

منطقه کنترل شده رفتاری در سیاست جنایی اسلام

چکیده: «سیاست جنایی» در مفهوم موسع و حقوقی - اجتماعی خود (در مقابل مفهوم مضیق و معادل «سیاست کیفری») در دهه‌های اخیر مطرح و کم و بیش در کشورهای اروپای قاره‌ای به عنوان یک دیسپلین (رشته آموزشی - پژوهشی) نوین مورد قرار گرفته است.

از جمله مطالعاتی که در این قلمرو به عمل آمده عبارت است از این که، این مقوله، با بذل توجه به «عناصر نامتغیر» موجود در هر سیاست جنایی (جرم - انحراف و پاسخ دولتی - پاسخ اجتماعی) و «روابط» اساسی و فرعی موجود بین این عناصر، «تحلیل ساختاری» و «مدل‌بندی» شده است. در این روش بررسی، «جرم» به عنوان نقض هنجارهای لازم‌الاتباع غالباً حقوقی (نرماتیویته - باید بودن) و «انحراف» به عنوان نقض هنجارهای غالب اجتماعی یا حالت عدم تطابق با میانگین رفتاری (نرمالیت - وضعیت غالب موجود رفتاری) تعریف شده است. با توجه به فراگیر بودن هنجارهای حقوقی (احکام خمسّه تکلیفیّه) در اسلام، برای مطالعه سیاست جنایی اسلام تقسیم رفتارهای ناقض هنجار به «جرم» و «انحراف» - در مفاهیم یاد شده - چندان عملی نمی‌باشد. با این وجود، در نظام هنجاری اسلام رفتارهای کنترل شده از رفتارهای آزاد متمایز می‌باشند.

از اینرو، نگارنده این مقال، در راستای بررسی «سیاست جنایی اسلام» براساس روش تحلیل ساختاری، تقسیم‌بندی رفتارها را بر پایه تفکیک «منطقه کنترل شده رفتاری» و «منطقه آزاد رفتاری» در سیاست جنایی اسلام مناسب و عملی تشخیص داده و درصدد ارائه یک الگو و کادر مطالعاتی برای بررسی دو عنصر نخستین از عناصر سیاست جنایی اسلام برآمده است. از آنجا که مقصود از «منطقه کنترل شده رفتاری» منطقه‌ای است که نقض هنجار در آن توسط فرد حائز شرایط مسؤولیت کیفری با

ضمانت اجرای - اصولاً - کیفری مواجه می‌شود، در این کنکاش، منطقه کنترل شده رفتاری در اجتماع سه منطقه «الزام»، «مسئولیت» و «کیفر» دیده شده است. در این راستا، در این نوشته به عناصر، ارکان و نیز مسائل و موضوعات مربوط به هر یک از مناطق سه‌گانه تشکیل دهنده منطقه کنترل شده رفتاری در سیاست جنایی اسلام که باید در آموزش و پژوهش این بخش از سیاست جنایی اسلام بدانها پرداخته شود اشاره شده است؛ با این مقصود که این کنکاش چهارچوب و الگویی برای آموزش و پژوهش تفصیلی موضوع و زوایای مختلف آن فراهم آورد.

واژگان کلیدی:

الزام، مسئولیت، کیفر، کیفرزدایی، اختلاف آراء، تغیر، تنوع، انعطاف‌پذیری.

بستر سخن

دنیای غرب در طول تاریخ ناهمگون خود دو نظام هنجاری متضاد و دو دیدگاه کاملاً متغایر به خود دیده است: توتالیتاریسم جاهلی پاپی و شاهی که تا دو قرن پیش حاکم بود و هر کس (حتی صغار و مجانین و احياناً حیوانات) را برای انجام هر کاری ناخوشایند حاکمان، بدون تعریف و تحدید قانونی، سر می‌کوفت؛ و آنارشیزم و بی‌هنجاری، یا در شکل ظاهر فریب آن، «الغاگرایی» مطلق^۱ که در دهه‌های پایانی قرن بیستم میلادی از جایگزینی واژه‌های جرم، مجرم و مجرمیت با تعابیری چون «عمل قابل تأسف»، «رفتارهای نامطلوب»، «اشخاص درگیر» و «موقعیت‌های مسئله‌دار» و نیز از حذف جزا و حتی قضا سخن گفت.

با توجه به بیگانگی این‌گونه تئوری‌های نافی هنجار و هنجارمندی حقوقی یا ردکننده مطلق جرم‌انگاری و کیفررسانی پاره‌ای از هنجارشکنی‌ها از واقعیت‌های اجتماعی، چنین نظریه‌هایی بیشتر به هذیان‌گویی‌های منقطع از واقعیت‌های عینی به نظر می‌رسد که بیشتر عکس‌العمل تفریطی نامعقول در مقابل افراط‌های جاهلی قرون گذشته اروپاییان به شمار می‌آید. چرا که وجود هنجارهای لازم‌الاتباع و وجود نقض این هنجارها توسط بخشی از افراد جامعه، چنانکه ضرورت وجودی پاسخ کیفری جامعه به

پاره‌ای از این هنجارشکنی‌ها (به عبارت دیگر، وجود جرم و مجازات) لازمه حیات اجتماعی بشر بوده و قابل ردّ و تکذیب نمی‌باشد مگر در نظریه‌پردازی اوتوپیک. آنچه که واقعیت دارد این است که با گام نهادن اروپا در عصر «باززایش» و در قرن روشنگری (قرن هجدهم میلادی) و به‌طور اخصّ، پس از جنگ‌های هولناک اول و دوم بین‌الملل، با رواج هر چه بیشتر اندیشه‌های حقوق بشری و اولویت یافتن «آزادی»، به عنوان «نخستین دارایی و سرمایه انسانیت»، دایره ممنوعات رفتاری تنگ شده و دامنه آزادی‌های فردی گسترش پیدا کرده و نظام هنجاری و مبانی و قلمرو آن تحول یافته است. توسع مفهومی «سیاست جنایی» و رواج نسبی تاکتیک‌هایی از قبیل «جرم‌زدایی»، «کیفرزدایی» و «فضازدایی» محصول این تحول عمده در نظام هنجاری لاییک - لیبرال غربی بوده است.

به طوری که در مقالی مستقل توضیح داده‌ایم، استاد برجسته فرانسوی، مادام دلماس - مرتی، براساس و در ادامه این تحول، تحلیل ساختاری سیاست جنایی و مدل‌بندی آن را مطرح و در آثار خود پی‌گیری نموده است. در این راستا، وی با تقسیم‌بندی «پدیده مجرمانه» به «جرم» و «انحراف»، این دو عنصر را در کنار دو عنصر دیگر، «پاسخ دولتی» و «پاسخ اجتماعی»، عناصر نامتغیر در هر سیاست جنایی دانسته و براساس روابطی که بین این عناصر چهارگانه وجود دارد سیاست جنایی را به پنج مدل تقسیم کرده است. این تئورسین نامدار سیاست جنایی در ردّ دیدگاه جنبش العاقرایی، مبنی بر جایگزینی واژگان جرم و مجرمیت با تعابیری چون «موقعیت‌های مسئله‌دار»، اشکال آن را در ادغام و تداخل همه موقعیت‌های نقض هنجار در این «زبان جدید» دانسته و گفته است که ضرورت و اهمیت دارد که، با تفکیک دو مفهوم جرم و انحراف، منطقه کنترل شده رفتاری از منطقه آزاد رفتاری متمایز و منفک شود. (۱)

ما در روند مطالعه «سیاست جنایی اسلام»، در مفهوم موسع سیاست جنایی و براساس روش تحلیل ساختاری، در بررسی «رفتارهای ناقض هنجار» در این سیاست جنایی، به جای تقسیم‌بندی «پدیده مجرمانه» به «جرم» و «انحراف»، با انتخاب اصطلاح «منطقه کنترل شده رفتاری»، در مقابل منطقه آزاد رفتاری (که استاد دلماس - مرتی تمایز

هنجار را تحت عنوان «منطقه کنترل شده رفتاری» مطالعه کرده‌ایم. چرا که با توجه به فراگیر بودن هنجار حقوقی (احکام خمسۀ تکلیفیه) در نظام هنجاری اسلام، تقسیم هنجار (نرم) به نرماتیویته (باید بودن) و نرمالیت (وضعیت غالب رفتاری فاقد الزام و ضمانت اجرای حقوقی) و در نتیجه، تقسیم هنجارشکنی به جرم (نقض نرماتیویته) و انحراف (نقض نرمالیت) در سیاست جنایی اسلام چندان عملی نمی‌باشد. در عین حال، در سایه اصل قانونی بودن جرم و مجازات، منطقه کنترل شده و منطقه آزاد رفتاری در این سیاست جنایی متمایز و قابل بررسی و شناسایی می‌باشند.

حال که با این بیان مقدماتی انگیزه انتخاب عنوان بحث و نیز جایگاه پژوهش درباره «منطقه کنترل شده رفتاری» در یک کنکاش کلی و جامع راجع به سیاست جنایی اسلام دانسته شد، به عناصر تشکیل دهنده این منطقه می‌پردازیم.

مقصود از «منطقه کنترل شده رفتاری» منطقه هنجارانگاری شده حقوقی است که با ضمانت اجرای کیفری «دنیوی» حمایت شده است. افعال و تروک فعلی که مستوجب مجازات (در معنای اعم) می‌باشند در این منطقه قرار دارند. بر این اساس، برای تحقق و تشکیل این منطقه باید سه عنصر جمع باشند: اولاً، فعل یا ترک فعل به صراحت قانونی الزامی باشد؛ ثانیاً، فاعل یا تارک فعل از نظر کیفری مسؤول شناخته شود؛ و ثالثاً، برای تخلف از الزام مجازات پیش‌بینی شده باشد. بنابراین، منطقه کنترل شده رفتاری در سیاست جنایی اسلامی از جمع سه منطقه تشکیل می‌شود: منطقه الزام (الف)، منطقه مسؤولیت (ب) و منطقه مجازات (ج).

الف. منطقه الزام

مسائل عمده‌ای که در بررسی منطقه الزام در سیاست جنایی اسلام قابل توجه می‌باشند عبارتند از:

نخست، تجزیه احکام فراگیر تکلیفی (هنجارهای حقوقی) به احکام الزام‌آور، احکام غیر ملزومه و احکام اباحه. احکام ملزومه عبارتند از احکام خاص یا عام مفید و خوب یا حرمت انجام عملی، با وعده ثواب بر طاعت و فرمانبری و وعید عقاب بر معصیت و

ترجیح ترک بر فعل، بدون افاده الزام و بدون وعید عقاب بر تخطی، فعل یا ترک فعل را توصیه می‌کنند؛ و بالاخره، احکام اباحه احکام خاص یا عمومات و اطلاقات و قواعدی است که جواز و اباحه عملی را - به حکم اولی یا ثانوی - افاده می‌کنند. با این تفصیل دانسته می‌شود که در سیاست جنایی «تقنینی» اسلام دو منطقه رفتاری وجود دارد که با حاکمیت «اصل قانونی بودن» در این سیاست، از یکدیگر متمایز می‌باشند: منطقه کنترل‌شده (واجب و حرام)، مستند به قوانین الزام‌آور و منطقه آزاد (مستحب، مکروه و مباح)، مستند به احکام مرجحه غیرملزومه و احکام اباحه. در منطقه آزاد رفتاری قانون‌گذار اسلامی شهروندان را در انتخاب روش زندگی آزاد گذاشته و در منطقه کنترل‌شده فعل یا ترک پاره‌ای از افعال را لازم دانسته و با پیش‌بینی ضمانت اجرای کیفری آزادی‌های فردی را در محدوده این الزامات محدود نموده است.

