



الگوی رواداری کیفی در حدود و قصاص

پدیدآورنده (ها): مرادی، حسن؛ صادقی، ولی‌الله

حقوق :: نشریه دین و قانون :: بهار ۱۳۹۷ - شماره ۱۹

صفحات : از ۴۷ تا ۸۳

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1721280>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۰۸/۲۶

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و برگرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



مقالات مرتبط

- «قاعده ی دراء» و «اصل برائت»: مجرای شمول : اشتراک یا افتراق
- ارزیابی الگوی کیفری در جرایم جنسی
- موانع تشکیل پرونده شخصیت در نظام کیفری ایران
- بررسی اعمال نفوذ ناروا و اثر آن بر معاملات در حقوق انگلستان و مقایسه آن با حقوق ایران
- جهانی شدن و چالش مشارکت سیاسی در جمهوری اسلامی ایران
- الگوی مدیریت بحران سیاسی در سیره امام خمینی (ره)
- نگاهی نو به حق و تکلیف از دریچه نهج البلاغه
- اعجاز فیزیکی قرآن
- آموزه های انسجام جوامع چند فرهنگی در اندیشه سیاسی اسلامی
- حق و تکلیف
- قرارداد انتقال طلب
- یک کلمه، قانون نه

عناوین مشابه

- روند تحقیقات مقدماتی بازپرس در مواجهه با ادله شرعی اثبات حدود و قصاص در قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲
- تاملی بر نقش سن در تحقق بلوغ و مسئولیت کیفری دختران و تاثیر قانونگذار از آن در حوزه حدود و قصاص در قانون مجازات اسلامی (مصوب سال ۱۳۹۲)
- تأثیر اشتباه بر مسئولیت کیفری با تکیه بر تأثیر آن در حدود و قصاص
- ادراک تاریخ‌مند از نظام کیفری شریعت اسلام در باب حدود و قصاص در پرتو نظریهٔ برساخت‌گرایی اجتماعی
- ساز و کارهای کاهش اجرای قصاص در حقوق کیفری ایران
- واکاوی مجازات‌های تکمیلی در حدود و قصاص در قانون مجازات مصوب سال ۱۳۹۲
- نقش اولیاء دم در استیفای قصاص در جرم قتل و مقایسه آن در حقوق کیفری ایران و فرانسه
- حدود و تعزیرات در «شریعت» و «حکومت»: نقدی بر «حدود اختیارات حاکم در حقوق کیفری اسلام»
- متوقف ساختن حدود و قصاص در شبهات
- بررسی کاربرد علم اجمالی در مباحث حدود، تعزیرات، قصاص، قتل، دیات و امور مالی

الگوی رواداری کیفری در حدود و قصاص

تاریخ دریافت: 1398/01/12 تاریخ پذیرش: 1398/09/02 حسن

مرادی* / ولی الله صادقی**

چکیده

در نظام کیفردهی جمهوری اسلامی ایران، اسباب و تدابیری برای کاهش توسل به انواع کیفرها پیش بینی شده است. در این نظام، الگوی رواداری در اجرای کیفرهای تعزیر، حد و قصاص (کیفرزدایی)، متضمن قواعد متفاوتی است. در این میان به دلیل غلبه جرائم تعزیری به لحاظ تعداد و ارتکاب، کیفرزدهای مختلفی با شرایط مشخص مورد شناسایی قرار گرفته است. با وجود این الگوی حاکم بر شیوه رواداری در جرائم حدی و قصاص ناشناخته تر بوده و قواعد آن ساماندهی نشده است. در این نوشتار، دو محور حدزدایی و قصاص زدایی مورد شناسایی قرار گرفته و قواعد حاکم بر هر یک از آنها تبیین شده است. به صورتی که از میان ضوابط فقهی و حقوقی، در «حدزدایی»، قاعده کلی ابتدای حدود بر تخفیف و قواعد جزئی بازگشت، مصلحت، محرومیت و ادعا و در «قصاص زدایی»، قواعد اراده صاحب قصاص و تبدیل پذیری، استخراج شده است. این الگو نشان می دهد با وجود محدودیت اختیار قاضی در کیفرزدایی در این جرائم، اراده بزهکار و بزه دیده در سقوط یا تبدیل کیفر اثربخش تر است.

واژگان کلیدی: رواداری، کیفرزدایی، کیفردهی، کیفرخواهی، حدود، قصاص

*. دکترای حقوق جنایی و جرم شناسی، استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی

(hmoradi38@yahoo.com)

** دکترای حقوق جنایی و جرم شناسی، نویسنده مسئول (sadeghi474@yahoo.com)

مقدمه

دیدگاه مرسوم نسبت به کیفرهای شرعی حد و قصاص آن است که امکان تعدیل یا انعطاف در آنها وجود ندارد و این موضوع فقط در مجازات‌های تعزیری میسر است. به بیان دیگر بر مبنای قاعده‌التعزیر بما یراه الحاکم، تمرکز نوشتگان موجود در خصوص نحوه اعمال تدابیر کیفرزدایانه در جرائم تعزیری (از جمله تخفیف، تعلیق مجازات، آزادی مشروط) قرار گرفته و قواعد حاکم بر شیوه کاهش توسل به کیفرهای حدی و قصاص الگوسازی نگردیده است. این در حالی است که تنوع کیفرها به لحاظ کمیت و کیفیت ایجاب می‌کند که برخلاف سایر نظام‌های کیفری، قواعد متفاوتی بر طبقات مختلف مجازات‌ها در ایران حاکم شود و نمی‌توان یک الگو یا اندیشه واحد را بر تمام انواع مجازات‌ها جاری ساخت؛ زیرا مقاصد و اهداف کیفر در نظام کیفری جمهوری اسلامی ایران به‌طور کامل با مقاصد کیفر در سایر نظام‌ها منطبق نیست و بر این اساس نمی‌توان بدون توجه به این مقاصد، به جرح و تعدیل عقوبت‌ها، به‌خصوص حدود و قصاص و دیات اقدام نمود. حمایت از مصالح مردم از طریق مجازات دادن ناقضان حریم این مصالح، علاوه بر حفظ نظام زندگی و مصلحت‌های مهم اجتماعی و بازدارندگی عام و خاص، رحمتی الهی و احسان به مخلوقات و تأدیب و اصلاح رفتار و تربیت بزهکار است. به‌طوری‌که برخی حقوق‌دانان اسلامی معتقدند نظریه شریعت در باب مجازات، مبتنی بر تقدّم مصلحت اجتماعی بر مصلحت فردی است (التسخیری، 1398: 70). یا اینکه مجازات از باب اطاعت و اجرای فرمان الهی (إمّثال لأمر الله) است و عدم اجرای آنها مخالفت با اراده اوست. حتی برخی در دفاع از کیفر اظهار می‌دارند که اجرای مجازات، باعث پیشگیری از نزول عقاب الهی بر جامعه است؛ زیرا سنت الهی بعد از ارسال آیات و حجت‌ها و برهان‌ها و عدم اطاعت از امر خداوند، مجازات ناپیروان است. بنابراین عدم اطاعت از اوامر او (اجرا نشدن کیفرها) محروم کردن جامعه از رحمت و مصالح کیفرها بوده و این ظلم بوده و باعث عذاب الهی است

(زید الکیلانی، 2014: 112-113). بر همین اساس بعضی از فقها با مرتبط دانستن نظام کیفری اسلام با نظام تربیتی آن، ابراز داشته‌اند که در برخی از مجازات‌های اسلامی، به خصوص کفارات، قصد قربت الی الله وجود دارد (التسخیری، 1398: 69)؛ مفاهیمی که در ادبیات حقوق عرفی جایگاهی ندارد.

بنابراین با توجه به اینکه مجازات‌های قصاص و حد در نظام‌های کیفری غیراسلامی وجود ندارد، به نظر می‌رسد مبانی و مقاصد این کیفرها را نمی‌توان به‌طور کامل با ادبیات حقوق و فلسفه کیفری عرفی تبیین نمود؛ زیرا در ادبیات دینی در باب قصاص، گفته می‌شود که قصاص دارای اهداف ویژه‌ای مانند حفظ دین، حفظ نفوس انسانی، رضایت خاطر صاحب قصاص، بازدارندگی از ارتکاب قتل، تحقق عدالت در جامعه، محافظت از نظام اجتماعی و تحقق امنیت است. همچنین در خصوص کیفرهای حدی، علاوه بر اهدافی که با قصاص می‌توان مشترک دانست، در هر حد، مقصود ویژه‌ای نیز نهفته است؛ از جمله حفظ عقل در مجازات شرب خمر یا حفظ نسب در مجازات زنا (ر.ک: محمدفارس، 2008). موضوعاتی که با برخی جرم‌زدایی‌ها و کیفرزدایی‌های تجربه‌شده در برخی جوامع غیراسلامی در تعارض و ناهماهنگ است. بنابراین به نظر می‌رسد الگوی کیفرزدایی در ایران همسو با مبانی یادشده سامان نیافته است و بیشتر با تحولات کیفرشناختی نظام‌های حقوقی کشورهای دیگری که به لحاظ مبانی حقوقی هماهنگی کامل ندارند، پیش رفته است؛ لذا ضروری است تمهیدات این الگوسازی فراهم شود.

این نوشتار، در پی پاسخ به این پرسش اساسی است که سازوکار زدایش کیفرهای حد و قصاص در سیاست کیفری جدید ایران چیست و چه الگو و قواعدی را می‌توان از آن استخراج کرد؟ در این زمینه، در قالب اصول‌شناسی و قواعدشناسی تدابیر کیفرزدا، دو محور حدزدایی و قصاص‌زدایی چهارچوب‌بندی شده و در هر یک از این اصول، قواعدی استخراج گردیده است.

1. حدزدایی؛ رواداری اثباتی - اجرایی در حدود

به‌طور معمول فقها و حقوق‌دانان اسلامی نظام مجازات‌ها در اسلام را بر حسب وجوب حکم به آنها به دو دسته کلی مجازات‌های و معین و نامعین تقسیم می‌کنند. کیفرهای نامعین (تعزیرات) بخش عمده‌ای از جرائم را تشکیل می‌دهند (التسخیری، 1398: 15) که در اختیار حاکم اسلامی می‌باشند و براساس شرایط زمان و مکان و نیازهای جامعه و وضعیت مرتکب، نوع و میزان آنها تعیین می‌شود.

جرائم با کیفرهای معین، شامل جرائم حدی و مستوجب قصاص می‌باشد. در این دیدگاه، این‌گونه مجازات‌ها ثابت، همیشگی و غیرقابل تغییر بوده و نمی‌توان مجازات دیگری را جایگزین آن کرد. در منابع فقه شیعی، به‌طورعموم با تعریفی مشابه، کیفر حدی به مجازات‌های بدنی گفته می‌شود که با هدف منع از ارتکاب رفتارهای موضوع مجازات، نوع و میزان آنها از سوی شارع معین شده است (ازجمله الفاضل اللنکرانی، 1427ق: 7؛ الحسینی الشیرازی، 1422ق: 16؛ التبریزی، 1417ق: 7). باوجوداین در تعریفی فایده‌گرا، آن‌چنان که الفیتوری ابراز داشته، کیفر حدی مجازاتی ضابط، شرعی، ضروری و سلبی است. ضبط در این تعریف، به کارکرد حد بازمی‌گردد؛ به‌طوری‌که افراد را از تجاوز به محارم خداوندی بازمی‌دارد و از ارتکاب مجدد عمل مستوجب حد جلوگیری می‌کند. همچنین بین بازدارندگی مادی و ترس معنوی از ارتکاب جرم و تهذیب تربیتی جمع ایجاد کرده و از این میان تضمینی برای مقاصد شریعت و حفظ حقوق شرعی جمعی و فردی محسوب می‌شود. قید شرعی بودن نیز به دلیل ریشه الهی آن است که وظایفی را برای مسلمانان و دولت اسلامی ایجاد می‌کند. قید ضروری مربوط به وجه تضمین‌کننده آن برای مقاصد شریعت است و درنهایت، سلبی بودن آن بدین معناست که آن وسیله‌ای سلبی برای مقاصد یادشده و جزئی از نظام کیفری اسلامی در معنای عام است (الفیتوری، 1998: ج 1، ص 135).

