

دکتر سید محمد حسینی\*

## مراجع دولتی «پاسخ‌دهی» به «پدیده مجرمانه» در سیاست جنایی اسلام

چکیده: در دیدگاه امروزیین مربوط به «نابهنجارانگاری» (جرم و انحراف‌انگاری) و پاسخ‌دهی پیشگیرانه و عکس‌العملی (پیشینی و پسینی) به نقض هنجارهای حقوقی و اجتماعی، که در مفهوم موسع و حقوقی - اجتماعی «سیاست جنایی» متجلی گشته است، «مراجع پاسخ‌دهی به هنجارشکنی» جایگاه مهمی داشته و بررسی آن از بخشهای معنی‌دار مطالعه و شناخت هر نظام سیاست جنایی به شمار می‌آید. از این منظر، «آزادی» مقیاس تشخیص «عناصر نامتغییر» در هر سیاست جنایی دانسته شده و چگونگی روابط این عناصر با یکدیگر نشان‌دهنده میزان رعایت آزادیهای فردی و مسبنای مدل‌بندی سیاست جنایی به مدل‌های مختلف دولتی و اجتماعی می‌باشد. در این میان، مراجع پاسخ به پدیده مجرمانه و ماهیت دولتی یا اجتماعی آنها از شاخصه‌های مهم انطباق یک سیاست جنایی با یکی از مدل‌های سیاست جنایی (آزادی‌گرا، تمام‌گرا، قدرتمدار و...) محسوب می‌گردد؛ چراکه دولتی بودن مرجع پاسخ معادل کیفری و شدید بودن، و اجتماعی بودن مرجع پاسخ به معنای غیرکیفری و نرم بودن پاسخ فرض و تلقی شده است. بدون چنین تلقی و پیش فرضی، در این مقاله به روابط پاسخ به هنجارشکنی، در سیاست جنایی اسلام، با مراجع مختلف دولتی پرداخته و نشان داده شده است که پاسخ‌دهی به نقض هنجار در این سیاست جنایی به چه نحو و تا چه حد با مظاهر و شعب مختلف حاکمیت دولت اسلامی مرتبط است. در این راستا به گفتنی‌های مربوط به این رابطه با «رهبری» و قوای سه‌گانه مقننه، قضائیه و اجرائیه نظام اسلامی اشاره شده است؛ تا در مجال و مقالی آینده به جنبه دیگر موضوع، رابطه پاسخ به پدیده مجرمانه، در سیاست جنایی اسلام، با مراجع اجتماعی، پرداخته شود.

واژگان کلیدی:

سیاست جنایی اسلام، مراجع پاسخ‌دهی، رهبری، قانون، قضا، قاضی، اجرا، قوه مجریه.

## مقدمه

از دیدگاه مذهبی اسلام، پاسخ اصلی به پیروی یا انحراف از هنجارهای شرعی عبارت است از «ثواب» و «عقاب» اخروی که در «یوم‌الدین» و «یوم‌یقوم‌الحساب» پس از محاکمه‌ای توأم با بررسی مشاهده‌ای آنچه هرکس در طول حیات دنیوی خود انجام داده است به مطیعان و عاصیان داده می‌شود: «در آن روز گروه‌های مختلف مردم از گورها برون آیند تا کرده‌هایشان به آنها نشان داده شود؛ پس هرکس به وزن ذره‌ای نیکی کند آن را ببیند و هر که به اندازه ذره‌ای بدی کند آن را ببیند» (۱).

بنابراین، این محاکمه بسیار فراگیر خواهد بود و کوچک و بزرگ اعمال را شامل می‌شود: «کتاب [پرونده اعمال] در میان نهاده خواهد شد و گنهکاران را نگران آنچه در آن است بینی. آنها گویند: این چه کتابی است! هیچ کار کوچک و بزرگی را فرو نگذاشته و به شمار آورده است؛ و آنچه کرده‌اند حاضر بیابند و خدای تو [در این محاکمه و حسابرسی] به احدی ستم نکند» (۲).

اگر عدل الهی مقتضی آن است که او بدکاران را به کیفر برساند و نکوکاران را پاداش دهد، عفو و رحمت او موجب آن است که بدکاران تائب را ببخشد: «پروردگار تو برای آنان که به نادانی بدی کردند و آنگاه توبه و اصلاح نمودند آمرزنده و مهربان است» (۳). بی‌تردید، این تلفیق ترس - امید (خوف و رجا) و تهدید و تشویق اثر تصحیحی خود را بر رفتارهای باورمندان و مؤمنان در جامعه اسلامی بر جای می‌نهد و موجب پیدایش و تقویت خودکنترلی رفتاری (تقوی - ورع) در آنان می‌شود. امام علی (ع) علاوه بر دو دسته عبادت‌کنندگان خدا به انگیزه خوف از عقاب و طمع به ثواب او، گروه سوم را معرفی می‌نماید که به این دلیل و انگیزه که خدا را شایسته پرستش و طاعت و شکرگزاری یافته‌اند او را پرستش می‌کنند (۴). پیداست که این گروه از مؤمنان در مرتبه بالایی از «معرفت» و ایمان و در نتیجه تقوی و ورع قرار داشته و رفتارهایشان با خودکنترلی بیشتری در جهت تطابق با هنجارهای شرعی و اخلاقی همراه می‌باشد.

در نظام اسلامی، این خودکنترلی درونی با کنترل برونی تکمیل شده است. این کنترل برونی از طریق پیش‌بینی و اعمال روشها و تاکتیکهای مختلف به منظور «پیشگیری» از تخلف از هنجارهای لازم‌الاتباع، «اصلاح» و «سرکوبی» نقض‌کنندگان مرزهای رفتاری،

ترمیم و «جبران خسارات» ناشی از نقض هنجار و ایجاد «صلح» و تفاهم بین اطراف تنازعات، و امثال اینها به عمل می‌آید. (قابل توجه است که این تنوع روشها و تاکتیکها نشانگر تنوع اهداف پاسخ به نقض هنجارها در سیاست جنایی اسلام می‌باشد).

هرچند در کنکاش درباره «سیاست جنایی» اسلام اثر اعتقاد به ثواب و عقاب اخروی بر اعمال و کردار باورمندان، بعنوان یک عامل مهم کنترل درونی رفتاری مورد توجه شایسته قرار می‌گیرد، اما مقصود از «پاسخ» به نقض هنجارها در بحث از سیاست جنایی فقط پاسخهای پیشگیرانه و واکنشی «دنیوی» است.

این پاسخها از جهات و زوایای مختلف از قبیل آشکال، انواع و اهداف قابل مطالعه و بررسی می‌باشند. در «تحلیل ساختاری» سیاست جنایی، این پاسخها از نظر ماهیت دولتی یا اجتماعی مرجع پاسخ دهنده بررسی می‌شوند. در این روش بررسی با این فرض که پاسخ دولتی کیفری و شدید و پاسخ اجتماعی غیرکیفری و ترمیمی، درمانی یا میانجیگرانه و رافع اختلاف است، با تفکیک مراجع دولتی از مراجع اجتماعی، میزان احترام به آزادی‌های فردی در هر سیاست جنایی سنجیده می‌شود (۵).

با توجه به تقسیم جرائم به جرائم حَقَّ اللَّهِ و جرائم حَقَّ النَّاسِ، در سیاست جنایی اسلام، پاسخ به تخطی از هنجارها به گونه‌ای بسیار مشهود با مراجع دولتی و مردمی (اجتماعی) مرتبط می‌باشد و نظام پاسخ‌دهی مشترک بین دولت و اجتماع مدنی وجود دارد. از این رو، راه بر بررسی منفک و مجزای مراجع دولتی و مراجع اجتماعی پاسخ به نقض هنجارها در سیاست جنایی اسلام باز می‌باشد. در این مرحله از مطالعه «سیاست جنایی اسلام»، رابطه پاسخ به نقض هنجارها را با «مراجع دولتی» به بحث می‌گذاریم بدون آن که لزوماً پاسخ دولتی را معادل پاسخ کیفری و شدید و پاسخ اجتماعی را به معنای پاسخ غیرکیفری و نرم تلقی کنیم.

