

A Critique of The Discourse of The Iranian Legal System in The Face of The Challenges of Legislation and Enforcement of Limit Punishments

Mahdiar Rahmandoost ^{*1} Mohammad Hossein Bayati ²

1. Ph.D. Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Adalat University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: mr.rahmandoost@ut.ac.ir

2. Associate Professor, Faculty Member, Department of Jurisprudence and Law, Faculty of Theology, Adalat University, Tehran, Iran.

Email: bayati@edalat.ac.ir



S.D.I.L.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:

Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:

Original Research

DOI:

10.22034/JCLC.2022.299078.1543

Received:

24 February 2022

Accepted:

5 July 2022

Published:

22 August 2022



ABSTRACT

Legislation and implementation of some Islamic punishments have faced various challenges for the Islamic Republic of Iran and its legal and judicial system. These challenges can be divided into two parts. Some of them are problems caused by negative reactions to the implementation of the limits, and what has always been the concern of the government has been to find a solution for these reactions. However, it can be said that the static limits that result from the legislator's commitment to their jurisprudential background have created more important problems, and that is the imbalance in criminal law. This imbalance limits the scientific approach to punishment, confuses criminal policy, and impedes the administration of justice. In this article, after referring to the reflections in

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



the implementation of the limits, we will deal with the problems that such punishments have created in our legal and judicial system. Then, we will categorize different discourses in the field of legislation and implementation of boundaries and explain and examine the approach of the Iranian legal system in this field.

In the following, we will explain, review and evaluate the type of confrontation of the Iranian legal system in this regard. Then we deal with the basics of the common approach, ie the need to stop implementing the limits based on the most important interests and their evaluation and critique. Finally, by concluding the discussion, we present some critiques of the discourse of the criminal justice system regarding challenging Islamic punishments.

Keywords: Limit Punishments, Islamic punishments, Islamic Penal Code, Enforcement of Limits, Penal policy.

Excerpted from the dissertation entitled "Investigating the possibility of converting extreme punishments into punishments based on the rule of repugnance", Edalat University.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author Contributions:

Mahdiar Rahmadoost: Conceptualization, Methodology, Software, Validation, Formal analysis, Investigation, Resources, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Visualization.

Mmohmmad hosain Baiati: Supervision, Project administration.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Rahmadoost, Mahdiar and Mohammad Hossein Bayati "A Critique of The Discourse of The Iranian Legal System in The Face of The Challenges of Legislation and Enforcement of Limit Punishments" *Journal of Criminal Law and Criminology* 10, no. 19 (August 22, 2022): 263-296.

E x t e n d e d A b s t r a c t

Legislation and implementation of some Islamic punishments have caused various challenges for the Islamic government of Iran and its legal and judicial system. These challenges can be divided into two parts; Part of them are the problems caused by negative reactions to the implementation of Islamic punishments, and what has always been the concern of statesmen is finding a solution to these reactions. But perhaps it can be said that the immutability of these punishments, which is caused by the legislator's commitment to their jurisprudence, has created more important problems, and that is the inconsistency in the criminal law system and the limitation in its reform. This issue limits the scientific approach to punishments, divides and confuses the criminal policy, and also causes difficulties in the establishment of judicial justice.

In the face of these challenges, four basic inter-religious approaches can be listed: 1- Obligation to implement Islamic Hudud absolutely 2- Impermissibility of implementing Hudud absolutely 3- Changing the Hudud and turning them into punishments that fit the requirements of the time 4- Stopping the implementation or minimal implementation About due to conflict with more important materials.

Our legal and judicial system has practically shown that it has a desire to modify or eliminate some of these punishments and has taken measures in this direction, both in terms of legislation and implementation. But in the statements and writings of the opinion holders, different arguments are presented as the basis of this approach, which we have explained and evaluated seven different bases: 1- Reference to expediency; 2- The rule of prohibiting the weakening of religion; 3- The rule of prohibiting disgust from religion; 4- the rule of maintaining the system; 5- The rule of negation of difficulty and embarrassment; 6- The rule of negation of harm; 7- Obligation of Taqiyyah. By evaluating and criticizing the arguments presented, we came to the conclusion that what seems correct is the reference to the rule of negation of harm.

In the end, we said that instead of taking a weak and passive approach to the challenges of Hudud, policymakers and legislators should be active, researchers, and reformers. In this approach, it is possible to find a way to modify the approach of the legislative system of Islamic punishments by analyzing the developments that have taken place in the past years regarding the punishment of stoning. The first thing happened was the approval of Article 225 of the Penal Law of 2013, which is against the

consensus of jurists. This article prescribes the conversion of stoning to death and whipping, and of course, it is issued by the judge, subject to the impossibility of execution! Although this condition is ambiguous, it can be interpreted as referring to the clash of stoning with more important interests of the society. Entering the secondary sentence resulting from the conflict of interests, in the text of the legal article, and in the position of determining the punishment by the judge, actually shows the acceptance of important and permanent challenges in the nature of this punishment and its function, and the desire to remove and change it. However, it seems that the article was composed in this way only to satisfy the opinion of the respected Guardian Council and perhaps the influential jurists who insist on the basic ruling of Islam!

The second and more important thing is the directive that was issued recently about stoning. In addition to confirming the ruling of the law, which is against the consensus of jurists, this circular contains a ruling that is clearly against the law. And that in the case where the law prescribes the conversion of stoning to whipping, the circular also prescribes that in order to prevent social ill effects... the judge should also order up to 10 years of imprisonment in addition to whipping. While there is no mention of imprisonment in the law! This movement, although on the surface it is against the jurisprudential consensus and against the law, in fact it is a progressive movement whose jurisprudential and legal capacities should be considered, systematized and institutionalized. The important point and the basis of this directive lies in the phrase "with the permission of the Supreme Leader" which he considered as a license to oppose jurisprudence and law. This basis is placed under the title of expediency in its general sense and under the subheading of ruling of the leader. This stipulation actually refers to the fact that the guardian of jurisprudence, if deemed expedient, can not only close down the rulings by government decree in necessary cases, but also can establish new rulings that are against the jurisprudential consensus and legal clarity. It is interesting that neither that article nor this circular has been objected by jurists!

If the ruling of the leader, recognizing the interests of the society, can change and transform the ruling of Islam, then the guardian of jurisprudence can form a specialized institution consisting of jurists, experts, and legal scholars to research the punishments determined in Islamic jurisprudence with a scientific approach. investigate and evaluate the interests and corruptions, if necessary, make changes and determine

punishments that provide the interests of the society. So, if jurists have not been successful in reforming and updating criminal law through traditional or modern principles and Islamic jurisprudence, at least the shortcut of the leader's ruling can be considered as a means of examining the challenges of Islamic punishments and identifying the best way to ensure the welfare of the society.

This Page Intentionally Left Blank

نقدی بر گفتمان نظام حقوقی ایران در مواجهه با چالش‌های تقنین و اجرای حدود

مهدی یار رحماندوست*^۱ / محمدحسین بیاتی^۲

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه عدالت، تهران، ایران.

* نویسنده مسؤل: Email: mr:rahmandoost@ut.ac.ir

۲. دانشیار، عضو هیأت علمی، گروه فقه و حقوق، دانشکده الهیات، دانشگاه عدالت، تهران، ایران

Email: bayati@edalat.ac.ir

چکیده:

تقنین و اجرای برخی از کیفرهای اسلامی چالش‌های مختلفی را برای حکومت اسلامی ایران و نظام حقوقی و قضایی آن به دنبال داشته است. این چالش‌ها را می‌توان به دو بخش تقسیم نمود: بخشی از آنها مشکلات ناشی از واکنش‌های منفی نسبت به اجرای حدود است و آنچه همواره مورد اهتمام دولت‌مردان بوده، چاره‌جویی نسبت به همین واکنش‌هاست. اما شاید بتوان گفت ایستایی حدود، که ناشی از التزام قانونگذار به پیشینه فقهی آنهاست، اشکال مهم‌تری را ایجاد نموده است. و آن ناموزونی در نظام حقوق کیفری و محدودیت در اصلاح آن است. این ناموزونی، برخورد علمی با کیفرها را محدود می‌کند، سیاست کیفری را دوپاره و سردرگم می‌نماید و برپایی عدالت قضایی را نیز با اشکال مواجه می‌کند. به‌رحال نظام حقوقی و قضایی ما، عملاً نشان داده است تمایل به تعدیل یا حذف برخی از این کیفرها دارد و چه در مقام تقنین و چه در مقام اجرا اقداماتی در این جهت انجام داده است. در این نوشتار،

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



پژوهش‌کده حقوق



انجمن علمی حقوق اسلامی ایران
انجمن علمی پژوهش‌های حقوقی

نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:
10.22034/IJLC.2022.299078.1543

تاریخ دریافت:
۳ اسفند ۱۴۰۰

تاریخ پذیرش:
۲۵ خرداد ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:
۳۱ مرداد ۱۴۰۱



پس از اشاره به برخی بازتاب‌های اجرای حدود، اشکالاتی را که این‌گونه کیفرها در نظام حقوقی و قضایی ما ایجاد کرده است برمی‌شماریم. آن‌گاه به گفتمان‌های مختلف در مواجهه با این چالش‌ها می‌پردازیم و سپس در مورد رویکرد رایج، یعنی لزوم توقف یا تقلیل اجرای حدود، هفت اصل و قاعده فقهی مطرح را اجمالاً تبیین و ارزیابی می‌کنیم. همچنین نوع مواجهه نظام حقوقی ایران در این رابطه را تبیین و بررسی می‌نماییم؛ و در پایان با جمع‌بندی مباحث، نقدهایی را بر گفتمان نظام حقوقی ایران در مورد حدود مطرح می‌کنیم.

کلیدواژه‌ها:

حدود، تعزیرات، قانون مجازات اسلامی، اجرای حدود، سیاست کیفری.

برگرفته از رساله با عنوان «بررسی امکان تبدیل مجازات‌های حدی به کیفرهای تعزیری بر اساس قاعده تنفیر»، دانشگاه عدالت.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مهدی یار رحماندوست: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، استفاده از نرم‌افزار، اعتبارسنجی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، تصویرسازی.
محمد حسین بیاتی: نظارت، مدیریت پروژه.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

رحماندوست، مهدی یار و محمد حسین بیاتی «نقدی بر گفتمان نظام حقوقی ایران در مواجهه با چالش‌های تقنین و اجرای حدود». مجله پژوهش‌های حقوقی جزا و جرم‌شناسی ۱۰، ش. ۱۹ (۳۱ مرداد، ۱۴۰۰): ۲۶۳-۲۹۶.

مقدمه

هنگامی که انقلاب اسلامی ایران به پیروزی رسید، مسؤولین کشور اهتمام فراوان نمودند که احکام و حدود الهی را در جامعه پیاده نمایند^۱ و در این راستا مباحث فقهی حدود و قصاص و دیات را در قالب مواد قانونی درآورده، فصولی از قانون مجازات جمهوری اسلامی ایران را به آن اختصاص دادند. لیکن در عرصه عمل، علی‌الخصوص در مورد حدود الهی، با مشکلاتی روبرو شدند که کمابیش همچنان پابرجاست.

این مشکلات را می‌توان در دو طیف دسته‌بندی نمود؛ یک دسته از آنها، ناشی از بازتاب‌های اجرای حدود یعنی واکنش‌های منفی و نوع نگاهی است که نسبت به آن وجود دارد؛ چرا که عمده کیفرهای اسلامی، از نوع کیفرهای بدنی و متهم به خشونت و غیر انسانی بودن و تضاد با حقوق بشر است و همواره اهرمی برای فشار علیه نظام اسلامی و تخریب دین و مذهب بوده است.

اما جنبه دوم و شاید اشکال مهم‌تر، که بیشتر متوجه عرصه قانونگذاری است، دوگانگی در نظام حقوقی و قضایی و فقدان تناسب و توازن در آن است که به تبع خود عدم رعایت عدالت اجتماعی و قضایی را نیز به دنبال دارد. این دوگانگی و عدم تناسب، در جای‌جای قانون مجازات و آیین دادرسی کیفری نمودار است. به نحوی که در قانون مجازات اسلامی، هرگاه که از نهاد کیفری نوینی سخن به میان آمده، حدود الهی از آن مستثنا شده است.

طی سال‌های اخیر نوشته‌های مختلفی به مسأله اجرای حدود پرداخته‌اند لیکن همان‌طور که اشاره شد معمولاً نگاه نویسندگان به بازتاب آن بوده است و توجه به مشکلاتی که این کیفرها در نظام حقوق کیفری و در سیاست کیفری ایجاد می‌کنند بسیار اندک بوده است. در این مقال، نگاه جزئی‌تری به مشکلات ناشی از ماهیت متفاوت حدود با دیگر اجزای نظام کیفری خواهیم داشت و با گردآوری و دسته‌بندی سخنان و گفت‌وگوهای مختلفی که در تقنین و اجرای حدود، عمدتاً از جانب مسؤولان قضایی یا صاحب‌نظران مطرح در عرصه حقوقی فقهی و قضایی کشور عنوان شده است، رویکرد نظام حقوقی ایران در این رابطه را بررسی و ارزیابی می‌نماییم.

