

مبانی جایگزین‌های حبس و موارد عینی آن با تأکید بر سیاست جزایی افغانستان

داکتر عیدمحمد احمدی*

چکیده

بزه و بزه‌کاری پدیده اجتماعی همیشگی است که همواره واکنش جامعه را می‌طلبد. امروزه نوع واکنش به دلیل ناکارآمدی مجازات زندان، به سیاست جایگزین‌های آن تحول یافته است. تعیین نوع و میزان مجازات با نگرش به شخصیت مجرم و امکان بیش‌تر اصلاح او، چیزی است که پیشینه ریشه‌دار در فقه دارد و با اختیارات وسیع حاکم، در صورتی که تأمین اهداف با مجازات‌های سبک‌تر بیش‌تر امکان‌پذیر باشد، می‌تواند از مجازات‌هایی که امروزه معروف به جایگزین‌ها است، استفاده نماید. عقل سلیم هم در چنین شرایطی به تعیین و اجرای مجازات بدیل حکم می‌کند. قلمرو این تحقیق که عمدتاً مجازات‌های تعزیری و غیر معین فقهی است، در صورتی که تعزیرات از نوع حبس، کارآیی و فواید مورد انتظار را در پی نداشته باشد، قاعده اولویت، اصل توصیلی بودن مجازات، اختیارات وسیع حاکم نسبت به تعیین نوع و مقدار مجازات، دلایل و شواهد روشن بر جواز سیاست جایگزین‌ها و تعیین بدیل‌های حبس در فقه می‌باشد که از مسیر قانون‌گذاری پارلمانی می‌توان زمینه اجرایی شدن آن در جامعه را فراهم نمود.

* پژوهشگر و استاد دانشگاه.

هم‌چنین از روایات و کتاب‌های مختلف تاریخی، استخراج و استنباط می‌شود که مجازات مالی یکی از شیوه‌هایی است که علیه مجرمین و معصیت‌کاران استفاده می‌شود. مشهور و رایج بین فقهای اسلامی جایز بودن تعیین مجازات مالی مطابق صلاح‌دید حاکم می‌باشد. محرومیت از شغل و اشتغال در مورد کارگزاران مجرم و محرومیت از اعاشه عمومی از مناسب‌ترین و کارآمدترین مجازات‌ها است. با این شیوه‌ها هم از ادامه یا تکرار جرم می‌توان پیش‌گیری نمود و هم مجرم با محروم شدن از ادامه شغل و امتیازهای عمومی یا دست‌یابی به آن‌ها، متضرر شده و به نوعی کیفر را تحمل می‌نماید.

واژگان کلیدی: جرم، تعزیرات، ناکارآمدی حبس، جایگزین‌ها، فقه و قانون.

مقدمه

بزه، بزه‌کار، زندان و زندانی از موضوعاتی‌اند که همراه با زندگی بشری پدیدار شده و هم‌چنان بشر را همراهی می‌کنند. این موضوعات، دولت و نهادهای اجتماعی را به خود مشغول نموده و دست‌اندرکاران مسائل حقوقی، اجتماعی، تربیتی و انضباطی جامعه همیشه برای بهبودی وضعیت و مقابله با ناهنجاری‌های قانونی اقداماتی را انجام داده‌اند. پذیرش این واقعیت تلخ که جامعه بدون مجرم قابل تصور نیست، مسؤولان را از سیاست‌ها و اجرای برنامه‌ها به امید کاهش جرم باز نداشته است. امروزه گفتمان اصلی این است که کدام سیاست جزایی به کاهش جرم و مجرم منجر خواهد شد و کدام واکنش جمعیت خانواده زندان را کم خواهد کرد.

در یک رویکرد هدف‌محور، قوانین جزایی و اعمال مجازات تنها زمانی می‌توانند توجیه‌پذیر باشند که براینند آن افزایش امنیت جامعه، اصلاح و بازپروری بزه‌کار باشد؛ در غیر این صورت واکنش جزایی از کارکرد و اثربخشی خود دور افتاده است و اجرای آن با چالش منطقی و انسانی روبه‌رو خواهد شد. در مجازات اسلامی با تأکید بر دو مصلحت مهم و بنیادی (امنیت جامعه و اصلاح بزه‌کار) به عنوان دو روی یک سکه، پایه سیاست تقنینی و قضایی را تشکیل می‌دهند. نگاهی حداکثری و تأکید بیش از حد بر استفاده از حبس، که

این رویه بیانگر نوعی اصالت‌دادن به این مجازات است، با این دو رویکرد و اهداف چندان تناسبی ندارد. قانون‌گذاری مجازات زندان و صدور احکام بی‌رویه جزای زندان بر خلاف رویکرد سیاست جزایی در اسلام است. زندان در نظام جزایی اسلام آخرین راه‌کار و گزینه‌ای است که به عنوان راه‌حل فرعی می‌توان از آن استفاده نمود.

از سوی دیگر، زندان به عنوان مهم‌ترین مجازات موجود در اختیار دولت‌ها و قوانین کیفری، در دستیابی به اهداف خود، ناکارآمد و ناکام مانده است. افزایش آمار مجرمین در کشورها، یافته‌های جرم‌شناسی و کیفرشناسی دلیل روشن بر ناکامی آن می‌باشد؛^۱ از این رو، برای برون‌رفت از این وضعیت بحرانی و خطرساز، سیاست جایگزین‌های حبس در نظام بین‌المللی، منطقه‌ای و کشورها مورد توجه و تأکید می‌باشد، تا این که بتوانند تبعات زیان‌بار کیفر حبس را از بین برده یا آن را کاهش دهند. در این میان، قوانین جزایی ایران و افغانستان^۲ که تأثیرپذیری زیادی از فقه دارند و مبانی و اصول فقهی در قانون‌گذاری نقش اکثری و تعیین‌کننده دارد، این امر مطالعه و پژوهش در مورد رویکرد فقه نسبت به جایگزین‌های مجازات زندان را، امری ضروری و بایسته می‌نماید. باید دید سیاست جایگزینی که در برابر انتظارات از اعمال مجازات نشان‌دهنده سیاست پویا و تحول‌پذیر با رویکرد اهداف‌محور

است، در فقه از چه جایگاهی برخوردار است. اندیشه

تأسیس ۱۳۹۴

بنابراین، در این نوشتار پیشینه، مبانی و جایگاه بدیل‌های حبس را در نظام جزایی اسلام تنها در محدوده مجازات تعزیری و غیر معین به کاوش می‌گیریم. همت آن است که یافته‌های تحقیق پاسخ‌های متناسب و درخور شأن به پرسش‌های ذیل باشند: در صورتی که مجازات زندان با چالش‌های ناکارآمد و غیر مفید روبه‌رو باشد، می‌توان از مجازات‌های جایگزین در موارد تعزیرات منصوص و غیر منصوص استفاده کرد؟ آیا پیشینه، ریشه‌ها و مبانی اصلی پویایی و تحول‌پذیری حبس با رویکرد اهداف‌محور در فقه یافتنی است؟ حتی در برخی

۱. برای آگاهی بیشتر، ر. ک: رنالد اتنف (Reynald Ottenhof)، نقش مطالعات و یافته‌های جرم‌شناسی در تحولات حقوق کیفری و سیاست جنایی، ترجمه علی‌حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۳۷۲ تا تابستان ۱۳۷۳، شماره ۱۳ و ۱۴ (از صفحه ۵۵۳ تا ۵۷۶).

۲. این مقاله بخشی از تحقیقی است که با عنوان «جایگزین‌های حبس در حقوق کیفری ایران و افغانستان» در حال انجام می‌باشد؛ از این رو، سیستم حقوقی ایران و افغانستان هر دو مد نظر است.

مجازات‌های حدی از نوع حبس ابد، امکان استفاده از سیاست جایگزینی و انعطاف‌پذیری در فقه وجود دارد؟ پاسخ پرسش‌های فوق را در طی چند مبحث با محوریت فقه جزایی پی می‌گیریم.

مبحث اول: پیشینه بدیل حبس در فقه

در یک نگاهی کلی به جایگاه مجازات زندان در فقه، می‌توان گفت در مورد تأسیس زندان و کاربرد مجازات حبس، در میان تاریخ‌نگاران اختلاف نظر است. آنچه مسلم است این است که اثبات وجود ساختمان مخصوص برای زندان، در زمان پیامبر اسلام (ص) و خلیفه اول، امر مشکل است. بعضی می‌گویند از زمان خلیفه دوم، وی خانه‌ای را از صفوان به چهارده‌هزار درهم خرید و به زندان اختصاص داد؛ ولی گروهی دیگر با این نظریه مخالف‌اند و می‌گویند مسلمانان در صدر اسلام به دلیل کوچک‌بودن جامعه و ناچیزبودن مجرمین، برای زندانی کردن و بندکشدن، محلی را اختصاص نداده بودند؛ لذا اسیران (زندانیان) را یا در مسجد نگهداری می‌کردند و یا آنان را در میان مسلمین برای نگهداری تقسیم می‌نمودند. گروهی دیگر بر این نظرند که برای اولین بار در اسلام، علی (ع) اقدام به تأسیس زندان اصلاحی کرد. آن حضرت آن‌جا را با بوری ساخت و اسم آن را «نافع» گذاشت؛ ولی مجرمین و دزدها به دلیل محکم‌نبودن حصار زندان، سوء استفاده نموده آن‌جا را شکاف نموده و فرار کردند؛ لذا حضرت زندانی با دیوارهای گلی ساخت و اسم آن‌جا را (مخیس) گذاشت.^۱

در هر صورت افزایش استفاده از حبس از زمان حکومت بنی‌امیه و بنی‌عباس شروع شد و به جای مجازات‌های شرعی، از زندان استفاده می‌کردند که این تفکر ریشه در فقه جزای اسلام ندارد. اگر محیط زندان بر زندانی و جامعه کارایی لازم و مفید را نداشته باشد و بر عکس تبعات و پیامدهای منفی را بر محبوس و جامعه تحمیل کند، استفاده از سیاست جایگزین‌های حبس در اسلام تأکید شده است. از باب نمونه، در قرآن کریم می‌خوانیم که زن

۱. احمد الوائلی، احکام السجون بین الشریعة و القانون، بیروت، موسسه اهل البیت، صص ۵۳-۵۴ و صبحی صالح، النظم الاسلامیه، ص ۳۳۱.

