

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



موسسه
آموزش عالی
شاندیز

موسسه آموزش عالی غیرانتفاعی غیردولتی شاندیز

گروه آموزشی حقوق

گرایش جزا و جرم شناسی

پایان نامه مقطع کارشناسی ارشد

موضوع:

نحوه و راهکارهای نظری و اجرایی تطبیق مجازاتهای شرعی با عرف روز جامعه ایران

استاد راهنما:

جناب دکتر عباس شیخ الاسلامی

دانشجو:

هدی یآوری

دی ماه ۱۴۰۰

ب



بسمه تعالی

تعهد نامه اصالت پایان نامه / رساله

اینجانب هدی یآوری دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته حقوق جزا و جرم شناسی که در تاریخ / از پایان نامه/ رساله خود تحت عنوان: " نحوه و راهکارهای نظری و اجرایی تطبیق مجازاتهای شرعی با عرف روز جامعه ایران" " با کسب نمره دفاع نموده‌ام بدینوسیله متعهد می‌شوم:

- ۱- این پایان نامه / رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاورد های علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و ...) استفاده نموده‌ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده‌ام.
- ۲- این پایان نامه/ رساله قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر و یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.
- ۳- چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره‌برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از این پایان نامه داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی موسسه آموزش عالی شاندیز مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.
- ۴- چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می‌پذیرم و موسسه آموزش عالی شاندیز مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی‌ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی هدی یآوری

امضاء و تاریخ

تقدیم به

تقدیم به همسر عزیزم که در تمام مراحل تحصیل پشتیبان و مشوق من بودند و همچنین تقدیم به شادروان پدرم و مادر مهربانم که همواره دعای خیرشان بدرقه راهم بوده است.

سپاسگزاری:

از زحمات استاد گرانقدر و ارجمندم جناب دکتر شیخ الاسلامی که همچون چراغی پر فروغ، هدایتگر راهم بودند و صبورانه از راهنمایی های خود مرا بهره مند نمودند. بی نهایت سپاسگزارم و از خداوند متعال آرزوی سلامتی و شادکامی برای ایشان خواستارم.

چکیده:

مجازات های شرعی، کیفیهای منصوص شرعی معین، ثابت و نسبتاً شدید و با کیفیت های معلوم هستند که در قبال نقض ارزشهای اسلامی و مطلوب شارع مقدس وضع شده اند، که به رغم تاکید فراوان بر اجرای آنها، به استناد منابع و سیره بزرگان اسلام، نه تنها کشف و اثبات جرائم مستوجب حدود به شدت محدود و دشوار شده، بلکه همواره بر بزه‌پوشی و عدم اثبات آنها تاکید شده و حتی در موارد محدودی هم که جرم اثبات می شود مواعی وجود دارد که در عمل اجرای مجازات شرعی در عمل با چالش مواجه می سازند. از آنچه در این پژوهش برای ما حائز اهمیت می باشد، پاسخ به این سوال است که آیا قوانین جزائی اسلام و اجرای مجازات های شرعی را می توان با عرف روز و شرایط زمانی و مکانی و مصلحت حال حاضر در جامعه ایران مطابقت داد؟ برای پاسخ به این سوال باید اشاره داشت: درست است که هدف از اجرای مجازات ها در اسلام از جمله حدود، اصلاح مجرمان است. اما به نظر می رسد شکل اجرای مجازات موضوعیت نداشته و نتیجه آن، یعنی مصلحت جامعه مسلمین مد نظر است. لذا همانطور که اجرای مجازات تعزیری تابع مصلحت روز جامعه است، اقامه حدود هم در موارد یا موقتا به تاخیر افتاده و یا حد اجرا نشده و یا حتی حد به مجازات تعزیری سبک تری تبدیل شده است. در ادامه این پژوهش با استمداد از دیدگاه ها و نظریات موافق و مخالف فقها، مجتهدین و نواندیشان دینی در خصوص اقامه حد در زمان غیبت معصومین که امکان این مطابقت هست و در این راستا، شیوه ها و ساز و کارهای کاربردی و اجرایی وجود دارد که در طول تحقیق به آنها اشاره می شود. با اینکه در زمینه، تاکنون مقالات و حتی کتب متعددی به رشته تحریر درآمده اند اما کمتر به چشم می خورد که به گردآوری نظرات و سخنرانی های جمعی از فقها و مجتهدین و روشنفکران دینی معاصر و همچنین آرای قضایی اخیر انجام شده است. احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد واقعی هستند که با مقتضیان زمان و مکان تغییر میکنند و به تبع آن اجرای احکام شرعی یا همان حدود هم باید ابدیل به مجازات های دیگر باشد.

کلیدواژه ها: مجازاتهای شرعی، عرف، جامعه ایران، حد، مقتضیات زمان و مکان

فهرست

۱	کلیات پژوهش
۲	مقدمه:
۳	الف: بیان و اهمیت مسئله
۵	ب: پیشینه ی تحقیقاتی
۶	ج: سوالات تحقیق
۶	سوال اصلی:
۶	سوالات فرعی:
۷	د: فرضیه‌های پژوهش
۷	فرضیه اصلی:
۷	فرضیه‌های فرعی:
۷	ها: اهداف پژوهش
۷	و: روش و طرح پژوهش
۸	ز: ساختار تحقیق
۱۰	بخش اول: نحوه و راهکارهای نظری تطبیق مجازاتهای شرعی با عرف روز جامعه ایران
۱۱	فصل اول: مفاهیم و مبانی نظری
۱۱	مبحث اول: مفاهیم
۱۱	گفتار اول: مجازات
۱۱	بند یک: تعریف لغوی
۱۱	بند دوم: مفهوم اصطلاحی
۱۲	بند سوم: ویژگی ها و اهداف اصلی مجازات در اسلام
۱۳	بند چهارم: فلسفه مجازات در اسلام
۱۳	بند پنجم: انواع مجازات در قوانین جمهوری اسلامی
۱۴	گفتار دوم: مجازات های شرعی
۱۴	بند اول: مفهوم لغوی

بند دوم: مفهوم اصطلاحی	۱۵
بند سوم: جرائم مستوجب حدود شرعی	۱۵
گفتار سوم: عرف	۱۸
بند یک: تعریف لغوی عرف	۱۹
بند دوم: مفهوم اصطلاحی	۱۹
بند سوم: ارکان عرف	۲۰
بند چهارم: اقسام عرف	۲۱
بند پنجم: کاربردها موارد حجیت عرف	۲۲
بند ششم: تفاوت عرف با غیر آن	۲۳
بند هفتم: منشا عرف	۲۷
بند هشتم: حجیت عرف	۲۸
بند نهم: شرایط اعتبار عرف	۲۹
بند دهم: عرف و شرع	۳۰
مبحث دوم: مبانی نظری	۳۱
گفتار اول: ماهیت اجرا یا عدم اجرای حدود در زمان غیبت معصوم	۳۱
بند اول: نظریه موافقین با اجرای حدود زمان غیبت	۳۱
بند دوم: نظریه مخالفین اجرای حدود در زمان غیبت	۳۳
بند سوم: نظریه قائلین تعطیل حدود مستلزم قتل و جرح در عصر غیبت	۳۴
بند چهارم: نظریه قائلین به توقف در جواز اقامه حدود در عصر غیبت	۳۶
بند پنجم: مولفه های تاثیر گذار در تاخیر اجرای حد	۳۷
گفتار دوم: جایگاه حدود شرعی	۳۷
بند اول: مستندات فقهی بودن حدود در اسلام	۳۷
بند دوم: اجرای حدود از منظر حقوق بشر	۴۰
گفتار سوم: نقش زمان و مکان در اجرای مجازات های شرعی	۴۲
فصل دوم: نظریات و دیدگاه های فقها و مجتهدین و نو اندیشان دینی	۴۴

۴۴	مبحث اول: نظریات فقها و مجتهدین.....
۴۴	گفتار اول: گزیده ای از فقها و مجتهدین.....
۴۴	بند اول: دیدگاه امام خمینی در حدود.....
۴۵	بند دوم: دیدگاه آیتالله منتظری در حدود.....
۴۵	بند سوم: دیدگاه آیت الله مکارم شیرازی در حدود.....
۴۸	بند چهارم: دیدگاه آیت الله مرعشی در حدود.....
۴۹	گفتار دوم: جمع بندی نظریات مختلف فقها و مجتهدین در خصوص حدود.....
۵۰	مبحث دوم: نظریات روشنفکران دینی معاصر.....
۵۰	گفتار اول: نگزیده ای از روشنفکران دینی معاصر.....
۵۰	بند اول: نظریات آیت الله محقق داماد در خصوص حدود.....
۵۲	بند دوم: نظریات دکتر سروش در خصوص حدود.....
۵۵	بند سوم: نظریات دکتر سیدکمال حیدری در خصوص حدود.....
۵۶	بند چهارم: نظریات دکتر احمد قابل در خصوص حدود.....
۵۶	بند پنجم: نظریات دکتر موسوی بجنوردی در خصوص حدود.....
۵۷	گفتار دوم: جمع بندی نظریات مختلف روشنفکران دینی در خصوص حدود.....
۵۷	گفتار سوم: شورای نگهبان.....
۶۰	بخش دوم: نحوه و راهکارهایی اجرایی تطبیق مجازات های شرعی با عرف روز جامعه ایران.....
۶۱	فصل اول: زیرساخت های حد و تعلیق تا اجرای حد مطابق شرایط جامعه اسلامی.....
۶۱	مبحث اول: زیرساخت های اجرایی حد.....
۶۱	گفتار اول: حدود.....
۶۱	بند اول: مفهوم لغوی حد.....
۶۱	بند دوم: مفهوم اصطلاحی حد.....
۶۳	بند سوم: فلسفه مجازات حدود.....
۶۵	بند چهارم: اهمیت اجرای حدود.....
۶۶	گفتار دوم: استمداد از فلسفه و مبانی حدود به جای منابع.....

بند اول: به کمک مقاصد الشریعه	۶۶
بند دوم: به کمک مصلحت جامعه اسلامی.....	۶۷
گفتار سوم: تعبد و تعقل در توجه به شخصیت مجرم در باب اجرای حدود.....	۶۹
مبحث دوم: تعلیق مجازات شرعی و تعزیری کردن مجازات شرعی به جای اجرای حدود.....	۷۰
گفتار اول: تعلیق.....	۷۰
بند اول: مفهوم لغوی و اصطلاحی تعلیق.....	۷۰
بند دوم: انواع تعلیق مجازات.....	۷۱
بند سوم: شرایط تعلیق مجازات.....	۷۱
بند چهارم: دادگاه صالح برای لغو قرار تعلیق.....	۷۲
گفتار دوم: تعزیری کردن مجازات شرعی به جای حدود.....	۷۴
بند اول: موارد جانشینی تعزیر از حد.....	۷۵
بند دوم: موارد جانشینی حدّ از تعزیر.....	۷۶
بند سوم: موارد سقوط حد.....	۷۸
بند چهارم: تعزیر عملی.....	۷۸
فصل دوم: سخت کردن شرایط اجرای حد و اثبات نشدن حدود.....	۸۲
مبحث اول: سخت کردن شرایط اجرای حدود.....	۸۲
گفتار اول: شرایط عمومی اجرای حد.....	۸۲
بند اول: عقل.....	۸۲
بند دوم: بلوغ.....	۸۲
بند سوم: اختیار.....	۸۲
بند چهارم: علم مرتکب.....	۸۳
گفتار دوم: تناسب احکام کیفری اسلام با مقتضائات دنیای جدید وعصر.....	۸۴
گفتار سوم: نقش نهادها در سلب حدود.....	۹۱
بند اول: توبه در حدود.....	۹۱
الف: توبه قبل از اثبات.....	۹۲

ب: توبه بعد از قیام بنیه و اقرار.....	۹۳
بند دوم: عفو.....	۹۶
بند سوم: اعمال قاعده درأ.....	۹۷
مبحث دوم: اثبات نشدن حدود.....	۹۸
گفتار اول: مقایسه قانون با رویه قضایی در اجرای حدود.....	۹۸
گفتار دوم: رویکرد عرف در قوانین جزایی ایران.....	۹۸
بند یکم: رویکرد عرف در آیین دادرسی کیفری.....	۹۸
الف: عرف و تدوین قوانین آیین دادرسی کیفری.....	۹۹
ب: عرف و تفسیر قوانین آیین دادرسی کیفری.....	۱۰۰
ج: عرف و دلایل اثبات دعوی.....	۱۰۱
د: عرف در احراز مرگ معدوم پس از اجرای حکم.....	۱۰۵
بند دوم: رویکرد عرف در حقوق جزای اختصاصی.....	۱۰۶
الف: عرف در قتل مستوجب قصاص.....	۱۰۷
ب: عرفی بودن عمل موجب قتل.....	۱۱۱
ج: عرف در جرائم مستوجب قصاص عضو و جرح.....	۱۱۴
د: عرف در جرائم مستوجب تعزیر.....	۱۲۷
نتیجه گیری و پیشنهادها.....	۱۳۶
فهرست منابع.....	۱۳۹
پیوست.....	۱۴۶

کلیات پژوهش

مجازات های شرعی یا حدود از مهمترین و حساس ترین بخش قوانین جزایی اسلام است. چراکه در زمره مجازات های شدید جسمی و در مواردی حتی سالب حیات می باشند. به همین جهت، اجرای حدود در عصر غیبت معصومین و در عصر حاضر با چالش های متعددی مواجه است. زیرا اجرای حدود افزون بر چالش های درون فقهی که ناظر بر اقامه کننده حدود می باشد، با چالش های برون فقهی در عرصه عملی نیز مواجه است که این چالش ها به طرح دو نظریه اجرا و تعطیلی حدود منجر شده است. از آنجایی که بعضی از مجازات های حدی، نص صریح قرآن است و به اقامه حدود و تعجیل در آنها تاکید شده است، حذف و تغییر یا تبدیل این مجازات ها مخالفت با کلام الهی محسوب می شوند. لذا برای برون رفت از این مشکل، اقدام به ارائه نظریاتی همچون عصری بودن احکام جزایی اسلام و راهکارهایی کاربردی در راستای حذف مجازات های خشن و سنگین از منظر حقوق بشر و جایگزین کردن آن ها با مجازات های تعزیری شده است که عبارتند از: نهادهایی مانند توبه، عفو مجرم، تعلیق جرم در مواردی از حدود، با بازنگری در مجازات های سنگین و غیرانسانی از منظر حقوق بشر که امکان حذف یا تبدیل آنها به مجازات های تعزیری را می دهد. لذا به این دلیل که تحولات اجتماعی که مستلزم تحول و دگرگونی در قوانین جامعه هستند، پس قوانین الهی نمی تواند برای همیشه حاکم و ثابت باشد و این احکام باید سیال باشند و با شرایط زمانی و مکانی و عرف و مصلحت روز آن جامعه مطابقت داشته باشد. همین که گاهی یک نص شرعی از کتاب و سنت بر اثر تغییر زمان و مکان به گونه ای تازه تر و عمیق تر فهمیده می شود و وجود تفاسیر گوناگون، شاهدی گویا بر تاثیرات زمان و مکان در فهم قرآن و سنت است. پیدایش سئوالات جدید، پدیداری نیازهای نوین و خلق شرایطی که قبلا با آنها روبه رو نبودیم، در اجرای احکام شرعی و افزایش سطح علمی مفسر، از جمله عوامل موثر در فهم تازه تر و دقیق تر از متن شرعی در عصر حاضر است. حال که میدانیم زمان و مکان تنها در اجرای حدود و چگونگی و کیفیت آن نقش دارند در صورتی که عقل به این واقعیت برسد که اجرای حد در زمان و یا مکان خاصی به صلاح نیست یا مفسده آن بیش از مصلحت آن است و یا در موردی مصلحت اجرای حد با مصلحت مهمتری تراحم پیدا کند، عقل آن حکم شرعی را توسط حاکم شرع محدود می کند و حد موقتا تعطیل یا به کیفیت دیگری که می تواند تبدیل به

تعزیر باشد اجرا خواهد شد. به همین دلیل در پایان نامه حاضر بر آن شدیم که با توجه به دیدگاه حقوق بشر، به تبیین شیوه و راهکارهای نظری و اجرایی تطبیق مجازات های شرعی با نیازهای روز جامعه ایران پردازیم.

الف: بیان و اهمیت مسئله

مجازات شرعی، کیفیهای منصوص شرعی معین، ثابت و نسبتاً شدید و یا کیفیت های معلوم هستند که در قبال نقص ارزش های اساسی و مطلوب شارع مقدس وضع شده اند که به رغم تاکید فراوان بر جایگاه آن ها، براساس منابع و سیره بزرگان اسلام، نه تنها کشف و اثبات جرائم مستوجب حدود بر شدت محدود و دشوار شده بلکه همواره بر بزه پوشی وعدم اثبات آن ها تاکید شده و حتی در موارد محدودی هم که جرم اثبات می شود موانعی وجود دارند که اجرای مجازات شرعی را با چالش مواجه می سازند (فقیه نصیری، ۱۳۷۹: ۱۱۲).

عرف، شرایط زمانی و مکانی و مصلحت همان مواردی هستند که از جهات مختلفی از جمله تغییر موضوع حکم یا ملاک آن بر احکام اسلامی تاثیر می گذارند و گاهی در آن ها تغییراتی به وجود می آورند و با این که هدف از مجازات ها در اسلام از جمله حدود، اصلاح مجرمین است، لذا به نظر می رسد شکل اجرای مجازات موضوعیت نداشته و نتیجه آن یعنی اصلاح مد نظر است. یکی از مسائل مهم دیگر در اجرای برخی مجازات های حدی که می توان آن را جزء شرایط زمان حاضر دانست، مسئله حقوق بشر است و از آن جایی که احتمال دارد اجرای برخی مجازات های خشن، غیر انسانی و سنگینی همچون سنگسار و اعدام از منظر حقوق بشر در عرصه بین المللی موجب وهن دین اسلام گردد، طبق نظر فقهای امامیه و مصلحت حفظ نظام اسلامی که اهم از ارجح بر سایر مصالح است، ولی فقیه در زمان غیبت معصومین می تواند با استفاده از قاعده تزام، اجرای آن ها را موقتا تعطیل و یا ملغی نماید و یا حتی شکل اجرای آن ها را تغییر دهد (گرگی، ۱۳۷۲: ۷۴). مسئله ای که در این جا ضروری است و باید به آن توجه شود امکان قابلیت انطباق مجازات شرعی با نیازهای روز جامعه ایران است که در این راستا شیوه و سازوکارهایی وجود دارد همچون: توبه و عفو مجرم در مواردی از حدود، بازنگری در مجازات های سنگین و غیر انسانی و امکان حذف و یا تبدیل آن ها به مجازات های جایگزین دیگر، که در نتیجه می تواند اجرای حکم شرعی را به سمت و سوی مطلوب امروز جامعه ایران، همگام با موازین حقوق بشر در عرصه بین المللی ببرند. از سوی دیگر به عنوان پدیده پویای اجتماعی، از منابع اصلی حقوق است که حتی با قبول اصل قانونی بودن جرم و مجازات، و در حقوق جزایی ایران هم به طور محدود ظهور کرده است که در نظام قوانین مدون حقوق کیفری ایران، غالباً عرف به عنوان یکی از منابع ارشادی در کنار دیگر منابع همچون دکتترین مورد توجه قرار می گیرد و یکی از شایسته ترین مرجع تشخیص ظواهر آیات و روایات مستند است که

با قدری اختلاف در حجیت آن، نزد فقهای امامیه و اهل سنت مورد قبول است و آن عرف صحیحی که منشا عقلایی داشته باشد و با قانون شرع مخالفتی نداشته باشد معتبر است (متین، ۱۳۹۰: ۱۶۲). بعد از عرف، عنصر زمان و مکان هم که به مجموعه شرایط و تحولات زندگی یعنی حوادثی گفته می شود که شامل تمام وقایع اجتماعی، سیاسی، فرهنگی است که شرایط زمان و مکان پیوسته در حال تغییر است و استفاده از یک شیوه یکسان در اجرای برخی احکام شرعی امکان پذیر نیست. همچنین مصلحت هم امروزه به کمک عرف و مقتضیات زمان و مکان می آید و در اجرای احکام اسلامی تاثیر می گذارند. زیرا فقها قائلند که احکام بر اساس مصالح و مفاسد پایه ریزی شده اند و هدف از اجرای احکام دست یابی به مصالح جامعه و حکومت است، بنابراین مصلحت در اجرای مجازات شرعی به خصوص حدود هم می تواند مد نظر قرار بگیرد (پیمانی، ۱۳۷۴: ۶۶). به تعبیر دیگر با این مورد مشروعیت مجازات های شرعی بین فقهای مذاهب اسلامی اختلافی نیست اما امروزه به دلیل تاثیر شرایطی که ذکر شد، احتمال به فعلیت نرسیدن حکم شرعی است. لذا برخی حدود اجرا نمی شوند و برای برخی دیگر هم جایگزین تعیین می شود، چرا که در شرایط فعلی به دلیل نقض حقوق بشر، اجرای مجازات های سنگین امکان عملی ندارد. به طور کلی هدف از مجازات در حقوق کیفری ارباب مجرم، سزا دادن، اصلاح، ناتوان سازی وی، عدالت ترمیمی و رضایت مجنی علیه می باشد. در این پژوهش با استناد به آیات قرآن کریم، روایات و احادیث اثبات نمودیم که هدف اسلام از کیفر مجرمین، چیزی جز اهداف فوق الذکر نمی باشد، با این تفاوت که اهداف اسلام از مجازات عام تر و وسیع تر از اهداف حقوق عرفی است (جناتی، ۱۳۷۰). اسلام علاوه بر اهداف دنیوی که منطبق با اهداف حقوق عرفی یا کیفری نوین می باشد، اهداف دیگر به عنوان اهداف اخروی نیز دارد که همان سعادت بشر در آخرت است. لذا با توجه به این که خداوند در کلام خود مصلحت جامعه و مردم را در نظر دارد، در احکام وی نیز منفعت و مصلحت دنیوی و اخروی مردم مورد توجه قرار گرفته است. پس اگر زمانی در مجازاتی منفعتی وجود داشت، ولی در زمان و مکان خاص آن منفعت به زیان تبدیل شود و اجرای آن به مصلحت نباشد، دیگر نمی تواند مقصود پروردگار باشد و این در حالی است که واقعاً اثبات شود مجازاتی، اهداف مورد نظر خداوند را از دست داده باشد (آقایی جنت مکان، ۱۳۹۰: ۳۹). با توجه به این که اهداف دنیوی از اجرای مجازات مجرمین از دیدگاه شرع و اسلام در اکثر موارد با اهداف عرفی و حقوق کیفری منطبق است، و در جهت سعادت دنیوی بشر به جز سعادت اخروی نیز می باشد، لذا تا زمانی آن مجازات قابل اجرا است که در آن منفعت وجود داشته باشد و اگر زمانی آن منفعت به مفسده تبدیل شود یا موجب وهن در دین اسلام گردد و اهداف فوق را در پی نداشته باشد، دیگر نمی تواند مورد نظر خداوند باشد، در غیر این صورت با عدالت خداوند سازگاری

ندارد (پرادل، ۱۳۷۲: ۹۷). اصل تناسب مجازات با مجرم یا همان اصل فردی کردن مجازات یکی از مهم ترین اصول حاکم بر مجازات ها است، و یکی از هدف های اساسی حقوق جزا را تشکیل می دهد و به تدریج و همراه با فردی شدن هر چه بیشتر مجازات ها، از جمود و قاطعیت کامل اصل «قانونی بودن مجازات ها» می کاهد به. موجب این اصل نظام عدالت کیفری رویکرد سستی پاسخ دهی به بزه و بزهکار را کنار گذاشته و با ماهیتی دو جانبه به مجرم پاسخ می دهد. در واقع این اصل عبارت است از اعمال و اجرای مجازاتی متناسب با شخصیت و ویژگی های جسمانی، روانی اجتماعی فرد مرتکب؛ که به اعتبار ماهیت جرم ارتكابی یا خصوصیات معنی علیه، از طرف مقنن پیش بینی شده و از سوی قوای قضائیه، مجریه به منصفه ی ظهور رسیده و ممکن است حسب مورد، منجر به تشدید، تخفیف، تعلیق یا تعویق و... مجازات گردد (نوربها، ۱۳۸۹: ۶۶). در این بین با توجه به تغییر ناپذیری مجازات های شرعی، اجرای این اصل در این حوزه محدود شده است، با این وجود فردی کردن این نوع از مجازات ها در شرع اسلام از جمله در مجازات های حدی، قصاص، دیات، پذیرفته شده است و حقوق کیفری اسلام به جامع ترین و مطلوب ترین شکل تفرید مجازات را قرن ها پیش از توجه مکاتب حقوقی مورد توجه قرار داده است. در عین حال گستره تعزیرات به عنوان یکی دیگر از مجازات های شرعی با توجه به قاعده (التعزیر بما یراه الحاکم) زمینه مناسبی برای اجرای این اصل فراهم کرده است (ناصرزاده، ۱۳۷۲: ۷۲)

ب: پیشینه ی تحقیقاتی

در این زمینه، تاکنون پایان نامه ها و کتب متعددی به رشته تحریر در آمده اند که عبارتند از: در مقاله تاملی بر جایگاه عرف و عادت در فقه و حقوق موضوعه، نگارش سید محمد تقی علوی به پویایی عرف که رمز جاودانگی قوانین اسلام است اشاره شده و این که با تغییر موضوع، حکم نیز با گذشت زمان و مکان های مختلف تغییر می کند.

در مقاله های نقش مصلحت در اجرای مجازات حدی و مولفه های تاثیر گذار در اجرای حدود، نگارش عابدین مومنی و حامد رستمی نجف آبادی به مصلحت، به عنوان یک موضوع پر کاربرد فقه و اصول اسلامی اشاره کرده که نقشی اساسی در تشریح احکام دارد و در اجرای مجازات به خصوص حدود هم می تواند مد نظر قرار بگیرد. در مقاله تاثیر زمان و مکان بر قوانین جزایی اسلام، نگارش حمید دهقان به نقش زمان و مکان جرم زدایی یا کیفر زدایی، تخفیف، تبدیل، تعلیق یا توقف اجرای مجازات های شرعی پرداخته شده است.

در مقاله های حدود در زمان ما ، اجرا یا تعطیل ، نگارش سید مصطفی محقق داماد و مخالفین و مخالفین نظریه اقامه حدود^۱ به بیان دیدگاه های مختلف در رابطه با اجرای حدود یا عدم اجرای آن پرداخته شده است . موضوع انتخابی این مقاله ، موضوعی گسترده است که سعی می شود در این تحقیق ، به ارائه پیشنهادها و راهکارهای کاربردی و امکان پذیر جهت تطبیق مجازات های شرعی با عرف روز جامعه ایران پرداخته شود که کمتر ، جامعه عنایت علمی به نقش و تاثیر عرف داشته است . همچنین به جای اعمال مجازات های خشن و سخت گیرانه از روش های جایگزین مطابق حقوق بشر استفاده کنیم که در این تحقیق مورد تحلیل و بررسی قرار می گیرد و در نهایت سخنرانی ها و نظریات روز روشن فکran دینی مانند دکتر سروش ، مجتهد شبستری ، آیت الله محقق مواردی دیگر هست که در این مقاله عنوان می شود .

ج: سوالات تحقیق

سوال اصلی :

- قوانین جزایی اسلام و اجرای مجازات های شرعی را آبا می توان با عرف روز جامعه و شرایط زمانی و مکانی و مصلحت حال حاضر در جامعه ایران مطابقت داد ؟

سوالات فرعی:

- مسئولیت اجرای احکام شرعی در زمان غیبت معصومین با چه کسی است ؟
- چه عناصری در چگونگی اجرای مجازات های شرعی تاثیر گذار است ؟

^۱ از قواعد فقه ، جلد چهارم ، صفحه ۲۸۷ و ۲۸۴

د: فرضیه‌های پژوهش

فرضیه اصلی :

- مسئله ای که ضروری است و باید به آن توجه شود قابلیت امکان انطباق مجازات حدی با عرف و نیاز های روز زمان و مکان است .

فرضیه‌های فرعی:

- دیدگاه کلی با نظرات متعدد فقها در خصوص مسئولیت اجرای احکام شرعی در زمان غیبت معصومین وجود دارد که به موافقین و مخالفین اجرای حدود مشهور است .
- عرف روز ، شرایط زمانی و مکانی ، مصلحت جامعه عناصری هستند که در اجرا و عدم اجرا و حتی در چگونگی اجرای احکام شرعی ، مستند به روایات پیامبر و معصومین تاثیر گذارند .

ه : اهداف پژوهش

- بررسی هدف از مجازات شرعی در حقوق کیفری اسلام و اثبات آن که فراتر از اهداف حقوق عرفی یا کیفری نوین یعنی اصلاح مجرم می باشد و هدفی اخروی دارد که از آن به عنوان مصلحت جامعه مسلمین به کار می رود .
- تبیین جایگاه عرف و تاثیر شرایط زمانی و مکانی و مصلحت جامعه در اجرای مجازاتهای شرعی
- بیان و تحلیل دیدگاه ها و نظریات متفاوت روشنفکران دینی در خصوص حدود
- پیشنهاد و ارائه شیوه هایی برای تعدیل و وفق دادن مجازات های شرعی با عرف و مصلحت روز جامعه ما .

و: روش و طرح پژوهش

روش گردآوری، کتابخانه ای بوده و منابع و مستندات فقهی و قانونی از نظر اندیشمندان فقیه و حقوقدانان به کار گرفته شده است . همچنین به صورت فیش برداری از مقالات مرتبط با عنوان تحقیق بوده است که روش تحقیق از نوع روش توصیفی می باشد زیرا باید تمام مولفه ها و زوایای مورد بحث به طور کامل توضیح داده شوند و با استفاده از منابع و ماخذ به بسط و توضیح آن پرداخته شود و روش تحلیلی نیز می باشد زیرا به بررسی و تحلیل شرایط و مقتضیات روز جامعه برای دست یابی و اندازه گیری متغیر ها می پردازد .

ابزار گرد آوری اطلاعات در تحقیق شامل فیش برداری از مقالات و کتب کتابخانه، مشاهده و تحقیق شبکه ایی با استفاده از اینترنت می باشد.

ز: ساختار تحقیق

این تحقیق در دو بخش ارائه می شود که هر بخش از سه فصل و هر فصل از سه مبحث تشکیل شده است که بخش اول در سه فصل جداگانه تهیه شده و فصل اول آن شامل چکیده و مقدمه تحقیق و بررسی مفاهیم مجازات شرعی، عرف، مقتضیات زمان و مکان، مصلحت جامعه است و در فصل دوم ماهیت اجرا یا عدم اجرای حدود در زمان غیبت و نظرات فقهی و دلایل موافقین و مخالفین در خصوص شرایط و موانع اجرای حدود به صورت تفصیلی بیان می شود و فصل سوم هم چگونگی تاثیر متغیرهای عرف، شرایط زمان و مکان و مصلحت جامعه را در اقامه حدود همراه با مستندات بیان می کند.

بخش دوم نیز شامل سه فصل می باشد که فصل اول به بیان مستندات فقهی بودن یا نبودن حدود، موضوعیت داشتن یا طریقت داشتن حد و زیر ساخت های اجرایی حد اختصاصی دارد و فصل دوم هم به مجازات های جایگزین، نظریات و سخنرانی های روشنفکران دینی در خصوص حدود و بررسی و واکاوی حکم سنگسار (رجم) و سلب حیات (اعدام) از منظر فقه و حقوق بشر می پردازد.

و فصل سوم هم به بیان پیشنهادها و ارائه راهکارها جهت مطابقت مجازات های شرعی اسلام با عرف و مصلحت روز جامعه می پردازد و نهایتاً نتیجه گیری از تحقیق و منابع آن ارائه می گردد.

با توجه به اینکه محور مطالعاتی رساله حاضر، بر دو مولفه راهکارهای نظری تطبیق جرائم حدی با عرف روز جامعه ایران و راهکارهای کاربردی و اجرایی در جهت تعزیری کردن مجازات های شرعی به جای اجرای حدود می باشد، بدیهی است که پلان فوق به عنوان مبنای اصلی در جهت ساماندهی ماهوی و شکلی رساله تا پایان مدنظر قرار خواهد گرفت. بر این اساس رساله پیش روی، مشتمل بر دو بخش کلی و نتیجه گیری و پیشنهادها خواهد بود که در فصل نخست بخش اول، به بیان مفاهیم و مبانی نظری مرتبط با موضوع پرداخته شده است. استثناء ابتدا نسبت به موضوع، شناخت علمی حاصل گردد. در فصل دوم آن، استمداد از نظریات و دیدگاه های فقها و مجتهدین و نواندیشان دینی در خصوص موافقت یا مخالفت با اجرای حدود با توجه به شرایط روز جامعه ایران را دانستیم و در فصل اول بخش دوم وارد راهکارهای کاربردی و اجرایی این موضوع شدیم که به نهاد هایی چون توبه، تعلیق و شرایط امکان آن مطابق با رویه قضایی حال حاضر ایران پرداختیم و نهایتاً در فصل دوم

این بخش هم وارد راهبردهای امکان‌تعییزی کردن مجازاتهای شرعی به جای اجرای حدود با تکیه بر آراء قضایی اخیر و سخت کردن شرایط اجرای حدود شدیم. و در انتهای پایان نامه هم، جمع بندی پژوهش انجام شده در قالب نتیجه گیری و ارائه پیشنهادها تقدیم گردیده است.

بخش اول: نحوه و راهکارهای نظری تطبیق مجازات‌های شرعی با عرف روز جامعه ایران

فصل اول: مفاهیم و مبانی نظری

مبحث اول: مفاهیم

گفتار اول: مجازات

بندیک: تعریف لغوی

مجازات در لغت به معنای جزا دادن، پاداش و کیفر آمده است. مجازات م (ع مص) پاداش دادن و جزا دادن در نیکی و بدی. (آندراج) (غیاث اللغات). جزا و پاداش نیکی و یا بدی دادن و مکافات. (از ناظم الاطباء): و مادام که عمر من باقی است حقوق ترا فراموش نکنم و از طلب فرصت مجازات و ترصد وقت مکافات فرونایستم. (کلیله و دمنه چ مینوی، ۲۷۸) و من باری فرصت مجازات فایت نگردانم و کینه بچه خود از این بی رحمت غادر بخوام. (کلیله و دمنه چ مینوی، ۲۸۵) حالی دست ما به مجازاتی نمی رسد اما در زیر این درخت گنجی است، زمین بشکاف و بردار. (کلیله و دمنه، مینوی ص ۴۱۶) و امید می دارم که هر دو جانب را به یمن آن خلاص پیدا آید و من مجازات آن بر خود واجب گردانم و همه عمر التزام شکر و منت نمایم. (کلیله و دمنه چ مینوی ص ۲۷۱). هر که را بر دستارچه مروت عقدی است و در کیسه فتوت نقدی ابروار راد باید بود و آزاده وار آزاد، که هر آینه بیابد مکافات این سخا و مجازات این عطا یوم الحشر. (مقامات حمیدی). بدان خدای که این افلاک را بر پای بداشت و این املاک را بر جای، که هر حسنه ای را مکفاتی و هر سیئه ای را مجازاتی ... است. (مقامات حمیدی). آنگاه بدانی که این گفته ها را ملامتی است و این کرده ها را غرامتی و مکافات و مجازات را روز قیامتی. (مقامات حمیدی). و به قصارای امکان و طاقت و نهایت وسع و قدرت در طریق مکافات و مجازات این مساعی محمود و وسایل مشکور قدم زخم. (سندبادنامه، ۳۰۷). نتیجه احسان شهریار از آن چشم توان داشت و در موازات آن هر چه به حسن مجازات باز گردد هیچ دریغ نخواهد بود. (مرزبان نامه چ قزوینی، ۲۷). تا گنه کار همیشه با هراس باشد ... و نیکوکار به او امید مجازات خیر پیوسته طریق نیکو خدمتی و صدق هواخواهی سپرد. (مرزبان نامه چ قزوینی سزا. کیفر. پادافراه. (یادداشت به خط مرحوم دهخدا). (اصطلاح حقوقی) مشقتی که مقنن تحمیل به مجرم می کند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۶۷). و رجوع به کیفر (اصطلاح حقوقی) شود.

بند دوم: مفهوم اصطلاحی

در اصطلاح حقوقی تعاریف متفاوتی از مجازات آمده است: « مجازات عبارت از تنبیه و کیفری است که بر مرتکب جرم تحمیل میشود. مفهوم رنج از مفهوم مجازات غیر قابل تفکیک است و در واقع رنج و تعب است که مشخص حقیقی مجازات می باشد.» و یا «مجازات واکنش جامعه علیه مجرم» است (ابوالحسنی، ۱۳۸۵: ۱۴).

در مورد تعریف ارائه شده باید اذعان نمود که علمای حقوق در بدست آوردن حقیقتی از مجازات و تعریف واقعی و اصطلاحی آن عنایت خاصی مبذول نداشته اند چرا در تعریف مجازات بایستی جنبه های مختلف آن مطمح نظر قرار گیرد:

اولاً- مجازات ملازمه با عدالت واقعی دارد. پس اولین نکته در بیان تعریف مجازات، رعایت عدالت است. ثانیاً- اگر برای شناخت حقیقت مجازات به تاریخ مراجعه کنیم، ملاحظه میشود که مجازات در ابتدای امر عبارت از عکس العمل جامعه در مقابل عمل مجرمانه بوده، ولی بعد ها که جامعه تشکیلات و انتظامی یافت و دولت به وجود آمد، این عکس العمل اجتماعی هم شکل حقوقی به خود گرفت. بنابراین مجازات باید هدفی را تعقیب و این هدف می بایست در تعریف کاملاً مشخص گردد. ثالثاً- واضح و اجرا کننده مجازات باید در تعریف ذکر شود. رابعاً- محدوده مجازات باید مشخص شود.

باتوجه به این نکات میتوان مجازات را این گونه تعریف کرد: «مجازات مجموعه قواعد مورد تأیید جامعه است که ضامن اجرای عدالت واقعی است و سعی در هدایت مجرم اصلی و یا احتمالی، بازدارندگی دیگران از ارتکاب جرم، ارضاء فطرت عدالت خواهی مجنی علیه و حمایت از جامعه را دارد که توسط قوه مقننه وضع و به وسیله قوه قضاییه به مورد اجرا گذارده می شود» حال که مجازات از نظر حقوقی مشخص شد، باید دید قانون گذار جرم را چگونه تعریف نموده است: در ماده ۲ قانون مجازات اسلامی آمده است: «هر فعل و ترک فعلی که در قانون برای آن مجازات تعیین شده باشد، جرم محسوب می شود» (رضائیان، ۱۳۸۸: ۱۳۳).

بند سوم: ویژگی ها و اهداف اصلی مجازات در اسلام

مجازات ها اهداف مختلفی دارند که عبارتند از:

۱. ایجاد رعب و ترس در مجرم

۲. صدمه و آسیب به مجرم

۳. تحقیر کردن مجرم

۴. جبران ضرر و زیان ناشی بزه.

در کنار مجازات ها، اقدامات تامینی و تربیتی قرار دارند که از نظر خشونت در مرتبه ی پایین تری نسبت به مجازات ها قرار دارند.

در واقع این اقدامات، تدابیری هستند که به منظور پیشگیری از وقوع جرم و در عین حال اصطلاح مجرم به کار می روند. نظیر نگهداری بزهکاران در کارگاه های مختلف، تبعید، محرومیت از اقامت در منطقه ای خاص و معین و... (افراسیابی، ۱۳۷۶)

بند چهارم: فلسفه مجازات در اسلام

مجازاتها در فقه اسلامی اولاً: برای منافع عمومی، اصلاح افراد، بازداشتن مردم از ارتکاب جرم، حمایت از جامعه در برابر جرم و توانمند ساختن آن در دفاع از خود در مقابل بزهکاری، تشریح گردیده اند و هرگز از مقدار ضرورت و نیاز در تامین مصلحت جامعه تجاوز نمی کنند و این مقتضای عدالت است و همان چیزی است که روسو، بکاریا، بنتام و کانت نیز ابراز نموده اند.

آنچه مجازات در اسلام بر آن مبتنی است، عبارت است از اصلاح و تربیت بزهکار و رحمت و احسان به او و جامعه، از این رو اسلام شان و شخصیت مجرم را نیز، جز در مواردی، مورد توجه قرار می دهد.

ثانیاً: علی الاصول مجازات دارای مطلوبیت نفسی نیست و اگرچه در پاره ای از جرایم مجازات شدیدی در نظر گرفته شده است، ولی راههای اثبات جرم تقریباً بسته به نظر می رسد. تعبیه نهاد ارزشمند توبه و نیز اعمال وسیع قاعده درء و دفع مجازات با ظهور کمترین شبهه ای، همین معنا را به اثبات می رساند (صانعی، ۱۳۷۲: ۶۹).

بند پنجم: انواع مجازات در قوانین جمهوری اسلامی

در سیستم قضایی اسلام و در نظام جمهوری اسلامی مجازاتها به چهار دسته حدود، دیات، قصاص و تعزیرات تقسیم می شوند.