۱- چالش‌های تقنین و اجرای حدود

۱-۱- بازتاب‌های اجرای حدود

تقریباً تمامی مجازات حدی از نوع کیفرهای بدنی است که امروزه در برخی متون حقوق بشری بین‌المللی در کنار شکنجه قرار می‌گیرد و بی‌رحمانه و غیر انسانی خوانده می‌شوند.^۲ البته باید توجه داشت فشارها و اشکال‌گیری‌ها، الزاماً و همواره به تمامی حدود و کیفرهای اسلامی بر نمی‌گردد. یا در مواردی ممکن است اشکال به ماهیت کیفر نباشد بلکه به نامتناسب بودن

۱. برخی اصول قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، همچون اصول ۴ و ۷۲ و ۹۱ و ۱۶۷ نیز، گواه این دیدگاه است.

۲. نک: کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازات‌های بی‌رحمانه، غیر انسانی یا تزدیلی (مصوب ۱۹۸۴م).

کیفر نسبت به جرم، ایراد گرفته شود یا اصل جرم‌انگاری عمل زیر سؤال برده شود. به عنوان مثال تازیانه، اگرچه کیفری بدنی و مورد نقد هست، لیکن آن چنان خشونت‌بار و غیر انسانی تلقی نمی‌شود که اجرای آن چندان حساسیت برانگیز باشد. بلکه اتفاقاً یکی از ایراداتی که برخی از منتقدین تازیانه به آن گرفته‌اند این است که این مجازات، در قبال برخی افراد، بازدارندگی کافی ندارد. مثلاً ممکن است در مورد افرادی که از کودکی همواره از والدین و اطرافیان کتک خورده‌اند، امری عادی و بی‌اثر باشد؛ یا ممکن است اگرچه از این مجازات بترسند ولی آن را ابزاری برای نشان دادن مقاومت و قدرت خود قرار دهند و حتی ممکن است دوباره مرتکب جرایم دیگری شوند تا نشان دهند مرعوب این مجازات نشده‌اند.^۳ خصوصاً که امروزه با روشن شدن آسیب‌های فراوان زندان، حقوق‌دانان و مقننین و مجریان، به دنبال جایگزین‌های مناسب می‌گردند و حتی برخی حقوق‌دانان غربی نیز، اگرچه خود نوع دیگری از مجازات بدنی را پیشنهاد می‌کند اما به‌رحال ارائه شلاق را بسیار مناسب‌تر از زندان ارزیابی می‌کنند.^۴

آنچه از این میان مورد توجه و عکس‌العمل بیشتری واقع شده مجازات رجم و نیز قطع ید سارق بوده است. نیز نوع جرم‌انگاری کیفر محاربه و در کنار آنها به‌طور کلی وجود مجازات اعدام و کتک آن و نیز تخصیص آن به برخی جرایم که این مجازات متناسب با آنها ارزیابی نمی‌شود همواره مورد توجه و نقد برخی حقوق‌دانان و نهادهای حقوقی یا سیاسی بوده است. اما بارزترین مصداق کیفرهای چالش‌انگیز اسلامی رجم یا سنگسار است که هم سالب حیات است و هم کیفیتی خشونت‌آمیز دارد و تقنین و اجرای آن، بیش از همه موجب عکس‌العمل و بازتاب منفی شده است. سازمان دیده‌بان حقوق بشر به دفعات اعلامیه‌هایی علیه تقنین و اجرای رجم در ایران صادر کرده است. این سازمان در سیزدهم خرداد ۱۳۹۲ یعنی شش روز پس از اینکه قانون مجازات جدید توسط رئیس‌جمهور ابلاغ شد در مورد این قانون اعلامیه‌ای صادر کرد که جزئیات تقنینی و اجرایی آن را مورد توجه قرار داده است. در قسمتی از آن چنین آمده است:

«قوه قضاییه ایران نباید مواد قانون مجازات اسلامی پیشنهادی را که دربرگیرنده مجازات ناقض ابتدایی‌ترین حقوق بشر چون اعدام از طریق سنگسار است اجرایی کند. در نسخه قبلی لایحه قانون مجازات اسلامی اعدام از طریق سنگسار برای جرم زنا محصنه حذف شده بود، اما شورای نگهبان در نسخه جدید این قانون

۳. حمزه زینالی، «کیفر بدنی»، *مجله حقوقی دادگستری*، ۴۳ (۱۳۸۲)، ۵۶؛ مقاله آقای زینالی ترجمه و تلخیص نتایج تحقیقاتی است که در سال ۱۹۶۰ میلادی به دستور پارلمان انگلستان در مورد مجازات شلاق و تأثیرگذاری آن انجام شده و ادله موافق و مخالف اجرای آن بررسی شده است. این مجازات در سال ۱۹۴۸ و پس بررسی‌های کمیته پژوهش در مورد تنبیه بدنی، از فهرست کیفرهای انگلستان حذف شده بود. اما به دنبال افزایش جرایم و درخواست‌هایی در مورد وضع مجدد آن، پارلمان انگلستان به وزارت کشور دستور داد تحقیقی مجدد در خصوص مجازات شلاق صورت گیرد. جمع‌بندی نتایج این تحقیق، وضع مجدد تازیانه را به دنبال نداشت.

۴. گریم نیومن، ترجمه علی‌اکبر تیموری و حجت‌الله آزاد، *عادلانه و دردناک (پژوهشی در مجازات بدنی مجرمان)* (تهران: دفتر عقل، ۱۳۹۸)؛ ایشان با تبیین برتری کیفرهای بدنی نسبت به زندان، مجازات به وسیله صندلی الکتریکی، با درجات فشار متفاوت را پیشنهاد می‌کند.

به‌طور صریح مجازات سنگسار را درج کرده است. اگر چه هیچ آمار رسمی در این مورد در دست نیست اما گروه‌های حقوق بشری تخمین می‌زنند که مقامات ایران در حال حاضر حداقل ۱۰ زن و مرد را در زندان نگاه داشته‌اند که به اتهام زنی محصنه، احتمالاً با مجازات اعدام از طریق سنگسار مواجه هستند. از سال ۱۹۸۰ تاکنون، حداقل ۷۰ تن در ایران به طریقه سنگسار اعدام شده‌اند که آخرین مورد اعدام به وسیله سنگسار در سال ۲۰۰۹ گزارش شده است.^۵

سازمان عفو بین‌الملل نیز در تاریخ ۲۵ دی‌ماه ۱۳۸۶ گزارش مفصّلی در خصوص مجازات سنگسار، ماهیت آن، نحوه اجرای آن در ایران، مشخصات کلی پرونده کسانی که محکوم به سنگسار شده‌اند، و از این قبیل مطالب ارائه کرده است. در مقدمه این گزارش آمده است:

«از آنجا که ایران یک کشور امضاکننده میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی (ICCPR) است، حکومت، قانوناً به رعایت مواد این میثاق، و تضمین اینکه این مواد در قوانین و عملیات مربوط به حقوق بشر بازتاب یابند، ملزم است. اعدام به وسیله سنگسار، مواد ۶ (حق حیات) و ۷ (منع شکنجه و رفتارها یا مجازات‌های بی‌رحمانه، غیرانسانی و تحقیرآمیز) آی‌سی‌سی‌پی‌آر را نقض می‌کند. اقدامات حفاظتی سازمان ملل ضمانت‌کننده حفظ حقوق کسانی که با مجازات مرگ روبرو هستند، خواستار شده است که جرایم قابل مجازات با مرگ فقط شامل بدترین جنایات باشد. این جرایم در چندین قطعنامه سازمان ملل و از جمله قطعنامه ۵۹/۲۰۰۵ کمیسیون حقوق بشر تبیین شده‌اند، که از کشورها می‌خواهد تضمین ایجاد کنند که مفهوم «بدترین جنایات» چیزی ورای جنایات عمده با عواقب مرگبار یا به نهایت وخیم را دربرنگیرد. این قطعنامه همچنین می‌گوید که مجازات اعدام نباید در مورد اعمال ناخشن مانند روابط جنسی مرضی‌الطرفین بین افراد بالغ به کار گرفته شود.»^۶

اصولاً هرگاه که حکمی همچون رجم یا قطع ید، یا اعدام مجرمان زیر ۱۸ سال و از این قبیل کیفرها که به‌هرحال همگی ریشه دینی و فقهی دارند، رسانه‌ای می‌شود. کثیری از اشخاص حقیقی و حقوقی و گروه‌ها و سازمان‌های حقوق بشری به آن واکنش نشان داده، آن را محکوم می‌نمایند. به عنوان مثال قطع دست یک سارق که در دی‌ماه ۱۳۹۶ در مشهد اجرا شده بود بازتاب‌های زیادی داشت. حتی عضو کمیسیون قضایی مجلس به آن این‌گونه واکنش نشان داد:

«صرف‌نظر از طی شدن روال قانونی پرونده و همچنین تأیید حکم در مراجع ذی‌صلاح، نگاه به جوانب این قضیه می‌تواند قابل بحث، بررسی و تأمل باشد زیرا در کشور شاهد اختلاس‌های میلیاردری، رانت خواری‌ها، ویژه خواری‌ها، جرائم سنگین‌تر و به مراتب خانمان‌براندازتر از یک سرقت در مشهد هستیم. به طور قطع رأی سارق مشهد برابر مقررات و طبق قانون صادر شده اما بهتر بود قاضی پرونده با بررسی اجمالی زندگی این فرد و رفتاری‌ها و مشکلات معیشتی مردم حکم دیگری را به جای قطع دست انتخاب می‌کرد. بعد از مدت‌ها چنین حکمی در کشور اجرایی شده، بنابراین نگاه‌های بین‌المللی نسبت به آن منفی خواهد بود و از سویی مردم نیز روی خوشی به این موضوع نشان ندادند. مجازات‌ها برای متنبه شدن متهمان و پیشگیری از جرائم در جامعه در نظر گرفته می‌شوند اما متأسفانه انعکاس خیر قطع دست سارق مشهد احساسات مردم را

۵. سازمان دیدبان حقوق بشر، ۱۳/۰۳/۱۳۹۲، www.hrw.org.

۶. سازمان عفو بین‌الملل، «به اعدام با سنگسار خاتمه دهید»، ۲۵/۱۰/۱۳۸۶، www.Iranrights.org.

جریحه‌دار کرد و تأثیر چندانی در کاهش جرائم نخواهد داشت.»^۷

۱-۲-۲- مشکلات مترتب بر تقنین حدود

اما به غیر از اشکالاتی که بازتاب تقنین و اجرای حدود ایجاد می‌کند، جنبه دیگری که شاید کمتر به آن توجه شده اشکالاتی است که تقنین و البته در پی آن اجرای این‌گونه کیفرها در پیکره نظام حقوقی و قضایی ما ایجاد کرده است؛ چراکه این کیفرها در یک کلمه «غیر قابل تغییر» است. از جمله این مشکلات به موارد زیر می‌توان اشاره نمود:

۱-۲-۱- عدم تناسب میان کیفرهای جرایم مشابه

به عنوان مثال دو سرقت بسیار مشابه، بدان جهت که یکی از آنها جامع شرایط حد است و دیگری فاقد یکی از آن شرایط، دو مجازات کاملاً مغایر و متفاوت دارند که هریک در مورد شخص واحد آثار و تبعات متفاوتی دارد. یکی از آنها تا پایان عمر همراه مجرم خواهد ماند و لکه ننگ اوست و نقصانی در کارکرد فیزیکی او، ولی دیگری پس از چند سال سپری می‌شود و شاید اثری از آن باقی نماند. در عین حال ممکن است اولی تأثیری بر وضعیت اقتصادی فرد نداشته باشد اما دومی وضع کنونی زندگی فرد را به کلی ویران کند. این برخورد دوگانه را می‌توان مغایر با رعایت عدالت دانست که علاوه بر نامطلوب بودن ذاتی، نظام قضایی را نیز دچار مشکل می‌نماید و موجب دیدگاه منفی در جامعه می‌شود.

۱-۲-۲- عدم توازن در نهادهای ارفاقی

این دوگانگی در جای‌جای قانون مجازات اسلامی نمودار است. و بسیاری از نهادهای کیفری، علی‌رغم اینکه نهادهایی عام و اصول و قواعدی کلی است، لیکن حدود الهی از آنها مستثنی شده، به مجازات‌های تعزیری اختصاص یافته است. اگر قانون مجازات اسلامی، مصوب سال ۱۳۹۲ را مرور کنیم می‌توانیم حدود ۳۰ قاعده و نهاد عام و کلی مختلف را بیابیم که قانونگذار صراحتاً آنها را مختص تعزیرات دانسته است!

قواعدی مهم و کاربردی، همچون منع محاکمه و مجازات مضاعف (بند ب ماده ۷ و بند الف ماده ۸)، قانونی بودن جرم در مکان وقوع (بند ب ماده ۸)، قانونی بودن جرم و مجازات در زمان وقوع (ماده ۱۰)، توجه به ویژگی‌های خاص مجرم و جرم (ماده ۱۸)، محاسبه ایام بازداشت قبلی در حکم (ماده ۲۷)، تخفیف مجازات (ماده ۳۷)، تعویق صدور حکم (ماده ۴۰)، تعلیق اجرای مجازات (ماده ۴۶)، نظام نیمه آزادی (ماده ۵۷)، نظام آزادی مشروط (ماده ۵۸)، اقدامات تأمینی و تربیتی و تخفیف مجازات در مورد اطفال و نوجوانان (مواد ۸۸ و ۸۹ و ۹۳) و ... که بخش عمده‌ای از سرمایه‌ها و ظرفیت‌های نظام کیفری صرف آنها می‌گردد ولی آن‌گاه که نوبت به مجازات‌های حدی می‌رسد، اعمال این

۷. برترین‌ها، ۱۳۹۶/۱۰/۳۰، www.bartarinha.ir.

