

**From idealism to realism in Iranian criminal policy**

**Abstract**

In this study, in order to provide a solution and listen to the available capabilities and capacities, we intend to address questions about the realism or idealism or the dual criminal policy of legislative policymakers in this regard. In some cases, the Iranian legislator has followed an idealistic criminal policy in the issue of legislation, and at the same time, realism and what is required for a criminal policy in the broad definition is also seen in the criminal laws of our country. The way to move from religious idealism to realism is examined by preserving the canonical principles of legislation, and what is certain is that the current criminal law has both criminal policies, one based on religious idealism and the other based on fact. Inclusiveness is dimensional in terms of criminological data; From the oldest criminal law data to the latest paradigms can be clearly seen together. What is certain is that the unification of laws in terms of obstacles arising from the laws of the mother and the institutions supervising the observance of Sharia, requires the dynamism of the sect and depends on expedient ijtihad in this study. Existing values will be examined

**Key words:** Idealism, realism, legislative criminal policy, reform jurisprudence, dynamic jurisprudence, government order

ماهنامه علمی (مقاله علمی- پژوهشی) جامعه شناسی سیاسی ایران، سال پنجم، شماره نهم، آذر ۱۴۰۱، صص ۱۳۴۰-۱۳۲۴

<https://dx.doi.org/10.30510/psi.2022.334218.3266>

از ایدئالیسم تا رئالیسم در سیاست جنایی ایران

احمدرضا ونکی<sup>۱</sup>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۲۰

کریم صالحی (نویسنده مسئول)<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۴/۱۳

مریم نقدی دورباطی<sup>۳</sup>

چکیده:

در این پژوهش بر آنیم تا جهت ارائه راه کار و گوش زد توانایی ها و ظرفیت های در دسترس به سوالاتی پیرامون واقع گرایی یا آرمان گرایی و یا سیاست جنایی دو گانه سیاست گذاران تقنینی در این باب بپردازیم. قانون گذار ایران در مسأله قانون گذاری در برخی موارد از یک سیاست جنایی آرمان گرا پیروی کرده است و هم زمان واقع گرایی و آن چه مورد نیاز یک سیاست جنایی در تعریف موسع است نیز در قوانین کیفری کشور ما دیده می شود. راه کار عبور از آرمان گرایی مذهبی به سوی واقع گرایی با حفظ مبانی شرعی قانون گذاری مورد بررسی قرار می گیرد و آن چه مسلم است این است که قوانین کیفری حال حاضر هر دو سیاست جنایی که یکی بر مبنای آرمان گرایی مذهبی و دیگری بر مبنای واقع گرایی ابعاد نگر با لحاظ داده های جرم شناسی است را در بر دارد؛ از کهن ترین داده های حقوق کیفری تا آخرین پارادایم های آن را می توان به وضوح در کنار یکدیگر دید. آن چه مسلم است یک دست شدن قوانین به لحاظ موانع ناشی از قوانین مادر و نهاد های ناظر بر انطباق شرع، نیازمند پویایی تفقه و در گرو اجتهاد مصلحت اندیش است که در این پژوهش ابعاد موضوع و چگونگی عبور از آرمان گرایی به واقع گرایی با حفظ ارزش های موجود مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

کلید واژگان: آرمان گرایی، واقع گرایی، سیاست جنایی تقنینی، فقه المصلحه، تفقه پویا، حکم حکومتی.

<sup>۱</sup>گروه حقوق، عضو هیات علمی، دانشگاه پیام نور، صندوق پستی ۴۶۹۳-۱۹۳۹۵، تهران، ایران

ahmadvanaki@yahoo.com

<sup>۲</sup>استادیار، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد شهرکرد، شهرکرد، ایران

dadvarz@gmail.com

<sup>۳</sup>استادیار، گروه حقوق جزا و جرم شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی شهرکرد، شهرکرد، ایران

## مقدمه

چنانچه پدیده جنایی را به طور دقیق در نظر بگیریم، این پدیده در واقع رفتاری است که منتسب به انسان (واقعیت انسانی) و برضد جامعه (واقعیتی اجتماعی) می باشد. واقعیتی اجتماعی تلقی می گردد چرا که در نظم اجتماعی اختلال ایجاد می کند و خطری برای این نظم به شمار می رود. در هر سطحی امنیت و آرامش اجتماع را مختل می کند و هزینه هایی به مالیات دهندگان برای برقراری نظم به چالش کشیده شده تحمیل می نماید. اما در عین حال که پدیده جنایی یک واقعیت اجتماعی به شمار می رود، واقعیتی انسانی نیز محسوب می گردد. در یک دیدگاه واقع گرایانه ملاحظه فاعل جرم نه به لحاظ مسأله مسوولیت کیفری بلکه و به ویژه به خاطر تعیین سهم عواملی است که فاعل را به ارتکاب جرم سوق داده و احتمالاً در آینده او را به تکرار رفتار مجرمانه برخواهد انگیزد، قابل تأمل است. در دیدگاه واقع گرایانه این مسأله تنها از حیث نمود بیرونی و اخلاقی که در نظم عمومی به وجود آورده مورد ارزیابی قرار نمی گیرد، بلکه از لحاظ عللی که منشأ این پدیده است موضوع مورد بررسی و تأمل می باشد. بنابراین شناخت عوامل پدیدآورنده جرم ایجاب می کند که این بار پدیده جنایی از منظر علمی نگاه شود و چون منشأ این رفتار، انسان است؛ بنابراین در وجود اوست که باید به جستجو و کشف ریشه این عوامل واقعی پرداخت. (اردبیلی، ۳۵: ۱۳۹۲) در یک دیدگاه واقع گرا علل پدیده جنایی در ابعاد شخصیتی و عوامل مؤثر بر آن در شاخه های بیوژنیک، سایکوزنیک و سوشیالژنیک مورد بررسی قرار می گیرند.

نقطه مقابل واقع گرایی، آرمان گرایی است که قانون گذار جمهوری اسلامی به لحاظ الزام به رعایت قوانین بالادست و نهادهای ناظر به شکل قابل ملاحظه ای مواد آرمان گرا با زیرشاخه ایدئولوژیک را مورد تدوین و تصویب قرار داده است. آرمان گرایی که ریشه های یک سیاست جنایی در مفهوم مضیق را در برمی گیرد، در واقع دیدگاهی مجرد قانونی نسبت به پدیده جنایی است که در حقوق کیفری کشور ما بخشی از جامعه آرمانی را رقم می زند. جامعه آرمانی جامعه ای است که در آن کمال انسان و یا دستیابی به سعادت به کامل ترین وجه تحقق می یابد. در آرمان گرایی مذهبی، جهان هستی و از جمله جامعه بشری ساخته خدا است و اصول ثابتی که از جانب شارع مقدس تدوین یافته، سعادت و خوشبختی بشریت را تضمین می نماید. چنین اصولی موجب ارائه ی اخلاقی می شود که باید بر همه ی جوامع انسانی حاکم بوده و قانون برتری به وجود آورد که کلیه ترتیبات اجتماعی و از جمله حقوق موضوعه ی بشری در تلاش برای نزدیکی به آن باشند. (چینهنگو، ۱۳۹۴: ۴۲)

در این پژوهش برآنیم تا با تدقیق در قوانین موجود، سیاست جنایی تقنینی را از حیث آرمان گرایی یا واقع گرایی بررسی کنیم. واقع گرایی یا آرمان گرایی سیاست جنایی قانون گذار در زیرشاخه هایی همچون حدود، قصاص، دیات، تعزیرات منصوص شرعی و سایر تعزیرات، مسائلی است که در بوته ی آرمان گرایی و یا واقع گرایی در سیاست جنایی قابل کنکاش و بررسی است تا با فهم دقیق از نقاط ضعف و قوت، راه کارهایی برای عبور از تعریف مضیق

سیاست جنایی به سمت تعریف روزآمد و موسع آن با لحاظ ابعاد جرم شناختی، جامعه شناختی و روان شناختی جنایی با دست یازی به عقل و به مدد تفقه پویا دست یابیم.

