

دادرسی تشخیصی در ایران و امریکا

مهدی شیداایان*
امیرحسین بحیرایی**

تاریخ تألیف: ۱۴۰۰/۲/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۸/۲۴

چکیده

دادرسی تشخیصی شیوه‌ای از دادرسی کیفری است که در آن به تأسی از حقوق اداری تعیین مجازات به قاضی سپرده می‌شود. این نظریه هم‌اکنون در برخی ایالت‌های کشور امریکا در حال اجراست ولی ریشه‌های این نوع از دادرسی در فقه موجود است و در قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» متجلی است. این قاعده در مجازات‌های تعزیری، تشخیص تعزیر متهم و حدود آن را با وجود برخی ضوابط کلی و محدود مانند «التعزیر دون الحد» به دست قاضی می‌سپارد که مبتنی بر فایده‌گرایی، مصلحت‌گرایی و کارآمدی در اعمال مجازات است. در حقوق ایران یک تشخیص قانونی مضیق برای قاضی در نظر گرفته شده است که مکلف است در حیطه آن اقدام به تصمیم‌گیری نماید به نحوی که گاهی قضات مکلف‌اند برای متخلف شناخته شدن برخلاف باور و وجدان خود و حتی عدالت رأی دهند زیرا قانون اجازه انعطاف را به آنها نمی‌دهد. در نظام دادرسی تشخیصی در امریکا دست قاضی کاملاً باز نیست و یک سری دستورالعمل‌های محلی و منطقه‌ای تعیین مجازات برای قاضی در کنار قانون در نظر گرفته شده است. در این مقاله سعی بر این هست که با بررسی نظریه دادرسی تشخیصی و ابعاد آن به روش کتابخانه‌ای ضرورت بازگشت به دادرسی تشخیصی قضایی و نه قانونی در ضمن استفاده از تجربیات این نظریه امریکایی مورد واکاوی قرار گیرد.

واژگان کلیدی: دادرسی تشخیصی، تشخیص، مصلحت‌گرایی، فردی کردن مجازات.

۹۱

حقوق اسلامی / سال هجدهم / شماره ۶۹ / تابستان ۱۴۰۰

* استادیار دانشگاه تهران / نویسنده مسئول (m_sheidaeian@ut.ac.ir).

** دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران (amirbahiraee@ut.ac.ir).

مقدمه

فردی کردن، مصلحت‌گرایی و کارآمدی در اعمال مجازات که از مبانی دادرسی تشخیصی (Discretionary Procedure) به‌شمار می‌آید از دیرباز در حقوق کیفری مطرح بوده است. پس از روی کار آمدن مکتب تحقیقی که دیدگاه‌های افراطی در مورد ارتکاب جرم مطرح می‌کرد، مسئله فردی کردن مجازات‌ها و در نظر گرفتن مصلحت در اعمال مجازات به‌طور جدی مورد توجه قرار گرفت (نجفی سنگ‌نیشتی، ۱۳۹۵، ص ۱۳).

در فقه اسلامی در برخی مجازات‌ها مانند حدود و قصاص به مرتکب جرم توجه خاصی نمی‌شود و هر فردی با ارتکاب جرم، مجازات خاصی در انتظارش هست، به‌عبارت‌دیگر در این مجازات‌ها مصلحت نوعی مد نظر قرار می‌گیرد اما از دیرباز در فقه اسلامی مسئله تشخیص قاضی در تعزیرات مطرح بوده است. به تدریج دیدگاه قانون مجازات و شورای نگهبان در مورد حیطة و حوزه تشخیص به‌سمت تضییق صلاحیت قاضی گرایش پیدا کرد و ضعف قضات و سیستم دادرسی کشور هم به این مسئله کمک کرد. در حال حاضر قانون مجازات اسلامی در تعزیرات یک تشخیص قانونی برای قاضی در نظر گرفته است که قاضی باید در حوزه نظر قانونگذار اعمال تشخیص نماید. این شیوه دادرسی با عدول نسبی از فقه به‌دلیل قاعده ثانویه ضرورت یا اضطرار و مورد توجه قرار گرفته است. در برخی ایالت‌های امریکا نظریه دادرسی تشخیصی مورد توجه قرار گرفته است که در آن جز یک سری ضوابط کلی دست قاضی برای اجرای قانون باز هست و حتی در مواردی به تشخیص خود امکان عدم اجرای مجازات وجود دارد. این شیوه به قاضی امکان اجرای اصل فردی کردن مجازات‌ها را به‌صورت کامل می‌دهد و در آن توجه به وضعیت متهم و تعیین مجازات متناسب از اهمیت والایی برخوردار است.

باتوجه به اجرای نظریه دادرسی تشخیصی در حقوق امریکا، جوانب، چالش‌ها، مبانی، مزایا و معایب این نظریه مدت‌ها در نظام دادرسی این کشور و در میان حقوقدانان آن مورد مذاکره قرار گرفته است لذا به‌نظر می‌رسد بررسی تطبیقی موضوع دادرسی تشخیصی با حقوق امریکا و استفاده از تجربیات این نظام حقوقی مفید فایده خواهد بود. سوال اصلی پژوهش حاضر این است که آیا تشخیص در دادرسی می‌تواند به‌عنوان یک «باید» مطرح شود یا خیر. ناگفته پیداست که تشخیص به‌عنوان یکی از «هست»‌های دادرسی کیفری حتی در نظام‌های اعمال مجازات قانونی مورد پذیرش قرار گرفته است.

موضوع دادرسی تشخیصی پیش از این در ادبیات حقوق کیفری مورد بحث قرار نگرفته است اما در خصوص جوانب این موضوع یعنی مباحثی همانند اختیارات قاضی، فردی کردن اجرای مجازات، مصلحت‌گرایی در اعمال مجازات و... مقالاتی نوشته شده است. برای نمونه آقای دکتر غلامحسین الهام در مقاله‌ای با عنوان «اعتماد به قاضی (تحلیل ماده ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی بر مبنای نظریات فقهی شورای نگهبان)» در مجله دیدگاه‌های حقوق قضایی به مباحثی پیرامون تحولات نظام تعزیرات پرداخته است. هم چنین آقای دکتر یزدیان در مقاله‌ای با عنوان «اصل فردی کردن مجازات‌ها؛ تبعیضی فاحش یا عدالتی عادلانه‌تر» در مجله حقوق اسلامی به بررسی جوانب اصل فردی کردن مجازات‌ها پرداخته است. در این مقاله ضوابط، ایرادات، مبانی و جلوه‌های مختلف دادرسی تشخیصی در حقوق ایران و آمریکا به صورت تطبیقی به روش کتابخانه‌ای مورد بررسی قرار گرفته است و برای بررسی مسئله تشخیص، برخی از آرای قضایی هم در این دو نظام حقوقی مورد توجه قرار گرفته است.

۱. تشخیص (Discretion) چیست؟

اولین سؤالی که باید به آن پاسخ داد این است که منظور از تشخیص در دادرسی چیست؟ در کتب حقوق اداری در مورد تشخیص و صلاحیت تخییری (ش) مقام اداری گفته شده «صلاحیت تشخیصی وقتی است که مقام اداری، اختیار انتخاب از میان گزینه‌های متعدد قانونی بر اساس معیارها و موازین غیر حقوقی و فنی را داشته باشد» (هداوند، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۱۶۸) در دادرسی تشخیصی در آمریکا، مقام قضایی وقتی قدرت تشخیص دارد که محدودیت‌های مؤثر بر رفتار او، مقام قضایی را آزاد می‌گذارند تا بتواند از میان گزینه‌های مختلف اعمال مجازت نماید (Miller, 1996, p.2). رابطه اعمال تشخیص توسط مقام قضایی و دیدگاه‌های اجتماعی نسبت به جرم و قانون چیست؟ قاضی چگونه در تشخیص خودش از علوم دیگر بهره می‌برد؟

۲. مبانی نظریه دادرسی تشخیصی

نظریه دادرسی تشخیصی و تشخیص در اعمال مجازات‌ها در حقوق آمریکا مطرح بوده و کماکان هم در بسیاری از ایالت‌های این کشور در حال اجرا می‌باشد. برای این نظریه مبانی مختلفی ذکر شده است که در ادامه به آنها پرداخته شده است:

۲-۱. واقع‌گرایی

واقعیت این است که قاضی در مقام اعمال قانون، عقل احساسات و عواطف خود را به کار می‌گیرد و قاضی در اعمال مجازات رباط نیست. این‌که بخواهیم قواعدی در قانون بیاوریم که قاضی مجبور باشد دقیقاً در محدوده غیرقابل انعطاف قانونی حرکت نماید موجب می‌شود قاضی برای اعمال نظر خودش به شیوه‌های مختلفی متمسک شود و در صورتی که راه‌گریزی نیابد برخلاف وجدان و احساساتش رأی دهد (Kessler and Morrison, 1998, pp.2-4). وقتی قاضی ایرانی می‌خواهد یک نوآوری داشته باشد می‌ترسد بر نو آورش هرچند عادلانه هم باشد برچسب تخلف زده شود. این ترس تا جایی نفوذ کرده که گاهی قضات به جای اینکه بیشتر به دنبال عدالت باشند به دنبال این هستند که عملکرد آنان تخلف محسوب نگردد و منطبق با قانون باشد. در چنین شرایطی عمل به نص و شکل قانون در اولویت قرار دارد.

فرض کنیم فردی در سال ۹۵ به دلیل مشکلات اقتصادی، ناتوانی در پیدا کردن شغل، بیماری شدید یکی از اعضای خانواده، نیاز به پول و... مجبور می‌شود که برای دستیابی به درآمدی برای حل مشکلاتش به جابه‌جایی میزانی معین از مواد مخدر اقدام کند که دارای مجازات قانونی اعدام باشد و قاضی هم از نظر وجدانی او را شایسته اعدام نداند اما بر اساس قانون مجبور است به این شخص همانند فردی که بدون شرایط مارالذکر و برای کسب ثروت اقدام به حمل مواد مخدر نموده حکم به مجازات اعدام دهد. این‌گونه مثال‌ها در حقوق امریکا در بحث از دادرسی تشخیصی مطرح شده است.^۱

۲-۲. ابهام لفظ

قانون به صورت الفاظ متجلی می‌شود و الفاظ در ذاتشان ابهام دارند و نیازمند تفسیرند. در بسیاری از مواردی که هنوز تفسیر مناسبی از سوی مقام صالح ارائه نشده است قاضی در اعمال

۱. خانمی با مراجعه به ایستگاه پلیس مدعی می‌گردد که دو روز پیش توسط دوستش به وی تجاوز شده است. خانم اعلام می‌دارد به سبب عدم امکان پیش‌بینی موفقیت در دفع تجاوز، مقاومتی نکرده به سبب افسردگی ناشی از تجاوز دیر به ایستگاه پلیس مراجعه نموده است. مظنون مدعی می‌گردد که در شب ادعایی با شاکی ارتباط داشته لیکن با رضایت وی بوده است. مظنون فاقد سابقه مورد توجه است. مقام تعقیب بر اساس تجربه خود حدس می‌زند که به سبب نزدیکی رابطه طرفین، در صورت ایراد اتهام، هیات ژوری به احتمال زیاد، مظنون را محکوم می‌کند (گرشمن، ۱۹۹۳: ۶-۵).