دومین مسئله‌ای که در مبحث منطقه الزام از دیدگاه سیاست جنایی قابل توجه می‌باشد عبارت از این است که آیا احکام و قوانین الزام‌آور در سیاست جنایی اسلام همواره واحد و ثابت و دگماتیک می‌باشند و نتیجتاً گستره منطقه الزام در سیاست جنایی اسلام لایتغیر می‌باشد، یا اینکه قلمرو الزام در این سیاست جنایی مختلف، متغیر و انعطاف‌پذیر می‌باشد؟

واقعیت این است که احکام ملزومه شرعی نزد همه طوایف مسلمین، نزد همه اهل نظر و فقیهان، در همه ازمه و امکانه و در کلیه اوضاع و احوال یکی نیست و منطقه الزام در سیاست جنایی اسلام از جهات متعدد دارای اختلاف وسعه و ضیق است.

مهم‌ترین جهات و موجبات این اختلاف و تنوع عبارتند از: اختلاف آراء فقهی براساس اختلاف مذاهب فقهی یا به لحاظ اختلاف استنباطات فقهی مجتهدان و مفتیان، انطباق‌پذیری احکام شرعی در مقابل مقتضیات زمانی و مکانی، و نیز انطباق آنها با وضعیت‌های مختلف و متفاوتی که مکلف در آن قرار می‌گیرد.

در مقاله‌ای تحت عنوان «نظام هنجاری در سیاست جنایی اسلام» که پیش از این از راقم این سطور نشر یافته است،^(۲) پس از بیان اجمالی «مبانی نظری»، «قلمرو» و «منابع» هنجارانگاری در نظام هنجاری اسلام، به تناسب و اقتضای بحث، منطقه الزام در

اینجا با اکتفا به اشاره‌ای که به مسائل مطرح و قابل توجه در مبحث «منطقه الزام» نمودیم خواننده گرامی را به دیدن آن نوشته و جمع آن با مقاله حاضر، برای شناخت «منطقه کنترل شده رفتاری» در سیاست جنایی اسلام توصیه می‌کنیم و به دو منطقه دیگر، «مسئولیت» و «مجازات» می‌پردازیم.

ب. منطقه مسئولیت

منطقه کنترل شده رفتاری با طبیعت سرکوبنده و کیفری پاسخ به رفتار ناقض هنجار حقوقی شناخته می‌شود. بنابراین، پس از شناخت «منطقه الزام» باید «منطقه مسئولیت کیفری» در سیاست جنایی اسلام بررسی شود تا با مشخص نمودن «کسانی» که در منطقه کنترل شده رفتاری قرار می‌گیرند، شناسایی این منطقه را در سیاست جنایی اسلام پی گیریم.

همانند رابطه منطقه الزام با منطقه کنترل شده رفتاری، بین منطقه مسئولیت و منطقه کنترل شده رفتاری رابطه مثبت وجود دارد. به این معنا که هر چقدر منطقه مسئولیت گسترده‌تر و شامل افراد بیشتری باشد، منطقه کنترل شده رفتاری گسترده‌تر است و هر چه منطقه مسئولیت محدودتر باشد منطقه کنترل شده رفتاری - به لحاظ محدودیت دامنه شمول و فراگیری - محدودتر است. برعکس، در یک رابطه منفی، هر چه شرایط مسئولیت کیفری بیشتر و سخت‌تر باشد و هر چه موارد عدم یا رفع و سقوط مسئولیت کیفری بیشتر باشد، منطقه کنترل شده رفتاری کوچکتر و محدودتر خواهد بود. با بررسی شرایط مسئولیت کیفری حدود و ثغور منطقه مسئولیت جزایی شناخته می‌شود. این شرایط بر دوگونه است: شرایط مربوط به شخص فاعل (ب - ۱) و شرایط مربوط به ارتکاب فعل (ب - ۲).

ب - ۱. شرایط مربوط به شخص فاعل

مقصود شرایطی است که به‌طور کلی وجود آنها در شخص فاعل عمل مسئولیت‌زا اعتبار شده است. این شرایط عبارت است از صفاتی که مسؤل شناخته شدن فاعل

مسئولیت کیفری را مشخص می‌کند و با بررسی آنها کسانی که در «منطقه مسئولیت» قرار دارند شناخته می‌شوند. این شرایط یا صفات عمدتاً عبارتند از: «بلوغ»، «عقل» و «ایمان».

ب ۱-۱. بلوغ

برای توجه مسئولیت کیفری به شخص باید او از مرحلهٔ بچگی و خردسالی گذشته و به حد نصابی از کمال بدنی و ذهنی رسیده باشد تا بتوان رفتار او را انتخابی دانست و او را در افعال و کردارش مرید و مختار شناخت. وجود مسئولیت کیفری فرع بر وجود «تکلیف» است و تکلیف در زمانی متصور و معقول است که مکلف با رسیدن به رشد کافی جسمانی و روانی آمادگی درک و تحمل آن را داشته باشد. این زمان، زمان یا حد بلوغ شناخته می‌شود و به لحاظ اینکه رسیدن به سن معینی نشانهٔ رسیدن به این حد دانسته می‌شود آن را «سن بلوغ» می‌نامند.

بی‌شک، بلوغ امری تکوینی است و با «رسیدگی» جسمی و روانی حاصل می‌شود. در شرع، برخی تحولات جسمی (خروج منی، رویش موی زیر برعانه، قاعدگی و حمل) یا رسیدن به سن مشخصی امارات ورود به مرحلهٔ بلوغ دانسته شده است. بروز علائم جسمانی بلوغ بر حسب افراد و نژادها و اقوام یا حتی اماکن و سرزمین‌های مختلف می‌تواند در سنین مختلف پدید آید. از این رو برخی از فقیهان در تعیین سن واحدی به عنوان ملاک فراگیر شناسایی حد بلوغ تردید نموده و بر تکوینی بودن امر بلوغ تأکید کرده‌اند. (۳)

اما به نظر غالب فقیهان، سن خاصی سن بلوغ شناخته می‌شود. اما در تعیین این سن اختلافات فاحشی بین مکاتب مختلف فقهی و احیاناً فقهای یک مکتب وجود دارد. در فقه امامیه نظر مشهور بر آن است که سن بلوغ برای پسران پانزده سال قمری تمام و برای دختران نه سال تمام است (قانونگذار اسلامی در ایران از این نظر پیروی نموده است - تبصره یکم ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی). اکثر فقهای اهل سنت پانزده سال را برای پسر و دختر سن بلوغ دانسته‌اند. ابوحنیفه سن بلوغ را برای دختر و پسر هجده سال و، در

مشهور آن است که سن بلوغ دختر و پسر هجده سال است و به نظر بعضی از مالکيه سن بلوغ هر دو نوزده سال است. (۴)

ملاحظه می شود که تفاوت اقوال در مذاهب و آراء مختلف درباره سن بلوغ بسیار فاحش است. این اختلاف آراء درباره سن بلوغ به معنای اختلاف آراء درباره حدود «منطقه مسؤولیت» در سیاست جنایی اسلام می باشد. چنانکه پانزده سال برای پسر و نه سال برای دختر سن بلوغ یا سن تکلیف دانسته شود منطقه مسؤولیت کیفری گسترده و در صورتی که هجده یا نوزده سال سن بلوغ شناخته شود منطقه مسؤولیت به گونه ای قابل توجه محدودتر خواهد بود و افراد کمتری را شامل می شود.

اینکه بلوغ شرط تکلیف و توجه مسؤولیت کیفری است، در فقه اسلامی اجماعی و مورد اتفاق همگان است. مع الوصف، در مورد نابالغ ممیز، هنگامی که مرتکب برخی از افعال حرام (از قبیل زنا، لواط و سرقت) می شود، فقهای اسلامی نوعی «تأدیب» را مقرر کرده اند. (۵) گذشته از اینکه این تأدیب عنوان کیفری تعزیر را داشته یا نداشته باشد، در هر حال نوعی مسؤولیت کیفری تخفیف یافته در مورد برخی جرایم ارتکاب شده توسط نابالغ ممیز (که آزاد گذاشتن مطلق او در ارتکاب آن جرایم تبعات تربیتی و شخصیتی در پی دارد) به شمار می آید. در شناسایی منطقه مسؤولیت کیفری در سیاست جنایی اسلام، مطالعه مسؤولیت کیفری صغیر ممیز در ارتکاب پاره ای از جرایم لازم و مؤثر است.

در بعضی مواد صغر سن طرف ارتکاب جرم موجب رفع مسؤولیت کیفری است. چنانکه نزد ابوحنیفه و شافعی زناى زن با پسر نابالغ مستلزم هیچ مجازاتی برای زانی و زانیه نیست (۶) و مطابق تبصره ماده هشتاد و سوم قانون مجازات اسلام، زناى زن شوهردار با پسر نابالغ زناى محصنه محسوب نمی شود. نگاهی به این مسئله در این مبحث بی مناسبت نیست.

ب ۱-۲. عقل

شرط «بلوغ» مستقیماً به رشد و رسیدگی جسمی مربوط است و با بروز علائم بدنی

او قادر به انتخاب رفتار و دارای قوه اراده و قصد در کردار خود باشد. بدین لحاظ، علاوه بر رسیدن به مرحله بلوغ جسمانی، در حقوق اسلامی بهره‌مند بودن از «عقل» نیز جزء شرایط عامه تکلیف شناخته شده است. در واقع مقصود از این شرط این است که مکلف باید به حدی از رشد ذهنی رسیده باشد که دارای قوه تمیز رفتاری و قادر به انتخاب، اراده و قصد باشد. با مشروط بودن تکلیف و مسؤلیت کیفری به شرط عقل، تمامی شعب و مصادیق فقدان تمیز و انتخاب موجب انتفای مسؤلیت کیفری است.

جنون مصداق بارز بی‌عقلی و فقدان قوه تمیز و انتخاب است و در منابع فقهی و اقوال فقهاء و - به تبع آن - در قانون مجازات اسلامی ایران (ماده ۵۱) موجب عدم مسؤلیت شناخته شده است. اعمال ارتكابی در حالت جنون و در موارد و حالات دیگر فقدان قوه تمیز و انتخاب، مانند حالت خواب یا بیهوشی، از منطقه مسؤلیت جزایی خارج است و در این باره تردید و اختلافی در فقه اسلامی وجود ندارد. البته در تبصره یکم ماده پنجاه و یکم قانون مجازات اسلامی آمده است: «در صورتی که تأدیب مرتکب [مجنون] مؤثر باشد به حکم دادگاه تأدیب می‌شود.» پیداست که در صورتی تأدیب مرتکب مختل‌المشاعر می‌تواند مؤثر فرض شود که او به کلی از «تمیز» و «قصد» محروم نباشد. چنانکه در مورد زانی مجنون نیز، با تعلیل به اینکه ارتکاب زنا از جانب مرد (که فاعل است) جز با «تشخیص» و «قصد» محقق نمی‌شود، بعضی از فقیهان قائل به جریان حد می‌باشند. (۷)

در این مبحث دو مسئله باید به تفصیل بررسی شود:

نخست، مسؤلیت کیفری شخص مست، که با شرب یا استعمال مسکر عقل و تمیز خود را از دست داده، در مورد اعمال ارتكابی او در حال مستی. اقوال فقیهان مکاتب مختلف فقهی در این باره چندان هماهنگ نیست. در قانون مجازات اسلامی (مواد ۵۳ و ۲۲۴) به تبع قول مشهور امامیه در صورتی که مستی به قصد ارتکاب جرم حاصل نشده باشد و شخص مست به کلی مسلوب‌الاراده شده باشد، جرم ارتکاب شده در حال مستی موجب مجازات دانسته نشده است.