در نظام اسلامی وجود «دولت» بعنوان یک ضرورت برای اجرا و اعمال قوانین الهی و تضمین نقش خلیفه‌اللَّهی انسان بر زمین اجتناب‌ناپذیر است. دولت اسلامی تحت مدیریت یک رهبر («امام»، «حاکم»، «ولی‌امر») و وظائف سه‌گانه «تقنین»، «قضاء» و «اجرا» را متکفل می‌باشد. برای بررسی روابط پاسخ به تخلف از هنجار با شعب و شاخه‌های مختلف اعمال حاکمیت دولت اسلامی، نخست روابط با رهبری (الف) بحث

می‌شود؛ سپس به ترتیب به رابطه با قانون (ب)، رابطه با قضاء (ج) و بالاخره، رابطه با اجرا (د) پرداخته می‌شود.

### الف) رابطه با رهبری

استاد فرانسوی، مادام دلماس مرتی، آنگاه که سیاست جنایی اسلام را تحت تأثیر ایدئولوژی تمام‌گرا (انتگرسم) معرفی و آن را به مدل استبدادی توتالیتر نزدیک می‌داند، از جمله، به جمع بودن قدرتها و اختیارات در دستان «خلیفه» در نظام اسلامی استناد می‌کند (۶).

بررسی رابطه «پاسخها» با رهبری، و به‌طور کلی شناخت جایگاه «رهبر» در سیاست جنایی اسلامی از این نظر لازم و حائز اهمیت است که چگونگی این رابطه نشان دهنده وجود یا عدم «اصل قانونی بودن جرم و مجازات» در سیاست جنایی اسلام می‌باشد. برای انجام این بررسی، نخست، جایگاه رهبر در تئوری دولت در اسلام (الف / ۱) و پس از آن، نقش رهبر در سیاست جنایی اسلامی (الف / ۲) باید مطالعه شود.

### الف / ۱ جایگاه «رهبر» در تئوری دولت در اسلام

اجرا و اعمال قوانین الهی وظیفه مشترک و همگانی همه شهروندان در جامعه اسلامی است. گذشته از پیامبر و جانشینان او - ع - (به اعتقاد شیعه)، مؤمنان کسی را از میان خود برمی‌گزینند و تقلید و تبعیت از او را گردن می‌نهند تا احکام الهی در جامعه ساری و جاری گردد. پیداست که این شخص منتخب باید از نظر «علم» و «تقوی» حائز شرایط متناسب با اجرا و انجام چنین وظیفه‌ای باشد.

رئیس دولت اسلامی دارای شأنی نیست جز تشخیص و اجرای - یا اشراف بر اجرای - احکام الهی و اداره مجتمع اسلامی بر اساس مبانی و قواعد کلی و جزئی اسلامی. بر این اساس، امام در جامعه اسلامی توسط مردم تبعیت می‌شود و همزمان، از جهت دارا بودن و حفظ شرایط ولایت تحت نظارت و کنترل مستقیم و غیرمستقیم شهروندان قرار دارد. مشروعیت مقام ولایت امر در گرو پابندی او به شریعت الهی است و به محض خروج از دایره «طاعت» صلاحیت خود را از دست داده و مردم تکلیفی به

پیروی از او ندارند (لاطاعةً لمخلوقٍ فی معصية الخالق) (۷).

مع الوصف، در تجربه عملی، جز در مقطع زمانی کوتاهی پس از رحلت پیامبر (ص)، بر خلاف تئوری دولت در اسلام، دولت اسلامی قلب ماهیت شده به سلطنت استبدادی موروثی که هیچ ربطی به اسلام نداشت مبدل گردید و «حاکمیت» در دولت اسلامی از نقش واقعی خود که عبارت است از رعایت دین و پاسداری از حدود الهی منحرف گشت، به گونه‌ای که دین پوششی شد برای حفظ قدرت و به جای این که حاکمیت در خدمت دین و نگهبانی آن باشد دین در خدمت حاکمیت درآمد» (۸).

از آنجا که این قلب ماهیت و مسخ هویت دولت اسلامی به نظام استبدادی فردی موروثی به «لطف» توجیهات البته بی پایه و واضعان حدیث و فقیهان دولتی و درباری به وقوع پیوسته و تداوم یافته است، این شبهه، خصوصاً برای پژوهشگرانی چون مادام دلماس - مرتی که از اسلام و تحولات تاریخی آن اطلاع چندانی ندارند، پدید آمده است که در نظام اسلامی «خلیفه» مطلق العنان است. پیداست که در چنین فرضی اصل قانونی بودن جرم و مجازات در سیاست جنایی اسلام جایی نخواهد داشت (و بخش بزرگی از عملکرد خلفاء به خوبی نشانگر غیبت این اصل در سیاست جنایی آنان می باشد).

اما، به راحتی می توان دریافت که عملکرد هرچند درازمدت «خلفاء» نه فقط با مسلمات اعتقادی و حقوقی اسلام سازگار نبوده، که در مخالفت و تعارض بین و آشکار بوده است و نباید آن سیاستهای مورد عمل به عنوان نمونه‌ای از اسلام تلقی شوند.

گذشته از متون و نصوص شرعی در کتاب خدا و سنت پیامبر (ص) که به روشنی بر قانونمداری جامعه اسلامی و جایگاه رفیع «اصل قانونی بودن» در سیاست جنایی اسلام دلالت می کنند، شواهد متعدد تاریخی حاکی از آن هستند که در زمان خلفای راشدین جامعه اسلامی بر مدار «قانون» (شرع) اداره می شده است. خلفای راشدین خود در رفتار و اعمالشان قانونگرا بوده یا - بناچار - به قانونمندی تظاهر می کرده‌اند و مردم نیز مراقب رفتار ایشان و انطباق آن با موازین قانونی بوده‌اند.

نمونه‌هایی از این شواهد:

ابوبکر - خلیفه نخست - در اولین خطبه خود پس از انتخاب به خلافت گفت: «بدون آن که من بهترین شما باشم، به حکومت بر شما گماشته شدم. اما قرآن نازل شده و پیامبر

به ما آموزش داده است... ای مردم! من فقط یک فرمانبردارم و نه یک بدعتگذار. اگر درست عمل کنم مرا یاری کنید و اگر از راه راست منحرف شوم مرا به راه راست بازگردانید. تا زمانی که من خدا و رسول را پیروی می‌کنم از من پیروی کنید و هرگاه من خدا و رسول را نافرمانی کنم شما نباید از من اطاعت کنید» (۹).

چون خلیفه دوم، عمر، بر جمعی که مشغول انجام دو عمل ممنوع حکومتی بودند وارد شد و آنان را مورد عتاب قرار داد ایشان بدو گفتند: «ای امیرمؤمنان! خدا تو را از تجسس [در امور شخصی مردم] منع کرده و تو تجسس کردی و خدا تو را از ورود در خانه مردم بدون اجازه صاحبخانه نهی کرده و تو داخل شدی (!). عمر گفت «آن دو به این دو» و بازگشت و متعرض ایشان نشد... (۱۰).

خلیفه سوم، عثمان بن عفان، توسط مردم مصر و مدینه در خانه خود محاصره و سرانجام به قتل رسید؛ چرا که روش عملی او را غیرقانونی تشخیص داده بودند. به این ترتیب، مردم خلیفه مسلمین را که به تفوق و تقدم «قانون» پایبند نبود و در مقابل درخواست مردم از او که استعفاء کند گفته بود: «من هرگز پیراهنی را که خدا بر من پوشانده از تن برون نخواهم کرد» تحمل نکردند (۱۱).

در زندگی و روش عملی امام علی (ع) نیز شواهد متعددی بر محور بودن قانون و عدالت دیده می‌شود، تا آنجا که وقتی حضرتش در دعوایی بعنوان مدعی علیه یک یهودی در محکمه حاضر شد و قاضی او را به نشانه احترام به کنیه (ابوالحسن) خواند، به قاضی اعتراض کرد که چرا بین او و طرف دعوی به تساوی عمل نکرده است. خروج گروه خوارج بر آن حضرت در قضیه حکمیت نیز، هرچند به ناحق و براساس برداشت و استدلالی غلط صورت گرفت، نشان دهنده حساسیت جامعه به رعایت حدود و ثغور اعتقادی و حقوقی توسط رئیس دولت در عصر نزدیک به عصر پیامبر می‌باشد.