تفسیر بر اساس تشخیص خود عمل می‌کند (زند رضوی و فروغ‌زاده، ۱۳۸۴، ص ۱۳) تفسیر لفظ قانون در دادگاه کیفری بر اساس تشخیص قاضی آن چنان مهم است که گاهی سرنوشت متهم را تغییر می‌دهد.

۲-۳. نظام اقناع وجدانی در ادله اثبات

نظام‌های حقوقی در ارزیابی دلایل سه شیوه را مورد پذیرش قرار می‌دهند. بعضی از نظام‌ها شیوه قانونی را مد نظر قرار می‌دهند و برخی دیگر شیوه اقناع وجدانی را پذیرفته‌اند و حتی برخی نظام‌ها هم سیستم مختلط را اعمال می‌نمایند. سیستمی که نظام اقناعی را می‌پذیرد و به قاضی اختیار ارزیابی ادله را می‌دهد بهتر است دادرسی را تشخیصی ببیند؛ یعنی به قاضی اجازه می‌دهد که در مقام ارزیابی ادله، تشخیص خود را حاکم نماید و بر اساس آن میزان اعتبار ادله را تعیین نماید (سلمانی، ۱۳۹۶، ص ۶۵) تشخیص قاضی در ارزیابی ادله آن قدر مهم و تأثیرگذار است که نظام اقناع وجدانی ادله، نظام ادله آزاد هم نامیده شده است و اصل ارزیابی آزاد دلیل یکی از اصول این نظام ادله اثبات است.

۲-۴. نگرش به حاکمیت قانون

انکار حاکمیت قانون در قضا امری غیرقابل‌پذیرش است. در دادرسی کیفری برای جلوگیری از خودکامگی و استبداد قضات باید یک سری قواعد حاکم باشند. در مورد حاکمیت قانون مفاهیم متفاوتی مطرح است. در مفهوم اول حاکمیت قانون، هر کاری باید بر اساس قانون انجام شود. بر اساس این معنا از حاکمیت قانون، هر حکومتی ممکن است در عمل مرتکب رفتارهایی باشد که خطا هستند اما از نظر قانونی قابل توجیه و مجاز باشند. در این رویکرد هر آنچه حکومت و بخش‌های مختلف آن انجام می‌دهند باید مقید به قواعدی از پیش تعیین‌شده و دقیق باشد (هداوند، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۱۶۵-۱۶۶) در نگرش دوم از حاکمیت قانون، یک سری صلاحیت‌ها به حکومت داده شده تا بر اساس آنها عمل کند؛ اما حکومت باید بر اساس اصول و قواعد شناخته‌شده‌ای که صلاحیت اختیاری او را محدود می‌کنند رفتار نماید. در این معنا بخش اصلی حاکمیت قانون، نظام قواعدی است که هدف از آنها پیشگیری از سو استفاده از صلاحیت‌های اختیاری است (همان، ص ۱۶۹) تفسیر دوم از حاکمیت قانون با آنچه نظریه دادرسی تشخیصی بیان می‌دارد نزدیک

است. نتیجه این که دادرسی تشخیصی با حاکمیت قانون در تعارض نیست و این دو باهم قابل جمع هستند.

۲-۵. نگرش غایت‌گرا به حقوق کیفری

نگرش‌ها و طرز تفکر در دادرسی کیفری فرق می‌کند. ما در نظام دادرسی مان ملزومات نگرش غایت‌گرا را داریم و به عبارت دیگر در دادرسی کیفری به دنبال یک مصلحت‌گرایی هستیم و مصلحتی فراتر از خود قانون هدف است. غایت اصلی در حقوق کیفری اصلاح مجرم و جامعه است و می‌خواهیم مجرم را به جامعه برگردانیم. ملزومات نگرش غایت‌گرا عبارت‌اند از

الف: طریقت قانون و مجازات در حقوق کیفری: قانون غایت خاصی دارد که می‌خواهد به آن برسد و صرف اجرای قانون هدف نیست. قانون وسیله‌ای برای بازدارندگی و ارباب در جامعه است. هدفی که در دادرسی به دنبال آن هستیم باید در هر پرونده توسط مقام رسیدگی‌کننده با در نظر گرفتن جمیع جوانب مورد ارزیابی قرار گیرد و از طریق اعمال مجازات مناسب در راستای رسیدن به آن اقدام شود. در این نگرش اعمال مجازات برای یک فایده است که باید به آن بینجامد (رستمی و سلیمی، ۱۳۹۴، ص ۲). اگر اجرای قانون در حقوق کیفری موضوعیت داشت آن‌گاه قاضی مجبور بود در هر شرایطی و بدون در نظر گرفتن هدف، قانون را اجرا نماید.

علاوه بر خود قانون، مجازات هم در حقوق کیفری طریقت دارد و نه موضوعیت؛ به عبارت دیگر در حقوق کیفری به دنبال اعمال مجازات فی‌نفسه نیستیم و دنبال این هستیم که چه مجازات و به عبارت بهتر چه رفتاری در برابر مجرم به او برای بازگشت به جامعه کمک می‌کند (آشوری و موحدی، ۱۳۹۵، ص ۵) طریقت داشتن هم وقتی محقق است که اختیار را به دست قاضی بدهیم. شاید بتوان گفت ریشه ناکارآمدی و عدم مقبولیت و رضایت از آرای دادگاه‌ها تا حدی مربوط به این است که ما در مسیر دادرسی کیفری هنوز به دادرسی تشخیصی نرسیده‌ایم.

ج: تفویض اختیار مهندسی واکنش علیه جرم از قانون به قاضی: قانون هرچقدر هم که در راستای بیان جزئیات برآید بازهم کلی است و برای اعمال مناسب آن نسبت به یک متهم باید توسط

۱. احکام اسلامی بر اساس مصلحت و مفسده بنیان‌گذاری شده‌اند و هدف از اجرای احکام اسلامی دستیابی به همین مصلحت است. این مصلحت علاوه بر تشریح در مقام اجرا هم می‌تواند اثرگذار باشد و حاکم می‌تواند بر اساس این مصلحت برخی از حدود را اجرا نکند (رستمی نجف‌آبادی و مؤمنی، ۱۳۹۴: ۲).

قاضی مهندسی شود. به عبارت دیگر، قاضی با اعمال مجازات به قانون کیفری روح می‌بخشد (قهرمانی، ۱۳۵۴، ص ۲) قانونگذاری که از فضای وقوع جرم و مجرم دور است نمی‌تواند آن را برای همه مصادیق به خوبی مدیریت کند.

د: عملی شدن حقوق کیفری: یکی از اهداف اساسی قوانین جزایی کمک به مجرم در جهت بازگشت به جامعه و بازپروری اوست. قاضی با استفاده از قانون جزایی امکان نیل به این هدف را ندارد بلکه باید از علوم دیگر مثل روانشناسی، مددکاری اجتماعی و سایر تخصص‌ها بهره‌برد تا بتواند بهترین مجازات را نسبت به متهم اعمال نماید؛^۱ به عبارت دیگر غیرممکن است که بدون مطالعه علمی بزهکار و هر واقعه بتوان درمان مناسبی برای آن تعیین نمود. امروزه علاوه بر این که مردم باید عدالت را بشناسند عدالت هم باید تلاش نماید تا مردم را بشناسد (مظلومان، ۱۳۵۳، ص ۲-۶) استفاده از پرونده شخصیت در ماده ۲۰۳ قانون آیین دادرسی کیفری^۲ قدمی مناسب در راستای عملی شدن حقوق کیفری است.

۲-۶. نگاه تفهیمی داشتن در دادرسی

یکی از اصلی‌ترین مبانی دادرسی تشخیصی، نگاه تفهیمی داشتن در جامعه‌شناسی و انسان‌شناسی است. برخلاف دیدگاه پوزیتیویستی که در آن پدیده‌های انسانی مانند پدیده‌های طبیعی مورد بررسی قرار می‌گیرند در دیدگاه تفهیمی، واقعیت‌های اجتماعی، معنوی و انسانی اند که در ظرف فهم و دریافت انسان‌ها و بر اساس اعتبارات انسانی شکل می‌گیرند. به همین دلیل، این واقعیت‌ها، هویت‌های مختلفی دارند؛ از مکانی به مکان دیگر و زمانی به زمان دیگر متفاوت‌اند (روستاخیز و آذرشب، ۱۳۹۶، ص ۱۰) به همین دلیل اگر نسبت به انسان دیدگاه تفهیمی داشته باشیم آنگاه باید در مورد هر جرم یک انسان به شکل خاصی اندیشید و به شکل خاصی تفکر نمود. در

۱. امروزه یکی از اهداف اساسی جرم‌شناسی بالینی بر روی شناخت متهم متمرکز شده است.

۲. ماده ۲۰۳- در جرائمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، قطع عضو، حبس ابد و یا تعزیر درجه چهار و بالاتر است و همچنین در جنایات عمدی علیه تمامیت جسمانی که میزان دیه آنها ثلث دیه کامل معنی علیه یا بیش از آن است، بازپرس مکلف است در حین انجام تحقیقات، دستور تشکیل پرونده شخصیت متهم را به واحد مددکاری اجتماعی صادر نماید. این پرونده که به صورت مجزا از پرونده عمل مجرمانه تشکیل می‌گردد، حاوی مطالب زیر است:

الف) گزارش مددکار اجتماعی در خصوص وضع مادی، خانوادگی و اجتماعی متهم

ب) گزارش پزشکی و روان‌پزشکی

انسان‌شناسی تفهیمی در واقع کار اصلی نفوذ به فرهنگ یک جامعه و انسان برای شناخت رفتار امروز و فهم آینده آنان است. برای تعیین مجازات مناسب برای یک فرد باید دیروز، امروز و فردای او را شناخت.

