

Abstract

Interpretation of texts is very important in Islamic law and follows certain rules and regulations. The breadth of the field of Islamic law, the existence of numerous religions and schools with different rules and principles on the one hand and the lack of independent and comprehensive writings on how to interpret criminal texts on the other hand, has made it difficult to research the principles and rules of interpretation in Islamic criminal law. It is destined that Muslim jurists have often interpreted the texts and rulings in a different way from the usual methods in other parts of Islamic jurisprudence. However, the generality of the penal texts, on the one hand, and the ambiguity and conciseness that may exist in the meaning of the texts, on the other hand, necessitate the interpretation of the texts. The prohibition of the development of limits or the construction of limits on mitigation and precaution and the rule of door or the lack of proof of hadd, despite the doubt, in the interpretation of penal texts can be examples of the function of expediency in interpreting hadd punishments.

Keywords: Expediency, Interpretation of texts, Penal texts, Penalties, Fall of punishment.

نقش مصلحت در تفسیر نصوص مجازات حدیمصطفی ذوالفقار طلب^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۸/۱۴

حسین درویشی پور خرم آباد^۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۶/۱۵

چکیده

تفسیر نصوص در حقوق اسلامی از اهمیت بسیاری برخوردار است و از قواعد و ضوابط خاصی پیروی می‌کند. گستردگی حوزه حقوق اسلامی، وجود مذاهب و مکاتب متعدد با قواعد و مبانی متفاوت از سویی و فقدان نوشته‌های مستقل و پیراسته پیرامون چگونگی تفسیر نصوص جزایی از سوی دیگر، تحقیق درباره اصول و قواعد تفسیر در حقوق جزای اسلامی را دشوار ساخته است. این قدر هست که حقوق دانان مسلمان غالباً به شیوه‌ای متفاوت با شیوه‌های مرسوم در دیگر بخش‌های فقه اسلامی به تفسیر نصوص و احکام جزایی می‌پرداخته‌اند. به هر حال، عام و کلی بودن نصوص جزایی از یک طرف و ابهام و اجمالی که ممکن است در مدلول نصوص وجود داشته باشد، از طرف دیگر ضرورت تفسیر نصوص را اقتضا می‌کند. ممنوعیت توسعه در حدود یا بنای حدود بر تخفیف و احتیاط و قاعده درء یا عدم ثبوت حد با وجود شبهه، در تفسیر نصوص جزایی می‌تواند نمونه‌هایی از کارکرد مصلحت در تفسیر مجازات‌های حدی باشد.

کلید واژه‌ها: مصلحت، تفسیر نصوص، نصوص جزایی، مجازات‌های حدی، سقوط مجازات.

^۱ استادیار دانشگاه تهران^۲ دانشجوی دکتری فقه شافعی دانشگاه تهران نویسنده مسئول (hosin.drvishpour@ut.ac.ir)

طرح مسأله

تفسیر از ریشه فَسَّرَ بر وزن فَعَّلَ است، به معنای آشکار ساختن، توضیح دادن الفاظی که دارای معانی روشن نیستند، اعم از امور محسوس و معانی معقول. (ابن منظور، ۱۱۱۹م، ماده فَسَّرَ) به همین جهت بعضی در بیان مفهوم تفسیر گفته اند: تفسیر عبارت از ظاهر ساختن مفردات الفاظ و معانی غریب و پوشیدن آن، از راه تأویل آنهاست. (راغب اصفهانی، بی تا، ۳۸۰) تفسیر در اصطلاح حقوقی عبارت است از: کشف مقصود قانونگذار از طریق به کاربردن قواعد و مقررات ادبی یا منطقی یا از طریق استفاده از سوابق تاریخی. (جعفری، لنگرودی، ۱۳۸۷ش، ۱۷۱) در تعریف تفصیلی تفسیر حقوقی، می توان گفت: تفسیر به معنای مدلول و دایره شمول و گستردگی مواد قانون مبهم یا مجمل بر اساس مقصود قانون گذار در چارچوب اصول و مبانی نظام حقوق جامعه می باشد. (ولیدی، ۱۳۸۸ش، ۴۱) در حقوق اسلامی نحوه نگرش به نصوص و شیوه استخراج احکام از آنها متفاوت بوده و دیدگاه ها و مکاتب گوناگونی در این زمینه ظهور کرده اند که می توان این نگرش ها را در دو رویکرد نص گرایی و تعلیلی دسته بندی کرد. از خصوصیت بارز رویکرد نص گرایی، پابندی به ظواهر الفاظ و عبارات نصوص شرعی و بی توجهی به فلسفه تشریح و مبانی و مقاصد معقول احکام است. تعلیل احکام و تسری و تعمیم آنها، استخراج اصول و قواعد کلی، تخریح و تنقیح مناط احکام، قیاس، سد ذریعه، استحسان و استصلاح همه در این دیدگاه مردودند.

در مقابل این رویکرد، رویکرد تعلیلی است که گذر از ظواهر الفاظ، دخالت عنصر عقل، کشف مبانی معقول احکام و توجه به روح و منطق آنها، جستجوی مراد شارع، شناسایی غایات و مقاصد شریعت، استخراج قواعد کلی از احکام جزئی، جبران سکوت نصوص از طریق استدلال های عقلانی از ویژگی های برجسته این رویکرد است. عقل و قیاس و استحسان و استصلاح و سد ذریعه و حجیت مفاهیم که در دیدگاه نص گرایی مردود بودند در این دیدگاه مقبولند. بنابراین هنگام تفسیر هر نص شرعی باید در صدد کشف مصلحتی بود که نص مزبور به منظور تحقق آن تقریر یافته است. (امیدی، ۱۳۹۷ش. ۲۹۷-۲۹۸) در سیاست کیفری اسلامی، نگرش مصلحت گرایی در مرحله تعیین و اجرای مجازات نیز حاکم است و در مواردی با توسل به تفسیر مصلحتی مجازات ها، جهت رعایت مصالح برتر یا پیشگیری از ورود مفسده مهم تر، احکام ثانویه جایگزین احکام اولیه می گردد و مقررات عادی ناظر بر اعمال مجازات نادیده گرفته شده یا تغییراتی در آن داده می شود، عدم اجرای حد در دارالحرب و عدم اجرای آن نسبت به بعضی اشخاص و حالات مختلف آن و... از جلوه های بارز مصلحت گرایی در اجرای مجازات ها در نظام کیفری اسلام است. لازم به ذکر است که در تفسیر نصوص به ویژه نصوص جزایی، توجه به قواعد و اصول حاکم بر آن تفسیر بسیار حایز اهمیت است، اصول و قواعدی که در دو قالب ماهوی و لفظی خود را نشان می دهند.

در اینجا سؤالاتی قابل طرح است و آن این که مراد از مصلحت چیست؟ و مصلحت در کدام یک از جنبه های نصوص شرعی کاربرد دارد؟ و دارای چه شاخصه هایی است؟ در این مقاله به روش توصیفی و تحلیلی ضمن طرح این مسائل به طور جزئی به پاسخ آن پرداخته می شود.

تعریف مصلحت

در مورد واژه مصلحت تعابیر و تعاریف مختلف و متعددی وجود دارد، که باید با توجه به معانی لغوی و اصطلاحی این واژه و بررسی آن به یک تعریف جامع دست پیدا کرد.