خلاف‌کار را باید در منزل حبس نمود.^۱ این حکم می‌تواند مبنایی برای تعیین مجازات مؤثر و متناسب با شرایط زمانه باشد که امروزه از او به مجازات بدیل یاد می‌کنند. یا در روایتی، فرزندی از نابکاری مادرش به پیامبر (ص) شکایت می‌کند و می‌گوید همه شیوه‌ها را برای بازداری او تجربه کرده، سودمند واقع نشده است. پیامبر (ص) دستور می‌دهد که او را در خانه نگاه دارد و نگذارد که از خانه بیرون شود. در این جریان به روشنی از غیر مفید بودن زندان یادآوری شده و حضرت به استفاده از تدبیر بدیل حبس که نگاه‌داری در خانه است^۲ (حبس خانگی)، دستور می‌دهد. هم‌چنین نهاد اختیارات و صلاحیت‌های وسیع حاکم در قلمرو مجازات غیر حدی را داریم که سیاست جزایی را انعطاف‌پذیر می‌نماید. در صورتی که قاضی تشخیص بدهد، حبس خانگی یا کارهای عام‌المنفعه (آموزش بی‌سوادان) سودمند و کارآمدتر به حال مجرم هست، بدون شک می‌تواند از حبس عدول کرده و او را به مجازات‌های دیگر محکوم نماید.

حتی در باب اجرای حد، روایاتی نقل شده است که نشان‌دهنده پویایی است. ابی‌عبدالله^۳ می‌فرماید: امام علی^۴ گاهی با تمام تازیانه، گاهی «با نصف یا قسمتی» از آن اجرای حد می‌نمود. سؤال شد که حضرت چگونه با قسمتی از تازیانه می‌زد؟ امام^۵ فرمود: حضرت از وسط تازیانه یا یک سوم آن را به دست می‌گرفت و پیش به تناسب «سن متخلفان» آنان را تنبیه می‌کرد.^۶ حضرت در اعمال مجازات به تناسب اوضاع و احوال مجرم و دیگر اقتضائات به مسما و صورت ظاهری آن بسنده نموده است.

مردی خدمت پیامبر مکرم اسلام (ص) رسید و به استمتاع از زن به کم‌تر از مقاربت اعتراف نمود. پیامبر فرمود: «آیا با ما نماز بر پا داشته‌ای؟ گفت: آری، سپس حضرت این آیه مبارکه را قرائت فرمود: «الحسنات یذهبن السيئات».^۷ شخص به ارتکاب جرم و معصیت اعتراف کرد؛ علی‌القاعده باید او را به تعزیر مصطلح محکوم می‌کرد؛ اما به دلایلی که برای حضرت

۱. نساء/ ۱۵.

۲. محمد صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۴، طهران، دارالکتب الاسلامیه، ص ۵۱ و ۷۶.

۳. محمد حر عاملی، الوسائل الشیعه، ج ۱۸، ابواب مقدمات الحدود، باب ۱، ح ۱، البیروت، دار الاحیاء التراث العربی، ص ۳۰۷.

۴. عبدالله بن قدامه، المغنی، ج ۱۰، مکتبه القاهره، ۱۳۸۸هـ. ص ۳۴۸.

روشن بوده، با انجام یک عمل مثبت و نیک از سوی مجرم اکتفاء نموده است. نیز رسول گرامی (ص) هلال بن امیه، مراره بن ربیع و کعب بن مالک را به خاطر تخلف از شرکت در جنگ و همراهی نکردن آنان با حضرت در سفر جنگ تبوک از خود دور کرد و مردم را از سخن گفتن با آنان منع نمود و نیز به زنان آنان دستور داد که از شوهران خود دوری کنند (انزوای اجتماعی و خانوادگی) تا آنکه در اثر این انزوا زندگی بر آنها سخت و دلگیر شد (از رفتار خود پشیمان شده) و خداوند گناهان آنان را بخشید و آیه ۱۱۸ سوره توبه در حق آنان نازل شد.^۱

به این ترتیب، تعیین نوع و میزان مجازات با نگرش به شخصیت مجرم و امکان بیشتر اصلاح او، چیزی است که پیشینه ریشه‌دار در فقه دارد و با اختیاراتی که حاکم دارد، در صورتی که تأمین اهداف با مجازات‌های سبک‌تر بیشتر امکان‌پذیر باشد، می‌تواند از مجازات‌هایی که امروزه معروف به جایگزین‌ها است، استفاده نماید. عقل سلیم هم در چنین شرایطی به تعیین و اجرای مجازات بدیل حکم می‌کند؛ از این رو، شیوع استعمال تعزیر در روایات به مجازات بدنی و مجازات زندان و به تبع آنها در نظریات فقهاء می‌تواند از این جهت باشد که اجرای آنها آسان‌تر و مهم‌تر از آن، تأثیر آنها در زمانه معصومین^(ع) نسبت به اکثر افراد بیشتر بوده است. چنین شیوعی جز اقتضانات و شرایط زمانه وجهی دیگری نمی‌تواند داشته باشد؛^۲ به این ترتیب، تعیین نوع و مقدار مجازات در نظام جزایی اسلام سابقه‌ای دیرینه دارد.

مبحث دوم: بدیل‌های حبس برابند قواعد فقهی

یکی از مجازات‌ها در فقه تعزیرات است.^۳ فرد متیقن و بارز آن، شلاق می‌باشد و در مورد

۱. علی الفضل طبرسی، مجمع البیان، ج ۳، طهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲، صص ۸۰-۷۹. «وَعَلَى الَّذِينَ الَّذِينَ خَلَفُوا حَتَّىٰ إِذَا ضَاقَتْ عَلَيْهِمُ الْأَرْضُ بِمَا رَحَّبَتْ وَ ضَاقَتْ عَلَيْهِمْ أَنفُسُهُمْ وَ ظَنُّوا أَن لَّا مَلْجَأَ مِنَ اللَّهِ إِلَّا إِلَيْهِ ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ لِيَتُوبُوا إِنَّ اللَّهَ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ»

۲. حسین علی منتظری، مبانی حکومت اسلامی، ترجمه محمود صلواتی، ج ۳، تهران، انتشارات سراجی، ۱۳۷۹، ص ۵۲۳.

۳. از تعابیر و اصطلاحاتی که در روایات نسبت به مصادیق تعزیر آمده است، در حدود بیست مورد می‌توان شمرد. یحیی الطائی، التعزیر فی الفقه الاسلامی، قم، نشر دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۳۶.

حبس، جزای نقدی و غیره اختلاف نظر هست که این‌ها نیز جزو تعزیر تلقی می‌شوند یا خیر. پاره‌ای از اندیشمندان فقهی، تعزیر را به «الضرب دون الحد و الضرب بالسوط»^۱ محدود و منحصر کرده‌اند.^۲ بسیاری از فقهای اسلامی تعزیر را منحصر در شلاق نمی‌دانند و شامل موارد زیادی از جمله حبس می‌دانند.^۳ حال بر مبنای هردو دیدگاه،^۴ عبور از تعزیر به حبس و جزای نقدی و یا تبدیل حبس به جریمه نقدی، خدمات عام‌المنفعه و غیره که امروزه در حقوق کیفری به عنوان جایگزین‌ها مطرح است، مجاز است یا این‌که شرع و به تبع آن فقهاء آن را اجازه نمی‌دهند. اگر اجرای بدیل‌ها اثرمندتر و مفیدتر از شلاق یا حبس باشد، چطور؟ به بیان دیگر، اگر در فقه اسلامی، مجازات برخی از جرایم و معاصی، حبس یا تعزیر^۵ از نوع شلاق باشد و در روایات و کلمات فقهاء به جزای حبس یا شلاق تصریح شده است؛ اما اجرای این دو مجازات نتیجه و برابری مورد انتظار را در پی ندارد، حال می‌توان او را به مجازات دیگر که احتمال دستیابی به اهداف مجازات را بیشتر می‌کند، تبدیل کرد؟ مثلاً تازیانه را به زدن با دست یا به حبس و یا هم تازیانه و هم حبس را به جزای نقدی، تویخ کلامی، محرومیت از شغل، خدمات عام‌المنفعه و غیره تبدیل کرد؟ حتی دامنه سؤال را می‌توان توسعه داد که شامل برخی حدود هم بشود؛ مثلاً مجازات زن مرتد، حتماً حبس ابد در زندان‌های امروزی است یا می‌شود از حبس و زندان تعریف مورد نظر فقه را اراده کرد و در این صورت چالش‌های حقوق بشری و انسانی^۶ که مطرح می‌کنند، شدتش از این‌گونه مجازات برداشته خواهد شد؟

تعزیر موارد و مصادیق فراوان می‌تواند داشته باشد. فرق اساسی تعزیر با تأدیب در این

۱. ده تا فرق بین حد و تعزیر وجود دارد. ر. ک: محمد عاملی الشهد الاول، القواعد و الفوائد، ج ۲، قاعدة ۲۰۴، قم، مکتبه المفید، ص ۱۴۲. فرق‌های دیگر نیز دارد: تعزیر با یکبار اقرار ثابت می‌شود؛ بر خلاف حد و در تعزیر حق عفو برای حاکم به صورت مطلق وجود دارد؛ بر خلاف حد که در صورت اثبات با اقرار می‌تواند عفو کند و سوم شفاعت و کفالت‌خواهی در تعزیر هست؛ بر خلاف حد.

۲. لطف‌الله صافی، التعزیر، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۳۶۳، صص ۶۵-۶۱.

۳. یحیی الطائی، پیشین، ص ۳۶.

۴. بسیاری از فقهای شیعه، حبس را جزو تعزیر می‌دانند. محمد طوسی، المبسوط، ج ۴، طهران، المکتبه الرضویه، چاپ سوم، ص ۲۳۲، محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، طهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۷، ص ۲۵۲ و ...

۵. برخی حبس را به حبس عقوبتی و پیش‌گیرانه تقسیم نموده و حبس دومی را مجازات نمی‌دانند. لطف‌الله صافی، التعزیر، پیشین، ص ۵۸.

