

## سیاست جنایی تقنینی و قضائی کمینه گرا در حدود: همگرایی یا واگرایی

عقیل رنجبر<sup>۱</sup> تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۲

علیرضا صالحی<sup>۲</sup>

غلامرضا سلطان فر<sup>۳</sup> تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۲۰

### چکیده

کاربرد اصل کمینه‌گرایی بیانگر این موضوع است که در برخورد با ناهنجاری‌ها جرم‌انگاری آخرین چاره است و انتخاب مجازات همواره نیازمند توجیه کامل است. با تأمل در جرائم حدی درمی‌یابیم که جرم‌انگاری این‌گونه جرائم به واسطه پیروی از اسلام در قانون صورت پذیرفته است. جرم‌انگاری در ذات خود محدودیت و ممنوعیت همراه دارد و در این ممنوعیت آزادی شهروندان را نشانه می‌رود که با استفاده از اصل کمینه‌گرایی از این محدودیت‌ها کاسته می‌شود. در جرم‌انگاری حدی خداوند از شیوه ارجاع به فطرت و طبیعت انسان بهره جسته است و برای جرائم حدی به دنبال پیشگیری از وقوع این جرائم بوده است. در رساله حاضر پس از بررسی اندیشه‌های مرتبط با اصل کمینه‌گرایی و خاستگاه این اصل در حدود و شناخت اصول و عناصر توجیه‌گر، به جلوه‌های اصل کمینه‌گرایی در حدود و اصول اسلامی همسو با اصل کمینه‌گرایی در مجازات حدی و راهکارهای همسو نمودن حدود با اصل کاربرد کمینه‌گرایی خواهیم پرداخت.

کلیدواژه: اصل کمینه‌گرایی، حدود، جرم‌انگاری، قانون مجازات اسلامی.

۱. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.

۲. استادیار گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران. (نویسنده مسئول)

۳. استادیار گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.

محتوای اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری، بیش از آن که یک قاعده حقوقی باشد، از اصول اخلاق قانون‌گذاری است. مقصود، چنان اصل اخلاقی است که حتی اگر در متن قوانین لازم‌الاجرا به لزوم رعایت آن تصریح نشده باشد، قانون‌گذار چاره‌ای جز مراعات آن ندارد. در واقع چون اصل بر آزادی است، وضع هر محدودیتی به دلایل موجهه نیاز دارد. بدین‌سان همه ادله عقلانی و اخلاقی که از آزادی دفاع می‌کنند و محدود نمودن آن را به دلایل کافی نیازمند می‌دانند، پشتوانه اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری خواهند بود. با آنکه در یک ساختار مردم‌سالار مردم به نمایندگان خود اختیار می‌دهند تا در چهارچوبی معقول و با رعایت منافع و مصالح عموم، محدودیت‌هایی را وضع کنند، این اختیار مطلق نیست. این از بدیهیات اخلاق قانون‌گذاری است، حتی اگر بدان تصریح یا اشاره نشده باشد. پس واگذاری قانون‌گذاری به نمایندگان مردم توسط قانون اساسی هرگز نباید به اختیار مجلس‌های قانون‌گذاری در جواز جرم‌انگاری‌های ناموجه تفسیر و تعبیر شود. جرم‌انگاری در هر حال، تابع اصول اخلاقی و عقلانی فراقانونی است و هیچ فرد یا نهادی نمی‌تواند از این اصول تعدی نماید (همان).

استفاده کمینه از حقوق کیفری هم چون اصلی مستقل مورد بحث و گفت‌وگوی فقیهان قرار نگرفته است. باین‌حال برخی از مبانی و اصول اسلامی تا اندازه زیادی با مضمون این اصل همسو است. بلکه استدلال در برخی مسائل مربوط به موضوع نشان می‌دهد که این اصل نزد آنان مسلم و مفروض بوده است. اصل برائت، حالت اولیه را آزادی و رهایی از تکلیف فرض می‌کند. اصل برائت به این معنا با فرض برائت یا اماره بی‌گناهی متفاوت است. اصل برائت که مورد تأکید دانشمندان علم اصول فقه است، بر رهایی از تکلیف تأکید می‌کند. اجرای مفاد این اصل در قلمرو جرم‌انگاری به معنای آن است که وضع هرگونه تکلیف الزامی به‌ویژه تکالیفی که نقض آن‌ها مستوجب جرم و در نتیجه، مجازات باشد، برخلاف اصل برائت است؛ جز این که دلایل و مقتضیات کافی برای وضع چنین تکلیفی موجود باشد. در اسلام به‌موجب دو اصل عدم ولایت و سلطه بر دیگری و اصل سلطه و آزادی انسان‌ها بر جان و مال خویش، اعمال هرگونه سلطه بر دیگران نیازمند به دلیل کافی است. این دو اصل بیانگر آن است که تحدید آزادی‌های مردم به هر شیوه‌ای از جمله در قالب جرم‌انگاری، امری خلاف اصل است که تنها در صورت وجود دلایل و مقتضیات کافی می‌توان به آن تن داد. به‌ویژه این که اعمال هرگونه مجازات که نتیجه طبیعی جرم‌انگاری است نیز خود نوعی اعمال سلطه و ولایت است. درست است که جرم‌انگاری در یک چهارچوب محدود و معقول می‌تواند بیانگر انتظارات هنجارین از شهروندان باشد، یا به عبارتی دیگر، ارزش‌های مورد حمایت جامعه را نشان دهد؛ اما اسلام در آموزش ارزش‌ها و اعلام آن‌ها، بر جرم‌انگاری تأکید نمی‌کند. اسلام در فراخواندن مردم به خیر و فضیلت‌های اخلاقی و مدنی، بر دعوت عملی و پیام‌رسانی تأکید می‌کند. مبنای دعوت به‌سوی خداوند، حکمت، موعظه و جدال به نیکوترین روش است. بر پایه همین تلقی، برخی از فقها در مقام بیان شرایط و چند و چون تعزیر، یادآور شده‌اند که هرگاه بتوان رفتار نامطلوب را با لندرز و موعظه یا اقدامی دیگر از میان برداشت، کیفر نمودن روا نیست؛ مثلاً قاضی ابن براج

می‌گوید: تعزیر در مواردی است که شخص مرتکب، قوی باشد و تنها با تعزیر متنه شود (نوبهار، پیشین). این مقاله از سوالاتی به شرح ذیل را دنبال می‌نماید:

موضوعات مورد نظر در پژوهش حاضر، می‌تواند در غالب این سؤالات بیان شوند:

- ۱- فلسفه و مبانی قاعده کمیته‌گرایی در جرائم حدی در حقوق ایران چیست؟
- ۲- کمیته‌گرایی با کدام یک از اصول و قواعد فقهی هم‌پوشانی دارد؟
- ۳- اصل کمیته‌گرایی در حدود و رویه قضایی به چه نحو تبلور یافته است؟
- ۴- مهم‌ترین نواقص و چالش‌های پیش روی اصل کمیته‌گرایی در حدود از نظر سیاست تقنینی و رویه قضایی چیست؟

فرضیه‌های این مقاله بر این اصل مبتنی است که:

- فلسفه و مبانی توجیهی اصل کمیته‌گرایی، مبتنی بر رعایت حرمت و حیثیت انسان‌ها و اصل براءت است.

- اصل کمیته‌گرایی با اصول و قواعدی همچون اصل براءت و قاعده درء هم‌پوشانی و مطابقت دارد. - علیرغم وجود برخی دیدگاه‌های فقهی مبتنی بر کمیته‌گرایی در حدود، قانون‌گذار ما در حوزه تشریح و قانون‌گذاری از دیدگاه حداقلی در حدود تبعیت نموده است. در حوزه قضا، رویه‌ی قضایی با اتخاذ برخی تدابیر و راهکارها به دنبال استفاده و اجرای حداقلی در قلمرو حدود است.

- عدم امکان رعایت عنصر مصلحت، عدم امکان رعایت التزامات بین‌المللی و حقوق بشری، عدم امکان لحاظ خاص عمومی و افکار عمومی در حوزه حدود، عدم امکان جرم‌زدایی و کیفر زدایی و عدم امکان رعایت اقتضائات زمانی و مکانی، عدم امکان رویکرد پیامد‌گرای و فایده‌گرایی در حدود، عدم لحاظ تئوری اقتصادی جرم در رویه قضایی با توجه به ثابت بودن مجازات حدی، فقدان اختیار قضایی در تخفیف، تبدیل و تقلیل مجازات.

### مفاهیم و مبانی نظری

#### مفهوم شناسی حد

در کتاب تهذیب اللغه آمده است که حدود الهی بر دو گونه است، نوع اول حدودی است که خداوند برای مردم در حلال و حرام، خوردنی‌ها و آشامیدنی‌ها و مسائل مربوط به نکاح و امثال آن قائل شده و این نوع را از این نظر حد نامیده‌اند که خداوند دستور داده که کسی از آن تجاوز نکند. نوع دوم کیفرهایی است که برای مجرمان و مرتکبان امور ممنوعه قائل شده مانند حد سارق، زناکار و امثال آن. دلیل حد نامیدن این نوع از جرائم این است که چنین مجازاتی مجرمان را از کار خود بازمی‌دارد و آهن را حدید نام داده‌اند بدان جهت که مقاوم و مانع است (زهری، ۱۴۲۲.ق).

فقها در تعداد جرائم مستوجب حد، اختلاف نظر دارند، برخی هشت جرم حدی را چنین برشمرده‌اند: زنا، لواط، مساحقه، قوادی، قذف، شراب‌خواری، سرقت و محاربه. به‌عنوان مثال ظاهر عبارت آیت‌الله مکارم شیرازی بیانگر آن است که حدود هشت مورد است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸.ق).

برخی نیز همچون آیت‌الله خویی تا هفده مورد را جرم حدی دانسته‌اند: زنا، لواط، تفخیز، ازدواج و دخول مرد مسلمان با زن ذمیه بدون اذن زوجه مسلمانش، بوسیدن پسر بیچه‌ای از روی شهوت

توسط محرم، مساحقه، قوادی، قذف، سب النبی، ادعای پیامبری، سحر، شرب مسکر، سرقت، فروش انسان حر، محاربه، ارتداد و از بین بردن پرده بکارت زنی با انگشت (خویی، ۱۴۲۸ ه.ق).

### مفهوم جرم‌انگاری

جرم‌انگاری در برخی از فرهنگ‌های حقوقی، اعلان مجرمانه بودن عملی است که تا پیش‌ازاین وصف مجرمانه نداشته است. از دیدگاه جرم‌شناختی، جرم‌انگاری یا جرم تلقی کردن فعل یا ترک فعل، فرآیندی است که به‌وسیله آن رفتارهای مجرمانه جدید به‌موجب قانون تعریف و مشمول قانون کیفری و مجازات می‌شود (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰). در تعریف دیگر جرم‌انگاری، فرآیندی گزینشی است که قانون‌گذار با در نظر گرفتن هنجارهای اجتماعی، معیارهای بین‌المللی و داده‌های جرم‌شناسی، رفتارهایی را ممنوع یا الزام‌آور می‌نماید و در جهت حمایت از چنین فرآیندی ضمانت اجرای کیفری قرار می‌دهد (محمودی جانکی، ۱۳۸۲).

مفهوم اصل کاربرد کمیته در حدود

این اصل بیانگر آن است که در رویارویی با نابهنجاری‌های اجتماعی، جرم‌انگاری آخرین چاره است. محتوای اصل بیشتر از این واقعیت سرچشمه می‌گیرد که مجازات به‌خودی‌خود مستلزم برخوردی خشن است؛ انتخاب مجازات، به دلیل اینکه کیفر در ذات خود «بد» و «خشن» است، همواره نیازمند به توجیه کافی است (Antony & Garland, ۱۹۹۴). به همین دلیل، فیلسوفان حقوق کیفری زیر عنوان توجیه مجازات، مباحث مفصلی را مطرح می‌کنند. اندیشمندان مسلمان نیز از دیرباز در مباحث تحلیلی مجازات همین تلقی را از کیفر داشته‌اند. به گفته شاطبی، حدود و قصاص برای مصلحت بازدارندگی از فساد تشریح شده‌اند؛ هرچند آن‌ها خود با اتلاف نفس و ریختن خون همراه‌اند که فی‌نفسه نوعی مفسده است.

اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری به‌ویژه در نظام‌های قانون‌مدار و پایبند به ارزش آزادی جایگاه ویژه‌ای دارد؛ با توجه به اینکه در چنین دولت‌هایی اصل اولی، آزادی شهروندان است، تحدید آزادی‌ها در هر قالبی از جمله از راه جرم‌انگاری به توجیه کافی نیازمند است. به گفته روکسین حقوق کیفری تنها وسیله مناسب برای حمایت از ارزش‌ها و منافع موجّه نیست؛ حقوق کیفری تنها زمانی به کار گرفته می‌شود که دیگر راه‌ها مانند اقامه دعوی مدنی، راه‌حل‌های اداری و ضمانت اجرای غیر کیفری کارایی نداشته باشند (Jareborg, ۲۰۰۵). از همین رو مجازات آخرین راه‌حل سیاست اجتماعی نامیده می‌شود. کارکرد مجازات صرفاً حمایت فرعی و جانبی و نه حمایت گسترده و همه‌جانبه از منافع، مصالح و ارزش‌هاست.

### اصل کمیته‌گرایی حدود در آینه تقنین

#### اصل کمیته‌گرایی جرم در قانون اساسی

محتوای اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری، بیش از آن‌که یک قاعده حقوقی باشد، از اصول اخلاق قانون‌گذاری است. مقصود، چنان اصل اخلاقی است که حتی اگر در متن قوانین لازم‌الاجرا به لزوم

رعایت آن تصریح نشده باشد، قانون‌گذار چاره‌ای جز مراعات آن ندارد. در واقع چون اصل بر آزادی است، وضع هر محدودیتی به دلایل موجهه نیاز دارد. بدین‌سان همه ادله عقلانی و اخلاقی که از آزادی دفاع می‌کنند و محدود نمودن آن را به دلایل کافی نیازمند می‌دانند، پشتوانه اصل کاربرد کمیته حقوق کیفری خواهند بود. با آنکه در یک ساختار مردم‌سالار مردم به نمایندگان خود اختیار می‌دهند تا در چارچوبی معقول و با رعایت منافع و مصالح عموم، محدودیت‌هایی را وضع کنند، این اختیار مطلق نیست. این از بدیهیات اخلاق قانون‌گذاری است، حتی اگر بدان تصریح یا اشاره نشده باشد. پس واگذاری قانون‌گذاری به نمایندگان مردم توسط قانون اساسی (از جمله در اصل هفتاد و یکم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران) هرگز نباید به اختیار مجلس‌های قانون‌گذاری در جواز جرم‌انگاری‌های ناموجه تفسیر و تعبیر شود. جرم‌انگاری در هر حال، تابع اصول اخلاقی و عقلانی فراقانونی است و هیچ فرد یا نهادی نمی‌تواند از این اصول تعدی نماید (نوبهار، ۱۳۹۰). از مصادیق اصل حداقل بودن حقوق جزا اصل برائت است که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز صراحتاً به رسمیت شناخته شده است.

علاوه بر اصل ۳۷ قانون اساسی که بالصراحه به اصل برائت اشاره کرده است، اصول دیگری از قانون اساسی نیز به این اصل یا آثار آن اشاره کرده‌اند. اصل ۳۶ که متضمن اصل قانونی بودن جرم و مجازات و دادرسی است، بیانی دیگر از اصل برائت است.<sup>۴</sup>

در قانون مجازات اسلامی نیز صراحتاً این معنا آمده است: هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد جرم محسوب می‌شود. اگر این اصل را قواعد مهم پیش گفته در نظر بگیریم، متوجه خواهیم شد که چه اطمینان و آرامشی در جامعه از بستر این اصل و قواعد بروز و ظهور خواهد کرد. به لحاظ ضرورت‌هایی که در فلسفه حقوق جزایی بحث می‌شود، استثنائاتی که بر قواعدی چون عطف به ماسبق نشدن قوانین جزایی وارد می‌شود، آنجایی است که قبل از اجرای قانون، قانون خفیف‌تری وضع شود. قانون خفیف در مورد مجرم جاری خواهد شد؛ بنابراین، قانون لاحق اگر متضمن تخفیف مجازات باشد، قانون خفیف‌تر جاری خواهد شد؛ و از جمله نتایج تفسیر مضیق در حوزه قوانین جزایی هم می‌توان به مواردی چون تبرئه در حال شک و منع دلیل تراشی به وسیله قیاس اشاره کرد.

در اصل تساوی مجازات‌ها، ملاک عمل این است که افراد فارغ از موقعیت‌های اجتماعی و شغلی همگان در مقابل قانون یکسان‌اند و علل تشدید جرم و کیفیات تخفیف دهنده را نیز قانون معین می‌سازد نه موقعیت افراد. بهترین گواه اجرای این اصل، نحوه دادخواهی امیرالمؤمنین علی (ع) در زمان حکومتش است که راجع به زره ریوده شده که آن را در دست یک یهودی یافت، به دستگاه قضاوت مراجعه کرد و تسلیم حکم محکمه که به زیان او بود، گردید؛ زیرا به حکم قوانین شکلی در نحوه دادرسی مدعی باید برای ادعای خود دلیل اقامه کند و در غیر این صورت با قسم منکر خاتمه می‌یابد و در آن محکمه نیز بر اساس این اصل قضاوت گردید، بدون آنکه شخصیت خلافت علی

۱۱. اصل ۳۶ - حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد؛

اصل ۳۷ - اصل، برائت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر این‌که جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.

ابن ابی طالب (ع) و اهل ذمه بودن متهم او تأثیری در نحوه قضاوت در حکومت عدل علی بن ابی طالب (ع) داشته باشد.

اصل شخصی بودن مجازات‌ها در مقام بیان این اصل است که تنها مرتکبان جرم مسئول عواقب عمل مجرمانه خویشاند و اقوام و بستگان و نزدیکان مجرم قابل تعقیب و مجازات نخواهند بود. در منطق قرآنی نیز هر کس مسئول و پاسخگوی اعمال خویش است هیچ‌کس بار گناه دیگری را بر دوش نمی‌کشد و اگر گناهکاری برای حمل گناه خود دیگری را فراخولند، چیزی از آن بر دوش نخواهد گرفت هرچند از خویشان او باشد (سوره فاطر، آیه ۱۸)

برخلاف جوامع غیرمتمدن که به دلیل جرم فردی، همه بستگان و خانواده او را نیز به مجازات می‌رساندند، این اصل الهی و عقلانی، جوامع متمدن و انسان‌های مؤمن و صالح را از ارتکاب چنین عمل ناپسندی بازمی‌دارد. برای پایبندی به هریک از اصول حقوق جزا که برگرفته از اصل حداقل بودن حقوق جزا هستند، توجه به برخی اصطلاحات قابل توجه است.

### مصادیق اصل کمینه‌گرایی در قانون اساسی

در این گفتار به بررسی اصل برائت، اصل قانونی بودن جرائم، اصل تفسیر مضیق و اصل احتیاط در دماء به عنوان اصول کمینه‌گرا در قانون اساسی پرداخته می‌شود.

#### اصل برائت

محتوای اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری با اصل برائت هم‌بی‌ارتباط نیست؛ اگر محتوای اصل برائت صرفاً به کاربست اماره بی‌گناهی در فرض شک فرو کاسته نشود، با اصل مداخله کمینه حقوق کیفری هم‌پوشانی خواهد داشت. اصل برائت در معنای موسع آن اصولاً از آزادی شهروندان دفاع می‌کند؛ بدین‌سان، هرگاه تردید داشته باشیم که آیا مجازیم آزادی شهروندان را در قالب جرم انگاری محدود نماییم، اصل بر آزادی خواهد بود؛ نتیجه چیزی نیست جز ترک جرم انگاری.

از مصادیق اصل حداقل بودن حقوق جزا اصل برائت است که در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران نیز صراحتاً به رسمیت شناخته شده است. علاوه بر اصل ۳۷ قانون اساسی که بالصراحه به اصل برائت اشاره کرده است، اصول دیگری از قانون اساسی نیز به این اصل یا آثار آن اشاره کرده‌اند. اصل ۳۶ که متضمن اصل قانونی بودن جرم و مجازات و دادرسی است، بیانی دیگر از اصل برائت است. چون همان‌گونه که گفته شد، هرگاه در جرم بودن یا نبودن عمل دچار تردید شویم باید مبنا را بر جرم نبودن عمل بگذاریم و این یکی از شقوق اصل برائت است که در قالب اصل قانونی بودن جرم و مجازات بیان می‌شود.

طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی نیز «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است». از این اصل نیز می‌توان اصل برائت را استنباط نمود. چون دادگاه در مقام صدور حکم محکومیت قصد کنار نهادن اصل برائت را دارد باید دلایلی معارض اصل برائت ارائه شود تا بتوان برخلاف اصل برائت متهم را محکوم نمود والا با فقدان دلایل توجیهی

عدول از اصل برائت، باید بر مبنای اصل مزبور حکم به برائت افراد صادر نمود و به این اعتبار می‌توان احکام برائت را از نوع اعلامی تلقی کرد نه انشائی. چون خالق وضعیت جدیدی نیست بلکه وضعیت موجود را اعلام می‌کند. برعکس، احکام محکومیت را باید از نوع انشائی تلقی کرد، از این نظر که برخلاف اصل برائت، وضعیت جدیدی را ایجاد می‌کنند.

### اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها

امروزه اصل قانونی بودن جرم و مجازات در حقوق کیفری، یکی از مهم‌ترین تضمین‌های حکومت‌های دموکراتیک برای حمایت از شهروندان محسوب می‌شود. درج عناوین مجرمانه در مجموعه‌های قوانین جزایی و تعیین میزان مجازات برای عمل یا رفتاری که از سوی قانون‌گذار جرم دانسته شده، این امکان را به شهروند می‌دهد که بر اساس بایدهوینایدهای قانونی، رفتار خود را تنظیم نماید. همچنین وفق قاعده عقلایی «قیح عقاب بلا بیان» هر عاقلی وظیفه را منوط با اظهار آن می‌کند. مصون بودن از تعرض و حق داشتن بسیاری از حقوق بنیادین انسان در قانون اساسی نیز بر همین مبناست.

متن اصل مذکور در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به صراحت مورد اشاره قرار گرفته است. اصل ۳۶ مقرر می‌دارد: «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به موجب قانون باشد». باین وجود اصل دیگری در قانون اساسی وجود دارد که به نظر برخی حقوقدانان و قضات محترم جایگزین اصل مذکور است. اصل ۱۶۷ اشعار می‌دارد: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه ببیند و اگر نیابد با استناد به منابع فقهی معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر کند و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد» خلاصه سخن این‌که اصل ۱۶۷ با اصل ۳۶ محدود شده و تخصیص و تقیید یافته است؛ به این معنا که حکمی که اصل ۱۶۷ بیان می‌کند حکمی کلی در همه ابواب حقوقی اعم از امور مدنی، امور حبسی، امر تجاری و شیوه رسیدگی به دعاوی است مگر آنچه در اصل ۳۶ آمده و آن حکم به مجازات و اجرای آن است (محبی، ۱۳۸۴).

### اصل قانونی بودن و حدودی که در قانون ذکر نشده

ماده ۲ قانون مجازات اسلامی جرم را به این صورت تعریف کرده است: هر رفتاری اعم از فعل یا ترک فعل که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است جرم محسوب می‌شود. مفهوم مخالف ماده ۲ یعنی هر رفتاری که در قانون برای آن مجازات تعیین نشده باشد جرم نیست اما این ماده در ماده ۲۲۰ تخصیص زده شده است.

ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد: در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است برابر اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی عمل می‌شود؛ و در واقع همچنان توانایی جرم‌انگاری برخی افعال برای قاضی توجهاً به اصل ۱۶۷ قانون اساسی محفوظ نگه داشته شد.

در خصوص حدود مطابق اصل ۱۶۷ دادگاه مکلف است بر اساس قانون حکم صادر کند و هر جا قانون ساکت بود بر اساس فتاوی معتبر حکم صادر می‌کند. نتیجه اینکه از کنار هم قرار دادن مادتهای

۲ و ۲۲۰ می‌توان گفت که اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها به رسمیت شناخته شده است به جز حدودی که در قانون ذکر نشده است.

با توجه به نص ماده ۲۲۰ در جرائم غیر از حدود دادگاه نمی‌تواند خارج از شمول قانون و در حیطه فقه حکم صادر کند. استثنای ماده ۲۲۰ مصادیق بسیار کمی دارد.

#### اصل تفسیر مضیق

یکی از قواعد مسلم در حقوق جزا، اصل قانونی بودن جرم و مجازات است که به منظور حمایت از حقوق متهمان وضع شده است و نتیجه اجرای این قاعده، منجر به تفسیر قانون به نفع متهم گردیده و یکی از موارد تفسیر قانون به نفع متهم، تفسیر مضیق از قانون است تا دادرسان در برخی از موارد با تفسیر موسع از قانون در جرم‌انگاری متهم، نتوانند عملی را که قانون‌گذار مستقیماً جرم اعلام نکرده، جرم محسوب کنند و متهم را مجرم اعلام نموده و سپس مجازات نمایند این اصل از نظر شرعی و فقهی نیز ریشه در «اصل برائت» و «قیح عقاب بلا بیان» «قاعده درء» دارد و در حقیقت مدرک قانون‌گذار در تدوین این اصل، سه دلیل شرعی ذکر شده می‌باشد (گلدوزیان، ۱۳۷۹).

اگر اشکال شود که در فرض وجود جهل به حکم، حداقل در خصوص جاهل مقصر ملتفت، این اصل کارایی ندارد؛ چراکه جهل چنین کسی عذر تلقی نشده و چنین فردی را معذور نمی‌شناسند و در نتیجه مشمول اصل ادعایی فوق نشده و درخور کیفر خواهد بود، لذا این اصل با مصداق مطرح شده در تعارض قرار خواهد گرفت. در پاسخ باید گفت که اصل وضع احکام، متوقف بر علم و آگاهی مکلفین نیست بلکه تنجز و قطعیت تکلیف، منوط به علم است و به عبارت دیگر، تخلف از آن دسته از تکالیف قابل مجازات است که منجز و قطعی باشد؛ از این رو با توجه به آن‌که عقلاً مجازات شخص جاهل، ظلم و قبیح است جهل تقصیری را شامل نمی‌شود و مجازات افراد متمکن از تحصیل علم و آگاهی فاقد قبح و منع عقلی خواهد بود (محقق داماد، ۱۳۸۱).

#### اصل احتیاط در دماء، فروج، اعراض و اموال :

در دیدگاه شارع مقدس، از نظر اعتبار و احترام، برخی پدیده‌ها از اولویت برخوردارند که دماء، نفوس، اعراض و اموال از همین قبیل‌اند. برابر نصوص روایی معتبر، دماء مسلمانان نباید هدر رود. اهمیت این موضوع تا بدانجاست که فقها با تجرید موارد، قاعده‌ای کلی موسوم به قاعده «لایبطل دم امرء مسلم» را استخراج نموده و با استناد به آن احکامی صادر کرده‌اند. این قاعده نشانگر دقت و حساسیت قانون‌گذار اسلامی در اجرای مجازات مرگ در عین تأیید ضرورت وجود این حکم در جامعه است. برابر قاعده مذکور، در مورد خون انسان‌ها باید دقت شود تا به گونه‌ای حکم صادر و اجرا گردد که یقین به امتثال حکم واقعی شرعی به وجود آید، پس اگر در حکم به مرگ انسان شبهه وجود داشت این شک، حکم یقین را دارد و گویا یقین داریم که نباید حکم مرگ را صادر و اجرا کنیم (کلاتری خلیل‌آباد و همکاران، ۱۳۹۵)؛ حتی فقها به صراحت، سیره معصومین (ع) درباره صدور احکام را مبتنی بر قاعده فوق‌الذکر دانسته‌اند چنان‌که در قضیه مالک بن معز، به وضوح این قاعده مورد استدلال قرار گرفته است.



مطابق روایات نبوی، حکم حرمت‌شکنی عرض مسلمانان با حکم ریختن خون وی و یا با حرمت تصرف بدون اذن در اموال مسلمان برابر گشته است. در نتیجه، اهتمام وافر شارع مقدس به رعایت احتیاط در دماء، به روشنی مبین آن است که انسان بی‌گناهی به کیفر مرگ مجازات نگردد و تا آنجا که امکان دارد از اجرای کیفر با شک و تردید پرهیز گردد.

قابل توجه این که اصل کرامت انسانی نیز در همین راستا تبیین گشته است. از دیدگاه اسلامی، انسان برترین آفریده خداوند سبحان است؛ او معبود فرشتگان است «فسجد الملائکه کلهم اجمعون» (حجر، ۳۰) و توان تسخیر همه آنچه در آسمان‌ها و زمین هست را دارد: «سخر لکم ما فی السماوات و ما فی الأرض» (لقمان، ۲۰)؛ لذا اگر انسان به واسطه‌ی اموری که به صورت قهری بر او عارض می‌شود از این سرمایه نتواند بهره‌مند شود، کرامت طبیعی او که در اثر خلقت انسانی کسب نموده است نیز در معرض تلف شدن و آسیب دیدن قرار می‌گیرد و این‌گونه است که آدمی در معرض خسران واقع می‌شود «والعصران الأنسان لفی خسر» (عصر، ۱)

#### اصل کمیته‌گرایی حدی در قانون مجازات اسلامی

امروزه نظام‌های کیفری پیشرفته در جهان از جرم‌انگاری حداکثری و تورم کیفری فاصله گرفته، به جرم‌زدایی و کیفرزدایی روی آورده‌اند؛ در نظام قانون‌گذاری ایران برای نخستین بار استفاده از نهاد تخفیف در مورد حدود به لایحه قانون مجازات اسلامی جدید ارسالی قوه قضاییه به مجلس شورای اسلامی باز می‌گردد. در ماده ۷-۲۱۵ این لایحه آمده بود: «در جرائم مستوجب حد به استثنای قذف هرگاه توبه و ندامت محکوم‌علیه بعد از اثبات جرم در دادگاه باشد چنانچه اثبات جرم توسط شهادت شهود نباشد قاضی صادر کننده حکم می‌تواند عفو یا تخفیف یا تبدیل آن را توسط رئیس قوه قضاییه از ولی امر مسلمین درخواست نماید.» و اما در اصلاحات اعمال شده در مجلس شورای اسلامی این ماده دچار تغییر گردید و عبارت «تخفیف یا تبدیل» از ماده حذف شد (فتحی، ۱۳۹۴). این در حالی است که در ماده ۱۱۴ به جای واژه تخفیف، عبارت «عفو» جایگزین شد که در واقع همان بار معنایی تخفیف را دارد و به معنای کاسته، کاهش دادن، کم کردن و کاهش است. در حقیقت، قانون‌گذار نخواست است تا به یک‌باره قید «تخفیف مجازات» را در «حدود» وارد کند و لذا از واژه «عفو» که دارای ابهام است به جای تخفیف استفاده کرده است.

ممکن است گفته شود که در موارد شبهه، به دلیل حاکمیت اصول عقلانی از قبیل عدم نسیان، عدم خطا و عدم غفلت، اصل صرفه‌جویی کیفری کاربرد نداشته و از عمومیت خود ساقط گردد؛ اما به نظر می‌رسد اولاً با توجه به بنای حدود بر تخفیف و مسامحه، آن اصول جاری نمی‌شود؛ ثانیاً به مجرد تحقق شبهه و ادعای اکراه، نسیان، خطا و غفلت، در صورت احتمال صحت ادعا، مجازات ساقط می‌گردد. به نظر می‌رسد که «اصل عدالت کیفری» نیز در راستای همین ابتدای شارع تحقق می‌یابد. تمامی آموزه‌های اسلامی که عدالت را در معنای گسترده‌ی آن مورد توجه قرار داده‌اند اگرچه به صورت مستقیم اصل صرفه‌جویی کیفری را مورد نظر خود قرار نداده‌اند، اما بیانگر این مسئله هستند که کیفرانگاری باید در چارچوب متعادل و معینی باشد، زیرا مقتضای پایبندی به اصل عدالت آن است که سهم بخش‌های مختلف جامعه از منابعی که اصولاً محدود است، عادلانه باشد. با

توجه به هزینه‌های پیدا و پنهان کیفر و مجازات مقابله با همه‌ی ناهنجاری‌ها در قلب کیفرانگاری و جزا‌دهی، مستلزم کاستن از سهم دیگر بخش‌ها و افزودن به سهم نظام عدالت کیفری است. این، خود نقض اصل عدالت و اعتدال است و عقل و شرع به‌وضوح به‌غلط بودن این رویکرد گواهی می‌دهد. از این جهت است که آموزه‌های اسلامی که متوجه اصل عدالت هستند، به‌گونه‌ای مبین برخی از محدودیت‌های پیش روی جزا‌دهی می‌باشند. اگر در کنار اصل عدالت، مجموعه‌ای از آموزه‌هایی که بر رحمت، تسهیل و مدارا تأکید می‌کنند (نساء، ۸۵؛ حجرات، ۹؛ غافر، ۴۰؛ انعام، ۱۶۰) را مورد توجه قرار دهیم دیده می‌شود که اصل صرفه‌جویی کیفری بیش‌ازپیش خود را نمایان می‌سازد؛ چراکه لزوماً نگاه به اصل عدالت باید همراه با اصول دیگری چون رحمت و مدارا و تسهیل در امور باشد (نوبهار، ۱۳۹۰). همان‌طور که قبلاً بیان گردید جرائم مستوجب حد جرائمی می‌باشند که هیچ‌گونه اعمال تخفیف در آن‌ها مجاز نیست؛ اما به نظر می‌رسد که با استفاده از مبانی موجود در نهاد تخفیف مجازات بتوان راهکارهایی برای ورود این نهاد ارزشمند در جرائم مستوجب حد و استفاده از مزیت‌های آن در راستای اصل کمینه‌گرایی در حدود که همان تقلیل مجازات یا کاستن آن است ارائه نمود.

#### اصل صرفه‌جویی کیفری مبنای ظهور رویکرد کمینه‌گرا

اصل صرفه‌جویی کیفری در سیاست‌گذاری کیفری جنایی، مبنای ظهور رویکرد کمینه یا تقلیل‌گرا است. زمینه‌های بروز این اصل را می‌توان به حقوق آلمان نسبت داد. مستند این قول، رأی مورخ ۲۵ فوریه‌ی ۱۹۷۵ دادگاه قانون اساسی آلمان است که در آن محدودیت جرم‌انگاری توسط حکومت و ضرورت رعایت تناسب در مداخله‌ی دولت را مورد تأیید قرار داده است. این که قانون‌گذار از طریق قانون‌گذاری کیفری قلمرو مداخله مجاز حکومت را معین و مشخص نماید در فهم دقیق این اصل تأثیر بسزایی دارد.

علاوه بر آن لازم است که مسئله‌ی مصونیت اشخاص و شهروندان از مداخله‌ی غیرضروری دولت و نیز اصل خودمختاری شهروندان برای ما قابل درک و دریافت صحیح حقوقی باشد. این در حالی است که حتی اگر دخالت حکومت از طریق قانون‌گذاری امری موجه انگاشته شود، مداخله‌ی کیفری که اصولاً بیشترین تعرض و تعدی به حقوق و آزادی‌های شهروندان را در پی دارد، باید در کمترین موارد ضروری و به‌عنوان آخرین وسیله و راه چاره در نظر گرفته شود.

بنابراین در واقع، اصل حداقل مداخله دولت که جزو اصول حاکم بر عملکرد دولت محسوب می‌شود همراه با قید دیگری است که آن را محدود به مداخلات کیفری می‌کند. بر این اساس، مفاهیم، ابزارها و نهادهای حقوق کیفری اصولاً دارای ویژگی‌های سرزنش‌کننده، ارضایی و محدودکننده است، اما در مقابل، می‌تواند از نهادها و ابزارهای دیگری برای کنترل رفتارهای منافی نظم شهروندان و همچنین برقراری نظم و امنیت مطلوب برای شهروندان بهره بگیرد. بر همین اساس، برخی از نویسندگان تأکید کرده‌اند: حقوق جزا تنها وسیله‌ی متناسب برای پیگیری شایسته و حمایت مناسب از هنجارها و مصالح مشروع نیست. درحالی‌که تمام ادوات موجود در زرادخانه‌ی حقوقی باید

مورد استفاده قرار گیرد؛ حقوق جزا آخرین وسیله‌ای است که باید مدنظر واقع شود. از این ابزار تنها باید زمانی استفاده شود که قواعد حقوق خصوصی، اداری و ضمانت اجرایی خاص آن‌ها توانایی لازم جهت تحقق اهداف مقنن را نداشته باشد.

### ویژگی‌های به‌کارگیری اصل کمیته‌گرایی در کیفرهای حدی

در این بخش طی ۲ بند به تمرکز بر رویکرد اصلاحی و تأدیبی مجازات و رعایت اصول مصلحت و اعتدال به عنوان ویژگی‌های به‌کارگیری اصل کمیته‌گرایی در کیفرهای حدی پرداخته می‌شود.

#### تأکید بر رویکرد اصلاحی و تأدیبی مجازات

هدف اصلی در اجرای شریعت اسلامی نه تحمیل مشقت بر مکلف، بلکه دور کردن وی در پیروی و تبعیت از هوای نفس است، بر این اساس که خداوند می‌فرماید: ما یرید الله لیجعل علیکم من حرج و لکن یرید لیطهرکم؛ که هدف نه ایجاد عسر و حرج بلکه تطهیر و پاک کردن انسان است. در مجازات نیز هدف اساسی شریعت اسلامی نه رنج و عذاب بلکه اصلاح و تأدیب است. ابن عاشور در این باره می‌گوید: اصلاح و تأدیب مقصد اساسی و اولیه در تشریح کیفر در شریعت اسلامی است (ابن عاشور، ۱۴۲۶ه.ق). در صورتی که این مصلحت نتواند جنبه عملی به خود بگیرد و در واقع اجرایی نشود، صرف اجرای کیفر بدون فعلیت یافتن مصلحت مورد توجه در وضع آن، خالی از فایده بوده و به مصلحت مورد نظر دست نیافته‌ایم (الفراقی، ۱۴۲۸ه.ق).

در اینجا بحث از تعارض نص و مصلحت نیست، بلکه توجه به زمان و چگونگی میزان استفاده از ابراز حدود است و اگر هدف، صرف اجرا باشد، اصولاً لازم نیست به این مباحث توجه شود در حالی که به نظر می‌رسد هدف نه صرف مشقت، بلکه اهداف و مقاصدی است که حکم بر آن مبتنی است و رسیدن به این مقاصد نیازمند، استفاده دقیق و فراهم کردن شرایط اجرای آن است. این شرایط پیشینی، اجتماعی، فکری، اقتصادی و سیاسی موجب می‌شود حدود بر یک بستر معنایی خاص و با وجود برخی مبانی، چون راه‌کاری در حل مشکل مورد توجه باشد. بر همین اساس در طول تاریخ اسلامی نصوص با مصالح تخصیص خورده و با توجه به این مبنا، حد سرقت در سال قحطی اجرا نمی‌شود. اگرچه حد سرقت به صورت عام در آیه ۳۸ سوره مائده آمده است؛ اما با توجه به روایات وارده، این حکم در سال قحطی با توجه به ضرورت حفظ نفس و جان و نیز تقدم حفظ نفس بر حمایت از مال، به دلیل عدم وجود مقاصد مورد نظر اجرا نخواهد شد این امر در مورد شرب خمر و زنا و سایر جرائم به نوعی دیگر مورد توجه قرار گرفته است؛ زیرا مقاصد و مصالح بر ابزارها ترجیح داشته و تعبیر از سارق یا زانی زمانی صادق خواهد بود که بتوان به صورت قطعی این وصف را به مرتکب انتساب داد. در این راستا باید به شخصیت مرتکب، وضعیت وی، شرایط اجتماعی و غیر آن توجه کرد.

### رعایت اصل مصلحت و عنصر اعتدال

رعایت اصل مصلحت نیز ایجاب می‌کند تا جرم‌انگاری برخی از رفتارها با رعایت جولنب امر صورت بگیرد و قانون‌گذار در این باره بسیار سنجیده عمل نماید؛ بنابراین رعایت این اصل در عمل به محدودیت استفاده از حقوق کیفری و گرایش به جرم‌انگاری حداقلی منجر خواهد شد. لازم است در کنار عدالت به رحمت و رأفت اسلامی نیز عنایت داشت و به رعایت قاعده تسهیل و مدارا وفادار ماند (طوسی، ۱۴۲۰ه.ق).

عنصر اعتدال نیز الهام‌بخش آن است که با هرگونه رفتار ناشایست نباید با شدت برخورد کرد. پس لازم است در جرم‌انگاری، افزون بر رعایت تناسب میان جرم و مجازات، اعتدال و میانه‌روی نیز لحاظ شود از سویی، جرم‌انگاری تابع اصول اخلاقی و عقلانی است که قانون‌گذار فرزانه باید آن‌ها را رعایت نماید و جرم‌انگاری را در حد ضرورت و نیاز ساماندهی کند. در مجموع، استفاده از اصل کمینه حقوق کیفری و جرم‌انگاری حداقلی، هم به لحاظ نظری و هم به لحاظ کارآمدی، مناسب و پذیرفتنی به نظر می‌رسد (نوبهار، ۱۳۹۰).

