

اجتهاد تعزیر: مبنای اعمال «مجازات‌های محدودکننده آزادی»

در فقه جزایی

محمدهادی صادقی^۱، جواد ریاحی^{۲*}

۱. دانشیار دانشگاه شیراز

۲. استادیار دانشگاه آیت‌الله العظمی بروجردی (ره)

(تاریخ دریافت: ۹۵/۳/۲۳؛ تاریخ پذیرش: ۹۵/۶/۲۷)

چکیده

با توجه به متون و مدارک اسلامی، تعیین واکنش تعزیری به صلاح‌حدید حاکم موکول شده است. بی‌تردید تبیین چگونگی عملکرد قاضی و نیز تعیین حدود اختیارات وی در گزینش واکنش تعزیری، از موضوعات مهمی محسوب می‌شود که در پرتو آن می‌توان جایگاه مجازات‌های محدودکننده آزادی را در سیاست کیفری اسلام تبیین کرد. در این مقاله با اتخاذ روش توصیفی - تحلیلی، مسئله مذکور بررسی و این نتیجه حاصل شده که قاضی موظف است با توجه به ضوابط و معیارهای خاصی، جنس و میزان تعزیر را اجتهاد کند و شاید گاهی حسب آن ضوابط، مجازات محدودکننده آزادی را مؤثرترین و مناسب‌ترین واکنش تشخیص دهد و لذا اجتهاد قاضی، از ضرورت به‌کارگیری مجازات‌های محدودکننده آزادی حکایت دارد؛ اما در سیاست کیفری کشور ما، هنوز لوازم و شرایط آن کاملاً مهیا نشده است.

واژگان کلیدی

اجتهاد، تعزیر، فقه جزایی، قضاوت، مجازات محدودکننده آزادی.

مقدمه

مجازات‌های محدودکننده آزادی، در واقع عبارتند از واکنش‌های رنج‌آوری که در قبال جرم و به موجب قانون، نسبت به مجرم اعمال می‌شوند و ویژگی بارز و مشترک آنها ایجاد محدودیت برای آزادی مجرم است. بر این اساس، واکنش‌هایی مانند دوره مراقبت^۱، خدمات عمومی رایگان (کار عام‌المنفعه)^۲، اقامت اجباری در منزل (حبس خانگی) و ممنوعیت اقامت در مناطق معین^۳ و نیز نظارت الکترونیکی^۴، همگی در زمره مجازات‌های محدودکننده آزادی قرار دارند.

اگرچه پیدایش و گسترش مجازات‌های محدودکننده آزادی در سیاست کیفری کشورهای غربی از حدود چهار دهه پیش آغاز شده (برونلی، ۱۹۹۸: ۵؛ تونری، ۱۹۹۹: ۴) بر خلاف تصور ابتدایی، حقیقت این است که واقعیت مجازات‌های محدودکننده آزادی امر نوین و حادثی نیست و چنانکه خواهد آمد، از صدر اسلام قدمت داشته و جایگاه مهمی را در احکام جزایی اسلامی به خود اختصاص داده است.

۱. به موجب ماده ۸۳ قانون مجازات اسلامی: «دوره مراقبت دوره‌ای است که طی آن محکوم، به حکم دادگاه و تحت نظارت قاضی اجرای احکام به انجام یک یا چند مورد از دستورهای مندرج در تعویق مراقبتی به شرح ذیل محکوم می‌گردد: الف) در جرایمی که مجازات قانونی آنها حداکثر سه ماه حبس است، تا شش ماه...».
۲. به موجب ماده ۸۴ قانون مجازات اسلامی: «خدمات عمومی رایگان، خدماتی است که با رضایت محکوم برای مدت معین به شرح ذیل مورد حکم واقع می‌شود و تحت نظارت قاضی اجرای احکام اجرا می‌گردد: الف) جرایم موضوع بند الف) ماده (۸۳) تا دویست و هفتاد ساعت...».
۳. به موجب ماده ۸۷ قانون مجازات اسلامی: «دادگاه می‌تواند ضمن حکم به مجازات جایگزین حبس، با توجه به جرم ارتكابی و وضعیت محکوم، وی را به یک یا چند مورد از مجازات‌های تبعی و یا تکمیلی نیز محکوم نماید». از سوی دیگر، قانونگذار در ماده ۲۳ همان قانون مقرر داشته است: «دادگاه می‌تواند فردی را ... به یک یا چند مجازات از مجازات‌های تکمیلی زیر محکوم نماید: الف) اقامت اجباری در محل معین؛ ب) منع از اقامت در محل یا محل‌های معین...».
۴. به موجب ماده ۶۲ قانون مجازات اسلامی: «در جرایم تعزیری از درجه پنجم تا درجه هشتم، دادگاه می‌تواند در صورت وجود شرایط مقرر در تعویق مراقبتی، محکوم به حبس را با رضایت وی در محدوده مکانی مشخص تحت نظارت سامانه (سیستم)‌های الکترونیکی قرار دهد.».

بی تردید، استقبال نظام‌های مختلف سیاست کیفری از مجازات‌های محدودکننده آزادی در عوامل مختلفی همچون افول دولت رفاه در کشورهای غربی، شکست نظام اصلاح و درمان و حاکمیت یافتن گرایش‌های سزاگرایانه، هم در گفتمان جزایی و هم در سیاستگذاری کیفری و نیز افزایش جمعیت زندان‌ها ریشه داشته است و بنابراین، گسترش مجازات‌های محدودکننده آزادی در دهه‌های اخیر را باید معلول اجرای سیاست حبس‌زدایی دانست.^۱

با این حال، چنانکه گفته شد، این نوع واکنش‌ها را نباید واقعیت نوپدید قلمداد کرد که خاستگاه آنها به رویکردهای سکولار و پوزیتیویستی بازمی‌گردد؛ چرا که بررسی متون و منابع فقهی حاکی از آن است که تنبیه مجرم از راه تحدید آزادی وی، یکی از شیوه‌های تعزیر و از واکنش‌های جزایی مورد تأکید سیاست کیفری اسلام محسوب می‌شود و در حقیقت، مجازات‌های محدودکننده آزادی در سیاست کیفری اسلام، به‌دنبال ضرورت اجتهاد در تعزیر، از جایگاه رفیع و موقعیت چشمگیری برخوردارند.

بررسی منابع فقه و نیز آرا و دیدگاه‌های فقها و حقوقدانان اسلامی نشان می‌دهد که تعزیر مجرم از راه تحدید آزادی وی از مصادیق واکنش تعزیری است که اهتمام و تأکید قانونگذار اسلامی را همراه دارد. برای مثال می‌توان واکنش «هجر» را نام برد که در آیاتی از قرآن کریم، از جمله در آیه ۳۴ سوره مبارکه نساء (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَ...) و نیز آیه ۱۱۸ سوره مبارکه توبه (وَعَلَى الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ خُلِّفُوا حَتَّىٰ إِذَا ضَاقَتْ عَلَيْهِمُ الْأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ وَضَاقَتْ عَلَيْهِمْ أَنفُسُهُمْ وَ...) به آن اشاره شده است.

همچنین، تحدید آزادی مجرم و در تنگنا و مضيقه قرار دادن او از حیث مواد غذایی و نوشیدنی‌ها از دیگر مصادیق مجازات‌های محدودکننده آزادی است که فقیهان اسلامی از

۱. البته مفهوم مجازات‌های محدودکننده آزادی دقیقاً منطبق بر مفهوم جایگزین‌های حبس یا مجازات‌های غیر سالب آزادی نیست، زیرا دو مفهوم اخیر بر مجازات‌هایی که محدودکننده آزادی نیستند اما جان‌شین حبس می‌شوند قابل استعملاند (رک: اسکات، ۲۰۰۸: ۴۰ - ۱۳۹؛ باتمز، ۲۰۰۴: ۱؛ ماسون، ۲۰۰۰: ۲۳۶؛ سینگ، ۲۰۰۲: ۱۰؛ دانیلی، ۲۰۰۷: ۴؛ ایستون و پایپر، ۲۰۰۵: ۸).