دوم، مسؤلیت کیفری مبتلایان به اختلالات شخصیتی، روان‌پریشی و بیماری‌های

شود، در رفتارهای خود به نوعی دستخوش توهمات کاذب و هیجانات آنی بوده و از اراده کامل برخوردار نیست. چنانکه این‌گونه موارد نیز در شمار موارد فقدان تمیز و انتخاب، و نتیجتاً خارج از منطقه مسؤلیت کیفری دانسته شود، این منطقه محدود و شامل افراد کمتری خواهد بود. اما اگر وجود اراده را، بدون توجه به عوامل محرک، در وجود مسؤلیت کیفری کافی بدانیم و مبتلایان به اختلالات شخصیتی - عصبی را در اعمال و رفتارشان مسلوب‌الاراده نشناسیم و از نظر کیفری مسؤل بدانیم، منطقه مسؤلیت جزایی، و در نتیجه منطقه کنترل شده رفتاری وسیع‌تر خواهد بود.

ب ۱-۳. ایمان

در کتب فقهی و اصولی این بحث مطرح بوده است که آیا تکلیف به فروع دین مترتب بر قبول و باور داشتن اصول دین است و خطابات شرعی مربوط به فروع در طول خطابات دینی مربوط به اصول می‌باشد، یا آنکه به موازات تکلیف به اعتقاد به اصول دین همگان مکلف و ملزم به عمل به فروع دین نیز می‌باشند؟ آیا کفار - همان‌طور که مکلف به اعتقاد به اصول هستند - مکلف به انجام فروع نیز می‌باشند یا نه؟

در پاسخ به این پرسش اقوال فقها مختلف است و این اختلاف اقوال موجب اختلاف در منطقه مسؤلیت کیفری، از نظر شمول یا عدم شمول کفار ساکن زیر پرچم اسلام، می‌باشد.

در فقه امامیه نظر غالب این است که همان‌طور که کفار مکلف به اصول می‌باشند مکلف به فروع نیز می‌باشند. (۸) فراگیر بودن خطابات شرعی از دیدگاه قائلان بدان بیشتر ناظر بر مسؤلیت اخروی همگانی در مقابل اصول و فروع دینی است و به اتفاق فقها کفار - حداقل در بخشی از رفتارهایشان - به تبعیت از الزامات شرعی اجبار نمی‌شوند و از مسؤلیت کیفری مبرا می‌باشند. تردید و اختلافی در این نیست که کفار به تخلف از واجبات و ممنوعات عبادی شرع اسلام مؤاخذه نمی‌شوند و در رفتارهای شخصی - تا جایی که به نظم و منافع عمومی مربوط نمی‌شود و جو اسلامی حیات اجتماعی را مختل نمی‌سازد - آزاد می‌باشند. از باب مثال، غیرمسلمین به خودداری از

(تبصره ماده ۱۷۴ قانون مجازات اسلامی) و نیز «مَنْ عَمِلَ بِالسَّحْرِ يُقْتَلُ إِنْ كَانَ مُسْلِمًا وَ يُؤَدَّبُ إِنْ كَانَ كَافِرًا بِإِخْلَافِ أَجَدِهِ فِيهِ.» (۹)

در فقه عامه درباره حدودی که بر اهل ذمه جاری می‌شود اقوال مختلف است. «فقه‌های حنفی بر آن هستند که، جز حد رجم در زنا، محصن، حدود بر اهل ذمه اقامه می‌شود. فقط ابویوسف اسلام را شرط در تحقق احصان نمی‌دانست و به نظر او زانی محصن ولو کافر رجم می‌شود. ابوحنیفه، خود، قائل به اقامه حد شرب مسکر بر ذمی نبود؛ با این استدلال که شرب خمر نزد ایشان مباح است و جرم نیست و اگر نزد ما حرام است ما از تعرض به ایشان و باورهایشان نهی شده‌ایم... مالک به اقامه حد زنا و حد شرب خمر بر اهل ذمه قائل نبود... او به اقامه حد سرقت بر اهل ذمه قائل بود، چرا که سرقت فساد در زمین محسوب است و نباید دست اهل ذمه در آن باز گذاشته شود... شافعیه و ظاهریه بر جریان تمام حدود بر اهل ذمه، همانند مسلمین، قائل بودند...» (۱۰)

در هر حال، حتی بنا بر قول به جریان تمام حدود بر کفار، بسیاری از جرایم و معاصی قابل تعزیر برای کافران مقیم در جامعه اسلامی مسؤولیت کیفری در پی ندارد. در نتیجه «ایمان» در سیاست جنایی اسلام قید دیگری است که منطقه مسؤولیت کیفری با آن محدود و مقید می‌شود.^۱

این بحث در مورد احوال شخصیه پیروان مذاهب مختلف اسلامی نیز، در صورتی که مستلزم نقض هنجاری لازم‌الرعایه بر اساس مذهب حاکم باشد، می‌تواند جریان داشته باشد.

در اینجا بی‌مناسبت نیست یادآور شود که در تعریف برخی از جرایم قیود و شرایطی در شخص مجنی علیه اعتبار شده است که تحقق جرم یا نوع مجازات بسته به وجود یا عدم آن شرط می‌باشد. مثلاً برای تحقق جرم قذف شرط شده که مقذوف بالغ و مسلمان باشد و فرزند قاذف نباشد (مواد ۱۴۷ و ۱۴۹ ق.م.ا.). یا اینکه برای حکم به قصاص نفس شرط است که قاتل پدر مقتول نباشد (ماده ۲۲۰ ق.م.ا.). یا اینکه اجرای حد سرقت مشروط به این است که سارق پدر مسروق منه نباشد (ماده ۱۹۸ ق.م.ا.). این قیود در واقع

در عنصر قانونی جرایمی مشخص اخذ شده و از جمله شرایط کلی مربوط به فاعل برای تحقق مسؤلیت کیفری شمرده نمی شود.

ب - ۲. شرایط مربوط به ارتکاب فعل

مقصود از شرایط مربوط به «شخص فاعل» شرایط ثابتی بود که بدون توجه به انجام یا ترک فعل خاصی باید در شخص فاعل وجود داشته باشد تا بتوان او را از نظر کیفری مسؤل شناخت. در این قسمت، گذشته از بررسی عنصر مادی فعل - یا ترک فعل - جرم انگاری شده، شرایط ارتکاب فعل بررسی می شود؛ یعنی شرایطی که باید مقارن انجام عمل ممنوع یا ترک فعل واجب وجود داشته باشند تا مسؤلیت جزایی متوجه شخص فاعل یا تارک بشود. شخص فاعل حائز شرایط فاعلی با جمع شرایط مربوط به ارتکاب عمل مجرمانه مسؤل کیفری شناخته می شود و صرف جمع شرایط مربوط به فاعل، برای توجه مسؤلیت کیفری کافی نیست. در یک کلام می توان وجود تخلف از یک الزام شرعی با قصد تخلف را تنها شرط تحقق مسؤلیت جزایی در سیاست جنایی اسلام دانست (تمام عوامل عدم یا رفع مسؤلیت کیفری به فقدان قصد مجرمانه بر می گردند). بنابراین باید تخلف تحقق خارجی بیابد^۱ و این تحقق خارجی توأم با قصد ارتکاب تخلف باشد تا متخلف از نظر کیفری مسؤل شناخته شود.

قصد تخلف، یا «قصد مجرمانه» در صورتی تحقق می یابد که اولاً، شخص متخلف به ممنوعیت عمل ارتكابی علم داشته باشد، ثانیاً، در انجام عمل عامد و به ارتکاب نباشد. بنابراین شرط وجود قصد مجرمانه به سه شرط منحل می شود: علم (ب ۲-۱)، عمد (ب ۲-۲) و اختیار (ب ۲-۳).

۱. در اینجا مناسبت دارد بحث «تجرّی» مطرح و آیات و روایات معارض که برخی بر عقاب بر «نیت»

دلالت و ناهماهنگی، دیگر به عدم عقاب و صرف قصد دلالت می کند. پس شده نده از جمله، تنبیه او. مقام

ب ۲-۱. علم

قصد و اراده آزاد ارتکاب عملی ممنوع (شامل ترک فعل) زمانی وصف مجرمانه به خود می‌گیرد که شخص قاصد به ممنوعیت قانونی عمل (حکم) و به اینکه عمل ارتكابی او مصداق عمل ممنوع است (موضوع) واقف و بدان آگاهی داشته باشد. بنابراین، ترتب مسؤولیت کیفری بر ارتکاب عمل ممنوع مشروط به علم مرتکب به حکم (ب ۲-۱-۱) و به موضوع (ب ۲-۱-۲) می‌باشد.

ب ۲-۱-۱. علم به حکم

از آنجا که نفوذ و اعتبار قانون و نقش سازنده و مفید آن در حفظ ارزش‌های پذیرفته شده اجتماع و در حفظ منافع جامعه و نظم آن در آن است که اعتبار فراگیر داشته و همه شهروندان را شامل بشود و راه‌گزینی از حکومت آن نباشد، شرط «علم به قانون» برای تحقق مسؤولیت کیفری با «کارایی» قانون سازگار به نظر نمی‌رسد.

در غرب، دولت موظف به نشر رسمی قانون است و پس از آن آگاهی یافتن از قانون به مردم (شهروندان) مربوط است و قاعده «هیچ‌کس جاهل به قانون فرض نمی‌شود.»^۱ حاکم می‌باشد و ادعای جهل به قانون مسموع و مؤثر نیست. «قاعده فرض علم همگانی به قانون هم در قلمرو حقوق مدنی و هم در قلمرو حقوق کیفری جریان دارد، اما در قلمرو جزایی با شدت بیشتری اعمال می‌شود و با رفع مسؤولیت به استناد عذر جهل به قانون مقابله می‌کند. در حال حاضر جهل به قانون هیچ اثری بر مسؤولیت نمی‌گذارد. چه در مورد جرایم عمدی و چه در مورد جرایم غیرعمدی، مسؤولیت کیفری بتمامه برای مدعی جهل به قانون محقق است.» (۱۱)

پیدا است که با حکومت مطلقه قاعده فرض علم همگانی به قانون و عدم فرض وجود جاهل به قانون، مسؤولیت کیفری مشروط به علم به قانون نیست و در نتیجه، منطقه مسؤولیت از این زاویه گسترده است و جاهلان به قانون را نیز فرا می‌گیرد. اما اگر علم به قانون شرط مسؤولیت کیفری دانسته و وجود جاهل به قانون پذیرفته و ادعای جهل به

قانون مؤثر در رفع مسئولیت دانسته شود، بی‌خبران از قانون از منطقه مسئولیت کیفری خارج، منطقه مسئولیت کیفری و - نتیجتاً - منطقه کنترل‌شده رفتاری محدودتر خواهد بود.

