

موازن فقہی و تفسیر قضائی قوانین کیفری؛ نقد نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور در تشدید شلاق تعزیری

جلیل امیدی* / مرتضی جوانمردی صاحب**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۲۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۰۵

چکیده

موازن فقہی، علی‌الاطلاق حکم به شلاق تعزیری بیش از میزان مقرر برای حدود را چه در مرحله قانونگذاری و چه در مقام قضا ممنوع اعلام کرده‌اند. در قوانین جزائی بعد از انقلاب و آرای مراجع قضائی چنین ضابطه‌ای نوعاً مراعات شده است. با این حال، هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۷۹۵ - ۱۳۹۹/۶/۱۸ چنین محدودیتی را ناظر به تعیین مجازات بدون اعمال جهات تشدید دانسته و در فرض تکرار جرم با تمسک به اطلاق ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی، حکم به شلاق تعزیری بیش از میزان مقرر برای حدود را جایز اعلام کرده است. نظر دیوان به دلایل متعدد قابل نقد و محل اشکال است. حاکم کردن اطلاق مقررات قانونی بر عموم و اطلاق موازن شرعی به زیان افراد، عدم رعایت سایر موازن فقہی یعنی قاعده درأ و قاعده «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدِّ قَهْوٍ مِنَ الْمُعْتَدِينَ» و عدم رعایت اصول و قواعد تفسیر قوانین کیفری نظیر اصل تفسیر شک به نفع متهم و قاعده تفسیر هولستیک قانون، از جمله اشکالات وارد بر رأی دیوان است. رأی وحدت رویه خلاف شرع بین، از طریق اعمال ماده ۴۷۷ قانون آئین دادرسی کیفری قابل نقض است.

کلیدواژه: تعزیر، شلاق، حدود، هیأت عمومی دیوان عالی کشور، رأی وحدت رویه شماره ۷۹۵.

مقدمه

منطق حقوقی چنین اقتضا می‌کند که مجریان قانون بدو از راه تحقیق و تأمل در مبانی و مقاصد معقول قوانین و تتبع و استقرا در دلالات الفاظ و عبارات آنها، اصول کلی نظام حقوقی کشور و روح حاکم بر منظومه قوانین و مقررات موضوعه را دریابند و بعد از آن بر اعمال و وقایع تطبیق دهند. با اعمال این روش، قانون در همان مسیر معقولی که قانونگذار برای آن ترسیم کرده است هدایت و اجرا می‌شود. مبانی و مقاصد نظام حقوق کیفری ما و در مجموع، روح حاکم بر آن، تحت سلطه و سیطره موازنه فقهی است. موازینی که از سوئی تعیین چهارچوب‌های کلی و تقریر جزئیات مسائل بخش تعزیرات فقه جزائی را به فهم مراجع قانونی و قضائی از منطق و مقتضای زمان واگذار کرده، و از سوی دیگر، هم در مرحله تقنین و هم در مقام قضا محدودیت‌هایی را برای تعیین مجازات تعزیری ایجاد کرده‌اند. این محدودیت‌ها در مجموع میل مراجع رسمی به سختگیری کیفری و افراط در تعیین و اعمال کیفر را کنترل می‌کنند و در برابر اصحاب قدرت، از شهروندان در معرض مجازات حمایت می‌نمایند. از آن جمله است محدودیت مقرر در ضمن قاعده «التعزیر بما دون الحد».

قاعده مرقوم یکی از مبانی مهم و معیارهای معقول حاکم بر فتاوی فقه جزائی و مقررات قانونی حوزه تعزیرات است؛ قاعده ای که در طول تاریخ فقه همواره در کانون توجه فقها بوده و در مقام افتاء و قضا مراعات می‌شده است. از اینرو التزام به آن در ضمن فرایند فهم و تفسیر و تأویل قوانین موضوعه حاکم بر حوزه تعزیرات از شمار الزامات حقوقی و قضائی محسوب می‌شود.

تا آنجا که به مرحله قانونگذاری و تعیین مجازات تعزیری مربوط می‌شود، قانونگذار جمهوری اسلامی تحت نظارت و کنترل شورای نگهبان و فاداری خود را به چنین مبنا و معیار محدودکننده ای نشان داده و اطلاق قاعده را پذیرفته است. یعنی

۱. التّعزیرُ لِکُلِّ عَمَلٍ مُّحَرَّمٍ؛ التّعزیرُ بِمَا یَرَاهُ الْحَاکِمُ.

بدون تفکیک و تفصیل میان صورت ساده جرم تعزیری و صور مشدده آن، پابندی خود را به مفاد قاعده نشان داده است. به حکم قانون اساسی، دستگاه قانونگذاری کشور نمی‌تواند قوانین مغایر با موازین فقهی تصویب کند. بر همین قیاس و با همین منطق باید گفت که مقامات و مراجع قضائی هم نمی‌توانند قوانین موضوعه را به گونه‌ای مغایر با معیارهای شرعی تفسیر و اجرا نمایند. ولی آیا مقامات و مراجع مذکور همیشه به چنین ضابطه‌ای پایبند بوده‌اند؟ دیوان عالی کشور به عنوان بالاترین مرجع قضائی در موارد متعدد، آرای خود را به منابع و فتاوی فقهی مستند کرده است. داوری در باره درستی یا نادرستی آن استنادها مستلزم تحقیقی مستوفا و تحریر متنی مبسوط است. آن چه اجمالاً در چهارچوب بحث حاضر می‌توان گفت این است که بعضی از دادگاه‌های کیفری در فرض تکرار جرائم تعزیری موضوع ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی، در تعیین شلّاق تعزیری، عدول از قاعده التّعزیر بما دُونَ الحَدِّ را پذیرفته و به بیش از اقلّ الحدود حکم صادر کرده‌اند. هیأت عمومی دیوان در رأی وحدت رویه شماره ۷۹۵ - ۱۳۹۹/۶/۱۸ نظر آنها را تأیید کرده است. مقاله حاضر بعد از تبیین مبانی بحث به نقد مستدلّ این نظر می‌پردازد.

۱. موازین حاکم بر فتاوی فقهی و مقررات قانونی ناظر به تعزیرات

چنان که اشاره شد در فقه امامیه، نظام کیفردهی و کیفرگذاری تعزیرات، تحت حکومت چند قاعده شرعی است. یکی از آنها قاعده‌ای مهم و موسوم به قاعده التّعزیر بما دُونَ الحَدِّ است که مفاد آن اجمالاً چنین است که مجازات تعزیری نباید بیش‌تر از

۱. قاعده فقهی قضیه‌ای است کلی که بر همه یا بیشتر جزئیات خود حاکم است. از این قضایای کلی هر آن چه در سراسر ابواب فقهی قابلیت استناد داشته باشد، قاعده و آن چه تنها در باب یا ابواب خاصی حاکمیت دارد، ضابطه نام دارد. بنابراین اطلاق قاعده بر آن چه اختصاصاً در باب عقوبات جریان دارد، نوعی مسامحه در تعبیر است.

مجازات حدی باشد. روایات متعددی با مضامین و مقادیر مختلف مجموعاً مؤید مفاد چنین قاعده ای هستند. پیرامون این قاعده و کیفیت تفسیر و اجرای آن، چند ابهام اساسی وجود دارد؛ یکی جمع میان روایاتی است که مقادیر متعدد و متناقضی برای شلاق تعزیری ذکر کرده اند. ابهام دیگر، نوع و میزان حد مذکور در قاعده است؛ تعزیر از کدام حد باید کم تر باشد؟ مجازات های حدی متنوع اند و شامل اعدام و قطع عضو و تبعید و شلاق و غیر آنها می شوند. بیشتر این مجازات ها جنبه کمی ندارند. بنابراین تعابیر مادون و مافوق در مورد آنها صدق نمی کنند. نهایت این است که گفته شود تعزیر از حیث شدت نباید شدیدتر از حد باشد. از اینرو فقهای امامیه، فحوای قاعده مورد بحث را معطوف به شلاق دانسته اند که واجد جنبه کمی است و واحد شمارش آن در فقه سوط و جلد و جلد است. با این حال، مشکل این است که در فقه امامیه، حدودی که مجازاتشان شلاق است متعدد و میزان شلاق مقرر برای آنها مختلف است. این که شلاق تعزیری از شلاق های مقرر برای کدام حد باید کم تر باشد، سؤالی است که جواب های متعدد و متعارض به آن داده شده است.