وقتی قلمرو مداخله حقوق کیفری بیشتر می‌شود و دایره جرم‌انگاری گسترش می‌یابد، جرم و مجازات نیز در ذهن افراد جامعه امری عادی جلوه خواهد کرد؛ درحالی‌که شارع مقدس اسلام راضی نیست تا پدیده جرم و گناه به صورت امری عادی درآید و از قبح و زشتی آن کاسته شود. دیگر اینکه مصلحت افراد و حفظ حرمت و آبروی آن‌ها ایجاب می‌کند تا از پرده‌داری پرهیز گردد و تا حد امکان، حیثیت و کرامت بزه دیدگان محفوظ بماند. جرم‌انگاری حداکثری و جرم قلمداد کردن بسیاری از امور و الزام مقامات انتظامی و قضایی برای کشف جرم و تعقیب و مجازات مرتکبان، با حفظ کرامت انسانی و سیاست پرده‌پوشی به‌ویژه در جرائم جنسی و منافی عفت، سازگاری ندارد و باعث اشاعه فحشا و منکرات در جامعه می‌شود.

### اصل اعتبار مصلحت در تعیین مجازات

نگاهی به آرای فقهای مشهور امامیه بیانگر این مطلب است که بسیاری از آنان کیفر و مجازات را دایرمدار مصلحت شخص و یا اشخاص می‌دانند، به‌گونه‌ای که برخی حتی مصلحت را بر خود گناه مقدم دانسته و معتقدند که تعزیر بیش از آنکه دایرمدار گناه باشد، تابع مصلحت است (شهید اول، بی تا). حتی درباره‌ی آن دسته از فقیهانی که عبارت و جوب تعزیر را استعمال کرده و صراحتاً به عنصر مصلحت نمی‌پردازند، نمی‌توان گفت که آنان به صورت مطلق قائل به جوب شرعی تعزیر برای همه‌ی گناهان‌اند، چراکه مقصود از جوب در بسیاری از این عبارات، همان اصل ثبوت و جواز تعزیرات است که هیچ‌گونه منافاتی با مقید شدن آن به «مصلحت» ندارد.

اصل اعتبار مصلحت در مجازات، بیانگر این مطلب است که لازم است با بهره‌گیری از خرد جمعی و نظریات کارشناسانه در سایر حوزه‌ها، تمامی لوازم و آثار کیفر انگاری را در نظر گرفت. بدون شک، رعایت اصل اعتبار مصلحت در تعیین مجازات، کیفرانگاری را با محدودیت‌ها و چارچوب‌هایی مواجه می‌سازد؛ از جمله اینکه در سزا دهی لازم است مصالحی همچون شدت و

اهمیت جرم ارتكابی و درجه‌ی آسیب آن به جامعه را هم مورد توجه قرار داد. این نوع از نگاه به مسئله است که باعث اختلاف نظر فقها شده است در اینکه آیا تعزیر فقط به گناهان کبیره تعلق گرفته یا شامل هر گناهی می‌شود؟ تعدادی از فقها با همین نگاه صرفه جویانه به کیفر قائل اند که مجازات شخص به خاطر ارتكاب گناهان صغیره جایز نیست.

بر این اساس، مقتضای رعایت اصل اعتبار مصلحت در مجازات آن است که مسئله‌ی تورم کیفری را همچون یک مفسده در نظر بگیریم، چراکه اگر قانون‌گذار و شارع بخواهد هر شخص را به واسطه‌ی ارتكاب هر گناه و عمل نامطلوبی مورد مؤاخذه و مجازات قرار دهد که این عمل خود منجر به تورم کیفری می‌گردد این مسئله خود از جنبه‌های مختلفی زیان‌بار است؛ از جمله این که اهمیت مقررات ناظر به سزا دهی کاهش پیدا می‌کند و آنگاه که اکثریت رفتارهای نامطلوب جرم تلقی شوند و دارای مجازات باشند، جرم و مجازات و کیفر در اذهان عمومی تبدیل به یک امر عادی شده و قبح آن از دیدگان خواهد افتاد.

#### اصل کمیته‌گرایی در آینه قضا

#### اختیارات حاکم در اجرای مجازات‌های حدی

بحثی که در این زمینه اهمیت و کاربرد وافر دارد، آن است که آیا حاکم شرعی یا ولی امر در صورت وجود مصلحت، می‌تواند از اجرای حد امتناع کند؛ چه این حد از حقوق الهی یا حقوق آدمیان باشد، یا این که ناگزیر باید در همه حالت‌ها حد را اجرا کرد؟ چالش‌های جرائم مستوجب حد در امر قضا کدام است؟ البته اکثر فقها قائل به وجود اختیار برای حاکم شرع شده‌اند. می‌توان گفت حاکم در سه صورت می‌تواند در حدود الله از اجرای حد امتناع کند: صورت اول حق عفو و همچنین تعیین مقدار کیفرهای تعزیری به تناسب جرم و اجرای حدود به‌طور کلی به دست حاکم به معنای ولی است و نه قاضی.

بنابراین، اکنون نیز حاکم می‌تواند مرتکب جرائم حدی را در صورت توبه و اقرار عفو کند. صورت دوم در صورت تراحم ملاکات احکام است. 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، وهن و تنفر نسبت به 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 اتباع آن دولت‌ها و مانند آن. این حکم مطابق قاعده است و همه موارد تراحم نیز به همین گونه است. صورت سوم، تعدّر یا تعسّر اجرای حد است. مواردی که اجرای حدود، ناممکن یا دشوار باشد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹ه.ق).

#### حدود اختیار قضا در اجرای حدود

ایجاد عدالت اجتماعی در جامعه به عهده‌ی دستگاه‌های حاکم است. دولت اسلامی است که باید مقررات موجد و زاینده‌ی عدالت را در جامعه به جریان درآورد و به همین مناسبت در اسلام اختیارات حاکم اسلامی وسیع و گسترده است تا بتواند در جامعه عدالت را برقرار نماید و در کنار

آن نظم و امنیت را ایجاد کند. اقامه و اجرای مجازات در جامعه‌ی اسلامی از وظایف و اختیاراتی است که برای حاکم برشمرده شده است؛ بنابراین منظور از اجرای حدود الهی این است که فقیه باید حدود و تعزیرات (تنبیها و مجازات شرعی) را اجرا نماید. در ادامه اختیار ولی فقیه در اجرا و برقراری مجازات در جامعه را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

طبق ماده ۱۵ قانون مجازات اسلامی «حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس تعیین شده است». از میان مجازات پیش‌بینی شده در شرع مقدس، حدود با توجه به ویژگی‌هایی که دارند، جایگاه ویژه‌ای را به خود اختصاص داده‌اند؛ علیرغم اینکه اجرای حد توسط امام معصوم (ع) در زمان حضور از امور اتفاقی بین فقهای عظام است اما اجرای آن توسط فقیه جامع‌الشرایط در عصر غیبت مورد اختلاف فقها بوده و از مسائل جنجالی در فقه شیعه بوده است. لذا در ادامه جواز اجرای حدود توسط ولی فقیه در عصر غیبت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### جواز اجرای حدود توسط ولی فقیه

فقهای شیعه در اینکه آیا فقیه در زمان غیبت، نسبت به این امور سرپرستی و ولایت دارد، اختلاف نظر دارند. شیخ مفید و شیخ طوسی بر آن شده‌اند که فقیه در این امور حق ولایت دارد، سلاربن عبدالعزیز دیلمی، محمد بن الحسن الحلّی، در کتاب هایش، شهید اول و شهید ثانی، صاحب معذب، صاحب کفایه الاحکام (محمد باقر سبزواری)، شیخ حر عاملی بلکه بیشتر متأخرین، همگی این نظر شیخ مفید و شیخ طوسی را قبول کرده‌اند و این نظر در بین علماء به‌عنوان نظر مشهور معروف شده است. بلکه بعضی از فقها در مسئله‌ی عمل قاضی به علم خود در حقوق الله (اجرای حدود) مدعی اجماع شده‌اند. ولی از علامه‌ی حلی عدم این مسئله نقل شده است و همچنین ظاهر کتاب شرایع و مختصر النافع محقق حلی، حاکی از شک و تردید مؤلف در این مسئله است (ملاً احمد نراقی)، حدود ولای حاکم اسلامی از فقهای معاصر، امام خمینی و آیت‌الله خوئی، نظریه‌ی جواز را اختیار نموده‌اند. امام خمینی در کتاب التحریر الوسیله می‌نویسد: «لیس لاحد تکفل الامور السیاسیه کاجراء الحدود و القضائیه و المالیة کاخذ الخراجات و المالیات الشرعیة الا امام المسلمین و من نصبه لذلك» آیت‌الله خوئی در رابطه با جواز اجرای حدود می‌نویسد: «يجوز الحکام الجامعه الشرایط اقامه الحدود علی الاظهر»<sup>۵</sup>.

ادله موافقین و مخالفین جواز اجرای حدود توسط ولی فقیه

در مورد اجرای حدود توسط ولی فقیه در عصر غیبت بین فقها اختلاف وجود دارد و هر یک از آن‌ها ادله‌ای برای اثبات نظر خود بیان کرده‌اند. در ادامه این ادله در قالب ادله‌ی موافقین و مخالفین مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرد.

۵. خوئی، سید ابوالقاسم، بی تا، مبانی تکمله المنهاج، مطبوعه الآداب، نجف اشرف، ص ۲۲۴

در مورد جواز اجرای حدود چندین استدلال ارائه شده است که در ذیل بیان می‌شود.

اول: اینکه علت تشریح حدود به حکم عقل و به تناسب حکم و موضوع، مشخص است و همچنین تصریح بعضی از روایات در بیان علل تشریح این مجازات، دلالت بر اجرای آن‌ها دارد مانند حد زنا برای جلوگیری از تداخل نسل و حد سرقت جهت حفظ اموال؛ بنابراین از آنجاکه این علل در زمان غیبت امام (ع) نیز باقی‌اند، پس تعطیل این حدود باعث ایجاد مفسد عظیم و موجب اختلال در نظام اجتماعی است لذا دلیلی برای تعطیلی آن‌ها وجود ندارد. چراکه علت حکم هنوز نیز موجود است و از طرفی اجرای حدود از اموری نیست که دایرمدار حضور حضرت ولی عصر (عج) باشد (رضوی فرد، ۱۳۸۵).

دوم: ادله‌ی حد چه در کتاب و چه در سنت مطلق است و مقید به زمان خاصی نیست، در عین اینکه معین نکرده‌اند چه کسی متصدی اجرای حدود باشد؛ بنابراین باید قدر متقین را اخذ نمود و آن حاکم است که امور به او ارجاع می‌شود.

این امر را عده‌ای از روایات از جمله روایت حفص بن غیاث تأیید می‌کند. این روایت این‌گونه است که: سألت ابا عبدالله (ع) من یقیم الحدود، السلطان او القاضی؟ فقال: اقامه الحدود الی من الیه الحکم «حفص بن غیاث می‌گوید از امام صادق (ع) سؤال کردم چه کسی حدود را اجرا می‌کند؟ سلطان یا قاضی؟ حضرت فرمودند: اقامه‌ی حدود به عهده‌ی کسی است که حکم بر گردن اوست» این روایت به انضمام اینکه حکم نمودن در زمان غیبت به عهده‌ی فقهاست، دلالت خواهد داشت بر اینکه اقامه حدود نیز در عصر غیبت بر عهده‌ی آن‌هاست.

سوم: اینکه اجرای حدود با مسئله‌ی قضاوت در بسیاری از موارد ملازمه دارد (هم حق‌الله و هم حق‌الناس) لذا بسیار بعید است که از قاضی، اثبات حق بدون اجرای آن خواسته شود چراکه اولی (قضاوت) مقدمه دومی (اجرای حق) است و مقدمه بدون ذی المقدمه فایده‌ای ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۸ه.ق).

ب: ادله‌ی مخالفین

در رأس مخالفین جواز اقامه حدود در زمان غیبت، قطع نظر از متقدمین نظیر ابن زهره و ابن ادریس حلّی دو فقیه قرن هفتم و هشتم، محقق و علامه حلّی قرار گرفته‌اند. از میان فقیهان قرن معاصر، فقیه نامدار شیعه مرحوم آیت‌الله حاج سید احمد خوانساری اقامه حدود را به امام معصوم اقوی و بنابراین در زمان غیبت امام معصوم (ع) اجرای حدود را مجاز نمی‌داند.

قائلین به عدم جواز اجرای حدود، در عصر غیبت، ایرادی را نسبت به ادله‌ی قائلین به جواز اجرای حدود وارد کرده‌اند؛ که از جمله‌ی آن‌ها این است که لازمه‌ی دو دلیل اول و دوم یعنی رعایت مصلحت و مطلق بودن آیات و روایات آن است که اقامه‌ی حدود شرعیه در تمام ازمنه مطلقاً واجب باشد بدون آنکه به نصب معصوم (ع) نیازی وجود داشته باشد و چنانچه مقتضای حکمت تشریح حدود بر محور مستحقین مجازات دور بزند و اقامه کننده و مجری آن نقشی نداشته باشد، در فرض

عدم دسترسی به مجتهدین واجد شرایط، عدول مؤمنین و سپس حتی فساق آنان بایستی متصدی اقامه حدود شرعیه گردند و هیچ‌گاه این امر تعطیل نگردد (محقق داماد، ۱۳۸۷). همچنین این عده برای اثبات مدعای خود به روایت زیر استناد کرده‌اند: در دعائم الاسلام و اشعئیات از امام صادق (ع)، از پدران بزرگوارشان، از علی (ع) نقل شده است: لا یصلح الحکم ولا الحدود و لا الجمعه الا بامام.

با توجه به آنچه بیان شد به نظر می‌رسد قول به جواز اجرای حدود در عصر غیبت از این جهت که ادله‌ی این نظریه قوی‌تر از ادله‌ی نظریه عدم جواز است و مشهور فقها نیز از نظریه‌ی اول حمایت کرده‌اند، خالی از قوت نباشد و می‌توان اجرای حدودی را از اختیارات ولی فقیه دانست.

### شرایط اثبات و شیوه اجرای مجازات حدی

سیاست کیفری اسلام در حدود شرعی جهت کاهش پیامدهای منفی دخالت نهاده‌ای کیفری، حفظ کرامت انسانی مخاطبان، جلوگیری از برچسب جرم خوردن به افراد، مصون ماندن جامعه از عادی شدن جرائم حدی و حفظ انتظام اجتماعی، راهکارهایی از قبیل بزه پوشی، تحمیل مجازات‌های سخت و سنگین بر مرتکب و درعین حال برخورداری از ادله اثبات دعوای خاص و پیچیده را پیش‌بینی کرده است (متولی زاده نائینی و حسینی، ۱۳۹۱).

در حقوق جزای اسلام اثبات مجازات حدی بسیار دشوار است. به‌عنوان نمونه برای اجرای حد زنا باید چهار شاهد شهادت دهند و یا خود مرتکب چهار بار اقرار نماید، شاهد‌ها هم باید به نحو خاصی دیده باشند، عقل بشری می‌داند که اگر کسی یک بار یا دو بار یا سه بار اقرار کند علم حاصل شود، درجایی که قرار باشد با اقرار جرم ثابت شود، دیگر احتیاجی به چهار بار اقرار نیست ولی از روح شرع به دست می‌آید که چنین حدی باید با چهار بار اقرار صورت بگیرد (محقق داماد، ۱۳۸۱). در واقع شرایط مربوط به عدد، محتوا و کیفیت اقرار و شهادت آن‌چنان سخت‌گیرانه است که به‌راحتی می‌توان گفت شارع مقدس علاقه‌ای به تحقق مجازات در این‌گونه جرائم نداشته و بیشتر به مستور ماندن خطایای شهروندان گرایش داشته است.

در باب اجرای مجازات بسیاری از محکومیت‌های کیفری در فقه اسلامی، سیاست جنایی اسلام به‌سوی پرهیز از مجازات است. مقرراتی از قبیل اجرای صوری حد بر محکوم‌علیه بیمار یا یک دسته صدتایی ترکه (ضغث) هرچند با توجیه عدم جواز تأخیر در اجرای حدود و عدم اجرای حد رجم بر محکومی که جرم او با اقرار ثابت شده و در حال اجرا از گودال خارج شده و فرار می‌کند، همه نشانه‌هایی از عدم اصرار شارع بر مجازات در سیاست جنایی اسلام است (حسینی، ۱۳۸۳).

علاوه بر این تأکید بر اجرای مجازات به‌صورت آشکار و علنی گویای آن است که قانون‌گذار بر نقش تردیلی و بازدارندگی کیفر تأکید دارد، حال‌آنکه اجرای کیفرهای ملایم و پنهانی نشان از آن دارد که قانون‌گذار به بازپروری مجرم توجه بیشتری دارد. دلیل دیگری نیز که دلالت بر عدم موضوعیت داشتن مجازات می‌نماید، تنوع ابزار اجرای اعدام در بعضی از جرائم نظیر لواط و ارتداد است که راه‌های مختلفی در روایات برای آن ذکر شده است و آنچه مهم بوده، علاوه بر از بین بردن



مجرم ایجاد ارباب عمومی برای جلوگیری از ارتکاب جرم از ناحیه دیگران است. سیاست کیفری اسلام در خصوص جرائم مستوجب حد، دارای پیچیدگی خاصی است. از یک سو، سخت‌گیری و حساسیت بالایی که در فرایند اثبات جرائم حدود در نظر گرفته شده است و از سوی دیگر، موانع بسیاری که در اجرای مجازات آن‌ها وجود دارد، عملاً اجرای حدود را امری بعید و دور از انتظار، کرده است، به طوری که با توجه به این همه موانع جدی بر سر راه اجرای مجازات حدی، کمتر موردی می‌توان پیدا کرد که خالی از تمامی موانع بوده و شرایط کامل اجرای حد را دارا باشد.

### حساسیت در اثبات حدود

#### مستندات موثر فنی و فن آورانه در اثبات حد

ارزیابی دلایل اثبات حدود در حقوق کیفری ایران و تحلیل قدرت اثباتی این دلایل، موضوع پراهمیتی تلقی می‌شود که ارتباط مستقیم و بدون انکاری با حقوق طرفین دعوی کیفری دارد. از آنجا که جرائم مستوجب حد اختصاص به نظام حقوقی اسلام دارد؛ از این رو برای تحلیل بهتر ادله علمی در قلمرو این گونه از جرایم لازم است به ساختار حاکم بر ادله اثبات در حدود و نیز جایگاه علم قاضی در میان ادله پذیرفته شده در حقوق کیفری اسلامی ایران پرداخته شود. در اغلب کتاب‌های فقهی، پس از تبیین موضوع هر یک از حدود، طرق و ادله اثبات آن جرم نیز به صورت جداگانه بیان شده است. همین شیوه از سوی قانونگذار و در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ در کتاب حدود نیز، در پیش گرفته شده بود به طور کلی دلایل اثبات جرایم در فقه عبارتند از: اقرار، شهادت شهود، سوگند و قسامه در برخی موارد و علم قاضی. بر این اساس در حقوق اسلام شناسایی علم قاضی موجب گردیده که تحصیل دلیل از سوی قاضی ممنوع نباشد و او می‌تواند از قرائن موجود استفاده کند و علمی که از این طریق به دست می‌آید، حجت است و باید بر طبق آن حکم دهد و احقاق حق کند. ادله و مستندات فنی و فن آورانه که واسطه پیشرفت علمی به دست آمده‌اند نقش قابل توجهی در حصول علم قاضی دارند.

ادله فنی را می‌توان طیف وسیعی از مهارت‌ها و فنون دانست که با بهره‌گیری از ابزار پیشرفته و آزمایش‌های علمی فنی به طور متنوع و در زمینه‌های مختلف مانند بررسی صحنه جرم، جمع‌آوری آثار و بقایایی که می‌توان از رهگذر آنها به واقعیت‌ها پی برد، معاینات علمی و فنی، آزمایش‌های ژنتیکی و بیولوژی، بهره‌گیری از آثاری نظیر اثر انگشت، ردپا و دیگر علائم، جملگی می‌تواند فرایند دادرسی را تسهیل و سبب کشف واقعیت‌ها شود. (علوی و خاتمی، ۱۳۹۹)

مقصود از مستندات فن آورانه دلایل و قرائنی است که ناشی از پیشرفت ابزارهای گوناگون و تکنولوژی حاصل می‌گردد؛ به گونه‌ای که دادگاه با بهره‌گیری از این ابزارها می‌تواند نسبت به کشف حقایق اقدام نماید. تصاویر حاصل از دوربین مداربسته موجود در محل وقوع جرم، صدای ضبط شده منتسب به یکی از طرفین پرونده، محل آتن دهی تلفن همراه طرفین پرونده، متن پیامک‌های موجود در تلفن همراه شاکی و متهم، فیلم یا تصویر موجود در شبکه‌های اجتماعی می‌تواند مصادیقی از مستندات فن آورانه تلقی گردد؛ بنابراین در این بند نقش ادله فنی و فن آورانه در اثبات حدود و چند رویه قضائی مرتبط مورد بررسی قرار می‌گیرد.