آن یاد و اعمال آن را درباره برخی از مجرمان توصیه کرده‌اند (ابن سعید، ۱۳۸۶: ۱۱۹). بسیاری از فقها و دانشمندان اسلامی نیز در آرا و دیدگاه‌های خود، از تبعید به عنوان یکی از واکنش‌های طبقه تعزیرات نام برده‌اند و به امکان‌پذیر شدن تبعید مجرم در برخورد با جرایم تعزیری فتوا داده‌اند (جعفری، ۱۴۱۹: ۱۲۹؛ ماوردی، ۱۳۸۳: ۴۶۹).

فارابی نیز علاوه بر تبعید، به تحدید آزادی مجرم از طریق گماردن وی به کار تصریح کرده که از دیگر مصادیق مجازات‌های محدودکننده آزادی است و امروزه با عنوان «خدمات اجتماعی» یا «کار عام‌المنفعه» اجرا می‌شود. تأکید فارابی بر این نکته که: «حتی اگر مجرم کار مفیدی انجام ندهند و برای آن کار مناسب نباشند» (فارابی، ۱۳۵۸: ۱۹۸) حاکی از این است که گاهی نفس به کار گماردن بزهکاران و تحدید آزادی ایشان از این طریق، شاید واجد آثار اصلاحی باشد و مانع تکرار جرم شود.

با این حال، بررسی قانون‌ها و مقررات کیفری پس از انقلاب اسلامی نشان می‌دهد که اعمال مجازات‌های محدودکننده آزادی چنانکه شایسته بوده، مورد توجه و اقبال قانونگذار ایران نبوده است. حتی اخیراً که در اثر تلاش‌های برخی از دانشمندان و جرم‌شناسان، برخی از مصادیق مجازات‌های محدودکننده آزادی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ گنجانده شده است، این مجازات‌ها نه به عنوان مجازات‌های تعزیری اصلی و مستقل، بلکه به عنوان مجازات‌های تکمیلی یا جانشین‌هایی برای کیفر حبس تقنین شده‌اند و آنچنان در تنظیم مقررات مربوط به قلمرو اعمال آن مجازات‌ها محدودیت ایجاد شده است که به ندرت قابلیت اعمال پیدا می‌کنند.^۱ بدیهی است که این امر به نوبه خود حاکی از استمرار استبعاد مقررات کیفری از سیاست کیفری اسلام در این زمینه خواهد بود.

در نوشتار حاضر کوشش می‌شود که ضمن تبیین جایگاه مجازات‌های محدودکننده آزادی، در زمینه مبنای اعمال واکنش‌های یادشده و در واقع درباره دلیل لزوم به‌کارگیری

۱. از جمله نقاط ضعف و کاستی‌های شکل کنونی اعمال تعزیرات، عدم اصالت و عدم استقلال و نیز محدودیت قلمرو اعمال مجازات‌های محدودکننده آزادی است. محدودیت قلمرو اعمال مجازات‌های محدودکننده آزادی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به این معناست که مجازات‌های مزبور گروه اندکی از مجرمان را شامل می‌شود و درباره تعداد کمی از جرایم اعمال‌پذیر هستند (رک: شمس ناتری و ریاحی، ۱۳۹۱: ۱۹۱ - ۲۱۲).

مجازات‌های محدودکننده آزادی در سیاست کیفری اسلام تحقیق و از این راه بر لزوم فراهم کردن بیشتر زمینه اعمال اشکال مختلف مجازات‌های محدودکننده آزادی در نظام کیفری ایران تأکید شود.

اما به‌راستی چرا سیاست کیفری اسلام بر خلاف رویکرد متعارف در زمان صدر اسلام، در برخورد با بزهکاران، به‌کارگیری صورت‌های مختلف مجازات محدودکننده آزادی همچون هجر و قطع مرادوه، تضییق آزادی و ایجاد محدودیت برای مرتکب از حیث دسترسی به امور، افعال یا اشخاص مورد علاقه، تغریب و تبعید و مانند آنها را در اولویت قرار داده و واکنش‌های جسمانی را مگر در موارد ضروری تجویز نکرده است؟ چرا تعزیر بعضی از مرتکبان جرایم تعزیری باید از راه تحدید آزادی آنان اعمال شود؟

در پژوهش حاضر، کوشش می‌شود چرایی تأکید سیاست قانونگذار اسلامی بر توسل به واکنش‌های جزایی محدودکننده آزادی بررسی و از این راه، درباره پرسش‌های مزبور تحقیق شود. برای این منظور، پس از تبیین مفهوم «اجتهاد تعزیر» (بند ۲)، دلایل اجتهادی بودن تعزیر بررسی خواهد شد (بند ۳) و پس از آن کوشش می‌شود که با توجه به اجتهادی بودن تعزیر، فلسفه مجازات‌های محدودکننده آزادی در فقه جزایی اسلام تبیین شود (بند ۴) و سرانجام، نتایج بحث مطرح خواهند شد (بند ۵).

مفهوم اجتهاد تعزیر

بسیاری از عالمان لغت‌شناس، اجتهاد را به‌معنای کوشش بسیار و تلاش فراوان دانسته‌اند؛ چنانکه نگارنده اثر «مفردات الفاظ قرآن کریم» در زمینه معنای اجتهاد چنین گفته است: «اجْتِهَاد - یعنی خود را با صرف نیرو و تحمل به سختی و مشقت واداشتن» (راغب اصفهانی، ۱۳۸۸: ۴۲۴) یا برخی دیگر، گفته‌اند که: «اجْتِهَاد - اجْتِهَاداً [جهد] فی الأمر یعنی در آن کار کوشش بسیار نمود» و سپس افزوده‌اند که «اجْتِهَاد در اصطلاح قضایی به‌معنای رأی فقیه یا قاضی در صدور حکم است» (بستانی، ۱۳۷۰: ۱۵). بنابراین، رأی فقیه یا قاضی را از آنرو اجتهاد گفته‌اند که غالباً با تلاش بی‌وقفه و دقت و ممارست بسیار به‌دست می‌آید و غور و بررسی در منابع فقهی و کشف احکام الهی و نیز قضاوت میان افراد و

فصل خصومت و حل مشکلات مردم، کار بس طاقت‌فرسایی است.

اجتهاد در اصطلاح فقه و اصول نیز معنایی غیر از معنای لغوی آن ندارد، جز اینکه در این حوزه، اجتهاد تلاشی است که با روش‌های خاصی صورت می‌گیرد و هدف ویژه‌ای را دنبال می‌کند. یکی از فقیهان معاصر در این زمینه می‌نویسد: «اجتهاد در فقه اسلامی همانگونه که از معنای لغوی‌اش به دست می‌آید، به معنای تلاش و کوشش آزاد و مستقل است که مجتهدان آگاه و واجد شرایط، آن را برای تکامل و گسترش بخشیدن به فقه از نظر فروع و مصادیق در منابع و پایه‌های شناخت و ادله معتبر شرعی به کار گرفته و می‌گیرند و با این کار فروع تازه را به اصول پایه بازگشت می‌دهند و قوانین کلی را بر مصادیق خارجی منطبق می‌نمایند» (جناتی، ۱۳۸۹: ۱۰).

همچنین، نویسنده «الاجتهاد و التقليد» مفهوم اجتهاد را اینگونه توضیح داده است: «اجتهاد نزد شیعه امامیه عبارت از به‌کار بردن نهایت تلاش در کشف احکام از طریق کتاب و سنت است و لذا می‌توان گفت که اجتهاد عبارت است از استنباط فروع از اصول وارد شده در دین. اجتهاد نزد شیعه امامیه مبتنی بر دو پایه، یعنی کتاب و سنت است و مراد از سنت، اخبار رسیده از ناحیه امامان معصوم علیهم‌السلام و روایات منقول از ناحیه اصحاب موثق پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم است که حاکی از سخن یا رفتار یا تقریر ایشان باشد و اما اجماع نزد ما گروه شیعیان، دلیل مستقلی در مقابل سنت نیست، بلکه به‌عنوان نشانه‌ای بر سنت محسوب می‌گردد که به‌واسطه آن نظر معصومین علیهم‌السلام کشف می‌گردد» (صدر، بی‌تا: ۲۶).