از نظر شیخ طوسی، تعزیر نباید به اندازه حد کامل باشد، بلکه لزوماً باید کمتر از آن باشد. کمترین میزان حد، هشتاد ضربه شلاق است. بنابراین حد اکثر تعزیر، هفتاد و نه ضربه است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۹۷/۵). ابن ادریس حلی با تفصیل و تفکیک مسائل گفته است که اگر جرم ارتكابی با زنا و لواط متناسب باشد، صد ضربه شلاق که حد آنهاست ملاک عمل خواهد بود و با اعمال قاعده مورد بحث، تعزیر عمل ارتكابی، کمتر از این مقدار یعنی سی تا نود و نه ضربه است. چنان چه تعزیر متناسب با حد شرب خمر و قذف باشد که حد آنها هشتاد تازیانه است، تعزیر عمل متناسب با آنها، سی تا هفتاد و نه ضربه خواهد بود. چنین است که در منابع فقہی میزان تعزیر گاهی نود و نه و زمانی هفتاد و نه ضربه تعیین شده است. در هر حال، مقتضای مذهب این است که تعزیر نباید به مقدار حد کامل که صد ضربه است، برسد (ابن ادریس،

۱۴۱۰: ۴۶۶/۳). شیخ محمد حسن نجفی مشهور به صاحب جواهر، تفکیک ابن ادریس را پذیرفته و اجمالاً گفته است: «فِيمَا نَاسَبَ الزَّانَا يَجِبُ أَنْ لَا يُلْغَ حَدُّهُ وَفِيمَا نَاسَبَ الْقَذْفِ أَوْ الشُّرْبِ يَجِبُ أَنْ لَا يُلْغَ حَدُّهُ» (نجفی، ۱۳۶۲: ۴۴۸/۴۱). یعنی تعزیر عمل متناسب با زنا نباید بیش تر از حد زنا و تعزیر عمل متناسب با شرب خمر و قذف نباید بیش تر از حد آن دو باشد. در مجموع، از نظر ایشان تعزیر مطلقاً نباید برابر یا بیشتر از حد باشد و میزان حدی که تعزیر باید از آن کمتر باشد، هفتاد و پنج ضربه شلاق است، زیرا اقل الحدود، هفتاد و پنج ضربه است (همان: ۳۹۱). به عقیده ایشان، این راه حل، هم مقتضای جمع بین روایات است و هم روشی است که شیخ و ابن ادریس و اکثر فقها در پیش گرفته‌اند (همان: ۴۰۰).

قانونگذار جمهوری اسلامی که یکی از گرفتاری‌های همیشگی وی چگونگی رها شدن از بند تعارض روایات و تهافت فتاوی فقهی است، در نهایت تلاش کرده است به نظر صاحب جواهر و همفکران وی وفادار بماند و میان اقسام حدود و محرمات متناسب با آنها قائل به تفکیک شود. از اینرو در محرمات متناسب با زنا حداکثر نود و نه و در سایر موارد، حداکثر هفتاد و چهار ضربه شلاق را از باب تعزیر مقرر کرده است؛ اگرچه مصداق‌های قسم اخیر ممکن است تناسبی با یکدیگر و با شرب خمر و قذف نداشته باشند.^۲

۱. نگاه کنید به ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ذیل مجازات‌های درجه شش و ماده ۶۳۷ کتاب پنجم از آن قانون و تعزیر مقرر برای تقبیل و مضاجعه و دیگر منافیات عفت مادون زنا و مواد ۶۰۸ و ۶۰۹ و ۷۰۲ همان کتاب و تعیین هفتاد و چهار ضربه شلاق برای توهین به اشخاص و ساخت یا خرید یا فروش مشروبات الکلی.

۲. نگاه کنید به شلاق‌های تعزیری مقرر در قوانینی مثل قانون مبارزه با مواد مخدر و قانون مبارزه با قاچاق کالا و ارز که تناسبی با زنا و قذف و شرب خمر ندارند. معلوم می‌شود که قانونگذار جز در محرمات منافی عفت مادون زنا، هر جا که خواسته است حکم به شلاق تعزیری بدهد، حد مقرر برای قوادی را مبنا قرار داده است؛ خواه عمل مورد نظر وی سنخیت و مناسبتی با قذف و شرب خمر داشته باشد، خواه نداشته باشد.

۲. دیوان عالی کشور و وظیفه نظارت بر حسن اجرای قوانین و ایجاد وحدت رویه قضائی

به حکم اصل ۱۶۱ قانون اساسی، دیوان عالی کشور مسؤولیت نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویه قضائی را بر عهده دارد. ادای چنین مسؤولیت مهمی جز از طریق تفسیر صحیح قوانین و ارشاد و الزام مراجع دیگر به تبعیت از آرای وحدت رویه دیوان، ممکن نیست. با ترکیب مفاد دو اصل هفتاد و سوم و یکصد و شصت و یکم قانون اساسی که یکی به طور ضمنی صلاحیت تفسیر قوانین عادی را به دیوان اعطا کرده و دیگری چنین صلاحیتی را به نوعی مسؤولیت تبدیل کرده است، می‌توان نسبت دیوان عالی کشور با مسأله تفسیر قانون را نسبتی آمیخته از صلاحیت و مسؤولیت دانست؛ یعنی دیوان عالی هم از صلاحیت تفسیر قانون برخوردار است و هم مسؤولیت چنین امر خطیری را بر عهده دارد. این که آیا دیوان در ادای چنین مسؤولیتی وفاداری دائمی خود را به هنجارهای تفسیر قانون نشان داده و رویکردی مشخص و راهبردی روشن و در مجموع، نظریه یا نظامی منسجم در این زمینه به دست داده است یا خیر؟ بحثی خارج از ظرفیت نوشته حاضر است. همین اندازه می‌توان گفت که هیأت عمومی دیوان با وجود نزدیک به یک سده تجربه و تأمل در تفسیر و اجرای قوانین و نظارت بر کیفیت فهم آنها در مراجع دیگر، هنوز دستکم در زمینه تفسیر قوانین کیفری، روش و راهبرد روشنی ندارد و نظامی منسجم و متمایز در اینباره فراهم نیاورده و الگویی پایدار و قابل اعتماد و درخور استناد در اختیار مراجع پائین تر نگذاشته است. گاهی به گونه‌ای اصولی و سازنده و زمانی با عدول از اصول و با دخالت دادن ملاحظات خارج از آن چه مقصود قانونگذار بوده است به تفسیر قوانین کیفری می‌پردازد؛ یعنی مرجعی که عهده دار رفع تهاافت آرای مراجع قضائی است خود در حوزه تفسیر قضائی قانون، درگیر تعارض و تهاافت است.^۱

۱. برای مطالعه میزان پابندی دیوان عالی کشور به اصول و قواعد تفسیر نگاه کنید به: امید، ۱۳۹۹.

از سوی دیگر، می‌دانیم در مواردی چون تعدد و تکرار جرم، واکنش سنتی قانونگذاران - درست یا نادرست - تشدید مجازات است. چنین سنتی را یکی از سازوکارهای فردی کردن کیفر و متناسب سازی آن با شخصیت و ظرفیت جنائی مرتکب و اجرای بهتر عدالت کیفری به شمار می‌آورند.^۱ نیز می‌دانیم که در نظام حقوقی کنونی ما نهادها و سازوکارهای نوین حقوق جزای عمومی، از جمله همین نهاد تشدید مجازات، اصولاً در حوزه جرائم و مجازات های تعزیری اعمال می‌شوند.^۲ جنایات و جرائم مشمول حد، تحت کنترل ضوابط فقهی هستند و کمتر تن به اعمال نهادهای امروزی حقوق جزای عرفی می‌دهند. از اینرو حکم صورت هایی چون تعدد و تکرار آنها را ضوابط و فتاوی فقهی تعیین می‌کنند، نه قواعد عمومی حقوق جزا. در کنار اینها، برخی موازین فقهی هستند که آزادی عمل قانونگذار را در تقریر مقررات ناظر به جرائم و مجازات های تعزیری، محدود نموده و اجازه نمی‌دهند که این طیف از مجازات ها اصالتاً یا تبعاً بیش از اندازه یا حتی به اندازه حدود شرعی مقرر شوند و به اجرا درآیند. این که قوانین کیفری بعد از انقلاب، بسته به مورد، حداکثر شلاق های تعزیری را هفتاد و چهار و یا نود و نه ضربه تعیین نموده اند محصول چنین محدودیتی است. ملاحظه چنین محدودیت هایی در فرایند فهم و اجرای قانون، یک وظیفه است؛ وظیفه ای که دیوان عالی کشور به عنوان عالی ترین مرجع قضائی، هم خود باید آدا کند و هم بر حسن آدای آن در مراجع پائین تر نظارت نماید.