این نمونه‌ها به خوبی نشان می‌دهند که در جامعه اسلامی نزدیک به عصر وحی، هم خلفاء خود را ملزم به رعایت قانون می‌دیدند و هم شهروندان نسبت به رعایت قانون توسط ایشان حساسیت و مراقبت داشته‌اند. اما به تدریج، با دور شدن از عصر وحی و گسترده‌تر شدن سرزمین اسلامی و تماس بیشتر با فرهنگهای غیراسلامی، دولت اسلامی تغییر ماهیت داده و در جنبه‌های مختلف اداره جامعه، از جمله در سیاست

جنایی، از مبانی و احکام اسلام دور و دورتر شده است. در واقع، مشروعیت رهبر و دولت اسلامی مشروعیتی است مشروط و منوط به اعتقاد قلبی و التزام عملی به اصول عقیدتی و احکام عملی اسلام و در چنین نظام مشروعی اصل قانونی بودن جرم و مجازات به‌خوبی محترم است و رعایت می‌شود. رابطه قانون با رهبری رابطه شرط و مشروط است و غیبت اصل قانونی بودن در عملکرد رهبر مستلزم سلب مشروعیت و اعتبار او می‌باشد. البته در اینجا شایسته است نقش رهبر در استنباط احکام و تنفیذ و امضای اعتبار و مشروعیت قوانین «موضوعه»، به عبارت دیگر، جایگاه رهبر در «قانونگذاری» نیز مورد توجه و بحث قرار گیرد. اما موضوع اصلی و عمده قابل توجه در مبحث سیاست جنایی و رابطه پاسخ به نقض هنجار با مقام ولایت، وجوب و حتمیت مسلم تبعیت رهبر از قانون و حاکمیت «اصل قانونی بودن» در نظام ولایی برخاسته از تئوری دولت در اسلام می‌باشد. در کنار تعهد رهبر نظام اسلامی به تبعیت از قانون - شرع، او از صلاحیت‌ها و اختیاراتی برخوردار می‌باشد که رابطه رهبر را با سیاست جنایی و با پاسخ به نقض هنجارها شکل می‌دهد.

#### الف / ۲ نقش رهبر در سیاست جنایی

جایگاه مهم «رهبر» در تئوری دولت در اسلام به او سهم و نقش قابل توجهی را در سیاست جنایی اسلامی داده و رابطه‌ای بین رهبری و پاسخ به نقض هنجارها ایجاد کرده است که لازم است مورد بررسی قرار گیرد.

در عصر پیامبر (ص) که خود آن حضرت رهبری جامعه اسلامی را در دست داشت و جامعه اسلامی نسبتاً محدود و منحصر به اهل مدینه و اطراف آن بود، این رابطه بسیار روشن و مستقیم بود. رهبر قانون بیان می‌کرد، به تخلفات رسیدگی و حکم صادر می‌کرد و احياناً خود حکم را اجرا می‌نمود. اما با گذشت زمان، در سالهای اخیر عصر پیامبر و پس از رحلت آن حضرت که جامعه اسلامی تکامل و قلمرو اسلام گسترش می‌یافت، قضات و حکامی برای سرزمین‌های دور و نزدیک گماشته می‌شدند و نهادهای دولتی شکل می‌گرفتند. در نتیجه، نقش رهبر در اداره جامعه - و از جمله در اعمال سیاست

جنایی - به نقشی کلان و بیشتر غیرمستقیم تغییر شکل می‌یافت. از آنجا که دولت اسلامی واقعی در صدر اسلام دولت مبتنی بر «قانون» بوده و اصل تساوی همگان (حاکم و مردم) در مقابل قانون در آن رعایت می‌شده، قوه قضائیه در آن نظام قوه‌ای مستقل بوده است. نمونه‌ها و شواهد متعددی در تاریخ صدر اسلام و عصر خلفای راشدین دیده می‌شود که رهبر دولت اسلامی توسط قاضی منصوب خود به محکمه احضار و حتی محکوم شده است. به دلیل همین ویژگی قضای اسلامی، قوه قضائیه در اسلام منفک از سایر قوا و مستقل از آنها بوده و تحت تأثیر هیچ عاملی فرا قانونی - از جمله، اراده شخصی رهبری - قرار نداشته و فقط بر محور قانون اعمال می‌شده است. و این در حالی بوده که مراجع قضایی اعتبار و مشروعیت خود را از رهبری می‌گرفته‌اند. چرا که جز با تعیین و نصب مراجع قضایی توسط ولی‌امر احکام قضایی جهت و جنبه شرعی و در نتیجه ارزش و اعتبار اجرایی نمی‌یابند.

از این رو، نقش رهبر در عزل و نصب مقامات قضایی و نیز امضاء و تصویب قوانین موضوعه و مصوبات دولتی و تنفیذ مشروعیت مقامات اجرایی بیانگر نوع و میزان رابطه رهبری با سیاست جنایی مورد عمل در نظام اسلامی است و لازم است در این قسمت از بحث بررسی شود.

علاوه بر اصولی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که نشانگر نقش کلان و غیرمستقیم رهبر در سیاست جنایی می‌باشند، در اصل یکصد و دهم این قانون و ماده ۲۴ قانون مجازات اسلامی نقش و اثر مستقیم مهمی برای رهبر بیان گردیده که عبارت است از عفو یا تخفیف مجازات مجرمان. در اینجا مناسبت داد که موارد، حدود و شرایط عفو مجرمان توسط رهبر و مبانی فقهی آن مورد بررسی قرار گیرد.

همچنین، در این مبحث لازم است به احکام و فرامینی که رهبر، به اقتضای طبایع برخی از جرائم یا ضرورات مقطعی و اوضاع خاصی که پیش می‌آید، صادر می‌کند و در پرونده‌ای خاص یا نوع خاصی از جرائم تصمیمات و مقرراتی اخذ و اعلام می‌نماید توجه شود.



## ب / رابطه با قانون

نخست باید گفت که مراد از «قانون» مقررات و قواعدی است که به لحاظ تطابق با معتقدات و اقتضای مبانی ایدئولوژیک یا انتخابهای مردم مورد قبول آنهاست. بنابراین، اگر بر اراده‌های فردی تحمیل شده بر مردم نام قانون گذاشته شود، عنوان دروغینی است که مقصود ما از «قانون» شامل آن نمی‌شود.

هر چقدر یک نظام سیاسی، خصوصاً در قلمرو سیاست جنایی، با قانون - در معنای مقصود - پیوند داشته باشد و با قیود قانونی مقید گردد، از شائبه استبداد و تحمیل اراده فرد یا گروه حاکم بر مردم دورتر است. براین اساس، با بررسی رابطه هر سیاست جنایی با قانون می‌توان میزان حرمت آزادیهای فردی و دخالت اراده جمعی در اداره جامعه را سنجید.

با استناد به متون اسلامی و سیره بزرگان اسلام به راحتی می‌توان نتیجه گرفت که سیاست جنایی اسلام چه در زمینه جرم‌انگاری (ب/۱) و چه در خصوص کیفررسانی (ب/۲) دارای رابطه‌ای قوی با قانون می‌باشد.

## ب/۱ قانون و جرم‌انگاری

در سیاست جنایی اسلام بین «منطقه کنترل شده رفتاری» و «پاسخ به نقض هنجارهای لازم‌الاتباع» با «قانون» رابطه‌ای تعیین‌کننده وجود دارد. اصل سی و ششم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده دوم قانون مجازات اسلامی «قانون» را مرجع منحصر به فرد تعریف و تعیین رفتارهای مجرمانه و مشخص کردن مجازات هر جرم اعلام کرده‌اند. جمله قرآنی «و ما کنا معذبین حتی نبعث رسولا» (۱۲) که کیفررسانی را منوط به بعث رسول و بیان قانون دانسته و اصل ضروری عقلی «قیح عقاب بلا بیان» از جمله دلایل صلاحیت انحصاری «قانون» برای جرم‌انگاری می‌باشد.

این مرجعیت انحصاری در قلمرو جرائم معینی که در شرع جرم‌انگاری شده و برای ارتکاب آنها مجازاتهای مشخصی تقدیر و تعیین شده یا کیفر ارتکاب آنها به تشخیص و تقدیر «حاکم» واگذار شده مشهود و مسلم است. جرائمی نیز که در شرع جرم‌انگاری نشده‌اند اما دولت اسلامی با بکار بردن قدرت و اختیار قانونگذاری خود در جهت اداره

جامعه و حفظ منافع و نظم عمومی جرم‌انگاری و برای آنها کیفر پیش‌بینی می‌کند داخل در قلمرو انحصاری صلاحیت شرع برای جرم‌انگاری محسوب می‌باشند.