در مواجهه با قید «معین بودن» حدود، تفسیرهای مختلفی ارائه شده؛ به‌صورتی‌که این قید، گاهی از جهت عدم امکان تغییر در میزان و نوع مورد توجه بوده و براین‌اساس

امکان دخل و تصرف در این کیفرها ناممکن قلمداد شده است. گاهی نیز معین بودن، از جهت «زمانی و مکانی» مدنظر قرار گرفته است. در این چهارچوب، عده‌ای معین بودن را به معنای همیشگی بودن دانسته و عده‌ای نیز این برداشت را مورد پذیرش قرار نداده‌اند. اختلاف در جنبه زمانی اجرای حدود در فقه شیعی، منجر به دو رویکرد کلی و دامنه‌دار امکان یا عدم امکان اجرای حدود در عصر غیبت شده است (ر.ک: اللجنة العلمیة فی مرکز فقه الائمه الاطهار (ع)، 1394: 118-25).

فارغ از این بحث، قائلان به نظریه امکان اجرای حد نیز نظرات مختلفی مطرح کرده‌اند؛ به گونه‌ای که عده‌ای با اتخاذ نرمش کیفری در این زمینه، این تلقی که حد نزد مسلمانان صدر اسلام مجازاتی تغییرناپذیر بوده است، مورد تردید قرار داده‌اند (نوبهار، 1393 (الف): 159) و بر این اساس، در مقام طرح نظریه‌ای بدیل نظریه رایج درباره تقسیم‌بندی حد - تعزیر، ابراز می‌دارند که تغییر در کم و کیف کیفرهای حدی در پرتو توجه به مقاصد تشریح آنها نامشروع نیست و بر این مبنا بسیاری از تأسیسات و نهادهای ارفاقی مانند تعلیق، تعقیب، که اکنون مختص به تعزیرات قلمداد می‌شود، در حدود نیز قابل جریان خواهد بود (همان: 160). در این رویکرد، نباید روایات نهی از تعطیل حد را به دستاویزی برای نفی انعطاف در واکنش کیفری دانست؛ بلکه آنها بر شکل و شیوه خاصی از مجازات دلالت ندارند و فقط بر اصل ضرورت کیفر و پرهیز از سهل‌انگاری ناموجه و تقویت قطعیت کیفر تأکید دارند (نوبهار، 1393 (ب): 143). عده‌ای دیگر بر این باورند که اصرار بر حکم الهی ثابت و لایتغیر تلقی کردن همه منقولات روایی، خلاف احتیاط بوده و چه بسا محذور قطعی وقوع در خلاف شرع را در پی دارد (حسینی، 1387: 133-135). همسو با این رویکردها عده‌ای از فقها قائل هستند که امکان حکم به میزان کمتر از میزان معینه برای حدود از جمله حد شرب خمر وجود دارد و به طور مثال، حاکم می‌تواند نیمی از آن را ببخشد و به چهل ضربه بسنده کند یا آن را به کیفری تعلیقی تبدیل کرده و مشروط به ارتکاب جرم دیگر نماید یا مانند این گونه

تخفیف‌ها را در حق شارب روا دارد؛ زیرا به لحاظ عقلی و عرفی زمانی که امکان بخشش اصل حد در شرع میسر است، به طریق اولی، بخشیدن قسمتی از حد یا کاهش آن و تبدیل به کیفری کمتر جایز است (هاشمی شاهرودی، 1384: 198-199). با وجود این عده‌ای نیز با دلایل متعدد، هرگونه امکان تبدیل مجازات حد را مردود می‌دانند (برای جزئیات رویکرد نفی امکان تبدیل، ر.ک: خادمی‌کوشا، 1396: 71-97). بنابراین در کنار دیدگاه عدم امکان زدایش حد، نظریات متعددی در زمینه امکان تغییر در کم و کیف مجازات حد مطرح شده است. به صورتی که عده‌ای قائل به نفی اجرای حدود در زمان غیبت بوده و عده‌ای نیز آن را مشروط به شرایط خاص دانسته و برخی نیز با وجود اعتقاد به امکان اجرای آن، قائل به امکان تغییر (از جمله تخفیف یا تبدیل) در نوع و میزان آن شده‌اند. با وجود این دو دیدگاه کلی، می‌توان بر مبنای موازین فقهی و مقررات قانونی، رویکرد دیگری را نظریه‌پردازی کرد که در آن، ضمن اعتقاد به اجرای حد در زمان غیبت و عدم اعتقاد به تخفیف یا تبدیل حدود، شیوه‌هایی برای اجتناب از حدگرایی کیفری نهادینه می‌شود تا با حفظ هراس از کیفرهای حدی (با شدت ظاهری)، عموماً بر مبنای موازین اخلاقی و تربیتی این کیفرها اجرا نشود. در واقع در این نوع رویکرد، کیفرنمایی و کیفرهراسی، بر کیفردهی غلبه دارد. لذا در بندهای آتی قواعدی را که منجر به زدایش حد می‌شوند، تبیین می‌کنیم.

1.1. قاعده کلی: ابتنای حدود بر تخفیف

با توجه به مباحث فقهی در باب حدود و استدلال‌های مطرح‌شده در تبیین و تقویت آرای فقها، می‌توان گفت یکی از پرکاربردترین موارد، استناد به اصل یا قاعده «ابتنای حدود بر تخفیف» است. این قاعده که نشئت‌گرفته از ادله نقلی می‌باشد، بدان معناست که در مواقع شک و تردید (شبهه) در اثبات یا اجرای مجازات حد، باید با تساهل و تسامح اقدام نمود و در آن حالت، به عدم اثبات یا اجرای حد نظر داد (ر.ک: الموسوی الکلبایکانی، 1412ق: 50؛ الموسوی الاردیبلی، 1427ق: 271؛ الفاضل اللنکرانی،

1427ق: 132). البته در برخی منابع فقهی، علاوه بر «تخفیف»، به ابتدای حقوق الله، از جمله حدود بر «تسهیل» و «مسامحه» نیز تصریح شده است (الحسینی العاملی، بی تا: 38 و 141). در خصوص گستره معنایی این قاعده، برخی فقها معتقدند که قاعده مذکور، عنوانی دیگر از قاعده «الحدود تدرأ بالشبهات» است (التسخیری، 1425ق: 351). در همین راستا برخی دیگر در نقد و بررسی آرای فقهای پیشین، منظور از قاعده تخفیف را همان قاعده درأ معرفی کرده و اظهار داشته‌اند که صرف استناد به قاعده تخفیف، مبتنی بر حکم شرعی نیست (مکارم الشیرازی، 1418ق: 316). برخی نیز قاعده تخفیف و قاعده درأ را در عرض یکدیگر به کار برده‌اند (الفیض الکاظمی، 1401ق: 69). گویی از دیدگاه این دسته از فقها، دو قاعده یادشده، کارکرد و معنایی مستقل از یکدیگر دارند. با وجود این در بعضی آثار (از جمله: النجفی، 1981: 79 و 297)، اصل احتیاط و قاعده تخفیف در حدود، منجر به شناسایی و عمل به قاعده «تدرأ الحدود بالشبهات» شده است. بدین معنا که قاعده درأ، از نتایج قاعده تخفیف انگاشته می‌شود (التسخیری، 1425ق: 355). در واقع توجیه قاعده درأ با توسل به قاعده تخفیف امکان‌پذیر دانسته شده است.¹ در این معنا، در پاسخ به چرایی سقوط حد در مواقع بروز شبهه، باید به قاعده تخفیف متوسل شد.

با وجود اختلاف در معنا و گستره قاعده ابتدای حدود بر تخفیف در مقایسه با قاعده درأ، استناد به قاعده ابتنا بر تخفیف، عموماً در مواقعی است که فقیه نظر بر عدم ثبوت «موجب» حد دارد. به‌طور مثال، در اینکه آیا انکار بعد از اقرار به زنا موجب سقوط یا عدم سقوط حد می‌شود یا خیر، نظر مبتنی بر سقوط حد در این مورد، افزون بر استناد به احتیاط در دماء، مقوم به قاعده «ابتنا بر تخفیف» شده است (الفاضل اللنکرانی، 1427ق: 108). حتی بعضی از فقها، با تمسک به قاعده یادشده، «ممانعت از اثبات

1. در مبحث ششم فصل دوم قانون 1392 برای نخستین بار، قاعده درأ به‌طور صریح (مواد 120 و 121) مورد شناسایی قرار گرفته است. البته در خصوص شمول این قاعده نسبت به همه جرائم یا اختصاص آن به جرائم حدی، برداشت‌های مختلفی شده است.

موجب حد» را در مواقعی که امکان پذیر است، استنتاج کرده‌اند. به صورتی که با اشاره به سیره رسول الله (ص) و امیرالمؤمنین (ع) مبنی بر ممانعت از اقرار متهم در جرائم حدی، مانند زنا، این سیره را مبنای فتوای خود قرار داده و قاضی را نیز به این امر دعوت کرده‌اند (تبریزی، 1387: 55).

بدین ترتیب با وجود اختلاف در گستره قاعده «ابتناء الحدود علی التخیف»، می‌توان گفت این قاعده، مبنایی استوار در صدور فتاوی کیفرزدا یانه می‌باشد. همچنین توجه به قاعده مذکور، افزون بر فراهم ساختن زمینه صدور آرای فقهی کیفرزدا، در تفسیر متون شرعی و قانونی نیز کاربرد دارد و بستر گزینش رویکردهای کیفرزدا را مهیا می‌سازد. لذا عمومیت قاعده یادشده به حدی است که در مراحل ثبوت، اثبات و اجرا قابل استناد است. با وجود این به نظر می‌رسد اقتضائات قاعده یادشده به طور کامل در مقررات باب حدود قانون 1392 و حتی در ق.آ.د.ک 1392¹ به طور جامع نهادینه نشده و فقط حسب نوع جرم یا مجازات مربوط، رواداری‌های اثباتی یا اجرایی در نظر گرفته شده است.

1.2. قواعد جزئی

در پرتو قاعده ابتنای حدود بر تخفیف و تدقیق در مقررات مربوط به مجازات‌های حدی در قانون مجازات اسلامی، می‌توان قواعد جزئی دیگری را مورد شناسایی قرار داد که به نوعی بازتاب تساهل در توسل به کیفرهای حدی است. در واقع این قواعد جزئی، حاصل همگرایی عوامل مختلفی است که منجر به تعدیل اعمال این کیفرها می‌شود. در

1. به طور مثال، شورای نگهبان نسبت به مصوبه اولیه مجلس شورای اسلامی در مورد مرخصی زندانیان ایراد شرعی اعلام نموده و امکان مرخصی نسبت به محکومان به حبس در جرم حدی را، مانند سرقت در بار سوم که مستوجب حبس ابد است، غیر شرعی دانسته است. در راستای رفع ایراد یادشده، به موجب تبصره 6 ماده 520 ق.آ.د.ک 1392، مواردی که شخص باید به موجب مقررات شرعی به طور دائم در زندان باشد، از شمول مقررات این ماده و تبصره‌های آن خارج شده است (نوبهار، 1395: 115).

این گفتار، سه قاعده بازگشت (توبه، انکار و عفو)، مصلحت (سقوط اجرای حد به دلیل برخی از مصالح سیاسی و اجتماعی) و محرومیت در جرائم جنسی (سخت‌گیری در احراز شرایط) مورد تبیین قرار می‌گیرد.