۳. تعامل موازین فقهی و مقررات قانونی در بستر آرای قضائی

اگر قرار است که موازین فقهی، یکی از منابع تغذیه کننده نظام حقوقی کشور باشد و عدم مغایرت با شرع، شرط تصویب و تأیید قوانین موضوعه به حساب آید،

۱. برای مطالعه تفصیلی موضوع نگاه کنید به: غلامی، ۱۳۹۰.

۲. نگاه کنید به مواد ۷، ۸، ۱۰، ۳۹، ۴۰، ۴۶، ۵۸، ۱۰۵، ۱۰۷، ۱۳۱، ۱۳۴، ۱۳۷ و ۱۳۹ قانون مجازات اسلامی

موازن فقہی و تفسیر قضائی قوانین کیفری؛ نقد نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور... - ۸۰

منطقاً تفسیر و اجرای قوانین هم باید مقید به مراعات شرع و موازن آن باشد. حکمت وضع مقرراتی مثل ماده ۴۷۷ قانون آئین دادرسی کیفری و نقض آرای قضائی مغایر موازن شرعی از طریق رئیس قوه قضائیه، همین نکته است. با این همه، نحوه تعامل موازن شرعی و مقررات قانونی به طور طبیعی سؤالاتی پیش می‌آورد. سؤالاتی که پاسخ درست آنها نوعاً از راه تفسیر صحیح و اجتهاد ضابطه مند قضائی به دست می‌آید؛ از جمله این که آیا در موارد لزوم تشدید مجازات تعزیری، مثل تکرار جرم می‌توان به مجازات شلّاق بیش از میزان مقرر برای حدود، حکم داد و از مرز آن چه بنا به عقیده رایج در فقه شیعه، اقلّ الحدود محسوب می‌شود، عبور کرد؟ ظاهر این است که مراجع قضائی به این پرسش، پاسخ‌های متعارضی داده‌اند.

بر اساس گزارش معاون قضائی دیوان عالی کشور در امور هیأت عمومی، به شرح مندرج در سایت مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی، شعب ۱۷ و ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان به دلیل اختلاف استنباط از مقررات مربوط به تشدید مجازات شلّاق تعزیری، آرای متعارضی صادر کرده‌اند. مختصر گزارش موصوف چنین است:

- به حکایت دادنامه شماره ۳۰۴۱-۱۳۹۸/۱۲/۱۵ شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان، در خصوص اتهام آقای ... دایر بر سرقت خودرو، شعبه ۱۲۳ دادگاه کیفری دو اصفهان به موجب دادنامه شماره ۱۲۱۵-۱۳۹۸/۱۱/۱۵ مستنداً به مواد ۲، ۱۸، ۱۹، ۲۷ و ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ و ماده ۶۶۱ همان قانون مصوب ۱۳۷۵ و رعایت مقررات مربوط به تکرار جرم، حکم به تحمّل سه سال و یک ماه حبس تعزیری و ۸۸ ضربه شلّاق تعزیری و ردّ مال صادر کرده است. شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر ضمن تأیید دادنامه بدوی، حبس را از سه سال و یک ماه به سه سال اصلاح کرده است:

- بر اساس دادنامه شماره ۲۲۳۳-۱۳۹۸/۱۱/۲۴ شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان، در خصوص اتهام آقای ... دایر بر مشارکت در سرقت از منزل شعبه ۱۲۳

دادگاه کیفری دو اصفهان به موجب دادنامه ۰۳۵۱-۱۳/۷/۱۳۹۸ مستنداً به مواد ۲، ۳، ۱۸، ۱۹، ۱۳۷، ۱۴۶، ۲۱۱ و ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و مواد ۶۵۶ و ۶۶۷ همان قانون مصوب ۱۳۷۵ با رعایت مقررات تکرار جرم، حکم به محکومیت متهم مذکور به تحمل سه سال و نیم حبس تعزیری و ۸۰ ضربه شلاق تعزیری و رد مال صادر کرده است. شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر، ضمن تأیید اصل حکم بدوی به این شرح آن را اصلاح نموده است: «با توجه به این که تعیین شلاق در جرائم تعزیری بجز در جرائم منافی عفت، بیش از ۷۴ ضربه و جاهت قانونی و شرعی ندارد (ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی ذیل جرائم درجه شش) مستنداً به ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی کیفری ضمن اصلاح شلاق از ۸۰ ضربه، به ۷۴ ضربه و رد تجدیدنظرخواهی دادنامه را با اصلاح به عمل آمده تأیید می نماید.»

حاصل کلام این است که برخلاف نظر برخی از دادگاه ها از جمله شعبه ۱۲۳ دادگاه کیفری دو، و شعبه ۱۷ دادگاه تجدید نظر استان اصفهان، بعضی دیگر مثل شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان، پاسخی منفی به سؤال فوق داده اند؛ یعنی تشدید مجازات شلاق تعزیری بیش از هفتاد و چهار ضربه را مجاز ندانسته اند. موضوع در اجرای ماده ۴۷۱ قانون آئین دادرسی کیفری در دیوان عالی کشور مطرح شده و هیأت عمومی دیوان در رأی وحدت رویه شماره ۷۹۵ مؤرخ ۱۳۹۹/۶/۱۸ پاسخ مذکور را پذیرفته و چنین اظهار نظر کرده است:

«با عنایت به این که بر اساس فراز دوم ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می شود و تشدید مجازات موضوع ماده ۱۳۷ قانون مذکور شامل انواع تعزیر از جمله شلاق نیز می شود، همچنین مقررات ماده ۱۹ همین قانون بنا به صراحت تبصره ۴ آن تنها جهت تعیین درجه مجازات است و لذا دلالتی بر استثنای مجازات شلاق تعزیری از شمول احکام عام راجع به تشدید

موازن فقہی و تفسیر قضائی قوانین کیفری؛ نقد نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور... - ۸۲

مجازات ندارد و قاعدۀ تعزیر بما دون الحدّ نیز ناظر به تعیین مجازات بدون اعمال کیفیات مشدّدہ است؛ بنا به مراتب تشدید مجازات شلّاق تعزیری با رعایت سایر شرایط قانونی، فاقد اشکال است و رأی شماره ۳۰۴۱-۱۳۹۸/۱۲/۱۵ شعبہ ۱۷ دادگاہ تجدید نظر استان اصفهان تا حدّی کہ با این نظر انطباق دارد صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود.»

