

بررسی تطبیقی قاعده «تعزیر بما یراه الحاکم» و کاربرد آن در فعالیت‌های اطلاعاتی

عبدالرضا اصغری*

حسین اسدزاده بنابی**

یاسر ملک‌پور شلمزاری***

تاریخ پذیرش: ۹۵/۵/۳۱

تاریخ دریافت: ۹۵/۲/۲۰

چکیده

از آنجا که موجبات حد، منحصر به موارد مشخصی می‌باشد، لذا مجازات آنها نیز به طور دقیق معین شده است؛ لکن موجبات تعزیر، متعددند و شارع، مجازات آنها را به طور غیر دقیق، در چارچوبی معین و کلی و با حفظ شرایط خاصی تعیین کرده و اختیار تعیین دقیق مجازات را به حاکم تفویض نموده است. این نوشتار سعی دارد ابتدا راهکارهایی (که عمدتاً تحت عنوان تشکیل پرونده شخصیت می‌باشند) ارائه کند تا از طرفی عدالت کیفری در مرحله اثبات، تا حد امکان اجرا شود و از طرف دیگر، تعزیرات (که بنا بر مقدر نبودن هستند) به حدود (که بنا بر مقدر بودن هستند) ملحق نشوند. از جمله این راهکارها می‌توان توجه به فلسفه تعزیرات و شخصیت مجرم، توجه به عرف و مقتضیات زمان و مکان، ملاحظه کردن شأن و مرتبه اجتماعی افراد، رعایت جهات تخفیف در تعیین نوع و میزان مجازات تعزیری و موارد دیگر را ذکر کرد که لحاظ مجموع آنها در خصوص هر فرد، می‌تواند ما را به اهداف فوق‌الذکر برساند. در ادامه، امکان اعمال تعزیر، در جریان بازجویی و تحقیقات مقدماتی بررسی می‌گردد و نتیجه گرفته می‌شود که تعزیر دارای دو نوع کاربری است؛ یکی تحت عنوان «مجازات» و دیگری در مرحله «تحقیقات مقدماتی» اجرا می‌شود که هر دو مورد آن توسط حاکم شرع و طبق آنچه مصلحت می‌بیند، صورت می‌پذیرد.

واژگان کلیدی: تعزیر، حاکم، تعزیر مجازاتی، تعزیر اطلاعاتی.

*استادیار گروه حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد.

dr.abdorezaasghari@yahoo.com

**دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه شهید مطهری تهران (نویسنده مسؤول).

hosein.asadzadeh.1@gmail.com

***دانشجوی کارشناسی ارشد فقه و حقوق جزای دانشگاه شهید مطهری تهران.

yaserm704mb@gmail.com

مقدمه

کیفرها همان‌طور که باعث صیانت از امنیت، جان و مال یک جامعه می‌شوند، نباید ابزاری برای حاکمان جهت تعرض به آزادی‌ها و ارزش‌های انسانی شوند. جهت رسیدن به این هدف، به شیوه‌ای منطبق با موازین اسلامی می‌توان راهکارهایی ارائه داد که از یک طرف، جامعه را از خطر و بی‌نظمی مصون بدارد تا به هدف والای خود برسد و از طرف دیگر، اختیارات مجریان این هدف (یعنی قضات) را به گونه‌ای محدود نکند که تعزیرات را به حدود ملحق نمایند؛ چراکه در تعزیرات، اصل بر عدم مقدر بودن آنها است و تقدیر آن بر عهده حاکم واگذار شده است؛ در حالی که چارچوب و مقدار غیر تعزیرات (خصوصاً حدود)، توسط شارع اعلام شده است که در صورت ایجاد اسباب و موجبات آنها، آن مقدار مقرر حکم‌فرما خواهد بود و هیچ‌گونه ظلم و اعمال سلیقه شخصی از این جهت محقق نخواهد شد.

دلیل مطلب فوق را می‌توان چنین بیان داشت که موارد موجب حد، منحصر به موارد مشخصی می‌باشند و مجازات آنها به طور دقیق معین شده است؛ لکن از آنجا که موجبات تعزیر، متعددند لذا شارع مجازات آنها را به طور غیر دقیق، در چارچوبی معین و کلی، با حفظ شرایطی و با تفویض تعیین دقیق مجازات به حاکم، تعیین کرده است؛ مانند «التعزیر دون الحد»، که با این معیار کلی، تمام جرایم و گناهانی که مشمول حد نمی‌شوند حسب مورد به مقدار کمتر از حد، تعزیر می‌شوند، خواه مقدار تعزیر نزدیک به مقدار حد باشد و خواه خیلی کمتر از آن باشد که این امر، به خاطر اختلاف جرایم و گناهان، متفاوت است. از طرف دیگر، بر خلاف سایر مجازات‌ها نظیر حدود و ...، تعزیر نه تنها پس از اثبات حکم، علیه مجرم قابل اعمال است بلکه قبل از اثبات حکم و در مرحله تحقیقات مقدماتی نیز می‌تواند علیه متهم اعمال شود؛ چنان که در زمان معصومین علیهم‌السلام، مواردی یافت می‌شود که آن بزرگواران علی‌رغم تأکید که بر دستورات الهی مبنی بر ظلم نکردن و اصل برائت داشتند، ولی اقدام به اجرای تعزیر در مرحله تحقیقات مقدماتی می‌نموده‌اند که البته اجرای تعزیر در این مرحله، نیاز به شروط دقیقی دارد که در این نوشتار سعی بر ارائه آنها شده است.

(۱) بررسی قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم»**(۱-۱) مفهوم‌شناسی تعزیر**

تعزیر در لغت به معنای نصرت توأم با تعظیم و تأدیب می‌باشد (راغب، ۱۴۱۲ق، ص ۵۶۴). در قرآن مجید، لغت تعزیر وجود ندارد لکن مشتقات آن در آیه ۱۲ سوره مائده، آیه ۱۵۷ سوره اعراف و آیه ۹ سوره فتح و با معانی تعظیم و تفضیم ذکر شده است.

در روایات شریفه نیز کلمه تعزیر به معنای عقوبت شرعی غیر معین آمده است. روایات مربوط به تعزیر را می‌توان در سه قسم مشاهده کرد؛ در روایات قسم اول، «التعزیر»، به تعبیر مطلق به کار رفته است، بدون این که به مصداقی که بیانگر مراد از تعزیر باشد اشاره کند. در قسم دوم از روایات، مصداق یا مصداق تعزیر ذکر شده است بدون این که به لفظ تعزیر اشاره‌ای داشته باشد؛ مثلاً از ضرب، حبس و اخذ مال و ... استفاده شده است و در قسم آخر، به تعزیر مقید به ضرب اشاره شده است (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳ق، ص ۷۰).

تعزیر، در اصطلاح فقه به معنای عقوبتی است که مشمول عنوان حد نیست، به طوری که نوع و مقدار آن تعیین نشده است. فقها تعزیر را تقریباً به همین معنا ذکر کرده‌اند؛ مثلاً یکی از فقها در تعریف تعزیر می‌فرماید: «هر آنچه که عقوبت مقدر دارد، حد است و آنچه که چنین نیست، تعزیر می‌باشد» (تبریزی، ۱۴۱۷ق، ص ۷)؛ یا این که تعزیر، عقوبت یا اهانتی است که در شرع، مقدار آن مشخص نشده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۳۲۵).

برخی از فقها بدون این که تعزیر را تعریف کنند فقط به موارد آن اشاره نموده‌اند؛ مثلاً یکی از فقهای معاصر بیان می‌دارد: «هر کس عالماً عامداً فعل حرامی را مرتکب شود یا واجبی را ترک کند، طبق نظر حاکم تعزیر می‌شود» (خویی، ۱۴۳۰ق، ج ۲، ص ۴۰۷). یا دیگری آورده است: «حاکم، هر کسی را که فعل حرامی را انجام دهد یا واجبی را ترک کند، به کمتر از حد تعزیر می‌کند» (گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۲۹۴).

ماده ۱۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، تعزیر را چنین تعریف کرده است: «تعزیر، تأدیب و یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق که میزان شلاق بایستی از مقدار حد کمتر باشد».

اما قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، تعزیر را به گونه‌ای مفصل‌تر تعریف کرده است و در ماده ۱۸ این قانون آمده است: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد،

قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد...».

از آنجا که تعزیر، کیفری نامعین است، در خصوص محدوده، مقدار و شرایط تعیین آن، مباحثی در ادامه مطرح می‌شود که می‌توان فهرست آنها را تحت عنوان قواعد زیر بیان کرد:

الف) «التعزیر لكل عمل محرم» یا «التعزیر لكل معصية» یا «كل معصية لم یرد فيه حد ففيها التعزیر».

ب) «الاصل فی التعزیر عدم التقدير».

پ) «التعزیر بما دون الحد».

ت) «التعزیر بما یراه الامام» یا «التعزیر بما یراه الوالی».

ث) «الایسر فالایسر».

ج) «للزمان و المكان اثر فی نظر الامام».

۲-۱) تفاوت حد و تعزیر

حد و تعزیر اگرچه هر دو به عنوان مجازات به کار می‌روند اما تفاوت‌هایی دارند که عبارت است از عدم مشخص بودن حداقل تعزیر، تساوی عبد و حر در مقدار آن، تأثیر داشتن بزرگی و کوچکی جنایت در میزان آن، تابع مفسده بودن عمل ارتكابی (نه تابع معصیت)، سقوط مطلق تعزیر با توبه، تخییر در انتخاب انواع آن، تأثیر داشتن فاعل و مجنی‌علیه و عمل ارتكابی در مقدار آن، تأثیر داشتن عرف در انتخاب نوع آن و نهایت این که تعزیر گاهی حق‌الله است و گاهی حق‌الناس و گاهی، هم حق‌الله و هم حق‌الناس است، بر خلاف حد، که غیر از حد قذف و سرقت، بقیه حق‌الله هستند (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص ۱۴۲).