اصول و قواعد و نهادها متوقف می‌شود.

البته در احکام حدود نیز سهل‌گیری‌هایی وجود دارد که به تعزیرات راه نیافته است. به عنوان مثال عدم مسؤولیت کیفری به دلیل جهل به حکم شرعی (ماده ۲۱۷) مختص به حدود است؛ یا تأثیر انکار بعد از اقرار (ماده ۱۷۳) مخصوص حد رجم و قتل بوده، در هیچ‌یک از تعزیرات جاری نیست. به هر حال، در هر دو سو، این ضوابط را می‌توان موجد ناهماهنگی، عدم تناسب و نوعی بی‌عدالتی دانست.

۱-۲-۳- سردرگمی و عدم قاطعیت در نظام حقوق کیفری

سردرگمی نسبت به حدود، هم در مرحله تقنین وجود دارد، هم در دادرسی و هم در اجرا. البته منشأ اصلی این مشکل به بحث قبل، یعنی بازتاب‌های اجرای حدود برمی‌گردد. لیکن به هر حال مشکل نظام حقوقی است. مقنن وقتی به مبحث حدود می‌رسد درمی‌ماند که حد را در قانون بیاورم یا نه و به دنبال راه چاره می‌گردد. دادرس به زنا یا محصنه یا به سرقت حدی که برمی‌خورد، در می‌ماند که حکم به حد بدهم یا نه و به دنبال راه در رو می‌گردد. و مجری حکم وقتی با رجم یا قطع ید مواجه می‌شود آن را مخفی می‌کند و به تأخیر می‌اندازد یا به دنبال بخشنامه‌ای برای عدم اجراست. این مشکل علاوه بر ایجاد آشفتگی و بلاتکلیفی در نظام حقوقی موجب پایین آوردن قاطعیت و کارایی آن بوده، ممکن است بی‌عدالتی را نیز به دنبال داشته باشد. چراکه به عنوان مثال در مورد دو سرقت که دقیقاً وضع یکسانی دارند، ممکن است یک قاضی حکم به قطع ید دهد و دیگری به دلیل فشاری که نسبت به این کیفر وجود دارد، تمایل به آن داشته باشد که اوضاع را طوری تفسیر کند که حکم حدی ندهد. کما اینکه عموماً چنین هست و در رویه قضایی تمایل بسیار کمی به حکم به مجازات حدی وجود دارد.

۱-۲-۴- ایجاد محدودیت در قانونگذاری

قانونگذار در قانون مجازات اسلامی و آیین دادرسی کیفری اخیر تلاش نموده است که بیش از پیش از دستاوردهای به‌روز علوم جرم‌شناسی و کیفرشناسی بهره‌گیرد و نهادهای نوین جزایی را در قانون وارد نماید. اما از آنجا که بسیاری از این نهادها به نحوی تخفیف یا تبدیل در مجازات محسوب می‌شود، به ناچار حدود را از آن استثنا نموده است یا اصولاً عطایش را به لقایش بخشیده و از به‌کارگیری آن صرف‌نظر نموده است. مصداق بارز مواجهه با این چالش، تلاش‌هایی است که برای حذف مجازات رجم از متن قانون مجازات رقم خورد؛ و آنچه نهایتاً در قانون مجازات جدید تصویب شد ماده‌ای دو پهلوسه است که نه مطابق دیدگاه غالب فقهی، یعنی وجوب رجم است (چون قابل تبدیل به اعدام و تازیانه دانسته شده) و نه ممنوعیت کامل اجرا را به دنبال دارد (چون تبدیل آن مشروط به عدم امکان اجرا و درخواست قاضی و موافقت ریاست قوه است).

۱-۲-۵- وجود محدودیت در مراعات شخصیت مجرم

در تعزیرات، شیوه‌ای که اصولاً در فقه سابقه دارد واگذار نمودن تعیین میزان مجازات، در محدوده‌ای مشخص، به قاضی است و قانونگذار مجازات نیز در تقنین تعزیرات همین شیوه را پیش گرفته، علاوه بر تعیین حداقل و حداکثر از یک نوع کیفر، گاه انتخاب نوع مجازات مناسب را نیز به قاضی واگذار نموده است و اختیارات مختلفی در تخفیف و تبدیل نیز در نظر گرفته است تا قاضی باتوجه به اوضاع و احوال خاص مجرم و کیفیت ارتکاب جرم، مناسب‌ترین و مؤثرترین کیفر را برای او تعیین کند. اما در حدود، این اختیار بسیار کم‌رنگ و محدود است. و بیشتر دائر مدار وجود و عدم است. یعنی مثلاً ممکن است قاعده‌در آ یا توبه مجرم، موجب شود که به‌طور کلی حد ساقط شود، اما اگر کیفر ثابت شد تفاوتی نمی‌کند که مثلاً شراب‌خوار، کم نوشیده است یا زیاد و مست شده است یا خیر و رانندگی هم کرده یا نکرده یا حتی تظاهر کرده یا مخفیانه بوده است! همچنین تفاوتی نمی‌کند که باتوجه به شخصیتش تذکر برای او مؤثرتر است یا کیفر و یک تازیانه هم برای او زیاد است یا اصلاً تازیانه در او اثر ندارد. به نظر می‌رسد هر فقیه و حقوق‌دانی تصدیق می‌کند که به یک چوب راندن این میزان تفاوت در کیفیت جرم و حالات مجرمین منطقی نیست و در عمل نیز، بسیار دیده می‌شود که قضات بلکه ضابطین انتظامی، به خصوص در موارد خفیف، از اثبات حد طفره می‌روند. لیکن نه فقها و نه حقوق‌دانان، اگرچه بعضاً کوشیده‌اند اما توفیق چندانی در تعدیل فقه و قانون نداشته‌اند.

۲- گفتمان‌های مختلف فقهی - حقوقی در باب اجرای حدود

در یک دسته‌بندی کلی، چهار رویکرد را در خصوص اجرای حدود می‌توان برشمرد:

۱-۲- وجوب اجرای حدود به‌طور مطلق

این رویکرد در واقع پیش‌فرض تفکر دینی و محصول استنباطات فقهی است که با چاشنی مبانی کلامی، معتقد است بدون توجه به مخالفت‌ها و معاندت‌ها باید حدود الهی را اجرا نمود و نباید تردید نمود که احکام الهی بهترین و مناسب‌ترین احکام و کیفرهایی است که می‌تواند برای جرایم وضع نمود و اگر درست اجرا شود بلاشک موجب برقراری نظم و امنیت در جامعه است.^۸ این همان دیدگاهی است که در گرماگرم پیروزی انقلاب اسلامی ایران، طرفداران زیادی در بدنه نظام جدید کیفری ایران داشت.

۲-۲- عدم جواز اجرای حدود

در میان دیدگاه‌های درون‌دینی، مشهورترین گفتمان قائل به منع اجرای حدود، ممنوعیت اجرای آن در عصر غیبت حضرت ولی عصر عجل الله تعالی فرجه الشریف است. این اعتقاد، به‌طور کلی اجرای حدود در زمانه غیبت را زیر سؤال می‌برد. البته تعطیل اجرای حد، به معنای بی‌کیفر رها نمودن جرم

۸. محمدعلی خادمی کوشا، «تبدیل‌ناپذیری حدود (مجازات‌های بدنی معین) در اسلام»، فقه ۲۴(۲)(۱۳۹۶)، ۷۸.

نیست؛ کما اینکه مرحوم میرزای قمی، که می‌توان او را از قائلین به عدم اجرای حدود در عصر غیبت دانست، تصریح می‌کند که در این صورت وظیفه حاکم شرع است که این مجرمان را تعزیر کند.^۹ اما در واقع مخالفت عمده این قائلین با اجرای حدود، اصولاً به محدود دانستن ولایت فقها و مخالفت با برپایی حکومت اسلامی در زمان غیبت برمی‌گردد.^{۱۰} و لذا طبق نظر این دسته از قائلین، جایی برای اجرای تعزیرات نیز باقی نمی‌ماند.

۲-۳- تغییر و تبدیل حدود

این رویکرد، شامل مجموعه‌ای از دیدگاه‌ها و مواجهه‌های نواندیشان دینی با مسائل چالش‌برانگیز دین است. از جمله این نوع نگاه، عناوین زیر را می‌توان برشمرد:

«تبدیل موضوع کیفرها»^{۱۱}

«قرائت متن در افق تاریخی و تاریخی بودن حدود»^{۱۲}

«تغییر پیش‌فرض‌های اجتهادی در فهم متون دینی»^{۱۳}

«بسط تجربه نبوی»^{۱۴}

«امضایی بودن مجازات‌ها در اسلام»^{۱۵}

«توجه به مقاصد شارع»^{۱۶}

و عناوین و مباحث دیگری که تقریباً درون‌مایه و نتایج مشابهی با این عناوین دارند. این نوع نگاه‌ها و ایده‌ها بسیار مهم و موثر در تحولات اساسی در فقه و حقوق اسلامی است و به نظر می‌رسد پرداختن و پرورش برخی از آنها در واقع راه درست و اساسی برای ایجاد اصلاحات در فقه و حقوق کیفری است. لیکن در این نوشتار که به دنبال گردآوری و نقد رویکردها و مبانی وضع موجود نظام حقوقی ایران هستیم، این نوع نگاه مورد بحث ما نیست.

۲-۴- توقف اجرا یا اجرای حداقلی حدود به دلیل وجود مصالح اهم

گفتمان‌های مختلفی در این دسته وجود دارد که اجرای حدود به دست حاکم غیر معصوم را جایز می‌دانند اما معتقدند در صورت وجود برخی شرایط خاص و مقتضیات ویژه زمانی و مکانی اجرای آن ممنوع است. روشن است که این ممنوعیت، منوط به بقای آن شرایط ویژه بوده، حکمی ثانوی

۹. ابوالقاسم قمی، جامع‌الشنات (تهران: موسسه کیهان، ۱۴۱۳)، ۳۹۵.

۱۰. خوانساری، سید احمد، جامع المدارک، جلد ۵ (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۵)، ۴۱۲.

۱۱. نک: حسینی منتظری، مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر (قم: ارمغان دانش، ۱۴۲۹)، ۱۰۱.

۱۲. نک: نصر حامد ابوزید، نقد الخطاب‌الدینی (قاهره: انتشارات مدیولی، ۱۹۹۵م).

۱۳. نک: سید محمد شبستری، هرمونیک، کتاب و سنت (تهران: نشر قیام، ۱۳۷۵).

۱۴. نک: عبد‌الکریم سروش، «گفتگو درباره بسط تجربه نبوی»، مجله آفتاب، ۱۵ (۱۳۸۱).

۱۵. نک: رحیم نوبهار، «امکان سنجی فقهی گذار از مجازات‌های بدنی»، فقه، ۲۴ (۲) (۱۳۹۶)، ۴۱.

۱۶. نک: مرتضی مطهری، اسلام و مقتضیات زمان (قم: انتشارات صدرا، ۱۳۷۰)، ۲۷.

محسوب می‌شود و در صورت رفع آن شرایط، حاکم اسلامی باید حدود را اجرا کند. عمده این رویکردها به اصول و قواعدی استناد می‌کنند که اهمیت آنها از اجرای حد بیشتر است و در مقام تعارض و تراحم با آن قرار گرفته‌اند؛ حرمت تنفیر، حرمت وهن اسلام، وجوب حفظ نظام، و قاعده‌های لاجرح و لاضرر از جمله این گفتمان‌هاست. همچنین تعابیری چون توجه به مقتضیات زمان و مکان، رعایت مصلحت و حکم حکومتی نیز معمولاً ناظر به همین نوع نگاه و همین نوع سازکار کلی است. باتوجه به غیر قابل انکار بودن چالش‌های اجرای برخی کیفی‌های اسلامی و از طرفی حاکمیت تفکر فقه‌مدار سنتی بر نظام تقنینی و قضایی کشور، رویکرد غالب برای برون‌رفت از چالش‌های مذکور، استناد به همین دست از گفتمان‌هاست. و لذا در این نوشتار فقط به مرور این دسته از رویکردها و راهکارها خواهیم پرداخت. البته ما درصدد تبیین علمی تفصیلی هریک از این قواعد و شیوه استناد به آنها نیستیم بلکه اشاره‌ای اجمالی داریم به مفهوم هر یک و بر کلمات متولیان امر یا اندیشمندان این حوزه در جایگاه استناد به این قواعد و اصول و نقدی اجمالی بر این استناد.

۳- رویکرد نظام قضایی ایران در باب اجرای حدود

اگرچه پس از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران، نسبت به مسأله ضرورت اصلاح و تغییر قوانین کیفری موجود و جایگزین ساختن قوانین کیفری اسلام، در بین مسؤولین ارشد کشور و مراجع و علما نوعی اجماع وجود داشت.^{۱۷} اما چیزی نگذشت که همان کسانی که بر اساس آیات شریفه‌ای چون «و من لم یحکم بما انزل الله فاولئک هم الکافرون»^{۱۸}؛ ادامه اجرای احکام متأثر از غرب و تأخیر در اجرای احکام الهی را به هیچ‌وجه جایز نمی‌دانستند در اجرای برخی احکام مضبوط در کتب فقهی تردیدهایی روا داشتند.

