

## محدوده اعمال دستاوردهای جرم‌شناسی در تعزیرات

نجمه مالکی بروجنی<sup>1</sup>، مریم نقدی دورباطی<sup>2</sup>، کریم صالحی<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عضو هیات علمی، حقوق جزا و جرم‌شناسی، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

<sup>2</sup> استادیار و عضو هیات علمی، گروه حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران (نویسنده مسئول). naghdi707@gmail.com

<sup>3</sup> استادیار و عضو هیات علمی، گروه حقوق، واحد شهرکرد، دانشگاه آزاد اسلامی، شهرکرد، ایران.

نویسنده مسئول: naghdi707@gmail.com

تاریخ دریافت: 1403/10/02 تاریخ پذیرش: 1403/07/23

### چکیده

امروزه دستاوردهای جرم‌شناسی مرزهای کشورها را درنوردیده و همگام با جهانی شدن به پدیده جهانی تبدیل شده است. اما در حکومت‌های دینی از آنجایی که پایه‌های حکومت آموزه‌های دینی هستند و حاکمیت وظیفه دارد احکام و موازین اسلامی و شرعی را پیاده کند تا عدالت را در چارچوب اسلام محقق کند ورود اجتناب‌ناپذیر پدیده جهانی مانند دستاوردهای جرم‌شناسی به شبکه نظام کیفری باعث نوعی اختلال با این شبکه شده و ساختار آن را تحت تاثیر قرار داده است و اولین نتیجه این اختلال بحران هویت نظام کیفری ملی می‌باشد که زیرساخت‌های آن مبتنی بر مذهب است. یکی از این اختلالات، اختلال و برخورد دستاوردهای جرم‌شناسی با یکی از مجازات‌های اسلامی به نام تعزیرات است. با توجه به این که تعزیرات در واقع یک نوع مجازات شرعی به حساب می‌آید و در معنای مصطلح فقهی به کار برده شده است، از چند جهت اعمال دستاوردهای علم جرم‌شناسی در این دسته از مجازات‌ها با توجه به اصول و قواعد فقهی محدود می‌شود و اعمال این دستاوردها بدون توجه به محدودیت‌ها دقیقاً در جهت خلاف منظور شارع و دستورات اسلام است. این مقاله درصدد است با تعیین حدود و ثغور اعمال دستاوردهای جرم‌شناسی در مجازات تعزیری که بخش گسترده‌ای از مجازات‌ها را دربرمی‌گیرد رعایت حقوق و آزادی‌های اساسی شهروندان در بهره‌مندی از دستاوردهای جرم‌شناسی در چارچوب نصوص شریعت و اصول کلی و با حفظ این حقوق و آزادی‌ها در جهت تحدید محدودیت‌ها گامی موثر بردارد.

**کلیدواژه:** دستاوردهای جرم‌شناسی، تعزیرات، نظام کیفری اسلام، جرائم شرعی، جرائم عرفی

### 2-مقدمه

یکی از مهمترین مسائل مورد توجه جرم‌شناسان، استمرار و تغییر در رفتار بزهکاران است. جرم‌شناسی با بهره‌گیری از دستاوردهای مکاتب و نظریات مختلف، به دنبال ارائه راهکارهایی برای مبارزه با بزهکاری و پیشگیری از آن می‌باشد. (محسنی، 1393، ص. 145)

در بسیاری از کشورها قوانین تحت تاثیر یافته‌های جرم‌شناسی متحول شده است. دستاوردهای جرم‌شناسی در قوانین کیفری کشور ایران نیز نفوذ کرده است و قانون‌گذار کیفری ایران تحت تاثیر یافته‌های جرم‌شناسی رویکرد متفاوتی را در امر قانون‌گذاری در بهره‌مندی از این یافته‌ها دنبال می‌کند اما این رویکرد با محدودیت‌هایی روبرو است که قانون‌گذار کیفری ایران را وادار می‌کند در محدوده این چارچوب از این دستاوردها بهره‌مند شود. بخش قابل توجهی از این محدودیت‌ها به اصول و مبانی شریعت که عمده‌ترین محور حرکت فردی و اجتماعی جامعه اسلامی است بر می‌گردد و می‌تواند در بن‌بست‌ها بهترین و مناسب‌ترین راه کار را ارائه نماید که علاوه بر حفظ حقوق فردی و اجتماعی از دستاوردهای مهم بشری نیز بهره‌مند شود.

در وهله دوم بهره‌گیری از یافته‌های جرم‌شناسی بر اساس یک سری اصول حقوقی با محدودیت مواجه می‌شود و نظم اصول حقوقی را درهم ریخته و دچار آشفتگی خواهد کرد. به گونه‌ای که یا باید دستاوردها در چارچوب این محدودیت‌ها مورد بهره‌برداری قرار گیرد یا اصول حقوقی تعدیل یافته یا تغییر کنند. در حالی که این اصول می‌تواند در استنباط احکام شریعت و تعیین تکلیف انسان‌ها خلاء ناشی از عدم کفایت یا سکوت دلایل موجود در فقه را جبران کند. در واقع شرع مقدس تکلیف شرعی برای مکلفین را عمل به اصول می‌داند. و از سوی دیگر بدون اصول، اجتهاد، پویایی و زاینده‌گی خود را با توجه به پیچیدگی‌های جدید زندگی فردی و اجتماعی از دست خواهد داد.

توجه به این محدودیت‌ها از این جهت حائز اهمیت است که قانون گذار کیفری را در توسل به ساز و کار جرم زدایی، کیفرزدایی و دیگر دستاوردهای جرم شناسی در تعزیرات با چالش جدی روبرو می‌سازد و مشروعیت و جایگاه و نقش چنین دستاوردهای مهم جرم شناسی را در این بخش از مجازات‌ها به پرسش خواهد کشاند. در بادی امر به نظر می‌رسد تعزیرات مجازات‌هایی هستند که اعمال دستاوردهای جرم شناسی در آن با هیچ‌گونه محدودیتی مواجه نیست و این محدودیت تنها در دیگر مجازات‌ها از جمله حدود و قصاص و دیات برای قانون گذار کیفری ایران وجود دارد با این استدلال که چون شارع مقدس کم و کیف مجازات تعزیری را مشخص نموده و تعیین آن را به حاکم شرع واگذار نموده است.

اما با تامل و دقت نظر در آن‌ها در می‌یابیم که ابتدا با ایجاد تفاوت بین مانع و محدودیت می‌توان دریافت آنچه در حدود و قصاص و دیات و تعزیرات برای قانون گذار کیفری ایران در بهره برداری از دستاوردهای جرم‌شناسی وجود دارد محدودیت است. محدودیت یعنی دستاوردهای بشری باید تام الاثر شده فاعلیت آن کامل گردد در غیر این صورت بهره برداری از دستاوردهای جرم شناسی مشکل خواهد بود. در خصوص تعزیرات نیز قانون گذار کیفری ایران با محدودیت‌هایی مواجه است که در این مقاله سعی شده است در زمینه تعزیرات نیز محدودیت‌ها شناخته شده و سپس محدودیت‌ها تحدید شود تا مقتضی تام الاثر شود در این صورت است که حرکت در چارچوب اصول و قواعد صورت خواهد گرفت. شارع مقدس از دستاوردهای بشری استقبال می‌کند اما برای بهره مندی از این دستاوردهای بشری قیود و شروطی قائل شده است.

برای رسیدن به نتیجه مورد نظر در این مقاله ابتدا باید مشخص شود که تعزیر چیست و دقیقاً چه مفهومی دارد این که در تعزیرات اصل بر مجازات است یا خیر و اگر اصل بر مجازات است چه نوع مجازاتی و آیا حاکم شرع اختیار تعیین مجازات دیگری را بر مبنای نظر و صلاحیت خود دارد یا خیر و از آنجایی که شارع مقدس اختیار تعیین مجازات تعزیری را به حاکم شرع واگذار کرده است آیا قاضی می‌تواند در مجازات تعزیری مداخله نماید یا خیر.

### 3- مفهوم تعزیرات

مطابق ماده 18 قانون مجازات اسلامی 92 تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد یا قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در ارتکاب مجرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. با توجه به این تعریف و به دلیل این که تعزیرات در کنار مجازات‌های حدود، قصاص و دیات به کار رفته است به این معناست که تعزیرات در معنای مطلق عقوبات استعمال شده است. این استدلال که چون حد و قصاص و دیات میزان مشخصی از مجازات از سوی شارع مقدس است بنابراین تعزیرات به معنای مطلق عقوبات نیست و به معنای تادیب و سزادادن است صحیح نیست.

تعریف شرعی تعزیر عقوبت یا اهانتی است که به عنوان کیفر برخی از گناهان مقرر شده است و در بیشتر موارد مقدار معینی ندارد از این تعریف شرعی تعزیر می‌توان فهمید تعزیر تادیب نیست بلکه عقوبت و کیفر عمل است. (حسینی، 1386، ص. 136) بنابراین تعزیر در معنای تادیب و سزادادن نیست که چه بسا تادیب و سزا دادن صفت و خصوصیات تمام مجازات‌ها است و در حدود و دیات و قصاص نیز نوعی تادیب و سزادهی وجود دارد. به این معنا که این مجازات‌ها مانع از تکرار جرم می‌شود و مرتکب را متنبه می‌کند. تردیدی نیست که یکی از معانی اصلی تعزیر در روایات منع و ردع است یعنی تعزیر مجرم را محدود و مقید می‌کند و این معنای گسترده‌ای است که شامل همه اقدامات تادیبی و عقوبتی می‌شود ولی از این معنای تعزیر افاده جرم زدایی یا کیفر زدایی نمی‌شود بالعکس به دلیل این که تعزیر مجرم را محدود و مقید می‌کند تا از انجام جرم بازداشته شود تعزیر عقوبتی است که منجر به تنبیه و تادیب و تربیت مجرم می‌شود و به همین دلیل در کلام فقها تعزیر عقوبت و تادیب بیان شده است با این تفاسیر واکنش‌های غیر تنبیهی در برابر مجرمین و اقدامات پیشگیرانه و اصلاحی مجازات‌ها به معنای تعزیر شرعی نیستند. در آنچه از معنای تعزیر و مفهوم آن فهمیده می‌شود این است که در واقع هیچ‌یک از اصطلاحات مربوط به تعزیر یا معنای تعزیر که به کار برده شده است ارتباطی به نوع و ماهیت مجازات تعزیر ندارد و تنها به آثار و نتایج کیفر مربوط می‌شود. مثلاً تادیب که پرکاربردترین معنای تعزیر است هیچ مفهومی از تعزیر یا نوع مجازات تعزیری را به ذهن متبادر نمی‌کند و این معنی علاوه بر تعزیر شامل حد نیز می‌شود.

#### 4- جرائم در نظام کیفری ایران (جرائم عرفی و جرائم شرعی)

به طور کلی در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران که مبتنی بر شرع مقدس اسلام است دو دسته جرائم وجود دارد که بر اساس این دو دسته جرائم مجازات های متناسب با آن ها تعیین می شود. یک جرائم شرعی و دو جرائم عرفی .

جرائم شرعی جرائم هستند که از جانب خداوند به عنوان یک شریعت کامل و جامع که هیچ نقصی در آن راه ندارد وضع شده است. این جرائم از جانب شارع مقدس به گونه ای وضع شده است که با گذشت زمان همچنان شایسته و صالح باقی می ماند. پس قوانین شریعت اسلامی ساخته جامعه نیست بلکه جامعه ساخته قوانین شریعت اسلامی است. به همین دلیل تنها وظیفه این قوانین تنظیم امور جامعه نیست بلکه هدف پیش از هر چیز تربیت افراد در جامعه است. حدود، قصاص، دیات و تعزیرات مجازات هایی هستند که برای این دسته از جرائم تعیین می شود.