۲-۷. نگرش منفعت‌گرای امریکایی و قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم»

یکی از اصلی‌ترین مبانی اعمال تشخیص قضایی در نظام قضایی امریکا، دیدگاه فایده‌گرایانه حاکم بر این نظام است. قاضی در این دیدگاه که نظر به آینده دارد در اعمال مجازات باید به این پرسش پاسخ دهد که آیا اساساً اعمال مجازات دارای سودمندی لازم هست یا خیر و در صورت مثبت بودن پاسخ، اعمال چه مجازاتی دارای منفعت و فایده بیشتری است. در حقوق اسلامی، مبنای تشخیص قضایی در باطن قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» نهفته است. مرجع تشخیص منفعت، حاکم (قاضی) است که می‌تواند تعزیر را در صورت عدم ترتب منفعت اعمال نکند. شیخ طوسی در این مورد بیان داشته‌اند «التعزیر موكول الی الامام، لا یجب علیه ذلک، فان رأى التعزیر فعل، و ان رأى ترکه، فعل» (طوسی، ۱۳۸۷، ص ۶۹).

۳. ایرادات دادرسی تشخیصی

تصور دادرسی تشخیصی برای هر فردی با تصدیق ایرادات اولیه زیادی برای این نظریه همراه می‌گردد. برخی از این ایرادات ممکن است تا حدی در نگاه اول قابل قبول بنمایند اما با شناخت کامل از این نظریه قابل رفع‌اند. در نظام دادرسی امریکا برای رفع بسیاری از این ایرادات، پاسخ‌ها و راهکارهای مناسبی ارائه شده است که ذیلاً به آنها می‌پردازیم:

۳-۱. سلیقه‌گرایی و غیرضابطه‌مند بودن تعیین مجازات‌ها

یکی از ایرادات اساسی نظریه دادرسی تشخیصی این هست که دادن اختیار اعمال مجازات به قاضی به مثابه دخالت دادن سلايق و علايق قاضی است. در پاسخ به این ایرادات می‌توان گفت قاضی را مجری دست و پا بسته قانون دانستن شدنی نیست. به عبارت دیگر اندیشه‌ها، محل زندگی، تحصیلات قاضی و... همگی بر روی رأیی که او می‌دهد اثرگذار است. این مسئله در هر سیستم دادرسی وجود دارد (هرچند که در سیستم دادرسی تشخیصی این مسئله بیشتر خودنمایی می‌کند)

و قواعد حاکم بر نظام حقوقی در میزان این اثرگذاری نقش ایفا می‌کنند (Bois-Pedain, 2017, p.6). لازم به ذکر است که در نظریه دادرسی تشخیصی سازوکارهایی برای مخالفت با سلیقه‌گرایی و محدودیت در تشخیص وجود دارد. از جمله این سازوکارها می‌توان به کنترل بیرونی و درونی در اعمال مجازات و هم‌چنین رهنمودهای تعیین مجازات اشاره نمود. در راهکار کنترل، تشخیص قاضی توسط یک مقام بالاتر در داخل دستگاه قضایی و یا خارج از آن مورد بازبینی قرار می‌گیرد (Tomas, 2005, p.15) ضوابط حاکم بر تشخیص و حدود و ثغور آن در مباحث بعدی توضیح داده شده است.

۳-۲. بی‌عدالتی در برابر قانون

از آنجایی که تشخیص قاضی و در نتیجه اعمال مجازات برای هر فرد متفاوت است یکی از اولین نکاتی که در بحث دادرسی تشخیصی به ذهن خلیجان می‌کند، نا عدالتی است. سوالی که در پاسخ به این ایراد می‌توان مطرح نمود این هست که آیا با مساوات در اعمال قانون لزوماً می‌توان عدالت را برقرار نمود؟ به نظر می‌رسد باید بین برابری و عدالت تفاوت قائل شد. به دلیل بارز بودن ایراد عدالت در دادرسی تشخیصی این مسئله ذیلاً مورد بحث قرار گرفته است.

ارسطو معتقد بود عدالت قانونی به دلیل کلیت‌ش نمی‌تواند همواره رهگشا باشد. عدالت باید در اجرای موارد جزئی با مشکلاتی که پیش می‌آید منطبق شود و از خود انعطاف نشان دهد (یزیدیان جعفری، ۱۳۸۵، ص ۱۰) عدالت به معنای برخورد یکسان و برابری نیست. تشخیص عدالت باید صورت فردی باشد.

در یک تشخیص خوب، مصلحت از عدالت زاویه پیدا نمی‌کند. فرآیند عدالت کیفری ایالت متحده، در همه ایالت‌ها برای برخورد مساوی با مجرمان مشابه تلاش می‌کند و به صورت هم‌زمان برای درمانی منحصر به فرد برای مجرم در تلاش است. عدالت کیفری یا عدالت نسبت به مجرمان در ایالت متحده نیازمند یک وظیفه خاص هست که با هر پرونده به یک شکل و اما متفاوت برخورد شود (Kessler and Morrison, 1998, pp.2-4) به نظر می‌رسد با همه کسانی که به یک شکل مرتکب جرم خاصی بشوند نباید به صورت مشابه رفتار نمود.

عدالت دو مفهوم دارد:

مفهوم اول عدالت در رویکرد مبتنی بر تقابل مطرح می‌شود. در نگرش محافظه‌کارانه رویکرد

این است که با برابرها باید برخورد برابر داشت. چون فرض بر این است که در جهان هستی از قبل نظم طراحی شده است، این دیدگاه معتقد است که باید نابرابری‌های طبیعی حفظ شود (یزدیان جعفری، ۱۳۸۵، ص ۴) مفهوم دوم عدالت که مبتنی بر تعامل می‌باشد و در بردارنده دو رویکرد عدالت رادیکال و مجازات نامعین در آن مطرح است. عدالت رادیکال به دنبال از بین بردن نابرابری‌هاست و معتقد است در اعمال مجازات باید توانایی‌ها و نیازهای مجرمان را در نظر گرفت. این مکتب، عدالت متنوع و چندگونه را ارائه می‌نماید. در رویکرد عدالت رادیکال اعمال مجازات مشابه لزوماً به عدالت نمی‌انجامد و بر فردی نمودن مجازات‌ها توجه ویژه‌ای می‌شود (همان، ص ۹-۱۰) حقیقت این است که نظریه دوم در مورد عدالت صحیح‌تر به نظر می‌آید.

برخی معتقدند؛ نظام مجازات‌های برابر از نظام مجازات‌های قضایی و تشخیصی ناعادلانه‌تر است چراکه اگر ادعا بر این باشد که نظام تشخیصی با برخی مجرمان ناعادلانه برخورد می‌کند نظام مجازات برابر با همه ناعادلانه برخورد می‌کند چراکه مجازات برابر به معنای نادیده گرفتن تفاوت‌های فردی است (همان، ص ۱۱) در دیدگاه‌های اسلامی هم در تعریف عدالت گفته می‌شود «العدل اعطاء كل ذي حق حقه و يضع الامور مواضعها: عدالت آن است که به هر صاحب حقی به اندازه حقتش داده شود و به این صورت امور در جایگاه خود قرار گیرند» (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۲، ص ۳۳۲) به عبارت دیگر عدالت در اعمال مجازات به این شکل برقرار می‌شود که حق هر مجرم را با در نظر گرفتن جمیع جوانب و ویژگی‌هایش تعیین کنیم و مجازاتی مناسب برایش در نظر بگیریم و این تعریفی از اصل فردی کردن مجازات است. این تفسیر از عدالت سبب می‌شود که دادرسی تشخیصی و اصل فردی کردن مجازات‌ها عین عدالت باشد.

۳-۳. نامرئی بودن تصمیمات قضایی (ثس)

یکی از مؤلفه‌های دادرسی خوب مریی بودن دادرسی است. به عبارت دیگر، افراد جامعه باید بدانند که در صورت ارتکاب رفتار مجرمانه چه مجازاتی برای آنان در نظر گرفته می‌شود. این ایراد هم چنین با بررسی تناقض دادرسی تشخیصی با قاعده قبح عقاب بلابیان که ناظر به بیان واصل در تکلیف و مجازات است تقویت می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۷، ص ۲-۵). این ایراد مورد توجه نظریه پردازان دادرسی تشخیصی هم قرار گرفته است و سازوکارهایی برای رفع آن اندیشیده شده است زیرا در دادرسی تشخیصی، قانون و رهنمودهای تعیین مجازات برای ضابطه‌مند کردن

تشخیص و تعیین مجازات به کار گرفته شده است که در ادامه به آن پرداخته شده است.

۳-۴. فقدان رسیدگی قضایی

در دادرسی تشخیصی، همان‌گونه که در مکتب تحقیقی برای فهم دقیق میزان خطرناکی مجرم و اعمال اقدامات مناسب علیه او از رشته‌های دیگر کمک گرفته می‌شد (امامی، ۱۳۹۷، ص ۶) رسیدگی روان‌شناختی و جامعه‌شناسانه است چراکه ما از عوامل برون حقوقی مانند بررسی ویژگی‌های روانی، شخصیتی و... به قضاوت و اعمال مجازات می‌رسیم. برای بحث حول ایراد قضایی نبودن رسیدگی لازم است بیان شود که در فهم چگونگی رفتار یک مجرم و در راستای اعمال مجازات مناسب نسبت به او، باید او را شناخت و دلایل ارتکاب جرم و شرایط او در حین ارتکاب جرم را واکاوی نمود تا بتوان به یک مجازات عادلانه رسید (مظلومان، ۱۳۵۳، ص ۳) به عبارت دیگر برای فهم یک رفتار باید مسائل غیرحقوقی را وارد کرد و از آنان بهره جست. در دادرسی تشخیصی از مسائل غیرحقوقی به قضاوت حقوقی می‌رسیم. نویسنده معتقد است قضاوت عادلانه بدون استفاده از رشته‌های دیگر و بررسی کامل وضعیت مرتکب قابل تحقق نیست.