در نظام اسلامی، با تشریح تکلیف همگانی امر به معروف و نهی از منکر و تشویق به نفع در دین، تبلیغ رسالات‌الله، توأسی به حق و امثال این روش‌های نشر و ترویج معارف و احکام دینی، فرض علم همگانی به قانون تا حدود زیادی وجود داشته است. بدین لحاظ فقیهان اسلامی گفته‌اند: «لا یقبل فی دارالاسلام العذرُ بجهل الاحکام». بر این اساس، ادعای جهل به حکم از جانب شهروندانی که در مجتمع اسلامی اقامت دارند و عادتاً از واجبات و محرمات آن جامعه آگاه می‌باشند مسموع نیست. مع الوصف، اعتبار این اصل در سیاست جنایی اسلام تا آنجا مطلق و کلی نیست که موجب اجرای مجازات بر کسانی باشد که صدق ادعای جهلشان به حکم محتمل است. در موارد «احتمال» صدق مدعی جهل قصوری یا تقصیری ناشی از عدم‌التفات (۱۲) از اصل عدم استماع عذر جهل به حکم عدول شده و عذر جهل به حکم می‌تواند موجب رفع مسئولیت کیفر گردد تا - حتی به قیمت گریز مدعیان دروغین جهل به حکم از کیفر به حق شرعی - مدعیان صادق جهل به حکم، به ناحق و غیر عادلانه کیفر نشوند.

فقها با استناد به ادله متعدد از کتاب و سنت که بر عدم مسئولیت کیفری جاهل به حکم دلالت می‌کنند، و به موجب قاعده درء حدود به شبهات، صرف «احتمال» صدق مدعی جهل به حکم را برای عدم توجه مسئولیت کیفری به او کافی دانسته‌اند. (۱۳) مقنن اسلامی در ایران، به تبع دیدگاه فقهی، در بعضی موارد تصریح به شرط علم به حکم کرده است. چنانکه در موارد ۶۴، ۶۶ و ۱۹۸ ثبوت حد زنا و سرقت را مشروط به علم به حکم نموده است. این به معنای حصر موارد شرط علم در موارد مصرح نیست و در موارد غیر مصرح نیز جهل به حکم، چنانکه جاهل مقصر ملتفت نباشد، رافع مسئولیت کیفری است. به این ترتیب، ملاحظه می‌شود که شرط علم به حکم برای تحقق مسئولیت کیفری در سیاست جنایی اسلام، به سهم خود دایره مسئولیت کیفری و - در نتیجه - منطقه کنترل‌شده رفتاری را محدود می‌سازد.

ب ۲-۱-۲. علم به موضوع

در آغاز این قسمت لازم است دو مفهوم «شبهه موضوعی» و «خطا» تحلیل و وجوه اشتراک و افتراق آنها روشن شود؛ چراکه از نظر مفهومی این دو اصطلاح به هم نزدیک و احیاناً دارای مصادیق مشترک می‌باشند.

برخلاف جهل به حکم، که در حقوق کیفری غربی عذر مسموع و رافع مسؤولیت جزایی شمرده نمی‌شود، در این نظام حقوقی، «شبهه موضوعی»^۱ در مورد یکی از جوانب جرم می‌تواند، در برخی موارد و تحت شرایطی، موجب تبدیل جرم از جنایت به جنحه‌ای ساده بشود، یا جرم را کلاً منتفی سازد و موجب عدم مسؤولیت کیفری گردد. در اینجا وضعیت در جرایم عمدی و غیرعمدی متفاوت است. (۱۴)

در فقه اسلامی نیز مسئله شبهه موضوعی مطرح بوده و نافی مسؤولیت جزایی شناخته می‌شده است. برخی از مصادیق شبهه موضوعی به اتفاق آراء نافی مسؤولیت کیفری است. چنانکه سرقت به توهم مالکیت، و طی اجنبیه به شبهه حلیت و شرب خمر با جهل به خمیریت مسؤولیت کیفری در پی ندارد. (۱۵)

اما پاره‌ای از مصادیق شبهه موضوعی مورد اتفاق نیست. (۱۶) چنانکه مثلاً «شبهه عقد» نزد ابوحنیفه داره حد بوده و در سایر مذاهب داره دانسته نمی‌شود. (۱۷) بسته به موارد شبهه موضوعی که در هر مکتب فقهی یا نزد هر فقیه نافی مسؤولیت کیفری دانسته شود، منطقه مسؤولیت کیفری در سیاست جنایی اسلامی از این جهت متغیر و مختلف می‌باشد. اما در هر حال، نظر به اهمیت درجه اول «نیت» در ارزش‌گذاری اعمال (انما الاعمال بالنیات) و اینکه در نظام کیفری اسلام، ملاک اصلی تحقق مسؤولیت کیفری «سوءنیت» یا «قصد مجرمانه» است، موارد تأثیر شبهات موضوعی در نفی مسؤولیت جزایی و - نتیجه - محدودیت منطقه مسؤولیت کیفری بسیار متعدد می‌باشد. ناگفته نماند که در سیاست کیفری اسلام، در جهت جرم‌انگاری عملی که عنصر مادی آن محقق شده، به «سوءنیت» اهمیت و اعتبار اساسی داده شده؛ بدون آنکه سوءنیت محض، بدون تحقق عنصر مادی عمل مجرمانه، قابل مجازات دانسته شود.

بنابراین، در صورتی که شبهه موضوعی موجب پیدایش قصد مجرمانه در ارتکاب عمل بشود، اما عمل ارتكابی در واقع جرم نباشد (مانند اینکه کسی مایع حلالی را به توهم خمیریت بنوشد) موجب مسؤلیت کیفری نخواهد بود. به عبارت دیگر، شبهه موضوعی منتهی به ارتکاب عمل ممنوع رافع مسؤلیت جزایی است، اما شبهه موضوعی که موجب توهم ممنوعیت عمل ارتكابی و «تجری» مرتکب باشد، موجب مسؤلیت کیفری نمی باشد.

ب ۲-۲. عمد

تحقق «قصد مجرمانه» علاوه بر علم به ممنوعیت فعل یا ترک فعل ارتكابی یا متروک، مستلزم «عمد» در فعل یا ترک نیز می باشد. در کلیه نظام های حقوق کیفری، مسؤلیت جزایی به وجود عمد در ارتکاب (شامل فعل و ترک) مشروط شده است.

از آنجا که عمد و اراده فرع بر وجود قوه تمیز عقلانی (از شرایط ثابت معتبر در شخص فاعل) می باشد، با شرط «عمد» اعمال و افعال غیر عقلانی و غیر مقصود دیوانه، نابالغ غیر ممیز و شخص مست از دایره مسؤلیت کیفری خارج می شود. به علاوه، اعمال ارتكابی توسط اشخاص بالغ و عاقل در حالت های فقدان کلی قصد و بی ارادگی کامل، مانند حالت های خواب و بیهوشی نیز از منطقه مسؤلیت خارج است. خروج این موارد از منطقه مسؤلیت کیفری مورد اتفاق همگان است.

اما در حوزه این شرط نیز زمینه هایی برای تردید و اختلاف وجود دارد که موجب عدم ثبات حدود منطقه مسؤلیت کیفری، یا شدت و ضعف آن، از جهت مشروط بودن به «عمد»، بر اساس انتخاب های مختلف قانون گذاری می باشد. این زمینه های تردید و اختلاف به موارد ذیل مربوط می شود:

۱. مواردی که در تحقق عمد وجود «قصد عام» کافی و وجود «قصد خاص» مفروض دانسته می شود؛ میزان «جرایم مطلق» که صرف نظر از حصول یا عدم حصول نتیجه جرم انگاری شده اند، در مقایسه با «جرایم مقید» که در آنها حصول نتیجه از مقومات ماهیت جرم دانسته شده است.

عمد محدودتر و در نتیجه منطقه مسؤولیت جزایی محدودتر خواهد بود؛ و هر چه این موارد کمتر و موارد کفایت وجود قصد عام بیشتر باشد، تحقق شرط «عمد» بیشتر و منطقه مسؤولیت جزایی وسیع‌تر خواهد بود.

در سیاست جنایی اسلام، که اصل «أثماً الأعمال بالنیات» حاکم است، گرایش کمتری به جرم‌انگاری و مجازات جرایم مطلق دیده می‌شود و می‌توان گفت در این سیاست جرایم عمدۀ از نوع جرایم مقید می‌باشند. گو اینکه مثلاً در مورد جرم عمدی قتل، در صورتی که قاتل قاصد نتیجه نبوده اما عمل او عادهً مهلک بوده، قصد خاص مفروض و جنایت قتل عمدی تلقی شده است.

در نتیجه، می‌توان گفت در این سیاست جنایی، منطقه مسؤولیت کیفری از جهت اعتبار وجود قصد خاص مجرمانه نسبتاً محدود است.

۲. موارد الحاق «عمد احتمالی»، «عمد متجاوز از قصد» و «خطای جزایی» (بی‌احتیاطی، غفلت و...) به عمد قطعی مشخص، و میزان جرم‌انگاری جرایم غیر عمدی.

بسته به اینکه در یک نظام حقوقی کیفری چه میزانی از جرایم غیر عمدی «جرم جزایی» (قابل کیفر) و در حکم عمد، و چه میزان «جرم مدنی» (فقط موجب ضمان خسارت) شناخته شود، منطقه مسؤولیت متغیر می‌باشد.

در نظام اسلامی و سیاست جنایی آن در جرایم غیر عمدی - و حتی بعضاً عمدی - موجب خسارت عمدۀ به پاسخ «ترمیمی» و جبران خسارات (ضمانات مالی) علاقه نشان داده شده تا به واکنش کیفری (خصوصاً بنا بر قول به عدم عمومیت کیفر برای هر ارتکاب حرام و ترک واجبی). با بررسی شایسته این گرایش در سیاست جنایی اسلام معلوم می‌شود که از این زاویه نیز منطقه مسؤولیت کیفری محدود است.

۳. مواردی که غرض، محرک، داعی یا انگیزه جرم، ارتکاب عمدی آن را ترجیه می‌کند.

در حقوق کیفری غربی (فرانسه) در جرایم عمدی اصل عدم تأثیر انگیزه^۱ حاکم

است. وقتی که قصد «مجرمانه» وجود دارد، یعنی قصد ارتکاب عملی که قانون آن را ممنوع ساخته، انگیزه هر چه باشد نه بر ماهیت مجرمانه عمل اثر می‌گذارد و نه بر مجازات آن. مع الوصف، در مواردی که قانون اجازه «ارتکاب» برخی اعمال را که در حالات عادی جرم دانسته است داده (مانند موارد اضطرار، دفاع مشروع، یا تبعیت از دستور قانون یا امر آمر قانونی)، با این توجیه که عنصر قانونی جرم وجود ندارد، انگیزه موجب انتفای جرم دانسته شده است. به علاوه، در این نظام حقوقی مواردی هم به عنوان استثناء بر اصل عدم تأثیر انگیزه وجود دارد. (۱۸)

در سیاست جنایی اسلام، اولاً بیش از نظام حقوق کیفری غربی مواردی که انگیزه مطلوب موجب انتفای ماهیت مجرمانه عمل دانسته شده وجود دارد؛ (۱۹) ثانیاً، نظام کیفری انعطاف‌پذیر «تعزیرات» اجازه می‌دهد که انگیزه مورد توجه قاضی قرار گیرد و مجرم آزاد گردد یا با مجازات خفیفی کیفر شود.

بنابراین، در سیاست جنایی اسلام، وجود «انگیزه غیرمجرمانه» می‌تواند در حد گسترده‌ای عمل مجرمانه عمدی را از «قصد مجرمانه» - و در نتیجه از «وصف مجرمانه» - تجرید و به همین اندازه، منطقه مسؤلیت جزایی را تحدید نماید.