دسته دوم جرائم عرفی هستند جرائم عرفی جرائمی هستند که در جامعه ای که قانون عرفی بر آن حکومت می کند و امور آن را سامان می دهد با قواعدی محدود به وجود می آید و با تحول جامعه تحول پیدا می کند. بنابراین جامعه قانون عرفی کیفری و به تبع آن جرائم عرفی را می آفریند و آن را به گونه ای سازمان می بخشد که نیازهایش برآورده شود. پس جرائم عرفی تابع جامعه است و پیشرفت آن ها بستگی به پیشرفت جامعه دارد. به همین دلیل قابل تغییر یا تبدیل هستند و دستاوردهای جدیدی که اخیراً به آن ها دست یافته شده است موجب تحول و دگرگونی آن ها می شود. این ها مجازات هایی هستند که حکومت اسلامی جهت حفظ نظم جامعه و جریان صحیح امور حکومت وضع می کند و برای متخلفین آن مجازات هایی را تعیین می نماید که به آن ها تعزیرات حکومتی گفته می شود. اینها حق حکومت اسلامی و ولی مسلمین برای اداره حکومت می باشد. این مجازات ها تعزیرات به معنای مصطلح در فقه و تعزیرات شرعی نمی باشد.

در قانون مجازات اسلامی بین دو دسته جرائم شرعی و عرفی تفکیک قائل شده است. شارع در بیان و عمل خود در مقام احصاء حصری موارد حد و تعزیر منصوص شرعی بوده است و در برخی موارد که فعل یا ترک فعلی را تحریم نموده است ولی مجازات را تعیین ننموده است و تعیین آن را به تحولات اجتماعی و شرایط متغیر بشری وابسته دانسته است درصدد بیان حکم کلی تحریم بوده است به گونه ای که تامین کننده مقاصد و اهداف شارع باشد ولی تعیین آن را به حاکم شرع سپرده است.

در مقابل جرائم عرفی برای حمایت از اصولی است که زمامداران حکومت ها به آن معتقدند مثل حقوق و آزادی های فردی شهروندان و این قوانین بی ثبات به طور مدام در حال تغییر و تحول هستند و در واقع جامعه است که این قوانین را می آفریند و برای تعیین اصول و قواعد به وسیله زمامداران تلاش می کند. جرائم عرفی مسامحتاً تعزیرات خوانده می شوند و تعزیرات به معنای مصطلح فقهی نیستند (محقق داماد، 1380؛ 196) یعنی این تعزیرات مطلقاً به معنای عقوبت و مجازات نیستند اینجا نقطه تلاقی دستاوردهای جرم شناسی با جرائم و مجازات های عرفی است.

قوانین شرعی به دلیل کامل بودن بر قوانین عرفی برتری دارد به این معنی که شریعت همه قواعد و اصول و نظریاتی را که یک قانون کامل به آن نیازمند است در خود دارد و تمام اصول و نظریاتی که عهده دار رفع نیازهای جامعه در حال حاضر و در آینده دور است غنی و بی نیاز است. این قواعد بر قوانین عرفی برتری دارد و همیشه از سطح جامعه بالاتر است و حتی اگر سطح جامعه بالا رود باز به این قواعد نمی رسد و قابل تغییر و تبدیل نیستند. (عوده، 1373، ص 40 و 41) بنابراین جرائم شرعی برای بهره مندی از دستاوردهای جرم شناسی با محدودیت مواجهند که باید در صدد تحدید محدودیت ها بر آمد. اگر قائل به این باشیم که این جرائم برای حفظ حقوق و آزادی های فردی نیاز به بازنگری و تغییر دارند ویژگی های اساسی شریعت اسلام و جرائم شرعی را زیر سوال برده ایم و یا جامع نگری شارع مقدس را انکار کرده ایم پس مجازات تعزیری شرعی همیشه و در همه حال حافظ حقوق و آزادی های اساسی شهروندان بوده و هستند اما از آنجایی که این مجازات ها شرعی هستند و محدودیت آن ها نیز عمدتاً شرعی هستند برای تحدید محدودیت ها نیز باید به شریعت رجوع کرد.

تعزیرات غیر منصوص شرعی اعمالی هستند که شارع آن را حرام کرده بدون آن که کیفری برای آن معین کرده باشد و تعیین آن را به حاکم واگذار کرده است و علت تحریم این اعمال حرام از آن جهت است که حقی از حقوق دیگران را ضایع می کند و همچنین اعمالی که اصولاً شارع تحریم نکرده است بلکه اختیار تحریم و منع آن را به حاکم واگذار کرده است که مطابق با مصالح عامه تعیین گردد که در دسته جرائم عرفی قرار می گیرند. هر آنچه حقی از حقوق دیگران را ضایع نماید از نظر شرع مقدس اسلام و اصول اخلاقی گناه و حرام است اما به دلیل وجود اصل قانونی بودن جرائم و مجازات ها باید این گناه یا عمل حرام توسط قانون گذار کیفری ایران تعیین و مجازات برای آن مشخص شود تا عنوان جرم بر آن صدق کند. در خصوص جرائم عرفی که شارع اختیار تحریم و منع آن را به حاکم واگذار کرده است دست حاکم شرع و قانون گذار کیفری ایران در استفاده از آورده های و رهیافت های علم جرم شناسی باز است چون مطابق با تعریفی که در خصوص جرائم عرفی بیان کردیم این قوانین برای حمایت از اصولی است که زمامداران حکومت ها به آن معتقدند مثل حقوق و آزادی های فردی شهروندان و این قوانین بی ثبات به طور مدام در حال تغییر و تحول هستند و در واقع جامعه است که این قوانین را می آفریند و برای تعیین اصول و قواعد به وسیله زمامداران تلاش می کند.

پس در دسته جرائم عرفی که شارع صراحتاً از جهت موضوع، نوع مجازات و میزان آن بیانی نداشته است دست قانون گذار کیفری در استفاده از رهیافت های علم جرم شناسی باز است. چون این مجازات ها مسامحتاً تعزیرات خوانده می شوند و تعزیرات به معنای مصطلح فقهی نیستند (قواعد فقه - بخش جزایی ص 196) یعنی این تعزیرات مطلقاً به معنای عقوبت و مجازات نیستند که قانون گذار کیفری مکلف باشد تنها از آنچه عنوان مجازات را دارد استفاده کند بلکه در کنار معنای عقوبت به معنای تادیب و تنبیه هم هستند بنابراین هم می توان از رهیافت کیفر زدایی و جرم زدایی بهره برد و از نهادهای ارفاقی چون تعلیق و تخفیف و عفو بهره برد و هم از تدابیر تربیتی و غیر قهرآمیز. از سوی دیگر چون در این دسته از مجازات های تعزیری نه از جهت موضوع و نه از جهت نوع مجازات و نه از جهت میزان آن هیچ تعیینی وجود ندارد و به نظر و صلاحدید قانون گذار کیفری واگذار شده است. بنابراین در اینجا قانون گذار کیفری می تواند متناسب با جرم ارتكابی و کم و کیف آن هر اقدامی چه قهرآمیز و غیر قهرآمیز را استفاده نماید. قانون گذار کیفری در این دسته از جرائم می تواند از رهیافت های کیفر زدایی و جرم زدایی بهره برد و با توجه به قانونی بودن جرائم و مجازات ها وصف کیفری برخی از جرائم را از بین ببرد یا به برخی دیگر وصف کیفری بدهد. در این دسته از جرائم می تواند از رهیافت های تخفیف، تبدیل، تعلیق مجازات ها بهره برد و یا دست قاضی را در کم و کیف مجازاتی که به حال بزهکار برحسب اختلاف حال بزهکاران متناسب است باز بگذارد.

## 5- تعزیرات، اصل بر مجازات

یکی از محدودیت ها برای اعمال دستاوردهای جرم شناسی به این که در تعزیرات اصل بر مجازات است یا خیر بستگی دارد. در ادامه به دلایلی می پردازیم که مشخص می کند در تعزیرات اصل بر مجازات است همین امر محدوده اعمال دستاوردهای جرم شناسی را تنگ تر می کند ولی به کلی از بین نمی برد.

اول اینکه در تعزیر افراد محدودی مسئولیت اجرای آن را به عهده دارند و حاکم شرع یکی از این افراد است ثانیاً ملاک در اجرای تعزیر ملاحظه مصلحت است در صورت وجود مصلحت حاکم می تواند حکم به اجرا یا عدم اجرای تعزیر دهد. (انصاری، 1385، ص 87) یعنی ممکن است فعل انجام شده اصلاً گناه و معصیت نباشد اما به خاطر مصالح عمومی اجرا شود اجرای تعزیرات در زمان مصلحت و به تشخیص حاکم شرع نشان دهنده این امر است که در تعزیرات اصل بر مجازات است در این صورت است که تعزیر معنای مجازات دارد. ملاک در اصلاح و درمان، بازداشتن از گناه و معصیت است و زمانی که فاعل جرم از گناه و معصیت دست بردارد و اصلاح شود اصلاح و درمان حتی به دلیل وجود مصلحت معنا ندارد تنها تعزیر به عنوان مجازات است که می تواند در موارد وجود مصلحت معنا پیدا کند. ملاک در تعزیر وجود مصلحت است و احتمال ترک گناه یا جرم و عدم اعاده آن از شرایط اجرای تعزیر نیست به این معنا که وجوب تعزیر مشروط به احتمال تاثیر در مرتکب گناه یا جرم نیست و چنان چه هیچ اثری نیز نداشته باشد بنا به وجود مصلحت واجب است. به دلیل اینکه در تعزیر ملاک بازداشتن از گناه نیست و همین امر نشان می دهد در تعزیر اصل بر مجازات است اگر در تعزیر اصل بر مجازات نبود و ملاک تنها بازداشتن از گناه و جرم بود به مانند امر به معروف و نهی از منکر باید

حد خاصی برای آن تعیین نشود در حالی که در تعزیرات شارع از جهت کثرت حد خاصی را برای تعزیرات مشخص نموده است و هر آنچه شارع مقدس انجام یا ترک آن را حرام نموده است تعزیر و مجازات در مورد آن معنا پیدا می کند.

نکته دیگر در اصل بر مجازات بودن تعزیرات این است که در اجرای تعزیر مجرم باید علم به جرم یا گناه داشته باشد و به تعبیر فقها جاهل قاصر نباشد (خوئی، 1363، ص 337) و تنها در صورت علم، مجازات تعزیری معنا پیدا می کند و در صورتی که فردی با عدم علم و با وجودی که جاهل قاصر است مرتکب جرم شود درست است که مرتکب جرم نشده است ولی از منظر علم جرم شناسی حالت خطرناک خود را بروز داده است و باید در جهت ارشاد او اقدام نمود در حالی که این عمل چیزی جز امر به معروف و نهی از منکر و بازداشتن از گناه و جرم در آینده معنا نمی دهد.

در تعزیرات اجازه عفو از سوی شارع مقدس صادر شده است پس عفو زمانی معنی و مفهوم دارد که اصل در تعزیر بر مجازات باشد در غیر این صورت عفو معنا و مفهومی ندارد. اما شیوه های اصلاح و درمان و پیشگیری از جرم قابل عفو نیستند و تا زمانی که حالت خطرناک موجود باشند، همچنان باید اجرا شوند.

