 256 ماده به تصویب رسیده است. در حقیقت متعلق این ماده قانون تعزیرات است. قانونی که بعد از تصویب نهایی و دائم، مواد آن به صورت مسلسل در ادامه قانون مجازات اسلامی که در سال 1370 به صورت موقت به تصویب کمیسیون قضایی مجلس شورای اسلامی رسیده است، ملحق گردید. از این رو ماده (1) این قانون به ماده (498) تبدیل گردید و ماده الحاقی به (728) تبدیل شد.

ماده (728) مقر می‌دارد: «قاضی دادگاه می‌تواند با ملاحظه خصوصیت جرم و مجرم و دفعات ارتکاب جرم در موقع صدور حکم و در صورت لزوم از مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق و مجازات‌های تکمیلی و تبدیلی از قبیل قطع موقت خدمات عمومی حسب مورد استفاده نماید».

با وجود ماده (22) قانون مجازات اسلامی در مورد تخفیف و مواد (25) تا (37) همان قانون در خصوص تعلیق و ماده (19) در مورد مجازات‌های تکمیلی، وجود ماده (728) چه هدفی را تعقیب می‌کند؟ آیا تکراری محلّ است؟ آیا مقصود آن توسعه یا تضییق دامنه قواعد راجع به تخفیف، تعلیق و... است؟ برای روشن شدن دامنه دلالت ماده (728) باید به سابقه تصویب و چرایی آن توجه نمود.

این ماده که قبل از الحاق قانون تعزیرات به قانون مجازات اسلامی به صورت ماده الحاقی به انتهای قانون تعزیرات تصویب گردید، متعاقب اشکال شورای نگهبان و با ارشاد آن شورا جهت رفع اشکالات عدیده قانون تعزیرات به تصویب رسیده است.

قبل از تحلیل این ماده بازخوانی سابقه اشکال و چگونگی رفع آن با تصویب ماده مزبور ضروری است.

**1- مروری بر سابقه:**

شورا در ضمن اشکالات متعددی که در مرحله اول تصویب این قانون مطرح کرد، در بند (31) و آخرین ایراد ناظر به این قانون اطلاق بسیاری از مواد قانون تعزیرات را مغایر شرع دانست:

«اطلاق بسیاری از مواد مصوب مانند ماده 134، 141، 143، 144، 147، 148، 149، 150، 151، 159، 160، 162، 163، 164، 165، 166، 167، 170، 171، 175، 176، 178، 180، 181، 182 و... حتی در مورد کمترین مقدار مجازات تعیین شده متناسب با جرم نیست و خلاف موازین شرع است».

در ادامه این اشکال، شورای نگهبان در مقام ارشاد جهت رفع اشکال مزبور پیشنهاد می‌نماید ماده‌ای به این مضمون تصویب شود:

«قاضی دادگاه با ملاحظه خصوصیات جرم و خصوصیات مجرم و دفعات انجام آن می‌تواند مجازات‌های دیگری را از قبیل توبیخ، احضار و تذکر، قطع موقت خدمات عمومی، مانند انشعاب تلفن، تعطیل موقت محل کسب، نصب اعلام بر سر در مغازه - حسب مورد - توقیف موقت وسیله نقلیه، توقیف موقت گواهی رانندگی، لغو موقت پروانه کسب، قطع موقت یا دائم سهمیه برای مجرم در نظر بگیرد».

مجلس شورای اسلامی به منظور رفع این اشکال و تأمین نظر فقهی شورای نگهبان ماده‌ای را به عنوان ماده الحاقی به شرح زیر به انتهای قانون تعزیرات افزود:

«قاضی دادگاه مکلف است در موقع صدور حکم به مجازات تعزیری، خصوصیات جرم و مجرم و دفعات ارتکاب آن را مدنظر قرار داده در صورت لزوم از مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، تبدیل مجازات و مجازات‌های تکمیلی در این زمینه استفاده نماید».

شورای نگهبان مجدداً اعلام کرد: «اشکال ماده الحاقی باقی است و چنانچه در آخر سطر دوم بعد از کلمه «تعلیق» عبارت «و مجازات‌های تکمیلی و تبدیلی از قبیل قطع خدمات عمومی استفاده نمایند»، اضافه شود و بقیه عبارت حذف شود، رفع اشکال خواهد شد (مرکز تحقیقات، 1385، ص 889).

نهایتاً مجلس شورای اسلامی با اعمال اصلاح فوق و تصویب ماده الحاقی به صورت فعلی، ماده (728) نظر شورای نگهبان را تأمین نموده و قانون تعزیرات مغایر شرع و قانون اساسی شناخته نشد.

## 2- تحلیل نظر شورای نگهبان:

چنانکه سابقه تصویب قانون تعزیرات در سال 1362 نشان می‌دهد، شورای نگهبان ایرادات متعددی بر قانون تعزیرات داشت که بخش عمده‌ای از آن اشکالات بازگشت به قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» بود. سابقه ایرادات شورا را نسبت به قانون مزبور که علی‌رغم اشکالات آن و بدون تأیید شورا، سال‌ها در دادگستری مجرا بود، در مقاله آقای دکتر مهرپور - عضو وقت این شورا - با عنوان سرگذشت تعزیرات می‌توان یافت. اشکالات بعدی شورا، جدای از این نظریه نمی‌تواند باشد.