۳-۱) قلمرو و دایره مجازات‌های تعزیری

این بحث تحت قاعده فقهی «التعزیر لكل عمل محرم» یا «التعزیر لكل معصية» و یا «كل معصية لم یرد فيه حد ففيها التعزیر» مطرح می‌شود. با وجود آن که معدودی از فقها (خصوصاً فقهای متأخر)، مخصّصاتی به این قاعده وارد کرده‌اند، اما هیچ فقیهی آن را رد نکرده است. این قاعده، از اهمیت بسیار بالایی در فقه جزایی برخوردار است؛ زیرا مبنا و

ملاک مشروعیت بسیاری از قوانین جزایی و نیز اسلامی بودن آنها، همین قاعده است. اما در اینجا دو پرسش مطرح می‌گردد:

(۱) آیا تعزیر، در مطلق گناهان، چه کبیره و چه صغیره جاری است یا فقط در گناهان کبیره جاری می‌شود؟

(۲) آیا تعزیر فقط در گناهان است و در تخلفات حکومتی حق اجرای تعزیر نداریم یا اجرای تعزیر در تخلفات حکومتی نیز جایز است؟

در خصوص پاسخ پرسش نخست، اختلاف نظر وجود دارد:

(الف) یک نظر این است که آن فعل حرام و ترک واجبی تعزیر دارد که از گناهان کبیره باشد و دلیل آن را اولاً، نبودن اختلاف و اشکال از لحاظ نص و فتوا در این امر می‌داند و ثانیاً، اگر کسی، از گناهان کبیره اجتناب می‌کند به خاطر نص صریح آیه ۳۱ سوره مبارکه نسا که می‌فرماید: «إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَ نُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا»، گناهان صغیره وی مورد آمرزش قرار می‌گیرند و وقتی گناه صغیره او بخشیده شد معقول نیست او را به خاطر آن گناه تعزیر کنند؛ لکن اگر از گناهان کبیره اجتناب نکند، تعزیر وی به خاطر ارتکاب گناهان صغیره بعید نیست (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱، ص ۴۴۸).

(ب) نظر دیگر این است که تعزیر در مطلق گناهان جاری می‌شود؛ همچنان که ظاهر کتاب‌های مبسوط، شرایع و قواعد، بیانگر کلی بودن حکم مجازات در مورد هر عمل حرام، اعم از صغیره یا کبیره است (منتظری، ۱۳۷۹، ص ۴۸۴). ظاهراً این نظر قوی‌تر می‌باشد؛ زیرا نهی از منکر واجب است و این وجوب اختصاص به گناهان کبیره ندارد و مطلق گناهان را شامل می‌شود و از طرفی، تعزیر نیز یکی از مصادیق نهی از منکر است که به تبع آن در تمام گناهان قابل جریان است.

(ج) مطابق نظر دیگر، تعزیر (همان‌طور که در ادامه ذکر می‌شود) منحصر به ضرب نیست، بلکه مراتب مختلفی دارد که ضرب فقط یک مرحله آن است و اعراض، قهر، ترک رفت و آمد، توبیخ و سرزنش و مانند آن، مراحل دیگر آن محسوب می‌شود و اجرای این مراحل، در گناهان صغیره متصور است و این که استناد به آیه مذکور، قابل اشکال است؛ زیرا این دلیل، کوتاه و اخص از مدعی است و شامل تمام مصادیق آن نمی‌شود؛ چراکه طبق آنچه در آیه شریفه آمده است، خداوند از گناهان صغیره افرادی می‌گذرد

که توفیق ترک گناهان کبیره را داشته باشند، اما آنان که هم آلوده به کبائر هستند و هم مرتکب صغائر می‌شوند، مشمول آیه مذکور نیستند (شیرازی، ۱۳۲۵ق، ص ۵۶). بنابراین نتیجه می‌گیریم که تعزیر، در مطلق گناهان قابل اجرا می‌باشد. قانون فعلی ما نیز با استناد به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و دلالت ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی و بر طبق قاعده مشهور جزایی «التعزیر لكل عمل محرّم» یا «التعزیر فی کل معصیة»، کلیه معاصی، چه کبیره و چه صغیره را قابل مجازات می‌داند.

اما در مورد پاسخ پرسش دوّم باید گفت که در خصوص تعزیر به خاطر تخلفات حکومتی، دلیل نقلی وجود ندارد؛ لکن بر حسب اعتبارات عقلی، از آنجا که اسلام، بر حفظ نظام در امور مادی و معنوی و علم پیدا کردن به احکام و اجرای آنها اهتمام ویژه دارد، عقلاً لازم است که جهت تحقق این اهداف، حاکم در خصوص اخلال گران به این امور در موارد ضرورت، تعزیر را اجرا کند؛ به عبارت دیگر، هرچه جوامع پیشرفته‌تر و روابط پیچیده‌تر و گسترده‌تر شوند، جرایم و تخلفات نیز تنوع و پیچیدگی بیشتری می‌یابند. اینجا است که ضرورت وجود نهادی احساس می‌شود که مطابق اوضاع و احوال و شرایط زمان و مکان، نوع اعمال مفسده‌زا را که مانع روابط سالم و سالم‌سازی محیط اجتماعی و رشد و شکوفایی ارزش‌های انسانی است، معین نماید و حسب مورد، مجازات‌هایی را مقرر دارد؛ اما این که در ازمینه سابق و در زمان شارع، از برخی انواع جرایم بیشتر نام برده شده، به جهت رواج آنها در آن زمان بوده است نه این که برشمردن این جرایم نشانگر انحصار جرم در اسلام به همان موارد باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۴، ص ۲۴۴).

۴-۱) اصناف تعزیر

در این بخش ابتدا این پرسش مطرح می‌گردد که آیا مراد از «تعزیر»، ضرب، زدن و به درد آوردن است یا مطلق تأدیب منظور آن می‌باشد؟

در این رابطه نیز بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای از فقها قول به مطلق تأدیب را پذیرفته‌اند. در مقابل گروهی نیز مراد از تعزیر را منحصر در ضرب می‌دانند و دلیلشان هم روایاتی است که در سه دسته خلاصه می‌شوند: دسته نخست، روایاتی است که تعزیر را کمتر از حد می‌دانند. در این روایات، برداشت راوی از تعزیر، شلاق بوده است و پاسخ امام علیه‌السلام نیز آن برداشت را تأیید می‌کند. دسته دوّم، روایاتی است که عدد خاصی (مثل ۲۵ ضربه شلاق) را برای تعزیر معین کرده است و دسته سوّم، شامل روایاتی است

که از تعزیر به کلماتی مانند «ضرب»، «جلد» و «سوط» تعبیر کرده است (شیرازی، ۱۳۲۵، ص ۶۸).

در خصوص روایات دسته نخست (که تعزیر را کمتر از حد می دانند) همان طور که ذکر خواهد شد، دو احتمال وجود دارد: بنا بر یکی از احتمالات، این دسته از روایات می تواند دلیل بر انحصار تعزیر در ضرب و تازیانه باشد؛ اما بنا بر احتمال دیگر، این روایات نه تنها مدعا را ثابت نمی کنند، بلکه قول به مطلق تأدیب را هم تقویت می کنند و وقتی که احتمال مطرح شود استدلال به این دسته روایات نیز مخدوش می شود. مضافاً این که وقتی سائل، از مقدار تعزیر سؤال می کند به این معنا نیست که جواب امام علیه السلام، تأیید برداشت سائل مبنی بر انحصار تعزیر در تازیانه می باشد، بلکه می تواند به این معنا باشد که وقتی بنابر ضرورت، بنا باشد که از تازیانه و جلد به عنوان تعزیر استفاده کنیم، مقدار آن به چه میزان است؟! که امام علیه السلام پاسخ می دهند. در هر صورت، استناد به این دسته روایات نمی تواند انحصار تعزیر به ضرب و تازیانه را اثبات نماید.

در خصوص روایات دسته دوم و سوم نیز باید گفت: از این که در برخی موارد، عدد خاصی برای تعزیر بیان شده یا از تعزیر، به ضرب، جلد و سوط تعبیر شده است اولاً، «انحصار» تعزیر به تازیانه، اثبات نمی شود. ثانیاً، دایره اختیار حاکم در تعیین تعزیر در این موارد، محدود به این مقدار و این نوع تعزیر می باشد و این استثنائی است بر غیر مقدر بودن تعزیرات (که بحث آن خواهد آمد). ثالثاً، بعید نیست که استفاده از ضرب و جلد، به عنوان تعزیر در این قضایا به خاطر این است که در چنین مواردی، جهت ردع و تأدیب و تعزیر مرتکب، راهی جز انتخاب ضرب و تازیانه به عنوان تعزیر نیست؛ مضافاً این که، امکان دارد این موارد (دسته سوم)، قضیه و حکم یک واقعه باشد که تسری آن به سایر موارد مشکل باشد.

بنابراین، نتیجه گرفته می شود که نظر قوی و صحیح، قول به مطلق تأدیب است. در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نیز تعزیر، منحصر به ضرب نیست؛ همچنان که ماده ۱۶ این قانون مقرر می دارد: «تعزیر، تأدیب و یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و به نظر حاکم واگذار شده است از قبیل حبس و جزای نقدی و شلاق که میزان شلاق بایستی از مقدار حد کمتر باشد». ذکر عبارت «از قبیل» مذکور در ماده فوق، دلالت می کند بر این که تعزیر، منحصر به شلاق، حبس و جزای نقدی نمی باشد و مصادیق ذکر شده در این ماده، جنبه تمثیلی دارند و حصری نیستند و تعزیر محدود به این

سه مورد نیست.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز تعزیر را منحصر به ضرب نمی‌داند؛ چنان که در ماده ۱۸ آن قانون آمده است: «... نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود» و از واژه «نوع»، این نکته برداشت می‌شود که تعزیر، منحصر به یک مورد (که ضرب باشد) نیست. در مقام اختیار ضرب و غیر ضرب به عنوان تعزیر می‌توان گفت که اگر فعل ارتكابی مجرم، با فعلی که مجازات آن، حد از نوع ضرب است مناسبت داشته باشد (مانند این که مجرم، مقدمات زناى موجب حد ضرب را مرتکب شود)، در اینجا تعزیر، از نوع ضرب است و در بقیه موارد، مخیر بین ضرب و غیر ضرب هستیم.