در تعزیرات نیز بسته به این که حقی از خداوند ضایع شود یا از مردم به حق الله و حق الناس تقسیم می شود. (علیشاهی قلعه جوقی، 1397، ص 15) در حق الناس تعزیر متوقف بر تقاضا است و در صورت تقاضای صاحب حق اجرا می شود در حالی که اگر تعزیر مجازات نبود نیاز به تقاضای صاحب حق نداشت و تقاضای صاحب حق معنا و مفهوم نداشت. در حالی که تدابیر اصلاحی و تربیتی و غیر قهرآمیز نیازی به تقاضای صاحب حق ندارند.

در برخی روایات بین توبیخ و سرزنش و حبس با تعزیر تقابل ایجاد شده است به گونه ای که توبیخ و سرزنش تعزیر محسوب نمی شود. مثلاً شیخ طوسی در مبسوط می گوید: هرگاه فردی مرتکب عمل مستوجب تعزیری گردد بر امام است که وی را تادیب کند بنابراین اگر امام مصلحت دید که او را به خاطر عملش توبیخ کند یا سرزنش کند یا زندانی کند آنچه تشخیص داد را انجام می دهد و اگر مصلحت دید که وی را تعزیر نماید او را به اندازه کمتر از پایین ترین حد می زند. (شیخ طوسی، 1387 ه ق، 8: 63) بنابراین از این روایت نیز چنین برداشت می شود که تادیب به غیر از تعزیر است و در تعزیر نیز اصل بر مجازات است. واژه زدن در این روایت نیز دلالت بر اصل مجازات دارد.

فقها در تفسیر «التعزیر دون الحد» آنها راجع به میزان تازیانه سخن رانده اند و همواره تعزیر را در مقایسه و تبعیت با حد و همراه با آن ذکر نموده اند، (حر عاملی، 1409 ه ق، 28: 374) (طباطبایی بروجردی، 1429 ه ق، 30: 834) از سوی دیگر به نظر می رسد ال در «الحد» ال عهد است و نشان دهنده مقدار تعیین شده ای از مجازات است. بنابراین به نظر می رسد تعزیر مد نظر مجازات است.

مهمترین روایت دیگری که می توان با استناد به آن به اصل بر مجازات بودن تعزیر اشاره نمود روایت حماد بن عثمان از امام صادق (ع) است که درباره نوع و میزان مجازات تعزیری بیان داشته اند. از امام صادق پرسیدند تعزیر چه اندازه است؟ فرمودند: کمتر از حد. پرسیده شد: کمتر از هشتاد؟ حضرت فرمود: نه، ولی کمتر از چهل. چرا که چهل حد برده است.

## 6- دستاوردهای علم جرم شناسی

دستاوردهای جرم شناسی حاصل تلاش مکاتب متعدد و متنوع جرم شناسی طی سالیان متمادی می باشد. بخشی از آنها بی سابقه در فقه و حقوق کیفری ایران نیستند ولی بخشی از آنها با دستورات شرعی که پایه های نظام کیفری ایران را تشکیل می دهند در تعارض و تقابل قرار می گیرند. بنابراین استفاده از آنها باید با لحاظ همه جوانب صورت گیرد. برای ورود به بحث اصلی محدودیت های اعمال این دستاوردها ابتدا لازم دانسته شد به مهمترین دستاوردهای علم جرم شناسی به اختصار پرداخته شود.

یکی از دستاوردهای علم جرم شناسی که از مهمترین رسالت های این علم به شمار می رود، تحدید دامنه حقوق کیفری می باشد. که در واقع به معنای پرهیز از درگیر شدن مرتکبان در فرایند عدالت کیفری یا جلوگیری از ادامه مسیر آنان با بهره گیری از برخی نهادهای و تدابیر ویژه از جمله (تعلیق تعقیب، بایگانی کردن پرونده و...) می باشد. (صادقی، 1384، ص 150)

امروزه سیاست گذاران با الهام از دستاوردهای جرم شناسی به سمت حداقلی کردن دادرسی کیفری رسمی گام برمی دارند که نتیجه آن عدالت ترمیمی و بها دادن به بزه‌دیده به عنوان یک طرف دعوا می باشد. در همین زمینه قوانین کیفری ایران متأثر از داده های جرم شناسی نگاه ویژه ای به بزه‌دیده در جریان رسیدگی دارد و حمایت اقتصادی جامعی از او در فرایند رسیدگی به عمل آورده است به طور مثال ماده 62 و 41 و 217 و 347 و 56 قانون آیین دادرسی کیفری در جهت حمایت اقتصادی از بزه دیده وضع شده اند.

سیاست افتراقی نسبت به بزهکاران که از اندیشه فردی کردن کیفرها و اقدامات تامینی و توجه به تفاوت های محیطی و انسانی در بررسی هر پرونده نشات می گیرد که به دنبال اجرای عدالت از طریق متناسب سازی ضمانت اجرای کیفری با شرایط و ویژگی های هر مجرم با جرم ارتكابی است، یکی دیگر از این دستاوردهاست. در راستای چنین رویکردی است که نظام های مختلف کیفری طیف وسیعی از انواع واکنش ها را پیش بینی نموده اند و بدین وسیله حوزه اختیار قضات را در تحمیل ضمانت اجراها گسترش داده اند. (موزن زادگان، 1388، ص 125)

جرم زدایی رهیافت دیگری از علم جرم شناسی است. رهیافتی که به دنبال آن حذف و محدود سازی اعمال ممنوعه از سوی قانون گذار کیفری را به دنبال دارد. تقنین یک نوع پیشگیری کیفری محسوب می شود. تقنین نخستین گامی است که در پیشگیری کیفری از جرائم باید برداشت. گاهی اوقات جرم انگاری رفتارهایی که زمینه ارتكاب جرائم را فراهم می کنند می تواند به پیشگیری از ارتكاب جرم کمک کند. بنابراین یکی از نقش های قانون پیشگیری است.

جامعه به قانون نیاز دارد قانونی جامع الاطراف و همگام با فطرت و بدون خطا و چنین ویژگی های در قانون الهی وجود دارد. قانون گذار کیفری باید بتواند نقش پیشگیری قانون را حفظ کند. در نقطه مقابل این نظر جرم زدایی رهیافت علم جرم شناسی است. عبارت است از عقب نشینی حقوق کیفری از رهگذر زائل کردن کامل وصف مجرمانه از جرم یا بیرون بردن رفتار از قلمرو قانون جزا و باقی گذاشتن آن در گستره اقتدار عمومی که مستلزم اعمال کنترل های غیر کیفری است. از این رو جرم زدایی یک فرایند تغییر است به این معنا که نهاد عدالت کیفری باید به این نتیجه برسد که یک رفتار نباید جرم باقی بماند و نهادهای غیر کیفری نیز پذیرنده نقش جدید در اعمال کنترل بر رفتارهای واگذار شده باشند. (محمودی، 1387، ص 322)

رهیافت کیفرزدایی از منظر جرم شناسی یعنی زدودن یا تلطیف وصف کیفری یک جرم از طریق گذشت شاکی در جرایم قابل گذشت، توبه، معافیت از کیفر، جایگزین های حبس، تاخیر در اجرای مجازات ها... به عقیده این رهیافت روش های غیر قهرآمیز مورد توجه جرم شناسی می توانند با حداقلی کردن آیین دادرسی کیفری به پیشگیری از ارتكاب مجدد جرم کمک کنند. یعنی امکانی مناسب به منظور کیفر زدایی و تبدیل مجازات به واکنش های غیر جزایی. (صادقی، 1398، ص 14)

عدالت ترمیمی یکی از مصادیق لغو نظام عدالت کیفری است. عدالت ترمیمی نیز ثمره تلاش اندیشمندان علم جرم شناسی است. عدالت ترمیمی معتقد است چون جرم تعدی به افراد و روابط اجتماعی است به همین منظور بزه‌دیده، بزهکار و جامعه محلی باید در جهت اصلاح اوضاع و احوال برآیند. در عدالت ترمیمی نیاز بزه‌دیده و مسئولیت بزهکاران جهت جبران زیان وارده همراه هم باید مورد توجه قرار گیرد. عدالت ترمیمی راهبردی برای حل و فصل اختلافات بین طرفین است. عدالت ترمیمی بزهکار را به ضرر و زیانی که از رفتار او متوجه دیگران شده است واقف می کند. به عبارت دیگر بزهکار مسئولیت خود را در سوء رفتار نسبت به بزه‌دیده می پذیرد و نادم و پشیمان شده و سعی در جبران آن دارد. در عدالت ترمیمی تمرکز بر صدمه و زیان ناشی از جرم است و در واقع به جبران ضرر وارد شده به بزه‌دیده و رفع نیازهای او توجه ویژه ای می شود. بزه‌دیده و بزهکار برای جبران این ضرر و زیان هر دو در فرایند عدالت مشارکت می کنند و بزهکاران به جای طرد مورد حمایت قرار می گیرند و با ایجاد حس مسئولیت در آن ها اصلاح و باز پذیر شده به اجتماع بر می گردند.

بر خلاف علم حقوق موضوع علم جرم شناسی و دستاوردهای آن بررسی بزه به همراه شخصیت و منش بزهکار است. یعنی به شخصیت و هویت فردی بزهکار توجه دارد. بنابراین موضوع علم جرم شناسی انسان است. این همان چیزی است که در اسلام مورد توجه قرار گرفته است. این که آیا علم جرم شناسی جهان شمول است یا خیر؟ بستگی به مفهوم جهان شمولی دارد. مفاهیم متعددی برای جهان شمولی عنوان شده است. جهان شمولی به معنای جامعه شناختی آن، یعنی مقبولیت جهانی یا این که حقوق از

اراده و تصمیم عام بین المللی ناشی شده باشد و به عبارتی منبع حقوق، جهانی باشد-2 جهان شمولی به معنای سازگاری و همخوانی با همه فرهنگ‌ها و جهان‌بینی‌ها.3 جهان شمولی به معنای شمول و فراگیری همه افراد انسانی در هر کجا و هر زمان.

به نظر می‌رسد علم جرم شناسی مقبولیت جهانی دارد و با همه فرهنگ‌ها و جهان‌بینی‌ها سازگاری و هم خوانی دارد البته از آن جهت که حداقلی از حقوق که هر انسان از آن جهت که انسان است از آن بهره مند می‌باشد را داراست. اما این اندازه به نظر کافی نیست. در نظام‌های کیفری که مبتنی بر شریعت هستند انسان فقط همان موجود دویا نیست بلکه هویتی مبتنی بر شعور و ادراک فرا حیوانی دارد. برخورداری انسان از کرامت انسانی (ذاتی و اکتسابی) مطلوب است. بنابراین از این جهت علم جرم شناسی همه انسان‌ها در هر کجا و در هر زمان را دربر می‌گیرد. در بسیاری از ادیان کرامت انسانی جایگاه ویژه‌ای دارد. این کرامت انسانی حقوقی را به همراه دارد که برای همه انسان‌ها در همه جا ثابت است و افراد در تعامل باید آن را رعایت کنند از این جهت این حقوق تکالیفی را نیز به همراه دارد. توجه به کرامت انسانی در جوامع غربی پس از فروپاشی فئودالیسم به طور جدی مطرح شد و برای انسان فراتر از محدوده جغرافیایی حقوق در نظر گرفته شد که به نام حقوق بشر چهره بین المللی پیدا کرد.

## 7- وجوب تعزیر و محدودیت اعمال دستاوردهای جرم شناسی

وجوب تعزیر به وسیله روایات، وحدت ملاک و عقل قابل اثبات است. آنچه از روایات برداشت می‌شود این است که روایات عقوبت را تنها به حد منحصر نمی‌دانند و هر قانون شکنی و تخلف از قوانین شرعی عقوبت دارد که هم شامل حد و هم شامل تعزیر می‌شود و از این روایات وجوب تعزیر نسبت به همه حتی غیر بالغان نیز به جهت وجود مفسده‌ای که در ارتکاب این جرائم وجود دارد استفاده می‌شود.