۱- مصلحت در لغت

اهل لغت مصلحت را به ضد آن تعریف کرده و گفته اند: مصلحت از ماده «صَلَحَ» گرفته شده و «صلاح» به معنای ضد «فساد» است که جمع آن «مصالح» می‌باشد. اصلاح نیز به معنای مستقیم نمودن و به راه آوردن امر و یا چیزی است آن هم بعد از آن که از راه به در شده و دچار فساد گردیده است صلاح ضد فساد است. (ابن منظور، ۱۱۱۹م، ۷/ ۳۸۵ - فیروز آبادی، ۲۰۰۵م، ۲۹۳) در موردی دیگر مفهوم لغوی مصلحت بدون تقابل با معنای مفسده بیان شده است و آن این که: هر آنچه انسان را به صلاح می‌کشاند و هر عملی که موجب نفع خود یا قومش می‌گردد. (معلوف، ۱۳۷۶ش، ۴۳۲) واژه مصلحت بر وزن مفعله برای مکانی است که موزون مفعله باید به وفور در آن مکان یافت شود مانند مکتبه و مدرسه، پس مصلحت به جایی گفته می‌شود که جنبه صلاح در آن به وفور یافت شود. (ابن عاشور، ۱۹۸۷م، ۶۳) در قرآن کریم کلمه مصلحت به کار نرفته است ولی مشتقات آن استعمال شده است «وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا» در زمین بعد از اصلاح آن فساد و تباهی نکنید. (اعراف/۸۵) و بار دیگر در مقابل کلمه سیئه به کار رفته است «وَأَخْرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا» مردمان دیگری هم هستند که به گناهان خود اعتراف می‌کنند، و کار خوبی را با کار بدی می‌آمیزند. (توبه/۱۰۲)

۲- مصلحت در اصطلاح

علما در تعریف مصلحت دارای تعابیر مختلفی هستند که به بخشی از آنها پرداخته می‌شود: غزالی در تعریف مصلحت می‌گوید: مصلحت، در اصل (از نظر لغوی) عبارت است از جلب منفعت و دفع ضرر، ولی این مفهوم منظور ما نیست زیرا جلب منفعت و دفع ضرر از مقاصد خلق است و مراد ما از مصلحت، تأمین مقصود و هدف شرع است، و مقصود شرع نسبت به خلق پنج امر است: حفظ دین، جان، عقل، نسل و اموال، پس آنچه در جهت حفظ این اصول پنج گانه باشد، مصلحت و آنچه موجب تفویت آن‌ها باشد، مفسده نامیده می‌شود. (غزالی، بی تا، ۱/ ۲۸۶) طوفی مصلحت را در دو معنای عرفی و شرعی این گونه بیان می‌کند: مصلحت در عرف عبارت است از سببی که منجر به صلاح و نفع گردد مانند تجارت که به نفع منجر شود مصلحت در شرع عبارت است از سببی که منجر به مقصود شارع گردد خواه عبادت باشد یا عادت. (طوفی، محقق حلّی در تعریف مصلحت می‌گوید: مصلحت عبارت است از آنچه با مقاصد انسان در امور دنیوی یا اخروی یا هر دو، موافق بوده و نتیجه آن به دست آوردن منفعت یا دفع ضرر باشد. (محقق حلّی، ۱۴۰۳ق، ۲۲۱) با مطالعه تطبیقی این تعاریف مشخص می‌شود که محور مصالح بر مبنای قصد شارع است نه محض قصد مکلف.

نقش مصلحت در تفسیر نصوص ناظر بر تعمیم مجازات‌ها

یکی از مواردی که در قسمت الفاظ، مورد بحث است، لفظ «عام» می‌باشد. در زبان عربی الفاظی چون کل، جمیع، لفظ مفردی که با الف لام یا اضافه باشد، جمع معرف به الف لام یا اضافه، اسم نکره در سیاق نفی یا نهی، اسم موصول، اسم استفهام و اسم شرط، از الفاظ عموم محسوب می‌شوند. عام در اصطلاح، لفظی است که بر مصادیق متعدد و نامحدود غیر محصور، دلالت دارد که از جهت شمول لفظ می‌تواند مصادیق متعددی داشته باشد و لکن به جهت وجود مانعی از شمولیت آن الفاظ خارج می‌شود. در منابع اصولی برای مورد مذکور از لفظ سارق استفاده شده است. در حقوق اسلامی سرقت عبارت است از ربودن مخفیانه مال غیر. (ابن

قدمه، ۴۳۱ق، ۲۳۹/۱- شمس‌الدین، ۴۱۲ق، ۳۰۵/۶- ابن‌همام، بی تا، ۲۱۹/۴- أنصاری، بی تا، ۱۳۷/۱۴- ابن‌حزم، المحلی، ۱۳۵۱ق، ۳۳۷/۱۱) در ماده ۲۶۷ ق.م.ا. ۱۳۹۲ در تعریف سرقت آمده است: سرقت عبارت از ربودن مال متعلق به غیر است. در واقع می‌توان گفت، تعریف فقهی و حقوقی سرقت تا اندازه‌ای به هم نزدیک هستند هر چند عبارت «در ربودن مخفیانه مال غیر» در تعریف حقوقی ذکر نشده است اما این عبارت جزء شروط است و شروط در تعریف منطقی ذکر نمی‌گردد.