گفته می‌شود جلوگیری از اجرای رجم برای اولین بار به دستور امام خمینی رضوان‌الله علیه صورت گرفت. سید حسین موسوی تبریزی که در دهه ۶۰ دادستان کل انقلاب بوده است چنین اظهار می‌کند:

«امام خمینی در سال ۱۳۵۹ هنگامی که یک سنگسار در کرمان انجام شد و واکنش‌های شدیدی علیه نظام نوپای جمهوری اسلامی را در رسانه‌های خارجی به دنبال داشت، به شخص من گفت که سنگسار را اجرا نکنید. حتی از ایشان پرسیدم اگر کسی اقرار کرد چه کنیم؟ ایشان توصیه اکید کرد کاری کنید که اصلاً اقرار نکند. درست مانند حضرت علی(ع) که چنین رویه‌ای داشتند. مرحوم بهشتی هم همین نظر را داشت و لذا برخورد آنها به‌گونه‌ای بود که تا زمانی که امام در قید حیات بود به جز همان موارد اولیه دیگر سنگساری اجرا نشد چرا که ایشان دستور توقف در این مورد داده بودند.»^{۱۹}

همچنین سید محمد موسوی بجنوردی که به حکم امام خمینی مدتی عضو شورای عالی قضایی

۱۷. محسن رهامی، «تحول و تعدیل مجازات‌ها در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران»، حقوق خصوصی ۲(۱۳۸۲)، ۶-۱۸. مانده/۴۴.

۱۹. حسین زاهدی، «فصه پر غصه سنگسار»، ۱۳/۱۲/۱۳۸۷، ۱۹/۱۲/۱۳۹۰، <http://www.iran-emrooz.net>.

بوده است چنین می‌گوید:

«در سال ۶۰ بود که سمیناری در یکی از کشورهای اروپایی برگزار شده بود که به عنوان اثبات اینکه اسلام دین خشونت است، مسأله رجم را مطرح کرده بودند، من خدمت امام رفتم و جریان را به ایشان عرض کردم و ایشان فرمودند چه طرحی دارید؟ گفتم اگر اجازه بدهید به ما در دادگاه‌ها حکم رجم را صادر نکنند، یک شق دیگری را بگیرند. امام فرمودند که این کار را نکنید. من عرض کردم ما این را به شما نسبت می‌دهیم که شما فرموده‌اید، گفتند اشکالی ندارد. من آمدم در شورای عالی قضایی مسأله را نقل کردم و شورای عالی هم آن را بخشنامه کردند برای همه کشور.»^{۲۰}

گفته می‌شود مرحوم آیه الله هاشمی شاهرودی، ریاست وقت قوه قضائیه نیز، در دی ماه ۱۳۸۱ بخشنامه‌ای صادر کردند که در آن به قضات توصیه شده بود از اجرای رجم خودداری کنند.^{۲۱} لیکن هیچ یک از این بخشنامه‌ها نتوانست به طور کامل جلوی صدور و اجرای رجم را بگیرد؛ چرا که قاضی موظف است به قانون عمل کند و در واقع اگر به تشخیص قاضی، عمل مجرم مصداق جرم موجب حد باشد، تبعیت او از بخشنامه‌ای که حکم به حد را منع می‌کند خلاف قانون است! به همین جهت بود که قانونگذار در تدوین قانون جدید سعی در حذف مجازات رجم نمود. در سال ۱۳۸۶ که لایحه قانون مجازات اسلامی مشتمل بر کلیات، حدود، قصاص و دیات تقدیم مجلس شد، تنظیم‌کنندگان لایحه برای کم کردن حساسیت‌ها نسبت به رجم، سعی کردند در تبصره ۴ ماده مربوط به مجازات زنا، محملی قانونی برای عدم اجرای آن به وجود آورند. در ماده ۲۲۱ این لایحه مقرر شده بود:

«ماده ۲۲۱- حد زنا در موارد زیر قتل است:

الف: زنا با محارم نسبی؛

... ه: زنا با مردی که واجد شرایط احصان باشد که حد آن سنگسار است.

... تبصره ۴- هرگاه اجرای حد رجم مفسده داشته و باعث وهن نظام شود با پیشنهاد دادستان مجری حکم و تأیید رئیس قوه قضاییه در صورتی که موجب حد با اقرار وی اثبات شده باشد تبدیل به صد ضربه شلاق می‌شود و در غیر این صورت تبدیل به قتل می‌شود.»^{۲۲}

اما کمیسیون حقوقی مجلس سعی بر این داشت که در قانون ایران حتی الامکان از مجازات رجم سخنی به میان نیاید. و لذا تغییر مهمی که در قانون پیشنهادی روی داد این بود که اساساً بند (ه) و تبصره ۴ مذکور که مربوط به مجازات زنا می‌باشد، از این ماده حذف شد و در نتیجه نه اسمی از سنگسار آمده بود، و نه از جایگزین نمودن اعدام یا تازیانه برای آن. این لایحه پس از رفت و آمدهایی میان مجلس و شورای نگهبان، در اسفند ماه سال ۱۳۹۰ به تأیید شورای نگهبان رسید و مجلس آن را برای ابلاغ، نزد رئیس جمهور فرستاد. اما شورای نگهبان از مجلس درخواست کرد که لایحه را از

۲۰. سید محمد موسوی بجنوردی، «آیا سنگسار واقعاً یک حکم اسلامی است؟»، ۰۷/۰۵/۱۳۸۶، www.asriran.com

۲۱. عشرت عبداللهی، «احکام رجم به صورت ویژه بررسی می‌شود / ساز و کارهای جدید برای قانون سنگسار»، روزنامه اعتماد، ۱۳/۰۸/۱۳۸۶، ۱.

۲۲. مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۲/۰۴/۱۷، ir.majlis.rc.www

دولت مسترد کند و مجدداً ایرادات متعددی بر آن وارد نمود و چند بار دیگر این لایحه میان شورای نگهبان و مجلس رد و بدل شد. یکی از ایرادهای وارده از سوی شورای نگهبان همین موضوع بود:

«ایراد ۱۵- در ماده ۲۲۵ لازم است حکم زنا محصنه که مجازات آن رجم است آورده شود. بدیهی است که حاکم اسلامی می‌تواند در مورد خاص و بر اساس مصالح اسلام جایگزین برای آن مقرر نماید.»^{۲۳}

مجلس برای تأمین نظر شورای نگهبان به نحوی به لایحه اولیه بازگشت و باتوجه به پیشنهاد مرکز پژوهش‌های اسلامی مجلس^{۲۴}، ماده زیر را انشا نمود که البته چند تفاوت نیز با آن لایحه دارد:

«ماده ۲۲۵- حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه رجم است. در صورت عدم امکان اجرای رجم با پیشنهاد دادگاه صادر کننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضائیه چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هر یک می‌باشد.»

البته به نظر می‌رسد انشای جدیدی که از این مطلب ارائه شد، بیش از لایحه اولیه، مبهم و رازآلود است. عدم امکان اجرا به چه معناست؟ امکان اجرا به‌هیچ‌وجه لفظ دقیقی در این موضوع نیست؛ عقلاً و منطقاً اجرای رجم ممکن و قابل انجام است! شاید بهتر بود از لفظی همچون «صلاح‌دید» استفاده می‌شد. به‌علاوه این تصمیم یک مسأله اجتماعی و در مقوله سیاست کیفری کشور و تشخیص مصالح و سیاست‌های نظام است و چیزی نیست که به صلاح‌دید قاضی دادگاه یا دادستان واگذار شود و منوط به پیشنهاد او باشد! چه سود از این پیچیده‌گویی، اگر قاضی باتوجه به نص ماده که تبدیل مجازات را وابسته به پیشنهاد او دانسته، چنین پیشنهادی نکند و حکم به رجم نماید؟ به هر حال با تأمین تمامی نظرات شورای نگهبان، لایحه مذکور بالاخره در ۱۳۹۲/۳/۷ از سوی دولت ابلاغ شد و ماده مذکور به همین شکل رنگ قانون گرفت. اما این ماده در واقع نقطه عطفی است در تغییر و تبدیل حدود! چرا که در هیچ روایت و در هیچ کتاب فقهی نیامده است که می‌توان، ولو در حالت عدم امکان اجرا، رجم را تبدیل به نوع دیگری از سلب حیات نمود! عجیب‌تر، تبدیل رجم به جلد، در غیر موارد اثبات با بینه است، که مجازاتی است صدها درجه خفیف‌تر از رجم و هیچ سابقه‌ای نیز در فقه ندارد. اصل اختلاف حکم در مورد ثبوت حکم با اقرار یا غیر آن در فقه سابقه دارد و آن البته در مورد فرار از گودال سنگسار است که در قانون نیز منعکس شده بود. لیکن افتراق حکم میان اثبات بینه و غیر آن لااقل در روایات و آرای مشهور ثبت نشده است. از این حکم هم عجیب‌تر، بخشنامه اخیر معاون حقوقی قوه قضاییه در ۱۴۰۰/۴/۱۵ است که رأساً مجازاتی جدید وضع نموده و در موارد غیر از اثبات با بینه که قانون تبدیل به تازیانه را تجویز نموده بود، علاوه بر تازیانه، صدور حکم تا ۱۰ سال حبس را تجویز نموده است!

۲۳. همانجا.

۲۴. مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی، گزارش بررسی رفع اشکالات شورای نگهبان بر قانون مجازات اسلامی (تهران: مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۲)، ۳۵.

به هر حال نظام حقوقی و قضایی ما رویکردی دوگانه و مذبذب را نسبت به حدود انتخاب نموده است؛ نه می‌تواند دیدگاه تقنینی اولیه خود مبنی بر لزوم اجرای حدود را به‌طور کامل پیاپی کند، چراکه درگیر مشکلات و محدودیت‌هاست؛ و نه می‌تواند به‌طور کلی از آن دست بردارد و به تغییر و تبدیل و تعدیل این ک‌یفرها و تجدیدنظر اساسی در متن قانون دست بزند؛ چراکه پشتوانه علمی و فقهی متقنی برای این تغییر در دست ندارد و درعین حال تلاش دارد هرچه کمتر حدود را اجرا کند و هرچه بیشتر به سمت تعزیرات برود.

در نتیجه مجموعاً می‌توان گفت نظام حقوقی و قضایی ما گفتمان چهارم، یعنی توقف یا اجرای حداقلی حدود به دلیل مصالح اهم را برگزیده است و البته به دلیل ضعف و پراکندگی اقوال و افکار و عملکردها، این مبنا نه به‌طور کامل بلکه صرفاً در مورد برخی از این جرایم به‌طور سلیقه‌ای اجرا می‌شود و مثلاً در مورد مجازات رجم که بیشترین حساسیت‌ها و بحث‌ها را به دنبال داشته است، همان‌طور که شرح داده شد، باز هم اجرا به‌طور کامل متوقف نشده و باتوجه‌به قانون موجود قابل اجراست.

و اما اگر در خلال سخنان و اظهارنظرهای عقلای قوم، اعم از رهبران و مقننان و مجریان و عالمان و نظریه‌پردازان، بگردیم مبانی مختلفی را در تبیین و توجیه لزوم توقف اجرا یا اجرای حداقلی حدود می‌یابیم که در اینجا آنها را گردآوری و دسته‌بندی نموده، در ادامه به آنها می‌پردازیم.

۴- مبانی مختلف علمی در توجیه توقف اجرای حدود

۴-۱- تراحم و مصلحت

اگر سخن سست اشاعره را، که یک اقلیت کلامی در اهل سنت است، کنار بگذاریم، تبعیت احکام شرعی از مصالح و مفاسد واقعی، مورد قبول قاطبه اندیشمندان اسلامی است. مرحوم علامه مجلسی حدیثی از امام صادق علیه‌السلام نقل می‌کند که فرموده‌اند: «انه لایجعل شیئاً الا لشیئ»^{۲۵} و در ذیل آن می‌نویسد:

«یعنی خداوند هیچ حکمی از احکام را تشریح نکرده مگر به دلیل حکمتی از حکمت‌ها؛ برخلاف نظر اشاعره که منکر غرض و حسن و قبح عقلی هستند.»^{۲۶}

علامه حلی مصلحت احکام را علت تشریح آنها معرفی کرده و تصریح می‌کند که بقای احکام نیز متوقف بر مصالح است:

«احکام شرعی مبتنی بر مصالح‌اند، مصالح نیز با تغییر زمان و اختلاف مکلفین تغییر می‌کنند؛ امکان دارد حکم خاصی در یک زمان برای برخی جوامع مصلحت داشته و به آن فرمان داده شود و در زمان دیگر و برای

۲۵. محمد باقر مجلسی، بحار الانوار، ج ۲ (بیروت: موسسه وفاء، ۱۴۰۳)، ۹۲.

۲۶. همانجا.