۴. نقد نظر هیأت عمومی دیوان

بر اساس نظر دیوان، در فرض تکرار جرم تعزیری دارای مجازات قانونی شلّاق، دادگاہ در چهارچوب مادۀ ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی^۱ می‌تواند مجازات مرتکب را بیش از هفتاد و چهار ضربه تعیین کند. از باب مثال، کسی کہ مرتکب جرمی شده کہ مجازات آن شلّاق تعزیری درجہ شش، یعنی سی و یک تا هفتاد و چهار ضربه است با اعمال مقرّرات ناظر به تکرار جرم، مجازات قضائی وی ممکن است تا حدّ اکثر به علاوه ربع آن یعنی نود و دو ضربه شلّاق تعیین گردد. چنان چه جرم تکرار شده، از عداد جرائم منافی عفتّ باشد، مجازات تکرار کننده بر همین قیاس ممکن است تا یکصد و بیست و سه ضربه تعیین شود. با اخذ وحدت ملاک از رأی وحدت رویۀ مورد بحث، در فرض تعدد جرم هم دادگاہ می‌تواند بر همین اساس عمل کند. در چهارچوب روش تفسیر لفظی قانون و تمسّک به ظواهر الفاظ و عبارات قانونگذار، می‌توان نظر دیوان را درست دانست؛ زیرا ظاهر عبارت مادہ ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی، مطلق است و به حکم قواعد لفظی تفسیر، مطلق بر اطلاق خود حمل می‌گردد

۱. مادہ ۱۳۷ اصلاحی ۱۳۹۹/۰۲/۲۳: هرکس به علت ارتکاب جرم عمدی به موجب حکم قطعی به یکی از مجازات های تعزیری از درجۀ یک تا درجۀ پنج محکوم شود و از تاریخ قطعیت حکم تا حصول اعادۀ حیثیت یا شمول مرور زمان اجرای مجازات، مرتکب جرم عمدی تعزیری درجۀ یک تا شش گردد، حدّ اقل مجازات جرم ارتکابی میانگین بین حدّ اقل و حدّ اکثر مجازات قانونی آن جرم است و دادگاہ می‌تواند وی را به بیش از حدّ اکثر مجازات تا یک چهارم آن محکوم کند.

و بدون تقييد به قيود، به موقع اجرا گذاشته می شود. ولی از آنجا که روش تفسیر لفظی قانون مدّت هاست که به نفع تفسیر منطقی و غایت-مدار آن، کنار گذاشته شده است و ظاهر قانون در برابر روح و منطق کلی حاکم بر آن رنگ می بازد، باید گفت که از منظر قواعد و ضوابط تفسیر قوانین کیفری و موازین شرعی حاکم بر اجرای فقه جزائی، نظر دیوان به جهات زیر قابل انتقاد و محلّ اشکال است:^۱

۱. دیوان، اطلاق مقرّرات قانون مجازات اسلامی را بر عموم و اطلاق مقرّرات و موازین شرعی حاکم دانسته است؛ یعنی اطلاق ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی را بر اطلاق قاعده «التّعزیرُ بما دُونَ الحَدِّ»، حاکم کرده و قاعده اخیر را منصرف از موارد تکرار جرم مستوجب تعزیر اعلام کرده است. به عبارت دیگر، اطلاق قانون را حفظ کرده ولی اطلاق قاعده فقهی را در شرایطی که حفظ آن به نفع، و نادیده گرفتن آن به زیان افراد است، کنار گذاشته است؛ حال آن که منطقیّاً عکس قضیه، صحیح است؛ یعنی در فرض تعارض موازین فقهی با قوانین مقتبس از فقه یا مقید به محدودیت های شرعی، موازین فقهی و شرعی - خصوصاً اگر به نفع اشخاص باشند - بر مقرّرات قانونی تقدّم دارند. دلیل این تقدّم آن است که شرع، مأخذ اینگونه مقرّرات و یا حاکم بر آنهاست. به حکم قانون اساسی، برای تفسیر و تکمیل قانون به شرع باید مراجعه کرد، نه بالعکس. مقصود شارع از عبارت التّعزیرُ بما دُونَ الحَدِّ، وضع قاعده ای مطلق و ناظر به تمام حالات تعیین تعزیر بوده است. بنابراین، تخصیص و تقييد آن به حالات خاصّ و منصرف دانستن آن از موضوعاتی مثل تکرار جرم و در نهایت، تجویز شلّاق

۱. تشدید مجازات تعزیری به نحو مرقوم در رأی هیأت عمومی دیوان، در فرض تعدد جرم هم با همین مشکلات و محظورات مواجه خواهد بود؛ بنابراین در بندهایی از ماده ۱۳۴ قانون مجازات اسلامی که نظراً امکان تشدید مجازات شلّاق تعزیری به اندازه یا بیش از میزان مقرر برای کمترین حدّ وجود دارد، با اعمال قاعده التّعزیرُ بما دُونَ الحَدِّ باید از صدور چنین حکمی اجتناب کرد. به عبارت دیگر، تشدید موضوع ماده ۱۳۴ هم مثل تشدید موضوع ماده ۱۳۷، مقید به مراعات قاعده مذکور است.

موازین فقهی و تفسیر قضائی قوانین کیفری؛ نقد نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور... - ۸۴

تعزیری مازاد بر اقل الحدود، نوعی تفسیر به رأی و اجتهاد در برابر نص شرعی محسوب می‌شود.

۲. نظر دیوان، نقض قاعده «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدِّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ»^۱ هم محسوب می‌شود که آن هم قاعده‌ای است مطلق و غیر قابل تقیید و تخصیص. مقصود شارع در ایجاد محدودیت در تعیین تعزیر به کمتر از حد - خواه در مرحله تقنین و کیفرگذاری و خواه در مقام قضا و کیفردهی - منع حکام از زیاده روی در اعمال کیفر بوده است. دیوان، این مقصود مبارک را هم نادیده گرفته است. در جایی که قانونگذار نمی‌تواند محدودیت‌های شرعی کیفرگذاری را نادیده بگیرد مفسران و مجریان قانون، به قیاس اولویت نمی‌توانند چنین کاری بکنند؛ آن چه در مقام تشریح روا نیست منطقیاً در مرحله تفسیر هم روا نیست.

۳. تفسیر دیوان، با قاعده درأ هم منافات دارد. قاعده مذکور به نحو مقرر در منابع شرعی و ماده ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی، حامی متهمان در برابر ذهنت کیفرگرای قضات و تفسیرهای مخرب قضائی است. این قاعده، در تمام موارد شک در شمول مقررات کیفری به وقایع محلّ خلاف از جمله در موارد شک در شمول ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی به جرائم مستوجب شلاق تعزیری و تعیین بیش از میزان مقرر برای حدود، مقتضی عدم شمول است.

۴. اشکال دیگر این است که دیوان در رأی وحدت رویه مورد بحث، قاعده شرعی التّعزیر بما دُونَ الْحَدِّ را تفسیر کرده و آن را به نفع قانون و به زیان متهم کنار گذاشته است. حال آن که تفسیر موازین و مقررات شرعی اساساً در صلاحیت هیچ

۱. این عبارت به عنوان حدیث نبوی در منابع روایی شیعه آمده است. نگاه کنید به: ابن شعبه حرّانی، ۱۴۰۴: ۴۳/۱؛ حرّ عاملی، ۱۳۷۲: ۱۷/۲۸. روایات دیگر، حد اکثر شلاق تعزیری را خیلی کمتر از هفتاد و چهار ضربه ذکر کرده اند. برای نمونه نگاه کنید به: صدوق، ۱۴۱۳: ۷۳/۴ و نقل مع الواسطه او از پیامبر(ص): «لَا يَجْلُ لَوْلَا يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يُجْلِدَ أَكْثَرَ مِنْ عَشْرَةِ أَسْوَاطٍ إِلَّا فِي حَدٍّ».

یک از مراجع قضائی نیست. به طور کلی، در مواردی که دیوان از چهارچوب وظایف مقرر در قانون اساسی خارج شده و به نام تفسیر قانون و نظارت بر حسن اجرای قوانین و ایجاد وحدت رویه قضائی، دست به تفسیر موازین شرعی زده، از نظر حقوقی کار قابل انتقادی کرده است. این انتقاد، محدود به جنبه ساختاری کار دیوان و مسأله خروج از دایره اختیارات نیست. مفاداً هم تفسیرهای دیوان از مقررات شرعی یا تفسیر دیوان از قوانین با استمداد از موازین شرعی، محل اشکال و اعتراض حقوقدانان واقع شده است؛ از آن جمله است رأی شماره ۴۵-۱۰/۲۵/۱۳۶۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور که به موجب آن: «ماده ۶ قانون (راجع به) مجازات اسلامی مصوب مهرماه ۱۳۶۱ که مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی را بر طبق قانونی قرار داده که قبل از وقوع جرم وضع شده باشد، منصرف از قوانین و احکام الهی از جمله راجع به قصاص می باشد که از صدر اسلام تشریح شده اند؛ بنابراین رأی شعبه چهاردهم دیوان عالی کشور که حسب درخواست اولیای دم و به حکم آیه شریفه «و لکم فی القصاص حیاة یا اولی الألباب» (بقره: ۱۷۹) بر این مبنا به قصاص صادر گردیده، صحیح تشخیص می شود.»^۲

