



Implementaion of ta'azir; Obligation or Discretion

Mohsen Borhani¹ Morteza Babaei²

1. Corresponding Author: Assistant Professor, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: m.borhani@ut.ac.ir
2. MA. In Criminal Law & Criminology, Faculty of Law & Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: morteza.babaei.77@gmail.com

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Manuscript Received:
4 April 2025
Final revision received:
17 May 2025
Accepted:
12 June 2025
Published online:
21 June 2025

Keywords:

Ta'azir discretionary approach, obligation-based approach, criminalization, decriminalization, maṣlaḥa (public interest)

ABSTRACT

As a principal component of the Islamic penal system, ta'azir constitutes a significant category of punishments designed to address a broad range of criminal offenses. Owing to this expansive scope, ta'azir occupies a position of notable importance within Islamic criminal jurisprudence. A fundamental question in this regard concerns whether the implement of ta'azir by an Islamic government is a religious obligation or merely a discretionary authority. In other words, is the Islamic ruler under a binding duty to implement ta'azir penalties, or is he permitted, but not obligated, to do so? Through a critical analysis of the scriptural and juristic foundations underlying both the obligatory and discretionary approaches, this study concludes that the obligation-based view lacks sufficient evidentiary support, while the relevant shar'i (Islamic legal) proofs substantiate the discretionary nature of ta'azir. Accordingly, the legislator is not bound to criminalize all prohibited acts, and retains the authority to refrain from criminalization where considerations of public interest (maṣlaḥa) so warrant.

Cite this article: Borhani, Mohsen; Babaei. Morteza (2025) "Implementaion of ta'azir; Obligation or Discretion", *Criminal Law and Crimiology Studies*, 55 (1): 27-47, DOI: <https://doi.org/10.22059/JQCLCS.2026.393682.1994>



© The Author(s).

Publisher: University of Tehran Press.

<https://doi.org/10.22059/JQCLCS.2026.393682.1994>



اجرای تعزیر؛ الزام یا اختیار

محسن برهانی^۱ | مرتضی بابائی^۲

۱. نویسنده مسئول: استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

رایانامه: m.borhani@ut.ac.ir

۲. دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ایران.

رایانامه: morteza.babaei.77@gmail.com

اطلاعات مقاله

چکیده

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت:

۱۴۰۴/۰۱/۱۵

تاریخ بازنگری:

۱۴۰۴/۰۲/۲۷

تاریخ پذیرش:

۱۴۰۴/۰۳/۲۲

تاریخ انتشار:

۱۴۰۴/۰۳/۳۱

کلیدواژه‌ها:

تعزیر،

جرم‌انگاری،

جرم‌زدایی،

رویکرد اختیارمحور،

رویکرد الزام‌محور،

مصلحت.

تعزیرات به‌عنوان یکی از پاسخ‌های کیفری پیش‌بینی‌شده در فقه، متکفل پاسخ‌دهی به بخش عمده‌ای از جرایم هستند و به‌دلیل همین گستردگی از اهمیت بسزایی برخوردارند. یکی از موضوعات تعیین‌کننده در تعزیرات موضوع الزامی یا اختیاری بودن اقامه تعزیر است. به این معنا که از نظر فقهی، آیا حکومت اسلامی در مواجهه با تعزیرات دارای تکلیف است یا در این حوزه اختیار دارد؟ به دیگر سخن، حاکم اسلامی حق اقامه تعزیر دارد یا مکلف به اقامه تعزیر است؟ در این نوشتار ضمن تحلیل مستندات فقهی دو رویکرد الزامی یا اختیاری بودن اعمال تعزیر، این نتیجه به‌دست آمده است که رویکرد الزام محور دارای مستند قابل اتکایی نیست و ادله شرعی، اختیاری بودن تعزیر را به اثبات می‌رسانند. بر این اساس قانونگذار ملزم به جرم‌انگاری همه اعمال حرام نیست و دست وی در عدم جرم‌انگاری باز خواهد بود.

استناد: برهانی، محسن؛ بابائی، مرتضی (۱۴۰۴)، اجرای تعزیر؛ الزام یا اختیار، *مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی*، ۵۵ (۱)،

۲۷-۴۷، DOI:<https://doi.org/10.22059/JQCLCS.2026.393682.1994>



© نویسندگان

<https://doi.org/10.22059/JQCLCS.2026.393682.1994>

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

مقدمه

فقه‌های امامیه به‌طور معمول در ذیل کتاب حدود به بحث از تعزیرات می‌پردازند. کتاب‌های ایشان نشان می‌دهد که مباحث حدود از نظر فقها اهمیت و اصالت بیشتری دارد و تعزیرات در مقایسه با آن اهمیت کمتری دارند. از همین رو، مباحث مربوط به حدود و اجرای آن به تفصیل در میان فقها بررسی شده است. علی‌رغم بررسی برخی قواعد فقهی حوزه تعزیرات همچون قاعده «التعزیر لکل عمل محرم»، بعضی مسائل بنیادین این حوزه مغفول مانده است.

فقها هنگام بحث از تعزیر، از دو دسته تعبیر مختلف استفاده کرده‌اند؛ برخی هنگام بیان مطالب حول تعزیر آن را «للامام» یا «الی‌الامام» دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ق: ۱۵۵؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۴۴۸؛ خمینی، ۱۳۹۵: ۵۱۰) و برخی نیز از تعبیراتی چون «یجب التعزیر» یا «علی‌الامام» بودن آن استفاده کرده‌اند (حلی، ۱۴۲۰: ق: ۴۱۱؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ق: ۴۳۵). این نحو از عبارت‌پردازی مبین دو نگاه متفاوت به حیطه تعزیر است؛ نخست، نگاهی که تعزیر را در اختیار حاکم جامعه اسلامی می‌داند و دوم، نگاهی که آن را وظیفه و مسئولیت حاکم تلقی می‌کند.

این بحث اثر مستقیمی بر بخش‌های مختلف قانون جزا خواهد داشت که مهم‌ترین تأثیرگذاری بر بحث «جرم‌انگاری» خواهد بود. اگر رفتاری شرعاً حرام، مستوجب تعزیر باشد، آیا الزاماً حکومت اسلامی باید اقدام به جرم‌انگاری رفتار و سپس مجازات کند یا اینکه چینی الزامی وجود ندارد و دست قانونگذار در عدم جرم‌انگاری رفتار حرام باز است؟

هم‌اکنون در خصوص برخی از جرایم تعزیری، خواست عمومی قائل به «جرم‌زدایی» از رفتارهاست. این در حالی است که مستند به شرع، حرام هستند. اگر مبنای الزامی بودن تعزیر انتخاب شود، حکومت اسلامی نمی‌تواند اقدام به «جرم‌زدایی» کند. اما نظریه اختیاری بودن تعزیر، همان‌گونه که در جرم‌انگاری دست قانونگذاران را نمی‌بندد، طبیعتاً در جرم‌زدایی نیز به قانونگذاران اختیار اعطا می‌کند و بدون هیچ‌گونه محدودیت شرعی، قانونگذاران می‌توانند اقدام به جرم‌زدایی از جرایمی کنند که شرعاً آن رفتارها قابل تعزیر هستند. در این صورت، تقابل میان خواست و اراده مردم و حکم شرعی به نزاع حکومت و مردم و شکاف دولت-ملت منجر نخواهد شد.

پذیرش اختیاری بودن تعزیر علاوه بر بحث جرم‌انگاری و جرم‌زدایی در مباحث مختلفی مانند اصل مناسب بودن تعقیب کیفری، معامله اتهام و امثال این نهادهای کیفری کاربرد دارد و بدن محظور می‌توان از این نهادها در قوانین اسلامی استفاده کرد.

در این نوشتار نگارندگان در پی پاسخگویی به این پرسش اصلی هستند که اجرای تعزیر امری اختیاری است یا الزامی؟

۱. مقتضای اصل در اجرای تعزیر

به‌عنوان مقدمه باید این مسئله مشخص شود که در صورت فقدان ادله اجتهادی، مقتضای اصل در اجرای تعزیر چیست؟ ثمره بحث تأسیس اصل، آن است که پس از اثبات اصل در هر موضوع باید به آن ملتزم بود و تنها در مواردی از آن عدول کرد که دلیل خارجی در میان باشد و در مواردی که دلیلی وجود نداشته و تردید در میان باشد، باید به مفاد اصل تمسک جست. نتیجه این بحث در نوشتار حاضر بدین گونه است که در صورت خلاف اصل محسوب شدن نظریه الزامی بودن تعزیر، این طرفداران الزام هستند که ملزم به ارائه دلیل بوده و طرفداران اختیار الزامی به ارائه دلیل ندارند. از دیگر سو، در صورت عدم تکافوی دلایل اقامه‌شده از سوی قائلان به الزام، رویکرد مقابل به‌خودی‌خود و بدون نیاز به ارائه دلیل اثبات می‌شود.