## الف: مستندات فنی

قانون‌گذار ایران در ماده ۱۶۰ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ادله اثبات جرم را منحصر در اقرار، شهادت، قسامه و سوگند در موارد مقرر قانونی و علم قاضی دانسته است و با شناسایی صریح علم قاضی به‌عنوان یکی از ادله اثباتی جرم، مجال و فرصتی را برای مداخله ادله فنی و فن‌آورانه فراهم ساخته و هدف را به سمت کشف واقعیت تغییر داده است به‌نحوی که با اعطای اختیارات گسترده به دادرس به دنبال کشف واقع است و فصل خصومت را به‌عنوان آخرین راه‌حل در صورت عدم امکان رسیدن به‌واقع و جهت پایان دادن به دعوا پیش‌بینی کرده است. (مختاری، ۱۳۹۷) از بین دلایل قانونی مذکور آنچه محور و تمرکز کنونی است علم قاضی است. شناسایی سریع علم قاضی به‌عنوان یکی از ادله اثباتی جرائم از سوی قانون‌گذار، زمینه را برای مداخله ادله علمی در زیرمجموعه این دلیل اثباتی فراهم ساخته است. هرچند قانون‌گذار به‌صورت صریح از ادله علمی نام نبرده اما این ادله قادر هستند که به‌عنوان «اماره قضایی» موجبات حصول علم متعارف برای قاضی صادرکننده حکم را فراهم آورند. علم قاضی قلمرو وسیعی از ادله علمی را می‌تواند در خود جای داده؛ به‌گونه‌ای که جایگاه و قدرت اثباتی علم قاضی در فقه اسلامی و قانون مجازات اسلامی تا جایی است که حتی می‌تواند موجبات بی‌اعتباری ادله سنتی را فراهم آورد. در قلمرو سیاست جنایی قضایی مهم‌ترین طریقه تحصیل ادله علمی توسل قاضی به نظریه کارشناسی در زمینه‌های علمی و تخصصی مرتبط با موضوع پرونده است.

کارشناسی تحقیقی است که دادگاه به‌منظور تمیز حق یا تمهید مقدمات آن به عهده شخص صلاحیت‌داری به نام کارشناس می‌نهد و از او می‌خواهد که اطلاعات فنی و علمی یا حرفه‌ای لازم را که در دسترس دادگاه نیست در اختیار دادرس قرار دهد یا استنباط و اعتقاد خود را از قرائن فنی و علمی و بیان کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۲) بر همین اساس ماده ۸۳ قانون آیین دادرسی کیفری مقرر داشته است که؛ از اهل خبره هنگامی دعوت به عمل می‌آید که اظهار نظر آنان از نظر علمی یا فنی یا معلومات مخصوص لازم باشد از قبیل پزشک، داروساز، مهندس ارزیاب و دیگر صاحبان حرف... . همچنین ماده ۸۸ همان قانون مقرر می‌دارد: برای معاینه اجساد و جراحات‌ها و آثار و علائم و... قاضی از پزشک قانونی معتمد دعوت می‌نماید و اگر پزشک قانونی نتواند حضور یابد و یا در جایی پزشک قانونی نباشد، پزشک معتمد دیگری دعوت می‌کند. هرگاه پزشک قانونی در امری تخصص نداشته باشد قاضی می‌تواند از پزشک متخصص دعوت به عمل آورد. از این مقرر قانونی «اصل لزوم توسل به ادله علمی در مسائل فنی-تخصصی (صادقی، ۱۳۹۲)» قابل استنباط است که بر مبنای این اصل، قاضی در موضوعاتی که جنبه فنی و تخصصی دارد، مجاز نیست بدون اخذ نظریه کارشناس نسبت به صدور حکم اقدام نماید؛ موضوعی که از جمله در دادنامه شماره ۲۹۴/۲۹۴ مورخه ۱۳۱۹/۹/۱۶ شعبه ۳۷ دیوان عالی کشور با این عبارت مورد تأکید قرار گرفته است که: دادرس نمی‌تواند در امور فنی، به نظر خود اکتفا کرده و حکم صادر نماید یا در رأی دیگر اشعار داشته است که دادگاه نمی‌تواند تشخیص خود را منشأ حکم تقصیر قرار دهد. (زراعت، ۱۳۸۸)

به‌عنوان نمونه دیگر در دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۷۱۲۰۸۰۰۵۵۸ مورخه ۱۳۹۸/۹/۹ صادر شده از شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان فارس جهت احراز زنای به عنف و اکراه به نتیجه آزمایش DNA استناد گردیده که از موجبات حصول علم قاضی در پرونده امر بوده و شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور نیز به‌موجب دادنامه شماره ۷۰۰۱۷۵ مورخه ۹۹/۳/۱۷ با در نظر داشتن و استناد به نتیجه آزمایش پیش گفته دادنامه فرجام خواسته را ابرام نموده است همچنین در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۱۰۶۰۰۱۰۶ مورخه ۱۳۹۲/۲/۱۱ صادر شده از شعبه ۳۳ دیوان عالی کشور نیز با استناد به آزمایش DNA در خصوص تأیید رابطه پدر و فرزندى بین طفل متولد شده و متهم پرونده علم متعارف قضایی برای تحقق آن‌ها را حاصل دانسته است.

اگرچه ادله اثبات دعوا هم در قانون و هم در فقه به‌صورت حصری بیان شده است و ظاهر آن نشان می‌دهد که ادله اثبات حالت انحصاری دارند اما توجه به مفهوم علم قاضی در فقه شیعه که چیزی فراتر از آن است که از طریق شهادت، بینة و اقرار حاصل می‌شود و اینکه منابع حصول آن علم، منحصر به امور خاصی نیست؛ خودبه‌خود، قید حصری بودن ادله اثبات قتل را خواهد زد و عملاً طرق اثبات دعوای قتل [و سایر دعاوی کیفری از جمله حدود] را از محدودیت خارج خواهد کرد. (جمعی از نویسندگان، ۱۳۸۲) این رویکرد در تبصره ماده ۲۱۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد پذیرش قانون‌گذار قرار گرفته و مواردی از قبیل نظریه کارشناس معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ضابطان سایر قرائن و اماراتی که نوعاً علم آور باشند را می‌تواند به‌عنوان مستند علم قاضی دانست و با آن‌ها در نفی یا اثبات ادعای کیفری استناد نمود حصری نبودن مبانی و اصول علم قاضی در این ماده بیانگر آن است که هر علمی که نوعاً علم آور باشد مثل نظریه پزشکی قانونی فیلم و صوت منتسب به طرفین، این آثار انگشت، بهره‌گیری از دستگاه دروغ سنج، پیامک‌های تلفنی، آزمایش DNA و... می‌تواند مستند حکم دادگاه واقع گردد. در همین ارتباط به‌موجب دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۷۱۲۰۸۰۰۵۵۸ مورخه ۱۳۹۸/۹/۹ صادره از شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان فارس از جمله دلایل مورد استناد دادگاه جهت احراز ادعای زنای به عنف و اکراه، انجام آزمایش DNA و PSA بر روی نمونه‌های موجود در لباس و سواپ واژن شاکی و انطباق آن با پروفایل استخراج شده از متهم بوده که بر اساس دادنامه شماره ۱۷۵-۹۹ مورخه ۹۹/۳/۱۷ شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور مورد ابرام قرار گرفته است.

نکته‌ای که به‌درستی در قسمت اخیر تبصره ماده ۲۱۲ قانون اخیرالذکر مورد تأیید قرار گرفته است و مقرر گردیده که: ... در هر حال مجرد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی‌شود، نمی‌تواند ملاک صدور حکم باشد. در همین ارتباط و برخلاف دادنامه‌های پیش گفته، به‌موجب دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۷۱۲۰۶۰۰۷۵۳ مورخه ۱۳۹۸/۱۲/۲۴ صادره از شعبه سوم دادگاه کیفری یک استان فارس چنین استدلال شده است که: کشف نمونه منتسب به متهم از سواپ واژن شاکی در آزمایش DNA، به‌طور الزامی دلالت قطعی بر وقوع دخول ندارد و چه‌بسا که آلودگی سواپ آزمایشگاهی (سواپ وسیله آزمایشگاهی مورد استفاده آزمایشگاه است که دارای سر پنبه استریل برای نمونه‌برداری از ترشحات نواحی مختلف بدن است) و به‌این ترتیب، نمی‌تواند قطع یقین، دلالت بر وقوع دخول به

میزان قانونی و شرعی لازم برای تحقق عنوان زن داشته باشد. شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان فارس نیز، به موجب دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۷۱۲۰۸۰۰۲۳۰ مورخه ۱۳۹۸/۴/۲۵، با همین استدلال رأی بر برائت متهم به اتهام زنای به عنف را صادر نموده که بر اساس دادنامه شماره ۱۴۰۰۰۶۳۹۰۰۰۰۰۴۷۲۷۳ مورخه ۱۴۰۰/۱/۲۳ صادر شده از شعبه ۴۷ دیوان عالی کشور مورد ابرام قرار گرفته است. از جمله در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۹۱۰۵۰۰۱۷۳ مورخه ۱۳۹۲/۵/۱۴ صادر شده از شعبه ۳۲ دیوان عالی کشور چنین آمده است: «مبانی علم دادگاه، اظهارات پدر متهم مبنی بر عزیمت در روز واقعه به جنگل و گواهی پزشک قانونی [می باشد که]، مبین انتساب تفخیز به متهم نیست و دلالت اثباتی بر اسناد عمل نمی کند... و وصف بین در دو مستند دادگاه، مفقود است...».

ب: مستندات فن آورانه

در حال حاضر بخش قابل توجهی از دادرسی کیفری معطوف به انجام ادله حاصل از پیشرفت‌های فن آورانه است که تأثیر چشمگیری نیز در دستیابی به واقعیت‌های مرتبط با جرم و کشف حقیقت و در نهایت اجرای صحیح و سریع عدالت دارد. گرچه مسائلی نظیر نحوه جمع‌آوری و قابلیت استناد پذیری این ادله مشکلاتی را در فرآیند استفاده از این ادله فراهم آورده است اما این امر مانع از بهره‌مندی از مزایای این ادله نیست همان‌طور که باید برای چالش‌ها و تهدیدهای ناشی از این عرصه چاره‌جویی شود باید از ظرفیت و فرصت حاصل شده از آن نیز، نهایت بهره‌برداری شود. (طهماسبی، ۱۳۹۶) بی‌تردید، ادله علمی جنایی را باید به‌عنوان مکمل ادله سنتی نظیر شهادت شهود، اقرار و... حتی در بسیاری از موارد، جایگزین شایسته‌ای برای ادله سنتی تلقی کرد.

با در نظر داشتن این واقعیت عینی در پرونده‌های قضایی که بسیاری از جرائم و به‌طور خاص حدود شرعی در بسیاری از موارد از طریق دلایل سنتی قابل احراز نیست و این امر، در جرائم مهمی نظیر تجاوز به عنف و اکراه و... که ارتباط مستقیم و بدون انکاری با حقوق طرفین دادرسی داشته و علاوه بر آن، برخی از حدود شرعی مشتمل بر حق‌الناس نیز هست، لزوم توسل به ادله علمی را امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر نموده است. از سوی دیگر با توجه به کیفرهای قانونی سنگین که برای این‌گونه جرائم پیش‌بینی شده است، جهت اقناع وجدان قضایی و کشف حقیقت، ضرورت استناد و توجه به ادله علمی را دوچندان خواهد نمود حتی در برخی از ادله اثبات سنتی نظیر شهادت شهود، امکان خطا و فراموشی و یا حتی تبانی شهود با طرفین پرونده و... وجود دارد که بی‌تردید، در صدور حکم بر برائت یا محکومیت متهم مؤثر است.

در رویه قضایی دادگاه‌های کیفری یک استان فارس، در قلمرو اثبات حدود، مصادیق متعددی از توسل به ادله فن آورانه قابل مشاهده است. این امر نشانگر آن است که امکان توسل به ادله فن آورانه جهت احراز علم قاضی به‌عنوان امری پذیرفته شده و تقریباً بدون اختلاف است. مراجع عالی قضایی نظیر دیوان عالی کشور نیز، این رویه را از جهت قابلیت استناد به ادله علمی مورد پذیرش قرار داده‌اند. به‌عنوان نمونه در دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۷۱۲۰۸۰۰۱۴۷ مورخه ۱۳۹۹/۴/۱ صادر شده از شعبه دوم دادگاه کیفری یک استان فارس، از جمله مبانی و حصول علم قاضی در خصوص اثبات

بزه زنای به عنف و اکراه، نظریه پزشکی قانونی در خصوص مثبت بودن نتیجه آزمایش اسید فسفاتاز بر روی نمونه‌های باقی مانده بر روی لباس شاکی اعلام گردیده است.

#### مستندات مؤثر فنی و فن آورانه در نفی حد

مستندات فنی و فن آورانه که موجبات تحصیل علم قضایی را فراهم می‌آورند، لزوماً در جهت اثبات محکومیت متهم قابلیت بهره‌برداری ندارد بلکه در بسیاری از پرونده‌های قضایی، مستندات علمی و فنی در راستای صدور حکم بر براءة متهم به قاضی کمک خواهد کرد. در این بند نقش مؤثر و چند رویه حاکم در خصوص مستندات فن آورانه در صدور حکم براءة بررسی می‌شود.

#### الف: مستندات فنی

از جمله راهبردهای قانونی که می‌توان با بهره‌گیری از مستندات علم و مستندات فنی و علمی در راستای تعدیل کیفرهای حدی از آن بهره گرفت، ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۹ است. در این ماده قانون‌گذار ضرورت‌های مختلفی از جمله عدم درک ماهیت جرم انجام شده یا حرمت آن و نیز، شبهه در رشد و کمال عقل چنین مرتکبانی آن را جهت اتخاذ واکنش‌های کیفری مقرر برای اطفال و نوجوانان (احلله کیفری ماده ۸۹ همان قانون) که غالباً توأم با ارفاق جنبه تخفیفی دارند، در مورد شناسایی قرار داده است. به عبارتی دیگر، این رویکرد قانونی، جلوه‌ای از به رسمیت شناختن مسئولیت کیفری نقصان یافته در حقوق کیفری ایران محسوب می‌شود؛ شاکری (۱۳۹۸) که شناسایی این‌گونه مسئولیت تخفیف یافته در قلمرو حدود شرعی موضوعی قابل توجه و پراهمیت است. در همین ارتباط می‌توان به دادنامه شماره ۱۵۲۱۹/۱۴۰۰۱۲۳۹۰۰۰۰ مورخه ۱۴۰۰/۱/۸ صادر شده از شعبه اول دادگاه کیفری یک استان فارس اشاره نمود که به موجب آن در خصوص بزه زنای به عنف و اکراه، دادگاه با اخذ نظریه پزشکی قانونی در خصوص میزان سن متهم در حین ارتکاب جرم که کمتر از ۱۸ سال بوده است نسبت به رشد و کمال عقلانی وی تردید حاصل نموده و به جای کیفر قانونی اعدام که برای زنای به عنف مقرر بوده، متهم را به استناد ماده ۸۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، به تحمل ۵ سال نگهداری در کانون اصلاح و تربیت محکوم کرده است.

#### ب: مستندات فن آورانه

در قلمرو سیاست جنایی قضایی می‌توان جلوه‌هایی از بهره‌گیری از ادله فن آورانه در راستای صدور حکم براءة را مشاهده کرد و این امر ناشی از همان خصوصیت قابلیت استناد دو سویه به ادله فن آورانه هم در راستای اثبات و هم در راستای نفی جرائم مستوجب حد باشد. به عنوان نمونه: در دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۰۷۱۶۵۰۰۳۳۰ مورخه ۱۳۹۹/۱۲/۳ صادر شده از شعبه پنجم دادگاه کیفری یک استان فارس اشاره کرد: «... با عنایت به اظهارات طرفین و متن پیامک‌های ارسالی بین طرفین و مشاهده فیلم طرفین در جلوی عابر بانک و نظریه پزشکی قانونی و لک و سل آیدی تلفن همراه طرفین با آنتن دهی تلفن‌ها، اگرچه متهم در اظهارات خود صداقت نداشته اما دلیل و مدرک یا قرائن و اماراتی که اتهام را به متهمان منتسب نماید، تقدیم نگردیده است. از این رو،... حکم بر براءة ایشان صادر و اعلام می‌نماید.» و یا در دادنامه شماره ۱۰۱۷۵۴۸/۱۴۰۰۱۲۳۹۰۰۰۰ مورخه ۱۴۰۰/۲/۲۰ صادر شده از همان دادگاه، چنین آمده است: «... با عنایت به محتویات پرونده و اینکه در فیلم مورد استناد،

چهره متهمین قابل شناسایی نبوده و شاهدان نیز چهره ایشان را شناسایی نکرده‌اند و سابقه اختلاف بین شاکی و متهم و... نمی‌تواند موجب حصول علم یقین و متعارف گردد و از طرفی هرگونه اقدام یا تحقیق جدید برای کشف جرم پس از گذشت شاکی ممنوع است بنابراین دادگاه رأی بر برائت متهم صادر و اعلام می‌نماید.

### سیاست بزه پوشی

این‌همه سخت‌گیری و حساسیت در اثبات جرائم حدی، علاوه بر اینکه ایجاد اطمینان خاطر و آسایش زندگی افراد جامعه از شر توطئه‌چینی افراد مغرض را به دنبال دارد، در راستای بزه پوشی و عدم اصرار بر اثبات جرم حدی نیز قابل تحلیل است. بزه پوشی و جلوگیری از افشای زشتی‌ها، متأثر از نگرش خاصی است که خطوط برجسته سیاست کیفری اسلام را شکل می‌دهد، از جمله این سیاست‌ها می‌توان به سیاست کیفر زدایی و تأکید بر جنبه‌های اخلاقی پیگردهای جزایی و رعایت مصالح عمومی، اشاره نمود (صادقی، ۱۳۷۸). بزه پوشی روش خاصی است که مبتنی بر گرایش به کیفر زدایی و نیز به لحاظ جنبه‌های اخلاقی و مصالح اجتماعی در سیاست کیفری اسلام مورد توجه قرار گرفته است. در روایات بی‌شمار اخلاقی-فقهی ناظر بر جرائم و خطایای شخصی و فاقد جنبه عمومی-شخص خطاکار مردم و ترغیب شده‌اند به ستر گناه و پوشانیدن خطا. مجرم خود لغزش خویشتن را علنی نکند و به توبه و نوعی انابه قلبی بین خود و خدای خودروی آورد و به راه راست درآید و در جبران خطای خود بکوشد. زانی و هرکس دیگری که گناهی مرتکب می‌شود خطای خود را مخفی بدارد. ایشان به روایتی از پیامبر (ص) استناد می‌کنند که بر اساس آن حضرتش می‌فرماید، هرکس از این اعمال پلید (محرمات) مرتکب می‌شود، آن را بپوشاند، چنان‌که خدا آن را ستر می‌کند؛ اما اگر کسی داخل (باطن سر) خود را نزد ما فاش کند بر او حد را جاری خواهیم ساخت (حسینی، ۱۳۸۰).

### تأکید بر عفو و بخشش

در جرائمی که جنبه خصوصی آن‌ها غالب است، شریعت اسلامی به قربانی یا در صورت مرگ او به نزدیکان او این حق را داده که دعوی کیفری را به راه بیندازند و یا از تعقیب مجرم صرف‌نظر نمایند و یا با او مصالحه نمایند، بنابراین در جرائم حق‌الناسی که حیثیت خصوصی آن‌ها غالب تلقی شده است، شارع مقدس اسلام گرایش مشهودی به سوی واگذاری اختیار عفو و مجازات به قربانی دارد و جز در محدوده‌ی وجود محذورات و تبعات مترتب بر عدم مجازات مجرم، عفو قربانی را موجب سقوط کیفر و انتفای حکم مسئولیت جزایی دانسته است.