۵. از منظر حقوقی، تفسیر دیوان به زیان متهم است؛ حال آن که به حکم اصول و قواعد حقوقی، در موارد شک معقول^۳ در شمول یک مقررۀ کیفری به عمل متهم،

1. ultra vires: beyond of powers

۲. رأی مورد اشاره T منشأ تغییر ادبیات و احکام قانونی اصل عدم عطف قوانین کیفری به گذشته شد و ماده ۱۱ قانون ۱۳۷۰ و ماده ۱۰ قانون ۱۳۹۲ وفق مفاد آن تنظیم شدند. عبارت ماده ۶ قانون راجع به مجازات اسلامی چنین بود: «مجازات و اقدامات تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده باشد و هیچ عمل یا ترک فعل را نمی توان به عنوان جرم به موجب قانون متأخر مجازات نمود.» اکنون ادبیات ماده ۱۰ چنین است: «در مقررات و نظامات دولتی مجازات و اقدام تأمینی و تربیتی باید به موجب قانونی باشد که قبل از وقوع جرم مقرر شده است و مرتکب هیچ رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل را نمی توان به موجب قانون مؤخر به مجازات یا اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم کرد.»

3. reasonable doubt

چنان که گفتیم تفسیری که به نفع اوست مقدم بر تفسیری است که به زیان اوست. بنابراین، منطق حقوقی ایجاب می‌کند که در مسأله مورد بحث، دیوان از میان تفسیرهای متعارض منجر به طرح قضیه در هیأت عمومی، تفسیر دادگاه‌هایی را بپذیرد که با لحاظ چنین اصلی به نفع متهم صادر شده‌اند. افزون بر این، در غیر موارد حدود، جهت‌گیری کلی قانونگذاران کشورهای اسلامی از جمله قانونگذار جمهوری اسلامی ایران در سال‌های اخیر، اعراض از کیفر شلاق و به طور کلی کیفرهای بدنی است.^۱ دیوان برخلاف چنین جهت‌میمون و مبارکی حرکت کرده و تشدید کیفر شلاق را تجویز نموده است. تفسیر دیوان، حرکتی برخلاف جهت‌گیری هنجارهای بین‌المللی هم محسوب می‌شود. اسناد بین‌المللی حقوق بشر از تجویز کیفرهای بدنی تشریحاً و تفسیراً نهی می‌کنند.^۲ به طور کلی در جهان امروز، نفس تعیین شلاق به عنوان مجازات، خلاف اصول و قواعد کیفرگذاری و سیر تکاملی علم کیفرشناسی است. یکی از وظایف مفسران و مجریان قانون، مهار مقررات خلاف اصول و تضییق دایره اجرای آنهاست. به عنوان قاعده گفته شده است که مقررات استثنائی باید به صورت انقباضی و حداقلی تفسیر و اجرا شوند^۳ و گرنه مجری و مفسر قانون، در خطای نقض اصول و تخلف از قواعد، با قانونگذار سهیم خواهند بود. در رأی مورد بحث، هیأت عمومی دیوان عالی کشور این ضابطه مهم تفسیری را نادیده گرفته و نه تنها در یک مسیر

۱. از باب مثال، قانون مجازات سال ۱۹۹۱ سودان که در طیف قوانین کیفری مقتبس از فقه قرار می‌گیرد، در بند اول از ماده ۳۵ گفته بود در غیر جرائم حدود، حکم به شلاق علیه اشخاص بالای شصت سال و بیمارانی که اجرای شلاق سبب تشدید بیماری آنان گردد، ممنوع است. بعد از سقوط دولت اسلامگرای عمر البشیر، در جریان اصلاحات قانونی سال ۲۰۲۰ جز در سه جرم حدی زنا، کذب و شرب خمر، مجازات شلاق حذف شده است. در همین زمینه، دیوان عالی قضائی پادشاهی سعودی در ضمن اصلاحات حقوق بشری ماه می سال ۲۰۲۰ مجازات شلاق تعزیری را به طور کلی لغو کرده است.

۲. برای نمونه، نگاه کنید به ماده ۱۶ کنونسیون بین‌المللی منع شکنجه مصوب سال ۱۹۸۴.

3. Exceptio est strictissimae applicationis: An exception to a general rule, should be applicated narrowly.

انحرافی با قانونگذار همگام شده، بلکه به بازتر شدن زاویه انحراف از اصول هم کمک کرده است.

۶. ایراد دیگر این است که دیوان در تحلیل موضوع و تفسیر قوانین ناظر به آن، به قاعده تفسیر هولستیکی^۲ قانون اعتنایی نکرده است. قاعده‌ای که بر اساس آن، در تفسیر یک مقررۀ قانونی و تطبیق آن بر موضوع خاص، لازم است تمامی قواعد و قوانین و مقررات مرتبط، به عنوان مجموعه‌ای متناظر،^۲ مورد لحاظ واقع شوند.^۳ در منظومه مقررات قانونی فعلی به تبع موازین فقهی که از آنها یاد کردیم، حکم به شلاق تعزیری بیش از میزان مقرر برای حدود، منع شده است. این ممنوعیت، هم از طریق تبع و استقراء در مقررات قانونی راجع به مجازات های تعزیری که همه جا شلاق را کمتر از اقل الحدود تعیین کرده‌اند، قابل استنباط است و هم از برخی مصرحات قانونی. شاهد شق اخیر، ماده ۹ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر است که چنین مقرر داشته است: «مجازات های مرتکبین جرائم مذکور در بندهای ۱ تا ۵ ماده ۸ برای بار دوم، یک برابر و نیم مجازات مذکور در هر بند و برای بار سوم، دو برابر میزان مقرر در هر بند خواهد بود. مجازات شلاق برای بار دوم به بعد، حداکثر هفتاد و چهار ضربه می‌باشد.» یعنی قانونگذار که در فرض تکرار جرائم مذکور در بندهای ۱ تا ۵ ماده ۸ مجازات های مرتکبین را تشدید کرده، بلافاصله متذکر شده است که تشدید شلاق تعزیری - چه در مرحله تقریر قانونی و چه در مقام تفسیر قضائی - به دلیل محظورات شرعی، در هر حال کمتر از مجازات مقرر برای اقل الحدود، یعنی قوادی خواهد بود؛ نه معادل آن و نه بیشتر از آن. شگفت آور آن است که هیأت عمومی دیوان در رأی

۱ holistic

۲. به قول فرنگیان: The statute must be read as a whole in its context. نگاه کنید به:

-Black, Henry Campbell, **Black's law dictionary**

- Walker David M. **The Oxford companion to law**, p 110

۳. برای مطالعه تفصیلی قواعد تفسیر قانون نگاه کنید به: امید، ۱۳۹۸.

وحدت رویه شماره ۷۷۶ مورخ ۱۳۹۸/۰۲/۱۰ ماده ۹ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر را در معرض تفسیر قرار داده و این بار با لحاظ منفعت متهمان و تفسیر شک به سود آنان، اعمال مقررات تشدید مجازات در اثر تکرار، نسبت به مرتکبین جرائم موضوع بندهای یک تا پنج ماده هشت قانون مورد بحث را مستلزم انطباق جرم مذکور در هر بند با محکومیت سابق مربوط به همان بند از حیث مقدار مواد مخدر دانسته است؛ یعنی با تحلیل و تفسیر انقباضی اخیر، مقررات عمومی ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را در این موارد حاکم ندانسته است. انتظار این بود که دیوان در آراء و اظهار نظرهای بعدی، هم به عبارت ذیل ماده ۹ و پیام کلی آن التفاتی داشته باشد، و هم به روح حاکم بر تفسیرهای سازنده سابق خود وفادار بماند.^۱