۵-۱) مقدار تعزیر

در تعزیر، اصل بر این است که مجازات آن تعیین نشده باشد و این همان قاعده‌ای است که مقرر می‌دارد: «الاصل فی التعزیر عدم التقدير». اغلب تعزیرات، چنین هستند لکن در روایات مختلف در چند مورد، مقدار مجازات تعزیری بیان شده است:

الف) هرکس در روز ماه مبارک رمضان، با زن خود نزدیکی کند، ۲۵ ضربه شلاق تعزیر می‌شود.

ب) هرکس بدون اجازه از همسر آزادش، با کنیزی ازدواج و نزدیکی کند، با یک هشتم حد زانی، یعنی با دوازده و نیم تازیانه تعزیر می‌شود.

ج) بنا بر قولی، اگر دو نفر مرد به صورت برهنه در زیر یک پوشش بخوابند، از ۳۰ تا ۹۹ تازیانه تعزیر می‌شوند.

د) اگر کسی بکارت دختری را با انگشتش زایل کند، بنا بر نظر شیخ طوسی، از ۳۰ تا ۷۷ ضربه و بنا بر نظر شیخ مفید، از ۳۰ تا ۸۰ ضربه و بنا بر نظر ابن‌دریس، از ۳۰ تا ۹۹ ضربه شلاق تعزیر می‌شود.

ه) اگر زن و مرد (نامحرمی) را لخت، زیر یک پوشش یا لحاف بگیرند، در این خصوص شیخ مفید گفته است که از ۱۰ تا ۹۹ ضربه تعزیر می‌شوند (نجفی، ۱۳۹۰، صص ۱۳-۱۴).

لذا چنان که ذکر شد، مقدار تعزیر در شرع معین نشده است. اما بحث بر روی مقدار تعزیر جهت اجرای حکم شرعی است و این که حاکم جهت اجرای تعزیر، باید به چه مقدار تعزیر حکم کند؟

پاسخ این پرسش را باید در قاعده «التعزیر بما دون الحد» پیدا کرد. در خصوص این قاعده، دو نظر وجود دارد:

الف) نظر نخست این است که لفظ «دون» را در قاعده فوق به معنای کمتر از حد بودن بدانیم؛ بنابراین می‌توان این عقیده را پذیرفت که امام، تعزیر را به خاطر مصلحت و دیگر عوامل مؤثر در تعیین نوع تعزیر، یا در ضرب می‌بیند یا در غیر ضرب. در صورتی که نظر به ضرب داشته باشد باید به قدر متیقن از عبارت «التعزیر بما دون الحد» اکتفا کنیم؛ یعنی چنانچه فعل ارتكابی، با قذف مناسبت داشته باشد (مثل تعریض، مسخره کردن و یا لقب نهادن بر دیگران)، مقدار تعزیر بین ۳ تا ۷۹ ضربه خواهد بود و در صورتی که فعل ارتكابی، با زنا مناسبت داشته باشد، مقدار تعزیر از ۳ تا ۹۹ ضربه خواهد بود و چنانچه فعل ارتكابی، با هیچ کدام مناسبت نداشته باشد، تعزیر نباید به اقل حدود که حد قوادی است (یعنی ۷۵ ضربه) برسد. در صورتی که نظر امام به غیر ضرب باشد، یا امام می‌خواهد که فرد را به چیزی که نوعش از نوع حد است تعزیر کند یا به غیر از این موارد؛ فرض اول مربوط به جایی است که فرد، عمل موجب حدی را مرتکب شود، لکن واجد شرایط حد نباشد که قاضی در این موارد باید فرد را به کمتر از حدی که در صورت وجود شرایط، ثابت بود تعزیر کند. حد در چنین مواردی شامل رجم، صلب، قتل، قطع عضو، نفی بلد و سایر موارد می‌شود؛ البته این سخن در برخی موارد قابل اشکال است، از جمله این که کمتر از حد بودن را چگونه تشخیص دهیم؟ در چنین حالتی و همچنین در فرض دوم از صورت دوم که می‌توان آنها را استثنایی بر قاعده «التعزیر بما دون الحد» دانست، ناچار باید طبق قاعده «التعزیر بما یراه الامام» که عمومیت دارد تعزیر را طبق مصلحت و سایر قواعد و عوامل مؤثر در تعیین آن، مشخص کرد. به نظر می‌رسد که نظر اول در مواردی کاربرد دارد که ارزیابی کمی حد و تعزیر امکان‌پذیر باشد؛ پس اگر فعل ارتكابی مجرم، با فعلی که مجازات آن، حد از نوع ضرب باشد مناسبت داشته باشد (مثل این که مجرم، مقدمات زنا می‌کند که موجب حد ضرب را مرتکب شود)، در این صورت «دون الحد» بودن تعزیر به معنای کمتر از حد بودن است.

ب) نظر دوم این است که لفظ «دون» در قاعده «التعزیر بما دون الحد» را به معنای غیر و سوای از حد بدانیم. در این صورت، این قاعده، باب گسترده‌تری پیدا می‌کند که در

اینجا قواعد کلی حاکم بر تعیین تعزیر (که در ادامه در مورد آن بحث خواهد شد) حکم فرما خواهد بود.

۶-۱) نحوه تعیین مجازات تعزیری

پایه و اساس بحث نحوه تعیین مجازات تعزیری، قاعده معروف «التعزیر بمایراه الامام» یا «التعزیر الی الامام» و یا «التعزیر بمایراه الوالی» می باشد. در این خصوص ابتدا باید گفت که در هیچ یک از متون روایی معتبر، عبارت «الی الحاکم» به معنای قاضی محکمه، نیامده است و مقصود از تعابیر فوق، امام معصوم (ع) و کسانی است که شایستگی نیابت آن مقام را داشته باشند. قاضی هر چند مجتهد هم باشد نمی تواند اندازه تعزیر را به طور ابتدایی معین کند، مگر این که ولی امر، افزون بر مقام قضایی، این کار را نیز به عهده او واگذار کند (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۰۸).

البته این قاعده در صورتی مفید بحث است که مراد آن، تعیین مقدار تعزیر طبق نظر امام باشد نه تعیین گناهان موجب تعزیر بر اساس نظر امام (که مشخص می کند در کدام گناه، تعزیر لازم است و در کدام گناه، تعزیر لازم نیست).

بنابراین، تعیین مقدار تعزیر، موکول به نظر امام است که به تناسب شدت و ضعف مفاسد گناهان، یا به لحاظ اولویتها در مبارزه با گناهان خاص و یا بر اساس هر نوع مصلحت اندیشی دیگر، مقدار تعزیرات را در گناهان مختلف تعیین نماید؛ چنان که در جنایاتی که به نحو فجیع و سنگین وقوع می یابند، علاوه بر حد، تعزیر نیز اضافه می شود و مقدار آن «بمایراه الامام» است (عمید زنجانی، ۱۳۸۷، ص ۱۵۳).

۷-۱) رابطه تعزیر و امر به معروف و نهی از منکر

عده ای «تعزیر» را متعلق به باب گسترده «امر به معروف و نهی از منکر» دانسته اند و رعایت قواعد کلی این باب، از جمله قاعده «الایسر فالایسر» را در تعزیر نیز ضروری قلمداد می کنند. از جمله دلایل آنها این است که هدف از امر به معروف و نهی از منکر و تعزیرات، اصلاح و تربیت افراد و در نتیجه، استقرار امر و نظم دینی و سالم سازی جامعه می باشد؛ لذا علت عدم جواز تأخیر در اجرای تعزیرات، کاسته شدن اثر بازدارندگی است؛ به علاوه این که تعزیر، در برخی روایات، مشروط به عدم تأثیر نهی قبلی شده است که نشان می دهد رعایت قاعده «الایسر فالایسر» در تعزیرات ضرورت دارد؛ در حالی که این قاعده،

یک اصل مسلم در باب امر به معروف و نهی از منکر است (گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۳، صص ۹۵-۹۶).

البته بین تعزیر و امر به معروف و نهی از منکر، تفاوت‌هایی نیز وجود دارد؛ از جمله این که امر به معروف و نهی از منکر توسط هر فردی قابل اعمال است، در حالی که تعزیر فقط به دست امام و حاکم است و ...؛ اما همان‌طور که گفتیم، تعزیر یک مصداق از امر به معروف و نهی از منکر است و بلکه مرحله علمی امر به معروف و نهی از منکر است.

۸-۱) پرونده شخصیت

با توجه به تمامی توضیحات فوق و در جهت فراهم ساختن یک دادرسی عادلانه، در زمینه جرایم موجب تعزیر می‌توان نهاد جدیدی را تحت عنوان «پرونده شخصیت» تأسیس کرد که در ادامه، سعی خواهیم کرد که به ارائه راهکارهایی در این زمینه بپردازیم.

در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، به چنین نهادی به طور گذرا، کلی و به گونه‌ای غیر منسجم در ضمن موادی اشاره شده است. در ماده ۱۸ این قانون بعد از تعریف تعزیر آمده است: «... نوع، مقدار، کیفیت اجراء و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود. دادگاه در صدور حکم تعزیری، با رعایت مقررات قانونی، موارد زیر را مورد توجه قرار می‌دهد:

الف- انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم

ب- شیوه ارتکاب جرم، گستره نقض وظیفه و نتایج زیان‌بار آن

پ- اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم

ت- سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تأثیر تعزیر بر وی».

به نظر می‌رسد که بهتر باشد به منظور نیل به اهداف مذکور و سعی در برپایی عدالت جزایی، تا جایی که ممکن است جزئیات بیشتری را مورد بررسی قرار دهیم که پاره‌ای این جزئیات عبارت‌اند از:

۸-۱-۱) توجه به فلسفه تعزیرات و شخصیت مجرم

قاضی، در رسیدگی به پرونده باید ابتدا فلسفه تعزیرات و به طور کلی فلسفه مجازات را مورد ملاحظه قرار دهد. از جمله موارد مهم به عنوان فلسفه تعزیرات می‌توان به تأدیب و اصلاح مجرم و تأمین مصلحت فرد و جامعه از حیث مادی، معنوی و اخلاقی اشاره کرد؛

به طور مثال، یکی از اهداف تعزیرات، رضایت‌مندی مجنی‌علیه است و این اختصاص به جایی دارد که یک شخص متخلف، به حقی از حقوق مردم تجاوز کند و در اینجا است که قاضی باید در جهت جلب رضایت خاطر مجنی‌علیه تلاش کند و در این رابطه نباید نسبت به اعمال عفو و تخفیف و ... در صورتی که او را از این هدف بازدارد، اقدام نماید؛ چراکه راضی نشدن مجنی‌علیه، خود مفسده‌ای به همراه دارد که ممکن است گریبان‌گیر مجرم اصلی یا جامعه نیز شود.