چهار دسته از روایات وجود دارند که همه بر وجوب تعزیرات دلالت دارند دسته اول روایات دال بر وجوب تعزیر همه افراد و لزوم اجرای حدود الهی (منظور مطلق عقوبت است که هم شامل حد است و هم شامل تعزیر) بر همه مجرمان (حرعاملی، 1388، ص 31)، دسته دوم روایات دال بر وجوب تعزیر به صورت جمله خبریه به این معنا که به کار بردن تعزیر با افعال ماضی و مضارع و مصدر جمله خبریه و اسمیه است و در علم اصول ظهور این تعبیرات در وجوب قوی تر از ظهور امر در وجوب است. (خراسانی، 1409، ص 93) دسته سوم روایاتی است که دال بر امر به کیفر متخلف هستند فرمان حضرت علی علیه السلام به مالک اشتر در مورد منع احتکار. دسته چهارم روایاتی است که دال بر وجوب تعزیر به صورت حکایت فعل معصومین.

به وسیله وحدت ملاک تعزیر با حد نیز وجوب تعزیر اثبات می‌شود یعنی از بین علت‌های تشریح حد از سوی شارع دو علت آن که برای ما روشن است با تعزیر دارای وحدت ملاک هستند که در آیه 37 سوره مائده به آن اشاره شده است. یکی مجازات کردن مجرم و دو جلوگیری از تکرار جرم. جلوگیری از تکرار جرم و پیشگیری از آن را ناشی از ترس از مجازات گرفته است. که مفسران کلمه نکال در این آیه را به معنی ترس از مجازات دانسته‌اند. (طبرسی، 1414، ص 191) پس اجرای تعزیر واجب است چون مجرم باید مجازات شود و همچنین مجرم و دیگران از ترس مجازات مرتکب جرم نشوند. در حالی که علم جرم شناسی معتقد به پیشگیری از جرم یا تکرار آن از راه‌هایی غیر از ترس از مجازات می‌دانند. جرم شناسان عقیده دارند انسان باید به درجه‌ای از احساس مسئولیت و روح والا دست یابد که بدون ترس از مجازات از ارتکاب جرم دوری گزیند.

به وسیله عقل نیز وجوب تعزیر اثبات می‌شود. حفظ نظم واجب است. حفظ حقوق دیگران واجب است و نتیجه این دو مقدمه واجب وجوب تعزیرات می‌باشد. از آنجایی که قسمت اعظمی از جرائم در دسته تعزیرات قرار می‌گیرند کیفر زدایی و جرم زدایی از آن‌ها می‌تواند منجر به برهم خوردن نظم و پایمال شدن حقوق دیگران شود و عقل و انصاف حکم می‌کند که تعزیرات برای حفظ این دو مهم واجب باشد. وقتی وجوب اجرای تعزیر ثابت شود به طریق اولی جرم انگاری آن‌ها مطابق اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها و حق شهروندان در اطلاع از جرائم و مجازات‌ها نیز واجب می‌باشد.

رهیافت‌های کیفر زدایی و جرم زدایی در جرم شناسی این است که مجازات تنها در مواردی که رفتارها به منافع جامعه و انتظام اخلاقی صدمه می‌زنند اعمال شوند ولی وجوب اجرای تعزیرات در واقع به دلیل مخالفت با اخلاق و منافع جامعه است و مشروط

نمودن اجرا و یا اعمال این مجازات ها بر خلاف نظر شارع مقدس و با عمق نظر اسلام مخالف است و اما به صلاح نبودن اجرای آنها در زمانی خاص تنها در اختیار حاکم شرع است اما از آنجایی که اسلام دین جامع و کاملی است و شارع مقدس از دریچه رحمت خود تعزیرات را وسیله حاد تطهیر قرار داده است مراتب مجازات و مساله تناسب را نیز رعایت نموده است بنابراین قانون گذار کیفری می تواند با رعایت تناسب بین جرم و مجازات تعامل بیشتری بین دستاوردهای جرم شناسی و تعزیرات ایجاد نماید.

نکته دیگر این که اگر تعزیر را به معنای تادیب و تنبیه نیز استفاده کنیم باز هم به معنای همان تعزیر مصطلح در فقه است چون تعزیر را شارع مقدس منحصر در نوع خاصی از مجازات ندانسته است و به دلیل همین مفهوم نیز در مورد اطفال و دیوانگان به قول جمعی از فقها نیز با این که جرم قابل انتساب به آن ها نیست قائل به اجرای تعزیر هستند، در حالی که حد در مورد آنها جاری نمی گردد ولی چون تعزیر تابع مفسده است برای جلوگیری از مفسده به اصلاح و تادیب آن ها باید اقدام نمود که همان تعزیر به معنای مصطلح فقه و منظور نظر فقهاست و مرتبه ضعیف تری از تعزیرات هستند.

در مورد تبعیت احکام از مصالح و مفاسد جای هیچ گونه تردیدی نیست و از آنجایی که تمامی احکام مبتنی بر مصلحت و مفسده هستند با تمام نصوص باید تعاملی مبتنی بر مصلحت برقرار کرد. (ریسونی، 1418ق: 49) بنابراین مصلحت مبنای تمام جرم انگاری ها حتی در تعزیرات شده است. احکام حکومتی نیز بر مبنای مصلحت سنجی حاکم صورت می گیرد. از آنجایی که تمامی احکام مبتنی بر مصلحت و مفسده هستند، جرم زدایی و یا کیفرزدایی به اقتضای مصلحت خواهد بود. اقتضای مصلحت در کیفرزدایی و جرم زدایی نیز حالت استثنایی دارد و زمانی محقق می شود که مصلحت مهمتری در مقابل مصلحت اجرای مجازات تعزیری قرار گیرد. احکام ثانویه و حکومتی وصف دائمی ندارند و بعد از رفع شرایط به حالت اولیه خود باز می گردند و مصلحت و مفسده واقعی احکام تعزیرات ثابت هستند. اما مصلحت و مفسده احکام مجازات های تعزیری در تشریح آن هاست نه در اجرای آن ها. بنابراین تنها جرم انگاری در زمینه تعزیرات، منظور نظر شارع را محقق نموده است. بنابراین زمانی که بنا بر مصلحت حاکم موظف به جرم انگاری و کیفرگذاری تعزیرات شرعی در زمان یا مکان خاص می باشد با جرم انگاری به منظور نظر شارع دست یافته شده است و عدم اجرای آن ها و متوقف کردن تعزیرات شرعی در شرایط خاص تنها به معنای به فعلیت نرسیدن آن حکم در مرحله اجرای مجازات است که می توان با توسل به قاعده درء ( حد در معنای مطلق عقوبت به معنای حد و تعزیر) به تغییر در شکل اجرای مجازات ها اقدام نمود.

## 7-1- با مجازات های تعزیری

در خصوص مجازات تعزیری دو طرز تفکر وجود دارد یک طرز تفکر مربوط به فقهایی است که قائل به این هستند که تعزیرات منحصر در تازیانه است و مجازات های دیگر عنوان بدل داشته اند و تعزیر به جز تازیانه مخالف اصل است و باید به موارد منصوص اکتفا کرد و از آن تعدی نکرد. (صافی، 1404، ص 52) بنابراین به دلایلی که بیان می کنند از جمله انحصار معنای تعزیر به ضرب با تازیانه و این که تازیانه به مقدار کمتر از حد شرعی از طرف شارع مقدار مسلم است و اما مجازات به طرق دیگر به مقتضای حرمت حبس مسلمان و لزوم احترام به مال او و عدم جواز گرفتن مال مسلمان بدون رضایت او غیر مشروع است بنابراین با توجه به این که مجازات مسلمان به طرق دیگر غیر از تازیانه نص و دلیل روشنی ندارد بنابراین استفاده از دستاوردهای جرم شناسی طبق نظر و استدلال آن ها مخالف با موارد منصوص و تعدی به آن است چون علم جرم شناسی روش های قهرآمیز را همیشه متناسب نمی داند و اما تنبیه او با تازیانه به مقتضای اصل تسالم اصحاب و دلالت روایات جائز است با این طرز تفکر بخش قابل توجهی از فلسفه تشریح کیفر ضرب در فقه جزایی از بین می رود و تعزیرات نمی تواند پاسخگوی تغییرات زمان و مکان باشد. اما از آنجایی که تازیانه نص مشخص دارد، مشاهده می شود که قانون گذار کیفری ایران در اکثر قریب به اتفاق جرائم از مجازات تازیانه بهره برده است و قاضی کیفری را بین تازیانه با دیگر کیفر ها مخیر دانسته است. دلیل دیگر نیز این است که از آنجایی که تعزیرات مجازات هستند قانون گذار کیفری ایران از هر آن چه عرفاً عنوان مجازات بر آن صدق می کند استفاده نموده است.

اما طرز تفکر دوم مربوط به فقهایی است که قائل به این هستند که مجازات تعزیری تنها تازیانه نیست و اطلاق باب تعزیر، اطلاق باب امر به معروف و نهی از منکر، ملاک عقوبت های اسلامی و وجوب ایجاد نظم طبق ضوابط شرعی دلایل عدم انحصار مجازات تعزیری در تازیانه است و نمی توان قائل به این بود حاکم عقوبت هر جرم را مطلقاً با تازیانه اجرا نماید و اگر نخواهد از



تازیانة استفاده کند برای مجازات بدل از بزهار کسب اجازه نماید. بنابراین به حکم عقل، حاکم اسلامی می تواند با توجه به جامعه و موقعیت زمانی مجازات متناسبی را تعیین نماید. اما با این که مجازات، منحصر در تازیانة نیست ولی واژه تعزیر در کلمات فقها مشتمل بر واکنش های کیفی از قبیل جلد، حبس و مجازات مالی و مانند آن است.

بنابراین دو برداشت وجود دارد یکی این که در تعزیرات دستاوردهای جرم شناسی مانند کیفر زدایی، حبس زدایی و قضا زدایی و... مخالف هدف شارع است دوم اینکه در تعزیرات حاکم بین مجموعه ای از مجازات ها اختیار انتخاب دارد و می تواند از ضمانت اجرای توبیخ و تهدید و تنبیه استفاده نماید که مراتب ضعیف تری از تعزیرات شرعی هستند.

طی سوالی که رئیس دیوانعالی کشور از امام خمینی (ره) سوال نموده بودند آیا می توان از هر تنبیهی که به نظر برسد موجب تنبه و خودداری از ارتکاب جرائم می گردد جایز است به عنوان تعزیر استفاده شود یا باید به مجازات های منصوص اکتفا کرد؟ پاسخ که امام خمینی فرمودند این است که در تعزیرات شرعیه احتیاط آن است که به مجازات های شرعیه اکتفا شود مگر جنبه عمومی داشته باشد که داخل در تعزیرات حکومتی و مجازات های بازدارنده محسوب می شود یا این که در مورد تعیین تعزیر فرمودند قضاوت ماذون نمی توانند تعیین تعزیر نمایند و حق عفو نیز ندارند اما در احکام سلطانیه یا تعزیرات حکومتی که از تعزیرات شرعیه خارج هستند می توانند به مجازات های بازدارنده به امر حاکم یا وکیل او مجازات کنند.