1.2.1. قاعده بازگشت

با وجود دیدگاه‌های فوق که امکان کیفرزدایی بیشتر در حدود را فراهم می‌آورد، دیدگاه پذیرفته‌شده در قانون مجازات اسلامی 1392 آن است که حد، مجازاتی [بدنی] است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس تعیین شده است (ماده 15) و دادگاه نمی‌تواند کیفیت، نوع و میزان حدود شرعی را تغییر یا مجازات را تقلیل دهد یا تبدیل یا ساقط نماید. این مجازات‌ها تنها از طریق توبه (به جز حد قذف و محاربه موضوع ماده 116) و عفو به کیفیت مقرر در این قانون قابل سقوط، تقلیل یا تبدیل است (ماده 219).¹ در نهاد توبه، ابراز ندامت و پشیمانی از اعمال مجرمانه مجرم و احراز این امر توسط قاضی، امکان عدم تعقیب یا عفو وی براساس موازین اسلامی را فراهم می‌آورد. هرچند در قانون 1392 برای اولین بار نهاد توبه به طرز سامان‌یافته مورد شناسایی قرار گرفته، ولی انتقاداتی به مقررات مربوط به این نهاد مطرح شده است؛ از جمله عدم تعیین ملاک احراز توبه و ندامت، عدم امکان اجرای آن در تعزیرات منصوص شرعی، ممنوعیت پذیرش آن در موارد تکرار جرائم تعزیری، عدم پیش‌بینی پذیرش توبه در برخی حدود مانند سرقت حدی، محاربه، افساد فی الارض و بغی و همچنین عدم تعیین زمان توبه برای تأثیر در سقوط یا تخفیف مجازات (حاجی ده‌آبادی و رجبی، 1394: 26-28)، تفکیک تأثیر توبه بر حسب درجات تعزیر (اسقاط مجازات بر اثر توبه در تعزیرات درجه شش تا هشت و تأثیر تخفیف‌دهنده آن در سایر درجات)

1. طبق ماده 219 قانون 1392: «دادگاه نمی‌تواند کیفیت، نوع و میزان حدود شرعی را تغییر یا مجازات را تقلیل دهد یا تبدیل یا ساقط نماید. این مجازات‌ها تنها از طریق توبه و عفو به کیفیت مقرر در این قانون قابل سقوط، تقلیل یا تبدیل است.»

(صابر و رفیع‌زاده، 1394: 92) و نیز مغایرت شرعی تفکیک اثر کیفرزدای توبه بر حسب درجهٔ تعزیر (صادقی، 1392: 153).

وجه مشترک عفو، توبه و انکار، نوعی تربیت‌پذیری و عدم اصرار بر رفتار مورد اتهام و در واقع بازگشت به چهارچوب نظام اخلاقی است. عفو، مبتنی بر رحمت اسلامی و در راستای اصلاح و تربیت مرتکبان و توبه، در راستای خداباوری و بازگشت انسان به خدا تلقی می‌شود. انکار بعد از اقرار نیز حاکی از عدم اصرار اقرارکننده به رفتار و امید او به رأفت نظام عدالت است و این امید، او را به بازگشت به موازین سوق داده است. بنابراین می‌توان قاعدهٔ بازگشت را به‌عنوان قاعده‌ای برای حدزدایی مورد شناسایی قرار داد. این پذیرش بازگشت متهم به چهارچوب نظام اخلاقی، مقوم قاعدهٔ تساهل در اجرای حدود الهی (ابتناء الحدود علی التخیف) نیز خواهد بود.

براین اساس یکی از طرق کیفرزدایی در حدود، بازگشت متهم از رفتار یا گفتار اتهام‌آمیز خود است. منظور از بازگشت، عفو و توبه و انکار متهم است که می‌تواند منجر به عدم اثبات جرم یا عدم اجرای مجازات جرم شود. البته در این خصوص اختیار قاضی محدود است؛ زیرا در صورت توبهٔ مرتکب در این جرائم، یا به صورت خودکار، حد ساقط می‌شود یا دادگاه می‌تواند عفو مرتکب را توسط رئیس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست نماید. از جمله اینکه طبق تبصره 2 ماده 278 قانون 1392، در مورد مجازات حبس ابد در سرقت حدی (در مرتبه سوم) و سایر حبس‌هایی که مشمول عنوان تعزیر نیست، «هرگاه مرتکب حین اجرای مجازات توبه کند» و مقام رهبری آزادی او را مصلحت بداند، با عفو ایشان از حبس آزاد می‌شود. همچنین مقام رهبری می‌تواند مجازات او را به مجازات تعزیری دیگری «تبدیل» نماید.

بنابراین در جرائم حدی، نظر بر آن است که به شخصیت مجرم توجهی نمی‌شود و حمایت از کیان جامعه تنها مقصود آن است؛ ازاین‌رو مجازات‌ها به صورت شدید و تعیین‌شده وضع شده‌اند تا قاضی دربارهٔ آنها اختیاری نداشته باشد (عوده، 1390: 14).

به عبارت دیگر با توجه به اینکه حد، حق الله محسوب می‌شود، اسقاط آن از سوی افراد یا اجتماع پذیرفته نمی‌شود و عفو بزه‌دیده و حتی حاکم در آنها معتبر نیست و فقط از طریق خاص مانند توبه یا انکار در برخی موارد (به شرح آتی) قابل اسقاط است (عبدالظاهر، 1045ق: 10). لذا در حدود که قاضی اختیار چندانی در تغییر کم و کیف مجازات ندارد و کیفرزدایی نهایی و قطعی را صادر نمی‌کند، امکان کیفرزدایی حد/قلی را می‌توان نتیجه گرفت.

البته به‌رغم آنکه در حدود که واجد جنبه حق الهی است و دایره کیفرزدایی از سوی قاضی محدود است، ولی امکان سقوط کیفر به دلیل توبه متهم قبل از اثبات جرم (به استثنای قذف و محاربه) و همچنین امکان سقوط مجازات بعد از اثبات به دلیل اقرار مرتکب (به استثنای قذف) بدان معناست که از دوازده مورد جرم حدی در قانون 1392، در بیشتر موارد، حتی بدون اینکه قاضی بخواهد یا نخواهد، کیفرزدایی انجام می‌شود. لذا با وجود اینکه در ظاهر، گستره کیفرزدایی توسط قاضی در جرائم حدی، محدود است، ولی شخص متهم با اراده خود می‌تواند کیفر را از خود بزدايد و نوعی کیفرزدایی بزهکارمدار را اعمال کند. همچنین در مورد حد قذف که واجد جنبه حق الناسی است، اگر شاکی گذشت کند یا قاذف را تصدیق نماید و نیز در سایر موارد مذکور در ماده 261 قانون 1392، حد یادشده در هر مرحله از تعقیب، رسیدگی و اجرا، ساقط می‌شود. بدین ترتیب بخش دیگری از جرائم حدی نیز از طریق کیفرزدایی بزه‌دیده‌مدار قابل تحقق است و دایره کیفردهی را مضیق‌تر می‌نماید.

همچنین از دیگر مجوزهای اسلامی در رابطه با امکان کیفرزدایی بزهکارمدار و توجه به شخص متهم در کیفرزدایی از برخی از جرائم حدی، انکار بعد از اقرار است. به صورتی که در اقرار به جرمی که مجازات آن موجب رجم یا حد قتل است، انکار بعد از اقرار در هر مرحله، ولو در حین اجرا، مجازات مزبور ساقط و به جای آن در زنا و لواط صد ضربه شلاق و در غیر آنها حبس تعزیری درجه پنجم ثابت می‌گردد (ماده

173). بر این اساس، می‌توان گفت در حدود مستوجب سلب حیات، به صرف انکار متهم، اعدام ساقط شده و تبدیل به شلاق و حبس می‌شود و از این طریق امکان اعدام‌زدایی گسترده فراهم است؛ هرچند که ممکن است موارد اقرار فرد به عمل مستوجب حد اعدام محدود باشد. البته در این خصوص نسبت به قانون 1370 رویکرد کیفرگرایانه‌ای در پیش گرفته شده است؛ زیرا طبق ماده 71 قانون 1370 انکار بعد از اقرار به زنا، موجب قتل یا رجم، موجب «سقوط حد» رجم و قتل بود، ولی در ماده 173 قانون 1392 انکار بعد از اقرار به زنا، موجب «تبدیل حد» به شلاق یا حبس (حسب مورد) است.

بدین ترتیب، در سیاست کیفرزدایی جدید ایران، مجازات‌های حدی از دو طریق «توبه و عفو» می‌توانند مشمول سه راهبرد کیفرزدایانه «سقوط»، «تقلیل» یا «تبدیل» قرار گیرند. لذا با توجه به ماده 114 قانون 1392 مقررات مربوط به نحوه «سقوط» حدود به موجب توبه یا عفو تعیین شده است ولی در رابطه با نحوه «تقلیل یا تبدیل» حدود، مقررات خاصی مشاهده نشده و فقط در برخی از مواد قانون (از جمله تبصره 2 ماده 114) پس از سقوط مجازات، مجازات تعزیری مقرر گردیده است. بنابراین با توجه به این ماده این پرسش قابل طرح است که چگونه می‌توان قائل به تقلیل میزان شلاق حدی یا تبدیل آن یا تقلیل یا تبدیل اعدام‌های حدی (مانند برخی مصادیق زنا) شد؟ در پاسخ به نظر می‌رسد هرچند در این رابطه مقررات یکپارچه و متقنی معین نشده، ولی مصادیقی از تقلیل یا تبدیل (نه به آن معنای خاص عرفی در تعزیرات) را که به طور عموم، ناظر بر مرحله اجرای حد است، می‌توان احصا نمود که عبارتند از: تبدیل رجم یا اعدام حدی در صورت انکار بعد از اقرار (ماده 173 قانون)، تبدیل حبس‌های حدی در صورت توبه: در این مورد (تبصره 2 ماده 278 قانون)، تبدیل رجم به دلیل عدم امکان اجرا (ماده 225 قانون) و سقوط حد کذف و سرقت (با شرایطی).

1.2.2. قاعدهٔ مصلحت

در مواجهه با کیفرگذاری مجازات‌های شرعی حدود و قصاص، سه رویکرد کلی سنت‌گرا، تجددگرا و نوگرا مطرح شده است (پیوندی، 1395: 161). تجددگرایان از میان سنت و تجدد، قایل به اصالت تجدد بوده و منتقد سنت می‌باشند. آنان در خصوص حدود قایل به تفکر و تقنین با توجه به ارزش‌های حقوقی سیاسی جدید هستند. سنت‌گرایان، ضمن رد وضعیت و مقتضیات جدید، معتقد به اجرای کامل کیفرهای حدی به شیوهٔ صدر اسلام می‌باشند. در توازن میان این دو رویکرد، نوگرایان، با پذیرش اصالت، اعتبار و مرجعیت نص، به بررسی جوانب ناکارآمد آن که ناشی از اقتضائات زمانه می‌باشد، می‌پردازند. طرفداران رویکرد سوم، بر مبنای عقل و مصلحت، از حدود الهی در برخی مواضع، عقب‌نشینی کرده و در این خصوص قائل به تغییر یا تبدیل کیفرها هستند (همان: 162).