است که تأدیب باید خفیف‌تر از تعزیر باشد، هم به لحاظ عدد و هم به لحاظ کیفیت.^۱ با نگرش به قواعد و اصول فقهی - اصولی، ساختار و مفاد روایات استفاده از جایگزین‌های تعزیر و حبس در تمام جرایم تعزیری قابل استخراج و استنباط می‌باشد. اینک قواعد و اصول فقهی که مبنا و خاستگاه بدیل‌ها می‌باشند را به بحث می‌گیریم.

گفتار اول: قاعده اولویت، خاستگاه جایگزین‌های حبس

اصل اولی عقلی و شرعی آن است که هیچ شخص بر شخص دیگر حق حاکمیت و دستور را ندارد. تمام انسان‌ها (به جز معصومین^۲) هم‌رتبه و آزاد آفریده شده‌اند؛ لکن این اصل به دلایل مختلف در پاره‌ای از موارد مواجه با تخصیص شده است؛ از جمله در باب قضاء و قضاوت که صلاحیت حاکمیت قاضی عقلا و شرعاً با شرایطی پذیرفته شده است. حال اگر متصدی دستگاه قضایی برای دستیابی به حفظ نظام، حراست از حقوق جامعه و بازداشتن مجرم از ارتکاب دوباره جرم، او را محکوم به تحمل تازیانه یا زندان نماید - که در فرض بحث محکومیت شدیدی است -، از باب اولویت قطعی و یقینی می‌تواند مجرم را به کم‌تر و خفیف‌تر از شلاق یا حبس محکوم به تحمل مجازات نماید. به بیان دیگر، وقتی حاکم برای نیل به هدفی مثل پیش‌گیری از جرم، اجازه اعمال جزای سنگین را داشته باشد (آزادی بیش‌تر آسیب می‌بیند)، اگر این هدف با اعمال سزای سبک‌تر قابل دسترسی باشد (بر آزادی کم‌تر آسیب وارد می‌شود)، به طریق اولی می‌تواند مجازات جایگزین و سبک‌تر را اجرا نماید. این مسأله از باب قاعده اولویت شبیه آیه کریمه «لاتقل لهما اف»^۳ است؛ منتها در آیه سبک‌ترین واکنش که «آخ» گفتن در برابر والدین است، قانون‌گذاری شده که به روشنی حرمت «شتم و ضرب» را می‌رساند؛ لکن در موضوع بحث شدیدترین واکنش، قانون‌گذاری و تجویز شده که «شلاق و حبس» باشد.

تحلیل قضیه این است اگر نهاد قضایی برای تأمین امنیت جامعه و مقابله با ناقضین

۱. محمد الحر عاملی، الوسائل الشیعه، ج ۱۸، الباب ۱۰ من ابواب بقیه الحدود، ح ۲، ص ۵۸۴ و محمد بن ادریس السرائر، ج ۳، موسسه النشر الاسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰هـ، ص ۳۴۳.
۲. اسراء / ۱۷.

قانون، اجازهٔ تحمیل رنج بدنی و سلب آزادی را داشته باشد، اگر این مسیر با هزینهٔ کم‌تر و مجازات‌های سبک‌تر قابل وصول باشد، عقل سلیم حکم می‌کند که باید مسیر دوم انتخاب شود؛ بلکه بالاتر، در این فرض صلاحیت استفاده از مجازات سنگین مانند تازیانه یا حبس را اصلاً ندارد؛^۱ زیرا این صلاحیت بر خلاف اصل اولی است و مخالفت با آن در حد ضرورت و نیاز مجاز هست و باید به حداقل‌ها بسنده شود. هم‌چنین اگر تشخیص داده شود که اجرای تعزیر به مصلحت جامعه نیست، باز استفاده از مجازات تعزیر جای تأمل دارد. برای تأیید این قاعده می‌توان به روایات استناد کرد که اگر در اثر کاربرد مجازات تازیانه محکوم وفات نماید، حاکم مسؤول و ضامن می‌باشد؛^۲ بنابراین، اگر حقوق جزا به سمت جایگزین‌ها سیاست‌گذاری گردد، قاعدهٔ فقهی و عقلایی او را تأیید و حمایت می‌کند و از جهت نظری و پشتوانهٔ علمی و عملی (نمونه‌هایی که در پیشینه بیان شد) با هیچ چالش روبه‌رو نیست. به ویژه در افغانستان که مجازات حبس تحت عنوان تعزیرات بسیار وسیع و گسترده قانون‌گذاری شده و مورد استفاده قرار می‌گیرد. به نظر می‌رسد قانون‌گذاری حبس و استفاده از آن، به عنوان تعزیرات شرعی، به خصوص در جرایم سبک و اتفاقی، مخالف با سیاست جزایی فقه قابل ارزیابی است.

گفتار دوم: عدم ظهور ادلهٔ تعزیر در اطلاق‌شده

تأسیس ۱۳۹۴

منظور از اطلاق ادله این است اگر نظریهٔ انحصار تعزیر در تازیانه را پذیرفتیم و گفتیم به دلیل تعبیر به «الضرب دون الحد یا الضرب بالسوط»، در روایات، تعزیر فقط در برگیرندهٔ کاربرد شلاق است و شامل غیر تازیانه نمی‌شود، در این صورت از ادبیات و مفاد روایات استظهار و استنباط می‌شود، در هر شرایطی باید مجازات تازیانه اجرا شود چه اثر بازدارندگی تازیانه بر مجرم و اصلاح آن بیش از حبس و یا مساوی با او باشد. هم‌چنین اثر جزای نقدی بر مجرم چه بیش از تازیانه و حبس باشد یا کم‌تر از آن‌ها باشد. در هر حال عبور از اجرای تازیانه و به جای آن استفاده از هر مجازات دیگر جایز نیست. اگر چنین معنا و مفهومی از

۱. لطف‌الله صافی، پیشین، ص ۷۲.

۲. محمد طوسی، المسوط، پیشین، (کتاب الاشره)، ج ۸، ص ۶۷.

روایات فهمیده شود، ادله تعزیر به لحاظ افاده معنا دارای اعتبار اطلاق و فراگیرشمول است. آنگاه برآیند آن چنین می‌شود که قانون‌گذاری مجازات‌های جایگزین و استفاده از آن‌ها مجاز نیست و به اصطلاح مجازات تعزیر در رویکرد فقهی از جایگاه موضوعی برخوردار است. اگر ساختار و مضمون روایات، مفید چنین اطلاق و فراگیرشمول نباشد و تنها در صدد بیان این جهت است اگر کسی مرتکب جرایم شد که در فقه مجازات معین برای آن‌ها مقرر نگردیده و مجازاتش اقامه تعزیر است، در تعزیر هم نوعی خاصی را مشخص ننماید؛ یعنی نگاهی نفی و سلبی نسبت به غیر تازیانه یا حبس نداشته باشد، در این صورت کاربرد تازیانه و تعیین آن، در هر شرایطی از روایات قابل استظهار نیست.

حال در بین این دو احتمال، احتمال دوم به قراین ذیل نزدیک به حقیقت است؛ بنابراین، اگر حبس و یا جریمه نقدی نسبت به تازیانه، سبک‌تر و مفیدتر به حال مرتکب و جامعه باشد، می‌توان تازیانه را به حبس یا جریمه نقدی تبدیل کرد؛ زیرا اولاً ادله تعزیر از اطلاق محتوایی برخوردار نیستند؛ زیرا قانون‌گذار اصلاً در مقام بیان این جهات نبوده است، تنها در صدد بیان و قانون‌گذاری اصل مجازات تعزیری بوده و این‌که نوع و میزان آن چه باشد، به شرایط و مؤلفه‌های مختلف دیگری بستگی دارد که تشخیص آن‌ها با حاکم است.^۱ ثانیاً در فرض که اجرای حبس یا مجازات‌های دیگر سودمندتر و کارآمدتر از تازیانه باشد، حداقل در جواز اجرای تازیانه تردید ایجاد می‌شود. مقتضای اصل، عدم جواز اجرای مجازات سنگین است. ثالثاً قاعده احتیاط هم با اعمال مجازات سبک‌تر هماهنگ است. این قاعده و حکم دقیقاً در مورد جایگزینی حبس نیز صادق است؛ یعنی اگر کارکرد نگاه‌داری در منزل یا خدمات عام‌المنفعه بیش از مجازات زندان باشد، در این صورت بدون شک، می‌توان بدیل‌های حبس را قانون‌گذاری و اجرایی نمود.

خوش‌بختانه در این خصوص نظریات فقهای اسلامی را هم داریم: «... و ان علم ان غیره یقوم مقامه من الکلام و التعنیف کان له ان یعدل إلیه، و یجوز له تعزیره... دلیلنا: ظواهر

۱. در زمان معصوم^(ع) غالباً از مجازات شلاق استفاده شده، شاید به دلیل آن بوده که در آن زمانه و شرایط، اجرای مجازات شلاق بیش‌ترین و بهترین تأثیر را داشته است و گر نه تعزیر انحصار در شلاق ندارد.

الاجبار^۱،^۲ اخبار ظهور در تنوع مصادیق تعزیر دارد؛ جز در صورتی که تأثیر بر مجرم منحصر در تطبیق تازیانه باشد که عبور از آن را جایز نمی‌دانند؛ اما در صورتی که اثر شلاق و حبس بر مجرم مساوی با تأثیر بدیل‌ها باشد، استفاده از جایگزین‌ها را جایز می‌دانند. این نکته بیانگر آن است که در صورتی که کارایی و اثر بخشی مجازات منحصر در نوع بدیل‌ها باشد، استفاده از تازیانه و حبس جایز نیست.^۳ در این صورت باید از جایگزین‌ها استفاده شود.

به این ترتیب، با توسعه موارد تعزیر و اعطای صلاحیت به حاکم در تعیین نوع و مقدار مجازات، چالش جایگزین حبس به خوبی حل می‌شود. در این میان، مذهب شافعی نظریه وسیع‌تر دارد و می‌گوید: «هو بالخیار فی جمیع الاحوال»^۴ وی با بررسی‌ای که از روایات انجام می‌دهد، بر ایند آن نظریه صلاحیت عام حاکم است و حتی در صورتی که مجرم جز با شلاق امکان اصلاح و راست‌شدنش نباشد، باز اگر مصلحت را در اجرای آن نداند، می‌تواند بدیل آن را تطبیق کند. هم‌چنین بعضی از فقهای امامیه با وجودی که تعزیر را منحصر در شلاق می‌دانند و در صورت انحصار اصلاح مجرم با شلاق اجرای آن را واجب می‌دانند، در عین حال در جایی می‌فرمایند: «یشکل الجواز اذا لم یر المصلحه فیه»^۵.