۴. ضابطه‌مند کردن تشخیص

همان‌گونه که در آموزه‌های فقهی، قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» مطلق نیست و دارای حدود و ضوابطی مانند التعزیر دون الحد می‌باشد در دادرسی تشخیصی هم تشخیص ضابطه‌مند می‌باشد، اما این ضوابط اندکی گسترده‌تر از ضوابط فقهی در اعمال تعزیر است. اساساً تشخیص غیرضابطه‌مند نگرانی‌های زیادی از جمله خودکامگی قضات، لطمه به حقوق شهروندی افراد و... به همراه دارد. در نظریه دادرسی تشخیصی علاوه بر این که برخی مقامات، تشخیص‌های اعمال شده توسط قاضی دادگاه و دادستان را مورد نظارت و ارزیابی قرار می‌دهند قوانین و دستورالعمل‌هایی وجود دارد که دادرسی تشخیصی را قاعده‌مند می‌نماید. لازم به ذکر است استفاده از قوانین و دستورالعمل‌های تعیین مجازات موجب نمی‌شود که دادرسی تقنینی شود بلکه این دو (قانون و دستورالعمل‌ها) دادرسی را از اشکالات دادرسی تشخیصی رهایی می‌دهند و در این نظام کماکان تشخیص مقام قضایی در رأس قرار دارد.

۴-۱. قانون

قوانین به دو صورت مورد استفاده قرار می‌گیرند که برخی بازه مجازات محدود و برخی بازه گسترده‌تری برای مجازات در نظر می‌گیرند. این دودسته قانون عبارت‌اند از:

۱- **DSLS (Determinate Sentencing Laws)** قوانین معین تعیین مجازات؛ در این قوانین مجازات معین یا محدوده‌ای مضیق برای مجازات در نظر گرفته می‌شود.

مثال: در کالیفرنیا ورود به قصد ارتکاب جرم (Burglary) ۲۴ ماه حبس دارد که در صورت وجود کیفیات مخففه یا مشدده قاضی می‌تواند بین ۱۲ تا ۳۶ ماه حبس حکم دهد.

۲- **ISLS (Indeterminate Sentencing Law)** قوانین نامعین تعیین مجازات؛ که در آنها مجازات موسع‌تری برای قاضی در نظر گرفته شده است تا قاضی بتواند اعمال تشخیص نماید؛ مثال: در همان ایالت (کالیفرنیا) ورود برای ارتکاب جرم ۱۲ تا ۱۶۸ ماه مجازات دارد (Kessler and Morrison, 1998, pp.2-4).

۴-۲. دستورالعمل‌های (Guideline) تعیین مجازات

رهنمودهای مجازات یکی از تلاش‌های صورت گرفته برای نزدیک‌تر نمودن هر چه بیشتر دادرسی تشخیصی به نظام مجازات معین است. دستورالعمل‌های تعیین مجازات نوعی تقنین منطقه‌ای به حساب می‌آیند که توسط کمیسیون‌های محلی تصویب می‌شوند و برای محله‌های مختلف به صورت جداگانه تصویب می‌شوند. کمیسیون‌های محلی این دستورالعمل‌ها را با در نظر گرفتن اوضاع و احوال و شرایط هر منطقه استخراج می‌کنند و قضات در تعیین مجازات بر اساس آنان عمل می‌کنند. این دستورالعمل‌ها به دو صورت تجویزی (Presumptive Guideline) و اختیاری (Descriptive Guideline) یا اختیاری (Voluntary) و اجباری (Presumptive) می‌باشند (Miller, 1996, p.15). از نظر حقوقی چنین کمیسیون‌های هم‌زمان و تخصص لازم را دارند تا بر اساس آنچه در فرآیند اعمال مجازات در رویه می‌گذرد رهنمودهای لازم را ارائه دهند و این امکان وجود دارد که رهنمودها را به صورت دوره‌ای بر اساس تجربیاتشان تغییر دهند. تعیین رهنمودهای محلی و تغییرات مداوم در آنها گام مهمی برای ضابطه مند نمودن تشخیص اعطایی به قاضی است.

دستورالعمل تجویزی لازم الرعایه هستند اما دستورالعمل‌های توصیفی فقط می‌توانند به‌عنوان

یک راهنما برای قاضی باشند. این دستورالعمل‌ها در عمل از میزان ناهماهنگی و نابرابری میان مجازات‌ها می‌کاهد (ibid, p.5). به صورت هدفمند، دستورالعمل‌های تعیین مجازات (توصیفی و تجویزی) به شکل‌دهی یا ایجاد تصمیمات در مورد مجازات جرائم کمک می‌کند. به صورت عادی قاضی تعیین مجازات، جرم ارتكابی فرد محکوم‌شده و سابقه کیفری مجرم را در نظر می‌گیرد تا مجازاتی که دستورالعمل‌های تعیین مجازات توصیه می‌کند را شناسایی نماید. دستورالعمل‌های تعیین مجازات باید وجهه لازم‌الاجرا و قانونی به خود بگیرند. دستورالعمل‌های اختیاری کارآمد نیستند (ibid, p.14) برخی ویژگی‌های دستورالعمل‌های لازم‌الاجرای تعیین مجازات با قانون مشابهت دارد اما همان گونه که گفته شد از نظر محلی بودن و تغییرات مقطعی و... با قانون متفاوت هستند.

۵. فواید به کارگیری تشخیص

تشخیص این امکان را به قضات و دادستان‌ها می‌دهد که سیاست‌های تعیین مجازات را با دیدگاه‌های خود منطبق نمایند. به عبارت دیگر سازوکار تشخیص در دادرسی به قضات کمک می‌کند تا بتوانند بر اساس نظر خودشان مجازات مناسب را برای متهم در حدود دستورالعمل‌ها تعیین کنند (Kessler and Morrison, 1998, p.2) دادرسی تشخیصی سبب می‌شود که قاضی مجری صرف و دست و پا بسته قانون نباشد.

۵-۱. امکان هماهنگی قانون و سیاست‌های تعیین مجازات با هنجارهای اجتماعی

هنجارهای اجتماعی و دیدگاه‌های مردم نسبت به یک جرم می‌تواند در عملکرد دادستان‌ها و قضات نسبت به یک مجرم مؤثر باشد. تشخیص باعث می‌شود در مواردی که هنجارهای عمومی با قوانین در تعارض باشند بتوان مجازات را با این هنجارها هماهنگ نمود (Kessler and Morrison, 1998, pp.2-3). به بیان دیگر می‌توان گفت تشخیص درجایی نمود دارد که نرم‌های سیستم عدالت کیفری اجازه اعمال قانون و به تبع آن تغییر در مجازات را نمی‌دهد

۵-۲. فردی کردن مجازات‌ها

یکی از مهم‌ترین فواید تشخیص فردی سازی مجازات است. تشخیص این امکان را فراهم می‌نماید که قاضی بتواند با در نظر گرفتن شرایط متهم، نحوه ارتکاب جرم، سابقه متهم و... مجازات مناسب را برای او اعمال نماید. در مثال مواد مخدر که در بالا ذکر شد اگر قاضی بخواهد در مورد متهم مجازات اعدام را اعمال نماید در این صورت این مجازات به هیچ وجه با شرایط متهم منطبق نیست هر چند از نظر قانونی صحیح و قابل دفاع باشد (حاجی‌ده‌آبادی و قادری‌نیا، ۱۳۹۵، ص ۵) یکی از چالش‌های دادرسی بر اساس قانون این است که گاهی قاضی را مجبور می‌کند اصل فردی سازی را اجرا نکند و به همین دلیل عدالت اجرا نمی‌شود.

دستگاه عدالت کیفری نمی‌تواند نسبت به منافع و مصالح فردی مجرم بی تفاوت باشد. در مجازات‌های حدی که عموماً از حقوق الهی هستند، بعد از اثبات جرم جز در مواردی محدود قاضی مکلف به اجرای حد است زیرا فرض بر مصلحت و سودمندی در اعمال حد است (امامی و صادقی، ۱۳۷۷، ص ۱۵) و در قصاص هم چون حق الهی است امکان مصلحت‌سنجی چندانی وجود ندارد و اصل بحث مصلحت‌سنجی در مجازات‌های تعزیری است.

در نظام‌های تقنینی هم اصل فردی کردن مجازات‌ها همواره به عنوان یک اصل مورد احترام به حساب آمده است، اما حقیقت این هست که امکان تحقق بخشی از این اصل، در این نظام‌ها فراهم می‌شود و گاهی ضوابط قانونی اجازه فردی کردن مجازات و یا حتی عدالت را نمی‌دهند. در واقع یکی از کاربردهای تشخیص این است که در چنین مواقعی به مقام قضایی برای فردی کردن مجازات کمک نماید (Kessler and Morrison, 1998, p.5). به عنوان مثال دیگری از نرسیدن به هدف دادرسی در تشخیص تقنینی در حوزه تعزیرات می‌توان به بند اول ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی^۱ اشاره کرد که طبق آن قاضی در صورت وجود جهات تخفیف فقط می‌تواند یک تا سه درجه در مجازات حبس تخفیف بدهد و امکان تبدیل آن وجود ندارد و حتی اگر حبس تخفیف یافته درجه هشت باشد متهم باید آن را تحمل نماید.

۱. در صورت وجود یک یا چند جهت از جهات تخفیف، دادگاه می‌تواند مجازات تعزیری را به نحوی که به حال متهم مناسب‌تر باشد به شرح ذیل تقلیل دهد یا تبدیل کند:
الف) تقلیل حبس به میزان یک تا سه درجه

۵.۳. کارآمدی در اعمال مجازات

در دادرسی تشخیصی کارآمدی مجازات برای اصلاح مجرم و مصلحت‌گرایی و سودمندی مجازات را مدنظر قرار می‌دهیم. در حقوق اداری هم تا مدت‌ها اصل قانونی بودن مثل یک بت پرستش می‌شد و اما بعدها بحث‌های «اداره خوب» (Good Government) و «کیفیت اداره کردن» خصوصاً در امریکا مطرح شد و بحث‌های صلاحیت‌های اختیاری مطرح شد (هداوند، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۴۸۸) کارآمدی در اعمال مجازات همان‌گونه که قبلاً توضیح داده شد باید یکی از اهداف مهم قاضی در اعمال مجازات باشد.