بنابراین در رویکرد نوگرا، به‌رغم آنکه در سیاست کیفری اسلامی اصل بر عدم تأجیل و تأخیر در حدود می‌باشد، ولی همواره توجه به موقعیت فرهنگی و مکانی اجرای آن مدنظر بوده است. پیروان این دیدگاه ابراز می‌دارند از روایاتی که در مورد اجرای حدود اسلامی وارد شده است، می‌توان گفت که تعداد اجرای این کیفرها بسیار ناچیز بوده و از تعداد انگشتان دست در خلال ده‌ها بلکه صدها سال بیشتر نمی‌شود و اگر بر مبنای سایر روایاتی که این تعداد را بیشتر می‌کند نیز بنگریم، تعداد آن قابل توجه نیست. بدین ترتیب اصل بر عدم التزام کامل در این زمینه است. این رویکرد آنگاه تقویت می‌شود که در متون موجود، در مورد یک حادثه از اجرای حد، روایات مختلفی وجود دارد؛ ولی از اخبار و روایات متعدد از اجرای حدود در قضایای مختلف خبری نیست تا فضای جامعه آن زمان از جو کیفرهای اسلامی بترساند (التسخیری، 1425ق: 95). لذا در شرایطی که بیم تنفر از اسلام و پیوستن به دشمن و موجب شماتت دشمنان اسلام و تقویت جبههٔ آنها در مواجهه با جبههٔ حق می‌شود، الزام اقامهٔ آن مرتفع

دانسته می‌شود (بیاتی، 1395 (الف): 14). البته این به معنای ناقص بودن احکام اسلامی دانسته نمی‌شود؛ بلکه به دلیل موجود نبودن شرایط لازم برای اجرای حکم بوده و نبود شرایط، اصل حکم را خدشه‌دار نمی‌سازد (مؤمنی و رستمی نجف‌آبادی، 1394: 36). به‌دیگرسخن ادله ناظر بر تعطیل موقت برخی از حدود با ادله موضوعیت داشتن اجرای مجازات رجم و نهی از تعطیل حدود متعارض نبوده و بلکه در جمع بین دو ادله گفته می‌شود که موضوعیت داشتن اجرای مجازات رجم و نهی از تعطیلی حدود، ناظر به حکم اولی در مسئله و ادله ناظر بر تعطیل موقت برخی از حدود مربوط به حکم ثانوی در این خصوص است و هرکدام از دو حکم اولی و ثانوی در جای خود به لحاظ شرعی معتبر بوده و هیچ‌گونه تعارضی بین آن دو نیست (اسحاقی و همکاران، 1394: 49-50). بر همین اساس برای اختیار حاکم در تبدیل مجازات رجم، به قواعد و جوب حفظ نظام، حرمت تنفیر از دین، لاضرر و لاجرح و حتی قاعده درأ استناد می‌شود.

نتیجه نگرش‌های فوق درخصوص کیفرهای حدی را می‌توان در فرایند نهادینه‌سازی مجازات رجم در قوانین مجازات اسلامی مورد واکاوی قرار داد. مجازات رجم به‌رغم اختلافات فقهی، برای اولین بار در ماده 100 قانون حدود و قصاص سال 1361 در نظام ضمانت‌اجراهای کیفری ایران نهادینه شد که با وجود شناسایی قانونی، حسب شواهد مندرج در رویه قضایی، در عمل، اجرایی نشد و متروک گردید (کیفرزدایی اجرایی). همسو با مبانی فوق، در روند رسیدگی به لایحه قانون مجازات اسلامی در مجلس شورای اسلامی، مجازات رجم از لایحه مذکور حذف شد؛ ولی این موضوع محل مناقشه میان اعضای شورای نگهبان قرار گرفت. درنهایت با توجه به استدلال یکی از فقهای شورای نگهبان مبنی بر عدم تنافی حکم اولیه اجرای حد مذکور با اختیار حاکم

1. برخی معتقدند اگر شرایط زمانی و مکانی به‌گونه‌ای باشد که با اجرای حد، عدالت اجتماعی به طور کامل محقق نمی‌شود و براین اساس اجرای حد به مصلحت نبوده یا در تراحم با مصلحت مهم دیگری باشد، محل شبهه بوده و با توجه به قاعده «تدرء الحدود بالشبهات»، نمی‌توان حد را اجرا کرد (مؤمنی و همکاران، 1396: 254).

شرع در تبدیل مجازات به خاطر مصلحت اعلا (مؤمنی و رستمی نجفآبادی، 1394: 59)، مقررۀ موضوع ماده 225 قانون 1392 تصویب شد. بدین ترتیب یکی از تحولات کیفرزدايانۀ قانون 1392 مربوط به حد زناي محصن و زانیه محصنه (رجم) می باشد. با این توضیح که قانونگذار نیز با درک عدم استقبال از مجازات یادشده و همسو با برخی آرای فقهی و اجتماعی درخصوص رجم، کیفرزدایی از حد رجم را قانونی نموده است.¹ به صورتی که طبق ماده 225 قانون یادشده «در صورت عدم امکان اجرای رجم با پیشنهاد دادگاه صادرکننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضاییه چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هریک می باشد».

بدین ترتیب هرچند ماده یادشده، ابهامها و ایرادهای متعددی دارد (ساریخانی، 1396: 93-92)؛ ولی با توجه به اینکه هر عاملی می تواند موجب عدم امکان اجرای حد رجم قلمداد شود و محدودیتی در تعیین مصداق برای این مورد در نظر گرفته نشده و با توجه به حذف آگاهانه احکام مربوط به آیین و تشریفات مجازات رجم در قانون 1392، در عمل، ممکن است هیچ گاه حد رجم اجرا نشود؛ زیرا اول اینکه امکان اثبات زنا از طریق شهادت (با شرایط مندرج در قانون) بسیار کم است و بنابراین در صورت اثبات این جرم به طور معمول از طریق سایر ادله قانونی محقق می شود. دوم، شرایط خاص اجتماعی و بین المللی و عدم استقبال افکار عمومی از آن و همسو با رویکرد رعایت مصلحت در این موضوع، امکان اجرای آن را بسیار ضعیف می سازد. سوم، در این نوع کیفرزدایی از جرم حدی نیز دادگاه بدوی فقط نقش پیشنهاددهنده را داشته و تصمیم گیر نهایی، رئیس قوه قضاییه است و این مورد نیز مؤید دیدگاه شخصی بودن کیفرزدایی در جرائم جدی است. هرچند که احالۀ امر مهم تشخیص عدم امکان اجرای حد به قاضی دادگاه، ممکن است راه

1. البته این موضوع در لایحه قانون مجازات اسلامی به گونه ای دیگر تدوین شده بود (کلاتری و جعفریان سوتنه، 1392: 276).

را برای ایجاد رویه‌های سلیقه‌ای گشوده و حتی به تعطیلی این حکم بینجامد. لذا در قانون مجازات جدید، رجم‌زدایی از اولویت بیشتری برخوردار است.

با تمام این اوصاف، این پرسش مطرح است که چرا قانونگذار فقط اجرای رجم را بر مبنای مصلحت‌گرایی قابل تبدیل دانسته و اجرای سایر حدود را مشمول مصلحت‌گرایی کیفری ننموده است؟ این مصلحت‌گرایی ناقص باعث خواهد شد که اهداف مدنظر قانونگذار در پذیرش کیفرزدایی مصلحت‌مدار در مواجهه با رجم در اثر اجرای برخی از حدود دیگر در شرایط خاص نادیده انگاشته شده و از طریق اجرای سایر حدود بدنی، مصالح مورد نظر خدشه‌دار شود.¹ بنابراین مناسب است کیفرزدایی مصلحتی در تمام مجازات‌های حدی و حتی تعزیری مورد شناسایی قرار گیرد.

1.2.3. قاعده محرومیت

یکی از شرایط تحقق جرم زنا و تحمیل مجازات‌های سخت علیه مرتکب آن، توجه به شرایط و امکان بهره‌مندی جنسی او در قبل از ارتکاب جرم است. به صورتی که اگر برای او امکان بهره‌مندی جنسی فراهم نبوده باشد، کیفر شدید نبوده و با رویکرد ارفاقی‌تر مجازات سبک‌تری را متحمل خواهد شد. این نگاه به گذشته مرتکب از منظر کیفیت بهره‌مندی جنسی هرچند به عنوان شرط «احسان» مورد شناسایی قرار گرفته است، ولی از پنجره سیاست کیفرزدایی می‌تواند به عنوان قاعده مستقل در زدایش کیفر از مرتکب انگاشته شود. در این خصوص با مقایسه مقررات مربوط به حدود در قوانین مجازات اسلامی 1370 و 1392 تغییراتی مهم در مورد شرایط تحقق برخی حدود انجام شده که منجر به حدزدایی شده است. برای تحقق جرائم جنسی (زنا، لواط و قوادی) شروط جدیدی اضافه شده که باعث دشوارتر شدن اثبات این جرائم و در

1. نمونه بازتاب منفی اجرای حکم حد سرقت را می‌توان در قضیه قطع انگشتان سارق 28 ساله گوسفندان در مشهد در سال 1396 مورد بررسی قرار داد. برای بررسی جزئیات این پرونده، بنگرید به: ایسنا (isna.ir)، 28 دی 1396، شماره مطلب: 96102815192.

نهایت عدم محکومیت متهم به حد شده است. این شرایط جدید در جرائم جنسی مستوجب حد به طور عموم مربوط به امکان یا تحقق بهره‌مندی جنسی کامل و منطقی است. به این معنا که قانونگذار برخی عوامل جرم‌شناختی در ارتکاب جرائم جنسی را با توجه به تحول‌های شرایط اجتماعی به‌روزرسانی کرده و به نوعی تساهل و تسامح هوشمندانه‌ای در این زمینه اعمال نموده است. محورهای این قاعده را به شرح زیر تبیین می‌کنیم.

1.2.3.1. دگر جنس‌گرایان

شرط تحقق جرم زنای محصنه و محکومیت مرتکب به حد رجم (موضوع ماده 225) آن است که متهم در شرایط احصان این عمل را مرتکب شده باشد. در ماده 83 قانون 1370 مرد یا زن محصن، فردی بود که همسر دائمی داشته و با او درحالی‌که عاقل بوده، جماع کرده و هروقت نیز بخواهد بتواند با او جماع کند. ولی در ماده 226 قانون 1392¹ سه شرط بالغ بودن همسر، جماع در زمان بلوغ و جماع از قبُل به شرایط احصان اضافه شده است. بنابراین جماع با همسر نابالغ یا جماع با او قبل از بلوغ و نیز جماع از دُبُر موجب محصن/محصنه خواندن متهم نیست و در نتیجه حد رجم نسبت به او محقق نمی‌شود. همچنین بنابر نظر مشهور (و به اعتقاد برخی اجماع) فقها (الموسوی الکلبایکانی، 1412ق: 73) یکی از شروط تحقق احصان، دائمی بودن ازدواج با همسر است. قید «دائمی بودن» همسر به این معناست که اگر شخصی به صورت غیردائم (موقت) با زنی ازدواج نموده باشد و درحالی‌که با او جماع نموده و هنوز نکاح موقت به پایان نرسیده، با زن دیگری بدون رعایت مقررات شرعی و قانونی مذکور، جماع کند،

1. طبق ماده ۲۲۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲: «احصان در هریک از مرد و زن به نحو زیر محقق می‌شود:

الف - احصان مرد عبارت است از آنکه دارای همسر دائمی و بالغ باشد و درحالی‌که بالغ و عاقل بوده از طریق قبُل با وی در حال بلوغ جماع کرده باشد و هروقت بخواهد امکان جماع از طریق قبُل را با وی داشته باشد.
ب - احصان زن عبارت است از آنکه دارای همسر دائمی و بالغ باشد و درحالی‌که بالغ و عاقل بوده، با او از طریق قبُل جماع کرده باشد و امکان جماع از طریق قبُل را با شوهر داشته باشد».

در این حالت (در میانه متعه)، احصان محقق نشده؛ زیرا شرط تحقق احصان، دائمی بودن ازدواج با همسر است. بنابراین می‌توان گفت قانونگذار با نگاهی جرم‌شناسانه به ارتکاب زنا محصنه، امکان بهره‌مندی کامل و منطقی جنسی مشروع از همسر را در گرایش به ارتکاب جرم زنا مدنظر قرار داده و در واقع محرومیت از امکان جماع را به‌عنوان ارفاقی به مرتکبان تعیین نموده است. بنابراین در اینجا رویکرد کیفرزادایانه‌ای مبتنی بر اندیشه‌های جرم‌شناختی وجود دارد.