از حیث پیشینه ی تحقیق کتاب و یا مقالاتی که به صورت مستقیم به موضوع پژوهش بپردازد به چشم نمی خورد . مقالاتی هم چون کمال گرایی کیفری اثر محسن برهانی و بشری محمدی نشر یافته در مجله مطالعات حقوق کیفری؛ بنیادهای حقوق کیفری نوین اثر سعید قماش در مجله حقوق اسلامی؛ قانون گذاری در حکومت اسلامی اثر محمد منصور نژاد در فصل نامه حکومت اسلامی؛ حکمت قانون گذار به قلم خدیجه کردستانی و کامران اویسی راه یافته در سومین کنگره بین المللی فرهنگ و اندیشه دینی و همچنین کتب فلسفی هم چون فلسفه حقوق و مبانی و کارکرد ها اثر توماس مورواتز ترجمه جناب بهروز جندقی؛ درآمدی بر فلسفه قانون اثر دیتمارفن در فردتن ترجمه محمد حسن خویشتن دار و از این قبیل و همچنین کتب موجود در زمینه سیاست جنایی به صورت جسته و گریخته کلید واژه هایی از پژوهش حاضر را در بر داشته اند که ایجاد ارتباط معنا دار و هدفمند پیرو کنکاش در موضوع با روش تحلیل محتوایی ما را به فرضیه های تحقیق نزدیک می نماید .

## تعاریف و مفاهیم:

### ۱-آرمان گرایی

#### ۱-۱-آرمان گرایی زیرشاخه ای از طبیعت گرایی

آرمان گرایی یکی از مباحث طبیعت گرایان است. طبیعت گرایان مدعی هستند حقوق را می توان با توجه به اصول اخلاقی طبیعی، یعنی اصول جدایی ناپذیر در جامعه آرمانگرا و توانایی های اخلاقی اشخاص، به شایسته ترین شکل تفسیر نمود . براساس طبیعت گرایی نظام حقوقی آرمانی قسمتی از طرح جامعه آرمان گرا است. جامعه آرمانی، در جایگاه خود، جامعه ای است که در آن کمال انسان و یا شیوه های دستیابی به خوشبختی به کامل ترین شکل محقق شده است. نظریه های آرمان گرایی چنین حکایت دارد که طبیعت نوع بشر را می توان به طور عینیت یافته ای باز شناسی نمود؛ در این مفهوم می توان با توجه به واقعیات موجود در مورد شقاوت و سعادت تصویر درستی از شرایط حیات خوشبخت برای همه ی شهروندان به دست آورد. اگرچه ریشه های چنین نظریه ای را می توان در آثار افلاطون و آکویناس جستجو نمود، اما نظریه ی موصوف در واقع نوعی نگرش در ارتباط با دوره روشنگری است. از این رو طبیعت گرایی بر این فرض استوار است که طبیعت انسان که می توان از راه تحقیق و تفحص آن را کشف کرد منبع و منشأ حقوق است، چرا که قرار بر این است حقوق ابزاری برای فعلیت بخشیدن به قوای مکتوم در طبیعت بشر باشد . نظریه ی طبیعت گرا نظریه ای است که می گوید: «نوعی نظم طبیعی وجود دارد که در آن افراد از جایگاهی برخوردارند؛ نظم طبیعی که شاخصه ی آن برخورداری از هارمونی طبیعی است». (مورواتز، ۱۳۹۱: ۵۳)

طبیعت‌گرایان مذهبی کائنات و از جمله جامعه‌ی بشری را ساخته و پرداخته‌ی ذات مقدس خداوند تلقی می‌کنند که در اکنون تحت مدیریت وی می‌باشد. شارع مقدس اصول ایستایی را پیش‌بینی نموده است که خوشبختی، مصلحت و بقای جامعه انسانی در جهان هستی در گرو اعمال و پیروی آن اصول و قواعد می‌باشد. اصول از طریق وحی در کتب مقدس آسمانی برای بشر ارائه می‌گردند و این اصول برای همه‌ی جوامع انسانی مشترک، و در واقع جهان شمول می‌باشند. این اصول موجب ارائه‌ی اخلاقی می‌شود که باید بر همه‌ی جوامع انسانی حاکم بوده و قانون برتری ایجاد کند که همه‌ی ترتیبات اجتماعی و از جمله حقوق موضوعه‌ی بشری در تلاش برای نزدیکی به آن باشند. نظریه پردازان این جهان و به طور خاص جامعه‌ی بشری را به شکلی که دارای یک هدف نهایی است در نظر می‌گیرند. قانون به عنوان وسیله‌ای برای ترویج و پیشرفت خیر و نیکی مطلوب، یک ضرورت انکارناپذیر اجتماعی به حساب می‌آید. بدون آن، افراد در جامعه اگر چه به طور طبیعی تمایل به خوبی دارند اما در معرض فاسد شدن به لحاظ مقتضیات زیست در محیطی خشن و غیر دوستانه هستند و قادر به دستیابی به هدف و مقصد مورد نظر یا حتی فعالیت هدفمند برای نیل به آن نخواهند بود. بنابر نظریه این پردازان آرمان‌گرایی مذهبی مایل به ارزیابی نگرش‌های اخلاقی مردم در جامعه است. از این رو آن‌ها از آن چه کمال مطلوب و اصول اخلاقی است به آن چه باید باشد، تعبیر می‌کنند. براین اساس آن‌ها تصمیم می‌گیرند که چگونه نتیجه‌ی مطلوب می‌تواند از طریق قوانین محقق شود. نظریه پردازان در این دیدگاه در تلاش هستند یک «باید» از یک «هست» استخراج و کشف نمایند که «هست» عبارت است از نگرش‌های اخلاق واقعی موجود و «باید» عبارت است از آن چه باید مطلوب باشد و در نتیجه به طور مناسب ترتیبات اجتماعی را تنظیم می‌کند. (چینه‌نگو، ۱۳۹۴: ۴۴)

آرمان‌گرایی مذهبی در یک سیاست جنایی در مفهوم مضیق با دیدگاهی مجرد قانونی در بخش عظیمی از قوانین کیفری ما به چشم می‌خورد، قوانین که گاه بر پایه‌ی مصلحت‌ها و گاه برای تضمین ادامه‌ی حیات بشری راه کارهای ثابت و غیرقابل عدولی را پیشنهاد می‌دهند.

### ۱-۳- دیدگاه واقع‌گرایی

واقع‌گرایی حقوقی، انقلابی فکری در میان حقوق دانان دانشگاه «هیاتن» بود که پیشینه تحصیل در مدارس حقوقی دهه ۱۸۹۰ آمریکا را داشتند. این جنبش، به روح اثباتی نزدیک تر از حقوق طبیعی بود، اما جنبش واقع‌گرایی نو که در دهه ۱۹۲۰ تا ۱۹۳۰ نفوذش رو به اوج رسید، دیدگاهی را مطرح کرد که شایان تحویل به هیچ یک از دو سنت یاد شده نیست. باید یاد آور شویم که همه واقع‌گرایان، دیدگاه واحدی ندارند، هم چنین تلاش آگاهانه‌ای در کار نبوده که با آن، مفهوم حقوق با تعابیر دقیق بیان شود. (تیب، ۱۳۸۶: ۴۶) ناگفته نماند آن چه در این جا به دنبال آن هستیم تبیینی فلسفی صرف از واقع‌گرایی سیاست جنایی تقنینی نیست بلکه غرض بررسی نگاه واقع‌گرایانه به پدیده جنایی است که پایه‌های آن را داده‌های جرم‌شناختی، روان‌شناختی و جامعه‌شناختی جنایی جستجو می‌کنیم؛ در واقع نگاهی واقع‌نگر به عوامل موثر در تشکیل پدیده جنایی و اتخاذ سیاستی جنایی مبتنی بر آن که به صورت کار

آمد امکان کنترل، پیشگیری و مواجهه با این واقعیت سوشیالژنیک در محیط های فرهنگی و اقتصادی و واقعیت انسانی در ابعاد بیوژنیک و سایکوژنیک را داشته باشد.