ب ۲-۳. اختیار

هنگامی که «مکلف» «عالم» به حکم و موضوع «عامداً» فعلی ممنوع را مرتکب می‌شود یا فعلی واجب را ترک می‌کند، هنوز لزوماً شرایط تحقق مسؤلیت کیفری جمع نیست تا احراز شود که فعل یا ترک فعل با «اختیار» (انتخاب، میل و خواست) او به وقوع پیوسته است. برای ورود عمل مجرمانه در منطقه مسؤلیت کیفری باید علاوه بر جمع شرایط فاعلی، عمل مجرمانه عالماً، عامداً و به اختیار انجام شده باشد.

با این شرط، اشکال مختلف فعل یا ترک فعل «بی‌اختیار»، براساس مبانی توجیه‌کننده و در چهارچوب شرایط و خصوصیات که در هر نظام حقوقی کیفری مقرر می‌شود، از منطقه مسؤلیت جزایی خارج می‌گردد.

عوامل سالب اختیار و ناگزیرکننده یا بیرونی است یا درونی. در فقه اسلامی و در

گرفته‌اند. هر چند در سیاست‌های جنایی مختلف اصولاً شرط «اختیار» برای تحقق مسؤلیت جزایی پذیرفته شده و عوامل بیرونی و درونی ناگزیرکننده موجب رفع مسؤلیت شناخته شده‌اند، اما، تحت تأثیر مبانی ایدئولوژیک و نظری، درباره قلمرو این شرط و موارد و شرایط سلب اختیارِ رافع مسؤلیت کیفری همه سیاست‌ها متفق القول نیستند. چنانکه مثلاً در نظام کیفری غربی - تحت تأثیر گرایش‌های لیبرالیستی - «اجبار معنوی درونی» (فشار هیجانانگیز، احساسات، شهوات و امیال شخصی) کم و بیش رافع مسؤلیت یا موجب تخفیف مجازات شناخته شده است. (۲۰) در حالی که در نظام جزایی اسلامی - تحت تأثیر گرایش به تقوا و کف نفس - زمینه چندانی برای قول به رفع مسؤلیت کیفری به استناد این نوع «اجبار» وجود ندارد.

همچنین اختلاف اقوال فقهی در میان مکاتب مختلف فقهی و در میان فقهای یک مکتب نیز می‌تواند دایره شمول شرط «اختیار» را توسعه دهد یا محدود سازد. چنانکه دربارهٔ اکراه بر قتل ثالث، برخلاف قول مشهور، قولی بر آن است که رافع مسؤلیت کیفری است؛ (۲۱) یا در خصوص اکراه زانی بر زنا، برخلاف رأی راجح، قولی بر آن است که رافع مسؤلیت جزایی نیست. (۲۲) علاوه بر اختلاف فتاوی در خصوص موارد و شرایط اکراه و اضطراری که عذر رافع مسؤلیت شناخته می‌شوند، رویه قضایی نیز می‌تواند نقش مهمی در تعیین حدود و ثغور منطقه مسؤلیت جزایی در قلمرو اعمال اکراهی و اضطراری ایفا کند؛ چرا که جوانب مختلف تطبیق حکم بر موضوع، از قبیل تشخیص فعلیت و اهمیت خطر و ضرر ناگزیرکننده و تناسب عمل ارتكابی با آن، با قاضی است.

در این بخش از پژوهش، با مطالعه مشروح ادله و منابع عقلی و نقلی مشروط بودن مسؤلیت کیفری در سیاست جنایی اسلام به شرط «اختیار» و رفع و انتفای مسؤلیت جزایی در موارد فقدان این شرط و مذاقه در آراء فقهی در این زمینه، این نتیجه به دست می‌آید که شرط «اختیار» نیز تا حدود بسیاری منطقه مسؤلیت جزایی در سیاست جنایی اسلام را محدود و مضیق ساخته است.

در پایان این مبحث، با توجه به شرائط متعدد محدودکننده مربوط به شخص و

جنایی اسلام را ترسیم کرد و آن را منطقه‌ای مضیق دانست که «افراد» بسیاری و «افعال» بیشماری در محدوده آن قرار نمی‌گیرند.

در اینجا یادآور می‌شود که ما در حال مطالعه و تحلیل «ساختاری» سیاست جنایی اسلام هستیم. در مرحله نخست این کنکاش، به بررسی «منطقه کنترل شده رفتاری» در این سیاست جنایی پرداختیم. گفته بودیم که «منطقه کنترل شده رفتاری» - در کاربرد آن در چهارچوب «سیاست جنایی» مشتمل است بر سه منطقه و از جمع این سه منطقه به وجود می‌آید: «منطقه الزام»، «منطقه مسؤولیت» و «منطقه مجازات». تا اینجا دو منطقه «الزام» و «مسؤولیت» در سیاست جنایی اسلام را مطالعه نمودیم. اینک باید به سومین و آخرین منطقه پدید آورنده منطقه کنترل شده رفتاری در سیاست جنایی اسلام پردازیم.

ج. منطقه مجازات

در کاربرد صرفاً مذهبی، با توجه به این باور و اصل اعتقادی که طاعت و معصیت مکلفین با ثواب و عقاب «یوم الدین» پاداش داده می‌شود، «منطقه کنترل شده رفتاری» مفهومی عام داشته و از جمع منطقه الزام و منطقه مسؤولیت به وجود می‌آید. اما در مفهوم حقوقی و در کاربرد این اصطلاح در «سیاست جنایی»، فقط با جمع الزام شرعی و مسؤولیت جزایی نمی‌توان منطقه کنترل شده رفتاری را ترسیم نمود. چرا که در این کاربرد، مقصود از «کنترل» در منطقه کنترل شده رفتاری کنترل قانونی - قضایی، با اعمال ضمانت اجرای کیفری است و ملاک تفکیک منطقه کنترل شده از منطقه آزاد رفتاری عبارتست از وجود و عدم «مجازات» بر فعل عمل ممنوع یا ترک عمل واجب توسط شخص از نظر کیفری مسؤول.

بنابراین، آخرین مرحله تمیز منطقه کنترل شده رفتاری در سیاست جنایی اسلام و ترسیم آن عبارتست از بررسی و تبیین «منطقه مجازات» در سیاست جنایی اسلام. با توجه به عدم تطابق منطقه مجازات در نظر و تئوری با منطقه مجازات در عمل، در سیاست جنایی اسلام، این منطقه را باید از دو زاویه بررسی نمود: در «تئوری (قانون)» (ج - ۱) و «در عمل (قضا)» (ج - ۲).

ج - ۱. در تئوری

در این مبحث باید به این پرسش پاسخ داد که در شرع برای چه محدوده‌ای از رفتارها مجازات پیش‌بینی شده و کدام افعال و تروک فعلی مستوجب کیفر دانسته شده است؟ در واقع در این قسمت از کنکاش «منطقه قانونی مجازات» بررسی می‌شود. دو دیدگاه را در این زمینه می‌توان شناسایی کرد:

دیدگاه قائل به «منطقه فراگیر مجازات» (ج ۱-۱) و دیدگاه معتقد به «منطقه محدود مجازات» (ج ۲-۱).

ج ۱-۱. منطقه فراگیر مجازات

بی‌شک، جرایمی که برای آنها مجازات‌های مشخص حدود و قصاص در شرع تعیین شده بخشی از «منطقه مجازات» را در سیاست جنایی اسلام تشکیل می‌دهند. چنانکه ماهیت «دیات» را، که برای جرایم علیه تمامیت جسمانی و روانی و حیات آدمیان تعیین شده است، به‌طور کلی، یا در مواردی که در جنایات عمدی بدان حکم می‌شود «کیفر» دانسته شود، جرایمی که با «دیه» (وارش) مجازات می‌شود نیز در «منطقه مجازات» محسوب می‌شوند. در غیر این صورت، چنانکه دیات کلاً یا بعضاً نوعی ضمان مالی و جبران خسارت دانسته شود، جرایمی که فقط با حکم به دیه بدان‌ها پاسخ داده می‌شود خارج از منطقه مجازات واقع خواهند بود.

برای پاره‌ای تخلفات شرعی مجازات‌هایی تحت عنوان «کفارات» تعیین شده که در واقع نوعی «خودکیفری» به شمار می‌آیند. کفارات، هر چند دارای جنبه عبادی هستند و اجرای آنها داوطلبانه و بدون الزام و اجبار قضایی است، اما به لحاظ ماهیت جزایی آنها، تخلفات مستوجب کفاره را نیز در منطقه مجازات قرار می‌دهند.

در مورد افعال ممنوع یا واجبی که برای ارتکاب یا ترک آنها در شریعت مجازات مشخصی تعیین نشده، تعیین مجازات (تعزیر) به حاکم واگذار گردیده است. آیا این نوع مجازات کلیه افعال و تروک محرم را شامل می‌شود؟ به عبارت دیگر، آیا تمامی معاصی شرعی قابل تعزیر می‌باشند یا حاکم اسلامی فقط بخشی از آنها را قابل تعزیر اعلام می‌کند؟

نوشته است: «مِنَ الْمُتَّقِ عَلَيْهِ أَنَّ التَّعْزِيرَ يَكُونُ فِي كُلِّ مَعْصِيَةٍ لَّاحِدٍ فِيهَا وَلَا كُفْرَةَ سِوَاءَ كَانَتْ الْمَعْصِيَةُ لِلَّهِ أَوْ لِحَقِّ آدَمِيٍّ» (۲۳) و محقق حلی تصریح نموده: «كُلُّ مَنْ فَعَلَ مُحْرَمًا أَوْ تَرَكَ وَاجِبًا فَلِلْإِمَامِ تَعْزِيرُهُ» (۲۴) و میرعبدالفتاح المراغی پس از آنکه نوشته است: «كُلُّ مَا لَمْ يَرِدْ فِيهِ حُدٌّ مِنَ الشَّرْعِ فِي الْمَعَاصِي فَفِيهِ التَّعْزِيرُ، دَر تَوْجِيهِ وَ تَعْلِيلِ آن آورده است: «وجه آن عبارتست از عموم ادله نهی از منکر و امر به معروف و ادله اعانه بر برّ و تقوی - که از آن جمله است تعزیر گنهکار - صرف سکوت شارع در مورد برخی از معاصی و عدم تعیین کیفر برای آنها دلیل بر گذشت از آن معاصی بدون کیفر نیست...» (۲۵)

بنابراین قول، همه محرّمات شرعی بدون کیفر مشخص «قابل تعزیر» می باشند و منطقه مجازات همه محرّمات و معاصی شرعی را شامل می شود و فرا می گیرد.