وقتی که چنین هدفی در نظر قاضی باشد، دیگر از اعمال خشونت در همه حال و در موارد غیر ضروری خودداری می‌کند و خود را همچون بازپرس، مدعی‌العموم نمی‌داند؛ بلکه خود را فردی بی‌طرف می‌داند که سعی در رسیدن به اهداف مذکور دارد.

در این رابطه، توجه به شخصیت مجرم در تعیین نوع و مقدار مجازات، اهمیت فراوانی دارد؛ به عبارت دیگر، با توجه به اصول اساسی حاکم بر مجازات و فلسفه آن، به آسانی می‌توان دریافت که اسلام در عین توجه به مصالح اجتماعی، به شخصیت مجرم نیز توجه خاصی مبذول می‌دارد. به عنوان یک قاعده می‌توان گفت: در جرایمی که نظام را مختل می‌سازد و کیان آن را بر هم می‌زند، فقه کیفری به شخصیت مجرم توجهی نمی‌کند. اما جرایمی از این دست، محدودند و در سایر جرایم، شخصیت مجرم و شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر ارتکاب جرم مورد توجه قرار می‌گیرد. از آثار توجه به شخصیت و کرامت انسان می‌توان به ممنوعیت شکنجه و هتک حرمت و حیثیت متهمان اشاره کرد.

۲-۸-۱) توجه به مقتضیات زمان و مکان

در این خصوص قاعده‌ای مطرح است تحت عنوان «للزمان و المكان اثر فی نظر الامام» که می‌توان این قاعده را معادل مفاد قاعده «التعزیر الی الامام» دانست.

زمان و مکان، از عوامل بسیار مهم در تعیین مقدار تعزیر محسوب می‌گردند و در برخی موارد نیز می‌توانند موجبات تشدید یا تخفیف آن را نیز فراهم آورند؛ چنان که در سایر مجازات‌ها نیز این عامل بی‌تأثیر نیست.

ظاهراً منظور کسانی که این قاعده را به طور مستقل بیان کرده‌اند آن است که امام مسلمین می‌تواند به تناسب شرایط خاص زمان و مکان و مصلحت‌های ناشی از آن دو، انواع و میزان تعزیرات و احکام حکومتی را تفسیر کند؛ به ویژه این که، می‌تواند با توجه به مسائلی همچون تورّم و حقوق بشر و یا حساسیت‌های اهل زمان، تعزیرات مصلحت‌آمیزی

را اجرا کند(عمید زنجانی، ۱۳۸۷، ص ۱۸۱).

۳-۸-۱) توجه به عرف در تعیین تعزیر

برای تعیین نوع و مقدار مجازات تعزیری برای هر شخص، باید دیدگاه‌های شرع در مورد گناهان کبیره و صغیره در نظر گرفته شود و نیز باید میزان مفاسد فردی و اجتماعی تک تک گناهان تعزیری و بازتاب اجتماعی آنها مورد لحاظ قرار گیرد.

در این رابطه، توجه به عرف ضروری است و چه بسا عملی در یک عرف، به عنوان عقوبت و در عرفی دیگر به عنوان تشویق تلقی شود.

مؤید این مطلب، روایت عبدالله بن میمون از ابا عبدالله (ع) است که می‌گوید: خالد بن ابی‌ابکر نوشت که مردی را نزد من آورده‌اند که بر آن بی‌نه اقامه شده که با او لواط شده است. ابوبکر گفت که او را بکشید؛ اما امیر المؤمنین (ع) فرمود او را با آتش بسوزانید؛ چراکه عرب، قتل و کشتن را چیزی نمی‌داند. کنایه از این که فرمایش امیر المؤمنین (ع) با توجه به عرف در نظر گرفته شده بود.

وقتی که در حدود (لواط)، در نظر گرفتن عرف ضرورت دارد، به طریق اولی در تعزیرات نیز لحاظ کردن آن لازم است.

۴-۸-۱) رعایت اولویت‌ها در تعیین و اجرای تعزیر

ممکن است گفته شود که اگرچه از حیث نظری، بحث از تعزیرات و اجرای آنها چندان دشوار به نظر نمی‌رسد، لکن در مقام عمل و اجرای آنها مشکلات زیادی در دستگاه قضا وجود دارد، به گونه‌ای که ممکن نیست همه مرتکبین گناهان اعم از صغیره و کبیره را (چنان که ثبوت تعزیر در همه گناهان را بیان نمودیم) تعزیر کرد.

در اینجا لازم است که به اولویت‌های مورد نظر شرع، در حفظ مصالح فردی و اجتماعی و حفظ بقای نظام و ... در جهت تعیین و اجرای تعزیر برای هر فرد توجه کرد. توضیح این که، ممکن است بنابر برنامه‌ریزی‌های انجام شده، یا لحاظ مسائل مربوط به توسعه، تربیت و رشد اخلاقی و اجتماعی جامعه، مبارزه با یک سری اعمال، در اولویت قرار

۱- حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸، ص ۱۶۰: «... فَاسْتَشَارَ فِيهِ أَبُو بَكْرٍ فَقَالُوا اقْتُلُوهُ - فَاسْتَشَارَ فِيهِ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ (ع) - فَقَالَ أَخْرَفَهُ بِالنَّارِ فَإِنَّ الْعَرَبَ لَا تَرَى الْقَتْلَ شَيْئاً...».

گرفته باشد که از عوامل تشدید مجازات هستند و بنا بر مصلحت، توسط امام و حاکم به عنوان اعمال موجب تعزیر تعیین می‌شوند و در این موارد قاضی باید به تناسب افسد و فاسد بودن و یا به لحاظ شیوع آن منکرات و یا خطرناک شدن برخی از گناهان و آسیب-پذیری جامعه در برابر آن اعمال خاص، حکم به ثبوت تعزیر کند.

مؤید این مطلب روایاتی است مبنی بر این که ائمه اطهار علیهم‌السلام، در عصر خود برخی از گناهان را منحصر به تعزیر نموده و در مورد گناهان دیگر، تصریحی بر تعزیر نکرده‌اند، با آن که همه گناهان (همان‌گونه که ذکر شد) موجب تعزیرند.

۵-۸-۱) ملاحظه شأن و مرتبه اجتماعی افراد

از آنجا که تعزیر، بر اساس صلاحدید حاکم تعیین می‌شود ضروری است که حاکم و قاضی در تعیین نوع و مقدار تعزیر، شأن و مرتبه اجتماعی هر فرد را به طور مستقل در نظر بگیرد. لازم به ذکر است که تشخیص مراتب افراد، توسط قاضی صورت می‌پذیرد و بر اساس یک رتبه‌بندی مدوّن (به طوری که این تدوین مراتب، نشانگر نوعی تبعیض میان اشخاص تلقی شود) نمی‌باشد.

۶-۸-۱) رعایت جهات تخفیف در تعیین نوع و میزان مجازات تعزیری

به حکم ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، «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 ... تقلیل دهد یا تبدیل کند» و مطابق ماده ۳۸ این قانون، «جهات تخفیف عبارتند از:

- الف- گذشت شاکی یا مدعی خصوصی
- ب- همکاری مؤثر متهم در شناسایی شرکاء یا معاونان، تحصیل ادله یا کشف اموال و اشیاء حاصله از جرم یا به کار رفته برای ارتکاب آن
- پ- اوضاع و احوال خاص مؤثر در ارتکاب جرم، از قبیل رفتار یا گفتار تحریک‌آمیز بزه-دیده یا وجود انگیزه شرافتمندانه در ارتکاب جرم
- ت- اعلام متهم قبل از تعقیب یا اقرار مؤثر وی در حین تحقیق و رسیدگی
- ث- ندامت، حسن سابقه و یا وضع خاص متهم از قبیل کهولت یا بیماری
- ج- کوشش متهم به منظور تخفیف آثار جرم یا اقدام وی برای جبران زیان ناشی از آن

چ- خفیف بودن زیان وارده به بزه‌دیده یا نتایج زیانبار جرم
ح- مداخله ضعیف شریک یا معاون در وقوع جرم
«...».

در پایان، لازم به یادآوری است که مطالب مذکور، تمامی آن چیزی نیست که می‌تواند در تعیین نوع و مقدار مجازات تعزیری مورد عمل قرار گیرد و می‌توان روش‌های دیگری را در جهت نیل دقیق به این هدف، به مبحث مذکور افزود و یا این که آنها را اصلاح یا ردّ کرد.

۹-۱) تعارض قواعد «التعزیر لكل معصية» و «التعزیر بمایراه الحاکم» با اصل قانونی بودن جرم و مجازات

علت شکل‌گیری تعارض فوق را باید در تلفیقی بودن حقوق جزای جمهوری اسلامی ایران دانست که هم از حقوق اسلام تأثیر پذیرفته است و هم از حقوق غرب؛ در حالی که اهداف، قواعد و ضمانت اجرای حقوق جزا و گستره نفوذ آن، بر اساس هر کدام از دو رویکرد فوق، متفاوت خواهد بود.

در مکتب کلاسیک، اصل قانونی بودن جرم و مجازات، به معنای لزوم وجود قانون مدوّن برای جرم‌انگاری و مجازات «رفتار صرفاً اجتماعی» لازم است و طبق آن، مجازات نیز مطابق با آنچه در قانون ذکر شده است ضرورت می‌یابد؛ لکن در نظام حقوقی اسلام، ملاک جرم‌انگاری، مبتنی بر خواست، اراده و معیار الهی است که گستره آن، از فردی‌ترین رفتارها تا اعمال و رفتارهای اجتماعی را فرا گرفته است و وجود بیان، به مقتضای قاعده عقلایی «قبح عقاب بلا بیان»، برای مشروعیت جرم‌انگاری و مجازات کفایت می‌کند.