بنابراین، با توجه به اصول و قواعد فقهی، می‌توان گفت که اطلاق ادله تعزیر مواردی را که بر پایه تشخیص حاکم، با اجرای غیر تازیانه و حبس امکان اصلاح مجرم بیش‌تر باشد، شامل نمی‌شود و استفاده از شلاق و حبس در چنین مواردی جایز نیست.

در خصوص تجویز بدیل‌ها برخی منابع فقهی اهل سنت مطالب روشن‌تر و مفیدتر را ارائه کرده‌اند. در تعزیرات بحث تدرُّج و اجرای مرحله به مرحله را مطرح می‌کنند. در این مراحل باید از اجرای سبک‌ترین مجازات آغاز شود و معیار در تدرُّج وضعیت شخصی، خانوادگی

۱. محمد الکلینی، الکافی، ج ۷، باب ما یجب فیه التعزیر فی جمیع الحدود، ح ۴-۱، ص ۳۳۷.

۲. محمد الطوسی، الخلاف، کتاب الاشریه، مسأله ۱۳، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ء، ص ۴۹۸ و لطف‌الله صافی، پیشین، ص ۳۴.

۳. محمد بن قدامه، پیشین، ج ۱۰، ص ۳۷۰ و محمد بن قدامه، الشرح الکبیر، ج ۱۰، دارالکتاب العربی للنشر و التوزیع، ص ۳۶۵.

۴. محمد بن قدامه، همان، ص ۳۶۵.

۵. لطف‌الله صافی، پیشین، ص ۸۱.

و اجتماعی مجرم است. قاضی با توجه به همین فاکتورها مجازات را تعیین و اعمال کند. در مرتبه اول اعراض از مجرم، مرتبه دوم تعنیف، مرتبه سوم توییح کلامی، مرتبه چهارم حبس و مرتبه پنجم تبعید و در نهایت تازیانه است.^۱ ترتب و تدریجی بودن را به حدیث نقل شده از پیامبر مکرم (ص) استناد می‌نمایند. «أقيلوا ذوی الهيئات عثراتهم الا حدًا من حدود الله»^۲ لغزش‌ها و جرایمی که از انسان‌های آبرومند و با کرامت ظاهر می‌شود را نادیده بگیرید؛ مگر این‌که جرم منجر به حدی از حدود الله شود. در تمام این مباحث در مقایسه بین تعزیر و جایگزین‌ها بین حقوق‌الله؛ مانند ترک نماز، افطار در ماه مبارک رمضان و غیره و حقوق‌الناس؛ همانند دشنام‌دادن، توهین نمودن و... فرق وجود ندارد.^۳ از این حدیث، طبقه‌بندی مجرمین نیز قابل استظهار می‌باشد و اجرای مجازات مطابق با این دسته‌بندی صورت گیرد.

گفتار سوم: توصلی بودن تعزیرات، زمینه‌ساز پویایی آن

احکام و گزاره‌های شرعی از آن بابت که در انجام‌دادنش قصد قربت شرط است یا شرط نیست، به تعبدی و توصلی تقسیم شده‌اند.^۴ تعزیرات از دسته توصلیات شمرده می‌شوند؛ بدین معنا که تعزیر و تنبیه مجرمین امری تعبدی محض که برای مصالح غیبی و ناشناخته‌ای تشریح شده باشد، نیست؛ بلکه مقصود از آن، ادب‌نمودن متخلف و بازداشتن او و دیگران از انجام عمل ناروا است، تا در نتیجه فرد و جامعه اصلاح گردد؛ بنابراین، در امور توصلی باید سازوکار دست‌یابی به مقصد در نظر گرفته شود و صرف انجام‌دادن فعلی که به مقصد منجر نشود، کافی نیست؛ از این رو، نوع و مقدار تعزیر به حاکمی که متصدی امور جامعه است، واگذار شده است. امروزه که مجازات زندان از جهت دست‌یابی به اهداف با چالش‌های

۱. ابوالحسن علی بن محمد بن محمد بن حبیب البصری البغدادی، الشهیر بالماوردی (المتوفی: ۴۵۰هـ) - الأحکام السلطانیة، الناشر: دار الحدیث، القاهرة، بی‌تا. صص ۴۱۸-۴۱۷ و عبدالقادر العوده، التشریح الجنایی، ج ۱، بیروت، دارالکتاب العربی، صص ۶۶۸-۶۶۵.

۲. ابوعبدالله احمد، مسند احمد بن حنبل، ج ۶، مؤسسه الرساله، الطبعه الأولى، ۱۴۲۱هـ - ۲۰۰۱م، ص ۱۸۱.

۳. لطف‌الله صافی، پیشین، ص ۷۸.

۴. بنا بر معنای مشهور، توصلی، واجبی است که صرف انجام‌دادن آن - با هر نیتی که باشد - موجب ادای تکلیف است و نیاز به نیت تقرب به پروردگار ندارد؛ مانند نجات‌دادن غریق. در حقیقت، غرض از وجوب، فقط تحقق متعلق وجوب (یعنی کاری که وجوب به آن تعلق گرفته)، است و ازین رو، توصلی نامیده می‌شود. در برابر، تعبدی (یا عبادی) به واجبی گفته می‌شود که انجام‌دادن آن به خودی خود تکلیف را ساقط نمی‌کند؛ بلکه نیازمند قصد قربت است. محمدکاظم هروی خراسانی، کفایه الاصول، ج ۱، ص ۷۲.

جدی مواجه می‌باشد، نباید اصرار بر اجرای آن نمود و شریعت هم‌چنین اصراری ندارد و به ویژه در جرایم سبک و اتفاقی که از انسان‌های غیر خطرناک سر می‌زند، باید از بدیل‌ها استفاده شود.

بدین‌سان، از منظر فقهی به لحاظ مبانی نظری، بدیل‌های تعزیر و حبس با مشکل مشروعیت و جواز روبه‌رو نیست؛ اگر مجرم را به جای زندانی در مزرعه برای کار ببریم، با اصول و منابع شرعی کاملاً در تطابق است و حداقل اگر یک فتوای کارشناس فقهی موافق داشته باشیم، با اصل چهارم قانون اساسی ایران و ماده ۳ قانون اساسی افغانستان مخالفت نشده است.

گفتار چهارم: حق الناس بودن مجازات معاونین قتل عمد، راه کار حبس زدایی

حبس ابد یا حبس دائم نوعی از مجازات زندان است که در آن محکوم باید تا پایان عمر خود در زندان به سر برد. این کیفر معمولاً برای بزرگ‌ترین بزه‌ها؛ مانند قتل عمد، موارد شدید قاچاق انسان یا قاچاق مواد مخدر و دزدی‌های بزرگی که با آدم‌کشی یا آسیب‌های جسمانی شدید همراه است، در نظر گرفته می‌شود. در فقه مجازات معاونت در قتل، حبس ابد است.^۱ اگر شخصی انسان دیگری را بگیرد تا نفر شوم او را بکشد، مجازات گیرنده به عنوان معاونت در قتل، حبس ابد است. هم‌چنین اشتت در مورد آمر به قتل.^۲

بحث مهمی که نسبت به این مسأله قابل طرح است، این است که حبس ابد ممسک و آمر به قتل جزو حق الله است تا مجازاتش حدی باشد یا از حق الناس است؟ در میان اندیشمندان فقهی معاصر دو نظریه وجود دارد: نظریه حق‌اللهی که مطابق این نظریه، مجازات ممسک و دیده‌بان مانند بقیه موارد حد شرعی است که هیچ‌کس صلاحیت تغییر در آن را ندارد و باید اجرا شود.^۳ نظریه حق‌الناسی که اکثر فقهای معاصر این موارد را از زمره حق‌الناس می‌دانند؛ بنابراین، همانند اصل حکم قصاص، قابل بخشش و مصالحه می‌باشد.

۱. بحث دقیق فقهی و استدلالی آن در جای خود مطرح شده است.

۲. محمد کلینی، پیشین، ج ۲، ص ۲۸۷ و محمد حر عاملی، پیشین، ج ۱۹، ابواب قصاص‌النفس باب ۱۷، ح ۲، ص ۳۵.

۳. مجموعه استفتائات، انتشارات نجات، ج ۱، ص ۳۳۱.

از ظاهر ادله مورد استناد، رجحان نظریه دوم قابل استنباط هست. از مهم‌ترین دلیل‌های مورد استناد برای حبس ممسک، صحیحه حلبی از امام صادق (ع) است: «یقتل القاتل و یحبس الآخر حتی یموت غماً کما حبسه حتی یموت غماً». این که در سیاق واحد می‌فرماید همانگونه که ممسک مجنی‌علیه را نگه داشت تا کشته شد، خود ممسک را در زندان نگه می‌دارند تا بمیرد، از این روایت استظهار می‌شود حکم ممسک عقوبتی است در مقابل عملی که نسبت به مقتول انجام داده است؛ پس این حکم جدای از سنخ حکم قتل نیست و هر دو جزو حق الناس می‌شود؛ بنابراین، از آنجایی که جرم قتل از جرایم حق الناسی است و اعمال مجازات در آن منوط به تقاضای صاحبان حق می‌باشد و بعد از تقاضا نیز امکان عفو از طرف صاحبان حق وجود دارد، می‌توان به این نتیجه دست یافت که گرچه اطلاق قصاص به کیفر حبس ممسک صحیح نیست؛ ولی قطعاً این کیفر ماهیتی شبیه به قصاص دارد و قراردادن آن در زمره انواع دیگر مجازات؛ یعنی «حدود» و مخصوصاً تعزیرات و تسری احکام این نوع از مجازات‌ها به آن، قابل توجیه نمی‌باشد.