علاوه بر مطالبی که گفته شد لزوم فایده‌مند بودن کیفر از نظرات برخی از فقها نیز استنباط می‌گردد. صاحب جواهر معتقد است که تعطیل اقامه حدود و عدم جلوگیری از وقوع جرائمی همچون شرب خمر، زنا و سرقت به واسطه اعمال مجازات مخصوص آن‌ها باعث فزونی و انتشار محارم و مفسد می‌شود و در نظر شارع نیز آنچه مطلوبیت داشته ترک همین محارم و جرائم است و از طرفی برای اقامه حدود چه در زمان معصوم و چه در زمان غیبت، مقتضی که همان امکان انتشار مفسد است موجود است.

در یک مقایسه اجمالی میان نظرات ایشان و اندیشه برخی از حقوقدانان کیفری سده‌های گذشته می‌توان گفت که اقامه حدود الهی از این زاویه تا حدودی باهدف سودمندی مجازات از نظر حقوق عرفی مطابقت دارد (شامبیاتی، ۱۳۷۲)؛ یعنی به‌وسیله اعمال کیفرهای حدی هم دیگران مرعوب شده و به دنبال ارتکاب جرائمی همچون زنا، شرب خمر و سرقت نخواهند رفت (پیشگیری عمومی) و هم خود مجرم از ارتکاب جرم جلید خودداری می‌نماید (پیشگیری فردی) به‌عنوان نکته آخر در بحث طریقیقت داشتن مجازات باید گفت دلایل فوق و نیز روایاتی که گفته شد، دست‌کم موضوعیت داشتن مجازات را به تردید می‌اندازد، خصوصاً اگر مجازات در این زمان اثرات نامطلوبی بر جامعه داشته باشد و اهداف موردنظر شارع را تأمین نکند و چه‌بسا موجب وهن اسلام و نظام اسلامی گردد و اگر مصلحت نظام به خطر افتد، بنا بر حکم حکومتی که بر مبنای نظر امام خمینی (ره) خود حکم اولی است، می‌توان اجرای مجازات را متوقف نمود. عده‌ای در جواب این مسئله که اگر اهداف حدود تحقق نیابد، می‌توان اجرای حدود را متوقف نمود بیان می‌دارند که این امر نوعی تشریح و بدعت محسوب می‌شود، در پاسخ باید گفت که عدم اقامه حدود نسخ و جوب آن نیست زیرا حد باوجود تمکن و توانایی و نبود مانع، واجب است اجرا گردد، ساقط شدن تکلیف در جوب اقامه حدود باوجود مانع و نبود توانایی، نسخ شریعت ثابت تا روز قیامت نیست، برای این که شرط در جوب اقامه حاصل نشده است نسخ در صورتی است که باوجود تمکن و توانایی امام بر اقامه و جوب اقامه از امام ساقط گردد.

علاوه بر این مصلحت‌اندیشی به معنای عرفی شدن دین نیست، چراکه مقید به چارچوب مقاصد شرع و تئوری‌ها و مبانی حقوق اسلامی نیز هست. در نتیجه مصلحت در این معنا گستره‌ای وسیع برای تسهیل امور مسلمین در همه ادوار و افزایش دامنه حکومت و قواعد شرعی است. از طرفی دیگر اگر قصد ما دور کردن جامعه از مفاسد اجتماعی باشد و مجازات را نیز در موارد خاصی محدود نماییم چه‌بسا مفاسد بیشتر شود، لذا فقهای دوره مشروطیت که فقهای بزرگواری بودند اعلام داشتند، در جامعه امروز، حاکم مسلمانان طبق مصالح خودش با جرم مبارزه می‌کند و از وقوع جرم پیشگیری می‌کند و آنچه در قانون مجازات عمومی آمده بود بر این اساس بود. تغییر احکام با نسخ تفاوت دارد (فیض کاشانی، ۱۳۹۰)؛ زیرا حکم منسوخ دیگر تکرار نخواهد شد، ولی تغییر احکام بر اساس مقتضیات زمان بدین معناست که قانون اخیر بر اساس نیازها و شرایط زمانی کنونی، جاری است و اگر روزی مقتضیات زمان تغییر یافت و به حالت اول بازگشت، دیگر قانون نخست حاکم خواهد شد.

### موانع ثابت فقهی در اجرای حدود

در این گفتار طی ۳ بند موانع فقهی اجرای حدود از جمله قاعده درأ و نهاد توبه، که به صورت ثابت مانع اجرای حد هستند مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### قاعده درأ مقوم اصل در مرحله اثبات

در کنار موانع اثباتی باید از موانع اجرایی یاد کرد که حتی در شرایط اثبات بزه نیز اجرای مجازات را غیرممکن می‌نماید. از جمله این موانع ایجاد شبهه و اعمال قاعده درء می‌باشد. بدین معنا که هرگاه

مكلف از روی جهل به حکم یا موضوع مرتکب جرمی شود شک و شبهه در اصل حکم یا موضوع موجب دفع حد از وی خواهد گردید (قبله‌ای خویی، ۱۳۸۱).

بنابراین مکلفی که از حکم حرمت شرب خمر مطلع نبوده و یا مشروب را نوشیدنی حلال بیندارد، فردی زناکار که ادعای اکراه نماید (در صورتی که یقین برخلاف آن نباشد) مردی که در فراش خودزنی را بیابد و به تصور این که همسر اوست با وی نزدیکی کند، فردی که کالایی را از منزلی خارج نماید و سپس ادعا نماید که صاحب آن مال، مال را به او بخشیده است و حتی صاحب مال نیز این گفته را رد نماید (ایجاد شبهه برای حاکم) در تمامی این موارد حد به واسطه شبهه ساقط می‌گردد (جوان جعفری بجنوردی و ساداتی، ۱۳۹۲).

از عوامل سقوط مجازات، «شبهه» است. بر پایه یک قاعده مسلم فقهی که «قاعده درء» نامیده می‌شود هرگونه شبهه‌ای مانع اجرای حدود و از آن جمله حد در جرائم جنسی می‌شود. حتی بزهکاری که با چهار بار اقرار به زنا محکوم به رجم شده، هرگاه پیش از اجرای کیفر یا در اثنای آن منکر زنا شود، مجازات نمی‌شود (عاملی، ۱۳۶۷ ه.ق). بسیاری از فقیهان با توجه به لزوم احتیاط در خون افراد و این که در حدود بنا بر سخت‌گیری نیست، مواردی که زنا مستوجب اعدام است را نیز به رجم ملحق نموده‌اند. شبهه در لغت به معنای التباس و پوشیدگی کار و مانند آن است و در خصوص معنای اصطلاحی آن بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، اما در مجموع می‌توان گفت: اصطلاح شبهه در قاعده درء از معنای لغوی آن دور نیست و به همان معنای التباس و روشن نبودن واقعیت به کار می‌رود (حاجی ده آبادی، ۱۳۸۷). بر اساس قاعده «درء حدود به شبهه» در مواردی که امر بر مرتکب پوشیده شود و دقیقاً حرمت کاری بر وی معلوم نگردد و یا در مواردی که موضوع بر قاضی ملتبس شده و نتواند به‌طور قطع و یقین، حکمی را صادر کند، اجرای حدود منتفی می‌شود.

#### نهاد توبه اسقاط کننده در طول فرایند

توبه از جمله مسائلی است که در فرهنگ قرآن و سنت از جنبه مثبت و ارزشی به آن پرداخته شده و یک امتیاز در مکتب اسلام به شمار می‌رود. در آیات و روایات متعدد از توبه صحبت به میان آمده و انسان به آن تشویق و ترغیب شده است و سقوط کیفر به‌صراحت در برخی از آن‌ها مطرح شده است.

توبه مرتکب که عبارت از پشیمانی از گذشته و تصمیم قاطع بر عدم تکرار گناه است در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. مطابق ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی<sup>۶</sup> در جرائم موجب حد به‌استثنای قذف و محاربه هرگاه متهم قبل از اثبات جرم، توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌شود، همچنین اگر جرائم

۶. ماده ۱۱۴ - در جرائم موجب حد به‌استثنای قذف و محاربه هرگاه متهم قبل از اثبات جرم، توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌گردد. همچنین اگر جرائم فوق غیر از قذف با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست نماید.

تبصره ۱- توبه محارب قبل از دستگیری یا تسلط بر او موجب سقوط حد است.

تبصره ۲- در زنا و لواط هرگاه جرم به‌عنف، اکراه و یا با اغفال بزه دیده انجام گیرد، مرتکب در صورتی که توبه و سقوط مجازات به شرح مندرج در این ماده به حبس یا شلاق تعزیری درجه شش یا هر دوی آن‌ها محکوم می‌شود.



فوق غیر از قذف با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست نماید؛ بنابراین ارجحیت توبه بر حد و پذیرش توبه در حدود نشانگر آن است که حدود موضوعیت ندارند، بلکه طریقه‌ای برای اصلاح مجرم و بازدارندگی از ارتکاب جرم‌اند.

توبه به اتفاق نظر همه فقیهان مسقط حد زنا، لواط و مساحقه است. به نظر می‌رسد حتی در مورد زنا یا به عنف نیز هرگاه بزهکار بتولند همراه با توبه، مجنی علیه را راضی کند و از طرح دعوا باز دارد به کیفر نمی‌رسد.

توبه از ارتکاب جرم جنسی - همچون هر گناه دیگری - نه تنها جایز که واجب است (موسوی بجنوردی، ۱۳۶۴). معصومان علیهم‌السلام کسانی را که به منظور تحمل مجازات و رهایی از کیفر اخروی نزد آنان به زنا اقرار می‌کردند به توبه پنهانی تشویق می‌کردند و صریحاً به آنان توصیه می‌نمودند تا به جای اقرار به گناه، در پنهانی توبه کنند.<sup>۷</sup>

#### نقش توبه در سقوط مجازات‌های حدی (بر اساس فقه و قانون مجازات اسلامی)

در یک تقسیم‌بندی حقوق را به دو قسم می‌توان تقسیم کرد: حق‌الله و حق‌الناس، فقه و حقوقدانان مسلمان، حق‌الله را با تعبیر گوناگون تعریف کرده‌اند، برخی از آن‌ها حق‌الله را در برابر حق‌الناس و به معنای حقوق عمومی تعبیر کرده‌اند و می‌گویند: حق‌الله به معنای چیزی است که معادل حق جامعه است و جرائمی است که مرتبط با طهارت و پاکیزگی اجتماع باشد، این فضیلتی است که از دین برخاسته که اجتماع را از اضمحلال و نابودی حمایت می‌کند.

واگذاری نقش فرعی و ثانوی به حقوق کیفری در برنامه‌های مقابله با بزهکاری که ناشی از تردید در اثربخشی روش‌های سرکوبگرانه سنتی به منظور نیل به اهداف حقوق جزای اسلامی است، تأکید بر سیاست کیفر زدایی را در پی داشته است.

سیاست کیفر زدایی در نظام جزایی اسلام، ضمن نفی انحصار شیوه‌های مبارزه علیه جرم در اعمال مجازات، امکان تمسک به نهادهایی که به وضوح از رویکردهای سخت سرکوبی متمایز است را فراهم کرده است نهاد توبه از جمله تأسیساتی است که در حقوق جزای اسلامی و در راستای کیفر زدایی، در پرتو جلب همکاری و مشارکت بزهکار در فرآیند مبارزه با بزهکاری پیش‌بینی شده است. بدون تردید مؤثرترین راه به منظور نیل به اهداف حقوق جزا، اقدامات داوطلبانه‌ای است که مجرم بدون احساس اعمال فشار از خارج، برای ترمیم آثار جرم ارتكابی و تغییر مسیر زندگی و اصلاح خویش انجام می‌دهد.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در تبعیت از منابع فقهی و موازین شرعی با رویکردی بدیع و نسبتاً بی‌سابقه، تأثیر کلی یا جزئی نهاد توبه در سقوط واکنش‌های کیفری را مورد توجه قرار داده است. این تأسیس امکان خیره‌کننده‌ای به منظور اصلاح بزهکار از طریق نوسازگاری داوطلبانه وی فراهم کرده، توقف جریان متعارف دادرسی‌های کیفری را موجب می‌گردد. به طوری که اظهار توبه و

۷. عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۳۲۸، باب ۱۶ از ابواب مقدمات الحدود، روایت ۴.

احراز آن، تعقیب یا ادامه پیگرد متهم یا صدور حکم و اجرای مجازات را معلق یا منتفی می‌سازد. قانون‌گذار با تفکیک نقش توبه در جرائم مختلف، تأثیر توبه در سقوط مجازات حدی را در ماده ۱۱۴ قانون مجازات اسلامی مورد حکم قرار داده است.

نقش توبه در حدود

ماده ۱۱۴ مقرر می‌دارد: «در جرائم موجب حد به استثنای قذف و محاربه هرگاه متهم قبل از اثبات جرم، توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌گردد. همچنین اگر جرائم فوق غیر از قذف با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست کند».

در مورد این ماده سه نکته نیاز به تحلیل و بررسی دارد؛ اول این که در کدام جرائم حدی توبه تأثیرگذار است؟ دوم این که تفاوت توبه قبل از اثبات جرم و توبه بعد از اثبات جرم چیست؟ و سوم این که آیا در صورت توبه متهم شرط دیگری هم برای سقوط مجازات وجود دارد؟ در جواب سؤال دوم باید بگوییم که این ماده، توبه قبل از اثبات جرم را به تنهایی باعث سقوط مجازات دانسته است در حالی که اگر توبه بعد از اثبات جرم صورت گیرد، تنها در صورتی که جرم با اقرار ثابت شده باشد، دادگاه صرفاً می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست کند.

دلیل این تفکیک روشن است؛ توبه در زمانی که هنوز جرمی به اثبات نرسیده است، می‌تواند حاکی از پشیمانی و اصلاح متهم باشد لکن وقتی توبه پس از اثبات جرم انجام می‌گردد لزوماً به این دلیل نبوده و چه بسا برای فرار از مجازات انجام گرفته باشد. به همین دلیل در این موارد دادگاه تنها می‌تواند عفو مجرم را به واسطه رئیس قوه قضاییه از مقام رهبری طلب نماید و این درخواست هم تنها در حالتی است که جرم صرفاً با اقرار متهم اثبات گردیده باشد نه با دلایل دیگری همچون شهادت، علم قاضی و... زیرا وقتی متهم خود به جرم اقرار نموده و موجبات اثبات جرم را فراهم نموده است، شایسته است که تخفیف بیشتری برای وی در نظر گرفته شود. مضاف به این که این اقرار و عفو بیشتر از زمانی که جرم با دلیلی غیر از اقرار ثابت شده و پس از آن توبه صورت گرفته باشد، حکایت از پشیمانی و اصلاح مجرم دارد.

نکته‌ای که در مورد توبه پس از اقرار به جرم باید مورد امعان نظر قرار گیرد، این است که در این موقعیت هم درخواست عفو از مقام رهبری الزامی نیست و دادگاه این اختیار را دارد که یا درخواست عفو نماید یا مجازات را مورد حکم قرار دهد. به نظر می‌رسد اگر قانون‌گذار به صورت مطلق عمل می‌کرد؛ یعنی یا قاضی را در صدور حکم به حد یا تبرئه مجرم مخیر می‌کرد و یا برای انتخاب هر یک از این دو تصمیم، قاضی را ملزم به استیذان از رهبری می‌نمود، بهتر بود. در حال حاضر قاضی برای انتخاب گزینه سخت‌تر (اجرای مجازات) مخیر است و برای اعمال گزینه سهل‌تر (عفو) باید از حاکم استیذان کند و این قابل ایراد به نظر می‌رسد.

## آثار توبه بر واکنش‌های حدی

میزان تأثیر توبه بر هکابر در هر یک از انواع عکس‌العمل‌هایی که در حقوق جزای اسلامی پیش‌بینی شده است متناسب با مبانی تقسیم و تنوع واکنش‌ها متفاوت بوده یا منوط به شرایط خاصی شده است.

واکنش‌های جزایی، به اعتبار اهداف اولی و اساسی که در پرتو تقنین یا اجرای آن‌ها تعقیب می‌شود علاوه بر عکس‌العمل‌های عبادی (کفارات) و جبرانی (دیات) به واکنش‌های انذار دهنده و انصراف برانگیز (حدود) و اصلاحی (تعزیرات) تقسیم می‌شود.

واکنش‌های انذار دهنده که با هدف اولی تهدید تقنینی و پیشگیری جمعی اعمال می‌گردد، عکس‌العمل‌های کیفی معمولاً شدیدی هستند که از خصوصیات کیفرهای ارعابی و انصراف برانگیز برخوردار بوده، بر حتمیت، قطعیت و فوریت آن‌ها تأکید می‌گردد؛ بدیهی است نقش تهدیدی مجازات‌های انذار دهنده منوط به عدم اجرای گسترده، مکرر و مستمر آن است. از این‌رو تلاش می‌شود با کمترین اعمال، لکن با بیشترین تبلیغ و اعلام جدیت در اجرای آن‌ها، از خردانگاری مجازات‌های مذکور در افکار عمومی جلوگیری شود.

حدود در زمره مجازات‌های انصراف برانگیزی است که مهم‌ترین مقصود در تشریح و اعمال آن‌ها، تهدید تقنینی و اجرایی است. شاید توجه به این هدف موجب شده است برخی فقیهان اسلامی تأثیر توبه در اسقاط حد را به دیده تردید نگریسته یا نقش آن را به کلی نفی کنند. چنانکه حنفیه، مالکیه، ظاهریه و بعضی از حنابله، توبه را مسقط مجازات حد محسوب نکرده‌اند. لکن بسیاری از فرق اسلامی از جمله امامیه، شافعیه و گروهی از حنابله، بر پذیرش تأثیر توبه در سقوط کیفر حد نظر داده‌اند و در توجیه رأی خویش به آیات و روایاتی تمسک جسته‌اند که بر دفع کیفر از تائب دلالت دارد.

قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ متأثر از منابع فقه شیعی بر تأثیر توبه در سقوط حد تصریح داشته و در ماده ۱۱۴ چنین آورده است: «در جرائم موجب حد به‌استثنای قذف و محاربه، هرگاه متهم قبل از اثبات جرم توبه کند و ندامت و اصلاح او برای قاضی محرز شود، حد از او ساقط می‌گردد. همچنین اگر جرائم فوق غیر از قذف با اقرار ثابت شده باشد، در صورت توبه مرتکب، حتی پس از اثبات جرم، دادگاه می‌تواند عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضائیه از مقام رهبری درخواست نماید.»

### موانع متغیر فقهی در حدود

در بعضی موقعیت‌های زمانی و مکانی و به دنبال تحول در شرایط فرهنگی، اقتصادی، اجتماعی، سیاسی و...، حفظ مصالح مهم‌تر مثل مصلحت حفظ حکومت اسلامی، با اجرای برخی از حدود، با چالش مواجه می‌گردد، از این‌رو حکومت اسلامی به‌منظور ایجاد نظم و امنیت داخلی و خارجی و پاسداری از منافع و مصالح ثابت و متغیر مورد نظر شارع و با توجه به بسترهای متغیر زمانی و مکانی، اقدام به اتخاذ سیاستی مناسب در زمینه اجرای حدود می‌نماید.

همچنین فرامین و احکام الهی بی حکمت و دلیل نیست، به همین خاطر تمام مذاهب اسلامی بر این باورند که احکام شریعت مبتنی بر مصالح و مفاسدند و دین در واقع برای جلب مصلحت بندگان و دفع مفسده از آنان آمده است و این امر با تأمل در کتاب و سنت و نیز در عملکرد بزرگان دینی به چشم می‌خورد. به عبارت دیگر، مقاصد الشریعه یا اهداف و مقاصد احکام الهی، امری اصیل و اساسی در تفکر اسلامی است و باید در وضع و اجرای احکام و فرامین شریعت همواره مورد توجه قرار گیرد و نادیده گرفتن مقاصد الشریعه می‌تواند زمینه تبعات سوء و نامطلوب را در اجرای برخی از احکام ایجاد نماید.

از این رو کیفی‌های حدود نیز تابع مصالح و مفاسد بوده و به دنبال رسیدن به اهداف و مقاصد خاصی تشریح و اجرا می‌شوند و اگر در مواردی اجرای حدود، اهداف و مصالح مورد نظر شریعت را تأمین نکند و یا اینکه ایجاد مفسده نماید، در این صورت حاکم اسلامی اجازه خواهد داشت اجرای آن را متوقف سازد. بر اساس این مصلحت منصوص هر زمان امام مسلمانان با نگاهی ژرف و حکیمانه اجرای حدود را مستلزم مفاسد بزرگ‌تری دید، می‌تواند تا مرتفع شدن موانع، دست از اجرای حدود بردارد.