قانون مجازات اسلامی چهار نوع مجازات را در ماده یک قانون دادگاههای کیفری مصوب کرده است، که مجازاتهای بازدارنده نظیر اقدامات تامینی و تربیتی در ماده یکم این قانون جزء مجازاتهای مربوط به تعزیرات است و تدابیری به منظور پیشگیری از وقوع جرم و در عین حال اصلاح مجرم به کار می روند. و از نظر خشونت در مرتبه ی پایین تری از مجازات ها قرار می گیرند.

در سیستم قضایی اسلام و در نظام جمهوری اسلامی مجازاتها به چهار دسته حدود، دیات، قصاص و تعزیرات تقسیم می شوند.

حدود: مجازاتهایی است که مقدار و کیفیت آنها در شرع تعیین شده در حالی که تعزیرات تادیب یا عقوبتی است که نوع و مقدار آن در شرع تعیین نشده و بستگی به نظر حاکم دارد.

حبس و جزای نقدی و شلاق که بایستی از مقدار حد کمتر باشد جزء تعزیرات بوده و قصاص و دیات به ترتیب کیفرهای بدنی و مالی هستند که برای جبران صدمه و ضرر و زیانی که به مجنی علیه وارد شده است، بر مجرم اعمال می شود و چون در این دو مورد درخواست ذی نفع یعنی مجنی علیه یا اولیای دم ضرورت دارد جنبه شخصی و خصوصی این دو نوع مجازات بارز است و معادل و برابر بودن مجازات با جرم ارتكابی در نظر گرفته شده است.

مجازات های حدود و تعزیرات جنبه عمومی دارند و اساساً رضایت مجنی علیه تأثیری در اجرای مجازات ندارد اما با این وصف بین حد و تعزیر اختلاف اساسی وجود دارد.

حدود مجازات های معین شده در شرع برای ارتكاب جرایم مشخص است و عبارت است از سرقت، شرب خمر، قذف، محاربه، زنا، لواط، مساحقه بوده البته بعضی از فقها مجازات ارتداد را هم در ردیف حدود معرفی کردند.

تعزیرات مجازات هایی هستند که از جانب شارع میزان و کیفیت آن به عهده حاکم گذاشته شده که در قوانین مدون اسلامی با توجه به نوع جرم و وضع مرتکب معین می شود در قوانین مدون اسلامی با توجه به اینکه قاضی شرایط لازم احراز مقام قضا را ندارد و منصوب از جانب رئیس قوه قضاییه است و اذن قضا به او داده شده، حداقل و حداکثر مجازات برای فعل ممنوع تعیین شده و قاضی میزان آن را که در حدود پیش بینی شده برای مرتکب تشخیص و اعلام می کند.

هدف نهایی در مجازات های تعزیری اصلاح بزهکار است بنابراین کسی که حکم مجازات می دهد باید بسنجد که به چه طریقی این هدف را محقق سازد (جعفری، ۱۳۸۱: ۱۱۲)

گفتار دوم: مجازات های شرعی

بند اول: مفهوم لغوی

مجازات کیفر و تنبیهی است که بر مرتکب جرم اعمال می شود و توأم با رنج و خفت است و عناورینی همچون عقاب به مثل، قصاص، حد، رحم، قطع ید، نفی بلد، اعدام و قتل، صلب، تعزیر، تادیب، حبس، غرامت و مانند آن به صورت مصادیق مجازات بیان شده است، که مجازات شرعی در اسلام اگر تخلف از مقررات الهی باشد، یا دارای کمیتی معلوم است که حد و یا کمیت آن بسته به نظر حاکم است که تعزیر می باشد. اجرای مجازات در مکاتب حقوقی به عنوان ضمانت اجرای قوانین به رسمیت شناخته شده است.

بند دوم: مفهوم اصطلاحی

در قوانین فقه اسلامی، حدود با توجه به ماهیت مهم است که در آن به کرامت انسانی و اصل آزادی و عدالت توجه ویژه ای نموده است و نه صرفاً انتقام جویی از مجرم، پس اسلام به عنوان کامل ترین دین و آیین فطرت در اجرای حدود اسلامی برخلاف ادعاهای سایر نظامهای حقوقی عملاً از حقوق بشر دفاع نموده و موجبات دوام آن را فراهم می کند و اندیشه حقوق بشر در آن بر مبنای تفکر توحیدی و متفاوت از دیگر تفکرات دیده می شود. اسلام با بیان راه معقول چهار چوب های رفتار و آزادی های انسان را مشخص نموده و با نگاه رحمانیت سعی در هدایت بشر در راه مستقیم و صحیح دارد و برای احترام به حقوق و آزادی های انسان و مراعات آن توصیه هایی نموده و سازو کار مقابل با افراد محل نظام بشری را تعیین کرده است، به طوری که با ایجاد عامل بازدارندگی تحت عنوان اجرای حدود، اسباب نظم بشری و مقابله با متجاوزین را برای تکامل بشر فراهم می سازد و با مجازات بدون تبعیض، تلاش در اصلاح جامعه بشری دارد.

بند سوم: جرائم مستوجب حدود شرعی

مطابق با ماده ۲۱۷ قانون مجازات اسلامی در جرایم موجب حد، مرتکب در صورتی مسئول است که علاوه بر داشتن علم، قصد و شرایط مسئولیت کیفری، به حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز آگاه باشد. بلوغ، عقل، اختیار و آگاهی به موضوع، از شرایط مسئولیت کیفری می باشند. بنابراین دیوانه، مست، ساهی (غافل، فراموشکار) و مکره (شخصی که با تهدید یا زور وادار به انجام کاری می گردد)، در حدود فاقد مسئولیت کیفری هستند.

در رابطه با حرمت شرعی رفتار ارتكابی نیز می توان گفت مرتکب باید بداند و آگاه باشد که شارع مقدس، ارتكاب برخی از اعمال را حرام کرده و برای آنها ضمانت اجرا تعیین نموده است. به بیان ساده تر، در تمام جرایم مستوجب حد، شخص باید بداند که رفتارش جرم است و حرمت شرعی دارد، پس اگر نداند که آن عمل حرام است مجازات نمی شود.

انواع حدود:

۱- حد اعدام

در رابطه با جرایم زیر حد اعدام اجرا می شود:

زنا:

زنا عبارت است از جماع (نزدیکی) مرد و زنی که علقه‌ی زوجیت (رابطه زوجیت) بین آنها نباشد و از موارد وطی به شبهه نیز نباشد.

مراد از وطی به شبهه آن است که طرفین به گمان وجود رابطه مشروع، با یکدیگر جماع کنند، درحالی که واقعا چنین رابطه‌ای وجود نداشته باشد.

هرگاه طرفین یا یکی از آنها نابالغ باشد، زنا محقق می‌شود، اما نابالغ مجازات نمی‌شود و حسب مورد به اقدامات تأمینی و تربیتی محکوم می‌گردد.

حد زنا در این موارد اعدام است:

۱- زنا با محارم نسبی که موجب اعدام زانی و زانیه است.

۲- زنا با زن پدر که موجب اعدام زانی است.

۳- زنا با مرد غیرمسلمان یا زن مسلمان که موجب اعدام زانی است.

۴- زنا با به عنف و اکراه از سوی زانی که موجب اعدام زانی است.

لواط:

لواط عبارت است از دخول اندام تناسلی مرد (به اندازه‌ی ختنه‌گاه) در دبر انسان مذکر.

حد لواط برای فاعل در صورت عنف، اکراه یا دارا بودن شرایط احصان اعدام است.

حد لواط برای مفعول در هر حال اعدام است.

تفخیز:

قرار دادن اندام تناسلی مرد بین ران‌ها یا نشیمنگاه انسان مذکر است.

در تفخیز چنانچه فاعل غیرمسلمان و مفعول مسلمان باشد حد فاعل اعدام است.

سب‌النبی:

هر کس پیامبر گرامی اسلام (ص) یا هر یک از انبیای عظام الهی را دشنام دهد یا قذف نماید سب‌النبی است و به

حد اعدام محکوم می‌شود.

سرقت حدی:

حد سرقت در مرتبه‌ی چهارم، اعدام است.

محاربه:

عبارت است از کشیدن سلاح به قصد جان، مال یا ناموس مردم یا ترساندن آنها به نحوی که موجب ناامنی محیط

گردد. یکی از حدود جرم محاربه، اعدام است و قاضی در انتخاب آن مختار است.

افساد فی الارض:

هرکس که به‌طور گسترده مرتکب جنایت علیه تمامیت جسمانی افراد، جرایم علیه امنیت داخلی یا خارجی کشور، نشر اکاذیب، اختلال در نظام اقتصادی کشور، احراق و تخریب، پخش مواد سمی، میکروبی و خطرناک یا دایر کردن مراکز فساد و فحشا یا معاونت در آنها گردد، به‌گونه‌ای که موجب اختلال شدید در نظم عمومی کشور، ناامنی یا ورود خسارت عمده به تمامیت جسمانی افراد یا اموال عمومی و خصوصی، یا سبب اشاعه‌ی فساد یا فحشا در حد وسیع گردد، مفسد فی الارض محسوب و به حد اعدام محکوم می‌گردد.

بغی:

گروهی که در برابر اساس نظام جمهوری اسلامی ایران قیام مسلحانه کنند باغی محسوب و در صورت استفاده از سلاح به اعدام محکوم می‌شوند.

۲- جلد (شلاق زدن)

در رابطه با جرایم زیر حد جلد اجرا می‌شود:

الف) زنا: حد زنا برای زانی محصن و زانیه‌ی محصنه رجم است، در صورت عدم امکان اجرای رجم، با پیشنهاد دادگاه صادرکننده‌ی حکم قطعی، چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه‌ی محصنه و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق حدی است.

ب) در زنا با محارم نسبی و زنا‌ی محصنه، چنانچه زانیه بالغ و زانی نابالغ باشد، مجازات زانیه فقط صد ضربه شلاق حدی است.

پ) مردی که همسر دائمی دارد، هرگاه قبل از دخول، مرتکب زنا شود حد وی صد ضربه شلاق است.

ت) حد زنا در مواردی که مرتکب غیر محصن باشد، صد ضربه شلاق است.

ث) حد لواط برای فاعل در صورت عدم وجود شرایط احصان صد ضربه شلاق است.

ج) در تفخیز، حد فاعل و مفعول صد ضربه شلاق است و فرقی بین محصن و غیر محصن نیست.

چ) حد مساحقه صد ضربه شلاق است. مساحقه عبارت است از آنکه انسان مؤنث اندام تناسلی خود را بر اندام تناسلی همجنس خود قرار دهد.

ح) قوادی عبارت است رساندن دو یا چند نفر برای زنا یا لواط.

د) حد قوادی برای مرد ۷۵ ضربه شلاق است.

ذ) حد قذف ۸۰ ضربه شلاق است.

ر) قذف عبارت است از نسبت دادن زنا یا لواط به شخص دیگر، هر چند مرده باشد.

ز) حد مصرف مسکر هشتاد ضربه شلاق است

۳- حد رجم (سنگسار کردن)

حد رجم تنها در مورد جرم زنا قابل اعمال است، توضیح آنکه حد زنا برای زانی محصن و زانیه‌ی محصنه رجم است. احصان در هریک از مرد و زن به طریق زیر محقق می‌شود:

احصان مرد عبارت است از آنکه دارای همسر دائمی و بالغ باشد و درحالی که عاقل و بالغ بوده است، از طریق قُبُل با وی در حال بلوغ جماع کرده باشد و هر وقت بخواهد امکان جماع از طریق قبل را با وی داشته باشد. احصان زن عبارت است از آنکه دارای همسر دائمی و بالغ باشد و درحالی که بالغ و عاقل بوده است با او از طریق قبل جماع کرده باشد و امکان جماع از طریق قبل را با شوهر داشته باشد.

۴- صلب

یکی دیگر از انواع حدود جرم محاربه صلب است که قاضی در انتخاب آن مختار است.

۵- قطع دست

یکی از انواع حدود جرم محاربه قطع دست راست و پای چپ است که قاضی در برگزیدن آن مختار است. حد سرقت در مرتبه‌ی اول قطع چهار انگشت دست راست سارق از انتهای آن است، به طوری که انگشت شست و کف دست باقی بماند و در مرتبه‌ی دوم قطع پای چپ سارق از پایین برآمدگی است، به نحوی که نصف قدم و مقداری از محل مسح باقی بماند.

۶- تبعید

در مورد جرایم زیر حد تبعید اعمال می‌شود:

زنا: هرگاه مردی که همسر دائم دارد، قبل از دخول مرتکب زنا گردد، حد وی صد ضربه شلاق، تراشیدن موی سر و تبعید به مدت یک سال قمری است.

یکی از انواع حدود مربوط به جرم محاربه تبعید است و قاضی در انتخاب آن مختار است (هاشمی، ۱۳۸۴: ۱۱۹).

گفتار سوم: عرف

عُرف، به مجموعه عادات، رفتارها و باورهای گفته می‌شود که صرفنظر از درستی یا نادرستی آن‌ها از سوی افراد یک جامعه پذیرفته می‌شود. بشر بدوی برای هزاران سال در نبود قوانین مدون، روابط سیاسی و اجتماعی خود را با نگاهی عرفی تنظیم می‌نمود. نخستین پیشرفت اجتماعی و سنگ بنای تمدن امروزی را می‌بایست به کاربردن قوانین مدون به جای سلیقه‌های شخصی، اجتماعی و عرفی در روابط میان آدمیان دانست. عُرف روش خاصی است که افراد در مسئلهٔ معینی پیروی می‌کنند، بدون آنکه در قانون ذکری از آن رفته باشد. عرف قانون

نانوشته است. برای نمونه شیوه درود گفتن یا دست دادن که در جوامع گوناگون تفاوت‌هایی دارد بر پایه عرف تعیین می‌شود.

به سخن دیگر، عرف عادت‌ها و رسوم است که عقلای جامعه آن را به طور کلی پذیرفته‌اند و آن را روا می‌دارند. یا به تعریف دیگر عرف به مجموعه‌ای از توافقات یا معیارها و هنجارها گفته می‌شود که از سوی عموم پذیرفته شده باشد.

بر پایه یک تعریف، مواردی شامل عرف می‌شود که:

یکم: فرد خاصی برای ایجاد آن تلاش نموده، بل که جامعه آن را بدست آورده است.

دوم: جستجو برای شناسایی آن ضرورت ندارد، بل که خود آشکار و هویدا می‌باشد.

سوم: هر یک از مردم به آسانی آن را می‌شناسند و نیازی به توضیح ندارد.

آنچه که بر پایه عرف پذیرفته شده باشد را عرفی یا قراردادی می‌نامند و آنچه برای مدتی و به طور موقت به صورت یک عرف درآید را باب یا مد روز نیز می‌نامند (لنگرود، ۱۳۷۶: ۲۰۲).

بند یک: تعریف لغوی عرف

در فرهنگ معین عرف به معنی شناختگی، معروفیت، نیکویی، بخشش، معروف، مشهور، شناخته، عادت، آن چه بین مردم معمول و متداول است و امری در مقابل شرع آمده است (مهرپور، ۱۳۷۲: ۶۹).

در فرهنگ لاروس عرف به معنی طرز رفتار مستقر شده به وسیله عادت نزد مردم یا یک گروه اجتماعی (هر منطقه عرف‌های خود را دارد) و نیز نحوه معمولی رفتار یا گفتار مربوط به یک شخص، در عبارت:

ترجمه: طبق عادتش او ساکت می‌ماند؛ به تعریف کشیده شده است^۱.

ملاحظه می‌شود در تعریف فوق، عرف به وسیله عادت ایجاد شده و عادت مترادف با عرف بیان شده است (هاشمی، ۱۳۷۲: ۱۲۲).

بند دوم: مفهوم اصطلاحی

حقوق دانان از عرف تعریف‌های مختلفی به عمل آورده اند:

آقای دکتر کاتوزیان: عرف عادت است که به مدت طولانی بین عموم مرسوم شود و همه در برابر واقعه معین آن را به کار بندند و عمومی و پایدار باشد (منتظری، ۱۳۷۰: ۷۰).

^۱ Selon sa coutume il reste silencieux

پرادل- ژان پرادل حقوق دان فرانسوی در تعریف عرف بیان داشته «عرف عادت امتداد یافته در طول زمان (یکبار عرف نیست) و انتشار یافته در مکان (جغرافیایی، اجتماعی، مثلا در یک حرفه) که باید دارای نیروی الزام آور باشد.» (واسعی: ۱۳۷۹: ۲۹)

بند سوم: ارکان عرف

از مجموع تعریف های ذکر شده برای عرف، می توان عناصر تداول، شیوع، اطراد یک عمل و رفتار، معقولیت، مقبولیت، مستحق بودن و الزام آور بودن آن را قدر جامع همه ی تعریف ها دانست. در نظام های فقهی - حقوق اسلام، اگر چه عرف به عنوان منشاء و مبنای اعتبار قوانین و قواعد مردود شمرده شده و تنها منشاء اعتبار اراده شارع قلمداد گردیده، اما این که شارع در محیط عرف قانونگذاری کرده و در موارد بسیاری، نهادها و قواعد عرفی را تعدیل، تکمیل و یا فسخ نموده و در شناخت و اجرای قواعد و خطابات خود به فهم عرفی و اصول آن اکتفا کرده است، جای تردید نیست. از این رو عرف در نظام حقوقی اسلام، چه در مقام استنباط احکام و چه در مقام تطبیق و اجرای قواعد، بسی والا و ارزنده است. با وجود اصطلاحاتی خاص از طرف قانونگذار باید به عرف قانونگذار رجوع کرد نه عرف عام و نه عرف خاص دیگران، با توجه به این بیان باید در مواردی که شرع مقدس واژه ای را تفسیر نموده برخوردی تبعیدی داشت و آنرا تفسیر خاصی از قانونگذار دانست که اصالت یا عدم تبعید است و شارع در آن موارد در جایگاه عرف نشسته و در واقع معنای عرفی واژه را بیان نموده است. لذا اهمیت عرف شناسی از آنجاست که بخش عمده ای از متون فقهی مشتمل بر مفاهیم و مبانی عرفی بوده و بسیاری از مباحث فقهی در برگیرنده موضوعات عرفی است. عرف دارای عناصری است که گفتار یا رفتار معین یا ترک آن دو بین مردم، استمرار آنها به حدی که عادت رایج و شایع شود، غیر غریزی بودن که نباید ناشی از عوامل طبیعی باشند و الزام آور بودن آنها را شامل می شود. عادت، سیره عقلا، اجماع، زمان و مکان اصطلاحات مشابه با عرف هستند که دارای تفاوت هایی هم با عرف هستند. عرف عملی است که از روی اراده و آگاهی در بین مردم رواج پیدا می کند اما عادت عمل یا گفتاری است که خود به خود در بین مردم رواج پیدا میکند و مقصود از سیره هم استمرار عادت انسانها و بنای عملی آنها بر انجام دادن و یا ترک کاری است که سیره بر دو قسم سیره عقلانید و سیره مشرعه است و منظور از اجماع هم اینست که اجتناع فقعا به عرف و اعتبار آن در اجتهاد را در زمانهای مختلف، دلیل صحت معتبر دانستن عرف خوانده اند زیرا عمل فقها به عرف، به منزله ای اجماع سکوتی است، علاوه بر اینکه برخی نسبت به آن تصریح هم نموده اند که این اعتبار به صورت مطلق مورد مخالفت گروهی است و مدرکی بودن اجماع صرف احتجاج به اجماع بودن، کاشفیت از قول معصوم اعتباری نخواهد داشت. و زمان و مکان هم که تغییر شرایط و به وجود آمدن خصوصیات حدید است که به یکی از دو عامل زیر

بستگی دارد: ۱- تغییر خود موضوع یا یکی از قیود آن به نحوی که صلاحیت تبدیل حکم را داشته باشد. ۲- به وجود آمدن نیازها و ضرورت‌های جدیدی که در زمان‌های گذشته به عنوان نیاز و ضرورتی اجتماعی مطرح نبوده اند. لازم به ذکر است عرف لغوی اعتباری ندارد و در صورت وجود قرینه، عرف لفظی خاص بر عرف لفظی عام مقدم می‌شود و در غیر این صورت عرف لفظی عام، ملاک فهم و ظهور کلام قرار می‌گیرد. در مورد عرف عملی عقلا، دانشوران فقه، آنرا در بسیاری موارد حجت و معتبر می‌دانند. بخشی از عادات و عرفهایی که برای حفظ بقاء جامعه ضروری است و با مصالح واقعی مردم و مفاسد اسلام سازگار بودند عیناً مورد تأیید قرار گرفته‌اند مانند احکام معاملات، تجارت، عقود و ایقاعات (رهامی، ۱۳۸۰: ۵۲).

بند چهارم: اقسام عرف

اقسام عرف

عرف از مناظر گوناگون، تقسیمات متعددی دارد از جمله؛ (عرف عام و خاص)، (عرف عملی و قولی)، (عرف صحیح و فاسد) و ...

۱. عرف عام: عرف عام یا همان بنای عقلا، عبارت است از چیزی که بین اغلب مردم در جوامع مختلف، از اقوام مختلف و در زمان‌های مختلف رواج داشته و بسیاری از امور عمومی اجتماع بر آن استوار است؛ مانند رجوع جاهل به عالم، و عدم نقض یقین با شک.

۲. عرف خاص: عرف خاص عرفی را گویند که تنها در میان گروه خاصی که عاملی خاص آنها را جمع کرده رواج دارد؛ مانند الفاظ و اصطلاحات مخصوصی که بین فقها، اصولیین، فلاسفه، پزشکان و ... رواج دارد.

۳. عرف عملی: عرفی را گویند که در قسمتی از کارهای خاص مردم رایج است؛ مانند بیع معاطاتی که معمولاً بین مردم شایع است و آنرا قبول کرده‌اند.

۴. عرف قولی: عرفی را گویند که در آن برخی الفاظ بر خلاف معنای لغوی خود، معنای خاصی پیدا کرده و در آن معنای خاص استعمال می‌شوند؛ مانند لفظ «ولد» که در لغت برای پسر و دختر وضع شده ولی در عرف، تنها بر پسر اطلاق می‌شود.

۵. عرف صحیح: آنچه که بین مردم رایج است و مخالف نصّ قرآن و سنت نبوده و موجب از بین رفتن منفعت و به وجود آمدن مفسده نباشد؛ مانند اطلاق لفظ بر معنایی عرفی، غیر از معنای لغوی آن، و مثل این که عرف است هنگام عقد هدایایی از طرف داماد برای عروس می‌برند و آنرا جزو مهریه او حساب نمی‌کنند، و موارد مشابه دیگر.

۶. عرف فاسد: آنچه بین گروهی از مردم رواج دارد و مخالف شرع است؛ مانند برخی از معاملات ربوی، یا نوشیدن مشروبات الکلی که بسیاری از کشورهای غربی رواج دارد. و مانند نوع روابط بین دختر و پسر و گزینش همسر در برخی جوامع که هرچند احیاناً عرف معمول آن مناطق به حساب می‌آید، ولی چون مخالف شرع محسوب می‌شود، به عنوان عرف فاسد شناخته می‌شود (ملکی اصفهانی، ۱۳۷۹: ۱۴۳).

بند پنجم: کاربردها موارد حجیت عرف

عرف در مباحث فقهی و استنباط احکام در چهار نقش مطرح می‌شود:

۱. گاهی نقش کاشف حکم شرعی را دارد؛ یعنی حکم شرعی از عرف استفاده می‌شود و این در صورتی است که آن عرف از زمان معصومان (ع) رواج داشته و مورد مخالفت آن حضرات نیز قرار نگرفته باشد. این چنین عرفی در زمره‌ی سنت تقریری است. از همین قبیل است سیره‌ی متشرعه و بنای عقلایی که در زمان معصوم رایج بوده و مورد تأیید شارع مقدس قرار گرفته است؛ مانند عقد فضولی.

۲. گاهی احکام شرعی روی مفاهیم و موضوعاتی رفته که شارع تعریف و تحدید آن مفاهیم و موضوعات را به عرف واگذار کرده است. در این مورد، احکام تابع موضوعات هستند و با اختلاف عرف، حکم نیز مختلف می‌شود.

مثلاً یکی از موارد مصرف زکات، مصرف آن در راه خدا «فی سبیل الله» است، ولی تعیین مورد و مصداق آن امری است عرفی.

ممکن است در شرایطی ساختن مدرسه و مسجد و کتابخانه از مصادیق آن باشد، و ممکن است در زمانی که وسائل پیش‌رفته ارتباط جمعی نقش بسزایی در تسخیر افکار و هدایت یا گمراهی انسان‌ها دارند، مصرف زکات در راه فراهم کردن وسائل مجهز و پیش‌رفته ارتباطی برای آگاه کردن مردم در دورترین نقاط کره زمین و آشنا کردن آنها با فرهنگ و معارف انسان‌ساز دین اسلام و مقابله با تهاجم فرهنگی مکاتب مادی و استعماری، از بارزترین مصادیق «فی سبیل الله» باشد. البته این امر تا جایی جایز و بلکه لازم است که منجر به پیمودن راه‌های ممنوع و حرام برای رسیدن به مقصود نشود.

۳. گاهی نیز عرف و فهم عرفی، ملاک و معیار کشف مقصود متکلم قرار می‌گیرد. این مطلب در مباحث الفاظ کاملاً مشهود است. در مباحث الفاظ، برای فهم معانی الفاظ مطلق که متکلم بیان کرده، ظهور عرفی مبنای استدلال قرار می‌گیرد؛ فرقی هم نمی‌کند که متکلم شارع باشد یا غیر شارع. مثلاً علما در بحث امر و نهی، مشتق، عام و خاص، خبر واحد و ... به ظهور عرفی استناد می‌کنند.

۴. گاهی در تشخیص موضوعات و تطبیق احکام و فتاوا بر مصادیق عرف نقش مهمی به عهده دارد. در برخی زمینه‌ها که شارع خود به معنای خاصی اشاره کرده و مصداق آن را تعیین کرده است؛ مانند معنای مسافر، صلاة، حج و... در این گونه موارد عرف نقشی نخواهد داشت، اما در بسیاری از موارد در تعیین مصداق نظر عرف ملاک است. به عنوان نمونه، آیا این مایع، مشروب الکلی است یا خیر؟ آیا این ماهی فلس دارد، یا خیر؟ شطرنج در حال حاضر کاربرد تفریحی و فکری دارد، یا تنها وسیله قمار به شمار می‌آید؟ و... در این گونه موارد نظر و تشخیص عرف کارساز است (منتظری، ۱۴۰۰: ۲۳۲).

برخی از اهل تسنن؛ مانند حنفیه و مالکیه، عرف را حجّت دانسته و آن را مبنای بسیاری از احکام فقهی خود قرار داده‌اند.

ولی علمای شیعه معتقدند که اگر مقصود، حجّت عرف به صورت کلی و موجهی کلی باشد، و عرف به عنوان یک اصل مستقل در ردیف سایر ادله‌ی استنباط حکم شرعی قرار داده شود، مورد قبول نخواهد بود و با این توسعه حجّت نیست، و اصولاً عرف به عنوان یک اصل مستقل حجّت نیست و شارع نیز عرف را به عنوان یک اصل، امضا و تأیید نکرده است، بلکه شارع برخی از احکام عرفی را مورد تأیید قرار داده است، و چه بسا احکام عرفی که از طرف شارع مردود اعلام شده است.

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که عرف، یا به عنوان سیره حجّت است، چنان که در قسم اول از «جایگاه عرف در فقه» این گونه بود؛ و یا عرف تنها برای تشخیص حکم یا موضوع صغرای سنت حجّت است، کما این که در قسم دوم و سوم این گونه بود. در هر صورت، عرف، اصل مستقل معتبری در مقابل سایر اصول نیست. البته، اگر عرف از مواردی باشد که دلیلی بر نفی و اثبات آن از سوی شارع وارد نشده باشد، محکوم به اباحه ظاهری است. به هر حال، هر چند در بسیاری از مباحث فقهی بخصوص در بحث معاملات فقه، عرف جایگاه ویژه‌ای دارد، ولی این به معنای حجّت عرف به صورت مطلق و به عنوان یک اصل مستقل نیست (مدنی، ۱۳۷۶: ۹۶).

بند ششم: تفاوت عرف با غیر آن

در یک سخن کلیدی می‌توان چنین گفت که عرف می‌تواند توسط قانون منسوخ یا پذیرفته گردد. عرف لازم‌الاجرا نیست اما قانون لازم‌الاجراست؛ بنابراین تردیدی نیست که قانون می‌تواند اهمیت و نقشی به مراتب بالاتر از عرف را دارا باشد. اگر عرف را مهم تر و بالاتر از قانون بدانیم، درحقیقت جامعه را منجیق وار به دوران بدویت خویش پرتاب کرده‌ایم، زیرا در این صورت نیازی به قوه مقننه‌ای زیر نام مجلس و دیگر شوراهای مشورتی نخواهد بود. با فراز دانستن عرف نسبت به قانون می‌توان جامعه را بدون نیاز به دستگاه قانون‌گذاری و با شیوه‌های کهن عرفی اداره نمود و البته دستاورد دهشتناک آن را نیز گواه بود. نتایج پایین آوردن شأن و جایگاه

قانون در برابر عرف، جامعه را در دراز مدت دچار گسست و هرج و مرج خواهد نمود، و در جامعه‌ای که نسبت به این گونه سخنان واکنش شایسته و بایسته‌ای ابراز نشود، اندک اندک، عرف جای قانون را خواهد گرفت. به‌طور کلی فرق عرف با قانون در این است که اولاً واضح عرف اجتماع می‌باشد و در واقع آن را واضع معین و مشخصی نیست. ثانیاً مانند قانون، مدون نمی‌باشد.

هرچند در قانون به‌طور آشکار و ویژه از عرف ذکری به‌میان نمی‌آید اما به نحوی مورد حمایت و ملاک عمل قرار داده شده و ضمانت اجرایی برای آن تعیین می‌شود. اساس بیشتر قوانین، عرف بوده و به‌ویژه بخش اعظم قوانین آنگلو ساکسون را عرف تشکیل می‌دهد. در فقه اسلام در تعیین موضوع معاملات و احکام، عرف معتبر است.

۱- عرف و عادت

از نقطه نظر حقوق منبع حقوق در اجتماعات انسانی دانشت، چه آنکه تاسیسات مربوط به قانونگذاری بویژه قانونگذاری جدید که بر پایه انتخابات عمومی و آرا مبتنی است، تاریخچه‌ای چندان طولانی ندارد و هر چه هست به دوره‌های اولیه تشکیل جوامع انسانی بر می‌گردد و آنچه که ما مربوط به آن دوره‌ها از لحاظ نظامات اجتماعی می‌دانیم، در واقع همان عرف و عادت است که در نتیجه زندگانی دست جمعی، بتدریج و به صورت خود بخودی به وجود آمده است. البته مسائل اجتماعی نیز در آن ایام به تناسب سطح زندگی مردم آن روزگار تنوع چندانی نداشته و تهیه ضروری‌ترین وسایل زندگانی مانند غذا و پوشاک و مسکن آن هم به صورت ابتدائی، موضوع روابط و مناسبات اجتماعی مردم آن زمان بوده است. درباره چگونگی پیدایش عرف و عادت در آن زمان برخی از حقوق‌دانان معتقدند که:

در آن اوقات، حقوق بیشتر به وسیله « عرف » یعنی عادت کردن مردم به این امر که پیوسته در موقع بروز قضیه معین قاعده مخصوصی را رعایت کنند. معمول دارند، تشکیل می‌شد. همین عقیده و ایمانی که به لزوم رعایت قلان قاعده معین متدرجاً در ذهن مردم در اثر تکرار دائمی امور مخصوصی پیدا می‌شود، ریشه و اصل قواعد حقوق است. بنابراین عرف و عادت اولین منبع حقوق می‌باشد.

۲ — تاثیر مذهب: با ظهور مذاهب و نفوذ آن در زندگانی اجتماعی جوامع بشری، عادات و رسوم، توسعه و قوت بیشتری پیدا کرد و علما و دانشمندان مذهبی موضوع عرف و عادت را در کتابهای خود از جهات گوناگون مورد بحث قرار داده تا آنجا که در حقوق اسلام، فقها در مقام تعریف و تعداد عرفهای اجتماعی و نیز دلایل وجودی آنها، برآوردهای دکتر جعفری لنگرودی، در کتاب خود، به نام « مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام » مطالب سودمندی را در این زمینه از متون و منابع فقه اسلامی جمع آوری نموده اند که به برخی از آنها ذیلاً

اشاره می شود، البته چون آنها را در تعریف « عرف » ناقص دانسته اند، تنها عناصر « عرف » را تعداد نموده اند که عناصر مزبور عبارتند از:

الف - عمل معین، ب - تکرار عمل معین، ج - تکرار به حد برسد که به صورت غالب یا به صورت عام در آید، د - عمل باید ارادی باشد نه غریزی.

۲- عرف و سیره

آنچه به عنوان سیره، به خصوص در فقه امامیه مطرح است، با آنچه که در قانون و نزد حقوقدانان به عنوان عرف و عادت مورد ذکر است، اختلاف فاحش دارد. زیرا عرف و عادت در بسیاری از فرهنگهای حقوقی از منابع مستقل قانون است. ولی ارزش سیره در فقه، بستگی به احراز موافقت معصوم داشته و مستقلا ارزشی ندارد. یعنی دقیقا همان چیزی که در بحث اجماع مطرح است.

هرگاه فعلی یا ترک فعلی مورد بناء عملی مسلمانان قرار گیرد، آنرا سیره مسلمین، سیره متشرعه و یا سیره اسلامی می گویند. می توان گفت که سیره در حقیقت نوعی از اجماع است، در واقع اجماع، اتفاق علماء در فتوی و نظریه است، و سیره، اتفاق علماء و غیر علماء در عمل است.

حجیت و سندیت سیره اسلامی نیز بستگی به ضریب کاشفیت آن از موافقت شارع دارد و لذا رویه عملی مسلمانان و سنن رایج بین آنان، گاهی بگونه ای است که می توان اتصال آن را به زمان معصوم احراز نمود، یعنی بطور قطع، جزم استنباط شود که رویه مزبور در زمان آن بزرگواران نیز رایج بوده است. اینگونه سیره قطعا حجیت دارد. در تعریف عرف و عادت مسلم می گویند: منظور از عرف و عادت مذکور در ماده سه آئین دادرسی مدنی، عرف و عادت جامعه است به امری که در نتیجه تکرار، افراد به آن انس مفرط پیدا نموده اند که عمل بر خلاف، چندان منکر جلوه می دهد که احساسات افراد را به شدت جریحه دار می نماید.

۳- عرف و اجماع

تفاوت عرف با اجماع در این است که اجماع فقط از طریق اتفاق امت یا فقهای ایشان یا مجتهدان مذهب معینی منعقد می گردد و عنصر اتفاق در ماهیت آن اخذ گردیده است، ولی در عرف، سلوک اکثریت کفایت می کند. برخی اعتقاد دارند در اجماع فقط اتفاق مجتهدان معتبر است، اما عرف عبارت است از مرسوم شدن امری در میان عموم مردم یا خواص آنها.

۴- عرف و زمان و مکان

مراد، بحث از ماهیت فلسفی آنها نیست که آن، به فقه و اجتهاد ربطی ندارد. غرض فقیه از طرح مسأله زمان و مکان چیز دیگری است. از نظر مجتهد، زمان و مکان دو ظرفی هستند که جامعه را در بر گرفته اند و مراد این است که راه و رسم و دأب و دیدن و عرف و سنت هر جامعه در هر دوره و هر جا باید مورد عنایت خاص فقیه

باشد تا در پرتو این بستگی با جامعه فتاوی او راهگشا گردد و حلال مشکلات فراوانی که پیرامون جامعه را فرا گرفته است، باشد.

۵- تفاوت قاعده عرفی و قانون

روشن شدن اینکه عرف از قانون جلوتر است یا اینکه میتوان قانون مقدم بر عرف را تصور کرد میتواند در مسائل متعددی راه گشا باشد برای اینکه عرفی معتبر شود و قابل استناد باشد آیا حتما باید به شکل قانون درآید یا خیر و اگر پاسخ منفی است چنین عرفی تا چه اندازه قابلیت استناد دارد و شرایط معتبر شدن این عرف چیست عرف و قانون در حال تاثیر گذاری بر یکدیگر هستند به گونه ای که عرف با تغییر کردن بر حسب نیازها و ضرورت های اجتماعی قانون گذار را وادار به قانونی کردن عرف موجود در جامعه می کند و قانون در بسیاری از موارد بلکه در اکثر موارد از دل عرف بیرون می آید نمی توان منکر شد که قانون و عرف هر دو از ضرورت های زندگی اجتماعی حقوق در دوران کنونی می باشد و هر یک ارزش مخصوص خود را دارا می باشند قانون به مناسبت خصایصی که دارد به صورت عمده ترین منبع قانون در عصر حاضر تلقی شده و عرف در نقش مفسر و مکمل آن ارزش عملی خود را نشان داده است.

۶- ارتباط عرف با رویه قضایی و دکترین

علمای حقوق معمولاً عرف را در کنار قانون، رویه قضایی و دکترین حقوقی یکی از منابع حقوق محسوب می کنند. با این حال در نظام های پیشرفته حقوق داخلی معمولاً از استناد به عرف خودداری شده و آن را عنصری مزاحم و نسبتاً بی اهمیت شمرده می شود، اما در عرصه بین المللی، حداقل تاکنون، عرف یک منبع پویا بوده و نقش برجسته ای در تدوین و شکل گیری حقوق بین الملل ایفا کرده است.

در فقه اسلامی هر چند عرف در ردیف منابع چهارگانه حقوق اسلامی ذکر نشده اما مطالعه آثار فقها نشان می دهد که عرف را هم مثل کتاب و سنت از ادله و منابع استنباط احکام به شمار می روند. دلیل ذکر نشدن عرف به طور جداگانه شاید به این دلیل باشد که آن را بخشی از سنت می دانند چرا که تقریر پیامبر (معصوم از نظر شیعیان) هم سنت محسوب شده و عرفهای نیک از طریق تقریر تأیید شده اند. شاید هم با توجه به آیه «خذ العفو و امر بالعرف» آن را بخشی از کتاب محسوب کرده باشند (جعفری، ۱۳۸۱).

رویه قضایی را آقای دکتر کاتوزیان چنین به تعریف کشیده اند:

«رویه قضایی اگر بدون قید و شرط و به طور مطلق به کار برده شود مقصود مجموع آرای قضایی است ولی به معنی خاص خود ناظر فرضی است که محاکم یا دسته ای از آنها درباره حکم یکی از مسائل حقوقی، روش یکسانی در پیش گیرند و به اندازه ای، آرا راجع به آن مسئله تکرار شود که بتوان گفت، هر گاه محاکم با چنین

مشکلی روبه رو شوند همان تصمیم را خواهند گرفت. رویه قضائی، قاعده مشترک آرای دادگاه‌ها و رسم متداول میان دادرسان است، رویه قضائی صورت خاصی از عرف است. جز این که عادت عمومی آن را ایجاد نکرده و مبنای آن رسمی است که دادرسان به وجود آورده اند، ایجاد رویه قضائی نیز مانند عرف، طبیعی و غیر ارادی است. (علی آبادی، ۱۳۸۵).

با توجه به این تعریف، می‌توان گفت رویه قضائی نوعی عرف است. عرفی که بین قضات ایجاد شده است. چنین عرفی از یک سو به قانون توجه دارد و به تفسیر آن می‌پردازد و از سوی دیگر به عرف جامعه راجع است. آقای پرادل در تعریف رویه قضائی می‌نویسد:

«مجموعه آرایبی است که در برخی ادوار صادر شده؛ محتوای قاعده‌ای حقوقی نسبت به موضوعی خاص است این تعریف در تمام رشته‌های حقوقی صادق است» (صانعی، ۱۳۸۲). علاوه بر این که رویه قضائی عرف‌ساز است؛ عرف جامعه بر رویه قضائی تأثیر دارد، قاضی خود یکی از افراد جامعه است، چگونه می‌شود زمانی که رأی صادر می‌کند؛ به عرف جامعه بی‌اعتنا بماند. او از یک سو باید قانون و رویه قضائی را در نظر داشته باشد و از سوی دیگر به عرف جامعه توجه کند به قول برول:

«حکم قاضی باید با جماعت همراه باشد، بی‌شک عرف صریحا تصمیم را به او القا نمی‌کند اما بر روی او فشاری غیر قابل تحمل و پنهان وارد می‌سازد، نقش قاضی تنها این نیست که راه‌حل جدیدی بیابد بلکه باید تصمیمی بگیرد که با آمال محیطی که بر او حاکم است مطابق باشد، صحیح نیست بگوییم قضات قواعد حقوق را می‌سازند بلکه این قواعد قبلا وجود داشته‌اند، قاضی باید آن‌ها را کشف کند» (صانعی، ۱۳۸۲).

بند هفتم: منشا عرف

علمای حقوق درباره منشا عرف نظریات متعددی ارائه کرده اند، درباره ی اینکه عرف نیروی الزام آور خود را از کجا آورده نظریات گوناگونی ارائه شده که به طور خلاصه به مهمترین آنها اشاره ی کوتاهی می‌شود:

الف) قانون منشا نیروی الزام آور عرف این دیدگاه اعتبار عرف را منوط به تصریح از طرف قانون می‌کند و معتقد است که عرف نیروی الزام آور خود را از قانون گرفته است، در برابر این دیدگاه گفته اند که عرف خود نیروی الزام آور قانون نیز به شمار می‌رود.^۱

ب) نیروی الزام آور عرف ناشی از اصول بنیادی حقوقی است.^۱

^۱ سلجوقی، محمود، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، ۱۳۶۷، ص ۸۸ و ۱۲ همان، ص ۹۹

ج) اعتقاد و احساس حقوقی مشترک.^۱

افراد نامعلوم بر اساس ضرورت و نیاز اجتماعی برای تنظیم روابط حقوقی خود شیوه مخصوصی را که به عرف مشهور گردیده انتخاب می کنند.

