

بازپژوهی درباره نظریه اجتهاد در تعزیر*

محمد علی طالبی آشتیانی**

چکیده

فقها بر اساس روایات باب تعزیر، این چنین رأی داده‌اند که «التَّعْزِيرُ بِمَا يَرَاهُ الْإِمَامُ» و آن را قاعده‌ای برای تعیین تکلیف در خصوص تعزیر یا عدم تعزیر گناهکار دانسته و طبق آن فتوا داده‌اند؛ حتی صراحتاً آورده‌اند که «التَّعْزِيرُ إِلَى اجْتِهَادِ الْإِمَامِ». اما ضروری است در خصوص مراد روایات و رأی فقیهان درباره اجتهاد در تعزیر تأمل شود تا وجه افتراق آن با اجتهاد مصطلح به معنای تحصیل حجت برای حکم شرعی یا شناخت حکم شرعی روشن گردد. برای حل این مسئله، دو سؤال مطرح می‌شود؛ ۱. آیا اجتهاد در تعزیر به معنای شناخت حکم شرعی یا تحصیل حجت برای آن است؟ ۲. رابطه اجتهاد در تعزیر با عصمت امام معصوم (علیه السلام) چه می‌شود؟ روش تحقیق حاضر، کیفی است و با روش تبیینی این هدف را دارد تا با کشف دلایل اختلاف نظرهای مذکور و تحلیل مضمونی روایات و کلام فقیهان، مسئله پیش‌گفته مهم و کاربردی در خصوص مجازات‌های تعزیری را حل نماید. روش گردآوری اطلاعات نیز کتابخانه‌ای است. بر اساس نتایج، در روایات و کلام فقها، اختلافی در اجتهادی بودن تعزیر نیست، زیرا بعضی به آن، تصریح و برخی به آن اشاره کرده‌اند. در این مقاله، استدلال می‌شود که اجتهاد در تعزیر، به معنای اجتهاد مصطلح (شناخت حکم شرعی یا تحصیل حجت برای آن) نیست، بلکه مراد، تشخیص با لحاظ مصلحت است که فقیهان بر آن اتفاق نظر دارند. مؤید این نتیجه، روایات و کلام فقیهان است که در آن‌ها به اجتهادی بودن تعیین مقدار جزیه، رضخ، قیمت عبد و... به معنای تشخیص با لحاظ مصلحت، تصریح شده است.

کلید واژه‌ها: تعزیر، اجتهاد، اجتهاد در تعزیر، مصلحت.

* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۹/۰۳/۱۱- تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۹/۰۵/۱۲- نوع مقاله: علمی، ترویجی.

** دکتری فقه و مبنای حقوق اسلامی دانشگاه تهران/ mohammad.ashtiani@ut.ac.ir



مقدمه

با مراجعه به کتاب‌های فقیهان متقدم تا معاصر و تتبع در باب تعزیرات، نظریه‌ها و فتاوایی بس مختلف درباره تعیین موجبات و مقدار تعزیر مشاهده می‌شود. در زمینه موجبات تعزیر، برخی از فقیهان گستره موجبات را آنچنان وسعت بخشیده‌اند که همه گناهان غیرحدی، اعم از گناهان صغیر و کبیر را در خود جای می‌دهد، اما طبق نظر فقهای دیگر، این قلمرو شامل گناهان کبیر نیز نمی‌شود، چه برسد به گناهان صغیر. در حوزه تعیین مقدار تعزیر نیز چنین اختلاف نظرهایی فاحش وجود دارد. اما اختلاف نظر فقیهان در خصوص تعزیر به این موارد محدود نمی‌شود، بلکه اختلاف اساسی اینجاست که بعضی از فقیهان طبق روایات باب تعزیر بر این باورند که تعزیر مطلقاً به اجتهاد امام یا حاکم واگذار شده تا به هر نحوی که مصلحت دید درباره آن تصمیم بگیرد، از سوی دیگر، برخی از فقیهان اجتهاد در تعزیر را در حق امام علیه السلام به دلیل وجود عصمت امکان‌پذیر نمی‌دانند. بنابراین، به نظر می‌رسد ضروری است بر اساس واقعیات روایات و کلام فقیهان که از تکلف به دور و به انصاف علمی نزدیک باشد، درباره چنین دیدگاه‌های متعارض و متضادی، بررسی فقهی صورت پذیرد.

باتوجه به مسئله پیش گفته، دو سؤال مطرح می‌شود:

۱. آیا اجتهاد در تعیین مجازات تعزیری به معنای تشخیص حکم شرعی یا شناخت آن است؟

۲. رابطه اجتهاد در تعزیر با عصمت امام معصوم علیه السلام چیست؟

بر اساس تحقیق جامع در کتاب‌های فقیهان متقدم و معاصر می‌شود گفت فقیهان صراحتاً یا به طور ضمنی، به اجتهادی بودن تعزیر رأی داده‌اند، اما مسئله این است که منظور از اجتهادی بودن تعزیر، تعیین تعزیر طبق سلیقه شخصی است یا اینکه یافتن حکمی شرعی در خصوص تعزیر یا تحصیل حجت برای آن است یا اینکه منظور از اجتهادی بودن تعزیر، تشخیص مجازات تعزیری با لحاظ مصلحت مجرم و جامعه است. تبیین صحیح این مسئله، بسیار مهم است، زیرا ضروری است به این سؤال پاسخ داده شود که در صورت اجتهادی بودن تعزیر و خطاپذیر بودن اجتهاد، آن‌گاه آیا اجتهاد در حق امام معصوم علیه السلام امکان‌پذیر است؟

در خصوص اجتهادی بودن تعزیر می‌شود گفت با بررسی روایات و کلام فقیهان در باب تعزیرات، به وضوح دیده می‌شود که مقدار تعزیر، نامعین و به حسب گناه ارتکابی و



قوت بدن مرتکب است و به رأی و اختیار امام واگذار شده است. نظر فقها نیز به همین عبارت برگرفته از روایت باز می‌گردد که تعزیر در اختیار امام است تا طبق تشخیص خود و مصلحت، حکم کند. به عبارت دیگر، فقیهان با عبارات مختلفی بیان کرده‌اند که اصل و مقدار تعزیر و حدوث و بقای آن، به نظر امام واگذار شده است.

حال با توجه به مضمون روایات و آرای فقها و نیز اینکه رعایت مقتضای مصلحت و زمان و مکان در تشخیص حکم تعزیری، اساس تعزیر را تشکیل می‌دهد، حاکم باید تشخیص دهد که آیا فعل یا ترک فعل صورت گرفته، موجب تعزیر است یا خیر. علاوه بر این، حاکم برای صدور و اجرای حکم تعزیری باید در خصوص نوع و مقدار تعزیر متناسب با شخصیت و جایگاه اجتماعی مستحق تعزیر و نیز تأثیر تعزیر برای منع مرتکب و بازدارندگی دیگران به تشخیص برسد. علاوه بر اینکه باید اجرای تعزیر را بر ترک آن ترجیح دهد و مفسده اجرای تعزیر را بیش از ترک آن نداند. برای تشخیص این مسائل و موارد متغیر دیگری که با تعزیر مرتبط است، چه می‌شود گفت جز اینکه تعزیر اجتهادی است.