۷. از حیث روش استدلال قضائی و منطق استنتاج از مقدمات هم، نظر دیوان محل اشکال است. آن قسمت از رأی که می‌گوید: «بر اساس فراز دوم ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات بعدی نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود و همچنین مقررات ماده ۱۹ همین قانون بنا به صراحت تبصره ۴ آن تنها جهت تعیین درجه مجازات است»، ارتباط منطقی و معناداری با موضوع مورد اختلاف و ماحصل نظر دیوان ندارد؛ یعنی از چنان مقدماتی به چنین نتیجه‌ای نمی‌توان رسید. ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی در مقام بیان حاکمیت اصل قانونی بودن مجازات بر تعزیرات و سد باب استدلالات غیر قانونی و بیان ممنوعیت ارجاع به منبعی غیر از قوانین مدونه است. تبصره ۴ ماده ۱۹ نیز صرفاً خواسته است مانع از ایجاد این توهم گردد که درجه

۱. رأی وحدت رویه شماره ۷۷۶ - ۱۳۹۸/۰۲/۱۰: «مستنبط از مقررات ماده ۹ قانون اصلاح قانون مبارزه با مواد مخدر مصوب ۱۳۷۶/۱۷/۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام، این است که برای اعمال مقررات تشدید مجازات در اثر تکرار، نسبت به مرتکبین جرائم موضوع بندهای یک تا پنج ماده هشت این قانون، انطباق جرم مذکور در هر بند، با محکومیت سابق مربوط به همان بند، از حیث مقدار مواد مخدر لازم است و با این وصف مقررات عمومی ماده ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در این موارد حاکم نیست.»

بندی مجازات‌های تعزیری، سبب تغییر در میزان حدّ اقل و حدّ اکثر تعزیرات مقرر در قوانین جاری شده است. چنان که پیداست این دو مقررّه قانونی، ارتباط مستقیمی با مسأله منع یا جواز گذر از موازین شرعی و حکم به شلّاق تعزیری به میزانی بیشتر از شلّاق مقرر برای اقل الحدود ندارند.

۵. نقد نظر نماینده دادستان کلّ کشور

در سوابق قانونی و قضائی کشور به طور سنتی و اکنون به حکم ماده ۴۷۱ قانون آئین دادرسی کیفری، حضور دادستان کلّ کشور یا نماینده او برای تشکیل جلسه هیأت عمومی دیوان عالی کشور و رسیدگی به اختلاف آرای دادگاه ها و صدور رأی وحدت رویه، لازم است. هدف از حضور چنین مقامی منطقاً ارائه گزارش و تبیین موضوع و نهایتاً اظهار نظر قضائی است. به نظر می رسد شواهد نشان می دهند که نظریه های قضائی دادستان کلّ یا نماینده وی، در چند دهه اخیر نوعاً از قوت استدلال و غنای علمی لازم برخوردار نبوده و آورده ای برای نظام حقوقی و قضائی کشور نداشته است. نظر نماینده دادستان کلّ در جلسه منتهی به صدور رأی وحدت رویه مورد بحث هم مشمول همین داوری اجمالی است.^۱ ایرادات وارد بر نظریه مذکور به اختصار چنین است:

۱. نظر نماینده دادستان کلّ کشور در تأیید رأی شعبه ۲۷ دادگاه تجدیدنظر استان اصفهان چنین بوده است: «۱- اگر چه بر اساس قاعده فقهی التعزیر دون الحد و نظریه مشهور فقها میزان شلّاق تعزیری به میزان شلّاق حدی نمی رسد و روال حاکم بر قوانین ماهوی در تعیین مجازات ۷۴ ضربه شلّاق در بسیاری از جرائم، نیز مؤید پذیرش این رویکرد کلی می باشد، اما قاعده حاکم بر قضیه، قاعده تکرار است. ۲- بر اساس قاعده عام پذیرفته شده در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، مبنای تعیین مقدار مجازات تعزیری، قانون است و به تصریح بند ت این ماده محاکم مکلفند در تعیین کیفر سوابق مرتکب را مورد توجه قرار دهند. ۳- بر اساس قاعده پذیرفته شده در ماده ۱۳۷ قانون مذکور که بر تکرار در کلیه جرائم تعزیری اطلاق دارد و مجازات شلّاق تعزیری از آن استثناء نشده است و طبق قانون حاکم بر قضیه محاکم مکلف بودند نسبت به تشدید مجازات تعزیری در حد نصاب تعیینی مقنن اقدام نمایند و در واقع مجازاتی که قانونگذار برای جرم انتسابی با احتساب تکرار جرم تعیین نموده

۱. برخلاف نظر نماینده دادستان کل، در حوزه تعزیرات، قاعده فقهی منقحی به نام قاعده تکرار وجود ندارد. در منابع فقهی، هرچه در این زمینه هست ناظر به حدود است که به شرح مقرر در ماده ۱۳۶ قانون مجازات اسلامی به نظام حقوقی کشور پیوند خورده است. حتی اگر بتوان از موازین شرعی و بیانات فقهی مضموناً جواز یا لزوم تشدید تعزیر را استنباط کرد، حاصل چنین استنباطی را باید مقید به قواعد «التعزیر بما دُونَ الْحَدِّ» و «مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدِّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ» دانست و آن قاعده مفروض را محکوم به حکم دو قاعده اخیر به شمار آورد؛ زیرا بیان شارع در دو قاعده اخیر، مصرح است و آن چه نماینده دادستان از آن به عنوان قاعده تکرار یاد می کند مفهومی و استنباطی است و معلوم است که منطوق و مدلول مصرح کلام، بر آن چه از مفهوم و معانی استنباطی آن به دست می آید مقدم است. تمسک نماینده دادستان به اطلاق ماده ۱۳۷ و این که مجازات شلاق تعزیری از شمول آن استثناء نشده است، به شرحی که گفته شد وجهی و وقعی ندارد. علت عدم استثنای مجازات شلاق تعزیری از شمول ماده مرقوم، اگر محصول مسامحه و غفلت قانونگذار نباشد، به احتمال نزدیک به یقین، معلول بداهت موضوع بوده است. ذکر امور بدیهی در ضمن مقررات قانونی ضرورت ندارد. چنین است که گاهی قانونگذاران، برخی از اصول و قواعد بنیادین حقوقی را مسکوت می گذارند و شارحان و مفسران بالاتفاق دلیل آن را فرط بداهت می دانند؛ چنان که مثلاً قانون اساسی و قوانین عادی برخی از کشورها نفیاً و اثباتاً متعرض اصل برائت متهم یا قاعده تفسیر شک معقول به نفع وی نشده اند. معذک در این کشورها هیچ دادگاهی چنین سکوتی را به زیان افراد تفسیر نمی کند و در تصمیمات خود،

چنین اصل یا قاعده‌ای را نادیده نمی‌گیرد.^۱ فرض قانونگذار جمهوری اسلامی این بوده که ممنوعیت تجاوز از حدود شرعی در کیفرگذاری و کیفردهی تعزیرات، از بدیهیات فقهی و مسلمات موازین شرعی است و لذا ذکر آن خالی از فایده و نوعی تطویل بلاطائل خواهد بود. به علاوه، چنان که گفتیم قانونگذار در ضمن تقریر مجازات‌های تعزیری، گاهی به طور ضمنی و زمانی به صراحت، وفاداری خود را به چنین قاعده‌ای اعلام کرده و احتمالاً همین سبق‌اعلام را وافی به مقصود دانسته است.