توضیح این که در یک تقسیم‌بندی تفصیلی «منطقه کنترل شده رفتاری» در سیاست جنایی اسلام پنج گونه رفتار جرم‌انگاری شده را در برمی‌گیرد:

- جنایات، کیفر شده با قصاص و دیات؛

- جرائم حدّی، دارای کیفرهای مقدر و معین در شرع؛

- جرائم حدّی فاقد شرایط حکم به حدّ یا اجرای حدّ، یا در صورت عدم امکان اجرای حدّ؛

- جرائمی که در شرع تجریم شده‌اند بدون آنکه برای ارتکاب آنها کیفری تعیین شده باشد؛

- جرائمی که در شریعت جرم‌انگاری نشده‌اند اما به ابتکار دولت مشروع اسلامی و در جهت اداره جامعه و حفظ منافع و مصالح افراد و اجتماع جرم‌انگاری شده و کیفری می‌شوند.

از آنجا که در قسم نخست هم، مانند قسم دوم، کیفر تقدیر و تحدید شده است، ما دو قسم اول و دوم را جرائم حدّی و سه نوع بعدی را جرائم تعزیری می‌نامیم و در هر پنج گروه، جرم‌انگاری را «قانونی»، به معنای شرعی، می‌دانیم؛ چراکه این جرائم یا صریحاً و مستقیماً در متون و نصوص شرعی یا توسط دولت مشروع جرم‌انگاری شده‌اند. در صورت اخیر نیز جرم‌انگاری شرعی به حساب می‌آید؛ چراکه قدرت و اختیار قانونگذاری دولت اسلامی منبعث از تشریح الهی و امر خدا به اطاعت از اولوالامر می‌باشد. در همه احوال و صور، مجرمانه بودن رفتار در قانون (شرع) تصریح، بیان و اعلام شده، آنگاه ارتکاب آن قابل مجازات به حساب می‌آید. اصولاً مشروط بودن مسئولیت جزایی در سیاست جنایی اسلام به شرط علم شخص مرتکب به حکم و موضوع مانع از هرگونه جرم‌انگاری خارج از چهارچوب قانون و بیان و اعلام قانونی می‌باشد.

در نتیجه، این توهم که به لحاظ وجود نظام کیفری تعزیر در حقوق جزایی اسلام، اصل قانونی بودن جرم در این سیستم محترم نمی‌باشد مردود است؛ چراکه جرم

تعزیری در هر حال نقض یک قانون (قانون مصرح در شرع یا قانون موضوع توسط دولت مشروع) می‌باشد و جرم‌انگاری فی‌المجلس و بدون وضع و اعلام قانون در صلاحیت هیچ یک از حاکم و قاضی نمی‌باشد.

### ب/ ۲ قانون و کیفر سانی

رابطه مجازات‌های مقدر و معین در شریعت (شامل قصاص، دیات و حدود) با قانون رابطه‌ای صریح و ثابت است. بین مجازات‌های تعزیری نیز با قانون رابطه وجود دارد؛ با این تفاوت که این رابطه ثابت و لایتغیر نبوده و انعطاف‌پذیر می‌باشد. به این معنی که از طرفی مجازات تعزیری باید از میان انواع کیفرهای مصوب شارع باشد و از نظر میزان نباید به میزان مجازات حدی از همان نوع برسد؛ و از طرف دیگر، دست حاکم و قاضی در انتخاب نوع و میزان کیفر باز است.

در متون شرعی، مجازات جلد (شلاق زدن) به تعداد کمتر از تعداد ضربات شلاق حدی بعنوان کیفر تعزیری تشریح و بدان تصریح شده است. مشروعیت سایر اشکال و انواع مجازات‌های تعزیری نیز منوط به جواز اعمال آنها براساس ادله خاصه یا عموماً و اطلاعات ادله شرعیه می‌باشد. چرا که «قاعده یا اصل اولی در این گونه موارد مسلماً عدم جواز است. یعنی تا نوعی از تعزیر ثابت نشود کاری نمی‌توان انجام داد و اصل بر حرمت است زیرا در مسئله حدود و تعزیرات اصل اولی عدم جواز است و اذیت و آزار هیچ کس در اصل جایز نیست و جزء محرمات قطعی است مگر آن مقدار که دلیل بر جواز آن دلالت کند» (۱۳).

بر این مبنای، در کتب و رسالات فقهی درباره مشروعیت کیفرهای تعزیری بحث و مناقشه به عمل آمده و مجازات‌های تعزیری مشروع احصاء شده‌اند و بعضاً مشروعیت پاره‌ای از مجازات‌ها بعنوان کیفر تعزیری مورد اختلاف قرار گرفته است. حتی مطابق یک نظر، تنها مجازات تعزیری مشروع تازیانه زدن است و جز در موارد تصریح شده در ادله خاصه، اعمال انواع دیگر کیفر بعنوان تعزیر مشروع نمی‌باشد (۱۴).

در نظام فعلی حقوق کیفری جمهوری اسلامی ایران که، ملهم از شرع، مقنن عرفی مجازات هر جرم تعزیری را از نظر نوع و میزان تعیین نموده یا دست قاضی را برای

انتخاب تعزیر مناسب با مورد از میان انواع مشخص شده و حداقل و حداکثر پیش‌بینی شده بازگذاشته است، رابطه کیفر تعزیری با قانون روشن‌تر و ثابت‌تر می‌باشد. در قانون مجازات اسلامی، بخش تعزیرات، صلاحیت و اختیار انتخاب مجازات‌های تعزیری توسط قاضی، که علی‌الاصول به حاکم واگذار شده است، با محدود ساختن نوع یا انواع تعزیر قابل اعمال و با الزام قاضی به حکم دادن بین حداقل و حداکثر پیش‌بینی شده محدود شده است و در عین حال، به قاضی اختیار داده شده که با توجه به اوضاع و احوال مجرم و جوانب مختلف وقوع جرم، در محدوده اقل و اکثر میزان کیفر و احیاناً انواع مجازات مصرح در مواد قانونی، به کیفر مناسب حکم بدهد. در این قانون، همچنین اختیار قاضی در عدم مجازات مجرم محدود شده است به اعمال تعلیق اجرای کیفر یا آزادی مشروط مجرم در چهارچوب شرایط مشخص شده.

حاصل این که در سیاست جنایی اسلام رابطه اعمال مجازات با قانون، در قلمرو جرائم حدی رابطه‌ای قوی و در قلمرو جرائم تعزیری رابطه‌ای تعدیل یافته می‌باشد و اصل قانونی بودن مجازات در این سیاست جنایی، اصلی محترم و در عین حال انعطاف‌پذیر می‌باشد که با «فردی سازی» کیفر سازگاری دارد.

در این مبحث جا دارد مسئله ترغیب متداعیین، در دعاوی حقوقی و در دعاوی کیفری مربوط به جرائم حق الناسی (اعم از حدی و تعزیری) به صلح، توسط قاضی، که در کتب فقهی بدان پرداخته شده است، بررسی شود. جواز و حتی استحباب این که قاضی، قبل از رسیدگی قضایی و اصدار حکم قانونی، طرفین دعوی را به توافق و سازش سوق دهد و تشویق کند، به خوبی تقدم و اولویت فصل دعوی با توافق شخصی و خارج از ضوابط و مقتضیات قضایی و قانونی را نشان می‌دهد و این به سهم خود معلوم می‌سازد که رابطه پاسخ به نقض هنجار با قانون در سیاست جنایی اسلام همواره قوی و شدید نیست و در این نظام همیشه اصرار بر حفظ رابطه با قانون وجود ندارد (۱۵).

### ج / رابطه با قاضی

رابطه پاسخ به پدیده مجرمانه، در سیاست جنایی اسلام، با قاضی، باید از دو بعد مورد بررسی قرارگیرد: قلمرو مداخله (ج/۱) و درجه مداخله (ج/۲).

### ج/ اقلمر و مداخله

علی‌الاصول، این قاضی صلاحیت‌دار است که حق یا تکلیف دارد به امور کیفری رسیدگی و حکم مقتضی صادر کند. با اینکه مخاطب امر به اجرای احکام الهی جامعه اسلامی است (۱۶) و مطابق اصل امر به معروف و نهی از منکر همه افراد جامعه مکلف به پیشگیری از وقوع منهیات الهی می‌باشند، اما پس از وقوع پدیده مجرمانه، تنها مرجع صالح برای رسیدگی و صدور حکم قاضی صلاحیت‌دار شرعی، یعنی همان قوه قضائیه نظام اسلامی است. مع الوصف، کلیه جرائم مستلزم مداخله سیستماتیک و بی‌قید و شرط قاضی نمی‌باشند.