در اینجا باید بین جرائم عرفی و شرعی تفاوت قائل شد. در جرائم شرعی با توجه به ادله و روایات حد در تقابل با تعزیر در معنای مجازات معین از نوع تازیانة و در مقابل تعزیر قرار می گیرد و در هر موردی که حد مطلق باشد مجازات تعیین شده ای جز تازیانة مد نظر است و حد و تعزیر تنها به مجازات هایی از نوع تازیانة اطلاق خواهد داشت. اما در جرائم عرفی باید خود را حصار تنگ حد و تعزیر خارج نمود. لزومی ندارد که مجازات جرائم عرفی را تعزیرات نامید و منحصر در تازیانة نمود. اطلاق چنین نامگذاری توسط فقها به دلیل این است که در بسیاری از روایات بدون ذکر نوع یا میزانی از مجازات از اصطلاحاتی مانند عقوبت، نکال، تادیب و... استفاده شده است. اطلاق عنوان تعزیر مترادف این اصطلاحات نظر فقهاست که تخریجی و اصطیادی است چون گواہ منصوصی در این زمینه وجود ندارد.

از آنجایی که معنای اصلی تعزیر منع و ردع است شامل هرگونه عقوبت و تادیبی می شود و اطلاق تعزیر در روایات حمل بر معنای ردع و منع می گردد که نشان می دهد فردی خاصی از عقوبت اراده نشده است. بنابراین حاکم می تواند مجرم را با تهدید، ضرب، توبیخ و تبعید، جریمه نقدی و مانند اینها مجازات نماید. بنابراین ضرب یکی از مصادیق شایع تعزیر است به دلیل این که تعزیر تشریع شده است تا مجرم را از جرم بازدارد و این نتیجه در صورتی به دست می آید که ضرب از مصادیق آن باشد نه منحصر در آن. بنابراین در تعزیرات هیچ محدودیتی در استفاده از کیفرهای متناسب نسبت به احوالات خاص مجرمین وجود ندارد اما استفاده از واکنش های دیگر غیر از آن چه در شرع عنوان شده محل تردید است مثلاً جایگزین های حبس که با بهره گیری از این دستاوردها وارد نظام کیفری کشورها شده اگر در معنا و مفهوم تعزیر شرعی باشد در صورتی مخالف شرع نیستند که مجرم را محدود و مقید کنند در غیر این صورت مجازات تعزیر شرعی نیستند و قانون گذار از نظر شرع مجاز به بهره گیری از این دسته از جایگزین ها نمی باشد. اما بالعکس در خصوص جرائم عرفی همانطور که عنوان شد اصطلاح تعزیر به کار برده شده توسط فقها اصطیادی و تخریجی است بنابراین می توان خود را از دوگانگی حدو تعزیر خارج نمود و از هر نوع مجازاتی که در روایات آمده بهره برد بدون آن که به آن ها حد یا تعزیر اطلاق نمود.

در خصوص مجازات های جایگزین حبس و رهیافت حبس زدایی که به عنوان جایگزین زندان های کوتاه مدت وارد نظام کیفری کشورها از جمله ایران شده است نکته مهم در خصوص مجازات حبس و با دقت و تأمل در روایات شیعه و سنی ملاحظه می شود یکی از مهمترین مصادیق مجازات های تعزیری در کنار ضرب مجازات حبس است. با توجه به مشکلات و معایب زندان ها حکومت ها به فکر حبس زدایی افتادند. علت این که در روایات نیز بر مجازات شلاق و ضرب بسیار تکیه شده است اجتناب از همین معایب و مشکلات بوده است. همانطور که قبلاً هم اشاره کردیم مجازات های تعزیری محدود به ضرب نیست و شامل حبس و دیگر مجازات ها به دلیل حالات مختلف و انگیزه های متفاوت انسان ها در ارتکاب جرم می باشد و از جمله عقوبت هایی است که در اصلاح و تربیت عده ای از بزهاران موثر است و حذف آن و محدود کردن اختیار قاضی در انتخاب مجازات هایی غیر از حبس بر خلاف هدف شارع از تشریع مصادیق مجازات های تعزیری است. معایب زندان ها بر هیچ کس پوشیده نیست ولی نمی شود معایب زندان ها و

قصور مسئولین ذی ربط در اصلاح اوضاع زندان ها و رفع معایب آن را با حذف مجازات زندان جبران کرد. می توان با تدابیر لازم در رفع معایب زندان ها تلاش کرد و از میزان آن معایب کاسته یا آن ها را به کلی برطرف کرد از طرفی همه مجرمین به مانند هم نیستند و حالات و انگیزه های آن ها در ارتکاب جرم متفاوت است بنابراین از پیش نمی توان تشخیص داد زندان مفید نیست چه بسا برخی افراد تنها با مجازات زندان اصلاح و تربیت شوند.

جرم شناسی بر این عقیده است که زمانی که در پیشگیری جامعه ای سهل انگاری شود و جامعه ای بیمار شود اعاده سلامت به آن کاری بس دشوار خواهد بود ممکن است انحرافی را با تذکری جلوگیری کرد و چه بسا فردا دیگر با تهدید و خشونت هم نتوان جلوی آن را گرفت. اگر چه این گفته صحت دارد اما این که پیشگیری مورد نظر جرم شناسی با مجازات کردن متفاوت است اگر چه یکی از نتایج اعمال مجازات ها پیشگیری است ولی پیشگیری به طور خاص در حیطه بحث امر به معروف و نهی از منکر قرار می گیرد اما امر به معروف و نهی از منکر ضمانت اجرای احکام نیست و مجازات به شمار نمی رود چون اجرای امر به معروف و نهی از منکر نیاز به شرایطی دارد که ممکن است محقق نشود دوما یکی از اهداف مجازات های تعزیری عبرت دیگران است که این هدف مجازات ها با تدابیر پیشگیری کننده محقق نمی شود مگر این که قائل به این باشیم که تدابیر پیشگیری کننده نیز مصداقی از مجازات هایی است که می توان خارج از حد و تعزیر تصور نمود و از تجمیع آن ها زیر عنوان حد و تعزیر امتناع نمود.

در این قسمت دو نکته اصلی وجود دارد که باید به آن توجه شود. قیاس اولویت قاعده ای اجتهادی است که در فقه کاربرد فراوانی دارد که از راه اقوی و اشد بودن علت حکم در فرع، حکم اصل به فرع سرایت داده می شود. عقل انسان از درک مناط حکم موجود در قضیه تعزیر و حد قاصر نیست. ملاک و مناط تعیین تعزیر و حد یکی مجازات کردن مجرم و جلوگیری از تکرار و پیشگیری از آن است. از آنجایی که در حدود طبق ادله تخفیف جاری است به طریق اولی در تعزیرات که خفیف تر از حدود است باید تخفیف جاری شود، چون دلالت در حدود قوی تر از تعزیرات است. البته در این قیاس محل اختلاف است ولی فقها آن را حجت دانسته اند و از آنجایی که حکم تخفیف و درء مجازات حدی به مناط جلوگیری از تکرار جرم و پیشگیری از آن در حدود در تعزیرات نیز وجود دارد، موجب ثبوت حکم قضیه اول در قضیه دوم می شود.

از سوی دیگر در قاعده تدرء الحدود بالشبهات، حد به معنای مطلق عقوبت به کار گرفته شده است بنابراین این قاعده به دلایل ذکر شده در بالا در تعزیرات نیز باید جاری شود. در حالی که قانون گذار به خوانش جدید از قاعده درء روی آورده است که حتی با وجود شبهه و تردید قاضی باید به دنبال دلیلی دال بر نفی شبهه بود. این نشان می دهد که قانون گذار به سمت کیفرزدایی از جرائم تعزیری با توسل به این قاعده نیست و تمایل به عدم اعمال و بی اثر کردن قلمرو این قاعده است. نتیجه این است بی اثر کردن قلمرو این قاعده موجب سخت گیری در تعزیرات بیش از حدود خواهد شد که غیر منطقی و دور از عقل است و از سوی دیگر این موضوع منجر به تجسس در زندگی خصوصی افراد شده و اعراض و نفوس را به خطر انداخته و در نتیجه با اصل برائت در تعارض قرار می گیرد.

## 7-2- در تعزیرات از لحاظ مرجع تعیین

از نظر شرع قوانین یا باید از طرف خدا وضع و ابلاغ شوند یا از طرف شخصی که از طرف خدا مسئولیت این وظیفه را به عهده دارد. تعزیر بمایراه الحاکم قاعده مسلم فقهی است به معنای این است که هر نوع تعیین مجازات چه در نوع و چه در مقدار مجازات برخلاف این قاعده فقهی و غیر شرعی است. حاکم شرع ملزم است بر امور عمومی جامعه به وسیله اعمالی که مصلحت جامعه را تحقق ببخشد نظارت کند. به گونه ای که این اعمال در چارچوب احکام الهی باشد. بنابراین اختیارات حاکم شرع تا حدی است که با نصوص شریعت و روح آن مخالفت نکند.

حاکم شرع هر شخصی که باشد باید مجری احکام شریعت و برپادارنده حدود الهی باشد. همانطور که پیامبر اسلام و حضرت علی علیه السلام این گونه رفتار نمودند. عدم جواز تعطیلی حد و تعزیر به وسیله امام ناظر به شان حکومتی آن هاست و نمی توان گفت بر آن ها واجب بوده است و بر حکام دیگر واجب نیست (انصاری، 1385، ص 104) حاکم شرع همانی است که در این امور به خاطر

مصالح مسلمین تصرف می نماید. بنابراین حاکم شرع هم در تعیین تعزیر حتی تعزیرات غیر منصوص شرعی آزادی مطلق ندارد. تعزیرات همانگونه که بیان شد هم در حق الناس و هم در حق الله اجرا می شود چون تعزیر برای کسی که به حقوق خداوند و بندگان او تجاوز نماید تشریح شده است و مانند حد واجب است. (جزیری، 1411، ص 398) در صورتی که مجرم با ارتکاب جرم حق خداوند را نادیده بگیرد امام حق دارد در صورت وجود مصلحت تعزیر را ترک کند و در صورتی که به حقوق مردم تجاوز شده باشد اجرای تعزیر واجب است. بنابراین حاکم شرع در صورتی که به حقوق مردم تجاوز بشود آزادی مطلق در کیفرزدایی و یا جرم زدایی ندارد و اختیار او در این زمینه محدود می شود.

از آن جایی که شارع مقدس راضی به از بین رفتن مصالح و نابودی احکام در جامعه اسلامی نیست بنابراین در برخی موارد به حاکم شرع اجازه ایجاد محدودیت های گوناگون حقوقی و قضایی و تحریم برخی افعال یا ترک فعل ها و تعیین تعزیر در مواردی که مصلحت مسلمین و جامعه اسلامی اقتضا کند را داده است و مطابق اصل قانونی بودن، اوصاف مصلحت ها را نیز تعیین نموده است. اما در خصوص کیفر زدایی و جرم زدایی صراحتاً از سوی شارع اجازه ای به حاکم شرع داده نشده است.

البته معیار و قاعده کلی در حاکم شرع فقیه واجد شرایط است یعنی حاکم بر قضا باید مجتهدی جامع شرایط باشد. منظور از حاکم در شرع، قاضی مجتهد است تا بتواند تعزیرات منصوص شرعی را از فقه استنباط نماید و در تعزیرات غیر منصوص شرعی حکم قضیه و مجازات تعزیری متناسب را تعیین نماید ولی به دلیل ضرورت و نیاز جامعه به قاضی و نبود شرایط اجتهاد در قضات وظیفه حاکم شرع است که در هر مورد حکم قضیه را مشخص کند و قضات را موظف به تعیین مجازات تعزیری در محدوده مشخص شده بنماید.

یکی از این مصادیق نظارت بر حفظ شعائر دینی و اسلامی در وضع قوانین و مقررات کیفری است. بنابراین این شعائر دینی در همان قواعد و احکامی است که به سبب آن ها اصالت اسلام و کلیت آن از گزند محفوظ می ماند و تشخیص این امور تنها در اختیار حاکم شرع قرار داده شده است. در واقع اجتهاد در بطن فقه اسلامی ضامن حفظ هویت و دوام رسالت یک نظام سیاسی و حقوقی است راهکاری موثر که دین اسلام را از خطر بزرگ زوال و نابودی و تفاسیر نادرست از شریعت و فقه حفاظت می کند و موجبات بهره مندی جوامع اسلامی را از مواهب هدایت سماوی در همه زمان ها و مکان ها فراهم می نماید.

