

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 50, No. 3, Issue 114

Autumn 2018

DOI: 10.22067/jfu.v50i3.59193



انفجور

سال پنجاهم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۴

پاییز ۱۳۹۷، ص ۸۳-۱۰۴

## بررسی قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» همراه با بررسی موردی مجازات زندان تعزیری\*

مهدی شایق<sup>۱</sup>

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران

Email: mahdi.shayegh110@gmail.com

دکتر محمدرضا شایق

استادیار دانشگاه یزد

Email: shayegh.mr@gmail.com

### چکیده

یکی از مسائل مهم و مورد ابتلا در دستگاه قضایی مسئله تعزیر و از کلیدی‌ترین مسائل در مبحث تعزیر تعیین نوع مجازات تعزیری است. برخی از فقها معتقدند طبق قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» تعیین نوع مجازات تعزیری به حاکم واگذار شده است. برخی دیگر اختیار قاضی در این قاعده را منحصر در تعیین میزان مجازات می‌دانند نه نوع آن. ادله گروه اول برخی از سنخ استشهدات لغوی و برخی دیگر استناد به روایات صریح در این باب است. برخی هم مستند به احکام وارده‌ای است که لازمه آن اختیار حاکم است. در این نوشتار ضمن نقد این ادله، دلیل روایی بر نفی وسعت اختیار حاکم در این مورد اقامه شده است. افزون بر این حتی با فرض اختیار تام حاکم مجازاتی مثل زندان با برخی از اصول و قواعد کلی مثل کمتر بودن تعزیر از حد و نیز با قاعده وزر در تغایر است.

### کلیدواژه‌ها:

تعزیر، زندان، مجازات، تازیانه، حاکم.

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۷/۲۳؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۴/۲۰.

۱. نویسنده مسئول

## مقدمه

در کتب حدیثی شیعه به صورت مجزا و مستقل درباره تعزیر بحث نشده و مباحث تعزیر در خلال مباحث دیگر چون حدود مطرح شده است. لکن بررسی جرائم متداول بیانگر کاربرد فراوان تعزیر و اهمیت ویژه آن در این دوره است. اجرای مجازات‌های تعزیری با مشکلات متعدد روبرو است. برخی از این مجازات‌ها مانند زندان ممکن است عواقب ناگوار اجتماعی به دنبال داشته باشد و اجرای برخی دیگر از جهت بازدارندگی مشکلاتی ایجاد می‌کند. بر همین اساس در این نوشتار سعی در یافتن نظر اسلام در رابطه با نوع مجازات تعزیری و نیز راهکار شریعت برای رفع نواقص احتمالی مجازات پیشنهادی است. اما با توجه به اینکه یکی از معضلات مهم در کشور ما در سال‌های اخیر مسئله زندان بوده است، بررسی این مسئله به صورت مجزا حائز اهمیت است. از طرفی با گسترش روز افزون جرائم، قانون‌گذار ظاهرًا چاره‌ای جز استفاده از مجازات زندان ندارد و از طرف دیگر استفاده از این نوع مجازات خود مشکلات متعددی در پی دارد. مجازات زندان علاوه بر تحمیل هزینه‌های سنگین بر دولت و نیز تربیت تبه‌کاران حرفه‌ای، اثرات بسیار مخربی بر خانواده فرد زندانی دارد. حال با این تفصیل باید دید زندان مصداق تعزیر است یا نه؟ وجود زندان در اسلام به صورت فی‌الجمله در بعضی جرائم (مثل حبس ابد سارق در مرتبه سوم) قطعی و مسلم است. لکن محل نزاع ثبوت زندان به عنوان تعزیر است. سؤال اصلی این نوشتار این است که آیا حاکم طبق اطلاق روایات تعزیر و قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» در انتخاب نوع مجازات تعزیری مخیر است یا اینکه اختیار او مربوط به مسائل دیگر مثل تعداد تازیانه یا عفو مجرم است؟ علاوه بر این با فرض اختیار حاکم در تعیین نوع مجازات، نظر اسلام در خصوص زندان چیست؟ یعنی آیا قواعد عام فقه اجازه اعمال مجازات زندان را به قاضی می‌دهد یا خیر؟ و اگر به این نتیجه رسیدیم که در مورد مجازات تعزیری باید به تازیانه اکتفا کرد، راهکار اسلام برای ضعف بازدارندگی این نوع مجازات در بعضی جرائم که موجب جری شدن تبه‌کاران می‌شود چیست؟

## معنای تعزیر

مهم‌ترین معنایی که برای ریشه عزر در کتب لغت ذکر شده است معنای یاری کردن است. زیرا در قرآن تنها به این معنا استعمال شده و در کتب متقدم لغت این معنا، به عنوان معنای اصلی کلمه ذکر شده است (خلیل بن احمد، ۱/۳۵۱؛ راغب اصفهانی، ۵۹۴) و تعزیر نوعی یاری همراه با تعظیم را می‌رساند. چراکه باب تعفیل بنا بر قول لغویان به معنای تعظیم و توقیر بوده است. همچنین ورود این ریشه به باب تعفیل باعث پدید آمدن معنای مداومت و استمرار در معنای ریشه شده است (پاکتچی و لبانی مطلق، ۲۰/۲۱۶).

و آنچه برای ما مهم است معنای اصطلاحی این کلمه است. و برخی چنین استدلال کرده‌اند که لفظ تعزیر در لغت به معنای تأدیب بوده است و تأدیب شامل همه این موارد می‌شود و دلیلی بر انتقال معنا از تأدیب به ضرب کمتر از حد در زمان معصوم نداریم و اصل عدم انتقال است (مکارم شیرازی، ۳۲). اما گذشته از آنکه چنین استصحابی استصحاب تقدیری است و حجیتی ندارد، مراجعه به کتب متقدم بیانگر آن است که اساساً معنای تأدیب جزء معانی لغوی تعزیر محسوب نمی‌شود و معنای لغوی آن چیزی جز یاری کردن نیست (راغب اصفهانی، ۵۶۴؛ خلیل بن احمد، ۳۵۱/۱). به عبارت بهتر تأدیب چنانچه از معنای تعزیر باشد، از معنای اصطلاحی است و نه لغوی.

پژوهش‌های جدید زبان‌شناسی نیز شاهد و مؤید این مطلب است (پاکتچی و لبانی مطلق، ۲۰/۲۱۶). این پژوهش‌ها حاکی از آن است که این کلمه در اصل به معنای یاری و کمک کردن است که افزون بر عربی، در طیفی از زبان‌های شاخه‌های کنعانی و آرامی - که ریشه زبان عربی محسوب می‌شوند - نیز کاربرد داشته است. در این کلمه تا اواخر سده اول هجری قمری انتقال معنایی صورت نگرفته است. همچنین در حدیث نبوی و تا اواخر سده اول اثری از کاربرد آن به معنای تأدیب (یا ضرب دون الحد) دیده نمی‌شود. در منابع حدیث اهل سنت، تنها حدیثی که ادعای کاربرد این واژه در آن وجود دارد، یعنی «لا تعزیر فوق عشرة...» (طبرانی، ۷/۴۹۲) چیزی جز نقل به معنا از «لا یجولد فوق عشرة...» (حاکم نیشابوری، ۴/۴۱۰) نیست.

پژوهش مذکور بیانگر آن است که اصطلاح تعزیر در در سالهای انتقال از سده ۱ به ۲ ق پدید آمده و نخستین بار توسط تابعان عراق مانند حسن بصری و عامر شعبی به کار رفته است (پاکتچی و لبانی مطلق، ۲۰/۲۱۶). البته ناگفته نماند این پژوهش صرفاً معنای اصلی کلمه و زمان انتقال معنا را بررسی کرده است و برای فهم اینکه معنای اصطلاحی به وجود آمده چه بوده نیازمند بررسی و تحقیق بیشتر است.

لکن در هر صورت کاربرد متعدد جملات جایگزین لفظ تعزیر مثل عبارات «لا یجولد فوق عشرة...» و «لیس علیه حد، ولکن سیاط» (ابن ابی شیبۀ، ۵/۵۰۶) در قرن اول شاهد دیگری بر این نظریه است.

در اولین استعمالات و تعاریف اصطلاح تعزیر، اثری از تأدیب به معنای عام نیست. عامر شعبی (۲۴-۱۰۳ ق) تعزیر را با عبارت «التعزیر ما بین السوط إلی الأوبعین» تعریف می‌کند (همو، ۵۵۰). خلیل بن احمد فراهیدی (متوفی ۱۷۵ ق) نیز در معنای مصطلح تعزیر چیزی بیش از «ضرب دون الحد» (خلیل بن احمد، ۳۵۱/۱) بیان نمی‌کند. کسانی که می‌گویند معنای اصلی تعزیر تأدیب بوده و ضرب دون الحد نبوده است و حتی انصراف هم به ضرب دون الحد نداشته است (محقق داماد، ۴/۲۱۲) باید به این سؤال پاسخ دهند که چگونه ممکن است که خلیل بن احمد - که در آن عصر می‌زیسته - هیچ اشاره‌ای به معنای اصلی

لفظ (تأدیب) نکرده باشد و صرفاً به ضرب دون الحد اشاره کرده که نه تنها معنای لفظ نبوده، حتی لفظ انصراف به آن هم نداشته است! آیا ممکن است یک لغت دان معنای رایج و متبادر عصر خود را رها کند و به معنایی اشاره کند که لفظ نه دال بر آن است و نه منصرف؟!