### چالش‌های فراروی مجازات‌های حدی علت گرایش به حداقلی مجازات

با اینکه بسیاری از کشورهای اسلامی در مجازات‌های حدی تجدیدنظر کرده‌اند، اما در حقوق ایران هنوز این مجازات‌ها لازم الاجرا هستند، با این حال مشکلات و معضلاتی گریبان گیر آن‌ها است که از جمله آن‌ها نامتناسب بودن مجازات‌های حدی و... است؛ که این امر می‌تواند یکی از دلایل عمده گرایش به استفاده حداقلی مجازات حدی گردد.

### نامتناسب بودن مجازات‌های بدنی

امروزه در نظام‌های حقوقی بسیاری از کشورها، حق قرار نگرفتن انسان در معرض مجازات‌های نامتناسب یکی از اصول بنیادین حقوق شهروندی در قلمرو حقوق کیفری تلقی می‌شود. یکی از چالش‌ها و ایرادات وارده به مجازات‌های بدنی در سطح بین‌الملل، نامتناسب بودن این مجازات‌هاست.

کمیسیون اروپایی حقوق بشر در توضیح خود پیرامون اصطلاحات ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اعلام نموده است که هر نوع شکنجه‌ای، خود رفتار غیرانسانی و تحقیرکننده محسوب می‌شود و رفتار غیرانسانی خود تحقیرکننده نیز است؛ این کمیسیون در تعریف غیرانسانی چنین بیان داشته است: «رفتار غیرانسانی، رفتاری است که به صورت عمدی موجب ایجاد درد و رنج شدید روحی یا جسمی گردد.» لذا رفتار یا مجازات، زمانی تحقیرکننده و نامتناسب محسوب می‌شود که توانایی مقاومت جسمی و روحی قربانی را در هم شکسته و موجب شود قربانی در خود احساس حقارت و ذلت و خواری نماید. بر همین اساس در بیشتر متون حقوقی از مجازات‌های بدنی به‌عنوان مجازات نامتناسب یاد می‌شود. چراکه مجازات‌های شدید، خشن و نامتناسب با جرم ارتكابی از آن‌جهت که

یک نوع استفاده ابزاری از انسان مجرم برای رسیدن به یک هدف است با حیثیت و کرامت ذاتی انسان مغایر است و انسان‌ها حق دارند در مقابل این‌گونه رفتارها و مجازات‌ها که در واقع به معنای انکار غایت بودن انسان است مصون باشند (رحیمی نژاد، ۱۳۸۷).

### غیرقابل جبران بودن اشتباه قضایی

یکی از چالش‌های عملی اجرای حدود غیرقابل جبران بودن اشتباهات قضایی است. این دلیل ناشی از اشتباهات و خطاهایی است که در جریان محاکمات جزایی روی می‌دهد و از آنجاکه تعدادی از جرائم حدی مثل زنا، محصنه، ارتداد و محاربه دارای مجازات مرگ است و نیز همه حدود بعد از اینکه سه مرتبه متوالی حد بر فرد جاری شد، در نوبت چهارم دارای مجازات مرگ است لذا این دلیل شامل حدود نیز می‌گردد.

دکتر نوبهار برگشت‌ناپذیر بودن کیفر اعدام که به مجرد حصول راهی برای جبران آن در صورت کشف اشتباه یا غرض‌ورزی یا جهات دیگر وجود ندارد نیز اعدام‌های متعددی که بر مبنای اشتباه اجرا شده و راهی برای جبران آن وجود نداشته است را از دلایل مخالفان مجازات مرگ می‌شمارد (نوبهار، ۱۳۸۸).

نخست آنکه دغدغه یادشده در مورد همه کیفرها وجود دارد از این رو با پذیرش استدلال مزبور باید تمامی آن‌ها را حذف کرد، وانگهی از آنجاکه همه رفتارهای بشر اشتباه پذیر است پذیرش این استدلال روند پیشرفت کارها در جامعه را با آشفتگی روبرو می‌کند، برای نمونه آیا می‌توان زیر بار رفت که به دلیل احتمال رخداد خطا در امور پزشکی و رویارویی با مواردی همچون مرگ یا پیدایش نارسایی در کارکرد عضو بیمار، پزشک نباید به عمل جراحی دست بزند؟ به عبارتی دست برداشتن از کار به دلیل احتمال روی دادن اشتباه در آن میان اندیشمندان و عرف جامعه بر منطق درستی استوار نیست.

دوم این‌که در قوانین موضوعه برای جلوگیری از اشتباه قضایی تدابیری پیش‌بینی گردیده است که علاوه بر افزایش دقت قضایی راه را نیز بر وقوع اشتباه قضایی تا حدود زیادی می‌بندد. به‌عنوان شاهد می‌توان از اصل یک‌صد و هفتادم قانون اساسی نام برد که می‌گوید: هرگاه در اثر تقصیر یا اشتباه قضایی در موضوع یا در حکم یا در تطبیق حکم بر مورد خاص ضرری مادی یا معنوی متوجه کسی گردد در صورت تقصیر، مقصر طبق موازین اسلامی ضامن است و در غیر این صورت خسارت به‌وسیله دولت جبران می‌شود و در هر حال از متهم اعاده حیثیت می‌گردد.

در ماده ۵۷۵ قانون مجازات اسلامی نیز آمده است: هرگاه مقامات قضایی یا دیگر مأمورین ذی‌صلاح برخلاف قانون، توقیف یا دستور بازداشت یا تعقیب جزایی یا قرار مجرمیت کسی را صادر نمایند به انفسال دائم از سمت قضایی و محرومیت از مشاغل دولتی به مدت پنج سال محکوم خواهد شد. همان‌طور که دیده می‌شود قانون‌گذار در موارد فوق برای واداشتن قضایی به‌دقت برای وی مسئولیت جزایی و مدنی مقرر کرده است.

سوم آنکه یکی از طرق اثباتی مجازات حدی اقرار مجرم است و هیچ انسان عاقلی با توجه به تبعات حاصله از اقرار، به ضرر خود بی دلیل اقرار نمی‌نماید و در حکمی که با اقرار مقرون به صحت محکوم‌علیه ثابت شده است احتمال اشتباه، بسیار کم است.

چهارم اینکه چاره‌ای که دستگاه‌های قضایی سراسر دنیا برای حل این معضل اندیشیده‌اند عبارت است از: الف) چندمرحله‌ای کردن مراحل دادرسی ب) ایجاد تکنولوژی‌های پیشرفته جرم‌یابی. ج) تنظیم مقررات دقیق در مورد عدالت شهود و شرط عدالت برای شاهد به‌علاوه استفاده از نهاد جرح و تعدیل شهود به دادرسان در تشخیص عدالت شهود کمک می‌کند. د) قاعده درء و اصل برائت. این اصل به نفع هر متهمی اعم از اینکه برای اولین بار مرتکب جرم گردیده است یا مشمول حکم تکرار جرم شده جاری است (گلدوزیان، ۱۳۸۶)؛ و به‌عنوان صحبت آخر در این باب باید گفت وجود ده‌ها شرط دقیق برای ثبوت و اثبات و اجرای مجازات حدی و قواعد پیشگیرانه‌ای مانند قاعده درء و قاعده برائت قضایی و... احتمال خطا را در حد صفر کاهش می‌دهد.

### اصل تحقیرکنندگی مجازات‌های بدنی

مسئله دیگر اصل تحقیرکنندگی مجازات بدنی است، تحقیرکنندگی یکی از خصوصیات مجازات بدنی است که همواره با محکومیت جهانی همراه بوده است. اسناد حقوق بشری ملی و بین‌المللی در حمایت از کرامت انسانی، دو دسته از مجازات غیرانسانی و تحقیرآمیز را ممنوع می‌کنند، مجازاتی که به دلیل وقاحت ذاتی و حشियانه به شمار می‌روند و کیفی‌هایی که اساساً یا به‌طور برجسته نامتناسب با جرائم ارتکابی‌اند (نوبهار، ۱۳۸۰).

### انسجام و به‌هم‌پیوستگی نظام جزایی اسلام به سایر ابعاد آن

یکی از دلایل مخالفان اجرای حدود در عصر غیبت بحث نظام‌مندی و به‌هم‌پیوستگی همه ارکان و احکام اسلامی است. به این معنا که اسلام شامل ابعاد مختلف تربیتی، اخلاقی، اجتماعی و مدیریتی است و همه این ابعاد در تعامل با یکدیگر هستند و اخلال در هرکدام از آن‌ها باعث اخلال در دیگری خواهد شد بنابراین تا تحقق تمام ابعاد آن باید حدود را متوقف ساخت. درواقع حدود برای جامعه‌ای است که از حیث تربیتی اخلاقی و اجتماعی شرایط ویژه‌ای دارد و چون در حال حاضر آن شرایط حاضر نیست اجرای حدود هم باید متوقف شود.

پیش‌فرض مدیریتی: دکتر محقق داماد در این زمینه می‌نویسد: اسلام مجموعه‌ای است که دارای ابعاد مختلف یعنی بعد تربیتی و اخلاقی، بعد مدیریت و از همه بالاتر دارای یک نظام شرعی حقوقی است که اصطلاحاً شریعت نامیده می‌شود. در میان ابعاد مختلف فوق، انسجام و به‌هم‌پیوستگی کامل احساس می‌شود حال در فرض فقدان اجتماع جمیع شرایط که مهم‌ترین آن به نظر حقه شیعه اثنی عشریه وجود انسان‌های کامل در رأس مدیریت اجتماعی است که نقش مؤثر آن در تربیت جامعه مسلم و بدیهی است احتمال اینکه اجرای عقوبات شرعی با تردید مواجه شود جدی است و به دیگر سخن این‌گونه مجازات در فرض آن شرایط است و در آن اوضاع و احوال است که مؤمن اگر مورد اغفال شیطان قرار گیرد و مرتکب آن اعمال شود، بلافاصله پشیمان می‌شود و گاهی چنان از عذاب

اخروی بیمناک است که به محضر رسول خدا (ص) شرفیاب می‌شود و به‌منظور تخفیف عذاب الهی اقرار به گناه می‌کند. در چنان جامعه‌ای مرتکبان جرائم با کمال رضایت قلبی بدون اندک تردید در رأی صادره به ارادت رنج مجازات را متحمل می‌گردند (محقق داماد، ۱۳۸۱).

### مغایرت مجازات‌های بدنی با کرامت انسانی

در حالیکه عده‌ای منکر مغایرت مجازات بدنی با کرامت بشری هستند، برخی بر این باورند که اصول حاکم بر مجازات بدنی مغایر با کرامت انسانی و اصول حقوق بشری بین‌المللی است. در حقوق بین‌الملل، امروزه مجازاتی از قبیل در آتش سوزاندن مجرم، یا پرتاب مجرم از بالای کوه یا بلندی با دست و پای بسته، یا با شمشیر زدن سپس سنگسار کردن (رجم)، یا زندان با اعمال شاقه، یا قطع دست راست و پای چپ، یا قطع چهار انگشت دست، یا شلاق زدن را از مصادیق مجازات خشن و خلاف شئون بشری و برخلاف انسانیت می‌شمارند و در نتیجه همه حدود شرعی که سبب مجازات معین فوق‌الذکر است را منافی حقوق بشر اعلام می‌دارند. اندیشه حقوق بشر اولاً به سمت حذف کامل مجازات بدنی و فیزیکی، ثانیاً به سمت محدودیت جدی مجازات اعدام و تقلیل رو به حذف آن و ثالثاً حذف انحاء خشن اعدام و در مجموع نفی مجازات خشن پیش می‌رود و بر این اساس، از دید قائلین به موازین بین‌المللی، مجازات شرعی یعنی همه حدود شرعی و تعزیر به شلاق از این زاویه خلاف ضوابط حقوق بشر و کرامت انسانی تلقی خواهند شد.

به همین لحاظ از همان سال‌های اولیه استقرار جمهوری اسلامی ایران و با تغییر قوانین جزایی و شدت مجازات و به‌خصوص کیفر بدنی، مسئله نقض حقوق بشر در ایران و صدور قطعنامه و تعیین نماینده ویژه در دستور کار کمیسیون حقوق بشر سازمان ملل قرار گرفت. برای نخستین بار در سال ۱۹۸۴ در اجلاس چهارم کمیسیون قطعنامه‌ای با ۲۱ رأی مثبت و ۶ رأی منفی و ۱۵ رأی ممتنع صادر شد که ضمن آن مقرر شد نماینده‌ای ویژه برای بررسی وضعیت حقوق بشر در ایران تعیین گردد. متأسفانه تلاش زیادی صورت گرفته که چهره جمهوری اسلامی ایران در انظار جهانیان مخدوش جلوه داده شود و به‌عنوان یک نظامی که پایبند به اصول و موازین جهانی مربوط به حقوق انسان‌ها نیست، معرفی گردد. طی سال‌های اخیر نیز مجمع عمومی سازمان ملل بارها نقض حقوق بشر در ایران را محکوم کرده است و بر اساس گزارشی که گزارشگر ویژه در خصوص وضعیت حقوق بشر در ایران به کمیسیون حقوق بشر و مجمع عمومی ارائه نموده است، بر این نکته تأکید نموده مجازات شلاق و سنگسار، مجازات غیرانسانی و تحقیرآمیز محسوب می‌گردند که در ایران اجرا می‌شود (ابراهیمی، ۱۳۸۹).

### خصیصه رنج آور بودن این مجازات‌ها

حتی به خصیصه رنج‌آور بودن این مجازات هم ایراد گرفته شده است و قطع عضو را از بارزترین مصادیق کیفرهای بدنی و از سازوکارهای رویکرد تنبیهی می‌دانند و ترذیلی بودن کیفر بدنی و ایجاد حس تحقیر، انتقام و ستیزه‌جویی را از ایرادات این‌گونه از کیفرها می‌دانند. برخی نیز بیان داشته‌اند، کیفر بدنی، به‌ویژه شلاق، گاه آثار جبران‌ناپذیر و غیرقابل ترمیمی را بر بدن بزهکار وارد می‌آورد. از نظر پزشکی وارد ساختن ضربات شلاق بر بدن افراد می‌تواند صدماتی مانند قرمزی، کبودی، تورم

و التهاب موضعی، ایجاد درد و سوزش شدید، زخم‌های سطحی، افزایش ضربان قلب، افزایش تعداد تنفس و بالا رفتن دمای بدن، سنگ‌کوب یا شک نورولوژیک، عوارض روحی نظیر اضطراب و افسردگی قبل و بعد از اجرای حکم، تغییرات بیوشیمیایی در خون و تغییر در سطح هورمون‌ها، ایجاد صدماتی نظیر آسیب نسوج نرم داخلی یا شکستگی‌های استخوانی و غیره را به وجود بیاورد که بسته به شرایط جسمی و روانی افراد این صدمات در زمان تحمل کیفر آشکار می‌گردد. معمولاً افراد اگر از سلامت جسمی برخوردار باشند این ضایعات بعد از مدتی بهبود یافته و از بین می‌رود، لیکن در مواردی بزهکار زمینه بیماری‌هایی را دارد که تحمل کیفر شلاق و یا حضور در زندان وضعیت جسمی وی را وخیم‌تر کرده و جان بزهکار را در معرض خطر قرار می‌دهد که در این موارد پزشک قانونی با توجه به آثار شدید اجرای کیفر شلاق و یا حبس نظر به عدم توانایی تحمل کیفر توسط بزهکار می‌دهد. و این امر مخالفت با کرامت بشری است. بر اساس همین دلایل و محکوم شدن مداوم جمهوری اسلامی ایران از سوی مجامع مختلف بین‌المللی به اتهام نقض حقوق بشر، یکی از مباحث مهم امروز که توجه بسیاری از حقوقدانان و فعالان حقوق بشری را به خود واداشته، بحث تعامل و سازگاری قوانین اسلامی ایران با نظام حقوق بشری است که رویکردها و نظرات متفاوتی را نیز در پی داشته است. برخی با اعلام نظراتی به‌طور عمده سازگاری و تعامل اسلام با حقوق بشر را انکار می‌نمایند و گروهی دیگر در پی اثبات سازگاری بین این قوانین و اقتضائات حقوق بشری می‌باشند (خانی و همکاران، ۱۳۹۲).

حتی عده‌ای از محققین قائل به نوعی سازگاری بین حقوق اسلامی و موازین بین‌المللی حقوق بشر بوده و در واقع با اتخاذ رویکردی سازشگرانه اقدام به حل تعارض بین این دو سیستم نموده‌اند و با طرح نظریاتی سعی در اثبات مطلب خود داشته‌اند. این در حالیست که حق قرار نگرفتن انسان در معرض مجازات نامتناسب یکی از اصول بنیادین حقوق شهروندی در قلمرو و حقوق کیفری تلقی می‌شود. این حق که به‌طور مستقیم از کرامت و حیث ذاتی انسان ناشی می‌شود در بسیاری از اسناد بین‌المللی منطقه‌ای و ملی حقوق بشر شناسایی شده است (رضایی راد و همکاران، ۱۳۹۴).

### چالش‌های حقوق بشری فراروی مجازات‌های بدنی

موضوع دیگر، چالش‌های حقوق بشری فراروی مجازات بدنی است، یکی از مواردی که برخی آن را یکی از موانع اجرای حدود در عصر حاضر می‌دانند، چالش‌های حقوق بشری است. به این معنا که اعلامیه‌های حقوق بشر جایگاه ویژه‌ای در قوانین کلیه کشورها دارد تا آنجا که داوری عمومی درباره خوب یا بد بودن یک نظام حقوقی، با مقیاس اجرا یا عدم اجرای آن اصول در آن نظام، سنجیده می‌شود و کسانی که پایبند به این حقوق نباشند، در واقع، ناقضان حقوق بشر بوده و در مناسبات جهانی، منزوی و مطرود خواهند شد.

اما در مقابل موضع شدیدی از طرف برخی صاحب‌نظران داخلی در این خصوص مطرح شده، بدین شرح که تمامی انتقادات و ایرادات بر مجازات اسلامی، بیشتر از اینکه جنبه بشردوستانه داشته باشند، اهداف سوء و مغرضانه را دنبال می‌کنند؛ زیرا نظام کیفری اسلام، جلو هرگونه شبهه و ایراد را گرفته و هدف رسیدن انسان‌ها به عزت و صلاح را دنبال می‌کند و این مصلحت را در رأس امور و مقدم



بر بسیاری از احکام می‌داند. چنانچه شارع برای اثبات حدود، از یک طرف، چنان سخت‌گیری و حساسیتی به خرج داده که عملاً میزان ناچیزی از جرائم حدی، اثبات می‌شود. از طرف دیگر، در فرایند اجرای حدود نیز موانعی در نظر گرفته که به فرض اثبات جرم، اجرای مجازات، به‌سادگی ممکن نیست. همچنین به اعتقاد برخی محققان اسلامی، گاهی مصالح عامه مسلمانان، عدم اجرای حدی را می‌طلبد که این هم جزء شرایط اجرای حدود به‌شمار می‌آید. از این‌رو اگر در شرایطی خاص، اجرای برخی از حدود، زمینه بهانه‌تراشی و توطئه دشمنان را فراهم نماید و مصالح اساسی جامعه اسلامی به خطر افتد، حاکم اسلامی به‌موجب صدور حکم حکومتی، به‌منظور حفظ مصلحت و دفع مفسده، می‌تواند به‌صورت موقت و مقطعی، حکم مقتضی صادر نماید. چنان‌که بر اساس نظر فقها از جمله امام خمینی (ره)، حاکم اسلامی در این زمینه اختیار عمل دارد. از جمله نمونه‌های این انعطاف‌پذیری و تعدیل نظر شارع در قوانین می‌توان به «برابر شدن دیه اقلیت‌های دینی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با دیه مسلمانان» در سال ۱۳۸۲ بر اساس نظر ولی امر و همچنین بازنگری در نحوه اجرای حد رجم اشاره نمود. در ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ش آمده است: «حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه رجم است. در صورت عدم امکان اجرای رجم، با پیشنهاد دادگاه صادرکننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضائیه، چنانچه جرم با بیّنه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت موجب ۱۰۰ ضربه شلاق برای هر یک است». برخی نیز دلیل این مغایرت بین جامعه اسلامی و حقوق بشر را در تفاوت اهداف دو نظام می‌دانند، مقررات قانونی و از جمله برخی ممنوعیت‌های رفتاری، برای رسیدن به اهداف متوسط و غایی است که مکاتب مختلف حقوقی برای زندگی بشر ترسیم کرده‌اند. مقررات و ممنوعیت‌های رفتاری، باید به‌طور معقولی با اهداف متوسط و نهایی که در حقیقت آینه ارزش‌های یک جامعه است، منطبق و همسو باشد. اگر هدف نهایی، رسیدن به سعادت و لذت دنیوی و هدف مقررات حقوق نیز حفظ نظم و سعادت اجتماعی باشد، در این صورت روابط نامشروع جنسی توأم با رضایت طرفین، به دلیل تعارض نداشتن با نظم اجتماعی، نه تنها اشکالی ندارد که بر اساس اینکه همسو با هدف نهایی (لذت دنیوی) است، ارزشمند تلقی می‌شود (کلخدایی، ۱۳۹۰).