اگر در حقوق کلاسیک، بسط ید قاضی در مجازات، سم مهلک نظام حقوقی است و مصلحت‌سنجی قاضی در میزان مجازات، به معنی وارد آوردن لطمه بر، مبنای تفکیک قوا و یا زمینه افسار گسیختگی در دستگاه قضایی قلمداد می‌شود، در حقوق اسلام، بسط ید حاکم، مبنای سیاست کیفری اسلام و لحاظ مصلحت فرد و جامعه، به مقتضای قاعده «التعزیر بید الحاکم بمایراه من المصلحة»، بهترین روش برای حفظ عدالت کیفری و تحقق اهداف حقوق جزا است (کدخدایی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۳۶).

۲) کاربرد قاعده «التعزیر بمایراه الحاکم» در فعالیت‌های اطلاعاتی

۲-۱) کاربردهای تعزیر

تعزیر دارای دو نوع کاربرد است که هر دو مورد آن از سوی حاکم مجتهد عادل شرع، اجرا می‌شود.

الف) کاربرد نخست تعزیر عبارت است از: تأدیب، عقوبت و مجازاتی که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در مورد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد.^۱

ب) اما کاربرد دیگر تعزیر، در مرحله بازجویی و تحقیقات مقدماتی است و آن زمانی تعیین و اجرا می‌شود که دلایل و قراین مبنی بر ارتکاب جرم توسط فرد وجود دارد؛ مثلاً فردی متهم به جاسوسی می‌باشد و اتهام او نیز ثابت شده است لکن جزئیات این اتهام مشخص نیست (مثلاً معلوم نیست که چه اطلاعاتی را گزارش داده است و یا سایر افراد دخیل در این اتهام، مشخص نیستند)، در چنین مواردی این فرد، از جهت رسیدن به این جزئیات، طبق نظر حاکم تعزیر می‌شود.

۲-۲) اطلاق «تعزیر» بر فعالیت‌های اطلاعاتی ضمن بازجویی و تحقیقات

در اسلام، عکس‌العمل‌هایی در مقابل جرایم یا همان مجازات‌ها وجود دارد که عبارتند از حدود، قصاص، دیات و تعزیرات و از آنجا که تعزیرات، از جمله مجازات‌ها به شمار می‌آیند، لذا رعایت اصول حاکم بر مجازات‌ها و از جمله رعایت اصل «لزوم ارتکاب جرم توسط فرد»، در خصوص اعمال تعزیر نیز ضروری می‌باشد و تا جرمی ارتکاب نیابد اساساً مجازات و تعزیر غیر موجه خواهد بود.

لکن در مواردی، بنابر دلایلی که ذکر خواهد شد، فرد قبل از اثبات ارتکاب جرم توسط وی، بنابر آنچه که حاکم طبق ضوابط مقرر شده معین می‌کند، تعزیر خواهد شد؛ در واقع در این موارد، تعزیر یا برای پیشگیری از وقوع قطعی جرم در آینده است و یا برای کشف جزئیات جرمی است که اصل وقوع آن ثابت شده است، به طوری که برای این منظور، راهی جز تعزیر وجود ندارد.

۱- ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲.

لذا طبق توضیحات مذکور، امکان اعمال تعزیر ضمن انجام تحقیقات مقدماتی وجود دارد و اعتقاد کسانی که تحمیل رنج و زحمت به متهم قبل از اثبات اتهام وی را جایز نمی‌دانند، صحیح نیست؛ چراکه وقتی اتهامی علیه فردی مطرح می‌شود، یک سری آثار را هم با خود به دنبال دارد که اجتناب از آنها ممکن نیست؛ چنان که قسم یاد کردن مدعی- علیه در مواردی که وظیفه او حلف می‌باشد، خصوصاً وقتی که فردی متقی است، نوعی وزر و سنگینی و زحمت برای وی به حساب می‌آید؛ همان‌طور که در برخی روایات^۱ به این مطلب به‌طور غیر مستقیم اشاره شده است. اما همان‌گونه که ذکر شد، اجتناب از این آثار امکان‌پذیر نمی‌باشد.

۲-۳) تعزیر اطلاعاتی در فقه و حقوق

۲-۳-۱) تعزیر اطلاعاتی در فقه

برخی اعتقاد دارند که اصل بر این است که تعزیر متهم قبل از اثبات اتهام وی جایز نیست و مستند آنها اصل ۳۷ قانون اساسی است که در این باره مقرر می‌دارد: «اصل، براءت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح اثبات گردد».

اما با تتبع در روایات، به مواردی بر می‌خوریم که تعزیر فرد در این مرحله را تأیید، بیان و اعمال نموده‌اند:

۲-۳-۱-۱) حبس فراری‌دهنده مرتکب قتل عمد و شخص بدهکار

اگر کسی قاتلی را از دست صاحب حق قصاص، فراری دهد، فراری‌دهنده قاتل ملزم به احضار وی و تسلیم او به کسی است که از دست او فرار کرده است و در این رابطه حاکم می‌تواند این فرد را برای الزام به حاضر کردن او حبس کند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۷۳). روشن است که حبس فراری‌دهنده قاتل، به عنوان مجازات وی محسوب نمی‌شود، بلکه فقط ایجاد فشار بر او جهت حاضر کردن قاتل مورد نظر است؛ اگرچه حاکم می‌تواند در مورد او به خاطر ارتکاب چنین رفتاری، تعزیر اعمال کند.

۱- حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۹، ص ۱۶۰: «... فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُصَابِ مَنْ يَخْلِفُ مَعَهُ ضَوْعَفَتْ عَلَيْهِ الْأَيْمَانُ...». در این روایت شریفه، تعبیر به (علیه الایمان) شده است، با این که قسم خوردن، به نفع متهم منتهی می‌شود.

در یک روایت صحیح، از امام صادق (ع) سؤال شد که اگر شخصی که مرتکب قتل عمدی شده است از دست اولیای مقتول، به دست افرادی فرار کند تکلیف چیست؟ که آن حضرت در پاسخ فرمودند: «افرادی که قاتل را فراری داده‌اند (به عنوان تعزیر) حبس می‌شوند تا اینکه قاتل را حاضر کنند»^۱.

با توجه به این روایت شریفه، این نکته قابل توجه است که فرد متواری، هم باید مرتکب قتل گردیده و هم این که جرم او اثبات شده باشد و قبل از اجرای حکم، به واسطه افرادی فرار کرده باشد. موضوع قابل توجه دیگر این است که اشاره به حبس در این روایت شریفه، موضوعیت ندارد و آنچه که مهم است اجبار فرد به احضار فرد متواری در محکمه می‌باشد ولو این که به تعزیری غیر از حبس متوسل شویم.

اما نکته این است که طبق روایت مذکور، توسل به حبس در صورتی ممکن است که قتل، عمدی باشد و نمی‌توان در سایر انواع قتل، از این ساز و کار استفاده نمود. لکن با دقت در مسأله، به این نتیجه می‌رسیم که علت توسل به این ساز و کار، جلوگیری از تضییع حق الناس و رسیدن صاحب حق به حقوق از دست رفتن خود می‌باشد و آلا عمدی بودن قتل، خصوصیتی در این موضوع ندارند؛ مضافاً این که در برخی روایات، اشاره‌ای به عمدی بودن قتل نشده است.

به نظر می‌رسد با توسل به تنقیح مناط، بتوان این فرضیه را اثبات کرد که هرگاه بحث حق الناس مطرح باشد و مورد هم نظیر این مسأله (که افرادی مانع استیفای حق شدند) باشد و برای احقاق حق و جلوگیری از تضییع آن، راهی جز توسل به تعزیر نداشته باشیم، می‌توان از این ساز و کار استفاده کرد.

اما ممکن است این اشکال ظاهر شود که نظر فوق، در برخی موارد با اصل قانونی بودن دادرسی کیفری معارض است. لکن همان‌طور که قبلاً هم ذکر شد، علت این تعارض این است که حقوق جزای جمهوری اسلامی ایران تلفیقی از حقوق اسلام و حقوق

۱- مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۴، ص ۳۸: «محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد و علی بن إبراهیم عن أبيه جميعاً عن ابن محبوب عن أبي أيوب عن حريز عن أبي عبد الله (ع) قال: سألتُه عن رجلٍ قتلَ رجلاً عمداً فرُفعَ إلى الوالي فدفعه الوالي إلى أولياءِ المقتولِ ليقتلوه فوثبَ عليهم قومٌ فخلصوا القاتلَ من أيدي الأولياءِ فقال أرى أن يُحبسَ الذينَ خلصوا القاتلَ من أيدي الأولياءِ حتى يأتوا بالقاتلِ قيلَ فإن ماتَ القاتلُ و هم في السجنِ قالَ فإن ماتَ فعليهمُ الديةُ يُؤدونها جميعاً إلى أولياءِ المقتولِ».

غرب است و هدف و گستره این دو مکتب هم با یکدیگر تفاوت دارد. اشکال دیگری که در خصوص برداشت فوق بروز می‌کند مسأله «تخصیص اکثر» است؛ به بیان دیگر، وقتی که اصل، براءت و حریت افراد است و در موارد خلاف اصل، باید به قدر متیقن (یعنی موارد موجود در روایات) اکتفا کرد، چنین فرضیه‌ای بر خلاف اصل مذکور و نوعی تخصیص اکثر می‌باشد.

در پاسخ به این اشکال نیز می‌توان گفت که این اصل، شامل فراری‌دهندگان قاتل یا بدهکار نمی‌شود و نظیر این مسأله در جایی است که کسی، بدهکاری را فراری دهد. توضیح این که، هرکس بدهکاری را از دست طلبکار وی فراری دهد، مجبور می‌شود که او را برگرداند (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲۰، ص ۱۸۴) و روشن است که ضمانت اجرای این حکم، توسل به تعزیر در صورت ضرورت است.