د) وجدان و اراده عمومی

این دیدگاه معتقد است که عرف محصول مستقیم اراده عمومی انسانهاست.^۲

ه) نیازها و ضرورت های اجتماعی و خواسته های طبیعی انسان

بر اساس این دیدگاه منشا عرف نیازهای اجتماعی است که آدمیان به حکم فطرت خود دریافته اند.^۳

بند هشتم: حجیت عرف

اول: کتاب

مشهورترین آیاتی که برای اعتبار و حجیت عرف مورد استناد قرار گرفته اند:

الف) اعراف آیه ۱۹۹

"خذ العفو و امر بالمعروف و اعرض عن الجاهلین"

منظور از عرف در این آیه همان سنت ها و روش های جامعه است که مردم به آسانی به آن خو گرفته اند.

ب) آیه ی ۸۷ سوره حج

"ما جعل علیکم فی الدین من حرج" برای اثبات عرف در این آیه به قاعده ی نفی عسر و حرج استناد شده است.

ج) آیه ی ۱۱۰ سوره ی آل عمران

"کنتم خیر امه خرجت للناس تأمرون بالمعروف" مراد از معروف هر اندیشه و عمل نیکو از جمله عرف می باشد.

د) آیه ۱۰۴ سوره آل عمران

"ولتکن منکم الی الخیر و یامرون بالمعروف و ینهون عن المنکر"

دوم: سنت

الف) نامه حضرت علی (ع) به مالک اشتر: "سنت خوبی را که بزرگان امت بدان عمل کرده و به واسطه آنها بین

مردم الفت ایجاد شده و با آنها مردم به صلاح رسیده اند نقض مکن"^۴.

^۱ همان، ص ۹۰

^۲ کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹، ص ۷۳

^۳ سلجوقی، محمود، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، ۱۳۶۷، ص ۹۱

^۴ ایزدی فرد، علی اکبر؛ نعمت زاده، رجبعلی؛ کاویار، حسین، عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی، ۱۳۸۸، ص ۳۲

ب) حدیث عبدالله ابن مسعود: "هر چه را که مسلمانان نیک بدانند نزد خداوند نیک است که حاکی از امضا عرف است.^۱

ج) روایتی از پیامبر راجع به هند همسر ابوسفیان است که وی به پیامبر در خصوص نفقه شکایت کرد و گفت شوهرم به اندازه کافی نفقه من و فرزندانم را نمی دهد؛ پیامبر پاسخ داد: "می توانی از مال شوهرت با رعایت عرف برای نفقه خود و فرزندان برداری" در این روایت به حجیت عرف استناد شده و عرف مرجع تعیین مقدار نفقه زوجه و فرزندان می باشد.

سوم: اجماع

چهارم سیره ی پیامبر و ائمه اطهار (ع)

مانند پذیرش عاقله به عنوان مسئول پرداخت خون بها یا پذیرش دیه به عنوان مجازات قتل شبه عمد و خطای محض.

پنجم: عقل ششم: احکام امضایی در شریعت اسلام مانند برخی احکام در مورد حدود، دیات و قصاص که مورد امضا و پذیرش قرار گرفته اند. و این پدیده ثابت می کند که معصومین (ع) در برخورد با عرف های رایج زمان خود اصل را بر امضای عرف گذاشته اند مگر این که دلیلی از سوی شارع بر رد آنها وجود داشته باشد. بنابراین می توان با وجود احکام امضایی حجیت عرف را استنتاج کرد.

و همچنین ادله های فراوان دیگری هم گفته شده که به دلیل اطناب کلام از ذکر آنها خودداری می شود (اسعدی، ۱۳۸۷: ۳۲).

بند نهم: شرایط اعتبار عرف

اگر چه عرف به عنوان یکی از منابع حقوق پذیرفته شده و برای اعتبار آن دلیل آورده شده است اما دانشمندان حقوق معتقدند این اعتبار را مشروط به شرایطی می دانند که در اینجا به مشهورترین آنها اشاره می شود:

۱) اطراد و غلبه هنگامی که عمل و رفتاری بین گروهی با همه ی افراد جامعه به صورت متعارف در می آید، باید در بین کسانی که در قلمرو آن قرار دارند عام یا شایع باشد؛ به طوری که عموم افراد به حکم آن وقوف داشته باشند و در غالب مصادیق، مورد عمل قرار گیرد.^۲

^۱ فیض، علیرضا، عرف اجتهاد، مجد، ۱۳۸۷، ص ۷۵

^۲ زمانی، محمود، عرف و عادت در نظر حقوق ایران، جاودانه جنگل، ۱۳۹۰، ص ۹۴

شرط اطراد و غلبه در مورد همه ی اقسام عرف اعم از لفظی، عملی، عام و خاص مورد لزوم است و نباید آن را با عام و خاص بودن عرف اشتباه کرد؛ زیرا عرف خاص نیز باید در قلمرو محدود خود واجد شرط اطراد و غلبه باشد تا معتبر تلقی شود؛ اما منظور از عام و خاص بودن عرف کثرت و قلت کسانی است که آن را پذیرفته اند در حالی که اطراد و غلبه به لحاظ تکرار عمل است.

۲) تقارن

عرفی که برای پدیده ای مورد استفاده قرار میگیرد، باید همزمان با وقوع و حدوث آن پدیده باشد. بنا براین اگر عرفی در زمان گذشته وجود داشته باشد یا بعد از مساله مورد نظر به وجود آید، نسبت به آن مساله دارای اعتبار نیست.

۳) عدم مخالفت با نصوص

عرفی که مغایر با نص شرعی یا قانونی باشد دارای اعتبار نیست

۴) عدم تصریح

اگر در قراردادی که بین طرفین منعقد شده است بر خلاف عرف شرط شده باشد پیروی از عرف روا نیست (آقایی جنت مکان، ۱۳۹۰: ۲۶۱).

بند دهم: عرف و شرع

آیا عرف بر شرع رجحان دارد؟

اعتبار عرف در نزد امامیه منوط به شرایطی است که پیش تر گفته شد. لذا در مواردی که عرف با شرع مخالف است دو دیدگاه عمده در خصوص حل تعارض و اختلاف بین عرف و شرع وجود دارد که در مورد حجیت عرف به خودی خود همه فقیهان معتقدند که حجت و معتبر نیست و اعتبار آن ناشی از امر دیگری است. دو دیدگاه عبارتند از:

دیدگاه اول: برخی بر آنند که بازگشت عرف به سنت است که در اینصورت آنچه اصالت دارد نظر شارع است و باید به امضای شارع برسد.

دیدگاه دوم: گروهی بازگشت عرف یا سیره و بنای عقلا را به عقل می دانند که در اینصورت بر اساس قاعده ملازمه بین حکم عقل و شرع، اینگونه امور نیز از اعتبار و حجیت برخوردار میشوند. بنابراین وجه اشتراک دو دیدگاه فوق عبارتند از:

۱_ عرف و بنای عقلا فی الجمله مورد توجه و اعتبار است.

۲_ اعتبار عرف و بنای عقلا ذاتی نیست بلکه بازگشت به منابع دیگری میکند.

۳_ هرگاه عرفی بر خلاف حکم عقل یا شرع باشد به کلی از درجه اعتبار ساقط و نمیتوان به آن استناد کرد (باهری، ۱۳۴۶: ۲۹).

مبحث دوم: مبانی نظری

گفتار اول: ماهیت اجرا یا عدم اجرای حدود در زمان غیبت معصوم

یکی از مسائل مورد اختلاف فقها در عصر غیبت مسأله اجرا یا عدم اجرای حدود است. چنانچه باعث به وجود آمدن این سوال شده است که آیا در زمان غیبت، فقها می‌توانند نسبت به اجرای حدود اقدام کنند یا این امر مختص به زمان حضور معصوم است؟ این اختلاف نظر باعث پیدایش دو جبهه متقابل گردیده است، عده ای از علما در صف موافقین اجرا حدود قرار گرفته اند و عده ای دیگر نظر به عدم اجرا حدود در زمان غیبت دارند. مسأله واضح و روشن آن است که اقامه حدود حق امام معصوم (ع) است و هیچ تردیدی در این نیست. اما این مسأله آن جا سوال برانگیز می‌شود که آیا تمام اختیاراتی که مختص به امام معصوم است برای فقیه هم وجود دارد؟ گرچه در مورد سوال اخیر نیز میان فقها اختلاف نظر وجود دارد اما بررسی روایات و دلایل موجود مویذ این مطلب است که نظر افرادی که مخالف اجرای حدود در زمان غیبت هستند دارای قوت و اعتبار بیشتری است و اجرای حدود از جانب افراد غیر معصوم، می‌تواند مفاسد زیادی را به دنبال داشته باشد، از این رو بعید به نظر نمی‌رسد که اجرای حدود در زمان غیبت از اموری می‌باشد که به معصومین و یا افراد خاصی که از طرف ایشان منصوب شوند، اختصاص دارد.

بند اول: نظریه موافقین با اجرای حدود زمان غیبت

بنا به نظر موافقان اقامه حدود در عصر غیبت، هدف از اقامه حدود شرعی، رعایت مصلحت عمومی، دفع فساد و جلوگیری از جرم و معاصی در جامعه است و این امر صرفاً به زمان حضور معصوم (ع) اختصاص نداشته و همان حکمتی که مقتضی تشریح حدود بوده است اقتضا می‌کند که حدود شرعی در زمان غیبت امام معصوم (ع) همانند زمان حضور او اقامه گردد.

صاحب جواهر در رأس موافقین قرار دارد و معتقد است که مشهور امامیه بر آنند که اشخاص واجد شرایط عدالت و اجتهاد سطح بالا یعنی در حدّ داشتن توان استنباط فروع از منابع اولیه، می‌توانند در زمان غیبت بر افراد مرتکب جرائم حدّی، حدود شرعی را اجرا سازند:

از فقهای نامدار معاصر امام خمینی طاب ثراه در تحریر الوسیله در آخر بخش امر به معروف و نهی از منکر چنین نظر می‌دهند:

مسأله ۱- لیس لاحد تکفل الامور السیاسیة کاجراء الحدود و القضائیه و المالیة کاخذ الخراجات و مالیات الشرعیة الا امام المسلمین (ع) و من نصبه لذلک.

مسأله ۱- هیچ کس نمی تواند امور سیاسی مانند اجرای حدود و قضاوت و مالیة نظیر اخذ خراجات و مالیات های شرعی را متکفل گردد مگر امام مسلمین (ع) و کسی که از سوی او منصوب است. مسأله ۲- فی عصر غیبة ولی الامر و سلطان العصر عجل اله فرجه الشریف یقوم نوابه العامه و هم الفقهاء الجامعون لشرائط الفتوی و القضاء- مقامه فی اجراء السیاسات و سائر ماللامام (ع) الا البدأه بالجهاد.

مسأله ۲- در عصر غیبت حضرت ولی امر و سلطان عصر (عج) نواب عامه آن حضرت که عبارتند از فقهاء جامع الشرائط فتوی و قضاء جامع الشرائط و قضاة قائم مقام او می باشند و تمام امور سیاسی را اجرا می سازند مگر جهاد ابتدایی (پاد، ۱۳۸۶: ۸۰).

آیت الله حاج سید ابوالقاسم خوئی در تکملة المنهاج قول به جواز اجرای حدود در زمان غیبت را اظهر دانسته، به شرح زیر:

«يجوز للحاکم الجامع للشرائط اقامة الحدود على الاظهر علی الظاهر» حاکم جامع شرایط می تواند در زمان غیبت اجرای حدود نماید.

همان طور که ملاحظه می کنید مرحوم خوئی در متن فوق به جای واژه فقیه که در متن محقق حلی آمده است، واژه حاکم آورده و چنین پیدا است که علاوه بر فقاہت و عدالت، شرط حاکمیت را نیز معتبر دانسته و معتقدند فقیهان هر چند واجد درجه علیای اجتهاد بوده ولی فاقد حکومت و بسط ید باشند، مجاز نیستند مبادرت به اجرای حدود نمایند. این نکته در شرحی که تحت عنوان «مبانی تکملة المنهاج» به قلم خود آن بزرگوار بر این متن نگاشته شده مذکور است که ذیلا خواهد آمد. با توجه به معاصر برون کتاب مبانی تکملة المنهاج، و تبیین جدید ایشان از متون قدما، ترجیح می دهد که خلاصه بیان ایشان را در این زمینه بیاورد. ایشان می گویند:

«دلیل بر جواز اقامه حدود توسط حاکم جامع شرایط دو امر است:

اول: اقامه حدود به منظور مصلحت عامه و جلوگیری از فساد و نشر فجور و سرکشی افراد متخلف تشریح گردیده است. اختصاص یافتن آن به زمان خاص با این هدف منافات دارد. قطعاً حضور امام (ع) نمی تواند دخالتی در آن داشته باشد. بنابراین، حکمتی که مقتضی تشریح حدود بوده، همان حکمت اقتضا می کند که در زمان غیبت همانند زمان حضور اقامه گردد (اردبیلی، ۱۳۸۳: ۹۱).

دوم: ادله حدود، چه آیات و چه روایات مطلقاً و به هیچ وجه مقید به زمان خاص نمی باشند نظیر آیه شریفه:

الزانیة و الزانی فاجلدوا کلّ واحد منهما مائة جلدة

و یا آیه شریفه:

السارق و السارقة فاقطعوا ايديهما

به موجب ادله فوق حدود باید اقامه گردد ولی این که توسط چه کسی باید اقامه شود دلالتی ندارد. بدیهی است که همه افراد مسلمان مخاطب این خطابات نیستند و نمی توانند مبادرت به اقامه حدود نمایند، چرا که موجب اختلال نظام است و سنگ روی سنگ نخواهد ماند. مضافاً آن که از بعضی روایات نیز منع جواز اقامه توسط افراد عادی مستفاد می گردد. از جمله روایت داود بن فرقد از امام صادق (ع) در مورد گفتگوی رسول الله (ص) با سعد بن معاذ که گمان می رود اگر شخصی مرد اجنبی را در فراش خود در حال تجاوز به ناموسش ببیند، می تواند او را بکشد، رسول الله (ص) او را منع کرد. با توجه به مراتب بایستی قدر متیقن را اخذ نمود و قدر متیقن، من الیه الامر یعنی حاکم شرعی است.

مبانی تکملة المنهاج در اینجا دو دلیل اثبات کننده جواز اقامه حدود در زمان غیبت امام معصوم (ع) را به پایان رسانده و به ذکر مؤیداتی از ادله نقلیه می پردازد. مؤیدات به شرح زیر است:

۱- روایت اسحاق بن یعقوب: وی از محمد بن عثمان عمری (نائب خاص حضرت ولی عصر ارواحنا فداه) خواسته است که مکتوب وی را که حاوی مسائلی بوده است خدمت امام (ع) تقدیم نماید. امام (ع) پاسخ سؤالات را مرقوم فرموده اند: در یکی از فقرات پاسخ چنین آمده است: (... و اما الحوادث الواقعة فارجعوا الی رواة حیثنا فانهم حجتی علیکم و انا حجة الله) یعنی: اما رویدادهای جدید را به روایان حدیث ما مراجعه نمائید آنان حجت من بر شمایند و من حجت خدایم.

۲- روایت حفص بن غیاث: از امام صادق (ع) سؤال کرد چه کسی حدود را اقامه می کند؟ سلطان یا قاضی؟ امام (ع) در پاسخ فرمود:

«اقامة الحدود بيد من اليه الحكم» ۱۹ اقامهء حدود به دست کسی است که «حکم» به دست اوست. و با ضمیمه کردن روایاتی که در زمان غیبت قضاوت به دست فقیهان است، نتیجه گرفته می شود که آنان می توانند اقامه حدود شرعیه بنمایند.

این بود خلاصه استدلال صاحب تکملة المنهاج (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۱۲۵)

بند دوم: نظریه مخالفین اجرای حدود در زمان غیبت

در راس مخالفین جواز اقامه حدود در زمان غیبت، همان طور که گفته شد - قطع نظر از متقدمین نظیر ابن زهره و ابن ادریس حلی، دو فقیه کبیر قرن هفتم و هشتم - محقق و علامه حلی قرار گرفته اند. متن فقیه نخستین قبلا نقل شد. عبارت علامه حلی نیز قریب به همان متن است.

از میان فقیهان قرن معاصر، فقیه نامدار شیعه، مرحوم آیت‌الله حاج سید احمد خوانساری (طاب ثراه) (مرحوم آیت‌الله حاج سید احمد خوانساری فرزند علامه حاج میرزا یوسف خوانساری، اختصاص اقامه حدود را به امام معصوم اقوی دانسته و در نتیجه، اجرای حدود را در زمان غیبت امام معصوم علیه‌السلام مجاز نمی‌داند.

امام خمینی (طاب ثراه) در پاسخ سؤال آیت‌الله قدیری، کتاب جامع المدارک را به عنوان فصل الخطاب معرفی و به آن ارجاع فرمودند. که شرحی است موجز و در عین حال دقیق و مفید بر مختصر النافع محقق حلی، کلیه دلایل و مؤیدات ارائه شده توسط موافقین را مطرح فرموده و به شرح زیر مورد نقد قرار داده است: در پاسخ به دلیل اول و دوم که در کلام اغلب فقهای جناح مقابل به چشم می‌خورد و ما از مبانی تکمله نقل کردیم، می‌گوید: لازمه این دو دلیل آن است که اقامه حدود شرعیه در تمام ازمنه مطلقا واجب باشد؛ بدون آنکه به نصب معصوم علیه‌السلام نیازی وجود داشته باشد. اقامه حدود حتی بدون صدور مقبوله (عمر بن حنظله) و تویع مبارک و واگذاری این امر به فقها، نیز باید لازم و وظیفه شرعی شود. چنانچه مقتضای حکمت تشریح حدود بر محور مستحقین مجازات دور بزند و اقامه کننده و مجری آن نقشی نداشته باشد، بایستی در فرض عدم دسترسی به مجتهدین واجد شرایط و عدول مؤمنین، حتی فساق آنان، بایستی متصدی اقامه حدود شرعیه شوند و هیچ گاه این امر تعطیل نشود؛ همانند حفظ اموال غائبین و محجورین که در غیاب حاکم شرعی، عدول و سپس فساق هم موظف به انجام این وظیفه شرعی هستند. این امر لازمه ی دو دلیلی است که در تکمله المنهاج آمده است و طبعا جای این پرسش است که آیا موافقین و پیروان نظریه نخستین می‌توانند ملتزم به این نتیجه شوند؟ بی گمان خیر؛ چرا که آنان به طور حتم معتقدند که در زمان حضور امام علیه‌السلام کسی جز نواب آن حضرت یا منصوبین از سوی او اجازه اقامه حدود ندارد و در زمان غیبت امام، تنها مجتهدین عادل جامع الشرائط مجاز به اقامه حدود می‌باشند و لا غیر (دهقان، ۱۳۷۶: ۱۷۸).

کتاب «مشروعیت اجرای حدود اسلامی در زمان غیبت» نوشته محمدجواد فاضل لنکرانی. نویسنده در این کتاب به بررسی آرای موافقان و مخالفان اقامه حدود در عصر غیبت پرداخته و با پذیرش دیدگاه جواز اقامه حدود، بر این باور است که اجرای حدود یکی از شئون و مصادیق عنوان عمومی ولایت مطلقه فقیه است. این کتاب از طرف مرکز فقهی ائمه اطهار (ع) در ۹۳ صفحه و به زبان فارسی چاپ شده است.

بند سوم: نظریه قائلین تعطیل حدود مستلزم قتل و جرح در عصر غیبت

کتاب مستطاب جامع المدارک در ۶ مجلد شرح مختصر النافع محقق حلی است که برای پژوهش گران فقاقت بسیار گران سنگ است و علی رغم اختصار با دقت کافی نگارش یافته و نشان از ژرف نگری بزرگوار دارد، و

اهل معرفت بر اهمیت این کتاب کاملاً واقفند. امام خمینی طاب ثراه در پاسخ سؤال آیت الله قدیری کتاب جامع المدارک را به عنوان فصل الخطاب معرفی و به آن ارجاع فرمودند.

بدون آنکه به نصب معصوم (ع) نیازی وجود داشته باشد. و بدون صدور مقبوله [عمر بن حنظله] و توفیق مبارک و واگذاری این امر به فقها نیز اقامه حدود لازم و وظیفه شرعی گردد. و چنانچه مقتضای حکمت تشریح حدود بر محور مستحقین مجازات دور بزند و اقامه کننده و مجری آن نقشی نداشته باشد، در فرض عدم دسترسی به مجتهدین واجد شرایط، عدول مؤمنین و سپس حتی فساق آنان بایستی متصدی اقامه حدود شرعی گردند و هیچ گاه این امر تعطیل نگردد. همانند حفظ احوال غائبین و محجورین که در غیاب حاکم شرعی عدول و سپس فساق هم موظف به انجام این وظیفه شرعی می باشند» (سلجوقی: ۱۳۴۷: ۱۳۲).

این امر لازمه دو دلیلی است که در تکملة المنهاج آورده شده است. آیا موافقین و پیروان نظریه نخستین می توانند ملتزم به این نتیجه شوند؟ بی گمان خیر. چرا که آنان به طور حتم معتقدند در زمان حضور امام (ع) کسی جز نواب آن حضرت و یا منصوبین از سوی او اجازه اقامه ندارد. و در زمان غیبت امام، تنها مجتهدین عادل جامع شرایط مجاز به اقامه حدود می باشند و لا غیر. حال سؤال اصلی از ایشان این است که اگر ادله اقامه حدود مطلق است و نه زمان می تواند قید خصوصیتی محسوب گردد و نه شخصیت اقامه کننده دخالتی دارد، پس چرا که اولاً در زمان حضور شخص اقامه کننده بایستی لزوماً منصوب از سوی امام باشد؟ و ثانیاً در زمان غیبت، در فرض آن که مجتهد عادل موجود نباشد چه باید کرد؟ آیا می پذیرند که عادل‌های مردم عادی و سپس در فرض نبود مردم عادل، فساق آنان هم بتوانند مبادرت به اقامه حدود شرعی نمایند؟ علی الظاهر پاسخ منفی است و در این حالت بی گمان به علت فقدان مجری صالح واجد شرایط، تعطیلی حدود را پذیرا خواهید شد. چرا که ادعای آن که هر فاسق و فاجری در کمال جهل و بی سوادى بتواند تکفل و تصدی حدود شرعی الهیه را بنماید، واضح البطلان است (و هذا كما ترى).

خلاصه آن که نقش اقامه کننده در جواز اجرای حدود مستفاد می گردد، و به عبارت دیگر ادله حدود دیگر به اطلاق خود باقی نمی ماند و مقید به وجود مجری صالح می شود و احتماً آن که از ابتدا مجری صالح تنها معصومین باشند قوی و جدی خواهد بود.

بنا به مراتب نظر ایشان اقوی آن است که اقامه حدود شرعی از امور مختص به معصومین (ع) است همانند آن که جهاد با کفار نیز از مختصات معصومین می باشد و به هیچ وجه جز آنان کسی مجاز به اقدام در این امر نخواهد بود (سعیدی، ۱۳۹۰: ۵۲).

بند چهارم: نظریه قائلین به توقف در جواز اقامه حدود در عصر غیبت

نقش اقامه کننده در جواز اجرای حدود مستفاد می‌گردد، و به عبارت دیگر ادله حدود دیگر به اطلاق خود باقی نمی‌ماند و مقید به وجود مجری صالح می‌شود و احتما آن که از ابتدا مجری صالح تنها معصومین باشند قوی و جدی خواهد بود.

بنا به مراتب نظر ایشان اقوی آن است که اقامه حدود شرعیه از امور مختص به معصومین (ع) است همانند آن که جهاد با کفار نیز از مختصات معصومین می‌باشد و به هیچ وجه جز آنان کسی مجاز به اقدام در این امر نخواهد بود.

جامع المدارک، روایات استنادی را نیز مورد بحث قرار می‌دهد و به شرح زیر نقادی می‌نماید:
اولاً: اقامه حدود داخل در عنوان امر به معروف و نهی از منکر همگانی نیست تا مشمول عمومات و اجماع فقها گردد، چرا که بی تردید اقامه حدود مستلزم آزار بدنی است و چنین مواردی، تنها پیامبر (ص)، امامان معصوم (ع)، و منصوبین خاص از سوی آنان مجاز به اقدامند و جز آنان هیچ کس مجوز شرعی ندارد. و بنابراین استدلال به عمومات امر به معروف و نهی از منکر موردی نخواهد داشت.

ثانیاً: مقبوله عمر بن حفصه هیچ گونه ظهوری نسبت به اقامه حدود در آن وجود ندارد.

ثالثاً: روایت حفص بن غیاث با قطع نظر از سند، با مشکل دلالت روبرو است. چرا که در روایت مزبور در پاسخ این سؤال که چه کسی اقامه حدود می‌کند، سلطان یا قاضی؟ آمده است، اقامه الحدود الی من الیه الحکم اجرای حدود به دست کسی است که حکومت در دست اوست از این روایت نمی‌تواند نتیجه گرفت که قاضی مجاز به اقامه حدود است، لان القاضی له الحکم من طرف المعصوم و لا یقال الیه الحکم ۱۵ زیرا قاضی کسی است که از سوی معصومین حکم کردن میان مردم به او واگذار شده است، و به او گفته نمی‌شود به سوی او حکم است.

مؤلف عالیقدر جامع المدارک بیش از این توضیحی نمی‌دهد. به نظر نگارنده در توضیح منظور ایشان می‌توان افزود که از سؤال پرسش کننده چنین معلوم می‌گردد که در نظر وی این امر مسلم بوده که یکی از دو مقام یا سلطان و یا قاضی، می‌توانند اقامه حدود نمایند و از امام می‌پرسد که کدام یک از آن دو چنین اختیاری دارد؟ و با توجه به زمان انجام این گفتگو، که نیمه قرن دوم هجری یعنی زمان منصور خلیفه عباسی است، منظور از سلطان، خلیفه و از قاضی، شخص متصدی امور قضاء است که از سوی خلیفه تعیین می‌شده است. پس در حقیقت سؤال وی این است که آیا اقامه حدود شرعیه نسبت به مرتکبین معاصی آیا همانند رفع تخصمات فیما بین مردم از مناصب قضایی است با آن که از امور اجرایی و احکام سلطانیه می‌باشد که کجری آن سلطان است؟ (زراعت: ۱۳۷۷: ۱۱۰)

امام صادق(ع) در چنین موقعیتی که از طرفی می‌خواستند حکم خدا را بیان کنند، و از طرف دیگر می‌خواستند نه سلطان را تأیید کنند و نه قاضی را، فرموده‌اند: اقامه حدود شرعیه به دست کسی است که خداوند حکومت مردم را به او واگذار کرده و حاکم مشروع است!! یعنی خود آن حضرت صلوات الله علیه و علی آبائش اجمعین. رابعاً: روایات مقبوله ابی‌خدیجه راجع است به محاکمات و رفع خصومت‌های خصوصی و ربطی به اقامه حدود ندارد.

خامساً: توقیع شریف در پاسخ به سؤالات مکتوب تقدیمی صادر شده است و در مورد الحوادث الواقعه تعیین تکلیف فرموده‌اند. احتمال دارد که الف و لام در کلمه «الحوادث» از نوع عهدی باشد و بنابراین اشاره به همان روی دادهای مذکور در نامه ارسالی باشد و چون نمی‌دانیم که آن رویدادها چه بوده است، بنابراین تمسک به حدیث برای اثبات مدعی مفید نخواهد بود (سلطان احمدی، ۱۳۸۹: ۷۹).

بند پنجم: مولفه های تاثیر گذار در تاخیر اجرای حد

منظور از زمان و مکان، همان مقتضیات زمان و مکان، و امور، تحولات، اوضاع و احوالی است که در زمان و مکان قرار می‌گیرند. این معنا در روایات نیز مورد تأکید قرار گرفته است. زمان و مکان در اجرای حدود نقش تعیین‌کننده ای دارند، بنابراین در صورت تراحم مصلحت اجرای حد با مصلحت مهم تر، ممکن است حد موقتاً تعطیل یا به کیفیت دیگری اجرا شود. بررسی روایات به عنوان یکی از منابع استنباط احکام در این بحث بسیار حائز اهمیت است. به عنوان مثال، می‌توان به تأخیر در اجرای حد برای مجرم باردار یا بیمار، پناه بردن مجرم به حرم، گرم و سرد بودن هوا، مستحاضه بودن زن و عدم اجرای حد در مواردی از قبیل سرزمین دشمن، حد در مورد اهل کتاب، اضطراب، عفو مجرمان در زمان جنگ، عفو زنان بی شوهر، حد در سال قحطی و تغییر کیفیت اجرای حد در فرد بیمار که مصلحت، مقتضی تعجیل حد بر اوست، اشاره نمود. لازم است مصلحت سنجی در مورد حدود و رعایت اقتضائات زمان، مکان و اشخاص مجازات با توجه به روایات و نظر فقها مدنظر قرار گیرد (حسنی، ۱۳۷۸: ۵۲).

گفتار دوم: جایگاه حدود شرعی

بند اول: مستندات فقهی بودن حدود در اسلام

واژه حدود چهارده بار در قرآن کریم، غالباً با تعبیر حدود الله به کار رفته و مراد از آن محرمات الهی یا به تعبیر دیگر اوامر و نواهی خداوند است. از این رو مفهوم قرآنی حدود گسترده تر از معنای اصطلاحی فقهی است. در احادیث و منابع فقهی هم ضمن تأکید بر اجرای حدود، حد به معانی متعددی به کار رفته که گاه به حکمت تشریح

احکام مربوط به حدود اشاره شده و از جمله دلایل اهتمام به اجرای حدود و پیشگیری از تعدی به ارکان جامعه و مصالح عمومی یعنی حیثیت، بدن، عقل و مال انسانها ذکر شده، اما با این همه از دیدگاه شرعی اثبات جرائم مستوجب حد بسیار دشوار است و به ادله و شواهد زیادی نیاز دارد. همچنین با توجه به اهمیت موضوع حدود در منابع جامع فقهی، معمولاً مبحث اصلی به حدود اختصاص دارد. علاوه بر این فقها در ضمن دیگر مباحث فقهی چون لعان، شهادت و امر به معروف و نهی از منکر، به احکام حدود نیز پرداخته اند (دهقان، ۱۳۸۵: ۸۹).

بررسی قاعده "الحدود الی من الیه حکم" نشان می دهد که در درجه اول، مسأله اجرای حدود از اختیارات امام معصوم است و امام معصوم در دوران حضور می تواند حاکمان عادل و فقهای مورد اعتماد را نصب و اقامه حدود را با اذن خاص به آنان تفویض نماید. اما در عصر غیبت دیدگاه های مختلفی در این نوشتار نسبت به اقامه حدود مطرح شد که با توجه به تاثیر مصالح و مفاسد در اجرای حکم شرعی و عدم وجود قاضی مجتهد در عصر حاضر از دیدگاه مخالفت با اجرای حدود حمایت شده است (اسحاقی و همکاران، ۱۳۹۴: ۱۴).

آیا رجم در قرآن و سنت ریشه و مستمسکی دارد؟

رجم در تورات:

ابتدا حکم رجم را در یهودیت بررسی میکنیم، زیرا برخی از احکام تورات به درست یا نادرست، حکم اسلامی انگاشته شده است. لذا تورات به صراحت برای چند جرم، مجازات سنگین سنگسار را مقرر کرده است. چنانکه از تلمود گنجینه شریعت شفاهی یهودی که در نزد یهودیان اعتباری هم پایه تورات مکتوب دارد، برمی آید: سنگسار شدیدترین نوع مجازات اعدام است که برای ۱۸ جرم در نظر گرفته شده است. بر اساس تورات مجازات زنا، در برخی موارد سنگسار و در موارد دیگر سوزاندن یا خفه کردن است. آنجا که کسی با دختر نامزد دار زنا کند، حکمش سنگسار و در مورد زنا با زن شوهر دار قتل به شیوه خفه کردن است. اما در قرآن به صراحت آیه ای که بر تشریح رجم دلالت کند. در عین حال برخی مفسران آیه ۴۱ سوره مائده را در ارتباط با رجم دانسته اند، ولی این آیه در مورد زنا با زن و مرد یهودی که داوری خود را نزد پیامبر برده بودند می باشد که داوری درست پیامبر را بیان میکند. لذا رجم مستند قرآنی ندارد. و اما در سنت چطور است: تنها یک روایت (حدیث) از عباده بن صامت هست که به وضع مجازات رجم به پیامبر نسبت داده شده است.

اما نمیتوان این روایت را به سه دلیل:

۱- اینکه خبر واحد است.

۲- و خبر واحد باید نسخ نص قرآن باشد.

۳- چون این حدیث با سایر روایات که بین رجم و تازیانه، تازیانه و تبعید جمع کرده اند متعارض است.

پس نمیتوان آنرا به عنوان سندی محکم در اثبات رجم قلمداد کرد. اما به جز حدیث فوق، روایاتی چند حاکی از آنست که پیامبر در زمان حکومت خود، حکم رجم را جاری کرده است. پس روایات به دودسته تقسیم میشوند:

۱- مواردی که مستند آنها شهادت است، آیه ۴۱ سوره مائده به همین مورد اشاره دارد که چون یهود نمیخواست به دلیل جایگاه اشرافی آن دو مرد وزن، آنان را بر اساس تورات مجازات کند و به امید اینکه در دین اسلام حکم آسانتری باشد، داوری شان را به نزد پیامبر بردند. اما پیامبر بر حکم رجم صحه گذاشت و نهایتاً هر دو را رجم کرد. حال مدعی ما اینست که پیامبر درباره یهودیان مطابق کتاب خودشان تورات داوری کرده و این امری است که هم با سیره پیامبر وهم با عقل وهمچنین با احکام فقهی سازگار است، پس در این مورد خاص نمیتوان حکم اسلامی را استنباط کرد.

۲- مواردی که مستند آنها اقرار است: نمونه بارز، جریانی است که به داستان ماعز معروف است و راجع به فردی بود که به نزد پیامبر آمد و به زنا خود اقرار کرد اما به دلیل وجود یک مشکل اساسی در این حدیث، این حدیث را که به خودی خود متزلزل است، متزلزل تر میکند و آن اینست که بر اساس مسلمات فقه مذاهب مختلف اسلامی، توبه پیش از اقامه شهادت مسقط حد است از برخی از شکلهای نقل این حدیث برمی آید که پیامبر به راحتی حکم به رجم داده است که این با سخت گیری های اثبات و اجرای حداللهی در تعارض است و تا جایی که حتی برای اثبات شهادت هم ۴ مرد مسلمان همزمان به نحوی دقیق و نه عمدی دخول را ببیند و باهم در دادگاه شهادت دهند و از آنجایی که اقرار گناهکار چه دلیل وانگیزه هایی جز پشیمانی و ندامت وی میتواند داشته باشد و آیا توبه جز اینست؟ پس اینها همه قرائنی است که باید به روایاتی که دال بر اجرای حد رجم به دست پیامبرند، با دیده تردید نگریست. سردمدار طرفداری از اجرای رجم و پافشاری به اینکه آیه رجم در قرآن وجود داشته، اما در متن نهایی قرآن وارد نشده است، عمر بن خطاب است.

و اما اشکالات عدیده وارد به این نقل هابه شرح ذیل است:

۱- پذیرش این سخن مستلزم قبول تحریف در قرآن است.

۲- بسیاری از شکلهای این نقل، از نظر ادبی دارای اشکال است.

۳- از نظر سبک شناختی هم این عبارت به هیچ وجه با آیات قرآن همخوانی ندارد بلکه کاملاً شبیه و گرتته برداری از آیات تورات است.

۴- آیه ادعایی فوق، فقط حکم سنگسار زن و مرد پیر زناکار است را معین کرده و درباره سایر زناکاران محض ساکت است. پس نمیتوان از این حکم، حکم سنگسار سایر زناکاران را استخراج کرد.

نهایتاً رجم شدیدترین مجازات است که اگر چنین مجازاتی در اسلام مشروع می بود وبه عنوان یک حکم قطعی در اسلام پذیرفته شده بود، حتماً باید در قرآن ذکر میشد که در این مورد سندی نیست. همچنین در مورد مجازات شلاق هم، ریشه آن به اولین قانون در قانون حمورایی برمیگردد. که مجازاتهای اعدام و جریمه را مقرر داشته، در نتیجه ریشه مجازات شلاق راهم مورخان در آیین یهود میدانند که منشا ادیان ابراهیمی است واز آنجایی که دین اسلام و مسیحیت نیز از جمله ادیان ابراهیمی میدانند، لذا مجازات شلاقی که در قانون جزایی ایران آورده شده است نیز ریشه در همین قانون دارد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۱۷).

بند دوم: اجرای حدود از منظر حقوق بشر

حقوق بشر

ارتباط میان حقوق بشر واحکام دین اسلام یکی از مهمترین مصادیق چالش میان مدرنیت و سنت است، که دین به عنوان یکی از شاخص ترین میراثهای شنت چه نسبتی با احکام حقوق بشر به عنوان یکی از محصولات مدرنیت میتواند داشته باشد؟ میان تفسیر سنتی و متعارف از دین واحکام شرعی و حقوق بشر تعارض بنیادی وجود دارد، تعارضی که بر خلاف برخی پاسخهای سطحی به راحتی نمیتوان از آن گذشت و با چند نوآوری جزئی به رفع آن نائل گردید. احکام شرعی از دیدگاه اسلام سنتی در چند محور با اسناد حقوق بشر ناسازگار است، که مهمترین محور آن مجازاتهای خودسرانه، خشن و شکنجه است. در حقوق کیفری در اسلام سنتی، مجازاتهای شرعی موهن است، چراکه ماده پنجم اعلامیه جهانی حقوق بشر میگوید هیچ احدی را نمیتوان تحت شکنجه یا مجازات یا رفتاری قرار دارد که ظالمانه و برخلاف انسانیت و شئون بشری باشد و ماده ششم میثاق بین المللی حقوق مدنی و سیاسی حق زندگی را از حقوق ذاتی انسان شناخته و تصریح میکند که هیچ فردی را نمیتوان خودسرانه یعنی بدون مجوز از زندگی محروم کرد که مجازات اعدام منحصر به مهمترین جنایت هاست و ماده هفتم میثاق هم آزار و شکنجه ها و مجازاتهای رفتارهای ظالمانه یا رفتارهای خلاف انسانی را ممنوع میکند که از مهمترین اسناد بین المللی در این باره به کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازاتهای بی رحمانه غیر انسانی یا موهن مصوب ۱۹۸۴ است. از آنجا که در فقه اسلام سنتی برخی مجازاتهای شرعی را بدون حکم قاضی دادگاه، هر مکلفی میتواند به تشخیص خود اجرا کند، حتی ممکن است حکم اعدام به عنوان یک وظیفه دینی اینگونه اجرا شود. بر این اساس مرتد فطری، سبب النبی را میتوان کشت، بی آنکه نیازی به اثبات در دادگاه صالح و دفاع متهم و رای هیات منصفه و امثال این تشریفات باشد و همین گونه است در حد مستوجب اعدام که اگر مردی همسر خود را با مردی همبستر بیند به لحاظ تکلیفی مجاز است هر دو را بکشد. یکی از مراتب وظیفه همگانی نهی از منکر، نهی عملی و تعرض فیزیکی است. اگرچه به نظر اکثر فقیهان، قتل فاعل منکر، تنها به اذن فقیه مجاز

است و مومنان سر خود مجاز به انجام این مرتبه نیستند اما جمعی از فقیهان نهی از منکر، منجر به جرح و ضرب را بی نیاز از تحصیل اذن داشته اند. تردیدی نیست که مطابق ضوابط حقوق بشر هر نوع ضرب و جرح نیاز به مجوز قضایی و تنها از سوی ضابطین قضایی قابل اجراست و همچنین سپردن حکم اعدام به دست افراد غیر مسئول در موارد فوق که ذکر شد، در تعارض مستقیم با ضوابط حقوق بشر است. نحوه اجرای مجازاتهای شرعی هم با حقوق بشر امروزی در تعارض است که امروزه مجازاتهایی از قبیل در آتش سوزانیدن مجرم یا پرتاب وی از بالای کوه یا بلندی با دست و پای بسته، یا شمشیر زدن سپس در آتش سوزانیدن، یا رجم یا زندان با اعمال شاقه از قبیل کتک یا به صلیب کشیدن یا قطع دست راست و پای چپ و یا قطع چهار انگشت یا شلاق زدن از مصادیق مجازاتهای خشن و خلاف شئون بشری و انسانیت است. در نتیجه همه حدود شرعی که سبب مجازاتهای معین فوق هست را منافی حقوق بشر اعلام میدارند. تعیین اینگونه مجازاتهای سنگین از سوی شریعت اسلام برای ریشه کن کردن جرائم سنگین بوده اما اندیشه حقوق بشر اولاً به سمت حذف کامل مجازاتهای بدنی و فیزیکی، ثانیاً به سمت محدودیت جدی مجازات اعدام و ثالثاً حذف انحاء خشن اعدام و در مجموع نفی مجازاتهای سنگین پیش میرود. بر این اساس حدود خلاف ضوابط حقوق بشر خواهد بود. همچنین احکام شرعی معارض با اندیشه حقوق بشر به اتفاق آرا نظر مشهور (حداقل مشهور در زمان ما)، رای اتفاقی و در بسیاری موارد اجماعی است. مطابقت صناعت فقهی اسلام سنتی، ظن آن میرود که این احادیث سخن پیامبر یا ائمه باشند که در مجموع میراث روایی به جا مانده از پیامبر و ائمه، احادیث سازگار با حقوق بشر نیز یافت میشود. اما آن احادیث به هر دلیلی مستند فتوایی علمای سنتی واقع نشده است، لذا مسأله حل تعارض با اندیشه حقوق بشر دشوارتر می شود (حبیب زاده، ۱۳۸۰: ۹۶).