در این دیدگاه دو شکل از واکنش اجتماعی، یعنی مجازات ها و اقدامات تأمینی، به مثابه امور اجتماعی بررسی می شود و به عبارت دیگر، چگونگی ایجاد انواع مجازات ها و اقدامات تأمینی از بعد جامعه شناختی بررسی می شود. همچنین چگونگی تحول مجازات ها با هدف پی بردن به این نکته مورد توجه قرار می گیرد که آیا تحولات در جهت توسعه و بهبود بوده است یا خیر؛ و در نهایت، آثار و پیامدهای هر یک از انواع مجازات ها در جامعه بررسی و نقد می شود. (عبدالرحمانی، حبیب زاده، ۱۳۹۴: ۱۸) در یک سیاست جنایی واقع نگر کارکرد جرم انگاری و مجازات با توجه به واقعیت های اجتماعی پیرامونی مد نظر قرار می گیرد و نه با آرمان گرایی های دست نیافتنی و ناکارآمد.

در بعد بیوژنیک دیدگاه واقع گرا جنبه های ژنتیکی، اثرات مواد بیوشیمیایی، هورمون ها و همچنین جنسیت و وراثت بر وقوع جرم در سیاست جنایی ابعاد نگر محل مذاقه و تامل و کاربرت است. در این بعد جنبه های زیست شناختی جرم بررسی می شوند. (سوری، ۱۳۹۵: ۲۱) اما روان شناسی جرم و قانون دیگر بعد یک سیاست جنایی واقع گرا است که کاربرت اندیشه های عالمان آن در بررسی میان رشته ای تقنین را به سمت و سوی واقعیت های حاکم بر پدیده جنایی سوق می دهد؛ روان شناسی جرم، به کاربرد روان شناسی در مطالعه رفتار تبهکاری متوجه است. حوزه اصلی آن، تبیین و درک رفتار مجرمانه، تحقیق مستقیم روی جمعیت مجرمان زندانی، مجازات تعلیقی، د ادگاه جوانان و جلسه های مربوط به آن است. این تحقیقات را می توان به شکل مطالعات طولی، درباره تحول بزهکاری و مشکلات اجتماعی مربوطه، انجام داد یا به شکل مطالعه بر روی سایر اقدامات ضد اجتماعی، هم چون قلدری در مدرسه. این حوزه، همان طور که انتظار می رود، منحصر به یک شاخه نیست، بر انواعی بر رفتار مجرمانه متمرکز است و بر جرایم خشن، جنسی و سوء مصرف دارو تاکید ویژه دارد. همچنین، بخشی از این کارها شامل مطالعه هم بستگی بین جرم و اختلالات روانی است که پیوندی با روان پزشکی دارد و گاه آن را جرم شناسی بالینی می نامند. روان شناسی قانون به عوامل روان شناختی ای می پردازد که کاربرد وسیع در قانون دارند در واقع لحاظ داده های روان شناختی در حوزه تقنین امروز ما را با سیاست های جنایی واقع نگر روبرو نموده تا قوانینی متأثر از اصل فردی کردن مجازات ها داشته باشیم. (مک گرایر، ۱۳۹۰: ۴۸)

## ۲- سیاست جنایی

### ۲-۱- سیاست جنایی تقنینی

آن گونه که در ابعاد فلسفی- پژوهشی شاهد بودیم واقع گرایی با نگاه واقع بینانه به پدیده ی جنایی، حاوی دیدگاهی ابعادنگر و جستجو محور در ریشه های این پدیده نامیمون می باشد و دیدگاه آرمان گرا نیز دیدی مجرد قانونی نسبت به مسأله دارد که فارغ از حواشی پراهمیت بوده و صرفاً "مبتنی بر مفاهیمی همچون عدالت و صبغه ی اخلاقی استوار گردیده است.

سیاست جنایی خود دارای تقسیم بندی های درونی همچون سیاست جنایی تقنینی، سیاست جنایی اجرایی، سیاست جنایی قضایی، سیاست جنایی پلیسی، سیاست جنایی مشارکتی است. اما آن چه در این مجال محل بحث است سیاست جنایی تقنینی می باشد (می ری، مارتی، ۱۳۹۳: ۸۰) که به طور کلی در دو مفهوم مضیق و موسع با واقع گرایی و آرمان گرایی قابل تطبیق و بررسی است تا در نهایت بتوانیم از ره یافت های منبعث از مبانی به تحلیل درست از قوانین کیفری موضوعه دست یابیم. سیاست جنایی تقنینی را نه تنها بایستی «نخستین لایه ی سیاست جنایی» محسوب نمود؛ بلکه آن را در واقع بایستی «مرکز اصلی سیاست جنایی» و تعیین کننده نوع واکنش در مقابل پدیده های بزهکارانه دانست. چرا که اصول حاکم در حقوق جزایی، هم چون اصل قانونی بودن جرایم و مجازات ها و تبعیت گریزناپذیر از آن، خود گویای سبک سیاست جنایی طراحی شده در قانون، به وسیله ی مقنن است. بر این مبنا سیاست جنایی تقنینی چنین تعریف می شود که: تدبیر و چاره جویی مقنن در خصوص جرم و واکنش به آن که البته با امعان نظر به وابستگی سیاست جنایی به رژیم سیاسی حاکم در هر کشور، وضعیت های مختلفی به خود جلب می نماید. سیاست جنایی تقنینی، مصلحت اندیشی قانون گذاران مختلف و انتخاب آن ها در انواع جرایم و مجازات ها و به طور کلی نحوه ی مواجهه با پدیده ی مجرمانه و دادرسی شکلی کیفری است. (رحمانی، ۱۳۹۴: ۲۸)

## ۲-۲- تبلور واقع گرایی و آرمان گرایی در سیاست جنایی تقنینی در مفاهیم موسع و مضیق

شاید بتوان شمارش بایسته های عقلانی و تجربی حاکم بر روند سیاست گذاری جنایی را یکی از سخت ترین مباحث جاری در این قلمرو به حساب آورد. تحولات مفهوم علم و عقلانیت، دامنه ی نسخه های تجویزی و جهان شمول قابل طرح در این رابطه را به شدت محدود و ناچیز ساخته است. قبل از این، در پرتو جزمیت معرفت علمی و با تکیه بر تجربه گرایی عمیق، راه حل مسأله، مجرمیت و پیرو آن، طرح راه بردهای جواب گویی جنایی در چارچوب شناخت مکانیکی عوامل و پس زمینه هایی جستجو می شده که ادعا می شد انسان را به گونه ای به سوی ارتکاب جرم سوق می دهند. امری که در بستر متنقدترین رویکرد انشعاب یافته از این جریان فکری، تجویز دگرگونی بنیان های نظام سیاست گذاری جنایی از بستری فنی به مرزهای مددکاری اجتماعی (با تدارک گسترده ی کنش به منظور جلوگیری از تکوین یا استمرار شخصیت مجرمانه و نیز اقداماتی واکنشی در جهت بازپروری و اصلاح اشخاص بزهکار) را به همراه داشته است: «همان طور که قلمرو بزهکاری از طریق تسری آن به انحراف یا حاشیه گرایی و حاشیه نشینی، رشد پیدا کرده است. اشتغال ها و دغدغه های سیاست جنایی را باید به امر پیشگیری از نارسایی های کارکردی جرم زا، یعنی عوامل اجتماعی زمینه ساز ارتکاب جرم نیز تعمیم داد و حتی تا مرزهای سیاست اجتماعی پیش رفت». (لازرز، ۱۳۸۲: ۱۴) در این سطح، تدارک سیاست های پاسخ دهی بر مبنای شناخت مجموعه ی عوامل زیستی، روانی و اجتماعی زمینه ساز بروز رفتارهای مجرمانه به عنوان یگانه روش علمی برخورد با پدیده ی مجرمانه معرفی می شود؛ به نحوی که راهبرد پاسخ دهی یادشده در موقعیتی برابر و هم عرض با الگوهای مدرن کشف جرم، مبدل به یکی از جلوه های بروز و ظهور سیاست گذاری علمی شده است: «یکی از کنش گرانی که در تنظیم و شکل گیری سیاست جنایی نقش دارند، در واقع کارشناسان علوم جنایی در مفهوم موسع آن می باشند. بنابراین، یک سیاست