مع الوصف این اشکال شورا، با تعدیل و به گونه‌ای دیگری در سال 1375 مطرح می‌گردد. این بار شورای نگهبان تعیین مجازات‌های متنوع و حداقل و حداکثر این مجازات را به صورت قانونی اجمالاً پذیرفته است، ولی الزام قضات را به اعمال این مجازات‌ها حتی در حداقل آن و ملزم نمودن قضات را به اعمال انحصاری این نوع مجازات‌ها غیر عادلانه و خلاف شرع توصیف کرده است.

در این مقاله برخی مفاهیم مورد توجه شورای نگهبان در ایراد به مصوبات راجع به تعزیرات را مورد توجه و تحلیل قرار می‌دهیم:

### 2-1- اصل تناسب جرم و مجازات:

فقهای شورای نگهبان قاعده «تناسب جرم و مجازات» را در تعزیرات در موارد متعددی مورد تأکید و توجه قرار داده‌اند؛ چنانکه در متن اشکال فوق ملاحظه می‌شود، شورا حتی اعمال کمترین مجازات یعنی حداقل مجازات قانونی را به صورت مطلق «متناسب با جرم» ندانسته، لذا آن را خلاف موازین شرع اعلام نموده است. در حقیقت عدم تناسب جرم و مجازات به عنوان «علت» در خلاف شرع بودن مواد متعدد قانون تعزیرات اعلام شده است. به عبارت دیگر نظریه شورا در این خصوص «معلّل» است و علت آن اعمال مجازات نامتناسب با جرم می‌باشد.

قبل از این نیز در موارد متعددی با استناد به «عدم تناسب تعزیر با جرم» و با توضیح اینکه چون این عدم تناسب از مصادیق «ظلم» شناخته می‌شود به تعزیرهای معین قانونی ایراد وارد شده است. از جمله این موارد می‌توان، نظریه شماره 4075 مورخ 1364/5/10 شورا در مورد «لایحه مجازات عبوردهندگان اشخاص غیرمجاز از مرزهای کشور و اصلاح بعضی از مواد قانون گذرنامه و قانون ورود و اقامت اتباع خارجه در ایران»، اشاره نمود. در نظریه فوق آمده است:

«در تعزیرات نظر حاکم 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 تعیین‌های مذکور در این لایحه مغایر با موازین شرعی است» (مرکز تحقیقات، 1389، ص 187).

مشابه همین نظریه در مورد لایحه تعزیرات سال 1362 در نظریه شماره 10403 مورخ 1362/10/21 نیز وجود دارد (مرکز تحقیقات، 1390، ص 612).

### 2-1-1- عدم تناسب مجازات و اعاده دادرسی:

اعاده دادرسی از طرق فوق‌العاده رسیدگی بوده و اصولاً جز در مواقعی که بی‌عدالتی در رأی نهایی که اعتبار امر مختومه پیدا کرده است، بارز و قابل درک است، قابل قبول نخواهد بود.

قانونگذار موجبات اعاده دادرسی را در ماده (272) قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری احصاء نموده است. در بند (6) موجبات اعاده دادرسی، عدم تناسب کیفر با جرم مورد توجه قرار گرفته است:

«در صورتی که به علت اشتباه قاضی کیفر مورد حکم متناسب با جرم نباشد».

مصادق واقعی عدم تناسب حکم با جرم در مورد تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده خواهد بود. زیرا قصاص، حدود و دیات، خروج موضوعی از این مبحث دارند. اگر قاضی در مورد قصاص یا حدود دچار اشتباه شود، مشکل رأی عدم تناسب جرم و مجازات نبوده،

بلکه اشتباه در تطبیق حکم و موضوع با قانون است و رأی اساساً خلاف قانون خواهد بود. و عدم تناسب در وقتی صادق است که مسیر حکم قابل دفاع بوده و درست بوده و اشکال در مورد میزان مجازات باشد. این مهم به صورت مطلق جز در مورد تعزیرات مصداق خارجی ندارد.

### 2-1-2- مفهوم تناسب:

عدم تناسب امری قانونی یا قضایی است؟ آیا مقصود شورای نگهبان از مجازات غیرمتناسب عبور از حداکثر مجازات مذکور در قانون بوده است؟ چنانکه اداره حقوقی دادگستری در استنباط از بند (6) ماده (272) آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری در مورد اعاده دادرسی مطرح کرده است:

نظریه شماره 7/7575 مورخ 1382/9/15: «منظور از عبارت «... کیفر مورد حکم متناسب با جرم نباشد» مذکور در بند (6) ماده (272) قانون آیین دادرسی کیفری 1378 این است که مجازات تعیین شده در حکم بیش از مجازاتی باشد که قانون برای آن جرم مقرر داشته است. به عنوان مثال مجازات ترک انفاق موضوع ماده (642) قانون مجازات اسلامی از 91 روز تا پنج ماه حبس است. چنانچه دادگاه در اثر اشتباه حکم بر مجازات متهم به شش ماه حبس معین نماید، مورد مذکور از مصادیق عدم تناسب مجازات با جرم ارتکاب است» (رحیمی اصفهانی، 1389، ص 339).