قانون مجازات اسلامی نیز با استنباط از منابع فقهی، چنین ساز و کاری را پیش‌بینی کرده است و در کتاب پنجم (تعزیرات و مجازات‌های بازدارنده)، بین جایی که فراری-دهنده، مأمور حفظ یا مراقبت یا ملازمت باشد و جایی که این سمت را نداشته باشد تفکیک قائل شده است، با این توضیح که برای فرض نخست، طبق بند ب ماده ۵۴۹ قانون مزبور مقرر می‌دارد: «... عامل فرار موظف به تحویل دادن وی می‌باشد و در صورت عدم تحویل زندانی می‌شود و تا تحویل وی در زندان باقی می‌ماند و چنانچه متهم غیباً محاکمه و براءت حاصل کند و یا قتل شبه عمد یا خطئی تشخیص داده شود عامل فرار به مجازات تعیین شده در ذیل بند (الف) محکوم خواهد شد و اگر فراری فوت کند و یا تحویل وی ممنوع شود چنانچه محکوم به قصاص باشد فراری‌دهنده به پرداخت دیه به اولیای دم مقتول محکوم خواهد شد». اما برای فرض دوم، طبق بند ب ماده ۵۵۱ همان قانون بیان می‌کند که: «اگر زندانی محکوم به قصاص باشد عامل فرار موظف به تحویل دادن وی می‌باشد و در صورت عدم تحویل زندانی می‌شود و تا تحویل وی در زندان باقی می‌ماند. چنانچه فراری فوت کند و یا تحویل وی ممنوع شود فراری‌دهنده به پرداخت دیه به اولیای دم مقتول محکوم خواهد شد».

۲-۱-۳-۲) حبس متهم به قتل

مقتضای اصل اولی در مسأله، عدم جواز تعرض به شخص، به مجرد اتهام است؛ چراکه این کار با آزادی فرد و سلطه او بر خودش تعارض دارد و به علاوه، با اصل براءت نیز

مخالف است (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص ۵۸۴)؛ به بیان دیگر، اگر بنا باشد به خاطر هر تهمت، افراد دستگیر و حبس شوند، این کار هرج و مرج و هتک اعراض را در پی خواهد داشت (خالصی، ۱۴۱۳ق، ص ۹۵).

اما با تتبع در روایات و ابواب مختلف فقه، مواردی را می‌یابیم که ظاهراً در آنها بر خلاف اصل مذکور رفتار شده است. یکی از آن موارد، جایی است که اتهامی علیه فردی با موضوع قتل مطرح شود بدون این که دلیل و بینه‌ای در کار باشد.

توضیح این که، وقتی مسأله‌ای با عنوان اتهام قتل مطرح می‌شود، بنابر نظر بسیاری از فقها، متهم به قتل باید به دلایلی همچون جلوگیری از فرار کردن و مخفی شدن و نیز جهت اقامه دلیل از طرف مدعی، حبس شود؛ در این راستا، شایسته است که متهم به قتل، شش روز زندانی شود. پس اگر مدعی، در طی این شش روز، بینه‌ای بیاورد و یا این که حکمی در مورد او (متهم) صادر شود، در زندان می‌ماند تا حکم در مورد او جاری شود، وگرنه آزاد می‌شود (شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۷۴۴).

در مقابل این دیدگاه، عده‌ای از فقها، حبس در این مورد را جایز نمی‌دانند و با تتبع در آرای آنها می‌توان دلایل عمده این دسته از فقها را این‌گونه خلاصه کرد:
اولاً، مستند حکم به حبس در این مورد، روایاتی است که از لحاظ سند ضعیف می‌باشند.

ثانیاً، اقدام به حبس متهم به قتل، در حقیقت تعجیل در عقوبتی است که هنوز موجب آن اثبات نشده است (شهیدثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰، ص ۷۶)؛ چراکه اصل بر برائت است و اقدام به حبس متهم به قتل، نادیده گرفتن این اصل مسلم فقهی است.

در پاسخ باید گفت: این که روایت را ضعیف می‌دانند، به لحاظ این است که روایت جناب سکونی، در سلسله سند این روایت وجود دارد؛ در حالی که ادعای اجماع شیخ طوسی بر قبول روایات وی و همچنین کثرت روایات ایشان و غالباً عمل کردن اصحاب به روایات او، ضعف ادعایی را جبران می‌کند (حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۶، ص ۲۷۴)؛ به عبارت دیگر، اگر این روایت ضعیف هم باشد استناد مشهور فقها به آن (بنا به برخی مبانی)، جابر ضعف آن می‌باشد (لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸۱)؛ لذا از این جهت، حکم به حبس، بی‌اشکال باقی می‌ماند.

تنها دلیلی که می‌توان بر خلاف این حکم مطرح کرد، همان عقوبت بدون مقتضی و اثبات سبب آن می‌باشد که این نیز قابل پاسخ است به این که، حبس در اینجا عقوبت به حساب نمی‌آید تا این که گفته شود باید موجب و سبب آن اثبات شود؛ بلکه اقدام به حبس این فرد، به خاطر احتمال صدق اتهامی است که اگر ثابت شود، امر مهم و جرم بزرگی اتفاق افتاده است که عقوبت مرتکب آن واجب می‌شود؛ بنابراین، تعجیل در حبس، در اینجا از باب احتیاطی است و این احتیاط، توسط شرع در قبال اتهامی انجام می‌شود که می‌توان برای آن چنین احتیاطی را انجام داد (خالصی، ۱۴۱۳ق، ص ۹۹). در حقیقت، اگرچه حبس در اینجا به عنوان عقوبت و مجازات مطرح نیست ولی با وجود این، ضررها و آثاری را برای فرد به دنبال دارد که به خاطر تراحم و اهم بودن ضرر محتمل از ضرر حبس، از باب رعایت اهم و مهم، این ضررها نادیده گرفته می‌شوند؛ چراکه احتیاط در دماء و اهتمام شارع به دماء مسلمین، چنین امری را اقتضا دارد.

لذا سیره پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم این بوده است که متهم را (با این که هنوز اتهام وی ثابت نشده است) به مدت شش روز جهت جلوگیری از فرار کردن و مخفی شدن وی و نیز جهت اقامه دلیل از طرف مدعی، حبس می‌کرده‌اند؛ زیرا حق الناس و به خصوص دماء مسلمین، برای شارع مقدس اهمیت زیادی دارد. در نهایت باید گفت که اهمیت جان مسلمانان و لزوم رعایت احتیاط در حفظ آن، به تنهایی برای پذیرفتن حکم حبس متهم به قتل کافی است (طیسی، ۱۳۸۲، ص ۴۰). در این زمینه باید به نکات زیر نیز توجه داشت:

اولاً، اتهام مذکور باید وارد باشد؛ به این معنا که از نظر عقلاً قابل اعتنا باشد؛ زیرا مراد از تهمت، مجرد قاتل بودن فرد نیست، بلکه منظور، حصول ظنی است که از آن تعبیر به «لوث» می‌شود (لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸۱).

ثانیاً، موضوع اتهام باید قتل باشد و نمی‌توان حکم را به جنایت بر اعضا و منافع تسری داد؛ زیرا مستند ما در این رابطه، روایت سکونی بود که در آن اشاره به «دم» شده بود و اطلاق آن تنها به قتل، انصراف دارد و این که حکم به حبس در غیر اتهام قتل، خلاف قاعده و اصل اولی است (لنکرانی، ۱۴۲۱ق، ص ۲۸۱) که در موارد خلاف اصل، باید به قدر متیقن که همان اتهام قتل است اکتفا کنیم.

ثالثاً، هدف از حبس متهم (همان‌طور که ذکر شد)، جلوگیری از فرار کردن وی و دادن مهلت به مدعی جهت اقامه دلیل است؛ لذا استفاده از سایر شیوه‌های تعزیر، غیر از حبس برای این جهت، غیر معقول و نامتناسب می‌باشد.

رابعاً، تا مادامی که هدف مذکور محقق نشده باشد، متهم در حبس باقی می‌ماند؛ به عبارت دیگر، اگرچه طبق روایت سکونی، بیش از شش روز حبس کردن متهم جایز نیست اما فلسفه دستگیری و حبس متهم، تبیین حال وی و کشف حقیقت است، که این امر گاهی با کمتر از شش روز و گاهی هم با بیشتر از آن محقق می‌شود. همچنین این روایت /امام علی (ع) نیز بر این مطلب دلالت دارد که می‌فرمایند: «به خاطر اتهام، کسی را حبس نمی‌کنند مگر در اتهام دم، و حبس کردن بعد از شناخت حق، ظلم است»؛^۱ به این بیان که، تا زمانی حبس ظلم نیست که به حق، معرفت پیدا نکرده باشیم و بعد از آن، اجرای حبس ظلم می‌باشد. پس تا رفع اتهام از او، حکم به حبس موقوف نخواهد شد (خالصی، ۱۴۱۳ق، ص ۹۷). مضافاً این که، اختلاف برخی روایات در مدت حبس نیز می‌تواند مؤید مطلب باشد.

۳-۱-۳-۲) حبس متهم به مسامحه در پرداخت دین

بر اساس ادله موجود، روش حضرت علی (ع) این بود که اگر بدهکاری، در پرداخت بدهی خود مسامحه و سهل‌انگاری می‌کرد، از جهت این که بر او فشار بیاورد تا دین خود را بپردازد، او را حبس می‌نمود؛ چنان که طبق روایتی آن حضرت، چنین فردی را حبس می‌کردند و آن‌گاه دستور می‌دادند که اموالش بین بدهکاران تقسیم شود.^۲ به نظر می‌رسد که اصل براءت، فردی را که بدهکار است و در پرداخت بدهی خود مسامحه و سهل‌انگاری می‌کند، شامل نمی‌شود؛ لذا اشکالی که ممکن است به عنوان مخالفت حکم مسأله، با اصل براءت مطرح شود، وارد نیست.

همان‌طور که مشاهده شد، همواره یکی از روش‌های مستعمل در دادرسی و تحقیقات مقدماتی، استفاده از تعزیر و حبس بوده است؛ اما در کتاب *دعائم الاسلام*، روایتی وجود

۱- تمیمی مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۵۳۹: «أَنَّ قَالَ لِأَحْبَسَ فِي تَهْمَةٍ إِلَّا فِي دَمٍ وَ الْحَبْسُ بَعْدَ مَعْرِفَةِ الْحَقِّ ظُلْمٌ».
 ۲- کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۱۰۲: «مَحْمَدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ فَضَّالٍ عَنْ عَمَارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) قَالَ: كَانَ أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ (ع) يَحْبِسُ الرَّجُلَ إِذَا التَّوَى عَلَى غُرْمَائِهِ ثُمَّ يَأْمُرُ فَيَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ فَإِنْ أَبِي بَاعَهُ فَيَقْسِمُ يَعْنِي مَالَهُ».