ممنوعیت مجازاتهای بدنی به ویژه مجازاتهای بدنی شدید و خشن را که مغایر با کرامت انسان هستند می توان در پرتو اسناد مربوط به ممنوعیت شکنجه و رفتارهای غیر انسانی مشاهده نمود. یکی از مهمترین اسناد مربوط به این دسته عبارت است از کنوانسیون منع شکنجه و دیگر رفتارها یا مجازاتهای بی رحمانه، غیر انسانی یا تحقیر آمیز (۱۹۸۴)؛ در این دسته از اسناد به ممنوعیت مجازاتهای ظالمانه، تحقیر آمیز و غیر انسانی تصریح شده است و با توجه به تفاسیر و رویههایی که از جانب نهادهای ناظر به آنها ارائه شده، مشاهده می نمایم که برخی از مجازاتهای بدنی در شمار مجازاتهای ظالمانه تحقیر آمیز و غیر انسانی ممنوع، شمرده شده اند (صادقی، ۱۳۹۱: ۷۶).

گفتار سوم: نقش زمان و مکان در اجرای مجازات های شرعی

منظور از زمان و مکان، نفس زمان و مکان نیست، بلکه امور، تحولات و اوضاع و احوالی است که در زیان و امکان قرار میگیرند. لذا در زمان حال حاضر، با پیدایش موضوعات جدید احکام، فقیه باید همه ی این موضوعات را که از ادله شرعیه با توجه به اوضاع و شرایطی که برای آنها به وجود آمده، با عنایت به مصالح و مفاسد قطعی آنها بدست آورد. که در این رابطه بیشترین تحولات در بخش مقررات جزایی به وجود آمد که همگام با پیروزی انقلاب و استقرار حکومت اسلامی در ایران بود، که با حذف قوانین و مقررات مخالف موازین شرعی و جایگزینی احکام اسلامی همراه بود و هنوز هم قوانینی هست که کاملاً با مقتضیات زمان و مکان هماهنگ نیست از جمله نوع و جنس دیه، ضمان عاقل (صابری، ۱۳۸۰: ۵۱).

لازم به ذکر است که عدم اجرای قوانین جزایی اسلام در طی قرن ها به ویژه در دنیای پرتحول عصر حاضر، وجود تفاوت های بسیار میان حقوق جزایی اسلام و حقوق جزای عرفی که پیش از انقلاب در ایران اجرا می شد، وجود محدودیت زمانی و عدم استخراج مواد قانون با توجه به شرایط و اوضاع و احوال از متون فقهی همگام با میزان تحولات و دگرگونی در سطح جامعه و عدم تجربه قانونگذاری و شتاب در تصویب و نسخ قانون موجب شد تا بیشترین تغییر و تحولات در قوانین جزایی و به تبع آن در احکام شرعی صورت گیرد. در نتیجه دو عنصر زمان و مکان در جرم انگاری، و یا جرم زدایی از یک عمل و یا کیفرزدایی از آن و یا در تبدیل کیفر و یا نحوه ی اجرای آن در چهارچوب مقررات شرعی تاثیر دارند و یا به عبارتی هم در تشریح احکام و هم در استنباط احکام از منابع شرعی و هم در اجرای احکام تاثیر دارند که نزول تدریجی احکام و آیات خداوند نیز گواه بر این مطلب است. همانطور که حضرت امام هم به این دو عنصر و نقش آنها در اجرای مجازات های شرعی تاکید داشتند که البته که با جاودانگی شریعت هم منطبق هستند. زیرا که بررسی جرائم و مجازات ها نشان می دهد، برخی اعمال در همه ی ادیان جرم بوده اما مجازاتها یکسان نبودند که بر حسب زمان و مکان های مختلف و عرف مردم و آن جامعه اقدام می کردند. به عنوان مثال در مورد جرم زنا، محصنه که در همه ی ادیان همواره جرم محسوب می شده اما مجازات آن در نزد عرب جاهلیت به مراتب سنگین تر بوده و از طرفی خداوند هم در آغاز به لحاظ شرایط حاکم بر آن زمان، مجازات رجم را موقتاً مورد امضا قرار داده اما، بعداً که مسلمانان زیاد شدند، آنان مجازات قبلی عرب جاهلیت را خشن دانسته و خداوند مجازات سهل تری را مقرر فرمود و به همین دلیل بود که مجازات سنگسار تا سال چهارم هجرت ابلاغ نشد چرا که این حکم هم به هر دلیلی در قرآن نیامده و ریشه در بیان تورات و شریعت حضرت موسی دارد و اگر مطابق با روایات عامه و خاصه در سیره عملی پیامبر هم دیده شده اشاره به داوری پیامبر بین دو اشراف یهود دارد که پیامبر آن دو را مطابق احکام دین خودشان محاکمه

کرد، نه اسلام. چون پیامبر در دین اسلام، در مواردی در مورد جرائم جنسی و روابط نامشروع، نوعی اقدامات تأمینی اعمال می کردند، همچنین حضرت علی هم با وجود اهتمام ویژه ای که در خصوص اجرای حد داشتند، اما در مواردی در سیره عملی ایشان مشهود است که، آن حد را اجرا نمی کردند. بنابراین درست است که هدف اصلی شارع از وضع مقررات جزایی، بعد تربیتی و اصلاح بوده و با ارباب عمومی قصد تأمین منافع جامعه اسلامی را داشته، اما چون اقامه حدود از وظایف امام است، لذا حاکم اسلامی هم میتواند هر طور مصلحت آن زمان را دید، با استفاده از اختیارات و تشخیص مصالح جامعه، عمل کند و گاهی به خاطر عواقب منفی اجرای مجازات شرعی، از آن صرف نظر کند و برای تأمین مصلحت مهمتر، از مصلحت کمتر خودداری شود. چرا که در ارزیابی مجازاتها در اسلام هم درمی یابیم که مجازاتها جنبه ی تعدیل کننده دارند و مقررات جزایی اسلام، دیگر آن شدتی را که در قبل داشتند را ندارند و از افراط و خشونت قبلی مانند مجازات زنا کاسته شده است. همچنین در قوانین جزایی اسلام، اصل فردی کردن مجازاتها، قانونی بودن جرائم و مجازات ها، اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری به نفع متهم و اعمال قاعده در کاملاً مورد توجه بوده است. پس اسلام تغییر در احکام را می پذیرد اما نسخ احکام را نمی پذیرد و منظور از تاثیر دو عنصر زمان و مکان بر احکام، انطباق احکام بر شرایط مختلف است. به این معنی که هرگاه در شرایط خارجی مکلف، امکان رعایت مصالح و مفاسد احکام اولی را نداشته باشد، دوران بین اهم و مهم پیش می آید که در چنین صورتی هم عقل و هم شرع حکم می کنند که باید اهم را بر مهم مقدم داشت و حکم مهم موقتاً برداشته میشود. از معیارهای تاثیر گذاری زمان و مکان میتوان به نظامات و مقررات دولتی اشاره کرد که به عنوان بخشی از شرع محسوب می شوند، که بر مبنای مصالح اجتماعی تنظیم می شوند و به لحاظ اهم بودن احکام حکومتی، بر احکام فردی مقدم می شوند، بنابراین تابع مصالح و مقتضیات هستند و به اختلاف آن قابل تغییر هستند. تعزیر هم مجازاتی هست که یا به خاطر نقض مقررات دین است و یا مخالفت با همین احکام حکومتی که از آنجایی که مجازاتهای بازدارنده هم نوعی تعزیر محسوب می شوند، می توانند جایگزین حد شوند. زیرا احکام شرعی اسلام تابع مصالح و مفاسد واقعیه است و این مصالح و مفاسد ممکن است در عمل و در مقام اجرا به اصطکاک منتهی شود، لذا اسلام دست کارشناسان دین نظیر فقها و مجتهدین و روشنفکران دینی را باز گذاشته که به خاطر مصلحت مهمتر، از مصلحت کم اهمیت تر صرف نظر کنند. در نتیجه ممکن است حکم خاصی برای عده ای در زمان ویژه، مصلحت داشته باشد و به آن دستور داده شود ولی برای عده ای دیگر، در زمان دیگری، مفسده داشته باشد و از اجرای آن نهی شود. به تاثیر عرف در تغییر احکام شرعی هم که قبلاً اشاره شد، خودش در قالب زمان و مکان در معرض تغییر است و احکام شرعی هم در این گونه موارد از تغییرات عرف تاثیر می پذیرد. حتی تا آنجا که ممکن است زمان و مکان و عرف جامعه موجب شوند، مجازات

جرمی تبدیل به مجازات دیگری شود، همچنانکه در مجازات تعزیری ممکن است، تغییر و تبدیل ایجاد شود مثل تغییر مجازات شلاق برای جرم کلاهبرداری، سرقت و خیانت در امانت و مانند آن. پس امکان دارد در مجازات حدی هم تغییر ایجاد شود مثلاً فرض کنیم اجرای رجم در زمان فعلی مصلحت نباشد و یا قطع ید موجب وهن دین اسلام و مسلمین جهان شود که بنا به تشخیص حاکم اسلامی تبدیل به نوع دیگری می شود. چنانکه ملاک تغییر حدود در میدان جنگ و سرزمین دشمن هم شامل این موارد می شود. نتیجتاً کسانی که اجرای حدود را در زمان غیبت لازم نمی دانند قطعاً نظرشان این نیست که مجرم به حال خود رها شود و هیچ گونه مجازات در مورد او اجرا نشود، بلکه به جای حدود سایر مجازات ها را در نظر دارند که در این صورت تبدیل مجازات حدی به تعزیر خواهد بود، آن هم به ملاک عدم حضور امام. و در انتها گاهی هم تاثیر زمان و مکان بر مجازات به این صورت است که مجازات کلا یا بعضاً، ابتدائاً یا استدامه در مورد مجرم به اجرا در نیاید یا موقوف الاجرا شود و یا اجرای آن معلق شود که نهادهای حقوقی جدید از قبیل تعلیق، آزادی مشروط، توبه و عفو، همه در راستای همین هدف قرار دارند (حائری شاه باغ، ۱۳۷۶: ۳۸).

فصل دوم: نظریات و دیدگاه های فقها و مجتهدین و نو اندیشان دینی

مبحث اول: نظریات فقها و مجتهدین

گفتار اول: گزیده ای از فقها و مجتهدین

بند اول: دیدگاه امام خمینی در حدود

امام خمینی (س) حفظ نظام جامعه اسلامی، جلوگیری از بی نظمی و هرج و مرج در میان امت اسلامی، حفظ حدود و ثغور کشور اسلامی از هجوم بیگانگان و اجرای احکام الهی را از جمله اهداف اصلی در استقرار حکومت اسلامی می دانند.

ایشان همچنین به جواز اقامه حدود قائل هستند و فقیه جامع الشرایط را شایسته ترین حاکمی می دانند که در عصر غیبت باید اجرای کامل حدود را بر عهده گیرد. لذا این والی باید دو ویژگی زیر را داشته باشد: ۱- مبانی و ارزشها و احکام دینی را به طور کامل بشناسد. ۲- خود را به معنای کامل متعهد و ملتزم به خواسته های شرع و اجرای معنویات شارع سازد.

در ادامه ایشان احکام جزایی و اجرای حدود الهی را رحمت بر فرد خطاکار و مصلحت جامعه اسلامی دانسته، اما در دنیای امروز به دلیل فهم و درک خاص از حقوق بشر بدون بررسی دقیق آن، بر پایه تبلیغات، اجرای حدود اسلامی مورد اعتراض قرار میگیرد، در صورتی که در حد زنای محصنه، که از آن منظر خشن ترین مجازات است

زمانی جاری می شود که راههای اثبات آن بسیار دشوار است و باید جهات بسیاری از روی عدالت در نظر گرفته شود. در نتیجه اگر پس از رعایت تمام شرایط و ضوابط اجرای حدود در زمان و مکانی یا چگونگی اجرای آن موجب اشکال و ایراد بر اسلام یا مسلمین شود، در این صورت مصلحت اسلام بر مصلحت اجرای یک حکم برتری دارد و حاکم اسلامی میتواند با توجه به مقتضیات زمان و مکان، حکم متناسب صادر کند (علیدوست، ۱۳۹۰: ۱۲).

بند دوم: دیدگاه آیتالله منتظری در حدود

جامعیت دین اسلام موجب می شود که نه تنها مردم را به سمت سعادت اخروی سوق دهد، بلکه برای زندگی دنیوی آن‌ها و تأمین رفاه در جهت آخرت برنامه‌های منسجمی ارائه کند. به همین سبب پیاده‌سازی این برنامه‌ها نیاز به قدرت اجرائی و توانایی اعمال اراده همگانی دارد؛ و این مهم بدون برپائی حکومت و دولت عقلا و عملا امکان‌پذیر نیست. علاوه بر این بسیاری از احکام اسلامی نظیر حدود، دیات، قصاص و ... هستند که به فعلیت رسیدن و اجرائی شدن آن‌ها تابع شرایطی است که حتما باید صاحب قدرت و صاحب نفوذ در این زمینه بود؛ و گرنه هر کدام از مسلمین در هر جایی برای اقامه آن‌ها اقدام کنند؛ هرج و مرج و بی‌نظمی جامعه را فرامی‌گیرد. پس به این ترتیب آیت‌الله منتظری وجود حکومت و یک نظام قدرتمند سیاسی را برای اداره امور افراد جامعه؛ صرف نظر از نوع ساختار و شرایط حاکمیت آن ضروری و بدیهی می‌داند و این مورد از آن مؤلفه‌هایی است که تا آخر مسیر اندیشه‌ای جزء اصول لاینفک نظرات او بودشامیاتی، ۱۳۹۱: ۴۲).

بند سوم: دیدگاه آیت الله مکارم شیرازی در حدود

اجرای حد در موارد شبهه و همچنین نسبت به بیماری که این کار جان او را به خطر می‌اندازد یا بیماری اش را تشدید می‌کند ممنوع است؛ آری بازهم سخن از عوامل تخفیف مجازات در اسلام است و مجدداً تأکید بر این امر را لازم می‌دانیم که بدون شک ارفاق در مورد آنها که مستحق تخفیف نیستند و ترحم بر آنها همچون ترحم بر پلنگ تیز دندان است از گناهان بزرگ محسوب می‌شود، همانطور که مراعات تخفیف در مواردی که طرف شایسته ارفاق است و یا مصالح کلی اسلام و چهره تابناک مکتب ایجاب می‌کند از واجبات محسوب می‌شود. با این مقدمه کوتاه به تعقیب بحث گذشته می‌پردازیم:

متوقف ساختن مجازات در موارد شبهه: این قانون در میان فقهای ما معروف است که «تدرء الحدود بالشبهات»، یعنی در موارد اثبات جرم‌هایی که قصاص یا حد به آن تعلق می‌گیرد و همچنین در موارد اثبات حکم حدود و قصاص (اعم از شبهات موضوعه و حکمی) باید دلیل قطعی و کافی در دست داشته باشیم و هرگاه شک و شبهه‌ای به میان آید، اصل بر برائت و صرف نظر کردن از مجازات و اجرای حد یا قصاص است؛

فی المثل شخص نایبایی مرتکب قتلی شده است و ادعا می کند این قتل از روی خطا صورت گرفته چرا که من چشم نداشتم و طرف را ندیدم هر گاه دلیل قطعی بر عمدی بودن قتل به دست نیاید حکم قصاص در مورد او اجرا نخواهد شد و تنها به دیه قناعت می شود. (۱) یا اگر مرد یا زنی مرتکب زنا شده اما مدعی هستند که اشتباهی رخ داده به این صورت که افراد مختلفی در یک محیط زندگی می کرده اند و این احتمال در حق آنها وجود داشته که همسران یکدیگر را - فی المثل - در تاریکی شب نشناسند، در اینجا مصداق شبهه است و حکم زنا درباره آنها جاری نمی شود. (اشتباه نشود این در صورتی است که قرینه معقولی برای چنین شبهه ای وجود داشته باشد) همچنین در تمام مواردی که شرایط موجود ایجاد شک و شبهه می کند، خواه در شناخت موضوع باشد یا در شناخت حکم، اجرای حد و قصاص موقوف می شود (عشایری، ۱۳۹۱: ۴۹).

مبنا و اساس این حکم روایتی است از پیغمبر گرامی اسلام (صلی الله علیه و اله) که فرمود: «إِذْرَأُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ»؛ (حدود را با شبهات دفع کنید). و حدیث دیگری که از قضاوت های امیر مومنان علی (علیه السلام) نقل شده است که فرمود: «إِذَا كَانَ فِي الْحَدِّ لَعْلٌ أَوْ عَسَىٰ فَالْحَدُّ مُعْطَلٌ»؛ (هنگامی که در حد شاید و اگر باشد باید آن را تعطیل کرد). این دو حدیث در منابع شیعه آمده است؛ در کتب برادران اهل سنت نیز حدیثی از پیامبر گرامی اسلام (صلی الله علیه و اله) به تعبیر دیگری نقل شده که همین نتیجه بلکه معنی وسیع تری را می بخشد که فرمود: «إِذْرَأُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ...»؛ (تا می توانید حدود را از مسلمین دفع کنید...).

در اینجا این سوال پیش می آید که مگر احکام دیگر اسلامی را در موضوع مشکوک می توان اجرا نمود؟ مگر اصل براءت به معنی وسیع آن هر موضوع مشکوکی را در مسائل حقوقی و تکالیف شرعی به دست فراموشی نمی سپارد؟ پس مطرح کردن این مسئله در خصوص مباحث حدود و دیات چه مفهومی می تواند داشته باشد؟ پاسخ این مسئله چندان پیچیده نیست؛ منظور این است که حد نصاب قوت و استحکام ادله برای اثبات جرائم در مباحث حدود و دیات یک حد نصاب بالا است؛ گاه ظواهر الفاظ که برای اثبات احکام و موضوعات دیگر کافی است در اینجا کافی نیست بلکه باید مرحله ای بالاتر از آن تحقق یابد تا حکم یا موضوع ثابت گردد. و نیز حداقل معیاری که برای حجیت خبر واحد و سند اخبار در مسائل عادی کافی است در اینجا ممکن است کافی نباشد و احیاناً مصداق شبهه گردد؛ همچنین به ظاهر حال و قرائن ظنیه ای که گاهی در ابواب دیگر بر آن تکیه می کنند، در اینجا نمی توان تکیه کرد (محقق داماد، ۱۳۷۸: ۱۸۶).

کوتاه سخن اینکه دلیل برای اثبات موضوع و حکم در اینجا هم از نظر دلالت و هم سند باید آنچنان استحکامی داشته باشد که قاضی را در حکم خود کاملاً مطمئن سازد؛ بنابراین بسیاری از موارد اتهام در مباحث حدود و دیات که دارای این حد نصاب نیست عملاً معاف می گردد.

«بیماری» یکی از عوامل مخفیه: اگرچه سابقاً اشاره‌ای به مسئله بیماری کرده‌ایم ولی این بخش نیاز به شرح بیشتری دارد؛ بیماری‌ها بخصوص بیماری‌های صعب‌العلاج یا غیر قابل علاج از اموری است که مجرم را یا به کلی از اجرای حد معاف می کند یا سبب تخفیف آن می گردد و یا آن را به عقب می اندازد. «سفیان ثوری» که از فقهای اهل سنت است روزی از «یحیی بن عباد» که از یاران امام صادق (علیه السلام) بود، درخواست کرد که این سوال را از محضر آن حضرت بکند که اگر زنی مرتکب عمل نامشروع زنا شده و بیمار است به گونه ای که اگر بخواهند اجرای حد تازیانه بر او کنند ممکن است جان او به خطر افتد چه باید کرد؟ یحیی این سوال را در محضر امام صادق (علیه السلام) طرح کرد، امام فرمود: این سوال از خود توست یا دیگری از تو خواسته است از من سوال کنی؟ (هدف امام این بود که پاسخ سوال را مطابق سطح معلومات و اعتقاد طرف بیان کند تا موثر واقع شود) عرض کرد سفیان ثوری از من چنین خواسته است. امام فرمود: مردی را خدمت پیامبر (صلی الله علیه و اله) آوردند که به بیماری «استقسا» مبتلا بود و رگهای پاهایش از شدت تورم نمایان گشته بود در حالی که مرتکب زنا با زن بیماری شده بود. پیامبر (صلی الله علیه و اله) دستور داد قسمتی از شاخه درخت خرما که مانند خوشه انگور است بعد از جدا شدن خرما رشته‌های فراوانی همچون جارو دارد بیاورند یک بار آن را بر بدن مرد بیمار و یک بار هم بر بدن زن بیمار زد و سپس آنها را رها فرمود. و با این کار هم حریم قانون را حفظ کرد - چرا که آن شاخه خرما طبق بعضی از روایات دیگر دارای یکصد رشته باریک بود که جانشین یکصد تازیانه شود- و هم کاری نکرد که جان آن دو بیمار به خطر بیفتد و آسیبی به آنها رسد (مرعشی، ۱۳۷۳: ۱۱۴).

همین معنی با طرق و تعبیرات دیگر نیز از پیامبر اکرم (صلی الله علیه و اله) نقل شده است. در روایت دیگر از امیر مومنان علی (علیه السلام) در مورد بیماری که بدنش دارای قروح و زخم‌هایی بود چنین می خوانیم: «أَتَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِرَجُلٍ أَصَابَ حَدًّا وَبِهِ قُرُوحٌ فِي جَسَدِهِ كَثِيرَةٌ فَقَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَخْرُوهُ حَتَّى يَبْرَأَ لَا تَتَكَبَّرُوا عَلَيْهِ فَتَقْتُلُوهُ»؛ (مردی را نزد امیر مؤمنان علی (علیه السلام) آوردند که حدی بر عهده داشت و جراحتهای بسیاری در بدنش بود. حضرت فرمود: به او مهلت دهید تا بهبود یابد. هم‌اکنون او را حد زنید که باعث مرگش شوید). شبیه این موضوع در مورد زنی که گرفتار خونریزی در غیر ایام عادت ماهانه بود نیز وارد شده چنان که در حدیثی از امام صادق (علیه السلام) می خوانیم که فرمود: «لَا يُقَامُ الْحَدُّ عَلَى الْمُسْتَحَاضَةِ حَتَّى يَنْقَطِعَ الدَّمُ عَنْهَا»؛ (اجرای حد بر زن مستحاضه موقوف می شود تا زمانی که خونریزی او قطع گردد). اطلاق این

حدیث گواه بر این است که حتی اگر خطر جانی برای او نداشته باشد، همین اندازه که معمولاً در معرض افزایش بیماری یا تولد بیماری تازه‌ای باشد کافی است که اجرای حد به زمان سلامت او موکول گردد. همین مسئله در مورد زنانی که در حالت عادت ماهانه هستند نیز صادق است هر چند مورد سوال در حدیث فوق خصوص مستحاضه است ولی به اصطلاح اثبات شیء نفی ماعدا نمی‌کند؛ چون زنان در حالت رگل وضع حساسی دارند که فشارهای روحی و جسمی ممکن است سرچشمه بیماریهایی برای آنها شود. فقهای ما نیز در بسیاری از کتب فقهیه به مضمون این احادیث فتوا داده و اجرای حد را در حال بیماری و استحاضه و مانند آن نهی فرموده‌اند؛ در «تحریرالوسیله» چنین آمده است: «مریض و مجروح و زن مستحاضه را نباید به عنوان اجرای حد تازیانه زد؛ مبادا جان آنها به خطر بیفتد، باید در انتظار بهبودی بوده و اگر امید بهبودی نرود و یا حاکم شرع مصلحت را در تعجیل ببیند، آنها را به وسیله مجموعه‌ای از تازیانه یا رشته‌هایی که تعداد آنها بالغ بر حد بشود میزند و لازم نیست تمام این مجموعه بر بدن او وارد گردد بلکه همین اندازه کافی است که گفته شود با آن مجموعه مضروب شده است...» (مومنی، ۱۳۹۰: ۱۱۱).

بند چهارم: دیدگاه آیت الله مرعشی در حدود

بنابر نظر آیت الله مرعشی، میزان مجازات‌های حدی به طور دقیق معین شده است که اکثر فقهای امامیه نیز از ایشان پیروی کرده‌اند این حدود عبارتند از:

حد زنا؛ حدود محلق به زنا (لواط، مساحقه و قوادی)؛ حد قذف؛ حد مسکر؛ حد سرقت و حد محارب. بعضی قائل هستند که حدود در واقع هشت تا است، زیرا هر یک از لواط، مساحقه و قوادی، به تنهایی سبب مستقلی برای ثبوت حد به شمار می‌آیند. در قانون مجازات اسلامی نیز حدود هشت تا احصا شده است که عبارتند از: حد زنا؛ حد لواط؛ حد مساحقه؛ حد قوادی؛ حد قذف؛ حد مسکر؛ حد سرقت؛ حد محاربه و افساد فی الارض.

در هر حال، کسانی که حدود را شش تا شمرده‌اند، در ادامه بحث شان مواردی دیگری از قبیل ارتداد، وطی بهائم و ... را از جرائم حدی دانسته‌اند.

فقهای عامه نیز در تعداد حدود اختلاف نظر دارند، اقوال متعددی در این زمینه نقل شده است. شافعیه حدود را هفت تا دانسته: «حد جراحات؛ حد بغی؛ حد ارتداد؛ حد زنا؛ حد سرقت؛ حد مشروبات الکلی؛ حد قذف.» و مالکیه بر این تعداد، «حد محاربه» را هم افزوده است.

حنفیه هم می گوید: حدود همان است که در قرآن به آنها اشاره شده است: حدزنا؛ حدسرقه؛ حد شرب خمر؛ حد محارب؛ حد قذف. که در منابع معتبر به این اقوال اشاره شده است. علت این امر که در تعداد حدود اتفاق نظر وجود ندارد، اختلافات مبنایی موجود بین حقوقدانان اسلامی است. بعضی ملاک حدی بودن جرائم را تنها کتاب الله می دانند، در برابر این گروه کسانی هستند که کتاب و سنت را معیار حدی بودن جرم و مجازات می دانند (کدیور، ۱۳۸۹: ۴۷).

گفتار دوم: جمع بندی نظریات مختلف فقها و مجتهدین در خصوص حدود

حدود، بخشی از قوانین کیفری اسلام است که در برابر کارهای خلاف عفت و اخلاق اسلامی، اعمال می شود، و همچنین در رابطه با سایر جرائمی که بر علیه منافع امت اسلامی مثل افساد فی الارض یا بر علیه حاکمیت مثل بغی انجام میشود اعمال میگردد و کیفر ثابت و مشخصی دارد. موضوع اجرای حدود در زمان غیبت امام عصر، یک بحث جدی فقهی است که اقوال مختلفی درباره آن وجود دارد. از طرفی برخی فقها، قائل به اجرای مطلق حدود شرعی در زمان غیبت هستند و عده ای دیگر نیز معتقدند که حدود در زمان غیبت جاری نمی شود و صرفاً باید به دست امام معصوم اجرا شود. کیفر دادن مجرمان در عرف جوامع بشری از اختیارات حکومت است و کسی جز حکومت، مجاز به انجام آن نیست. این مبنا از سوی فقه اسلامی هم مورد تأکید واقع شده است، فقیهان مسلمان اجرای حدود را در زمان حضور امام (ع)، بر عهده امام معصوم (ع) و منصوبان از طرف ایشان می دانند. اما در زمان غیبت، ولایت در اجرای حدود برای فقهای جامع شرایط است؛ زیرا آنها نمایان عام هستند. آیات و روایاتی هم که در آن دستور اجرای حدود به مسلمانان داده است به معنای مجوز اجرای حد برای تک تک افراد نیست، بلکه منظور از آن، جامعه مسلمین است. ادله لزوم اجرای حدود توسط حاکم اسلامی را می توان در موارد زیر خلاصه کرد:

۱. سیره معصومین (ع)، ۲. روایات، ۳. حفظ نظم و امنیت جامعه، ۴. اجماع مسلمین، ۵. تخصصی بودن موضوع (محمدی، ۱۳۸۱: ۸۱).

مبحث دوم: نظریات روشنفکران دینی معاصر

گفتار اول: نگزیده ای از روشنفکران دینی معاصر

بند اول: نظریات آیت الله محقق داماد در خصوص حدود

اجرای حدود از باب امر به معروف است و شرط عمده و اصلی امر به معروف این است که آثاری بدی نداشته باشد لذا اگر اجرای حدود موجب وهن و انزوای اسلام شود، جواز آن شبهه شرعی دارد و مورد تردید جدی قرار می گیرد. فلسفه وجودی حدود در نظام اسلامی، تقلیل جرایم است. این گونه مجازات‌ها را نباید یک راز بدانیم زیرا بر اساس حکمتی ایجاد شده است بنابراین مجازات‌ها باید به گونه‌ای اجرا شود که موجب تقلیل جرائم شود. دستگاه قضایی باید آمار دقیقی در خصوص اثرات اجرای مجازات‌ها ارائه دهد، باید بیان شود که وقتی این مجازات‌ها اعمال شد، تا چه میزان آمار جرایم کم شده است و آیا اجرای حدی در ملاعام موجب ترک آن جرم می شود و یا عکس آن اتفاق می افتد؟ آنها در مقابل نصی می توان اجتهاد کرد که ابهام یا تعارض داشته باشد. بنابراین نص در حدود وجود دارد اما این که اجرای آن باید چه شرایطی داشته باشد و مجری آن دارای چه شرایطی باشد باید با اجتهاد حل شود. محقق داماد در ارتباط با موضوع جایگزینی فقیه به جای ائمه و امام عصر: در این ارتباط دو نظر وجود دارد، عده‌ای همچون صاحب جواهر و امام خمینی (ره) معتقدند فقیه همه اختیارات امام را دارد و عده‌ای دیگر فقط معتقد به یک سری اختیارات هستند مهم ترین قول برای دلیل صاحب جواهر مبنی بر این که حد به دست فقیه انجام شود، نشستن فقیه به جای امام معصوم در زمان غیبت است. البته افراد دارای این نظر معتقد هستند که هم فقیه در زمان غیبت می تواند اجرای حدود کند و هم پدر نسبت به فرزندش و هم شوهر نسبت به همسرش، و لو اینکه فقیه نباشد. عده‌ای دیگر معتقدند که این فقیه می تواند هر کاری در زمان غیبت انجام دهد به غیر از حدود و به جای آن تغیر می شود. بنابراین دو نفر نمی توانند حد را اجرا کنند، فردی که خودش مجتهد است و نظرش این است که نباید اجرا شود و دیگر مقلد مرجع تقلیدی که آن مرجع معتقد است نباید اجرا شود. با اشاره به قانون جزا و قانون آیین دادرسی نوشته شده در زمان مشروطیت: در آن زمان که فقهای بزرگی وجود داشتند هیچ یک با تعطیلی اجرای حدود اعتراضی به تعطیلی شریعت نکردند با این که تا قبل از مشروطیت حد اجرا می شد و به جای حدود شرعی، تعزیرات گذاشته شد تعزیر دو عنصر دارد، عنصر اول اینکه میزان آن باید کمتر از حد باشد و عنصر دیگر چگونگی اجرا و انجام آن است. در مورد ولایت فقیه و نظریه اجرای حدود، این دو هیچ ملازمه‌ای با یکدیگر ندارند، زیرا ممکن است عده‌ای قائل به اجرای حدود باشند، اما قائل به ولایت فقیه نباشند و عکس آن هم امکان پذیر است. نظریه وجوب اجرای حدود در زمان غیبت منتسب به فقیهان بزرگی است که در راس آن‌ها صاحب جواهر قرار دارد و عده‌ای از جمله فقهای عصر حاضر و امام خمینی (ره) به پیروی از او همین نظر را دارند که به این نظر پافشاری می کنند.

البته نظر مخالف هم وجود دارد و نباید خاموش شود اما اکنون نظر غالب، نظر نخستین است و تا زمانی که قانون است باید اجرا شود (موسوی خمینی، ۱۴۰۱: ۱۱۲).

آیا رجم در قرآن و سنت ریشه و مستمسکی دارد؟

رجم در تورات:

ابتدا حکم رجم را در یهودیت بررسی میکنیم، زیرا برخی از احکام تورات به درست یا نادرست، حکم اسلامی انگاشته شده است. لذا تورات به صراحت برای چند جرم، مجازات سنگین سنگسار را مقرر کرده است. چنانکه از تلمود گنجینه شریعت شفاهی یهودی که در نزد یهودیان اعتباری هم پایه تورات مکتوب دارد، برمی آید: سنگسار شدیدترین نوع مجازات اعدام است که برای ۱۸ جرم در نظر گرفته شده است. بر اساس تورات مجازات زنا، در برخی موارد سنگسار و در موارد دیگر سوزاندن یا خفه کردن است. آنجا که کسی با دختر نامزد دار زنا کند، حکمش سنگسار و در مورد زنا با زن شوهر دار قتل به شیوه خفه کردن است. اما در قرآن به صراحت آیه ای که بر تشریح رجم دلالت کند. در عین حال برخی مفسران آیه ۴۱ سوره مائده را در ارتباط با رجم دانسته اند، ولی این آیه در مورد زنا با زن و مرد یهودی که داوری خود را نزد پیامبر برده بودند می باشد که داوری درست پیامبر را بیان میکند. لذا رجم مستند قرآنی ندارد. و اما در سنت چطور است: تنها یک روایت (حدیث) از عباد بن صامت هست که به وضع مجازات رجم به پیامبر نسبت داده شده است.

اما نمیتوان این روایت را به سه دلیل:

۱- اینکه خبر واحد است.

۲- و خبر واحد باید ناسخ نص قرآن باشد.

۳- چون این حدیث با سایر روایات که بین رجم و تازیانه، تازیانه و تبعید جمع کرده اند متعارض است.

پس نمیتوان آنرا به عنوان سندی محکم در اثبات رجم قلمداد کرد. اما به جز حدیث فوق، روایاتی چند حاکی از آنست که پیامبر در زمان حکومت خود، حکم رجم را جاری کرده است. پس روایات به دودسته تقسیم میشوند:

۱- مواردی که مستند آنها شهادت است، آیه ۴۱ سوره مائده به همین مورد اشاره دارد که چون یهود نمیخواست به دلیل جایگاه اشرافی آن دو مرد وزن، آنان را بر اساس تورات مجازات کند و به امید اینکه در دین اسلام حکم آسانتری باشد، داوری شان را به نزد پیامبر بردند. اما پیامبر بر حکم رجم صحه گذاشت و نهایتاً هر دو را رجم کرد. حال مدعی ما اینست که پیامبر درباره یهودیان مطابق کتاب خودشان تورات داوری کرده و این امری است که هم با سیره پیامبر وهم با عقل و همچنین با احکام فقهی سازگار است، پس در این مورد خاص نمیتوان حکم اسلامی را استنباط کرد (نوریه، ۱۳۸۴: ۸۴)

۲- مواردی که مستند آنها اقرار است: نمونه بارز، جریانی است که به داستان ماعز معروف است و راجع به فردی بود که به نزد پیامبر آمد و به زنا خود اقرار کرد اما به دلیل وجود یک مشکل اساسی در این حدیث، این حدیث را که به خودی خود متزلزل است، متزلزل تر میکند و آن اینست که بر اساس مسلمات فقه مذاهب مختلف اسلامی، توبه پیش از اقامه شهادت مسقط حد است از برخی از شکلهای نقل این حدیث برمی آید که پیامبر به راحتی حکم به رجم داده است که این با سخت گیری های اثبات و اجرای حداللهی در تعارض است و تا جایی که حتی برای اثبات شهادت هم ۴ مرد مسلمان همزمان به نحوی دقیق و نه عمدی خول را ببند و باهم در دادگاه شهادت دهند و از آنجایی که اقرار گناهکار چه دلیل وانگیزه هایی جز پشیمانی و ندامت وی میتواند داشته باشد و آیا توبه جز اینست؟ پس اینها همه قرائنی است که باید به روایاتی که دال بر اجرای حد رجم به دست پیامبرند، با دیده تردید نگریست. سردمدار طرفداری از اجرای رجم و پافشاری به اینکه آیه رجم در قرآن وجود داشته، اما در متن نهایی قرآن وارد نشده است، عمر بن خطاب است.

و اما اشکالات عدیده وارد به این نقل هابه شرح ذیل است:

۱- پذیرش این سخن مستلزم قبول تحریف در قرآن است.

۲- بسیاری از شکلهای این نقل، از نظر ادبی دارای اشکال است.

۳- از نظر سبک شناختی هم این عبارت به هیچ وجه با آیات قرآن همخوانی ندارد بلکه کاملاً شبیه و گرته برداری از آیات تورات است.

۴- آیه ادعایی فوق، فقط حکم سنگسار زن و مرد پیر زناکار است را معین کرده و در باره سایر زناکاران محض ساکت است. پس نمیتوان از این حکم، حکم سنگسار سایر زناکاران را استخراج کرد.

نهایتاً رجم شدیدترین مجازات است که اگر چنین مجازاتی در اسلام مشروع می بود و به عنوان یک حکم قطعی در اسلام پذیرفته شده بود، حتماً باید در قرآن ذکر میشد که در این مورد سندی نیست.

همچنین در مورد مجازات شلاق هم، ریشه آن به اولین قانون در قانون حمورایی بر میگردد. که مجازاتهای اعدام و جریمه را مقرر داشته، در نتیجه ریشه مجازات شلاق راهم مورخان در آیین یهود میدانند که منشا ادیان ابراهیمی است و از آنجایی که دین اسلام و مسیحیت نیز از جمله ادیان ابراهیمی میدانند، لذا مجازات شلاقی که در قانون جزایی ایران آورده شده است نیز ریشه در همین قانون دارد (مهدوی، ۱۳۸۹: ۴۲).

بند دوم: نظریات دکتر سروش در خصوص حدود

مسأله اجرای حدود در عصر حاضر، از چهار جهت، قابل بحث و مطالعه است که یک جهت آن، تحت عنوان اجرای حدود در عصر غیبت، مطرح می شود و سه جهت دیگر هم در این مسأله، وجود دارد. ما باید این مسائل

مختلف را از یکدیگر تفکیک کنیم تا صورت مسأله، دقیقاً مشخص باشد و موانع را به درستی، تفکیک و ارزیابی بکنیم؛ لذا این موانع چهارگانه را - که همه‌اش یک نتیجه می‌تواند داشته باشد و آن، تردید در اجرای حدود در عصر حاضر است - خدمتتان عرض می‌کنم.

۱) آیا در عصر غیبت، ما موظف به اجرای حدود شرعی و مجازات‌های مقرر الهی هستیم یا نه؟ این جنبه از بحث، همین جنبه معروفی است که وجود دارد و بحث امروز هم بیشتر، ناظر به اوست. این صورت مسأله، یک مسأله فقهی درباره شرایط اجرای حد و متولی اجرای آن است؛ آیا امام معصوم (علیه السلام) متولی خاصی این کار است یا کسی که اذن خاص از طرف او داشته باشد و یا هر حکومت مشروعی می‌تواند یا باید اجرای حد بکند؟ این صورت، در کتب فقهی ما مسبوق به سابقه است و اختلاف نظرهایی درباره او وجود دارد. شبیه به این مسأله، مسائل دیگری نیز هست که بحث در اختصاص آن‌ها به امام معصوم (علیه السلام) نیز وجود دارد. مثلاً در مورد نماز جمعه، بحث شده و افرادی از فقها قائلند که به زمان امام معصوم (علیه السلام) اختصاص دارد و افرادی هم هستند که قائل به چنین اختصاصی نیستند (نجومیان، ۱۳۶۶، ۳۶).

۲) بدون در نظر گرفتن قصه حضور یا غیبت امام (علیه السلام) آیا شرایط خاص اجتماعی، شرط اجرای حدود است یا نه؟ شرع، زمینه‌هایی را مقرر فرموده که با بودن آن‌ها، حدود اجرا می‌شود و اگر آن زمینه‌ها نباشد، اجرائی نمی‌گردد؟ مقصود، این است که نظام اسلامی دارای ابعادی مختلف است و غایات و اهدافی در مسائل اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی دارد و یک پیوستگی بین این اجزای مختلف شریعت هست. اگر ما قائل به این پیوستگی شدیم، ممکن است کسی بگوید اگر اجزای دیگر شریعت، همراهی می‌کند و این پیوستگی و ارتباط، ثابت باشد، در جامعه اسلامی - که دیگر اهداف اسلامی در آن، تحقق یافته - مجازات‌های اسلامی هم اجرا می‌گردد. اما اگر بخش‌های دیگر، معطل مانده، مجازات‌ها نیز قابل اجرا نیست. این، یک بحث دیگر است و به حضور و غیبت هم ربطی پیدا نمی‌کند، بلکه ممکن است در عصر غیبت، شرایط برای اجرای حدود باشد؛ و ممکن است در عصر حضور، شرایط برای اجرای حدود وجود نداشته باشد. این بحث دوم است که گاهی در استدلال‌های موجود، با یکدیگر خلط می‌شود.