مخاطب حکم شارع در اجرای تعزیر، حاکم جامعه اسلامی است؛ در صورتی که حاکم شک کند که با وجوبی در این زمینه روبه‌روست یا خیر، با شبهه حکمی و جوبیه روبه‌روست؛ مقتضای اصل برائت در چنین شبهه‌ای آن است که تکلیفی بر عهده وی وجود نداشته باشد. بنابراین اصل عدم در اجرای تعزیر، عدم وجوب است.

همان‌گونه که در اصول فقه به اثبات رسیده است، حق، اصل است و حکم نیاز به دلیل دارد. به تعبیر دیگر، اگر در وجوب امری شک شود، اصل برائت شرعی اثبات می‌کند که هیچ تکلیفی متوجه مکلف نیست. بنابراین مقتضای اصل، چنانکه در کلام برخی فقها آمده است، عدم وجوب اجرای تعزیر است (صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۷۶). از همین رو، طرفداران رویکرد الزام بایستی به‌واسطه دلایل خود امری خلاف اصل را به اثبات برسانند. در واقع، در صورتی که ادله قائلان به وجوب این رویکرد را اثبات نکنند، رویکرد مقابل به موجب اصل بیان‌شده، اثبات می‌شود.

۲. الزامی بودن اجرای تعزیر

بنابر عقیده برخی فقها اجرای تعزیر امری الزامی است. این امر گاه به‌صراحت (فاضل موحدی لنکرانی، ۱۴۳۷ق: ۲۸۰) و گاه با استفاده از تعبیراتی چون «علی‌الامام» بودن تعزیر از کلام ایشان قابل برداشت است؛ به‌گونه‌ای که ظاهر عبارات فقها به‌عنوان دلیلی بر این نظر دانسته شده است (منتظری، ۱۴۰۹ق: ۳۱۱). الزامی بودن تعزیر خود به‌عنوان یک نظریه حاوی دو رویکرد وجوب مطلق و وجوب مشروط است. وجه اشتراک این دو رویکرد در پذیرش وجوب بدوی تمامی موارد تعزیر است؛ اما در رویکرد نخست این وجوب به‌صورت مطلق است که این امر حکم تکلیفی اجرای تعزیر را به حدود اصطلاحی شبیه می‌سازد. در رویکرد دوم اما به مصلحت نبودن اعمال تعزیر

مانعی مشروع در برابر این وجوب است و در چنین مواردی می‌توان از وجوب تعزیر دست کشید.^۱ از همین رو، این رویکرد تا حد فراوانی به نظریه اختیار نزدیک می‌شود. فقیهان قائل به وجوب، برای پشتیبانی از نظر خود، چهار دلیل مختلف را بیان کرده‌اند.

۲.۱. منابع روایی

اخبار مورد استناد طرفداران الزام را می‌توان به چهار دسته تقسیم کرد: روایات مشتمل بر تعبیرات خبری، روایات شامل افعال امری، روایات مشعر بر حکایت فعل معصومین و احادیث مشعر بر قابل تعزیر بودن هر عمل حرام.

نخستین دسته از روایات، روایاتی مشتمل بر تعبیرات خبری چون «عُزِّرَ»، «يُعَزَّرُ» و «عليه التعزير» هستند (ر.ک: عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۴۵۱-۴۵۲).

وفق یک مبنای اصولی، تعبیرات خبری به دلیل مبتنی بودن بر فرض تحقق امر و تأثیر در مأمور، مفید معنای امر و به تبع آن وجوب هستند؛ به طوری که حتی در افاده این معنا قوی‌تر و مؤکدتر از افعال امری هستند (منتظری، ۱۴۰۹ق: ۳۱۲). به عبارت دیگر، به کار بردن جملات خبری در مقام انشاء، دال بر این امر است که گوینده در صدد بیان وجوب مسئله مورد اشاره است. بر این مبنا، وجود چنین تعبیراتی در بیان معصوم به معنای امر معصوم به انجام آنها و در نهایت، وجوب اجرای تعزیر است.

در نقد استدلال به ظهور این روایات در وجوب، دلایلی طرح شده است؛ نخست اینکه، جمله خبری در افاده معنای وجوب قاصر است (نراقی، بی‌تا، ج ۲: ۲۱۷؛ ج ۳: ۱۶۷). بنابراین، جملات خبری در مقام انشاء، ظهور در وجوب ندارد و باید توقف کرد. در این دیدگاه به مقتضای اصل برائت، جملات خبری را حمل بر استحباب می‌کنند (رشتی، بی‌تا: ۲۳۴)، لکن جمله خبری در مقام انشاء، ظهور در وجوب دارد و این معنا به خوبی از این جملات متبادر می‌شود. برای نمونه هنگامی که در روایتی از امام سؤال می‌شود که حکم دو نفر که زیر پوشش واحد خوابیده‌اند چیست؟ و ایشان می‌فرمایند که تازیانه می‌خورند (عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۳۶۷)؛ آشکارا این معنا به ذهن متبادر می‌شود که چنین فردی باید تازیانه بخورد و غیر این معنا قابل پذیرش به نظر نمی‌رسد.

۱. نحوه نگارش ماده ۳۹ قانون مجازات اسلامی نزدیکی فراوانی به رویکرد وجوب مشروط دارد. وفق این ماده: «در جرایم تعزیری درجه‌های هفت و هشت در صورت احراز جهات تخفیف چنانچه دادگاه پس از احراز مجرمیت، تشخیص دهد که با عدم اجرای مجازات نیز مرتکب، اصلاح می‌شود در صورت فقدان سابقه کیفری موثر و گذشت شاکی و جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران آن می‌تواند حکم به معافیت از کیفر صادر کند»؛ در این ماده لزوم اعمال مجازات در موارد وجود مصلحت اصلاح مرتکب به اختیار اعمال مجازات تبدیل می‌شود.

ایراد بیان شده به لحاظ اصولی شاذ محسوب شده و به همین دلیل، این نظر مورد پذیرش اغلب اصولیین قرار نگرفته است (عراقی، ۱۴۱۷ق: ۱۷۹-۱۸۰؛ خوئی، ۱۴۱۰ق: ۱۳۴-۱۳۵). از این رو خدشه‌ای به رویکرد الزام‌محور وارد نمی‌کند.

نقد دیگر اینکه، این دسته از روایات در مقام بیان وجوب و عدم وجوب نیستند. به عبارت دیگر، مقدمات حکمت در خصوص این روایات تمام نیست، چراکه برای تمسک به اطلاق باید در مقام بیان بودن احراز شود، از این رو استناد به این روایات به سبب در مقام بیان نبودن آنها صحیح نیست (صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۷۶). به بیان دیگر، در این موارد معصوم فارغ از حکم تکلیفی اقامه تعزیر، در مقام تشریع موارد تعزیر یا پاسخ به نیازی بوده است. از همین رو، برخی ملتزمان به رویکرد الزام، خود این احتمال را طرح کرده‌اند که ممکن است روایات مزبور صرفاً در مقام رفع ممنوعیت و محذور ناشی از اصل حرمت تصرف در سلطه افراد باشند. در صورت قبول این احتمالات، روایات مزبور دلالتی بر وجوب نداشته (منتظری، ۱۴۰۹ق: ۳۱۲) و حداکثر ثبوت تعزیر در مورد برخی رفتارها را می‌توان از آنها برداشت کرد. از سوی دیگر پذیرش وجوب تعزیر با سیره معصومین نیز تعارض دارد (صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۷۶). بدین معنا که گاه در سیره معصومین مشاهده می‌شود که ایشان علی‌رغم وجود شرایط اعمال تعزیر از اجرای آن چشم‌پوشی کرده‌اند که در سطور بعدی به این مسئله خواهیم پرداخت.

دسته دوم، روایاتی هستند که در آنها معصوم امر به تعزیر فرموده است (ن.ک: طبرسی، ۱۴۰۸ق: ۳۰۷). در این دسته از روایات به جای تعبیر خبری از تعبیر مفید امر استفاده شده است. این دسته از روایات نیز به نقدهای بیان شده در خصوص دسته پیش مبتلا هستند. چنانکه در مقابل این روایات نیز ایرادات تعارض با سیره معصومین و انصراف روایات از بحث وجوب تعزیر طرح شده و بر مبنای ایرادات مزبور وجوب بر معنای لغوی خود یعنی ثبوت حمل شده است. حتی این احتمال نیز قابل طرح است که روایات مزبور ناظر به موارد خاص و قضایای واقعی بوده‌اند.