دارد که حبس متهم را فقط در اتهام قتل جایز می‌داند و طبق این روایت، تسری به غیر اتهام قتل، غیر موجّه و غیر صحیح می‌باشد^۱ و این نکته می‌تواند اشکالی بر مدعای ما باشد.

اما در پاسخ به این اشکال باید گفت: اگر بپذیریم که چنین روایتی از امام معصوم علیه‌السلام صادر شده است، با روایات مذکور در قبل، تزامم پیدا می‌کند و قاعده این است که در چنین مواردی باید به اهم و طرد مهم رجوع کرد.

توضیح این که، اسلام همواره به حفظ نظام مادی و معنوی و اجرای احکام در موارد خود اهتمام داشته است (خویی، ۱۳۳۰ق، ج ۲، ص ۴۰۸) و لازمه آن نیز این است که در مواردی که حفظ نظام و حقوق افراد منوط به تعزیر در مرحله قبل از اثبات جرم و در مرحله بازجویی باشد، اعمال تعزیر موجّه می‌باشد؛ لذا روایت دعائم الاسلام که دلالت بر انحصار تعزیر در اتهام قتل دارد، طرد می‌شود.

ممکن است به پاسخ فوق، این اشکال را وارد کنند که فرض این که حفظ نظام مسلمانان منوط به تعزیر یک متهم باشد، یک فرض فوق‌العاده نادری است؛ زیرا هیچ‌گاه یک فرد نمی‌تواند اطلاعاتی داشته باشد که نظام مسلمانان را مختل یا نابود سازد. به علاوه این که، وهن و ضعف نظام هم اثبات می‌شود؛ زیرا یک نظام باید به قدری ضعیف باشد که حفظ آن منوط به تعزیر یک متهم شده باشد. گذشته از آن، مسأله حفظ حیثیت و آبروی اسلام و انقلاب را نباید از حفظ نظام کمتر گرفت.

اما در پاسخ باید گفت که چنین چیزی بعید نیست و خیلی هم مهم است؛ مثلاً اطلاع یک شخص از تصمیم دشمن به ترور یکی از مقامات عالی رتبه کشور، جزء این موارد است که در واقع، تعزیر در این مرحله می‌تواند جرمی را کشف کند که پیشگیری از آن جهت حفظ نظام ضروری باشد و همچنین، چنین اقداماتی می‌تواند از باب پیشگیری از گسترش ظلم به مردم و نادیده گرفتن حق الناس باشد که در نهایت، فراگیر شدن آن موجب سقوط یک نظام خواهد شد.

۱- تمیمی مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۵۳۹: «و عن علی (ع) أنه قال: لا حبسَ فی تَهْمَةٍ إلیا فی دمٍ و الحَبْسُ بَعْدَ مَعْرِفَةِ الْحَقِّ ظُلْمٌ».

لذا به نظر می‌رسد که وقتی بحث حفظ نظام و مصالح اجتماع مطرح می‌شود، در موارد مقابله با آن و مقابله با اخلال در آن، در مطلق موارد می‌توان در مرحله تحقیقات، اجرای تعزیر را موجّه دانست و فقط به اتهام در قتل بسنده نکرد که در این موارد باید ضرورت تعزیر، با توجه به قراین معقول مبنی بر توجّه اتهام به فرد، احراز شود؛ به عبارت دیگر، حفظ کیان و نظام مسلمانان و نیز حراست از اموال و حقوق ایشان در نظر شارع، امر مهمی به حساب می‌آید و این دو، متکی بر دستگیری متهمان و حبس آنان به منظور کشف و تحقیق در چگونگی اتهام است؛ علی‌الخصوص وقتی که فرار متهم نیز بعید نباشد. با این وصف، قائل شدن به عدم جواز حبس و دستگیری افراد، باعث از بین رفتن حقوق و اموال و ایجاد اختلال در امور مسلمانان می‌گردد، مخصوصاً وقتی که فساد، بر زمانه و مردم آن عصر غلبه نماید (منتظری، ۱۳۷۹، ص ۵۸۵)؛ لذا پذیرفتن این امر، به دلیل آن است که در تراحم و جوب حفظ نظام با مسأله حرمت تعزیر و ایذای متهم قبل از اثبات اتهام، حفظ نظام، اهم محسوب می‌شود و مصلحت آن از مفسده موجود در ایذای متهم بیشتر می‌باشد؛ چراکه افراد به موجب شریعت و قانون، از حقوقی نظیر ممنوعیت تفتیش عقیده (اصل ۲۳ قانون اساسی)، منع شکنجه برای گرفتن اقرار یا کسب اطلاع (اصل ۳۸ قانون اساسی)، حق سکوت (ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی کیفری) و ... برخوردارند، لکن این حقوق فردی تا زمانی محترم است که با حقوق اجتماع تلاقی نداشته باشد.

به عبارت دیگر، در اسلام، از یک سو حرمت و آبروی اشخاص مورد اهتمام قرار گرفته و از سوی دیگر، حفظ نظام اجتماعی مورد توجه است و تا آنجا که ساختار اجتماع در معرض آسیب جدی قرار نگیرد، آبروی افراد مورد احترام می‌باشد و در پاره‌ای امور نیز که جنبه‌های تخویفی مجازات مورد اهتمام است، مصلحت اجتماع بر حقوق فرد ترجیح می‌یابد؛ همچنین در امر حکومت و زمامداری، ملاحظاتی که در خصوص اشخاص خصوصی وجود دارد، مشاهده نمی‌گردد (محسنی، ۱۳۸۴، ص ۷۶).

۲-۳-۲) تعزیر اطلاعاتی در حقوق

در قوانین موضوعه مواردی یافت می‌شود که مطابق آنها، قبل از اثبات اتهام می‌توان متهم را حبس یا تعزیر کرد و هدف از حبس یا تعزیر در این موارد، جلوگیری از فرار متهم یا تبانی او با دیگران (شهود و شرکای جرم) و جلوگیری از امحا و تغییر مدارک و آثار جرم و یا جلوگیری از تشویش اذهان عمومی می‌باشد، به طوری که بعضاً دلایل و قراین

موجود دلالت بر مجرمیت متهم دارند و جهت رسیدن به اهداف مذکور و کشف جزئیات جرم، تعزیر وی ضرورت دارد؛ علاوه بر این، همان‌طور که ذکر شد، گاهی حقوق اساسی فردی اشخاص ضرورتاً به خاطر مصالح مهم‌تری مانند حفظ نظام، (حتی در مواقعی که هنوز اتهام وارده ثابت نشده باشد) نادیده گرفته می‌شود، ماده ۱۳۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ نیز در این باره مقرر می‌دارد: «چنانچه تفتیش و بازرسی با حقوق اشخاص در تراحم باشد، در صورتی مجاز است که از حقوق آنها مهم‌تر باشد».

به عنوان مثال، جلب و بازداشت متهم علی‌رغم این که موجب سلب آزادی فرد و نوعی تعزیر محسوب می‌شود اما ماده ۱۸۰ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ آن را قبل از اثبات جرم پیش‌بینی نموده است و مقرر می‌دارد: «در موارد زیر بازپرس می‌تواند بدون آنکه ابتدا احضاریه فرستاده باشد، دستور جلب متهم را صادر کند:

الف- در مورد جرایمی که مجازات قانونی آنها سلب حیات، قطع عضو و یا حبس ابد است.
ب- هرگاه محل اقامت، محل کسب و یا شغل متهم معین نباشد و اقدامات بازپرس برای شناسایی نشانی وی به نتیجه نرسد.

پ- در مورد جرایم تعزیری درجه پنج و بالاتر در صورتی که از اوضاع و احوال و قراین موجود، بیم تبانی یا فرار یا مخفی شدن متهم برود.

ت- در مورد اشخاصی که به جرایم سازمان‌یافته و جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی متهم باشند».

۲-۴) شرایط و موانع اعمال تعزیر در مرحله تحقیقات مقدماتی و بازجویی

۲-۴-۱) تفکیک بین احتمال و یقین

همان‌طور که ذکر شد، نمی‌توان فردی را به مجرد اتهام احتمالی و پیش از اثبات، حبس یا تعزیر کرد؛ لکن در مواردی امکان چنین عکس‌العملی وجود دارد و فقط باید به این موارد حصری از باب اکتفا به قدر متیقن در برابر اصل، عمل کرد و این در موارد احتمال و شک جاری است؛ اما اگر حاکم پی ببرد که در خصوص حفظ نظام، رفع فتنه، تقویت اسلام، رفع شر دشمنان و یا احقاق حقوق مسلمانان، اطلاعات ارزشمندی نزد شخصی وجود دارد، به طوری که عقل و شرع بر وجوب اعلام آن حکم می‌دهند و آن شخص نیز به وجوب این عمل و اهمیت آن از نظر شرع اعتقاد دارد و در این ارتباط در شبهه نیست، اما با این وصف، از روی عناد و یا فرار از حق، به کتمان اطلاعات خود می‌پردازد، در این صورت

تعزیر فرد فقط برای کشف و اطلاع از معلومات وی جایز است (منتظری، ۱۳۷۹، صص ۵۸۷-۵۸۸).

به عبارت دیگر، باید حکم توقیف و بازداشت موقت (به عنوان نوعی تعزیر) نسبت به مجرماتی صادر شود که شواهد و قراین موجود به طور جدی حاکی از مجرمیت آنها باشد و قاضی محکمه، نسبت به ارتکاب جرم به وسیله مجرم اطمینان یا علم داشته باشد؛ اگرچه به دلیل عدم انجام تشریفات قانونی، امکان صدور حکم نهایی وجود ندارد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۶، صص ۲۶۵). دلیل این مطلب، آیه ۲۸۳ سوره مبارکه بقره است که می-فرماید: اظهار شهادت، واجب است و کتمان آن حرام و در نتیجه، کتمان آن گناه می‌باشد. از طرفی هم بیان شد، که هر نوع گناهی موجب تعزیر می‌باشد و در نتیجه، در مواردی که به کتمان کردن فرد و ارتکاب گناه از سوی او یقین داشته باشیم، اجرای تعزیر ممکن است.