در خصوص «اجتهاد در تعزیر»، صرفاً یک مقاله با عنوان «اجتهاد تعزیر؛ مبنای اعمال مجازات‌های محدودکننده آزادی در فقه جزایی» به قلم آقایان محمد هادی صادقی و جواد ریاحی، نگارش یافته است، اما مقاله مذکور در پی آن است تا اثبات کند اجتهاد تعزیر مبنایی است برای اینکه مجازات‌های محدودکننده آزادی مجرم، مانند دوره مراقبت، خدمات عمومی رایگان (کار عام‌المنفعه)، اقامت اجباری در منزل (حبس خانگی) و ممنوعیت اقامت در مناطق معین و نیز نظارت الکترونیکی اعمال شوند. با این توصیف که در سیاست کیفری کشور ما، هنوز لوازم و شرایط اعمال این مجازات‌ها کاملاً مهیا نشده است. مؤلفان مقاله کوشیده‌اند تا چرایی تأکید سیاست قانونگذار اسلامی بر توسل به واکنش‌های جزایی محدودکننده آزادی را بررسی کنند و از اجتهادی بودن تعزیر در این راستا استفاده و دلایلی برای آن ذکر کرده‌اند.

اما نوآوری مقاله حاضر در مقایسه با مقاله مذکور، چنین است که اولاً با تتبع در جمیع کتب فقهی، علاوه بر استناد به روایات باب تعزیر در خصوص اجتهادی بودن تعزیر، آرای ضمنی و تصریحی فقیهان در این باره نیز به تفکیک بررسی شده است. همچنین اشکالات وارد شده به اجتهادی بودن تعزیر، از جمله اشکال شهید اول و ثانی، ابتدا به درستی مطرح و سپس به آن‌ها پاسخ متقن داده شده است. علاوه بر همه این‌ها، در مقاله پیش‌رو،



با بررسی دقیق روایات و آرای فقیهان اثبات می‌شود که اضافه بر تعزیر، مواردی مانند تعیین مقدار رضح، جزیه و... نیز اجتهادی هستند.

نکته دیگر اینکه در این مقاله ارتباط بین اجتهاد در تعزیر با عصمت امام معصوم علیه السلام نیز بررسی و با تبیین صحیح منظور از اجتهاد در اجتهادی بودن تعزیر و استناد به کلام فقیهان و استدلال آن‌ها در این خصوص، شبهه مرتبط با آن نیز برطرف می‌شود.

۱. تعریف تعزیر

برخی از علمای لغت، به این دلیل که تعزیر، گناهکار را از تکرار گناه منع می‌کند، به درستی منع را معنای اصلی تعزیر می‌دانند و معانی دیگر مانند نصر و تعظیم را به آن برمی‌گردانند. (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۴: ۵۶۱)

در قرآن از ریشه «عزّر»، سه کلمه «عزّرتموهم» (مانده: ۱۲)، «عزّروه» (اعراف: ۱۵۷) و «تعزّروه» (فتح: ۹) هر کدام یکبار آمده است. بیشتر علمای لغت و نیز فقیهان به حسب برداشت خود از آیات و خصوصاً کلمه «عزّروه» در قرآن، گفته‌اند معنای تعزیر در لغت و نیز در قرآن، منع است و «عزّروه»، یعنی کید کفار و منافقان را از او منع کردند؛ بدون شک اقامه حد و تعزیر، موجب منع مردم از ارتکاب موجبات آن‌ها می‌شود. (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۷: ۲۲۳)

روایات مرتبط با تعزیر به چهار دسته تقسیم می‌شوند؛ ۱. روایاتی که تعزیر در آن‌ها به معنای عقوبات شرعی غیرمعین آمده است؛ ۲. روایاتی که در آن‌ها از تعزیر به حد تعبیر شده است؛ ۳. روایاتی که در آن‌ها از تعزیر به تأدیب تعبیر شده است؛ ۴. روایاتی که در آن‌ها بعضی از مصادیق تعزیر، مانند ضرب، نفی، حبس، اهانت، گرفتن مال و غیر این‌ها، آمده است. (اردبیلی، ۱۴۲۷، ج ۱: ۱۴)

با بررسی اقوال مختلف درباره معنای لغوی تعزیر، به نظر می‌رسد معنای اصلی تعزیر در لغت و قرآن، «منع» است و معنای دیگر، مانند تعظیم و نصر و تأدیب به آن بازمی‌گردد. تعزیر در کلام فقیهان گاهی با عقوبت، گاهی با تأدیب و گاهی با حد تعریف شده که تعریف با عقوبت دقیق‌تر از تعریف آن با تأدیب و حد است، زیرا تأدیب اثر و نتیجه عقوبت است به خلاف عقوبت که نتیجه و اثر تأدیب نیست.

در ماده ۱۸ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ نیز آمده است:

تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب محرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌گردد. نوع، مقدار، کیفیت اجرا و مقررات مربوط به تخفیف، تعلیق، سقوط و سایر احکام تعزیر به موجب قانون تعیین می‌شود. دادگاه در صدور حکم تعزیری، با رعایت مقررات قانونی، موارد زیر را مورد توجه قرار می‌دهد:

(الف) انگیزه مرتکب و وضعیت ذهنی و روانی وی حین ارتکاب جرم؛

(ب) شیوه ارتکاب جرم، گستره نقض وظیفه و نتایج زیانبار آن؛

(پ) اقدامات مرتکب پس از ارتکاب جرم؛

(ت) سوابق و وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی مرتکب و تأثیر تعزیر بر وی.

در بررسی تعریف تعزیر در ق.م.ا. می‌شود گفت با توجه به اختلاف نظرهای بسیاری که درباره تعریف تعزیر در کتاب‌های فقهی وجود دارد، این تعریف، به دلیل توضیح بیشتر، دقیق‌تر از تعریف تعزیر در کتاب‌های فقهی است و اگر با اطلاق تعزیر بر تعزیرات منصوص شرعی و نیز بدون توضیح گذاشتن محرمات شرعی، ابهام‌زایی نمی‌شد امکان تعریفی بهتر از این وجود نداشت، زیرا موجبات تعزیر، منشأ ابهام اساسی در تعزیر است، زیرا اگر چنین برداشت شود که محرمات شرعی و نقض آن دسته از مقررات حکومتی که در قانون ذکر شده باشد، تعزیر دارد، ابهام محرمات شرعی برطرف می‌شود، ولی اگر محرمات شرعی، به طور موسّع تفسیر و شامل موارد ذکر نشده در قانون نیز بشود، آن‌گاه ابهام کماکان باقی است. در توضیح این ابهام، می‌شود گفت وجوب تعزیر برای هر حرامی، معلوم نیست، آن‌گاه چطور این تعریف، مطلق محرمات شرعی را موجب تعزیر دانسته است؟

دو فقیه اردبیلی در این باره می‌گویند: «ثبوت تعزیر برای گناهان شرعی که تعزیر شرعی ندارند، مشکل است خواه کبیر باشند یا صغیر». (اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱: ۳۵) در نتیجه وجوب تعزیر برای ارتکاب هر حرامی یا ترک هر واجبی، مشکل است، زیرا نصی خاص برای تأدیب و تعزیر آن‌ها وجود ندارد و نیز با ارتکاب هر حرامی یا ترک هر واجبی، لزوماً در نظام مادی و معنوی که اسلام به آن‌ها اهمیت داده، اخلاقی ایجاد نمی‌شود. (اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۲: ۵۰۴) محقق اردبیلی نیز به لزوم تعزیر برای هر گناه کبیری اشکال کرده و آن را ثابت نمی‌داند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳: ۱۳۳) و در جای دیگری می‌گوید وجوب تعزیر در هر حرام معلوم نیست. (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۱۳: ۲۳)





ابهام دیگر تعریف تعزیر در قانون مجازات اسلامی چنین است که اطلاق تعزیر در این تعریف، شامل تعزیرات منصوص نیز می‌شود در حالی که تعریفی از آن در قانون نیامده و فقط در تبصره ماده ۱۱۵ و نیز در ماده ۱۳۵ ق.م.ا به ترتیب با عنوان، تعزیر منصوص شرعی و تعزیر معین شرعی، آمده است که طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی برای تعیین آن باید به منابع معتبر فقهی مراجعه شود. با توجه به اختلاف نظر در منابع معتبر فقهی درباره تعداد، مقدار مجازات و نیز تعزیر یا حد بودن تعزیرات منصوص، تعریف دچار ابهامی جدی است، زیرا آثاری کاملاً متمایز از نظر ترتب احکام حد و تعزیر، مانند عدم یمین و کفالت و شفاعت در حد و نیز عدم تغییر و تخفیف مجازات حدی و مانند این‌ها را در پی خواهد داشت.