گروه سوم از روایات، اخباری هستند که مشتمل بر نقل افعال و قضایای معصومین هستند (عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۵۷۵). به عبارت دیگر، در این موارد تمسک به سیره مطرح می‌شود. این روایات دال بر این معنا هستند که معصومین در هنگام برخورد با متخلفان اقدام به کیفر دادن ایشان می‌کردند. این دسته از روایات را نیز نمی‌توان مثبت وجوب تعزیر تلقی کرد؛ نخست به این دلیل که از دلیل لایی نمی‌توان استفاده اطلاق کرد. دیگر اینکه اساساً این روایات متضمن داده‌ای دال بر عدم تفویض اختیار به حاکم نیستند (صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۷۶)؛ بدین معنا که اعمال تعزیر از سوی معصوم، صرفاً جواز تعزیر در آن مورد را ثابت کرده و از این جواز نمی‌توان استفاده حکم تکلیفی کرد. این دسته به خصوص با وجود سیره مخالف توان دلالت بر وجوب را دارا نیستند.

آخرین دسته از روایات، مواردی هستند که ممکن است بر لزوم اجرای تعزیر بر همه متخلفان دلالت کنند. برخی روایات ملهم این معنا هستند که واکنش کیفری قرین و پیامد حتمی ارتکاب معصیت است. داود بن فرقد از پیامبر (ص) نقل می‌کند که ایشان می‌فرمود: خداوند برای هر چیزی حدی قرار داده و برای هر کس که بر حد الهی تعدی نماید نیز حد قرار داده است (عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۳۰۹-۳۱۰). وفق برداشتی که اغلب محققان از این روایت داشته‌اند، دو حد نخست مذکور در روایت در معنای حکم و قانون و سومین حد به معنای مطلق عقوبت است و از آن رو که مطلق عقوبت صرفاً شامل حد اصطلاحی نمی‌شود، این نتیجه حاصل می‌گردد که به حکم این روایت شارع با هر قانون‌شکنی و تخلفی با حد یا تعزیر برخورد می‌کند. در واقع، بنا بر این برداشت هر قانون‌شکنی و تخطی واکنش حاکم اسلامی را در پی خواهد داشت. این برداشت به‌خصوص به موجب روایت عمرو بن قیس از امام صادق (ع) تقویت می‌شود، چراکه حضرت ضمن تکرار حدیث پیامبر (ص)، سومین حد مذکور در حدیث را به عقوبت معنا می‌کنند (عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۳۱۰-۳۱۱).

بر فرض پذیرش صحت مفاد احادیث مزبور، ممکن است گفته شود که جعل عقوبت برای تمامی تخلف‌ها اقتضای وجوب اجرا را دارد؛ یعنی نتیجه منطقی جعل عقوبت، اجرای مجازات در صورت تحقق موجب آن است. اما چنین استفاده‌ای از این روایات از دو حیث مخدوش است؛ یکی اینکه مفهوم این روایات یعنی جعل عقوبت برای هر کیفری پذیرفته نیست. با این توضیح که برای تعیین معنای حد در این روایت چند فرض مطرح می‌شود. اگر دو حد مذکور در صدر و ذیل روایات را به مجازات تعبیر کنیم، عبارت به‌روشنی بی‌معنا خواهد بود؛ چراکه بدین صورت می‌شود که خداوند متعال برای هر چیز مجازاتی قرار داده و برای هر کس که از مجازات مزبور تعدی کند نیز مجازات پیش‌بینی نموده است. در صورتی که دو حد مذکور در روایت را وفق برداشت غالب تفسیر کنیم نیز، باز دارای ایراد است؛ چراکه کلیت و عمومیت موجود در تفسیر صحیح به‌نظر نمی‌آید، زیرا هر مسلمانی به این امر واقف است که تعدی از هر حکم اسلامی لزوماً مستلزم کیفر نیست. به عبارت دیگر، هر معصیت الهی به‌خودی‌خود و فارغ از عناوین ثانویه، جرم و مستلزم کیفر نیست. به همین دلیل، عبارت موردنظر اصولاً نمی‌تواند در مقام بیان پیش‌بینی مجازات دنیوی برای تعدی به هر حکمی باشد (نوبهار، ۱۳۹۶: ۶۰-۶۱). پس یا حد مذکور در این روایات حد اخروی استو یا حتی اگر حد دنیوی باشد، الزاماً کیفر نیست و چه‌بسا سنخ دیگری از ضمانت اجرا باشد. دیگر اینکه، حتی بر فرض صحت و قبول مفاد این احادیث، این روایات حداکثر در مقام بیان مشروعیت اعمال مجازات تعزیری هستند، نه لزوم اعمال مجازات (کدخدایی، ۱۳۸۷: ۱۱۴)، چراکه در مقام بیان چیزی بیش از جواز اعمال تعزیر در صورت ارتکاب حرام نیستند. در واقع، روایات مزبور در مقام استنباط گستره موجبات تعزیر کاربرد دارند و نسبت به حکم

تکلیفی اجرای تعزیر ساکت هستند، چراکه قابل تعزیر بودن اعمال حرام به صورتی که از روایات فوق قابل برداشت است ملازمه‌ای با لزوم اجرای تعزیر ندارد، بلکه حداکثر جواز تعزیر را بیان می‌کند که این مسئله در مرحله قبل از بحث حول حکم تکلیفی اجرای تعزیر طرح می‌شود.

۲.۲. توسعه حرمت تعطیل حدود به تعزیرات

منظور از تعطیل حدود «ترک اقامه حدود با داشتن قدرت بر آن و فراهم بودن شرایط» است (مؤسسه دائرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۳۸۲: ۵۳۵). فقها در مواضع مختلف تعطیل حدود الهی را ناموجه دانسته‌اند. حرمت منجر شدن به تعطیل حدود، گاه علت برخی از احکام (ابن ادریس، ۱۳۸۷: ۲۳۲؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۲۸۵) و گاه نیز دلیل برخی قواعد فقهی دانسته شده است (نجفی، ۱۳۶۲: ۳۹۵؛ فاضل موحی لنگرانی، ۱۴۲۷ق: ۲۷۸). در باب تعزیرات نیز، در فرضی که اجرای تعزیر بر محکوم منجر به تلف یا آسیب به وی شود، ضامن تلقی کردن حاکم نسبت به دیه، به جهت منتهی شدن به تعطیل تعزیرات ناصواب دانسته شده است (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۲: ۶۹۸).

این قاعده به عنوان یکی از مستندات الزامی بودن تعزیر مورد اشاره قرار گرفته است. اصطلاح حد در معنای اعم شامل تعزیر نیز می‌شود. از همین رو، این ادعا طرح شده است که بنا بر ظاهر، تعزیرات داخل در لفظ حدود بوده و به همین دلیل مستندات قاعده نهی از تعطیل حدود شامل تعزیر نیز شده و وجوب اجرای آن را اثبات می‌کند. همچنین علاوه بر ظاهر لفظ حدود، تسری حکم نهی از تعطیل اجرای حدود به تعزیرات به «اجماع مرکب»^۱ نیز مستند است (نراقی، ۱۳۷۵: ۵۵۴-۵۵۵).

نکته محوری این استدلال شمول لفظ حد بر تعزیر است، اما این گزاره قابل پذیرش نیست. زیرا قدر متیقن در استفاده از لفظ حدود، استفاده از آن در معنای مجازات‌های معین شرعی است (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۹: ۴۸). تعطیل بردار نبودن حدود نیز امری خلاف اصل به نظر می‌رسد، چراکه فقها در بحث از وجوب اجرای حدود به دلایل خارجی همچون ادله روایی نهی از تعطیل حد استناد جسته‌اند. چنین نحوه‌ای از طرح و اثبات بحث بدین معناست که در صورت نبود دلایل خارجی، اصل اولیه حاکی از عدم الزام حاکم به اجرای حدود است، زیرا اگر چنین نبود، در اثبات وجوب اجرای حدود نیازمند دلایل خارجی نبودند. از این رو، در موارد خلاف اصل باید به قدر متیقن اکتفا کرد و استفاده مذکور برخلاف چنین امری است. ماهیت معین و مقدر بودن حد اقتضا دارد که در موارد شک، صرفاً احکامی که به طریقی با ثابت و قطعی بودن کیفر مرتبطاند و خلاف اصول و عموماً محسوب می‌شوند، به حدود اصطلاحی اختصاص داشته باشند. بنابراین احکامی

۱. ر.ک: قافی و شریعتی فرانی، ۱۳۹۶: ۱۳۲.