در حالی که مستفاد از نظریه‌های ابرازی شورای نگهبان، آن است که عدم تناسب امری قضایی است. در واقع الزام قاضی به تعیین تعزیر خاص را، موجب «تعطیل تعزیر مناسب و لازم» و در بعضی موارد «موجب ظلم بر مجرم» تلقی کرده است (مرکز تحقیقات، 1389، ص 187).

و یا در نظریه دیگری، تعیین قانونی کمترین مقدار مجازات را علی‌الاطلاق یعنی بدون توجه به مصداق عینی و وضعیت خاص مرتکب جرم، غیرمتناسب با جرم توصیف کرده‌اند. در برخی نظریه‌ها محدود کردن قاضی را ولو در حداقل‌های مجازاتی تعیین شده، خلاف

شرع دانسته‌اند. در واقع عقیده فقهای شورا، آن است که قاضی را در مورد حداقل نباید مقید و محدود نمود. ولی حداکثر مجازات طبق موازین محدود و مقید هست.

در مورد قانون مجازات اسلامی مصوب سال 1370، شورای نگهبان موادی از قانون را که برابر تعزیرات حداقل تعیین کرده است را خلاف شرع شناخته است (مرکز تحقیقات، 1385، ص 728).

نباید این نکته را انکار نمود که اعمال این نظریه در مورد اعاده دادرسی عملاً مشکل و غیرممکن به نظر می‌رسد. مع الوصف اگر ما در مورد آیین دادرسی و اعاده دادرسی فهم و استنباط خاصی از قانون را ملحوظ نموده باشیم ولی نمی‌توان این مفهوم را علی‌الاطلاق در تعیین و توصیف مجازات متناسب مبنا قرار داد.

## 2-2- تفرید مجازات:

با بررسی سوابق، بعید نیست که ادعا کنیم که فقهای شورای نگهبان از ابتدا تاکنون بر این نظریه اتفاق داشته‌اند که «التعزیر بما یراه الحاکم» است و مقصود از حاکم نیز قاضی دادگاه است. در حقیقت این نظریه فقهای، اصل فردی بودن مجازات‌های تعزیری را تثبیت می‌کند. حتی در مواقعی که پیش‌بینی قانونی در مورد نوع و میزان تعزیرات مورد تأیید واقع شده است این تأیید با شرایط و ضوابطی توأم گردیده که اصل تفرید در تعزیرات را حفظ نماید؛ و یا مبتنی بر یک ضرورت حکومتی باشد که از سوی رهبری منجز شده و ابلاغ گردد.

در اولین نظریه شورا در مورد «قانون راجع به مجازات اسلامی» در مورخ 1361/6/21 آمده است:

«به منظور رعایت موازین شرعی و اصول مرتبط قانون اساسی در مورد تعزیرات نکات ذیل رعایت شود:

الف - موارد تعزیرات در قانون مجازات مستقیمی ذکر گردد.

ب - انواع تعزیرات صریحاً ذکر شود.

ج - در هر مورد خصوصیت تعزیر از حیث کمیت و کیفیت صریحاً ذکر شود (حداقل و حداکثر مقدار تعزیر تصریح گردد).

د - ماده دیگری به مواد قانون مجازات اسلامی به مضمون زیر اضافه گردد:

«مقررات مربوط به تعزیرات از حیث کیفیت و کمیت و تعیین نوع و تعدد و با تشدید مجازات در صورتی نافذ و قابل اجرا است که از طرف مقام رهبری یا شورای عالی قضایی به نمایندگی از جانب ایشان تنفیذ گردد».

در غیر این صورت قانون مجازات مصوب از نظر انطباق با موازین شرعی مورد تأیید اکثریت فقهای شورای نگهبان نمی‌باشد» (مرکز تحقیقات، 1390، ص 273).

چون بخش اخیر راه حل شورای نگهبان برای تغییر از رویکرد تفرید به «تقنین محض» هیچ گاه عملی نگردید - یعنی تنفیذ قانون از سوی رهبری - لذا قاعده اصلی که اختیار تعزیر با قاضی محکمه است تثبیت شده است.

نظریه‌های بعدی شورا نشان می‌دهد حتی در مواردی که تعیین تعزیرات به موجب قانون مورد تأیید فقهای شورای نگهبان واقع شده است، اختیار قاضی منتفی شده تلقی نمی‌گردد. اگرچه در مورد چگونگی آن، در بخش دیگر این گفتار سخن خواهیم گفت. به طور مثال شورای نگهبان، قانون «تشدید مجازات محتکران و گران‌فروشان» را در سال 1367 با برداشت و استظهار خاص خود به شرح زیر تأیید کرده است:

«از لحاظ شرعی با استظهار به اینکه حق اعمال مراتب و عطف و... برای دادگاه در جمیع موارد محفوظ است خلاف موازین شرع تشخیص داده نشد» (مرکز تحقیقات، 1389، ص 436).