#### راهکارهای حقوقی همسو نمودن حدود با اصل کاربرد کمیته‌گرایی

با پذیرش ساختار فعلی تقنین و منابع استخراج گزاره‌های حقوقی در نظام حقوقی ایران، چه راهکارهایی جهت کاهش و حداقل سازی مجازات حدی در مرحله تقنین وجود دارد؟ و آیا راهکارهایی برای جایگزینی آن‌ها عملی است؟ در ادامه به بیان رویکرد حقوقی در این خصوص و راه‌های برون‌رفت از چالش‌های پیش روی مجازات حدی خواهیم پرداخت.

#### تزام احکام

از جمله اصول و مقرره‌های فقهی که می‌توان از آن‌ها برای جایگزینی و یا حتی حذف مجازات حدی بهره برد، التزام احکام است. بدین عنوان که در عصر حاضر، اجرای مجازات منصوص حدی می‌تواند از مصادیق التزام احکام شمرده شود. هرگاه مجتهد یا ولی فقیه احراز کند که فی‌المثل

اجرای حکم رجم یا قطع ید سارق یا سایر اشکال از مجازات حدی و تعارض و تزامم با عدالت و کرامت آدمی، یا در تعارض با حفظ مصالح اساس نظام اسلامی است و از باب جنبه خشونت‌ی که دارد موجب وهن اسلام می‌شود و در تزامم با حفظ قداست و نورانیت اسلام است، می‌تواند از اجرای این نوع احکام جلوگیری نماید. چراکه اگر این مجازات با ضرورتی مهم‌تر مانند درخطر بودن اساس دین، تزامم یلبد، ولی فقیه زهان می‌تولند اجرای آن را غیرعلنی یا موقتاً تعطیل نماید (مکارم شیرازی، ۱۳۸۱).

احکام دین در مرحله تشریح به عناوین کلی تعلق می‌گیرند، نه به افراد و مصادیق ذهنی یا خارجی. در این مرحله، عناوین کلی با یکدیگر اصطکاک و برخوردی ندارند. از باب نمونه، عنوان «نجات غریق» و عنوان «غصب» یعنی تصرف در اموال دیگران بدون اجازه آن‌ها، در مقام جعل و تشریح هیچ‌گونه تزاممی با یکدیگر ندارند اما همین عناوین بعضاً در مقام عمل و اجرا با یکدیگر برخورد و اصطکاک دارند؛ مانند غرق‌ی که در استخر ملک دیگری در حال غرق شدن است؛ از یک‌سو، ورود به ملک دیگران غصب و تصرف در اموال دیگران محسوب می‌شود و از این‌رو حرام است؛ و از سوی دیگر نجات غریق واجب است و برای نجات وی باید در اموال دیگران حتی بدون اجازه تصرف کرد.

برای رفع تزامم، راه‌حلی که بدان استناد می‌شود قانون اهم و مهم است. مفاد این قاعده این است که باید دید کدام از این دو حکم نزد خداوند مهم‌تر و ملاک آن اقوی است لذا در مثال فوق حرمت ورود به منزل دیگران به دلیل تزامم با مصلحت اهم و اقوی یعنی نجات جان انسان، به جواز بلکه تبدیل می‌شود. بدین‌سان نوع دیگری از جایگزینی، تغییر و تبدیل احکام تحقق می‌یابد. مثال دیگر برای تزامم حرمت قبول ولایت از طرف سلطان جائز است ولی اگر امر به معروف و نهی از منکر متوقف بر آن باشد به فتوای برخی فقها مانند شیخ مرتضی انصاری و صاحب مسالک واجب است. در عصر حاضر، اجرا مجازات منصوص حدی نیز می‌تواند از مصادیق تزامم احکام شمرده شود. هرگاه مجتهد یا ولی فقیه احراز کند که فی‌المثل اجرا حکم رجم یا قطع ید سارق یا سایر اشکال از مجازات حدی در تعارض و مزاحم با عدالت و کرامت آدمی، یا در تعارض با حفظ مصالح اساس نظام اسلامی است و از باب جنبه خشونت‌ی که دارد موجب وهن اسلام می‌شود و در تزامم با حفظ قداست و نورانیت اسلام است می‌تواند از اجرا این نوع احکام جلوگیری نماید. اینکه حضرت امام خمینی (ره) شرط اجرای احکام اولی اسلام همچون حج و نماز را، بودن در راستای حفظ اسلام و نظام اسلامی بر می‌شمرند و یا این گفته فقیهان که اجرای احکام کیفری اسلام در صورتی که موجب وهن دین شود جایز نیست تفسیر روشنی از همین مدعا است.

### بحث عدالت توافقی

نظریه دیگری که جدیداً در خصوص حدود مطرح شده است، بحث عدالت توافقی است که یکی از مکاتب جدید در حقوق کیفری است که در نتیجه ناکارآمدی نظام عدالت کیفری سنتی و نامطلوب بودن پیامدهای کیفر و مجازات مجرم و بزهکار در جامعه، پدید آمده و روشی است که با دخالت

دادن طرف‌های درگیر در یک فرایند کیفری یعنی فرد بزه‌کار، بزه دیده و جامعه در مراحل مختلف رسیدگی به جرم و ایجاد سازش و توافق میان آن‌ها، باعث جبران خسارت‌های بزه دیده، بهبود رابطه میان بزه‌کار و بزه دیده و اصلاح شخصیت بزه‌کار شده و در نتیجه به کاهش وقوع جرم در جامعه و حفظ نظم عمومی کمک شایانی می‌کند. به عبارت دیگر، عدالت توافقی شاخه‌ای از حقوق کیفری است که با ایجاد سازوکارهایی در فرایند رسیدگی به جرم از قبیل به‌کارگیری قواعد حقوق خصوصی، راه را برای گفت‌وگوی قاضی با متهم، بزه‌کار یا محکوم برای دستیابی به هدف مشترک (که همان پاسخ‌دهی مناسب به جرم است) هموار می‌کند. در واقع، این رشته زمینه سازش بر سر جرم را در مراحل مختلف رسیدگی به جرم فراهم می‌کند (نیاز پور، ۱۳۹۰). در حقوق ایران هم در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ و قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و ۱۳۹۲ به برخی از جلوه‌های این رویکرد توجه شده و ضوابط و مقرراتی از جمله میانجیگری، قرار تعلیق تعقیب، قرار ترک تعقیب، آزادی مشروط، مجازات جایگزین و حتی معافیت از مجازات به این امر اختصاص داده شده است.

### تبدیل و جایگزین مجازات

می‌توان گفت یکی از وجوه تمایز بین فرهنگ انسان در عصر مدرنیته؛ با انسان در تمام اعصار متقدم در نگاه او به جایگاه و حقوق خود و تکیه بر عقلانیت خویش است. انسان معاصر اعتبار سنجی گزاره‌های دینی را نه به تعبد بلکه به عقلانیت خویش واگذار کرده است. خود را نه موجودی ذی تکلیف بلکه صاحب حق و معیار تشخیص صحیح از سقیم می‌داند. در نگاه انسان معاصر اجرای برخی انحاء حدود شرعی علاوه بر فقدان کارآمدی، دون شأن آدمی و در تعارض با حقوق، ارزش و کرامت ذاتی او و خرد و عقلانیت جمعی متصور است. برخی جهت رفع این تعارض معتقدند هر گزاره‌ای که معارض با عقل سلیم باشد به حکم عقل نسخ خواهد شد (کدیور، ۱۳۸۷). ساختاری چون اصل عدالت و کرامت؛ و قواعدی فقهی حقوقی؛ چون قاعده لاضرر، لاجرح، ضرورت و... همچنین واجد ملاکات و بستری است که بر مبنای آن‌ها پویایی، شکوفایی و سازگاری دین با اقتضائات هر زمان و مکان محفوظ می‌ماند و با تکیه بر این مبانی ساختاری توان رفع تعارضات ظاهری عقل و دین در سیر زمان و پاسخگویی به نیازهای هر دوره بشر را دارد و لذا به نسخ کلی یا تعطیل احکام شرعی منتهی نخواهد شد. تبدیل و جایگزینی احکام کیفری معارض با عقل سلیم، متناسب با فرهنگ و عرف جهان معاصر از جمله لوازم و کاربرد این قواعد و اصول ساختاری در حوزه حقوق کیفری اسلام است.

### تبدیل موضوع

موضوع آن چیزی است که حکم بر آن مترتب شده است؛ یعنی اگر حکم بر اشیای خارجی حمل شده باشد، آن شیء خارجی موضوع حکم و اگر بر اعمال مکلفین حمل شده باشد آن عمل موضوع نامیده می‌شود؛ به عبارت دیگر موضوع حکم تمام آن چیزهایی است که در فعلیت یافتن حکم نقش دارند و تا این عوامل و عناصر به وجود نیایند حکم «فعلیت» نمی‌یابد هر چند جعل شده باشد. زمان و مکان، مصالح و مفاسد، تغییر درونی، توسعه و تعمیم مصداق و تضییق و تخصیص از جمله

مواردی است که می‌تواند تبدیل موضوعات احکام را به دنبال داشته باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵). موضوعات احکام از نظر اصولیون به دو دسته قابل تقسیم است: اول موضوعات عرفی و دوم موضوعات شرعی.

منظور از موضوع عرفی چیزی است که پیش از شرع میان مردم وجود داشته مانند معاملات؛ از قبیل بیع و اجاره و غیره و موضوع شرعی حاصل جعل و اختراع شارع مقدس است؛ مانند رکوع و سجود و قنوت در نماز. به تبع تقسیم موضوعات به عرفی و شرعی، احکام نیز به تأسیسی و امضایی تقسیم می‌شوند. احکام تأسیسی احکامی است که یا مسبوق به سابقه ای نیست و از سوی شارع مقدس تأسیس شده است و یا در شرایع گذشته مسبوق به سابقه بوده و اسلام آن را با تغییراتی پذیرفته است مانند غالب احکام عبادات. در مقابل اما احکام امضایی مقررات یا آداب و رسوم و قراردادهایی است که در میان عقلا و عرف وجود داشته و آنجا که موافق مصالحی بوده است اسلام و سایر ادیان آسمانی آن را پذیرفته اند؛ مانند خرید و فروش، اجاره، هبه، وصیت، صلح و حتی نکاح و طلاق. احکام منصوصه کیفی نیز از حیث موضوع، جزو موضوعات عرفی و احکام آن جزو احکام امضایی شمرده می‌شوند که قبلاً در ادیان و ملل سابق وجود داشته است. از آنجا که یکی از ویژگی‌های این قبیل موضوعات همین است که با دگرگونی شرایط و در نسبت با مصالح و مفاسد و مقتضیات زمان و مکان دستخوش تغییر و تبدیل می‌شوند؛ توسعه و تعمیم، تضییق و تخصیص می‌پذیرند و بنابر وجود اصل بنیادین رابطه علی و معلولی میان موضوع و حکم در مقام فعلیت، بدیهی است که با تغییر موضوع، احکام مترتب بر اینگونه موضوعات نیز تبعاً دگرگون خواهند شد.

این نکته که بسیاری از موضوعات هستند که در ظرف زمانی مکانی و فکری فرهنگی خود مصداق پیدا می‌کنند و نمی‌توان آنرا تجرید شده از شرایط محیطی، فرهنگی، اجتماعی و... حاکم بر آن، ملاحظه نمود و احکام و تکالیف خاصی را بر آن مترتب کرد مورد پذیرش فقها است. ویژگی متمایز اهل علم را در شناخت تبدیل و تغییر احکام به تبع خصوصیات و احوال، زمان‌ها و مکان‌ها می‌داند. وی می‌گوید: «و لا یمكن القول بکلیه شیء بل تختلف الاحکام باعتبار الخصوصیات و الاحوال و الازمان و الامکنه و الاشخاص و هو ظاهر و باستخراج هذه الاختلافات و الانطباق علی الجزئیات الماخوذة من الشرع الشریف إمتاز اهل العلم و الفقهاء» نمی‌توان به ثابت بودن و کلیت چیزی حکم داد، بلکه احکام به اعتبار خصوصیات و احوال و زمان‌ها و اشخاص مختلف است و این مسأله روشن است و با استخراج و در نظر گرفتن این خصوصیات و اختلافات و انطباق بر جزئیات مأخوذه از شرع اسلام، اهمیت اهل علم و فقها نمایان می‌گردد. در همین خصوص شهید اول در قواعد می‌نویسد: «یجوز تغییر الاحکام بتغییر العادات کما فی النقود المعاوره و الاوزان المتداوله و نفقات الزوجات و والأقارب» تغییر احکام با تغییر آداب و عرف جامعه جایز است. در عصر حاضر ضمان عاقله یا تعیین انواع ششگانه دیات از جمله مصادیق همین تغییر احکام بواسطه تغییر عادات محسوب می‌شود.

در ارتباط با تبدیل و جایگزینی مجازات های حدی بطور عمده دو گروه موافق و مخالف از فقها در مقابل یکدیگر قرار گرفته اند. گروهی که معتقدند اجراء حدود الهی، خصوصاً حدودی که منتهی به سلب حیات می گردد شأن امام معصوم (ع) و به ید اوست و صرفاً در زمان حضور امام قابل اجرا است. در عصر غیبت، اما مجازات مجرمین تعطیل نمی گردد بلکه مجازات های تعزیری جایگزین مجازات های حدی می شود و تعزیر نیز بما یراه الحاکم است و او می تواند بر طبق مصلحت، انواع مجازات های تعزیری متناسب با مقتضیات زمان و مکان را جایگزین تازیانه نماید.

### قواعد فقهی - حقوقی و مسئله تبدیل و جایگزینی مجازات های حدی

در این بند قوائد لاجرح و لاضرر به عنوان قواعد فقهی - حقوقی جایگزین مجازات حدی مورد بررسی قرار می گیرد.

#### الف: قاعده لاجرح

قدر جامع تمام نظریات فقهی در خصوص قاعده لاجرح این است که بر مبنای این قاعده کلی در اسلام وجود احکامی که منتهی به حرج و مشقت گردد در دین اسلام منتفی است. خواه این حرج نسبت به شخص یا گروه خاصی و یا مربوط به اجتماع و نوع مردم باشد. امروزه اما به یمن پیشرفت بشر در علم و تکنولوژی و ظهور عصر ارتباطات، جهان به مثابه دهکده یا خانواده ای است که هر یک از اعضاء آن در ارتباط با دیگر اعضا است و دائماً در تعامل و انواع دادوستدها از آن جمله دادوستد فکری، فرهنگی است. از جمله لوازم عصر حاضر این است که هر کشور نمی تواند بدون توجه به بازتاب های اجتماع جهانی و عرف غالب بر جهان، به اجرا سیاست های خود پردازد. در کنار واقعیتی به نام مصالح ملی، نوعی از مصلحت، تحت عنوان «مصالح بین المللی» شکل گرفته است که برای فقیهان سده های پیشین چنین مهمی، جایگاه و معنایی نداشته تا بخواهند در نظریات فقهی خویش لحاظ کنند. این گونه مصالح نوظهور، بقول شهید صدر «حتی می تواند موجب تحول در فهم نصوص شرعی شود. چراکه دلالت اجتماعی نص از نظر ایشان، بعضاً بسیار گسترده تر از دلالت لغوی آن است و فقیه باید تمام جوانب را در نظر بگیرد و بر اساس ارتکاز و فهم اجتماعی از نص عمل کند». لذا فهم اجتماعی فقیه در جهان معاصر، نمی تواند مصالح بین المللی را که لاجرم جزو مصالح اسلام گشته، نادیده انگارد. از سوی دیگر، واقعیت این است که در جهان جدید «مسئله حقوق بشر» به عنوان یک ملاک و رژیم حقوقی بین المللی شناخته شده و رسمیت یافته است و میثاقی است بین المللی که هر از چند گاهی به عنوان ابزاری سیاسی هم به کار گرفته می شود اما در حقیقت این میثاق جهانی، خواستگارش در فلسفه و نگاه حقوقی انسان معاصر است که بر اساس آن برای خویش این حق را قائل است تا آزادانه دین دار باشد یا نباشد و بتواند تا آنجا که به دیگران آسیب نمی رساند عمل کند. احترام به این حقوق مفروضه از جمله اصول پذیرفته شده و پایه تمام نظام های حقوقی جهان معاصر است. هر چند در فلسفه فقه اسلامی سخن از «تکلیف» و «تسلیم» اما در فلسفه حقوقی جدید سخن از «حق» افراد مطرح است و حق افراد در قالب این نظام حقوقی جدید (حقوق بشر) به رسمیت شناخته شده و به مرور زمان ضمانت اجرایی بین المللی پیدا کرده است و حکومت

اسلامی را در چالش «اصرار بر نصوص شرعی یا حفظ موجودیت بین‌المللی» قرار داده است. اینجاست که این سؤال مطرح می‌شود که آیا هرگاه بررسی‌ها و مطالعات نشان دهد که پاره‌ای از نهادها و قوانین کیفری اسلام در تعارض با اصول و قواعد پذیرفته شده بین‌المللی است و می‌تواند مصالح جامعه اسلامی را به مخاطره اندازد و عسر و حرج به همراه داشته باشد، چه باید کرد؟ به نظر می‌رسد طبق ضوابط حقوقی اسلام، من جمله قاعده لا حرج می‌توان گفت این قوانین و مقررات، هرچند قطعی الثبوت و قطعی الدلالة باشند اما برای حفظ مصالح کلی جامعه اسلامی چون عدم انزوا در مجامع بین‌المللی، بایستی مورد تعدیل و اصلاح قرار گیرند و تبدیل و جایگزینی چنین احکامی با قوانین جدید، سازگار با منطق علمی و فرهنگی جهان معاصر نوعی ضرورت تاریخی و رسالت‌متدینان محسوب گردد. از نظر برخی اندیشمندان در چنین مواردی قطعاً باید به اصلاح و تعدیل و تغییر پرداخت؛ کاری که پیامبر گرامی اسلام (ص) خود آن را آغاز کرد. این‌گونه اصلاح و تغییر و تعدیل می‌تواند در همه ابواب معاملات، نظام خانواده و حکومت و قضاوت و حدود و قصاص و دیات و مانند این انجام گیرد... ملاک شرعی این تغییر نیز اصلاح و تعدیل به منظور رفع موانع اجتماعی سلوک توحیدی می‌باشد که از خود کتاب و سنت گرفته شده است (رضایی، ۱۳۸۱).

ب: قاعده لا ضرر

با عنایت به مقتضای اصله العموم و اصله الاطلاق می‌توان گفت قاعده لا ضرر و لا ضرار هرگونه ضرر را عبادی یا غیرعبادی، خواه از جانب شارع باشد یا از جانب افراد، حاصل انجام فعل باشد یا ترک فعل، در نتیجه وضع احکام ضرری باشد یا عدم وضع احکام لازم جهت حفظ حقوق مردم، نفی نموده است.

بعلاوه اینکه قاعده لا ضرر بر ادله احکام حاکم است و تفسیر و توضیحی است بر عموم و اطلاق ادله احکام، در واقع قاعده لا ضرر ملاک فهم حوزه شمول و اجرا احکام است همان‌گونه که به استناد همین قاعده عموم آیه شریفه «اوفوا بالعقود» تخصیص می‌خورد و بر اساس آن وفای به عقد در مورد بیع غبنی و کالای معیبه به اتفاق جمیع فقها لازم نیست. حتی اگر آن را حاکم بر ادله احکام ندانیم عده‌ای از اصولیین قاعده لا ضرر را مقدم بر سایر ادله احکام می‌دانند. لذا چنانچه اجرا حدود در جهان امروز به کیان اسلام آسیب وارد سازد یا موجب وهن اسلام گردد و تنفر و انزجار افکار عمومی را به همراه داشته باشد این قاعده می‌تواند مخصص عموم و مقید اطلاق ادله احکام حدود باشد و لذا به موجب این قاعده حفظ مصالح و عزت اسلام مقدم بر اجرا حدود الهی است و می‌توان جهت حفظ شوکت و عزت اسلام اجرا حدود الهی را به تأخیر و مجازات حدی را تبدیل و جایگزین با مجازات تعزیری و کیفرهای نامتعین متناسب با عقلانیت مدرن و مقتضیات زمان و مکان نمود.