در نهایت، به نظر می‌رسد بشود نکات مطلوب اغلب فقیهان را در این تعریف جمع کرد: «تعزیر، عقوبتی است که مطلقاً از نظر موجبات، نوع، مقدار، اجرا یا ترک اجرا، تخفیف، تبدیل، تعلیق و کیفیت اجرا به حاکم واگذار شده است».

اگر اشکال شود چرا تعزیر، عقوبت دانسته شده، در حالی که وعظ و توبیخ و مانند این‌ها نیز در مواردی، تعزیر محسوب می‌شود، گفته می‌شود: طبق فرمایش امیرالمؤمنین (علیه السلام): «اعلام عمل موجب تعزیر به مرتکب آن، عقوبت محسوب می‌شود» (تمیمی، ۱۴۱۰ق: ۳۸۳) چه رسد به وعظ و توبیخ وی. مقصود از امام نیز متصدی حکومت حق عادل در هر زمانی است نه فقط امام معصوم (علیه السلام)، زیرا به هر رهبر مسلمان در هر عصری، لفظ امام اطلاق می‌شود. (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۲: ۳۹۶-۳۹۵)

۲. مفهوم‌شناسی اجتهاد

اجتهاد در لغت یعنی کوشش کردن (حمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۲: ۱۲۰۶) و تلاش زیاد برای رسیدن به چیزی. (جزری، بی تا، ج ۱: ۳۱۹؛ واسطی، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ۴۰۹) اجتهاد اصطلاحی نیز «یعنی فقیه تمام تلاش خود را بکند برای شناخت حکم شرعی از میان نصوص یا ادله غیرقطعی یا برای شناخت متعلق حکم شرعی، مانند جهت قبله». (سیدمرتضی، ۱۴۰۵ق، ج ۲: ۲۶۲) در تعریفی جامع‌تر آمده است: «اجتهاد، یعنی به کارگیری تمام توان برای تحصیل حجت بر حکم شرعی». (خراسانی، ۱۴۳۰ق، ج ۳: ۳۵۴)

اما منظور از اجتهاد در تعزیر در این مقاله، مترادف معنای اصطلاحی آن نیست، بلکه عبارت است از تشخیص رأی صحیح و مطابق مصلحت برای تعیین تعزیر، نه اینکه فقیه تلاش کند تا حکم شرعی را بشناسد یا حجتی بر حکم شرعی تحصیل کند.

۳. اجتهادی بودن تعزیر در روایات

با توجه به اینکه در روایات باب تعزیر به این اصل تصریح شده است که تعزیر به رأی امام یا حاکم است، می‌شود گفت که اجتهادی بودن تعزیر، مبنای روایی دارد. برای نمونه در سه روایت زیر به اجتهادی بودن تعزیر تصریح شده است.

۳.۱. روایت اول

اولین روایت، روایت معروف حماد بن عثمان است که از امام صادق علیه السلام درباره مقدار تعزیر پرسید و امام علیه السلام پاسخ دادند: کمتر از حد. پرسید کمتر از هشتاد؟ فرمودند: خیر، کمتر از چهل که حد عبد است. پرسید مقدار آن چند است؟ فرمودند: مقدار آن به رأی حاکم است، به حسب گناه شخص و میزان قدرت بدنی او. (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ۲۴۱؛ طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۰: ۹۲؛ فیض، ۱۴۰۶ق، ج ۱۵: ۵۱۳؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸: ۲۲۹ و ۳۷۵)

۳.۲. روایت دوم

در روایت دوم که معتبر (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱: ۴۱۹) و نیز موثق (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۷: ۲۲۰؛ گلپایگانی، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۲۳۲؛ تبریزی، بی تا: ۶۱۹) دانسته شده، آمده است: از امام صادق علیه السلام درباره تعزیر شاهدان زور پرسیده شد، فرمودند: تازیانه می‌خورند، ولی عدد معینی ندارد، تعداد آن در اختیار امام است و گردانده می‌شوند تا شناخته شوند و دیگر شهادت باطل ندهند. پرسیدم اگر توبه کنند و کار صالح کنند، آن وقت شهادتشان پذیرفته می‌شود؟ فرمود: اگر توبه کنند خدا می‌پذیرد و آن وقت شهادتشان پذیرفته می‌شود. (کبیری، ۱۴۱۶ق، ج ۷: ۲۴۳؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۵۹؛ فیض، ۱۴۰۶ق، ج ۱۵: ۵۰۵؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۷: ۳۳۳)

در خصوص این روایت، محقق اردبیلی می‌گوید اینکه مقدار تعزیر به رأی امام است، به دلیل اصل و اشاره بعضی روایات، مانند روایت سماعه است. (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳: ۱۷۶)





۳.۳. روایت سوم

در روایت سوم از امام صادق علیه السلام درباره رأی امام برای کیفیت زدن قاذف سؤال شده که امام علیه السلام فرمودند: کیفیت زدن آن متوسط، یعنی بین شدید و ضعیف است. (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۷: ۲۱۳؛ طوسی، ۱۴۰۷ق (الف)، ج ۱۰: ۷۰)

درباره این روایت نیز بعضی از فقها نظر داده‌اند که کیفیت زدن قاذف، به طور متوسط است، نه خیلی شدید و نه خیلی ضعیف، زیرا اولاً اقتضای امر به جلد و ضرب بدون تقييد به شدت و ضعف، بر متوسط و عرف بین مردم، حمل می‌شود، ثانیاً نص روایاتی از جمله روایت سماعه، بر آن دلالت می‌کند. (مفید، ۱۴۱۲ق، ج ۲: ۲۲۹ و ۲۳۱)

۴. اشارات و تصریحات فقها به اجتهادی بودن تعزیر

۴.۱. اشاره ضمنی به اجتهادی بودن تعزیر

علاوه بر تصریح روایات بر اجتهادی بودن تعزیر، اغلب فقیهان نیز به طور ضمنی به اجتهادی بودن تعزیر اشاره کرده‌اند؛ بدین معنی که از لفظ «اجتهاد» استفاده نکرده‌اند، اما از مضمون کلامشان، اجتهادی بودن تعزیر مستفاد می‌شود.