برخی دیگر از محققان نیز در این موضوع چنین نوشته‌اند: «منظور از اجتهاد در اصطلاح علمای اصول فقه، عملیات استنباط احکام شرعی است و آن عبارت است از اینکه وضعیت‌های عملی در مقابل شریعت از راه استدلال مشخص گردد» (عاملی، بی‌تا: ۱).

با وجود آنچه گفته شد، اجتهاد در عرصه فقهی تنها در معنای تلاش برای استنباط احکام شرعی استعمال نمی‌شود و کاربرد واژه مزبور به آن معنا منحصر نیست؛ بلکه واژه اجتهاد در فقه، به‌ویژه آنگاه که در زمینه قضاوت درباره مرتکبان جرایم تعزیری استفاده شود، به‌جز معنای عملیات استنباط احکام شرعی، معنای دیگری نیز دارد و آن عبارت

است از تلاش وافر و کوشش مستمر برای کشف بهترین واکنش در قبال بزه ارتكابی. بنابراین، آنجا که شهید ثانی تعزیر را اجتهادی دانسته و فرموده است: «التعزیر اجتهادی» (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۲۰) یا آنجا که شیخ طوسی، تعزیر را به اجتهاد امام موكول دانسته و فرموده است: «والتغریب لیس بحد و إنما التعزیر إلی اجتهاد الإمام و لیس بمقدر» (طوسی، ۱۴۰۷: ۳۶۸)، قطعاً مقصود اجتهاد حکم شرعی نیست.

در واقع، مراد آن بزرگواران این امر نبوده است که امام یا حاکم موظف خواهد بود حکم شرعی ارتكاب جرایم موجب تعزیر را استخراج کند؛ چراکه حکم شرعی فی‌الجمله مشخص است؛ بلکه آنچه بر عهده امام یا حاکم قرار دارد، تعیین جنس و مقدار تعزیر است که باید با کوشش و تلاش خود آن را دریابد و اجتهاد کند.

در شرایط کنونی جامعه ما که در مسانده قضا به ندرت قاضی مجتهد به چشم می‌خورد و اکثریت را قضات مأذون تشکیل می‌دهند، معنای اخیر واژه اجتهاد اهمیت بیشتری یافته است. اهمیت معنای یادشده تا جایی است که مقام معظم رهبری نیز بر آن تأکید کرده‌اند و در بخشی از بیانات خود که در سال ۱۳۸۱ ایراد شده، چنین فرموده‌اند:

«چیزی که اسلام می‌خواهد این است که قاضی، باتقوا و عالم و اهل اجتهاد باشد. البته اینجا اجتهاد، یک اجتهاد مصطلح فقهی است که حدی از تخصص علمی و فقهی را می‌طلبد. ممکن است در این حد، امروز برای کل دستگاه قضایی میسر نباشد - که نیست - و قضات منصوب هستند؛ لیکن در کنار این، می‌توان معنای دیگری هم برای اجتهاد فرض کرد؛ یعنی ابتکار در شناخت صحنه قضا و نوع برخورد با جرم در چارچوب قانون. ممکن است یک قانون همه جا نسبت به همه مجرمان اقتضای مشابهی نداشته باشد؛ اینجا هوشمندی قاضی لازم است. قاضی همچنین باید از طهارت و اخلاص و شجاعت کافی برخوردار و فهیم و بصیر باشد. در قضا، تا آنجایی که ممکن شود، ما به این خصوصیات احتیاج داریم»^۱ (خامنه‌ای، ۱۳۸۱: ۱).

۱. بیانات مقام معظم رهبری در دیدار رئیس، معاونان و کارکنان قوه قضاییه، در آستانه سالروز هفتم تیر، به نقل از:

با توجه به مراتب فوق، اجتهاد در یک استعمال که در این نوشتار بر آن تأکید می‌شود، به معنای تلاش برای کشف حکم شرعی نیست؛ بلکه به معنای تلاش و کوشش فراوان قاضی در کشف مناسب‌ترین واکنش و جامعه عمل پوشاندن به حکم و جوب تعزیر است. در مقام تعیین واکنش تعزیری، قاضی از تکلیف خود آگاه است و در حکم شرعی تردیدی ندارد؛ لکن آنچه در بدو امر بر او مجهول است، جنس و میزان تعزیر بوده که حاکم موظف است آن را استکشاف کند. از این رو به کوشش برای دستیابی به مناسب‌ترین واکنش که موجب تأدیب مرتکب جرم شود، اجتهاد اطلاق شده است.

در واقع، در مقام تعیین واکنش تعزیری، کار قاضی شبیه کار مجتهد است با این تفاوت که قاضی در ضوابط تعزیر جست‌وجو می‌کند، اما فقیه در ادله فقهی به دنبال حکم شرعی است؛ در مقام تعیین واکنش تعزیری، قاضی مصداق خاصی از حکم شرعی را اجتهاد می‌کند و در مقام افتاء، فقیه اصل حکم شرعی را اجتهاد می‌کند و بالأخره، در این مقام، قاضی حکم معلوم را تحتم و قطعیت می‌بخشد و در آن مقام، فقیه حکم مجهول را معلوم می‌کند.

دلایل اجتهادی بودن تعزیر

در سیاست کیفری اسلام، تعزیرات گسترده‌ترین طبقه از واکنش‌های جزایی هستند؛ از این رو می‌توان تعزیرات را از مهم‌ترین موضوعات سیاست کیفری اسلام دانست. برخلاف کیفرهای حدی که بر توجه بیشتر به مصالح و منافع اجتماعی مبتنی هستند، در نظام تعزیرات، وضعیت شخص بزهکار یکی از معیارهای اساسی در تعیین واکنش‌های جزایی است.

ابداع نظام تعزیرات ناشی از برداشت خاصی از جرم و واکنش جزایی است. در این رویکرد، جرم یک پدیده مجرد حقوقی و فنی نیست؛ زیرا تأمین اهداف حقوق جزا و نیز تحقق عدالت جزایی، ضرورت ارزیابی بزهکار را به‌عنوان کسی که نه فقط از نظر اخلاقی، بلکه از جنبه اجتماعی نیز در مقابل رفتار خود مسئول است، ایجاب می‌کند (صادقی، ۱۳۷۳: ۴۱۰).

لزوم توجه به شخصیت بزه‌کار و برخی معیارهای دیگر، موجب شده است تا برخلاف کیفرهای حدی و مجازات قصاص، واکنش تعزیری قطعیت و تحتم ابتدایی نداشته باشد و از پیش معین نباشد. از دیدگاه سیاست کیفری اسلام، اختیار تعیین جنس و مقدار تعزیر به قاضی محول شده است تا با توجه به ضوابط و معیارهایی همچون شدت جرم، وضعیت بزه‌دیده، انگیزه ارتکاب جرم و ویژگی‌های شخصیتی بزه‌کار، ماهیت واکنش تعزیری، کمیّت و نیز چگونگی اجرای آن را مشخص کند و معمول دارد. تشخیص واکنش تعزیری مناسب، مستلزم بذل جهد و کوشش توانفرسای قضات دادگاه‌هاست و لذا فقیهان و حقوقدانان اسلامی از آن به اجتهاد تعبیر کرده‌اند.

اجتهادی بودن تعزیر در نظام تعزیرات و سیاست کیفری اسلام از جایگاه رفیعی برخوردار است، تا جایی که بسیاری از فقیهان اسلامی بر آن تأکید کرده‌اند و در آثار تعدادی از فقهای عامه و خاصه به آن تصریح شده است. به‌علاوه گروهی از فقها مضمون اجتهادی بودن تعزیر را در قالب قاعده‌ای موسوم به قاعده «التعزیر بمایراه الحاکم» مطرح کرده‌اند. این قاعده فقهی که با توجه به نصوص روایی و آرا و فتاوی فقها شکل یافته است، بر اجتهادی بودن تعزیر دلالت دارد.