از قبیل وجوب اقامه حد و حرمت تعطیل آن، عدم جواز شفاعت و کفالت در حد، و عدم جواز تأخیر در اجرای آن مختص به حدود اصطلاحی‌اند (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۵۷).

دیگر اینکه پذیرش این قاعده که در خصوص حدود اغلب به اجرای بی‌چون‌وچرای آن و سلب قابلیت سازگاری با شرایط متغیر و مصالح مختلف منجر شده، موجب ارائه تفاسیری نو از آن شده است که پذیرش آن به وجوب اجرای تعزیر چنانکه مطلوب قائلان به وجوب است، منجر نمی‌شود. برخی فقه‌پژوهان روایات نهی از تعطیل حد را بر نفی اهمال‌گرایی و سستی در اجرای کیفر که می‌تواند اصل قطعیت کیفر را مخدوش ساخته و مایه تجری بزهکاران بالفعل و بالقوه شود، حمل می‌کنند. از نظر ایشان از این روایات استفاده می‌شود که وجود مجازات امری ضروری است؛ بدین معنا که مجازات نباید به‌طور کلی لغو شود (نوبهار، ۱۳۹۳: ۱۳۵). با اینکه وفق این تفسیر، تفاوتی میان حدود اصطلاحی و تعزیر وجود ندارد، اتخاذ آن به اجرای بی‌چون‌وچرای تعزیرات نیز منجر نمی‌شود. اگر بپذیریم مدلول روایات مزبور، جلوگیری از اهمال‌کاری و نفی الغاگرایی است، این ادله الزاماً به اثبات نظر قائلان به وجوب اجرای تعزیر منجر نمی‌شوند، چراکه قائل شدن به اختیار، به معنای نفی مجازات به‌طور کلی نیست. این نظر همچنین فلسفه این روایات را نیز بهتر تأمین می‌کند، چراکه در صورت قائل شدن به اجرای بی‌چون‌وچرای تعزیرات ممکن است، تعزیر مزبور به دلایل مختلف کارا نباشد، چنین امری خود مصداق تضییع تعزیر است؛ چنانکه در مورد تبصره ماده ۶۳۸ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) با چنین پدیده‌ای مواجهیم. همچنین قبول این دلیل می‌تواند ما را به برخوردی حدگونه با تعزیرات مثل پذیرش قابل انتقاد تعزیرات منصوص در قانون مجازات اسلامی، دلالت کند.

پذیرش نهادهایی چون عفو و شفاعت در تعزیر که در مباحث آتی به آنها خواهیم پرداخت نیز قرینه‌ای است که با وجوب اجرای تعزیر که برآمد قبول سرایت ادله نهی از تعطیل حدود به تعزیرات است، مانع‌الجمع به‌نظر می‌رسد. بنابراین حرمت تعطیل حدود در معنای مصطلح فقهی قابل توسعه به گستره تعزیرات نیست.

۲.۳. اعمال تعزیر به‌مثابه نهی از منکر

بحث از نهی از منکر در دو حوزه به بحث تعزیر ارتباط پیدا می‌نماید. نخستین جلوه‌گاه این ارتباط، در دایره اعمال قابل تعزیر یا به بیان دیگر در بحث از موجبات تعزیر است. محل دیگر بحث نیز مسئله الزامی یا اختیاری بودن تعزیر است.

میان فقها شیعه در خصوص گستره اعمال قابل تعزیر اختلاف نظر وجود دارد. مطابق نظر مشهور در این زمینه، هر عمل حرامی قابل تعزیر است. فقها بر این مبنا که تعزیر نمودن افراد با مرحله سوم نهی از منکر که مرحله یدی است، منطبق است، در توجیه این نظریه به وجوب انکار

منکر توسل کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۳۹-۴۲؛ منتظری، ۱۴۰۹: ۳۰۶-۳۰۷)، از همین رو استدلال می‌شود که چون انکار و جلوگیری از وقوع هر منکری به لحاظ شرعی واجب است، تعزیر آن نیز مشروع است.

غرض از تشریع نهی از منکر جلوگیری از وقوع معصیت است؛ حال آنکه تعزیر به حسب ذات خود هنگامی ظهور و بروز پیدا می‌کند که عمل مستوجب تعزیر تحقق یافته باشد (گلپایگانی، ۱۴۱۲: ۳۰۰). پس نهی از منکر دلالتی بر جواز دخالت در بازه زمانی پس از وقوع عمل ندارد. دیگر اینکه نهی از منکر شرایطی دارد که وجود این شرایط نیز چالش آفرین است. در این مقام اشاره به دو شرط مفید است؛ نخست اینکه، وفق آنچه فقها گفته‌اند، فرد خاطی باید اراده بر تکرار عمل داشته باشد؛ دیگر اینکه، در نهی از منکر باید احتمال تأثیر وجود داشته باشد. حال در صورتی که ما بدانیم، فرد خاطی اراده‌ای بر تکرار خطای خود ندارد یا احراز کردیم که وی حتی در صورت نهی نیز به کار خود ادامه می‌دهد و بر نهی اثری بار نیست، ما دیگر با تکلیفی مواجه نیستیم؛ حال آنکه عدم اراده بر تکرار و حتی عدم تأثیرگذاری بر فرد خاطی الزاماً در تعزیرات موضوعیتی ندارند.

برخی در دفاع از تمسک به نهی از منکر پاسخ داده‌اند که شرایط مزبور دائر مدار وجوب نهی از منکر است و فقدان این شرایط، صرفاً حکم وجوب را زائل کرده و حکم جواز به قوت خود باقی می‌ماند (منتظری، ۱۴۰۹: ج ۳، ۳۸۷ به نقل از: کدخدایی، ۱۳۸۷: ۱۱۸). از سوی دیگر و در پاسخ به شق دوم ایراد اخیر، این احتمال مطرح شده که ممکن است مقصود از تأثیر موردنظر در نهی از منکر، تأثیر نوعی باشد (کدخدایی، ۱۳۸۷: ۱۲۲).

اما هر دو پاسخ مخدوش به‌نظر می‌رسد؛ در مورد پاسخ نخست باید توجه کرد که نهی از منکر مستلزم نوعی تعرض به افراد است و چنین تعرضی به‌خودی‌خود حرام محسوب می‌گردد؛ حال اگر توجیه شرعی وجوب نهی از منکر از دست برود، طبیعتاً حکم آن به حالت اولیه یعنی حرمت برمی‌گردد؛ از این‌رو جواز نهی از منکر و به‌تبع تعزیر، در این حالت بعید به‌نظر می‌رسد (کدخدایی، ۱۳۸۷: ۱۲۲).

اگر سرایت ادله نهی از منکر به تعزیر را بپذیریم، ناگزیر باید به وجوب اجرای تعزیر ملتزم شویم. به عبارت دیگر، حکم تکلیفی نهی از منکر وجوب است، اگر تعزیر مرتبه سوم نهی از منکر محسوب شود، ناگزیر در حکم تکلیفی نیز تابع نهی از منکر شده و در نتیجه واجب‌الاجرا می‌گردد. بنابراین سرایت یا عدم سرایت وجوب نهی از منکر به تعزیر واجد اثری مهم است. توضیح اینکه، پذیرش ادله نهی از منکر صرفاً گستره اعمال قابل تعزیر را معین نمی‌کند، بلکه علاوه بر آن وجوب اجرای تعزیر در آن گستره را نیز ثابت می‌نماید. در واقع، در صورت پذیرش این دلیل، صدق نهی از منکر بر هر مورد، موجب وجوب اجرای تعزیر آن می‌گردد. به عبارت

دیگر، پذیرش دلیل نهی از منکر تنها امکان اعمال تعزیر را به حکومت اسلامی نمی‌دهد، بلکه فراتر از آن وی را ملزم به اجرای تعزیر می‌کند.

باید به این نکته نیز توجه کرد که نهی از منکر دلیلی محدود و خاص است. در واقع، نهی از منکر صرفاً در صورتی می‌تواند وجوب تعزیر را اثبات کند که ما در مرحله ثبوت، قائل به قابل تعزیر بودن هر عمل حرام باشیم. در غیر این صورت طرح این دلیل نمی‌تواند مثبت وجوب تعزیر محسوب شود. همچنین حتی اگر قائل به سرایت وجوب نهی از منکر به تعزیر نیز شویم، این دلیل جز در موارد دارای همپوشانی، موجب اثبات وجوب تعزیر نمی‌شود. برای مثال، در موردی که فرد خاطی اراده بر تکرار عمل خود را داشته باشد، به سبب اجماع شرایط تعزیر و نهی از منکر می‌توان با مسامحه تعزیر را واجب دانست. اما در مجموع باید گفت که این دلیل اخص از مدعاست، چراکه به هیچ نحو قادر به اثبات وجوب بدوی تمام موارد تعزیر نیست و حداکثر وجوب تعزیر را در مواردی اثبات می‌کند که شرایط وجوب نهی از منکر در آنها جمع باشد. به همین دلیل نمی‌توان از آن حکم وجوب اجرای تمام موارد تعزیرات را استفاده کرد.