جوامع دیگر مفسده داشته باشد و از آن نهی شود.^{۲۷}

تشریح احکام اسلام، از جمله تشریح حدود الهی، اصولاً بر مبنای مصالح و مفساد صورت گرفته است و برخی مباحثی که در باب منع اجرای حدود مطرح می‌شود در واقع به این برمی‌گردد که مصلحت مهم‌تری در مقابل مصلحت اجرای حدود قرار می‌گیرد. به نظر می‌رسد بحث مصلحت و تشخیص مصلحت و تعطیل احکام بر اساس مصلحت، در بسیاری از مواضع، در واقع به همان بحث تراحم احکام و ترجیح اهم بر مهم برمی‌گردد. به این معنا که اجرای این حکم و تأمین این مصلحت، مانع امتثال واجب دیگر و مصلحت دیگر است و هم‌زمان نمی‌توان هر دو مصلحت را برآورده نمود و اجرای هریک مزاحم و منافی اجرای دیگری است. بنابراین، هرگاه بین دو واجب تراحم باشد، در مقام رفع تراحم، آنچه اهمیت بیشتری داشته باشد، مقدم می‌گردد و باید به اهم عمل نمود. مرحوم امام خمینی کارکرد مصلحت را به عرصه تقنین نیز تعمیم داده، تحت عنوان حکم حکومتی آن را در ابواب مختلف فقهی و شؤون مختلف حکومت جاری می‌داند:

«حاکم می‌تواند مساجد را در صورت لزوم تعطیل کند ... حکومت می‌تواند قراردادهای شرعی را که خود با مردم بسته است، در مواقعی که آن قرارداد مخالف مصالح کشور و اسلام باشد، یک‌جانبه لغو کند و می‌تواند هر امر را، چه عبادی و یا غیر عبادی که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن، مادامی که چنین است، جلوگیری کند و حکومت می‌تواند از حج جلوگیری کند. حکومت می‌تواند از حج که از فرایض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف مصالح کشور اسلامی دانست، موقتاً جلوگیری کند.»^{۲۸}

ایشان و برخی دیگر در واقع حکم حکومتی را، که بر پایه مصلحت شکل می‌گیرد، نه تنها حکم شرع می‌دانند بلکه به عقیده برخی، آن را به عنوان حکم اولی شرعی محسوب می‌کنند^{۲۹}؛ مرحوم منتظری می‌نویسد:

«احکام حکومتی، اگرچه از سوی حاکم اسلامی صادر می‌شود ولی بخشی از احکام الهی محسوب می‌گردند؛ چون به دستور خدا، تبعیت از آن واجب است.»^{۳۰}

۴-۱-۱- تأملی در استناد به مصلحت

باید توجه داشت که به دست آوردن ملاک مصلحت و تشخیص اهم و مهم ساده نیست و مستلزم مبنای فقهی و احیاناً تحقیقات و بررسی‌های میدانی و علمی و کیفی‌شناسانه است. نکته‌ای که در استناد به مصلحت اهتمام کافی بر آن وجود ندارد. در واقع عمده قواعدی که در صفحات بعد به عنوان ادله منع اجرای حدود مطرح می‌کنیم نیز ملاک‌های تشخیص مصلحت و مواضع تراحم اهم و مهم است. آیت الله هاشمی شاهرودی می‌نویسد:

۲۷. حسن بن یوسف حلی، کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد (قم: انتشارات مصطفوی)، ۲۷۸.

۲۸. امام خمینی، صحیفه امام، ج ۲۰، ۴۵۱، www.imam-khomeini.ir

۲۹. حمید دهقان، جایگاه مصلحت در قانونگذاری کیفری ایران (قم: بوستان کتاب، ۱۳۹۰)، ۳۸.

۳۰. حسنعلی منتظری، کتاب الحدود (قم: دارالفکر، ۱۴۰۰ ق)، ۱۷۳.

«در حدودی که حق خداوند یا آدمیان باشد، حاکم می‌تواند در یکی از این سه حالت از اجرای حد امتناع کند: ۱- حالت تزاحم؛ هرگاه حاکم تشخیص دهد که اجرای حد، مفسده و ضرری را در پی دارد که هرگز شارع به آن راضی نخواهد بود، زیان‌هایی چون: روی گرداندن مردم از اصل اسلام، رخ گشودن ناتوانی و سستی در حکومت و یا شعله‌ور شدن آتش فتنه و جنگ میان دولت‌های اسلامی با دولتی دیگر در صورت اجرای حد بر یکی از تبعه آن دولت‌ها و مانند آن. این حکم مطابق قاعده است و همه موارد تزاحم نیز به همین گونه می‌باشد.»^{۳۱}

۴-۲- حرمت موهون نمودن دین

تعبیر «وهن دین»، «وهن اسلام»، «وهن مذهب»، «وهن نظام»، «مخدوش شدن چهره اسلام» و از این قبیل تعابیر، لاقول در ادبیات فقهی و سیاسی معاصر یکی از عناوین پرکاربرد بوده است. امام خمینی(ره) در جایی فرموده‌اند:

«کار کردن برای کفار، که مستلزم وهن دین مقدس اسلام است، حرام و اجرت در مقابل آن سحت و محرم است.»^{۳۲}

در ادبیات سیاسی ما به‌نوعی جمهوری اسلامی، در جایگاه دین اسلام قرار گرفته و چنین استدلال‌هایی در مقام حفظ حکومت اسلامی نیز مطرح می‌شود. امام خمینی (ره) در جایی فرموده‌اند:

«در صورتی که اقامه نماز جماعت در اول وقت در ادارات موجب وهن حیثیت جمهوری اسلامی، به علت سوء استفاده عده‌ای شود، دولت باید اقامه نماز جماعت را تعطیل کند.»^{۳۳}

در سال‌های اخیر این حکم و استدلال معمولاً در خصوص قمه‌زنی استفاده می‌شود. و لذا بجای وهن اسلام، تعبیر وهن مذهب نیز به کار گرفته شده است. در پاسخ به استفتائی که در مورد قمه‌زنی از محضر مقام معظم رهبری شده آمده است:

«هر کاری که برای انسان ضرر داشته و یا باعث وهن دین و مذهب گردد حرام است و مؤمنین باید از آن اجتناب کنند و مخفی نیست که بیشتر این امور باعث بدنامی و وهن مذهب اهل بیت علیهم‌السلام می‌شود و این از بزرگ‌ترین ضررها و خسارت‌هاست.»^{۳۴}

امام خمینی (ره) در بیانی چنین اظهار داشتند:

«اسلام آن‌طور که ... حدود را تعیین کرده است، با آن شرایط، کم اتفاق می‌افتد که ثابت بشود. همان وقت هم باید تحت نظر مجتهد عادل باشد. هرج و مرج نباشد که هر که در هر گوشه‌ای یک چیزی درست کرده است، حدود جاری کند ... مبدا خدای نخواستہ چهره اسلام ... جور دیگر جلوه بکند؛ دشمن‌های ما چهره

۳۱. سید محمود هاشمی شاهرودی، *بایسته‌های فقه جزا* (تهران: نشر دادگستر، ۱۴۱۹)، ۲۰۳.

۳۲. امام خمینی، صحیفه امام، جلد ۲، پیشین، ۴۹۵.

۳۳. امام خمینی، صحیفه امام، جلد ۱۸، پیشین، ۱۸۵.

۳۴. سیدعلی خامنه‌ای، *أجوبة الاستفتاءات* (قم: دفتر معظم له در قم، ۱۴۲۴)، ۳۲۹.

اسلام را طور دیگری جلوه بدهند.^{۳۵}

در این بیان مستند لزوم مواظبت در اجرای حدود را «مخدوش شدن چهره اسلام» دانسته‌اند. گرچه هر دو بیان اخیرالذکر دلالت صریحی بر جواز تعطیلی حدود ندارند لیکن مواردی که در صفحات گذشته از برخی صاحب‌منصبان نقل نمودیم صراحت در استناد به این مطلب در توقف اجرای حدود دارد. به‌علاوه ظاهراً این همان عنوانی است که تنظیم‌کنندگان لایحه اولیه قانون مجازات اسلامی جدید، شرط عدم اجرای رجم قرار داده بودند و البته با تعبیر «وهن نظام» از آن یاد کرده بودند:

«... تبصره ۴ - هرگاه اجرای حد رجم مفسده داشته و باعث وهن نظام شود با پیشنهاد دادستان مجری حکم و تأیید رئیس قوه قضاییه در صورتی که موجب حد با اقرار وی اثبات شده باشد تبدیل به صد ضربه شلاق می‌شود و در غیر این صورت تبدیل به قتل می‌شود.»^{۳۶}

۴-۲-۱- نقدی بر استناد به این قاعده

اولاً به نظر می‌رسد در مورد مفهوم و ماهیت «وهن دین» خلط صورت گرفته است. وهن در لغت به معنی ضعف و سستی در کار و اشیاء و بدن است^{۳۷} و فعل آن به دو صورت لازم و متعدی به کار رفته است.^{۳۸} یعنی «وهن اسلام»، هم به معنی ضعف و سستی اسلام است، هم به معنی ضعیف و سست نمودن دین اسلام. لیکن از ترکیب «وهن اسلام»، به جهت معنای معهود از توهین در زبان فارسی و اصطلاح حقوقی، بیشتر معنی هتک حرمت و تحقیر اسلام به ذهن می‌رسد. که شاید تعبیر «مخدوش شدن چهره اسلام» تعبیر دقیق‌تری برای آن باشد. همان‌طور که دیدیم در عمده مواردی که از کلام بزرگان نقل نمودیم نیز «وهن دین» در معنی تحقیر و بدنامی و مخدوش شدن چهره دین به کار گرفته شده است. و البته در برخی موارد نیز معنی اصلی و اصح آن یعنی تضعیف دین نیز اراده شده است.

ثانیاً به نظر می‌رسد استناد به احتمال وهن اسلام، اگر آن‌گونه که در گفتمان نظام اسلامی ایران معمول است، به معنی مخدوش شدن چهره اسلام باشد، برای تعطیل نمودن احکام الزامی چندان موجه نباشد! متن یک استفتاء و پاسخ آن از سوی آیه الله مکارم شیرازی مؤید این کلام است:

«سؤال ۹۲۹- باتوجه به تبلیغات شدید رسانه‌های خارجی علیه حکومت اسلامی و دین مبین اسلام، اگر اجرای بعضی از حدود موجب وهن اسلام گردد، لطفاً بفرمایید: اولاً: آیا می‌توان از اجرای آن صرف‌نظر کرد؟ ثانیاً: در صورت جواز، تشخیص موهن بودن به عهده چه فرد یا افرادی خواهد بود؟ و ثالثاً: چه مجازاتی جانشین حد اجرا نشده خواهد شد؟

جواب: در فرض مسأله، می‌توان آن را به صورتی که این اثر را نداشته باشد انجام داد، و تشخیص آن با حاکم

۳۵. امام خمینی، صحیفه امام، جلد ۱۴، پیشین، ۵۷.

۳۶. مرکز پژوهش‌های مجلس، پیشین.

۳۷. خلیل بن احمد فراهیدی، کتاب العین، ج ۴ (قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰)، ۹۲.

۳۸. اسماعیل بن حماد جوهری، الصحاح، ج ۶ (بیروت: دار العلم للملایین، ۱۴۱۰)، ۲۲۱۵.

شرع و مراجع تقلید است؛ ولی نباید در برابر هر شعاری از سوی مخالفین تسلیم شد!^{۳۹}

ثالثاً اینکه ما وظیفه داشته باشیم نزد دیگران و غیرمسلمین چهره‌ی زیبایی از اسلام ترسیم کنیم محل تردید و تأمل است. اگر ما به عنوان مسلمان، اسلام را با همین احکامش حق دانسته و پذیرفته‌ایم و معتقدیم در همین زمانه و شرایط نیز حکم اسلام همین است، و ما موظف به تبلیغ و گسترش اسلام باشیم، پس باید همان‌گونه که هست و با همان احکامش آن را عرضه کنیم. چطور به عقل خود اجازه می‌دهیم با برخوردی گزینشی بعضی احکام را بیان کنیم و بعض دیگر را کتمان کنیم ولی ناپسند شمردن آنها توسط عقلای زمانه را به عجز عقل و عقلا از درک مصلحت منسوب می‌کنیم؟ مگر آنکه خود نیز در صحت و حقانیت این احکام تردید داشته باشیم و وهن دین را بهانه کنیم!

رابعاً مقصود از وهن دین در معنی اصح آن یعنی سست نمودن و تضعیف دین نیز، اگرچه قابلیت بیشتری جهت مستند قرار گرفتن برای توقف و تعطیلی احکام الزامی دارد، اما شدیداً مبهم و محتاج تنقیح و تبیین است. آیا اصولاً اسلام موجودیتی انتزاعی و جدای از مسلمین دارد که باید تقویت و گسترش یابد؟ دین چگونه ضعیف و سست می‌شود و این چه مشکل مهمی در دین ایجاد می‌کند که باید از احکام الزامی آن صرف‌نظر کرد؟

خامساً جریان این قاعده مشروط بر وجود تراحم اجرای حدود با مصلحت مورد بحث است. لیکن وجود این تراحم اثبات شده نیست. به عنوان مثال آیا واقعاً اجرای قطع ید سارق پایه‌های اسلام را سست کرده و موجب تضعیف و زوال آن می‌شود؟ سخت‌ترین ضربه‌ها به چهره‌ی اسلام را امروزه گروه داعش به اسلام زده‌اند؛ آیا دین اسلام وجود و ماهیتی خارجی است که می‌توانیم بگوییم با ضربات سخت داعش بر نمای ظاهریش، ضعیف و سست شده و رو به زوال است؟ یا مسأله به گونه‌ی دیگری است.