جنایی معقول حتماً" از آخرین تحولات علمی و نتایج تحقیقات علمی در حوزه ی علوم جنایی از طریق کارشناسان مربوط یعنی جرم شناسی، جامعه شناسی جنایی، روان شناسی جنایی، متخصصان علوم جرم یابی و... استفاده می کند». (نجفی ابرندآبادی، ۱۳۹۰: ۲۴) در این سطح عملکرد انسانی تحت چارچوبی ساختارگرایانه و مبنی بر تأثیرگذاری زیرساخت های اجتماعی، روانی و... تحلیل گردیده و دامنه ی مسؤولیت اخلاقی بزهکار در رابطه با جرم ارتكابی نیز به میزان چشمگیری محدود شده است. (ایروانیان، ۱۳۹۲: ۲۹۱)

آن گونه که خواهیم دید میزانی از قوانین فعلی کیفری جمهوری اسلامی ایران متأثر از آخرین پارادایم های جرم شناسی و حقوق کیفری با سیاست جنایی در مفهوم موسع آن هماهنگی لازم را یافته اند که از این میان به ابزارهای تفرید قضایی همچون نهادهای تخفیف و تبدیل مجازات ها، نظام نیمه آزادی، تعویق صدور حکم، تعلیق اجرای مجازات در قانون مجازات اسلامی و تعلیق تعقیب به عنوان نهادی ریشه دار در نظریه ی برجسب زنی جرم شناسی و همچنین نمود عدالت ترمیمی در قانون آیین دادرسی کیفری به عنوان ظهور مستقیم عدالت ترمیمی در قوانین اشاره نمود.

در مقابل تعریف موسع از سیاست جنایی، دیدگاهی مضیق قرار می گیرد که در قوانین کیفری ما می توان آن را در یک رویکرد فقه مدارانه در سیاست جنایی تقنینی جستجو نمود. در این دیدگاه با تکیه بر عاملی انسانی در ارتكاب رفتارهای مجرمانه و تحلیل بزهکاری به عنوان وضعیتی انتخابی، محور اصلی هرگونه پاسخ دهی جنایی را در چارچوب ناتوان سازی و نیز عقوبت دهندگی کیفری ترسیم نموده اند. جلوه های این سیاست از قرن ۱۶ میلادی به بعد وحتى تا اوایل قرن حاضر به وضوح قابل مشاهده است. به عنوان مثال در عصری که مکتب کلاسیک حقوق کیفری ظهور کرد، با توجه به ملحوظ نظر داشتن توجیحات فلسفی و اخلاقی آرمان گرا برای لزوم کیفر و سزای بزهکاران، اعمال مجرمانه ارتكابی، از سوی دست اندرکاران نظام حقوقی آن زمان به شدیدترین شکل ممکن پاسخ داده می شد، که می توان آن را در قالب منطق «کمترین سطح از تحمل و مدارا» که یادآور توجیحات متداول مدل مدیریتی «تسامح صفر» در عرصه ی حقوق کیفری است، ترسیم نمود. (جوانمرد، ۱۳۹۳: ۲۹) چنین منطقی گویای این است که مدارا با مجرمان عواقب سوئی دارد و لذا برقراری نظم و امنیت اجتماعی مقتضی شدت برخورد در قبال غالب اعمال مجرمانه است. به هرروی پاسخ کیفرمدار صرف در قبال اعمال مجرمانه و مداخله یا محدودسازی مداخله ی جامعه ی مدنی در ارتباط با آن در کلیه ی سطوح اعم از مبارزه و مهار و پیشگیری، سابقه و ریشه ی تاریخی دارد که در ادوار تاریخی گوناگون، وجوه و شقوق مختلفی از آن تجربه شده است. (فوکو، ۱۳۷۸: ۲۲ و ۵۰)

آن چه مسلم است هردو رویکرد سیاست جنایی به خوبی در قوانین کیفری ایران قابل مشاهده می باشند. در حال حاضر بروزو ظهور داده های جرم شناسی، جامعه شناسی جنایی و روان شناسی جنایی در قوانین کیفری و بهتر بگویم عموماً حقوق کیفری بیش از هر زمانی یک سیاست کیفری علمی را در قوانین کیفری ما تزریق نموده است و در عین حال در برخورد با میزان قابل توجهی از جرایم همچون حدود، قصاص و تعزیرات منصوص شرعی رویکرد قانون گذار به سیاست جنایی مضیق ملهم از طبیعت گرایی ایدئولوژیک به خوبی قابل برداشت می باشد.



با شروع فقه گرایی در سیاست جنایی تقنینی، گرایش به وارد نمودن مفاهیم و شاخص های فقهی در قوانین کیفری از همان اولین سال های بعد از انقلاب اسلامی هویدا شد و مباحث فقهی در ارتباط با امور کیفری، با سرعت فزاینده ای وارد متون حقوق کیفری گردید و بخش هایی مهم از قوانین کیفری را به خود اختصاص داد. در این بستر، قوانین متعددی به تصویب رسید که مباحث و احکام کیفری فقهی را در خود جای داده بودند. از جمله ی این قوانین، می توان به قانون حدود و قصاص، مصوب بیستم مهرماه سال ۱۳۶۱ و قانون مجازات اسلامی مصوب هجدهم مردادماه سال ۱۳۶۲ اشاره نمود. سه فصل عمده ی قوانین جزایی، یعنی مباحث مربوط به حدود، قصاص و دیات از همان ابتدا تحت سیطره ی کامل احکام فقه جزایی قرار گرفت؛ چنان که مفاهیم و تعاریف فقهی با همان جزئیات و کیفیتی که در کتاب های متعلق به فقها مطرح گردیده بودند، ترجمه شده و در متون قوانین جزایی جای گرفتند. از جمله ی این موارد می توان به مواد قانونی مربوط به حدود و از جمله حد قذف در قانون مجازات اسلامی مصوب هشتم مردادماه سال ۱۳۷۰ اشاره نمود که با تغییرات جزئی، ترجمه ای از مسائل کتاب تحریرالوسیله ی امام خمینی می باشند. این رویه که در سیاست جنایی تقنینی حکومت جمهوری اسلامی ایران تثبیت شده بود، در قوانین جزایی از جمله قانون مجازات اسلامی مصوب یکم اردیبهشت ماه سال ۱۳۹۲ نیز تکرار شد و در این قانون نیز مثل قوانین سابق، مباحث مربوط به حدود، قصاص و دیات مطلقاً بر مبنای آرمان گرایی مذهبی با توجه به احکام فقهی تدوین گردید. (رحمانی، ۱۳۹۴: ۱۷۲) هرچند برخی بر این باور هستند که مکتب حقوق دینی اسلامی، نه مثل مکاتب حقوق طبیعی است که شاخص قوانین و قواعد حقوقی را تنها واقعیات عینیت یافته بدانند و نه مانند مکتب حقوق عقلی صرف می باشد که فقط دستورات عقل عملی را ملاک حقوق و مقررات فرض نماید، از طرف دیگر هم چون مکتب های حقوق پوزیتیویستی هم نیست که قانون و مقررات را دارای درون مایه ای صرفاً قراردادی و اعتباری تلقی نماید، بلکه قواعد حقوق اسلامی، درون مایه دوسویه و ممزوج دارد، یعنی دارای ماهیتی «اعتباری-واقعی» می باشد؛ اعتباری است از آن جهت که متعلق خواست و ساخت پروردگار قرار گرفته است و واقع گرا است از آن روی که اراده ی تقنینی الهی هم سوی با خواست های تکوینی اوست و در نتیجه مقررات اسلامی ابتدای بر واقعیات و مصالح و مفسده های نفس الامری داشته و دارد. از این رو می توان چنین عنوان نمود قواعد حقوق دینی ما نه صرفاً واقعیاتی کشف شده است و نه صرفاً اعتباری قراردادی، بلکه اعتباراتی است مبتنی بر واقع گرایی، اعتباراتی که متشرع و مقنن آن پروردگار عالم و دانا است. (فعال، ۱۳۹۳: ۹۰)

آن گونه که پیش از این گذشت آن چه از بیان فوق برداشت می گردد، آرمان گرایی کیفری است که به عنوان زیرشاخه ای ایدئولوژیک-مذهبی به حقوق طبیعی نسبت می دهند. واقعیت، لزوم روزآوری داده های فقهی است که در موارد بسیار در قالب میراث دست نخورده ی کهن در حقوق کیفری ما بروز و ظهور یافته است. ویژگی منحصر به فرد فقه شیعی امکان پویایی برپایه ی مصلحت ها و اقتضائات زمانی و مکانی است که در برخی موارد تأثیرات مثبت آن را در قالب مواردی همچون برابری دیه ی مسلمان و غیرمسلمان، لزوم احراز رشد جزایی بالغ زیر هجده سال در مجازات

های حدی و قصاصی و زمزمه هایی برای برابری دیه ی زن و مرد هرچند از حیث کمیت در محدود موارد می توان شاهد بود. آن چه مسلم است واقع گرایی و تأثیر داده های علمی روز منجر به اجتهاد نوین و پیرو آن تقنین روزآمد در برخی موارد گردیده است و در این مسیر صرفاً<sup>۳</sup> نمی توان با تکیه بر داده های حقوق کیفری کهن پاسخ گوی کاستی های موجود در جامعه ی امروزی بود.