در استناد به آیه حد سرقت خداوند می‌فرماید: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» الف لام وارده بر لفظ سارق و سارقه برای عموم است و شامل هر آن کسی می‌شود که این لفظ بر او صادق باشد. لکن در انطباق بر بعضی از افراد آن، پیچیدگی و اجمال دارد، این خفا و پیچیدگی از آنجا ناشی می‌گردد که این فرد نسبت به سایر افراد معنا، دارای یک صفت اضافی یا کمتر است و آن که این فرد علاوه بر آن، نام دیگری هم دارد. هم فزونی در وصف یا نقصان صفت و یا وجود نام دیگر، آن را در موضع اشتباه و شبهه قرار می‌دهد و لفظ منظور نسبت به این فرد، عنوان خفا پیدا می‌کند. حقوق دانان نیز بر این باورند، گاهی ابهام در قانون به تشخیص مصادیق آن مربوط می‌شود. بدین ترتیب که بنا به فرض متن قانون از صراحت و روشنی کافی برخوردار است اما شمول آن بر برخی مصادیق به ویژه مصادیق جدید الحدوث محل تردید است. به بیان دیگر مفهوم قانون روشن ولی قلمرو و حکومت آن تاریک است. (امیدی، ۱۳۹۷ش، ۹۸) همان گونه که گفته شد، مثال این امر، لفظ سارق است و به هر کسی که مال دیگری را از حرز مخصوص آن مخفیانه بر باید انطباق دارد. زیرا سرقت مخفیانه مال غیر از حرز مخصوص آن است. ولی در انطباق آن بر طرّار یا نَشال (جیب بر) همچنین بر نَباش و کفن دزد محل تردید است و همین تردید موجب تفسیرهای متعارض شده است. حنفیه جیب بری را مفهوم موافقه سرقت و مستوجب حدّ شمرده‌اند اما کفن دزدی را با استناد به این که قبر حرز تلقی نمی‌شود و کفن نیز از جمله اموالی نیست که مردم نوعاً رغبتی به تصرف و تملک آن داشته باشند تنها مستوجب تعزیر دانسته اند. (زحیلی، ۱۴۱۶ق، چاپ اول، ۳۳۷/۱) در مقابل، ابویوسف و امامان سه گانه، هر دو عنوان را مشمول عنوان سرقت و مستوجب حدّ تلقی کرده اند. (ابوزهره، ۱۹۹۸م، ۱۹۰) بنابراین با توجه به ابهام در مصادیق سارق، مجازات سرقت در حق آنان منتفی است. در قانون نیز، اصل در قیود وارده در مقررات قانونی، ادخالی و احترازی بودن آنهاست. بدین معنا که قید مقرر در قانون اعم از و صف یا شرط یا اضافه یا غایت یا حصر و مانند آنها، اصولاً برای آوردن مصداق‌های مورد نظر مقنن به چارچوب مقرر قانونی و اخراج موارد غیر مقصود، از چنین چارچوبی است. (امیدی، ۱۳۹۷ش، ۲۳۶) بر همین اساس در ماده ۶۵۷ ق.م.ا. سال ۱۳۹۲ آمده است: هر کس مرتکب ربودن مال دیگری از طریق کیف زنی - جیب بری و امثال آن شود به حبس از یک تا پنج سال و تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد. با توجه به قواعد ماهوی حاکم بر تفسیر نصوص و قوانین جزایی، و منتفی شدن مجازات سرقت در حق طرّار و نباش و جیب بر، باید گفت، از جمله قواعد اختصاصی ابواب جزایی فقه اسلامی قاعده ای است که می‌توان برخی از مصادیق عام را از شمولیت آن خارج نمود، قاعده درء یا منع ثبوت حدّ با وجود شبهه می‌باشد. مفاد و مراد این قاعده این است که مادام حرمت عمل و شمول نصوص مفید حرمت و ممنوعیت بر آن یقینی نیست با وقوع اصل عمل انتساب آن به متهم با علم او به حرمت عمل یا ماهیت موضوع یا اختیار او در ارتکاب عمل مورد تردید است حکم به مجازات و اجرای آن جایز نخواهد بود. (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۹۵/۹) پایه این قاعده سخن پیامبر است که می‌فرماید: «ادْرءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» حدود را با شبهات ساقط کنید. یا این که می‌فرماید: «ادْرءُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ

مَا اسْتَطَعْتُمْ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ» حدود را تا جایی که مدفعی برای آن است از مسلمانان دفع نمایید زیرا امام در بخشش خطا کند بهتر از آن است که در مجازات کردن دچار خطا شود. (ابن همام، بی تا، ۱۳۹/۴) هر چند در روایات مربوط به قاعده در اختلاف نظرهایی وجود دارد اما مذاهب اسلامی به جز ظاهریه آن را پذیرفته‌اند و تا حدودی به آن عمل کرده‌اند. وجه ارتباط قاعده درء با بحث تفسیر نصوص، تردیدهایی است که در اصل وجود نص یا اعتبار اسناد آن یا دلالت و یا شمول آن به مورد، بر شارحان و مفسران نصوص جزایی اعم از حاکم و مفتی و دیگر مجتهدان عارض می‌شود. این گونه تردیدها مانع از ثبوت حد و صدور حکم به زیان متهم می‌شود. در مبحث ششم از فصل یازدهم ق.م.ا. ۱۳۹۲ در قالب ماده ۱۲۱ همان قانون، آمده است که با اعمال قاعده درء حدود ساقط می‌شوند به جز موارد استثنا شده در قاعده مذکور.

نقش مصلحت در تفسیر نصوص در جایگزینی مجازات

موضوع قابل بحث این است که با ثبوت جرم مستوجب حد و یا پس از صدور حکم محکومیت به تحمل حد از سوی حاکم، آیا می‌توان در مجازات مجرم تغییری داد؟ هدف نهایی مجازات، تأمین نظم و امنیت عمومی و تحصیل مصالح و مفاسد فردی و اجتماعی است. این هدف نهایی از طریق پیگیری اهداف میانی همچون سزادهی، اصلاح و بازپروری، ترمیم خسارت و امثال آن قابل دسترس است، به گونه‌ای که مجازات‌های اصلی در درجه اول برای نیل به این اهداف میانی و از این طریق برای نیل به آن هدف نهایی وضع و اعمال می‌شوند. هر چند رابطه مجازات‌های مختلف با اهداف میانی ذکر شده، رابطه ثابت و ضروری نیست بدین معنا که اولاً از اعمال مجازات‌ها همواره هدف یکسانی دنبال نمی‌شود و در هر مجازاتی ممکن است هدف خاصی مدنظر باشد. ثانیاً اهداف مورد نظر با توجه به شرایط خاص و در مراحل مختلف ممکن است به وسیله مجازات‌های متفاوتی قابل حصول باشد. بنابراین با این پیش فرض و با توجه به فلسفه حاکم بر مجازات‌های حدی و اهداف کلی آن، بتوان با حفظ آن اهداف، و با تمسک و استناد به نصوص وارده و فتاوی فقهای اصولی، تبدیل و جایگزینی در آن را انجام داد. یکی از مواردی که می‌شود در کیفر آن قایل به جایگزینی بود، مجازات زنا می‌باشد. همان گونه که در آیه دوم سوره نور آمده است، مجازات زانی بکر چه مرد باشد و چه زن، صد ضربه شلاق می‌باشد که در صورت جامع بودن همه شرایط آن، حد نیز جاری می‌شود. بنابراین مجازات تازیانه و شلاق در اینجا حد به شمار می‌آید که از سوی شارع تعیین گردیده است پس قاضی حق ندارد به بیشتر یا کمتر از آن حکم دهد و نیز حق ندارد اجرای آن را متوقف سازد و یا مجازات دیگری به جای آن تعیین کند. همچنان که حاکم جامعه نمی‌تواند تمام یا بخشی از آن را مورد عفو قرار دهد. یکی از مواردی که فقها در مورد آن اتفاق دارند این که اقامه حد جلد نباید موجب هلاک محکوم گردد زیرا هدف از حد جلد تنبیه و انزجار است نه هلاک محکوم به حد. (ابن قدامه، ۱۴۳۱ق، ۱۴۰/۱۰- ابن همام، بی تا، ۱۳۷/۴- أنصاری، بی تا، ۳۳۷/۴) بنابراین اگر بیم هلاک باشد در مواردی که ممکن است، حد را به تأخیر می‌اندازند مانند کسی که بیمار است و امید به بهبودی او وجود دارد. اما در صورتی که انتظار بهبودی از محکوم نرود یا این که فردی باشد که از لحاظ جسمی ضعیف است، و مصلحت مقتضی تعجیل در اجرای حد است، در این صورت در کیفیت اجرای آن تغییر به وجود می‌آید. به نظر امامان ابوحنیفه و شافعی و احمد بر چنین شخصی فوراً و بدون تأخیر حد اجرا می‌کنند. در عین حال لازم می‌دانند با تازیانه‌ای زده شود که موجب هلاک وی نگردد، مانند نی کوچک و الیاف خرما، اگر باز هم نامبرده در معرض خطر باشد با یک دسته صدتایی از لیف