با طبقه‌بندی دوگانه جرائم بر دو قسم، جرائم مربوط به حقوق عمومی و ناشی از نقض احکام عبادی (جرائم حق‌اللّهی) و جرائم مربوط به حقوق اشخاص (جرائم حق‌النّاسی)، قلمرو مداخله مستقیم قاضی محدود گشته است. در قلمرو جرائم حق‌اللّهی (مشمول بر جرائم علیه حقوق عمومی) قاضی می‌تواند، یا مکلف است، مستقیماً مداخله کند (ج/ ۱-۱)، در حالی که در مورد جرائم حق‌النّاسی، مداخله قاضی متعاقب شکایت یا دادخواهی اشخاص ذو حق و ذونفع (مجنی علیه - قربانی) به عمل می‌آید.

### ج/ ۱- اقلمر و مداخله قاضی در جرائم حق‌اللّهی

در این بخش از بحث لازم است به نحو شایسته جرائم حق‌اللّهی و جرائم حق‌النّاسی تعریف و ویژگی‌های هر یک بررسی شود. اجمالاً، ملاک تمیز این دو نوع جرم عبارت است از این که جرائمی که بیشتر حقوق و منافع اشخاص را تضییع و تفویت می‌کند و کمتر جنبه عمومی و اجتماعی دارد، جرائم حق‌النّاسی به شمار آمده و احکام و مقررات خود را داراست. جرائم حق‌النّاسی در جایی که جنبه غیرقابل اغماض اجتماعی و عمومی هم دارند و جرائمی که صرفاً متضمن نقض یک دستور الهی است و به طور مستقیم جنبه عمده عمومی ندارند و نیز جرائمی که علیه منافع و مصالح عمومی بوده یا مخالف نظم عمومی می‌باشند، جرائم حق‌اللّهی شناخته شده‌اند.

واقعیت این است که هر نقض قانونی، هر چند مستقیماً علیه حقوق و منافع اشخاص

ارتکاب نشود، مستلزم لطمه زدن به منافع و مصالح جامعه است؛ و برعکس، ارتکاب هر جرمی علیه اشخاص، به طور غیرمستقیم، سلامت، امنیت و نظم اجتماعی را مخدوش می‌سازد. بنابراین، ملاک تقسیم‌بندی جرائم به حقّ اللّهی و حقّ النّاسی را باید «غلبه» حیثیت خصوصی یا عمومی هر جرم دانست. گو این که جرائمی که صرفاً فعل حرام یا ترک واجب شرعی می‌باشند و رابطه مستقیمی با حقوق و منافع جامعه یا اشخاص ندارند نیز داخل در جرائم حقّ اللّهی و حتی مصداق اجلای این نوع جرائم به شمار می‌آیند که تناسب بیشتری با معنای لغوی آن نیز دارند. در نتیجه، بهتر است که جرائم حقّ اللّهی را جرائمی بدانیم که با تخلف از امر و نهی قانونگذار ارتکاب می‌شوند و حیثیت غالب خصوصی ندارند.

این‌گونه طبقه‌بندی جرائم، در سیاست جنایی اسلام، آثاری در پی دارد. در پاره‌ای کلمات دیده می‌شود که جرائم حقّ اللّهی معادل جرائم حدّی تلقی و غیرقابل عفو، تخفیف و توقیف بودن مجازات آنها ویژگی این نوع جرائم دانسته شده است. چنین برداشت و فهمی چندان دقیق نمی‌باشد؛ چرا که کذب، در همه احوال و سرقت، قبل رفع الامر الی الحاکم، جرائم حدّی هستند، اما از جمله جرائم حقّ النّاسی و قابل گذشت به شمار می‌آیند و تعقیب و کیفر مرتکب این دو جرم منوط به شکایت و مطالبه مقذوف یا مسروقه می‌باشد. مضافاً، مطابق نظر فقهای امامیه و برخی از فقیهان سنی، امام حقّ عفو مجرم تائب را حتی اگر جرم حدّی مرتکب شده باشد، دارد. بنابراین و با توجه به این که بخشی از جرائم تعزیری، که قابل عفو توسط امام می‌باشند، جرم حقّ اللّهی می‌باشند، «غیرقابل عفو بودن» نمی‌تواند از ویژگیهای جرائم حقّ اللّهی دانسته شود.

در حال، آن چه کمتر جای تردید و بحث می‌باشد این است که رسیدگی به جرائم حقّ اللّهی در صلاحیت بلاواسطه قوه قضائیه و قاضی است و منوط به شکایت و مطالبه قربانی جرم نمی‌باشد.

### ج ۱-۲ قلمرو مداخله قاضی در جرائم حقّ النّاسی

فقهاء متفق القولند بر این که قلمرو مداخله قوه قضائیه در جرائم حقّ النّاسی محدود به مواردی است که مجنیّ علیه یا قربانی جرم به دستگاه قضایی متوسل شود، دعوای

کیفری طرح نماید و تعقیب و مجازات مجرم را مطالبه کند. ماده ۷۲۷ قانون مجازات اسلامی به تبعیت از این مبنای فقهی، با ذکر مواد مربوطه جرائم حق الناسی را احصاء و مقرر داشته است: «جرائم مندرج در مواد... جز با شکایت شاکی خصوصی تعقیب نمی‌شود و در صورتی که شاکی خصوصی گذشت نماید دادگاه می‌تواند در مجازات مرتکب تخفیف دهد و یا با رعایت موازین شرعی از تعقیب مجرم صرف نظر نماید».

در این ماده تخفیف مجازات یا صرف نظر کردن از تعقیب مرتکب جرم حق الناسی به دادگاه (قاضی) واگذار شده است اما ماده ۱۵۹ قانون منسوخ تعزیرات (مصوب ۱۳۶۲) به نحو مطلق تعقیب و مجازات مجرم را متوقف بر مطالبه صاحب حق یا قائم مقام قانونی او اعلام کرده بود. اختلاف در مفاد این دو ماده قابل بحث و تأمل می‌باشد و به مسأله جواز یا عدم جواز تعزیر هر مرتکب فعل حرام باز می‌گردد.

به این ترتیب، مداخله قاضی در موارد ارتکاب سرقت - قبل رفع الأمر الی الحاکم - و قذف (از جرائم حدی)، جنایات موجب قصاص و دیه و نیز جرائم تعزیری دارای حیثیت غالب شخصی و خصوصی محدود و مقید است به شکایت و مطالبه کیفر توسط قربانی جرم. گو این که در مواردی هم که این دسته جرایم دارای تبعات قابل توجه اجتماعی هستند یا عدم تعقیب مجرم - به علت عدم شکایت قربانی یا گذشت او - موجب تجزری مجرم یا ورود خدشه به منافع یا نظم عمومی می‌باشد، مداخله مستقیم قوه قضائیه، به حکم ثانوی، مجاز، بلکه تکلیف به حساب می‌آید.

#### ج / ۲ درجه مداخله

رابطه پاسخ به پدیده مجرمانه با قاضی، پس از مداخله او، در دو مرحله قابل بررسی است: در مرحله اثبات جرم (ج / ۲-۱) و در مرحله محکوم کردن و تعیین کیفر (ج / ۲-۲).

#### ج / ۲-۱ در مرحله اثبات جرم

از مجموع آنچه که ذیلاً بدان اشاره می‌شود می‌توان استنتاج نمود که در آیین دادرسی کیفری اسلامی برای قاضی جایگاه مهمی پیش بینی شده است:

- بیشتر توضیح داده شد که در سیاست جنایی اسلام، در مورد برخی از جرائم، گرایش ملموسی به کیفرزدایی عملی با تشدید شرایط اثبات جرم، تشویق متهم به عدم اقرار و ترغیب شهود به اداء نکردن شهادت وجود دارد. در این موارد این قاضی است که نقش موثری را ایفاء می‌کند و می‌تواند از اقامه و تحقق دلائل اثبات جرم جلوگیری نماید.

- برای اثبات جرم با شهادت شهود، عدالت شهود، به معنای ملتزم بودن عملی به احکام شرعی و عمل به واجبات و ترک محرمات، شرط است. احراز وجود این شرط در شهود با قاضی است.