راغب اصفهانی هم بر خلاف برداشت رایج تأدیب را از معنای لغوی و حتی از معنای اصطلاحی تعزیر نمی‌داند. وی در بیان وجه انتقال معنا، بیان می‌دارد که: «تعزیر به معنای یاری دادن است... و (چون) تأدیب نوعی یاری دادن است و ضرب دون الحد هم نوعی تأدیب است، پس ضرب دون الحد را تعزیر نامیده‌اند»<sup>۱</sup>. در واقع راغب چنین استدلال می‌کند که:

**مقدمه اول:** ضرب دون الحد نوعی تأدیب است.

**مقدمه دوم:** و هر تأدیبی نوعی یاری دادن است (چراکه به مجرم کمک می‌شود تا از گناه دوری کند).

**مقدمه سوم:** و یاری دادن همان تعزیر است.

**نتیجه:** ضرب دون الحد تعزیر است.

بنابراین باید گفت اولاً راغب نگفته «تعزیر تأدیب است» تا بگوییم تأدیب را از معنای تعزیر دانسته، بلکه عکس آن را گفته است؛ یعنی گفته «تأدیب نوعی تعزیر و یاری دادن است». ثانیاً اینکه راغب می‌گوید تأدیب یاری دادن است صرفاً با یک ریزبینی عقلی و شاید با مسامحه قابل قبول است والا هیچ عرف و اهل زبانی تأدیب را یاری دادن نمی‌داند. ثالثاً اصلاً راغب در مقام بیان معنای لفظ نیست بلکه او صرفاً وجه انتقال معنا را حدس زده است. برآستی اگر در زمان وی تعزیر به معنای تأدیب بود نیاز به این همه استدلال نبود و مستقیمه می‌گفت تعزیر تأدیب است.

بنابر این راغب اصفهانی معنای لغوی تعزیر را یاری دادن همراه با تعظیم و معنای اصطلاحی را همان ضرب دون الحد بیان می‌کند. و چه بسا همین طرز بیان و تعلیل راغب باعث شده عده‌ای فکر کنند تأدیب جزء معنای اصلی و اولیه لفظ تعزیر است.

آنچه از استعمال لفظ تعزیر در روایات دیده می‌شود موردی یافت نمی‌شود که قرینه‌ای دال بر استعمال این لفظ در معنای مطلق تأدیب باشد؛ اما عکس این مطلب مصادیق فراوان دارد. به عنوان نمونه در روایتی آمده است: «سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن التعزير قلت كم هو قال ما بين العشرة إلى العشرين» (کلینی، ۲۴۰/۷) یا در روایت دیگر از کتاب کافی آمده است: «قلت لأبي عبد الله ع كم التعزير فقال دون الحد قال قلت دون ثمانين قال فقال لا و لكن دون الأوبعين...» (کلینی، ۲۴۱/۷). در این روایات علی‌رغم اینکه

۱ - التَّعْزِيرُ: ضرب دون الحد، و ذلك يرجع إلى الأول، فإن ذلك تأديب، و التأديب نصره ما لكن الأول نصره بجمع ما يضره عنه، و الثاني نصره بجمعه عما يضره: فمن قمعته عما يضره، فقد نصرته، و على هذا الوجه قال صلى الله عليه وآله: انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً...

امام تعزیر را تعدادی تازیانه بیان می‌کند، اساساً سؤال راوی از کمیت است نه ماهیت. و این بیانگر ارتکاز ذهنی راوی و مردم آن عصر در تازیانه بودن تعزیر است. روایات مشابه که از قرائن مذکور در روایت معلوم است مراد از تعزیر تازیانه است آن قدر زیاد است که برشمردن آن در این مختصر ممکن نیست.

بررسی کتب فقهی متقدم اهل سنت بیان‌گر این است که لفظ تعزیر تا اواخر قرن دوم به معنای ضرب دون الحد استعمال داشته و هرکجا مجازاتی زائد بر تازیانه مراد بوده است جداگانه ذکر شده و به لفظ تعزیر تکیه نشده است. مثلاً در بیان حکم قتل خطا گفته شده «أرایت القتل خطأ هل فيه تعزیر وحبس فی قول مالک» (مالک بن انس، ۱۶/۴۲۰) و در پاسخ آن آمده است که: «لا علمتان أحدا یعزر فی الخطأ أو یحبس» (همان) یا ابوعبدالله شیبانی در مورد حکم لواط می‌گوید: «فانه یعزر ویودع فی السجن» (الشیبانی، ۱/۲۸۲). و براسی اگر دلالت تعزیر بر تأدیب و زندان این قدر روشن باشد، ذکر دوباره زندان بیهوده است.

با جستجو در منابع فقهی اهل سنت تا اواخر قرن ۲ ق موردی یافت نمی‌شود که به لفظ تعزیر برای بیان مواردی چون زندان تکیه شده باشد یا به معنای مطلق تأدیب به کار رفته باشد. ابن ادریس شافعی از اولین کسانی است که تعزیر را به غیر ضرب تعمیم می‌دهد. وی خود در موارد متعدد تعزیر را به معنای خاص آن استعمال نموده است. برای مثال در مورد کافری که با بیش از چهار همسر دائم اسلام می‌آورد و حاضر به طلاق نمی‌شود می‌گوید: «حبس حتی یختار... فإن امتنع مع الحبس أن یختار عؤر وحبس أبدا حتی یختار» (شافعی، ۶/۳۸). با این حال در مقام توجیه مجازات زندان چنین می‌گوید: «وإذا قتل المؤمن الکافر عؤر وحبس ولا یبلغ بتعزیره فی قتل ولا غیره حد ولا یبلغ بحبسه سنة ولکن حبس یتلی به وهو ضوب من التعزیر». اما باید توجه داشت که او در مقام بیان معنای لغوی نیست؛ چراکه از ظاهر عبارت روشن است لفظ تعزیر در اینجا اعم از زندان و به معنای مطلق تأدیب استعمال نشده است بلکه در مقام قیاس و بیان وجه شرعی بودن زندان است.

اما با صرف نظر از آنچه بیان شد، این شواهد حتی اگر بر وضع هم دلالت نکنند، حداقل دال بر انصراف ذهنی در آن عصر به سبب کثرت استعمال در معنای ضرب دون الحد است. و این به تنهایی برای عدم امکان تمسک به اطلاق تعزیر در روایات کافی است. شاید گفته شود در اینجا منشأ انصراف کثرت استعمال نیست، بلکه کثرت وجود خارجی است و در این صورت انصراف مانع از تمسک به اطلاق نخواهد بود. اما در پاسخ گفته می‌شود که تعدد استعمال در کتب فقهی قرن دوم و سوم و نیز ذکر آن در کتب فرهنگ لغت آن دوره (کتاب العین) کثرت استعمال است. خصوصاً اینکه کتب لغت غالباً معنای متداول در عرف را نقل می‌کنند. ثانیاً اجرای مجازات تازیانه در زمان ائمه بیشتر از مجازات‌های دیگر نبوده

است تا بگوییم منشأ تبادر کثرت و غلبه وجود خارجی است. اتفاقاً مجازات‌های دیگر خصوصاً مجازات زندان، هم در فقه اهل سنت (طیبی، ۷۷، ۹۱، ۱۲۵، ۱۳۰، ۱۳۲، ۲۱۲) و هم در حکومت‌های بنی‌امیه و عباسیان کاربرد فراوان داشته است.

بنابراین از آنچه گذشت معلوم می‌شود لفظ تعزیر در دوران ائمه علیهم‌السلام به معنای مطلق تأدیب کاربردی نداشته بلکه همه شواهد تاریخی مبنی بر آن است که این لفظ در این دوران به معنای تازیانه استعمال فراوان داشته است.

حتی اگر با اغماض از این ادعا تصور کنیم معنای لغوی تعزیر همان تأدیب است؛ اینکه بگوییم معنای لغوی تعزیر تغییر نکرده است و موارد مذکور در روایات صرفاً از باب بیان مصداق و نمونه است، مستلزم این است که تعزیر شامل هر ضربی بشود ولو اینکه بیش از حد باشد. در واقع کمتر از حد بودن قیدی است که اهل زبان بدان آگاه نبوده‌اند و لاجرم آن را از شارع آموخته‌اند و این نشان دهنده یک وضع جدید از جانب شارع است (مدنی، ۳۹۶/۸). با این توصیف دیگر نمی‌توان گفت آن روایاتی که تعزیر را ضرب دون الحد نامیده در مقام بیان مصداق است، بلکه باید گفت در مقام بیان ماهیت تعزیر نزد شارع است.