شیخ طوسی در این باره می‌گوید:

اما اختلاف مقادیرهای تعزیر به حسب آن چیزی است که امام می‌بیند. (طوسی،

۱۳۹۰، ج ۴: ۲۱۵)

هر گاه انسانی مرتکب موجب تعزیر شد... تأدیب او در اختیار امام است، اگر دید که باید او را برای آن کار توبیخ یا حبس کند، همان کار را می‌کند و اگر مصلحت دید که تعزیرش کند، او را تازیانه می‌زند. (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۸: ۶۶)

تعزیر به حسب آن چیزی است که امام می‌بیند (بنابر مصلحتی است که امام تشخیص می‌دهد). (طوسی، ۱۴۰۰ق: ۷۰۵)

فقهای دیگر نیز درباره بیان مقدار تعزیر، عباراتی نظیر یا شبیه عبارات شیخ طوسی دارند. (ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ۴۳۵؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ق: ۴۶۶ و ۵۳۶؛ کیدری، ۱۴۰۷ق: ۵۲۵؛ حلی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۱۵۵؛ حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵: ۳۹۸؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۱۷۹؛ حلی، ۱۴۲۴ق، ج ۲: ۵۰۲؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ۲۳۳؛ حلی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ۷۴-۷۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴: ۴۵۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰، ج ۹: ۱۹۳-۱۹۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳: ۱۷۸-۱۷۶؛ فیض، بی‌تا، ج ۲: ۱۰۶؛ فاضل اصفهانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۰: ۴۷۹ و ۴۸۸؛ حائری،

۱۴۱۸ق، ج ۱۶: ۶۳-۶۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۱۴: ۴۴۸؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۱: ۴۰۷-۴۰۹؛ شهید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۲۸: ۱۰ و ۳۵ و ۲۲۹؛ امام خمینی، بی تا، ج ۲: ۴۵۹ و ۴۷۷) نهایتاً اردبیلی بیان می‌دارد که اصل و مقدار و حدوث و بقای تعزیر به نظر امام واگذار شده است. (اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱: ۳۲۱-۳۲۲)

اقوال این دسته از فقها دلالت دارد که تعزیر در اختیار امام یا حاکم است تا حسب اقتضای مصلحت، حکم کند. تنها برداشتی که می‌شود از کلام فقها درباره تعزیر کرد، این است که تعزیر اجتهادی است، هرچند به آن تصریح نکرده‌اند.

۲.۴. تصریح به اجتهادی بودن تعزیر

برخی از فقیهان صراحتاً واژه «اجتهاد» را برای در اختیار حاکم بودن تعزیر، به کار برده‌اند. پیش‌تر گذشت که شیخ طوسی به طور ضمنی، تعزیر را اجتهادی می‌داند، اما در موضعی تصریح می‌کند که قاضی یا حاکم به اجتهاد خودش درباره تعزیر نظر می‌دهد و در موضعی دیگر، صراحت دارد که تعزیر به اجتهاد امام است. فخر المحققین و صیمری نیز به صراحت گفته‌اند تعزیر اجتهادی است.

شیخ طوسی حکم تعزیر کسی را که همیشه با دیگران دعوا می‌کند و مرتب افراد را بی دلیل نزد قاضی می‌آورد، به طور مبسوط در «المبسوط» بیان کرده است:

اگر برای قاضی روشن شد که یکی از دو طرف دعوا چنین ویژگی‌ای دارد، مثلاً طرف دعوایش را نزد حاکم می‌برد و با ادعا علیه او، از قاضی می‌خواهد او را قسم دهد ولی تا منکر شروع می‌کند قسم بخورد، قسم را قطع می‌کند و می‌گوید باید بی‌بینه بیاورد. اگر این کار را برای بار اول کرد، قاضی او را نهی و از این کار منع می‌کند و به او یاد می‌دهد که اگر بی‌بینه نداشته باشی این کار جایز نیست. اگر دوباره چنین کاری کرد، با شدت و غلظت بیشتری او را از این کار منع و نهی می‌کند و بر او داد می‌زند، ولی در صدور حکم تعزیری عجله نمی‌کند، زیرا ممکن است مدعی، به این حکم جاهل باشد. اگر بار سوم این کار را تکرار کرد، یقیناً کاری کرده که مستحق تأدیب و تعزیر است. حاکم در آن شخص به اجتهاد خودش نظر می‌کند، اگر قوی بود و فقط تعزیر موجب منع او می‌شد، او را تعزیر می‌کند. و اگر ضعیف بود و طاقت تازیانه نداشت، با حبس او را تأدیب می‌کند نه با زدن و اگر مصلحت را در ترک تعزیر دید، او را تعزیر نمی‌کند. حاکم در جایی دیگر نیز می‌تواند به همین صورت عمل کند، اگر شخصی با گفتار درشت و شدید به حاکم بگوید: تو به ناحق بر من حکم کردی. قاضی او را نهی می‌کند، اگر تکرار کرد، با او درستی





می‌کند. اگر بار سوم هم تکرار کرد، یقیناً موجب تعزیر با زدن یا حبس شده است یا قاضی او را عفو می‌کند. همه سخن در تعزیر این است که به اختیار حاکم است و به حسب اقتضای مصلحت عمل می‌کند. (طوسی، ۱۳۸۷، ج: ۸، ۹۷)

کلام بلیغ و جامع شیخ طوسی درباره تعزیر، تصریحاتی دارد:

۱. تصریح به وجوب لحاظ مراتب تعزیر از نظر شدت و ضعف نوع تعزیر و مقدار آن؛
۲. تصریح به عدم انحصار تعزیر در ضرب بلکه به هر چیزی البته شرعی و انسانی که موجب منع مرتکب بشود؛
۳. تصریح به اجتهادی بودن تعزیر؛
۴. تصریح به عدم تعجیل در صدور حکم؛
۵. تصریح به توجه به شخصیت و قدرت بدنی مجرم؛
۶. تصریح به لحاظ اقتضای مصلحت در صدور و اجرای حکم تعزیری؛
۷. تصریح به کیفرزدایی در صورت وجود مصلحت.

شیخ طوسی در کلام زیرین نیز تصریح می‌کند که تعزیر به اجتهاد امام و به حسب رأی اوست:

اگر قطعاً ثابت شد که شهادت، دروغ است، مجازات آن تعزیر البته کمتر از حد و تشهیر است. از معصوم روایت شده که تعزیر به مقدار حد نمی‌رسد و تعزیر به اجتهاد امام است که او را به حسب قوت و ضعفش می‌بیند. اگر جزو کسانی باشد که اصلاً تحمل ضرب ندارند، او را حبس یا توبیخ و سرزنش می‌کند. و خوب است او را با گرداندن بین مردم به آنان بشناساند و در محلی که معروف است شناسانده بشود و نام او را در بازار یا محله یا مسجد یا قبیله‌ای که در آنجا معروف است بگویند تا شناخته شود. (طوسی، ۱۳۸۷، ج: ۸، ۱۶۴)

فقه‌های دیگر نیز به اجتهادی بودن تعزیر تصریح کرده‌اند؛ فخر المحققین در شرح قول پدرش (و کسی که در اثر حد یا تعزیر بمیرد، دیه‌ای بر عهده حاکم نیست و گفته شده که دیه بر عهده بیت المال است)^۱ درباره ضمان یا عدم ضمان کسی که در اثر مجازات بمیرد، می‌گوید:

۱. «وَمَنْ مَاتَ بِالْحَدِّ أَوْ التَّعْزِيرِ فَلَا دِيَّةَ لَهُ وَ قِيلَ: عَلَى بَيْتِ الْمَالِ». (حلی، ۱۴۱۴ق (ب)، ج: ۳، ۵۵۲)

أقول: الخلاف في التعزير (لأنَّ الحدَّ مقدَّر... و أمَّا التَّعْزِيرُ فَاجْتِهَادِيٌّ و الخلاف فيما إذا مات به ... و الأقوى عندي أنه لا دية له أصلاً). (حلی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۵۱۶)

اختلاف در تعزیر است، زیرا حد در شرع، مقدر است، اما تعزیر اجتهادی است. اختلاف در آنجاست که مرتکب با تعزیر، بمیرد؛... قول قوی تر نزد من این است که اصلاً (در حد یا تعزیر) دیه ندارد.