۶. مؤلفه‌ها یا ویژگی‌های دادرسی تشخیصی

در خصوص دادرسی تشخیصی ویژگی‌های متعددی ذکر شده است که ذیلاً به برخی از این ویژگی‌ها پرداخته شده است:

۱۰۵

۶.۱. عدم انعکاس ساختار نهی‌گرایانه قانون در اجرا

در دادرسی تشخیصی، ساختار نهی‌گرایانه قانونی در اجرا قاضی را الزام نمی‌کند و قاضی می‌تواند طبق تشخیص خود عمل نماید.

۶.۲. مقبولیت در کنار مشروعیت

در دادرسی تشخیصی مقبولیت از اهمیت برابری نسبت به مشروعیت برخوردار است در این دادرسی در مرحله اول قاضی باید رأی بدهد که موردقبولش باشد و رضایتش حاصل شود و از نظر اجتماعی هم مردم، رأی قاضی را موردپذیرش قرار دهند. مجرم هم این رأی را متناسب با شرایط خویش تشخیص دهد (حاجی‌ده‌آبادی و قادری‌نیا، ۱۳۹۵، ص ۵) اعمال دادرسی تشخیصی موجب افزایش اعتماد عمومی به دستگاه قضایی می‌شود و رضایت مجرم و بزه دیده را جلب می‌کند.

۶.۳. گذار از فرآیند اخلاقی بودن به فنی شدن حقوق کیفری

سال‌ها پیش رویکرد به حقوق کیفری اخلاق‌گرایی بود و کسی را مجرم می‌دانستیم که اخلاق و مذهب او را توییح می‌کردند. در حال حاضر جوامع گسترش یافته و خیلی از جرائم دارای صبغه فنی

شده است. در رویکرد اخلاق‌گرایی اعمال مجازات برای جرائم با دشواری چندانی همراه نبود اما در ساختار جرائم فنی که بسیاری از جرائم قبح ذاتی ندارند وجود تشخیص بیش از پیش ضروری می‌نماید.

۶.۴. استیلاي طبع حقوق اداری بر حقوق کیفری

باید همانند حقوق اداری حقوق کیفری را به دست مجری^۱ داد تا مجری آن را مدیریت نماید و بخشی از مسائل جامعه به وسیله حقوق کیفری رهگشایی شود. بالا بردن اختیارات مقام رسیدگی‌کننده دادرسی را به کارآمدی نزدیک می‌نماید.

۷. دادرسی تشخیصی در فقه

نظریه دادرسی تشخیصی که هم‌اکنون در کشورهای مثل آمریکا در حال اجرا می‌باشد از ابتدا در فقه اسلامی در حوزه تعزیرات مطرح بوده است. در مجازات‌های حدی که عموماً از حقوق الهی هستند، بعد از اثبات جرم، جز در مواردی محدود قاضی مکلف به اجرای مجازات است که از پیش تعیین شده است زیرا فرض بر مصلحت و سودمندی در اعمال حد است (امامی و صادقی، ۱۳۷۷، ص ۱۵) و در قصاص هم چون مجازاتی حق‌اللهمی است امکان مصلحت‌سنجی چندانی وجود ندارد؛ لذا مصلحت‌سنجی و تشخیص در مجازات‌های تعزیری است. مجازات‌های تعزیری راهکاری است که به جامعه اسلامی امکان می‌دهد همپای تحولات اجتماعی و از باب قاعده «حفظ نظام»^۲ مقابله مناسبی با رفتارهایی که مخل نظم و امنیت و حقوق مردم هستند داشته باشد.

در خصوص موارد و مصادیق اعمال تعزیر در فقه امامیه مباحثی در ذیل قاعده «التعزیر لکل عمل مُحَرَّم» مطرح شده است. فقها عموماً با استناد به این قاعده معتقدند که تعزیر یک تأدیب الهی است که در برابر عمل خلاف شرع اعمال می‌شود و باید به نحوی باشد که مجرم را از ارتکاب جرم

۱. در مورد ویژگی‌های این مجری و شیوه تربیت او در نظریه دادرسی تشخیصی بحث زیادی وجود دارد.
 ۲. فرض حفظ النظام العادل، و المحافظة علی المصالح العامة، سیاسیة کانت أو اقتصادیة أو إدارية، و ذلك لا يمكن أن يتم إلا باستقرار الأنظمة و القوانين و المراسم، و توبیخ المتخلفين و المتجاوزين للقوانين العادلة و المتكبرين لمسئولياتهم إزاءها، اجتماعية کانت أو إدارية، و لو لا ذلك لما كان لمشروعية الحكومة معنى معقول.

دور نگه دارد^۱ (اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱، ص ۱۸). با وجود این فقها پس از بحث و بررسی در قاعده «التعزیر لكل عمل محرم» به این نتیجه رسیده‌اند که مبنای روایی برای این قاعده وجود ندارد. لذا با بررسی فلسفه وضع مجازات‌های تعزیری معتقدند مجازات تعزیری باید در مواردی اعمال شود که مفسده وجود داشته باشد و مصلحت مرتکب و جامعه در اعمال تعزیر باشد. بر این اساس رابطه گناه (عمل حرام) و مواضع اعمال تعزیر عموم و خصوص من وجه است. گاهی ممکن است رفتاری گناه باشد اما تعزیر در مورد آن اعمال نشود و یا رفتاری گناه نباشد اما به دلیل وجود مصلحت در خصوص آن تعزیر اعمال شود. عبدالقادر عوده در مورد مواضع اعمال تعزیر چنین نتیجه می‌گیرد که «القاعدة العامة في الشريعة أنّ التعزیر لا يكون إلا في معصية، أي: في فعل محرم لذاته منصوص على تحريمه، و لكنّ الشريعة تجیز استثناء من هذه القاعدة العامة، أن يكون التعزیر في غير معصية، أي: فيما لم ينصّ على تحريمه لذاته إذا اقتضت المصلحة العامة التعزیر...» (همان، ص ۳۷) نتیجه این که مبنای اعمال مجازات تعزیری در خصوص یک رفتار وجود مفسده در آن و مصلحت در اعمال مجازات است.

اعمال تشخیصی و دادرسی تشخیصی در تعزیرات در قاعده فقهی «التعزیر بما يراه الحاكم» متجلی است. بسیاری از نویسندگان معتقدند حاکم در این قاعده معنایی جز قاضی ندارد و تعزیر باید به وسیله قاضی به اجرا گذاشته شود (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۲۲۴-۲۲۶) فقها در خصوص تعیین تعزیر توسط قاضی دادگاه، از دو مبنای کلی سخن به میان آورده‌اند. برخی معتقدند اعمال تعزیرات از باب امر به معروف و نهی از منکر است و در اعمال این دو (نهی از منکر و تعزیر) باید به نحوی عمل شود که مؤثر باشد و به نتیجه بینجامد. آنان معتقدند این فقط قاضی است که به شرایط پرونده و مرتکب آگاهی دارد و می‌تواند طریقه صحیح اعمال تعزیر را تشخیص دهد^۲ (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۵، ص ۴۹۷). نهی از منکر (اعمال تعزیر) باید با رعایت مراتب باشد و در هر مورد متناسب با شرایط و اوضاع و احوال، اعمال شود.

برخی دیگر معتقدند هدف از تعزیر این است که مرتکب جرم تعزیری اصلاح شود و دیگر رفتارش را تکرار نکنند لذا باید اختیار اعمال تعزیر در دست قاضی باشد تا بتواند تعزیر مناسب را بر

۱. «التعزیر تأديب تعبد الله سبحانه به لردع المعزّر و غيره من المكلفين، و هو مستحق للإخلال بكلّ واجب، و إيفاء كلّ قبيح لم يرد الشرع بتوظيف الحدّ عليه».

۲. و تحدیده موكول إلى نظر الحاكم، لأنه طريقة الأمر و النهي، فيعزّر بما يرى أنه يؤثر.

اساس مصلحت اعمال کند (گلپایگانی، ۱۳۹۳، ص ۷۴) مصلحت‌گرایی در دیدگاه این فقها، معنای دیگری از سودمندی در اعمال مجازات است. این گروه معتقدند قاضی می‌تواند در صورت صلاحدید، مجازات تعزیری را اعمال ننماید و به یک نصیحت اکتفا نماید با وجود این در صورتی که قاضی به این نتیجه برسد که فقط اعمال تعزیر متهم را اصلاح خواهد نمود مکلف است مجازات تعزیری را اعمال نماید. اکثر فقهای امامیه معتقدند اعمال تعزیر در جایی که تنها راه اصلاح متهم است بر حاکم واجب است اما ابوحنیفه و شافعی معتقدند اعمال تعزیر در هر صورت در اختیار حاکم است (طوسی، ۱۴۰۵، ج ۵، ص ۴۹۷).

پس از انقلاب اسلامی به تدریج اشکالاتی به این نوع از دادرسی وارد شد،^۱ اما طرح این ایرادات باعث نشد که گرایشی برای رفع آن ایجاد شود، بلکه علی‌رغم مخالفت‌های ابتدایی شورای نگهبان صورت مسئله دادرسی تشخیصی به صورت کامل حذف شد.^۲ علی‌رغم اینکه در این قاعده منظور از حاکم شخص قاضی می‌باشد به دلایلی مثل ترس از ایجاد بی‌عدالتی و سلیقه‌گرایی در اعمال مجازات، فقیه نبودن قضات، آماده نبودن بسترهای اجرای این نظریه و... نظام تعزیرات به شکل کنونی درآمد که دربردارنده یک تشخیص محدود برای قاضی است.

برخی از مخالفان اعطای اختیار به قاضی در نظام دادرسی، معتقدند که برای ایجاد وحدت رویه و ایجاد امنیت قضایی باید ازدادن اختیارات فراوان به قضاتی که فاصله زیادی با قاضی مدنظر اسلام دارند خودداری نمود (صادق‌منش، ۱۳۸۱، ص ۷) این دیدگاه اگرچه تا حدی قابل توجه می‌باشد اما قابل انتقاد است زیرا در دادرسی تشخیصی، اعمال تشخیص یک فن هست که ارتباط چندانی با فقیه‌بودن یا نبودن قاضی ندارد و ای بسا یک قاضی غیرفقیه بهتر از فقیه بتواند تشخیص را اعمال نماید. در این حکم تفاوتی میان قاضی فقیه و یا غیرفقیه وجود ندارد و کیاست و فراست و

۱. آن‌طور که در نظریه شورای نگهبان در مورخ ۲۱ آذر سال ۶۴ مندرج می‌باشد، طبع قاعده التعزیر بما یراه‌الحاکم موجب می‌شود در صورت عمل به این قاعده احکام مختلفی از سوی قضات صادر شود (مهر پور، ۱۳۶۸، ص ۳۸).
 ۲. مثلاً در سال ۷۵ قانون در مورد تعزیرات حداقل و حداکثر مجازات و مجازات‌های متنوع را پذیرفته بود اما الزام قضات به اعمال این مجازات‌ها و یا پای بند بودن به آنها حتی در حداقل مجازات خلاف شرع می‌دانست (الهام، ۱۳۹۱، ص ۵).