## قاعده التعزیر بما یراه الحاکم و ادله آن

### ۱. نظرات فقها

هرچند لفظ تعزیر در لسان شارع به معنای اخص استعمال شده، لکن ممکن است ادله دیگری دال بر سعه اختیارات حاکم در مجازات مجرمین باشد. از جمله این ادله که مورد استناد واقع شده است، قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» است. این قاعده عیناً در روایات ذکر نشده است و در کتب فقهی هم به بیان‌های مختلفی مثل «التعزیر بما یراه الحاکم» (صاحب جواهر، ۱۶۹/۴۲) و «یعزر بما یراه الامام» (مفید، ۷۷۶) و نظائر این‌ها بیان شده است. صرف نظر از اینکه در این قاعده صاحب اختیار، قاضی محکمه باشد یا ولی امر مسلمین، در بررسی این قاعده باید به این سؤال پاسخ داد که آیا در تعزیر، حاکم تنها در تعیین تعداد تازیانه اختیار دارد یا اینکه تعیین نوع مجازات هم از اختیارات حاکم است؟

برخی از فقها چون شیخ مفید (مفید، ۷۷۴) و شیخ صدوق و ابوالصلاح حلبی در سراسر کتب خود هرکجا از تعزیر نام برده‌اند آن را به معنای خاص استعمال نموده‌اند. این گروه در برخی موارد حتی واژه تأدیب را هم به همین معنا استعمال نموده‌اند (ابو‌الصلاح حلبی، ۴۱۷ و ۴۲۰؛ ابن‌بابویه، ۲۴/۴؛ مفید، ۷۷۴، ۷۷۶، ۷۸۹). برخی دیگر چون شیخ طوسی هرچند در موارد متعدد تعزیر را در معنای تازیانه استعمال نموده است، لکن بنابر نظر ایشان اگر قاضی صلاح دید می‌تواند تعزیر را با تأدیب جایگزین کند

که تأدیبات شامل زندان و توبیخ هم می‌شود (طوسی، المبسوط، ۸/ ۹۷) در نگاه اول چنین رأیی با اینکه بگوییم تعزیر به معنای مطلق تأدیبات است و شامل زندان و مجازات‌های دیگر می‌شود تفاوت عملی ندارد؛ چراکه در هر دو صورت زندان مشروع است و قاضی حق زندانی کردن دارد. اما مراجعه به تعاریف شیخ طوسی نسبت به تأدیبات بیانگر تفاوت مهم این دو نظر است. چراکه ایشان به دقت میان تعزیر و تأدیبات تفکیک می‌کند و طبق نظر ایشان تأدیبات مجازاتی بی‌حد و قید نیست که صرفه منوط به نظر حاکم باشد، بلکه مجازاتی کمتر از تعزیر است؛ همانگونه که تعزیر مجازاتی کمتر از حد است. در واقع جایگزینی تعزیر با تأدیبات نوعی تخفیف از سوی حاکم است. طبق نظر شیخ طوسی چنین مجازاتی اختصاصی به حاکم ندارد و برای ولی صغیر، قیم یتیم، معلم، جد و زوج هم ثابت است (همان، ۸/ ۶۹). این نظر مؤیداتی هم از روایات دارد. مثلاً در کتاب فقه‌الرضا با تفکیک تأدیبات از تعزیر، تأدیبات مجازاتی کمتر از تعزیر و مابین ۳ تا ۱۰ ضربه تازیانه تعریف شده است (علی بن موسی (ع)، ۳۰۹). در ادامه مؤیداتی بیشتری از روایات در رابطه با این نظر ذکر خواهد شد. در هر صورت طبق این نظر حاکم در مجازات‌های کوچک حق تعیین نوع و کیفیت مجازات را خواهد داشت.

لازم به ذکر است شیخ طوسی در کتاب الخلاف این نظر که زندان هم نوعی تعزیر است را به ابوحنیفه نسبت می‌دهد (طوسی، الخلاف ۵/ ۵۰۵). طبیعتاً اینکه پس از بیان آراء مذاهب مختلف امامیه و اهل سنت این نظر را تنها به ابوحنیفه نسبت می‌دهد اگر دال بر شاذ بودن آن نزد شیخ نباشد حداقل بیانگر آن است که این حرف که زندان هم تعزیر است - بر خلاف تصور شایع - نه از باب معنای لغوی، بلکه از باب اجتهاد و رأی فقهی است؛ والا اختصاص آن به ابوحنیفه بی‌معنا است.

اما در دوره‌های بعد، علامه حلی (۵/ ۴۱۱) و صاحب جواهر (۴۲/ ۹۵ و ۴۳/ ۱۷۵) تعزیر را اعم از تازیانه دانسته و به شمول آن بر زندان و توبیخ تأکید کرده‌اند. در نتیجه طبق نظر ایشان حاکم حق تعیین نوع مجازات را هم خواهد داشت. هرچند دقت در نظراتشان بیانگر آن است که در بسیاری از مواقع تعزیر را به معنای خاص استعمال کرده‌اند و این خود جای تأمل است.

اما این نظر هم آنگونه که برخی تصور کرده‌اند به معنای بی‌قید و شرط بودن اختیار نیست؛ بلکه تعزیر باید در حدود شرع باشد. به همین دلیل فقها برای تعزیر شروطی نظیر کمتر از حد بودن (محقق حلی، ۴/ ۱۵۵) و منع از مجازات مالی و جانی (علامه حلی، ۵/ ۳۴۹) ذکر کرده‌اند. باید توجه داشت شروطی که فقهای مختلف برای تعزیر بیان کرده‌اند یکسان نیست. مثلاً برخی گفته‌اند اقل تعزیر مشخص نیست ولی حد اکثر آن معلوم است. برخی دیگر هم اقل و هم اکثر را معین کرده و برخی دیگر گفته‌اند از هیچ طرف حدی ندارد (مجلسی، ۶۰).

## ۲. بررسی ادله لفظی

به عنوان مقدمه باید گفت روایاتی که در باب تعزیر وارد شده است به لحاظ الفاظ به چند قسم کلی تقسیم می‌شوند:

**قسم اول** روایاتی است که در آن نوع مجازات یعنی تازیانه ذکر شده است.

**قسم دوم** روایاتی است که در آن از الفاظ عامی مثل تعزیر یا تأدیب استفاده شده است.

**قسم سوم** روایاتی است که صرف نظر از ذکر لفظ تعزیر یا تأدیب، با عباراتی نظیر «حدا لیس له وقت»، «حدا غیر الحد»، «ذلک إلى الإمام» و «هو دون الحد» به گونه‌ای تعزیر را توضیح داده‌اند. به عبارت بهتر در این روایت تعریف شرعی تعزیر و حدود آن توسط معصوم بیان شده است.

### روایات قسم اول

بی‌تردید قسم اول نمی‌تواند اثبات‌کننده اختیار حاکم در تعیین نوع مجازات باشد؛ زیرا تازیانه بودن مجازات از قبل مفروض و معین است. بلکه در صورتی که قائل به اختیار والی شدیم باید این روایات را به گونه‌ای توجیه کنیم. اما دو قسم دیگر هر کدام می‌تواند به صورت عام یا خاص دلیلی برای اثبات این مدعا باشد.

### روایات قسم دوم (ادله عام)

الف) در موارد متعددی در احادیث از لفظ تعزیر استفاده شده است. به عنوان مثال در مورد افتراء به اهل کتاب از امام صادق (ع) سؤال شده است: «هل یجوز المسلم الحد فی الافتراء علیهم» و امام در پاسخ می‌فرماید: «لا و لکن یعزّو» (کلینی، ۱/۲۴۰) یا در مورد توهین به دیگری امام صادق (ع) می‌فرماید: «لا حد علیه و یعزّو» (همو، ۱/۲۴۱). در این روایات امام می‌فرماید يعزر و قید دیگری را بیان نمی‌کنند. بنابراین با توجه به اینکه بسیاری از لغت‌دانان تعزیر را به معنای تأدیب معنی کرده‌اند، حاکم هرگونه صلاح دانست می‌تواند مجرم تأدیب کند. در واقع طبق این نظر آنچه مسلم است این است که تأدیب از معانی اصلی این کلمه است و انتقال به معنای ضرب دون الحد یا حتی انصراف به آن امری غیر معلوم است. اگر انصرافی هم باشد ناشی از کثرت وجود خارجی است که صلاحیت تقید لفظ را ندارد. لکن این استدلال با اشکالاتی روبرو است:

**اشکال اول:** همانگونه که به تفصیل در بیان معنای تعزیر گفته شد، اساساً تأدیب جزء معانی لغوی این لفظ نبوده است تا بتوانیم عدم انتقال را استصحاب کنیم. و ثانیاً مفصلاً دلایل و شواهدی بر استعمال این لفظ به معنای ضرب کمتر از حد بیان شد که مجدداً تکرار نمی‌شود.