در این چند روز اخیر، مقاله‌ای از رئیس پلیس در روزنامه «شرق» چاپ شده و مضمونش این است که از پلیس در برخورد با سرقت، انتظار چندانی نداشته باشید، چون جامعه‌ای که فقر و محرومیت در آن، وجود دارد، چه می‌توان کرد؟ اگر به فرض، چند سارق را هم دستگیر کردیم، مشکل سرقت حل نمی‌شود و این، زمینه‌های اجتماعی و اقتصادی، مانند فقر، محرومیت و مسائل مختلفی دارد که علل است و لذا کار پلیس نمی‌تواند تأثیر چندانی داشته باشد. ممکن است کسی همین مطلب را در مورد مجازات‌های اسلامی هم بگوید که شما باید ابتدا

یک جامعه را با حداقل‌هایی از شرایط قابل قبول، فراهم کنید و وقتی می‌خواهید حدّ سرقت را اجرا کنید، شرایط متناسب و یک رفاه نسبی، وجود داشته باشد یا در اجرای حدّ زنا، یک شرایط متعارف برای -مثلاً- ازدواج باشد و آنگاه اگر کسی تخلف می‌کند، تخلف متوجه اراده و فساد خود داشته باشد (ولیدی، ۱۳۶۹، ۳۵).

۳) جنبه یا مانع سوم در بحث اجرای حدود در عصر حاضر، این است که کسی بگوید شرایط، تغییر یافته؛ لذا - نه این که مجازات نباید باشد- ولی آن مجازات‌ها برای این زمان، نامناسب است. در اینجا اولاً فرض بگیرید که اصلاً امام معصوم (علیه السلام) حضور دارد؛ ثانیاً نظامات مختلف اجتماعی نیز سازگار است و آن‌ها هم شرایط نسبتاً قابل پذیرشی را فراهم کرده‌اند، ولی مجازات باید متناسب با شرایط و محیط باشد اما مثلاً سنگسار قطعید، مجازات‌های متناسب با این زمان نیست، بلکه این مجازات‌ها برای رسیدن به یک سری اهداف، وضع گردیده و تمامی حقوق کیفری نیز همین گونه است. مثلاً برای ایجاد امنیت، الآن روش‌ها، شیوه‌ها یا مجازات‌های دیگری داریم که برای رسیدن به آن اهداف، بسیار مفیدتر و مؤثرتر و در عین حال، کم‌هزینه‌تر است. ارتباط و پیوستگی این مجازات‌های مقرر شرعی، با شرایط زمانی صدور این احکام، چگونه بوده؟ آیا مقید و مشروط به آن زمان است یا مطلق است و شارع مقدس، خود، محاسبه کرده و این مجازات را الی الابد، مقرر داشته و تغییر شرایط، موجب تغییر در این مجازات‌ها نیست. این هم، خود یک بحث دیگر و مانعی قابل بحث برای اجرای مجازات‌های اسلامی در عصر حاضر است (واسعی، ۱۳۷۹، ۱۵).

۴) اگر فرضاً از همه این موانع، عبور کردیم و مشکلات را از نظر علمی، پشت سر گذاشتیم، حکم اجرای حدود در عصر حاضر به اثبات می‌رسد و این، یک حکم اولی می‌شود (عنوان «عصر غیبت» را بر می‌داریم تا اختصاص به عنوان اولی، پیدا نکند). در اینجا با این سؤال، مواجه می‌شویم که حکم ثانوی در این زمان چیست؟ آیا مصلحتی اهم برای تعطیل کردن یک حکم به عنوان حدّ شرعی، وجود دارد یا نه، با این فرض که: اولاً: باید حدود را اجرا کرد.

ثانیاً: شرایط هم شرایط مناسب اجتماعی و سیاسی است.

ثالثاً: این مجازات‌های شرعی نیز مجازات مقید به زمان و عصر نیست.

مثلاً الآن قصد سنگسار داریم و همه چیز هم فراهم است، اما اجرای آن، عوارضی در جامعه بین الملل دارد و هزینه‌هایی برای جامعه اسلامی و بدینی‌هایی به دین، به بار می‌آورد که نتیجه‌اش این می‌شود که برخی از اغراض شرع در اینجا نادیده گرفته می‌شود. در اینجا چه باید کرد؟ این هم خود، یک مانع است، اما مانعی که جنبه ثانوی پیدا می‌کند، اما سه مرحله اول، بحث اجتهادی و استنباطی است (یعنی باید ببینیم از ادله، چه چیزی درباره اجرای حدود، استفاده می‌کنیم و کار فقهی و مطالعاتی کتاب‌خانه‌ای می‌طلبیم- اما این مسأله سوم، به یک

مطالعه عینی و اجتماعی در دنیا و بررسی بازتاب‌های مثبت و منفی اجرای این حدود نیاز دارد و باید سنجیده شود که آیا استفاده از این مجازات‌ها صرفه یا دارد یا نه، بلکه این مجازات‌ها در حالی که اغراضی را تأمین می‌کند، ممکن است موجب از دادن اغراض مهم‌تر بشود. این هم یک بحث است.

پس باید چهار بحث جداگانه، انجام بگردد و در برخی از مطالعات، مباحثات و مقالاتی که تحت عنوان «اجرای حدود» است، با هم خلط می‌گردد و مثلاً برای عنوان اولی، از سومی یا دومی، استفاده می‌شود. باید ادله این‌ها را نیز بررسی کرد و در موردش نظر داد.

البته نمی‌توان در اینجا به تفصیل، به این عناوین پرداخت و چون شما عزیزان، خودتان محقق و پژوهشگر هستید، در بحث امروز، به عنوان مقدمه، طرح بحث می‌کنم تا اگر بعداً مایل بودید و خواستید در این زمینه، مطالعه کنید، کلیاتی که عرض می‌کنم، بتواند مدخلی برای یک پژوهش در این دست مسائل باشد و این مسأله را آسان‌تر بتوان پی‌گیری کرد و روشن‌تر به پاسخ سؤالات رسید (شعبان پور، ۱۳۹۲: ۴۵)

بند سوم: نظریات دکتر سید کمال حیدری در خصوص حدود

به باور سید کمال، آیت‌الله خوبی معتقد بوده که وظیفه مراجع دینی در عصر غیبت کبری این است که فقط رساله عملیه بنویسند و وظیفه دیگری ندارند.

طبیعی بود این موضع‌گیری سید کمال که خود از شاگردان آیت‌الله خوبی و نیز شاگرد شاگردان آقای خوبی بوده است، بر دستداران و طیف قدرتمند حامی آقای خوبی گران آید. شیخ جابر جویر که از نویسندگان جوان حوزوی است، در کتاب ۱۹۷ صفحه‌ای خود می‌کوشد نادرستی نقل قول‌های سید کمال از صاحب جواهر و آقای خوبی را نشان دهد. وی معتقد است که فقط سید کمال حیدری نیست که مراد صاحب جواهر را به درستی متوجه نشده است، بلکه برخی از استادان و محققان معاصر حوزوی و دانشگاهی همچون آیت‌الله جوادی آملی، مرحوم آیت‌الله معرفت و دکتر احمد جهان‌بزرگی نیز برداشت ناتمامی از جملات صاحب جواهر درباره اختیارات فقها داشته‌اند. به باور وی، آنجا که صاحب جواهر ۳۹۷ از جلد ۲۱ جواهر الکلام می‌گوید کسانی هستند که از طعم فقه، ذره‌ای نچشیده‌اند، مرادش کسانی است که نظر سلار (سالار) دیلمی (فقیه نامدار بغداد در قرن پنجم) در کتاب مراسم را درباره ولایت فقها بر اقامه حدود در زمان غیبت را قبول ندارند، نه کسانی مثل آقای خوبی که ولایت فقها بر اقامه حدود و امور حسبه را قبول داشته و با ولایت فقیه به شکلی که در پارادایم سیاسی کنونی رایج است، موافق نبوده‌اند (حیدری، ۱۳۹۰: ۵۵).

بند چهارم: نظریات دکتر احمد قابل در خصوص حدود

آنچه مادر جامعه امروز ایران شاهد آنیم اینست که قضات نه تنها کمتر از آن حکمی که مدنظر است را اجرا نمیکنند، بلکه به بالاترین حد حکم یعنی مجازات اعدام رای میدهند و اینکه در دستگاه قضایی ما چه اتفاقی می افتد ربطی به شریعت ندارد، که در این رابطه آیت الله منتظری هم موافق شریعت است و آنچه که حقوق مدرن امروزی به آن توجه دارد تفسیر مضیق و نه موسع به عناوین مجرمانه است تا بتوانیم مسیحیان و حتی آمریکایی ها را به سمت دینمان دعوت کنیم که یک واجب الهی است و اگر امروز بنا بر دیدگاه های فقها و روشنفکران دینی معاصر و اکثریت آنها به این نتیجه رسیده اند که اجرای حدود در ملا عام به حیثیت اصل دین لطمه میزند و با توجیه نشدن مردم سایر کشورها مشکلاتی را به بار می آورد، هنوز جای تعجب است که برخی قضات ما بدون اعتنا به نظریات علمی و فقهی به روز این افراد با هیاهو با این دست از مجازات شرعی برخوردار میکنند. همچنین ایشان افزود که وقتی احکام اسلام در برخی موارد در التذاذات جنسی را ممنوع میکند از آنطرف راه های مشروع قابل دسترسی را باید در اختیار مردم قرار دهد که حال با توجه به شرایط حال جامعه ما، راه های مشروع مذکور یا کاملاً مسدود شده یا امکان دسترسی به آنها بسیار دشوار. پس چون که حالا خودمان پیر شدیم نباید نسبت به مسائل جوانان دیدمان را تنگ کنیم و با هر عملی را جرم تلقی، و با مجازات شدید حدی به استقبالش برویم بلکه باید برنامه ریزی علمی و فقهی به روزی در مورد اینگونه موارد انجام داد. و آن جمله از قرآن که اشاره داشت: مردم باید شاهد عذاب افراد زناکار باشند، مربوط به شرایط اسلام در همان زمان بود البته نه به این معنا که جلوی فساد را بگیریم بلکه باید در اجرای این مجازاتها نگاهمان جهانی باشد نه در حد جامعه کوچک (خدا بخشی، ۱۳۸۶: ۱۶).

بند پنجم: نظریات دکتر موسوی بجنوردی در خصوص حدود

دکتر موسوی بجنوردی، شرح «تحریر الوسیله» می کرد. به بحث «حدود» که رسیدند به من گفتند، امام مفسد فی الارض را قبول ندارند. به اتفاق ایشان جواهر را بررسی کردیم که در آن سارقان مسلح، محارب خوانده شده بودند. اما در بین آنان دو نفر با عنوان های «بلیع» و «ردع» وجود دارد که کار اولی، ایستادن سر چهارراه و خبررسانی است و کار دومی نیز، کمک رسانی به سارقان برای فرار. آنجا صاحب جواهر گرچه این دو را مفسد فی الارض می خواند، اما می پرسد آیا این دو هم محارب به شمار می روند یا خیر و ادامه می دهد، اجماع فقها بر این است که مفسد فی الارض زمانی می تواند حکم اعدام داشته باشد که در وجه محاربه باشد. بدان معنا که حمله اسلحه، شرارت، ایجاد رعب و وحشت و فساد کند، آنجاست که محارب خوانده می شود. مساله بسیار روشن و واضح است. همان طور که امام برای بنده نوشتند، چنانچه فردی، حمل اسلحه، شرارت و فساد کند،

آنجاست که قاضی نه الزاما بلکه می تواند حکم اعدام بدهد. چرا که قرآن به صراحت علاوه بر به دار زدن به موارد دیگر یعنی بریدن یک دست و یک پا بر خلاف یکدیگر و تبعید فرد محارب هم اشاره می کند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷: ۱۶).

گفتار دوم: جمع بندی نظریات مختلف روشنفکران دینی در خصوص حدود

جریان روشنفکری در ایران، از زمان پیدایی تا امروز، براساس ادوار تاریخی و ماهیت و چگونگی نگرش به تمدن غرب یا فرهنگ دینی و بومی، با توجه به تحولات سیاسی - اجتماعی جامعه به شکلهای مختلف غربگرا، ملیگرا، چپگرا و دینی، بروز و ظهور داشته است. از نظر قانونی، قانون مجازات اسلامی جدید براساس لزوم تفسیر مضیق، با دیدگاه منع از اجرای علنی حدود سازگاری بیشتری دارد و چه بسا بتوان گفت قانونگذار از بین آرای مخالف و موافق در اجرای حد، نظریه عدم جواز اجرای علنی حدود را برگزیده و با مسکوت گذاشتن آن پس از تصریح بر علنی بودن اجرای حد در مقررات سابق، در مقام تقویت و پذیرش نظریه مخالف با اجرای علنی حدود بوده است (باقری، ۱۳۸۶: ۱۳).

گفتار سوم: شورای نگهبان

از آنجاییکه بر اساس اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، قوانین کیفری باید بر موازین اسلامی منطبق باشند. به رغم اینکه در قانون اساسی و در قوانین عادی معیاری برای انطباق بر موازین اسلامی نهاده نشده است، نهایتا با استناد به اصول و قواعد حاکم و توجه به مصالح بین المللی و داخلی به مثابه حکم ثانوی، این نتیجه گرفته می شود که باید محدودترین دیدگاه ها را درباره ی کیفرهای حدی برگزید و جای خالی کیفرهای شرعی را با نهاد منعطف تعزیرات که نهادی شرعی است، پر کرد. زیرا مهمترین چالش نظام قانونگذاری کیفری ایران از آغاز قانونگذاری در دوران مشروطه تا کنون انطباق قوانین کیفری بر شرع بوده است. از طرفی قوانین کیفری ایران با معیارها و استانداردهای نظام بین المللی حقوق بشر انطباق ندارد و از طرفی دیگر هم برخی از بزرگترین فقیهان شیعه، اجرای حدود در زمان عصر حاضر را حرام می دانند و اگر هم به فرض جواز اجرای حدود در زمان غیبت، اگر به مثابه یک حکم اولی، آن را اثبات بدانیم، باز شرایط دیگری مانند مفسده در اجرای آن حکم شرعی مثلا اگر باعث عسر و حرج مسلمین یا وهن دین اسلام شود، مانع اجرای این کیفرها در زمانه ما می شود. در هر روی، تصویب قوانین کیفری بر اساس هیچ یک از دیدگاههای نظر ولی فقیه به مثابه نظر معیار، نظر فقیهان شورای نگهبان به مثابه نظر معیار، نظر مراجع زنده به مثابه نظر معیار و نظر مشهور فقیهان به مثابه نظر

معیار، ملاک و میزان انحصاری انطباق قوانین با شرع و موازین اسلام نیست. زیرا برداشت فقیهان از قوانین شرعی هم در اصل و هم در احکام بسیار متنوع و متکثر است و با هیچ ملاکی نمیتوان گفت یکی یا برخی از تین دیدگاههای فقهی بیش از سایر نظرات منطبق بر موازین اسلامی است و یا به تعبیری شرعی تر است. حال با توجه به چند مرجع، می توان قرائت هایی را از این آرای فقهی که همه منطبق بر موازین اسلامی اند را برای قانونگذاری برگزید و آنها را معیار انطباق قوانین کیفری با موازین شرعی قرارداد:

۱- یاری طلبیدن از قواعد اولیه حاکم مانند قاعده درء و قاعده احتیاط
۲- اجرای حدود با توجه به مصالح اجتماعی، که از قضا قانون اساسی نهادی را برای این منظور در نظر گرفته که بر اساس اصل یکصد و دوازدهم، مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبه مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان، خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با در نظر گرفتن مصلحت نظام، نظر شورای نگهبان را تأمین نکند، تشکیل می شود. در صورتی که اجرای حدود شرعی به تشخیص کارشناسان مجمع، موجب مشکلاتی مانند ناکارآمدی نظام کیفری، بدگمانی شهروندان، بی اعتباری نظام اسلامی در چشم جهانیان و مشکلات بین المللی شود، به یقین اجرای این کیفرها به مصلحت نیست و اجرای آنها منطبق بر موازین اسلامی نخواهد بود، در نتیجه حذف این کیفرها موافق شرع است. به عنوان مثال اگرچه فقیهان سنتی، کیفر زنا محصنه را سنگسار می دانند، اما قانونگذار اجازه داده که حکم سنگسار به دلیل همین ضرورت ها اجرا نشود. در صورت عدم امکان اجرای رجم هم، با پیشنهاد دادگاه صادر کننده 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 هر یک است. با این بیان در قالب حکم ثانوی، می توان ادعا کرد که تعطیل کیفرهای شرعی حدود یا دست کم حدود مشکل آفرین، بیش از هر برداشت دیگری با موازین اسلامی منطبق است (سلیمانی، ۱۴۰۰: ۱۶).

۳- اجرای کیفرهای شرعی و ناهمخوانی قوانین کیفری با قواعد حاکم بر نظام بین المللی حقوق بشر است، زیرا در دوران مدرن رفته رفته بر کیفرهای بدنی که مهمترین و حساس ترین کیفر در نظام کیفری بود، نكوهش و کم کم از مجموعه های قانونی رخت بر بستند که کیفرهای بدنی مانند تازیانه و قطع ید باید نسخ و لغو شوند و کیفرهای سالب حیات مانند اعدام نیز با شتاب کمتری در همین مسیر قرار گرفته است. حال با فرض تعطیل کردن نظام حدود شرعی که نه تنها مخالفتی با شرع ندارد، بلکه کاملاً موافق موازین اسلامی و حتی چه بسا تنها قرائت موافق موازین اسلامی است و باید نظام تعزیرات را جایگزین کرد. با توجه به جایگاه نظام تعزیرات در فقه اسلامی و ویژگی های این نظام، می توان گفت که تعزیرات بیش از آنکه توجهش به حق الله و حق الناس باشد،

متوجه نظام اجتماعی است و از آنجایی که تعزیرات تابع مفسده است، عرف مکان و زمان در تعزیر لحاظ می شود و حاکم هر گناهی را که کیفرش را به مصلحت بداند، کیفر می دهد. در فرض جرائم حدی نیز، با توجه به عدم اجرای حدود در عصر غیبت، این اختیار به حاکم اسلامی داده شده که کیفر تعزیری مناسبی را اعمال کند، مانند توبه قبل از اثبات بزه در جرائم جنسی که مسقط حد است. مطابق ماده ۱۱۴ (ق م ا). اما قانونگذار در تبصره ۲ همین ماده مقرر کرده که مرتکب به حبس یا شلاق تعزیری درجه ۶ و یا هر دوی آن ها محکوم می شود و این اقدامی برای حفظ نظم و امنیت عمومی است. جایگزینی نظام تعزیرات بسیار کارآمدتر و منعطف تر است، زیرا در این نظام، تبدیل مجازات به حبس، جزای نقدی، جایگزین حبس و میزان کیفر در قالب تعیین اقل و یا تخفیف مجازات بر اسای سابقه مرتکب، توبه و پشیمانی، اوضاع خاص مرتکب، رضایت بزه دیده و استفاده از نهادهای ارفاقی مانند آزادی مشروط، عفو، تعلیق و تعویق و شریط مسئولیت کیفری، سن کامل مسئولیت، فرآیند مسئولیت پذیری و دلایل اثبات کننده جرم با استفاده از روش های مدرن اثبات مانند به کارگیری نظریه کارشناسی، پلیس عملی و پزشکی قانونی و... در اختیار حاکم است (سلیمانی، ۱۴۰۰: ۲۲).

بخش دوم: نحوه و راهکارهایی اجرایی تطبیق مجازات های شرعی با عرف روز جامعه ایران

فصل اول: زیرساخت های حد و تعلیق تا اجرای حد مطابق شرایط جامعه اسلامی

مبحث اول: زیرساخت های اجرایی حد

گفتار اول: حدود

بند اول: مفهوم لغوی حد

حد در لغت به معانی ذیل می آید:

۱- آنچه میان دو چیز مانع شود (ابن منظور، ۱۴۰).

۲- فاصل میان دو چیز تا یکی بر دیگری تجاوز نکند یا اینکه مانع اختلاط آن دو شود (اصفهانی، ۱۴۱۲: ۲۲۱).

۳- هم چنان اطلاق کلمه ی حدود بر محرمات خداوند متعال نیز می شود کما اینکه در این آیه وارد است. { تلک حدود الله لا تقریوها } (البقره / ۱۷۸) «اینها حدود آنهی شده الهی است پس به قصد تجاوز به آنها نزدیک نشوید».

بند دوم: مفهوم اصطلاحی حد

فقیهان در تعریف اصطلاحی «حد» به اعتبار نوع وابستگی آن، به (حق الله یا حق الناس) و مقدر بودن یا نبودن آن، به گونهی ذیل اختلاف کرده اند:

۱- تعریف حد از دیدگاه جمهور: (مالکیه، شافعیه، حنابله و امامیه)

«حد» * مجازاتی است معین که از باب حق الله بر ارتکاب جرائمی چون زنا واجب گشته است، یا اینکه بر جرائمی که هم در بر گیرندهی حق الله اند و هم حق العبد، همچون قذف واجب گشته است^۱.

تعریف ماوردی: عقوباتی اند که خداوند بندگان را از ارتکاب آنها منع نموده است و به امثال و فرمان پذیری از او امر، تشویقشان کرده است (سالم، ۲۰۰۳: ۴).

ابن قیم حد را چنین تعریف نموده است:

* مجازاتی است معین شده در شریعت که از باب حق الله واجب گشته است. محقق حلی حد را چنین تعریف نموده است:

* هر آنچه عقوبت یا مجازات آن، مشخص و معین است حد نامیده می شود.

^۱ «عقوبه مقدره شرعا علی ذنب وجبت حق الله تعالی کما فی النبی، أو اجتمع فیها حق الله وحق العبد کالقذف».

نجفی حد را چنین تعریف نموده است: عبارت از مجازاتی است که به علت ارتکاب جرم مخصوص بر بدن مکلف اجرا می شود و مقدار آن در همه جا از سوی شرع مشخص شده است (ماوردی، ۱۴۱۹: ۱۸۳).

۲- تعریف حد از دیدگاه حنفیه:

* (حد عبارت است از مجازات معین از نوع حق الله).^۱

بر اساس این تعریف به تعزیر حد گفته نمی شود، چون مقدر نیست. هم چنان به قصاص حد گفته نمی شود، هر چند مقدر است اما از آنجا که حق بندگان است حد محسوب نمی شود، دیگر اینکه در قصاص عفو و صلح امکان دارد و لذا از شمار حدود بیرون می شود (نجفی، ۱۳۹۰: ۱۱).

۳- تعریف راجح:

به نظر می رسد که تعریف حنفیه جامع نیست چون تنها به جنبه حق الله توجه دارد که در نتیجه مجازات قذف و هم چنان سرقت که دارای دو جنبه حق الله و حق العبد است را شامل نمی شود (سرخسی، ۱۴۱۴: ۳۶).

همین طور تعریف فقهای امامیه از ذکر جنبه حق العبدی مسئله ساکت است.

بنابراین به نظر می رسد تعریف مختار و راجح همان تعریف جمهور (مالکیه، شافعیه و حنابله) است که به هر دو جنبه مسئله (حق الله و حق العبد) توجه شده است؛ اما به دلیل احتمال خلط با قوانین وضعی بهتر است کلمه ی «شرعاً» نیز به آن افزوده شود و چنین تعریف شود: «مجازات معین شده از سوی شرع؛ که از باب حق الله واجب گشته است یا اینکه از باب حق الله و حق العبد هر دو جنبه واجب شده است» (جرجانی، ۱۴۰۳: ۸۳).

۴- شرح تعریف مختار:

لفظ «مقدر» مجازات غیر مقدر مانند تعزیرات را بیرون می کند. کلمه ی «شرعاً» نیز تفکیکی است میان قوانین الهی و بشری که با این قید قوانین وضعی از آن خارج می شوند.

کلمه ی «وجبت» نیز مبین اهمیت اجرای حدود پس از ثبوت است و نیز از آن چنین بر می آید که حدود از جمله احکامی اند که تسامح در آنها راه ندارد برخلاف تعزیرات که تعزیرات با این قید بیرون می شوند، چون آنها قابلیت گذشت را دارند.

کلمه ی اجتماع فیها حق الله و حق العبد نیز بیانگر این است که قصاص خالص حق العبد است و با این قید از تعریف حدود بیرون می شود. قابل ذکر است که مراد از حقا «الله» همان حق اجتماع است همان طور که فقیهان و اصولیان نیز به همین مفهوم معتقدند؛ چنانچه ابو زهره می گوید: «معنی حق الله آن است که ما آن را حق اجتماع مینامیم» (ابوزهره، ۵۶).

^۱ «هو العقوبة المقدره حقا لله»

همین طور زیدان در این باب می نویسد: حق الله همان حق جامعه است و به همین دلیل، در تعریف آن می گویند: «آن چیزی است که منافع عمومی بدان تعلق پیدا میکند، بدون آنکه به کسی اختصاص داشته باشد»؛ و به همین دلیل و به خاطر اهمیت و منافع شامل و فراگیر آن، به پروردگار همه ی مردم منسوب شده است؛ که اسقاط این نوع حق جایز نیست و کسی حق صرف نظر کردن از این حقوق یا اقدام علیه آنها را ندارد و این نوع حق، مانند حقوق عمومی در نزد حقوق دانان است (زیدان، ۱۳۸۸: ۸۰).

از آنجا که این گونه جرائم به آرامش عمومی جامعه صدمه وارد می کنند بنابراین امکان عفو در آنها از سوی یک فرد نیست. چون شخصی که مرتکب یکی از جرائم حدی شده است نظم عمومی را مختل ساخته است. در واقع، به حقوق همه شهروندان یک کشور تجاوز کرده است؛ بنابراین قاضی حق ندارد آن را عفو کند و حق یک اجتماع بزرگ را ضایع سازد (بخاری، ۱۴۲۲: ۱۷۴). انتقاد ابن قیم از فقیهان ابن قیم سخن فقیهان در اطلاق لفظ حد بر عقوبات مقدره را مورد انتقاد قرار میدهد و می نویسد: این اصطلاح تازه پدید آمده است؛ در حالی که در زبان شرع، استعمال این لفظ اعم است و شامل عقوبات مقدر و همین طور غیر مقدر می شود، کما اینکه شامل نفس جنایت و همین طور جنس عقوبت نیز می شود، به همه ی این موارد از نظر ابن قیم در زبان شرع، «حد» اطلاق می شود و برای این مدعای خویش استدلالاتی دارد. از جمله پیامبر و فرمود: «لا تجلدوا فوق عشرة أسواط إلا فی حد من حدود الله»

مراد از حدود در اینجا چیزهایی است که بر آنها عقوبات مقدر مقرر هستند؛ و گاهی منظور نفس جنایت است مانند این آیه ی شریفه { تلک حدود الله فلا تقریوها } (البقره / ۱۷۸) و مراد از لفظ حدود گاهی جنس عقوبت است هر چند مقدر نباشد (ابوزید، ۱۴۱۵: ۲۵).

بند سوم: فلسفه مجازات حدود

برای مجازات ها اهداف مختلف و متعددی از سوی دانشمندان، ذکر شده است، البته هدف تشریح و وضع مجازات ها را به دلیل گستردگی مقاصد آن نمی توان به دو یا سه مورد خلاصه نمود.

آن گونه که روشن است مجازات ها شامل جنبه خصوصی و عمومی می شوند که از آنها تعبیر به «حق الله» و «حق العبد» می شود. برای اینکه یک جامعه و افراد ساکن در آن بتوانند با خیال راحت به زندگی خود ادامه دهند و از حقوق خود به طور مساوی برخوردار گردند نیاز است تا قوانینی تدوین شود که بر اساس آن، متخلفان، ظالمان و جانیان محاکمه شوند و حقوق مظلومان از ظالمان بازستانده شود (اطحان، ۱۴۲۰: ۲۴۳).

تطبیق مجازات های شرعی زمینه ساز تحقق مصالح امور مردم است. چه آنکه هر مجازات برای اهداف خاصی مشروع شده و حکمت و اسرار خاص خود را دارد. تشریح حدود شرعی برای حفظ و بقای مواردی چون نسل آدمی، حفظ آبرو، مال، عقل و دین مردم است؛ یعنی مشروعیت این مجازات ها برای این است تا به وسیله ی آنها

اساسیات زندگی و پایه های انسانیت و ارکان اساسی زندگی که نیاز شهروندان یک جامعه است و زندگی وابسته به آنهاست از قبیل امنیت، ادامه ی زندگی سالم، به وجود آمدن فضای مناسب برای ظهور اندیشه ها و اعمال فکری، کسب و کار آزاد و ارتباطات خوب شهروندان با یکدیگر در فضای مسالمت آمیز و غیره که این امور متحقق نمی شوند مگر اینکه مردم از پدیده ی جرم دور شوند (ابن همام، ۲۱۱).

اعمالی جرم به حساب می آیند که به انجام دادن آنها دستور داده شده یا ترک آنها مقصود و منظور است، زیرا انجام دادن و ترک آنها به نظام جامعه یا عقاید آن؛ یا به زندگی افراد یا اموال یا نوامیس یا احساسات آنان یا به امور قابل توجه مردم که باید رعایت شوند و مورد تعدی و تفریط قرار نگیرند، زیان می رساند. مجازاتی که برای جرم در نظر گرفته می شود، برای آن است که مردم را از ارتکاب آن بازدارد، زیرا نهی از انجام دادن کاری یا دستور به انجام دادن آن، به تنهایی کافی نیست؛ تا اینکه مردم به انجام یا ترک وادار نشوند (شاذلی، ۳۲).

مجازات ها هر چند برای حفظ مصلحت عمومی وضع گردیده اند به خودی خود متضمن مصلحت نبوده اند و فی نفسه مفسده دارند، ولی شریعت از آن رو مجازات ها را تشریح کرده است که اجرای آنها مصلحت واقعی مردم را تضمین می کند و چه بسا جرائمی یافت شود که فی نفسه مفید و حاوی مصلحت باشند لکن شریعت ارتکاب آنها را جایز ندانسته است؛ زیرا انجام دادن آنها منتهی به فساد می گردد، مثلا، زنا، شرب مسکرات، کلاه برداری، سرقت مال غیر و ترک انفاق و ندادن زکات ممکن است به نفع و مصلحت برخی از افراد باشد ولی این نوع مصالح از نظر اسلام اعتبار ندارد و ممنوعیت آنها نه به دلیل وجود این نوع مصلحتها، بلکه چون انجام دادن آنها جامعه را فاسد و تباه می سازد، ممنوع شده اند.

شریعت اسلامی دو نوع نظام را برای عقوبات تشریح نموده است که یکی از آنها عاجل و در دنیا تطبیق می شود و دیگری آجل است و در آخرت اعمال می شود. نظام مجازات روز واپسین مختص و متعلق به عقوباتی است که مربوط به گمراهی اعتقادی مانند کفر و نفاق می شود و این موارد از اموری هستند مخفی و پوشیده، چون هیچ کسی در دنیا بر شخص دیگری تسلط و احاطه ندارد تا بر امر باطنی او مطلع شود، چه این امور مربوط به امور عقیدتی میشوند و امور عقیدتی هم از جمله مکونات است که به جز خدا و خود بنده شخص دیگری از آنها آگاه نیست (عوده، ۱۳۹۴: ۱۰۸).

نکته ی دیگر اینکه دعوت اسلامی بر اساس اختیار و انتخاب استوار است کما اینکه در این آیه ذکر شده است: { لا إكراه فی الدین } (البقره / ۲۵۶) (در کار) دین اجباری [روا نیست]. چون دین یکی از امور باطنی است پس هیچگاه با اجبار نمی شود فرد دیگری را وادار به پذیرش عقیده و باوری نمود.

چون خداوند منان بر آفریدگانش ظلم ننموده است و نمی‌کند. بلکه مأوی و جای بازگشت را برای همگان واضح ساخته است و سپس آزادی و اختیار برای همگان در انتخاب مسیر برای رسیدن به مصیر داده است. چنان که می‌فرماید: {وقل الحق من ربکم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليکفر} (الکھف / ۲۶) (و بگو: حق از سوی پروردگارتان است، پس هر کس که بخواهد ایمان بیاورد و هر کس که بخواهد کافر شود).

پس کفر از گناهان بزرگ است؛ بنابراین مجازات این گناه به تأجیل بیان شده و هم چنین موکول و منحصر به خالق منان شده است؛ اما گناهان و جرائم دیگری که دارای حد معین هستند و مجازات آنها نیز در دنیا اجرا می‌گردد؛ برای این است که آنها متعلق به جامعه هستند و نظم و امور اجتماعی به آنها مربوط می‌شود. پس اگر مجازات آنها نیز به آخرت موکول می‌شد، در این صورت معنی مجازات و عدالت و دادرسی و ستاندن حق مظلوم از ظالم از بین می‌رفت. چون حقوق کسی یا کسانی در اینجا در دست ضایع شدن قرار می‌گرفت و دادخواست و بازرسی وجود نداشت (دیرانیه، ۱۴۳۶: ۲۵۶).

بنابر این هدف از وضع چنین مجازاتی برای جرائم حدود و قصاص حمایت و پاسداری از امن و نظام اجتماعی از خطرهایی که جامعه را توسط ارتکاب این جرائم تهدید می‌کند گفته شده است. مضافاً وضع این مجازات ها به مصلحت مردم است (ابن ماجه، ۸۴۸).

اکنون با در نظر داشت دیدگاه های ارائه شده در این مورد می‌توان چنین نتیجه گرفت که این مجازات ها برای بهبود و نگهداشت نظم اجتماع نیاز است. نه تنها علمای مسلمان به این نیازمندی ابراز نظر نموده اند بلکه غیر مسلمانان نیز بر ضرورت آنها اذعان داشته اند. چون در جامعه‌ی انسانی طبیعتاً هر از گاهی این مشکلات پیش می‌آید لازم است تا پیش از پیش برای جلوگیری و سرکوب متجاوزان قوانین و محدودیت هایی باشد که این مجازات ها بهترین گزینه برای این پیش فرض به نظر می‌رسند.

بند چهارم: اهمیت اجرای حدود

از آنجا که حدود با اهداف پیش گیری، بازدارندگی، تطهیر جامعه‌ی اسلامی و بهبود نظم اجتماعی وضع شده اند؛ از این رو، از سوی شرع اهتمام ویژه‌ی به اجرای آنها شده است و تنها جنبه تقنینی ندارند؛ و شریعت اسلامی به اجرای آنها نیز ترغیب نموده است که اکنون به تبیین بیشتر این مسئله از منظر روایات و فقیهان پرداخته می‌شود: عن أبي هريرة في قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «حد يعمل به في الأرض، حير لأهل الأرض من أن يمطروا أربعين صباحاً» «حدی از حدودالله در زمین عملی گردد برای اهل زمین بهتر است از اینکه چهل روز باران بیارد» (البانی، ۱۴۲۲: ۴۶۱).

در روایت دیگری با الفاظ متفاوت تری این گونه وارد شده است: «عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم. إقامة حد بأرض، حير لأهلها من مطر أربعين صباحاً» در این حدیث لفظ اقامه حد بکار رفته است که باز هم مبین اهمیت اجرای حدود پس از اثبات است (ابن حبان، ۱۴۰۸: ۲۴۳).

امام صادق ال نیز از پیامبر اکرم ف روایت می کند: عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إقامة ك خير من مطر أربعين صباحاً» (کلینی، ۱۴۲۹: ۸).

چنانچه ملاحظه می شود در روایات بالا ترغیب به اجرای حدود شده است؛ که بیانگر اهمیت اجرای حدود است تا قوانین الهی زیر پا نشوند و هتک محرمات نشود و هم چنین حقوق انسان های دیگری در اثر ظلم و ستم تعدادی ضایع نشود. اکنون به بیان دیدگاه برخی از فقیهان در این زمینه پرداخته می شود.

قیروانی در زیادات چنین نقل کرده است: وقتی که از امام مالک در مورد حدود سؤال میشد سریع الجواب بود و به اقامه حدود مسرور می شد و می فرمود: این حدیث در این مورد به من رسیده است. «إقامة حد بأرض، حير لأهلها من مطر أربعين صباحاً» (قیروانی، ۱۹۹۹: ۳۸۵).

ابن قاسم حنبلی در مورد احادیث بالا چنین نگاشته است: اقامه حدی از حدود الله بر شخصی که مستوجب آن است بهتر و مفیدتر است؛ چه آنکه در صورت عدم تطبیق آنها هتک حرمت الله می شود و همچنین این احادیث دلالت بر ترغیب به اقامه حدود و تنفیذ آنها دارند (ابن قاسم نجدی، ۱۴۰۶: ۲۹۹).

در باب اهمیت اجرای حدود، مذاهب اسلامی اتفاق نظر دارند و هر یک همانند احادیث مذکور را در باب فضیلت اجرای آنها ذکر کرده اند و هم چنین به بیان حکمت و فواید آنها اشاره نموده اند. بر این اساس است که در منابع فقهی تحت عنوان کتاب الحدود همه فقها به این بحث پرداخته اند که این خود حاکی از اهمیت مسئله است.

گفتار دوم: استمداد از فلسفه و مبانی حدود به جای منابع

بند اول: به کمک مقاصد الشریعه

نصوص و متون معتبر دینی و عقل سلیم، بر هدفمند بودن شریعت اسلام دلالت دارند. قرآن در آیات بسیاری نه تنها برای کلیت ارسال رسل و انزال کتب، نتایج و اهدافی را بر می شمارد، بلکه گاهی برای احکام جزئی نیز غرض خاصی را بیان میکند. احادیث فراوانی نیز بر این اصل تاکید دارند. نگارش و تدوین کتبی چون علل الشرایع، اثبات العلل، مقاصد الشریعه و... حاصل این تاکید و ابرام است. لذا بدون تردید معتبرترین منبع برای تبیین مقاصد شریعت، قرآن و احادیث معتبر و عقل است. از آنچه ذکر شد نتیجه میگیریم شریعت به معنای اخص آن یعنی مجموعه احکام با اهداف اولیه، میانه و نهایی محدود شده و خداوند متعال شریعتی جعل فرموده که تامین کننده

این اهداف باشد و با توجه به اینکه فقه هم دانش و مجموعه‌هایی از مسائلی است که کاشف و بیانگر شریعت می‌باشد. چه ارتباطی بین فقه و اجتهاد با مقاصد شریعت وجود دارد؟ و بر فرض ارتباط فقیه تا چه اندازه باید در مراحل استنباط و کشف و تبیین شریعت به مقاصد شریعت توجه کند؟ آیا باید مقاصد و نصوص بیان‌کننده مقاصد را به طور کلی کنار نهاد و با اکتفا به اسناد به ظاهر اسناد و ادله بیانگر حکم، اکتفا کرد یا با محور قرار دادن اسناد به مقاصد هم توجه کرد و ادله و نصوص شرعی را کنار گذاشت؟ با این توضیح که فقیه باید در کشف احکام به ادله اعتماد کند، ولی در تفسیر آن، مقاصد شریعت و علل احکام را در نظر بگیرد و با توجه به مقاصد و علل احکام، نصوص شرعی متکفل حکم را تفسیر و تبیین کند. بنابراین فقهای قدیم کمابیش این موضوع را مورد توجه قرار داده و تقسیم‌بندی‌های گوناگون برای آن به دست داده‌اند. آنها در پژوهش‌هایشان بیشتر به عقاید، مسائل بنیادین دین و امور دنیوی توجه نموده‌اند. ولی پژوهشگران معاصر بر اساس مقتضیات زمانی و مکانی و شرایط کنونی جهان اسلام، دیدگاه فراختری به این مهم دارند و آنان مقاصد شریعت را بر اساس نیازهای روز جامعه معاصر بومی نموده‌اند. لذا با بررسی دیدگاه فقهای قدیم و معاصر به این نتیجه می‌توان رسید که مقاصد شریعت توسعه پذیرند و سیر تکاملی خود را در طول تاریخ طی نموده‌اند و در آینده هم بر اساس نیازهای متغیر جامعه، تقسیم‌بندی‌های جدیدتری به خود خواهد دید و مرحله به مرحله جزئی‌تر خواهد شد.

بند دوم: به کمک مصلحت جامعه اسلامی

اصطلاح مصلحت اصطلاحی نام آشنا است که احکام اسلامی بر اساس جلب مصالح و دفع مفاسد وضع شده‌اند و هم چنین فقهای مذاهب در تشریح، توجیه و استنباط احکام، به آن توجه ویژه‌ای دارند و با در نظر داشت مصالح فرد، جامعه و اسلام به بیان احکام می‌پردازند.