۲. مسأله تشدید شلاق تعزیری را به تشدید مجازات‌های حدی نمی‌توان قیاس کرد؛ زیرا قیاس و عمل به وحدت ملاک و تنقیح مناط در فقه امامیه، دستکم در امور جزائی و در نظام‌های حقوقی اگر به زیان متهّم باشد، ممنوع است. به علاوه، قیاس به فرض صحّت هم، مقید به قیود و ضوابط متعددی است. از جمله آنها نبودن دلایل و شواهد معارض با مقتضای قیاس است. چنان که گفته شد در منظومه قوانین موضوعه کشور، شواهدی از پایبندی قانونگذار به قاعده التّعزیر بما دُونَ الحدّ وجود دارد. این که قانونگذار حداکثر مجازات شلاق تعزیری را همه جا به تناسب هفتاد و چهار یا نود و نه ضربه ذکر کرده و این که در تبصره ماده ۹ قانون مبارزه با مواد مخدر، در فرض تکرار جرم، اجازه صدور حکم به بیش از هفتاد و چهار ضربه نداده است، شواهدی قوی بر بی‌اعتباری چنین قیاسی از نظر قانونگذار محسوب می‌شوند. به علاوه، چنین

۱. از باب مثال، نگاه کنید به: قانون اساسی ایالات متحده که نه در متن اصلی و نه در اصلاحات و الحاقات بعدی خصوصاً در اصلاحیه‌های پنجم و ششم که از حقوق دفاعی متهّم و معیارهای محاکمه منصفانه بحث می‌کند، نامی از فرض براءت متهّم نبرده است. با این حال، دادگاه‌های این کشور با استناد به قواعدی مثل Beyond a reasonable doubt «فرا تر از یک تردید منطقی» بی‌گناهی متهّم را مفروض می‌گیرند و می‌گویند صرف این واقعیت که شخصی به ارتکاب جرمی متهّم شده است دلیل مجرمیت وی نخواهد بود. قواعدی مثل قاعده تفسیر مضیق قانون کیفری و قاعده ممنوعیت قیاس به زیان افراد، که از اهمیتی نزدیک به اهمیت اصل قانونی بودن جرم و مجازات برخوردارند نیز در بیشتر قوانین موضوعه کشورها مطرح نشده‌اند. ولی آیا چنین قواعدی می‌توانند محلّ اختلاف نظر مراجع قضائی واقع شوند؟

قیاسی مصداق قیاس مع الفارق است؛ زیرا تشدید مجازات در تکرار جرم حدی اولاً، جنبه کمی ندارد و چیزی به مجازات سابق اضافه نمی‌گردد؛ ثانیاً، نفس تکرار حد، موجب تشدید مجازات نمی‌شود؛ در مرتبه چهارم نوع مجازات تشدید می‌گردد.

۳. ضوابط قانونی مقرر در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی از جمله، لزوم ملاحظه سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تأثیر تعزیر بر وی که از الزامات صدور حکم به مجازات تعزیری هستند، تماماً حامل این پیام اند که معیار و مستند تعیین مجازات تعزیری، قانون است و دادگاه نمی‌تواند با استناد به منبعی غیر از قانون، حکم به مجازات بدهد. این پیام در مقررات قانونی دیگر هم، با صراحت تمام آمده است؛ از آن جمله است اصل سی و ششم قانون اساسی، مواد ۲، ۱۲ و ۱۳ قانون مجازات اسلامی و ماده ۳۷۴ قانون آئین دادرسی کیفری. از سوی دیگر، برخلاف نظر نماینده دادستان کل، تأکید بر لزوم ملاحظه سوابق مرتکب، ارتباطی با موضوع تکرار جرم ندارد؛ زیرا چنین موضوعی، مقررات مخصوص به خود دارد و دادگاه بر مبنای آنها تصمیم می‌گیرد. بنابراین، تأکید بر لزوم اعمال مقررات تکرار جرم در ماده ۱۸ توجهی ندارد. مقصود مقنن در اینجا ملاحظه وضعیت متهم در تعیین نوع و میزان مجازات تعزیری در محدوده حداقل و حداکثر و اعمال نهاد هایی مثل معاقبت، تعویق صدور حکم و تعلیق اجرای آن و یا اعمال جهات تخفیف مجازات بوده است. امعان نظر در مفاد مقررات ناظر به نهاد های مذکور و تأمل در مفاد تبصره الحاقی سال ۱۳۹۹ به ماده ۱۸، صحت این نظر و بطلان نظر نماینده دادستان کل را به روشنی نشان

۱. چنان چه دادگاه در حکم صادره مجازات حبس را بیش از حداقل مجازات مقرر در قانون تعیین کند، باید مبتنی بر بندهای مقرر در این ماده و یا سایر جهات قانونی، علت صدور حکم به بیش از حداقل مجازات مقرر قانونی را ذکر کند. عدم رعایت مفاد این تبصره، موجب مجازات انتظامی درجه چهار می‌باشد.

می‌دهد. دادستان کل کشور و نمایندگان وی هم نوعاً به قواعد تفسیر قانون، اشراف و التفاتی ندارند.

۶. آرای وحدت رویه خلاف شرع بین و امکان اعمال ماده ۴۷۷

قانون آئین دادرسی کیفری

ماحصل ملاحظات فوق این است که رأی وحدت رویه شماره ۷۹۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، خلاف موازین شرعی است. بنابراین، طرح یک پرسش و کوشش برای پاسخ به آن بجا خواهد بود. آیا نقض آرای وحدت رویه ممکن است؟ پاسخ کلی قانونگذار البته روشن است. به حکم ماده ۴۷۳ قانون آئین دادرسی کیفری: «آرای وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور فقط به موجب قانون یا رأی وحدت رویه مؤخری که مطابق ماده ۴۷۱ این قانون صادر می‌شود، قابل تغییر است.» در این پاسخ روشن که سابقه قانونگذاری هم دارد، مفروض مقنن چنین بوده که نظر هیأت عمومی، مغایرتی با موازین شرعی ندارد؛ ولی از آنجا که چنین نظری در حکم قانون است توسط قانون مؤخر، قابل نقض و نسخ است. نیز از آنجا که نظر هیأت عمومی برای خود آن هیأت لازم الاتباع نیست، ممکن است در چهارچوب ماده ۴۷۱ با رأی وحدت رویه لاحق منسوخ گردد. ولی پرسش حاضر، معطوف به رأی وحدت رویه خلاف شرع بین و امکان اعمال ماده ۴۷۷ قانون آئین دادرسی کیفری است. پرسشی که ظاهراً در ضمن تقریر ماده ۴۷۱ ملحوظ لحاظ قانونگذار نبوده و بیان وی در ماده مورد اشاره، منصرف از آن است. سؤال در واقع این است که آیا رئیس قوه قضائیه می‌تواند با استفاده از اختیارات حاصل از ماده ۴۷۷، رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور را خلاف بین شرع تشخیص داده و زمینه نقض آن را فراهم آورد؟ ظاهر ماده ۴۷۳ خصوصاً أدوات حصری که در آن هست یعنی کلمه «فقط»، کمی فریبنده است و ممکن است ذهن ساده اندیش را به سمت پاسخ منفی به سؤال مورد بحث، سوق دهد.

پاسخ درست این است که آری، رئیس قوه قضائیه از چنین صلاحیتی برخوردار است و به بیان دقیق تر، چنین وظیفه‌ای بر دوش دارد. دلایل توجیهی این پاسخ چنین است:

۱. چنان که گفتیم، سبک و سیاق عبارت ماده ۴۷۳ به نحوی است که می‌توان حکم آن را منصرف از آرای خلاف بین شرع و معطوف به آرای موضوع ماده ۴۷۱ دانست. بنابراین ماده مورد اشاره، پاسخ ویژه‌ای برای این پرسش خاص ندارد. دستگاه قانونگذاری و هیأت عمومی دیوان در هر حال، و با قطع نظر از موافقت یا مغایرت آرای وحدت رویه می‌توانند تصمیمی مغایر با آنها بگیرند و به تعبیر قانونگذار، تغییرشان دهند. اشکال این است که اولاً، دیوان نمی‌تواند مستقیماً با استناد به مغایرت آرای خود با بیانات و مسلمات شرعی، آنها را نقض کند و تغییرشان دهد. اعمال مواد ۴۷۱ و ۴۷۳، مستلزم بروز اختلاف نظر مراجع قضائی تالی و صدور آرای متعارض در موضوع واحد است؛ در حالی که نقض آرای مخالف شرع بین، مستلزم چنین مقدماتی نیست.

۲. طبع نظام سیاسی حاکم بر کشور و حکم قانون اساسی برآمده از بطن آن، چنین است که هیچ مقررۀ خلاف موازین اسلامی اعم از قانون و سایر الزاماتی که از قوه قاهره قانون برخوردارند، نباید مجال اجرا داشته باشد. اصول چهارم، هفتم و دوم و نود و چهارم قانون اساسی چنین اقتضایی دارند. اگر قانون مصوب نمایندگان منتخب مردم، چنین محدودیتی دارد رأی هیأت عمومی دیوان که اعضای آن نمایندگان منتخب مردم محسوب نمی‌شوند به طریق اولی باید با چنین محدودیتی مواجه گردد. هرگونه تفکیک و قول بالتفصیل در این زمینه بی‌معنا خواهد بود. اگر کار شورای نگهبان، سد باب اجرای مصوبات مغایر شرع است، رئیس قوه قضائیه را هم می‌توان شورای نگهبان آرای خلاف شرع بین نامید.