یا در منظر شورای نگهبان ذکر ماده ۷۲۸ سابق قانون تعزیرات دلیل بر این است که اختیارات قاضی در تعزیرات مورد تأیید واقع شده است و در صورت عدم ذکر چنین ماده‌ای کل قانون با چالش خلاف شرع بودن روبه‌رو خواهد بود (الهام، ۱۳۹۱، ص ۱۴).

فطانت و حذاقت قاضی نقش مؤثر را ایفا می‌کند (مهر پور، ۱۳۶۸، ص ۳۴-۳۷) اجرای دادرسی تشخیصی در هر جامعه‌ای نیازمند تربیت قضات و آموزش آنان در زمینه‌های مختلف برای ایجاد توانایی در اعمال تشخیص می‌باشد.

نباید از این نکته غافل ماند که سپردن قضاوت به دست قضات مأذون و انجام دادرسی تعزیری به شکل کنونی از باب حکم ثانوی است و بقای حکم ثانویه تا زمانی است که شرایط پابرجا باشد و باید تلاش نمود تا شرایطی را که به وجود آورنده حکم ثانوی هست تغییر داد. اگر پس از مدتی جامعه به وضع مطلوبی برسد که بتوان اختیار تعیین تعزیر را به قضات سپرد باید این کار را انجام داد. امام خمینی^ع در استفتایی که از ایشان به عمل آمده بود فرموده بودند «در این موقع که اکثریت قاطع متصدیان امر قضاء واجد شرایط شرعی قضاوت نیستند و از باب ضرورت اجازه به آنان داده شده است حق تعیین حدود تعزیر را بدون اجازه فقیه جامع الشرائط ندارند. بنابراین لازم است با تعیین هیئتی (مرکب از جنابعالی [حجت‌الاسلام آقای یزدی] و جناب حجت‌الاسلام آقای اردبیلی و دو نفر از فقهای شورای محترم نگهبان به انتخاب فقهای مذکور نگهبان) حدود تعزیرات را تعیین کنند، که در آن چهارچوب اجازه داده شود و حق تخطی در آن نداشته باشند و البته این امر موقتی و اضطراری است، تا انشاءالله قضات جامع الشرائط تعیین گردند» (خمینی، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۴۵۴).

۸. دادرسی تشخیصی در نظام کیفری ایران و آمریکا

در حقوق آمریکا با این که منابع مختلفی شامل قانون اساسی، اعلامیه حقوق، قانون اساسی ایالتی، کتاب مجمع القوانين آمریکا و مجمع القوانين ایالتی، آرا دادگاه‌ها، آیین دادرسی کیفری فدرال، آیین دادرسی کیفری ایالتی، نظام‌نامه‌ها و آیین‌نامه‌های شعبات و ادارات، لازم‌الاتباع هستند تصمیمات و آرا در دادگاه‌های این کشور مبتنی بر صلاح‌دید قاضی؛ یعنی اعمال فردی قضاوت مبتنی بر راهکارهای عملی متناوب است. در این کشور تشخیص قضات نسبت به منابع پیش گفته در اولویت است. برخی از اندیشمندان نظام دادرسی تشخیصی معتقدند که آن چه عملاً در خلال فرآیندهای قضایی اتفاق می‌افتد آن‌گونه که انتظار می‌رود تابع قانون نیست بلکه این قدرت تشخیص، شخصیت‌شناسی و روانشناسی قاضی است که نهایتاً راهکار مناسب را تعیین می‌کند و سپس قاضی به دنبال مستند قانونی مرتبط برای آن تصمیم می‌گردد (Kessler and Morrison, 1998, p.6).

در فرآیند دادرسی تشخیصی در امریکا، دادستان اختیارات وسیعی دارد. وی می‌تواند با بررسی جوانب موضوع به فرد مظنون، اتهامی منتسب نماید و وقتی که تصمیم به انتساب اتهام به وی بگیرد در تعیین عنوان اتهام اختیار تام دارد که بر اساس تشخیص خودش عنوان مجرمانه مناسب را انتخاب نماید. در صورتی که دادستان اتهامی را به متهم منتسب نماید آن گاه می‌تواند در صورت صلاحدید به متهم پیشنهاد معامله اتهام دهد (Schulhofer, 1988, p.2). در هر یک از مراحل پیش‌گفته دادستان از اختیار کامل برخوردار است و محدودیت قابل‌اعتنایی برای اختیار و صلاحیت دادستان در نظر گرفته نشده است.

در دادگاه‌های این کشور اعمال صلاحدید شخصی قاضی یا به عبارت دیگر تصمیم‌گیری‌های بدون استناد به قوانین رایج است. در این کشور قضات تعیین مجازات در مشخص نمودن مجازات، اختیارات وسیعی دارند و می‌توانند آزادی بدون قید و شرط، آزادی مشروط، جریمه، زندان کوتاه مدت و زندان بلند مدت تعیین نمایند. آنان الزامی ندارند که مستند و دلایل تصمیم خود را در رأی صادره ذکر نمایند هر چند که این ادله در جریان دادرسی فراهم آمده باشد و در دسترس قضات باشد. در مرحله تجدیدنظرخواهی هم قضات رسیدگی‌کننده الزامی به ارائه دلیل در تعیین مجازات ندارد (Peter, 1971, p.3).

قضات تعیین مجازات در تشخیص مجازات مناسب به شخصیت مجرم توجه ویژه‌ای دارند. آنان به تلاش‌های اخلاقی و عملی انجام شده به وسیله مجرم پس از ارتکاب جرم توجه می‌کنند و در زمان جلسه دادگاه به‌طور خاصی به دنبال نشانه‌هایی از قابلیت جبران خسارت هستند و یک شاخص قوی از جبران خسارت را ندامت واقعی مجرم می‌دانند. برای نمونه در یکی از پرونده‌های مطرح شده مردی ۴۷ ساله در حال مستی و پس از یک سری اختلافات با پدر بداخلاقی با چاقو به وی ضربه زده ولی بعداً به وضوح احساس بدی داشت که چرا چنین رفتاری انجام داده است. این حادثه برای وی یک هشدار محسوب می‌شد که برای ترک مشروب اقدام نماید. این فرد اقدامات اصلاحی را پس از رفتار مجرمانه اش انجام داده بود لذا قضات تصمیم گرفتند که هیچ نیازی به درس‌آموزی از طریق اعمال مجازات وجود ندارد زیرا متهم به‌طور کامل نادرستی رفتاری را که انجام داده، درک نموده و به‌صورت سازنده واکنش اصلاحی نشان داده است (ibid, p.6) در پرونده دیگری قاضی دو نفر را به اتهام سرقت مسلحانه به مجازات شدیدی محکوم نمود. قاضی از رفتار آنان در دادگاه متوجه شد که شدت رفتار ارتكابی‌شان را درک نکرده‌اند و بی‌تفاوت بودند. قاضی

متهمین را به مجازاتی شدید محکوم نمود و امیدوار بود تا اعمال این مجازات شدید آنان را متوجه شدت و قبح رفتارشان نماید. در پرونده سوم هم فردی فاقد سابقه و ۳۱ ساله به جرم رانندگی در حال مستی تحت تعقیب قرار گرفت. وی در جریان دادرسی، در گوشه دادگاه نشسته بود و به دفاعیات وکیلش گوش می داد. وی با نگاهی گستاخانه و تمسخر آلود می خواست این مسئله را به قاضی منتقل کند «که چه چیزی وی را چنین نگران نموده است؟ زیرا رفتار وی نتیجه ای نداشته است». قضات دادگاه با بررسی شخصیت متهم و نحوه رفتار وی در جلسه دادگاه او را به مجازات نسبتاً شدیدی محکوم نمودند (Miller, 1996, p.10)

در نظام جزایی آمریکا تشخیص اعمال شده توسط یک مقام قضایی در فرآیند دادرسی قابل ارزیابی و تغییر نیست؛ به عبارت دیگر نمی توان تصمیم دادرس را به دلیل تردید در صحت تشخیص اعمال شده نقض نمود (Peter, 1971, p.10). در این کشور در تمامی مراحل دادرسی، معیارهای اعمال تشخیص عبارت اند از شدت و اهمیت جرم، شخصیت مجرم، سن، نژاد، شرایط خاص مجرم همچون سرپرست خانواده بودن وی، سابقه مجرم، انگیزه مجرمانه، مکان وقوع جرم و هر چیز دیگری که در ذهن مقام رسیدگی کننده، در تصمیم گیری مناسب نسبت به پرونده حایز اهمیت باشد.

از سوی دیگر در نظام کیفری ایران، در مراحل مختلف دادرسی تشخیص توسط مقام رسیدگی کننده اعمال می شود. در مجموع می توان تشخیص را در چهار مرحله تعقیب، تحقیق، دادرسی و اجرای حکم مورد بررسی قرار داد. ضابطان دادگستری، مقامات قضایی دادسرا (دادیار، بازپرس و دادستان)، قاضی رسیدگی کننده و قاضی اجرای احکام هر کدام اختیار تشخیصی مستقلی دارند. از جمله مهم ترین جلوه های تشخیص در مرحله تعقیب، می توان به دو نهاد «بایگانی تعقیب» و «تعلیق تعقیب» اشاره کرد. در مقام مقایسه، می توان به نهاد «معامله اتهام» در حقوق آمریکا و انگلیس اشاره کرد که به موجب آن دادستان می تواند با متهم معامله کند و در قبال جبران ضرر و زیان از تعقیب وی خودداری کند. اعمال نهاد بایگانی یا تعلیق تعقیب بستگی به تشخیص مقام قضایی از وضعیت متهم و احراز شرایط قانونی در وی دارد که در این راستا تشخیص مقام قضایی حایز اهمیت است.