علم جرم شناسی برای بهره مندی از دستاوردهایی چون کیفر زدایی یا جرم زدایی دست قاضی کیفری را در اعمال مجازات باز می گذارد تا با توجه به شرایط مرتکبین و به تناسب حال آن ها اقدام به تعیین تدابیر متناسب نماید. در تعزیرات چنین اجازه ای حتی به حاکم شرع هم داده نشده است چه رسد به قاضی ماذون. قاضی اختیارش کاملاً محدود به حدود شریعت است یعنی قاضی کیفری تنها وظیفه مطابقت عمل بزهکار با مصالح نظم عمومی را دارد. برخلاف شریعت است که قاضی کیفری فعل یا ترک فعلی را اگر مطابق مصلحت بود جرم بداند و در غیر این صورت جرم زدایی کند یا بنا بر اصل مقتضی بودن تعقیب به بهانه عدم مصلحت از تعقیب متهم صرفنظر کند. شریعت برخورد فعل یا ترک فعل با مصالح اجتماعی را نوعی تعیین جرم می داند این وظیفه حاکم شرع است که بنا به ضرورت های اجتماعی و مصالح عمومی فعلی را که شارع حرام ندانسته است و فقط به تعیین وصف آن اکتفا کرده است با تشخیص آن اوصاف و شرایط، جرم انگاری یا جرم زدایی کند. البته قضات مجتهد می توانند با قدرت اجتهاد در مقام فصل خصومت با توسل به اصول و قواعد فقهی با مطابقت عمل بزهکار با مصالح عمومی از تعقیب متهم صرفنظر کنند و یا با تشخیص اوصاف و شرایط با عمل بزهکار، مبادرت به جرم زدایی و یا کیفرزدایی نمایند. اما مساله مهم اینجاست که همه قضات مجتهد نیستند و مشکل همچنان باقی خواهد ماند. شارع مقدس بهره مندی از دستاوردهای جرم شناسی را محدود می کند ولی به کلی از بین نمی برد و در بسیاری از بن بست ها می توان با تمسک به اصولی که از نظر شارع مجاز است از حالت بلا تکلیفی خارج شد. بنابراین از آنجایی که بسیاری از قضات از قدرت اجتهاد برخوردار نیستند و امروزه بهره مندی از قضات مجتهد مقدور نیست و یا دست کم دشوار است، می توانند با این استدلال که مصلحت و مفسده تعزیرات با تشریح آن ها محقق شده است با تغییر شکل مجازات تعزیری به اقداماتی تربیتی و اصلاحی و ترمیمی مبادرت ورزند. در این جا در واقع بهره مندی از دستاوردهای جرم شناسی از حیطة اختیارات قانونگذار خارج است، در حالی که می توان دستاوردهای جرم شناسی را بزه دیده مدار، مجرم مدار و قاضی مدار نمود. به این معنی که زمانی که محدودیت برای قانون گذار از جهت جرم زدایی وجود دارد به کیفرزدایی بزه دیده مدار و قاضی مدار متوسل شد. این راه حل مربوط به تعزیرات مصطلح شرعی است. در خصوص جرائم عرفی از آنجایی که نظام حد و تعزیر امری اصطیادی و استخراجی است می توان خود را از نظام کیفری حد و تعزیر و تقابل این دو خارج نمود تا هم بتوان از همه انواع

مجازات‌ها استفاده نمود حتی اگر آن مجازات عنوان تعزیر نداشته باشد این امر موجب می‌شود نه تنها بهره‌مندی از دستاوردهای جرم‌شناسی از حیطة اختیارات قانون‌گذار خارج نشود بلکه قاضی کیفری غیر مجتهد نیز بتواند با مطابقت عمل بزهکار با مصالح عمومی به تشخیص خود از تعقیب متهم صرف‌نظر نماید و با تشخیص اوصاف و شرایط با عمل بزهکار اقدام به جرم‌زدایی یا کیفرزدایی نماید.

### 7-3- با اصل قانونی بودن تعزیرات

اگر اصل قانونی بودن را دروازه ورود به حقوق کیفری بدانیم نقطه شروع مباحث حقوق کیفری در مرحله قانون‌گذاری داخلی ماده 2 قانون مجازات خواهد بود (حبیب زاده، 1384، ص 3). شریعت اسلامی اصل قانونی بودن جرم و مجازات را در تعزیرات نیز اجرا نموده است. اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها از اصول اساسی شریعت است که آن را در چارچوب جرائم تعزیری گسترش داده است این گسترش از آن جهت است که قاضی می‌تواند از بین مجموعه‌ای از مجازات‌ها مجازات متناسب را انتخاب نماید و تخفیف یا تشدید نماید. (عوده، 1373، ص 170) دستاوردهای جرم‌شناسی باید بر طبق اصل فردی کردن مجازات‌ها تدوین شود وقتی بناست فردی مطابق با شرایط جسمی و روحی و سوابق شخصیتی خود مجازات شود قانون‌گذار کیفری نمی‌تواند از پیش تعیین کند چه مجازاتی متناسب با مرتکب جرم است و یا این که اقدامات تامینی یا مجازات‌ها تا چه مدت باید اعمال شود تا حالت خطرناک مجرم خنثی شود به دلیل این که همه مجرمین را نمی‌توان با توجه به یک مدل مجازات کرد اگر این وظیفه خطیر به قضات محول شود از آنجایی که تعیین میزان تعزیر با حاکم شرع است قضات در این زمینه با محدودیت مواجه می‌شوند بر فرض که قضات هم شایستگی تعیین تعزیر را داشته باشند توانایی این که بتوانند تشخیص دهند حالت خطرناک تا چه مدتی مرتفع می‌شود امکان پذیر نیست همین مساله موجب اعمال سلیقه توسط قضات می‌شود و سلیقه‌ای عمل کردن قضات ممکن است منجر شود حقوق و آزادی‌های اساسی شهروندان که اصل قانونی بودن برای تضمین آن‌ها قرار داده شده است دچار خدشه شود.

برخی به اشتباه گمان می‌کنند شریعت جرایم تعزیری را معین نکرده است و این امر مهم را به قاضی سپرده است و با این تفکر اشتباه به این نتیجه رسیده‌اند که جرائم تعزیری و مجازات‌های آن معین نیستند. این قاضی است که با اختیار تام می‌تواند این مجازات‌ها را تعیین نماید. شریعت فعل و ترک فعل‌هایی را که جرم شناخته می‌شوند مشخص نموده است و قاضی تنها مکلف است در خصوص جرم بودن یا نبودن فعل یا ترک فعل فاعل بر اساس شریعت تحقیق و بررسی نماید تا بتواند او را به مجازات تعزیری محکوم نماید. هیچ کس حق ندارد حلال خدا را حرام و حرام خداوند را حلال کند. بنابراین از کلام فقها فهمیده می‌شود که تعزیر برای هر جرمی که شریعت آن را تحریم کرده است وجود دارد، اما مجازات تعزیری آن گونه که در حدود و قصاص و دیات است مشخص نیست. (عوده، 1373، ص 192) بنابراین در خصوص مجازات‌های تعزیری نص وجود دارد ولی در خصوص مقدار معین نص وجود ندارد. پس زمانی که قاضی اختیار مطلق ندارد چگونه می‌تواند برای مجرمین متناسب با اوضاع و احوال آن‌ها به اقدامات غیر کیفری به صلاحدید خود اقدام نماید.

برداشت مجازات نامعین از روایات برای تعزیر به دلیل شیوه کاربرد آن در روایات است. (طباطبایی بروجردی، 1429 ه ق، 30: 638، ح 5) با توجه به روایات مشخص می‌شود در تمامی روایات تعزیر در کنار حد به کار برده شده است و مجازات‌های معین در روایات که تازیانه نیستند به ندرت حد نامیده شده است، به نظر می‌رسد کاربرد حد و تعزیر در کنار هم قرینه‌ای بر این باشد که مجازات تعزیر باید از نوع حد ولی کمتر از آن باشد اصطلاح دون الحد نیز ظهور در این امر دارد. بنابراین اصلاً تعزیر به معنای تادیب نیست بلکه به معنای ضرب کمتر از حد است (ضرب دون الحد) چون تادیب ویژگی تمامی مجازات‌ها چه حد و چه تعزیر است. در روایتی از شیخ طوسی در المبسوط نیز به توبیخ و حبس تعزیر اطلاق نشده است. (شیخ طوسی، 1387 ه ق، 8: 63) بنابراین تعزیر منحصر در تازیانه است چون باید از حد کمتر باشد و در غیر این صورت معنای عبارت ضرب دون الحد غیر روشن می‌شود. بنابراین اصل قانونی بودن در تعزیرات را تنها می‌توان در این مورد رعایت نمود و در سایر موارد محدودیت بهره‌مندی از دستاوردهای جرم‌شناسی بر طرف می‌شود.

جرم انگاری و تعیین کیفر در جرائم مستوجب تعزیر مصرح در شرع نیز به طریق اولی دائمی و ابدی است و نمی توان تعزیر آن ها را به شرایط خاص زمانی و مکانی و اوضاع و احوال خاص مرتبط دانست. در تعزیرات غیر منصوص شرعی نیز حاکم شرع وظیفه دارد رفتارهای تحریم شده در شریعت و مخالف اخلاق را که منافی منافع و نظم عمومی و مضر به حال اشخاص را که کیفر معین و قطعی نداشته باشد را جرم و قابل تعقیب و کیفر اعلام کند. هیچ کس حتی حاکم شرع مطلقاً مختار نیست حلال خدا را حرام و حرام خدا را حلال کند بنابراین حاکم شرع نمی تواند فعل یا ترک فعلی را که از سوی شارع تحریم نشده است جرم انگاری کند و یا فعل یا ترک فعلی که از سوی شارع تحریم شده است جرم زدایی نماید مگر به اقتضای مصلحت که اوصاف آن را نیز شارع از پیش تعیین نموده است و حاکم شرع تنها موظف به انطباق وصف با شرایط اجتماعی است. مصالح و مفاسد نیز چه در جرم انگاری و کیفرگذاری و چه در جرم زدایی و کیفرزدایی حالت استثنایی دارند و پس از رفع اوصاف مصلحت به حالت اولیه خود بازمی گردند.

اصل کلی در شریعت این است که اجرای تعزیر تنها درباره معاصی امکان پذیر است یعنی عمل یا ترک عملی که از سوی شارع تحریم شده است. ولی مصلحت عمومی گاهی ایجاب می نماید تعزیر برای افعال یا ترک افعالی که نصی بر تحریم آن ها نیست نیز اعمال شود مشخص شدن این شرایط از پیش امکان پذیر نیست و وصف مورد نظر باید به وجود آید این وصف همان زیان به نظم یا مصلحت عمومی است. تشخیص ایجاد این وصف مورد نظر نیز با حاکم شرع است. پس بنابراین دیده می شود در تعزیرات بر مبنای مصالح عمومی نیز این اصل مهم رعایت شده است و ضرورت های جامعه و نظم اجتماعی اقتضای تعیین آن هاست. در این موارد نیز محدودیت های ناشی از تعزیرات از جمله وجوب مجازات و ایجاد محدودیت برای مجرم و جرم انگاری و تعیین کیفر بر مبنای اصل قانونی بودن باید رعایت شود.