ج ۱-۲. منطقه محدود مجازات

برخلاف قول ظاهر در جواز تعزیر بر هر فعل حرامی، برخی از فقها در کلیت تعزیر هر فعل حرام و ترک واجب تردید کرده و آن را نپذیرفته اند. در میان فقهای امامیه برخی همانند صاحب جواهر و امام خمینی - در یکی از دو موردی که متذکر مسئله شده است - تعزیر بر حرام فاقد مجازات مصرّح در شرع را به قید کبیره بودن حرام مقید نموده اند (کل من فعل محرّماً او ترک واجباً و کان من الکبائر فللامام تعزیره) (۲۶) «... فللامام علیه السلام تعزیره بشرط ان یکون من الکبائر» (۲۷) بنابراین قول، تعزیر بر حرام فاقد کیفر شرعی فقط در خصوص معاصی کبیره (جرائم مهمه) موجه است و مبنای شرعی دارد و تعزیر جرایمی که کبیره و مهم تلقی نشده اند، فقط به استناد عموم ادله امر به معروف و نهی از منکر یا ادله تعاون بر برّ و تقوی، جایز نیست. شیخ لطف الله 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 نموده و در پایان نوشته است: «بنابراین، با توجه به آیات قرآنی و احادیث و روایات و سیره پیامبر (ص) و امیرالمؤمنین (ع) و فتاوی بزرگان اصحاب، می توان 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

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.» (۲۸)

حتی می‌توان در استنباط فراگیر بودن منطقه مجازات از قول به تعزیر هر مرتکب حرام نیز تردید کرد. چرا که بعضی از مصادیق تعزیر نزد فقیهان، از قبیل وعظ و توبیخ، فاقد طبیعت کیفری هستند و در واقع، در لسان فقهی، «تعزیر» همیشه معادل «مجازات» نیست تا فراگیر بودن آن به معنای فراگیر بودن منطقه مجازات باشد؛ خصوصاً که بعضی از فقها جواز تعزیر به ضرب (مجازات) بر فعل حرام فاقد مجازات شرعی را مشروط کرده‌اند به اینکه با نهی و توبیخ و مراتب دیگر «انکار» مرتکب دست از عمل خود برندارد. (۲۹) پیداست که با این شرط منطقه جواز اعمال کیفر برای ارتکاب هر حرام یا ترک هر واجب محدود می‌شود.

بنابر قول به محدود بودن منطقه کیفر، در مقایسه با منطقه الزام، ناگزیر باید بین مفهوم شرعی «حرام» و «گناه» و مفهوم حقوقی «جرم» تمیز و تفکیک قائل شد. ادله و شواهدی که بر این تمایز دلالت می‌کنند کم نیستند.

به لحاظ عملی نیز - امروزه که شکل قانون‌گذاری وضعی در جوامع اسلامی، از جمله در نظام اسلامی ایران، پذیرفته شده است و قوانین موضوعه باید و نباید رفتاری شهروندان را تعیین می‌کنند - دوگانگی منبع جرم‌انگاری محذوراتی در پی دارد. اگر قرار باشد علاوه بر جرایم مصرح در قانون، به استناد جواز کلی تعزیر بر هر حرام، بتوان محرمات شرعی جرم‌انگاری نشده در قانون وضعی را کیفر کرد، اولاً عنصر قانونی جرایم دچار ابهام و اختلاف می‌شود. و ثانیاً، این جرم‌انگاری گسترده پشتوانه جدی عملی ضمانت اجرای کیفری نخواهد داشت و در نتیجه فاقد جنبه آمریت و اعتبار و قاطعیت خواهد بود؛ چرا که محرمات شرعی بسیار پرشماتر از آن هستند که همه آنها تهدید به کیفر شوند.

بنابراین، صحیح، مشروع، معقول و عملی همان چیزی است که در ماده دوم قانون مجازات اسلامی بدان تصریح شده است: «هر فعل یا ترک فعلی که در قانون برای آن

مجازات»، در سیاست جنایی اسلام، در محدوده مجازات‌های مقدر و مجازات‌های تعزیری مصرح در قانون وضعی برای جرایم مهمه، و مآلاً، محدود بودن منطقه کنترل شده رفتاری در سیاست جنایی اسلام، از این زاویه می‌باشد.

علاوه بر محدودیت منطقه مجازات در سیاست جنایی اسلام از دیدگاه قانونی، در عمل، یعنی در مرحله قضا و اجرا نیز این منطقه محدودیت‌هایی دارد.

ج - ۲. در عمل

در مورد «اعمال کیفر» در سیاست جنایی اسلام روش واحدی وجود ندارد و در واقع در این زمینه نوعی دو زبانی در متون شرعی دیده می‌شود.

از سویی، پاره‌ای از احادیث بر اعمال و اجرای مجازات نافرمانی احکام خدا تأکید نموده و از تعطیل حدود و تأخیر در اجرای آنها نهی می‌کنند: «اقامه یک حد بهتر و سودمندتر است از باران چهل صبحگاهان». «در اجرای حدود لحظه‌ای تأخیر [روا] نیست». (۳۰)

از سوی دیگر، روایات، آموزش‌ها و احکامی وجود دارد که مفاد و هدف آنها انحراف از اجرای مجازات است.

به نظر می‌رسد این دو زبانی یا دوگانگی روش در سیاست «کیفری» اسلام به اختلاف و تفاوت در طبایع و ماهیات جرایم و اوضاع و احوال ارتکاب آنها باز می‌گردد. به این ترتیب، هنگامی که جرم ارتكابی دارای جنبه قابل توجه اجتماعی است و نظم عمومی را مختل می‌کند یا به منافع اساسی عمومی آسیب و زیان می‌رساند، مرتکب نباید از پاسخ کیفری در امان بماند. اگر جرم ارتکاب شده بیشتر به حقوق اشخاص مربوط است و وجه عمومی آن تحت الشعاع وجه خصوصی آن قرار دارد، حق مطالبه مجازات اصلی به قربانی و متضررین از جرم - و نه به دولت - داده شده و در عین حال صاحبان حق اعمال مجازات توصیه شده‌اند به عفو مجرم یا توافق و سازش با او. و بالاخره، در مورد جرایمی که بیشتر جنبه شخصی و فردی دارند نوعی گرایش به «کیفرزدایی» یا عدم اجرای کیفر در سیاست جنایی اسلام مشهود است. از باب مثال، در زمینه محرمات

اسلام در قلمرو رفتارهای جنسی، علاقه چندانی به اعمال این مجازات‌ها دیده نمی‌شود و، برعکس، گرایش به عدم اجرا به روشنی مشاهده می‌گردد.

این ویژگی که در سیاست کیفری اسلام دیده می‌شود به ماهیت مذهبی سیاست جنایی اسلام بر می‌گردد که مقتضی آن است که نقش مصحح و سازنده اعتقاد به خدا و ثواب و عقاب او در سرای جاودان نزد مؤمنان (شهروندان) به حساب آورده شود و اعمال مجازات تنها راه تنبیه یا اصلاح انگاشته نشود و در کنترل رفتاری تا حدود زیادی به «خودکنترلی» (تقوای) شهروندان اعتماد شود.

آموزش‌ها، احکام و مقرراتی در سیاست جنایی اسلام که هدف «کیفرزدایی»^۱ یا به تعبیر دقیق‌تر اجتناب و انحراف از کیفر را دنبال می‌کنند بسیار متعدد و مختلف بوده و مراحل چهارگانه «تعقیب مجرم» (ج ۲-۱)، «اثبات جرم» (ج ۲-۲)، «حکم به مجازات» (ج ۲-۳) و «اجرای مجازات» (ج ۲-۴) را فرا می‌گیرند. با مطالعه تاکتیک‌های پرهیز از کیفر در سیاست جنایی اسلام هر چه بیشتر بر محدودیت‌های منطقه مجازات در این سیاست واقف می‌شویم.

ج ۲-۱. در مرحله تعقیب مجرم

دو ویژگی در سیاست جنایی اسلام موجب آن است که بخشی از جرایم - به رغم قابل مجازات بودن - مورد تعقیب قضایی قرار نگرفته و به مجازات منتهی نشوند: «گسترده‌گی جرایم قابل عفو» (ج ۲-۱-۱) و «ترجیح خطاپوشی» (ج ۲-۲).

ج ۲-۱-۱. گسترده‌گی جرایم قابل عفو

در فقه جزایی اسلامی بخش بزرگی از جرایم، به لحاظ حق الناسی یا تعزیری بودن،

۱. در اینجا باید توضیح داده شود که مفهوم کیفرزدایی در سیاست جنایی اسلام اعم از مفهوم کیفرزدایی (Dépénalisation) در سیاست جنایی امروزی غربی است چراکه در سیاست جنایی اسلام چراکه در سیاست تاکتیک‌های پرهیز و انحراف از محکومت کیفری، و اعمال کیفر بسیار فاگیرتر از تاکتیک‌ها،

قابل بخشش دانسته شده‌اند.

با تقسیم جرایم به جرایم حق‌اللهی و حق‌الناسی، بخش بزرگی از جرایم در حقوق کیفری اسلامی دارای جنبه غالب خصوصی دانسته شده و حق تعقیب مجرم و مطالبه صدور حکم به محکومیت و مجازات به مجنی علیه و متضرر از جرم واگذار گردیده است و به موازات، قربانی و دارنده حق تعقیب کیفری و مجازات، به عفو مجرم ترغیب و به صلح با او توصیه شده است. با توجه به میزان قابل توجه جرایمی که در فقه جزایی «حق‌الناسی» و قابل گذشت توسط اشخاص دانسته شده‌اند و عدم التزام مستقیم و مستقل دولت به تعقیب و مجازات این‌گونه جرایم، بخش قابل توجهی از این‌گونه جرایم که تعقیب کیفری مرتکبین آنها منوط به شکایت شاکی خصوصی است و شاکی خصوصی طرح شکایت نمی‌کند، مورد تعقیب کیفری قرار نمی‌گیرند (مگر به اعتبار ثانوی و به لحاظ تبعات و محذورات مترتب بر عدم تعقیب مجرم).^۱

در جرایم تعزیری، که تعزیر و عدم آن در اختیار حاکم است و او می‌تواند، چنانکه با توجه به شخصیت مرتکب و اوضاع و احوال ارتکاب جرم مصلحت ببیند، از تعقیب مجرم صرف نظر کند؛ و نیز در جرایم حدی‌ای که با توبه مجرم مجازات او ساقط می‌شود، در صورتی که پیش از دستگیری مجرم و رفع الامر الی الحاکم توبه مجرم احراز شود، تعقیب کیفری به عمل نمی‌آید. از جمله، در روایتی از یکی از دو امام باقر و صادق علیهما السلام نقل شده که درباره سارق یا شارب خمر یا زناکاری که جرم او معلوم نگردد و دستگیر نشود تا زمانی که توبه کرده و راه صواب و صلاح پیش گرفته، فرمود: «اذا صلح و عُرِف منه امرٌ جمیلٌ لم یقم علیه الحد.» (۳۱)

مضافاً، برخی از جرایم حدی (قذف و سرقت - قبل الرفع الی الحاکم) جرم حق‌الناسی می‌باشند و در صورت عدم طرح شکایت توسط مقذوف و مسروق منه مورد تعقیب کیفری قرار نمی‌گیرند.

ج ۱-۲-۲. ترجیح «خطاپوشی»

در روایات بی شمار اخلاقی و فقهی - ناظر بر جرایم و خطایای شخصی و فاقد جنبه عمومی - شخص خطاکار، مردم و حاکم (قاضی) ترغیب شده‌اند به ستر گناه و پوشیدن خطا.

مجرم خود لغزش خویش را علنی نکند و به توبه و انابه قلبی بین خود و خدای خود روی آورد و به راه راست درآید و در جبران خطای خود بکوشد. احمد الحصری در این باره نوشته است: «فقیهان برآنند که مستحب است زانی و هر کس دیگری که گناهی مرتکب می شود خطای خود را مخفی بدارد. ایشان به روایتی از پیامبر (ص) استناد می کنند که براساس آن حضرتش فرمود: «هر کس از این اعمال پلید (محرمات) مرتکب می شود، آن را ببوشاند، چنانکه خدا آن را ستر می کند. اما اگر کسی «داخل» (باطن و سر) خود را نزد ما فاش سازد، بر او حد جاری خواهیم کرد.»