شایان ذکر است که برخی از نویسندگان معاصر (محقق داماد، ۱۳۸۱: ۲۳۴) بر این باورند که منظور از قاعده «التعزیر بمایراه الحاکم» یا «التعزیر بمایراه الامام» این بوده که تعیین جنس و میزان تعزیر به صلاح‌دید حاکمیت جامعه اسلامی موکول شده است و در حال حاضر با توجه به ساختار نظام سیاسی کشور، اصل تفکیک قوا و تفویض قانونگذاری به قوه مقننه، تعیین جنس و میزان تعزیر از اختیارات مجلس شورای اسلامی خواهد بود.

اگرچه دیدگاه مزبور از این حیث که دربردارنده نگاه جدیدی به قاعده «التعزیر بمایراه الحاکم» است درخور تأمل است، اما به‌دلیل ناسازگاری با ادله باب احکام و مخالفت با قول مشهور، به‌دشواری پذیرفتنی خواهد بود. به هر تقدیر، در مقاله حاضر، با پذیرش دیدگاه مشهور به‌عنوان پیش‌فرض اساسی تحقیق، بر این باوریم که منظور از حاکم یا امام در قاعده «التعزیر بمایراه الحاکم»، قاضی صادرکننده حکم است که تعیین جنس و میزان تعزیر به صلاح‌دید او واگذار می‌شود.

در متون و مدارک اسلامی، دلایلی وجود دارد که اجتهاد تعزیر بر آنها استوار است. برخی از این دلایل شامل نصوص روایی هستند و برخی برآمده از اخبار و روایاتند. در این قسمت ابتدا به بررسی دلایل روایی (بند نخست) می‌پردازیم و پس از آن ضمن دو بند متوالی، هدف تعزیر (بند دوم) و لزوم توجه به معیارها و ضوابط تعزیر را (بند سوم) به‌عنوان دیگر دلایل اجتهادی بودن تعزیر بررسی می‌کنیم.

روایات

در منابع روایی، احادیثی وجود دارند که برای اثبات مقصود بحث حاضر می‌توان از آنها استفاده کرد. این دسته از روایات، اگرچه معدود و انگشت شمارند، بر اجتهادی بودن تعزیر دلالت واضحی دارند. در ادامه به بررسی روایات مزبور می‌پردازیم که مثبت اجتهادی بودن تعزیر و مفسر قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» هستند.^۱

روایت نخست را سماعه از امام صادق علیه السلام نقل کرده است مبنی بر اینکه حضرت فرمود: «شُهُودُ الزُّورِ يُجْلَدُونَ حَدًّا وَ لَيْسَ لَهُ وَقْتُ، ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ وَ يُطَافُ بِهِمْ حَتَّى يُعْرَفُوا وَ لَأَ يَعُودُوا» (حر العاملی، ج ۲۷، ۱۴۰۹: ۳۳۳)؛ «شهادت‌دهندگان به باطل [دروغ] به‌عنوان حد تازیانه می‌خورند و برای آن حد معینی نیست و آن در اختیار امام است و آنان را می‌چرخانند تا شناخته شوند و دیگر تکرار نکنند» (جمعی از فضلا، ج ۳۰، ۱۳۸۶: ۳۳۷).

روایت دوم نیز در زمینه مجازات شهود کذب است، با این تفاوت که این روایت از طریق عبدالله بن سنان نقل شده است: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ: إِنَّ شُهُودَ الزُّورِ يُجْلَدُونَ جَلْدًا لَيْسَ لَهُ وَقْتُ، ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ وَ يُطَافُ بِهِمْ حَتَّى تَعْرِفَهُمُ النَّاسُ» (حر العاملی، ج ۲۷، ۱۴۰۹: ۳۳۴)؛ «امام جعفر صادق علیه السلام فرمود: "شهادت‌دهندگان به باطل [دروغ] تازیانه می‌خورند و برای آن حد معینی نیست و آن در اختیار امام است و آنها را می‌گردانند تا مردم آنان را بشناسند"» (جمعی از فضلا، ج ۳۰، ۱۳۸۶: ۳۳۹).

۱. برخی از پژوهشگران معاصر نیز در بحث از قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم»، ضمن تبیین مستندات و مدارک آن قاعده، به بررسی این دست از روایات پرداخته‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۱: ۲۲۸).

سومین روایت که از حمادبن عثمان نقل شده به این شرح است: «قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام التَّعْزِيرُ كَمْ هُوَ؟ قَالَ دُونَ الْحَدِّ؛ قُلْتُ دُونَ ثَمَانِينَ؛ قَالَ لَا وَ لَكِنَّ دُونَ الْأَرْبَعِينَ فَإِنَّهَا حَدُّ الْمَمْلُوكِ؛ قَالَ قُلْتُ: وَ كَمْ ذَاكَ قَالَ: قَالَ عَلِيُّ عليه السلام عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى الْوَالِي مِنْ ذَنْبِ الرَّجُلِ وَقُوَّةِ بَدَنِهِ» (حر العاملی، ج ۲۸، ۱۴۰۹: ۲۲۸؛ صدوق، ج ۳، ۱۳۸۵: ۵۳۸)؛ «حمادبن عثمان گوید از امام جعفر صادق عليه السلام درباره مقدار تعزیر پرسیدم؛ حضرت فرمود: کمتر از حد؛ پرسیدم: کمتر از هشتاد ضربه؟ حضرت فرمود: خیر بلکه کمتر از چهل ضربه که حد بردگان است؛ حمادبن عثمان گوید، پرسیدم: مقدار [دقیق] آن چقدر است؟ حضرت اظهار داشت که حضرت علی عليه السلام در این باره فرمود: به مقداری که والی (حاکم شرع) با توجه به قدرت بدنی مجرم و نوع جرم مشخص کند».

بالآخره چهارمین روایت، حدیثی است منسوب به حضرت علی عليه السلام در مورد تعزیر دشنام‌دهنده‌ای که دشنامش موجب حد قذف نباشد. روایت مذکور در یکی از منابع روایی اهل سنت به این شرح نقل شده است: «عن علی رضی الله عنه فی رجل یقول للرجل یاخبیث یا فاسق، قال لیس علیه حد معلوم، یعززه الوالی بما رأى» (بیهقی، ج ۸، ۱۴۱۳: ۲۵۳)؛ «حضرت علی - که خداوند از او راضی باد- در مورد شخصی که دیگری را با جملات ای خبیث و ای فاسق مورد خطاب قرار داده بود، فرمود: حد خاصی ندارد و به نظر حاکم شرع تعزیر می‌گردد».

چنانکه ملاحظه می‌شود، از میان روایات فوق، سه روایت در موارد خاص صادر شده‌اند. به عبارت دیگر، مورد دو روایات اول و دوم، تعزیر شهادت‌دهندگان به دروغ و مورد روایت چهارم، تعزیر دشنام‌دهنده است. بدیهی است که از این امر نباید نتیجه گرفت که اجتهاد تعزیر فقط در زمینه مورد روایات مزبور جاری است و در سایر موارد قاضی حق اجتهاد ندارد و باید به نص عمل کند؛ زیرا اولاً، شهادت کذب در روایات اول و دوم و دشنام در روایت آخر، خصوصیتی ندارند که موجب تقيید و تخصیص مدلول روایت شوند؛ ثانیاً، سومین روایت از حیث نوع معصیت اطلاق دارد و در مورد مطلق معاصی موجب تعزیر است و ثالثاً، در زمینه کیفیت و کمیت بسیاری از معاصی نصی وجود ندارد.

نکته دیگری که درباره روایات فوق شایان ذکر است، این مطلب خواهد بود که به جز روایت چهارم، سیاق بقیه روایات حاکی از اختیار حاکم شرع در تعیین کمیّت شلاق تعزیری است و نه کیفیت و جنس تعزیر. با توجه به دلالت سیاقی روایات مزبور از یک سو و ضعف سند روایت چهارم از سوی دیگر، شاید تصور شود که اجتهاد تعزیر به تلاش برای یافتن مناسب‌ترین و مؤثرترین ضربات شلاق تعزیری منحصر است.