### ۳-ناظرین آرمان گرایی سیاست جنایی در قوانین کیفری

شأن قانون گذاری در ایران اسلامی مبتنی بر نظریه ی قانون گذاری به عنوان برنامه ریزی برای اجرای قوانین دینی استوار بنا نهاده شده است. این برداشت از شأن تقنین در نظام حقوقی ایران از مبانی اسلام ریشه گرفته است که در نظریات بنیان گذار نظام جمهوری اسلامی و برخی فقهای مجلس مؤسسان قانون اساسی نیز مشهود است. در اصول قانون اساسی نیز به صراحت به «اختصاص تشریح به خداوند» و «نقش بنیادین وحی در بیان قوانین» اشاره شده است. (دبیرنیا، نقوی، ۱۳۹۷: ۱۱۳ و ۱۳۴)

براین اساس قانون گذاری در حکومتی اسلامی متشکل از سه مرحله است:

مرحله ی نخست: مرحله ی تشریح احکام که برپایه اعتقادات شیعه به منحصر بودن تشریح به پروردگار، تنها مرجع صلاحیت دار در این برهه ذات اقدس الهی است.

مرحله ی دوم: شناسایی قوانین توسط فقها: اگرچه قوانین الهی در کتاب، سنت و احادیث امامان معصوم نقل گردیده، همه ی اشخاص توانایی بهره گیری از آن را دارا نیستند، چراکه این موضوع در گرو توانایی بر رشته ای تخصصی است، از این رو در دوران غیبت امام عصر، فقها قوانین را از منابع استخراج می کنند و در اختیار مردم قرار می دهند. نکته ی قابل مذاقه در این مرحله آن است که فقیه حق تقنین ندارد. بلکه وظیفه ی او کشف مقرراتی است که سابق بر آن انشاء گردیده است و این موضوع ابتدای بر جامعیت شریعت دارد. از این رو شیعه معتقد است اسلام در مورد کلیه ی امور دارای قانون است و همه چیز شامل نص خاص یا نص عام از سوی شارع مقدس می شود.

سومین مرحله، مرحله ی برنامه ریزی: قوانین شارع مقدس که از طریق مجتهدان از منابع استخراج می گردند به صورت مستقیم در جامعه اسلامی قابلیت اجرا ندارد. در این مرحله، حکومت نیازمند تهیه ی ضوابط و سازوکارهایی برای مطابقت و هم گام سازی است. در این نظریه آرمان گرا جامعه اسلامی نیازمند قوانین عرفی موضوعه نیست، چراکه احکام اسلامی حاوی قوانین و مقررات متنوعی است که یک نظام کامل اجتماعی را می سازد و در این نظام حقوقی هرآن چه بشریت نیازمند آن است فراهم شده است. حذف دادگاه تجدیدنظر با تکیه بر تک مرحله ای بودن نظام اتهامی اسلامی و همچنین حذف دادسرا در سال ۷۳ از نظام حقوقی کشور به لحاظ غربی بودن سازوکار آن نشأت گرفته از همین تفکر بوده است (خالقی، ۱۳۹۴: ۳۸) که البته بن بست های پیش رو باعث گردیده که برخی علما به تفکیک قوانین متغیر و ثابت اشاره کنند که بر آن رویه دنیای متغیر نیازمند قوانین پویا و قابل تغییر است و می

بایست توسط کارشناسان و متخصصان تدارک دیده شود. بدیهی است این قانون نویسی به معنای تشریح نیست؛ بلکه باید در حدود قوانین کلی و اصول کلی اسلام صورت پذیرد و تشخیص عدم مخالفت با احکام اسلام به هر روی با مجتهدان است. (دبیرنیا، نقوی، ۱۳۹۷: ۱۱۶)

### ۱-۳- اصل چهارم قانون اساسی، آرمان گرایی یا واقع گرایی

یکی از اصول که نظریه ی فوق در آن متبلور گردیده اصل چهارم قانون اساسی است. این اصل چنین اشعار می دارد که: «کلیه ی قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید براساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم تمامی اصول قانون اساسی و سایر قوانین و مقررات موجود حکومت دارد و تشخیص این موضوع بر عهده ی فقهای شورای نگهبان است.» نتیجه تأمل در اصل مذکور در موضوع حاضر تداعی گر توجه به این مطلب است که هریک از مقررات، قوانین، مواد و تبصره هایی که در پارلمان ایران اسلامی مصوب می گردد می بایست در مسیر و هم گام با موازین اسلامی باشد. از این رو در همین زمینه اصول ۷۲، ۹۱، ۹۴ و ۹۶ قانون اساسی به تشریح جزئیات این موضوع پرداخته است. در این اصول چنین آمده که قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی باید منطبق با موازین اسلامی باشند و هیچ یک از این قوانین نباید مخالفتی با احکام اسلامی داشته باشند. (جوان آراسته، ۱۳۸۲: ۸۴)

### ۲-۳- شورای نگهبان و نظارت بر برنامه ریزان و سیاست گذاران

بنابرآن چه در نظریه ی قانون گذاری به مثابه برنامه ریزی برای اجرای قوانین الهی گذشت نقش فقهای شورای نگهبان در اصل چهارم قانون اساسی نقشی تطبیقی بیش نیست. طبق اصل ۲ قانون اساسی، وحی نقش اساسی در بیان قوانین دارد و راه آن اجتهاد است. این اجتهاد مستمر در قوه ی مقننه از طریق شورای نگهبان جامه ی عمل می پوشد؛ در اجتهاد تطبیقی فقیه تنها به دنبال پاسخ دادن به این پرسش است که آیا موضوع یا مصوبه برخلاف آموزه های شریعت و مقررات اسلامی است یا خیر؟ در این نوع اجتهاد، استنباط، نقش کمینه ای داشته و تنها کارکرد آن بررسی عدم مغایرت مصوبات با داده های شرعی است. (کعبی، ۱۳۹۴: ۵۸) برخی این نگرش را مطابق با جامعیت دین می پندارند و از این رو، کفایت عدم مغایرت قوانین موضوعه با احکام اسلامی را مطرح می سازند. (خراسانی، ۱۳۹۲: ۴۷ و ۶۸) در مقابل کسانی که واقع بینانه به جریان قانون گذاری در جمهوری اسلامی ایران نگرستند، بر نقش منفعلانه ی فقه و تفقه در این نظام اذعان می کنند. فقه در برخورد انفعالی با مسائل، تنها در نقش یک ناظر است یا نقش مانعی را ایفا می کند و در برابر احکام صادر شده که برخوردار از جنبه های سلبی و تحریمی است، اعلام موضع می کند، به نحوی که در این نقش فرعی، فقه و اجتهاد در حاشیه قرار می گیرد. (جهانگیری، ۱۳۸۷: ۳ و ۱۲) لازمه ی اعتقاد به جامعیت دین اسلام، اعتقاد به توان پاسخ گویی فقه اسلامی به تمام نیازهای جامعه و بشر در مواجهه با قانون است. بنابراین فقه پویا که نقش زمان و مکان را در طیف قواعد استنباط حکم شرعی در نظر می گیرد، توانایی به روز آوری قوانین شرعی اجتماع را دارد. بر همین مبنا، تقلیل ساحت تفقه به اجتهاد تطبیقی در فرآیند قانون گذاری، موجب فاصله گرفتن قانون از فقه اسلامی می شود و به تدریج قوانین موضوعه از اهداف شریعت فاصله می گیرد و دور از