### 3- اصل جواز اجرای تعزیر:

مستنبط از نظر برخی فقیهان آن است جز در مواردی که نصوص شرعی بر اجرای تعزیر، تأکید و تصریح دارند، اعمال و اجرای تعزیر منوط و متوقف بر ضرورت و یا فایده مترتب بر آن خواهد بود، این فایده با التفات به هدف مجازات قابل سنجش و اندازه‌گیری



است. هدف از تعزیر هم «ردع» و «بازدارندگی» از تکرار گناه و جرم و یا اصلاح و بازسازی مرتکب است:

شیخ طوسی در کتاب اشربه «خلاف» تعزیر را بدون خلاف و تردید، موکول به نظر امام می‌داند، اگر امام یقین داشته باشد که جز مجازات، بازدارنده و رادعی وجود ندارد، ترک تعزیر جایز نیست. ولی اگر بداند که غیر از تعزیر و مجازات، می‌توان به این هدف نائل آمد مانند تذکر کلامی یا «تعنیف» (توبیخ)، می‌تواند آن را جایگزین تعزیر نماید. ایشان ابوحنیفه و شافعی را هم بر این عقیده می‌داند. در هر حال اعمال تعزیر، اختیار حاکم است و دلیل ایشان ظواهر «اخبار» مربوط می‌باشد (طوسی، 1407، ص 497).

ایشان در اواخر مبحث اشربه مبسوط نیز بر همین عقیده است که تعزیر موکول به نظر امام است و اجرای آن بر او واجب نیست. اگر تعزیر را مناسب بداند عمل می‌کند و اگر ترک آن را مفید بشناسد می‌تواند اعمال تعزیر نکند. خواه به عقیده او جز تعزیر رادع و بازدارنده‌ای نباشد، یا اینکه به غیر تعزیر می‌توان او را از تکرار جرم بازداشت. ظاهر کلام شیخ آن است که ایشان تعزیر را «ضرب» دون الحد می‌داند. بنابراین «تعنیف» مصداق تعزیر محسوب نمی‌شود. لذا شدت در گفتار یا تهدید، مصداق تعزیر نبوده بلکه جایگزین و بدل از آن است. تعبیر ایشان مبنی بر «ان علم ان غیره يقوم مقامه من الکلام و التعنیف کان له ان يعدل الیه...» (طوسی، مسأله 13، ص 497) را می‌توان مؤید این نظر دانست.

از ظاهر کلام محقق و علامه در قواعد نیز عدم وجوب و تعین تعزیر استفاده شده است (منتظری، 1408ق، ص 312).

برخی حکم به جواز تعزیر را هنگامی که حاکم نظر بر عدم مصلحت آن دارد مشکل می‌دانند. اما اگر حاکم مصلحت را در ترک تعزیر بداند گفته‌اند تعزیر بلاشکال جایز نخواهد بود (صافی، 1363، ص 80).

از ویژگی عمده تعزیر مطابق آنچه که شهید (ره) در «قواعد» بیان می‌کند، این است که تعزیر تابع مفسده است، و قاضی در انتخاب نوع تعزیر مخیر است و بر حسب فاعل و نوع

جرم متفاوت بوده و عادات شهرها و بلاد را باید مراعی داشت. (شهید اول، بی تا، ص 144) لذا اگر بر اعمال تعزیر مصلحت بالفعلی مثلاً در بازدارندگی مرتکب نباشد یا برعکس مصلحت، ترک تعزیر وی باشد، اعمال تعزیر مغایر اهداف آن خواهد بود. به عبارت دیگر از جمله تفاوت‌های حد و تعزیر را می‌تواند در بحث «وجوب» و «جواز» آن دانست. اجرای حد بعد از ثبوت آن واجب است و تأخیر در آن روا نیست. ولی در مورد تعزیر اگر چه برخی از این حیث میان حد و تعزیر قائل به تفاوت نشده‌اند (اردبیلی، 1413ق، ص 103 و منتظری، 1408ق، ص 312)، لکن به نظر می‌رسد در این امر که با ثبوت موضوع تعزیری، حکم معینی منجز نمی‌گردد تا بر حاکم شرع لازم‌الاجرا باشد، متفق باشند چنانکه گفته‌اند پس از ثبوت موضوع جرم تعزیری نزد حاکم باز هم جای درنگ و تأمل وجود دارد. و از این جهت است که بر خلاف حدود که پس از ثبوت موضوع شفاعت‌پذیر نیستند (ولیس فی الحدود نظره ساعة) تعزیرات شفاعت‌پذیر خواهند بود (معرفت، 1366).