1.2.3.2. هم‌جنس‌گرایی مردان

درخصوص مجازات فاعل لواط، آرای فقها به چهار دسته تقسیم شده است: قتل مطلقاً (دسته اول)، رجم مطلقاً (دسته دوم)، قتل در صورت محصن بودن و جلد در صورت غیرمحصن بودن (دسته سوم) و رجم در صورت محصن بودن و جلد در صورت غیرمحصن بودن (دسته چهارم) (الموسوی الاردبیلی، 1427ق: ج 2، ص 44). از میان این آراء، در قانون 1370 (مواد 109 تا 112) برای تحقق جرم لواط، بلوغ، عقل و اختیار فاعل و مفعول کافی بود؛ لذا فتوای دسته اول، ملاک عمل بود. لکن در قانون جدید، علاوه بر موارد یادشده و نیز شرط علم به حرمت شرعی عمل ارتكابی (ماده 217) و برخلاف نظر مشهور فقها که تفاوتی بین محصن یا غیرمحصن بودن فاعل ندانسته و او را مستحق قتل می‌دانند (التبریزی، 1417ق: 185) شرط احصان نیز برای محکومیت فاعل به حد اعدام لازم دانسته شده است. بنابراین رویکرد قانونگذار 1392 به سمت نظر دسته سوم تغییر یافته است. به‌صورتی که طبق ماده 234 قانون جدید، فاعل در صورت دارا بودن شرایط احصان، اعدام خواهد شد و در غیر این صورت به صد ضربه شلاق محکوم می‌شود. البته در مورد مفعول در این جرم، این شرط پذیرفته نشده است. بنابراین اگر یک پسر که ازدواج دائم نکرده یا اینکه فردی که دارای همسر دائمی است، هنوز با همسر خود در زمان بلوغ و از قبل جماع نکرده باشد، اگر مرتکب لواط شود (به جز در موارد عنف و اکراه)، اعدام نشده و فقط به صد ضربه شلاق محکوم می‌شود. براین اساس قانونگذار همچون جرم زنا، در لواط نیز به طور ضمنی،

برخورداری از امکان بهره‌مندی جنسی مشروع را یکی از عوامل اصلی ارتکاب لواط توسط فاعل آن دانسته و محرومیت از این امکان را عامل مهمی در کیفرزدایی از این دسته از افراد تعیین کرده است.

1.2.3.3. سالخورده‌گان

در برابر بزهکاری جنسی سالخورده‌گان سه رویکرد را می‌توان بر مبنای فتاوا و مواد قانونی استخراج کرد: در رویکرد اول، نظر بر آن است که در عرف جامعه، ارتکاب جرائم جنسی توسط سالخورده‌گان در مقایسه با جوانان یا میان‌سالان، بازتاب منفی و قبح بیشتری دارد. در واقع انتظار جامعه از پیران، بهنجارمنشی و هدایت و ارشاد دیگران در این زمینه است. حال اگر این انتظار عرفی نادیده گرفته شده و آنان مرتکب جرم جنسی شوند، جامعه با شگفتی بیشتری مواجه شده و کمتر برمی‌تابد که مرشدان سالخورده خود هنجارهای مهم جامعه را نقض نمایند. به‌دیگرسخن، ارتکاب جرم جنسی توسط این دسته از شهروندان، از قباحت بیشتری برخوردار است و قوه حاکم نیز با شدت بیشتری واکنش کیفری نشان می‌دهد (قبح مشدد). در رویکرد دوم، ممکن است پیری یا جوانی در میزان بزهکاری جنسی مؤثر دانسته نشود و با نفی قبح مشدد نسبت به بزهکاری جنسی سالخورده‌گان، امیال جنسی در همگان غریزه‌ای طبیعی دانسته شده و تشدید مجازات مردود اعلام شود (قبح برابر). در رویکرد سوم، ممکن است به جهت سالخوردگی و ناتوانی‌های جسمی، نظر بر تساهل در اعمال کیفر به منظور اجتناب از پیامدهای مضاعف کیفر بر سلامت جسم و روان بزهکار سالخورده داده شود (قبح کمتر).

در راستای رویکرد اول و براساس نظر مشهور در منابع فقهی، اگر پیرمرد یا پیرزنی با وجود دارا بودن شرایط احصان، مرتکب زنا شوند، باعث جمع مجازات‌های حدی رجم و جلد می‌شود (همان: 107). این حکم در ماده 84 قانون 1370 مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته بود؛ ولی در ماده 225 قانون 1392 به صورت مطلق، مرتکب محصن یا محصنه فقط به حد رجم محکوم می‌شود و تفکیکی میان جوان یا پیر به عمل نیامده است. بنابراین از این جهت، حدزدایی صورت گرفته است.

1.2.4. قاعده ادعا

یکی از نتایج قاعده کلی ابتناء حدود بر تخفیف و تساهل آن است که دستگاه قضایی به طور سخت گیرانه‌ای به دنبال اثبات جرم و طبیعتاً اجرای کیفر نخواهد بود (سیاست بزه‌پوشی). بر این مبنا، اگر متهم به جرم حدی ادعا کند که به صورت عمدی و آگاهانه یا بروز شبهه در تشخیص مصداق، مرتکب بزه اتهامی شده، با عنایت به اینکه در جامعه دین‌مدار، اصل بر صداقت شهروندان است، مقام قضایی به صرف چنین ادعایی آن را پذیرفته و به جز در برخی از جرائم خاص که مربوط به حقوق شاکی یا حکومت اسلامی است، از ادامه پیگرد خودداری خواهد کرد. در این راستا به موجب ماده 218 قانون 1392، در جرایم موجب حد هرگاه متهم «ادعای» فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید؛ در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود و اگر ادعا کند که اقرار او با تهدید و ارباب یا شکنجه گرفته شده است، ادعای مذکور «بدون نیاز به بیّنه و سوگند» پذیرفته می‌شود. این رواداری آشکار در جرم زنا¹ و سب‌النبی² به صورت خاص مورد توجه قرار گرفته است (ر.ک: صادقی، 1373: 328-332).

با وجود این تساهل در اثبات جرائم حدی، این پرسش مطرح است که با توجه به اینکه جرائم یادشده، از جمله جرم‌های مهم و دارای پیامدهای زیان‌بار فردی و اجتماعی می‌باشند، چرا تساهل قانونگذار فقط در این جرائم مورد تبعیت قرار گرفته، ولی در سایر جرائم مستوجب قصاص یا تعزیر یا دیه ملاک عمل قرار ندارد؟ آیا حتی غیرقابل گذشت بودن جرم، می‌تواند مبنایی برای واکنش شدیدتر از جرائم حدی (حق

1. به استناد ماده 223 قانون 1392: «هرگاه متهم به زنا، مدعی زوجیت یا وطی به شبهه باشد، ادعای وی بدون بیّنه یا سوگند پذیرفته می‌شود؛ مگر آنکه خلاف آن با حجت شرعی لازم ثابت شود».

2. طبق ماده 263 قانون 1392: «هرگاه متهم به سب، ادعا نماید که اظهارات وی از روی اکراه، غفلت، سهو یا در حالت مستی یا غضب یا سبق لسان یا بدون توجه به معانی کلمات و یا نقل قول از دیگری بوده است، سب‌النّبی محسوب نمی‌شود».

اللهی) باشد؟ بنابراین به نظر می‌رسد در این زمینه، سیاست کیفرزداییِ ادعامحور (بروز شبهه یا عدم قصد) می‌تواند در سایر جرائم نیز گسترش یابد.

1.3. سایر حدزدایی‌های نوین

در پایان قواعدشناسی کیفرزدایی در حدود، قابل ذکر است که علاوه بر موارد فوق، تحول‌های کیفرزدایانه دیگری در قانون 1392 در پیش گرفته شده که به‌عنوان قاعده شناسایی نشدند. مهم‌ترین این تحول‌ها به شرح زیر است:¹

1.3.1. حدزدایی‌های ماهوی

الف) در قانون 1370 در جرم قوادی، به لزوم تحقق جرم زنا یا لواط توسط افرادی که قواد، آنها را به هم می‌رساند، تصریح نشده بود (ماده 135) ولی طبق تبصره 1 ماده 242 قانون جدید «حد قوادی منوط به تحقق زنا یا لواط است و در غیر این صورت عامل، مستوجب تعزیر مقرر در ماده 224 قانون (سی ویک تا هفتاد و چهار ضربه شلاق و حبس تعزیری درجه شش) می‌باشد. اگرچه این شرط باعث حدزدایی است، ولی با توجه به اینکه در صورت عدم وقوع زنا یا لواط، مرتکب به شلاق و حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود، در عمل باعث افزایش مجازات او می‌گردد. همچنین با توجه به جنبه شرعی این نوع تعزیر، به استناد تبصره 2 ماده 115 قانون مذکور، امکان اعمال برخورداری از ارفاقات کیفرزدایانه نیز وجود نخواهد داشت. بنابراین این نوع حدزدایی منجر به تعزیرگرایی تشدید شده است.² لذا مناسب بود کیفر حبس برای این

1. برای مطالعه جزئیات سایر موارد تخفیف، تشدید، تبدیل یا تغییر مجازات‌های جرائم حدی، رک: گرجی،

1395: 144-165.

2. البته در پرونده‌ای که محکوم براساس قانون 1370 محکوم به مجازات جرم قوادی (75 ضربه شلاق) شده بود، شعبه 8 دیوان عالی کشور، در مقام رسیدگی رسیدگی به درخواست تجدیدنظرخواهی، محکوم را با این استدلال که حکم به حد قوادی منوط به تحقق زنا یا لواط است که در مانحن‌فیه منتفی بوده و مطابق مقررات قانون مجازات اسلامی جدید مجازات اخفی برای آن لحاظ شده است، دادنامه صادره از سوی شعبه 18 دادگاه کیفری استان اصفهان را نقض و برای رسیدگی به شعبه دیگر ارجاع داد. این بار شعبه 16 دادگاه کیفری استان به موضوع رسیدگی نموده و با احراز اصل بزهکاری متهم و استناد به ماده 242 قانون 1392 و رعایت تبصره یک

جرم تعیین نمی‌شد تا تفاوت میان دو گونه از رفتارهای یادشده (منجر به نتیجه و عدم تحقق نتیجه) مشخص شود.

ب) بر خلاف قانون 1370، بر اساس تبصره 1 ماده 114 قانون 1392، توبه محارب قبل از دستگیری موجب سقوط حد می‌باشد.

ج) در قانون 1370، حدّ زنا با محارم نسبی (مطلقاً) قتل بود (بند الف ماده 82) و زناى زن محصنه با نابالغ موجب حد تازیانه مقرر گریده بود (تبصره ماده 83). ولی در قانون 1392، در زنا با محارم نسبی، چنانچه زانیه بالغ و زانی نابالغ باشد، مجازات زانیه فقط صد ضربه شلاق است (ماده 228). بنابراین در خصوص زناى با نابالغ، کیفرزدایی قانونی (تبدیل قتل به شلاق) صورت گرفته است.