**اشکال دوم:** هرچند در چندین روایت لفظ تعزیر به صورت مطلق بیان شده است، اما در مقابل



روایات متظافر همراه با قرائن و الفاظی است که چیزی جز تازیانه از تعزیر برداشت نمی‌شود. حتی در بسیاری از موارد تعداد تازیانه هم ذکر شده است و مقتضای قواعد اصولی حمل مطلق بر مقید است نه بالعکس. در اینجا نمی‌توان گفت تازیانه از باب بیان مصداق است؛ چراکه امام در مقام اجرای حکم نیست که ناگزیر باشد یکی از مصادیق تعزیر را جهت اجرا بیان نماید؛ بلکه در مقام بیان حکم شرعی است که باید تمام مراد خود را بیان کند. ضمناً اگر بتوان در این مورد گفت مواردی که تازیانه در آن ذکر شده از باب ذکر مصداق است، مستلزم این است که بگوییم در تمام موارد تعارض مطلق و مقید، قید مقید از باب ذکر مثال و نمونه است و این خلاف فهم عرف است.

**ب) همچنین در مواردی در روایات اهل بیت علیهم السلام از لفظ تأدیب استفاده شده است (کلینی، ۲۴۲/۷) و در شمول معنای این لفظ تردیدی نیست و لذا باید به اقتضای اطلاق این لفظ در روایات حکم به اطلاق اختیار حاکم در تأدیب مجرمین کنیم.**

بر این استدلال نیز چندین اشکال وارد است:

**اشکال اول:** غالب این روایات، به جز دو مورد (همو، ۲۸۴) که در ادامه بررسی خواهد شد؛ دارای مقیداتی در خود روایت مثل بیان نوع مجازات یا حتی تعداد تازیانه هستند که مانع از اطلاق هستند.

**اشکال دوم:** هر چند معنای لغوی تأدیب شمول دارد، اما بررسی روایات مختلف و کتب فقهی متقدم بیانگر آن است که این لفظ در روایات غالباً برای مجازات‌هایی کمتر از تعزیر استفاده شده است. این استعمالات متعدد اگر کاشف از حقیقت متشرعه در آن عصر نباشد، بیانگر نوعی انصراف است. به عنوان نمونه به موارد زیر اشاره می‌شود:

در موارد متعدد برای مجازات کودکان از لفظ تأدیب استفاده شده است. «قلت لأبی عبد الله ع فی أدب الصبی و المملوک فقال خمسة لوسنة و اوفق.» (همو، ۲۶۸/۷) و نیز در روایت دیگر در کتاب وسائل الشیعه آمده است: «عن أبی عبد الله ع قال: يؤدب الصبی علی الصوم - ما بین خمس عشرة سنة إلی ست عشرة سنة.» (حر عاملی، ۲۳۷/۱).

همچنین در مورد تربیت عبد از لفظ تأدیب استفاده شده است. «عن أبی عبد الله علیه السلام قال: لا بأس أن يؤدب المحرم عبده ما بینه و بین عشرة أسواط.»

در کتب فقهی هم درباره مجازات کودک، مجازات همسر با چوب مسواک (طوسی، المبسوط ۴/ ۳۳۸) و مواردی از این دست از لفظ تأدیب استفاده شده است. همانگونه که پیش از این نیز ذکر شد، در کتاب فقه منسوب به امام رضا (ع) هم تأدیب مجازاتی کمتر از تعزیر و مابین ۳ تا ۱۰ ضربه تازیانه ذکر شده است (علی بن موسی (ع)، ۳۱۰).

با این تفسیر می‌توان گفت تأدیب مجازاتی کمتر از تعزیر است که چه بسا اختصاصی به حاکم ندارد بلکه ولی صغیر، مولا و حتی ناهی از منکر هم چنین اختیاری دارند که البته این خود می‌تواند موضوع پژوهشی مستقل باشد. لکن حداقل می‌توان گفت دلالت این لفظ بر مدعای مشهور مردود است (خصوصاً اینکه در غالب این روایات تازیانه بودن مجازات هم مفروض است) و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

**اشکال سوم:** شاید در پاسخ گفته شود با بررسی روایات دو سه مورد دیده می‌شود که لفظ تأدیب به صورت مطلق در رابطه با کبانر در گفتار معصومین علیهم السلام به کار رفته است. یکی در مورد آکل ربا (کلینی، ۲۴۲/۷) و دیگر درباره گروهی که مشترکاً یکی را کشته‌اند و یکی از آن‌ها اعدام شده است و در مورد مابقی قاتلین گفته شده: «ثم إن الوالی بعد یلی أدهم و حبسهم» (همو، ۲۸۴). اما با توجه به شیوع نقل به معنی نمی‌توان به این دو روایت تکیه کرد. خصوصاً اینکه در خصوص تعزیر موارد متعددی از نقل به معنی در روایات دیده می‌شود. مثلاً همانگونه که در بحث معنای لغوی گذشت یک روایت نبوی خاص یکبار با عبارت «لا تعزیر فوق عشره...» و بار دیگر با عبارت «لا یجلد فوق عشره...» نقل شده است. همچنین در رابطه با قضاوت امیرالمؤمنین در مورد شخصی که به دیگری گفته بود «احتلمت بأمک» در یک روایت آمده است «سنضربه حتی لا یعود» و در روایت دیگر آمده است «ضربه ضرباً وجیعاً» و در روایت دیگر آمده است «أؤدبه لئلا یعود». (بروجردی، ۸۴۲/۳۰) و واقعاً با این شیوع نقل به معنا خصوصاً در رابطه با الفاظی مثل تأدیب که معادل‌ها و مشابه‌های متعدد دارد، چگونه می‌توان با این دقت و ریز بینی به الفاظ این دو روایت استناد کرد؟

**اشکال چهارم:** حتی اگر فرض کنیم در روایاتی لفظ تأدیب به صورت مطلق برای مجازات مجرمین استعمال شده است، وجود مقیدات فراوان در سایر نصوص مانع تمسک به این اطلاق است. توضیح بیشتر آنکه در برخی از روایات گفته شده تأدیب می‌شود و نوع مجازات را معین نکرده و در برخی دیگر گفته شده با تازیانه تأدیب می‌شود. طبعاً در مقام ورود دو حکم (موافق در جهت) مطلق و مقید در موضوع واحد مطلق بر مقید حمل می‌گردد.

#### روایات قسم سوم (ادله خاص)

روایات این قسم هر چند کراره برای اثبات عمومیت این قاعده مورد استناد واقع شده است ولی تنها در صورت تقطیع می‌تواند مدعا را اثبات کند. در واقع اگر با دقت بنگریم می‌بینیم در تمام این روایات تازیانه بودن مجازات مفروض است. برای توضیح بیشتر باید یک به یک هر کدام از این روایات را بررسی نمود:

**الف:** گفته شده است در اسلام دو نوع مجازات داریم. مجازاتی که از نظر کمی و کیفی مقدر و معلوم است و مجازاتی غیر مقدر که کم و کیف آن به حاکم تفویض شده است (مکارم شیرازی، ۳۸) هر چه از

قبل تعیین شده حد است و آنچه از قبل تعیین نشده، تعزیر است. روایات مختلف هم شاهد بر این مدعا است. در یک روایت در مورد تعزیر آمده است «حدایس له وقت»: حدی که اندازه‌ای برای آن نیست؛ و در روایت دیگر آمده است «حدای غیر الحد»: حدی (مجازاتی) غیر از حدود.

اما برای داوری بهتر نسبت به این ادعا باید روایات مذکور را به طور کامل بیان و سپس بررسی نمود:

- روایت اول: عن سماعة قال: «سألته عن شهود الوور قال فقال یجلدون حدایس له وقت و ذلک إلى الإمام و یطاف بهم حتی یعرفهم الفاس» (کلینی، ۲۴۱/۷): از امام درباره شهود زور پرسیدم و ایشان در پاسخ فرمودند: به حدی که مقدار معین ندارد تازیانه می‌خورند و آن به اختیار امام است و سپس آن‌ها را در شهر می‌گردانند تا مردم آنان را بشناسند.

در این روایت، هم گفته شده تعزیر مقدار معین ندارد و هم این اختیار به امام داده شده است که این مقدار را تعیین کند؛ لکن نوع مجازات با عبارت «یجلدون» کاملاً معلوم است. و با مفروض بودن نوع مجازات مجالی برای تعیین آن توسط حاکم نمی‌ماند و لاجرم حاکم تنها در تعیین تعداد تازیانه اختیار خواهد داشت. به عبارت دیگر «ذلک الی الامام» به معنای نداشتن حد شرعی نیست، بلکه امام تعداد تازیانه را بر حسب گناه فرد و طاقت او تعیین می‌کند. کما اینکه در مورد حد محارب هم عین همین عبارت ذکر شده است (حر عاملی، ۳۰۸/۲۸) و حال آنکه حد آن معلوم است.