ذهن نیست قوانین توانایی هدایت جامعه، به سمت کمال را در چنین وضعیتی نداشته باشند. (شریعتی، ۱۳۸۰: ۲۱) با این وصف محدودسازی اجتهاد در فقهات در محدوده ی تطبیق، محروم ساختن جامعه از احکام واقع گرا و روزآمد اسلامی به عنوان احکام واحد حول یک منظومه ی واحد است. (دبیرنیا، نقوی، ۱۳۹۷: ۱۲۶)

### ۳-۳- تفقه پویا راه کار گذار از آرمان گرایی به واقع گرایی

فقه پویا در نقطه ی مقابل فقه سنتی قرار می گیرد. این دو واژه هرکدام بار معنایی خود را به دوش می کشند: طرفداران فقه سنتی، اصالت را به کتاب و سنت می دهند و به اجماع و عقل، به منزله ی کشف و دستیابی به کتاب و سنت می نگرد، اما حامیان فقه پویا می کوشند تا آن دو را با عقل و مقتضیات زمان انطباق دهند. دسته ی نخست، از ترس درهم ریخته شدن باورهای مردم، به نوعی موضع گیری دفاعی کشانده شده، وظیفه ی خود را پاسداری سنت های سابق دانسته اند و دسته ی دوم دغدغه ی ناتوانی دین را در پاسخ گویی به نیازهای روز دارند و برآند با تحول و تغییر در ذهن ها، و در مواردی با تجدیدنظر در قسمتی از معارف، هماهنگی لازم میان دین و زمان را به وجود آورند. (فیض، ۱۳۸۷: ۱۰۳)

انشعاب اخیر معلول انحرافی بود که در نهاد اجتهاد موجودیت یافت. مکتب فقهات که در برابر اخباری گری، به عنوان راه کاری برای توانمندسازی مکتب در حل مشکلات نو ظهور ارائه شده بود، بعد از مغلوب ساختن اخباری گری، خود دچار رکود و جمود شد تا این که امام خمینی، اقتضائات زمان و مکان را به عنوان دو عنصر مصلحت محور تعیین کننده در اجتهاد معرفی نمود و تفقه نوین را پایه گذاری کرد. (خمینی، ۱۳۶۴: ۱۱۵)

براین اساس امروز، به علت حرکت جدیدی که در فقه شیعه براساس نیاز و اقتضائات جامعه ی در نظام جمهوری اسلامی بنا نهاده شده، استخراج قوانین از فقه، برپایه نیازمندی های قضایی و مصالح بین المللی و روابط اقتصادی، فرهنگی و... به صورت ضرورتی گریز ناپذیر درآمده است. از جمله شرایطی که در پویایی فقه و اجتهاد تأثیر می گذارد، حضور در زمان و رویارویی با حوادث مستحدثه در قلمرو روابط اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، سیاسی، حکومتی و بین المللی می باشد، تا مجتهد بتواند با زیرکی هرچه تمام تر، مسائل زمان خود را دریابد و با عرضه کردن آن بر اصول و ضوابط دینی، پاسخ مناسب و روز آمد خود را ارائه داده و زمینه ی شکوفایی و بالندگی فقه و پیرو آن تطبیق اجتهاد بر واقعیت های پیرامونی\_اجتماعی را رقم زند.

آن جا که امام صادق (ع) می فرماید: «علینا القاء الاصول و علیکم بالتفریع». بر ماست که اصول را به شما برسانیم، و وظیفه ی شما است که فروع تازه را به اصول پایه بازگردانید. (عاملی، ۱۴۱۲: ق ۴۳)

از جمله شرایط تفقه پویا، اشراف بر دانش هایی است که پیش فرض های مکتوم علم فقه به شمار می رود و فقهای بزرگ قوس در آن ها را شرط کمال اجتهاد دانسته اند. (قمی، ۱۳۷۸: ۵۱)

امروز تأثیرات علوم هم چون جرم شناسی، جرم یابی، پزشکی قانونی، جامعه شناسی جنایی، روان شناسی جنایی، روان کاوی جنایی، اقتصاد جنایی و از این قبیل بر حقوق کیفری امری انکارناپذیر است و نادیده انگاشتن علوم مذکور

در تفقهی پویا که منجر به تقنینی به روز، واقع گرا و کارآمد گردد جامعه را با قوانینی مواجه می کند که نه تنها دارای استنادات حداقلی در رویه هستند، بلکه نیازهای روز جامعه ی انسانی را نیز دچار سردرگمی و عدم پاسخ گویی می کنند.

#### ۴- جلوه های تفقه پویا منجر به تقنین ریشه دار در سیاست جنایی واقع گرا

امروز تفقه پویا را در مواردی از قوانین مربوط به حدود، قصاص، دیات و به صورت فراگیرتر می توان در تعزیرات که تحت تأثیر داده های جرم شناسی، جامعه شناسی جنایی و روان شناسی جنایی قرار گرفته اند، مشاهده نمود. توجه به احراز رشد جزایی موضوع ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی، توجه به برابری دیه ی مسلمان و غیرمسلمان موضوع ماده ی ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی، امکان جایگزینی مجازات اعدام به جای سنگسار در صورت تشخیص مصلحت از مواردی است که می توان به عنوان نمونه هایی از تفقه پویا در مسیر واقع گرایی و مصالح زمان و مکان و اقتضائات روز برشمرد.

##### ۴-۱- ظهور واقع گرایی و رشد جزایی

یکی از موارد تقنینی که ریشه در تفقه پویا دارد و دست مایه ای برای در پیش گرفتن یک سیاست جنایی واقع گرا گردیده ماده ۹۱ قانون مجازات اسلامی می باشد. حکم ماده ی ۹۱ بر مبنای فتوای فقهای متأخر تدوین یافته است؛ آیت الله مکارم شیرازی در این خصوص چنین فتوا داده است: «هرگاه جوانب مختلف مسأله از جمله نظریه ی کارشناس معتمد در نظر گرفته شود و در مجموع شبهه از جهت عدم رشد کافی نسبت به این جرایم وجود داشته باشد تبدیل مجازات های این گروه سنی به مجازات های تعزیری مانعی ندارد.» آیت الله نوری همدانی چنین پاسخ داده است: «در صورتی که اشخاص گروه سنی مذکور در فوق از لحاظ درک و رشد عقلانی در سطح پایین تری از افراد متعارف قرار دارند قاضی می تواند بلکه لازم است از اجرای مجازات های حدی و قصاص درباره ی آن ها صرف نظر کند و مجازات دیگری نسبت به آن ها معمول بدارد ولی براین اساس، معیار همان پایین بودن از سطح متعارف است نه سن و سال مخصوص». (زراعت، ۱۳۷۳: ۱۷۳)

آن گونه که ملاحظه می گردد در یک حکم اصلی افراد بالغ زیر ۱۸ سال اگرچه دارای مسؤلیت کیفری در قبال اعمال حدی و جرایم مستوجب قصاص خود می باشند اما تخصص فقها در مباحث رشد جزایی که ریشه در روان شناسی رشد دارد قانون گذار را به سمت یک واقع گرایی نسبی سوق داده است. هرچند چنان که بخواهیم به یک واقع گرایی مطلق برسیم می بایست اصل را عدم رشد جزایی اطفال بالغ زیر ۱۸ سال بگذاریم. چه این که بنابر داده های روان شناسی رشد هیچ طفلی رشد یافته محسوب نمی گردد و این امری ثابت شده ی علمی و تجربی با امعان نظر به مقتضیات سنی اطفال می باشد. (لطف آبادی، ۱۳۹۳: ۱۷۵ و ۱۹۵)

##### ۴-۲- ظهور واقع گرایی و برابری دیه ی مسلمان و غیرمسلمان

آن گونه که در مباحث بالا مورد اشاره قرار گرفت یکی از راهکارها جهت نیل به واقع گرایی برحسب مصالح و اقتضائات زمانی و مکانی صدور حکم حکومتی است که یکی از موارد ملموس چنین حکمی در ماده ی ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی ظهور و بروز یافته است: «براساس نظر حکومتی مقام رهبری، دیه ی جنایت بر اقلیت های دینی شناخته شده در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به اندازه ی دیه ی مسلمان تعیین می گردد.»