از این رو، نمی‌توان نقش مصلحت را در اجرای حدود، نادیده انگاشت که اکنون پژوهش‌گر، در این مبحث به بیان دیدگاه‌های ارائه شده در این زمینه می‌پردازد:

ابوزید دیدگاه ابن‌قیم را که در آن توجه به مصلحت اسلام و جامعه اسلامی در مورد اجرای حدود شده است چنین بیان نموده است:

- ۱- جواز تأخیر اجرای حد به سبب مصلحت اسلام، مانند عدم تطبیق حد در غزوات.
- ۲- جواز تعویق اجرای حد به زمان دیگری از جهت رعایت مصلحت محکوم به حد، مانند عدم تطبیق حد در هنگام مرضی محکوم به حد یا در هنگام گرما و سرمای شدید.
- ۳- جواز محول شدن اجرای حد به زمان دیگر از جهت مصلحت غیر، مانند عدم تطبیق حد بالای زن شیرده.
- ۴- جواز تأخیر اجرای حد از جهت مصلحت برای نفس محدود و غیر او، مانند زن باردار.

یکی از نمونه های دیگری که در باب عدم اجرای حد بر اساس مصلحت ذکر می کنند عبارت است از: عدم اجرای حد قذف، بر عبدالله بن ابی، در مسأله قذف حضرت عایشه، زمانی که برائت ام المؤمنین عایشه نازل شد پیامبر و به اجرای حد قذف بر مسطح بن اثاثه و حسان بن ثابت و حمنه بنت جحش دستور دادند اما از شلاق زدن عبدالله که او نیز یکی از افراد دامن زنده؛ این موضوع بود به دلیل مصلحت صرف نظر نمودند (ابوزید، ۱۴۱۵: ۷۰). پس اینجا حدی به سبب مصلحت از سوی شخص پیامبر او نیز اجرا نشده است. همان گونه که نفاق او ثابت شده بود، اما پیامبر و با در نظر داشت مصلحت از قتل وی پرهیز نمودند؛ چون مصلحت بزرگی در این امر نهفته بود که همانا انس گرفتن قوم او به اسلام و عدم فرار شان از این دین مبین بود.

طوفی در رساله مصلحت خود احکام سیاسی و قضائی را نیز از احکام معاملات به شمار آورده است و معتقد است که عمر و و پاره‌ی از صحابه دیگر، حدود را در برخی موارد بنا بر مصلحت تعطیل نموده اند و بنابراین می شود مصلحت را بر نص مقدم داشت. مکارم شیرازی از محققان شیعه امامیه معاصر با در نظر داشت مصلحت در خصوص اجرای کیفر رجم، چنین بیان داشته است: اجرای مجازات رجم در زمان ما با توجه به تبلیغ و توطئه و دسایس دشمنان صلاح نیست. زیرا اجرای آن شاید منجر به مفاسد بزرگ تری شود که مصلحت اسلام و مسلمین در آن نباشد (طوفی، ۱۴۱۳: ۱۸).

دهلوی معتقد است که احکام حدود را نمی شود تعطیل کرد و مهمل گذاشت مگر اینکه سبب شرعی برای این امر وجود داشته باشد که به سبب آن حدی دفع شود، در غیر آن اگر حدود مهمل گذاشته شوند مصلحت از بین می رود و نقض می شود، افزون بر آن فلسفه حدود نیز باطل می گردد (این قیم جوزی، ۱۴۲۱: ۵۰۹).

قرضاوی در این زمینه چنین مینگارد: احکام دو نوع است: نوع اول؛ عبارت از احکامی است که از حالت اول خود در تحت هر نوع شرایطی، نه با اجتهاد ائمه نه با تغییر زمان و مکان تغییر پذیر نیستند و ثابت هستند مانند وجوب واجبات، تحریم محرمات، حدود مقدر بر جرائم از طرف شرع و امثال آن (شیرازی، ۱۴۱۸: ۳۷۴).

طوفی، نجم الدین، رساله فی رعیة المصلحة، لبنان: بی نا، ۱۴۱۳ق، ص ۱۸

شیرازی، ناصر مکارم، انوار الفقاهه کتاب الحدود والتعزیرات، ج ۱، قم: مدرسه امام علی، ۱۴۱۸ق، ص ۳۷۴.

دهلوی، شاه ولی الله، حجة الله البالغة، ج ۲، ریاض: مکتبة الکوثر، ۱۴۲۰ق، ص ۱۰۶۶.

نوع دوم: احکامی است که به حسب اجتهاد و نیازهای زمان و مکان و اقتضای مصلحت مانند اندازه تعزیرات؛ تغییر می پذیرند.

رمضان بوطی از جمله کسان دیگری است که احکامی همچون حدود، قصاص و حجاب را از جمله ثوابت می داند و معتقد است که این احکام بنا بر عرف و عادات هیچ جامعه و در هیچ زمانی قابل تغییر

نیستند (قرضاوی، ۱۴۲۶: ۲۰۲). جمع بندی و بیان قول راجح در خصوص این مسئله دو دیدگاه وجود دارد که در زیر به طور خلاصه بیان می شود:

دیدگاه نخست بر آن است که حدود با توجه به مصلحت ها جایز است که تأخیر شوند یا حتی اجرا نشوند و نمونه هایی از عمل کرد پیامبر و و صحابه را نیز در این زمینه ذکر کرده اند (بوطی، ۱۴۲۶: ۱۸۲).

دیدگاه دوم بر آن است که حدود از جمله احکام ثابت به شمار می روند و بنابراین اجرای حدود، در هر شرایطی خود مصلحت است پس تعطیل حدود به هیچ روی درست نیست. نظر راجح: پژوهش گر، دیدگاه نخست را ترجیح می دهد. چه آنکه نمونه هایی وجود دارد که حدی از حدود الله گاهی بر اساس آنکه مصلحت بزرگی بر عدم اجرای آن مترتب می شده اجرا نشده است، مانند عدم اجرای حد سرقت در زمان خلیفه دوم عمر بن خطاب به .

ثانیا جان مایه ی احکام اسلامی توجه بر مصالح بندگان دارند پس هرگاه تقاضای مصلحت باشد تعلیق یا تأخیر آنها اشکال ندارد. و عین اجرای حکم است.

گفتار سوم: تعبد و تعقل در توجه به شخصیت مجرم در باب اجرای حدود

در این بحث به بیان نگاه فقیهان در باب اجرای حدود با در نظر داشت حالات مجرم پرداخته می شود؛ یعنی اینکه حالت مجرم در اجرای حدود مورد توجه قرار می گیرد یا خیر بلکه تعبدا باید به اجرای حد در هر حالی پرداخته شود و حالت شخص اعتبار ندارد.

عینی در این مورد می نگارد: اگر شخص مریضی مرتکب زنا شد و مجازاتش تازیانه بود در دم تازیانه زده نمی شود تا اینکه بهبود یابد. همین طور در وقت شدت سرما و گرما نیز اقامهی حد نمی شود تا که منجر به هلاکی شخص مجرم نشود. هم چنان اگر زنی مرتکب زنا شد و باردار بود تا زمانی که وضع حمل ننموده است حد زده نمی شود و اگر حد آن جلد بود پس از انقطاع نفاس حد می خورد.

در باب اجرای حدود اعتدال هوا در نظر گرفته می شود و تا هنگام اعتدال هوا حد به تأخیر انداخته می شود و همین طور حد از زن حامله تا هنگام وضع حمل و انقطاع نفاس تأخیر می شود (عینی، ۲۹۳).

اگر شخصی در حالت مستی زنا کند حد نمی خورد هم چنین زنی که به اکراه تسلیم زنا گردد حد نمی خورد، کودک و دیوانه نیز حد نمی خورند هم چنین کسی که علم به حرمت زنا نداشته باشد حد نمی خورد (دمیاطی، ۹۴۵).

مبحث دوم: تعلیق مجازات شرعی و تعزیری کردن مجازات شرعی به جای اجرای حدود

گفتار اول: تعلیق

بند اول: مفهوم لغوی و اصطلاحی تعلیق

تعلیق اجرای مجازات عبارت از این است که اجرای تمام یا قسمتی از مجازات در مورد محکوم علیه با شرایط خاصی معلق شود.

بر این اساس، دادگاه صادرکننده حکم، اجرای مجازات مذکور در دادنامه را با توجه به شرایطی و برای مدتی معین و به منظور اصلاح و تربیت مجرم به تاخیر می‌اندازد.

در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، قانونگذار مواد ۴۶ تا ۵۴ را به تعلیق اجرای مجازات اختصاص داده است.

بر اساس ماده ۴۶ این قانون، «در جرایم تعزیری درجه سه تا هشت، دادگاه می‌تواند در صورت وجود شرایط مقرر برای تعویق صدور حکم، اجرای تمام یا قسمتی از مجازات را از یک تا پنج سال معلق کند. دادستان یا قاضی اجرای احکام کیفری نیز پس از اجرای یک‌سوم مجازات می‌تواند از دادگاه صادرکننده حکم قطعی، تقاضای تعلیق کند. همچنین محکوم می‌تواند پس از تحمل یک‌سوم مجازات، در صورت دارا بودن شرایط قانونی، از طریق دادستان یا قاضی اجرای احکام کیفری تقاضای تعلیق کند.»

تعلیق، مشمول جرایم تعزیری است و جرایم مربوط به حدود و قصاص و با توجه به تبصره ماده ۱۱۵ قانون مجازات اسلامی، تعزیرات شرعی، از شمول موارد تعلیق استثناء شده‌اند.

مجازات‌های قابل تعلیق، مربوط به مجازات‌های درجه ۳ تا ۸ می‌شود که در مقایسه با مقررات تعویق صدور حکم که درجات ۶ تا ۸ را در بر می‌گرفت، گستره مجازات‌های قابل تعلیق بیشتر است.

یکسان بودن شرایط تعلیق اجرای مجازات و تعویق صدور حکم

شرایط تعلیق اجرای مجازات و تعویق صدور حکم یکسان هستند بنابراین شرایط عمومی و اختصاصی تعلیق ساده و مراقبتی همانند تعویق صدور حکم است.

مدت تعلیق با توجه به ماده ۴۶ قانون مجازات اسلامی، یک تا پنج سال است که در قانون مجازات سال ۱۳۷۰ این مدت ۲ تا ۵ سال بود.

همانند قانون سابق، دادگاه می‌تواند تمام یا قسمتی از مجازات را مورد تعلیق قرار دهد. در قانون تعلیق مصوب سال ۱۳۴۶ و قانون سال ۱۳۶۱ چنین قیدی وجود نداشت؛ به این معنا که دادگاه نمی‌توانست قسمتی از مجازات را معلق کند.

در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، بر خلاف مقررات قوانین سابق، تعلیق اجرای مجازات پس از گذراندن یک‌سوم مجازات پذیرفته شده است. با توجه به قسمت اخیر ماده ۴۶ دادستان می‌تواند تعلیق اجرای بقیه مجازات را از دادگاه صادرکننده حکم قطعی تقاضا کند.

محکوم‌علیه نیز می‌تواند پس از گذراندن مدت مزبور، تقاضای تعلیق اجرای بقیه مجازات را مطرح کند. در توضیح این مطلب باید گفت که صادرکننده حکم قطعی به شرح مذکور در ماده فوق می‌تواند دادگاه بدوی صادرکننده رأی باشد یا دادگاه تجدیدنظر؛ که پس از نقص رأی برائت رأسا مبادرت به انشای صدور حکم کرده است.

بند دوم: انواع تعلیق مجازات

تعلیق اجرای مجازات بر دو نوع است:

قانون مجازات اسلامی، اجرای مجازات را به دو نوع ساده و مراقبتی تقسیم کرده است. بر اساس ماده ۴۸ این قانون، «تعلیق مجازات با رعایت مقررات مندرج در تعویق صدور حکم، ممکن است به طور ساده یا مراقبتی باشد.»

۱- تعلیق ساده

در تعلیق ساده، متهم تعهد می‌کند که در مدت تعلیق جرمی انجام ندهد. به موجب ماده ۵۲ قانون مجازات اسلامی، «هر گاه محکوم از تاریخ صدور قرار تا پایان مدت تعلیق، مرتکب جرم عمدی موجب حد، قصاص، دیه یا تعزیر تا درجه هفت نشود، محکومیت تعلیقی بی‌اثر می‌شود.»

۲- تعلیق مراقبتی

در تعلیق مراقبتی علاوه بر رعایت شرایط تعلیق ساده، محکوم باید دستورات دادگاه را نیز در مدت تعلیق انجام دهد.

بند سوم: شرایط تعلیق مجازات

در تعلیق ساده و نیز تعلیق مراقبتی، شرایط عمومی تعویق به شرح بندهای چهارگانه ماده ۴۰ قانون مجازات اسلامی باید رعایت شود.

بر اساس این ماده، «در جرایم موجب تعزیر درجه ۶ تا ۸ دادگاه می‌تواند پس از احراز مجرمیت متهم با ملاحظه وضعیت فردی، خانوادگی و اجتماعی، سوابق و اوضاع و احوالی که موجب ارتکاب جرم شده است، در صورت وجود شرایط زیر صدور حکم را به مدت ۶ ماه تا دو سال به تعویق اندازد:

الف- وجود جهات تخفیف.

ب- پیش‌بینی اصلاح مرتکب.

پ- جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران.

ت- فقدان سابقه کیفری مؤثر.

شرایط لغو قرار تعلیق

تعلیق اجرای مجازات منوط به عدم ارتکاب جرایم موجب حد، قصاص، دیه یا تعزیر تا درجه هفت در زمان تعلیق اجرای مجازات است.

در نتیجه اگر محکوم مرتکب یکی از این جرایم شود، قرار تعلیق به موجب ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی لغو و دستور اجرای حکم معلق صادر می‌شود.

بر اساس ماده ۵۴ این قانون، «هرگاه محکوم از تاریخ صدور قرار تا پایان مدت تعلیق، مرتکب یکی از جرایم عمدی موجب حد، قصاص، دیه یا تعزیر تا درجه هفت شود، پس از قطعیت حکم اخیر، دادگاه قرار تعلیق را لغو و دستور اجرای حکم معلق را نیز صادر و مراتب را به دادگاه صادرکننده قرار تعلیق اعلام می‌کند. دادگاه به هنگام صدور قرار تعلیق به طور صریح به محکوم اعلام می‌کند که اگر در مدت تعلیق مرتکب یکی از جرایم فوق شود، علاوه بر مجازات جرم اخیر، مجازات معلق نیز درباره وی اجرا می‌شود.»

بند چهارم: دادگاه صالح برای لغو قرار تعلیق

در پاسخ به این پرسش که کدام دادگاه برای الغای قرار تعلیق صالح است، در قانون مجازات سال ۱۳۷۰ با توجه به ماده ۳۳، دادگاهی که حکم تعلیق اجرای مجازات سابق را صادر کرده بود یا دادگاه جانشین، صالح برای الغا بود.

در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، در قسمتی از ماده ۵۴ آمده است:

«پس از قطعیت حکم اخیر، دادگاه قرار تعلیق را لغو و دستور اجرای حکم معلق را نیز صادر و مراتب را به دادگاه صادرکننده قرار تعلیق اعلام می‌کند»

با توجه به این قسمت از ماده دو حالت پیش می‌آید:

الف. با توجه به ماده ۵۵ قانون جدید، دادگاهی که قرار تعلیق را صادر کرده است، پس از صدور قرار متوجه می‌شود که محکوم دارای سابقه محکومیت مؤثر یا محکومیت‌های قطعی دیگری بوده که در میان آنها محکومیت تعلیقی بوده است. در این صورت، قرار تعلیق را لغو می‌کند.

ب. دادگاه دیگر پس از رسیدگی به اتهام دیگر متهم و قطعیت متوجه می‌شود که محکوم قبلاً مرتکب یکی از جرایم مشمول حد، قصاص، تعزیر تا درجه هفت شده است.

در اینجا قانونگذار برخلاف قانون سابق قایل به حدوث وضعیت جدیدی شده است. بدین ترتیب که این دادگاه که اصولاً صادرکننده قرار تعلیق نبوده است، قرار تعلیق را لغو و دستور اجرای حکم معلق را صادر می‌کند و مراتب را به دادگاه صادرکننده قرار تعلیق اعلام می‌کند. در واقع دادگاهی که قرار تعلیق را صادر نکرده است، آن را لغو می‌کند و حتی دستور اجرای حکم سابق را می‌دهد. ایجاد صلاحیت اضافی برای دادگاهی که اصولاً در جریان قرار تعلیق نبوده، قابل انتقاد است. زیرا اصولاً بهتر بود در تمام احوال دادگاه صادرکننده قرار تعلیق اجرای مجازات مبادرت به لغو قرار کند، نه دادگاهی که در پرونده دیگری رأی قطعی صادر کرده است. در صورتی که دادستان یا قاضی اجرای احکام متوجه شود که محکوم دارای سابقه محکومیت موثر یا محکومیت‌های دیگری بوده، موظف است که لغو تعلیق مجازات را از دادگاه درخواست کند. در این صورت با عنایت به مطلبی که در فوق آمده است، این ابهام ایجاد می‌شود که کدام دادگاه صالح است؟ آیا دادگاهی که قرار تعلیق را صادر کرده یا دادگاهی که حکم به حد یا قصاص یا تعزیر به شرح مندرج در ماده ۵۴ داده است؟ چنین به نظر می‌رسد دادستان تقاضای لغو قرار را از دادگاهی خواهد خواست که قرار تعلیق مجازات را صادر کرده است.

موثر نبودن تعلیق اجرای مجازات در حق مدعی خصوصی

تعلیق اجرای مجازات با توجه به ماده ۵۱ قانون مجازات اسلامی، در حق مدعی خصوصی تأثیری ندارد. بر اساس این ماده، «تعلیق اجرای مجازات محکوم نسبت به حق مدعی خصوصی تأثیری ندارد و حکم پرداخت خسارت یا دیه در این موارد اجرا می‌شود.»

بنابراین در صورتی که مدعی خصوصی دادخواست ضرر و زیان داده باشد یا در مورد دیه، تقاضا کند، تعلیق اجرای مجازات در امر حقوقی اثری نداشته و دادگاه وفق مقررات نسبت به این موضوع رسیدگی خواهد کرد. اما با توجه به اینکه شرایط تعلیق وفق ماده ۴۶ همان شرایط تعویق صدور حکم است و یکی از شرایط عمومی تعویق صدور حکم وفق بند پ ماده ۴۰ «جبران ضرر و زیان یا برقراری ترتیبات جبران است»، این اشکال پیش می‌آید که در صورت عدم جبران ضرر و زیان یا برقراری جبران ضرر و زیان، دیگر موجبی برای تعلیق اجرای مجازات پیش نمی‌آید که مشمول ماده ۵۱ شود.

گفتار دوم: تعزیری کردن مجازات شرعی به جای حدود

۱- تعزیر در لغت: گرچه با معنای حد معنای تعزیر نیز اجمالاً، روشن شده است، اما از مجموع معانی و استعمال‌های واژه تعزیر می‌توان فهمید که معنای اصلی تعزیر «رد» و «منع» است. در لغت بیش از دوازده معنی برای این واژه ذکر شده است. ابن اثیر می‌گوید: «اصل التعزیر المنع والرد» (ابن اثیر ۱۳۶۲ ج ۳: ۹۰۵) معنای اصلی تعزیر منع و رد است. در لسان‌العرب آمده: «انَّ العزْرَ فی اللُّغَةِ الرَّدُّ و المنع». سایر معانی تعزیر هم عمدتاً به همین معانی برمی‌گردد؛ مثلاً یکی از معانی تعزیر «سرزنش و ملامت» است چرا که مجرم مستحق ملامت و سرزنش است (ابن منظور ۱۴۰۵ ج ۹: ۱۸۴). بنابراین وقتی فردی را در اثر انجام عمل مجرمانه سرزنش می‌کنند در واقع او را از انجام دوباره آن عمل باز می‌دارند. در صحاح اللغه (جوهری ۱۴۰۷ ج ۲: ۷۴۴) و المنجد (معلوف ۱۹۶۵: کلمه عزّر) به معنای «تعظیم و تأدیب» نیز آمده است. در مجمع البحرین آمده است: «تعزروه ای تعظموه و فی غیر هذا الموضع تمنعوه» (طریحی بی تا ج ۳: ۴۰۱). «تعزروه» که در قرآن آمده به معنای تعظیم و احترام است و در غیر این مورد به معنای منع است. همین معنی در لسان‌العرب نیز آمده است: «عزّره ای فخّمه و عظّمه... قال الله تعالی: عزّرتموهم ای عظّمتموهم» (ابن منظور ۱۴۰۵ ج ۹: ۱۸۴). در تفسیر مجمع البیان (طبرسی بی تا ج ۴: ۴۸۷) ذیل آیه ۱۵۷ سوره مائده «تعزیر» را به معنای «منع» دانسته است.

اگر معنای اصلی تعزیر منع و رد باشد طبعاً تعزیر شامل هر نوع عقوبتی است که بتوان بدان وسیله مجرم را از انجام دوباره گناه منع کرد و معنای این سخن این است که تعزیر منحصر در زدن نیست بلکه هر عملی که خصوصیت منع داشته باشد تعزیر خواهد بود.

۲- تعزیر در قرآن: واژه «عزّر» به صورت فعل در سه مورد در قرآن به کار رفته است. [۴] مفسران غالباً معنای «عزّر» و «تعزروا» را در این آیات به معنای تفخیم، تعظیم، یاری نمودن و منع دشمن از اذیت و آزار پیامبر (ص) دانسته‌اند (طبرسی بی تا ج ۴: ۴۸۷؛ فخررازی بی تا ج ۱۱: ۱۸۶؛ رضا بی تا ج ۶: ۲۸۱).

۳- تعزیر در کلام رهبران معصوم: در برخی از روایات تعزیر به معنای مجازات‌های غیر معین و در برخی دیگر مجازات‌های معین آمده است. همان‌گونه که در بعضی دیگر، لفظ ادب و تأدیب و عذاب و تعذیب به کار رفته است و در بخشی از آنها به مصادیق تعزیر یعنی ضرب و حبس اشاره شده است. در مجموع روایات باب تعزیر را می‌توان به هفت دسته تقسیم کرد (حر عاملی ۱۴۱۲ ج ۱۸: ابواب حد قذف: باب ۱۸، ۱ و ابواب حدود باب ۶، ۱۰، ۱۱ و ۱۳ ابواب کیفیت حکم و احکام دعوی باب ۳۲).

۴- تعزیر در کلمات فقها: فقها مجازات‌ها را به چهار قسم حدود، قصاص، دیات، و تعزیرات تقسیم کرده‌اند. به همین دلیل در تعریف تعزیر اختلاف نظر وجود دارد چون هر مجازاتی که جزء حدود و قصاص و دیات نباشد باید آن را تعزیر دانست. در تعریف تعزیر گاهی آن را وصف «جرم» و گاه وصف «مجازات» گرفته‌اند؛ مثلاً

محقق حلی تعزیر را وصف جرم دانسته و می‌گوید: جرمی که مجازاتش مشخص باشد «حد» نام دارد و آنچه عقوبت معین ندارد «تعزیر» است (محقق حلی بی تا ج ۴: ۱۴۷).

شهید ثانی و صاحب ریاض، تعزیر را وصف مجازات گرفته‌اند، شهید ثانی می‌گوید: مجازات یا اهانتی که غالباً در شرع مقدار آن تعیین نشده تعزیر است (بی تا ج ۲: ۴۲۳). صاحب ریاض می‌گوید: هر مجازاتی که شرعاً مقدار آن معین نشده باشد تعزیر است (طباطبایی ۱۴۰۴ ج ۱۳: ۴۱۵).
پس تعزیر در حقوق جزای اسلامی به کیفرهایی اطلاق می‌شود که نوع و اندازه و چگونگی آن معین نشده بلکه تعیین امور به مصلحت اندیشی حاکم واگذار شده است.

در مورد گستره تعزیر، بسیاری از فقها معتقدند که تعزیر در تمام گناهان کبیره جریان دارد. امام خمینی همانند صاحب جواهر می‌گوید: هر کس حرامی را مرتکب شود یا واجبی را ترک نماید در صورتی که معصیت انجام شده کبیره باشد حاکم و امام حق دارد او را تعزیر نماید [۷] (نجفی بی تا ج ۴۱: ۴۴۸؛ امام خمینی ۱۳۷۹: ۸۷۸). از آنجایی که از اهداف عمده نظام کیفری و سیاست جنایی اسلام پیشگیری و بازدارندگی است، بنابراین می‌توان اقدامات تأمینی، حمایتی، تربیتی، درمانی، مراقبتی و بازدارنده را تحت عنوان تعزیر لحاظ کرد. تعزیر از سبک‌ترین و کوچک‌ترین کیفرها آغاز و به سنگین‌ترین کیفرها ختم می‌شود: از تازیانه زدن تا زندان یا اعدام. پس تعزیرات گسترده‌ترین واکنش کیفری در نظام جزایی اسلام است.

بند اول: موارد جانسینی تعزیر از حد

۱- هرگاه دو نفر همدیگر را قذف کنند فقهای شیعه به اتفاق معتقدند که به جای اجرای حد قذف که هشتاد تازیانه است آن دو تعزیر می‌شوند (امام خمینی ۱۳۷۹: ۸۷۷ م ۵؛ نجفی بی تا ج ۴۱: ۴۳۱).

مستند چنین سخنی صحیح‌ه عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) است که حضرت در مورد دو نفری که همدیگر را متهم به زنا یا لواط می‌سازند، فرمود: «یدراً عنهما الحد و يعزران» یعنی حد از آن دو دفع می‌شود و آن دو تعزیر می‌گردند. در صحیح‌ه ابی ولاد عن ابی عبدالله آمده است: «اتی امیرالمؤمنین برجلین قذف کل منهما صاحبه فدرأ عنهما الحد وعزرهما» امام صادق می‌فرماید: دو مرد را به حضور مولا امیرالمؤمنین (ع) آوردند که همدیگر را قذف کردند. حضرت حد را از آن دو دفع و آن دو را تعزیر نمود (حر عاملی ۱۴۱۲ ج ۱۸ باب ۱۸).

۲- در صورتی که پدر فرزند خود را قذف کند بر پدر حد قذف جاری نمی‌شود بلکه تعزیر می‌شود (امام خمینی ۱۳۷۹: ۸۷۶ م ۵). در روایتی راوی از امام باقر (ع) می‌گوید: در مورد مردی که پسر خود را به زنا متهم نمود، سؤال کردم. حضرت فرمود: «لو قتله ما قتل به و ان قذفه لم یجلد له» (حر عاملی ۱۴۱۲ ج ۱۸ باب ۱۸). یعنی اگر او را می‌کشت به خاطر قتل فرزند کشته نمی‌شد و اگر فرزند خود را قذف نماید نیز حد بر او جاری نمی‌شود. در

واقع حضرت به قیاس اولویت تمسک کرده که به طریق اولی حدّ قذف جاری نمی‌شود. فقهای اهل سنت غیر از مالک همانند امامیه قائل به سقوط حد هستند و معتقدند که قاذف چه پدر باشد یا مادر، حدّ قذف بر او جاری نمی‌شود ولی مالک می‌گوید به دلیل عموم آیه حد جاری می‌شود (ابن قدامه بی تا ج ۱: ۲۱۴).

۳- هرگاه شوهر همسر خود را که از دار دنیا رفته قذف نماید در صورتی که آن زن فرزندی از شوهر دیگر نداشته باشد حدّ قذف بر شوهر اجرا نمی‌شود بلکه فقط تعزیر می‌شود (امام خمینی ۱۳۷۹: ۸۷۶ م ۵؛ نجفی بی تا ج ۴۱: ۴۲۰). دلیل سقوط حدّ قذف ذیل روایت مذکور امام باقر(ع) است که می‌گوید: «... وان قال لابنه یابن الزانیه و امه میتة ولم یکن لها من یأخذ بحقها منه الا ولدها منه فأنه لا یقام علیه الحد لأن حق الحد قد صار لولده منها» یعنی اگر پدری به فرزند خود در حالی که مادرش فوت کرده بگوید ای پسر زن زناکار و برای آن، فرزندی غیر از فرزندی که از همین مرد دارد نباشد حد بر آن مرد جاری نمی‌شود. اما دلیل جواز تعزیر بر این مرد عموم و اطلاقاتی است که اجرای تعزیر را در کلیه معاصی و گناهان لازم می‌داند (امام خمینی ۱۳۷۹: ۸۷۶ م ۵).

۴- هرگاه کسی شخصی را قذف کند که شرایط احصان را دارا نباشد در آن صورت بر قاذف حد جاری نمی‌شود بلکه فقط تعزیر می‌شود. احصان در قذف شونده عبارت است از بلوغ، عقل، حریت، اسلام و عفت. بنابراین کسی که دیوانه‌ای را قذف کرده و نسبت زنا دهد قاذف محکوم به تعزیر می‌شود (امام خمینی ۱۳۷۹: ۸۷۶ م ۳).

۵- اگر مهمان از اموال صاحب خانه سرقت کند برخی از فقهای اهل سنت معتقدند که حد از مهمان ساقط است. ابوحنیفه می‌گوید: در مورد مهمانی که از اموال میزبان سرقت کند مطلقاً قطع دست وجود ندارد چه میزبان دست او را در خانه خود باز گذاشته باشد یا نه (ابن قدامه بی تا ج ۱۰: ۲۵۷). احمد نیز در یکی از دو قولش همین نظر را دارد چون فاقد شرط حرز است و سرقت از حرز رخ نداده است (علاءالدین کاشانی ۱۴۰۹ ج ۷: ۷۵).

البته در این صورت تعزیر وجود دارد زیرا سرقت در هر صورت معصیت است و هر معصیتی نیز تعزیر دارد.

بند دوم: موارد جانشینی حدّ از تعزیر

تکرار جرم تعزیری باعث جانشینی حدّ از تعزیر می‌شود. محقق حلّی می‌گوید: اگر دو نفر برهنه در زیر یک پوشش بخوابند از سی تا نود ضربه شلاق می‌خورند و اگر این عمل تکرار شود و هر بار تعزیر شده باشند در نوبت سوم حد بر آنها جاری می‌شود (محقق حلّی بی تا ج ۴: ۲۶۰؛ علامه حلّی بی تا ج ۲: ۲۵۷؛ ابن ادریس بی تا ج ۳: ۴۶۶). و منظور از حد در اینجا صد ضربه شلاق است. امام خمینی نیز برای بار سوم قائل به اجرای حد بوده و نقل می‌کند که برخی از فقها در چنین فرضی قائل به قتل آنها شده‌اند (امام خمینی ۱۳۷۹: ۸۷۴ م ۱۲). در روایت ابی خدیجه از امام صادق(ع) آمده است: «فان وجدهما بعد النهی فی لحاف واحد جلدتا کل واحدۀ منهما حدّاً فان

وجدتا الثالثه فی لحاف حدتاً» (حر عاملی ۱۴۱۲ ج ۱۸ ابواب حرزنا باب ۱۰): نباید دو زن زیر یک پوشش (برهنه) بخوابند اگر به این نحو خوابیدند باید از آن نهی گردند و چنانچه بعد از نهی تکرار نمودند تعزیر می‌شوند و اگر برای بار سوم تکرار نمودند حد (صد ضربه شلاق) بر آنها جاری می‌گردد.

ابوالصلاح حلبی می‌گوید: اگر شخصی که تعزیر شده برای بار دوم و سوم همان گناه (کبیره) را انجام دهد از او خواسته می‌شود که توبه کند و اگر باز بر انجام گناه اصرار ورزید در نوبت چهارم کشته می‌شود (حلبی ۱۴۰۳: ۴۲۰).

گلیایگانی در ضمن مسأله خوابیدن دو مرد یا دو زن زیر یک لحاف به صورت برهنه یک قاعده کلی به شرح زیر ارائه می‌کند که ممکن است در این بخش به روایتی استناد نمود که به عنوان دلیل کلی در تمام گناهان کبیره جاری گردد و مفاد آن این است که: مرتکب گناه کبیره برای بار اول و دوم و سوم تعزیر می‌شود و اگر باز همان گناه را تکرار نمود در نوبت چهارم کشته می‌شود (کریمی جهرمی ۱۴۱۲ ج ۲: ۴۹، ۷۶).

بنابراین این سؤال که آیا قاعده تکرار در باب تعزیر نیز جاری است یا خیر؟ آیا حکم تکرار جرایم تعزیری نیز قتل است؟ آیا اگر کسی چند بار استمناء کند یا با حیوانی نزدیکی کند و هر بار نیز تعزیر شود در مرتبه سوم یا چهارم کشته می‌شود یا خیر؟ جواب مثبت است. ابوالصلاح حلبی می‌گوید: «إذا عاود المعزr الی ما یوجبه عزr ثانیه و ثالثه و رابعه و استتیب فان اصرر و عاود بعد التوبه قتل صبرا» (مروارید ۱۴۱۰ ج ۲۳: ۷۷): اگر شخص تعزیر شده دوباره عمل موجب تعزیر را انجام دهد در مرتبه دوم و سوم و چهارم تعزیر می‌شود و توبه داده می‌شود. سپس اگر اصرار ورزد و پس از توبه دوباره مرتکب آن عمل شود کشته می‌شود.

صهرشتی در اصباح الشیعهو ابن زهره در غنیه مستند این قول را روایت دانسته می‌گویند: «و روی انه متی عزr المرء الرابعه استتیب فان أصر و عاد الی ما یوجب التعزیر ضربت عنقه»، روایت شده مبنی بر اینکه اگر شخص چهار مرتبه تعزیر شد از او خواسته می‌شود که توبه کند پس اگر بر گناه خود مصر بود و مجدداً آن کاری را که موجب تعزیر است مرتکب شود به قتل می‌رسد (مروارید ۱۴۱۰ ج ۲۳: ۱۲۵، ۲۰۸، ۲۹۴).

ابن ادریس در سرائر به صحیحه یونس در باب تعزیرات استناد می‌کند و می‌گوید: «و کذلک تارک الصلاه عن غیر عذر یعزr فی اول دفعه و ثانی دفعه و یقتل فی الثالثه لقولهم — علیهم السلام — اصحاب الکبائر یقتلون فی الثالث»: کسی که بدون عذر نماز را ترک کند در دفعه اول و دوم تعزیر می‌شود و برای بار سوم کشته می‌شود، چون ائمه فرمودند: کسانی که مرتکب گناه کبیره می‌شوند برای بار سوم به قتل می‌رسند (مروارید ۱۴۱۰ ج ۲۳: ۱۲۵، ۲۰۸، ۲۹۴). پس با استناد به صحیحه یونس می‌توان گفت «اصحاب الکبائر» یعنی مرتکبین گناهان کبیره اعم از آنکه در شرع مجازات خاصی برای آنها وضع شده باشد (حد) یا نشده باشد (تعزیر) به شرط آنکه در

زمره گناهان کبیره باشد در صورتی که دوبار مجازات شده باشند برای بار سوم کشته می‌شوند. بنابراین تکرار جرایم مستوجب تعزیر نیز همانند تکرار جرایم مستوجب حد می‌باشد.

بند سوم: موارد سقوط حد

سقوط مجازات به معنای عدم اجرای مجازات و از بین رفتن مجازات است زمانی که شاکی از وقوع جرمی نزد مقام قضایی شکایت می‌کند مرجع قضایی پس از بررسی و تحقیقات مقدماتی در صورتی که فرد متهم را مجرم بداند، او را به مجازات های مقرر در قانون محکوم می‌کند ولی در صورت وجود برخی شرایط و موارد مجازات متوقف می‌گردد و موجب سقوط مجازات می‌شود که این موارد در قانون مجازات اسلامی بیان شده است.

زمانی که مرجع قضایی فردی را مجرم می‌داند و به مجازات محکوم می‌کند بر طبق قانون مجازات اسلامی با وجود برخی شرایط و موارد امکان دارد مجازات فرد ساقط گردد به موجب قانون این موارد عبارتند از:

۱) عفو یا تخفیف مجازات محکومان در حدود موازین اسلامی پس از پیشنهاد رئیس قوه قضاییه با رهبری است، عفو موجب می‌گردد اجرای مجازات موقوف شود و همه آثار محکومیت از بین برود.

۲) نسخ قانون: از دیگر مواردی که موجب سقوط مجازات می‌شود نسخ قانون است که اجرای مجازات را موقوف می‌کند.

۳) گذشت شاکی: در جرایم قابل گذشت، گذشت شاکی یا مدعی خصوصی موجب متوقف شدن تعقیب و اجرای مجازات می‌شود.

۴) مرور زمان: اگر از تاریخ وقوع جرم تا انقضاء مدتی که در قانون بیان شده است تعقیب نشود یا حکم قطعی صادر نشده باشد موجب سقوط مجازات می‌شود.

۵) توبه مجرم در برخی از جرایم قبل از اثبات جرم و در برخی از جرایم بعد اثبات جرم در صورتی که دادگاه عفو مجرم را توسط رئیس قوه قضاییه از مقام رهبری درخواست نماید موجب سقوط مجازات می‌شود (نجومیان، ۱۳۶۶: ۲۲).

بند چهارم: تعزیر عملی

وجود سیاست جنحه ای کردن قانونی و قضایی در حقوق کیفری، از آن جهت که وجود تحول دائمی در طبقه بندی سه گانه جرایم-جنایت، جنحه و خلاف د را یادآوری می‌کند می‌تواند نشانگر «نامتجانس شدن» حقوق

کیفری در عصر حاضر نیز باشد. این نکته از آن جهت حائز اهمیت است که سیاست جنحه‌ای کردن، بیشتر شامل جرائمی از نوع جنایت است که بدون تردید، همگن ترین مقوله و ارتکاب آن، مستلزم ایراد لطمه به ارزش‌هایی است که در جامعه، عمده و مهم تلقی می‌شود.

جهت اجرای جنحه‌ای کردن قضایی که بر اساس آن، مقامات عهده دار تعقیب و تحقیق، برخی از جرائم از نوع جنایت را در حد جنحه تلقی می‌کنند، روش‌های متفاوتی به کار گرفته می‌شود. ساده‌ترین روش، بی‌توجهی قاضی به شرایط مشدده عمل ارتكابی است. برای مثال، سرقت ساده در حقوق کیفری از نوع جنحه محسوب می‌شود لیکن چون قانونگذار، ارتكاب سرقت شبانه به همراه خشونت از یک منزل مسکونی را جنایت دانسته است، قاضی از وصف مشدده مربوطه چشم‌پوشی کرده و آن را از نوع سرقت ساده ارزیابی می‌کند. گاهی نیز قاضی در موارد تحقق تعدد معنوی جرایم، بر خلاف قاعده مرسوم، مجازات جرم خفیف‌تر را برای مرتکب در نظر می‌گیرد. برای مثال در موارد تحقق جعل در سند رسمی به همراه کلاهبرداری، قاضی مجازات جرم کلاهبرداری را برای مرتکب، لحاظ می‌کند.

آنچه تاکنون بیان شد موارد جنحه‌ای کردن قبل از برگزاری جلسه محاکمه است. همزمان با برگزاری جلسه محاکمه نیز امکان تحقق جنحه‌ای کردن قضایی وجود دارد. این امکان معمولاً به دلیل پاسخهای قاضی و هیئت منصفه به سؤالات مطروحه روی می‌دهد. گاهی هیئت منصفه نسبت به تحقق شرایط مشدده، پاسخ منفی داده و موجبات جنحه تلقی شدن جرم را فراهم می‌کند. در برخی موارد نیز پاسخ آن هیئت به سؤال اصلی (قتل عمد) منفی بوده، لیکن به سؤال فرعی (قتل غیر عمد) پاسخ مثبت داده و به این وسیله، بزه قتل، از نوع جنایت، خارج می‌شود.

البته تحقق جنحه‌سازی قضایی در عمل، منوط به تحقق شرایط مختلفی بوده که مهم‌ترین آن، رضایت ضمنی دادگاه و طرفین دعوی کیفری است. تأثیر رضایت طرفین نسبت به جنحه‌ای کردن جنایت می‌تواند اشکال و ایرادی را به ذهن متبادر سازد. تقسیم‌بندی جرائم در حقوق جزای جنایت، جنحه و خلاف، علاوه بر تأثیرگذاری آن بر امور ماهوی مانند میزان و نوع مجازات و امکان تحقق شروع به جرم، به جهت شکلی نیز دارای اهمیت و فایده عملی است که تقسیم دادگاههای جنایی، جنحه‌ای و خلاف از موارد آن است. از این رو تأثیرگذاری رضایت طرفین بر تحقق جنحه‌سازی قضایی - که می‌تواند باعث تغییر در صلاحیت محاکم کیفری شود. ممکن است برخلاف آمره بودن قواعد مربوط به صلاحیت ارزیابی شود. اکنون باید بررسی کرد که وجود چه عواملی سبب شده تا اعمال این سیاست بر حفظ آمره بودن قواعد صلاحیت ترجیح داده شود. برخی از نویسندگان به این دلیل وجود سیاست جنحه‌سازی قضایی را برای دستگاه عدالت کیفری، مهم و ضروری

دانسته اند که وجود تراکم کار در محاکم جنایی، با توجه به تورم قوانین در جرایم جنایی و نیز پرهزینه بودن رسیدگی در این محاکم سبب می شود تا صلاحیت محاکم جنایی در برخی موارد به نفع محاکم جنحه‌ای به کنار گذاشته شود. برخی دیگر از نویسندگان، به کارگیری این سیاست را باعث فراهم شدن زمینه انطباق هرچه بیشتر قوانین با واقعیت های اجتماعی قلمداد کرده اند؛ با این توضیح که تدوین مقررات، معمولاً در فضای ذهنی و تجربیدی انجام می شود، در حالی که موقعیت و وضعیت های عملی جامعه، بسیار متنوع بوده و از این رو نمی توان تمام این وضعیت های متفاوت را با همان سیاست شدیدی که در جرائم جنایی وجود دارد، ارزیابی کرد. مثال معروف و کلاسیک حقوقدانان در این زمینه، سرقت از یک مغازه با استفاده از تهدید با اسلحه قلابی است که بر اساس ماده ۸-۳۱۱ قانون جزای، دارای ۲۰ سال حبس جنایی است، لیکن قاضی می تواند با استفاده از اختیار جنحه سازی فضایی و با چشم پوشی نسبت به بهره مندی مرتکب از اسلحه قلابی، آن را از نوع سرقت جنحه ای محسوب کند (منتظری، ۱۴۰۰: ۴۰).