خرما یک دفعه بر بدن مجرم زده می‌شود که در اصطلاح به آن شمراخ گویند. (همان منابع، همان جا) مستند آنان روایتی است که سعید بن سعد عبادہ نقل می‌کند: «كَانَ بَيْنَ آيَاتِنَا رُوَيْجَلٌ ضَعِيفٌ سَقِيمٌ مُحْدَجٌ، فَلَمْ يُرِعِ الْحَيُّ إِلَّا وَهُوَ عَلَى أُمَّةٍ مِنْ إِمَائِهِمْ يَخْبِثُ بِهَا، فَذَكَرَ ذَلِكَ سَعْدٌ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: اضْرِبُوهُ حَدَّ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّا إِنْ ضَرَبْنَاهُ حَدًّا قَتَلْنَاهُ إِنَّهُ ضَعِيفٌ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: خُذُوا لَهُ عَثْكَالًا فِيهِ مَائَةٌ شِمْرَاخٍ، فَاضْرِبُوهُ بِهِ ضَرْبَةً وَاحِدَةً» در میان محله‌ای که بودیم آدمکی ضعیف و بیمار خانه نشین بود و با یکی از کنیزان مرتکب زنا شده بود، سعد موضوع را به پیامبر > گفت پیامبر > فرمود او را حد بزیند سعد گفت اگر او را حد بزینم چون ضعیف است خواهد مرد سپس پیامبر > فرمود: ایاف خرما را بیاورید که در آن صد شاخه باشد سپس با یک ضربه بر بدن او بزیند. (شوکانی، بی تا، تحقیق: طه عبدالرؤوف مسعد ومصطفی محمد الهواری، ص ۱۲۹) البته این کار منع شرعی ندارد همان گونه که خداوند به حضرت ایوب فرمود: «وَأَخَذُ بِيَدِكَ ضِعْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ» ایوب سوگند خورده بود که یکی از افراد خانواده اش را تنبیه کند و چندین ضربه چوب بزیند. ما برای رفع این مشکل نیز بدو دستور دادیم) بسته ای (از چوب های نازک، یا رشته خرما، و یا ساقه های گندم و همانند آن) را برگیر و (او را) با آن بزین، و سوگند خود را مشکن. (و با کم ترین اذیت و آزاری قسم خویش را به مرحله اجرا درآور). (ص ۴۴/۱) بر این اساس تازیانه زدن او با یکدسته صدتایی از لیف خرما جایگزین صد ضربه تازیانه شده است. در ماده ۲۱۹ ق.م.ا. ۱۳۹۲ آمده است: دادگاه نمی‌تواند کیفیت، نوع و میزان حدود شرعی را تغییر یا مجازات را تقلیل دهد یا تبدیل یا اسقاط نماید. این مجازات‌ها تنها از طریق توبه و عفو به کیفیت مقرر در این قانون قابل سقوط، تقلیل یا تبدیل است. یعنی توبه و عفو تنها علل سقوط حد می‌باشند. آنچه که بیشتر در جایگزینی مجازات‌ها به چشم می‌خورد، رعایت سهولت و پرهیز از تشدد و سخت‌گیری است. بنای شرع بر انعطاف و اعتدال است و سخت‌گیری و تنگ‌نظری در آن راه ندارد. این مطلب را حقوق‌دانان مسلمان تحت عنوان قاعده یسر یا رفع حرج بررسی می‌کنند. جواز ارتکاب بعضی از رفتارهای حرام و منع و جایگزینی برخی از مجازات‌های شرعی در شرایط و احوال اضطراری، از آثار و نتایج عملی خصوصیت مورد بحث به شمار می‌آیند. جریان قاعده یسر در احکام شرعی و منع صدور فتاوا و انشای احکامی که سبب وقوع افراد در عسر و حرج گردند، مورد اجماع و اتفاق نظر صاحب نظران مسلمان است. (امیدی، ۱۳۹۷ش، ۳۱۴-۴۱۳) شاطبی می‌گوید: «إِنَّ الْأَدْلَةَ عَلَى رَفْعِ الْحَرَجِ فِي هَذِهِ الْأُمَّةِ بَلَّغَتْ مَبْلَغَ الْقَطْعِ» (شاطبی، بی تا، ۳۶۰/۱) بنابراین هر تأویل و تفسیری که نشانی از روح سهولت و تسامح شریعت در آن نباشد محکوم به بطلان است.

نقش مصلحت در نصوص ناظر بر اثبات حد

با ملاحظه در نصوص وارده در مورد جرایم مستوجب حد، از بدو ارتکاب تا زمان اجرا، مبنای آن حدود بر مسامحه و چشم‌پوشی استوار است و به متهم و شاهدانی که گواه وقوع این جرایم هستند توصیه شده است آن را بازگو نکرده و ستر عیب نمایند. اما چنانچه رغبتی در اثبات این حدود باشد باید با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات در جرایم به ویژه جرایم حدی، نهایت دقت را در اثبات این جرایم به کار برد.

آنچه نقش مصلحت را در اثبات جرایم حدی بیشتر روشن می‌کند، شرایط سختگیرانه حاکم بر قبولی دلایل اثبات جرم است، زیرا در نظام کیفری اسلام به جهت حفظ حرمت و کرامت انسانی و هم‌چنین مسامحه و چشم‌پوشی در اعمال مجازات، دلایل اثبات جرم در امور کیفری با کمال احتیاط پذیرفته و شرایطی برای آن در نظر گرفته شده است. به عنوان مثال به باور امامان ابوحنیفه و احمد، در قیاس به تعداد شهود، زانی برای

اثبات ادعای خود باید موقوف را به تفصیل بیان نموده و چهار بار بر آن اقرار نماید. (ابن همام، بی تا، ۱۱۷/۴ - ابن قدامه، ۲۰۱۰م، ۱۶۵/۱۰) نظریه مشهور فقهای امامیه نیز بر این است که تعیین نصاب اقرار در جرایم حدود لازم است. (زراعت، ۱۳۸۵ش، ۲۲۰/۱) به نظر دیدگاه فوق از استحکام بیشتری برخوردار باشد، زیرا راه های اثبات حدود به جهت اهمیّت و حساسیت آن، باید یقینی باشد و تکرار اقرار راهی است برای اطمینان قلبی و باوری به آن، و این که نصاب اقرار می تواند مصلحت و منفعتی را برای مُقرّ در پی داشته باشد تا بتواند از مجازات رهایی یابد. در بند (الف) ماده ۱۷۲ ق.م.ا. ۱۳۹۲ نیز نصاب اقرار را شرط دانسته است. سختگیری سابق در مورد پذیرش اقرار در اثبات جرایم، در شهادت نیز وجود دارد از این جهت باید نهایت احتیاط در آن لحاظ شود. بنابراین تعیین تعداد و همچنین صفات شرعی شهود را می توان به جهت حفظ مصلحت آبرو و محافظت بر نسل، دانست. ابن عربی می گوید: خداوند به جهت رغبت در پوشش گناهان بنده خود، تعداد شهود بر زنا را افزایش داده است، شهود باید از آنچه را دیده با جزئیات بیان نمایند. وی در ادامه می گوید: بیان تفسیر مصلحتی در آیات مزبور این گونه می باشد که خداوند به جهت مقصد حفظ نسل و هم چنین حفظ آبرو تعداد شهود و صفات شهود را به صورت تعبدی و توقیفی بیان نموده است که دست کاری و تبدیل در آن ممکن نیست. (ابن عربی، ۱۴۰۸ق، ۳/۱۳۳۴ - ۱۳۳۵) به باور امامان مالک و ابوحنیفه، چنانچه کمتر از چهار نفر به ارتکاب زنا شهادت دهند، شهادتشان مقبول نیست و بر اساس آیه چهار سوره نور درباره آنها حدّ قذف جاری می شود. رأی برتر مذهب امامان شافعی و احمد با نظر امامان مالک و ابوحنیفه نیز هم پوشان است. (ابن همام، بی تا، ۱۷۰/۴ - ابن قدامه، ۲۰۱۰م، ۱۷۹/۱۰ - شیرازی، ۱۳۷۹ق، ۲/۳۵۰ - زرقانی محمدبن عبدالباقی، بی تا، ۱۹۷/۷) در فقه امامیه، نصاب شهادت در زنا، لواط، تفریح و مساحقه، با چهار شاهد مرد اثبات می گردد. (حرعاملی، ۱۴۰۳ق، ۱۸/۲۶۴) در ماده ۱۹۹ ق.م.ا. ۱۳۹۲ حد نصاب شهادت در کلیه جرایم را بیان نموده است. همان گونه که در کتاب های فقهی در مورد نصاب شهود در حد زنا و این که شهادت آنها باید مستند به مشاهده موقوف باشد، در ماده ۲۰۰ ق.م.ا. سال ۱۳۹۲ نیز آمده است: در خصوص شهادت بر زنا یا لواط، شاهد باید حضوری عملی را که زنا یا لواط با آن محقق می شود دیده باشد و هرگاه شهادت مستند به مشاهده نباشد و همچنین در صورتی که شهود به عدد لازم نرسند شهادت در خصوص زنا یا لواط، قذف محسوب می شود و موجب حد است.