با این حال، چنین تصویری مقرون به صواب نیست؛ زیرا در اندیشه انحصار تعزیر در ضرب با تازیانه ریشه دارد که در جای خود نادرستی آن اثبات و عمومیت مفهوم تعزیر و شمول آن بر واکنش‌هایی غیر از تازیانه محرز شده است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۷۱؛ منتظری، ج ۳، ۱۳۷۹: ۲۵۵؛ انصاری و همکاران، ۱۳۸۶: ۱۴۳؛ ماوردی، ۱۳۸۳: ۴۱۲). علاوه بر این، مشهور فقها نیز قائل به چنین دیدگاهی نشده‌اند و برداشت آنان از روایات یادشده، اجتهاد قاضی هم در جنس و هم در مقدار تعزیر بوده است.

با این وصف، باید گفت که اختصاص برخی از روایات به معاصی خاص، اشاره به تعداد ضربات تازیانه در روایات و دشواری‌هایی که روایت چهارم، از حیث سند با آن روبه‌رو است، هیچ‌کدام مانع از احراز و اثبات اجتهادی بودن مطلق تعزیرات نیست؛ بلکه با توجه به مفاد روایات یادشده و عمل مشهور فقها به آنها و اصدار فتاوی بی‌شمار بر اساس آنها، اجتهادی بودن تعزیر اثبات می‌شود.

مقصود از اجرای تعزیر

بررسی آثار موجود درباره اهداف واکنش‌های جزایی سیاست کیفری اسلام، حاکی از این است که پژوهشگران و صاحب‌نظران، غالباً اهداف چندگانه‌ای را برای واکنش‌های جزایی و از جمله تعزیر برشمرده‌اند. با این حال، در میان دیدگاه‌های مختلف، آنچه از سایر دیدگاه‌ها منطقی‌تر به نظر می‌رسد و با ظواهر ادله سازگارتر خواهد بود، این دیدگاه بوده که هدف اصلی شارع از تشریح واکنش تعزیر «تأدیب مرتکب جرم» است.

«تأدیب مرتکب جرم» به‌عنوان هدف شارع از تعزیر با استفاده از دلایل و شواهد معتبر امکان احراز و اثبات دارد. مدلول برخی از روایات به‌روشنی از آن حکایت دارد که هدف

از تعزیر، تأدیب مرتکب جرم است؛ مانند حدیثی از حضرت علی علیه السلام که ایشان فرمود: «ربّ ذنب مقدار العقوبة علیه اعلام المذنب به» (ابن ابی‌الحدید، ج ۱۸، ۱۴۰۴: ۱۱۰).

آقاجمال خوانساری در شرح این کلام آورده است: «بسا گناهی که مقدار عقوبت بر آن اعلام نمودن گنهکار بآن بوده باشد، یعنی بسا گناه باشد که همین کافی باشد در عقوبت صاحب آن که اعلام کنند او را بآن تا خجل و منفعل شود و پشیمان شود از آن و زیاده برین عقوبت او در کار نباشد، بلکه خوب نباشد» (آقاجمال خوانساری، ج ۴، ۱۳۶۶: ۷۳).

به حکایت روایات باب تعزیر و آرای فقیهان اسلامی، شارع با اتخاذ رویکردی پیامدگرا در اعمال واکنش‌های تعزیری، نه تنها بر واکنش خاصی مانند شلاق یا حبس تأکید ندارد، بلکه نسبت به پیامدهای ناشی از اجرای تعزیر نیز بی‌توجه نیست. از نگاه شارع، مهم غرض تعزیر است و اگر در جایی مقصود شارع از تعزیر، بدون اجرای تعزیر، مثلاً با احراز توبه واقعی مجرم، حاصل شود، تکلیف از عهده قاضی ساقط می‌شود. بنابراین، مهم آن است که با توجه به اوضاع و احوال ارتکاب جرم، صدمات ناشی از آن، شخصیت و وضعیت اجتماعی بزهکار و پاره‌ای عوامل دیگر، واکنشی انتخاب شود که بیشتر از سایر واکنش‌ها احتمال دارد موجب تأدیب مرتکب و مانع ارتکاب مجدد جرم از سوی بزهکار شود.

هدفگذاری «تأدیب مرتکب جرم» برای تعزیر، یعنی تعزیر باید با توجه به معیارها و ضوابطی همچون شدت جرم، موقعیت بزه‌دیده و شخصیت مجرم تعیین شود و از آنجا که موارد مزبور قابل احصا نیستند، لازم است که تعزیر از ابتدا معین و قطعی نباشد تا قاضی بتواند پس از بررسی معیارهای یادشده، بهترین و مؤثرترین واکنش را تشخیص دهد و تعیین کند.

به سخن دیگر، حصول تأدیب، مستلزم آن است که قاضی در انتخاب واکنش تعزیری از اختیارات شایان توجهی برخوردار باشد تا بتواند در هر پرونده، واکنش مناسب با آن پرونده را تعیین کند؛ چرا که هر پرونده کیفری ضوابط و معیارهای خاص خود را دارد و قاضی در هر پرونده کیفری، با معیارها و ضوابطی روبه‌روست که در پرونده دیگر آنها را نمی‌بیند.

بنابراین، نیل به هدف تعزیر مستلزم آن است که انتخاب تعزیر به صلاح‌دید قاضی موکول شود تا حسب ضوابط تعزیر، هر جا که مصلحت اقتضا کند، مناسب‌ترین واکنش کیفری را برگزیند و در جایی که انتظار نمی‌رود که با کیفر بتوان مجرم را تأدیب کرد و از ارتکاب جرم بازداشت یا در مواقعی که تحمیل کیفر بر مرتکب جرم مجاز نباشد، از تدابیر غیرکیفری استفاده کند.

تأدیب مرتکب جرم به‌عنوان مقصود شارع از تعزیر، مستلزم آن است که دست حاکم برای استفاده از هر گونه ابزار مشروع و انسانی بازگذاشته شود، تا او بتواند در یک تلاش دقیق، بذل جهد کند و مناسب‌ترین واکنشی را که به تأدیب مجرم منتهی می‌شود، استکشاف کند.

با عنایت به آنچه گفته شد، مقصود شارع از تعزیر نیز فی حد نفسه، اجتهادی بودن تعزیر را اثبات می‌کند؛ زیرا برای حصول تأدیب راهی جز توکیل جنس و میزان تعزیر به قاضی و مکلف کردن وی به کوشش برای گزینش مؤثرترین و مناسب‌ترین واکنش وجود ندارد و از شارع حکیم قبیح است که چیزی را طلب، اما راه وصول آن را ممنوع کند. به بیان دیگر، اگر ذی‌المقدمه - تأدیب مرتکب جرم - مطلوب شارع است، منطقیاً مقدمه - اجتهاد تعزیر - نیز مطلوبیت دارد.

لزوم توجه به معیارهای خاص در تعیین تعزیر

چنانکه گفته شد، بر اساس آموزه‌های سیاست کیفری اسلام، حاکم موظف است نوع و میزان و کیفیت تعزیر را بر اساس متغیرهایی تعیین کند که می‌توان از آنها به معیارها یا ضوابط تعزیر تعبیر کرد. فقها و حقوقدانان اسلام تصریح کرده‌اند که میزان تعزیر به تناسب نوع گناه و نیز کیفیت حال مجرم اختلاف پیدا می‌کند. به باور ایشان، نوع تنبیه افراد با شخصیت، محترم و خویشندار، که مرتکب گناه می‌شوند، سبک‌تر از تنبیه متخلفان و بزهکاران کم‌شخصیت و احیاناً سفیه‌گونه است. بنابراین تعزیر افراد به شأن و منزلت آنها بستگی دارد (ماوردی، ۱۳۸۳: ۴۶۹).