دلایل وجود سیاست جنحه سازی قانونی در حقوق کیفری، کاملاً متفاوت به نظر می رسد به طوری که بخشی از آن دارای زمینه تاریخی نیز هست. در واقع سیاست کیفری شدیدی که قانونگذار در قانون ۱۸۱۰ در پیش گرفت و وجود عناوین جزایی جنایی بسیار زیاد در آن قانون، سبب شد تا هیئت منصفه دادگاه در جهت تعدیل احکام قضایی صادره از خود واکنش نشان دهد. این واکنش دارای دو تالی فاسد بود. نخست آنکه نظریات غیرقابل پیش بینی و گاهی تعجب برانگیز هیئت منصفه، زمینه بی اعتمادی افکار عمومی را نسبت به احکام صادره فراهم ساخته بود و دیگر آنکه به دلیل عدم اجرای مجازات های شدید معین در قانون، به تدریج قطعیت مجازات ها نیز مورد تردید قرار گرفت. از این رو قانونگذار از طریق کاهش جرائم جنایی در قانون ۱۸۳۱، تلاش خود را در این جهت قرار داد تا به جای مجازات های شدید از ضمانت اجراهای معتدل تری استفاده کند که قطعاً به اجرا در می آید. از این رو سیاست مزبور در دوران قبل و بعد از تصویب قانون جزای ۱۹۹۲ نیز ادامه یافت. در دوران قبل از تصویب قانون جدید جزایی، بسیاری از جنایات علیه اموال و اشخاص، تبدیل به جنحه شد و به همین دلیل، خشونت های ارادی منجر به محرومیت از اشتغال به کار (بر اساس قانون ۱۳ مه ۱۸۶۳)، سقط جنین (بر اساس قانون ۲۷ مارس ۱۹۲۳)، دوهمسری (پسر اساس قانون ۱۷ فوریه ۱۹۳۳) و آدم ربایی اطفال بدون نیرنگ و خشونت (فرمان ۲۸ ژوئن ۱۹۴۵) و سرقت های به همراه هتک حرز (بر اساس قانون امنیت و آزادی ۲ فوریه ۱۹۸۱) تبدیل به جنحه شدند. در قانون جزای ۱۹۹۴ نیز همین سیاست جنحه سازی قانونی ادامه یافت. در واقع اکنون زمان آن رسیده بود تا مقررات مربوط به جرائم علیه ملت، دولت و آسایش عمومی نیز مشمول چنین سیاستی قرار گیرند. به همین دلیل، بسیاری از جرائم مذکور در کتاب چهارم قانون جدید جزایی،

که پیش از این در زمره جرائم جنایی بود، مشمول سیاست جنحه‌ای کردن قانونی قرار گرفت. از این رو جرائمی همچون «همدستی با قدرت خارجی»، «تبانی» و شرکت در اقدام هماهنگ به جهت ناامید کردن نیروهای مسلح، در قانون جدید، تنها مجازات جنحه‌ای علاوه بر این در ارتباط با جرائم علیه آسایش عمومی نیز برخی از جرائم جنایی سابق، تبدیل به درجه جنحه شد. به عنوان نمونه می‌توان به بزه جعل در اسناد غیررسمی اشاره کرد که در قانون جدید، جزء جرائم جنحه‌ای است، به استثنای مواردی که بزه مزبور به صورت سازمان یافته ارتکاب یابد. خرید و فروش سکه تقلبی نیز که در قانون جزای سابق (ماده ۱۳۲) مجازات حبس ابد داشت در قانون جزای جدید، مجازات تا ۱۰ سال حبس جنحه‌ای دارد مگر آنکه بزه به صورت جرم سازمان یافته انجام شود (م ۲-۴۲۲)

جنحه‌ای کردن تقنینی خود می‌تواند به جنحه‌سازی کامل و جزئی (ناقص) تقسیم شود. صورت کامل آن، شامل مواردی است که عملی که تاکنون دارای درجه جنایی بوده به طور کلی تبدیل به جرم جنحه‌ای شود. گاهی نیز جنحه‌سازی به شکل بخشی (ناقص) صورت می‌گیرد و آن شامل مواردی است که تنها برخی از حالات عمل جنایی سابق، تبدیل به جنحه شده است. برای مثال، خرید و فروش سکه تقلبی، هرچند که در قانون جدید، مجازات جنحه‌ای دارد، هرگاه به صورت گروهی و سازمان یافته ارتکاب یابد، همچنان مجازات جنایی خواهد داشت (مهدوی، ۱۳۸۹: ۱۱۳).

بنابراین توسعه موارد جنحه‌ای کردن قانونی در قانون جزای جدید، نشانگر آن است که قانونگذار بر آن بوده است تا با کم کردن میزان مجازات جرائم مختلف، قلمرو صلاحیت محاکم جنحه‌ای را افزایش دهد. این افزایش صلاحیت محاکم جنحه‌ای می‌تواند ثمرات مختلفی به دنبال داشته باشد. از یک سو با جنحه‌ای کردن جرایمی که ممکن است افکار عمومی، آن را بسیار خطرناک می‌داند، زمینه اعمال مجازات قطعی و حتمی را به دور از تأثیرات غیر قابل پیش بینی هیئت منصفه فراهم می‌کند و از طرف دیگر، طرفین دعوای کیفری را از مرحله پژوهشی بهره مند می‌کند که آرای دیوان جنایی از آن محروم است.

از آنچه درباره جنحه‌سازی و انواع آن بیان شد می‌توان چنین نتیجه گرفت که جنحه‌ای کردن نیز به دلیل کاهش مجازات عمل مجرمانه می‌تواند از مصادیق «کیفر زدایی» به معنای عام باشد. پذیرش این نتیجه سبب می‌شود تا مانند کیفر زدایی بتوان بر آن، وصف جرم زدایی ناقص نهاد (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۱: ۳۹).

فصل دوم: سخت کردن شرایط اجرای حد و اثبات نشدن حدود

مبحث اول: سخت کردن شرایط اجرای حدود

گفتار اول: شرایط عمومی اجرای حد

شرایط عمومی اجرای حدود عبارت است از:

در شریعت مقدس اسلام تنها انسان مکلف دارای مسئولیت کیفری است و شخص اگر دارای شرائط عامه تکلیف (بلوغ، عقل، اختیار، علم به حرمت عمل ارتكابی) باشد در صورت ارتكاب جرم مجازات بر او اعمال می‌شود و این شرائط در کلیه جرائم شرعی ضروری است. در نظام کیفری اسلام برای اثبات مسئولیت کیفری تنها وقوع جرم کافی نیست، بلکه تحقق مسئولیت کیفری منوط به آن است که عمل مجرمانه ناشی از اراده انسان، عاقل بالغ مرید و ممیز باشد و احراز وجود این شرایط در نزد مرتکب جرم در حقوق جزای اسلام تحت عنوان «شرایط عامه تکلیف» ضروری است. که به شرح هر یک از آنها می‌پردازیم:

بند اول: عقل

در ماده ۵۱ ق.م.ا: «جنون در حال ارتكاب جرم به هر درجه که باشد رافع مسئولیت کیفری است.»

بند دوم: بلوغ

بلوغ در اصطلاح شرع به معنای پایان یافتن دوران کودکی و راه یافتن به دایره تکلیف است؛ «البلوغ اصطلاحاً الدخول الی سن التکلیف الی انتهاء حد الصغر و الوصول الی بدء التکلیف» در تبصره ۱ ماده ۴۹ ق.م.ا آمده است: «منظور از طفل کسی است که به حد بلوغ شرعی نرسیده باشد.» و در ماده ۴۹ ق.م.ا چنین آمده است: «اطفال در صورت ارتكاب جرم مبری از مسئولیت کیفری هستند.»

بند سوم: اختیار

به معنی عدم وجود اکراه و رضایت مرتکب به ارتكاب عمل مشمول مجازات است. اگر شخصی بدون اختیار و بر اثر اجبار و اکراه عملی را که متضمن جرم مستوجب مجازات است مرتکب گردد، معاف از مجازات می‌باشد. که این امر در ماده ۵۴ ق.م.ا و همچنین در باب حدود همین قانون به صراحت ذکر شده است (صابری، ۱۳۸۱: ۲۳).

مرتکب جرائم مشمول حد باید عالم به حکم و عالم به موضوع هم باشند، تا بتوان در صورت ارتکاب جرم آن‌ها را به مجازات‌های مقرر در قانون محکوم نمود. جهل مرتکب ممکن است حکمی یا موضوعی باشد. جهل حکمی بدین معناست که مرتکب از حرمت عمل ارتكابی بی‌اطلاع باشد و به عبارتی نسبت به تکلیف شرعی آگاه نباشد هر چند که بر خلاف اصل «جهل به قانون پذیرفته نیست» می‌باشد، لیکن قانون‌گذار در برخی از جرائم مستوجب حد ادعای جهل حکمی را مسموع دانسته.

(همچون مواد ۶۴ و ۱۶۶ ق.م.ا) رای اصرار شماره ۱۴-۱۳۷۷/۸/۵ هیئت عمومی دیوانعالی کشور در زمینه جهل حکمی قابل توجه است، حسب رای مذکور: «با توجه به این که متهم منکر زناست و اظهار داشته که فاطمه را صیغه کرده و از حکم حرمت جمع بین دو خواهر آگاه نبوده و دلیلی نیز بر اثبات خلاف آن و اینکه عالماً عامداً مرتکب زنا شده باشد اقامه نگردیده و بطور کلی طبق ماده ۶۴ ق.م.ا حد زنا منوط به آگاهی زانی از موضوع و حکم است، بر این اساس صدور حکم به رجم که حد زناى محصن و محصنه می‌باشد برخلاف موازین شرعی و مقررات قانونی است، لذا اعتراض وارد است.»

جهل موضوعی نیز بدان معناست که هر چند مرتکب نسبت به حکم قضیه آگاه است، لیکن ممکن است که نداند عملی که انجام می‌دهد زناست، مثلاً گمان می‌کند چنانچه با زنی از دُبر، جماع نماید، چنین عملی زنا محسوب نمی‌گردد و یا نداند زنی که با او جماع می‌کند، زنی است که بر او حرام است مثلاً گمان کند که این زن همسر خود او می‌باشد ولی بعداً کاشف به عمل آید که به اشتباه آن زن را همسر خود پنداشته و با او نزدیکی کرده است. «ادعای جهل در صورتی می‌تواند مورد توجه دادگاه واقع شود که خلاف آن ثابت نشده باشد.»

گفتار دوم: تناسب احکام کیفری اسلام با مقتضائات دنیای جدید و عصر

یکی از دغدغه های مسلمانان در جهان معاصر، تناسب احکام کیفری اسلام با مقتضائات دنیای جدید و عصر حاضر است. حال که میدانیم قرآن حاوی تعداد اندکی حکم کیفری است که در بیان مفسران و فقیهان در پرتو سنت و سایر ادله ی فقهی از حیث تعداد و شدت بسیار گسترش یافته است و احکام کیفری قرآن بخشی از آموزه های انشایی قرآن هستند که مشخصاً رفتارهایی را بزه می شمارند و برای آن ها مجازات تعیین می کنند. (مراد از آموزه هایی انشایی، آموزه هایی مبتنی بر بایدها و نبایدها هستند.) اما احکام شرعی اجتماعی از عوامل متعددی تاثیر می پذیرند که یکی از مهمترین آن ها حکومت است و از عوامل دیگر نظیر بستر جغرافیایی و تاریخی آن دین و توجه دین اسلام به کرامت انسانی نباید غافل شد. در نتیجه در این نوشتار، در قالب ارائه معیارهایی، خوانشی متفاوت عرضه می شود که بر اساس آن، چه بسا بتوان نه تنها به کیفرهای حداقلی قرآن ملتزم ماند، بلکه همان اندک را به گونه ای منعطف تر و زمان پسندتر تبیین کرد. از مجموع بیش از شش هزار آیه قرآن، حدود پنج تا ده درصد آن به احکام شرعی پرداخته اند، ۱ که از این میزان حدود، ده آیه به احکام کیفری مربوط می شوند که آیات مرتبط با کیفر در میان رفتارهای زیر توزیع شده اند: قتل و قطع عضو، زنا و برخی جرائم جنسی، کذب، سرقت و محاربه. اما در فقه نسبت با آنچه که در قرآن مشاهده می شود، هم تعداد جرائم و هم شدت مجازات ها بسیار گسترده تر شده است و قابل قیاس نیست. بنابراین در صدد بیان این دید گاهیم که احکام کیفری قرآن را اولاً می توان به گونه ای دریافت که با فهم رایج متفاوت باشد و ثانياً رابطه آن را با سنت به گونه ای تبیین کرد که حداقلی بودن بزه ها و کیفرهای قرآنی در جای خود باقی بماند. برای این منظور به معیارهای تبیین کننده در بازخوانی احکام کیفری قرآن می پردازیم:

معیار اول_ واژه های متن است. معیاری مهم که برای تبیین احکام شرعی قرآن توجه به معنای واژه ها می کند که با این معیار، به مواردی بر میخوریم که نیاز به دقت جدی دارد، زیرا با دقت در معنای ادبی و تاریخی واژه ها و نیز مقایسه واژه ها با دیگر کاربردهای آنها در آیات دیگر، می توان مفهوم برخی کیفرهای قرآنی را مضیق کرد. معیار دوم_ پیوستگی آیات است. به نظر می رسد آیات پیوسته ای که یک مفهوم واحد را القا می کنند، همزمان نازل شده و بر این اساس در کنار هم قرار گرفته اند. بنابراین انتظار می رود هر آیه در کنار آیه های پس و پیش دیده و تبیین شود و توجه به این پیوستگی چه بسا توجه ما را به نکات مغفولی جلب کند. معیار سوم_ نگاه مجموعی به آیات حکم است که حکم یک رفتار را تعیین میکند. با توجه به این معیار در صورتی می توان به حکم قرآن در یک امر کیفری رسید که تمامی آیات مرتبط با حکم، در یک جا دیده شود و به مثابه جزئی از یک کل در نظر گرفته شود (سلیمانی، ۱۴۰۰: ۸).

معیار چهارم_شان نزول حکم است. به این اشاره دارد که بسیاری از احکام قرآن در یک دعوی خاص و معین نازل شده و بیان این آیات هم، برای حل و فصل این دعوی خاص است. پس در صورتی فقط می توان به دعوی دیگر تسری داد که آن دعوی در بنیان با دعوی نخست همانند باشند. با توجه به معیار های فوق، رفتارهایی را که در قرآن به طور سنتی حاوی کیفر شرعی شمرده شده اند را بررسی می کنیم:

در جرائم جنسی نظیر زنا:

است که در آیه یکم سوره طلاق مقرر شده است. در این صورت بر اساس این آیه، شوهر می تواند بلافاصله پس از طلاق، زن خطاکار را از خانه خود بیرون کند (برخلاف طلاق در موارد دیگر که زن حق دارد در ایام عده در منزل شوهر بماند). اگر باز هم مرتکب عمل زشت در خانه شوند آنگاه در ذیل زانیان حرفه ای قابل مجازات اند.

(۳) سایر مرتکبان رفتارهای جنسی نامشروع تنبیه میشوند (سوره نساء، ۱۶). آنچه در این آیه آمده به نظر می رسد جنبه کیفر ندارد و اقدامی است برای بازداشتن مرتکب از تکرار عمل. به عبارت دیگر، ضمانت اجرای این عمل بر اساس آیه فوق، اخلاقی و وجدانی است. اگر این افراد به این توییح و سرزنش گوش فرادادند و این زشتکاری را بارها انجام دادند وارد در حیطه بزهکاران به عادت میشوند و کیفرشان تازیانه است.

در قرآن درباره عفاف و رفتارهای جنسی آیات فراوانی وجود دارد که از این میان، در چهار یا پنج آیه به بزههای جنسی پرداخته شده و تصمیم ها و مجازاتهای زیر برای مرتکبان در نظر گرفته شده است: حبس در منزل، تنبیه، صد ضربه تازیانه.

یک. «واللاتی یأتی الفاحشه بین نام اشتهدوا علیه أربعة منکم فإن شهدوا أمگوه فی البیوت حتی یتواه المؤمنات أو یجعل الله له بی؛ و از زنان آنان که کار زشت کنند چهارتن مرد از خودتان بر آنها گواه خواهید؛ پس اگر گواهی دادند آنان را در خانه ها نگاه دارید تا مرگشان فرارسد یا خداوند راهی برای آنان پدید آورد.» (سوره نساء، ۱۵).

دو. «واللذان یأتیانها منکم فآذوهما فإن تابا وأضلا أغروا عنهما إن الله کان توابا رچیما؛ و آن دو تن که زشتکاری کنند بیازاریدشان؛ پس اگر توبه کردند و به شایستگی آمدند از آنها دست بردارید و درگذرید که خدا توبه پذیر و مهربان است.» (سوره نساء، ۱۶)

سه. «الرانیة والرانی فاجلدوا کل واحد منهما مائة جلدة ولا تأذ گم بهما رأفة فی دین الله إن کنتم تؤمنون بالله والیوم الآخر ولیشهد عذابهما طائفة من المؤمنی؛ به هر زن زناکار و مرد زناکاری صد تازیانه بزنید، و اگر به خدا

و روز بازپسین ایمان دارید، در اکارا دین خدا نسبت به آن دو دلسوزی نکنید، و باید گروهی از مؤمنان در کیفر آن در حضور یابند.» (سوره نور، ۲)

چهار. «الذین یرمون المحضات ثم لم یأتوا بأربعة شهداء الجید وهم ثمانین جله ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون؛ و کسانی که نسبت زنا به زنان شوهردار می دهند، سپس چهار گواه نمی آورند، هشتاد تازیانه به آنان بزنید و هیچ گاه شهادتی از آنها نپذیرید و اینان اند که خود فاسقاند.» (سوره نور، ۴)

این احکام را براساس معیارهای پیش گفته تبیین می کنیم.

۱. براساس معیار واژه های متن

یک. قرآن در این آیه ها با تعبیرهای گونه گونه از رفتارهای ناشاست جنسی سخن می گوید. در آیه ۱۰ نساء تعبیر «واللاتی یأتی القاحه من یم؛ و از زنان آنان که کار زشت کنند» به کار رفته است (و نیز در آیه ۱۶: «و آن دو تن که زشتکاری کنند») و در آیه دوم نور تعبیر «الرایه والای» آمده است. با دقت ادبی بین این دو تعبیر تفاوت ظریفی مشاهده می شود. تعبیر نخست را می توان برای کسی نیز که یک بار مرتکب این رفتار زشت شده است به کار برد اما عبارت دوم براساس ادبیات عرب در جایگاه صفت مشبیه است. آنگاه که اسم فاعل با «ال» و بدون اضافه شدن به مفعول به کار می رود معنای صفت مشبیه دارد، یعنی کسی که به تکرار و استمرار مرتکب این رفتار می شود! به بیان یکی از قرآن گرایان: «وصف زانی و زانیه بر مرد و زنی اطلاق می شود که به زناکاری معروف اند و این کار جزء عادت و خلق و خوی ایشان شده است. اینان سزاوار تازیانه اند.» (ابوزید، ۱۳۶۹ ق: ۲۷۶) این برداشت بر اساس عرف می تواند صحیح باشد؛ استعمالات عرفی به این گونه است که کسی را که به کاری «عادت» دارد به آن صفت متصف می کنند. از سوی دیگر، شواهد تاریخی نیز، مشخصا در زنا مؤید این برداشت است. شواهد تاریخی نشان می دهد وجود زنان پرچم داری که حرفه ایشان زنا بوده یکی از دغدغه های جامعه اسلامی در عصر پیامبر بوده است.

^۱ این نکته ادبی را از استاد ارجمندم دکتر مصطفی محقق داماد آموخته ام. برخی این واژه را اسم فاعل و آن را مفید همین معنای تکرار دانسته اند. برای مثال

با این معیار، میتوان احتمال داد که حکم صد تازیانه که در آیه دوم سوره نور آمده است کیفر زانیان حرفه ای است نه مرتکبان اتفاقی

دو. در آیه ۱۶ سوره نسا از «اللدان» که مذکر است استفاده شده است. بسیاری از فقیهان گفته اند که مراد سایر موارد زنا است، جز آنچه در آیه ۱۰ آمده است. برخی نیز آیه را اشاره به لواط میدانند و میگویند مجازات لواط ایذا است که شامل توییح و توبه دادن هم می شود.

۲. براساس معیار پیوستگی آیات

فقیهان و مفسران از آیات ابتدایی سوره نور (سوره نور، ۲-۵) که درباره جرم عفاف است، مفاهیمی ناپیوسته ارائه می دهند، اما اگر این آیات را پیوسته و در کنار هم ببینیم (به ضمیمه معیارهای دیگر) چه بسا به برداشتی متفاوت برسیم. آنچه در میان فقیهان مشهور است این است که آیه دوم نور حکم زنا را غیر محصنه، و آیه سوم "حکم ازدواج با زنان زناکار حرفه ای را بیان می کند و آیه چهارم درباره زنان شوهردار است که به زنا متهم می شوند. اما اگر این آیات در قالب یک کل و یک واحد پیوسته دیده شوند چه بسا همه در پی بیان حکم یک مسئله واحد باشند:

حکم زانیان حرفه ای (چنان که پیشتر در تبیین واژه «الزانی...» دیدیم) صد تازیانه است. اینها را افزون بر تازیانه، رسوا سازید تا دیگران به سراغشان نیایند. (ایشان چنان به این کار آلوده شده اند که جای ترحم باقی نگذاشته اند و ایشان را حتما باید کیفر کرد.) ازدواج با این زنان که به زنا مشهورند حرام است (نه با زانیان اتفاقی). اینان آنقدر بی حجب و حیا هستند که ابایی ندارند در منظر و مرئی دیگران مرتکب رفتار زشت خویش شوند و از آن رو، به راحتی ممکن است در حین ارتکاب عمل دیده شوند و سزاوار مجازات گردند. دلیل حضور جمعی از مؤمنان در مراسم اجرای کیفر نیز همسو با منطق کل این آیات دست یافتنی است. چنین زانیانی پروای آن ندارند که بزه بزرگ خویش را در خفا انجام دهند (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۳۱).

ابن تیمه به این نکته ظریف اشارت داده است که چون گناه اینان آشکار است کیفرشان هم باید آشکار باشد. این سخن حاوی نکته ای دقیق است: همین که چهار شاهد توانسته اند ارتکاب چنین بزهی را ببینند نشان آن است که مرتکبان آن از دیده شدن شرم نداشته اند، بلکه چنان به این عمل عادت کرده اند که بی هیچ خجالتی

آن را همه جا مرتکب می شوند. اما، هشدار! مبدا که این حکم بهانه ای برای اتهام زنی به زنان شوهردار گردد. برای کیفر کردن آنها باید چهار شاهد عادل وجود داشته باشد.

در واقع آیه چهارم، در خصوص زنان پاکدامن و محصن دست به بیانی پیشگیرانه می زند. برداشت ظریفی را می توان از حکم این آیه ارائه داد: امکان دیده شدن توسط چهار شاهد غالباً در مورد زناکاران بی حجب و حیایی اتفاق می افتد که هراسی از دیده شدن ندارند. زانیان اتفاقی غالباً می کوشند که عمل خود را چنان پنهان انجام دهند که احتمال شکل گیری چنین شهادتی نامحتمل یا بسیار نادر است. در مورد این زنان، اگر کسی دیگری را متهم به زنا بکند و نتواند بر مدعایش چهار شاهد اقامه کند وی و شاهدان کمتر از نصاب حد قذف می خورند.

۳. براساس معیار نگاه مجموعی به آیات حکم

یک. با بررسی آیات قرآن در می یابیم که مشخصاً چند کیفر برای جرایم جنسی ذکر شده است. اگر این کیفرها در کنار هم دیده شوند چه بسا بیانگر حکم کلی قرآن درباره جرایم جنسی باشند.

(۱) کیفر زانیان حرفه ای، براساس آیه دوم سوره نور، صد تازیانه است.

(۲) کیفر زنان شوهرداری که مرتکب زنا می شوند، بر اساس آیه ۱۵ سوره نساء، «امساک در خانه است. از سوی دیگر، به باور برخی مفسران، مراد از امساک در بیوت نه کیفر حبس، بلکه پیش گیری از ارتکاب مجدد گناه است. حکم آیه در مورد این زنان این است که با نگاه داری ایشان در خانه، مانع از آن شوید که دوباره به سمت ارتکاب گناه بروند. این محدودیت تا وقتی ادامه دارد که «مرگشان فرارسد یا خداوند راهی برای آنان پدید آورد». راهی که خدا در پیش ایشان نهاده است در مرحله نخست توبه است (طباطبایی، ۱۳۹۲: ۲۳۴).

البته جرائم دیگر نظیر قذف، سرقت، قتل عمد، قطع عضو، محاربه نیز ذکر شده که به عنوان نمونه تنها به جرم جنسی زنا پرداختیم. اکنون به معیارهای تقویت کننده احتمالات و معیارهایی که در بالا ذکر شد می پردازیم:

معیار اول: فقدان عناصر لازم برای شکل گیری نظام کیفری مانند قطعیت مجازات، بی طرفی نظام قضایی، امکان اثبات منطقی جرائم، آمره بودن قوانین کیفری است. حداقلی بودن بزه های قرآنی که در آن تعداد جرائم کیفری حداکثر به شش مورد می رسد، این امر را نشان می دهد که قرآن ظاهراً بی تبیین احکام شرعی برای یک حکومت نیست، بلکه به تناسب دعاوی پیش آمده در جامعه ی نزول، راه حل های اجمالی طرح می کند. لذا اگر

قرآن را از این حیث با متون دیگر مانند تورات ۱، وندیداد ۲ مقایسه کنیم به خوبی متوجه می شویم که این متن ها حاوی صدها عنوان مجرمانه اند که هم شدید ترند و هم رفتارهای بسیار متنوعی را در بر می گیرند. همچنین اگر قرآن را از این حیث با نظام های کیفری عرفی هم مقایسه کنیم، در می یابیم که در این نظام ها بین چندصد تا چند هزار عنوان مجرمانه وجود دارد. بنابراین از قرآنتظار می رود به عنوان متن دینی که در پی بیان احکام کیفری برای یک جامعه در همه ی زمان ها و مکان ها است، دست کم جرائم مهمی را که در همه ی جوامع و همه ی دوران ها ظرفیت وقوع دارند را ذکر کند. اما در عین حال تاکید قرآن بر توبه در جرائم حق الهی و عفو بزهکار در جرائم حق الناسی، نشان می دهد که نگاه قرآن به مقوله کیفر، نگاهی بر مبنای انتقام جویی و سزادهی نیست، بلکه نگاهی با جنبه ی بازدارندگی و اصلاح مجرم است. همچنین قرآن مشخصا در جرائم عفا فی راه اثبات بزه را به شدت محدود کرده است، به گونه ای که در عمل امکان اثبات چنین بزه ای بسیار کم و یا حتی ناممکن است و این وظیفه قاضی است که تلاش کند بزهکار کیفر را نبیند و در جرائم جنسی متهم را به ابهام گویی بیندازد تا بتواند او را تبرئه کند، نه اینکه به هر طریقی اصرار به اثبات بزه و اعمال حدود داشته باشد. زیرا در هر حال مجازات در اختیار حاکم است (سلیمانی، ۱۴۰۰: ۱۱).

معیار دوم: رابطه بزه و گناه و نقش تعلیمی کیفرهای قرآنی است که در نظام عدالت کیفری اسلام، کیفر دنیوی آخرین مرحله است و آنچه مهم است اینست که افراد متوجه آن باشند که کیفر اصلی در جای دیگری بر آنان تحمیل می شود. در نتیجه با توجه به تصویری که قرآن و تعالیم اسلامی از انسان و جایگاه او در نظام خلقت ارائه می دهد که فطرت و سرشتی پاک و حق جو دارد، هرچقدر هم که گناهشان بزرگ باشد اگر به فطرت خود بازگردند و از تبهکاری باز ایستند، نه تنها عذاب اخروی از گردنشان برداشته می شود بلکه حتی کیفر دنیوی آن بزه نیز از آنان ساقط می شود و تنها افرادی که هنوز هم بر تبهکاری خود اصرار و تکرار داشته باشند، به عنوان آخرین راه حل در شرایطی نادر در این دنیا هم، کیفر می بینند.

معیار سوم: به این اشاره دارد که با توجه به اصول و قواعد پذیرفته شده نظام کیفری اسلامی و با پذیرش آن ها، راه برای برداشت احتیاط آمیز از احکام کیفری قرآن هموارتر می شود و می توان اجرای حداقلی مطرح شده در این نوشتار را تقویت کرد. زیرا که یک قاعده بسیار مهم که کم و بیش در همه قرائت های فقهی پذیرفته شده و به گونه ای بر نظام کیفری اسلامی حاکم است، قاعده دراء است که اگر شبهه ای در اصل ارتکاب یا هر یک از عناصر بزه ایجاد شود، حاکم باید خفیف ترین احتمال را بپذیرد.

معیار چهارم: رابطه قرآن و سنت در پرتو قواعد حاکم است که در کنار قرآن منبع دیگری نیز هست که آن سنت است و با پذیرش این معیار نه تنها از نظام حداقلی قرآن گذر نمی شود بلکه همین حداقل ها نیز بر اساس سنت محدودتر می شود. یعنی اگر در اخبار واحد، یک حکم قرآنی منعطف تر شده باشد به گونه ای که به نفع متهم یا مرتکب باشد، اینجا می توان و باید به استناد قاعده درء، حکم متناسب تر اعمال شود. یعنی در کنار نظام حدود، نظام تعزیرات در نظر گرفته شود که به رغم انعطاف فراوانش نسبت به حدود در کلام بسیاری از فقیهان، تقریباً هر گناهی را مستوجب تعزیر دانسته اند.

به عنوان مثال در جرائم جنسی که در قرآن برای زنانی به عادت و حرفه ای کیفر صدتازیان در نظر گرفته شده است و برای زنان شوهرداری که مرتکب بزه جنسی می شوند راهکار پیشگیرانه حبس در منزل بیان شده است و سایر جرائم جنسی از جمله زنا برای افراد بی همسر تادیب است که می تواند از نصیحت و توبیخ تا کیفرهای تعزیری دیگر باشد (سلیمانی، ۱۴۰۰: ۱۶).

گفتار سوم: نقش نهادها در سلب حدود

بند اول: توبه در حدود

حد در لغت به معنی دفع، باز داشتن از کاری، جدا کردن چیزی از چیزی، مایل میان دو چیز، نهایت هر چیزی، حکم شرعی، مرز و غیره و جمع آن حدود می‌باشد. حد در اصطلاح فقها چنین تعریف شده است: «کل ماله عقوبه مقدره یسمی حداً و مالیس كذلك یسمی تعزیراً؛ هر جرمی که دارای مجازات مشخص باشد حد نام دارد و هر آنچه غیر از این باشد تعزیر است» (حلی، ۱۴۰۳: ۹۳۲). حدود جمع حد است. حد گناهان و جرائم مهمی که شارع اسلام برای آنها جزا (کیفر) در نظر گرفته است عبارتند از: زنا، قوادی، قذف، نوشیدن مسکرات، دزدی، محاربه، ارتداد.

ماده ۱۵ از قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۹۲ مقرر می‌دارد: «حد مجازاتی است که موجب، نوع، میزان و کیفیت اجرای آن در شرع مقدس تعیین شده است (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۹۲ ش). در یک تقسیم‌بندی حقوق را به دو قسم می‌توان تقسیم کرد: حق الله و حق الناس. فقها و حقوق دانان مسلمان، حق الله را با تعابیر گوناگون تعریف کرده‌اند. برخی از آنها حق الله را در برابر حق الناس و به معنای حقوق عمومی تعبیر کرده‌اند و می‌گویند: حق الله به معنای چیزی است که معادل حق جامعه است و جرایمی است که مرتبط با طهارت و پاکیزگی اجتماع باشد. این فضیلتی است که از دین برخاسته که اجتماع را از اضمحلال و نابودی حمایت می‌کند (ابوزهره، ۶۴).

براساس تعریف مذکور برای حد، در یک تقسیم‌بندی حدود را به دو قسم می‌توان تقسیم کرد: ۱. حق الله ۲. حق الناس.

فقها و حقوق دانان مسلمان حق الله را با تعابیر گوناگون تعریف کرده‌اند. برخی از آنها حق الله را در برابر حق الناس و به معنای حقوق عمومی تعبیر کرده‌اند و می‌گویند «حق الله به معنای چیزی است که معادل حق جامعه است و به تعبیر دیگر حق الله نسبت به مجازات و جرایمی است که مرتبط با طهارت و پاکیزگی می‌باشد و این فضیلتی است که از دین برخاسته که اجتماع را از اضمحلال و نابودی حمایت می‌کند. و برخی نیز حدود و مجازات‌هایی که در راستای مصالح عمومی و دفع فساد از جامعه و جلب منافع آن هستند حق الله نامیده‌اند (ابوزهره، ۶۴). عده‌ای گفته‌اند: حقی که قانون‌گذار اسلام در رابطه با کل جامعه اسلامی و امت اسلام قانون‌گذاری کرده است، اصطلاحاً حق الله نامیده می‌شود (فیض، ۱۳۹۸: ۴۸). حقوقی که یک طرف آن خداوند تعالی و طرف دیگر آن افراد جامعه یا گروهی از افراد باشند. مثلاً پرداخت زکات که واجب می‌باشد، حق الله است. حق الله در فقه اسلام مانند حقوق عمومی در قانون‌گذاری جدید ایران است. این اصطلاح در مقابل حق

الناس استعمال می‌شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۲۵). حقوقی که برای افراد یا اجتماعات شناخته شده است را حقوق الناس گویند که در مقابل، «حقوق الله» استعمال می‌شود جرایمی که منحصرأ جنبه شخصی دارند و فر یا افراد معین از آن متضرر می‌گردند و یا امثال آن، مربوط به حق الناس است (ولیدی، ۱۳۸۶: ۲۲).

توبه از سارق (سرقت)

سرقت یکی از حدود است که در معانی دقیق قرآنی آن می‌باشد. سرقت در لغت از ریشه «سَرَقَ» و السرقة مصدر و السرقة: اسم، و الاستراق، الختل و نیزاً السارقة: الجماعة و جمعا سوارق؛ سرقت در لغت به معنای ربودن و بردن می‌باشد (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴: ۲۸۶).

سرقت در اصطلاح حقوقی عبارت است از ربودن مال و اشیاء منقول بدون رضای او بر خلاف حق و در اصطلاح دیگر آن را سرقت ساده و سرقت عادی گویند. تقلب و اختفاء از ربودن دانسته می‌شود و مفهوم عرفی سرقت این دو امر را اقتضاء می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷ ش، ص ۳۵۶). توبه کاری است که قرآن کریم در جرم سرقت مانند سایر جرایم آن را پاس داشته است. «والسارق السارقة، فاقطعوا ایدیهما جزاء بما کسب نکالها من الله...». «فمن من بعد ظلم، و اصلح فإن الله یتوب الله...» (مائده، ۳۸-۳۹) دست مرد و زن سارق را به کیفر عملشان قطع کنید، این عقوبتی است که بر آنان مقرر شده و خداوند شکست‌ناپذیر و حکیم است، پس هر کسی بعد از ستمی که انجام داده توبه کرده و عمل خود را اصلاح نماید، خداوند او را خواهد بخشید. قطع دست سارق، مجازاتی از جانب خداوند متعال است تا این که شخص عقوبت شده و از گناه خود باز گردد. چنانچه سارق بعد از سرقت، توبه کند و خود را اصلاح نماید، خداوند متعال توبه‌اش را می‌پذیرد و او را مشمول حکمت خویش قرار می‌دهد (طباطبایی، ۱۳۸۴ ش، ص ۳۵۷). مراد از اصطلاح در این آیه این است که مال مسروقه شده را شخص سارق به مالک مال (شاکی) اصلی آن بازگرداند (فیض کاشانی، ۱۴۱۹: ۴۱۷).

در این جا بحث از مراحل توبه سارق می‌باشد، گاهی اوقات توبه سارق قبل از اثبات سرقت می‌باشد، و یا بعد از اثبات جرم و یا بعد از اقرار توبه می‌کند. حکم چیست؟

الف: توبه قبل از اثبات

فقهای امامیه معتقدند که توبه‌ی سارق قبل از اثبات، مسقط حد است و دلیل آن نیز روایت عبدالله ابن سنان و جمیل بن دراج است. عبدالله ابن سنان از امام صادق نقل می‌کند که حضرت فرمود: «السارق اذا جاء من قبل نفسه تائباً إلى الله و در سرقة علی صاحبها فلاقطع علیه..» سارق اگر خود بیاید و در پیشگاه خدا توبه نماید و مال مسروقه را به صاحب آن برگردان مجازات قطع ید بر وی جاری نمی‌شود (حرّ عاملی، ص ۵۳۰). «و من تاب من السرقة قبل قیام الیئه علیه، ثم قامت علیه الینه... سقط عنه القطع...» مرحوم شیخ طوسی نیز مانند سایر فقها شرط

پذیرش عفو و توبه سارق را قبل از قیام گواهان (بینه) می‌داند ولو این که بدو توبه کند و سپس شهود شهادت دهند باز هم او بخشیده می‌شود. ولی رد مال بر او واجب می‌باشد (طوسی، ۱۴۰۰: ۷۱۹).

هم‌چنین، در صورتی که شخص سارق اقرار به سرقت داشته باشد و بعد از اقرار توبه کند امام مخیر است بین عفو وی و یا اجرای حد، ولی در عین حال رد مال مطلقاً از طرف سارق به مالک مال واجب است (همان).

«و یقطع سارق الکفین ولو نبش و لم یأخذ عزر... و یسبت بشهادة عدلین او الاقرار... ولو تاب قبل البینه یسقط الحد... مرحوم علامه حلی نیز در مورد شخص سارق کفن توبه وی قبل از اقامه بینه را جایز دانسته نه بعد از قیام بینه...» (حلی، ۱۴۱۱: ۴۱۹). «ولو تاب قبل ثبوت الحد سقط القطع دون الغرم...» (همان، ۳۴۶). جمیل ابن درّاج از مردی و او از امام باقر (ع) نقل کرده که فرمودند: «فی رجل سرق او شربه الخمر فلم یعلم ذلک منه و لم یؤخذ حتی تاب و صلح، فقال: اذا صلح و عرف منه امر جمیل لم یقّم علیه الحد» شخصی مرتکب دزی می‌شود یا شراب می‌خورد و یا زنا کرده است ولی این جرایم ثابت نمی‌شود و او دستگیر نمی‌گردد. تا این که توبه می‌کند و شخص صالحی می‌شود، حکم او چیست؟ امام در پاسخ می‌فرماید: هرگاه عمل صالحی انجام دهد و کار شایسته‌ای از او سر بزند، حد بر او جاری نمی‌شود» (حرّ عاملی، ۳۲۸). اگر سارق در زمان توبه (بعد از سرقت توبه کند)، و به سوی خداوند بیاید و مال مسروقه را به صاحبش برگرداند، حد قطع بر او جاری نمی‌شود (خویی، ص ۳۰۹). «و یسقط الحد بالتوبه قبل ثبوته...» مرحوم اردبیلی نیز نظر خودش را مانند نظر اکثر فقها مبنی بر پذیرش توبه سارق قبل از اثبات جرم می‌داند که در این خصوص مخالفی وجود ندارد (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۷: ۳۷۶).

گروهی رتد مال مسروقه، قبل از دستگیری سارق را عامل تحقق توبه دانسته و اجرای حد را منتفی می‌دانند با این استدلال که حاکم نمی‌تواند حد را تا زمانی که مال مسروقه را در نزد سارق نیافته است، اجرا کند، و اگر سارق قبل از طرح دعوا نزد حاکم مال را رد کرده باشد، سرقت دیگر ثابت نمی‌شود، زیرا مالی در نزد سارق نیست (بهنسی، ۱۴۲۱: ۴۱۴).

«و یسقط الحد خاصة بالتوبه قبل ثبوته کغیره من الحدود بلا خلاف اجدّه فیہ بل الاجماع بقسمیه علیه» (نجفی، ۱۳۶۸ ش، ص ۵۳۹).

ب: توبه بعد از قیام بینه و اقرار

اما اگر سارق بعد از شهادت شهود توبه کند باید حد بر او جاری گردد و این مسأله ظاهراً مخالفی ندارد. اما اگر توبه‌ی سرقت‌کننده بعد از اقرار جرم باشد، مشهور قایل به تخیر حکم در عفو و اجرای حد، لکن برخی از فقها قایل به اجرای حد هستند؛ زیرا اگر حاکم عفو نماید باعث به تعطیل کشاندن حدود الهی می‌شود (نجفی، ۱۳۶۳ ش، ص ۵۴۰).