نقش مصلحت در نسخ آیات منصوصه ناظر بر مجازات حدی

در قرآن کریم نسخ به دو معنا آمده است: ۱- به معنای کتابت و نسخه برداری. «إِنَّا كُنَّا نَسْتَنْسِخُ مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ» ما (از فرشتگان خود) خواسته بودیم که تمام کارهایی را یادداشت کنند و بنویسند که شما در دنیا انجام می دادید. (جاثیه/۲۲) و به معنای ازاله هم آمده است. «فَيَنْسَخُ اللَّهُ مَا يُلْقِي الشَّيْطَانُ» پس خداوند آنچه را شیطان القا می کرد محو می گردانید. (حج/۵۲) در تعریف اصطلاحی نسخ مانند تعریف لغوی آن موارد زیادی ایراد شده است، به نظر تعریف غزالی بیشتر با موضوع مورد بحث هم خوانی دارد. غزالی در تعریف نسخ می گوید: «أَنَّ الْخِطَابَ الدَّلَّالُ عَلَى ارْتِفَاعِ الْحُكْمِ الثَّابِتِ بِالْخِطَابِ الْمُتَقَدِّمِ عَلَى وَجْهِ لَوْلَاهُ لَكَانَ ثَابِتًا بِهِ مَعَ تَرَاخِيهِ عَنْهُ» نسخ عبارت است از خطابی که بعد از خطاب اول می آید و بر از بین رفتن حکمی که با خطاب اول ثابت شده است، دلالت می کند، به گونه ای که اگر خطاب دوم نبود حکم سابق با خطاب اول هم چنان ثابت بود. (غزالی، بی تا، ۸۶/۱) نسخ با همه اقسامی که در کتاب های اصولی برای آن ذکر شده است، قرآن کریم حکمت از وقوع آن را این گونه بیان می کند: «مَا نَنْسَخُ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلَهَا» هر آیه ای را که رها

سازیم (و به دست فراموشی سپاریم)، و یا این که (اثر معجزه‌ای را از آینه دل مردمان بزدایم و) فراموشش گردانیم، بهتر از آن یا همسان آن را می‌آوریم و جایگزینش می‌سازیم. (بقره/۱۰۶) وجود نسخ در احکام الهی این گونه تعلیل می‌شود که مصداق حکم منصوص، امری زمانی یا مکانی می‌باشد و با سپری شدن زمان مخصوص یا تغییر مکان ویژه، حکم نیز برداشته می‌شود زیرا حکمی که منسوخ شده است دارای حکمت و مصلحتی بوده که با توجه به اقتضائات زمانی و مکانی، دیگر آن حکمت و مصلحت در آن وجود ندارد. عبارت قرآنی «بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلِهَا» هر دو مقصود در آن لحاظ شده است چون اگر به حکم دیروز نسبت به شرایط امروز توجه شود، حکم امروز اصلاح (خیر) است و اگر هر یک در جای خود مورد امعان نظر قرار گیرد، هر دو حکم همانند هم هستند زیرا هر یک با شرایط متناسب خود توافق کامل دارد. (زرقانی، محمد عبدالعظیم، ۱۴۱۵ق، ۲/۱۴۳) از جمله احکام منصوص کیفری که در آن نسخ صورت گرفته است می‌توان به حکم آیه: «وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نَسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَقَّأْنَ الْمَوْتَ أَوْ يُجْعَلَ لَهُنَّ سَبِيلًا. وَاللَّذَانِ يَأْتِيَانِيهَا مِنْكُمْ فَأَذُوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا» و کسانی که از زنان شما مرتکب زنا می‌شوند، چهار نفر از خودتان را به عنوان شاهد بر آنان به گواهی طلبید، پس اگر گواهی دادند، آنان را در خانه‌ها نگاه دارید تا مرگشان فرا می‌رسد یا این که خداوند راهی را برای آنان باز می‌کند. و مرد و زنی که از شما زنا می‌کنند آنان را بیازارید. ولی اگر توبه کردند و به اصلاح پرداختند، دست از آنان بردارید بیگمان خداوند بسیار توبه‌پذیر و مهربان است. (نسا/۱۵-۱۶) اشاره نمود. امام شافعی می‌گوید: خداوند حکم آیه مزبور را به وسیله حکم رجم که در سنت آمده و جلد که در آیه ۲ سوره نور آمده، نسخ کرده است. (شافعی، ۱۴۰۳ق، ۱/۱۲۹-۱۳۰) به گفته فقیه شیعی، مقداد سیوری، اکثر مفسران قایل به نسخ دو حکم مزبور به وسیله رجم و جلد هستند. (سیوری، بی تا، ۲/۳۳۹) واضح است که نسخ قوانین در خصوص حدود، قصاص و دیات موضوعیت ندارد بدین معنا که قانون‌گذار حق نسخ مقررات شرعی را ندارد.

نقش مصلحت در تفسیر نصوص ناظر بر مسئولیت کیفری

در مکتب حقوقی اسلام اصولاً مسئولیت کیفری، ناشی از ارتکاب جرم است. مع الوصف در پاره‌ای اوقات، با وجود اجتماع عناصر قانونی و شرعی جرم، مرتکب عمل مجرمانه به جهات مختلف قابل تعقیب و مجازات نمی‌باشد. یکی از آن جهات، عوامل رافع مسئولیت کیفری است. گاهی در شرع و قانون، عمل مجرمانه انجام یافته را به علت وجود شرایط و کیفیاتی که به شخص مرتکب جرم، مربوط می‌گردد قابل انتساب به مجرم ندانسته، رافع مسئولیت می‌داند. مانند جنون و اجبار، این قبیل کیفیاتی که مربوط به شخصیت مجرم بوده و جنبه شخصی دارد به عوامل رافع مسئولیت کیفری موسومند.