صیمری نیز در مسئله ضمان یا عدم ضمان شخصی که در اثر مجازات حدی یا تعزیری بمیرد، به اجتهادی بودن تعزیر تصریح کرده است. ایشان در شرح این کلام از محقق حلی: «من قتله الحدَّ أو التَّعْزِيرَ فَلَا دِيَةَ لَهُ» (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۴: ۱۵۸) گفته است: «الخلاف إنما هو في التعزير... أمَّا التَّعْزِيرُ فَاجْتِهَادِيٌّ؛ اختلاف فقط در تعزیر است. در سقوط دیه در حد، هیچ اختلافی نیست، زیرا مقدر شرعی است، اما تعزیر اجتهادی است و اگر در اثر تعزیر بمیرد، گفته شده دیه ندارد... قول اول (عدم دیه در حد و تعزیر) مورد اعتماد است». (صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۴: ۳۴۱-۳۴۰)

۵. نقد و بررسی اشکالات اجتهادی بودن تعزیر

۵.۱. اشکال شهید اول و شهید ثانی

به اجتهادی بودن تعزیر، اشکال شده که نمی شود گفت تعزیر اجتهادی است، زیرا گاهی امام علیه السلام حکم به تعزیر می کند و اجتهاد در حق امام علیه السلام امکان ندارد. شرح اشکال به صورت زیر است:

همان طور که پیش تر ذکر شد، فخرالمحققین حلی در کتاب «ایضاح الفوائد» که شرح کتاب «قواعد» پدرش (علامه حلی) می باشد، درباره اختلاف فقها در ضمان یا عدم ضمان شخصی که در اثر مجازات حدی یا تعزیری بمیرد، گفته است اختلاف فقها، در تعزیر است، زیرا حد، مقدر است، اما تعزیر اجتهادی است. اختلاف آنجاست که مرتکب با تعزیر بمیرد؛ در نهایت نیز گفته که قول قوی تر نزد من، این است که در هیچ صورتی (در حد یا تعزیر) دیه ندارد. (حلی، ۱۳۸۷، ج ۴: ۵۱۶)

شهید اول به این کلام فخرالمحققین که اختلاف فقها فقط در تعزیر است، زیرا حد، مقدر و تعزیر، اجتهادی است، اشکال کرده که این قول از نظر ادعا و استدلال صحیح





نیست، زیرا اولاً در مجازات حدی نیز اختلاف هست. ثانیاً گاهی تعزیر از سوی امام تعیین می‌شود درحالی‌که اجتهاد در حق امام، ممکن نیست. (شہید اول، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ۳۰۲)^۱ به عبارت دیگر، شہید اول قصد رساندن این مفهوم را دارد که اگر اجتهاد در حق امام علیه السلام امکان‌پذیر باشد، به این دلیل که اجتهاد، ظنی است، ممکن است تعزیر به بیشتر از مقدار واقعی، تعیین شود، درحالی‌که چنین کاری در حق معصوم علیه السلام ممتنع است. پیش از پاسخ به این اشکال، اشکال شہید ثانی نیز که برگرفته از همین اشکال است، مطرح می‌شود.

شہید ثانی به کلام شیخ طوسی در کتاب «مبسوط» و نیز تصریح فخرالمحققین در «ایضاح الفوائد» به اجتهادی‌بودن تعزیر به صورت زیر اشکال گرفته است:

ظاهر کلام در «المبسوط» این است که اختلاف (ضمان یا عدم ضمان دیه مقتول) در تعزیر است و فخرالمحققین نیز به اختلاف در تعزیر، تصریح کرده است به این دلیل که حد، مقدّر و تعزیر، اجتهادی است. این کلام (اجتهادی‌بودن تعزیر) اشکال دارد، زیرا گاهی تعزیر از ناحیه امام معصوم است درحالی‌که امام اجتهاد نمی‌کند، زیرا در آن امکان خطا وجود دارد. حق این است که اختلاف نظر فقها در حد و نیز در تعزیر وجود دارد و عدم ضمان در حد و تعزیر به دلیل ضعف دلیل ضمان (روایت) پذیرفتنی‌تر است. (شہید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۹: ۲۲۰)

برای اینکه روشن شود شہید ثانی مخالف اجتهادی‌بودن تعزیر است، متن اصلی بررسی می‌شود؛ شہید ثانی می‌گوید:

و يظهر من المبسوط أنّ الخلاف في التعزير و صرح به غيره. بناءً على أنّ الحدّ مقدّر و التعزير اجتهاديّ. و فيه نظر، لأنّ التعزير ربما كان من إمامٍ معصومٍ لا يفعل بالإجتهد الذي يجوز فيه الخطأ. و الحق أنّ الخلاف فيهما معاً، و أنّ عدم الضمان مطلقاً أوجه، لضعف مستمسك الضمان. (شہید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۹: ۲۲۰)

در این متن، اولاً منظور شہید ثانی از آوردن عبارت «و يظهر من المبسوط» این است که بگوید ظاهر کلام شیخ طوسی در «المبسوط» این است که اختلاف در تعزیر است.

۱. و قيل: الخلاف مختصّ بالتعزير، لأنّ الحدّ مقدّر و التعزير اجتهاديّ (تا اینجا قول فخرالمحققین است). و ليس بجديد، إذعاً و استدلالاً: أمّا الأول، فلما ذكرنا من حصول الخلاف في الحدّ، و أمّا الثاني، فلأنّ التعزير ربما كان من الإمام و لا يمكن الإجتهد في حقّه، و مفهوم هذا الكلام أنّه ربما حصلت فيه زيادة، و هي ممتنعة في حقّ المعصوم.



ثانیاً با آوردن عبارت «صرح به غیره» گفته است که دیگری (یعنی فخرالمحققین) نیز به اختلاف در تعزیر، تصریح کرده است.

ثالثاً با عبارت «بناءً علی...» گفته است که تصریح فخرالمحققین به اختلاف در تعزیر، بنا بر این است که حد، مقدر و تعزیر اجتهادی است.

رابعاً شهید ثانی با آوردن عبارت «و فیه نظر»، صراحتاً به این بنای فخرالمحققین، یعنی اجتهادی بودن تعزیر اشکال کرده است.

خامساً با عبارت «لأنّ التّعزیر ربما كان من إمامٍ معصومٍ لا یفعلُ بالإجتهد الذی یجوز فیه الخطأ»، دلیل اشکال خود به اجتهادی بودن تعزیر را ذکر کرده است.

بنابراین تا اینجا مشخص شد که شهید اول و شهید ثانی، اجتهادی بودن تعزیر را به این دلیل که اجتهاد خطاپذیر است و در حق امام معصوم علیه السلام امکان ندارد، قبول ندارند.

۵. ۲. پاسخ به اشکال شهید اول و شهید ثانی

به منظور نقد و بررسی اشکال اجتهادی بودن تعزیر، ابتدا پاسخ محقق اردبیلی مطرح می‌شود که اشکال را به دو دلیل ذیل وارد نمی‌داند:

۱. گاهی منظور علما از اجتهاد، «لحاظ مصلحت» است؛

۲. مفهومی که شهید اول از اجتهادی بودن تعزیر برداشت کرده، ظاهر نیست، زیرا احتمال دارد تعزیر معین نیز منجر به هلاک تعزیر شونده شود؛ در این نکته باید تأمل کرد. (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳: ۳۶۵)

به عبارت دیگر، شهید اول گفته است اگر اجتهادی بودن تعزیر را بپذیریم، ممکن است با اجتهاد در تعزیر، اشتباهاً بیش از مقدار متناسب با جرم صورت گرفته، تعزیر معن شود، در حالی که امکان بروز چنین اشتباهی در حق معصوم علیه السلام ممتنع است.