این اصل در ثابتات (حدود و قصاص) به طور دقیق با تاسی از نظام جزایی اسلام اجرا شده است؛ اما در مورد متغیرات (تعزیرات) به دلیل وجود اصول دیگری از جمله اصل احتیاط و قاعده لاضرر نیاز به رعایت این اصل نیست اما در تعزیرات مصطلح فقهی نیز اصل قانونی بودن در مورد نوع مجازات و تشخیص مصلحت و مفسده در جرم انگاری یا جرم زدایی و کیفرگذاری یا کیفرزدایی نیز همچنان جاری است. به این دلیل که مصالح و مفاسد واقعی احکام ثابت هستند و تغییر مصلحت ها و مفسده ها با گذر زمان کاملاً حالت استثنایی دارند. اما نکته مهم این است که در رعایت اصل احتیاط برای حفظ مصالح و مفاسد در تعزیرات نیز نباید افراط نمود. در زمان جهل به واقع برای دست یابی به مصلحت واقعی و یا پرهیز از مفسده واقعی در صورت عدم اطلاع از واقع احتیاط در رعایت احکام ظاهری بر مکلفین واجب است. به حکم عقل وجوب احتیاط از پیامدهای شرع است. اما رعایت احتیاط برای پرهیز از عقوبت است و زمانی که احتیاط منجر به عسر و حرج شود دیگر رعایت آن واجب نیست. در تعزیرات نیز احتیاط در یقین به امتثال دستور شارع با وجود اصل استصحاب واجب است ولی زمانی که احتیاط منجر به عسر و حرج در اجرای برخی مجازات ها و یا عدم اثرگذاری آن ها در بزهکار و یا اصلاح او و دیگران می شود وجوب و مطلوبت احتیاط برداشته می شود که البته تشخیص این امور به عهده قاضی محکمه است و از حیطة صلاحیت قانون گذار خارج می شود.

جرم زدایی از جرائم تعزیری به کیفرزدایی و قضازدایی منجر می شود ولی لزوماً کیفرزدایی از جرائم تعزیری به قضازدایی منجر نخواهد شد. در کیفرزدایی با وجود یک جرم و تعیین ضمانت اجراها در آن، تدابیری اندیشه می شود تا دادرس به طور اختیاری یا اجباری کیفر قانونی را اجرا ننماید. مثل تعلیق مجازات یا جایگزین های حبس. به دلیل این که اصل قانونی بودن محدودیت ایجاد می کند. بنابراین این رهیافت کیفرزدایی در اختیار قضات است و قضازدایی را به همراه ندارد. به این دلیل که پس از احراز مجرمیت بر اساس اصل قانون بودن کیفرزدایی صورت می گیرد. بنابراین به نظر می رسد با وجود جاری شدن اصل قانونی بودن در تعزیرات اگرچه بهره مندی از جرم زدایی با محدودیت مواجه است ولی اگر عدم اجرای مجازات تعزیر مصطلح در شرع و متوقف کردن آن در شرایط خاص به معنای نسخ حکم در شریعت و وضع قانون و جعل حکم نباشد و تنها به معنای به فعلیت نرسیدن آن حکم در مرحله اجرای مجازات تعزیری شرعی باشد می توان یا از اجرای تعزیر جلوگیری کرد و یا کیفیت اجرای آن را تغییر داد.

در خصوص دستاوردهای جرم‌شناسی و تعزیرات از باب ادله اثبات نیز محدودیت وجود دارد تا جایی که پذیرش یا رد آن‌ها در اثبات یا رفع مجازات تعزیری موثر می‌باشد. یکی از دستاوردهایی که علم جرم‌شناسی با خود به همراه آورده است بهره‌گیری از ادله غیر فقهی در جهت اقناع وجدان قاضی برای مجازات مجرم است. از جمله دستاوردهای علمی جدید مثل نصب دوربین‌های مدار بسته در مناطق پرخطر برای کاهش جرم یا بهره‌گیری از علوم مختلف مثل پزشکی قانونی، روانشناسی جنایی و یا روانپزشکی جنایی برای اثبات جرم.

ادله اثبات در جرائم شرعی از جمله تعزیرات منحصر در ادله قانونی هستند و تنها با ادله قانونی است که می‌توان حکم به مجازات تعزیری داد هر چند قاضی به اقناع وجدان نرسیده باشد ولی اگر جرم با ادله غیر فقهی از جمله پزشکی قانونی یا پلیس علمی و... ثابت شود با استناد به ضوابط حقوقی می‌توان حکم به مجازات یا اقدامات تامینی و تربیتی داد در حالی که این ادله از نظر شرع مقدس جواز اعمال مجازات تعزیری نمی‌باشد. یعنی در حقوق عرفی با ادله غیر فقهی و غیر قانونی نیز می‌توان حکم به وجود حالت خطرناک یا مجازات فرد را صادر نمود و در صورتی می‌توان اقدام به کیفر زدایی نمود که قاضی احتمال خلاف در ادله را بدهد در حالی که در جرائم شرعی و تعزیرات در صورتی قاضی می‌تواند اقدام به کیفر زدایی نماید که علم به خلاف ادله قانونی پیدا کند و با صرف احتمال خلاف نمی‌تواند از مجازات منصرف شود.

از نظر شرع و ادله فقهی هر مجرم مستحق مجازات است مگر اینکه جرم به دلایلی قابل استناد به او نباشد. به همین دلیل است که پیدایش جنون بعد از ارتکاب جرم مانع از اجرای مجازات حتی در تعزیرات نیز نمی‌شود و چنانچه برای حاکم شرع محرز شد که قبل از جنون مرتکب جرم شده است باید او را مجازات کند البته برخی فقها معتقد به اجرای تعزیر بعد از بهبودی هستند که البته این نظر مخالف نص و فتوای فقهاست. (نجفی، 1362، ص 342) با توجه به اصل استصحاب. به این معنا که با توسل به اصل استصحاب و بعد از ارتکاب جرم، توقف کیفر بر اساس اطلاق روایات باطل است و لزوم تعزیر ثابت می‌شود. اما از آنجایی که استصحاب دلیلی است برای استخراج حکم ظاهری. اما از آنجایی که استخراج حکم ظاهری تفکیک بین مسئولیت و عدم مسئولیت جایز نیست بنابراین استصحاب مسئولیت جزایی را ثابت می‌کند و طبع آن اجرای مجازات تعزیری را به دنبال دارد؛ ولی با تامل می‌توان دریافت از آنجایی که حد در شریعت به معنای مطلق عقوبت به کار رفته است هم شامل حد به معنای خاص می‌شود و هم شامل تعزیر. بنابراین استصحاب ثبوت کیفر تعزیر با قاعده درء مبنی بر رفع مجازات در تعارض قرار می‌گیرد و بنابراین می‌توان قاعده درء را که دلیل اجتهادی است بر اصل استصحاب که دلیل فقهی است مقدم داشت و بر رفع مجازات تعزیری حکم نمود. البته با توجه به آنچه پیشتر در خصوص تعزیر و مجازات تعزیری بیان شد می‌توان با بهره‌گیری از نظام چندگانگی مجازات‌ها در جرائم عرفی محدودیت بهره‌مندی از دستاوردهای جرم‌شناسی در خصوص تعزیرات را محدود نمود.

## 7-5- با مرور زمان (به عنوان نهاد کیفر زدایی) در تعزیرات

یکی از نهادهای ارفاقی که به تبرئه مجرم و سقوط کیفر در راستای اهداف مهم علم جرم‌شناسی کمک می‌کند مرور زمان است. یکی دیگر از محدودیت‌های جدی دستاوردهای جرم‌شناسی با تعزیرات در مبحث مرور زمان است. مرور زمان در حقوق جزای عرفی مدت زمانی است که پس از گذشت آن تعقیب و اجرای حکم موقوف می‌شود. (ضرابی، 1372، ص 45)

فقهای شیعه معتقدند گذشت زمان باعث عدم قبول شهادت و سقوط کیفر نمی‌شود و زمانی که یک جرمی اثبات گردید بایستی مجرم کیفر شود. (طوسی، 1428، ص 178) دلایلی که این دسته فقها برای عدم سقوط کیفر عنوان می‌کنند، شامل تعزیرات شرعی نیز می‌شود.

اطلاق روایاتی که در وجوب تعزیر در بالا اشاره شد وجوب اعمال تعزیر در آن‌ها مقید به گذشتن مدت زمان خاصی نشده است بنابراین اطلاق روایات توقف کیفر را باطل می‌دانند. از سوی دیگر استصحاب نیز لزوم تعزیر را اثبات می‌کند. بنابراین بعد از ارتکاب جرم و اثبات آن نزد حاکم استحقاق مجازات برای مجرم ثابت است و با گذشت زمان نسبت به آن تردید پیدا می‌شود و به حکم استصحاب گفته می‌شود اکنون نیز مانند گذشته مجرم استحقاق مجازات تعزیری را دارد. بنابراین مرور زمان در حقوق جزای عرفی

نه تنها دلیل فقهی ندارد بلکه دلیل در مخالفت آن هم وجود دارد. اطلاق و عموم ادله و عموم آیه شهادت ثابت می کند همانطور که اگر شهود بعد از ارتکاب جرم به وسیله مجرم فوراً شهادت می دادند پذیرفته می شد در صورت تاخیر نیز پذیرفته می شود و اگر قرار باشد با صرف احتمال حد یا تعزیرات اجرا نگردد، نباید هیچ حد یا تعزیری اجرا شود.

بنابراین استصحاب به عنوان یکی از اصولی است که قلمرو وسیع دارد و با آن می توان مسئولیت جزایی را اثبات کرد. با دقت در روایات می توان دریافت که استصحاب تنها یک قاعده تسهیل آور نیست و کلفت آور است. بنابراین در اجرای استصحاب نمی توان بین احکام الزامی و تسهیلی و مسئولیت جزایی و غیر آن تفکیک قائل شد و در همه حال مسئولیت جزایی را نیز اثبات می کند. استصحاب دلیلی است برای این که حکم ظاهری را بتوان استخراج نمود. احکام ظاهری نیز تسهیلی هستند و تسهیلی بودن آن ها در اصل جعلشان است نه در مفاد و محتوایشان. زیرا اگر این احکام ظاهری وجود نداشتند، مکلف باید حکم واقعی را کشف می نمود که در آن حالت به عسر و حرج گرفتار می شد. پس شارع با جعل این احکام خواسته زندگی روزمره افراد دچار هرج و مرج نشود.

مشهور فقها نیز بر این نظر هستند که در استصحاب تفکیک بین احکام الزامی و تسهیلی و مسئولیت و عدم مسئولیت در امور جزایی معنا ندارد و در همه جا جریان می یابد. امام خمینی نیز بر همین مبنا معتقد است اصل استصحاب مسئولیت را در امور جزایی اثبات می کند. (خمینی، 1381: 125) بنابراین فقهای شیعه به طور گسترده استصحاب را به کار بسته اند و از طریق استصحاب مسئولیت جزایی را اثبات کرده اند. (شیخ انصاری، 1410، ج 13: 23) (گلپایگانی، 1399: 93) (لنکرانی، 1421: 155) (طباطبایی بزدی، 1419، ج 5: 206)

بنابراین اصل استصحاب در امور کیفری در مواد 117، 307، 308، 311 و... جاری است.