عوامل رافع مسئولیت کیفری به دو دسته تقسیم می‌شوند زیرا برخی از این عوامل به قدرت تشخیص لطمه می‌زنند یعنی آن را از بین می‌برند و یا موجب نقصان آن می‌شوند و برخی دیگر، اراده را زایل می‌کنند. یکی از عواملی که می‌تواند به قدرت تشخیص آسیب وارد نماید و رافع مسئولیت کیفری شده و مانع انتساب جرم، به مرتکب آن شود، جنون و دیوانگی است. فقدان قوای عقلی با توجه به درجه، اختلاف نام و تعدد حالت‌ها، همگی دارای یک حکم واحد هستند و آن این که هر جا قدرت ادراک موجود نباشد، مسئولیت کیفری وجود ندارد. بنابراین می‌توان تعریف ذیل را از مجنون ارائه داد. جنون عبارت است از زوال یا اختلال یا ضعف عقل. (عوده، ۱۹۴۴ق، ۱/۵۸۵) در حدیثی که حضرت علی X روایت کرده، پیامبر > فرمودند: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ

الصَّبِيُّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَتَبَهَّ» قلم تکلیف از سه طائفه برداشته شده: از طفل تا بالغ شود و خوابیده تا بیدار گردد و دیوانه تا به عقل آید. (أبو داود، ۱۳۸۸ق، ۴۸۱/۱۱) حضرت عمر X خواست که یک زن دیوانه را رجم کند تا این که گفته پیامبر > به او رسید که فرمود: «رفع القلم عن ثلاثه» حضرت عمر X با شنیدن آن امر کرد که رجم نشود. (ابن حزم، الاحکام، بی تا، ۱۳/۲) قانون گذار در ماده ۱۴۹ ق.م.ا. سال ۱۳۹۲، تعریفی از جنون ارائه نداده است و شاید دلیل این سکوت آن است که جنون یا نقص عقل، مسأله‌ای موضوعی و پزشکی است و مسأله‌ای حقوقی و قضایی محض نمی‌باشد. اما ماده مذکور، جنون را در هر درجه‌ای که باشد موجب عدم مسئولیت کیفری دانسته است. لازم به ذکر است عروض جنون باعث سقوط مجازات برای همیشه نمی‌شود. اختلافی که در میان فقیهان اسلامی وجود دارد این است که: آیا جنون موجب زوال مسئولیت کیفری باید حین ارتکاب جرم موجود باشد و یا این که بعد از وقوع جرم نیز رافع مسئولیت است. و یا این که مجازات در زمان جنون اجرا می‌گردد یا این که مجازات را تا زمان یافتن سلامت عقل به تأخیر می‌اندازند؟ آنچه در میان فقیهان مورد اتفاق است این که، در صورتی که مرتکب جرم، مجنون باشد و در هنگام ارتکاب جرم یا قبل از آن، جنون بر وی عارض شده باشد در این صورت به سبب عدم تکلیف و مسئولیت کیفری وی، شکی در عدم مجازات وی نیست. (همان، ۵۹۳/۱) اما چنانچه جنون پس از ارتکاب جرم واقع شود، این جنون یا پیش از محاکمه متهم پدید می‌آید یا قبل از آن. اگر دیوانگی قبل از محاکمه عارض شود، به عقیده شافعیه و حنابله، این دیوانگی مانع از محاکمه و یا سبب توقف آن به شمار نمی‌آید. زیرا فقط در زمان ارتکاب جرم، مکلف بودن مجرم شرط است و آن هم در زمان وقوع جرم موجود بوده است. (ابن قدامه، ۲۰۱۰م، ۱۷۰/۱۰ - شافعی، ۱۴۰۳ق، ۵/۶) اما به باور حنفیه و مالکیه، جنون قبل از حکم تا زایل شدن آن، مانع اجرای محاکمه می‌شود زیرا شرط مجازات تکلیف است که در زمان محاکمه وجود ندارد. (کاسانی، بی تا، ۶۷/۷ - شمس الدین، ۱۴۱۲ق، ۲۳۲/۶) اما در جنونی که که بعد از محکومیت عارض شود، به عقیده امامان شافعی و احمد، چنانچه جرم ارتكابی از جرایم حدود بوده و با اقرار متهم ثابت شده باشد، چون متهم حق دارد تا زمان اعمال مجازات و حتی بعد از شروع به اجرای آن از اقرارش عدول کند، اجرای حکم متوقف خواهد شد. در صورتی که متهم از اقرارش برگردد، اجرای حکم متوقف می‌شود زیرا احتمال دارد که اقرار وی واقعی نبوده و رجوع از آن درست و صحیح باشد، و جنون نمی‌گذارد تا محکوم علیه از اقرارش عدول کند و حال آن که او حق دارد از اقرار خود برگردد، بنابراین تا افافه مجدد مجنون، اجرای حکم باید متوقف گردد. اما اگر مبنای حکم، دلیل دیگری غیر از اقرار باشد، ناتوانی از رجوع، سبب توقف حکم محکومیت نمی‌شود. (ابن حجر، ۱۳۱۹ق، ۱۹/۴ - ابن قدامه، ۲۰۱۰م، ۳۷۷/۹ - حجاوی، بی تا، ۲۴۴/۴) به موجب رأی امام مالک، جنون محکوم علیه، اعمال مجازات را متوقف می‌سازد و تا افافه مجنون به مرحله اجرا در نمی‌آید. به نظر امام ابوحنیفه در صورت جنون، اجرای مجازات متوقف می‌شود، مگر آن که جنون محکوم علیه پس از دستگیری وی به منظور اعمال مجازات عارض گردد، زیرا این عمل شروع به اعمال مجازات تلقی می‌گردد و زمانی که مجازات به مرحله اجرا در آید به سبب جنون متوقف نمی‌شود. (شمس الدین، ۱۴۱۲ق، ۲۳۲/۶ - ابن عابدین، ۱۴۲۱ق، ۴۷۰/۵) فقهای امامیه بر این باورند که چون مجرم در زمانی که شرایط تکلیف را دارا بوده مرتکب جرم گردیده، بنابراین مسئولیت کیفری دارد و به هیچ روی نمی‌توان مجازات وی را به تأخیر انداخت. (نجفی، ۱۳۹۲ق، ۳۴۳/۴۱ - ۳۴۲) در تبصره (۱) ماده ۱۵۰ ق.م.ا. سال ۱۳۹۲ آمده است: هرگاه مرتکب یکی از جرایم موجب حد پس از صدور حکم قطعی دچار جنون شود، حد ساقط نمی‌شود در صورت