۴.۲. ملازمه حفظ نظام و اقامه تعزیر

بسیاری از فقها تشریع عقوبات اسلامی را بر مبنای وجوب حفظ نظام توجیه کرده‌اند (کاشف‌الغطاء، بی‌تا: ۳۰۳؛ غروی اصفهانی، ۱۴۰۹ق: ۶۰؛ منتظری، ۱۴۰۹ق: ۳۰۹؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق: ۵۰۵؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ج ۱: ۴). استناد به وجوب حفظ نظام و حرمت اخلاص به آن معمولاً در کلام فقها برای اثبات قاعده «التعزیر لكل عمل محرم» به کار رفته است (خوئی، ۱۴۲۸ق: ۴۰۸). اما برخی، حفظ نظام اسلامی یا حفظ نظام عادل و اداره صحیح جامعه را موجب ایجاد تکلیف اقامه تعزیر برای حاکم دانسته‌اند (نبریزی، ۱۳۷۶: ۲۶۹-۲۷۰؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق: ج ۱: ۳۲۱-۳۲۲).

منظور از قاعده حفظ نظام، نظام در معنای وسیع کلمه یعنی حفظ کلیت اجتماع و نظام زندگانی است (باقی‌زاده و امیدوفرد، ۱۳۹۳: ۱۷۵-۱۷۶؛ ورعی، ۱۳۹۳: ۲۷؛ نوبهار، ۱۳۹۸: ۵۳). بنابراین، آنچه قاعده بر آن دلالت می‌کند این است که حفظ نظام زندگی مردم، به لحاظ عقلی و شرعی واجب بوده و اخلاص در آن نیز عقلاً و شرعاً ممنوع است.

دلالت وجوب حفظ نظام و حرمت اخلاص در آن در حوزه تعزیرات، مقتضی وجوب اقامه تمامی موجبات تعزیر است. صحت این احتمال دور از ذهن است و نمی‌توان وجوب حفظ نظام را مثبت وجوب تمامی موجبات تعزیر دانست، چراکه اولاً، به لحاظ عقلی ملازمه‌ای میان وجوب اعمال تعزیر بر هر موجب و حفظ نظام وجود ندارد؛ ثانیاً، این قاعده در اثبات قابل تعزیر بودن تمامی اعمال حرام دچار مشکل است. زیرا حفظ نظام از طریق انجام فریضه امر به معروف و نهی از منکر و نیز تشریع حدود و تعزیرات مذکور در روایات تأمین می‌گردد و از همین رو نیازی به

مجازات کردن همه مجرمات نیست (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵: ۹۸؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ۱۵۴). قاعده‌ای که قادر به اثبات موجبات تعزیر به صورت عام نیست، نمی‌تواند وجوب اقامه تمامی موارد مستوجب تعزیر را اثبات کند؛ ثالثاً، پذیرش چنین دلالتی چه در مرحله جرم‌انگاری و چه در مرحله اجرا مشکل‌زاست، چراکه به محض الزام به تعزیر هر حرام، به دلایلی چون تورم عناوین کیفری، نظام جامعه و به خصوص رکن قضایی برهم می‌خورد و هرج و مرج ایجاد می‌شود.

به اعتقاد نگارندگان این دلیل تنها توان اثبات وجوب اجمالی تعزیر یا وجوب اقامه تعزیراتی را دارد که عدم برخورد با آنها به کلیت اجتماع ضربه می‌زند. حفظ کلیت اجتماع ملازمه با جرم‌انگاری و اجرای مجازات بر تمام حرام‌های شرعی قابل تعزیر را ندارد و از این رو، این دلیل موجبات پذیرش وجوب اقامه تعزیر به صورت مطلق را فراهم نمی‌آورد.

۳. اختیاری بودن اجرای تعزیر

رویکرد دوم در تعزیرات، اختیاری بودن آن است. این رویکرد به لحاظ تاریخی بر نگاه مقابل تقدم دارد؛ اما با وجود تقدم ایشان بر گروه مقابل، گاه چندی از فقهایی که به این مسئله پرداخته‌اند، دلیل مدعی خود را ذکر نکرده‌اند (طوسی، ۱۴۱۱ق: ۴۹۷؛ طوسی، ۱۳۸۷: ۶۶-۶۸؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲ق: ۱۵۲؛ منتظری، بی‌تا: ۴۴). حتی گاه میان آرای برخی از ایشان تعارض وجود دارد (ر.ک: منتظری، ۱۴۰۹ق: ۳۱۱-۳۱۴). البته چه‌بسا عدم ذکر دلایل اثباتی این رویکرد در کتب طرفداران آن را بتوان به این عامل منتسب کرد که رویکرد حاضر به جهت موافقت با اصل نیازی به اثبات خود نداشته و به صرف اینکه طرفداران نظر مقابل نتوانند دلایلی بر مدعی خود اقامه کنند، رویکرد اختیار به خودی خود ثابت می‌شود.

بنابر این رویکرد، ارتکاب رفتار مستوجب تعزیر موجب مکلف شدن حاکم به اعمال تعزیر بر مرتکب نیست، بلکه تنها حرمت تعرض به وی را به اباحه تبدیل می‌کند و اختیار اعمال تعزیر را به وی می‌دهد. بر این مبنای، حرام بودن یک رفتار نه رکن کافی، بلکه تنها رکن لازم برای جرم‌انگاری آن است. از همین رو برای نمونه، «اکل مال به باطل» یا نقض «المومنون عند شروطهم» در مراودات مالی را نمی‌توان دلیل کافی جهت ورود حقوق کیفری به عرصه مراودات حقوقی به معنای اخص دانست.

نکته حائز اهمیت در این رویکرد، نقش شایان توجه مصلحت به عنوان ضابطه اعمال اختیار است (صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۷۵-۷۶). در واقع، مختار بودن حاکم در اعمال تعزیر را نباید به معنای اعطای اختیار تصمیم‌گیری از بدون محدودیت و نفی رفتار عقلایی و منطبق با مصلحت تفسیر کرد؛ چراکه وی ملزم به رعایت حقوق شهروندان تحت حاکمیت خود است و این حق اقتضا دارد

که در تصمیم‌گیری‌های حاکم مصلحت رعایت شود. به هر حال، دیدگاه اختیار به موجب دو دلیل پشتیبانی می‌شود. نخست، منابع روایی و سیره، دوم، جواز عفو و شفاعت در تعزیر.

۳.۱. منابع روایی و سیره

استنادات روایی قائلان به اختیار را می‌توان در سه دسته صورت‌بندی کرد. گاه ظاهر و سیاق تعبیرات موجود در برخی روایات مرتبط با تعزیر مورد استناد قرار گرفته است. از نظر قائلان به اختیار، ظاهر و سیاق تعبیراتی چون «یجلدون حدا لیس له وقت فذلک إلی الامام» (عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۵۸۴-۵۸۵) عرفاً به معنی به اختیار و در مالکیت حاکم بودن تعزیر است. چنین مطلبی از لسان برخی تعبیرات موجود در احادیث دیگر نظیر تعبیر «سنوجه ضرباً وجیعاً حتی لا یؤذی المسلمین» (عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۴۵۸) و تعبیر «ثم الوالی بعد یلی اذهبهم و حبسهم»^۱ (عاملی، بی‌تا، ج ۱۹: ۳۰) نیز قابل برداشت است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳ق: ۲۷۰).

دسته‌ای دیگر از روایات نیز می‌توانند برای اثبات این نظر طرح شوند. از پیامبر (ص) نقل شده که ایشان فرموده‌اند: «ادعوا الحدود بالشبهات و اقیلوا الکرام عثراتهم إلا فی حد من حدود الله» (مغربی، ۱۳۸۵: ۴۶۵). گاه نیز احادیثی با مضمون مشابه از ایشان (عاملی، بی‌تا، ج ۱۱: ۵۳۵؛ حرانی، ۱۴۰۴ق: ۵۸) یا امیرمؤمنان (ع) (مجلسی، ۱۴۰۳ق: ۴۰۵) نقل شده است، با این تفاوت که حدود در آنها استثنا نشده است. این احادیث که مشابه آنها در منابع روایی اهل سنت نیز وجود دارد، دال بر گذشتن از خطاهای گروه‌هایی از افراد است. در صورتی که به امر موجود در این روایات تمسک کنیم، این نتیجه حاصل می‌شود که به صورت حتمی دسته‌ای از افراد از شمول حکم وجوب تعزیر خارج هستند. این مسئله قرینه‌ای بر این امر است که اجرای تعزیر الزامی نیست، و الا معصومین امر به گذشت از خطای این افراد نمی‌کردند.