- روایت دوم: عن سماعة قال: «سألْتُ أبا عبد الله ع- عن الرجل یأتی بهیمة أو شاة أو ناقة أو بقرة قال فقال علیه أن یجلد حدای غیر الحد» (همو، ۲۰۴): از امام صادق (ع) درباره حکم مردی که با حیوان چهارپایی یا گوسفند یا شتر ماده یا گاو ماده نزدیکی کند، سؤال کردم و ایشان در پاسخ فرمودند: باید او را به حدی غیر از حد تازیانه زند.

در این روایت نیز نوع مجازات توسط امام معین شده است و با این قرینه معلوم می‌شود تفاوت صرفه در تعداد تازیانه است که در حد معلوم است و در تعزیر معلوم نیست.

ب: در برخی از روایات تعزیر با عبارت «دون الحد» بیان و تعریف شده است. (کلینی، ۲۴۱/۷) غالب فقها در اینجا دون را به همان معنای متداول (مقابل فوق) معنی کرده‌اند. اما برخی دیگر «دون» را به معنای غیر دانسته‌اند (محقق داماد، ۲۱۶). همانگونه که در برخی از آیات کریمه قرآن نظیر آیه «و من الفاس من یخذ من دون الله أئدا...» (بقره: ۱۶۵) و آیه «...و لا یخذ بعضنا بعضاً أوبابله من دون الله...» (آل عمران: ۶۴) در این معنی استعمال شده است. و در نتیجه تعزیر هر مجازاتی است که غیر از حد باشد و به عبارت روشن‌تر معین نباشد.

اما در برخی از این روایات اصلاً لفظ تعزیر ذکر نشده است بلکه صرفه گفته شده «جلد دون الحد» یا

«ضرب دون الحد» (کلینی، ۱۹۹/۷) که در این موارد نوع مجازات با الفاظ ضرب و جلد کاملاً معلوم و معین است و لذا نمی‌تواند مستمسک خوبی برای عدم تعیین نوع مجازات تعزیری توسط شارع باشد. و در برخی دیگر لفظ تعزیر ذکر شده است و در توضیح تعزیر گفته شده که تعزیر دون الحد است.

حال باید دید آیا در این روایات می‌توان دون را به معنای غیر ترجمه کرد؟

- **روایت اول:** عن حماد بن عثمان قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام كم التعزير فقال دون الحد قال قلت دون ثمانين قال فقال لا ولكن دون الأوبعين فإنه حد المملوك قال قلت و كم ذلك قال قال علي قدر ما يرى الوالی من ذنب الرجل و قوة بدنه.» (همو، ۲۴۱).

- **روایت دوم:** عن الفضل بن إسماعيل الهاشمي عن أبيه قال: «سألت أبا عبد الله و أبا الحسن ع عن امرأة زنت فأنتت بولد و أقوت عند إمام المسلمين بأنها زنت و أنج ولدها ذلك من الونی فأقيم عليها الحد و إن ذلك الولد نشأ حتى صار رجلا فافتري عليه رجلا هل يجلد من افتري عليه فقال يجلد و لا يجلد فقلت كيف يجلد و لا يجلد فقال من قال له يا ولد الونی لم يجلد وإنما يعزرو و هو دون الحد و من قال له: يا ابن الوانية، جلد الحة تامه فقلت: كيف يجلد هذا هكذا؟ فقال...» (همو، ۲۰۶).

لکن چنین ترجمه‌ای از اصطلاح «دون الحد» با اشکالات متعدد روبرو است:

**اولاً:** چنین استدلالی مبنی بر این است که بدانیم لفظ تعزیر در این روایات به معنای مطلق تأدیب است نه تازیانه یا ضرب دون الحد؛ زیرا اگر معنای تعزیر تازیانه باشد، دون را هرطور معنا کنیم نمی‌توان گفت تعزیر شامل غیر تازیانه هم می‌شود چون خلاف فرض است و چنین چیزی حداقل محل تردید است و همین تردید برای بطلان این استدلال کافی است. و اصلاً محل نزاع همین است که تعزیر، مطلق تأدیب است یا خصوص شلاق؟ و اینکه مستدل تأدیب بودن آن را مفروض گرفته مصادره بر مطلوب است.

**ثانیاً:** در این روایات نیز تازیانه بودن مجازات توسط معصوم معین شده است. و حال آنکه ادعای مستدل این است که تعزیر مجازاتی است که نوع آن توسط شارع معین نشده است.

**ثالثاً:** چنین ترجمه‌ای مستلزم این است که بگوییم بیش از ۱۰۰ تازیانه هم تعزیر است؛ چون غیر از حد است. به عبارت بهتر اگر دون به معنای غیر باشد لازم می‌آید حاکم بتواند به عنوان تعزیر بیش از مقدار حد تازیانه بزند و فقط باید متفاوت باشد. مگر اینکه بگوییم حاکم اگر خواست تازیانه بزند باید کمتر از حد مجازات کند ولی اگر خواست مجازات دیگر اعمال کند دیگر کمتر بودن ملاک نیست بلکه غیریت ملاک است. اما این حرف مستلزم استعمال لفظ (در استعمال واحد) در دو معنی است؛ معنای کمتر در مورد تازیانه و معنای غیر در سایر مصادیق. و مشهور استحاله چنین استعمالی است.

**ج:** اما آخرین دلیل عباراتی مثل «ذلک إلى الإمام»، «علی قدر ما یری الوالی» و «یعاقبه الامام علی

قدر ما یری من جرّمه» است که صریحاً می‌گوید تعزیر به امام واگذار شده است. به نظر می‌رسد قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» هم مأخوذ از همین روایات است. بنابر این با بررسی میزان دلالت این روایات می‌توان میزان دلالت این قاعده را نیز فهمید.

- **روایت اول:** و فی القوی کالصّحیح، عن حماد بن عثمان قال: قلت لأبی عبد الله ع کم التعزیر فقال دون الحد قال قلت دون ثمانین قال فقال لا و لکن دون الأوبعین فإنه حد المملوک قال قلت و کم ذلك قال قال علی قدر ما یری الوالی من ذنب الرجل و قوّة بدنه. (مجلسی اول، ۱۰/۱۰۹).

- **روایت دوم:** عن سماعة قال: سألته عن شهود الزور قال فقال یجلدون حدّ لیس له وقت و ذلك إلى الإمام و یطاف بهم حتی یعرفهم الناس

- **روایت سوم:** قال جعفر بن محمد ع و أمّو المحارب و هو الذی یقطع الطریق و یسلب الناس و یغیو علی أموالهم و من کان فی مثل هذه الحال فالأمر فیه إلى الإمام فإن شاء قتل و إن شاء قطع و إن شاء نفی و یعاقبه الإمام علی قدر ما یری من جرّمه (ابن حیون، ۲/۴۷۷).

- **روایت چهارم:** قال: قلت لأبی جعفر ع عشرة قتلوا رجلاً قال إن شاء أولیائوه قتلوهم جمیعاً و غرموا تسع دیات و إن شاءوا أن یتخیروا رجلاً فیقتلوه قتلوه و أذى القسعة الباقون إلى أهل المقبول الأخير عشر الدیة کلّ رجل منهم قال ثم إن الوالی یلی أذیهم و حبسهم (کلینی، ۷/۲۸۳).

سه روایت اول با همان مشکل مذکور در موارد قبل روبرو است. یعنی اختیار حاکم در مرحله‌ای متأخر از بیان نوع مجازات بیان شده است و لذا اختیار حاکم شامل تعیین نوع حکم نمی‌شود. مضاف بر این روایت سوم در رابطه با حدود است و تعمیم آن به تعزیرات مستلزم قیاس است.

اما در روایت چهارم از لفظ ادب استفاده شده و بر آن همان اشکالاتی وارد است که پیش از این در بررسی روایت قسم دوم (ادله عام) ذیل مبحث تأدیبات بیان شد. در مورد لفظ حبس مذکور در این روایت بعد از این نکاتی خواهد آمد.

### ۳. بررسی ادله غیر لفظی

اما گروهی دیگر از ادله نه به طور خاص و نه به طور عام دلالت بر اعم بودن تعزیر از شلاق ندارند؛ بلکه لازمه صدور آن‌ها از معصوم عمومیت مفهوم تعزیر است. در بررسی روایات و قضاوت‌های صورت گرفته توسط ائمه علیهم السلام مواردی دیده می‌شود که نه از جنس حدود است و نه از جنس تازیانه. حال این سؤال مطرح می‌شود که این موارد اگر تعزیر نیست پس چیست؟ و اگر بگوییم از باب تعزیر است مدعا ثابت می‌شود (محقق داماد، ۴/۲۱۹). توضیح بیشتر آنکه این موارد مستقیمه دلالت بر اعمیت تعزیر

نمی‌کند بلکه باید جداگانه اثبات نمود این‌ها قضیه‌ای در مورد خاص نبوده بلکه از باب تعزیر بوده است که البته اثبات چنین چیزی دشوار است.