### نتیجه‌گیری

در اسلام برای کارهای خلاف شرع، مجازات و برای بسیاری از جرائم حد مشخص گردیده و گاهی عواملی مانند توبه برای حذف و عفو حد و بسیاری جرم‌ها، هم تعیین شده است، توبه که بیانگر اهمیت رویکرد ناظر به اصلاح مجرمین در اعمال مجازات‌هاست امری درونی بوده و تشخیص آن مشکل است اما تابع ضوابط و شرایطی در شرع و عرفان، از جمله تلاش برای جبران گذشته است، توبه بازگشتن از بی‌راهی و آمد باز راه، بازگشت از گناه، خودداری مجرم از ارتکاب و تکرار جرم و گناه است، توبه یکی از موارد خاص اسلامی است که مورد پذیرش خاص و عام از مفسران، علمای علم اخلاق، متکلمان، محدثان، عارفان و صوفیان است، آنجا که هدف اصلی و رسالت انبیا، تربیت و پرورش انسان‌های صالح و درنهایت رستگاری انسان‌هاست، یافته‌های پژوهش هم نشان می‌دهد که:

۱- در حقوق و قانون مجازات اسلامی اصلاح و تربیت هدف اصلی مجازات و در نتیجه آرامش و اصلاح فرد و جامعه است، در عرفان اسلامی مقصود نهایی رسیدن به حق که اوج سعادت و خوشبختی است، یافته‌های این تحقیق نشان می‌دهد که آسان‌ترین وسیله اصلاح و تربیت در مجازات‌ها برای برگشتن مجرم به دامن اجتماع، توبه است، خدای متعال عفو و اغماض تمام گناهان کوچک و بزرگ را غیر از شرک، از عاصیان و گناهکاران، وعده داده است و وعده خدا هم حق است و در آن تبدیل و تغییری نیست، در عرفان، سالک برای رسیدن به وصل و حق باید از پله‌ها و مقاماتی بگذرد دیباچه و مقدمه مقامات عرفانی و گاه اولین مقام، توبه است،

۲- توبه پس از انقلاب اسلامی در قوانین کیفری ایران وارد شد، در حالی که این تأسیس قانون‌گذار به‌عنوان عامل سقوط مجازات در قوانین کیفری پیش از انقلاب در نظر گرفته نشده بود، پس از پیروزی انقلاب شکوهمند جمهوری اسلامی اولین بار قانون حدود و قصاص مصوب سال ۱۳۶۱ بر این موضوع پرداخت و در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۹۲ مواد ۱۱۴ الی ۱۱۹ به مبحث توبه و جرم اختصاص پیدا کرده است،

۳- بر اساس نظر مشهور فقیهان امامیه، توبه در مجازات حدی چه حقوق الله صرف و چه حقوق الناس (در صورتی که شاکی خصوصی گذشت نماید) تأثیر دارد و توبه محارب قبل از دستگیری قابل قبول و موجب سقوط حد و در قذف به لحاظ این که فقط با شکایت شاکی خصوصی شروع می‌شود، تأثیری ندارد و چنان چه محاربه با اقرار ثابت شود امام در عفو و یا اقامه مجازات مجرم مخیر است،

۴- اگرچه بر اساس قانون مجازات اسلامی تأثیر و نقش توبه فقط باعث معافیت مجرم از حیث جنبه کیفری بزه است و نه جنبه حقوقی بزه انتسابی و جبران خسارات مالی؛ احراز توبه برای قاضی به علت عدم تعیین ملاک مشخص، کار ساده‌ای نیست و در نتیجه در مرحله اجرا و عمل با مشکل مواجه می‌شود، تغییرات روحی و روانی، رفتار متواضعانه و پشیمان گونه آن گونه که رویکرد عرفانی و فقه اسلامی یادآور می‌شود می‌تواند اطمینان قاضی را در وصول به حقیقت توبه مجرم آسان‌تر نماید،

۵- دستاورد مهم در این پژوهش، بررسی و تحلیل توبه در اسلام با رویکرد عرفانی، فقهی، حقوقی، می‌تواند شباهت کارکرد آن را در نظریه و عمل، مشخص کرده و نه تنها متفاوت از هم نبوده بلکه مکمل و متمم همدیگر در اجرا و عمل هستند،

۶- هر چند احراز توبه مورد تأکید قرار گرفته و برای تظاهر به آن، ضمانت اجرا مقرر شده است؛ اجرای آن در حق الله میسر است و بررسی تطبیقی آن در حوزه عرفان، فقه و نظام کیفری می‌تواند پژوهش‌های نو و مناسب باشد،

۷- پیام امیدبخش پروردگار برای بندگان پریشان روزگار، با رویکرد عاطفی عرفانی کاملاً منطبق است و می‌تواند سرلوحه امور فقهی و قضایی برای عاملان و دست‌اندرکاران در این حوزه باشد: «هو الذی یقبلُ التَّوْبَةَ عن عباده ویعْفُوا عن السیئات و یعلم ما تفعَلُونَ، او (خدا) کسی است که توبه را از بندگان می‌پذیرد و گناهان را می‌بخشد و آنچه را انجام می‌دهید، می‌داند» (شوری/ ۲۵) و بر



اساس نص صریح قرآن فقط شرک به خدا قابل بخشش نیست: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ شَاءَ» به راستی که خداوند شرک و ورزیدن را نخواهد بخشید، ولی آنچه را کمتر از آن است، برای کسی که نخواهد، خواهد بخشید.

## منابع

## کتاب‌ها

ابراهیمی م. ۱۳۸۹. تبیین موضوعی ممنوعیت شکنجه و رفتارهای غیرانسانی در نظام بین‌المللی حقوق بشر. چاپ اول. تهران: انتشارات خرسندی.

احمدی موحد الف. ۱۳۸۳. اجرای احکام کیفری. چاپ اول. تهران: نشر میزان.

آنسل م. ۱۳۹۱. دفاع اجتماعی. ترجمه آشوری م. نجفی ابرندآبادی ع ح. چاپ سوم. تهران: دانشگاه تهران.

بادامچی ح. ۱۳۹۲. قانون حمورابی. چاپ نخست. تهران: نگاه معاصر.

بخشی زاده اهری الف. ۱۳۹۲. محشای قانون مجازات اسلامی. چاپ دوم. تهران: انتشارات جاوید نو.

بکاریا س. ۱۳۷۷. رساله جرائم و مجازات‌ها. ترجمه اردبیلی م ع. چاپ سوم. تهران: انتشارات میزان.

بهرام پور الف. ۱۳۸۷. نسیم حیات. چاپ هشتم. جلد پنجم. قم: مؤسسه انتشارات هجرت.

جاویدان ل. ۱۳۹۶. تاریخ تحولات حقوق کیفری از پیدایش تاکنون. چاپ اول. تهران: نشر آوا.

جمعی از نویسندگان. ۱۳۸۲. ادله اثبات دعاوی کیفری. چاپ اول. مشهد: دانشگاه علوم رضوی.

حاجی ده آبادی الف. ۱۳۸۷. قواعد فقه جزایی. چاپ اول. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.

حبیب زاده م ج. توحیدی فر م. ۱۳۸۶. قانون مداری در قلمرو حقوق کیفری. چاپ اول. تهران: دادگستر.

حسین زاده م، ۱۳۸۹. درآمدی بر معرفت‌شناسی و مبانی معرفت دینی. چاپ دوم، قم: انتشارات موسسه پژوهشی امام خمینی (ره).

حسینی س م. ۱۳۸۳. سیاست جنایی (در اسلام و در جمهوری اسلامی ایران). چاپ اول: تهران انتشارات سمت.

دورلنت و. ۱۳۸۰. تاریخ تمدن. مشرق زمین (گاهواره تمدن). ترجمه احمد آرام و همکاران. چاپ هفتم. جلد اول.

اول. تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.

رحیمی نژاد الف. ۱۳۸۷. کرامت انسانی در حقوق کیفری. چاپ اول. تهران: انتشارات میزان.

رضایی ح. ۱۳۸۱. نقش مقتضیات زمان و مکان در نظام کیفری اسلامی. چاپ اول. تهران: مؤسسه چاپ و نشر

عروج.

زراعت ع. ۱۳۸۸. ادله اثبات دعوا. چاپ اول. تهران: نشر قانونمدار.

زراعت ع. ۱۳۹۲. شرح مختصر قانون مجازات اسلامی. چاپ دوم. جلد اول. تهران: ققنوس.

شامبیاتی ه. ۱۳۷۲. حقوق جزای عمومی. چاپ اول. جلد دوم. تهران: انتشارات ویستار.

شهابی خراسانی م م. ۱۳۹۰. قواعد فقه. چاپ پنجم. تهران: دانشگاه تهران.

- صالحی ه. ۱۳۸۵. رهگشای انسانیت (نهج الفصاحه). ترجمه ابراهیم الف، چاپ پنجم. قم: گلستان ادب.
- صانعی ی. ۱۳۸۴. استفتائات قضایی. چاپ اول. تهران: نشر میزان.
- طباطبایی س م ح. ۱۳۸۸. اسلام و انسان معاصر، به کوشش سید هادی خسروشاهی. چاپ سوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبایی س م ح. ۱۳۴۱. بررسی‌های اسلامی. چاپ اول. قم: هجرت.
- طهماسبی ج. ۱۳۹۶. آیین دادرسی کیفری. چاپ سوم. جلد سوم. تهران: نشر میزان.
- فاضل لنکرانی م. ۱۳۹۱. تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله. چاپ اول. تهران: موسسه چاپ و نشر عروج.
- فتحی ح. ۱۳۹۴. شرح مبسوط در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲. چاپ اول. جلد اول، قم: موسسه دایره المعارف فقه اسلامی.
- فیض ع. ۱۳۸۴. مبادی فقه و اصول. چاپ هفدهم. تهران: دانشگاه تهران.
- قبله‌ای خوبی خ. ۱۳۸۱. قواعد فقه، بخش جزایی. چاپ سوم. تهران: سمت.
- کدخدایی م ر. ۱۳۹۰. مجازات‌های اسلامی، چیستی و چرایی سنگسار. چاپ اول. قم: مرکز مدیریت حوزه‌های علمیه.
- کریمی جهرمی ع. ۱۴۱۲ ه ق. الدر المنضود فی احکام الحدود. تقریرات آیت‌الله گلپایگانی. چاپ اول. جلد اول. قم: دارالقرآن الکریم.
- کلارکسون سی ام. ۱۳۷۱. تحلیل مبانی حقوق جزا، مترجم میرمحمدصادقی ح. چاپ اول. تهران: جهاد دانشگاهی.
- کوثر ر. تامس ی. ۱۳۸۸. حقوق و اقتصاد. ترجمه‌ی دادگر ی. اخوان هزازه ح. چاپ دوم، تهران: پژوهش‌کده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس و انتشارات نور علم.
- گلدوزیان الف. ۱۳۷۹. حقوق جزای عمومی ایران. چاپ پنجم. تهران: مؤسسه انتشارات جهاد دانشگاهی.
- گلدوزیان الف. ۱۳۸۶. ادله اثبات دعوا. چاپ سوم. تهران: نشر میزان.
- گلدوزیان الف. ۱۳۹۳. محشای قانون مجازات اسلامی. چاپ سوم. تهران: مجد.
- لنکرانی م ف. ۱۳۷۵. جامع المسائل. چاپ اول. قم: چاپ مهر.
- مجتهد شبستری م. ۱۳۷۹. نقدی بر قرائت رسمی از دین. چاپ اول. تهران: انتشارات طرح نو.
- مجلسی م ب. ۱۴۱۰ ه ق. کتاب حدود، قصاص و دیات. چاپ اول. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی.
- مطهری م. ۱۳۹۰. مجموعه آثار. تهران: انتشارات صدرا.
- معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه. ۱۳۸۹. نحوه اجرای احکام حدود. چاپ اول. تهران: انتشارات جاودانه.
- معاونت حقوقی و بررسی‌های فقهی مرکز تحقیقات استراتژیک، بی تا.
- مکارم شیرازی ن. ۱۳۸۱. استفتائات جدید. چاپ اول. قم: مدرسه علی ابن ابی‌طالب.
- مکارم شیرازی ن. ۱۳۸۵. دائره‌المعارف فقه شیعیه با همکاری جمعی از اساتید. چاپ اول. قم: انتشارات امام علی.
- منتظری نجف‌آبادی ح ع. ۱۳۸۷. رساله استفتائات. چاپ اول. جلد اول. قم: نشر کیهان.
- موسوی اردبیلی س ع ک. ۱۳۹۲. حقوق و دادرسی کیفری در آئینه فقه (مطابق با نظرات و فتاوی سید، عبدالکریم موسوی اردبیلی)، تنظیم رهایی س. چاپ اول. جلد اول. قم: رادنگار.

موسوی بجنوردی س م. ۱۳۸۷. اندیشه‌های حقوقی (۲). چاپ اول. تهران: انتشارات مجد.

میرمحمدصادقی ح. ۱۳۹۳. جرائم علیه اشخاص. چاپ سیزدهم. تهران: نشر میزان.

میرمحمدصادقی ح. ۱۳۹۴. جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی (حقوق کیفری اختصاصی ۳). بنیاد حقوقی میزان

نجفی ابرنآبادی. ع ح. هاشم بیگی ح. ۱۳۹۰. دانشنامه جرم‌شناسی. چاپ دوم. تهران: گنج دانش.

نوبهار. رحیم. ۱۳۸۹. اهداف مجازات‌ها در جرائم جنسی: چشم‌اندازی اسلامی. چاپ اول. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

نوبهار ر. ۱۳۸۰. به‌سوی مجازات‌های هرچه انسانی‌تر، مجموعه مقالات همایش بین‌المللی حقوق بشر و گفت‌گوی تمدن‌ها. چاپ اول. قم: موسسه انتشارات دانشگاه مفید.

نوربها ر. ۱۳۸۸. زمینه حقوق جزای عمومی. چاپ دوازدهم. تهران: انتشارات گنج دانش.

نوری همدانی ح. ۱۳۸۹. رساله توضیح المسائل. چاپ بیست و ششم. قم: انتشارات قدس.

نیاز پور الف ح. ۱۳۹۰. توافقی شدن آیین دادرسی کیفری. چاپ اول. تهران: نشر میزان.

هاشمی شاهرودی س م. ۱۴۱۹ ه ق. بایسته‌های فقه جزا. چاپ اول. تهران: میزان.

مقاله‌ها

سیاسی  
جانی و قضایی  
کمیته گرا  
حدود: همگرایی یا واگرایی

پور بافرانی ح. بیگی حسن ف. ۱۳۹۲. اعمال قاعده منع محاکمه مجدد در جرائم مستوجب مجازات‌های شرعی. پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره ۱: ۷۳-۹۵.

جوان جعفری بجنوردی ع ر. ساداتی س م ج. ۱۳۹۲. عظمت نمادین حدود و موانع اجرایی آن، تأملی فلسفی و جامعه‌شناختی، شماره ۶۳: ۶۷-۹۲.

کاتوزیان ن. ۱۳۸۲. کارشناسی؛ علم و تجربه در خدمت عدالت. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۲: ۳۱۷-۳۴۲.

کاتینگهام ج. ۱۳۸۴. فلسفه مجازات، ترجمه باطنی الف. برهانی م. مجله فقه و حقوق، شماره ۴: ۱۴۷-۱۷۰.

کدخدایی م ر. باقر زاده م ر. ۱۳۹۰. بررسی حکم سنگسار از منظر فقه و حقوق بشر. مجله معرفت حقوقی، شماره ۲: ۳۹-۶۸.

کدیور م. ۱۳۸۷. حقوق بشر و روشن‌فکری دینی. بازتاب اندیشه، شماره ۴۲: ۳۸-۴۹.

کلانتری خلیل‌آبادی و همکاران. ۱۳۹۵. احتیاط در دماء و کاربرد آن در حقوق کیفری. حقوق اسلامی، شماره ۵۱: ۱۵۹-۱۲۹.

مجبی ج. ۱۳۸۴. اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. گواه، شماره ۳ و ۹۵-۹۶.

مختاری ر. ۱۳۹۷. اثر حاکمیت نوع نظام ادله‌ی ای بر هدف دادرسی مدنی در حقوق ایران، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۰۱: ۱۶۷-۱۸۶.

محقق داماد س م. ۱۳۸۷. حدود در زمان ما: اجرا یا تعطیل. مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۵ و ۲۶: ۶۱-۷۸.

محمودی جانکی ف. روستایی م. ۱۳۹۲. توجیه مداخله کیفری؛ اصول و ضرورت‌ها. پژوهش حقوق کیفری، شماره ۳: ۳۵-۶۶.

- مهریزی م. دانش پژوه و. ۱۳۹۵. قرآن و جرم انگاری حدادلی، نشریه علمی- پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۲: ۱۰۵-۱۳۶.
- مؤمنی و همکاران. ۱۳۹۶. مؤلفه‌های تأثیرگذار در اجرای حدود. مطالعات فقه و حقوق اسلامی، شماره ۱۷: ۲۳۵-۲۵۶.
- مؤمنی ع. رستمی نجف‌آبادی ح. ۱۳۹۴. نقش مصلحت در اجرای مجازات‌های حدی. دو فصلنامه علمی پژوهشی فقه مقارن، شماره ۵: ۹-۴۰.
- نجف‌آبادی ه. آیتی س م ر. ۱۳۹۵. تبدیل و جایگزینی مجازات‌های اسلامی (حدود و تعزیرات) متناسب با مقتضیات زمان. فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۴۶: ۸۹-۱۱۲.
- نوبهار ر. ۱۳۹۰. اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری. مجله آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱: ۹۱-۱۱۴.
- نوبهار ر. ۱۳۹۴. جستاری در تقسیم‌بندی باب‌های فقهی و پیامدهای روش‌شناختی آن. فصلنامه راهبرد، شماره ۷۶: ۱۰۶-۷۹.
- نوبهار ر. ۱۳۹۶. امکان‌سنجی فقهی گذار از مجازات‌های بدنی، فصلنامه کاوشی نو در فقه، شماره ۲: ۳۹-۷۰.

#### پایان‌نامه‌ها

- رضایی م ج. ۱۳۹۰. تبیین فقهی حقوقی مفسد فی الارض و مقایسه آن با تروریسم. پایان‌نامه کارشناسی ارشد.
- فرح‌بخش م. ۱۳۸۹. تأثیر فایده‌گرایی بر جرم‌انگاری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- محمودی جانکی ف. ۱۳۸۲. مبانی، اصول و شیوه‌های جرم‌انگاری. پایان‌نامه دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه تهران.

#### عربی

- ابن ادریس حلی م. ۱۴۱۰ ه ق. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. چاپ دوم. جلد دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ابن عاشور م. ۱۴۲۶ ه ق. اصول النظام الاجتماعي فی الاسلام. چاپ اول. قاهره: دارالاسلام.
- مکارم شیرازی. ن. ۱۴۱۸ ه ق، انوارالفقاهه، چاپ اول. جلد اول. قم: انتشارات مدرسه امام علی ابن ابی‌طالب.
- منتظری نجف‌آبادی ح ع. ۱۴۰۸ ه ق. دراسات فی ولایه الفقیه. چاپ اول. قم: مرکز العالمی للدراسات الاسلامیه.
- منتظری نجف‌آبادی ح ع. ۱۴۰۰ ه ق. الحدود. چاپ اول. قم: دارالفکر.
- موسوی بجنوردی س ح. ۱۳۶۴. القواعد الفقهیه. چاپ دوم. جلد هفتم. قم: بی نا.
- نجفی م ح. ۱۴۳۴ ه ق. جواهر الکلام. چاپ اول. جلد چهل و دوم. قم: موسسه نشر اسلامی.
- نجفی م ح. ۱۳۶۳. جواهر الکلام. جلد چهل و یکم. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

#### انگلیسی

#### کتاب‌ها

Ashworth A. ۱۹۹۹. Principles of Criminal Law. Third Edition. England: Oxford University.

Cseres K & Others. ۲۰۰۶. Criminalization Of Competition Law Enforcement. First Edition. UK: Edward Elgar Publishing.

Duff A & Garland D. ۱۹۹۴. A reader On Punishment. First Edition. New York: Oxford University Press.

Grassian V. ۱۹۸۱. Moral Reasoning: Ethical Theory And Some Contemporary Moralproblems. First Edition. New Jersey: Prentic – Hall.

Schonscheck J. ۱۹۹۴. On criminalization. New York: Kluwer Academic Publishers.

مقاله‌ها:

Frase R. ۲۰۰۵. Punishments Purposes. Stanford law review, vol. ۵۸: ۶۷-۸۳.