حال اگر قانون‌گذاری در ایران و افغانستان بر پایه این سیاست انجام شود، یکی از آثار و کارکرد عینی آن، کاهش آمار محبوسین دایم است. پس از گذشت ولی دم که بیانگر اصلاح مجرم می‌تواند باشد، چون تا آثار روشنی از ندامت و پشیمانی در مرتکب پیدا نشود، ولی دم گذشت نخواهد کرد. با گذشت او تعدادی زیادی که در ارتباط با قتل به حبس ابد محکوم گردیده، بار دیگر به زندگی عادی خود بر می‌گردند. اتخاذ چنین سیاست، مناسب‌تر و منطقی‌تر خواهد بود.

نیز موضوعی دیگری که در راستای زندان‌زدایی قابل توجه و دقت است، مجازات زن مرتد است.^۱

با تمام تحقیق و تلاشی که در کتب روایی و فقهی با رویکرد جدید صورت گرفت، حداقل مجازات زن مرتد حبس ابد است. نکته قابل یادآوری در باره مجازات زن مرتد این است اگر هر زمانی در فرایند تحمل حبس توبه کرد، از زندان بیرون می‌آید؛ چون هدف

۱. اقسام مرتد، احکام آن در جایی دیگر به صورت استدلال دقیق فنی بحث شده است.

از مجازات زندان او، جلوگیری از تأثیر و رواج رویه او در جامعه و اصلاح و تربیت خود فرد است. اگر از رویه کزراه خود پشیمان شد، دیگر وجه برای نگاه‌داری او در زندان باقی نمی‌ماند. با این وصف این احتمال شایسته مطالعه و تجربه است که اگر زمینه اصلاح و تربیت او در مکان آموزشی خاص و یا جاهای مناسب‌تر دیگر بیش‌تر باشد، افکندن او را در زندان‌های امروزی توجیه‌پذیر نیست؛ به خصوص در اسلام زندان مکان خاصی که اتاق تنگ و تاریک و دیوارهای چند متری که آفتاب هم دیده نشود، نبوده است؛ بنابراین، اصرار بر تعیین مجازات زندان با ویژگی‌های امروزی آن که وضعیت خیلی شدید را بر محکوم تحمیل می‌کند، ممکن است مورد رضایت شرع نباشد.

به نظر می‌رسد یکی از برداشتهای ناتمام و ناقص از نظام جزای فقه همین‌جا است. اصل مجازات حبس، چه مدت‌دار و چه دایمی، در قانون جزایی اسلام هست؛ اما کیفیت و چگونگی آن بسیار متفاوت از آن چیزی است که امروزه وجود دارد. شناخت و تعریف جامعه از زندان مکانی است که برای درد و رنج‌کشی ساخته شده است و انسان‌ها را در آن‌جا می‌برند تا درد و عذاب نقض قانون خود را تحمل کنند؛ در حالی که پذیرش نهاد زندان در اسلام با این ویژگی‌ها کاملاً ناآشنا و بیگانه است. سلب آزادی از فرد با دو هدف عمده انجام می‌شود: یکی ممانعت از خسارت و **ضربان برانجامیده و دوم اصلاح و بازاجتماعی شدن** شخص محکوم و نابهنجار. حال ممکن است ^{تأسیس ۱۳۹۴} دسترس به این اهداف با شیوه نگاه‌داری در مسجد، آموزشگاه‌های مخصوص و مکان‌های از این قبیل بهتر و زودتر میسر گردد؛ لذا سلب آزادی که پیامدهای جسمی، روانی، خانوادگی و اجتماعی را در پی دارد، توجیه شرعی ندارد.

مبحث سوم: شرایط تعزیرات و صلاحیت‌های محاکم بسترساز بدیل حبس

پیش از بحث در مورد گستره اختیارات حاکم، بایسته است که اندکی در مورد شرایط تحقق و اجرای تعزیر شرعی درنگ داشته باشیم. با بیان این شرایط روشن می‌شود که قانون جزای افغانستان که به عنوان تعزیرات شرعی قانون‌گذاری شده است، وجه شرعی بودن آن خدشه‌پذیر است - یادآوری این نکته ضروری است که این بحث بیش‌تر در افغانستان کاربرد

دارد و در ایران ممکن است از این بابت مشکلی وجود نداشته باشد.

گفتار اول: نقد تعزیری بودن حبس در قانون جزای افغانستان

حبس چه از نوع تعزیرات شمرده شود (چنان‌که در فقه عامه از تعزیرات می‌دانند) یا عقوبت مستقل باشد (چنان‌که برخی فقهای خاصه می‌گویند)، از آن‌جایی که یک مجازات اسلامی است، باید تعیین و تنفیذ آن مطابق معیارهای شرعی انجام بگیرد. به بیان دیگر، مجازات اسلامی دو ویژگی را باید دارا باشد: اول ماهیت جزا برگرفته از داده‌های فقه اسلامی باشد و دوم نهاد قضایی و تعیین‌کننده و تنفیذگر تعزیرات نیز باید شرایطی را که شرع تعیین کرده، دارا باشد. در فقه شیعه و اهل سنت برای حاکم شرایط الزامی را ضروری دانسته‌اند که در تشیع علاوه بر شرایط عام، بر علم الهامی از طرف خداوند و ویژگی عصمت در امام معصوم و شرایط اجتهاد و عدالت در حاکمان عام^۱ و همچنین در تسنن بر اجتهاد و عدالت تأکید دارند؛^۲ زیرا شرط قراردادن این دو در حاکم ضمانت کافی ایجاد می‌کند تا هیچ‌کدام از کیفرها از جمله حبس را به شکل غیر صحیحی و بر اساس هوا و هوس و منافع شخصی و گروهی اجرا نکنند. در تعیین مجازات و اجرای آن، حد اعتدال را رعایت نماید.

با نگرش به آنچه بیان شد، در یک نگاه کلی، تعیین و اجرای تعزیر شرایطی دارد که به متصدی، بزه‌کار و چگونگی اجرای تعزیر مربوط می‌شود. در این‌جا به مناسبت موضوع بحث، تنها به شرایطی که به متصدی بر می‌گردد، اشاره می‌شود. منظور از متصدی و اقامه‌کننده تعزیر، حکام و قضاتی است که به قضاوت و صدور احکام حدود و تعزیرات می‌پردازند.^۳ برای آنان در روایات و ادله فقهی شرایطی به شرح زیر تعیین گردیده است:

بلوغ، عقل، مرد بودن، اسلام، حلال‌زادگی، قدرت بر اجرای حدود و تعزیرات، امانت،

۱. محمد عاملی، شرح لمعه دمشقیه، ج ۱ (دو جلدی)، ص ۲۰۲ و سید صادق روحانی، فقه امام صادق، ج ۶ ص ۶۶.
 ۲. علاء‌الدین کاسانی، بدایع الصنائع، ج ۷، کویته پاکستان، المكتبة الحیبیة، الطبعة الاولى، ۱۴۰۹ق، ص ۲.
 ۳. حفص بن غیاث می‌گوید: از امام صادق (ع) سؤال کردم، اجرای حدود مربوط به کیست؟ سلطان و یا قاضی؟ فرمودند: اقامه حدود مربوط به کسی است که مبادرت به صدور حکم می‌نماید: «اقامه الحدود الی من الیه الحکم...» محمد حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۳۱ از ابواب کیفیت حکم، ح ۱، ص ۲۲۰.

عدالت و اجتهاد در فقه و اهلیت در فتوا.^۱ با مفاد ادله که در جای خود اثبات شده‌اند، در فقه شیعه در مرتبه بعد از ائمه^(ع) در زمان غیبت کبرا به جهت حفظ نظام و جلوگیری از هرج و مرج، به فقهای جامع‌الشرایط اجازه داده‌اند که از باب واجب کفایی یا عینی، متصدی امر قضاوت شوند. قاضی باید در مسائل حلال و حرام دارای نظر اجتهادی و تخصصی باشد. اگر قاضی جامع‌الشرایط وجود داشته باشد، برای غیر آنان قضاوت جایز نیست؛ اما در زمان اضطرار که قاضی شرایط دار وجود نداشته باشد، چه باید کرد؟ این مسأله با نگرش به این که دایره جرایم تعزیری بسیار گسترده‌تر است، پیچیدگی کار را بیش‌تر می‌کند.

فرد غیر مجتهد در صورت داشتن بقیه شرایط قضاوت غیر از اجتهاد، می‌تواند با اجازه مجتهد به امر قضاوت پردازد؟ دو نظریه مطرح است. برخی فقهاء از اطلاق ادله شرط اجتهاد، عدم جواز را فهمیده‌اند.^۲ پاره‌ای از فقهاء قضاوت و فصل خصومت توسط مقلد را جایز دانسته‌اند و یکی از دلایل توجیه اینان آن است که قضاوت ماهیت حکم شرعی را دارد و نه ماهیت نصب راه؛ بدین معنا که ممکن است قضاوت از سنخ احکام شرعی باشد که هر کسی شناخت از آن داشته باشد، می‌تواند برای دیگران بیان کند. از سنخ ولایت که نیازمند نصب باشد، نیست.^۳ در هر صورت، زمانی می‌توان گفت که اعمال مجازات بر مجرم از باب تعزیرات اسلامی است که اولاً مجازات پیراگرفته از منابع فقهی باشد و ثانیاً اقامه تعزیر در زمان غیبت جایز باشد و ثالثاً تعیین و اجرای آن دارای شرایط فقهی از همه جهات باشد.

در بین مذاهب مختلف اهل سنت، یک مسأله اتفاقی است که تعیین و اجرای مجازات‌های تعزیری باید توسط ولی امر انجام گیرد؛ زیرا مجازات‌ها به خاطر حمایت از جامعه است و استیفای آن نیز باید توسط جامعه صورت گیرد و حاکم از باب نماینده مردم، این مسؤولیت را به عهده دارد.^۴ در مورد شرایط قاضی اختلاف نظر وجود دارد. مذهب حنفی عدالت را

۱. محمد عاملی، مسالک الافهام، ج ۱۳، ص ۳۱۴ و محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۴۰، کتاب القضاء، صص ۸-۵.