### موارد زندان در اسلام

در احکام اسلام در موارد متعددی زندان دیده می‌شود. لکن آنچه مناسب این بحث و موضوع است مواردی است که تعزیری بودن آن معلوم باشد. اما موارد مسلم زندان در اسلام به چهار قسم تقسیم می‌شود:

**قسم اول زندان حدی است.** نظیر حکم حبس ابد برای سرقت در دفعه سوم. چنین مواردی تخصصاً از محل نزاع خارج است.

**قسم دوم اصلاً از باب مجازات نیست بلکه نوعی نگهداشتن موقت برای اعاده حقوق است.** بازداشت گاهی با هدف نگه داشتن مجرم تا اجرای حکم است که در اینجا معلوم است چنین حبسی مجازات نیست بلکه از مقدمات مجازات است. و گاهی نگه داشتن متهم قبل از ثبوت حکم است. در اینجا نیز چون جرمی ثابت نیست امکان ندارد از باب تعزیر و تأدیب باشد، بکله صرفاً یک احتیاط عقلی و شرعی برای فرار نکردن متهم و ضایع نشدن حقوق است. موارد متعددی از بازداشت در اسلام دیده می‌شود. مثل حبس متهم به قتل و همچنین حکم قرآن به حبس شاهدان غیر مسلمان وصیت، در صورت علم ورثه به کذب یا تردیدشان به صحت ادعای آنان (مانده: ۱۰۶). چنین حبسی معمولاً زندان نامیده نمی‌شود و با عنوان بازداشت ذکر می‌شود. و همان طور که برخی از فقها هم گفته‌اند لفظ «حبس» ظهور در بازداشت و لفظ «سجن» ظهور در زندان به عنوان مجازات دارد (صافی، ۵۵).

**قسم سوم نه حد است و نه بازداشت، بلکه اهرم فشاری است برای اجبار شخص به کاری که حاضر به انجام آن نیست.** مثل شخص ثروتمندی که دین دیگری ادا نمی‌کند. یا فردی که حاضر به آزاد کردن عبد خود نیست (در صورت وجوب عتق) حبس می‌شود تا عبدش را آزاد کند (کلینی، ۱۳۳/۶). در واقع این کار اجبار است و بی‌تردید اجبار غیر از مجازات است و قطعاً اگر مجازات بود حاکم حق داشت بعد از ادای دین هم او را نگه دارد.

**قسم چهارم زندان تأدیبی و کوتاه مدت است.** مثلاً درباره شاهد زور نقل شده حضرت امیرالمؤمنین (ع) پس از تعزیر و گرداندن مجرم در شهر او را چند روز زندانی می‌کرد (طوسی، تهذیب الاحکام، ۶/۲۸۰). همانطور که قبلاً درباره تفاوت تأدیب با تعزیر به تفصیل توضیح دادیم چنین زندانی نیز نمی‌تواند از مصادیق تعزیر باشد.

اما در موارد دیگری دیده می‌شود که معصومین حکم به زندان نموده‌اند و ذکری از زمان زندان نشده

است. برخی تلاش کرده‌اند اثبات کنند این موارد از باب تعزیر است.

به لحاظ ضرورت رعایت اختصار امکان ذکر این موارد نیست و صرفاً به گزارشی از آن اکتفا می‌شود. این روایات در رابطه با دزدی علنی (الدغارة المعلنة) (کلینی، ۲۲۵/۷)، نیش قبر (ابن حیون، ۴۷۶/۲)، دزدی که قبل از اخراج از حرز دستگیر شده (ابن حیون، ۴۷۳/۲)، قتل عبد، قتل فردی توسط چندین قاتل (کلینی، ۲۸۳/۷) و همچنین در مورد علمای فاسق و طیبیان جاهل (ابن بابویه، ۳۱/۳) است.

اما استدلال به این روایات پس از اثبات صدور آن، متقوم به سه رکن است:

**اولاً** اینکه احراز شود این موارد از سنخ این چهار قسم مذکور در اینجا نیست و به عبارات بهتر این موارد از باب تعزیر است نه از باب حد، بازداشت، اهرم فشار و یا زندان کوتاه مدت تأدیبی.

**ثانیه** حکم زندان مذکور در روایات، اختصاصی به این چند موضوع نداشته باشد، بلکه بتوان با الغای خصوصیت حکم را تعمیم داد و در نتیجه قاضی حق داشته باشد در سایر موضوعات نیز به زندان حکم نماید. و الا باید بگوییم قاضی حق اعمال مجازات زندان را ندارد مگر در همین موارد.

**ثالثه** قاضی در اجرای این احکام مختار باشد؛ چراکه اگر قاضی ملزم به اجرای زندان در این موارد باشد در این صورت چنین زندانی با ماهیت تعزیر که عنصر اختیار و نظر حاکم (وصف بما یراه الحاکم) در آن دخیل است منافات دارد.

حال آنکه هیچکدام از این ارکان متحقق نیست. زیرا:

**بر خلاف رکن اول** ممکن است این روایات از آن چهار قسم مذکور باشد. چراکه میزان زندان در این روایات چندان معلوم نیست و چه بسا از قسم چهارم یعنی زندان کوتاه مدت و تأدیبی باشد.

**بر خلاف رکن دوم**، روایات مذکور به غیر از یک روایت (که آن هم مرسل بوده) و در مورد علمای فاسق و اطبای جاهل است، مابقی در رابطه با سرقت و قتل است. و انصافاً این دو موضوع از ویژگی‌های خاص و منحصر به فردی برخوردار هست که آثار این خصوصیات در تمایز مجازات آن‌ها با سایر جرائم پیدا است. خصوصاً اینکه تنها روایت صحیح در این میان، در مورد مشارکت در قتل است و ویژگی خاص این موضوع بر کسی پوشیده نیست. از این رو نمی‌توان این موارد را به مواضع دیگر تعمیم داد.

**رکن سوم نیز محقق نیست زیرا** از این ادله چنین بر نمی‌آید که اگر قاضی تشخیص داد زندان می‌کند و اگر تشخیص نداد مجازات دیگری اعمال می‌کند، بلکه مجازات زندان متعین و مفروض است و جایی برای اختیار حاکم نمی‌ماند تا وصف ما یراه الحاکم محقق گردد.

اما صرف نظر از موارد مذکور، صدور این روایات از معصوم کاملاً محل تردید است. زیرا اولاً به جز یک مورد مابقی ضعیف‌السند هستند. ثانیه این روایات، هم خلاف فتاوی‌ امامیه است و هم غالباً موافق

عامه‌اند. (طبسی، ۷۷، ۹۱، ۱۲۵، ۱۳۰، ۱۳۲، ۲۱۲) علاوه بر این تنها روایت صحیح، در رابطه با مشارکت چند نفر در قتل یک نفر است. در این مورد هم حتی اگر اعراض فقها را موجب ضعف سند ندانیم، هیچ دلیلی بر الغای خصوصیت در مورد آن نداریم و لاجرم باید به مورد نص اکتفا کنیم.

### اقامه دلیل بر عدم گستردگی اختیارات حاکم

از مهم‌ترین اهداف ارسال رسولان برپایی عدل و داد است. خداوند متعال در قرآن کریم می‌فرماید: «ما پیامبرانمان را با دلیل‌های روشن فرستادیم و با آن‌ها کتاب و ترازو، را نیز نازل کردیم تا مردم به عدالت قیام کنند...» (حدید: ۲۵). و طبیعتاً بدون وجود احکام دقیق و جامع اقامه قسط امکان ندارد. در روایات متعدد از جانب ائمه اطهار بیان شده است که خداوند برای هر چیزی حد و اندازه‌ای معین کرده است و برای کسانی که از این حدود تجاوز کنند مجازات خاصی معین نموده است:

- عن أبي عبد الله ع قال قال النبي ص لسعد بن عبادة إن الله جعل لكل شيء حده وجعل على كل من تعدى حده من حدود الله عز وجل حده (کلینی، ۱۷۴/۷).

در برخی از این روایات امام مسائل جزئی اشاره می‌نماید و می‌فرماید این مسائل هم حدی دارد حتی در برخی از روایات امام تأکید می‌کنند زمان اجرای حد هم حدی دارد. چنین روایاتی مقتضی این است که اسلام همه مسائل را خود به خوبی مشخص کند. طبق این روایات نه تنها انواع جرائم مشخص است بلکه نوع و میزان جزا هم مشخص است.

اما طبق نظریه‌ای که قائل به اختیار حاکم در تعیین نوع مجازات است و حتی چنانچه برخی گفته‌اند جرم بودن جرم هم منوط به قانونی بودن و تأیید حاکم است (محقق داماد، ۴/ ۲۴۴) عملاً شارع حد و مرز چندانی مشخص نکرده و اگر کرده در غالب موارد مجازاتی برای آن تعیین نکرده است. مراجعه به دعاوی و مجازات‌های متداول در دستگاه قضایی بیانگر این است که درصد ناچیزی از آن‌ها مربوط به حدود است. حال اگر تعزیرات را به آنچه در شرع نامعین است تفسیر کنیم در مقام عمل کثیری از احکام نامعین است و این خلاف تصریح روایات متعدد است. اما اگر بگوییم تعزیر هم مانند حد، مجازاتی شارع است و تنها در کمیت آن اختیاراتی به حاکم داده شده است، هرگز با چنین مشکلی روبرو نمی‌شویم. خصوصاً اینکه در برخی از روایات تأکید شده است که مراد از بما یراه الامام تفویض نیست، بلکه باید حکم خدا را اجرا کند.