۴-۳- قاعده حرمت تنفییر از دین

قاعده تنفییر نیز یکی از گفتمان‌های پرتکرار در توجیه توقف اجرای حدود است. مفاد قاعده تنفییر از دین را دکتر نوبهار این‌گونه بیان کرده است:

«انجام هر عملی که موجب بی‌زاری و نفرت مردم از دین شود، حرام است. حتی اگر عمل به یک حکم الزامی شرعی هم موجب گریزان شدن مردم از دین شود می‌توان و بلکه باید از عمل به آن خودداری کرد؛ جز در مورد احکامی که شارع مقدس در هیچ حال راضی به ترک آنها نیست.»^{۴۰}

ایشان و برخی دیگر،^{۴۱} یکی از مصادیق جریان این قاعده را اجرای حدود دانسته، معتقدند:

۳۹. ناصر مکارم شیرازی، *استفتاءات جدید*، ج ۳ (قم: انتشارات مدرسه امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۲۷)، ۳۶۱.

۴۰. رحیم نوبهار، «بررسی قاعده فقهی حرمت تنفییر از دین»، *تحقیقات حقوقی (یادنامه دکتر شهیدی)* (۱۳۸۴)، ۱۳۵.

۴۱. به عنوان مثال نک: حسین میرمحمدصادقی و محمد احمدی، «قلمرو جرم‌انگاری و جرم‌زدایی»، *گفتن‌های حقوقی* (۱۳۹۶)، ۲۹.

«اگر اجرای پاره‌ای از مجازات‌ها مایهٔ بیزاری مردم از دین شود باید از اجرای آنها خودداری نمود.»^{۴۲}

مرحوم منتظری نیز می‌نویسد:

اگر برخی حدود با کیفیت ویژهٔ آن در منطقه‌ای خاص یا در همهٔ مناطق و یا در برهه‌ای از زمان موجب تنفر افکار عمومی از اسلام و احکام آن و در نتیجه، تضعیف اساس دین گردد، حاکمیت اسلامی یا متولی حوزهٔ قضا می‌تواند - بلکه موظف است - اقامهٔ آن حد را تا زمان توجیه افکار عمومی نسبت به مقررات و حدود اسلامی و علت وضع آنها تعطیل نماید.^{۴۳}

۴-۳-۱- نقدی بر استناد به این قاعده

اولاً به نظر می‌رسد موضع جریان قاعده، با مسائل مورد استناد در باب حدود قدری متفاوت است. حرمت تنفیر از دین، آن‌گونه که از تعریف مذکور و استعمالات فقهای گذشته برمی‌آید مربوط به بیزار نمودن شخص مؤمن و مسلمان از دین است، یعنی مثلاً فقها می‌گویند امام جماعت نباید برای خواندن نماز اجرت بگیرد چون ممکن است مأمومین از دین بیزار شوند.^{۴۴} حال آنکه در بحث ما این قاعده، در موضع ایجاد بیزاری از اسلام در میان عموم مردم، علی‌الخصوص غیرمسلمین و مجامع غربی بلکه دشمنان اسلام و نظام مطرح می‌شود.

ثانیاً به نظر می‌رسد در واقع این قاعده با قاعدهٔ حرمت موهون نمودن دین، در هر دو معنای آن، خلط شده است. اگر در کلام مرحوم منتظری با دقت بیشتری بنگریم، می‌بینیم که در این سخن آنچه موضوعیت داده می‌شود، «تضعیف اساس دین» است که همان معنای اصح از وهن دین است. یعنی تنفیر از دین اگر آن‌چنان باشد که موجب وهن و تضعیف اساس دین شود آنگاه می‌تواند دلیلی برای عدم اجرای حدود قرار گیرد.

ثالثاً به نظر می‌رسد صرف ایجاد دیدگاه منفی نسبت به دین نمی‌تواند دلیل موجهی برای تعطیل حدود باشد. و اگر بخواهیم رضایت دیگران را ملاک عمل به دستورات دینی قرار دهیم به جایی می‌رسیم که چیزی از دین باقی نمی‌ماند کما اینکه خداوند حکیم نیز در قرآن کریم می‌فرماید: «و لن ترضی عنک الیهود و لن نصاری حتی تتبع ملتهم»^{۴۵}؛ این آیهٔ شریفه خطاب به پیامبر اکرم صلوات‌الله‌علیه‌وآله می‌فرماید اگر بخواهی نظر یهود و نصاری را تأمین کنی، تا وقتی که به‌طور کامل تابع آنها نشوی از تو راضی نخواهند شد.

۴-۴- قاعده و جوب حفظ نظام

مفهوم نظام در ادبیات فقهی ما دارای سابقه است. مرحوم صاحب جواهر در بحث حرمت کسب درآمد

۴۲. نوبهار، بررسی قاعده فقهی حرمت تنفیر از دین، پیشین، ۱۶۳.

۴۳. منتظری، پیشین، ۸۵.

۴۴. محمدحسن نجفی، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲ (بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴)، ۱۲۲.

۴۵. بقره/۱۲۰.

به وسیله فعل واجب می‌نویسد:

«اشکال ندارد انسان برای انجام دادن واجبه‌های کفایی مانند صنایع مزد بگیرد چون نظام جامعه به آنها بستگی دارد.»^{۴۶}

مرحوم امام خمینی نیز در کتاب فقهی خود می‌نویسد:

«حفظ نظام از واجبات مؤکد و اختلال امور مسلمین از امور مبعوضه است و اقامه نظام و جلوگیری از اختلال آن بدون وجود والی و حکومت ممکن نیست.»^{۴۷}

چندی پس از استقرار نظام جمهوری اسلامی ایران، مقوله حفظ نظام جایگاه ویژه‌ای پیدا کرد.^{۴۸} مرحوم امام خمینی آن را در بحث قانونگذاری دخالت داده، به صورت قاعده‌ای کلی معرفی نمود که باید همواره مورد توجه باشد و ممکن است حاکم بر دیگر احکام و قوانین شود. ایشان در پاسخ به نامه ریاست وقت مجلس می‌نویسد:

«آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی دخالت دارد که فعل یا ترک آن موجب اختلال نظام می‌شود، و آنچه ضرورت دارد، که ترک آن یا فعل آن مستلزم فساد است، و آنچه فعل یا ترک آن مستلزم خراج است، پس از تشخیص موضوع، به وسیله اکثریت و کلای مجلس شورای اسلامی، با تصریح به موقت بودن آن، مادام که موضوع محقق است، و پس از رفع موضوع خود به خود لغو می‌شود، مجازند در تصویب و اجرای آن؛ و باید تصریح شود که هر یک از متصدیان اجرا از حدود مقرر تجاوز نمود مجرم شناخته می‌شود و تعقیب قانونی و تعزیر شرعی می‌شود.»^{۴۹}

قید موقت بودن حکم ناشی از ضرورت، اشاره به جریان قاعده حفظ نظام در مورد حکم اولیه الزامی دارد و اطلاق این بیان شامل حدود نیز می‌شود پس اگر به عنوان مثال اجرای مجازات قطع ید موجب اختلال نظام جامعه تشخیص داده شود؛ مجلس می‌تواند توقف اجرای آن و جایگزین نمودن مجازاتی مناسب را تصویب کند.

۴-۱- نقدی بر استناد به این قاعده

اولاً نظام، حفظ نظام و اختلال نظام، همچون کثیری از عناوین فقهی و حقوقی دیگر، عناوینی مبهم و غیرمنقح‌ند که ممکن است هریک از اندیشمندان و حاکمان و مجریان، مفاهیم و مصادیق مختلف و متفاوتی را زیرمجموعه آن بدانند و افعال و احکام متنوعی را محل نظام بدانند. لذا باید این مفاهیم تنقیح شده، صدق آن بر موضوع بحث بررسی شود.

ثانیاً آنچه از استعمالات مرحوم امام خمینی (ره) برمی‌آید آن است که حفظ نظام در برابر اختلال نظام است و اختلال نظام یعنی مختل شدن و از کار افتادن سازمان حاکم بر اداره جامعه؛ یعنی

۴۶. نجفی، پیشین، ج ۱۵، ۱۹.

۴۷. سید روح الله خمینی، کتاب البیع (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱)، ۱۹۶.

۴۸. نک: محسن ملک‌افضلی، قاعده حفظ نظام (تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۷).

۴۹. امام خمینی، صحیفه امام، ج ۱۵، پیشین، ۲۹۷.

حکومت به چنان اشکال مهمی بر بخورد که دیگر نتواند جامعه را اداره کند. لیکن مجازات‌های چالش‌برانگیز فقهی هم‌اکنون نیز تقنین شده و کم و بیش اجرا شده‌اند و اگرچه واکنش‌هایی را به دنبال داشته‌اند، لیکن هیچ‌گاه موجب از کار انداختن حکومت و اختلال در اداره امور جامعه نشده است لذا صدق این عنوان در موضع بحث بعید به نظر می‌رسد؛ مگر آنکه جلوه‌های ضعیف این موضوع همچون ایجاد بی‌نظمی اندک و محدود و تضعیف نظام را نیز در گستره این قاعده بدانیم که البته در این صورت با قواعد عسر و حرج و لاضرر نیز تداخل خواهد داشت.

۴-۵- قاعده نفی عسر و حرج

عُسر به معنی سختی است و حَرَج به معنی تنگنا^{۵۰} و «عسر و حرج» معمولاً در مورد سختی ناشی از عمل به تکلیف به کار می‌رود. قاعده «نفی عسر و حرج» یا به تعبیری قاعده «لا حرج»، یکی از قواعد معروف در فقه و حقوق است که فقهای ما در ابواب مختلفی به آن استناد کرده‌اند. البته این قاعده عمدتاً در ابواب عبادی مورد استناد قرار گرفته است. به عنوان مثال در مورد وضو هرگاه موجب عسر و حرج باشد، حکم و وجوب از آن برداشته شده و البته وجوب تیمم جای آن را می‌گیرد. همچنین در برخی ابواب معاملات، یا به تعبیر حقوقی، در برخی موضوعات حقوق مدنی نیز کاربرد دارد. به عنوان مثال در بحث حقوق خانواده، ماده ۱۱۳۰ قانون مدنی ایران تصریح به این عنوان نموده، در صورت عسر و حرج زوجه، به حاکم اجازه داده است که رأساً طلاق را جاری سازد. لیکن برخی نویسندگان، در امور کیفری همچون اجرای احکام کیفری نیز از این قاعده نام برده‌اند.^{۵۱} اکنون به اختصار به تبیین این قاعده و ارتباط آن با بحث می‌پردازیم.

این قاعده نیز از سال‌های ابتدایی تشکیل نظام جمهوری اسلامی در قانونگذاری مورد توجه قرار گرفت. در نامه اخیرالذکر امام خمینی (ره) به مجلس شورای اسلامی به کارکرد این قاعده نیز تصریح شده است:

«... و آنچه فعل یا ترک آن مستلزم حرج است، پس از تشخیص موضوع، توسط اکثریت وکلای مجلس شورای اسلامی، با تصریح به موقت بودن آن مادام که موضوع محقق است و پس از رفع موضوع خود به خود لغو می‌شود، مجازند در تصویب و اجرای آن ...»^{۵۲}

ایشان اجازه داده‌اند که در قانونگذاری، به استناد قاعده عسر و حرج، استثنائاتی بر قوانین و احکام وضع شود. لسان ایشان اگرچه بسیار محتاطانه است و تأکید بر موقت بودن و ثانوی بودن این‌گونه قوانین دارد لیکن حکمی کلی است که شامل موضوعات و ابواب مختلف فقهی و حقوقی می‌شود. ضمناً از بیانات ایشان استفاده می‌شود که افعال مد نظر ایشان احکام شرعی ثابتی است که عارض شدن موضوعاتی چون عسر و حرج صرفاً تأثیر موقت در منع اجرای آنها دارد. این نگاه دقیقاً منطبق

۵۰. سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، ج ۲، (تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۴)، ۶۰.

۵۱. رحیم نوبهار، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی (قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۰)، ۳۱۵.

۵۲. امام خمینی، صحیفه امام، ج ۱۵، پیشین، ۲۹۷.

بر احکامی چون حدود اسلامی است که اصولاً مجازات‌هایی ثابت و لایتغیر محسوب می‌شوند. از سویی، در متن دیگری، در مقام اجرای حکم نیز، به محاکم قضایی اجازه دادند در صورتی که اجرای حکمی موجب عسر و حرج باشد از اجرای آن خودداری کنند. لذا در پاسخ به استفتای دادستان کل وقت فرمودند:

«در مواردی که مدیر و مقام مسؤول تشخیص حرج دادند، با تشخیص و تصویب اکثریت شورای عالی قضایی، دادستان کل کشور می‌تواند از اجرای حکم جلوگیری کند.»^{۵۳}

پس اگر در عکس‌العمل نسبت به تقنین یا اجرای برخی کیفرها، تحریم‌ها و فشارهایی علیه نظام جمهوری اسلامی ایران وجود داشته باشد که نتیجه آن بروز تنگی و حرج و سختی، چه در معیشت، چه در امور دیگر سیاسی و فرهنگی جامعه باشد، حاکم اسلامی می‌تواند به استناد قاعده لاجرح اجرای آن کیفرها را متوقف کند.

۴-۵-۱- تأملی در استناد به قاعده لاجرح

گستره این قاعده نیز مبهم و مشکک است و به‌هرحال صدق این قاعده در مورد تقنین و اجرای حدود باید بررسی شود. مصداق آن را زمانی می‌توان محقق دانست که به عنوان مثال در قبال اجرای حدود، تحریم‌هایی علیه دولت ایران وضع شده که موجب عسر و حرج ایرانیان شده است. به نحوی که اگر اجرای آنها متوقف شود، آن تحریم‌ها نیز رفع خواهد شد.