اما ایراداتی را می‌توان بر این برداشت طرح کرد؛ نخست اینکه، منظور این احادیث نه نادیده گرفتن جرایم افراد خاص که گذشت از لغزش‌هایی است که واجد عقوبت دنیوی نیستند (صادقی، ۱۳۹۵: طباطبائی، ۱۴۰۱). در پاسخ به این ایراد باید گفت که در متن این احادیث گاه حدود از حکم کلی روایت استثنا شده است، با توجه به آنکه بایستی میان مستثنی و مستثنی‌منه وحدت جنس وجود داشته باشد؛ باید پذیرفت که این احادیث شامل گذشت از جرایم نیز می‌شوند. البته حسب استثنا حدود، حکم این روایات صرفاً شامل تعزیرات می‌شود.

همچنین ممکن است این روایات نه به معنای اختیاری بودن تعزیر، بلکه به معنای دستورهایی در جهت تعامل با مرتکبان حرام در بازه زمانی پس از اعمال عقوبت باشند (منتظری،

۱. سپردن «تادیب و جس» به والی، به معنای سپردن اختیار تام در تعیین نوع و میزان این تنبیه به اوست. مضاف بر آنکه تادیب در بسیاری از موارد، ملازم با عدم مکافات است و بدون آن حاصل می‌شود.

۱۴۰۹ق: ۳۱۴). اما چنین احتمالی قابل پذیرش نیست؛ چراکه دلیلی بر توجیه برخورد دوگانه با مرتکبان حد و تعزیر در بازه زمانی پس از اعمال عقوبت در مواردی که نصی نیست، وجود ندارد. شاید به دلیل وجود همین ایرادات یا احتمالات باشد که قائلان به اختیار در مباحث خود اشاره‌ای به این دسته از احادیث نکرده‌اند.

علاوه بر روایات بیان‌شده، سیره معصومین نیز مثبت اختیار حاکم در اجرای تعزیر است. اصل کلی در سیره معصومین در زمان زمامداری مسلمین، مبتنی بر کیفر مجرمان بوده است. این گزاره به خصوص به موجب روایاتی که پیشتر به آنها اشاره شد، پشتیبانی می‌شود. اما دقت در روایات و اخبار تاریخی نشان‌دهنده مواردی است که در آنها، معصومین علی‌رغم فراهم بودن شرایط اعمال تعزیر از اجرای آن چشم‌پوشی نموده‌اند (انصاری و همکاران، ۱۳۸۵: ۱۱۰). این مسئله به وضوح مبین این گزاره است که سیره در اثبات وجوب تعزیر ناتوان بوده و حداکثر می‌تواند مشروعیت اعمال تعزیر را توجیه می‌نماید (همان). وانگهی این امر به نظر قرینه‌ای بر پذیرش نظر اختیار نیز است؛ چراکه در غیر این صورت باید قائل به تخطی معصومین از وجوب تعزیر شویم. البته ممکن است این ایراد وارد شود که باید موارد مزبور را بر مبنای عفو حاکم یا توبه متهم توجیه کرد. لکن به نظر همه روایات دال بر عدم اجرای تعزیر بر این اساس قابلیت توجیه ندارند و حق آن است که سیره معصومین و حتی حکام جور که مورد رد حضرات قرار نگرفته است، دلالت بر تفویض اختیار تعزیر به حاکم دارد (صافی گلپایگانی، بی‌تا: ۷۶).

با وجود این، امکان طرح این نقد نسبت به ادعای اخیر وجود دارد که سیره قابلیت اثبات اختیاری بودن اجرای تعزیر را ندارد، چراکه ممکن است موارد عدم اجرا از باب مصلحت بوده باشد. در این صورت سیره ظاهراً به صورت همزمان قابل تفسیر به وجوب مشروط و اختیار است. اما ایراد مزبور وارد به نظر نمی‌رسد؛ چراکه اساساً مستندات قائلین به الزام به حدی نیست که بتوانند وجوب بدوی تمام موارد را اثبات کند.

۳.۲. حق تلقی شدن تعزیر به دلیل جواز عفو و شفاعت

یکی از طرق اثبات اختیاری بودن تعزیر، تمسک به ادله عفو و شفاعت است. پذیرش جواز این دو نهاد ما را به اختیاری بودن اقامه تعزیر دلالت می‌کند. البته برخی فقها وجود حق عفو را با وجوب اجرای تعزیر مانع‌الجمع نمی‌دانند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۲: ۳۲۲-۳۲۴). چنین تعبیری در ارتباط با شفاعت نیز قابل طرح است. به هر حال، در صورتی که اختیار عفو در تعزیرات را بپذیریم، پذیرش وجوب تعزیرات دشوار است، چراکه در این صورت، حاکم حق عفو پیدا می‌کند و می‌تواند مجرم را ببخشد یا کیفر دهد. هنگامی که از محق بودن حاکم صحبت کنیم، وجوب تعزیر رنگ می‌بازد، به این جهت که کسی را نمی‌توان به اعمال حق ملزم نمود. به همین دلیل سه رویکرد در

مواجهه با این نظر وجود دارد: ۱. ادله و روایات مشتمل بر وجوب را حمل بر معنای لغوی وجوب، یعنی ثبوت کنیم؛ ۲. وجوب را حسب طبع فعل و بدون در نظر گرفتن اینکه عفو در آن مورد دارد یا خیر، در نظر بگیریم. به عبارت دیگر، وجوب مذکور در روایات را به وجوب اقتضایی حمل کنیم؛ ۳. وجوب تعزیر را بر مواردی حمل کنیم که مستحق تعزیر، حق شخصی را تضییع نموده و صاحب حق نیز اعلام گذشت نکرده باشد (منتظری، ۱۴۰۹: ۴۰۴). از میان این سه رویکرد، پذیرش رویکرد سوم حسب شرایط خاص وقوعش بعید به نظر می‌رسد. در صورت پذیرش احتمال نخست، ملزمیم اجرای تعزیر را اختیاری و با پذیرش احتمال دوم، ملزمیم اجرای تعزیر را الزامی بدانیم. طرح چنین استدلالی در ارتباط با شفاعت نیز مصداق دارد که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

برای امکان‌سنجی صحت این ادعا نخست باید به بحث از جواز عفو و شفاعت و گستره آن در تعزیر بپردازیم و سپس درباره گزاره مزبور قضاوت کنیم. برای نیل به هدف نهایی خود ناگزیر باید به این پرسش نیز پاسخ بدهیم که گستره اختیار حاکم در عفو و شفاعت به چه اندازه است؟ به عبارت دیگر، این امر محدودیتی دارد یا خیر.

سه نظر فقهی در خصوص گستره عفو در تعزیرات طرح و بررسی شده است. وفق یکی از نظرات مطرح، حاکم صرفاً در صورتی حق عفو دارد که جرم به موجب اقرار متهم ثابت شده باشد (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۱۴؛ ابن براج، ۱۴۰۶: ۵۳۶؛ حلی، ۱۳۷۴: ۲۰۵). دلیل طرح چنین تفصیلی را می‌توان به روایت صادرشده از امام هادی (ع) در ارتباط با بخشش مقر به لواط (عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۳۳۱-۳۳۲) و روایت مربوط به بخشیدن سارق مقر توسط امیرالمؤمنین (ع) (عاملی، بی‌تا، ج ۱۸: ۳۳۱) مستند دانست. این نقد به دیدگاه یادشده وارد است که تفصیل مزبور صرفاً در حدود اصطلاحی جاری است و تعزیرات تابع این تفصیل نیستند؛ چراکه هدف از تعزیر تنبیه و منع مجرم از تکرار جرم عنوان شده، از همین رو هنگامی که این مقصود حاصل گردد، دلیلی بر اعمال تعزیر وجود ندارد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۲۹).

مطابق نظر دیگر حاکم صرفاً در محدوده حقوق الله قادر به بخشش بوده و در حقوق الناس حق گذشت از آن بزه‌دیده است (ابن بابویه، ۱۴۱۵: ۲۱۳). جواز عفو در تعزیرات حق الهی را بسیاری از فقها پذیرفته‌اند. عفو تعزیرات حق الناس نیز، دائر مدار اراده و خواست صاحب حق دانسته شده است (منتظری، ۱۴۰۹: ۳۹۶؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۱؛ ج ۳۲۲). نتیجه پذیرش این نظر این است که حاکم در حق الناس به مقام مجری حکم تنزل پیدا می‌کند.