در مورد حدود، حکم شرعی پس از ثبوت موضوع خود به خود ثابت است و قضای الزاماً باید انشاء حکم کند. ولی در مورد تعزیرات حکم خاصی پس از ثبوت موضوع ثابت نبوده و اختیار موسع حاکم وجود دارد. (معرفت، همان) همان‌طور که شیخ طوسی گفته‌اند: «موکول الی الامام، لا یجب علیه ذلک فان رأی التعزیر فعل، و ان رأی ترکه فعل...» (طوسی، بی تا، ص 69).

#### 4- عدول از مجازات به جایگزین:

فاضل هندی در کشف اللثام تصریح می‌کند که وجوب تعزیر هنگامی است که مرتکب با نهی و توبیخ و مانند آنها، متنبه نگردد و اگر بدون ضرب و تنبیه بدنی (تعزیر)، دست از ارتکاب بردارد، دلیلی بر وجوب تعزیر وجود ندارد. مگر آنکه در مواضع و موارد ویژه‌ای نص بر وجوب تعزیر وجود داشته باشد (نجفی، بی تا، 436/42).

صاحب جواهر با ذکر نظر محقق اصفهانی و عبارات سایر فقهیان، احتمال اینکه تعزیر همانند نهی از منکر تابع مراتبی داشته باشد، محتمل دانسته و می‌گوید بدل تعزیر، تابع مراتب مختلف نهی و انکار است (نجفی، 436/41 و 447).

در نظرات مختلفی از شورای نگهبان ضرورت رعایت مراتب تأدیب از وعظ و توبیخ و تهدید، شرایط خاطی (مرتکب) در تعزیرات وجود دارد (مرکز تحقیقات، کتاب 12، ص 497).

در موارد مختلفی شورای نگهبان تعیین حداقل برای مجازاتهای تعزیری (به ویژه شلاق) را خلاف موازین شرعی دانسته است. از این نظر می‌توان این گونه استنباط کرد که قاضی در اعمال مجازاتهای حداقلی محدود نیست. بلکه می‌تواند کمتر از آن را نیز اعمال کند. به عبارت دیگر قاضی در حداکثر مجازات محدود و مقید است. قاعده «دون الحد» بودن تعزیر، همین مقصود را افاده می‌کند. الزام قاضی به تبعیت از حداقلی که بیش از حداقل مورد نظر شارع است، تحمیل مجازات افزون‌تر از نظر شارع بر متهم است. چنانچه در مورد تعزیرات در تبیین قاعده «التعزیر دون الحد» همه بحث‌ها معطوف به تعیین حداکثر مجازات تعزیری است. لذا در حداقل مجازات، قاضی هیچگونه محدودیتی ندارد بلکه می‌تواند نسبت به تبدیل مجازات به جایگزین‌های مؤثر و در عین حال اخف اقدام کند. هنگامی که قانونگذار ضمن تصویب قانون مجازات اسلامی 1370، برای برخی رفتارهای مجرمانه که مشمول حد نمی‌شوند، حداقل و حداکثر مجازات تعیین کرد، شورای نگهبان اعلام نمود: «در مواد 112، 113، 123، 124، تبصره ماده 140، 144، 145، 146، 158، 162 تعیین حداقل مجازات تعزیری خلاف شرع شناخته شد»<sup>1</sup> (مرکز تحقیقات، 1385، ص 728).

1- در موارد مزبور مجازات‌های تعزیری به ترتیب بین 15 تا 74 ضربه، 30 تا 99 ضربه، 15 تا 60 ضربه، 15 تا 74 ضربه، 10 تا 74 ضربه، 30 تا 74 ضربه و 15 تا 74 ضربه در برخی جرائم منافی عفت و دشنام (غیر از قذف) تعیین شده بود.

## 5- نتیجه‌گیری - قانون تعزیرات 1375 و ماده (728):

با تصویب قانون تعزیرات 1375، ممکن است این گونه تصور شود شورای نگهبان از موضع فقهی خود مبتنی بر ضرورت واگذاری تعزیر به قضات عدول کرده و آن را به نحو کاملی به مجلس شورای اسلامی (قانونگذار) محول کرده است. ولی با تدقیق بر سوابق نظریات متعدد این شورا - در زمینه فقهی - و بررسی چگونگی تأیید قانون مزبور، این فرضیه غیر قابل قبول بوده، بلکه بالعکس تأکید شورای نگهبان بر قاعده «التعزیر بما یراه الحاكم» را اثبات می‌کند. ماده (728) قانون مجازات اسلامی این واقعیت را نشان می‌دهد. چنانکه توضیح داده شد، شورای نگهبان محدودیت قضات در اعمال تعزیرات معین مثل حبس یا شلاق و یا جزای نقدی و در چارچوب مشخص حداقلی و حداکثری از نظر فقهی جایز ندانسته است، و تصریح کرده است اطلاق مواد متعدد (تقریباً تمام قانون تعزیرات) «حتی در مورد کمترین مقدار مجازات تعیین شده متناسب با جرم نیست» و به دلیل قاعده عدم تناسب جرم و مجازات خلاف موازین شرعی است.