۴-۶- قاعده لاضرر

قاعده لاضرر از مشهورترین قواعد فقهی است که مورد توجه بسیاری از فقیهان بوده، بسیاری از ایشان رساله‌ای مستقل در آن نگاشته‌اند. این قاعده متخذ از کلام معروف نبی گرامی اسلام صلوات‌الله‌علیه‌وآله است که: «لاضرر و لااضرار فی الاسلام». به‌طور خلاصه مفاد این قاعده این است که در فقه اسلامی در مقام انشاء، حکمی وضع نشده که مستلزم ضرر به دیگران باشد و همچنین در مقام اجرا، اجرای هیچ حکم شرعی نباید موجب ضرر رساندن به دیگران شود.^{۵۴} در فقه و حقوق، عمده کاربرد این قاعده در حقوق مدنی است. به عنوان مثال ماده ۱۳۲ قانون مدنی تصرف مالک در ملک خود را، در صورتی که موجب اضرار به همسایه باشد، ممنوع کرده است. اما در شؤون اجتماعی نیز این قاعده مورد توجه فقها قرار گرفته است؛ امام خمینی(ره) در مورد شرایط نهی از منکر می‌فرماید:

«خوف از ضرر جانی، عرضی و مالی معتنا به و یا عسر و حرج شدید برای خود و یا خانواده و یا سایر مسلمانان، اعم از اینکه ضرر بالفعل باشد و یا در آینده صورت گیرد، موجب سقوط نهی از منکر خواهد شد.»^{۵۵}

۵۳. امام خمینی، صحیفه امام، ج ۱۸، پیشین، ۵۲۳.

۵۴. محقق داماد، پیشین، ۱۳۸.

۵۵. سید روح الله خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱۰ (قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، ۱۳۸۲)، ۴۷۲.

این ملاک به روشنی قابل تسری به مباحث کیفری است که در واقع نوعی نهی از منکر و از مراتب عالیۀ آن است و می‌تواند مستند توقف اجرای حدود باشد. یکی از محققین می‌نویسد:

«مبارزه با جرایم چه در جرایم مستوجب حد و یا سایر جرایم، در صورتی که موجب ضرر و یا فساد داخلی و یا فشارهای بین‌المللی، برای مردم و یا نظام اسلامی گردد، اجرای آن متوقف می‌شود تا آنکه زمینه اجرای آن فراهم گردد و یا شکل اجرای آن تغییر یابد؛ مثلاً مجازات از نوع مجازات‌های بدنی و یا اعدام و امثال آن، می‌تواند بر اساس قاعدهٔ لاضرر، منتفی و تبدیل به مجازات‌های دیگر شود.»^{۵۶}

۴-۶-۱- ارزیابی استناد به قاعده لاضرر

در کلام قائلان به توقف اجرای حدود اشاره به این قاعده کمتر شنیده می‌شود. لیکن به نظر می‌رسد استناد به آن از دیگر عناوین مذکور موجه‌تر باشد. به نظر می‌رسد آنجا که یک عالم حقوق یا مقنن یا مجری قانون، بحث وهن دین یا تنفیر را مطرح می‌کند، در واقع آنچه او را وادار به عقب‌نشینی از حکم اسلام نموده است عواقب سوء تقنین و اجرای آن در اقتصاد و سیاست است. آیا اگر جمعی، هرچند کثیر، که هیچ قدرتی ندارند، و نه از لحاظ اقتصادی، نه سیاسی و اجتماعی و نه علمی و فرهنگی توان اعمال نفوذ و ایراد ضرر به دیگران را ندارد؛ اگر معتقد باشد که احکام اسلام یا قوانین نظام اسلامی نادرست و غیرانسانی است، موجب می‌شود که ما احکام و قوانینی را که از نظر خودمان لازم و صحیح و منطقی و مؤثر است تعطیل کنیم؟ قطعاً چنین نیست. بلکه رسول اکرم صلوات‌الله‌علیه که مأمور به تبلیغ نیز بودند، خطاب به مخالفان می‌فرمودند «لکم دینکم و لی دین». به نظر می‌رسد آن مصلحت‌سنجی که به عنوان وهن اسلام و غیره صورت می‌گیرد نیز در واقع از بیم ورود ضرر و صدمه به جامعه است و این مصلحت‌سنجی، اگر مطابق با منافع جامعه و مانع بروز مشکلات و خسارت‌های غیر قابل جبران بر جامعه باشد، صحیح و منطبق بر قاعدهٔ لاضرر است. البته کما اینکه اشاره شد، اگر در جایی مسألهٔ «تخریب دین» یا ورود «عسر و حرج» یا «اختلال نظام» و غیره نیز محقق باشد آن قواعد نیز جاری شده، موجب حرمت فعل مورد نظر خواهد شد؛ لیکن عرض شد که در موضوع ما تحقق آنها محل تردید است.

۴-۷- وجوب تقیه

واژه تقیه مصدر باب (وقی) به معنای پرهیز، نگاهداری و پنهان کردن است.^{۵۷} مفسران، متکلمان و فقها تعاریف متفاوت لیکن کمابیش مشابهی از آن به دست داده‌اند. شیخ مفید (ره) در تعریف آن می‌نویسد:

«تقیه، پنهان کردن حق و پوشاندن اعتقاد به آن در برابر مخالفان، به منظور اجتناب از ضرر دینی یا دنیایی

۵۶. دهقان، پیشین، ۱۷۳.

۵۷. محمد بن مکرّم بن منظور، *لسان العرب*، ج ۱۵ (بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴)، ۴۰۲.

علما و دانشمندان اسلامی تقیه را از جهات مختلف بررسی نموده و تقسیم‌بندی‌های متفاوتی ارائه کرده‌اند. مرحوم امام خمینی تقیه را به «خوفی»، «مداراتی» «کتمانی» و «اکراهی» تقسیم می‌کند و در توضیح آن چنین می‌نویسد:

«تقیه خوفی، گاه به سبب خوف از ورود ضرر به جان یا آبرو یا مال متقی و وابستگان او است و گاهی به سبب احتمال وقوع ضرر بر افراد دیگر از مؤمنان است و گاهی هم به سبب احتمال وقوع ضرر بر کیان اسلام است؛ مثلاً ترس از اختلاف و تفرقه مسلمان‌ها، سبب تقیه می‌شود. تقیه مداراتی، عبارت است از جلب دوستی مخالف، به سبب وحدت کلمه، بی‌آنکه ضرری از سوی او، شخص را تهدید کند. تقیه کتمانی، تقیه‌ای است که به خودی خود دارای ارزش است و در برابر افشای سرّ قرار دارد. اما تقیه اکراهی، که بحث آن در مکاسب محرّمه آمده، عبارت از تقیه‌ای است که ضرورت و اضطرار، سبب آن می‌شود.»^{۵۹}

«خوف» از ورود ضرر یا عسر و حرج به مؤمنان یا وقوع ضرر بر کیان اسلام علاوه بر اینکه ممکن است موضوع قاعده‌لاضرر یا حفظ نظام باشد می‌تواند موضوع وجوب تقیه و مخفی کردن اعتقاد به وجوب حدود نیز باشد. اقدام ناموفق مجلس برای حذف مجازات رجم از متن قانون و البته عدم ذکر حد ارتداد یا حد سحر در قوانین موجود را می‌توان مصداق عمل به این حکم دانست. برخی از محققین تقیه مداراتی را نیز دلیلی بر خودداری از اجرای حدود دانسته‌اند. دکتر نوبهار می‌نویسد:

«در برخی از انواع تقیه، به‌ویژه تقیه مداراگرانه، الزاماً نگرانی و خوف خاصی برای جان و مال فرد تقیه کننده وجود ندارد، بلکه راز تشریح تقیه، حفظ مصالح دین و مذهب، از جمله جلوگیری از سوء تفاهم درباره عقاید مذهبی و پیشگیری از دین‌گریزی است. از همین رو، در روایتی از امام صادق علیه‌السلام، تقیه از اسباب تقویت دین و در روایتی دیگر، قوام دین به شمار آمده است.»^{۶۰}

۴-۷-۱- نقدی بر استناد به وجوب تقیه

سخن از پنهان کردن عقاید ملت بزرگ اسلامی، در عصر سهولت و سرعت نشر اطلاعات و دستیابی عموم انسان‌ها به آن را می‌توان سخنی بی‌معنی دانست. گو اینکه قرن‌هاست کتب علمی اسلامی از سوی اندیشمندان غربی مورد مذاقه بوده است. ضمناً روشن است که سخن از تقیه به دلیل خوف از ورود عسر و حرج و ضرر یا پیشگیری از دین‌گریزی یا ضرر به کیان اسلام، در واقع خلط این مبحث با قواعد لاحرج، لاضرر، تنفیر و وهن دین است.

۵۸. به نقل از ناصر مکارم شیرازی، *التواعد الفقهيّة*، ج ۱ (قم: انتشارات مدرسه امیرالمؤمنین (ع)، ۱۴۱۱)، ۳۸۷.

۵۹. سید روح الله خمینی، *الرسائل العشره* (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸)، ۱۷۰.

۶۰. رحیم نوبهار، اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی، پیشین، ۳۱۵.

۵- جمع‌بندی مباحث در نقد نظام حقوق کیفری

۵-۱- یک‌جانبه‌گرایی و انفعال

همان‌گونه که اشاره شد یکی از مهم‌ترین اشکالات نظام حقوق کیفری ما این است که صرفاً به بازتاب‌های اجرای حدود می‌نگرد و به مشکلاتی که در اثر تقنین برخی حدود و کیفرهای اسلامی در نظام کیفری ایجاد می‌کند توجه چندانی ندارد و اهتمامی در رفع معضلات ناشی از تقنین حدود ندارد. گویی هرآنچه تلاش و همت در توقف اجرای حدود داشته است، صرفاً عکس‌العملی منفعلانه نسبت به بازتاب‌های منفی بوده است.

در سخنان و متونی که نقل کردیم نیز این معنا مشهود بود. طبعاً این عکس‌العمل‌ها صرفاً در موضعی که آن بازتاب‌ها وجود دارد دیده می‌شود. به همین خاطر است که آنچه بیش از هر چیز مورد توجه مسؤولان بوده نیز سنگسار بوده که بیشترین بازتاب منفی نسبت به آن وجود داشته است. حال آنکه ایستایی حدود و اشکالات ناشی از آن در تمامی موارد آن موجود است. آیا نباید تأثیرات کیفرها و تناسب ماهوی و پذیرش عرفی و میزان بازدارندگی و بسیاری بررسی‌های علمی دیگر در مورد کیفرهای تعیین شده و شیوه اثبات و اجرا و غیره صورت گیرد؟ اگر نتایج تحقیقات آن بود که جرم‌انگاری فلان موضوع و تعیین فلان کیفر حدی بازدارنده نیست بلکه جرم‌زاست، آیا این از مصادیق تراحم با قاعده لاضرر نیست؟ آیا خلاف لزوم تبعیت احکام از مصالح و مفاسد نیست؟ آیا با وجوب اقامه قسط و عدل در تراحم نیست؟ پس حاکم و مقنن بیش از آنکه به فکر بستن دهان خرده‌گیران باشد باید به فکر کارکرد اصلی کیفرها و اثرگذاری و بازدارندگی آنها باشد و پیشینه هزار ساله فقهی را بهانه نکند بلکه فقها را به سمت پژوهش‌های به‌روز سوق دهد. چه آنکه آنچه صدها سال در کتب فقهی تبیین و تنقیح شده، صرفاً پژوهش‌هایی فارغ از عینیات اجرایی و در بستر زمانه‌ای کاملاً متفاوت شکل گرفته است.

۵-۲- عدم اتخاذ مبنای علمی

در این نوشتار، هفت عنوان فقهی مطرح در چاره‌جویی نسبت به مشکلات اجرای حدود را مرور نمودیم؛ استناد به اصل مصلحت، قاعده حفظ نظام، حرمت موهون نمودن دین، قاعده حرمت تنفیر از دین، قاعده نفی عسر و حرج، قاعده لاضرر و استناد به وجوب تقیه. مطلوب مستدین و نتیجه استناد به این اصول و قواعد، توقف اجرای حدود به دلیل وجود مصلحتی مهم است. اگرچه بحث اصل مصلحت، علاوه بر اینکه به نوعی جامع این موارد است، ظرفیت بیشتری داشته، می‌تواند مبنای تغییر و تبدیل حدود نیز واقع شود. از این میان به نظر می‌رسد قاعده فقهی لاضرر، در صورتی که با اجرای حدود در تراحم قرار گیرد قابلیت جلوگیری از اجرای آن را دارند. لیکن انطباق قواعد حرمت وهن دین و تنفیر و حفظ نظام و عسر و حرج و تقیه بر موضوع بحث، محل تردید است. از قضا در سخنان مسؤولان و صاحب‌نظران کم‌ترین توجه و استناد نسبت به همین قاعده لاضرر بوده است.