۲-۴-۲) تفکیک بین جرایم از حیث حق الله و حق الناس

در مورد جرایمی همچون زنا، لواط، شرب خمر و مانند آنها، که از جمله حقوق الله محسوب می‌شوند، اظهار و اعترافات به آن گناهان، بر مرتکب واجب نیست و حاکم نیز نمی‌تواند او را برای گرفتن اقرار، تعزیر یا تهدید کند؛ بلکه در چنین خطاهایی، سزاوار است که شخص، آنها را پنهان دارد و از آنها به درگاه خداوند توبه نماید (منتظری، ۱۳۷۹، صص ۵۹۲).

اما در حقوق الناس، تعزیر متهم جهت جلوگیری از ضایع شدن حق مردم و رسیدن آنها به حقوقشان در شرایطی مثل امکان فرار کردن متهم در صورت حبس نشدن و ... جایز است؛ لکن همان‌طور که ذکر شد، در این موارد باید به قدر متیقن، یعنی موارد حفظ نظام و اتهام در قتل و ... بسنده کرد و تسری به سایر موارد، بدون دلیل و غیر صحیح می‌باشد.

۲-۴-۳) ضرورت تفاوت تعزیر بعد از اثبات با تعزیر در مرحله تحقیقات مقدماتی
عقلاً و ضرورتاً، نوع و مقدار تعزیر در مرحله تحقیقات مقدماتی حسب موارد باید متفاوت یا خفیف‌تر از تعزیر بعد از اثبات اتهام باشد؛ چراکه هدف تعزیر در مرحله تحقیقات با هدف تعزیر بعد از اثبات جرم متفاوت است و باید جهت نیل به هدف خاص خود و با توجه به آنها تعیین و اعمال شوند؛ مثلاً، یکی از اهداف تعزیر در مرحله تحقیقات، اطلاع یافتن از معلومات فرد می‌باشد و در مقابل آن، یکی از اهداف تعزیر بعد از اثبات جرم، اصلاح و

تأدیب مجرم می‌باشد و در مواردی که اعمال تعزیر ضرورت پیدا می‌کند، توجه به این اهداف جهت تعیین کیفیت و کمیت تعزیر لازم است. به علاوه این که، رعایت سایر مقرراتی که باید در تعیین تعزیر مورد توجه قرار گیرد، در اینجا نیز ضروری است.



نتیجه

- از مجموع آنچه که در این نوشتار مورد بررسی قرار گرفت نتایج زیر حاصل می‌گردد:
- الف) اصل در تعزیر، غیر مقدر بودن آن است که تعیین نوع و میزان آن توسط قاضی مجتهد و پس از تشکیل پرونده شخصیت، تعیین می‌شود.
- ب) حاکم شرع می‌تواند تعزیرات را نسبت به کلیه معاصی اعم از صغیره یا کبیره، اعمال کند.
- پ) تعزیر، منحصر به ضرب و تازیانه نیست، بلکه با هر روشی که با آن ردع و تأدیب حاصل شود نیز انجام می‌پذیرد.
- ت) تعزیر، مصداقی از امر به معروف و نهی از منکر است که باید شرایط آن از جمله «الایسر فالایسر» رعایت شود.
- ث) تعزیر دارای دو نوع کاربرد است که هر دو مورد آن از سوی حاکم مجتهد عادل شرع اجرا می‌شود. یکی از آن موارد، پس از اثبات جرم و به عنوان مجازات علیه مجرمین اعمال می‌شود (یعنی تعزیر مجازاتی) و دیگری قبل از اثبات جرم و در مرحله تحقیقات مقدماتی علیه متهمین اجرا می‌شود (یعنی تعزیر اطلاعاتی).
- ج) تعزیر اطلاعاتی، امری بر خلاف اصل برائت و حریت افراد است و در موارد خلاف اصل باید به قدر متیقن موجود در روایات اکتفا کرد.
- چ) رعایت شرایط تعیین نوع و میزان تعزیر، در هر دو کاربرد تعزیر الزامی می‌باشد، اگرچه هدف و نوع و میزان آن در هر دو مورد، یکسان نیست.

فهرست منابع

- ۱- تبریزی، جواد بن علی؛ *أسس الحدود و التعزیرات*، نشر مهر، قم، ۱۴۱۷ق.
- ۲- تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد؛ *دعائم الاسلام*، جلد ۲، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۳۸۵ق.
- ۳- جمعی از نویسندگان؛ *تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق*، نشر پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ دوم، زمستان ۱۳۸۶.
- ۴- حائری طباطبایی، سید علی بن محمد؛ *ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل*، جلد ۱۶، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۱۸ق.
- ۵- حر عاملی، محمد بن حسن؛ *تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، ۱۴۰۹ق.
- ۶- خالصی، محمدباقر؛ *أحكام المحبوسین فی الفقه الجعفری*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.
- ۷- خویی موسوی، سید ابوالقاسم؛ *مبانی تکملة المنهاج*، جلد ۲، نشر مؤسسه احیاء آثار امام خویی (مؤسسه الخوئی الاسلامیه)، ۱۴۳۰ق.
- ۸- راغب اصفهانی، حسین بن محمد؛ *المفردات فی غریب القرآن*، دار العلم، بیروت، ۱۴۱۲ق.
- ۹- طبسی، نجم‌الدین؛ *حقوق زندانی و موارد زندان در اسلام*، بوستان کتاب، قم، ۱۳۸۲.
- ۱۰- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن؛ *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی*، دار الکتاب العربی، بیروت، ۱۴۰۰ق.
- ۱۱- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی؛ *القواعد و الفوائد*، جلد ۲، کتابفروشی مفید، قم، ۱۳۰۸ق.
- ۱۲- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی - کلانتر)*، جلد ۱۰، کتابفروشی داوری، قم، ۱۴۱۰ق.
- ۱۳- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی؛ *مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، جلد ۱۴، مؤسسه المعارف الإسلامیه، قم، ۱۴۱۳ق.
- ۱۴- عمید زنجانی، عباسعلی؛ *قواعد فقه (بخش حقوق جزا)*، سمت، تهران، ۱۳۸۷.
- ۱۵- فاضل موحدی لنگرانی، محمد؛ *تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة - القصاص*، مرکز فقهی ائمه اطهار عليهم السلام، قم، ۱۴۲۱ق.

- ۱۶- کدخدایی، محمدرضا؛ مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، جلد ۵۲، مؤسسه دایرة المعارف الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب اهل البيت (ع)، قم، ۱۴۱۶ق.
- ۱۷- کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی (ط- الإسلامیة)، ج ۵، دار الکتب الإسلامیة، تهران، ۱۴۰۷ق.
- ۱۸- گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی؛ قواعد فقه جزایی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ۱۳۸۳.
- ۱۹- مجلسی، محمدباقر بن محمد تقی؛ مرآة العقول فی شرح أخبار آل الرسول، ج ۲۴، دار الکتب الإسلامیة، تهران، ۱۴۰۴ق.
- ۲۰- محسنی، فرید؛ تلاقی حریم شخصی و آزادی اطلاعات در حقوق ایران، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، سال دهم، شماره ۳۶-۳۷، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، صص ۷۱-۹۰.
- ۲۱- محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه، جلد ۴، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۴۰۶ق.
- ۲۲- مکارم شیرازی، ناصر؛ تعزیر و گستره آن، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (ع)، قم، ۱۴۲۵ق.
- ۲۳- منتظری، حسینعلی؛ مبانی فقهی حکومت اسلامی (دراسات فی ولایة الفقیه و فقه الدولة الاسلامیة)، ترجمه و تقریر محمود صلواتی، جلد ۳، چاپ هاشمیون، تهران، ۱۳۷۹.
- ۲۴- موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم؛ فقه الحدود و التعزیرات، منشورات مکتبه امیر المومنین، قم، ۱۴۱۳ق.
- ۲۵- موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا؛ الدر المنصود فی أحكام الحدود، جلد ۲، دار القرآن الکریم، قم، ۱۴۱۲ق.
- ۲۶- نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام (حدود و تعزیرات)، ترجمه اکبر نادرزاده، انتشارات خرسندی، تهران، ۱۳۹۰.
- ۲۷- نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دار إحياء التراث العربی، بیروت، ۱۴۰۴ق.
- ۲۸- هاشمی شاهرودی، سید محمود؛ بایسته‌های فقه جزا، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۷.

A Comparative Study of the Rule of «Ta'zir at the Discretion of the Judge» and its Application in Intelligence Activities

AbdolReza Asghari*

Hossein Asadzadeh Bonabi**

Yaser Malekpour Shalamzari***

Received:9/5/2016

Accepted:21/8/2016

Abstract:

Because the Hudud crimes are limited, their punishment is precisely determined, but since the Ta'zir punishments, are limitless, their punishment is inaccurately determined in a general framework and delegating to the judge by legislature preserving some conditions. This paper attempts to provide solutions - often known as personality file - in order that the criminal justice to be implemented as is possible in the proving stages, and on the other hand, Ta'zirat - which are based on uncertainty - does not join to Hudud - which are based on certainty. Including those guidelines are as follows: attention to the philosophy of Ta'zirat, criminal character, paying attention to the custom and traditions and requirements of time and place, considering people's social dignity, observe the mitigating factors in determining the type of punishment in prison and other factors which assist us to achive the mentioned goals.

Key words: *Ta'zir, Hudud, Judge, Punishmental Ta'zir, Intelligental Ta'zir.*

*Assistant Professor at Law Department of Razavi University of Islamic Sciences.

dr.abdorezaasghari@yahoo.com

**Ph.d Student of Criminal Law and Criminology at Shahid Motahari University.

hoseein.asadzadeh.1@gmail.com

***M.A Student of Jurisprudence and criminal Law at Shahid Motahari University.

yaserm704mb@gmail.com