چارچوب کلی مجازات - یعنی حداکثر مجازات - به موجب قاعده «التعزیر بمادون الحد» توسط شرع معین می‌شود، ولی در چگونگی تطبیق مجازات مناسب، این وظیفه قاضی است که هم مرتکب را بشناسد و رفتار مجرمانه او را ارزیابی نماید، سابقه و وضعیت او را حین ارتکاب بررسی نموده و شرایطی که تحت تأثیر آن بوده است و تنبیه مؤثر در جهت اصلاح و بازدارندگی او و تنبیه از خطا، به صورت یک واقعیت پیش‌رو ارزیابی کند و نسخه متناسب با مرتکب تجویز کند تا به هدف تعزیر نایل آید. او حتی می‌تواند از جایگزین‌های کیفر استفاده کند. تذکر، توبیخ، تعهد به خدمات اجتماعی، محرومیت از بعضی حقوق اجتماعی مانند آن از جمله اموری است که بدل از تعزیر و یا مراتبی از تعزیر، شناخته می‌شوند. مراتبی که بر حسب مورد و به اقتضای شرایط خاطی به وسیله قاضی قابل تشخیص و اعمال هستند و نه به وسیله قانون با چشمان بسته.

شورای نگهبان در نظریه خود تصریح کرده است چنانچه با تصویب ماده‌ای همچون ماده (728)، اختیار قاضی به رسمیت شناخته نشود، همه قانون تعزیرات (با توجه به مواد تمثیلی ذکر شده) خلاف موازین شرع خواهد بود. چرا ملاک ایرادی که در 26 ماده که به صورت تمثیلی در ایراد شورا آمده تقریباً در همه مواد قانون تعزیرات وجود دارد.

اتفاقاً رفع این اشکال با ارشاد خود شورای نگهبان صورت می‌گیرد. اگرچه مجلس شورای اسلامی با اندکی تغییرات هدف‌دار، شورا را به تأیید قانون مجاب کرد، مع الوصف مبنای نظریه شورا، توسعه اختیار و بسط ید برای قاضی کیفری است که بتواند از حداقل‌های ذکر شده در قانون نیز به گزینه جایگزین‌های اخف از این حداقل‌ها عدول نماید. اگر این ماده از قانون تعزیرات حذف شود، همه قانون محکوم به فقدان مشروعیت می‌شود. و طبق اصل چهارم قانون اساسی از اعتبار و حجیت ساقط می‌گردد. از این رو نمی‌توان ارزش ماده (728) را همانند یک ماده معمولی در قانون تعزیرات دانست. با این وصف باید گفت ماده (728) حاکم بر همه مواد قانون تعزیرات و سایر مواد ناظر به تعزیرات در قانون مجازات اسلامی همانند مواد (22) تا (25) و... در خصوص تخفیف، تشدید، تعلیق مجازات و امثال آن است. و می‌دانیم قاعده حاکم در دلیل محکوم تصرف کرده موضوع دلیل محکوم را از بین می‌برد. یعنی دامنه موضوع قبلی را توسعه داده یا تضییق می‌کند. لذا ماده (728) از آن رو که منشأ اعتبار همه قانون تعزیرات از حیث چگونگی اعمال مجازات و نوع آن است به مثابه دلیل حاکم محدودیت‌های مذکور در مواد قانون تعزیرات را رفع و نیز شرایط تخفیف و تعلیق مواد عمومی قانون مجازات اسلامی را توسعه داده است. و بسط ید بی سابقه‌ای برای قضات جهت اتخاذ مجازات‌های مناسب و مفید و با رعایت اقتضائات و شناخت واقعی از شخصیت مرتکب جرم به دست می‌دهد. البته در درک ماده (728) توجه به چند نکته ضروری است:

- 1- قانونگذار هیچ‌گونه اختیاری به قاضی در جهت افزایش مجازات از حداکثر مذکور در قانون نداده و قاضی حق عبور از سدّ حداکثری مجازات‌ها را ندارد. لذا از این اختیار علیه متهم و در جهت اتخاذ سیاست کیفری مشدّد نمی‌توان استفاده کرد.
  - 2- این اختیار در جهت تخفیف و کاهش مجازات از حداقل و تبدیل آن به جایگزین‌های غیر کیفری همچون محرومیت‌های اجتماعی و در شرایط مناسب و مفید به حال متهم و جامعه است.
  - 3- هدف غایی، تعیین مجازات مناسب است و این رویکرد سزاگرایی در مجازات را به فایده‌گرایی مثبت و سازنده سوق داده است.
- این ظرفیت مناسب و اعتماد به قضات، هم از سوی قانونگذار و هم مجریان عدالت کیفری، با بی‌توجهی مواجه شده است، گاهی آن را تکرار مواد مربوط به تعلیق و تخفیف دانسته و از شأن وضع و میزان تأثیر آن بر سیاست کیفری مناسب، غفلت جدی صورت گرفته است. و گاه آن را ماده‌ای زاید و عبث تحلیل می‌کنند.
- به نظر می‌رسد قانونگذار با کاربرد تعبیری چون «از مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق و مجازات‌های تکمیلی و تبدیلی...» و حذف مجازات‌های دیگر از قبیل «توبیخ، احضار، تذکر، قطع موقت خدمات عمومی و...» سعی کرده است به جای حکم جدید و تأمین نظر واقعی شورای نگهبان، ارجاع به احکام سابق بدهد و قانون را از سد نظارت فقهی شورای نگهبان عبور دهد و راه طی شده را همچنان پیماید.
- با گذشت 15 سال از تصویب قانون، دستگاه عدالت نیز گویی اعتماد کافی به قضات برای اعمال دقیق این قانون نداشته است. اگر اراده جدی برای استفاده از چنین ظرفیت کیفری وجود داشته باشد، اجرای آن ملازمه با اصلاح نظام آموزش حقوق کیفری، گزینش قضات کیفری با رویکرد نوین و تمهید مقررات شکلی جهت استقرار دادرسی مناسب برای اعمال دقیق چنین مقرراتی از جمله تشکیل پرونده شخصیت و استفاده از مشاوران شایسته در محاکمات کیفری دارد. مشاورانی که با نهاد «مخاوضه» در امر قضا در