در هر صورت، محقق اردبیلی با ذکر این نکته دقیق که گاهی منظور از اجتهاد، «لحاظ مصلحت» است نه اجتهاد مصطلح، پاسخ اصلی اشکال به اجتهادی بودن تعزیر را داده است. همچنین با توجه به کلام محقق اردبیلی در اینجا و نیز مواضعی دیگر که می‌گوید: «تعزیر به رأی حاکم، وابسته و طبق عرف است و به طور کلی بسیاری از امور به حسب قوانین، به فتوا بازمی‌گردد» (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۳: ۳۳)، این چنین ظاهر می‌شود که ایشان نیز به اجتهادی بودن تعزیر معتقد است.

اشکال شهید اول و شهید ثانی به اجتهای بودن تعزیر را ابتدا بیان کرده و سپس پاسخ

می‌دهیم.



بیان ساده اشکال بدین صورت است که اگر بگوییم تعزیر اجتهادی است، با توجه به اینکه اجتهاد، احتمال خطا دارد، با عصمت امام، سازگار نیست، بنابراین، اولاً اجتهاد در حق امام امکان ندارد، ثانیاً تعزیر اجتهادی نیست. اما برای پاسخ دقیق به اشکال مطرح شده، ضروری است به معنای اصطلاحی اجتهاد بیشتر پرداخته شود. شیخ طوسی درباره امکان اجتهاد پیامبر ﷺ و دیگران می‌گوید:

بدان این مسئله از نظر اصول ما ساقط است، زیرا تبیین کردیم که به کارگیری قیاس و اجتهاد در شرع جایز نیست، بنابراین به کارگیری قیاس و اجتهاد برای پیامبر ﷺ و هیچ کس دیگری، در هیچ زمانی جایز نیست. (طوسی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۷۳۳)

حال باید پرسید چرا شیخ طوسی، اجتهاد و قیاس را به طور کلی برای پیامبر ﷺ و امام معصوم ﷺ و دیگران باطل می‌داند، ولی در جایی دیگر تصریح می‌کند که تعزیر اجتهادی است و به اجتهاد امام و قاضی است.^۱

بنابراین معلوم می‌شود که اجتهاد معانی مختلفی دارد:^۲

۱. اجتهاد به رأی و سلیقه شخصی؛
۲. اجتهاد به معنی مصطلح فقهی، یعنی تلاش برای شناخت حکم شرعی یا تحصیل حجت برای حکم شرعی؛
۳. اجتهاد به معنی تشخیص با لحاظ مصلحت.

با طرح این مقدمات، این نتیجه حاصل می‌شود که اجتهادی که شیخ طوسی و نیز همه فقهای شیعه آن را همانند قیاس شدیداً نکوهش می‌کنند و جزو دلایل حکم شرعی نمی‌دانند، اجتهاد به معنای اول، یعنی طبق سلیقه شخصی برای تحصیل حکم شرعی است. اجتهادی که شهید اول و ثانی و نیز همه فقهای شیعه، آن را در حق امام معصوم ﷺ، ناممکن می‌دانند، اجتهاد به معنی مصطلح فقهی است و اجتهادی که در

۱. «فی نظر الحاکم فیه باجتهاده... و جملهته أنه إلیه ففعله بحسب ما یقتضیه المصلحه». (طوسی، ۱۳۸۷:

۹۷)؛ «و هو إلی اجتهاد الإمام یعزّره بحسب ما یراه». (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۶۴)

۲. برای مطالعه بیشتر ر.ک: علی اصغر رضوانی (۱۳۸۱)، «اجتهاد الرسول»، مجله طلوع، ش ۳ و ۴؛ عابدین مؤمنی (۱۳۸۵)، «تأملی در مسئله اجتهاد پیامبر ﷺ»، مجله بصیرت و تربیت اسلامی، ش ۶؛ سعید ضیائی فر (۱۳۸۷)، «اجتهاد پیامبر ﷺ»، مجله کاوشی نو در فقه، ش ۵۵؛ عبدالمؤمن امینی (۱۳۸۹)، «بررسی اجتهاد پیامبر ﷺ» در منابع فریقین، مجله کوثر معارف، ش ۱۴.

تعزیر درباره آن بحث و بررسی شد، به معنای سوم، یعنی تشخیص با لحاظ مصلحت است.

بنابراین، منظور از اجتهاد در تعزیر، اجتهاد به معنای مصطلح فقهی و نیز اجتهاد به معنی سلیقه شخصی برای تعیین حکم شرعی نیست، بلکه امام علیه السلام یا قاضی با لحاظ مصلحت، مقدار تعزیر را تشخیص می‌دهد و نمی‌شود گفت که مطلقاً اجتهاد در تعزیر در حق امام معصوم علیه السلام راه ندارد. به عبارت دیگر، وقتی شخصی مستحق تعزیر شد، حکم شرعی آن، یعنی تعزیر، مشخص است و نیازی به اجتهاد مصطلح یا اجتهاد طبق سلیقه شخصی برای تحصیل حکم ندارد، اما برای صدور و اجرای حکم تعزیر، باید با لحاظ مصلحت، تشخیص داده شود که چه نوع تعزیری و با چه مقدار و چه کیفیتی اجرا شود؟ مقتضای مراتب تعزیر، زمان و مکان، مصلحت و شخصیت گناهکار چیست؟ آیا مفسده اجرای تعزیر از مفسده ترک تعزیر بیشتر نیست؟ آیا مصلحت ترک تعزیر از مصلحت اجرای تعزیر بیشتر نیست؟ پاسخ همه این سؤالات این است که تعزیر اجتهادی است و در اختیار حاکم است که برای اجرا یا ترک تعزیر، با لحاظ مصلحت، بهترین تشخیص را بدهد.

شایان ذکر است، قاضی برای تشخیص صحیح تعزیر، علاوه بر دانش کافی فقهی به لوازمی نیاز دارد، مانند هوش زیاد، خلاقیت، شناخت مقتضیات زمان و مکان و مصلحت، دانش‌افزایی مداوم، کسب مهارت و تجربه، مهارت در شناخت انواع شخصیت‌ها، تبخّر در به کارگیری تدابیر فقه جزایی اسلام و مواردی مانند این‌ها؛ اما امکان‌پذیری اجتهاد به معنای تشخیص با لحاظ مصلحت، فقط مختص تعزیر نیست، بلکه شواهد دیگری در فقه و روایات و فتاوی فقیهان و حتی شهید اول و ثانی که از مستشکلان اجتهادی بودن تعزیر هستند، وجود دارد که تعیین مقدار آن‌ها به اجتهاد امام علیه السلام واگذار شده است.

۶. واگذاری تعیین مقدار جزیه و رضخ به اجتهاد امام

به غیر از تعزیر، موارد دیگری، مانند تعیین مقدار جزیه، رضخ و قیمت عبد و مانند این‌ها نیز به اجتهاد امام واگذار شده است که منظور از اجتهاد در این مواضع نیز، معنای مصطلح نیست بلکه «تشخیص با لحاظ مصلحت» مراد است. برای تأیید اثبات این نظریه، ابتدا درباره تعیین مقدار جزیه و سپس تعیین مقدار رضخ بنا بر اجتهاد امام بحث می‌شود.