چهارم. در قانون 1370، انکار بعد از اقرار به زناى مستوجب قتل یا رجم، موجب سقوط این دو کیفر می‌شد و در غیر این صورت (یعنی زناى مستوجب غیر از رجم یا قتل) مجازات ساقط نمی‌شد (ماده 71). با وجود این، در قانون 1392 در صورت انکار بعد از اقرار به زنا نیز کیفرزدایی انجام شده است. به صورتی که در زناى مستوجب غیر

ماده 244 رأی به تحمل سی و یک ضربه شلاق و شش ماه حبس صادر نمود. با تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه، موضوع در شعبه 8 دیوان مورد رسیدگی قرار گرفت. شعبه یادشده در این مرحله اعلام نمود با توجه به این‌که رسیدگی سابق این شعبه در راستای تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه بوده و در این حالت تعیین مجازات جدید نباید عملاً اشد از مجازات سابق باشد و کار را بر محکوم‌علیه دشوارتر نماید، درحالی‌که محکومیت محکوم‌علیه در دادنامه سابق‌الصدور (منقوض) 75 ضربه شلاق و شش ماه تبعید بود، ولی در وضعیت فعلی و در دادنامه فعلی محکومیت وی سی و یک ضربه شلاق و شش ماه حبس تعزیری صادر شده که نقض غرض مقنن و فلسفه تجدیدنظرخواهی محکوم‌علیه است و در این‌گونه موارد رعایت کیفیات مخففه و استفاده از مجازات جایگزین، به‌ویژه با گذشت قطعی شکایه مطلوب می‌باشد؛ لذا رسیدگی ناقص تلقی، رأی تجدیدنظرخواسته شماره 00526-92/12/4 صادره از شعبه 16 دادگاه کیفری استان اصفهان مستنداً به بند 2 شق (ب) ماده 265 قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری (1378) نقض و رسیدگی مجدد به همان دادگاه ارجاع نموده است (دادنامه شماره 9309970910000399 مورخ 1393/5/26). بنابراین به نظر می‌رسد از نظر این شعبه، امکان اعمال تدابیر ارفاقی در این جرم نیز میسر است.

رجم یا قتل (یعنی شلاق) باعث تبدیل آن به حبس تعزیری درجه پنج خواهد شد (ماده 173).

1.3.1. حدزدایی شکلی؛ حذف تشریفات اجرای حدود از پیکره قانون

از تغییرات قابل توجه در قانون 1392 عدم تصریح به تشریفات و جزئیات مربوط به نحوه اجرای مجازات‌های (به‌خصوص حدود) است. در قانون 1370 جزئیاتی مانند وضعیت هوا از جهت گرمی و سردی (ماده 96)، عدم اجرای حد در سرزمین دشمنان (ماده 97)، ترتیب پرتاب سنگ توسط اصحاب پرونده در مجازات رجم (ماده 99)، نحوه استقرار و پوشش محکوم در زمان اجرای شلاق و تعیین قسمت‌های مجاز برای اصابت آن بر بدن (مواد 100، 155، 156 و 157)، تعداد حاضرین در زمان اجرای حد (ماده 101)، میزان دفن محکوم به رجم در گودال (ماده 102)، نتیجه فرار محکوم از گودال اجرای رجم (ماده 103)، تعیین اندازه سنگ‌ها در اجرای رجم (ماده 104) اشاره شده بود؛ ولی در ماده 216 قانون 1392 اجرای حدود، قصاص و دیات براساس آیین‌نامه مصوب رئیس قوه قضاییه خواهد بود. همچنین به موجب ماده 544 قانون آیین دادرسی کیفری 1392، احکام حدود و سایر احکام راجع به قصاص و دیات طبق مقررات مربوط اجرا می‌شود.

بنابراین تمام جزئیات و تشریفات یادشده که نشان‌گر شدت و سخت‌گیری در برخی جرائم حدی بود، حداقل از قانون حذف گردیده و به تصویب آیین‌نامه موکول شده است. البته با توجه به اینکه مهلت شش ماه تصویب آیین‌نامه مذکور مدت زیادی است که به پایان رسیده است، در عمل، ممکن بود تا زمان پایان مهلت شش ماه برای ابلاغ آیین‌نامه جدید، عمل به آیین‌نامه نحوه اجرای احکام قصاص، رجم، قتل، صلب، اعدام و شلاق موضوع ماده 293 قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور

کیفری^۱ مجاز تلقی می‌شود؛ ولی با عنایت به گذشت بیش از سه سال از مهلت تصویب آیین‌نامه جدید، عمل به آیین‌نامه قبلی محل تأمل است و حتی ممکن است با توجه به عدم اعتبار آیین‌نامه قبلی، اجرای کیفرهای یادشده با اشکال مواجه باشد.

حذف جزئیات اجرای مجازات‌های حدی از پیکره قانون و آیین‌نامه‌ای شدن این موضوع، هرچند درخصوص نحوه اجرای رجم، به عقیده برخی، درمجموع حاکی از «حق فرار از رجم» بود؛^۲ ولی به نظر می‌رسد می‌تواند برخی انتقادات مبنی بر خشونت کیفری را برطرف ساخته و عدم اصرار قانونگذار بر اجرای مجازات‌های حدی به صورت خاص و حتی نسبت به این موضوع تساهل را نشان دهد. بر همین مبنا، آیین‌نامه‌ای شدن اجرای مجازات‌های یادشده، این امکان را به قوه قضاییه داده است تا با رویکرد کیفرزدا، نحوه اجرای مجازات را به گونه‌ای مقرر کند که ابعاد سخت‌گیرانه و گاهی نامقبول را نادیده گرفته و به ساده‌ترین روش در شیوه اجرای مجازات قانونی بسنده نماید.

درمجموع قانون 1392 تعداد جرائم حدی را در مقایسه با قانون 1370 از نه مورد به دوازده مورد افزایش داده (بغی، سب النبی و افساد فی الارض) و این افزایش عددی در کنار تجویز مراجعه قاضی به منابع فقهی براساس اصل 167 قانون اساسی (موضوع ماده 220) نوعی کیفرگرایی قابل نقد است؛ ولی در سایر حدود، با توجه به اینکه کشش گران دخیل در امر کیفری، شامل شخص بزه‌کار، بزه‌دیده و رئیس قوه قضاییه و

1. روزنامه رسمی، شماره 17124 مورخ 1382/9/19.

2. در این دیدگاه، با توجه به روایات، غرض شارع مقدس از رجم، منحصرأ کشتن شخص نبوده است؛ بلکه غرض، نوعی توبیخ و تحقیر زانی محصن و زانیه محصنه و پیشگیری از تکرار جرم (بازدارندگی) بوده است. لذا امکان فرار در زناهی که با اقرار مرتکب ثابت شده است و نیز سقوط حد بعد از انکار آن در این حالت، لزوم سنگریزه بودن سنگ‌ها و درشت نبودن آنها در رجم (کشنده نبودن) و لزوم عدم اصابت سنگ به صورت فرد (حساس نبودن محل اصابت) و تردید در مفهوم دفن به معنای در خاک کردن، حق فرار از رجم را تقویت می‌کند. (منتظری، 1387: 157-151).

مقام رهبری، ایفای نقش نموده و قاضی در این زمینه اختیار چندانی ندارد، می‌توان گفت در جرائم حدی، کیفرزدایی از طرق محدود ولی با امکان اعمال وسیع و با اراده متهم یا مرتکب قابل تحقق است. البته این دیدگاه، نافی سایر موارد محدودکننده اجرای مجازات‌ها (اعم از حدود و قصاص و دیات و تعزیرات) شامل قاعده درأ یا سقوط موقت کیفر مانند بیماری محکوم یا جنون وی نخواهد بود. با وجود این در بند 6 ماده 26 آیین‌نامه کمیسیون عفو و بخشش محکومین، محکومین به جرائم حد شرعی اعدام و رجم مانند زنا محصنه و لواط مشروط بر اینکه جرم آنان با شهادت شهود عادل ثابت شده باشد، از شمول عفو خارج شده‌اند که به نظر می‌رسد با توجه به اطلاق احکام قانون 1392 مغایر بوده و نیازمند اصلاح و به‌روزرسانی است.

2. اصل قصاص‌زدایی؛ رواداری در کیفرخواهی

قصاص، مجازات قتل عمد و تجاوز به سلامت جسم است و مجنی‌علیه یا ولی دم می‌تواند در قبال دریافت دیه یا بدون آن، گذشت (عفو) کند. تشریح قصاص به زمان قبل از ظهور اسلام بازمی‌گردد و در امت‌های گذشته و ادیان و شریعت‌های قبل از آن، با شیوه‌ها و احکام متفاوت اجرا می‌شده است. لذا این کیفر، تأسیس و ابداع اسلام نبوده، بلکه فقط از سوی اسلام با شرایط جدید و احکام خاص به امضا رسیده است (العلوی، 1415ق: 30). در تبیین حکمت قصاص، دو بُعد شخصی و عمومی مدنظر قرار گرفته است. از جنبه شخصی، افزون بر تشفی خاطر اولیای دم، به اجتناب از زیاده‌روی آنان در این زمینه نیز استناد شده است؛ زیرا پیش از اسلام، اولیای دم در قبال قتل یکی از بستگان‌شان، اموال فراوانی را از قاتل اخذ می‌کردند. حتی اگر قاتل و خویشاوندانش تمام دارایی‌های خود را می‌بخشیدند، اولیای مقتول راضی نمی‌شدند و حس انتقام‌جویی خود را به دیگر بستگان جانی هم سرایت می‌دادند. لذا ضابطه‌مندسازی نحوه واکنش طرفین جنایت و به تعبیری دیگر، انتقام‌زدایی و تقاص‌زدایی بی‌ضابطه، مبنای بنیادین تشریح قصاص بوده است. از جنبه عمومی، قصاص به عنوان عامل حیات افراد و اجتماع معرفی

شده است: «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» (بقره: 179). در واقع در این بعد، جنبه بازدارندگی کیفر قصاص و پرهیز سایر افراد از ارتکاب جنایت علیه دیگران مد نظر قرار گرفته است (فتوحی بهنسی، 1989: 14-12).

با وجود شناسایی حق اولیای دم در قصاص، شارع بر عفو نیز تأکید می‌کند و آن را بهتر و پسندیده‌تر می‌داند و می‌فرماید: «فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ» (بقره: 187). بنابراین از این جهت نیز در نزد شارع، اصل عدم استیفای قصاص مورد نظر است. در این منظومه کیفری، در صورت عفو، حق خصوصی ساقط می‌شود و حق جامعه در کیفر دادن جانی به وسیله تعزیر باقی خواهد ماند. اگر صاحب حق قصاص از آن امتناع کند یا شرایط اجرای آن فراهم نباشد، نوبت به دیه می‌رسد. در این مورد نیز ولی امر می‌تواند در صورتی که به مصلحت عموم باشد، جانی را علاوه بر دیه، به تعزیر محکوم کند (ماده 612 قانون تعزیرات).

بدین سان منظور از قصاص زدایی، سازوکارهای زدایش (سقوط یا تبدیل) قصاص است. با توجه به اینکه قصاص، باعث ایجاد یک نقص متقابل و دائم در اعضای بدن جانی یا ستاندن جان وی می‌شود، بحث حاضر اهمیت مضاعفی پیدا می‌کند؛ زیرا ظاهر مجازات قصاص، خون‌ریزی است و سزایی انتقام‌جویانه از مرتکب است و اگر از ریختن خون دیگری جلوگیری شود، در واقع قصاص زدایی، به مثابه انتقام‌زدایی از جامعه خواهد بود. قصاص زدایی، به طور عموم تلاشی است برای اثرگذاری بر اراده صاحب قصاص تا حقی را که خداوند به او داده است، اجرا نکند و در مقابل اجرا نکردن حق، عفو را در پیش گرفته یا دیه مقدر دریافت یا مصالحه کند. البته در برخی مکاتب فقهی، امکان سقوط یا تخفیف قصاص بر اثر توبه جانی مورد پذیرش قرار گرفته است. موافقان تأثیر توبه بر قصاص همانند پذیرش توبه در سایر جرائم سنگین (به خصوص جرائم حدی) به عموم آیات قرآنی و برخی روایات استناد کرده‌اند. همچنین اظهار می‌دارند وقتی توبه کافر با مسلمان شدن او مقبول واقع می‌شود (به اجماع)، به طریق اولی توبه

قاتل معتبر است. در مقابل، مخالفان تأثیر توبه بر قصاص، با تمسک به جنبه حق الناسی آن، سقوط قصاص را فقط با جلب رضایت اولیای دم معتبر می‌دانند (احمد عدوان، 2014: 153-155). بنابراین با توجه به اینکه طبق ماده 116 قانون 1392 نیز توبه در قصاص مردود اعلام شده است، این اصل را با دو قاعده اراده و تبدیل بررسی می‌کنیم.