بنابراین، افشا و اعلان گناه [نزد قاضی] به منظور تحمل مجازات مخالفت با سنت است. (۳۲) مطابق روایتی دیگر، امام علی (ع) پس از استماع چهار بار اقرار شخص زانی، خشمگین شده و فرمود: «چه عاری! یکی از شما از این اعمال زشت مرتکب می شود و آن گاه آبروی خود را نزد مردم می برد. آیا نمی توانست در خانه خود توبه کند؟ به خدا قسم اگر بین خود و خدای خود توبه می کرد بهتر از این بود که من بر او حد جاری کنم.» (۳۳)

متون دینی و اخلاقی اسلامی آکنده است از نواهی تکلیفی و تنزیهی که مردم را از تجسس، همز، لمز، غیبت کردن، عیب جویی و افشای اسرار یکدیگر باز می دارد؛ تا آنجا که شهود ارتکاب بخشی از جرایم، که فاقد جنبه عمومی هستند، از اداء شهادت بازداشته شده‌اند. در مقابل، مؤمنان توصیه شده‌اند اعمال یکدیگر را حمل بر صحت نمایند.

دولتمردان و قضات از نهی از افشای سر مردم مستثنا نبوده و آنها نیز مشمول دستور و توصیه به ستر عیوب و خطایای مردم می باشند. امام علی (ع) در عهدنامه معروف خود به مالک اشتر، خطاب به کارگزار اعزامی خود به مصر از جمله نوشته است: «دورترین و

مردم را عیوب و منقصت‌هایی [رفتاری] است که حاکم سزاوارترین کس است به پوشاندن آن عیوب. به دنبال کشف خطاهایی که از تو پنهان مانده باش. وظیفه تو پاکسازی عیوبی است که بر تو آشکار شده و خدا درباره آنچه از تو پنهان مانده حکم خواهد کرد. پس تا می‌توانی زشتی‌های مردم را بپوشان تا خدا زشتی‌های تو را، که دوست می‌داری از مردم مستور بماند، بپوشاند...» (۳۴).

این دستور در بعضی از آداب قضا متجلی شده است، تا آنجا که به قاضی توصیه شده که شهود را از اداء شهادت و حتی خود خاطی را از اقرار به خطا باز دارد یا او را به عدول از اقرار تلقین کند.

به این ترتیب، بخشی از جرایم «قابل تعقیب» - به عمد و با تدبیر شارع مقدس - بلا تعقیب مانده و به صدور حکم به مجازات و اعمال کیفر منتهی نمی‌شوند.^۱

ج ۲-۲. در مرحله اثبات جرم

تاکتیک دیگری که در جهت احتراز و انحراف از کیفر شدن مجرم، در سیاست جنایی اسلام مشاهده می‌شود و از ویژگی‌های این سیاست جنایی به شمار می‌رود عبارتست از «محدود کردن ادله اثبات جرم» (ج ۲-۲-۱) و «سخت کردن اثبات جرم» (ج ۲-۲-۲).

ج ۲-۲-۱. محدود کردن ادله اثبات جرم

به لحاظ پذیرش اصل برائت در حقوق جزایی، به طور کلی، در مقایسه با دعاوی مدنی، در دعاوی کیفری شمار ادله اثبات محدودتر است. این تفاوت در آیین دادرسی مدنی اسلامی و آیین دادرسی کیفری اسلامی به روشنی مشهود است.

از باب مثال، با قاعده «الیمین فی حد» (۳۵) سوگند، که در آیین دادرسی مدنی از دلایل اثباتی به شمار می‌رود، از عداد ادله اثبات کیفری خارج شده است. می‌دانیم که در دعاوی حقوقی «البینه علی المدعی و لایمین علی من انکر». بر این اساس، در صورتی که

خواهان دلیلی بر مدعای خود اقامه نکند، خواننده احلاف می شود و اگر سوگند یاد کرد که دعوای مدعی درست نیست، حکم به نفع او صادر می شود و اگر از قسم نکول کرد و آن را به مدعی رد کرد، مدعی سوگند یاد می کند و به نفع او حکم می شود. اما در دعاوی جزایی چنانکه شاکی نتواند ادعای خود را ثابت کند، اصل برائت حاکم است و بدون احلاف، مشتکی عنه تبرئه می شود.

نمونه دیگر اینکه در فقه عامه که قیاس از ادله و منابع فقهی و قضایی به شمار می آید، براساس یکی از دو قول، در عقوبات مقدّره قیاس جاری نمی شود «چرا که تقدیر مجازات های معینه معقوله المعنی نیست تا بتوان در آنها قیاس عقلی کرد؛ و اگر قابل فهم عقلی باشد در قیاس به آنها شبهه داره وجود دارد؛ و از اصول مسلم است که در حدود توسع داده نمی شود...» (۳۶)

اصولاً با حاکمیت قاعده مهم درء حدود به شبهات - که براساس آن وجود هر شبهه ای، هر چند ضعیف، موجب انتفای مجازات می باشد - در آیین دادرسی کیفری اسلامی، کلیه دلایل، امارات و قراین ظنیه از عداد دلایل مثبتة کیفری خارج می شوند (خصوصاً که مرجع قضایی ملزم به تحقیق و تفحص در موارد وجود شبهه یا ادعای وجود آن نیست و حتی بعضاً از تحقیق و تفحص نهی شده است.)

ج ۲-۲-۲. سخت کردن اثبات جرم

ادله اثباتی کیفری شناخته شده در آیین دادرسی کیفری اسلامی نیز در بعضی موارد چنان مشروط و مقید شده اند که اثبات جرم با آن ادله بعیدالوقوع و نادر است. به طور مشخص قیود و شرایط اعتبار شده در ادله اثبات جرایم حدی جنسی به قدری زیاد و سخت است که اثبات این گونه جرایم با آن ادله را باید جزء اتفاقات نادر دانست. شرایط مربوط به عدد، محتوا و کیفیت «اقرار» و «شهادت» آن چنان سخت گیرانه است که به راحتی می توان گفت شارع مقدس علاقه ای به تحقق مجازات در این گونه جرایم نداشته و بیشتر به مستور ماندن خطایای شهروندان گرایش داشته است (ان الله جعل لكل شی حدّاً و جعل علی کل من تعدی حدّاً من حدود الله عزوجل حدّاً و جعل مادون الاربعه

به علاوه، تشویق مجرم مقرر به ادامه ندادن به اقرار یا عدول از اقرار و انکار محتوای آن و قبول انکار بعدالاقرار و ترغیب و تشویق شهود به خودداری از اداء شهادت و تهدید آنها به محکومیت به حد قذف در صورت اداء شهادت بدون جمع شرایط، یا واگذاری اجرای حد به شهود (۳۸) تاکتیک‌ها و روش‌های «انصرافی» مؤثری است که در سیاست جنایی اسلام برای تقلیل هر چه بیشتر امکان اثبات جرم، و در نتیجه، پرهیز از کیفر مشاهده می‌شود.

در کنار این تشدید شرایط اثبات و ترغیب مجرم و شهود به عدم اثبات، تشریح قاعده در حدود به شبهات و نیز متونی که بر نفی مجازات از مسلمین در حد امکان (ماستطعم) و بر ترجیح اشتباه در مجازات نکردن بر اشتباه در مجازات کردن دلالت می‌کنند، (۳۹) به روشنی و صراحت حاکی از گرایش غیرقابل تردید در سیاست جنایی اسلام به اجتناب از کیفرسانی بعضی جرایم، در عمل، (کیفرزدایی در معنای عام) با توسل به هر «بهانه» می‌باشد.

همین بی‌علاقگی شارع به اثبات جرایم فاقد جنبه عمومی، مبتنی بودن حدود الهی بر مسامحه و ستر از جمله دلایل قابل استناد برای قول به عدم تجویز صدور حکم توسط قاضی به استناد علم خود ذکر شده است. (۴۰) در صورت قول به جواز حکم براساس علم شخصی نیز اولاً باید علم «از طرق متعارف حاصل شود» و «مستند» داشته باشد، ثانیاً صدور حکم براساس علم شخصی الزامی نیست و قاضی «می‌تواند» به مقتضای علم خود عمل کند و مکلف به عمل به علم خود نیست.

ج ۲-۳. در مرحله حکم به مجازات

چنانکه به رغم «موانع» تعقیب مجرم و اثبات جرم، مجرم تعقیب و جرم ثابت شود و نوبت به مرحله صدور حکم برسد، در سیاست جنایی اسلام صدور حکم به مجازات همزاد قطعی و لازمه همیشگی اثبات جرم نمی‌باشد.

علاوه بر مواردی که بعد از ثبوت جرم، با توبه مجرم، یا با گذشت شاکی خصوصی صدور حکم به مجازات منتفی می‌شود، از دیدگاه فقهی، در جرایم تعزیری حکم به

را نادیده بگیرد، یا شخص خاطی را احضار و به وعظ، تذکر یا توبیخ اکتفا و او را رها کند، یا «بمابری» حکم به مجازات صادر کند. این اختیار که - جز در مورد جرایم حق الناسی - پس از ثبوت جرم به قوت خود باقی است، درکنار آن دسته از متون شرعی که بر درء حدود و تکفیر سیئات به حسنات دلالت و بر چشم‌پوشی از لغزش‌های اتفاقی توصیه و ترغیب می‌کنند، به وضوح بر عدم تلازم ثبوت جرم تعزیری با حکم به مجازات دلالت دارند.

امروزه هم که در چهارچوب قوانین موضوعه برای جرایم تعزیری مجازات تعیین و قضات مأذون ملزم به تبعیت از «قانون مجازات» می‌باشند و حق رها ساختن مجرم بدون کیفر، به استناد تشخیص خود را ندارند، با پذیرفته شدن نهاد «تعلیق»، در چهارچوب موارد تجویز شده دست قاضی باز گذاشته شده تا اجرای مجازات محکوم‌بها را معلق نماید. این تاکتیک در واقع عدم حکم به کیفر است؛ چرا که در صورت عدم تکرار جرم ارتكابی در دوره تعلیق و تبعیت از دستوراتی که احیاناً برای این دوره داده شده است، حکم صادر شده کان‌لم‌یکن تلقی می‌گردد.

در جرایم حدی، در مواردی که پس از رفع امر الی الحاکم و اثبات جرم، «توبه» مسقط کیفر دانسته شده است، در صورت احراز توبه، قاضی حکم به مجازات نمی‌دهد. در جرایم قابل گذشت (حدی، قصاصی یا تعزیری)، عفو مجرم توسط شاکی خصوصی یا صلح شاکی با مجرم در مرحله پس از تعقیب و ثبوت جرم نیز می‌تواند به‌طور کلی مانع صدور حکم به مجازات بشود، یا حکم به مجازات اصلی را منتفی سازد.

در این مبحث جا دارد موارد قانونی تخفیف مجازات را که نوعی کیفرزدایی ناقض و جزیی به شمار می‌آید که در مرحله صدور حکم به مجازات پیش‌بینی شده‌اند نیز مورد توجه قرار گیرد.

ج ۲-۴. در مرحله اجرای مجازات

همچنان، عفو مجنی‌علیه و متضرر از جرم، در جرایم قابل گذشت (تعزیری،

تخفیف در مجازات می‌باشد. نیز، توبه محکوم علیه، در جرایم تعزیری و در آن جرایم حدی که توبه مسقط کیفر دانسته شده است، اجرای مجازات را متوقف می‌کند. اختیارات گسترده‌ای که در فقه جزایی، در جرایم تعزیری، به حاکم داده شده است در مرحله اجرای کیفر نیز می‌تواند موجب عدم اجرا یا توقف آن بشود (و له ان یوقف تنفیذ العقوبه ان رأی فی ذلک مایکفی لتأدیب الجانی و ردّعه و استصلاحه). (۴۱) پذیرش تاکتیک «آزادی مشروط» و امثال آن در نظام کیفری امروز ما در جهت جواز - و حتی احياناً وجوب - توقف اجرای مجازات در بسیاری از محکومیت‌های کیفری در فقه اسلامی، و منطبق با گرایش کلی سیاست جنایی اسلام به سوی پرهیز از مجازات می‌باشد.