بنابراین آنچه بیان شد استصحاب از اصولی است که مسئولیت جزایی را ثابت می کند و به طبع آن اجرای کیفر را به دنبال دارد حتی در تعزیرات ولی آنچه نور امید به بهره مندی از دستاوردهای جرم شناسی را در ذهنمان روشن نگه می دارد این است که اگر تدابیر اصلاحی و تربیتی را همان تعزیرات مصطلح در فقه بدانیم می توانیم از آن ها در مورد مجرمین بهره برد. از سوی دیگر اصل استصحاب در اینجا با قاعده درء در تعارض قرار می گیرد. در اینجا با توسل به قاعده استصحاب مجازات ثابت می شود، در حالی که قبلاً عنوان شد قاعده درء بر رفع مجازات دلالت داشت. از آنجایی که قاعده درء دلیل اجتهادی است بر اصل استصحاب که دلیل فقهی است تقدم دارد. بنابراین در جایی که استصحاب موجب مسئولیت جزایی می شود و کلفت آور است می توان با توسل به دلایل اجتهادی مسئولیت جزایی را رفع نمود. بنابراین در خصوص مواد 307، 308 و 311 قانون مجازات اسلامی برخی با استناد به اصل استصحاب حکم به مجازات داده اند و برخی با استناد به قاعده درء حکم به سقوط مجازات داده اند. بنابراین به نظر می رسد از آنجایی که بنای شارع بر سهل و آسان گیری است و بر طبق احادیث معصومین خطا در عفو بهتر از خطا در اجرای مجازات است از سوی دیگر از آنجایی که لفظ حد در لسان ائمه در معنای قصاص و تعزیر نیز می باشد، بنابراین به جای جاری نمودن اصل استصحاب شایسته است از دلیل اجتهادی درء استفاده شود. و قاعده درء بر اصل استصحاب وارد و مقدم است چون با وجود اماره و دلیل، استصحاب جاری نمی شود چون استصحاب برای موارد حیرت و سرگردانی حکم ظاهری را بیان می کند ولی قاعده درء جز قواعد مسلم فقهی است که برای استنباط احکام جزئی استفاده می شود. (محقق داماد، 1387: 22)

## 7-6- در تخلفات

در وجوب تعزیر برای انجام محرمات و ترک واجبات بین فقها اختلافی نیست. اما اختلاف در خصوص مکروهات و مستحبات است که در حقوق کیفری با عنوان خلاف از آن نام برده می شود. فقهای که معتقدند مکروه ظهور در نهی دارد و مستحب ظهور در امر دارد مکروهات و مستحبات را نیز مشمول تعزیرات می دانند و دستاوردهای جرم شناسی چون خارج از دایره تعزیرات هستند با توجه به عقیده این دسته از فقها برای بهره مندی از دستاوردهای جرم شناسی با محدودیت های ذکر شده مواجه هستند و اما مشهور فقها اعتقاد دارند مستحب امر تخییری و مکروه نهی تخییری است و قائل به عدم جواز مجازات تعزیری هستند. چون مستحب و مکروه

ایجاد تکلیف نمی کند و عدم تکلیف هم مجازات ندارد. چون واژه گناه اسم ذم است و انجام مکروه و ترک مستحب قابل مذمت نیست. (غزالی، 1417، ص 76).

پدیده مجرمانه از نظر علم جرم شناسی هم شامل جرم می شود و هم شامل انحراف. انحراف کنش هایی که از هنجارها و ارزش های گروه اجتماعی ویژه پیروی نمی کند می باشد. (کلدی، 1381، ص 52) بنابراین در جرم شناسی نه تنها جرائم قانونی بلکه کلیه انحرافات نیز می توانند مورد توجه قرار گیرند. به نظر می رسد مکروهات و مستحبات از نظر جرم شناسی جزء انحرافات محسوب شود. بنابراین از آنجایی که ضمانت اجرای خاصی برای این دسته وجود ندارد و امر به معروف و نهی از منکر مجازات به شمار نمی رود از امر به معروف و نهی از منکر به عنوان پیشگیری خاص مورد نظر جرم شناسی بهره برد.

### نتیجه بحث

در این مقاله به بررسی محدودیت های اعمال دستاوردهای جرم شناسی در تعزیرات پرداخته شد. از آنجایی که تعزیرات یکی از مسائل مهم و مبتلا به در دستگاه قضا محسوب می شود؛ برخی با توجه به قاعده التعزیر بما یراه الحاکم معتقدند چون تعیین نوع مجازات تعزیری و یا میزان آن به حاکم واگذار شده است، بنابراین اعمال مهمترین دستاوردهای جرم شناسی مانند کیفرزدایی، جرم زدایی و... در مجازات های تعزیری برخلاف حدود و قصاص با هیچ گونه محدودیتی مواجه نیست و قانون گذار بدون هر گونه مانع و یا محدودیتی در مجازات های تعزیری می تواند از دستاوردهای علم جرم شناسی بهره مند شود. در واقع منظور از مجازات های تعزیری، تعزیر به معنای مصطلح در فقه می باشد. به این معنا که اعمال مجازات تعزیری هم باید در حدود شریعت صورت گیرد تا یقین به امتثال دستور الهی صورت گیرد. از سوی دیگر اصل قانون بودن در تعزیرات نیز رعایت شده است و قاضی تنها مکلف است در خصوص جرم بودن یا نبودن فعل یا ترک فعل فاعل بر اساس شریعت و مصلحت موجود در آن ها تحقیق و بررسی نماید. به همین دلیل تعزیرات نیز با محدودیت هایی در زمینه بهره مندی از دستاوردهای جرم شناسی روبرو هستند. البته یقین به امتثال دستور الهی بر مبنای اصل احتیاط نباید منجر به این امر شود که بستر گزینش رویکرد های کیفر زدا و یا جرم زدا مهیا نشود و اصل احتیاط با فراخی و فراگیری مورد قبول واقع شود. از آنجایی که مطلوبیت اصل احتیاط به دلیل طریقی بودن جهت پرهیز عقوبت است می توان با توسل به اصول و قواعد مسلم شریعت در تحدید این دسته از محدودیت ها بهره برد و بستر گزینش رویکردهای کیفرزدا و یا جرم زدا را در تعزیرات شرعی نیز فراهم نمود. اما آنچه در فقه با عنوان تعزیرات خوانده می شود همه انواع مجازات ها را در بر نمی گیرد بلکه هر آنچه قرینه ای بر اصطلاح تعزیر داشته باشد. اصطلاح تعزیر، اصطلاحی اصطیادی است که فقها آن را در معنای تادیب و عقوبت به کار برده اند. در حالی که اینها اصلا معنای تعزیر نیستند بلکه ویژگی همه مجازات ها حتی حدود را شامل می شوند. از آنجایی که اصلا روایاتی عام که به طور مستقل و به تفصیل به بیان دوگانه حد و تعزیر بپردازد وجود ندارد و تنها روایاتی که حد را از تعزیر جدا می کنند اثبات تخصیص احکام بار شده بر واژه حد است. و تنها تعزیر دون الحد معرفی شده است. سجادی نژاد (1383: 46-45) و جرائم حدی در معنای مطلق مجازات به کار برده شده است که هم شامل حد و هم شامل تعزیر می شود.

بنابراین در روایات مجازات هایی که تازیانه نیستند به ندرت حد خوانده می شوند بنابراین تعزیر منحصر تازیانه است به این دلیل که تعزیر ضرب دون الحد است و اگر تازیانه نباشد معنای عبارات غیر روشن و بوده با مشکل مواجه می شود. در حقوق کیفری اسلام مجازات ها با توجه به استنباط فقها تنها در دو دسته حد و تعزیر گنجانده شده است. همین کاربرد دوگانه تقابلی استنباطی فقها از حد و تعزیر موجب محدودیت هایی در بهره مندی از دستاوردهای جرم شناسی شده است. اما زمانی که خود را از این حصار تنگ خارج نکنیم محدودیت های بهره مندی از دستاوردهای جرم شناسی همچنان باقی است. از آنجایی که این دوگانگی امری منصوص نیست و کاملا استنباطی است می توان از انواع دیگر مجازات ها نام برد بدون اینکه آن ها را زیر عنوان حد یا تعزیر قرار داد. در این صورت هر جا سخن از تعزیر است منظور تازیانه ای که از حد کمتر است و اطلاق آن در معنای مجازات دیگر نیازمند قرینه ای اطمینان آور دارد.



## منابع

- انصاری، قدرت الله. (1385)، تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا، چاپ دوم، قم، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- جزیری، عبدالرحمن. (1411)، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج 5، بیروت، دارالفکر.
- حبیب زاده، محمد جعفر (1384) درآمدی بر برخی محدودیت های عملی جرم انگاری، نامه حقوق، ج 1، ش 1.
- حر عاملی، محمد. (1388)، وسایل الشیعه، جلد 18، تهران، مکتبه الاسلامیه.
- حلی، حسن بن یوسف. (1420)، تحریر الاحکام، قم، امام صادق (علیه السلام).
- خراسانی، محمد کاظم. (1409)، کفایه الاصول، ج 1، تهران، آل البیت.
- حسینی، سید محمد (1387) حدود و تعزیرات، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره 38، شماره 1
- خوئی، سید ابوالقاسم. (1366)، تکمله المنهاج، ج 1، قم، المطبعه العلمیه.
- سجادی نژاد، سید احمد. (1383) قواعد فقه جزایی (قاعده درء)، چاپ اول، مشهد، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- صادقی، محمد هادی (1384). قضا زدایی در حقوق جزای اسلامی، مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره 15 و 16.
- صادقی، ولی اله (1398). کیفر زدایی در نظام عدالت کیفری ایران، پژوهش حقوق کیفری، سال هشتم، شماره بیست و هشتم.
- صافی، لطف الله. (1404)، التعزیر انواعه و ملحقاته، قم، انتشارات جامعه مدرسین.
- ضرابی، غلامرضا. (1372)، آیین دادرسی کیفری، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
- طباطبایی بروجردی، سید حسین. (1429 ه ق) جامع احادیث الشیعه، مترجمان: احمد اسماعیل تبار و سید احمد رضا حسینی و مهدی حسینیان قمی، جلد 23 و 30، چاپ اول، تهران، ایران، انتشارات فرهنگ سبز.
- طبرسی، فضل بن حسن. (1414)، مجمع البیان، ج 3 و 4، بیروت، دارالفکر.
- طوسی، محمد بن حسن. (1428)، المبسوط، جلد 5، قم، نشر اسلامی.
- علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل (1397) بررسی احکام اقرار در حق الله و حق الناس و تفاوت های آن، فصلنامه علمی پژوهشی فقه و تاریخ تمدن، سال چهاردهم، شماره پنجاه و پنجم.
- عوده، عبدالقادر. (1373)، حقوق جنایی اسلام، ترجمه علی اکبر غفوری، جلد اول، چاپ اول، مشهد، پژوهش های آستان قدس رضوی.
- غزالی، محمد بن محمد. (1417)، المستصفی، ج 1، بیروت، الرساله.
- کلدی، علیرضا (1381) انحراف جرم و پیشگیری، نشریه رفاه اجتماعی، دوره 1، شماره 3
- محسنی، فرید (1393) دستاوردهای نظری و عملی جرم شناسی رشد مدار، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره 66.
- محقق داماد، مصطفی. (1380)، قواعد فقه (بخش جزایی)، چاپ دوم، تهران، نشر علوم اسلامی.
- محمودی، فیروز. (1387) جرم زدایی به منزله یک تغییر، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره 38، شماره 1.

موزن زادگان، حسنعلی. (1388)، کودکان و نوجوانان معارض با قانون، مجموعه مقالات در تجلیل استاد دکتر محمد آشوری، چاپ دوم، سمت.

موسوی خمینی، روح الله. (1417)، تحریر الوسيله، جلد 2، قم، انتشارات جامعه مدرسین.

نجفی، محمد حسن. (1362)، جواهرالکلام، ج 41، بیروت، دار احیاء التراث العربی.

نهج البلاغه، تصحیح صبحی صالح. (1414)، قم، دارالهجره.