۲. المراد بالعالم هنا [الفقيه] المجتهد في الاحكام الشرعية، و علی اشتراط ذلك في القاضي إجماع علمائنا، و لا فرق بين حاله الاختيار والاضطرار. و لا فرق فيمن نقص عن مرتبه بين المطلع علی فتوى الفقهاء و غيره. و المراد بكونه عالماً بجميع ما وليه كونه مجتهداً مطلقاً، فلا يكفي اجتهاده في بعض الاحكام دون بعض علی القول بتجزی الاجتهاد. محمد عاملی، مسالک الافهام، ج ۱۳، ص ۳۱۶.

۳. محمدحسن نجفی، پیشین، ج ۴۰، صص ۱۹ و ۲۰.

۴. علاء‌الدین کاسانی، پیشین، ج ۷، ص ۲.

شرط نمی‌داند و در مورد زن می‌گوید می‌تواند در غیر حدود و قصاص قضاوت کند. اجتهاد را هم شرط نمی‌داند.^۱ در نزد مذهب مالکیه، حنبلیه و شافعیه عدالت، ذکوریت و اجتهاد در باب قضاوت شرط است.^۲

حال هرچند ماده اول قانون جزای افغانستان تمام مواد موجود در آن را مجازات تعزیری تلقی نموده است؛ در حالی که به نظر می‌رسد شرایط مجازات تعزیری را ندارد، از جهت قانون‌گذار و قضات مجری با اشکالات شرعی مواجه هست. مواد قانونی یافت می‌شوند که هیچ تناسب با فقه ندارند؛ مانند ماده ۳۹۵ و ۳۹۶ قانون جزا در مورد مجازات قاتل عمد؛ بنابراین، زمانی که در یک نظام نه تقنینش معیارهای شرعی را داشته باشد و نه متصدیان تعیین و اجرای مجازات؛ بلکه یک نظام حقوقی است که بیش‌تر ماهیت عرفی دارد، در این صورت در مورد تنوع و اندازه مجازات‌ها با چالش شرعی مواجه نخواهد بود؛ لذا اگر برای بسیاری از مواد قانون جزای افغانستان جایگزین تعریف شود، با چالش فقهی روبه‌رو نخواهد شد؛ چون این‌گونه قوانین ماهیتاً از سنخ قانون و احکام شرعی نیستند.

در تأیید این حرف باید گفت که یکی از فقهای بزرگ معاصر حکومت را به حکومت اسلامی واقعی و حکومتی که در کشورهای اسلامی مستقر هستند، تقسیم‌بندی می‌کند. در حکومتی که با معیارهای شرعی تأسیس نشده، زن می‌تواند هم پست رهبری و هم مقام قضاوت را احراز کند؛ چون او مأمور به اجرای احکام اسلامی نیست تا در صدور حکم و ولایت با مشکل شرعی مواجه شود؛ بلکه مأمور به اجرای قوانین برآمده از پارلمان می‌باشد^۳ و ماهیت قانون جزای افغانستان از همین قبیل می‌باشد.

گفتار دوم: نقش اختیارات قاضی در سیاست جایگزین‌ها

نقش اختیارات قاضی در مورد استفاده از مجازات‌های مختلف و متنوع، در راستای

۱. علاء‌الدین کاسانی، همان، صص ۴-۳.

۲. ابو ولید محمد (ابن رشد قرطبی)، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، ج ۲، القا، دارالحدیث، ص ۴۴۹ و ابوالحسن علی بن محمد الماوردی (المتوفی: ۴۵۰هـ)، الاحکام السلطانیة، الباب الاول، دارالحدیث، القا، ص ۴.

۳. برای اطلاعات بیش‌تر، ر. ک: محمداسحاق فیاض، جایگاه زن در نظام سیاسی اسلامی.

انعطاف‌پذیری سیستم جزایی و پذیرش بدیل‌های حبس، قابل ارزیابی است. در فقه اسلامی، انتخاب و اجرای بعضی از مجازات‌ها؛ مانند کفارات به مکلفین و تعزیرات به امام و حاکم تفویض اختیار شده است. در مجازات‌های تعزیری به معنای عام آن، منظور از تفویض صلاحیت این است که حاکم باید با تحقیق و ارزیابی وضعیت بزه‌کار، شناخت شرایط اجتماعی در مورد کمیت و کیفیت، نوع، مقدار و تخفیف یا عفو از مجازات به نحوی که مصلحت بزه‌کار و دیگر مردم اقتضا دارد، تصمیم بگیرد.^۱ این اختیارات هم در روایات و هم نظریات فقهاء انعکاس یافته و به اثبات رسیده است. قلمرو و گستره تفویض اختیار شامل تعیین زمان، نوع، مقدار تعزیر و عفو، تخفیف، تشدید، تعلیق و غیره می‌باشد. همه این امور از روایات قابل اثبات‌اند و فقهاء هم مطابق آن‌ها نظر داده‌اند.^۲

با استناد به همین ادله در صورتی که موجبات تخفیف، تعلیق مجازات، آزادی مشروط و سایر جایگزین‌ها در مجرم وجود داشته باشد، حاکم می‌تواند با ملاحظه آن‌ها در مجازات تعزیری تخفیف قایل شود یا آن را تعلیق یا تبدیل نماید. در روایت صحیحی، حماد بن عثمان از امام صادق^(ع) از مقدار تعزیر سؤال نموده است. امام می‌فرماید: «حاکم باید مجرم را بسنجد و قوت بدنی او را ملاحظه کند و سپس به هر مقداری که مصلحت بداند، وی را تعزیر نماید.^۳ سیره عملی پیامبر^(ص) و امیرالمؤمنین^(ع) همین‌گونه بوده است. در برخی موارد تعزیر را اجرا نموده، در پاره‌ای از جاها از اجرای آن خودداری کرده‌اند. هم‌چنین در مواردی با مجرمین با شدت برخورد کرده و یا دستور به اجرای مجازات شدید داده‌اند. این امور همه بیانگر این است که حاکم در تعزیر دارای اختیار است. از باب نمونه، یک مورد از سیره عملی رسول اکرم^(ص) را بیان می‌کنیم: حضرت علی^(ع) می‌فرماید: «با عده‌ای از اصحاب در حضور رسول خدا^(ص) در مسجد منتظر فرارسیدن وقت نماز بودیم. شخصی از میان جمعیت بلند

۱. محمد طوسی، المبسوط، پیشین، ج ۸، ص ۶۹ و احمد خوانساری، جامع‌المدارک، ج ۵، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۶۴، ص ۸ و ۹.

۲. محمد حر العاملی، پیشین، باب ۱۵ از ابواب شهادات، ص ۲۲۴، ج ۱ و ۲ و محمد الصدوق، من لایحضره الفقیه، ج ۳، ص ۳۵، ج ۳، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۶۳ و محمد طوسی، الخلاف، ج ۲، مسأله ۲۹، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۸، ص ۶۰۱ و محمدحسین نجفی، پیشین، ج ۴۱، ص ۲۵۲.

۳. محمد الحر العاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۸، باب ۱۰ از ابواب بقیه الحدود، ج ۳، ص ۵۸۴.

شد و عرض کرد: ای رسول خدا من مرتکب گناهی شده‌ام. حضرت از او روی برگردانید و به سخنش توجهی نکرد. آن شخص پس از اقامه نماز دوباره بلند شد و سخن خود را تکرار کرد. رسول خدا به ایشان فرمودند: آیا این نماز را با طهارت نیک و پسندیده با ما خواندی؟ جواب داد بلی. حضرت فرمود: این نماز کفاره گناه شما محسوب می‌شود.^۱

با این‌که این شخص اقرار به گناه کرده بود و سزاوار اقامه تعزیر گردید، رسول خدا از اجرای آن خودداری فرمود.

در فقه اهل سنت نیز امر تعزیر به حاکم سپرده شده است. او می‌تواند بر اساس تشخیص و اجتهاد خود به هر صورت که صلاح بداند و با هر نوع عقوبت، مجرم را تعزیر نماید. اندیشمندان فقهی اهل سنت می‌گویند: «تعزیر از نظر شرع اندازه معینی ندارد و به نظر و اجتهاد امام و اگذار شده است. بدان جهت باید در تعیین نوع و مقدار آن کوشش خود را به کارگیرد و هر چه مصلحت بود، عمل کند».^۲ برخی دیگر پس از آن‌که واگذاری اختیار تعزیر به حاکم را ثابت می‌کنند، می‌گویند: «در صورتی که حاکم به این نتیجه برسد که ترک تعزیر مصلحت دارد، ترک آن واجب می‌گردد». شبیه این تعبیرات در کلمات بسیاری از فقهای عامه دیده می‌شود که همه بیانگر اختیارات حاکم در امر تعزیرات است.^۳

به این ترتیب، تفویض اختیارات به قاضی در فقه اسلامی، دلیل دیگری است بر استفاده از مجازات‌های جایگزین. در مقام اجرا و حکومت اسلامی که با معیارهای اسلامی تشکیل شده باشد، این سیاست دست نظام قضایی را بسیار باز می‌گذارد که در هر مورد با توجه به مؤلفه‌هایی که در اثربخشی مجازات نقش داشته باشد، نوع جزای مناسب را تعیین و اجرا نماید. در نظام‌های امروزی که در بیش‌تر کشورها وجود دارد، نظام قانون مدون و مکتوب است؛ اختیارات حاکم چگونه می‌تواند در استفاده از مجازات‌های متنوع و متناسب کمک نماید؟

۱. علی فضل طبرسی، تفسیر مجمع البیان، ج ۶، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ق، ص ۲۰۱.

۲. محمد بن ابی العباس، نهایی المحتاج الی شرح المنهاج، ج ۸، بیروت، دار الفکر، ۱۴۰۴هـ/۱۹۸۴م، ص ۲.

۳. محی‌الدین شرف نووی، المجموع شرح المذهب، ج ۲۰، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۷ق، ص ۲۱ و ابراهیم بن یوسف المذهب، ج ۲، ص ۳۰۶.