نظام جزایی اسلامی می‌تواند مورد تأیید و حمایت قرار گیرد.<sup>(1)</sup> این فرصت ارزشمند متأسفانه با تحلیل تشریفاتی ماده (728)، تقریباً تزییع شده است. فرصتی که چشم باز قاضی را جایگزین چشم بسته قانونگذار می‌نماید.

هرچند در یک مدت طولانی - 15 سال - از این تأسیس قضایی بهره‌برداری نشد، ولی به نظر می‌رسد که همچنان فرصت باقی است و این نهاد مؤثر کیفری را نباید با قوانین بعدی نسخ کرد. راهی که لایحه مجازات اسلامی پیموده است.

در مورد چرایی عدم اجرای این نظریه در نظام قضایی، شاید بتوان به خلاصه، عدم وحدت و یکپارچگی (نظری و عملی) را در نظام عدالت کیفری، به عنوان مهم ترین عامل برشمرد. بدیهی است که چنین اختیاری را به هر قاضی نمی‌توان سپرد و استفاده غیرعادلانه و نامعقول از چنین سلطه‌ای، نقض غرض از اهداف مجازات و شأن تصویب این اختیار خواهد بود. ولی رفع این مانع، با تشمت در نظام دادرسی و قانونگذاری‌های معارض و متشتت، میسر نخواهد شد و نباید این دستاورد مؤثر و کارآمد در عدالت کیفری را که مبتنی و متخذ از آموزه‌های اسلامی در تعزیرات است را قربانی کم‌تجربگی و عدم آموزش قضات و یا عدم کفایت نظام دادرسی نمود. کارکرد قوه قضائیه را برای ارزیابی این ماده نمی‌توان کافی دانست و آن را مبنای داوری قرار داد. قانونی که به نظر می‌رسد - مرده متولد شده است - سابقه‌ای از تجربه پشت‌سر برای ارزیابی ندارد، لذا با برچسب ناکارآمدی نباید یک اندیشه توانمند در نظام کیفری را ابتر گذاشت.

به نظر نگارنده مشکل عمده و اساسی در ابتر ماندن این نهاد، آن است که قانونگذار و قوه قضائیه هیچ کدام بر این باور نیستند که می‌توان به قاضی اعتماد کرد و او را از اختیار

1- از امور راجع در دادرسی آن است که در دادگاه، فقها و علمای حقوق را برای مشاوره و مناظره دعوت نموده تا در مسائل مشکل و معضل قضا و دادرسی با آنان مشورت نماید. صاحب جواهر (ره) گفته است: «کسانی که برای شور در محضر قاضی حاضر می‌شوند لازم نیست مجتهد باشند، بلکه همان اندازه که اهل نظر و ذکاء بوده بتوانند توجهات بیشتری به دادرس بدهند کافی می‌باشد» (قضا در اسلام، سنگلجی، ص 107).

تعیین مجازات مناسب برخوردار کرد. تا با این رویکرد لوازم آن را از آموزش و گزینش قضات تا تدارک مقررات شکلی و نظام دادرسی ویژه تعزیرات تدارک کنند. راهی که قانونگذار در این عرصه پیموده است، به کارگیری الفاظ و عباراتی جهت عبور از تئوری فقهی شورای نگهبان بوده که به یک حیلۀ قانونی و حقوقی شبیه است. به همین خاطر شاهد حرکت در یک مسیر متناقض با قانونگذاری‌های مختلف هستیم. حسن اجرای قانون علاوه بر باورمندی به آن، مستلزم فراهم نمودن لوازم اجرا و هماهنگی در کل نظام قضایی و دادرسی است.