عارض شدن جنون قبل از صدور حکم قطعی در حدودی که جنبه حق الهی دارد تعقیب و محاکمه تا زمان افاقه به تأخیر می‌افتد، نسبت به مجازات‌هایی که جنبه حق الناسی دارد مانند قصاص و دیه و همچنین ضرر و زیان ناشی از جرم، جنون مانع از تعقیب و رسیدگی نیست. آنچه در بحث از مجازات مجنون قابل توجه است این که اگر تنها با استناد به فلسفه مجازات، به کیفر مجنون توجه کرد، بدون تردید مصلحت عدم مجازات او در حالت جنون را اقتضا می‌کند زیرا نتیجه اصلاحی بر آن مترتب نیست و به بازدارندگی مجرم از ارتکاب دوباره جرم نمی‌انجامد. البته ناگفته نماند که نمی‌توان مجازات‌ها را در قالب یک نظریه توجیه نمود، شاید گفته شود اعمال مجازات برای مجنون به هدف ارعاب و بازدارندگی عمومی، که از اهداف پر اهمیت مجازات محسوب می‌شود، باشد. عبدالقادر عوده در حمایت از نظر کسانی که در این حال مجازات را قابل اجرا می‌دانند چنین گفته است: مجازات با هدف تأدیب و منع دیگران از ارتکاب بزه در نظر گرفته می‌شود. اگر به سبب جنون محکوم علیه، وجه تأدیب از میان می‌رود، وجه دیگر که همان تنبیه دیگران است به جای خود باقی می‌ماند و اگر محکوم علیه به سبب جنون، تأدیب را احساس نمی‌کند، شاید سسته نیست که جانب دیگر قضیه نیز رها شود، زیرا اعمال مجازات متضمن مصلحت جامعه است. (عوده، ۱۹۴۴ق، ۵۹۸/۱) با توجه به هر دو رأی، می‌توان به وضوح ردپایی مصلحت را در اجرا و عدم اجرای مجازات، مشاهده نمود. همان گونه که پیشتر ذکر شد، برخی از عوامل رافع مسئولیت کیفری، مواردی هستند که اراده را زایل می‌کنند که می‌توان از آن جمله به اکراه اشاره نمود. در متون فقه اسلامی، نقش اکراه در رفع مسئولیت کیفری به عنوان قاعده‌ای مسلم محسوب است. در حدیثی که ابن عباس روایت کرده، پیامبر > می‌فرمایند: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالذُّسِيَانَ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ» خداوند از امت من گناه خطا که ندانند و نتوانند و نسیان و چیزی که ایشان را بدان اکراه کنند را برداشته است. (ابن ماجه، ۱۴۱۸ق، ۲۱۵/۶) در شروطی که فقها برای اکراه بیان نموده‌اند، در صورت تحقق آن شروط، در جرایم مستوجب حد، اکراه موجب معافیت از مجازات می‌شود، به عنوان مثال فقها، شرب خمر را در حالت اکراه عامل رفع مجازات می‌دانند هر چند در سلب و صف مجرمانه در آن با هم اختلاف دارند، امامان ابوحنیفه، شافعی و احمد بر این باورند که حالت اکراه، موجب مباح بودن شرب خمر می‌شود. به نظر امام مالک، اکراه موجب رفع مجازات است لکن در حرمت آن تأثیر نمی‌گذارد، و کسی که آن را می‌نوشد فقط به لحاظ فقد اراده کیفر نمی‌شود. (کاسانی، بی تا، ۱۷۶/۷- شیرازی، ۱۳۷۹ق، ۲۴۵/۲- شمس الدین، ۱۴۱۲ق، ۲۲۹/۳- ابن فرحون، ۱۴۳۷ق، ۲۲۷/۲) در مورد زنا، هر چند امام ابوحنیفه بنا به دلایلی در آراء اولیه خود، اکراه را رافع مسئولیت کیفری نمی‌دانست لکن بعدها از این رأی عدول کرد. در مذاهب امامان مالک و شافعی و احمد کسانی هستند که نظرشان مانند رأی اولیه امام ابوحنیفه است لکن اینان در اقلیت هستند و رأیشان ضعیف است. به موجب رأی مشهور، حالت اکراه، زانی را از مجازات زنا معاف می‌کند زیرا پیامبر > بر اساس حدیث فوق‌الاشاره، زنی را که به زنا مکره شده بود را مجازات نکرد. (کاسانی، بی تا ۱۸۰/۷- ابن حجر، ۱۳۱۹ق، ۹۱/۴- ابن قدامه، ۲۰۱۰م، ۱۵۸/۱۰- شمس الدین، ۱۴۱۲ق، ۲۹۴/۵) فقهای امامیه در بحث اکراه و مبنای و مستندات شرعی آن، روایاتی برشمرده‌اند که مشهورترین آن، حدیث رفع است که به موجب آن، اعمالی که انجام آنها مقترن به یکی از اوصاف مذکور در روایت -از جمله اکراه- است، مؤاخذه و مجازاتی به دنبال نخواهد داشت. (محقق داماد، ۱۳۹۷ش، چاپ سی و پنجم، ص ۱۱۵-۱۱۴) بنابر آنچه گفته شد، صرف نظر از مباحث و اختلاف نظرهای به عمل آمده بر سر ماهیت و عنوان فقهی اعمال ارتكابی تحت تأثیر اکراه، در مجموع می‌توان نتیجه گرفت که عذر اکراه در اتهام به جرایم حدی پذیرفتنی است و رافع

مسئولیت می‌باشد. در ماده ۱۵۱ ق.م.ا. مصوب سال ۱۳۹۲، مقرر داشته است: هرگاه کسی بر اثر اکراه غیر قابل تحمل مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب شود مجازات نمی‌گردد. در جرایم موجب تعزیر، اکراه کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود. در جرایم موجب حد و قصاص طبق مقررات مربوط رفتار می‌شود. با توجه به متن ماده به شرح فوق، در جهت تبیین موضوع، مطلبی به شرح زیر قابل ذکر به نظر می‌رسد: تهیه کنندگان قانون، اکراه را در جرایم موضوع مجازات های تعزیری موجب رفع مسئولیت کیفری دانسته اند. البته این اقدام قانون گذار، به این معنا نیست که در سایر جرایم، از قبیل جرایم حدی، اکراه در سقوط کیفر مؤثر نمی‌باشد، چرا که به تصریح عبارت انتهایی ماده، می‌شود تأثیر اکراه را در جرایم حدی مشاهده نمود.

آنچه در این بحث قابل توجه است این که، شخص مکره زمانی که ارتکاب جرم را بر می‌گزیند به دیگری ضرر می‌زند و زمانی که تهدید را به جان می‌خرد به خود زیان می‌رساند، شریعت اسلام ضرر به خود و دیگران را حرام می‌داند. در این گونه مواقع شخص مکره که فاقد اراده می‌باشد بنا بر مصلحتی که از قاعده دفع ضرر بزرگتر به وسیله انجام ضرر کوچک تر، است به حکم شریعت عمل کرده است.