دیه ی کافر ذمی (یعنی اهل کتابی که در سرزمین اسلامی زندگی می کند و به شرایط حکومت عمل می نماید) اگر آزاد و مرد باشد چه یهود و چه نصرانی و چه مجوس ۸۰۰ درهم است، و اگر آزاد و زن باشد نصف آن یعنی ۴۰۰ درهم است، بلکه ظاهر این است که دیه ی اعضای این مرد و زن و دیه ی جراحت هایشان نسبت به خون بهایشان همان نسبتی را دارد که دیه ی اعضا و جراحت یک مسلمان با خون بهایش دارد. (کارخیران، ۱۳۹۲: ۳۷۹)

آن گونه که در نظر امام خمینی در تحریرالوسیله مندرج در سطور بالا می بینیم دیه ی مسلمان با غیرمسلمان در حالت نابرابری قرار داشته است و این امر ناشی از لزوم تسلط مسلمان بر غیرمسلمان بنابر احکام اسلامی است اما ذکر این نکته لازم است که هم اکنون، دیگر رابطه ی حاکمیت اسلامی با اقلیت های دینی رابطه ی بر مبنای دین و مذهب نمی تواند باشد؛ بلکه این مساله در قالب تابعیت قابل بررسی است. بنابراین حکومت مسلمان موظف است: در وهله اول سطح دیه ی غیرمسلمان (اقلیت های دینی) را به وضوح و با صراحت در قوانین ذکر نموده و در مرحله بعد این مبلغ را برابر سایر تابعین قرار دهد. چه این که بنابر اصول ۱۹ و ۲۰ قانون اساسی تابعین ایران از هر قوم و قبیله ای که باشند، از حقوق مساوی و برابر بهره می برند و رنگ، نژاد، زبان و مانند این ها اسباب برتری نمی تواند باشد و همه مردم به طور برابر در سایه حمایتی قوانین قرار می گیرند. از این رو نابرابری دیه ی مسلمان و غیرمسلمان یک نابرابری شهروندی مستند به اصول فوق تلقی می گشت و از طرفی موانع فقهی مانع از قانون گذاری در این خصوص بود. از سوی دیگر رعایت اصول و مصلحت های بین المللی مستند به مواد اول و هفتم اعلامیه ی حقوق بشر و ایضا" وفق ماده ی ۲۶ میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی که در سال ۱۳۵۴ به تصویب مجلس شورای ملی ایران رسیده است، چنین حکم می نمود که برابری در قبال احکام قوانین بدون هر گونه محدودیتی از جهت جنس و نژاد و مذهب و از این قبیل موارد از جمله تعهدات رسمی و بین المللی باشد که پیرو آن هماهنگی قوانین داخلی گریزناپذیر با توجه به اقتضائات زمانی و مکانی بود. (عبادی، ۱۳۷۳: ۹۱ و ۹۲)

خروج از بن بست ها در گرو دست یازی به تفقه پویا، و بهترین ابزار مناسب حکم ولایی می نمود که در قالب ماده ی ۵۵۴ قانون مجازات اسلامی در حال حاضر با توجه به زمینه ها، اقتضائات زمانی و مکانی و مصلحت های داخلی و بین المللی به منصفه ی ظهور می رسد. آن گونه که ملاحظه می گردد مجتهد حاکم با در نظر گرفتن واقعیت های حاکم بر زمان و مکان و نیازهای روز جامعه بین المللی با در پیش گرفتن یک سیاست جنایی موسع و تقنینی واقع نگر جامعه را از بن بست های موجود و تالی های فاسد ناشی از آن رهایی می بخشد.

۳-۴- تفقه پویا و امکان تبدیل سنگسار به اعدام

زیربنای امکان تبدیل رجم به سایر مجازات‌ها در شرایط کنونی با توجه به نظر برخی فقهای عظام است که براساس آن ممکن است اجرای برخی مجازات‌های حدی موجب وهن جامعه‌ی اسلامی گردد. از این رو در صورت عدم امکان اجرای سنگسار با پیشنهاد محکمه صادرکننده حکم قطعی و موافقت ریاست قوه‌ی قضاییه، چنان چه جرم با ادله (شرعی) اثبات شده باشد موجب اعدام زانی محصن و زانیه‌ی محصنه است. اما اگر ادله‌ی شرعی موجود نباشد و زنا با دیگر ادله اثبات شده باشد، استثنائاً "تبدیل مجازات در حد زنا مورد پذیرش قانون گذار قرار می‌گیرد و جرم زنا موجب صد ضربه شلاق برای هریک از طرفین جرم زنا خواهد بود. (گلدوزیان، ۱۳۹۴: ۲۴۶)

در واقع حکم قسمت دوم ماده‌ی ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی هیچ گونه سابقه‌ای در شرع ندارد بلکه تبدیل مجازات بر مبنای دلیل عقلی، وضع گردیده است. (زراعت، ۱۳۹۳: ۳۳۲)

حکم سنگسار زانی یا زانیه‌ی ای که دارای همسر باشد با حصول شرایط آن یکی از مسایلی است که با روایات فراوان از رسول اکرم و امامان معصوم (ع) به اثبات رسیده است و مورد اتفاق و اجماع فقها است، بلکه به حد ضرورت و بداهت بین مسلمین رسیده و جای تأمل و تشکیک در این حکم وجود ندارد و در صدر اسلام به دستور پیغمبر (ص) اجرا شده است. (نجفی، ۱۳۶۳: ۴۱، ۳۱۸ و ۳۲۱)

با اوصاف فوق اصل اولی در مورد اجرای حدود الهی عدم تبدیل است، اما چنان که می‌بینیم مصلحت‌های زمانی، مکانی، داخلی و بین‌المللی باعث می‌گردد که فقها در فقه‌های پویا ابواب جدیدی را برای قانون‌گذاری و به روز نمودن قوانین بگشایند. چنان که در سوالی از آیت الله مکارم شیرازی چنین می‌آید که: «آیا در عصر حاضر که اجرای حد سنگسار در برخی از موارد با موانع و مشکلات داخلی یا بین‌المللی روبه‌رو است، می‌توان تحت عنوان ثانوی آن را با نوع دیگری از روش‌های اعدام اجرا نمود؟» و جواب این چنین است که: «در فرض سوال تبدیلسنگسار به نوع دیگری از اعدام با مانعی رو به رو نیست.» (شیرازی، ۱۳۸۱: ۲ و ۴۹۰)

### نتیجه‌گیری و پیشنهادات:

در عصر حاضر سیاست‌های جنایی در اکثر کشورهای دنیا در یک تعریف موسع مسیرهای‌های مورد نیاز جهت تقنینی ابعاد نگر و واقع‌گرا را ترسیم می‌نمایند. سیاست جنایی حاکم بر تقنین قوانین کیفری در کشور از یک رویه واحد پیروی نکرده است. آن چه مسلم است در قوانین کیفری موجود در آخرین قانون‌گذاری‌های کیفری نه تنها می‌توانیم شاهد آخرین پارادایم‌های حقوق کیفری که متأثر از داده‌های جرم‌شناسی و علوم مرتبط با آن است، باشیم، بلکه قدیمی‌ترین قوانین آرمان‌گرای مذهبی را نیز می‌توانیم ببینیم؛ قوانینی که دیدگاه مجرد قانونی درون مایه اصلی آن‌ها را تشکیل می‌دهد؛ قوانینی که از حیث استناد در حالت حداقلی قرار دارند و در رویه قضایی محاکم کیفری به ندرت بر اساس آن‌ها حکمی صادر می‌گردد. متأسفانه متروک ماندن این قوانین از یک سو و نبود جایگزین‌هایی با تعادل قابل قبول از سوی دیگر در بسیاری از موارد ما را با خلاء قانونی در عین وجود قانون روبه‌رو نموده است. آن