### انحصار یا عدم انحصار تعزیر در تازیانه

حتی در صورتی که فرض کنیم تعزیر به معنای مطلق تأدیب است و حاکم هم حق تعیین نوع تعزیر را دارد، مسلمة اختیار حاکم به معنی بی قید و شرط بودن نیست. به عبارت بهتر حتی با فرض سعه اختیارات



حاکم، او حق ندارد هر مجازاتی را اعمال کند ولو اینکه خلاف شرع بین باشد. علامه حلی در این رابطه پس از بیان اینکه تعزیر اعم از ضرب است و شامل حبس و توبیخ و امثال آن‌ها نیز می‌شود می‌گوید: «ولیس فیه قطع شیء منه، و لا جرحه، و لا أخذ ما له» یعنی حاکم حق ندارد عضوی از مجرم را قطع کند یا او را مجروح کند یا از اول مالی اخذ کند (علامه حلی، ۳۴۹/۵) هر چند ممکن است مصادیق مذکور در اینجا اختلافی باشد.

بنابراین باید بپذیریم که فی الجمله یک قیود و شروطی از شرع برای اعمال مجازات معین شده است. لکن چه چیزی در این مقام تعیین کننده شرعیت یا عدم شرعیت یک مجازات خاص است؟ به نظر می‌رسد برای یافتن این پاسخ باید ابتدا در قواعد کلی باب تعزیر و سپس سایر قواعد فقهی جستجو و آن را با مجازات مورد نظر تطبیق داد تا نظر شرع در رابطه با آن مجازات خاص معلوم شود. اما در این مقام امکان بررسی همه قیود و شروط نیست و صرفاً به بررسی حکم زندان - و تطابق یا عدم تطابق آن با قواعد باب تعزیر و سایر قواعد فقهی - اکتفا می‌شود.

#### ۱. التعزیر ما دون الحد

همانگونه که پیش از این نیز گفته شد در روایات متعدد گفته شده است که تعزیر «دون الحد» است. غالب فقها دون را به معنای ظرف در مقابل فوق ترجمه نموده‌اند و برخی هم به غیر معنی کرده‌اند. پیش از این در «بررسی ادله لفظی» به تفصیل اشکالات ترجمه «دون» به غیر بیان شد. بنابراین تعزیر باید کمتر از حد باشد. این کمتر بودن در تازیانه مشخص است ولی در سایر مجازات‌ها ملاک کمتری چیست؟ ممکن است بگوییم چون امکان مقایسه دقیق مجازات‌های مثل زندان با حدود نیست باید احتیاطاً به غیر از تازیانه مجازات نکنیم. یا اینکه بگوییم ملاک سنجش کمتر بودن عرف است و عرف باید بگوید چنین مجازاتی تقدیراً از ۷۵ ضربه شلاق کمتر است. که صعوبت اثبات و تحصیل نظر عرف در این مورد واضح است. و راه سوم آن است که بگوییم برخی گفته‌اند نفی بلد که نوعی حد است یک سال زندان است و زندان تعزیری باید کمتر از یک سال باشد (در حالی که با ادنی تأملی واضح است که نه عرف این را حبس می‌داند نه شرع). لکن اولاً این نظر تنها مشکل زندان را حل می‌کند و در انواع دیگر مثل مجازات مالی باید به دو روش قبل پناه برد و ثانیاً در تازیانه، حدود مختلف داریم و کمترین میزان آن (برای حر) ۷۵ ضربه است. آیا یک سال زندان هم کمترین میزان زندان حدی است؟

در هر صورت بعید به نظر می‌رسد هیچ عرفی زندان بیش از یک سال را کمتر و راحت‌تر از ۷۵ ضربه شلاق بداند و با این تفسیر هیچ جایی برای زندان طولانی مدت نمی‌ماند.

حتی در صورتی که معتقد باشیم «دون الحد» یعنی غیر الحد باز هم نمی‌توان قائل به اختیار تام حاکم شد. چون مسلم اگر حاکم تازیانه را انتخاب کند باید میزان تازیانه کمتر از میزان حد باشد. یعنی در عمل غیریت این مورد نتیجه همان کمتر بودن را دارد. حال باید پرسید چه فرقی میان شلاق و غیر آن است که در شلاق حاکم نباید از یک حد خاص بیشتر مجازات کند ولی در سایر مجازات‌ها هیچ مرزی وجود ندارد؟ اگر شارع فرموده مجازات تعزیرات باید کمتر از مجازات حدود باشد بی‌تردید ناشی از ویژگی خاص جرائم مربوط به این دو است که فاعل برخی از گناهان را لایق مجازات کمتری می‌دانسته است و لذا گفته است فاعل این گناهان باید کمتر از مقدار حد مجازات شود. به عبارت بهتر قطعه این کمتر بودن مجازات ناشی از ویژگی خاص گناه است نه ویژگی خاص تازیانه. و گناه در هر حال یکسان است، پس در هر صورت باید مجازات تعزیری کمتر از مجازات حدی باشد؛ چه مجازات از سنخ ضرب باشد چه از سنخ ضرب نباشد.

## ۲. قاعده نفی وزر

یکی از قواعد مسلم فقهی قاعده نفی وزر است. این قاعده برگرفته از آیه «و لا تزو وازرة ووزر آخری...» (فاطر: ۱۸) است. طبق این قاعد نباید هیچ فردی را به خاطر جرم دیگری مؤاخذه نمود. بنابراین اگر مجازات شخصی مستلزم مجازات دیگری باشد این مجازات خلاف عقل و شرع خواهد بود. مگر مواردی که دلیل خاص از جانب شرع بر آن اقامه شده باشد مثل دیه قتل خطای محض که بر عهده عاقله است. البته طبیعی است که آثار بسیاری از مجازات‌ها به اطرافیان مجرم از قبیل عائله و سایر ارحام وی نیز سرایت می‌کند (مثل سرایت آثار قصاص نفس به اولاد) لکن در همچو مواضعی دلیل قطعی بر تخصیص قاعده نفی وزر وجود دارد، همانطور که قاعده نفی حرج در مواضعی چون جهاد و نهی از منکر تخصیص زده شده است. لکن در موضوع مورد بحث با کدام دلیل قطعی یا حجتی این قاعده نقض می‌گردد؟

تحقیقات علمی جدید بیانگر اثرات بسیار مخرب زندان بر خانواده است. برخی از پژوهش‌های علمی بیانگر آن است که زنانی که همسرانشان مجازات زندان را تحمل می‌کنند بهداشت روان آن‌ها در زمان مجازات حبس همسر در ابعاد مختلف به شدت کاهش یافته است. بنابراین، با توجه به هزینه‌های سنگینی که زنان در ابعاد مختلف بهداشت روان در مدت زمان محکومیت همسرانشان می‌بایست پرداخت نمایند، مجازات زندان بیش از آن که مجازات خود زندانیان باشد، مجازات زنان آن‌ها است (احمدی و نیک‌پور قنواتی، ۱۳۸۹). دانشمندان علوم اجتماعی از تأثیر سوء زندانی شدن سرپرست بر خانواده به عنوان نوعی از بحران خانوادگی، تضعیف روحیه و قربانی شدن کودکان یاد کرده‌اند. میانگین عملکرد تحصیلی دانش‌آموزان قبل از دستگیری والدینشان برابر ۹۱/۶۱ است و در طول حبس به ۴۹/۴۱ کاهش یافته است (معروفی، ۱۳۸۴). نه تنها تحقیقات علمی بلکه حتی مشاهدات عرف عام گواه آن است که زندانی شدن

افراد موجب تضییع حقوق مادی و معنوی اعضای خانواده و بدتر از آن موجب تزلزل و حتی نابودی بینان خانواده می‌گردد.

همه این موارد مصادیقی از مجازات افراد بی‌گناه و بر خلاف قاعده وزر است. بنابراین تنها در صورتی می‌توان به زندان تعزیری حکم نمود که مستلزم چنین توالی فاسدی نباشد. مثل زندان‌های کوتاه مدت و چند روزه که در مباحث قبل مطرح شد.

از این گذشته مطابق شریعت اسلامی هر فرد (خصوصاً سرپرست خانواده) موظف به ادای حقوقی نسبت به خانواده خود می‌باشد که کمترین آن نفقه است. زندان از یک سو خلاف قاعده نفی وزر و از سوی دیگر اجبار شخص به ترک واجبات متعدد است که قطعاً اگر چنین کاری از غیر حاکم صادر می‌شد خود حاکم او را به سختی عقاب می‌کرد.

ممکن است گفته شود در این جا دلیل خاص بر جواز زندان اقامه شده است و آن ادله‌ای است که دال بر اختیار حاکم در تعزیر است. لکن چنین استدلالی نظیر تمسک به عام در شبهات مصداقیه است. زیرا آن ادله در صورت صحت می‌گویند حاکم اختیار دارد هر نوع مجازات مشروعی را اعمال کند و ما در مقام بحث از مشروعیت یک مجازات نمی‌توانیم به آن دلیل استناد کنیم.