بازپرس در مقام انجام تحقیقات مقدماتی از تشخیص قضایی خود بهره مند می شود. بازپرس در موارد متعددی چون جلوگیری از دسترسی افراد به اطلاعات بزه دیده (ماده ۱۰۱ق.آ.د.ک.)،

ضرورت حضور اشخاص در تحقیقات محلی و معاینه محل (ماده ۱۲۷ ق.آ.د.ک.)، ضرورت کنترل ارتباطات مخابراتی افراد (ماده ۱۵۰ ق.آ.د.ک.)، ضرورت بازرسی مکاتبات و مراسلات (ماده ۱۵۲ ق.آ.د.ک.) و... از تشخیص خود در راستای پیشبرد اهداف دادرسی بهره می‌برد.

تشخیص در مهم‌ترین مرحله دادرسی یعنی رسیدگی در دادگاه نیز نقش محوری ایفا می‌کند. قاضی دادگاه در تعیین مجازات تعزیری بر اساس معیارهای مذکور در ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی باید مجازات مناسب تعیین نماید. قانون مجازات اسلامی در مرحله رسیدگی اختیارات متعددی برای قاضی رسیدگی‌کننده در نظر گرفته تا با بررسی نحوه ارتکاب جرم، ندامت و پشیمانی متهم از ارتکاب جرم، نوع جرم ارتكابی و... بهترین اقدام را در راستای مصلحت متهم و جامعه اعمال نماید. تشخیص قاضی دادگاه در اعمال تخفیف^۱ (ماده ۳۷ ق.ا.م.)، در صدور حکم معافیت از مجازات^۲ (ماده ۳۹ ق.ا.م.)، در تعویق صدور حکم و تعلیق اجرای مجازات^۳ (مواد ۴۰ و ۴۶ ق.ا.م.)، در اعمال مجازات جایگزین حبس^۴، در اعمال نظام نیمه آزادی و آزادی مشروط^۱ (مواد

۱. در رأی یکی از شعب دادگاه کیفری دو تهران آمده است «با رعایت مواد ۳۷ و ۳۸ از قانون مجازات اسلامی و باتوجه به عدم اعمال مجازات‌های جایگزین حبس باتوجه به ماده ۷۹ قانون مجازات اسلامی به لحاظ وضع خاص و نداشتن سابقه محکومیت کیفری و اقدام در جهت جبران خسارات وارده (بیمه کردن) به سه درجه تخفیف مجازات (از پنج به هشت) متهم ردیف اول را به سه ماه و یک روز حبس تعزیری و متهم ردیف دوم را به بیست روز حبس تعزیری محکوم می‌نماید».

۲. برای نمونه در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۴۲۰۰۴۰۸ آمده است «درخصوص اتهام ب. الف. دایر بر نگره‌داری پسماند و ضایعات عادی، دادگاه باتوجه به گزارش مرجع انتظامی و اقرار متهم، وی را مستند به ماده ۱۶ قانون مدیریت پسماندها ۱۳۸۳/۰۲/۲۰ مجرم می‌داند اما با رعایت مقررات ماده ۳۹ قانون مجازات اسلامی باتوجه به فقدان سابقه کیفری و پیش‌بینی اصلاح وی حکم به معافیت از کیفر مندرج در ماده مذکور (جزای نقدی به میزان ۵۰۰۰۰۰ ریال پانصد میلیون {هزار} ریال) صادر و اعلام می‌شود. این رأی قطعی است».

۳. در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۶۹۷۰۰۶۵۱ یکی از شعب دادگاه تجدیدنظر استان تهران، تشخیص دادگاه بدوی مبنی بر وجود شرایط مقرر قانونی برای تعلیق اجرای مجازات را صحیح نمی‌داند و چنین ابراز می‌دارد «اعتراض به تعلیق مجازات مآلاً وارد می‌باشد، زیرا تعلیق مجازات متعلق وضعیتی است که خصوص مورد دارای شرایط تعویق صدور حکم باشد و یکی از شرایط تعویق صدور حکم جبران ضرر و زیان زیان‌دیده است که در این پرونده محقق نگردیده است، لذا به استناد بند پ ماده ۴۰ و صدر ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی و ماده ۲۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری بدین‌وسیله تعلیق صورت پذیرفته در دادنامه بدوی ملغی می‌گردد.

۴. در رأی یکی از شعب بدوی تهران آمده است «متهم به استناد ماده ۷۲۰ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ و مواد ۱۸ و ۱۹ و مواد ۶۴ و ۶۶ و ۶۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ دادگاه وی را به تحمل شش ماه حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌نماید و باتوجه به کیفیت ارتکاب جرم و سن و جوانی وی و نداشتن سابقه و وجود جهات

۵۷ و ۵۸ ق.م.ا.) و... به کار می‌رود. نهایتاً در مرحله اجرای احکام، تشخیص قاضی اجرای احکام در مواد ۵۰۱ و ۵۰۲ قانون آیین دادرسی کیفری و شیوه اجرای رأی (ماده ۴۹۸) نقش اساسی دارد.

۹. تفاوت تشخیص در دادرسی در ایران و امریکا

دادرسی تشخیصی در برخی از ایالت‌های امریکا در حال اجراست. در حقوق امریکا اصل بر اعمال تشخیص مقام قضایی در مراحل دادرسی است و مقام رسیدگی کننده از صلاحیت تشخیصی وسیع برخوردار است. تشخیص اعمال شده توسط مقام رسیدگی کننده، قابلیت بازبینی و ارزیابی ندارد. در این کشور مبنای اصلی دادرسی تشخیصی بر این واقعیت استوار است که قاضی باید بتواند با بررسی جوانب پرونده مطروحه در خصوص متهم (ین) تصمیم‌گیری نماید. در امریکا این اعتقاد وجود دارد که هر پرونده منحصر به فرد است و فقط قاضی می‌تواند بهترین تصمیم را در مورد آن اتخاذ نماید و قانون یا دستورالعمل باید اختیار کافی به وی بدهند. برای جلوگیری از تشتت تصمیمات قضایی، یک سری محدودیت‌ها از جمله دستورالعمل‌های تعیین مجازات برای قاضی در اعمال تشخیص در نظر گرفته شده است. بررسی جوانب این محدودیت‌ها در حقوق امریکا نشان می‌دهد که اختیار قاضی در تعیین مجازات بسیار گسترده است و اصل بر اعمال تشخیص است. برای نمونه در ایالت کالیفرنیا، ورود برای ارتکاب جرم ۱۲ تا ۱۶۸ ماه حبس دارد. به صورت کلی در امریکا، در خصوص هر جرمی که قوانین و دستورالعمل‌های تعیین مجازات، ضوابطی را برای اعمال تشخیص توسط قاضی تعیین نموده‌اند گستره اختیار قاضی با محدودیت جدی روبه‌رو نشده است.

در حقوق ایران اصل بر اعمال قانون است و تشخیص قاضی فقط در حوزه مصرح قانونی قابل

تخفیف اجرای شش ماه حبس را به مجازات جایگزین حبس به مبلغ هجده میلیون ریال تبدیل و محکوم می‌نماید».

۱. شعبه ۶۸ دادگاه تجدیدنظر تهران در یکی از آرای خود آورده است «در خصوص درخواست آزادی مشروط محکوم علیه آقای الف. م. فرزند گ. که طی دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۲۱۳۱۳۰۰۲۰۲ مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۳۱ صادره از این دادگاه به اتهام معاونت در اختلاس توأم با جعل به تحمل یک سال حبس تعزیری محکومیت جزایی حاصل است؛ از عطف توجه به اوراق متشکله پرونده و نظر به عمل مجرمانه محکوم علیه و کیفیت و نحوه ارتکاب جرم معنونه و شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر آن، دادگاه درخواست محکوم علیه را ناموجه و استحقاق وی در برخورداری از آزادی مشروط موضوع ماده ۵۸ به بعد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ را غیروارد تشخیص و به رد آن اظهار نظر می‌نماید. رأی دادگاه قطعی است».

اعمال است مضافاً این که تشخیص اعمال شده توسط مقام رسیدگی کننده در مراحل بعد قابل ارزیابی و نقض است. به عبارت دیگر همان گونه که در آرای پیشین مشاهده می شود قانونگذار فقط قاضی را در حوزه قانون صالح برای تشخیص می داند و حتی تشخیص قانونی قاضی در مراحل بعد دادرسی امکان اصلاح یا نقض دارد. این نوع از دادرسی در ایران بر این مبنا استوار است که قضات کنونی کیاست و فراست کافی برای تشخیص مجازات تعزیری متناسب برای متهم را ندارند و اعطای صلاحیت بدون ضابطه به قاضی سبب تشتت آرای قضایی و ترویج بی عدالتی در جامعه خواهد شد. بررسی پیشینه قانونگذاری کشورمان در حوزه تعزیرات نشان می دهد قانونگذار به تدریج اعمال تشخیص توسط قاضی را محدود نموده است. در آخرین مورد تضییق صلاحیت قاضی در ماده ۲ قانون کاهش مجازات حبس تعزیری آمده است «یک تبصره به شرح زیر به ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۲/۱ با اصلاحات و الحاقات بعدی الحاق می شود. چنانچه دادگاه در حکم صادره مجازات حبس را بیش از حداقل مجازات مقرر در قانون تعیین کند، باید مبتنی بر بندهای مقرر در این ماده و یا سایر جهات قانونی، علت صدور حکم به بیش از حداقل مجازات مقرر قانونی را ذکر کند. عدم رعایت مفاد این تبصره موجب مجازات انتظامی درجه چهار می باشد». طبق این تبصره، در صورتی که قاضی بخواهد مجازات حبس را بیش از حداقل مقرر در قانون تعیین نماید باید دلیل موجه قانونی بیاورد. نهایت این که تشخیص قاضی در نظام کیفری کشورمان به شرح پیش گفته محدود به حوزه ای است که قانونگذار برای قاضی تعیین نموده است. بر این اساس در عمل ممکن است قاضی بر خلاف باور قضایی و تشخیص خود رأی دهد تا از حوزه تعیین شده توسط قاضی تخطی نکرده باشد.