۶. ۱. تعیین مقدار جزیه

جزیه نیز مانند تعزیر، غیرمقدر و تعیین مقدار آن در اختیار امام است. در روایتی درباره تعیین مقدار جزیه آمده است که از امام صادق ع سؤال شد مقدار جزیه چقدر است و آیا مقداری معین و تغییرناپذیر دارد؟ فرمودند: مقدار آن در اختیار امام است تا از هر شخصی به مقدار مال و توان پرداختش، بگیرد. (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۳: ۵۶۶)

در کلام فقها نیز به تبع روایات، تعیین مقدار جزیه به امام واگذار شده تا حسب آنچه مصلحت می‌بیند، آن را تعیین کند. در این باره به نظر چند فقیه اشاره می‌شود.

شیخ مفید آورده است: «در جزیه اندازه معینی نیست که نشود آن را کم یا زیاد کرد بلکه به رأی امام است که به میزان ثروتمندی و فقرشان، جزیه را قرار می‌دهد». (مفید، ۱۴۱۳ق: ۲۷۲)

ابن زهره نیز می‌گوید: «جزیه، مقدار معینی ندارد بلکه به نظر امام است... تعیین مقدار جزیه فقط به حسب نظر امام در آن وقت است، در هر حال، مقداری ندارد». (ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ۲۰۲)

شیخ طوسی نیز در سه موضع، ضمن اجتهادی دانستن مقدار جزیه، تعیین آن را به اجتهاد امام واگذار کرده و گفته است مقدار جزیه نامعین و تعیین مقدار آن به اجتهاد امام واگذار شده است. امام حسب آنچه صلاح می‌بیند و بنا بر وضع فقر و ثروتشان مقداری می‌گیرد که دلیل بشوند. اینکه امیرالمؤمنین ع در روایتی (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۲:

۴۸-۴۹؛ طوسی، ۱۳۹۰، ج ۲: ۵۳-۵۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۴: ۱۲۰-۱۱۹؛ فیض، ۱۴۰۶ق، ج ۱۰: ۳۵۲-۳۵۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۵: ۱۵۲-۱۵۱) مقدار جزیه را برای ثروتمند، ۴۸، برای متوسط، ۲۴ و برای متجمل^۱ ۱۲ درهم تعیین کرده‌اند، به تبع شخص پیش از خود چنین نظری داده یا به دلیل مصلحتی بوده که در آن وقت دیده است. (طوسی، ۱۴۰۷ق(ب)، ج ۶: ۵۴۵؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۱۹۴؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۳۸)

فقه‌های دیگر نیز مقدار جزیه را واگذار شده به رأی امام و زیادی و نقص را در آن جایز دانسته‌اند. (ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ۲۰۵؛ حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲: ۲۰۵)

۱. فقیری که خود را به فقیری نمی‌زند، بلکه خود را غنی نشان می‌دهد و با آبرو زندگی و از گرفتن صدقه حیا می‌کند.

شایان ذکر است این نظریه در فقهای معاصر نیز وجود دارد: «به طور کلی، مسئله مقدار جزیه روشن است و مقدار آن از نظر مقدار و کیفیت و کمی و زیادی به اجتهاد امام واگذار شده است». (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۳: ۴۲۸)

برای پایان دادن به بحث نامعین بودن جزیه و واگذاری تعیین مقدار آن به رأی و اجتهاد امام، شایسته است دلیل فقیهان برای تغییر مقدار جزیه با توجه به اقتضات زمانی بررسی شود.

به نظر محقق حلی نیز مقدار جزیه، هیچ اندازه‌ای ندارد بلکه مقدار آن واگذار به امام است به حسب آنچه اصلح می‌بیند. محقق حلی درباره تعیین مقدار جزیه توسط امیرالمؤمنین علیه السلام و رعایت اقتضات زمان خود می‌گوید: «آنچه امیرالمؤمنین علیه السلام معین کرده به حسب اقتضای مصلحت آن وقت بوده و با انتفای آن اقتضا، بهتر است آن مقادرا، در نظر گرفته نشود». (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱: ۲۹۹)

توجه‌پذیر اینکه، شهید ثانی که به اجتهادی بودن تعزیر اشکال کرده است، در شرح کلام محقق حلی می‌گوید:

اینکه امیرالمؤمنین علیه السلام مقدار معین کردند به دلیل اقتضای مصلحت آن وقت بوده است و اگر مصلحت به خلاف آن اقتضا کند نباید به آن عمل شود. تأیید این قول، این است که امیرالمؤمنین علیه السلام نیز به حسب مصلحتی که می‌دید به مقداری که پیامبر صلی الله علیه و آله معین کرده بود، اضافه کرد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳: ۷۱-۷۰)

شیخ طوسی نیز برای توضیح درباره اینکه در روایتی امیرالمؤمنین علیه السلام برای جزیه مقدار معین کرده و در روایتی دیگر مقدار آن به امام واگذار شده است، می‌گوید این دو روایت با هم منافات ندارند، زیرا جایز است مصلحت در آن وقت به آن مقدار اقتضا کند، و امیرالمؤمنین علیه السلام نگفته است این حکم تا ابد لازم است، بلکه در آن سال، آن مقدار را گرفته و این منافاتی با جواز کم و زیاد کردن آن ندارد. (طوسی، ۱۳۹۰، ج ۲: ۵۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ق (الف)، ج ۴: ۱۲۰)

بنابراین، همان طور که در بیان فقیهان و دلایلی که برای تبیین روایات و جمع بین آن‌ها آورده‌اند، مشخص است که منظور از اجتهاد امام معصوم علیه السلام در تعزیر به معنای تشخیص با لحاظ مصلحت است که در روایات بسیاری وارد شده و با عصمت امام معصوم علیه السلام نیز سازگار است. در نتیجه، اجتهادی در حق امام معصوم علیه السلام جایز نیست که به معنای شناخت حکم شرعی یا تحصیل حجت برای آن باشد.



۶.۲. تعیین مقدار رضح

از دیگر مواردی که به اجتهاد امام واگذار شده، تعیین مقدار «رضخ» است. «الرّضخ» در لغت، یعنی هدیه کم (این منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳: ۱۹؛ واسطی، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ۲۷۱) و در اصطلاح یعنی، هدیه‌ای که از غنایم پرداخته می‌شود، ولی سهم نیست بلکه کمتر از آن است و ولی امر، به اشخاصی می‌دهد که به دلیل عدم وجوب جهاد بر آنان، سهمی در غنیمت ندارند، مانند زنان، بندگان و کفار اگر به اذن امام علیه السلام بجنگند. (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵: ۱۶۰)

با توجه به توضیح مبسوط در تعیین مقدار جزیه در مطلب پیشین، درباره کلام فقها در خصوص «رضخ» از طولانی کردن کلام خودداری و به قول علامه حلی بسنده می‌شود:

رضخ، هیچ مقدار معینی ندارد، بلکه به نظر امام واگذار شده است؛ اگر خواست به همه یکسان می‌دهد و اگر خواست به بعضی کمتر یا بیشتر می‌دهد. تفاوت مقدار رضخ به حسب تفاوت نفع آنان است. مثلاً اگر زنان در معرکه جنگ حاضر شدند، سهمی ندارند، ولی اگر برای لشکر به آنان نیاز باشد، مانند جنگیدن، پخت غذا، مداوای مجروحان و آبرسانی و مانند این‌ها، و نیز عبدی که به سختی بجنگد، امام مقدار رضخ آنان را به اجتهاد خودش می‌دهد. مقدار سهام، مانند حد و دیه، معین است و به اجتهاد امام واگذار نشده، بنابراین تغییر نمی‌کند و به طور مساوی تقسیم می‌شود. اما مقدار رضخ به طور مساوی تقسیم نمی‌شود و همان‌طور که مقدار تعزیر از حد کمتر است، مقدار رضخ نیز از مقدار سهم کمتر است، مثلاً مقدار رضخ اسب‌سوار به مقدار سهم اسب‌سوار و مقدار رضخ پیاده به مقدار سهم پیاده نمی‌رسد. رضخ به دلیل نامقدر بودن، در تعیین مقدار آن اجتهاد می‌شود و به اجتهاد امام برمی‌گردد، مانند تعزیر و قیمت عبد و موارد دیگر؛ این رأی همه علمای ماست. (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲: ۱۸۷؛ حلی، ۱۴۱۴ق(الف)، ج ۹: ۲۳۳؛ حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۴: ۳۲۴؛ همان، ج ۱۴: ۳۳۸-۳۳۷)