گفتار سوم: تقنین شریعت، راه کار جایگزین های حبس

در نظام های جزایی و قضایی امروز دنیا این مسأله پذیرفته شده است که قاضی نمی تواند بدون متن قانون روشن، مجرمی را محکوم به تحمل مجازات نماید یا نوع و میزان آن را تغییر بدهد. در سیستم قضایی اسلام که تک قاضی است و همه اختیارات با او است، تفویض صلاحیت در انعطاف پذیری نوع و میزان مجازات مفید است. می توان سازوکاری را یافت که چنین صلاحیت وسیع در نظام قانون وضعی نیز مؤثر واقع شود و انعطاف مجازات تعزیر را در قالب قانون شناسایی و ارائه کند؟ بر پایه اصل قانونی بودن جرم و جزا، تعیین مجازات برای رفتارهای مجرمانه از صلاحیت انحصاری قانون گذار است و اگر برای عملی تعیین مجازات نکرده باشد، قاضی حق ندارد به بهانه مصلحت اجتماعی و حفظ نظم عمومی، تعیین مجازات نماید؛ هم چنان که صلاحیت ندارد به این بهانه ها میزان مجازات را افزایش دهد.

امروزه در بسیاری از کشورها به ملاحظه میزان شدید و خفیف جرم، رعایت مراتب و پرونده شخصیتی محکوم، بین حداقل و حداکثر مجازات را قانون گذاری می کنند. این یک نوع سازوکاری است که به قضات اختیار داده شده است تا با توجه به شخصیت روحی و اخلاقی مجرم، اوضاع و شرایط ارتکاب جرم، میزان تقصیر و مسؤولیت مجرم را ارزیابی کنند و سپس تعیین مجازات نمایند. از جمله در افغانستان نظام قانون گذاری حداقلی و حداکثری به وفور دیده می شود. مجازات حبس منعطف را به تناسب جرایم چهار دسته تقسیم نموده است: حبس قصیر از ۲۴ ساعت تا یک سال، حبس متوسط از یک سال تا پنج سال، حبس طویل از شش سال تا پانزده سال و حبس دوام از شانزده تا بیست سال.^۱

در چنین سیستم قانون گذاری، آنگاه می تواند اختیارات بین حداقل و حداکثر مفید و مؤثر واقع شود، که نهاد قضاء یک نهاد سالم، مسلکی و متعهد باشد. قاضی باید بداند که جرم ارتکابی چگونه و تحت چه شرایطی تحقق یافته است و نیز تحقیق کند که چه عوامل مادی و معنوی موجب اقدام به عمل مجرمانه از سوی مجرم گردیده است تا با واقع بینی بیش تری تعیین مجازات نماید؛ در غیر این صورت نظام تعیین مجازات حداقل و حداکثر، خود، منشأ

۱. قانون جزای افغانستان، مواد ۹۹، ۱۰۰، ۱۰۱ و ۱۰۲.

فسادهای زیادی در محاکم خواهد شد.

راهکار دیگر توسعه در موارد آزادی مشروط، تعلیق مراقبتی و تعویق مجازات‌ها و از همه مهم‌تر قانون‌گذاری جایگزین‌های جدید حبس است. وقتی گستره مجازات‌های تعزیری در فقه وسیع هست و در حقیقت تعزیر راهی است برای دست‌یابی به اهداف، هر شیوه و نوعی که بهتر و بیش‌تر دست‌یابی به اهداف را میسر می‌نماید، باید از همان شیوه استفاده شود. امروزه که سیستم حبس‌گرایی با چالش‌های متعدد روبه‌رو است، باید دنبال سایر گزینه‌های مجازات رفت؛ به اصطلاح، تقنین شریعت صورت گیرد و احکام و گزاره‌های تعزیری را در مسیر مجلس و شورای ملی آورده و از این رهگذر قانون‌گذاری شود. خوش‌بختانه با این کار زمینه اجرایی و بسترسازی اجرای احکام اسلامی نیز بهتر و بیش‌تر فراهم می‌شود؛ چنان‌که همین شیوه و راهکار در آخرین تجدید نظر و تدوین قانون مجازات اسلامی در ایران انجام شده است و فصل نهم از کتاب اول این قانون به مجازات‌های جایگزین اختصاص یافته است.

مبحث چهارم: انواع مجازات‌های مالی راهکار حبس‌زدایی

از روایات و کتاب‌های مختلف تاریخی، استخراج و استنباط می‌شود که مجازات مالی یکی از شیوه‌هایی است که علیه مجرمین و معصیت‌کاران استفاده می‌شود. هرچند مجازات مالی به عنوان یک مجازات تعزیری قابل اجرا در همه جرایم تعزیری، مورد اختلاف است؛^۱ اما مشهور و رایج بین فقهای امامیه و عامه، جایز بودن مجازات مالی مطابق صلاح‌دید حاکم می‌باشد. اینک برخی مجازات‌های مالی را مورد بحث قرار می‌دهیم.

گفتار اول: مجازات مالی از نوع غرامت دوبرابر

در منابع روایی اسلامی، روایاتی نقل شده است که مضمون آن‌ها بیانگر مجازات مالی تا حد دوبرابر نوع جرم می‌باشد. پیامبر اکرم (ص) در مورد شخصی که میوه نارس و چیده‌نشده

۱. برای تفصیل دلایل دو طرف، ر. ک: حسین علی منتظری، پیشین، ج ۳، صص ۵۲۵-۵۲۱.

را دزدیده است، دستور داد که سارق باید دوبرابر قیمت میوه سرقت‌رفته را به مالک پردازد.^۱ هم‌چنین طایفه‌ای از اندیشمندان فقهی عامه با استناد به این‌که خلیفه دوم به غرامت دوبرابر در باره کسی که حیوان گم‌شده را پنهان سازد حکم کرد، به دریافت غرامت مضاعف قایل شده‌اند.^۲ بدین‌سان، در چنین موارد عمل سرقت که یک عمل مجرمانه است، اتفاق افتاده، در عین حال به جزای نقدی اکتفا شده است. بدون شک پیامبر اسلام (ص) مصلحت را در همین نوع مجازات دیده و این رفتار باعث ایجاد قاعده کلی در سایر موارد می‌تواند باشد.

گفتار دوم: جزای نقدی جایگزین حبس

در برخی موارد که عین مال مجرم از مال حرام است، به مصادره آن حکم می‌شود؛ مانند شراب، آلات قمار و...؛ اما در جایی که عین مال ویژگی این چنین نداشته باشد، از باب تأدیب و احراز مالی بر مجرم به جزای نقدی محکوم می‌شود. امام علی (ع) در منطقه «اصطخر»^۳ کارگزار خود به نام منذر بن الجارود را به پرداخت جریمه نقدی محکوم نمود. حضرت به او نامه‌ای نوشت که در آن نوشته بود: «صالح بودن پدرت مرا در باره تو به اشتباه انداخت، حال که تو هواپرستی را رها نمی‌کنی... هرگاه این نامه به دست تو رسید، به سوی من بیا و السلام». منذر بن الجارود نزد حضرت رفت. امام (ع) او را از کار برکنار کرد و به «سی هزار درهم» جریمه نقدی محکوم نمود. یک بخش از این نامه (بدون بخش محکومیت)، در نهج البلاغه نیز بیان شده است.^۴ کارگزار، مرتکب جرم خیانت و سوء استفاده از شغل خود شده بود، او را به پرداخت جریمه نقدی به عنوان مجازات تکمیلی محکوم نموده است.

۱. محمد حر عاملی، پیشین، ابواب حد سرقت، باب ۲۳، ج ۲، ص ۵۱۶ و ابو عبدالله احمد، پیشین، ج ۲، ص ۲۰۷ و ابوداود سلیمان، سنن ابی‌داود، بیروت، صیدا، المكتبة العصرية، ج ۲، ص ۴۴۹ و ابو عبدالرحمن احمد نسائی، السنن الکبری، ج ۸، بیروت، مؤسسه الرساله، الطبعة الأولى، ۱۴۲۱ هـ - ۲۰۰۱ ص ۸۵ و ۸۶.
 ۲. تقی‌الدین ابوالعباس أحمد، الحسبه فی الاسلام، دارالکتب العلمیه، الطبعة الاولى، ص ۴۷.
 ۳. منطقه‌ای در فارس، «فعله و اغرمه ثلثین الفاً» احمد بن ابی یعقوبی، تاریخ یعقوبی، ج ۱، ص ۱۸۹.
 ۴. سید رضی، نهج البلاغه، بخش نامه‌ها، نامه ۷۱، ص ۴۳۶.

مبحث پنجم: محرومیت از حقوق اجتماعی، راه کار حبس‌زدایی

گاهی نسبت به برخی افراد، محرومیت از شغل نتایجی بازدارندگی و اصلاحی را در پی دارد که با توسل به مجازات زندان قابل دسترسی نیست. در چنین مواردی باز تعیین حبس توجیه منطقی و حقوقی ندارد.

گفتار اول: محرومیت از شغل و اشتغال

محرومیت از شغل در مورد کارگزاران مجرم که در ارتباط به شغل خود مرتکب جرم می‌شوند، یکی از مناسب‌ترین و کارآمدترین مجازات‌ها است و می‌تواند شخص را به انفصال از شغل و پیشه‌اش محکوم نمود یا این‌که از اشتغال به شغلی در آینده محروم ساخت. با این شیوه هم از ادامه یا تکرار جرم پیش‌گیری می‌شود و هم مجرم با محروم شدن از ادامه شغل یا دست‌یابی به آن، متضرر شده و به نوعی کیفر را تحمل می‌نماید.

در روایتی، امام علی^(ع) شخصی را که به قصد ضرررساندن به رقبای خود و اخلال در بازار، کالایی را به قیمت کم‌تر از قیمت روز عرضه می‌کرد، فرمود: یا به قیمت بازار بفروش یا از بازار بیرون شو.^۱ هم‌چنین در قضیه مندر بن الجارود، حضرت او را به خاطر خیانت شغلی از کار سبک‌دوش و برکنار نمود. این‌ها همه در راستای مجازات‌های غیر حبس قابل ارزیابی است که در فقه قانون‌گذاری شده است.

گفتار دوم: محرومیت از اعاشه عمومی

هرگاه شهروندان از خزانه عمومی سهمیه‌ای بگیرند- مانند یارانه‌های ایران- در صورت ارتکاب جرم، محرومیت از ارتزاق عمومی نوع تعزیر مالی تلقی می‌شود. در روایتی نقل است هنگامی که امیر المؤمنین^(ع) به سوی نهروانیان حرکت کرد، منجمی به نام «سافر بن عقیف ازدی» حضرت را از حرکت در ساعات معینی منع نمود. حضرت به او فرمود: «اگر به من خبر رسد که تو در ستارگان می‌نگری و غیب‌گویی روا می‌داری، تو را برای همیشه

۱. نعمان تمیمی، دعایم الاسلام، ج ۲، بی‌نا، بی‌جا، ص ۳۶ و میرزا حسین نوری، مستدرک الوسائل، ج ۲، بیروت، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، الطبعة الاولى ۱۴۰۸ هـ - ۱۹۸۷ م، ص ۴۶۹.