مقررات دیگری از قبیل اجرای صوری حد بر محکوم علیه بیمار با یک دسته صدماتی ترکه (ضغث) - هر چند با توجیه عدم جواز تأخیر در اجرای حدود - (ماده ۹۴ ق.م.ا.) و عدم اجرای حد رجم بر محکومی که جرم او به اقرار ثابت شده و در حال اجرا از گودال خارج شده و فرار می‌کند (ماده ۱۰۳ ق.م.ا.) نیز نشانه‌های دیگری است از عدم اصرار در سیاست جنایی اسلام بر اجرای مجازات (حداقل در بخشی از جرایم).

از مطالعه آموزش‌ها، احکام و قوانین مربوط به و مؤثر در اعمال مجازات در مراحل چهارگانه تعقیب مجرم، اثبات جرم، حکم به مجازات و اجرای کیفر، به روشنی دانسته می‌شود که منطقه مجازات در سیاست جنایی اسلام در مقاطع مختلف پی‌گیری قضایی، دادرسی و اجرای حکم نیز دارای محدودیت‌هایی جدی است و به مراتب از منطقه مجازات در قانون مضیق‌تر می‌باشد.

نتیجه

در پایان باب نخست کنکاش در موضوع «سیاست جنایی اسلام» دوگونه نتیجه به دست می‌آید، یکی، نظری و تئوریک و دیگری، عملی و کاربردی. نتیجه تئوریک حاصل از این بحث عبارتست از دیدگاه جدیدی که در رابطه با هنجارمندی و کنترل رفتاری در نظام اسلامی به دست می‌آید. از این منظر، مبانی

نیست مجموعه‌ای مرتبط و منسجم و اجزاء یک سیاست جنایی حکیمانه دیده می‌شوند که رفتارهای شهروندان را به دو منطقه آزاد و کنترل شده تقسیم و منطقه کنترل شده را براساس الزام به فعل یا ترک، مسؤل کیفری شناختن فاعل و اعمال کیفر بر تخلف از الزام مشخص نموده است. این منطقه در هر سه حوزه الزام، مسؤلیت و مجازات انعطاف پذیر، منطبق با اوضاع و احوال و مقتضیات متغیر و مختلف و - در نتیجه - متغیر و متنوع می‌باشد.

نتیجه عملی یا - به عبارت دقیق تر - اثری که باب نخست این کنکاش به دنبال دارد عبارتست از تصحیح و اصلاح دیدگاهی که، در نتیجه عدم شناخت مجموعه‌ای و ساختاری «سیاست جنایی اسلام»، به صورت افراطی به گستردگی قلمرو لازم، مسؤلیت و - خصوصاً - مجازات باور دارند و منطقه کنترل شده - قابل کیفر - رفتاری در نظام اسلامی را وسیع تر از آنچه که خود شارع ترسیم کرده می‌داند.

این انتظاری منطقی است که با شناخت منطقه کنترل شده رفتاری در سیاست جنایی اسلام، با همه قیود و شروط محدودکننده‌ای که در نظر و عمل قلمرو الزام آن را تضییق می‌کند، قانون‌گذاران، قضات و مجریان به گونه‌ای متعادل تر و نزدیک تر به رضای سیاست‌گذار جنایی اسلام عمل کنند و در جرم‌انگاری، تعقیب مجرم، صدور حکم محکومیت و مجازات و اجرای کیفر راهی اصح و اصوب بینمایند.^۱

یادداشت‌ها:

1. Mmireille Delmas - Marty, Les grands Systèmes de politique criminelle, Paris, PUF, 1992, p. 72.

۲. به مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۵۱، بهار ۱۳۸۰ مراجعه شود.

۱. ناگفته پیداست که نتیجه این کنکاش و مقصود از محدودیت منطقه کنترل رفتاری در سیاست جنایی اسلام محدودیت نسبی است و هرگز این پژوهش عهد پادشاه خطابخش جرم‌پوشی را که در آن «حافظ قرابه کش شد و مفتی بیاله نوش» توجیه و تحسین نمی‌کند. محدودیت منطقه کنترل رفتاری هم به معنای

۳. سیدمحمد موسوی بجنوردی، مجله متین، شماره ۲، بهار ۱۳۷۸ و مجله فرزانه، شماره ۵، بهار ۱۳۷۴، ص ۲۱.
۴. عبدالقادر عوده، التشریح الجنائی الاسلامی، دار احیاء التراث العربی، بیروت، الطبعة الرابعة، ۱۴۰۵ هـ ق، ج ۱، ص ۶۰۲.
۵. الشیخ محمدحسن النجفی، جواهرالکلام، پیشین، ج ۴۱، ص ۴۴۴. و نیز مواد ۱۱۲، ۱۱۳ و ۱۴۷ قانون مجازات اسلامی دیده شود.
۶. عبدالقادر عوده، التشریح الجنائی الاسلامی، پیشین، ج ۲، ص ۷-۳۵۶.
۷. الشیخ محمدحسن النجفی، جواهرالکلام، پیشین، ج ۴۱، ص ۲۷۴ و ۳۲۲.
۸. به نوشته ملااحمد نراقی، در میان امامیه، محدث جلیل شیخ یوسف بحرانی قائل به عدم توجه خطابات فرعی شرعی به کفار بوده است. جهت رؤیت ادله قول به توجه خطابات شرعی در مورد فروع به کفار ر.ک. مولی احمد نراقی، عوائد الایام، قم، مکتبه بصیرتی، بدون تاریخ، ص ۹۴. میر عبدالفتاح علاوه بر صاحب حدائق، دو محدث متأخر دیگر، کاشانی و میرزا امین استرآبادی، را نیز در شمار قائلین به عدم توجه خطابات شرعی فرعی به کفار آورده و ادله و وجوه قول به توجه و عدم توجه را ذکر نموده است. ر.ک. میر عبدالفتاح الحسینی المراغی، العناوین، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ هـ ق، ج ۲، ص ۷۱۵ تا ۷۲۳.
۹. الشیخ محمدحسن النجفی، جواهرالکلام، پیشین، ج ۴۱، ص ۴۴۲ و المحقق الحلی، شرائع الاسلام، منشورات الاعلمی، تهران ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۱۶۷.
۱۰. ابوالمعالی حافظ ابوالفتح، النظام العقابی الاسلامی، القاهرة دارالانصار، ۱۹۷۶ م. ص ۲۸۴ به بعد.
11. Gaston Stefani, Georges Levasseur, Bernard Bouloc, Droit pénal général, Dalloz, Paris, 1995, p. 333, N° 434.
۱۲. امام روح الله خمینی، تحریرالوسیله، پیشین، ج ۲، ص ۴۵۶.
۱۳. عبدالقادر عوده، التشریح الجنائی الاسلامی، پیشین، ج ۱، ص ۴۳۱ و عبدالرحمن الجزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ج ۵، ص ۱۰۱.
14. Cf. Gaston Stefani etc. Droit pénal général, *Op.Cit.*, p. 335, N° 438.
۱۵. جواهرالکلام، ج ۴۱، صفحات ۲۶۴، ۴۵۵ و ۴۸۱ دیده شود.
۱۶. التشریح الجنائی الاسلامی، ج ۱، صفحات ۲۰۹ تا ۲۱۴ مطالعه شود.
۱۷. التشریح الجنائی الاسلامی، ج ۱، ص ۲۱۰ و جواهرالکلام، ج ۴۱، ص ۲۶۳.
18. Cf. Gaston Stefani, etc. Droit pénal général, *Op.Cit.*, p. 215, nos.

۱۹. علاوه بر موارد مربوط به اضطرار - از جمله دفاع مشروع - مواد ۲۹۵ (تبصره ۲)، ۲۲۶ و ۱۸۴ قانون مجازات اسلامی ملاحظه شود.

20. Cf. Gaston Stefani, etc. Droit pénal général, *Op.Cit.*, p. 331, n° 432..

۲۱. السيد ابوالقاسم الخوئی، مبانی تکملة المنهاج، مطبعة الآداب، النجف الشرف، بی تاریخ، ج ۲، ص ۱۳.

۲۲. الشيخ محمدحسن النجفی، جواهرالکلام، پیشین، ج ۴۱، ص ۲۶۵.

۲۳. عبدالقادر عودة، التشریح الجنائی الاسلامی، پیشین، ج ۱، ص ۱۲۸.

۲۴. المحقق الحلّی، شرائع الاسلام، منشورات الاعلمی، تهران، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۱۸۶.

۲۵. السيد ميرعبدالفتاح الحسينی المراغی، العناوين، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۸ هـ ق. ج ۲، ص ۶۲۷.

۲۶. الشيخ محمدحسن النجفی، جواهرالکلام، پیشین، ج ۴۱، ص ۴۴۸.

۲۷. الامام روح الله الموسوی الخمينی، تحرير الوسیله، مطبعة الآداب، النجف الاشرف، بدون تاریخ، ج ۲، ص ۴۷۷.

۲۸. الشيخ لطف الله الصافی، التعزیر (انواعه و ملحقاته)، مؤسسة النشر الاسلامی، قم، ۱۴۰۴ هـ ق.، ص ۱۳۹.

۲۹. منبع پیشین، ص ۱۳۳ و جواهرالکلام، ج ۴۱، ص ۴۴۸ دیده شود.

۳۰. الشيخ محمدبن الحسن الحر العاملی، وسائل الشیعة، المكتبة الاسلامیه، تهران، ۱۲۹۲ هـ ق.، ج ۱۸، ص ۳۰۷ به بعد و ص ۳۳۶ و نیز محمدبن یعقوب الكلینی، فروع الکافی، دار الاضواء، بیروت، ۱۴۱۳ هـ ق.، ج ۷، ص ۱۷۳ به بعد.

۳۱. محمدبن یعقوب الكلینی، فروع الکافی، پیشین، ج ۷، ص ۲۴۸.

۳۲. احمد الحصری، السیاسة الجزائیة، دارالجليل، بیروت، ۱۴۱۳ هـ ق.، ۱۹۹۳ م.، ج ۲، ص ۱۷۷.

۳۳. محمدبن یعقوب الكلینی، فروع الکافی، پیشین، ج ۷، ص ۱۸۷. همچنین صفحات ۶-۱۸۴ دیده شود.

۳۴. نهج البلاغه فیض الاسلام، نامه ۵۳، ص ۹۸۸.

۳۵. الشيخ محمد بن یعقوب الكلینی، فروع الکافی، پیشین، ج ۷، ص ۲۵۳.

۳۶. الشيخ محمد الخضری بک، اصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة السادسة، ۱۳۸۹ هـ ق.، ۱۹۶۹ م.، ص ۳۴۰. نیز محمد ابوزهرة، اصول الفقه، ص ۲۵۹ دیده شود.

۳۷. الشيخ محمد بن یعقوب الكلینی، فروع الکافی، پیشین، ج ۷، ص ۱۷۴.

۳۸. «كان اميرالمومنين عليه السلام يُوكى الشهودَ الحدودَ»، منبع پیشین، ص ۲۶۱.

٤٠. ر.ك. مواد ١٠٥ و ١٢٠ قانون مجازات اسلامي.

٤١. عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي، پيشين، ج ١، ص ٦٨٦.