این نظر نیز همچون نظر پیشین بر برخی ادله روایی متکی است. قائلان این نظر به صحیحۀ ضریس کناسی اشاره کرده‌اند. امام باقر (ع) می‌فرماید: در حدود حق الهی صرفاً حاکم شرع مختار به عفو است، اما در حدود حق الناس غیرحاکم نیز می‌تواند از عقوبت درگذرد (عاملی،

بی‌تا، ج ۱۸: ۳۳۱). ظاهر این روایت تقویت‌کننده وجود تفصیل میان حق الناس و حق الله است، لکن برخلاف این برداشت، به نظر این روایت در مقام بیان نفی حق عفو در حدود حق الهی و اثبات آن در حدود حق الناسی است؛ فلذا معنای استفاده شده نه تنها از این روایت برداشت نمی‌شود، بلکه حتی این روایت دال بر وجود حق عفو برای حاکم در حقوق الناس است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۲۵-۱۲۶؛ انصاری و همکاران، ۱۳۸۵: ۳۶۱).

وفق دیدگاه سوم، اختیار عفو به صورت مطلق به حاکم واگذار شده تا وی حسب مصلحت از مجرمان درگذرد یا ایشان را عقاب نماید. این نظر نیز در فقه شیعه طرفدارانی دارد، در میان متأخرین برخی تفاوتی میان تعزیرات از حیث صاحب حق، قائل نشده‌اند (گلیگانی، بی‌تا: ۲۱۳؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۲۹). کلام برخی دیگر از فقها متأخر نیز صریح در این معناست^۱، البته عبارات صریح ایشان در سایر آثار، با این نظر مغایرت دارد.

طرفداران این نظر روایاتی چند را مورد استناد قرار داده‌اند. برخی با استناد به اطلاق روایت ضریس کناسی، اختیار عفو را در تمام موارد حق الله و حق الناس ثابت دانسته‌اند. از نظر ایشان در تمام موارد مصلحت و تشخیص امام، معیار عفو است (شیرازی، بی‌تا: ۱۳۴). روایت بیان شده از امیرمؤمنان (ع) در خصوص بخشش فرد سارق نیز در این مورد استفاده شده است. مطابق روایت مزبور حضرت امیر (ع) از جرم حق الناسی سرقت گذشت کرده‌اند. در مواجهه با عفو مزبور دو استدلال طرح شده است. صاحب جواهر در توجیه این عفو به ولایت امام بر مؤمنین اشاره و بیان کرده است که: «لعله لأن الإمام أولى بالمؤمنين من أنفسهم» (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۹۵). اما توجیه دومی مطرح شده که وفق آن حدیث مزبور ارتباطی به استدلال صاحب جواهر ندارد؛ چراکه حدود و تعزیرات حق الناسی علاوه بر جنبه مربوط به بزه دیده به جهت صدق عنوان منکر بر این رفتارها دارای جنبه حق الهی نیز هستند. از همین رو هم بزه دیده و هم حاکم در آن به اجتماع حق عفو دارند؛ به این معنا که مجازات صرفاً به درخواست هر دو اعمال می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۸۳: ۱۲۷-۱۲۸). بنابراین چون اعمال کیفر قطع ید نیازمند توافق اراده حاکم و بزه دیده است و در فرض روایت اراده یکی از طرفین بر اعمال مجازات نیست، حد قطع اجرا نشده است.

علاوه بر نهاد عفو، پذیرش نهاد شفاعت نیز می‌تواند از دلایل اختیاری بودن تعزیر محسوب شود. البته در پذیرش شفاعت در تعزیر اختلاف وجود دارد و برخی قائل به عدم پذیرش شفاعت در تعزیر هستند (فاضل محمدی لکنانی، ۱۴۲۷ق: ۲۷۸). از نظر ایشان، حد در قاعده پذیرفته نشدن شفاعت در حدود شامل تعزیر نیز می‌شود و از این رو شفاعت در تعزیر نیز قابل پذیرش نیست. با این حال، این نظر به دو دلیل مخدوش است؛ نخست اینکه، پذیرش این نهاد در تعزیر موافق با

۱. «اما التعزیرات فالظاهر ان اصلها و مقدارها و حدوتها و بقائها بيد الحاكم فله العفو عنها مطلقا» (منتظری، بی‌تا: ۴۴).

اصل است (صافی گلپایگانی، بی تا: ۸۲)، و در موارد مخالف اصل باید به قدر متیقن اکتفا کرد (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۹: ۲۸۸). دیگر اینکه، از دقت در روایات نیز به دست می‌آید که شفاعت در تعزیر پذیرفته شده است.

مطابق روایت سکونی از امیرالمؤمنین (ع) شفاعت نمودن در حدی که در نزد امام ثابت شده غیرمجاز و در غیر حد، مجاز محسوب شده است (عاملی، بی تا، ج ۱۸: ۲۲۳-۲۲۴). همچنین از امام صادق (ع) نقل شده است که: هنگامی که اسامه از اصحاب رسول خدا (ص) درباره جرمی حدی شفاعت کرد، پیامبر (ص) به وی فرمودند: در حد شفاعت نکن (عاملی، بی تا، ج ۱۸: ۲۲۳-۲۲۴). از احادیث مزبور پذیرش شفاعت به روشنی قابل استنباط است. اما این احادیث علاوه بر بیان جواز شفاعت، بیانگر مفهومی دیگر نیز هستند. در واقع، موکول بودن تعزیر به نظر حاکم نیز از این روایات استفاده می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۵: ۷۲-۷۳)؛ چراکه اگر حاکم اختیار در تعزیر نداشت و ملزم به اجرای کیفر بود، برای نمونه اسامه شفاعت نمی‌کرد و پیامبر اکرم (ص) نیز وی را از شفاعت منع می‌فرمود. در صورت عدم پذیرش این معنا، عمل اسامه و نیز بیان پیامبر (ص) لغو می‌گردد که چنین احتمالی قابل قبول نیست. بنابراین، بیان حکم کلی جواز شفاعت در غیر حد، به روشنی به معنای اختیار حاکم در اعمال تعزیر و گذشت از مجرم است، البته باید توجه کرد که تفصیل میان حق الناس و حق الله در شفاعت نیز همچون عفو وجود دارد.

نکته شایان توجه آنکه طرفداران الزامی بودن تعزیر، بر وجوب اقامه تعزیر حق الناسی اتفاق نظر دارند. حال آنکه در میان فقهای قائل به اختیار، برخی تفاوتی از حیث حکم تکلیفی میان حق الله و حق الناس مطرح نکرده^۱ و برخی نیز ضمن توجه به این بحث، حکم به اختیار کرده‌اند (صافی گلپایگانی، بی تا: ۷۷-۷۹).

۴. نتیجه

یکی از مباحث بنیادینی که به نظر می‌تواند مبنای لازم برای ساختن یک حقوق کیفری پویا را فراهم سازد، تعیین رویکرد فقه در الزامی یا اختیاری تلقی کردن تعزیر است. توجه به این دوگانه، موجب روشن شدن امکان یا عدم امکان حل بسیاری از مسائل مهم و معضلات مطرح، که همواره بدون توجه به مبانی فقهی مورد بحث قرار گرفته، می‌شود.

۱. بررسی آرای فقها در این حیطة نشان‌دهنده وجود سه نظر وجوب مطلق، وجوب مشروط و اختیار که ذیل دو رویکرد الزام و اختیار قابل تقسیم‌بندی هستند، است. نگارندگان در این

۱. برای نمونه شیخ طوسی در کلام خود جایگاهی برای حق الناس قائل نشده‌اند.

نوشتار با بررسی مستندات دو رویکرد مزبور، به این نتیجه رسیده‌اند که رویکرد اختیار با مستندات فقهی سازگاری بیشتری دارد.

۲. دلالت منابع روایی بر وجوب اقامه تعزیر با خدشه روبه‌روست، چراکه این روایات یا در مقام بیان الزامی بودن تعزیر نیستند و یا با سیره اهل‌بیت تعارض دارند. بدین معنا که به‌سبب وجود روایاتی دال بر عدم اجرای تعزیر در برخی مواضع نمی‌توان وجوب اقامه تعزیر را از روایات برداشت کرد.

۳. زمانی که ادله الزام برای اثبات مدعا کافی نباشد، اصل برائت حاکم خواهد بود و اختیاری بودن را به اثبات می‌رساند. علاوه بر اصل برائت، می‌توان از روایات مرتبط با بحث عفو و شفاعت نیز اختیار حاکم اسلامی را در کیفردهی و اعمال مجازات اثبات کرد.