در روایتی از حمادبن عثمان که پیش از این نیز در بحث از دلایل روایی ذکر آن

گذشت، ملاحظه شد که از دیدگاه حضرت علی علیه السلام مقدار تعزیر تابعی از دو متغیر قدرت بدنی مجرم و نوع جرم است (حر العاملی، ج ۲۸، ۱۴۰۹: ۲۲۸؛ صدوق، ج ۳، ۱۳۸۵: ۵۳۸) از این رو، تعزیر مجرم شاید به تناسب مالی که تصاحب کرده یا به تناسب سوابق تکرار جرایم، تشدید شود. این در حالی است که شدت و ضعف جرم در تشدید و تخفیف کیفرهای حدود واجد اثر نیست. چنانکه شارب خمیری که یک بطری از مسکر نوشیده، به همان میزان تازیانه می‌خورد که اگر تنها یک جرعه از مسکرات نوشیده بود.

با توجه به مدارک روایی، موقعیت‌های زمانی و مکانی نیز در تعیین تعزیر واجد اثرند؛ به طوری که اگر شخصی عمل موجب تعزیر را در روز یا شبی که دارای عظمت خاصی است، مانند جمعه، عید و ماه رمضان یا در مکانی که قداست دارد، مثل مسجدالحرام و مسجدالنبی صلی الله علیه و آله، مسجد کوفه، مشاهد ائمه علیهم السلام، مسجد جامع و ... انجام دهد، تعزیر شدیدتری دارد (ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳: ۴۲۰).

با عنایت به مطالب فوق، لزوم توجه قاضی به ضوابط تعزیر در هنگام تعیین نوع و میزان و کیفیت تعزیر، امری مورد وفاق عامه و خاصه است و باید آن را از مسلمات فقه جزایی به‌شمار آورد. به‌علاوه، لزوم توجه قاضی به ضوابط تعزیر، به‌نوبه خود دلیلی است که بر اساس آن، اعتبار اجتهادی بودن تعزیر اثبات می‌شود.

به بیان دیگر، با توجه به اینکه از یکسو قاضی موظف است به‌منظور اصلاح و تربیت بزهکاران، متغیرهای یادشده را در نظر بگیرد و بررسی کند و از سوی دیگر، تنوع ویژگی‌های افراد، تفاوت طبقه اجتماعی و وضعیت اقتصادی آنان و اختلاف موقعیت‌های ارتکاب جرم، مستلزم وجود واکنش‌هایی به همان میزان متعدد و متنوع و نیز امکان بررسی و تطبیق متغیرها و واکنش‌ها به‌منظور گزینش مناسب‌ترین و مؤثرترین واکنش است، ضروری خواهد بود که تعزیر به صلاحدید قاضی موکول شود تا وی بتواند با عنایت به جمیع اطلاعات موجود در پرونده و بررسی یکایک متغیرهای یادشده، واکنش مطلوب را گزینش و اعمال کند.

پس این امر که قاضی موظف است در مقام تعیین واکنش تعزیری به ضوابط و

معیارهای خاصی توجه کند که در نصوص روایی بر آن تأکید شده، به نوبه خود مهر تأییدی بر اجتهادی بودن تعزیر است.

توجیه لزوم اعمال مجازات‌های محدودکننده آزادی بر اساس اجتهاد تعزیر

فرایند انتخاب واکنش مؤثر و مناسب که موجب تأدیب مرتکب جرم شود او را از تکرار بزهکاری بازدارد، حقیقتاً پیچیده‌ترین و دشوارترین اقدام در جریان دادرسی‌های جزایی است؛ هر چند توکیل تعیین جنس و مقدار واکنش‌های تعزیری به دادرسان، موجب تحرک و پویایی امر قضاوت می‌شود، باید توجه داشت که این امر مسئولیت قاضی را در انتخاب واکنش ضروری و کافی سنگین‌تر خواهد کرد.

البته با توجه به دشواری و پیچیدگی امر گزینش واکنش، قاضی در این راه می‌تواند از مشاوره متخصصان و دانشمندان دیگر بهره‌برد. فقیهان اسلام، حضور دانشمندان و و عالمان در دادرسی را از امور شایسته و سزاوار برای قاضی برشمرده‌اند تا در صدور احکام مراقب او باشند و در خطاها و لغزش‌های احتمالی، او را متوجه کنند^۱ (محقق حلی، ج ۴، ۱۴۰۸: ۶۶). چنانکه گاهی حضرت امیرالمؤمنین علی علیه السلام در قضاوت‌های خویش از یارانش طلب مشورت می‌کرد و نظر ایشان را درباره چگونگی اجرای مجازات جويا می‌شد که این خود حاکی از شایستگی این عمل و نیز امکان تأثیر نظر مشاوران در تعیین جنس و مقدار واکنش است (صادقی، ۱۳۷۳: ۵۱۳).

همچنین، در بخشی از کتاب جامع عباسی با عنوان «در آنچه تعلق به قضا پرسیدن دارد» آمده است: «بدان که شصت و هفت امر تعلق به قضا پرسیدن دارد؛ شانزده امر واجب، سی و شش امر سنت و چهار امر حرام و یازده امر مکروه. اما سی و شش امر سنت ... شانزدهم: حاضر گردانیدن علما در مجلس قضا تا آنکه او را آگاه گردانند بر مأخذ حکم یا خطایی که از او واقع شود» (بهایی عاملی، ج ۲، بی تا: ۳۵۶).

۱. «و يحضر من أهل العلم من يشهد حكمه فإن أخطأ نهوه لأن المصیب عندنا واحد و

يخاوضهم فيما يستبهم من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقررة».

اجتهادی بودن تعزیر یعنی واکنش‌های تعزیری بدواً تحتّم و قطعیت ندارند، بلکه این امر بر عهده قاضی است که با دقت، کوشش و تعمق، واکنش ارجح را تشخیص دهد و به اجرا گذارد. این در حالی است که کیفرهای حدود، از قبل تعیین شده‌اند و امکان اجتهاد در آنها منتفی است^۱ (قرافی، ج ۳، بی تا: ۱۸) از این رو، در تعزیرات قاضی مکلف است نه تنها به منظور تعیین جنس واکنش، بلکه تشخیص مقدار مناسب آن نیز جهد و کوشش خود را به کار گیرد^۲ (قرافی، ج ۴، بی تا: ۷۷).

نباید از اجتهادی بودن تعزیر و تخییر قاضی در انتخاب واکنش تعزیری نتیجه گرفت که در این موارد قاضی مختار است که به سلیقه خویش رفتار کند و دارای آزادی مطلق و بی قید و شرط است. چرا که حکام محاکم موظفند به منظور استکشاف بهترین واکنش (که هم متضمن مصالح بزهکار باشد و هم منافع عمومی) نهایت کوشش خود را به کار گیرند و پس از بررسی، تعیین و تشخیص شایسته‌ترین واکنش مکلف به انجام دادن رأی اجتهادی خویش هستند و حق عدول از آن را ندارند. از این رو، اجتهاد تعزیر، تلاشی است که با هدف اجرای تکلیف صورت می‌گیرد، پس ارزیابی و سنجش نیز خود واجب و قاضی موظف به آن است^۳ (همان: ۱۸۲).

به علاوه، این نکته را نیز باید افزود که گزینش صالح‌ترین واکنشی که ضمن برخورداری از حداقل ایذا و رنج، مؤثرترین اقدام محسوب شود، مستلزم آن است که

۱. «معناه أنه يجب عليه بذل الجهد فيما هو الأصلح للمسلمين؛ فإذا تعين له الأصلح وجب عليه و لا يجوز له العدول عنه إلى غيره... قبل الإجتهد يجب عليه الإجتهد و حاله الأجتهد هو ساع في أداء الواجب فعله حينئذ واجب و بعد الإجتهد يجب عليه فعل ما أدى إليه اجتهاد فلا ينفك عن الوجوب أبداً و ذلك هو ضد التخيير و الإباحه و إنما خيرته مفسره بما تقدم من أنه لم يتحتم عليه ذلك ابتداءً و له النظر و فعل ما ظهر رجحانه بعد الإجتهد بخلاف الحدود و غيرها مما عينه الله تعالى و لم يجعل لأحد فيه اجتهاداً».

۲. «و كذلك التعزير و فيه أيضا الحاجة للإجتهد بخلاف الحدود».

۳. «فمعناه [التخيير] أن ما تعين سببه و مصلحته وجب عليه فعله و يأثم بتركه».