- اعتبار شرایط متعدّد برای اثبات جرم با اقرار و شهادت موهم آن است که در آیین دادرسی کیفری اسلام نظام «دلائل قانونی» حاکم است. اما، بنابر نظر اکثر فقهای شیعه و بخشی از فقیهان عامه، «علم قاضی» نیز از ادله اثبات به شمار می‌رود. به این ترتیب، راه برگزین مجرمان خطرناک از تعقیب و کیفر با بهره‌مندی از فقدان ادله اثبات بسته شده و در مقابل، احتمال محکومیت بی‌گناهان، به استناد علم بی‌پایه قاضی، افزایش یافته است. برای کم کردن این احتمال و پیشگیری از صدور احکام بی‌اساس به استناد علم شخصی قاضی، در مواد ۱۰۵ و ۱۲۰ قانون مجازات اسلامی قاضی مکلف شده است که در صورتی که بر اساس علم خود حکم می‌دهد مستند علم خود را در حکم ذکر کند و این علم مقید شده به این که از طریق متعارف حاصل شده باشد.

#### ج ۲-۲ در مرحله محکوم کردن و تعیین کیفر

علی‌الاصول، نقش قاضی در آیین دادرسی کیفری اسلامی عبارتست از احراز وقوع جرم و تطبیق آن بر یکی از قوانین خاص یا عام کیفری و تعیین کیفر مشخص یا یک کیفر از میان انواع یا مقادیر پیش بینی شده مجازات در شرع یا قانون.

وجود «قیاس» به‌عنوان یکی از منابع استنباط حکم در بعضی از مکاتب فقهی اسلامی و وجود «تعزیر» به‌عنوان مجازات واگذار شده به حاکم، موجب پیدایش این پندار نزد پاره‌ای از نویسندگان خارجی فاقد آشنایی کافی با سیاست جنایی اسلام شده که قاضی می‌تواند عملی را «جرمانگاری» (تجریم) کند و هرگونه بخواهد کیفر نماید.

چنان که مادام دلماس - مرتی نوشته است: «حقوق [کیفری] اسلام با منابع آن که نشان



دهنده عدم امکان تفکیک جرم و انحراف می‌باشد مشخص می‌شود: در کنار قرآن، سنت و اجماع، قیاس و بالاخره تعزیر که حاکی از تفویض قدرت بی‌قید و شرط به قاضی است تا جرایم و مجازاتها را تعیین کند» (۱۷).

عبدالقادر عوده در این رابطه می‌نویسد: «... برخی به خطا پنداشته‌اند که شریعت اسلامی جرائم تعزیری را تعیین نکرده و این مهم را به قاضی وا گذاشته است. اینان از این پندار غلط نتیجه گرفته‌اند که اختیار قاضی در این زمینه خودسرانه و جرائم تعزیری و کیفرهای آنها نامشخص می‌باشد و به قاضی واگذار شده‌اند؛ قاضی اگر خواست، عملی را - هر چند مسبوق به منع نباشد - کیفر دهد، می‌دهد و اگر نخواست مجازات نمی‌کند. این سخن، باطل و مبتنی بر پندارهای بی‌پایه و اساس است...» (۱۸).

بی‌شک، در زمره همین افرادی که عبدالقادر عوده یاد کرده است شمرده می‌شود حقوقدان کیفری اروپایی، ژ. واسالی، آنگاه که می‌نویسد: «به نظر روشن می‌آید که تعزیر در معنایی بسیار وسیع و بی‌سابقه به قاضی اختیار و صلاحیت تعیین جرم و مجازات می‌دهد... به وسیله تعزیر - که بخش مسلمی از سیستم کیفری اسلامی است - همان اندک «اصل قانونی بودن» که می‌توانست در نظام کیفری اسلامی سراغ داده شود منتفی می‌گردد. تنها محدودیت این اختیار این است که باید کیفر تعزیری اخف از کیفر حدی باشد» (۱۹).

پیدا است که این گونه ارزیابی و برداشت از عدم شناخت کافی از نظام کیفری اسلام نشأت می‌گیرد. بر آشنایان با موضوع پوشیده نیست که در سیستم تعزیر قاضی به طور خودسر جرم‌انگاری و مجازات نمی‌کند و فقط می‌تواند شرایط فردی و اوضاع و احوال وقوع جرم قبلاً جرم‌انگاری شده را شناسایی و ارزیابی کند و از انواع و مقادیر مجازاتهای پیش‌بینی شده در شریعت، به نوع و مقدار مجازات مقتضی و متناسب حکم دهد.

در عمل، در نظام کیفری جمهوری اسلامی، به لحاظ نبودن قضات دارای شناخت کامل از شرع (مجتهد)، اختیارات و صلاحیت‌های قضات «مأذون» در مواد قانونی مربوط به تعزیرات تحدید شده و قاضی فقط حق دارد به جرائم تعزیری احصاء شده در قانون، یا مصرح در شرع، رسیدگی و به انواع و مقادیر مصرح در قانون و شرع حکم

بدهد و، مطابق اصل یکصد و شصت و ششم قانون اساسی و ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، رأی دادگاه باید مستدل و موجّه و مستند به قانون یا شرع باشد. بنابراین، قاضی در مرحله صدور حکم محکومیت و تعیین مجازات مجاز به صدور حکم «دلخواه» نبوده و ملزم به رعایت قانون است. در این صورت، دیگر به هیچ وجه صحیح نیست که گفته شود وجود سیستم تعزیرات به معنای اختیاری قید و شرط قاضی، و در نتیجه، فقدان اصل قانونی بودن در این قلمرو می باشد. البته، «قانونی بودن» در قلمرو تعزیرات به شدت و دقت «قانونی بودن» در قلمرو حدود، قصاص و دیات نمی باشد و «قانونی بودن» انعطاف پذیر است و تا حدودی که «فردی سازی» مجازات عملی گردد، با دخالت دادن نظر و تشخیص قاضی در رابطه با شخصیت مجرم و شرایط ارتکاب جرم، تعدیل شده است (۲۰).

استناد به «قیاس» در جزائیات، توسط قاضی، می تواند به عنوان نشانه ای از غیبت «اصل قانونی بودن» در نظام کیفری، متمایز نبودن منطقه کنترل شده و منطقه آزاد رفتاری و استبدای بودن نظام سیاسی حاکم تلقی شود. چنان که در قانون جزائی ۱۹۳۵ آلمان نازی آمده بود: «هرکس جرمی مرتکب شود که قانون آن را قابل مجازات اعلام کرده یا به موجب مبانی اساسی قانون جزایی و بر اساس عقل سلیم جمعی شایسته کیفر است، مجازات می شود؛ اگر هیچ متن قانونی جزایی بر مورد منطبق نیست، عمل انجام یافته موافق متنی که ایده اساسی آن نزدیکتر به مورد است کیفر می شود» (۲۱).

در سخنی که، از باب نمونه، از استاد فرانسوی، مادام دلماس - مرتی، نقل شد، از جمله، به استناد وجود قیاس در حقوق اسلامی، سیاست جنایی اسلام را در چهارچوب ایدئولوژی تام گرا و مدل استبدادی قرار داده است در این باره باید توضیح داده شود که: اولاً، در مکتب فقهی امامی و نزد برخی از مکاتب فقهی و پاره ای از فقیهان سنی قیاس بعنوان منبع استنباط حکم مردود است؛

ثانیاً، بخشی از معتقدان و قائلان به حجیت قیاس، آن را در جزائیات منع می کنند (۲۲). ثالثاً، قاعده مسلم قبح عقاب بلا بیان و شرط علم به حکم و موضوع برای تحقق مسئولیت کیفری، در حقوق کیفری اسلامی، مانع از آن است که در مرحله قضا، قاضی حق داشته باشد با قیاس عمل انجام شده بر عملی که در قانون (شرع) منع شده آن را

جرم‌انگاری کند و کیفر دهد؛ جز آن که گفته شود قاضی می‌تواند با استناد به قیاس اولویت یا قیاس منصوص‌العله عمل ارتكابی را جرم محسوب و حکم به کیفر دهد. واقعیت این است که قول به جواز استناد به این انواع قیاس در صدور حکم محکومیت جزایی، به معنای قول به جواز جرم‌انگاری و مجازات عملی که در قانون یا شرع جرم‌انگاری نشده، توسط قاضی، نمی‌باشد و در واقع تطبیق حکم بر یکی از مصادیق موضوع است؛ چرا که با احراز وجود علت و مناط نهی در عمل ارتكابی، آن عمل از مصادیق عمل منهی عنه - به علت وجود علت نهی - محسوب می‌باشد و در موارد شمول قیاس اولویت، عمل ارتكابی به طریق اولی مشمول نهی مقیّس علیه می‌باشد. حاصل این مبحث این که رابطه پاسخ کیفری با قاضی رابطه‌ای است تحدید شده با قواعد و مقررات قانونی.