- ۱- مصلحت اندیشی در چارچوب ضوابط و مبانی خاص خود می تواند به صورت مستقیم بر موضوعات و مصادیق احکام شرعی تأثیر گذاشته، موجب تبدیل یک حکم شرعی به حکم شرعی دیگر شود، همچنان که می تواند به صورت غیر مستقیم به وسیله فقیه دانا، مؤثر در احکام باشد.
- ۲- عقلانیت حاکم بر نصوص شرعی، همیشه به دنبال مصلحتی است که نص به خاطر آن ایجاد شده است- البته در صورتی که بدان تصریح نشده باشد- سپس نص را بدان گونه که مصلحت را محقق نماید، تفسیر می کند بدون آن که از مصالح و مفاسد مختلف که در ارتباط با موضوع آن نص هستند غفلت نماید، این همان تفسیر نصوص بر مبنای مصلحت است.
- ۳- هر چند پرداختن به ضوابط خاص نصوص جزایی نسبت به قواعد سایر احکام، کمتر مورد توجه و اهتمام بوده است لکن عام و کلی بودن نصوص جزایی از یک طرف و ابهام و اجمالی که ممکن است در مدلول نصوص وجود داشته باشد، از طرف دیگر ضرورت تفسیر نصوص جزایی را اقتضا می کند.
- ۴- با توجه به قواعد شکلی (همچون کیفیت دلالت نصوص بر معانی مورد نظر و جنبه های مختلف وضع و اشتقاق و استعمال و دلالت و شمول الفاظ) و قواعد ماهوی (همچون ممنوعیت توسع در حدود یا بنای حدود بر تخفیف و احتیاط و قاعده درء یا عدم ثبوت حد با وجود شبهه)، حاکم بر تفسیر نصوص جزایی، با توسل به تفسیر مصلحتی مجازات ها، جهت رعایت مصالح برتر یا پیشگیری از ورود مفسده مهم تر، احکام ثانویه جایگزین احکام اولیه گردد و مقررات عادی ناظر بر اعمال مجازات ها نادیده گرفته شده یا تغییراتی در آن داده شود.

- قرآن کریم

- ابن حجر هیتمی، شهاب الدین احمد، «تحفه المحتاج، بشرح المنهاج» سال ۱۳۱۹ق، بی نا، بی جا.
- ابن حزم، ابو محمد علی بن حزم الأندلسی، «المحلی» ناشر إدارة الطباعة المنیریة ۱۳۵۱ق.
- همو، «الإحکام فی اصول أحکام» ناشر دارعالم الكتب، بیروت بی تا.
- ابن عابدین، محمدامین، «حاشیة ابن عابدین» انتشارات دارالفکر، بیروت، سال ۱۴۲۱ق.
- ابن عاشور، محمدطاهر «مقاصد الشریعة الاسلامیة» الشركة التونیسیة چاپ اول سال ۱۹۸۷م.
- ابن عربی، محی الدین، «أحکام القرآن» انتشارات دارالجلیل، بیروت، سال ۱۴۰۸ق.
- ابن فرحون، برهان الدین ابراهیم بن محمد، «تبصرة الحکام فی الاصول الاقضية و مناهج الاحکام» دارالقلم، دمشق، ۱۴۳۷ق.
- ابن قدامة، عبدالله بن احمد بن قدامة المقدسی، «المغنی» انتشارات دار عالم الكتب الرياض، ریاض، سال ۲۰۱۰م.
- ابن ماجه، محمد بن یزید أبو عبدالله، «سنن ابن ماجه» چاپ دوم، ناشر دارالمعرفة عربی، بیروت، سال ۱۴۱۸ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم بن علی «لسان العرب» ناشر دار المعارف، قاهره ۱۱۱۹م
- ابن همام، محمد بن عبدالواحد، «شرح فتح القدير» انتشارات الامیریة، قاهره، بی تا.
- أبو داود، سجستانی، «سنن أبو داود» چاپ اول، ناشر دارالحديث، حمص، سال ۱۳۸۸ق.
- ابوزهره، محمد، «الجريمة فی الفقه الاسلامی» ناشر دارالفکر العربی سال ۱۹۹۸م.
- امیدی، جلیل، «تفسیر قوانین جزایی» ویراست سوم، انتشارات میزان، تهران، سال ۱۳۹۷ش.
- أنصاری، ابی یحیی زکریا، «أسنى المطالب شرح روض الطالب» مطبعة المیمنة، چاپ اول، مصر، بی تا.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، «ترمینولوژی حقوق»، تهران، گنج دانش، چاپ ۱۹، سال ۱۳۸۷ش.
- حجاوی، شرف الدین موسی، «الإقناع» چاپ اول، نشر مصریه، قاهره، بی تا.
- حرّعاملی، محمد بن حسن، «وسائل الشیعه» کتابفروشی اسلامیه، تهران، سال ۱۴۰۳ق.
- خرم دل، مصطفی، «تفسیر نور» نشر احسان، تهران، سال ۱۳۷۶ش.
- راجب اصفهانی، «معجم مفردات الفاظ القرآن» انتشارات مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، بی تا.
- زرقانی، محمد بن عبدالباقی، «شرح الزرقانی علی موطأ الإمام مالک» دارالکتب العلمیة، بیروت، بی تا.
- زرقانی، محمد عبدالعظیم، «مناهل العرفان فی علوم القرآن» دارالکتب العربی، بیروت، سال ۱۴۱۵ق.
- زحیلی، وهبة، «اصول الفقه الاسلامی» چاپ اول، انتشارات دار الجامعیة، بیروت، سال ۱۴۱۶ق.
- زراعت، عباس، «شرح قانون مجازات اسلامی» انتشارات ققنوس، تهران، سال ۱۳۸۵ش.
- سرخسی، ابوبکر محمد بن احمد، «المبسوط» انتشارات دار المعرفة، بیروت، سال ۱۴۱۴ق.
- سیوری، مقداد، «کنز العرفان فی الفقه القرآن» انتشارات مکتبة المرتضویه، تهران، بی تا.
- شافعی، محمد بن ادريس، «الأمّ»، دارالفکر، بیروت، سال ۱۴۰۳ق.
- شمس الدین، ابو عبدالله محمد مالکی «مواهب الجلیل» ناشر دارالفکر، چاپ سوم، ۱۴۱۲ق.

- شوکانی، محمد بن علی، «نیل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار» تحقيق: طه عبدالرؤوف مسعد ومصطفى محمد الهواري، ناشر مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، بی تا.
- شیرازی، اسحاق، «المهذب» ناشر دار المعرفة، بیروت، سال ۱۳۷۹ق.
- طوفی، نجم الدین سلیمان بن عبدالقوی، «رسالة في رعاية المصلحة» تحقيق و تعليق دکتر احمد عبدالرحيم، انتشارات دار المصرية اللبنانية، قاهره، سال ۱۴۱۳ق.
- عوده، عبدالقادر، «التشريع الجنائي الاسلامي» انتشارات مؤسسة الرسالة، بیروت، سال ۱۹۴۴ق.
- غزالی، أبو حامد محمد بن محمد، «المستصفى من علم الاصول» انتشارات دارالفکر، بیروت، بی تا.
- فیروز آبادی، محمد بن یعقوب «القاموس المحيط» ناشر مؤسسة الرسالة، بیروت ۲۰۰۵م
- کاسانی، علاء الدین، «بدائع الصنائع في ترتيب الشرايع» چاپ اول، مطبعة جماليه، قاهره، بی تا.
- محقق حلی، جعفر بن حسن، «معارج الاصول» انتشارات سيد الشهداء، قم، چاپ اول، سال ۱۴۰۳ق.
- محقق داماد، سيد مصطفى، «قواعدفقه، بخش جزایی» چاپ سی و پنجم، انتشارات علوم انسانی، تهران، سال ۱۳۹۷ش.
- معلوف، لوئیس، «المنجد في اللغة» انتشارات نشر بلاغت، قم، سال ۱۳۷۶ش.
- نجفی، محمد حسن، «جواهر الكلام في شرح شرايع الاسلام» انتشارات دارالکتب الاسلامیه، تهران، سال ۱۳۹۲ق.
- ولیدی، محمد صالح، «بایسته های حقوق جزای عمومی»، تهران انتشارات جنگل، چاپ اول، سال ۱۳۸۸ش.