در نهایت باید به دو نکته مهم اشاره نمود:

اجرای این نوع از دادرسی که با آموزه های فقهی هم هماهنگ هست نیازمند ایجاد یک سری تشکیلات و ساختارهای نوشته شده می باشد. صحبت از دادرسی تشخیصی بدین معنا نیست که باید سریعاً تمام ساختارهایی که در دادرسی در حال اجراست به فراموشی سپرده شود بلکه نظر بر این هست که باید به سمت این شیوه از دادرسی حرکت کنیم. باید بسترها، تشکیلات و نیروی انسانی مناسب با این دادرسی را تشکیل و تربیت نمود. به عبارت دیگر نظر بر این است که این شیوه دادرسی مناسب است هر چند نظریه مناسب و مفید در اجرا نیازمند ملزومات، مقدمات و مؤخرات زیادی است.

دوم اینکه، ما مدافع اختیار مطلق قاضی نیستیم و اختیار مطلق قاضی و تعیین حدود توسط قانونگذار و دست پا بسته نمودن قضات هر دو افراط و تفریط است. به نظر می‌رسد برای اجرای دادرسی تشخیصی که مطابق با آموزه‌های فقهی است باید از تجربیات این شکل از دادرسی در امریکا بهره برد و از سیستم دستورالعمل‌های محلی کمیسیون‌ها و تقنین‌های معین و نامعین استفاده کرد.

نتیجه

در دادرسی کیفری هر پرونده منحصر به فرد است و قضات باید استقلال داشته باشند تا بتوانند مجازات مناسبی را تعیین نمایند. در امریکا نظریه دادرسی تشخیصی، در گذر زمان به نظریه‌ای کارآمد تبدیل شده است و برای بسیاری از ایراداتش راه چاره اندیشیده شده است. در ایران نگرانی‌ها نسبت به اجرای دادرسی تشخیصی به نحو کامل و آماده نبودن بسترها، نیروی کار و تشکیلات لازم سبب شده است تا مصلحت‌گرایی و اصل فردی کردن‌ها تا حدی به دست فراموشی سپرده شود.

دادرسی تقنینی علی‌رغم نظریات پیروانش چندان مطلوب نیست و گاهی قضات را در راستای اجتناب از تخلف در محور قانون از اعمال عدالت واقعی دور می‌سازد. اساساً در سالیان گذشته قانونگذار کشورمان با روی کار آوردن ساختارهایی مانند تشکیل پرونده شخصیت، حضور مشاور در دادگاه، مددکار اجتماعی، روانشناس و... این حقیقت را پذیرفته است که برای اعمال مجازات مناسب باید به صورت فردی و تشخیصی عمل کرد، اما به نظر می‌رسد این مهم در ساختار دادرسی کنونی کشورمان دست‌نیافتنی باشد. نگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی پیشنهاد می‌شود که نظام دادرسی کشورمان در حوزه تعزیرات از تجربه‌های کشور امریکا بهره‌برد و دادرسی تشخیصی را از طریق فراهم نمودن ملزومات، مقدمات و مؤخراتش به نحوی که در این کشور در جریان است به اجرا درآورد. در این کشور تشخیص قاضی به‌عنوان اساس دادرسی مطرح است و قانون و دستورالعمل‌های تجویزی و توصیفی تعیین مجازات برای منضبط نمودن آن مورد استفاده قرار گرفته‌اند. لازم به ذکر است هر ایرادی که به این نظریه وارد شود هزینه‌ای است که در راه رسیدن به دادرسی تشخیصی باید پرداخت.

منابع

۱. اردبیلی، سیدعبدالکریم؛ *فقه الحدود والتعزیرات*؛ ج ۱، چ ۲، قم: مؤسسه النشر لجامعة المفید، ۱۴۲۷ق.
۲. آشوری، محمد و جعفر موحدی؛ «طریقت یا موضوعیت روش دادرسی مطالعه تطبیقی در فقه امامیه»، پژوهش حقوق کیفری؛ ش ۱۶، پاییز ۱۳۹۵، ص ۹۵-۱۱۵.
۳. امامی، امید؛ «مکتب تحقیقی و نقش این مکتب در تحولات جرم‌شناسی (رؤیای بازپروری)»، فصلنامه الکترونیکی پژوهش‌های حقوقی قانون یار؛ ش ۱، بهار ۱۳۹۷، ص ۸-۱۵.
۴. امامی، محمد؛ «مصلحت‌گرایی در دادرسی‌های جزایی»، حقوقی دادگستری؛ ش ۲۳، تابستان ۱۳۷۷، ص ۹۶-۵۷.
۵. حاجی‌ده‌آبادی، محمدعلی و محمد قادری‌نیا؛ «مبانی، آثار و چالش‌های حق مجرم در تعیین سرنوشت خویش در دعوای کیفری»، حقوق اسلامی؛ ش ۵۱، زمستان ۱۳۹۵، ص ۷۱-۱۰۲.
۶. خمینی، سیدروح‌الله؛ *استفتائات*؛ ج ۳، چ ۵، محل نشر: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ق.
۷. رستمی نجف‌آبادی، حامد؛ «بررسی قواعد فقهی تعزیرات»، مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی؛ ش ۲۳، بهار ۱۳۹۰، ص ۱۷-۲۶.
۸. رستمی، هادی و واحد سلیمی؛ «رویکرد فایده‌گرایانه به مجازات در پرتو نظریه بنتام»، پژوهش‌های حقوق کیفری؛ ش ۱، زمستان ۱۳۹۴، ص ۱۳۷-۱۵۷.
۹. روستاخیز، بهروز و عطیه آذرشب؛ «تأملی بر رهیافت تفهیمی - تفسیری در روش‌شناسی انسان‌شناختی»، آفاق علوم انسانی؛ ش ۲، خرداد ۱۳۹۶، ص ۷-۶۹.
۱۰. زند رضوی، سیامک و سیمین فروغ‌زاده؛ «سیمای جنسیت زن و مرد در قوانین خانواده و مجازات اسلامی»، علوم اجتماعی؛ ش ۶، تابستان، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، ص ۸-۶۱.
۱۱. سلمانی، ایمان؛ «مقایسه ادله کیفری در تعقیب جرم در حقوق ایران و فرانسه»، مطالعات

- علوم سیاسی، حقوق و فقه؛ ش ۳، پاییز ۱۳۹۶، ص ۱۴۰-۱۴۸.
۱۲. صادق منش، جعفر؛ «اختیارات قاضی در فرایند کیفری در حقوق اسلام و ایران»، دادرسی؛ ش ۳۱، فروردین و اردیبهشت ۱۳۸۱، ص ۵-۵۰.
۱۳. صافی گلپایگانی، لطف‌الله؛ التعزیر (أحكامه و حدوده)؛ قم: مؤسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان، ۱۳۹۳.
۱۴. طوسی، ابوجعفر؛ الخلاف؛ ج ۵، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۱۵. طوسی، ابوجعفر؛ المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۳، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء آثار الجعفریه، ۱۳۸۷.
۱۶. قهرمانی، نصرالله؛ «مسئولیت‌های قاضی»، کانون وکلا؛ ش ۱۳۱، تابستان ۱۳۵۴، ص ۱۶۶-۱۷۵.
۱۷. کلینی، ابوجعفر؛ اصول کافی؛ ج ۲، چ ۵، تهران: دارالکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۱۸. محقق داماد، سیدمصطفی؛ «قاعدۀ قبح عقاب بلا بیان و مقایسه آن با اصل قانونی بودن مجازات»، قضاوت؛ ش ۵۲، مرداد و شهریور ۱۳۸۷، ص ۵۳-۵۶.
۱۹. محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه (بخش جزایی)؛ چ ۳۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۳.
۲۰. مظلومان، رضا؛ «داوری درباره بزهدار بدون شناخت او بی‌عدالتی است، گشودن پرونده شخصیت برای بزهدار ضروری است»، کانون وکلا؛ ش ۱۲۶، بهار ۱۳۵۳، ص ۵۶-۶۱.
۲۱. مهرپور، حسین؛ «سرگذشت تعزیرات (نگرشی بر سیر قانونگذاری تعزیرات در جمهوری اسلامی ایران)»، کانون وکلا؛ ش ۱۴۸ و ۱۴۹، پاییز و زمستان ۱۳۶۸، ص ۹-۶۸.
۲۲. نجفی سنگ‌نیشتی، مانده؛ اصل فردی کردن مجازات‌ها در حقوق کیفری ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه مازندران؛ ۱۳۹۵، ص ۱۳-۲۶.
۲۳. هافمن، دنیس؛ قضاوت امریکایی؛ ترجمه عمادالدین باقی و محمدحسین باقی؛ تهران: نشر سرایی، ۱۳۸۲.
۲۴. الهام، غلامحسین؛ «اعتماد به قاضی (تحلیل مادۀ ۷۲۸ قانون مجازات اسلامی بر مبنای نظریات فقهی شورای نگهبان)»، دیدگاه‌های حقوق قضایی؛ ش ۵۷، بهار ۱۳۹۱، ص ۴-۲۵.

۲۵. هداوند، مهدی؛ حقوق اداری تطبیقی؛ ج ۱، چ ۵، تهران: سمت، ۱۳۹۵.
۲۶. هداوند، مهدی؛ حقوق اداری تطبیقی؛ ج ۲، چ ۵، تهران: سمت، ۱۳۹۵.
۲۷. یزدیان جعفری، جعفر؛ «اصل فردی کردن مجازات‌ها؛ تبعیضی فاحش یا عدالتی عادلانه‌تر»، حقوق اسلامی؛ ش ۱۱، زمستان ۱۳۸۵، ص ۴۱-۶۱.
28. Bois, Pedain, Antje Du; **In defence of substantial sentencing discretion**, Criminal Law Forum , 2017.
29. Gershman, Bennet L; **A Moral Standard for the Prosecutor's Exercise of the Charging Discretion**, Pace University, 1993.
30. Kessler and Morrison; **The role of discretion in the criminal justice system** , Stanford University, 1993.
31. Miller, J. Langley; **A study of criminal justice discretion, Purdue University, Journal of Criminal Justice** · February 1994.
32. Peter W. Low; Reform of the sentencing process, Cambridge Law Journal, 1971.
33. Stephen J. Schulhofer; **Criminal justice discretion as a regulatory system**, Chicago Press for The University of Chicago, 1988.
34. Stith, Kate; **Fear of Discretion**, Yale Law School, 1998.
35. Thomas II , George C, **Discretion and Criminal Law: The Good, The Bad and the Mundane**, Rutgers Law School, 2005.