در این قسمت از بحث، همچنین باید رابطه پاسخ کیفری با قاضی از جهت این که تشدید و تخفیف کیفر در موارد چندگزینه‌ای به تشخیص و تصمیم قاضی است مورد اشاره قرار گیرد.

#### د / رابطه با قوه مجریه

اهمیت بررسی رابطه پاسخ به تخطی از هنجار با قوه مجریه از آنجاست که در مطالعه ساختاری سیاست جنایی میزان این رابطه و درجه دخالت قوه مجریه در پاسخ عکس‌العملی کیفری ملاک دموکراتیک یا غیر دموکراتیک بودن جامعه فرض شده است؛ هر چه این رابطه گسترده‌تر باشد، مدل سیاست جنایی به مدل‌های استبدادی نزدیکتر و هر چه این رابطه محدودتر و اصل قانونی بودن محترم‌تر باشد مدل سیاست جنایی به مدل آزادی‌گرا نزدیکتر و آزادی‌های فردی محفوظ‌تر تلقی شده است.

در فرض تفکیک قوا در نظام سیاسی اسلامی، قوه مجریه، به معنای مراجع و ارگانهای متکفل اجرای سیاستهای داخلی و خارجی دولت اسلامی و مقررات و احکام قانونی و قضایی لازم‌الاجرا، به دو صورت در پاسخ پیشگیرانه و واکنشی به نقض هنجارهای لازم‌الاتباع جامعه اسلامی شرکت، سهم و نقش دارد. این رابطه پاسخ به پدیده مجرمانه با قوه مجریه را به دو صورت، رابطه عام و رابطه خاص، می‌توان بررسی

کرد.

رابطه عام و غیر مستقیم قوه مجریه با پاسخ به نقض هنجار، خصوصاً در جهت پیشگیری از وقوع جرائم در اشکال مختلف قابل تصور می‌باشد. هرگونه نقش انتظامی، اقتصادی و فرهنگی قوه مجریه که علل و زمینه‌های وقوع جرم را از میان بردارد یا ضعیف سازد، این قوه را با پاسخ به جرم و انحراف مرتبط می‌سازد. اما در عکس‌العمل به وقوع جرم، نقش اصلی با قوه قضائیه است، با این وجود، به لحاظ تنوع و گستردگی قلمرو هنجارها و تخطی از آنها، خصوصاً در زمانهای اخیر که جرم‌زدایی و قضازدایی کیفری مورد توجه قرار گرفته، رسیدگی به همه انواع و اشکال تخلف از هنجار در مراجع قضایی نه عملی است و نه مطلوب. به این دو دلیل، حتی در مدل سیاست جنایی لیبرال «دولت - جامعه» پاسخهای «اداری» به بخشی از رفتارهای ناقض هنجار پذیرفته شده و به عنوان یکی از انواع پاسخهای «همسایه» و موازی پاسخ کیفری قضایی جا باز کرده است.

هر چند در آغاز تشکیل نظام اسلامی، زندگی فردی و اجتماعی در مقایسه با زندگی امروزی بسیار بسیط و تنوع رفتاری و در نتیجه، تنوع اشکال نقض هنجار محدود بوده است، مع الوصف، در نظام اسلامی، علاوه بر وجود و اهمیت خاص نهاد قضاء، آشکالی از پاسخ اداری یا اجرایی به پاره‌ای از تخطیات و تخلفات از هنجارها وجود داشته است. این پاسخها در دو قالب «ولایة المظالم» و «احتساب، یا حسبه» در دولتهای اسلامی سابقه داشته است.

«ولایت مظالم» منصبی بوده که رئیس دولت یا اشخاص منصوب از جانب او، (ناظر یا والی مظالم) با استفاده از قدرت و ابّته اجرایی حکومتی و در عین حال، رعایت عدل و انصاف، به دادخواهی (خصوصاً از اقویاء) و فصل خصومات می‌پرداخته‌اند. در اینجا لازم است ماهیت این نهاد و میزان رابطه و سنخیت آن با قضاء بررسی شود (۲۲).

حسبه یا احتساب نیز شکل دیگری از دخالت مستقیم دولت در امر کنترل رفتاری و پاسخ‌دهی به نقض هنجار بوده است. این شکل از مداخله، عمل دولت به تکلیف همگانی امر به معروف و نهی از منکر تلقی شده است و بیشتر ناظر بر بازرسی، کنترل و تصحیح زندگی روزمره اجتماعی بوده است.

ابن خلدون نوشته است: «حسبة وظيفه دينی است از باب امر به معروف و نهی از منکر که بر متولی امور مسلمین فرض است. او شخص شایسته‌ای را برای انجام این وظیفه می‌گمارد و انجام این تکلیف وظيفه خاص او می‌شود. محتسب کسانی را به کمک می‌گیرد و منکرات را فحص و جستجو می‌کند و به تناسب تعزیر و تأدیب می‌نماید و مردم را به مصالح عمومی در شهر وادار می‌سازد؛ مانند این‌که از سدّ معابر و حمل بیش از حدّ بار و مسافر جلوگیری، صاحبان ابنیه مشرف بر ویرانی را به هدم آنها و پیشگیری از ورود آسیب و خسارت بر رهگذران اجبار و بر تنبیه دانش‌آموزان در مدارس نظارت می‌کند. حکم محتسب متوقف بر تنازع و ترافع طرفینی یا دادخواهی کسی نیست؛ بلکه محتسب می‌تواند در مورد آنچه که خود از آن مطلع می‌شود یا نزد او برده می‌شود حکم کند. اما مطلقاً در مورد دعاوی حکم نمی‌دهد؛ بلکه در مورد آنچه که به غشّ و تدلیس در معاملات و امثال آن و نادرستی پیمانها و ترازوها مربوط می‌شود دخالت می‌کند؛ همچنین او می‌تواند بدهکارانی را که در ادای حقّ طلبکار تاخیر می‌کنند به رعایت انصاف [و پرداخت بدهی خود] وادار سازد. این‌گونه امور که متضمن بررسی دلائل و اجرای حکم قضایی نیست و به علت پرشمار بودن و سهولت نیل به اهداف به قضات ارجاع نمی‌شوند به متولی حسبة مربوط می‌شود...» (۲۴).

به نظر می‌رسد نهاد احتساب در دولت اسلامی متکفل انجام وظائف اداری و اجرایی دولت اسلامی و حسن جریان امور اقتصادی، پیشگیری و منع از اقدامات ضرری و اعمال غیر شرعی بوده و در جهت انجام این وظیفه از نوعی صلاحیت «شبه قضایی» برخوردار بوده و نوعی «کیفر اداری» اعمال می‌کرده است.

در این مبحث جا دارد با بررسی تفصیلی ادله و مبانی، قلمرو و ویژگیهای هر یک از دو نهاد «مظالم» و «حسبة» و رابطه آن دو با نهاد «قضاء» میزان دخالت غیرقضایی دولت اسلامی از طریق بازورهای اجرایی و اداری در پاسخ‌دهی به تخلف از هنجارهای لازم‌الاتباع بررسی و مشخص شود.

بحث و گفتگویی که در جمهوری اسلامی ایران درباره تعزیرات حکومتی - در قلمرو جرائم و تخلفات اقتصادی - وجود داشته و دارد و تحولاتی که در این زمینه به وجود آمده است، به همین گفتار باز می‌گردد. با تحقیقی که در این مقطع از بحث به عمل

می‌آید باید قلمرو مداخله اداری دولت در پاسخ‌دهی به نقض هنجارها معلوم و نیز ماهیت این پاسخهای اداری مشخص شود؛ چرا که مداخله مستقیم کیفری قوه اجرائیه در قلمرو رفتاری شهروندان می‌تواند نشانه ضعف «اصل قانونی بودن» تلقی، و در مقابل، اگر مداخله اداری دارای ماهیت غیر کیفری باشد، می‌تواند جایگزین پاسخهای کیفری و ابزار مناسبی برای «قضازدایی» - در جهت رعایت هر چه بیشتر کرامت، حقوق و آزادی‌های بشری - به حساب آید.