2.1. قاعده اراده

از جمله ویژگی‌هایی که برای مجازات اسلامی قصاص بر شمرده شده است، غلبه جنبه حق الناسی این کیفر بر جنبه‌های عمومی و حق‌اللهی آن است که این جنبه از قصاص، واجد آثار مختلفی از جمله تبعیت اجرا یا سقوط آن از نظر صاحب حق قصاص است و عدم اختیار حکومت یا جانی در این زمینه است (مرادی، 1396: 378) (مواد 381 و 386 قانون 1392). این مجازات که در قبال ایراد جنایت نسبت به نفس یا عضو انسان مورد تشریح قرار گرفته، در واقع کیفری انتقام‌جویانه و تشفی‌آمیز برای صاحب حق قصاص (اعم از مجنی علیه یا وراث وی) است و اجرا یا عدم اجرای آن، منوط به اراده آنهاست (ماده 347). در صورتی که صاحب حق، خواهان اجرای قصاص باشد، با لحاظ سایر شرایط قانونی و شرعی، اجرا خواهد شد و اگر خواهان عدم اجرا (گذشت) باشد، ممکن است در قبال دریافت دیه (اعم از کمتر یا بیشتر از میزان قانونی) یا بدون دریافت آن انجام شود. حتی علاوه بر اعلام «حق» اعمال قصاص برای مجنی علیه و اولیای دم و اختیار عفو جانی از قصاص در جنایات یا مصالحه با او (ماده 365)، برخی فقها، عفو جانی را با توجه به آیه 178 سوره بقره «فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ» و برخی روایات وارد در تفسیر این آیه، مستحب بودن عفو یا مصالحه را مطرح کرده‌اند (بیاتی، 1395 (ب): 93) یعنی پروردگار نیز در قبال عدم اجرای کیفر قصاص، خشنود می‌شود و با توصیه به آن، به اولیای دم، پاداش (ثواب) اعطا می‌کند (کیفرزدایی مستحب).

بنابراین در مجازات‌های قصاص و همچنین دیه (که ممکن است به طور اجباری یا اختیاری دریافت شود) به جز مواردی که مقام رهبری، ولی است (ماده 356) اصل بر

امکان عدم اجرای این کیفرهاست و قاضی در جنبه خصوصی آنها اختیار تصمیم‌گیری قضایی بدون توجه به اراده صاحب حق را ندارد. لذا در این زمینه، اصل/امکان کیفرزدایی به اراده بزه‌دیده (مستقیم یا غیرمستقیم) مطرح است و برخلاف حدود که به طور عموم بزه‌کارمدار است، در قصاص و دیه، کیفرزدایی به اراده بزه‌دیده منوط بوده و در واقع بزه‌دیده‌مدار است. بنابراین می‌توان از اصل امکان قصاص‌زدایی (اعم از اجباری یا اختیاری) یاد کرد. البته گذشت صاحب حق از حق خود و نادیده گرفتن حس انتقام و تشفی خاطر خویشتن، باعث عدم توجه به حق عمومی جامعه مبنی بر اختلال در نظام و بیم تجری مرتکب نخواهد شد و طبق قانون، تعزیر بدل از قصاص (نفس یا عضو) به قوت خود باقی است. بدین لحاظ، در مواد مختلف کتاب قصاص قانون 1392 به تعزیر مقرر در کتاب پنجم قانون (تعزیرات) استناد شده است. به طوری که طبق ماده 447 قانون 1392، در خصوص قتل عمدی مطابق ماده 612 قانون تعزیرات و در سایر جنایات عمدی مطابق ماده 614 و تبصره آن عمل می‌شود و طبق مواد 23 و 25 قانون 1392 مقررات مربوط به مجازات‌های تکمیلی و تبعی نیز اجرا می‌شود.

در قانون 1392 برخی از خلأها و ابهام‌های قانون 1370 در زمینه اعمال اراده بزه‌دیده در مطالبه حق احتمالی خود برطرف گردیده است که هریک از این اصلاحات، از لحاظ کیفرزدایانه بودن یا کیفرگرایانه بودن حکم جدید نسبت به حکم قبلی، قابل ارزیابی است. این تحولات عبارتند از: اعطای اختیار به ولی قهری اولیای دم صغیر (کیفرگرا)، تصریح به عدم قصاص مباشر سقط جنین و نیز دستوردهنده به قتل دیگری (کیفرزدا)، حمایت از تمام بزه‌دیدگان قتل از طریق مجازات قاتل در محدوده سرزمینی قوانین جزایی حسب وضعیت اعتقادی بزه‌دیده (کیفرگرا)، تصریح به عدم لزوم جلب رضایت قاتل در صورت صرف نظر از قصاص و جهت تبدیل آن به دیه (کیفرگرا)، تصریح به لزوم آگاهی مرتکب به کشنده بودن عمل ارتكابی (کیفرزدا)، شمول پرداخت دیه در دفاع مشروع در وضعیتی که مدافع با وجود شرایط دفاع، قدری فراتر از نیاز،

اقدام به دفاع از خود نماید و مهاجم را به قتل برساند (کیفرزدا)، مشروط شدن مجازات حبس ابد برای اکراه‌کننده به وجود شرایط عمومی قصاص در اکراه‌کننده و حق اولیای دم و قابل گذشت و مصالحه شدن آن و قابلیت تبدیل آن به مجازات معاون در صورت عدم محکومیت به حبس ابد (کیفرزدا: ماده 376)، توسعه ضمان بیت‌المال جهت جلوگیری از سوءاستفاده برخی مجرمین مانند امکان پرداخت فاضل دیه از بیت المال در مواردی عدم توانایی توانایی صاحب حق قصاص در پرداخت آن و مصلحت در اجرای قصاص (ماده 428: کیفرگرا)، محفوظ بودن حق قصاص برای ولی دم در صورت زنده ماندن قاتل پس از اجرای قصاص (ماده 438: کیفرگرا)، تحول‌های کیفرزدا یانۀ مربوط به مسئولیت عاقله در پرداخت دیه (مواد 463 تا 470).

همچنین برخی جرم‌انگاری‌های جدید در مقررات قصاص در قانون 1392 عبارتند از: جرم‌انگاری قتل مهدورالدم، جرم‌انگاری کشتن قاتل توسط اولیای دم بدون اذن دادگاه و نیز پذیرش عمدی بودن قتل ناشی از اشتباه (ر.ک: مجیدی، 1394؛ همو، 1393). لذا هرچند جرم‌انگاری‌های مذکور نوعی کیفرگرایی نیز تلقی شود، ولی به نظر می‌رسد این مقررات، در جهت حفظ نظم و امنیت عمومی بوده و کیفرگرایی پسندیده‌ای انجام شده؛ زیرا این کیفرگرایی در جهت کاهش انتقام خصوصی و کیفردهی شخصی پیش‌بینی شده است و منجر به کیفرزدایی خواهد شد. باوجوداین یکی از راهکارهای اساسی برای کاهش موارد قصاص، درجه‌بندی قتل‌های عمد و محدود کردن قصاص به جنایت با برنامه‌ریزی قبلی، در قوانین ما پیش‌بینی نشده است (قاری سید فاطمی و ساجدی فومنی، 1392: 180)؛ به‌صورتی که می‌توان اعمال نوعاً کشنده را که فرد، قصد واقعی و برنامه قبلی برای کشتن را ندارد، از شمول قتل عمد و در نتیجه قصاص مرتکب خارج و آنها را غیرعمد تعیین نمود.

در زمینه اعمال اراده صاحب قصاص، هرچند اذن مقام رهبری یا نماینده او لازم است (ماده 417 قانون 1392) ولی در قانون مذکور، استیذان در اجرای قصاص، برای نظارت بر صحت اجراء و رعایت حقوق صاحب حق قصاص و اطراف دیگر دعوی

است و نباید مراسم استیذان، مانع از امکان استیفای قصاص توسط صاحب حق قصاص و محروم شدن او از حق خود شود (ماده 418). بنابراین فرض مخالفت مقام یادشده با اجرای قصاص ظاهراً منتفی است. این در حالی است که ممکن است در شرایط زمانی و مکانی خاص، اجرای قصاص به مصلحت نباشد. بر این مبنا، به‌رغم آن که توجه به مصلحت عمومی در اجرای حدود پذیرفته شده است و ممکن است به دلیل به مصلحت نبودن اجرای حد، این مجازات ساقط یا تبدیل به مجازاتی دیگر شود؛ ولی در قصاص چنین امری مورد شناسایی قرار نگرفته است. از این سیاست دوگانه می‌توان نتیجه گرفت که در مجازات حد که جنبه حق‌الله دارد، مصلحت‌اندیشی رواست؛ ولی در قصاص با توجه به حق‌الناسی بودن آن، مصلحت صاحب قصاص بر مصلحت عمومی ترجیح داده شده است. این موضوع از منظر سیاست کیفرزدایی، قابل نقد است.

2.2. قاعده تبدیل

از مجموع ابعاد سه‌گانه جنایات از جنبه کیفر (قصاص، دیه و تعزیر) این نتیجه حاصل می‌آید که اگرچه قضات در تعیین قصاص یا دیه در اصل بنابر انتخاب صاحب حق عمل می‌کنند؛ ولی از لحاظ هدایت جریان رسیدگی برای گذشت اولیای دم یا مجنی‌علیه، می‌توانند اثرگذار بوده و آنها را به تصمیم بر عدم مطالبه قصاص رهنمون سازند؛ ولی در باب جنبه تعزیری، مجازات متناسب را در نظر گرفته و توازن شایسته‌ای میان جنبه خصوصی و عمومی جنایت ارتكابی برقرار سازند.

بدین ترتیب کیفرزدایی در جنایات که مستوجب قصاص است، فقط از طریق تبدیل قصاص متصور خواهد بود و تقلیل قصاص را نمی‌توان متصور شد؛ زیرا این قسم از کیفرها، جنبه خصوصی داشته و به لحاظ میزان، مشابه جنایت وارده به مجنی‌علیه می‌باشد و حقی برای مجنی‌علیه یا اولیای دم وی می‌باشد و قاضی نمی‌تواند دخل و تصرف کاهشی در میزان قصاص جانی نماید. براین اساس تبدیل قصاص به لحاظ جهات، اهداف، اراده معتبر و مجازات جانشین با تبدیل تعزیر متفاوت است (مرادی، 1396: 79-80). لذا

از میان مقررات باب قصاص موارد متعددی از تبدیل قصاص را می‌توان استخراج نمود؛ از جمله موارد اجباری تبدیل قصاص، تبدیل قصاص به دیه بر اثر مرگ یا فرار مرتکب (ماده 435) یا مردد بودن مقتول هر یک از دو یا چند قاتل (ماده 366) و از جمله موارد اختیاری تبدیل قصاص به دیه نیز می‌توان به مصالحه حق قصاص با قاتل (جانی) توسط مقتول (مجنی علیه) (موضوع ماده 365) و تبدیل حق قصاص نفس توسط ورثه (ماده 348) اشاره کرد (همان: 82). در گفتنی است، هر چند تبدیل قصاص، در اختیار صاحب آن است، ولی این اختیار نافی حق او در عفو جانی نخواهد بود.