۳. پیام ماده ۴۷۷ این است که رئیس قوه قضائیه با اعمال سازوکار اعاده دادرسی، مانع از اجرای رأی قطعی خلاف شرع بین هر یک از مراجع قضائی گردد. دیوان عالی

کشور، بی چون و چرا از شمار مراجع قضائی محسوب می شود. تبصره یک ماده مرقوم هم مؤید این معناست؛ تبصره ای که می گوید: «آرای قطعی مراجع قضائی اعم از حقوقی و کیفری، شامل احکام و قرارهای دیوان عالی کشور، سازمان قضائی نیروهای مسلح، دادگاه های تجدیدنظر و بدوی، دادسراها و شوراهای حل اختلاف می باشند.» اطلاق عبارت «احکام و قرارهای دیوان عالی کشور»، محل استشهاد و تمسک ما است. دلیلی برای تقیید چنین اطلاقی به آرای شعب دیوان و انصراف از آرای هیأت عمومی وجود ندارد.

اشکالی که ممکن است پیش آید این است که چنین پاسخی، رأی هیأت عمومی قضات کارکشته هیأت عمومی دیوان را در معرض نقد و نقض شعب خاص موضوع ماده ۴۷۷ با تعداد قضات محدودتر قرار می دهد؛ قضاتی که احتمالاً خود با نظر موافق در صدور رأی وحدت رویه ای که باید نقض کنند، مشارکت داشته اند. این لازمه با اصول و قواعد دادرسی سازگار نیست. قاعده این است که اولاً، قضاتی که در انشای آراء نقش داشته اند خود در رسیدگی مجدد به آنها مشارکت نمایند. ثانیاً، اگر قرار بر تعدد قضات باشد، قضات رسیدگی مجدد، بیشتر از قضات مراحل قبلی باید باشند، نه بالعکس. برای رفع این اشکال می توان گفت که برخلاف رأی هیأت عمومی، نظر قضات شعب خاص موضوع ماده ۴۷۷، مؤید و مستظهر به تشخیص رئیس قوه قضائیه به عنوان مجتهد و مقام عالی برخوردار از اختیارات قانونی است. به علاوه، پیشگیری از اجرای رأی وحدت رویه خلاف شرع، با هر سازوکاری و با هر لازمه قابل ایرادی، از اجرای آن بهتر است. به عبارت دیگر، ایراد اجرای آرای مخالف شرع، اساسی تر و غیر قابل اغماض تر است تا اشکال ناشی از لوازم و تبعات شکلی ارجاع رأی هیأت عمومی دیوان به قضات نشسته در شعب خاص آن مرجع.

نتیجہ گیری

واقعیت آن است کہ طبیعت نظام سیاسی حاکم بر کشور و بیان روشن قانون اساسی این است کہ قوانین و مقررات مغایر با موازین شرعی، اجازہ اجرا ندارند. از اینرو قوانین موضوعہ کشور، ہمہ تحت کنترل موازین شرعی ہستند. آرای مراجع قضائی اعم از مراجع تالی و عالی کہ نوعاً متضمن تفسیر قانون ہستند نیز منطقاً باید مقید بہ چنین موازین و معیارہایی باشند. آن چہ مقنن ملزم بہ مراعات آن است مفسر ہم موظف بہ ملاحظہ و مراعات آن است؛ و گرنہ قانون از مسیری کہ برای آن ترسیم شدہ است خارج خواہد شد. در این میان، مسؤولیت دیوان عالی کشور کہ وظیفہ نظارت بر اجرای صحیح قوانین در محاکم و ایجاد وحدت رویہ قضائی را بر عہدہ دارد، سنگین تر است. تأمل در رأی وحدت رویہ شماره ۷۹۵ دیوان، نشان از مغایرت آن با قاعدہ شرعی «التعزیر بما دُونَ الحدِّ» دارد. در این رأی، اطلاق قاعدہ مورد اشارہ کہ حکمت وضع آن کنترل کیفرگرایی قانونگذار و سختگیری کیفری قضات محاکم و حمایت از افراد در برابر آنهاست، فدای ظاہر عبارت مادہ ۱۳۷ قانون مجازات اسلامی و تفسیر لفظی آن شدہ است. چنین ترجیحی خلاف روح حاکم بر قانون اساسی و پیام های گاہ صریح و گاہ ضمنی قانونگذار عادی است. قانونگذار، جز در تعزیرات منافی عفت، ہمہ جا حداکثر مجازات شلاق تعزیری را ہفتاد و چہار ضربه تعیین کردہ و در تبصرہ مادہ ۹ قانون مبارزہ با مواد مخدر، در فرض تکرار جرم، اجازہ صدور حکم بہ بیش از ہفتاد و چہار ضربه شلاق ندادہ است. با تأمل در دلالت این دو شاہد عینی، معلوم می شود کہ در تمام فروض قانونی و قضائی، از جملہ در فرض تشدید مجازات تعزیری - خواہ از باب تکرار و خواہ بہ واسطہ تعدد - قانونگذار نحواستہ است شلاق تعزیری، چہ در مرحلہ کیفرگذاری قانونی و چہ در مقام کیفردہی قضائی، بیشتر از میزان مقرر برای حدود شرعی تعیین گردد. امروزہ اساساً انشاء و اجرای مجازات شلاق، خلاف اصول و مغایر با جہتگیری کلی نظام های

عدالت کیفری است. دیوان عالی کشور به توسعه دایره این کار غیر اصولی، کمک غیر قابل توجیهی کرده است. به حکم قانون، آرای وحدت رویه این مرجع عالی قضائی، در حکم قانون است؛ قانونی که از کنترل نهاد ناظر بر مصوبات دستگاه قانونگذاری یعنی شورای نگهبان، خارج می باشد؛ از اینرو در فرض مغایرت آن با بینات شرعی یا مسلمات فقهی، چاره کار اعمال ماده ۴۷۷ قانون آئین دادرسی کیفری و نقض آن از طریق رئیس قوه قضائیه است.

منابع

- قرآن کریم.

- امید، جلیل (۱۳۹۸)، **تفسیر قانون در حقوق جزا**، تهران: میزان.
- امید، جلیل (۱۳۹۹)، **مسئولیت دیوان عالی کشور در نظام مند سازی تفسیر قوانین کیفری**، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، ۱۴، ۱-۲۴.
- حرّانی، حسن بن شعبه (۱۴۰۴ق)، **تحف العقول عن آل الرسول**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۳۷۲)، **تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، ج ۲۸، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
- ابن ادریس حلّی، ابوجعفر محمد (۱۴۱۰ق)، **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن بابویه قمی (۱۴۱۳ق)، **من لایحضره الفقیه**، ج ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، **کتاب الخلاف**، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- غلامی، حسین (۱۳۹۰)، **تکرار جرم، بررسی حقوقی - جرم شناختی**، ج ۳، تهران: میزان.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۳۶۲)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۴۱، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- سایت مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی به نشانی اینترنتی:

موازن فقہی و تفسیر قضائی قوانین کیفری؛ نقد نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور... — ۹۸

- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۸-۱۳۵۸.

- قانون آئین دادرسی کیفری، ۱۳۹۴-۱۳۹۲.

- قانون مجازات اسلامی، ۱۳۹۹-۱۳۹۲.

- قانون مبارزه با مواد مخدر، ۱۳۹۶-۱۳۸۹ - ۱۳۶۷-۱۳۷۶

- Aaron X. Fellmeth and Maurice Horwitz (2011), **Guide to Latin in International Law**, Oxford University Press, Current Online Version.

- Black, Henry Campbell (1990), **Black's Law Dictionary**, 6th ed, west publishing company.

- **Constitution of the United States**, 1789.

- UN, **United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (UNCAT)**, 10 December 1984.

- Walker, David M (1989), **the Oxford companion to law**, Oxford, Clarendon press.