قاضی ضوابط و معیارهای متعددی را که در منابع فقه و متون اسلامی مضبوط است (مانند شرایط بزهکار، وضعیت بزه‌دیده، مصالح اجتماع و نوع و شدت جرم) مراعات کند. توجه به آن ضوابط و معیارها، ماهیت واکنش، کمیت و نیز چگونگی اجرای آن را تحت تأثیر قرار خواهد داد (صادقی، ۱۳۷۳: ۵۱۲).

بنابراین، نوع و شدت جرم در جنس و میزان تعزیر مؤثر است و می‌دانیم که جرایم از حیث شدت در یک ردیف قرار نمی‌گیرند، به طوری که می‌توان سلسله‌مراتبی از واکنش‌های تعزیری را حسب شدت بزه تنظیم کرد. پس آنگاه که قاضی در دادگاه مشغول بررسی جرمی است که دارای مراتب شدت متوسط باشد، مجازات‌های محدودکننده آزادی گزینه‌های مناسبی هستند؛ زیرا مجازات‌های محدودکننده آزادی به دلیل تحدید آزادی و نه سلب آن، از حیث میزان سختگیری و گزند کیفری در میانه سلسله‌مراتب واکنش‌های جزایی قرار دارند.

همچنین، یکی از ضوابط تعزیر، اوصاف بزهکار مانند سن، جنسیت، طبقه اجتماعی، وضعیت اقتصادی و فرهنگی و سوابق خدمات یا پیشینه کیفری است. پس آنگاه که قاضی در صدد انتخاب واکنشی علیه مجرمی باشد که آن مجرم، بزهکار نخستین باشد یا نوجوان یا جوانی فاقد سابقه کیفری یا دستکم فاقد سابقه کیفری مؤثر باشد و از سر جهالت، خامی، حرص و آز مرتکب جرم شده و غرور جوانی او را به ورطه بزهکاری کشانده است، شاید مناسب‌ترین واکنش، تحدید آزادی و نه لزوماً سلب آن باشد و این غرض به واسطه برخی از مصادیق مجازات محدودکننده آزادی در دسترس است.

همچنین اگر مرتکب جرم، زنی باشد که همسر و فرزندانی دارد که تحمیل مجازات‌هایی چون حبس و شلاق، آثار ناگواری را بر حیات خانوادگی و اجتماعی او و بستگانش می‌گذارد و حتی به جای تأدیب او را در آستانه بزهکاری قرار می‌دهد، شاید محصل اجتهاد قاضی، گزینش مجازات محدودکننده آزادی باشد.

به همین صورت، وقتی قاضی قرار است بزهکار پریشان‌روزگار و تنگدستی را تعزیر کند که از فرط فقر توان پرداخت جزای نقدی را ندارد و کیفر حبس یا شلاق نیز فراتر از

استحقاق اوست، شاید تحدید آزادی و محکومیت به مصادیقی از مجازات‌های محدودکننده آزادی مناسب‌ترین گزینه‌ای باشد که قاضی در کوشش و اجتهاد خود آن را برمی‌گزیند.

پس اگر در تاریخ حقوق اسلام گزارش شده است که در مواردی قاضی از راه تحدید آزادی، بزهکاران را تعزیر کرده و در واقع، مجازات محدودکننده آزادی را به‌عنوان واکنش تعزیری علیه مجرمی به‌کار گرفته، به آن دلیل بوده است که قاضی پس از بررسی ضوابط و معیارهای تعزیر مربوط به آن مورد بخصوص، مناسب‌ترین واکنش را مجازات محدودکننده آزادی تشخیص داده و آن را اجرا کرده است.

به‌عبارت دیگر، با وجود آنکه از زمان صدر اسلام تا مدت‌ها بعد، تنبیه جسمانی صورت رایج اعمال کیفر در جوامع مختلف بوده است، تحت تأثیر آموزه‌های سیاست کیفری اسلام، دادرسان درباره مرتکبان جرایم تعزیری به بررسی ضوابط و معیارهای تعزیر می‌پرداختند و واکنش تعزیری مناسب را اجتهاد می‌کردند که گاهی محصول اجتهاد آنان، گزینش واکنش تحدید آزادی در صورت‌های مختلف خود بوده است که امروزه از آن در قالب مجازات‌های جایگزین حبس استفاده می‌شود.

بنابراین، اجتهادی بودن تعزیر، یعنی تعیین جنس و میزان واکنش‌های تعزیری به دادرسان توکیل شده است، حاکی از لزوم استفاده از مجازات‌های محدودکننده آزادی در یک سیاست کیفری مؤثر و پویاست و بر قضاوت فرض است که با دقت، کوشش و تعمق، برای تشخیص واکنش ارجح، تمامی توان خود را به‌کار گیرند و در این میان، مجازات‌های محدودکننده آزادی را در موارد مقتضی گزینش کنند و به اجرا گذارند.

نتیجه‌گیری

وضعیت شخص بزهکار در نظام تعزیرات (که در سیاست کیفری اسلام گسترده‌ترین طبقه از واکنش‌های جزایی را تشکیل می‌دهد) یکی از معیارهای اساسی در تعیین واکنش‌های جزایی است. با عنایت به نگرش خاص شارع اسلام به جرم و واکنش جزایی، ارزیابی بزهکار به‌عنوان فردی که هم از نظر اخلاقی و هم از حیث اجتماعی در مقابل رفتار خود

مسئول است، اجتناب‌ناپذیر خواهد بود.

لزوم توجه به شخصیت بزهکار و برخی معیارهای دیگر موجب شده است تا برخلاف کیفرهای حدی و مجازات قصاص، واکنش تعزیری قطعیت و تحتم ابتدایی نداشته باشد و از پیش معین نباشد. از دیدگاه سیاست کیفری اسلام، اختیار تعیین جنس و مقدار تعزیر به قاضی محول شده است تا با توجه به ضوابط و معیارهایی که در متون و مدارک اسلامی معین شده‌اند، ماهیت واکنش تعزیری، کمیّت و نیز چگونگی اجرای آن را مشخص کند و معمول دارد. تشخیص واکنش تعزیری مناسب، مستلزم بذل جهد و کوشش توانفرسای قضات دادگاه‌هاست، پس فقیهان و حقوقدانان اسلامی از آن به اجتهاد تعبیر کرده‌اند.

بنابراین، از آنجا که از سویی، حسب نصوص روایی که مفاد آنها در قاعده «التعزیر بمایراه الحاکم» تبلور یافته، انتخاب نوع تعزیر و میزان آن به اختیار قاضی واگذار شده و از سوی دیگر، حاکم موظف شده است که حسب معیارها و ضوابط خاصی، واکنش مناسب و مؤثر را تشخیص دهد، لاجرم گاهی محصول اجتهاد قاضی، گزینش واکنش تحدید آزادی و تحمیل آن بر مجرم است.

با این وصف، اگر در اسناد تاریخی گزارش شده که در سیاست کیفری اسلام، حاکم در مواردی بزهکار را به تحمل مجازات محدودکننده آزادی محکوم کرده، به این دلیل بوده که از یک سو، انتخاب جنس و مقدار تعزیر، به اجتهاد حاکم موکول شده و از سوی دیگر، حاکم در هر مورد خاص، موظف بوده است که حسب شدت جرم، موقعیت بزه‌دیده، شخصیت مجرم و سایر ضوابط تعزیر و نیز با ملاحظه استحقاق مجرم، بهترین واکنش را اجتهاد کند. پس در آن موارد، حسب اجتهاد قاضی، مناسب‌ترین و مؤثرترین واکنش، چیزی جز تحدید آزادی نبوده است.

با عنایت به مطالب پیش‌گفته، آشکار می‌شود که گاهی اجتهاد قاضی که بر اساس ضوابط و معیارهای تعزیر صورت می‌گیرد، مستلزم انتخاب مجازات‌های محدودکننده آزادی است؛ از این رو اجتهادی بودن تعزیر، حاکی از فلسفه مجازات‌های اجتماعی و بیانگر لزوم به‌کارگیری آن مجازات‌ها در سیاست کیفری اسلام است.