نتیجه

در زمینه کیفرزدایی، قواعد حاکم بر مجازات‌های حد و قصاص نسبت به مجازات‌های تعزیری متفاوت است. به طوری که در حد زدایی، توجه و اجرای کامل قاعده بنیادین «ابتناء الحدود علی التخیف» زمینه تساهل و رواداری گسترده‌تر از وضعیت موجود در خصوص اثبات یا اجرای مجازات‌های حدی را فراهم می‌آورد. به صورتی که افزون بر امکان زدایش حد بر مبنای قاعده بازگشت (از طریق عفو و توبه و انکار)، قواعد زدایش بر مبنای مصلحت و زدایش بر مبنای کیفیت بهره‌مندی (محرومیت) جنسی نیز می‌تواند از اقتضات قاعده بنیادین یادشده باشد. در نتیجه هر چند قاضی اختیار چندانی در تغییر کم و کیف مجازات ندارد، ولی با توجه به امکان توبه و انکار از سوی متهم، نوعی کیفرزدایی بزه‌کار/مدار و به جهت امکان گذشت بزه‌دیده در برخی حدود، کیفرزدایی بزه‌دیده/مدار را فراهم می‌آورد و دایره کیفردهی را مضیق‌تر می‌نماید. در نگاهی کلی به الگوی کیفردهی در حدود جنسی نیز می‌توان گفت مسیر کلی اصل حدزدایی و قواعد آن، به سمت تساهل نسبت به جرایم جنسی است. در واقع، در سیاست کیفری جدید ایران، شاهد کیفرزدایی فزاینده در جرایم جنسی می‌باشیم.

در قصاص‌زدایی، قواعد زدایش ارادی و تبدیلی در کیفر قصاص قابل‌استنتاج است. به‌صورتی که با عنایت به اینکه صلاحیت و اختیار صاحب قصاص در اعمال آن، امکان کیفرزدایی اختیاری - حق‌الناسی وجود دارد؛ بنابراین در این چهارچوب، کیفرزدایی به اختیار صاحب قصاص واگذار شده است. هرچند که به جهت جنبه عمومی جنایت، تعزیر نیز اجرا خواهد شد و قواعد تعزیرزدایی قابل‌اجراست. البته اختیار صاحب قصاص در مورد آن، ممکن است از نوع عفو یا اخذ دیه قانونی یا توافق باشد. بنابراین حسب نوع‌گزینش در حقوق قانونی یادشده، نوع قصاص‌زدایی نیز متفاوت است. در کنار قواعد اصلی یادشده، در قانون 1392 در راستای تعیین حدود اختیار صاحب قصاص، مقرراتی وضع گردیده است که حسب مورد می‌توان آنها را قصاص‌زدا یا قصاص‌گرا محسوب نمود.

منابع

1. احمد عدوان، عبدالعظیم، (2014م)، «أثر التوبة فى القصاص و الحدود»، مجلة العلوم القانونية و السياسية، المجلد الثالث، العدد الثانى.
2. اسحاقى، محمد، و سيد محمدرضا امام و مصطفى مسعوديان، (1394)، «اختيار حاكم اسلامى در تبديل مجازات رجم با نگاهى به نظرهاى شوراي نگهبان»، دو فصلنامه دانش حقوق عمومى، سال چهارم، شماره 12، پاييز و زمستان 1394.
3. التبريزى، الميرزا جواد، (1417ق)، أُسس الحدود و التعزيرات، قم: مهر، چاپ اول.
4. تبريزى، جواد، (1387)، تنقيح مباني الاحكام: كتاب الحدود و التعزيرات (شرايع الاسلام)، ج 1 و 2، قم: دار الصديقه الشهيدة (س).
5. التسخيرى، محمدعلى، (1398ق)، نظرة فى نظام العقوبات الاسلاميه، بيروت: دار التعارف للمطبوعات.
6. _____، (1425ق)، القواعد الاصوليه و الفقيهه على مذهب الاماميه، الجزء الثانى، الاعداد لجنه العلماء فى الحوزه العلميه بقم، الجمهوريه الاسلاميه الايرانيه، الطبعة الاولى، تهران: المجمع العالمى للتقريب بين المذاهب الاسلاميه، اداره النشر و المطبوعات.
7. الفيتورى، محمد عطيه، (1998)، فقه العقوبه الحديه فى التشريع الجنائى الاسلامى، المجلد الاول، بنغازى: منشورات جامعه قازيونس، الطبعة الاولى.
8. بياتى، محمد حسين، (الف)، (1395)، المباني الفقيهيه لقانون العقوبات الاسلاميه؛ كتاب القصاص، القسم الاول: المواد العامه، تهران: جنگل، جاودانه، چاپ اول.
9. _____، (ب)، (1395)، فقه القضا، تهران: جنگل، جاودانه، چاپ اول.
10. بيوندى، غلامرضا و ولى محمد احمدوند، «حدود و قصاص در سپهر گفتمان هاى فقهي»، فصلنامه تخصصى دين و قانون، شماره 14، زمستان 1395.
11. حاجى ده آبادى، احمد و محمد رجبى، «تأملی بر مقررات توبه در قانون مجازات اسلامى مصوب 1392»، فصلنامه حقوق اسلامى، سال دوازدهم، شماره 46، پاييز 1394.

12. الحسینی العاملی، السید محمد جواد، (بی تا)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
13. حسینی، سید محمد، «حدود و تعزیرات؛ قلمرو، انواع، احکام»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره 38، شماره 1، بهار 1387.
14. خادمی کوشا، محمدعلی، «تبدیل ناپذیری حدود (مجازات های بدنی معین) در اسلام»، فصلنامه کاوشی نو در فقه، سال 24، شماره 2، تابستان 1396.
15. زید الکیلانی، جمال، (2014م)، «مقاصد العقوبه فی الشریعة الإسلامیة»، مجله جامعه النجاح للأبحاث (العلوم الانسانیة)، المجلد 28 (1).
16. ساریخانی، عادل، «فلسفه احصان در جرائم جنسی مستوجب حد با محوریت قانون مجازات اسلامی سال 1392»، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، شماره 48، تابستان 1396.
17. صابر، محمود و علی رفیع زاده، «مقررات ماهوی و شکلی توبه در نظام قانونگذاری کیفری ایران»، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره 71، پاییز 1394.
18. صادقی، محمدهادی، (1373)، گرایش کیفری در سیاست جنایی اسلام، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس.
19. _____، «نقش توبه در حدود و تعزیرات»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال چهارم، شماره 2، پاییز و زمستان 1392.
20. عبدالظاهر، حسن عیسی، (1045ق)، الحدود فی الاسلام، من جرمه و العقوبه، حولیه کلیه الشریعه و الدراسات الاسلامیه، العدد الرابع.
21. العلوی، عادل، القصاص علی ضوء القرآن و السنه، (1415ق)، فقه استدلالی تقریر اباحت آیه الله العظمی السید شهاب الدین المرعشی النجفی، المجلد الاول، قم: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی العامه.

22. عوده، عبدالقادر، (1390)، بررسی تطبیقی حقوق جزای اسلامی و قوانین عرفی، جلد دوم: مجازات، مبانی و اقسام آن، ترجمه حسن فرهودی نیا، تهران: شرکت بین المللی پژوهش و نشر یادآوران، چاپ اول.
23. الفاضل اللنکرانی، محمد، (1427ق)، تفضیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله (الحدود)، قم: مرکز فقه الائمه الاطهار (ع)، الطبعة الثالثة.
24. فتحي بهنسی، احمد، (1989م)، القصاص فی الفقه الاسلامی، الطبعة الخامسة، القاهرة: دار الشروق.
25. الفيض الكاشانی، محمد محسن، (1401ق)، مفاتيح الشرائع، الجزء الثاني، مجمع الذخائر الاسلامیة، قم: مطبعة الخيام.
26. قاری سید فاطمی، سید محمد، و محمد ساجدی فومنی، «سیاست کیفری و امکان سنجی الغای مجازات اعدام در جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه نامه شماره 15، زمستان 1392.
27. کلاتری، کیومرث و سید حسن جعفریان سوته، «زنای محصنه: کیفر گذاری یا کیفرزدایی»، دایره المعارف علوم جنایی: مجموعه مقاله های تازه های علوم جنایی، کتاب دوم، زیر نظر: علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، چاپ اول، بهار 1392.
28. گرجی، ملیکا، (1395)، نوآوری های قانون مجازات اسلامی در مبحث حدود و مبانی آن، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
29. محمد فارس، طه، (2008م)، المقاصد الشرعية، للنظام الجنائي في الإسلام، بحث مقدم للمؤتمر الدولي الأصول النظام الجنائي الإسلامي ومنهجه في حفظ المدنية، جامعة الشارقة.
30. اللجنة العلمية فی مرکز فقه الائمه الاطهار (ع)، (1394)، موسوعة ردّ الشبهات الفقهية المعاصرة (الحدود)، الجزئ الاول، قم: مرکز فقه الائمه الاطهار (ع)، الطبعة الاولى.
31. مجیدی، سید محمود، «جلوه های گرایش به نظم عمومی در مقررات قصاص نفس در قانون مجازات اسلامی 92»، پژوهش حقوق کیفری، سال 2، شماره 6، بهار 1393.

32. _____، «رویکردهای قانون مجازات اسلامی مصوب 1392 در مقررات قصاص نفس»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال ششم، شماره 2، پاییز و زمستان 1394.
33. مرادی، حسن، (الف)، «گونه‌شناسی تبدیل قصاص در حقوق کیفری ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، دانشگاه علامه طباطبائی (ره)، شماره 21، زمستان 1396.
34. _____ (ب)، حقوق کیفری اختصاصی؛ جرائم علیه اشخاص (جنایات)، تهران: میزان، چاپ اول، بهار 1396.
35. مکارم الشیرازی، ناصر، (1418ق)، انوار الفقاهة (کتاب الحدود و التعزیرات - المجلد الاول)، الطبعة الاولى، قم: مدرسه الامام علی ابن ابی طالب (ع).
36. المنتظری، حسینعلی، (بی تا)، المجلد الاول من کتاب الحدود فی مباحث الزنا و اللواط و السحق و القيادة، قم: دار الفکر.
37. _____، (1387)، پاسخ به پرسش‌هایی پیرامون مجازات‌های اسلامی و حقوق بشر، قم: ارغوان دانش، چاپ اول.
38. الموسوی الاردبیلی، السید عبدالکریم، (1427ق)، فقه الحدود و التعزیرات، ج 2، قم: مؤسسه النشر لجامعه المفید، چاپ دوم.
39. الموسوی الکلبایکانی، السید محمدرضا، (1412ق)، الدر المنضود فی أحكام الحدود، الجزء الاول، بقلم علی الکریمی الجهرمی، الطبعة الاولى، قم: دار القرآن الکریم.
40. مؤمنی، عابدین و حامد رستمی نجف‌آبادی، «نقش مصلحت در اجرای مجازات‌های حدی»، دوفصلنامه علمی - پژوهشی فقه مقارن، شماره 5، بهار و تابستان 1394.
41. مؤمنی، عابدین و همکاران، «مؤلفه‌های تأثیرگذار در اجرای حدود»، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال 9، شماره 17، پاییز و زمستان 1396.
42. النجفی، الشیخ محمدحسن، (1981م)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، الجزء الرابع و الثلاثون، الطبعة الثامنة، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
43. نوبهار، رحیم، (الف)، «از تعطیل حد تا الغاگرایی کیفری»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره 18، شماره 4، زمستان 1393.

44. _____ (ب)، «جستاری در دلایل نقلی تقسیم‌بندی حد - تعزیر»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره 67، پاییز 1393.
45. _____ «تحلیل گفتمان شورای نگهبان قانون اساسی در فرایند تصویب قانون آیین دادرسی کیفری 1392»، (1395)، مجموعه مقالات همایش آیین دادرسی کیفری: بنیان‌ها، چالش‌ها و راهکارها، آذر ماه 1394، تهران: معاونت فرهنگی، اجتماعی و دانشجویی دانشگاه شهید بهشتی، چاپ نخست.
46. هاشمی شاهرودی، سید محمود، (1384)، بایسته‌های فقه جزا، تهران: میزان، چاپ اول.