به زندان می‌افکنم تا زمانی که تو هستی و من هستم و تا هنگامی که حکومت دارم تو را از «بیت‌المال» محروم می‌نمایم»^۱.

به این ترتیب از روایات ذکرشده و روایات مشابه آن، به این نتیجه کلی می‌رسیم که تعزیر مالی و محرومیت‌های اجتماعی به اشکال مختلف آن در فقه جزایی قانون‌گذاری شده است. سیره و روش عقلا که در دوران‌های مختلف بر تعیین و اعمال مجازات مالی، در برخی جرایم مالی و غیر آن استقرار یافته، تأکیدکننده مشروعیت مجازات مالی است. از این‌گونه مجازات به خصوص در تخلفات رانندگی، گمرکات، احتکار و غیره می‌توان به جای حبس قانون‌گذاری نمود.

نتیجه‌گیری

در یک تحلیل کلی از جایگاه حبس در فقه باید گفت اصل جواز حبس که به عنوان تعزیر یا بابت امنیت و نفع جامعه و یا اجبار بر ادای دین تشریح شده، شک نیست؛ اما کلمات و ادبیات روایات مربوطه به گونه‌ای نیست که انحصار و تعیین را برساند؛ یعنی اگر سیاست جایگزینی کارکرد بهتر از حبس را داشته باشد، از لحاظ شرعی قانون‌گذاری بر اساس این سیاست منع شرعی ندارد. البته جایگزین‌ها نباید با توجه به اوضاع و احوال مجرمین، اقصانات، شرایط جامعه و با سازوکار روشن اجرایی صورت گیرد که تبعات زندان را نداشته باشد یا کم‌تر باشد؛ چنان‌که این سیاست در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مجلس شورای اسلامی ایران بازتاب عینی یافته است و در فصول مختلف بدیل‌ها قانون‌گذاری شده است. افغانستان نیز می‌تواند از این تجربه بهره گرفته و در راستای سیاست زندان‌زدایی حرکت کند.

در موارد حبس ابد یا حبس حدی، نیز انعطاف‌پذیری به روشنی و مستدل یافتنی است. در مورد امر به قتل، ممسک و غیره که مجازات حبس ابد را دارد، می‌شود نظریه «حقوق الناس»

۱. انساب الاشراف بلاذری، ج ۲، ص ۳۶۹ و ۳۶۸ و حیاة الصحابه، ج ۳، ص ۷۵۳، کنز العمال، ج ۵، ص ۲۳۵ و شرح بن الحدید، ج ۲، ص ۲۷۰.

را مطرح کرد. اثرش این است که آمار محکومیت به زندان و زندانی کاهش می‌یابد. اگر ولی دم پیش از صدور حکم یا در اثنای گذراندن حبس، از مجرم گذشت یا با او مصالحه کند و محکوم هم اصلاح و پشیمان شده باشد، دیگر دلیل بر سلب آزادی آنهم به طور دائمی از او وجود ندارد. یا زن مرتد را می‌توان در مکان‌های مناسب که آمادگی بهتر و بیش‌تر را برای اصلاح و بازگشت به اسلام دارد، نگاه‌داری نمود و این کار همان پذیرش جایگزین‌هایی است که هم مفید به حال مجرم و هم برای جامعه است.

در سیاست جزایی فعلی افغانستان در مورد حدود، قصاص و دیات قانون‌گذاری وضعی وجود ندارد و تعیین مجازات حدود، قصاص و دیات به فقه حنفی شریعت اسلام واگذار شده است.^۱ این رویه با اشکالات جدی حقوقی و قضایی مواجه است و باید جرایمی که مجازاتش یکی از این سه مورد است، قانون‌گذاری شود. از آن‌جایی که قانون اساسی افغانستان مذهب خاصی را به رسمیت نشناخته^۲ و دین اسلام به صورت کلی رسمیت دارد، قانون‌گذاری متناسب با شرایط و نیازهای روز با چالش کم‌تر مواجه هست و می‌توان بر اساس دیدگاه فقهی‌ای قانون‌گذاری کرد که با نیازها و شرایط داخلی و بین‌المللی بیش‌ترین تناسب را داشته باشد.

۱. ماده ۱ قانون جزای افغانستان.

۲. ماده ۲ و ۳ قانون اساسی افغانستان.

منابع

۱. قرآن کریم
۲. ابوالحسن علی بن محمد الماوردی (المتوفی: ۴۵۰هـ)، الاحکام السلطانیة، الباب الاول، دارالحديث، القاهرة.
۳. أبو داود سلیمان، سنن ابی داود، بیروت، صیدا، المكتبة العصرية، جلد ۲.
۴. أبو عبد الرحمن أحمد نسائی، السنن الكبرى، جلد ۸، بیروت، مؤسسه الرساله، الطبعة الأولى، ۱۴۲۱ هـ - ۲۰۰۱.
۵. ابو عبدالله احمد، مسند احمد بن حنبل، جلد ۶، مؤسسه الرساله، الطبعة الأولى، ۱۴۲۱ هـ - ۲۰۰۱ م.
۶. ابو ولید محمد (ابن رشد قرطبی)، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، جلد ۲، القاهرة، دارالحديث.
۷. اتنف، رنالد، «نقش مطالعات و یافته‌های جرم‌شناسی در تحولات حقوق کیفری و سیاست جنایی»، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، مجله تحقیقات حقوقی، پاییز ۱۳۷۲ تا تابستان ۱۳۷۳، شماره ۱۳ و ۱۴.
۸. البصری البغدادی، ابو الحسن علی بن محمد بن محمد بن حبیب، الشهير بالماوردی (المتوفی: ۴۵۰هـ) الأحکام السلطانیة، الناشر: دار الحديث، القاهرة، بی تا.
۹. تقی‌الدین أبو العباس أحمد، الحسبه فی الاسلام، دارالکتب العلمیه، الطبعة الاولى.
۱۰. تمیمی، نعمان، دعایم الاسلام، جلد ۲، بی تا، بی جا.
۱۱. حر عاملی، محمد، الوسائل الشیعه، جلد ۱۸، ابواب مقدمات الحدود، باب ۱، ح ۱، البیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
۱۲. الحر عاملی، محمد، الوسائل الشیعه، جلد ۱۸، الباب ۱۰ من ابواب بقیه الحدود، ح ۲.
۱۳. حر عاملی، محمد، الوسائل الشیعه، جلد ۱۸، باب ۳۱ از ابواب کیفیت حکم، ح ۱.
۱۴. خوانساری، احمد، جامع المدارک، جلد ۵، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۳۶۴.
۱۵. سید رضی، نهج البلاغه، بخش نامه‌ها.
۱۶. شرف نووی، محی‌الدین، المجموع شرح المذهب، جلد ۲۰، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۷ ق. ۳۰۶.
۱۷. صافی، لطف‌الله، التعزیر، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۳۶۳.
۱۸. الصدوق، محمد، من لایحضره الفقیه، جلد ۳، ح ۳، قم، جامعه مدرسین، ۱۳۶۳.
۱۹. صدوق، محمد، من لایحضره الفقیه، جلد ۴، طهران، دارالکتب الاسلامیه.
۲۰. الطائی، یحیی، التعزیر فی الفقه الاسلامی، قم، نشر دفتر تبلیغات اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۲۱. طبرسی، علی‌الفضل، مجمع البیان، جلد ۳، طهران، ناصر خسرو، ۱۳۷۲.
۲۲. طبرسی، علی‌الفضل، تفسیر مجمع البیان، جلد ۶، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ ق.
۲۳. طوسی، محمد، الخلاف، جلد ۲، مسأله ۲۹، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۱۸ ق.
۲۴. الطوسی، محمد، الخلاف، کتاب الاشریه، مسأله ۱۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۷ هـ.
۲۵. طوسی، محمد، المبسوط، جلد ۴، طهران، المکتبه الرضویه، چاپ سوم.

٢٦. عاملي، محمد الشهيد الاول، القواعد و الفوائد، جلد ٢، قاعدة ٢٠٤، قم، مكتبة المفيد.

٢٧. عبدالله بن قدامه، المغنى، جلد ١٠، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨ هـ.

٢٨. العوده، عبدالقادر، التشريع الجنائي، جلد ١، بيروت، دارالكاتب العربي.

٢٩. قانون جزای افغانستان مواد ١، ٢، ٣، ٩٩، ١٠٠، ١٠١ و ١٠٢.

٣٠. كاساني، علاء الدين، بدايع الصنايع، جلد ٧، كويته پاکستان، المكتبة الحبيبيه، الطبعة الاولى، ١٤٠٩ق.

٣١. الكليني، محمد، الكافي، جلد ٧، باب ما يجب فيه التعزير في جميع الحدود، ح ٤ - ١.

٣٢. محمد بن ابي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، جلد ٨، بيروت، دارالفكر، ١٤٠٤هـ/١٩٨٤م.

٣٣. محمد بن ادريس، السرائر، جلد ٣، مؤسسه النشر الاسلامي، چاپ دوم، ١٤١٠هـ.

٣٤. محمد بن قدامه، الشرح الكبير، جلد ١٠، دارالكتاب العربي للنشر و التوزيع.

٣٥. منتظري، حسين علي، مباني حكومت اسلامي، ترجمه محمود صلواتي، جلد ٣، تهران، انتشارات سرايي، ١٣٧٩.

٣٦. ميرزا حسين نوري، مستدرک الوسائل، جلد ٢، بيروت، مؤسسه آل البيت لاحياء التراث، الطبعة الاولى ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٧ م.

٣٧. نجفي، محمدحسن، جواهرالكلام، جلد ٤١، طهران، دارالكتب الاسلاميه، ١٣٦٧.

٣٨. الوائلي، احمد، احكام السجون بين الشريعة و القانون، بيروت، مؤسسه اهل البيت.