اگر اصل فردی بودن تعزیرات و در حقیقت اعمال قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» را بپذیریم، حتماً باید فرایند قانونمندی را برای تعیین مجازات مناسب به وسیله قاضی فراهم کنیم. در یک رفتار صرفاً قضایی و با غربت و تنهایی قاضی در تصمیم‌سازی‌هایی که بار تربیتی و اجتماعی فراوانی دارد، نمی‌توان به این هدف نائل آمد.

به نظر می‌رسد برای تحقق کامل این امر، نباید نظام تعیین کیفر را یک امر صرفاً قضایی توصیف کرد. بلکه باید آن را فرایندی دانست که طی آن قاضی باید یک تصمیم تربیتی اتخاذ کند که با رویکرد «نهی از منکر» و ارتقاء و تعلیم معروف» توأم باشد. حتماً در چنین تصمیم‌سازی، حضور و مشارکت متخصصانی که قاضی را در این مهم یاری کنند، ضروری خواهد بود.

تشکیل «پرونده شخصیت» برای متهمین، لازمه تصمیم‌سازی مناسب و عادلانه است. محصول این فرایند، یک تصمیم قضایی متفاوت با سایر تصمیمات قضایی است. چراکه تصمیم قضایی یک اقدام تمام شده و مهور به مهر «امر مختوم» است. در حالی که یک تصمیم کیفری با رویکردی اصلاح‌گر و سازنده - بر مبنای تعلیم معروف و انزجار از منکر - ملازمه با بررسی مستمر و در حین اجرای حکم دارد. لذا قاضی کیفری نباید با تصمیم قضایی به مجازات، فارغ از مسئولیت تلقی گردد. بلکه چنانکه قانونگذار در بهره‌مندی از آزادی مشروط این قاعده را شکسته است و بدون استفاده از نهاد عفو، به قاضی صادرکننده



کیفر، اجازة اتخاذ تصمیم تازه می‌دهد یا در مورد اطفال این انعطاف را می‌پذیرد (ماده 229 آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب 1378).

در مورد مجازات‌های تعزیری علی‌الطلاق نیز می‌تواند آثار تصمیم خود را بر محکوم خود، مستمراً ارزیابی کند تا بتواند آن را به سمت یک تصمیم عادلانه، عاقلانه و مناسب هدایت نماید. البته به گونه‌ای که حافظ حقوق فردی محکوم باشد و این سلطه، مسیری ظالمانه طی نکند.

اگرچه روش‌های ناقض این اختیار در قوانین بعدی - طی شده است، اما اولاً اعتبار ماده 728) باقی است، ثانیاً تصور می‌شود که اگر قوه قضائیه قانون تعزیرات را به معنای خاص آن - مورد بازنگری قرار دهد همچنان با قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» مواجه است و مجدداً یا باید طریقی صوری و حیل‌های دیگر برای برون رفت بیندیشد و یا از هم‌اکنون با طراحی لازم و تدارک لوازم کار خود پیش‌تاز اجرای مناسب و به دور از اشتباهات و شائبه‌های سوءاستفاده از آن برآید. راهی که باید خالص و به دور از التقاط پیمود آنگاه آن را ارزیابی کرد و آثار آن را به داوری گذاشت.

### منابع و مأخذ:

- 1- شیخ طوسی، محمد بن الحسن، (1407ق)، **الخلاف**، قم، دفتر جامعه مدرسین.
- 2- شیخ طوسی، محمد بن الحسن، (بی تا)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد 6، تهران، المكتبة المرصویه.
- 3- رحیمی اصفهانی، عباسعلی و دیگران، (1389)، **مجموعه قانون مجازات اسلامی**، معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات.
- 4- سنگلجی، محمد، (1338)، **قضا در اسلام**، دانشگاه تهران.
- 5- صافی، لطف‌الله، (1363هـ.ق)، **التعزیر انواعه و ملحقاته**، قم، منشورات مؤسسه النشر الاسلامی.
- 6- محمد بن مکی العاملی (شهید اول)، (بی تا)، **القواعد و الفوائد**، جلد 2، قم، مکتبه المفید.

- 7- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، (1390)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره اول (کتاب 13)، انتشارات ریاست جمهوری.
- 8- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، (1389)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره دوم (کتاب 12)، انتشارات ریاست جمهوری.
- 9- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، (1385)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره سوم (کتاب 11)، انتشارات دادگستر.
- 10- مرکز تحقیقات شورای نگهبان، (1385)، مجموعه نظریات شورای نگهبان در مورد مصوبات مجلس شورای اسلامی دوره چهارم (کتاب 10)، انتشارات دادگستر.
- 11- معرفت، محمدهادی، (1366)، بحثی در تعزیرات، فصلنامه مطالعات حقوقی و قضایی، جلد 5، شماره 10.
- 12- منتظری، حسینعلی، (1408ق.)، دراسات ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه، الجزء الثانی، قم، مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه.
- 13- موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، (1413ق.)، فقه الحدود و التعزیرات، قم، منشورات مکتبه امیرالمؤمنین.
- 14- نجفی، محمدحسن، (بی تا)، جواهرالکلام، جلد 42، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.