نقش قوای انتظامی، به‌عنوان بخشی از قوه مجریه، در مقام ضابط قوه قضائیه، و به‌عنوان مجری احکام کیفری، خصوصاً زندان، بخش دیگری از نقش قوه مجریه در پاسخ‌دهی به نقض هنجارها را تشکیل می‌دهد که بررسی آن اهمیت خود را داراست. این نقش را می‌توان تحت عنوان نقش تبعی قوه مجریه مطالعه کرد.

از آنچه در این مقاله گفته آمد نتیجه گرفته می‌شود که پاسخ به پدیده مجرمانه در سیاست جنایی اسلام با شعب و شاخه‌های مختلف حاکمیت دارای ارتباط قابل توجهی می‌باشد. کیف و کم این ارتباط به مبانی فلسفی و کلامی اسلام بر می‌گردد و بدون آن که منعکس‌کننده سلطه فردی یا حزبی و گروهی در قلمرو پاسخ‌دهی به هنجارشکنی در جامعه اسلامی باشد نشان‌دهنده جلوه‌های مختلف حاکمیت یک نظام عقیدتی - ارزشی (فلسفی - ایدئولوژیک) است: رابطه با رهبری، ناشی از یک مبنای کلامی مربوط به «ولایت»، حلقه پیوند بین خالق و مخلوق؛ رابطه با قانون، مبتنی بر اعتقاد به هدایت تشریحی الهی، حجت ظاهره، در کنار حجت باطنه نهفته در ضمیر آدمی که همانا خردمندی و الهام فطری اوست: رابطه با قضاء، در راستای حصر مشروعیت حکم در «حکم الله» و ضرورت بررسی و اتخاذ تصمیم معتبر و نافذ توسط مرجع مشروع و صالح؛ و رابطه با بدنه اجرایی دولت اسلامی به لحاظ توجه به پیشگیری از جرم و ازاله زمینه‌های تخلفی از هنجارمندی و به لحاظ عدم امکان تحدید پاسخ‌دهی به کلیه موارد و مصادیق هنجارشکنی در مراجع قضایی و لزوم تجویز پاسخ‌دهی در شکل اداری و اجرایی به بعضی از انواع و اشکال هنجارشکنی.

همین زیرساختهای عقیدتی - ارزشی روابط پاسخ به هنجارشکنی با مراجع دولتی منشأ وجود رابطه معنی‌دار و قابل توجهی بین پاسخ به هنجارشکنی با مراجع مختلف

اجتماعی نیز بوده و قربانی جرم، خود مجرم، گروه‌های اجتماعی و مجموعه شهروندان را در پاسخ‌دهی دخالت داده و از سیاست جنایی اسلام سیاستی «مشارکتی» ساخته است. موضوعی که در مقالی دیگر بدان خواهیم پرداخت.

## یادداشت‌ها

۱. سوره زلزال، آیات ۸-۶.
۲. سوره کهف، آیه ۴۹.
۳. سوره نحل، آیه ۱۱۹.
۴. نهج البلاغه فیض الاسلام، ص ۱۱۸۲، حکمت ۲۲۹.
۵. به آثار استاد فرانسوی، مادام دلماس - مرتی مراجعه شود. از جمله ر.ک:  
Mireille Delmas - Marty, Les grands systèmes de politique criminelle, PUF, Paris, 1992, P. 61; Mireille Delmas-Marty, Modèles et Mouvements de Politique Criminelle, Economica, Paris, 1983, p. 40 et 41.
۶. مراجعه شود به:  
Mireille Delmas- Marty, Les grands systèmes de politique criminelle, *op.cit.*, p.56.
۷. «اسلام در مورد ضرورت پابندی حاکم به نصوص شرعی قرآن و سنت سخت‌گیری نموده و با انحراف او به سوی گناه و معصیت ولایت او را منقضی دانسته؛ چراکه او متولی امر مسلمین شده تا شئون دولتی ایشان را سرپرستی کند و منزلت دین آنان را بالا ببرد؛ حال اگر از حدود ثغور رفتاری که شریعت ترسیم کرده خارج شود، مسلمانان تعهدی به پیروی دستورات او نداشته، برعکس، موظف به ایستادگی در مقابل او و اصلاح او می‌باشند. پیامبر (ص) گفته است: «لاطاعة فی معصية انما الطاعة فی معروف». الدكتور ابراهيم دسوقي اباطة و الدكتور عبدالعزيز الغنّام، تاريخ الفكر السياسي، دارالنجاح، بيروت، ۱۸۷۳، ص ۱۴۴.
۸. الدكتور ابوالمعاطي حافظ ابو الفتوح، النظام العقابي الاسلامي، ۱۹۷۶ دارالانصار، القاهرة، ص ۳۲. همچنین مراجعه شود به: العلامة السيد مرتضى العسكري، معالم المدرستين، طهران، مؤسسة البعثة، ۱۴۰۶ هـ ق، ج ۱، ص ۱۵۰.
۹. ابن هشام، سيرة الرسول، فاهره، الحلبي، ۱۹۳۰، ج ۴، ص ۳۱۱، نیز: سيوطي، تاريخ الخلفاء، بيروت، دارالجيل، ۱۹۸۸، ص ۸۴.

۱۰. ابوالحسن الماوردی، الاحکام السلطانية، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۹۹۰ م، ص ۴۰۶.  
 بنا به نقلی دیگر، ایشان گفتند: «اگر ما دو منکر مرتکب شده‌ایم، توسته منکر مرتکب شده‌ای: ورود بدون اذن صاحبخانه، ورود از غیردرب خانه، و سلام نکردن بر مورود علیهم.
۱۱. طه حسین، الفتنة الكبرى، ج ۱، ص ۱۹۳، به نقل غازی التوبة، الفكر الاسلامی المعاصر، چاپ سوم، بیروت، دارالقلم، ۱۹۷۷، ص ۱۱۹. همچنین تاریخ الخلفای سیوطی، پیشین، ص ۱۸۴، دیده شود.
۱۲. سورة اسراء، آیه ۱۵.
۱۳. ناصر مکارم شیرازی، مجله نور علم، شماره ۸، بهمن ۱۳۶۳، ص ۳۴.
۱۴. لطف‌الله الصافی، التعزیر انواعه و ملحقاته، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۴ هـ ق، ص ۳۳.  
 به منظور دیدن نقد و ردّ این نظر مراجعه شود به: سیدمحمدحسینی، مجازاتهای مالی در حقوق اسلامی، قم، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۳۷۲، صفحات ۱۱۸ تا ۱۲۰ و ۱۲۷ به بعد.
۱۵. مراجعه شود به: سیدمحمد حسین، نقش «میانجیگری» در فصل دعاوی و پاسخ‌دهی به نقض هنجارها، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شماره ۴۵، پاییز ۱۳۷۸، ص ۸ به بعد.
۱۶. از باب مثال به قرآن کریم، سورة مائده، آیه ۳۸ و سورة قصص، آیه ۲ مراجعه شود.
17. Mireille Delmas-Marty, Les grands systèmes de politique criminelle, *op.cit.*, p.210.
۱۸. عبدالقادر عوده، التّشريع الجنائی الاسلامی، بیروت، داراحیاء التّراث العربی، ۱۴۰۵ هـ، ج ۱، ص ۱۴۲.
19. G. Vassalli, "En marge du droit pénal islamique", in *Mélanges Bouzat*, Paris, Pedone, 1981, p.142.
۲۰. در غرب نیز، امروزه، اصل قانونی بودن جرم و مجازات به شدت و حدت سابق (مانند آنچه که در قانون کیفری ۱۷۹۱ فرانسه وجود داشت) حاکم نیست و هدف «فردی‌سازی کیفر» موجب کاهش شدت این اصل و انعطاف‌پذیری آن شده است.
21. Mireille Delmas-Marty, *op.cit.*, p.60.
۲۲. مراجعه شود به: عبدالقادر عوده، پیشین، ص ۱۸۲.
۲۳. از جمله ر.ک. به: ابوالحسن علی بن محمد بن حبیب البصری البغدادی الماوردی، الاحکام السلطانية، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۱۰ هـ ق، صفحات ۱۴۸ تا ۱۷۰.
۲۴. عبدالرحمن بن محمد بن خلدون، مقدّمه تاریخ ابن خلدون، بیروت، دار احیاء التّراث العربی، ۱۴۰۸ هـ، ص ۲۲۵.