۴. پذیرش رویکرد اختیارمحور آثار مهمی در حقوق کیفری دارد. مهم‌ترین اثر آنکه در صورت اتخاذ این رویکرد، جرم‌انگاری اعمال حرام از حقوق حاکم است. این مسئله به بسط ید حاکم در تجریم یا عدم تجریم اعمال حرام منجر می‌شود. علاوه بر مسئله جرم‌انگاری و پس از آن، حکومت اسلامی باز ملزم به اجرای کیفرهای تعزیری نیست و می‌تواند حسب تدابیری اجرای آن را معلق یا متوقف سازد. از دیگر سو، حل دوگانه مزبور آثاری نیز در نوع و میزان پاسخ‌های تعزیری نیز دارد. به عبارت دیگر، آثار این مسئله آنچنان گسترده است که از حوزه‌های جرم‌انگاری تا قواعد مربوط به تعیین نوع و میزان کیفر و در نهایت اجرای آن را شامل شده و اتخاذ هر یک از این مواضع فقهی، سه دانش حقوق جزای عمومی، حقوق جزای اختصاصی و نیز آیین دادرسی کیفری را تحت تأثیر قرار می‌دهد.

منابع

الف) فارسی

۱. انصاری، قدرت‌الله؛ انصاری، محمدجواد؛ بهشتی، ابراهیم؛ طباطبائی، سیدعلی اکبر (۱۳۸۵). *تعزیرات/از دیدگاه فقه و حقوق جزا*. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲. باقی‌زاده، محمدجواد؛ امیدی‌فرد، عبدالله (۱۳۹۳). *ضرورت حفظ نظام و منع اختلال در آن در فقه امامیه*. فصلنامه شیعیه‌شناسی، ۱۲(۴۷)، ۱۷۰-۲۰۰.
۳. حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۹). *قواعد فقه جزایی*. ج پنجم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۴. صادقی، مهدی، وبگاه مدرسه فقهات، درس نهج‌البلاغه (حکمت‌ها)، ۱۳۹۵ شمسی، به آدرس: <https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/sadeqi/nahj/95/950628> ≤ آخرین بازدید دی

۵. طباطبائی، ابوالفضل، وبگاه مدرسه فقهات، درس نهج البلاغه، ۱۴۰۱ شمسی، به آدرس: https://www.eshia.ir/feqh/archive/text/tabatabaei_abolfazl/nahj/1400/14010226 آخرین بازدید دی ۱۴۰۳.
۶. قافی، حسین؛ شریعتی فرانی، سعید (۱۳۹۶). *اصول فقه کاربردی*. ج ۲، چ نهم، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
۷. کدخدایی، محمدرضا (۱۳۸۷). *بررسی فقهی و حقوقی قاعده «التعزیر فی کل معصیه»*. نشریه فقه اهل بیت، (۴)، ۹۱-۱۴۲.
۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۳). *تعزیر و گستره آن*. چ اول، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب.
۹. نوبهار، رحیم (۱۳۹۸). *از حفظ حکومت تا حفظ نظام*. پژوهش حقوق عمومی، (۶۳)، ۴۳-۶۴.
۱۰. نوبهار، رحیم (۱۳۹۳). *از تعطیل حد تا الغاگرایی کیفری*. نشریه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱۸(۴)، ۱۲۳-۱۴۶.
۱۱. نوبهار، رحیم (۱۳۹۶). *اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری*. اصل حداقل بودن حقوق جزا. تهران: میزان.
۱۲. ورعی، سیدجواد (۱۳۹۳). *قاعده اختلال نظام؛ مفاد و قلمرو آن در فقه*. نشریه حکومت اسلامی، (۷۱)، ۵-۳۲.
۱۳. هاشمی شاهرودی، سیدمحمود (۱۳۷۵). *کاوشی درباره اختیار ولی امر در عفو کیفرها*. نشریه فقه اهل بیت، (۷)، ۴۳-۷۶.

ب) عربی

۱۴. ابن ادریس، محمد بن علی (۱۳۸۷). *کتاب السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. ج ۶ چ اول، قم: دلیل ما.
۱۵. ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۱۵ق). *المقنع*. قم: مؤسسه الامام هادی(ع).
۱۶. ابن براج، عبدالعزیز بن تحریر (۱۴۰۶ق). *المذهب*. ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۷. ابن زهره، حمزه بن علی (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*. ج ۱، قم: مؤسسه الإمام الصادق علیه السلام.
۱۸. تبریزی، جواد (۱۳۷۶). *اسس الحدود و التعزیرات*. قم: بی‌نا.
۱۹. حرانی، حسین بن شعبه (۱۴۰۴ق). *تحف العقول عن آل الرسول (ص)*. چ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۰. حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). *تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه*. ج ۵، قم: مؤسسه الإمام الصادق(ع).
۲۱. حلی، حسن بن یوسف (۱۳۷۴). *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*. ج ۹، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۲۲. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۸ق). مبانی تکمله المنهاج. ج ۴۱، چ سوم، قم: مؤسسه احیا آثار الامام خوئی.
۲۳. خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰ق). محاضرات فی اصول الفقه. فیاض، محمداسحاق، ج ۲، قم: انصاریان.
۲۴. رشتی، میرزا حبیب الله (بی تا). بدائع الافکار. ج ۱، چ اول، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
۲۵. شیرازی، سیدمحمد (بی تا). الفقه: موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی (کتاب الشهادات). ج ۸۷، قم: مؤسسه الفکر الاسلامی، بی تا.
۲۶. صافی گلپایگانی، لطف الله (بی تا). التعزیر، احکامه و حدوده. قم: دفتر معظم له.
۲۷. طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۰۸). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دار المعرفه.
۲۸. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۱). الخلاف. ج ۵، چ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۹. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰). النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دارالکتاب العربی.
۳۰. عاملی، محمد بن حسن (بی تا). وسائل الشیعه. ج ۱۱، تهران: انتشارات مکتبه الاسلامیه.
۳۱. عاملی، محمد بن حسن (بی تا). وسائل الشیعه. ج ۱۸، تهران: انتشارات مکتبه الاسلامیه.
۳۲. عاملی، محمد بن حسن (بی تا). وسائل الشیعه. ج ۱۹، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۳۳. عراقی، ضیاء الدین (۱۴۱۷). نهاییه الافکار، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۴. غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۹). الطلب و الاراده. چ اول، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۵. فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۴۲۷). تفصیل الشریعه (الحدود). چ سوم، قم: مرکز فقه الاثمه الاطهار (ع).
۳۶. کاشف الغطاء، محمدحسین (بی تا). اصل الشیعه و اصولها. بی جا: مؤسسه الامام علی (ع).
۳۷. گلپایگانی، محمدرضا (۱۴۱۲ق). الدر المنصود فی احکام الحدود. ج ۲، قم: دار القرآن الکریم.
۳۸. گلپایگانی، محمدرضا (بی تا). مجمع المسائل. ج ۳، قم: دار القرآن الکریم.
۳۹. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی المسائل الحلال و الحرام. ج ۴، قم: اسماعیلیان.
۴۰. مجلسی، محمدباقر بن محمدتقی (۱۴۰۳ق). بحار الانوار. ج ۷۱، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۴۱. مغربی، نعمان بن محمد تمیمی (۱۳۸۵). دعائم الاسلام. ج ۲، چ دوم، قم: مؤسسه آل البيت.
۴۲. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۲ق). بحوث فقهیه مهمه. چ اول، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب - (ع).
۴۳. منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹ق). دراسات فی ولایه الفقیه و فقه الدوله الاسلامیه. ج ۲، قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه.
۴۴. منتظری، حسینعلی (بی تا). کتاب الحدود. قم: دارالفکر.

۴۵. مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی (۱۳۸۲). فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام. ج ۲، چ اول، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی.
۴۶. موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۲۷ق). فقه الحدود و التعزیرات. ج ۱، چ دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید.
۴۷. موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۲۷ق). فقه الحدود و التعزیرات. ج ۲، چ دوم، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید.
۴۸. موسوی خوانساری، احمد (۱۳۵۵). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. ج ۷، چ دوم، تهران: مکتبه الصدوق.
۴۹. نجفی، محمدحسن (۱۳۶۲). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. ج ۴۱، بیروت: دار احیا التراث العربی.
۵۰. نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۳۷۵). عوائد الایام. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
۵۱. نراقی، احمد بن محمد مهدی (بی تا). مستند الشیعه فی احکام الشریعه. ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت لإحياء التراث.
۵۲. هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۳۳ق). قرائات فقهیه معاصره. ج ۱، چ اول، قم: مؤسسه دائره المعارف الفقه الاسلامی.