### مشکل عدم بازدارنگی تازیانه

آخرین اشکالی که در اینجا مطرح می‌شود، مشکل عدم بازدارنگی مجازات شلاق است. بسیاری از مجرمان بزرگ و حرفه‌ای که دلیلی بر حکم قتل آنان نیست، با شنیدن حکم تازیانه ترسی هم که از عقوبت داشته‌اند می‌ریزد و در نتیجه بر ارتکاب جرم جری‌تر می‌شوند.

اما چنین اشکالی ناشی از اجرای ناقص احکام جزایی اسلام است. حذف تنها یک مورد از یک منظومه منسجم ممکن است به از کار افتادن کل مجموعه منتهی گردد.

در ابتدا باید یادآوری کرد این تصور که در صدر اسلام جرائم ساده بوده است و لذا نیازی به مجازات‌های سخت مثل زندان نبوده، کاملاً اشتباه است. زیرا منشأ خطاهای انسانی هوا و هوس و جهالت است که منحصر به عصر خاصی نیست و نیز بررسی روایات بیانگر آن است که برخی از جرائم هرچند در نگاه عامیانه ساده به نظر می‌آید ولی ترک آن نزد شارع مقدس در غایت اهمیت است. به عنوان نمونه در روایت صحیحی، امام صادق (ع) در مورد ربا می‌فرماید: «دوهم ربا لشد من سبعین زنیة کلها بذات مجرم» (کلینی، ۱/۵) و این نشان دهنده شدت اهمیت این موضوع نزد شارع مقدس است. و همین قانون‌گذار در حل این موضوع راهی جز تازیانه انتخاب نکرده است.

لکن شارع مقدس برای اینکه فاعل کبیره با ضرب شلاق جری تر نگردد راهکار بسیار مهمی اندیشیده و آن حکم به قتل در مرتبه سوم است. طبق روایات متعدد فاعل کبیره در مرتبه سوم یا چهارم کشته می شود. اینکه شخص مجرم پس از تعزیر خود را در دو قدمی مرگ ببیند خود بزرگترین عامل بازدارنده است. در این روش افراد، سالها عمر خود را از دست رفته نمی بینند و در نتیجه کسی که به این روش تنبیه شده، هم انگیزه بیشتری برای جبران دارد و هم ترس بیشتری نسبت به تکرار. البته کارآمدی این روش منوط به تیز بینی قوای قضایی در یافتن جرائم و قاطعیت در اجرای احکام الهی است.

### نتیجه‌گیری

از آنچه گذشت معلوم می شود:

۱. تعزیر در روایات اهل بیت به معنای ضرب دون الحد کاربرد داشته و هر کجا مجازات دیگری غیر از تازیانه مد نظر بوده عیناً ذکر شده است.
۲. بررسی ادله روایی قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» بیانگر آن است که در این قاعده آنچه در اختیار حاکم است تعیین تعداد تازیانه است چراکه در این روایات نوع مجازات مفروض است. یا اگر اطلاقی هم باشد با وجود مقیدات فراوان تمسک به چنین اطلاقاتی آسان نیست. مضاف بر این استناد به روایات برای اثبات شمولیت تعزیر مستلزم مصادره به مطلوب است.
۳. مواردی از روایات و سیره اهل بیت که گفته شده لازمه آن اعمیت تعزیر از تازیانه است هیچکدام نمی تواند مدعا را اثبات کند. این موارد هم سنداً محل خدشه است و هم دلالت آن بر محل نزاع معلوم نیست. بسیاری از آن‌ها نوعی مجازات کوچک است که اختصاصی به حاکم ندارد و حتی ولی یا مولا هم می توانند چنین مجازاتی را اعمال کنند.
۴. تعدادی از روایات اهل بیت علیهم السلام تأکید فراوان بر شمولیت احکام شرعی و حتی تعیین موارد جزئی توسط شارع دارد. در جای خود مفصلاً بیان شد که این روایات با نامعین بودن نوع مجازات تعزیری در تضاد است.
۵. حتی در صورت عدم تعیین نوع مجازات تعزیری توسط شارع، مجازات زندان با قواعد کلی باب تعزیر و برخی دیگر از قواعد فقهی مثل قاعده وزر در تضاد است.
۶. مشکل بازدارنگی کم تازیانه در اسلام با وضع مجازات شدید قتل برای مصر بر کبیره در دفعه سوم حل شده است.

### منابع

پاییز ۱۳۹۷ بررسی قاعده «التعزیر بما یراه الحاكم» همراه با بررسی موردی مجازات زندان تعزیری ۱۰۳

ابن ابی شیبہ، عبداللہ بن محمد، *الکتاب المصنف فی الأحادیث والآثار*، ریاض: مکتبۃ الرشد، ۱۴۰۹ ق.  
ابن حیون، نعمان بن محمد، *دعائم الإسلام و ذکر الحلال و الحرام و القضايا و الأحكام عن اهل بیت رسول اللہ علیہ و علیہم افضل السلام*، قم: مؤسسۃ آل البیت علیہم السلام لاحیاء التراث، بی تا.  
ابن بابویہ، محمد بن علی، *من لا یحضرہ الفقیہ*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۳.  
ابو الصلاح حلبی، تقی بن نجم، *الکافی فی الفقه*، اصفهان: کتابخانہ عمومی امام امیرالمؤمنین علی (علیہ السلام)، ۱۴۰۳ ق.

احمدی، حبیب و لیلیا نیک پور قنواقی، «تأثیر زندانی شدن محکومین به جرائم مواد مخدر بر وضعیت بهداشت روان زنان آن‌ها»، *جامعہ شناسی کاربردی*، جلد ۱، ش ۲۱، ۱۳۸۹.  
بروجردی، حسین، *جامع احادیث الشیعہ*، تهران: انتشارات فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ ق.  
پاکتچی، احمد و محمدصادق لبانی مطلق، «حدود و تعزیرات»، *دائرة المعارف بزرگ اسلامی*، جلد ۲۰، ۱۳۶۷.  
حاکم نیشابوری، محمد بن عبداللہ، *المستدرک علی الصحیحین*، بیروت: دار الکتب العلمیة، ۱۴۱۱ ق.  
حر عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعہ إلى تحصیل مسائل الشریعة*، قم: مؤسسۃ آل البیت لاحیاء التراث، بی تا.

خلیل بن احمد، *کتاب العین*، قم: مؤسسۃ انتشارات هجرت، بی تا.  
راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات ألفاظ القرآن*، بیروت: دار الشامیة، بی تا.  
شافعی، محمد بن ادريس، *الأم*، بیروت: دار المعرفة، ۱۳۹۳.  
شیبانی، محمد بن حسن، *الجامع الصغير و شرحه النافع الكبير*، بیروت: عالم الکتب، ۱۴۰۶ ق.  
صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲.

صافی، لطف اللہ، *التعزیر، احکامه و حدوده*، قم: دفتر معظم له، بی تا.  
طبرانی، سلیمان بن أحمد، *المعجم الأوسط*، قاهره: دار الحرمین، ۱۴۱۵ ق.  
طبری، نجم الدین، *موارد السجون فی النصوص والفتاوی*، قم: مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۴.

طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم: جامعہ مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.  
\_\_\_\_\_، *المبسوط فی فقه الامامیه*، تهران: مکتبۃ المرتضویه، ۱۳۸۷.

\_\_\_\_\_، *تهدیب الاحکام*، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ ق.  
علامه حلّی، حسن بن یوسف، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (طبع جدید)*، قم: مؤسسۃ امام صادق علیہ السلام، ۱۳۷۸.

- علی بن موسی (ع)، امام هشتم، *الفقه المنسوب إلى الإمام الرضا عليه السلام*، قم: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، بی تا.
- کلینی، محمد بن یعقوب *الکافی*، ویراسته ع. ا. غفاری، تهران: دار الکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
- مالک بن انس، *المدينة الكبرى*، بیروت: دار صادر، بی تا.
- مجلسی، محمد تقی بن مقصود علی، *روضه المتقین فی شرح من لا یحضره الفقیه*، قم: مؤسسه فرهنگی اسلامی کوشانپور، ۱۴۰۶ ق.
- مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی، *حدود و قصاص و دیات*، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام*، قم: اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
- محقق داماد، مصطفی، *قواعد فقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
- مدنی، علیخان بن احمد، *الطراز الأول و الكنز لما علیه من لغة العرب المعول*، مشهد مقدس: مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث، بی تا.
- معروفی، یحیی، «بررسی تأثیر زندانی شدن والدین بر عملکرد تحصیلی فرزندان»، *خانواده و پژوهش*، جلد ۱، ش ۲، ۱۳۸۴.
- مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- مکارم شیرازی، ناصر، *تعزیر و گستره آن*، قم: مدرسه الإمام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، بی تا.