اجتهاد تعزیر، این فریضه عظیم و مسئولیت خطیر، امروزه نیز بر دوش قضات محاکم جزایی است. از این رو، ضروری خواهد بود که زمینه‌ها، بسترها و لوازم تحقق اجتهاد تعزیر فراهم و موانع آن برچیده شود تا مقامات قضایی بتوانند در هر پرونده، به احسن وجه اجتهاد کنند و مجازات‌های محدودکننده آزادی را در موارد مقتضی برگزینند.

متأسفانه بررسی تحولات سیاست کیفری تقنینی و قضایی سال‌های اخیر، نشان می‌دهد که هنوز نسبت به واکنش‌های مزبور توجه وافی و اقبال کافی صورت نگرفته است؛ چرا که با گذشت سه دهه از انقلاب اسلامی، غالباً صورت‌های مختلف مجازات‌های محدودکننده آزادی، هنوز مجازات‌های تعزیری مستقل محسوب نمی‌شوند و همچنان به‌عنوان جایگزین‌هایی برای کیفر حبس یا مجازات‌های تبعی و تکمیلی (و نه اصلی) تقنین و اجرا می‌شوند.

به‌کارگیری صحیح مجازات‌های محدودکننده آزادی، مستلزم آن است که سیاستگذاران عرصه عدالت کیفری، با تدوین طرح‌ها و لوایح مقتضی و اصلاح مقررات موجود، مسیر اجتهاد را برای قضات هموار کنند. همچنین لازم است که با تشکیل بانک‌های اطلاعاتی درباره ضوابط و معیارهای تعزیر و نیز با استفاده از آرا و نظر دانشمندان و صاحب‌نظران، اطلاعات و رهنمودهای لازم را درباره ضوابط و معیارهای تعزیر در اختیار قضات بگذارند تا آنان بتوانند در مواردی که مقتضای ضوابط و معیارهای تعزیر، گزینش مجازات‌های محدودکننده آزادی است، واکنش مناسب را به‌درستی تشخیص دهند و علیه بزهکار اعمال کنند.

منابع

- قرآن کریم

الف) فارسی

۱. آقاجمال خوانساری، محمدبن حسین (۱۳۶۶). شرح غررالحکم و دررالکلم، ج ۴، تهران: دانشگاه تهران.
۲. انصاری، قدرت‌الله و انصاری، محمدجواد و بهشتی، ابراهیم و طباطبایی، سید علی‌اکبر (۱۳۸۶). تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۳. بستانی، فواد افرام (۱۳۷۰). فرهنگ ابجدی عربی فارسی، ج ۱ و ۲، ترجمه رضا مهیار، تهران: نشر اسلامی.
۴. جعفری، محمد تقی (۱۴۱۹). رسائل فقهی، تهران: مؤسسه منشورات کرامت.
۵. جمعی از فضلا (۱۳۸۶). منابع فقه شیعه (ترجمه جامع احادیث الشیعه)، ج ۳۰، تهران: انتشارات فرهنگ سبز.
۶. جناتی، محمد ابراهیم (۱۳۸۹). سیر تطور فقه اجتهادی در بستر زمان، ج ۱، قم: انصاریان.
۷. راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۳۸۸). مفردات الفاظ قرآن کریم، ج ۱، ترجمه حسین خداپرست، قم: دفتر نشر نوید اسلام.
۸. شمس ناتری، محمد ابراهیم و ریاحی، جواد (۱۳۹۱). ارزیابی مجازات‌های اجتماعی مندرج در لایحه مجازات اسلامی در پرتو الگوی جایگزینی، فصلنامه حقوق اسلامی، سال نهم، شماره ۳۳: ۱۹۱ - ۲۱۲.
۹. صادقی، محمدهادی (۱۳۷۳). گرایش کیفری سیاست جنایی اسلام، رساله دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس.

۱۰. فارابی، ابونصر محمد (۱۳۵۸). سیاست مدینه، ترجمه سید جعفر سجادی، تهران: انتشارات انجمن فلسفه.
۱۱. ماوردی، علی بن محمد (۱۳۸۳). آیین حکمرانی (احکام السلطانیه و الولایات الدینیّه)، ترجمه و تحقیق: حسین صابری، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
۱۲. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۱). قواعد فقه ۴ بخش جزایی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳). تعزیر و گستره آن. گردآورنده ابوالقاسم علیان‌نژادی، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۱۴. منتظری، حسینعلی (۱۳۷۹). مبانی فقهی حکومت اسلامی، ج ۳، ترجمه محمود صلواتی، تهران: نشر سراپی.
- ب) عربی**
۱۵. ابن ابی‌الحدید، عبدالحمید بن هبه‌الله (۱۴۰۴). شرح نهج البلاغه، ج ۱۸، تحقیق و تصحیح محمد ابوالفضل ابراهیم، قم: مکتبه آیه الله المرعشی النجفی.
۱۶. ابن سعید، یحیی بن احمد (۱۳۸۶). نزهة الناظر فی الجمع بین الأشباه و النظائر، تحقیق و تصحیح نورالدین واعظی، نجف: مطبعة الآداب.
۱۷. ابوالصلاح حلبی، تقی‌الدین بن نجم‌الدین (۱۴۰۳). الکافی فی الفقه، اصفهان: بی‌نا.
۱۸. بهائی عاملی، بهاء‌الدین محمد بن حسین و ساوجی، نظام‌بن حسین (بی‌تا). جامع عباسی و تکمیل آن، ج ۲، تحقیق و تصحیح شیخ علی محلاتی حائری، تهران: مؤسسه منشورات الفراهانی.
۱۹. بیهقی، ابوبکر احمد بن الحسین بن علی (۱۴۱۳). السنن الکبری، ج ۸، بیروت: دارالمعرفه.
۲۰. حر العاملی، محمد بن الحسن (۱۴۰۹). وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۲۷، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام.

۲۱. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۴، تحقیق و تصحیح عبدالحسین محمد علی بقال، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۲. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی بن احمد عاملی (۱۴۱۰)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، ج ۹، قم: کتابفروشی داوری.
۲۳. صدر، سید رضا (بی‌تا). *الاجتهاد و التقليد*، بی‌جا: بی‌نا.
۲۴. صدوق، محمد بن علی ابن بابویه (۱۳۸۵). *علل الشرائع*، ج ۳، قم: کتابفروشی داوری.
۲۵. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷). *الخلاف*، ج ۵، تحقیق و تصحیح علی خراسانی، سید جواد شهرستانی، مهدی طه نجف، مجتبی عراقی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۶. عاملی، یاسین عیسی (بی‌تا). *الاصطلاحات الفقهیة فی الرسائل العملیة*، بی‌جا: بی‌نا.
۲۷. قرافی، شهاب‌الدین (بی‌تا). *الفروق*، ج ۳، بیروت: دارالمعرفه.

ج) تارنما

28. <http://rhoghough.ir/?p=۳۲۰۷> (1391/10/10). <دسترسی ۱۳۹۲/۴/۲۶>.

د) انگلیسی

29. Bottoms, Anthony & Rex, Sue & Robinson, Gwen (2004), *Alternatives to prison options for an insecure society*, London: Willan Publishing.
30. Brownlee, Ian (1998), *Community Punishment A Critical Introduction*, London: Longman.
31. Donnelly, R.R (2007), *Report of the review of community penalties*, The Scottish Government: Edinburgh, www.Scotland.gov.uk.
32. Easton, Susan & Piper, Christine (2005), *Sentencing and punishment the quest for justice*, New York: Oxford university press.
33. Mason, Tom (2000), *Care and management in the community*, In: *Behavior, crime and legal process a guide for forensic practitioners*, New York: Wiley Press.
34. Scott, David (2008), *Penology*, London: Sage publications.
35. Singh, shanta (2002), *Community based sentences: Alternatives to short-term imprisonment*. Master of Arts Dissertation. University of South Africa.
36. Tonry, Michael (1999), *The Fragmentation of sentencing And Corrections in America*, Washington DC: U.S Department of justice, Office of justice programs, National Institute of Justice.