چه مسلم است اراده قانون گذار بر عبور از آرمان گرایی به سوی واقع گرایی و سیاست جنایی در تعریف موسع آن می باشد؛ اما نباید فراموش نمود، قانون گذار با توجه به قوانین بالا دست هم چون اصل ۴ قانون اساسی و نهادهای ناظر مافوق مثل شورای نگهبان زمانی این توانایی را به دست می آورد که با فقه پویا و تفقهی نوین حسب مصالح داخلی و بین المللی و اقتضائات زمانی و مکانی در حوزه حقوق کیفری با جلب نظر کارشناسان امر دست به اجتهاد روز آمد بزند و نسبت به روزآوری میراث ارزشمند کهن اقدام نماید. در این مسیر شورای نگهبان نه به عنوان نهاد تطبیق صرف قوانین بر فقه بلکه به عنوان مهمترین نهاد در تفقه پویای کیفری نقش اصلی خواهد داشت. مجتهد حاکم در همین مسیر در مسائل حل نشدنی با صدور احکام حکومتی واقع گرا گره های باز نشدنی را در مواردی گشوده و ادامه این روند نه تنها حقوق کیفری را از انزوا خارج می کند بلکه جامعه را نیز از حیث امنیت و هزینه های تامین آن در ابعاد داخلی و بین المللی اقناع می نماید. در مصادیق مورد تحلیل در متن متوجه شدیم که مصلحت های مطروحه در مجازات های آرمان گرا در بوته مقتضیات و مصالح زمانی و مکانی قابل بررسی و تغییرات توسط فقهای عظام می باشند. آن چه این روند تفقهی را تسریع می بخشد لزوم پیش بینی کسب نظر متخصصین و امکان رایزنی های مورد نیاز رو در رو با فقهای شورای نگهبان در قالب تقنین می باشد که با این وصف امید به انقلابی در تفقه پویای کیفری جامعه عمل خواهد پوشاند.

منابع و مأخذ

کتاب:

۱. اردبیلی، محمدعلی، (۱۳۹۲)، حقوق جزای عمومی، تهران: انتشارات میزان.
۲. ایروانیان، امیر، (۱۳۹۲)، نظریه ی عمومی سیاست گذاری جنایی، تهران: انتشارات شهردانش.
۳. تبیت، مارک، (۱۳۸۶)، فلسفه حقوق، ترجمه حسین رضایی خاوری، مشهد: نشر دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۴. جوانمرد، بهروز، (۱۳۹۳)، تسامح صفر سیاست کیفری سخت گیرانه در قبال جرایم خرد، تهران، انتشارات میزان.
۵. چینهنگو، آستین، (۱۳۹۴)، مبانی فلسفه حقوق، ترجمه ی هیبت الله نژندی منش، تهران: انتشارات خرسندی.
۶. حرعاملی، محمد بن حسن، (۱۴۱۲ق)، وسایل الشیعه، قم: موسسه ی آل البیت(ع).
۷. خالقی، علی، (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری، تهران: انتشارات شهردانش.
۸. رحمانی، محمد، (۱۳۹۴)، مبانی سیاست جنایی تراز جمهوری اسلامی ایران، تهران: انتشارات مجد.
۹. زراعت، عباس، (۱۳۹۳)، شرح مختصر قانون مجازات اسلامی، تهران: انتشارات ققنوس.



۱۰. سوری، احمد، (۱۳۹۵)، روان‌شناسی جنایی، تهران: نشر دانشگاه علوم انتظامی.
۱۱. شریعتی، محمدصادق، (۱۳۸۰)، بررسی فقهی و حقوقی مجمع تشخیص مصلحت نظام، قم: انتشارات بوستان کتاب.
۱۲. عبادی، شیرین، (۱۳۷۳)، تاریخچه و اسناد حقوق بشر در ایران، تهران: انتشارات روشنفکران.
۱۳. عبدالرحمانی، رضا، حبیب زاده، اصحاب، (۱۳۹۴)، درآمدی بر جامعه‌شناسی مجازات، تهران: نشر دانشگاه علوم انتظامی.
۱۴. فعال، طیبه، (۱۳۹۳)، ماهیت جرم، تهران: انتشارات نگاه بینه.
۱۵. فوکو، میشل، (۱۳۷۸)، مراقبت و تنبیه، ترجمه ی نیکو سرخوش و افشین جهان دیده، تهران: نشر نی.
۱۶. قمی، میرزا ابوالقاسم، (۱۳۷۸)، قوانین الاصول، تهران: انتشارات مکتب علمی اسلامی.
۱۷. کارخیران، محمدحسین، (۱۳۹۲)، کامل‌ترین مجموعه ی محشی قانون مجازات اسلامی، تهران: انتشارات راه نوین.
۱۸. گلدوزیان، ایرج، (۱۳۹۴)، محشای قانون مجازات اسلامی، تهران: انتشارات مجد.
۱۹. لازرژ، کریستین، (۱۳۸۲)، درآمدی بر سیاست جنایی، ترجمه ی علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: انتشارات میزان.
۲۰. لطف آبادی، حسین، (۱۳۹۳)، روان‌شناسی رشد ۲، تهران: انتشارات سمت.
۲۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۱)، استفتانات جدید، قم: انتشارات مدرسه ی امیرالمؤمنین (ع).
۲۲. مک‌گرایر، جیمز، (۱۳۹۰)، درک روان‌شناسی و جرم، ترجمه صغری ابراهیمی قوام، تهران: نشر دانشگاه علوم انتظامی.
۲۳. موراوتز، توماس، (۱۳۹۱)، فلسفه حقوق مبانی و کارکردها، ترجمه ی بهروز جندقی، تهران: انتشارات حوزه و دانشگاه.
۲۴. موسوی الخمینی، روح‌الله، (۱۳۶۴)، صحیفه ی نور، مجموعه سخنرانی‌های امام خمینی، تهران: وزارت ارشاد اسلامی.
۲۵. مارتی، می‌ری دلماس، (۱۳۹۳)، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: انتشارات میزان.
۲۶. نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۳)، جواهرالکلام، تهران: نشریه ی اسلامیة .

۱. جوان آراسته، حسین، (۱۳۸۲)، «قانون اساسی و مبانی حاکمیت دینی در قانون گذاری»، فصل نامه ی حکومت اسلامی، ۸، شماره ی ۲۸، صص ۷۲-۱۰۵.

۲. جهانگیری، محسن، (۱۳۸۷)، « فقه پویا، الهیات و حقوق»، ۲۷، صص ۳-۱۲.

۳. خراسانی، رضا، (۱۳۹۲)، «روش شناسی فقه حکومتی در سپهر اندیشه ی فقهی، سیاسی امام خمینی»، پژوهش نامه ی انقلاب اسلامی دانشگاه همدان، ۹، صص ۴۷-۶۸.

۴. دبیرنیا، علیرضا، نقوی، فاطمه سادات، (۱۳۹۷)، «تطبیق فرآیند تقنین در نظام جمهوری اسلامی ایران با نظریه ی قانون گذاری به مثابه ی برنامه ریزی در راستای اجرای قوانین الهی»، فصل نامه ی دانش حقوق عمومی، ۷، شماره ی ۱۹، صص ۱۱۳-۱۳۴.

۵. فیض، علیرضا، حسینی سنائی، بتول، (۱۳۸۷)، «بررسی عوامل پویایی فقه»، پژوهش نامه ی فقه و حقوق اسلامی، شماره ی اول، صص ۹۷-۱۳۳.

سایت اینترنتی:

کعبی، عباس، فتاحی زفرقندی، علی، بهادری جهرمی، علی، (۱۳۹۴)، «گفتارهایی در حقوق عمومی اسلامی، سیاست کلی نظام، راهکارهای ارتقای نظام قانون گذاری اسلامی»، (۹۸/۲/۱۶) در: لینک. <http://jon.ir/u8zv>