نتیجه‌گیری

اجتهادی بودن تعزیر، علاوه بر آنکه دلیل روایی دارد، صراحتاً یا مضموناً در کلام فقها آمده است. می‌شود گفت فقهایی که مضموناً به اجتهادی بودن تعزیر رأی داده‌اند از آوردن لفظ اجتهاد، خودداری کرده‌اند و گرنه کلماتی که گفته‌اند مفهومی جز اجتهادی بودن تعزیر ندارد. اما حل مسئله اجتهاد امام معصوم علیه السلام در تعزیر، ناشی از دو برداشت متفاوت از



معنای اجتهاد است. از نظر فقهای شیعه، اجتهاد به معنای مصطلح فقهی به دلیل امکان خطا در آن، در حق امام علیه السلام ناممکن است، زیرا امام علیه السلام، معصوم و احکامی که بیان می‌فرماید، ذاتاً خطاناپذیر است، اما اجتهاد بر اساس نتایج این تحقیق، تشخیص با لحاظ مصلحت نیز معنا می‌دهد که در تعیین تعزیر و نیز تعیین مقدار جزیه، رضخ، قیمت عبد و موارد دیگر به صراحت در روایات و کلام فقها دیده می‌شود و فقها برای تأیید عمل امیرالمؤمنین علیه السلام در تعیین مقدار جزیه از همین معنا بهره گرفته و بر آن تأکید و در تعیین مقدار رضخ نیز به آن تصریح کرده‌اند.

در نهایت برای بیان نظریه اجتهاد در تعزیر می‌شود گفت تعزیر اجتهادی است به این معنا که تعزیر مطلقاً از نظر نوع، مقدار، کیفیت، مراتب، اجرا، عدم اجرا، عفو، رعایت مقتضای زمان و مکان و همه موارد مرتبط با تعزیر، در اختیار امام علیه السلام یا حاکم است تا با لحاظ مصلحت، حکم تعزیری را تشخیص دهد و نمی‌شود گفت که اجتهاد امام معصوم علیه السلام در تعزیر به معنای شناخت حکم شرعی یا تحصیل حجت برای آن است، زیرا با عصمت امام معصوم علیه السلام منافات دارد.

منابع و مأخذ:

قرآن کریم

- ابن ادریس، محمد (۱۴۱۰ق)، *السرائر*، ج ۳، قم: انتشارات اسلامی.
- ابن منظور، محمد (۱۴۱۴ق)، *لسان العرب*، ج ۳ و ۴، بیروت: دارالفکر.
- ابن زهره، حمزه (۱۴۱۷ق)، *الغنیة*، قم: انتشارات امام صادق علیه السلام.
- اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ق)، *مجمع الفوائد*، قم: انتشارات اسلامی.
- اردبیلی، سید عبدالکریم (۱۴۲۷ق)، *فقه الحدود و التعزیرات*، قم: المفید.
- تبریزی، جواد (بی تا)، *أسس القضاء*، قم: دفتر مؤلف.
- تمیمی، عبدالواحد (۱۴۱۰ق)، *غرر الحکم*، قم: دارالکتاب الإسلامی.
- جزری، ابن اثیر (بی تا)، *النهاية*، قم: اسماعیلیان.



- جوهری، اسماعیل (۱۴۱۰ق)، *الصاحح*، بیروت: دارالعلم.
- حایری طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۸ق)، *ریاض*، قم: آل البيت علیهم السلام.
- حر عاملی، محمد (۱۴۰۹ق)، *وسائل الشیعه*، قم: آل البيت علیهم السلام.
- حلی (جمال الدین)، احمد (۱۴۰۷ق)، *المهذب*، قم: انتشارات اسلامی.
- حلی (شمس الدین)، محمد (۱۴۲۴ق)، *معالم الدین*، قم: انتشارات امام صادق علیه السلام.
- حلی (علامه)، حسن (۱۴۱۰ق)، *إرشاد الأذهان*، قم: انتشارات اسلامی.
- _____ (۱۴۲۰ق)، *تحریر الأحکام*، قم: انتشارات امام صادق علیه السلام.
- _____ (۱۴۱۴ق)، *تذکره الفقهاء*، قم: آل البيت علیهم السلام.
- _____ (۱۴۱۴ق)، *قواعد*، قم: انتشارات اسلامی.
- _____ (۱۴۱۲ق)، *منتهی المطلب*، مشهد: مجمع البحوث.
- حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق)، *إيضاح الفوائد*، قم: اسماعیلیان.
- حلی (محقق)، جعفر (۱۴۰۸ق)، *شرائع*، قم: اسماعیلیان.
- حمیری، نشوان (۱۴۲۰ق)، *شمس العلوم*، بیروت: دارالفکر.
- خراسانی، محمدکاظم (۱۴۳۰ق)، *کفایه*، قم: نشر اسلامی.
- خمینی، سید روح الله (بی تا)، *تحریر الوسیله*، قم: دارالعلم.
- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ق)، *مبانی تکملة المنهاج*، قم: الخوئی.
- سبزواری، سید عبد الأعلى (۱۴۱۳ق)، *مهذب الأحکام*، قم: المنار.
- سید مرتضی، علی (۱۴۰۵ق)، *رسائل*، قم: دارالقرآن.
- شهید اول، محمد (۱۴۱۴ق)، *غایة المراد*، قم: تبلیغات اسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین (۱۴۱۰ق)، *الروضه البهیة*، قم: داوری.
- _____ (۱۴۱۳ق)، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم: المعارف الإسلامية.

- صادقی، محمدهادی و جواد ریاحی (۱۳۹۵)، «*اجتهاد تعزیری؛ مبنای اعمال مجازات‌های محدودکننده آزادی در فقه جزایی*»، پژوهش‌های فقهی، ش ۲، ص ۳۱۲-۲۸۹.
- صدوق، محمد (۱۴۱۳ق)، *من لا یحضره الفقیه*، قم: انتشارات اسلامی.
- صیمری، مفلح (۱۴۲۰ق)، *غایة المرام*، بیروت: دارالهادی.
- طوسی، محمد (۱۴۱۷ق)، *الاجتهاد و التقليد*، قم: ستاره.
- _____ (۱۳۹۰ق)، *الاستبصار*، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
- _____ (۱۴۰۷ق)، *الخلافة*، قم: انتشارات اسلامی.
- _____ (۱۳۸۷ق)، *المبسوط*، قم: المكتبة المرتضویه.
- _____ (۱۴۰۰ق)، *النهاية*، بیروت: دارالکتب العربی.
- _____ (۱۴۰۷ق)، *التهذیب*، تهران: دارالکتب الإسلامیه.
- فاضل اصفهانی، محمد (۴۱۶ق)، *كشف اللثام*، قم: انتشارات اسلامی.
- فیض، محمد محسن (۱۴۰۶ق)، *الوافی*، اصفهان: امیرالمؤمنین علیه السلام.
- _____ (بی تا)، *مفاتیح الشرائع*، قم: نجفی.
- کلینی، محمد (۱۴۰۷ق)، *الکافی*، تهران: دارالکتب.