اصولاً قانونگذار ایران، مبنا و مستند خود برای در پیش گرفتن رویهٔ تقلیل‌گرایانه در تقنین و اجرای حدود را مشخص ننموده است. اگرچه در ماده ۲۵۵ قانون مجازات برای عدم اجرای رجم عبارت مبهم و مجمل «عدم امکان اجرا» را به کار برده است. این تعبیر نه مصداق اجرا و نه مستند علمی آن را مشخص نمی‌کند. گرچه به قرائنی می‌توان آن را اشاره به عنوان وهن اسلام و نظام، به معنی مخدوش شدن چهرهٔ آن علی‌الخصوص نزد مجامع بین‌المللی دانست. مبنایی که در صفحات پیشین به ضعف آن اشاره شد و اگر بخواهد مورد توجه قرار گیرد نباید محدود به سنگسار باشد.

۵-۳- بلاتکلیفی و ضعف در تقنین

گفتیم که پس از پیروزی انقلاب اسلامی مسؤولان نظام اهتمام فراوان در اجرای احکام اسلام، از جمله حدود و کیفرهای اسلامی داشتند، لیکن چیزی نگذشت که بالاترین مقام تصمیم‌گیری کشور توصیه به عدم اجرای مجازات سنگسار دادند. درحالی که حکمی اجماعی در فقه فریقین است. اما بازهم این حکم اجرا شد و باز هم سعی در حذف آن صورت گرفت و بازهم اصرار بر بقای آن شد و بار دیگر شرط و شروط بر آن افزوده شد و نهایتاً ماده‌ای مبهم و دوپهلوی تصویب شد و اخیراً نیز بخشنامه‌ای صریحاً خلاف قانون صادر شده است. گویا مجلس ما، اگرچه نهادی چون مرکز پژوهش‌های اسلامی او را یاری می‌کند، پژوهش‌های جامع و پشتوانهٔ علمی محکمی در تقنین ندارد تا بتواند از دستاورد خود دفاع کند، و البته میان اجزای قوهٔ مقننه هماهنگی و همکاری و اعتماد علمی لازم نیز حاکم نیست.

۵-۴- ناکارآمدی رویکردها

هرچند به‌هیچ‌وجه تأثیر شگرف میراث عظیم فقه اسلامی راه، نه فقط بر تعالی حقوق ایران، بلکه بر غنای عالم حقوق نمی‌توان انکار کرد، لیکن باید تعارف را کنار گذاشت و این حقیقت تلخ را پذیرفت که فقهای معظم ما با تمام دقت و اهتمام مثال‌زدنی که برای استخراج احکام شرعی از ادله دارند، مباحث حقوق جزا را به‌روز نکرده‌اند، و حقوق‌دانان به‌روز ما هم شأنیت مخالفت با ایشان را ندارند و صرفاً آنجا که فقها ساکت‌اند سخن می‌گویند!

باید پذیرفت که هیچ یک از قواعد و استدلال‌های مذکور و این رویکرد انفعالی و تقلیل‌گرایانه، هرچند صحیح و مستدل باشد، راه چارهٔ چالش‌های جدی و اصیل ناشی از تقنین حدود نیست؛ تمامی موارد مذکور همان‌گونه که قبلاً اشاره شد درواقع صرفاً انفعال نسبت به بازخوردها و واکنش‌های منفی نسبت به تقنین و اجرای حدود است و به ماهیت و کیفیت کیفرشناسانهٔ آنها و مشکلات ناشی از عدم توازن در نظام کیفری توجه نشده است. باید طرحی نو درانداخت و عزم جزم نمود و ژرف‌تر، جسورانه‌تر و مبنایی‌تر در فقه جزایی نگریست؛ مباحثی چون توجه به غرض و مقصد شارع در تشریح کیفرها، توجه به ظرف زمان تشریح آنها و توجه به تبدل موضوع آنها و دیگر دیدگاه‌های از این دست، هیچ‌گاه به یک بحث جدی اثربخش در فقه جزایی تبدیل نشده و همواره در حد ایده باقی مانده است.

۶- راه پیش رو

از خلال تحولاتی که طی سالیان گذشته در خصوص مجازات سنگسار روی داده است می‌توان افق‌های تازه‌ای در عرصه تقنینی کشور به دست آورد که باید مورد توجه حقوق‌دانان و قانونگذاران قرار گیرد. اولین اتفاق، تصویب ماده ۲۲۵ قانون مجازات بود که خلاف حکم اولیه و اجماعی فقهاست. این ماده تبدیل حد سنگسار به اعدام و جلد را تجویز نموده است. البته آن را مشروط به عدم امکان اجرا نموده است که گفتیم اگرچه شرطی مبهم است لیکن می‌توان آن را اشاره به تراحم اجرا با مصالح مهم‌تری از جامعه تعبیر نمود. وارد نمودن حکم ثانویه ناشی از تراحم مصالح، در متن ماده قانونی و در مقام تعیین مجازات توسط قاضی، در واقع نشان پذیرفتن چالش‌هایی مهم و دائمی در ماهیت این مجازات است که باید از اساس تغییر کند. لیکن گویا صرفاً جهت تأمین نظر شورای محترم نگهبان و احیاناً فقهای ذی‌نفوذی که اصرار به حکم اولیه اسلام دارند ماده به این نحو انشا شده است!

اتفاق دوم و مهم‌تر بخشنامه‌ای است که اخیراً در مورد سنگسار صادر شد. این بخشنامه علاوه بر تأیید حکم خلاف اجماع فقها، حکمی خلاف صریح قانون را نیز دربردارد. و آن اینکه در موردی که قانون تبدیل رجم به جلد را تجویز نموده، بخشنامه نیز تجویز نموده که «برای جلوگیری از آثار سوء اجتماعی...» قاضی در کنار تازیانه تا ۱۰ سال حبس نیز حکم نماید. این حرکت، اگرچه تک مضرابی خلاف اجماعات فقهی و خلاف قانون است، در حقیقت حرکتی رو به جلوست که ظرفیت‌های فقهی و حقوقی آن باید مد نظر قرار گرفته، نظام‌مند و نهادینه شود! نکته مهم و مبنای نهفته در این بخشنامه، جمله «با استجازه حاصله از مقام معظم رهبری» است که آن را به مثابه مجوز مخالفت با فقه و قانون دانسته است. این مبنا در عنوان مصلحت به معنای عام و مفهوم گسترده آن و در زیر عنوان حکم حکومتی جای می‌گیرد. این قید در واقع اشاره به آن دارد که ولی فقیه در صورت تشخیص مصلحت، نه تنها در مواقع ضروری می‌تواند با حکم حکومتی احکام را تعطیل نماید، بلکه می‌تواند احکام جدیدی وضع نماید که خلاف اجماع فقهی و صراحت قانونی نیز باشد. جالب است که نه آن ماده و نه این بخشنامه هیچ یک مورد اعتراض فقها واقع نشده است!

اگر حکم حکومتی با تشخیص مصالح جامعه، می‌تواند به تغییر و تبدیل حکم اسلام بپردازد، ولی فقیه می‌تواند نهادی تخصصی متشکل از فقها و حقوق‌دانان تشکیل دهد که باتوجه به مصالح و مفاسد واقعی در خصوص تغییر و تبدیل کیفرهای معینه در فقه اسلامی، پژوهش و بررسی نموده و تصمیم‌گیری نمایند و کیفری تعیین کنند که مصالح جامعه را تأمین نماید. پس اگر فقها تاکنون در اصلاح و به‌روزرسانی حقوق کیفری از طرق مبنایی نوین اصولی و فقهی توفیق نیافته‌اند لااقل می‌توان راه میان‌بر حکم حکومتی را وسیله ورود به بررسی چالش‌ها و تشخیص بهترین راه برای تأمین مصالح جامعه قرار داد.

فهرست منابع

- ابن منظور، محمد بن مكرم. *لسان العرب*. ج ۱۵، بیروت: دار الفکر، ۱۴۱۴ق.
- ابوزید، نصر حامد. *تقد الخطاب الديني*، ج ۳، قاهره: انتشارات مدبولی، ۱۹۹۵م.
- برترین‌ها، ۱۰/۳۰/۱۳۹۶، www.bartarinha.ir.
- جوهری، اسماعیل بن حماد. *الصحاح*، ج ۶، بیروت: دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ق.
- حلّی، حسن بن یوسف. *کشف المراد فی شرح تجرید الاعتقاد*. قم: انتشارات مصطفوی، بی‌تا.
- خادمی کوشا، محمدعلی. «تبدیل ناپذیری حدود (مجازات‌های بدنی معین در اسلام)». *فقه* ۲۴(۲)(۱۳۹۶): ۷۱-۹۶.
- خامنه‌ای، سید علی. *أجوبة الاستفتاءات*. قم: دفتر معظم له در قم، ۱۴۲۴ ق.
- خمینی، سید روح‌الله. *الرسائل العشره*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸.
- خمینی، سید روح‌الله. *تحریر الوسیله*. ج ۱، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، ۱۳۸۲.
- خمینی، سید روح‌الله. *صحیفه امام*، www.imam-khomeini.ir.
- خمینی، سید روح‌الله. *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ هـ ق.
- خوانساری، سید احمد. *جامع المدارک*. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۶۵.
- دهقان، حمید. *جایگاه مصلحت در قانونگذاری کیفری ایران*. قم: بوستان کتاب، ۱۳۹۰.
- رادیو زمانه. «اروپا اجرای سنگسار در ایران را محکوم کرد»، ۱۳۸۷/۱۰/۲۵، www.zamaaneh.com.
- رهامی، محسن. «تحول و تعدیل مجازات‌ها در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران». *حقوق خصوصی* ۲(۱۳۸۲): ۵-۲۴.
- زینالی، حمزه. «کیفر بدنی». *مجله حقوقی دادگستری*. ۴۳(۱۳۸۲): ۴۳-۷۰.
- سازمان دیدبان حقوق بشر، ۱۳/۰۳/۱۳۹۲، www.hrw.org.
- سازمان عفو بین‌الملل. «به اعدام با سنگسار خاتمه دهید»، ۱۳۸۶/۱۰/۲۵، www.Iranrights.org.
- سروش، عبدالکریم. «گفتگو درباره بسط تجربه نبوی». *مجله آفتاب* ۱۵(۱۳۸۱).
- شبستری، سید محمد. *هرمنوتیک، کتاب و سنت*. ج ۱. تهران: نشر قیام، ۱۳۷۵.
- عشرت عبداللہی، «احکام رجم به صورت ویژه بررسی می‌شود / ساز و کارهای جدید برای قانون سنگسار»، *روزنامه اعتماد*، ۱۳/۰۸/۱۳۸۶، ۱.
- فراهیدی، خلیل بن احمد. *کتاب العین*، جلد ۴. قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ق.
- قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. *جامع الثنات فی أجوبة السؤالات*. تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ق.
- مجلسی، محمد باقر. *بحار الانوار*. جلد ۲. بیروت: موسسه وفاء، ۱۴۰۳ هـ ق.
- محقق داماد، سید مصطفی. *قواعد فقه*. جلد ۱ و ۲. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
- مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۷/۰۴/۱۳۹۲، www.rc.majlis.ir.
- مرکز تحقیقات اسلامی مجلس شورای اسلامی. گزارش بررسی رفع اشکالات شورای نگهبان بر قانون مجازات اسلامی، ۱۳۹۲/۲/۲۳.
- مطهری، مرتضی. *اسلام و مقتضیات زمان*. قم: انتشارات صدرا، ۱۳۷۰.
- مکارم شیرازی، ناصر. *استفتاءات جدید*. جلد ۳. قم: انتشارات مدرسه امیرالمؤمنین(ع)، ۱۴۲۷ق.
- مکارم شیرازی، ناصر. *القواعد الفقهیة*، جلد ۱. قم: انتشارات مدرسه امیرالمؤمنین(ع)، ۱۴۱۱ق.
- ملک افضلی اردکانی، محسن. *قاعده حفظ نظام*. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۷.
- منتظری، حسینعلی. *مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر*. قم: ارغوان دانش، ۱۴۲۹ق.

- منتظری، حسینعلی. کتاب الحدود. قم: دارالفکر، ۱۴۰۰ق.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. «آیا سنگسار واقعاً یک حکم اسلامی است؟»، ۱۳۸۶/۰۵/۰۷، www.asriran.com
- حسین زاهدی، «قصهٔ پر غصهٔ سنگسار»، ۱۳۸۷/۱۲/۱۳، ۱۳۹۰/۱۲/۱۹، <http://www.iran-emrooz.net>
- میرمحمدصادقی، حسین و محمد احمدی. «قلمرو جرم‌انگاری و جرم‌زدایی». گفتمان حقوقی ۳۱(۱۳۹۶): ۳۶-۷.
- نجفی، محمدحسن. جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، جلد ۱۵ و ۴۱، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
- نوبهار، رحیم. «امکان‌سنجی فقهی گذار از مجازات‌های بدنی». فقه ۲۴(۲)(۱۳۹۶): ۳۹-۶۹.
- نوبهار، رحیم. اهداف مجازات‌ها در جرایم جنسی. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۰.
- نوبهار، رحیم. «بررسی قاعده فقهی حرمت تنفیر از دین». تحقیقات حقوقی. یادنامه دکتر شهیدی، پاییز و زمستان، ۱۳۸۴.
- نیومن، گریم. عادلانه و دردناک (پژوهشی در مجازات بدنی مجرمان)؛ علی‌اکبر تیموری و حجت‌الله آزاد، دفتر عقل، ۱۳۹۸.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. بایسته‌های فقه جزا. تهران: نشر دادگستر، ۱۴۱۹ق.