صاحب کتاب معالم الدین فی فقه آل یاسین آورده است: «ولو تاب (السارق) قبل ثبوت سقط الحدّ دون الغرم، ولو تاب بعد البینه وجباً و کذاقیل بعد الاقرار مرتین...» مرحوم حلّی در واقع توبه سارق را قبل از اثبات حد از مصادیق سقوط حدّ دانسته و جنبه‌ی مالی را منتفی ندانسته ولی در صورت اثبات سرقت با گواهی گواهان و یا اقرار، که در مورد اول سقوط حد را جایز ولی در مورد دوم، از اقرار ثابت شده باشد) سقوط حد را نفی می‌کند (حلّی، ۱۴۲۴: ۵۱۲).

بعضی از فقها توبه سارق را بعد از شهادت شهود، نپذیرفته‌اند و اجرای حدی را بر او (سارق) لازم می‌دانند، اما نسبت به اقرار سارق دو نظر را مطرح کرده‌اند البته هر دو نظر ضعیف می‌باشد. «... و یتحتم ولو تاب بعد البینه، ولو تاب بعد الاقرار قیل: یتحتم القطع و قیل: تخییر الامام فی الاقامة و العفو علی روایة ضعیفه...» (موسوی اردبیلی، ۳۷۶).

اما گروهی از فقها بر این باورند که توبه نمی‌تواند (مطلقاً) حدّ سرقت را ساقط کند و آن‌ها در واقع به حدیثی از پیامبر (ص) استناد کرده‌اند که می‌فرماید: «إِنَّ السَّارِقَ إِذَا سَرَقَ وَ تَابَ سَبَقَتْهُ يَدُهُ إِلَى النَّارِ». این حدیث دلالت بر قبول توبه بعد از اجرای حد دارد (امینی و طاهری، ۱۳۷۹: ۵۵).

از مصادیق سقوط حدّ دانسته و جنبه‌ی مالی را منتفی ندانسته ولی در صورت اثبات سرقت با گواهی گواهان و یا اقرار که در مورد اول سقوط حد را جایز ولی در مورد دوم (با اقرار ثابت شده باشد) سقوط حد را نفی می‌کند (حلّی، ۱۴۲۴: ۵۱۲).

استدلال قایلین به اجرای حکم شهادت شهود:

الف) الاصل: اصل بر این است که هر گاه شهود در نزد امام حاضر شوند و شهادت دهند و برای امام موضوع سرقت اثبات شود برای امام واجب است حکم را اجرا کند و در حدود تأخیر جایز نمی‌باشد. و اصل اصولی استصحاب» در این جا حاکم می‌باشد.

ب) اطلاق و عموم ادله که دلالت بر لزوم اجرای حکم (حد) دارند و دلیلی بر سقوط مجازات به واسطه توبه بعد از شهادت نمی‌باشد.

ج) مرسله ابی عبدالله البرقی عن بعضی الصادقین که حکایت دارد، مردی نزد حضرت امیرالمؤمنین (ع) حاضر شد و نسبت به سرقت اقرار کرد حضرت از او پرسید آیا از قرآن چیزی می‌دانید؟ گفت بله سوره بقره را می‌خوانم... سپس اشعث گفت: آیا حدود الهی را تعطیل می‌کنید. حضرت به اشعث پاسخ داد: هر گاه که در نزد

حاکم (امام) شاهد شهادت داد برای سارق توبه پذیرفته نمی‌شود. ولی اگر قرار کرد و سپس توبه نمود این جا امام بین عفو و قطع مخیر است (موسوی اردبیلی، ۱۳۷۷ش، ص ۳۷۸).

سرقه با شهادت دو نفر عادل و یا اقرار دوبار در نزد حاکم پذیرفته می‌شود و شهادت زنان چه به صورت جمعی و چه به صورت مفرد قبول نیست و قطع و اجرای حد با صرف یک بار اقرار ثابت نمی‌شود. و اقرار شخص ساهی و غافل و بیهوش صحیح نمی‌باشد.

«ولو تاب بعد قیام البیته قطع، ولو تاب بعد الاقرار مرتین، علی رأی - او رجَع بعد المرّتين لم یسقط الحدّ والغرم ولو تاب قبل البینه سقط القطع خاصه...» (حلی، ۱۴۱۳: ۵۶۵). مرحوم علامه حلی براساس نظری که در کتاب قواعد داشت در کتاب مختلف شیعه نیز اظهار داشته: «اذا تاب السارق بعد الاقرار جاز للامام العفو عنه او إقامه الحد، علیه.. و قال ابوالصلاح، فإن تاب السارق و ظهر صلاحه قبل أن یرفع خبره إلى السلطان، سقط عنه القطع...» (همان، ۲۲۶).

جرم (اتهام) سرقت حدی پیش از اثبات در زمره حق الناس است چنان که مقنن در ماده ۲۶۸ از قانون مجازات اسلامی از جمله شرایط اجرای سرقت را این می‌داند که صاحب منال از سارق نزد مرجع قضایی شکایت کند و نیز صاحب مال سارق را نبخشد. با این وجود جای طرح سؤال این است که از آن جا که مجازات قذف به عنوان حق الناس چه با توبه قبل از اثبات و چه با توبه بعد از اثبات ساقط نمی‌شود. چرا مجازات سرقت حدی با وجود حق الناس بودن در مرحله پیش از اثبات جرم، با توجه مجرم در این مرحله (با توجه به شمول ماده ۱۱۴ ق.م.ا مصوب سال ۹۲) ساقط می‌شود؟ در پاسخ شاید بتوان گفت: این استثناء را مستند به روایات خاص از جمله روایت عبدالله بن سنان دانست که از امام صادق (ع) نقل می‌کند: «السارق اذا جاء من قبل نفسه تائباً إلى الله وردّ سرقة علی صاحبها فلا قطع علیه» (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۴: ۱۷۴).

مشهور فقها معتقدند که توبه باعث سقوط حدّ با بینه نمی‌شود بلکه باید حدّ اجرا شود. ادله آن‌ها چنین است: اطلاق ادله حدود، استصحاب، اطلاق معتبره طلحه ابن زید، اطلاق صحیح حلی. و اطلاق روایات فرار از گودال رجم (فضایلی، ۱۳۹۶: ۱۲).

اما با اقرار همه فقها قبول دارند که اگر کسی به ارتکاب حدی اقرار نماید، امام اختیار دارد که او را عفو کند و یا حد بر او جاری سازد. البته از این جمع، مشهور فقها عفو را برای امام در صورتی روا می‌دانند که اقرار کننده پس از اقرار توبه نماید. که مستند آن‌ها: معتبره طلحه می‌باشد. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸: ۱۸۷).

بند دوم: عفو

یکی از عواملی که سبب سقوط مجازات می‌گردد عفو شدن شخص می‌باشد در حقوق کیفری ایران دارای دو نوع است عفو یا به صورت عفو عام یا عفو عمومی است و یا خواص یا عفو خصوصی می‌باشد. عفو عام: عفو عمومی به موجب قانون از طریق نهاد قانونگذاری اعمال می‌شود که این امر در ماده ۹۷ قانون مجازات اسلامی مطرح شده است. عفو عمومی اصولاً بعد از بحران‌های سیاسی و اجتماعی و انقلاب‌ها صورت می‌گیرد. کسی مشمول عفو عمومی قرار می‌گیرد که جرمی که مرتکب شده است قبل از تصویب قانون عفو عمومی باشد. باید توجه نمود که عفو عمومی در خصوص کلیه متهمان اعمال می‌گردد. یعنی اشخاصی که پرونده آنها در مرحله دادرسی می‌باشد و هنوز به دادگاه منتقل نشده است یعنی در خصوص آنها کیفرخواستی صادر نشده همچنین این نوع عفو شامل محکومان نیز می‌گردد.

عفو عمومی به موجب قانون صرفاً در جرائم تعزیری قابل اعمال می‌باشد و در صورتی که این عفو قبل از صدور حکم، باشد سبب توقف در تعقیب و دادرسی می‌شود و در صورتیکه بعد از صدور حکم باشد اجرای مجازات را متوقف کرده و به سبب آن آثار محکومیت نیز زایل می‌شود و از سجل کیفری فرد پاک می‌گردد. عفو عمومی از قواعد آمره می‌باشد یعنی در صورتی که شخصی مستحق عفو باشد نمیتوان با توافق او را شامل عفو ندانست این نوع تخفیف غیر قابل تراضی و غیر قابل امتناع می‌باشد یعنی شخص مورد عفو نمی‌تواند از مشمول عفو شدن امتناع کند. همچنین نوع تمام مجازات‌های اصلی تکمیلی و تبعی را ساقط می‌کند. بنابراین عفو عمومی یکی از علل سقوط دعوای عمومی می‌باشد ولی رافع حقوق خصوصی و مسئولیت مدنی یا انتظامی نیست (صابری، ۱۳۸۶: ۳۳).

در رابطه با عفو عمومی لازم است به دو نکته توجه نمایید نکته اول اینکه عفو همه آثار محکومیت را منتفی می‌کند ولی هیچ تأثیری در پرداخت دیه و جبران خسارت شخص زیان دیده ندارد این موردی است که در ماده ۹۸ قانون مجازات اسلامی بیان گردیده است همچنین نکته دوم اینکه در صورتی که تعقیب شخص شروع شده باشد و قانون عفو عمومی در مورد جرم موضوع تعقیب تصویب بشود، در چنین مواقعی به موجب ماده ۹۷ و ۹۸ قانون مجازات اسلامی قرار موقوفی تعقیب صادر خواهد شد.

عفو خاص: یکی دیگر از انواع عفو، عفو خاص یا عفو خصوصی و یا عفو رهبری می‌باشد این نوع به موجب ماده ۹۶ قانون مجازات اسلامی و بند ۱۱ اصل ۱۱۰ قانون اساسی قابل اعمال می‌باشد. در برخی مناسبت‌های خاص از جمله اعیاد ملی و مذهبی مانند عید مبعث، عید قربان، عید غدیر، بیست و دوم بهمن، عید نوروز و عید فطر، در صورتی که قوه قضاییه عفو شخص را لازم بداند پیشنهاد عفو را به مقام رهبری ارائه می‌نماید و در

صورتی که رهبر موافقت کند شخص مورد عفو واقع می شود مقام رهبری ناگزیر نیست لزوماً مجازات را عفو نماید بلکه می تواند مجازات را تخفیف دهد. عفو خاص بر خلاف عفو عام که هم شامل متهمان و هم شامل محکومان می شد صرفاً شامل محکومان می باشد، منظور از محکومان اشخاصی هستند که برای آنها حکم قطعی صادر گردیده است لذا متهم و شخصی که در خصوص او حکم صادر شده اما آن حکم قابل اعتراض می باشد مشمول عفو خاص قرار نمی گیرد. این نوع عفو شامل ساقط شدن تمام مجازات‌ها می گردد مگر مجازات قصاص که نوعی حق الناس می باشد و حدود که ساقط شدن آنها مشمول شرایط خاصی است و برخی جرائم مهم که مستلزم تصریح قانون گذار در قوانین و مقررات مربوط به عفو خصوصی می باشند همچنین عفو خاص رافع حقوق خصوصی و مسئولیت مدنی و انتظامی نمی باشد و موجب پاک شدن محکومیت از شناسنامه کیفری فرد نیز نخواهد بود (خدابخشی، ۱۳۸۶: ۲۳).

جرایمی که هرگز عفو نخواهد شد

برخی از جرائم به موجب ماده ۲۵ آیین نامه کمیسیون عفو و مجازات مصوب ۱۳۸۷ مشمول عفو قرار نمی گیرند و آنها از این قرار هستند: قاچاق حرفه‌ای مواد مخدر، مواردی که مجازات آنها حق الناس است مثل قصاص، سرقت مسلحانه، تجاوز و زنا به عنف، مصادیق مهم جرایمی از قبیل جاسوسی، محاربه، قاچاق سلاح و مهمات، اختلاس، ارتشاء و آدم‌ربایی، همچنین محکومان به جرایم مستوجب حد شرعی اعدام و رجم که جرمشان با شهادت شهود اثبات شده باشد.

بند سوم: اعمال قاعده درأ

درأ به معنای سقوط می باشد و امکان استناد به این قاعده در مواردی است که شبه ایجاد می گردد. این شبه هم ممکن است در موارد زیر ایجاد گردد:

شبهه در وقوع جرم یا برخی شرایط آن

شبهه در شرایط مسئولیت کیفری

این شبهه در صورتی باعث سقوط مجازات می شود که دلیلی بر نفی شبهه یافت نشود زیرا اگر دلیلی یافت شد شبهه برطرف شده است و دیگر استناد به قاعده درأ امکان ندارد. به صورت استثنا در ۴ جرم به صرف ایجاد شبهه حد ساقط نمی گردد و قاضی می تواند در خصوص آن‌ها تحصیل دلیل نماید جرائم استثنا از این قرار هستند: محاربه، افساد فی الارض، سرقت و قذف. البته جرم زنا و لواط به عنف یا در حکم عنف نیز از این قبیل است.

مبحث دوم: اثبات نشدن حدود

گفتار اول: مقایسه قانون با رویه قضایی در اجرای حدود

همانطور که میدانیم منظور از قانون، مواد قانونی مجازات اسلامی میباشد که جرائم مستوجب حدود را مشخص میکند و همچنین در مقابل، مجازات شرعی متناسب با آن راهم بیان میکند. اما در رویه قضایی که منظور همان آرای قضات است که در یک موضوع خاص زمانی که آنقدر آن رای تکرار میشود تا رفته رفته در همه محاکم جزایی در برخورد با آن مساله واحد، همگی یک تصمیم خواهند گرفت. رویه قضایی هم همچون قانون از منابع حقوق به شمار می رود که میتواند صورت خاصی از عرف باشد که در پذیرش مجازات شرعی و قانونی متناسب آن جرم از منظر مردم و جامعه و حتی حقوق بشر کمک شایانی میکند. همانطور که پیش تر گفته شد میتوان با سخت کردن شرایط اجرای حد و یا حتی اثبات نشدن حدود، از اجرای مجازات شرعی جلوگیری کرد. مثلاً وقتی در جرم زنا، باید قاضی یا به علم برسد، یا خود مجرم اقرار کند و یا شهادت ۴ مرد عادل که غیر عمدی اما دقیق ناظر بر آن عمل بودند را میخواهد، عملاً اثبات این جرم غیر ممکن میشود. بنابراین قاضی میتواند با عدم توسل به کارشناسی موشکافانه که بخواهد به هر طریقی اصرار به اثبات و تحقق آن جرم حدی و نهایتاً رسیدن به علم داشته باشد، از اجرای حدود الهی به سمت مجازات سبک تعزیری برود که در اینصورت نه حدود و اجرای احکام الهی زیر پا گذاشته نشده اند چون ثابت نشدند و هم مجازات متناسب و تعدیل شده به جای آن اجرا شده که در این راستا، برخی آرای قضایی که در ذیل به آنها اشاره شده، مدعای اثبات این مطلب است (واسعی، ۱۳۷۹: ۲۲).

گفتار دوم: رویکرد عرف در قوانین جزایی ایران

بند یکم: رویکرد عرف در آیین دادرسی کیفری

درباره آیین دادرسی کیفری تعریف های گوناگونی ارائه شده است. آقای دکتر آخوندی آن را «مجموعه قواعد و مقرراتی که برای کشف و تعقیب جرم، ترتیب دادرسی و اجرای احکام جزایی، وضع شده است» و آقای دکتر آشوری "مجموعه قواعد و مقرراتی که برای کشف جرم، تعقیب متهمان و تحقیق از آنان، تعیین مراجع صلاحیت دار، طرق شکایت از احکام و نیز بیان تکالیف مسئولان قضایی و انتظامی از یک سو و حقوق و آزادی های متهمان از سوی دیگر وضع شده است. تعریف کرده اند. با توجه به تمامی تعریف های فوق می توان نتیجه گرفت که قواعد مربوط به آیین دادرسی کیفری، قواعد روش ها» و «شکل ها» است و نه ماهیت ها، توضیح اینکه با فعل

یا ترک فعل مجرمانه از دیدگاه حقوق کیفری دو موضوع مورد توجه قرار می گیرد (آخوندی، ۱۳۸۸: ۱۰). اول اینکه آیا فعل یا ترک فعل عنوان مجرمانه دارد یا خیر و اگر دارد مجازات آن چیست که در حقوق جزای ماهوی یعنی حقوق جزای عمومی و اختصاصی مورد بحث قرار می گیرد، دوم اینکه با فرض وقوع جرم چه روش یا روش هایی برای کشف و تعقیب و دستگیری و محاکمه و اجرای حکم باید به کار برد که موضوع آیین دادرسی کیفری است. در ارتباط با عرف در آیین دادرسی کیفری، دو نظر ابراز شده است، برخی بر آنند که عرف در آیین دادرسی کیفری نقش مهمی ندارد و از منابع مستقیم قواعد حقوقی به شمار نمی آید، لیکن به طور غیر مستقیم در تفسیر قانون کیفری و تحول آن مؤثر می باشد. برخی دیگر اعتقاد دارند که عرف در آیین دادرسی کیفری دارای اهمیت بیش تری به عنوان منبع حقوق است. اینکه به چند مورد از مواردی که عرف در آیین دادرسی کیفری نقش دارد اشاره می شود (آشوری، ۱۳۸۸: ۱۲).

الف: عرف و تدوین قوانین آیین دادرسی کیفری

با مراجعه به کتب آیین دادرسی کیفری ملاحظه می شود که بعضی از تاسیسات و نهادهای آیین دادرسی مقتبس و برگرفته از عرف می باشد، به عنوان مثال تجویز دادرسی غیابی و پژوهشی و اعاده ی دادرسی مبتنی بر رویه ی جاری عرف جوامع ابتدایی و بنا عقلا در طول تاریخ قضاوت اسلامی می باشد. اگر به بافت اجتماعی جوامع و رویه ی جاری مردم مراجعه شود ملاحظه می گردد که قبل از تاریخ آیین دادرسی کیفری برای تشکیل محکمه از حیث زمان و مکان آن و نحوه ی اداره ی آن مسائلی وجود داشت؛ مثلاً هر گاه کسی را یک بار مورد محاکمه قرار می دادند و در مورد وی حکمی شفاهی صادر می کردند شخص محکوم به نزد پادشاه یا شخص بالاتر مراجعه و عرض حال مجدد جهت احقاق حق تقدیم می کردند که این امر نتیجه تثبیت و تدوین دادرسی پژوهشی را در آیین دادرسی کیفری به دنبال داشته است؛ یا برای مثال رعایت مهلت بیست روز برای تجدید نظر خواهی که قانونگذار تعیین نموده است برای تشخیص عنوان تجدید نظر و حدود و ثغور آن قانونگذار به عرف رجوع می کند و عرف را حاکم می داند، زیرا هر گاه کسی از نحوه ی برخورد شخصی گله مند باشد در جامعه معمولاً نزد کسی مراجعه می کند که در امر رسیدگی از علم و جایگاه بالاتری برخوردار باشد. همین عرف قانونگذار را راهنمایی می کند که برای رسیدگی به تجدید نظر خواهی و اعتراض مرجعی عالی را در نظر بگیرد که امر دادرسی را بهتر از مرحله اول انجام دهد. بنابراین عرف در تدوین قوانین آیین دادرسی کیفری به طور غیر مستقیم تاثیر گذار می باشد.

ب: عرف و تفسیر قوانین آیین دادرسی کیفری

برای تفسیر قوانین آیین دادرسی کیفری در دو مورد می توان به عرف استناد کرد: اول: تشخیص معنا و مفهوم عبارات قانون آیین دادرسی کیفری، از آنجا که الفاظ قانون حمل بر معانی عرفیه می شود و به قاضی در مقام تفسیر مواد قانون شکلی اجازه داده شده است که از رویه جاری عقلا استفاده نماید و دوم: تشخیص مصداق عناوین مذکور در آیین دادرسی کیفری: برای مثال رعایت مهلت بیست روز برای تجدید نظر خواهی که قانونگذار تعیین نموده است برای تشخیص عنوان تجدید نظر و حدود و ثغور آن قانونگذار به عرف رجوع می کند. به عنوان مثال در احضار متهم و اصحاب دعوی، ق. آ. د. ک مقرر داشته که باید احضار متهم در روز به عمل در آید. (ماده ۱۸۳) اما اینکه روز به چه ساعاتی از شبانه روز اطلاق می شود قانونگذار ساکت است پس برای تشخیص روز رویه قضایی ناچار به عرف مراجعه کرده است. همچنین معاذیر موجه که به موجب آنها متهم هر گاه نتواند در موعد مقرر حضور یابد برای توجیه اقدام خود به آنها متوسل می گردد که این معاذیر از مصادیق عرفی می باشند. (م ۱۷۸) به عنوان مثال یکی از این معاذیر بیماری متهم است در صورتی عذر موجه است که عرف جامعه (عرف و نظر پزشکان قانونی آن را موجه بدانند. و همینطور شناسایی حوادث قهری مانند طغیان رودخانه و امراض مسری از قبیل وبا و طاعون از دیگر معاذیری است که متهم برای خلاصی از دستور جلب می تواند به آنها استناد کند و در اینجا هم حرف آخر را عرف جامعه می زند. یکی دیگر از مصادیق حاکمیت عرف در ق. آ. د. ک تعیین اعمالی که مسقط صفت عدالت در شاهد می گردد، زیرا از شرایط صحت شهادت شهود احراز عدالت آنان است. همین صفت در تشخیص شرایط صحت قضاوت نیز معتبر است زیرا قاضیان باید عادل و منصف باشند و از انجام اعمال دون شان قضایی مبرا باشند، آنچه مسلم است این است که اعمال دون شان قضایی را عرف تعیین می کند و همینطور عادل و منصف بودن هم بر اساس داوری عرف انجام می شود.

عرف و احضار متهم

طبق ماده ۱۶۹ قانون آیین دادرسی در امر کیفری احضار متهم باید از طریق احضارنامه به عمل آید. احضارنامه در دو نسخه فرستاده می شود، یک نسخه را متهم گرفته و نسخه دیگر را امضا کرده به مأمور احضار، رد می کند، این طریق احضار قانونی است. ولی در عمل، پس از ارسال شکوائیه از طرف دادستان با معاون او به مرجع انتظامی، حوزه انتظامی مبادرت به احضار او می کند. نظریه ی شماره ۳۴۸۶/۷ مورخ ۲۴/۴/۸۰ اداره حقوقی قوه قضائیه

بیان داشته «دعوتنامه ای که ظابطن قضائی برای اشخاص ارسال می دارند تا برای تحقیق در مورد شکایت شاکی در مرجع انتظامی حاضر شوند؛ چون از جانب قاضی ارسال نشده قانوناً احضارنامه تلقی نمی شود. با این حال رویه احضار متهمین به وسیله احضارنامه هایی که با فرم چاپی در حوزه های انتظامی موجود است؛ کماکان به قوت خود باقی است. قضات دادرسی هم به آن اشکال نمی گیرند، در واقع اگر متهم با آن احضاریه در مرجع انتظامی حاضر و از او تحقیق شود مورد ایراد واقع نمی شود. حتی دیده شده به استناد آن دستور جلب هم صادر می نمایند. احضار نامه ورقه ای است که به وسیله مأمور ابلاغ به متهم داده می شود ولی بعضی مواقع شعب دادیاری و باز پرسی از طریق تلفن، فاکس یا پیام شفاهی مبادرت به احضار متهم می نمایند که توجیه پذیر نبوده و فاقد وجهت قانونی و ضمانت اجرای قانونی است و در صورتی که متهم حضور پیدا نکند نمی شود او را جلب کرد. از نظر زمان احضار در ماده ۱۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری ذکر تاریخ حضور آمده، اما چگونگی آن مشخص نشده است، عرف قضایی دو نوع تعیین تاریخ را مد نظر قرار داده است، اولاً وقت معین، ثانیاً دادن مهلت در مورد اول معمولاً باز پرسان، برای مواجهه حضوری بین شاکی و متهم و شهود و بررسی دلایل و کارشناسی از این روش استفاده و ساعت معین را مشخص و متهم و سایر اشخاص را دعوت می کنند. در مورد دوم معمولاً از احضاریه نوشته می شود سه روز پس از رویت، احضار و نتیجه عدم حضور را جلب می نویسند (شعبان پور، ۱۳۹۲: ۳۳).

ج: عرف و دلائل اثبات دعوی

دلائل اثبات دعوی وسایلی هستند که در جهت اثبات موضوع خواسته یا جرم ارتكابی به کار می روند. مسئله دلیل از نخستین روزهای آغاز دادرسی کیفری یعنی از مرحله ی تحقیقات مقدماتی مطرح می شود و کاربرد آن ها در جهت اثبات مجرمیت یا بی گناهی متهم موثر است و هر کس که متهم به ارتكاب جرمی باشد اصل بر براءت وی می باشد مگر اینکه دلیل قانونی بر علیه او وجود داشته باشد، دلیل قانونی دلیلی است که از طریق غیر قانونی تحصیل نشده باشد؛ به عنوان مثال اقرار متهم باید کاشف از واقعیت باشد و از طریق فریب و حقه یا صحنه سازی و وعده و وعید اخذ نشده باشد، به همین جهت اقراری که از طریق شکنجه به دست آمده باشد پذیرفته نیست. دلائل اثبات دعوی عبارتند از: اقرار، شهادت، علم قاضی و ارجاع به کارشناس؛ در مبحث ادله و دلالت آنها بر موضوع، عرف از جایگاه بالایی برخوردار است. عرف را در هر یک از اینها بررسی می کنیم.

۱- اقرار

یکی از ادله مهم اقرار است که اینطور تعریف شده: اقرار عبارت است از اظهار به حقی به ضرر خود و به نفع دیگری. قاضی باید با توجه به اوضاع و احوال و عرف متعارف آن را ارزیابی و تجزیه و تحلیل نماید.

اقرار شرایطی دارد که یکی از شرایط اقرار جرمیت مقرر در مقرره است که فقها معتقدند که این جز میت عرفی است. همچنین در مقوله اقرار اطلاق لفظ بر همان معنایی که عرف عام می فهمد اطلاق می شود. در همین رابطه آیت الله خویی می فرماید: "اقرار اختصاص به لفظ کارشناسی ندارد بلکه بر هر لفظی که عرفا بر آن دلالت کند ولو صریح هم نباشد کافی است، همین طور اشاره ای آشکار نیز کفایت می کند" بنابر این معیار اصلی در کیفیت اقرار عرف است و هر کیفیتی را اقرار بدانند همان اقرار است و مورد قبول شرع هم می باشد، پس اقرار نمی تواند منحصر در بیان شفاهی باشد. یکی دیگر از تاثیرات عرف بر اقرار این است که اقرار باید به امری باشد که عقلا یا عادات یا عرفا ممکن باشد؛ بنا بر این اگر کسی اقرار به چیزی کند که عاداتا ممکن نیست آن اقرار صحیح نمی باشد؛ مثل اینکه صغیر غیر ممیز اقرار به جرم زنا کند. در این رابطه ماده ۱۲۶۹ قانون مدنی می گوید: "اقرار به امری که عقلا و عاداتا ممکن نباشد و یا بر حسب قانون صحیح نیست اثری ندارد."

۲-شهادت

یکی دیگر از ادله ی اثبات دعوی شهادت شهود است. شهادت عبارت است از: اخبار به حقی به نفع یا ضرر دیگری. جایگاه عرف در شهادت چگونه است؟ مسلما تمام شرایط شهادت باید مبتنی بر عرف جاری باشد. برای مثال یکی از شرائط صحت شهادت بلوغ است که احراز این امر منوط به اظهار نظر عرف کارشناس پزشکان است و از شرائط دیگر عقل است که در عرف کسی را عاقل می نامند که عملی بر خلاف عرف و رویه عقلا مرتکب نشود. مورد دیگر از کاربرد عرف در شهادت این است که در شهادت باید مستند علم، عادی و عرفی باشد پس حصول علم از طرق غیر عادی و غیر عرفی موجب عدم پذیرش شهادت است مانند حصول علم از طریق رمل و خواب (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۹: ۵۴۹).

۳- علم قاضی

یکی دیگر از ادله اثبات دعوی کیفری علم قاضی است. علم قاضی مجوز صدور و اجرای حکم است و نیازی به اقرار بینه و قسم ندارد، چه در زمان حکم این علم پیدا شود چه پیش از آن. آنچه مورد بررسی است، این است که عرف در رابطه با علم قاضی چه نقشی دارد؟ بر اساس ماده ۲۱۱ ق.م.ا: "علم قاضی عبارت از یقین حاصل مستندات بین در امری است که نزد وی مطرح می شود. در مواردی که مستند حکم، علم قاضی است، وی موظف است قرائن و امارات بین مستند علم خود را به طور صریح در حکم قید کند." اینک مستند علم قاضی چه می تواند باشد در تبصره ماده ۲۱۱ آمده است: "مواردی از قبیل نظریه کارشناسی معاینه محل، تحقیقات محلی، اظهارات مطلع، گزارش ظابطان و سایر قرائن و امارات که نوعاً علم آور باشند می تواند مستند علم قاضی قرار گیرد. در هر حال مجرد علم استنباطی که نوعاً موجب یقین قاضی نمی شود، نمی تواند ملاک صدور حکم باشد."

پس مستند علم قاضی باید کاشف از واقع و امور عادی و عرفی باشد و علم وی هم از راه های متعارف حاصل شود که قابلیت کنترل در محاکم بالا و عالی را داشته باشد.

بنا بر این بر اساس ماده ۲۱۱ قاضی باید مستند علم خود را که از طرق متعارف یعنی عرف و امور عادی حاصل شده باشد را در متن حکم جهت کنترل دادگاه عالی قید کند و عدم قید آن و صرف استناد به علم موجب نقض رای در دادگاه عالی است. در این رابطه شعبه دوم دیوان عالی کشور طی رای شماره ۷۱۲۴۹ مقرر می دارد: "اگر چه علم قاضی از نظر موازین قانونی حجت است، لیکن قاضی باید مستند علم خود را ذکر کند که مستندات ذکر شده، با توجه به پراکنده گوییهای شهود در مراحل مختلف تحقیق که شکات مدعی هستند، متهم طفل را به مخفیگاه برده است ولی بعضی شهود مدعی مشاهده عمل وی هنگام عبور از در منزل و بعضی هنگام عمل که به نظر بعید است، کافی برای حصول علم متعارف و عادی نیست و به هر حال وقوع بزه انتسابی مورد شبهه است و با وجود شبهه حکم به قتل و اجرای حد لواط موجه نیست و لذا دادنامه نقض می شود (بازگیر، ۱۳۷۵:۱۲۸).

۴- ارجاع به کارشناس و خبره

یکی دیگر از ادله اثبات دعوی ارجاع امر به کارشناس رسمی است، از نظر فقهی نظر کارشناس از باب شهادت و گواهی شهود پذیرفته می شود در مراجعه به نظر کارشناس، صرف نظر از دلیل عقلانی حکم فقهی هم وجود دارد، پس فقها معتقد هستند که شرایط شهود در کارشناس هم شرط می باشد که این شرایط همانطور که در مبحث شهادت بیان شد بایستی مبتنی بر عادت مسلم و عرف جاری اجتماع باشد. برای اینکه نظر کارشناس از

اسباب علم و اطمینان باشد باید با قرائن عرفیه معارض نباشد. از نظر رویه ی قضایی رجوع به کارشناس در امور جزائی هر گاه دادگاه لازم بداند باید قضیه را به کارشناس ارجاع کند و حق صدور حکم ندارد مثلا برای تشخیص اختلال مشاعر متهم، جلب نظر کارشناسان که همان عرف کارشناسی است ضروری می باشد؛ در این رابطه شعبه پنجم دیوان عالی کشور طی رای شماره ۶۷۵ ۱۳۲۵/۵/۱۰ چنین بیان داشته است: " برای تشخیص اختلال مشاعر متهم دادگاه بایستی نظر متخصص و خبره را جلب نماید نه اینکه خود رسیدگی و مبادرت به صدور رای نماید." و نظریه کارشناس باید کاشف از مجاری عرفیه و عادی باشد (علیدوست، ۱۳۸۸: ۲۹۹). یا مثلا برای اجرای حکم قصاص در مورد زن حامله منوط به وضع حمل است، حال برای احراز آبستنی جلب نظر کارشناس ضرورت دارد که معمولا به پزشکی قانونی معرفی می شود. مسئله ای که اینجا مطرح می شود این است که نظریه متخصص همان عرف خبره و کارشناس است که بر اساس تحقیق عده ای از محققین یکی از انواع عرف، عرف خبره و کارشناس که منظور همان داوری متخصص در مسئله مورد مراجعه است. زیرا همانطور که رجوع به عرف و عادت توده مردم متداول است رجوع به متخصصین و کارشناسان از باب عرف خبرگی و کارشناسی، مرجعیت تطبیق مفاهیم عرفی بر مصادیق می باشد (فیض، ۱۳۸۰: ۳۷). "

۵- عرف و لوث

لوث نوعی شبه دلیل محسوب می شود. محقق حلی لوث را اینگونه تعریف می کند: "لوث نشانه و قرینه ایست که به خاطر آن ظن قوی به وجود می آید که موجب صدق ادعای مدعی می گردد" مراد از ظن قوی ظنی است قریب به علم که برای حاکم نسبت به وقوع قتل از طرف متهم حاصل می گردد و وقتی چنین ظنی برای حاکم حاصل گردید، حاکم لازم است وارد رسیدگی شود و با سوگند پنجاه نفر از اولیای دم حکم مقتضی را در صورت علم و اطمینان متعارف از راه سوگند آنان صادر نماید. مبنای تحقق لوث اسبابی است که در عالم واقع محقق می شود که این اسباب بایستی با اوضاع و احوال و مبادی عرفی منطبق باشد. پس از حدوث اسباب لوث و حصول یقین برای قاضی بر انتساب بزه قتل به وی مقررات قسامه اجرا می شود. قسامه یکی از ادله اثبات قتل و یا صدمات عمدی و یا شبه عمدی و خطایی می باشد؛ این دلیل در اثبات جرائم تعزیری و مستوجب حد هیچ کارایی ندارد. از آنجا که در زمان پیش از اسلام برای اثبات قتل به قسامه متوسل می شدند، و آن عبارت بوده است از سوگندهایی که بر اولیا خون تقسیم می شد؛ و پس از ظهور اسلام این عرف امضا شد و چون بستر پذیرش آن عرف بوده است هر گاه عرف و عادت منسوخ و یا متروک گردد به طریق اولی حکم قانونی آن هم باید از بین برود. ماده ۳۱۴ ق.م. در این رابطه می گوید: " لوث عبارت از وجود قرائن و اماراتی است که موجب ظن قاضی به ارتکاب

جنایت یا نحوه ی ارتکاب از جانب متهم می شود. " ماده ۳۱۵ همان قانون: " فقدان قرائن و امارات موجب ظن و صرف حضور فرد در محل وقوع جنایت، از مصادیق لوث محسوب نمی شود و او با ادای یک سوگند تبرئه می شود. " با توجه به ماده ۳۱۵ چنین استنباط می شود که تحقق لوث منوط به وجود قرائن و امارات و حصول ظن برای قاضی رسیدگی کننده است، مشروط بر اینه این قرائن و امارات عرفی باشند. مثلاً هر کس مهمان دیگری باشد و سپس فردای آن صبح جسد بی جان وی در آن منزل کشف گردد در حالی که دستان صاحبخانه آلوده به خون مقتول باشد این قرینه و امارات به طور عرفی ثابت می کند که قتل متوجه صاحب خانه است (سپهوند، ۱۳۸۹: ۱۲۰).

هم چنین از نظر اساتید حقوق قرائن و امارات باید برای شخص قاضی ایجاد ظن کند و برای ایجاد ظن و احراز آن به معیار نوعی و نه شخصی استناد شده است و ظن ایجاد شده برای قاضی باید مبتنی بر مبنای متعارف باشد؛ یعنی هر گاه قرائن و امارات در هر شخصی که باشد نوعاً در قاضی ایجاد ظن بر وقوع جرم از ناحیه ی متهم بنماید (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۱: ۴۰۴).

د: عرف در احراز مرگ معدوم پس از اجرای حکم

هدف اصلی یک دادرسی عادلانه احقاق حق از طریق تعقیب و دستگیری متهم، صدور درخواست و اجرای مجازات قصاص وی می باشد؛ بنابراین پس از صدور حکم و احراز قطعیت آن بنا به درخواست اولیا دم، قصاص انجام می شود. به منظور اینکه اولیا دم متوجه شوند که قاتل قطعاً پس از اجرای قصاص مرده است و روح از بدن وی خارج گردیده، لازم است این امر احراز گردد؛ برای احراز مرگ محکوم علیه لازم است که از طریق جلب نظر پزشکی قانونی این موضوع به اثبات برسد که معمولاً پس از پایان اجرای حکم هم اکنون تیم پزشکی از جسد معدوم بازدید و با انجام آزمایشات مرگ قطعی قاتل را اعلام می کند و این امر همان ارجاع به عرف کارشناس یعنی پزشکان می باشد و چه بسا اگر این آزمایش انجام نشود ممکن است قاتل در اثر اجرای مجازات فوت ننموده باشد در نتیجه با پایان اجرای حکم هنوز روح در بدنش موجود باشد.

در رابطه با انجام معاینه توسط پزشکی قانونی از جسد معدوم ماده ۱۸ آیین نامه نحوه ی اجرای احکام قصاص، رجم، قتل، صلب موضوع ماده ۲۹۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۸۲ رئیس قوه قضائیه چنین مقرر می دارد: " پس از اجرای حکم قصاص، رجم، قتل، صلب) چنانچه به تشخیص پزشک قانونی یا پزشک معتمد اطمینان به مرگ محکوم حاصل شد از محل اجرای حکم خارج و جسد تحویل پزشکی قانونی می شود. " مسلماً اطباء اطمینان به مرگ محکوم علیه پس از اجرای قصاص را از طرق عادی و

عرف کارشناس علم طبابت به دست می آورند. به علاوه برای احراز حیات محکوم علیه قبل از اجرای حکم نیز همین آزمایشات و معاینات از سوی پزشکی قانونی معمول می گردد. و در ماده ۷ همان آیین نامه مقرر شده قبل از اجرای حکم، پزشک قانونی یا پزشک معتمد به اتفاق قاضی مجری حکم به محبس رفته و او را معاینه و اعلام نظر می کنند. از طرفی یکی از موارد سقوط مجازات فوت محکوم علیه است برای اینکه این واقعه بر مامورین اجرا ثابت گردد و بتوانند گزارش فوت وی را به قاضی اجرای حکم جهت صدور و توقیف اجرای حکم اعلام نمایند به محض دیدن آثار مرگ جهت احراز قطعیت آن باید پزشک قانونی را دعوت کنند تا در خصوص صحت و سقم محکوم علیه اظهار نظر نمایند. در واقع با ارجاع احراز مرگ به کارشناس و متخصص که یکی از انواع عرف و همان عرف کارشناس می باشد، می تواند مثبت احراز آثار مرگ باشد (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۶: ۱۳۹).

بند دوم: رویکرد عرف در حقوق جزای اختصاصی

حقوق جزای اختصاصی به تعریف هر یک از جرائم، شرایط آنها و مجازات هر یک از آنها می پردازد. همان طور که قبلاً بیان شد پذیرش اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها در حقوق کشورهای اروپایی رایج شده است و از آنجا به حقوق کیفری ایران سرایت کرده است و به همین جهت عرف در حقوق جزای اختصاصی نقش تعیین کننده ای در جرائم و مجازات آن ها ندارد. ولی در تطبیق موضوع جرم با عناوین مجرمانه که قانونگذار برای آن مجازات تعیین کرده است عرف آشکار می شود. به عنوان مثال قانونگذار در ماده ۲۶۷ ق.م.ا.سرقه را ربودن مال متعلق به غیر دانسته است. این سؤال مطرح می شود که مثلاً ربودن یک نامه سرقت محسوب می شود یا خیر؟ در نتیجه در تفسیر عنصر مادی هر جرم قاضی باید به عرف رجوع کند. گاهی ارجاع قانونگذار به عرف به صورت صریح است مثلاً در ماده ۵۹۹ ق.م.ا.تدلیس در معامله برای ادارات دولتی جرم است به شرطی که مقدار یا صفت یا کمیت بیش از حد متعارف باشد. در این ماده استفاده از کلمه ی متعارف ارجاع صریح به عرف محسوب می شود. گاهی ارجاع قانونگذار به عرف به صورت تلویحی است؛ به عنوان مثال در بعضی از عبارات قانونی، قانونگذار از کلماتی مثل اشباه و نظایر و امثال آن را به کار می برد، مصادیق این موارد را عرف قضایی تعیین می کند.

پس در حقوق جزای اختصاصی عرف از نظر کاربردی نسبت به جرم انگاری و تعیین مجازات که مسئله ی حکمی است نقشی ندارد، اما از نظر موضوعی یعنی شناخت فعل و ترک فعل و تطبیق آن با قانون قاضی ناچار است که به عرف جامعه مراجعه کند.

در این فصل عرف را در انواع جرائم بررسی می کنیم.

الف: عرف در قتل مستوجب قصاص

یکی از جرائم مستوجب قصاص نفس، قتل عمدی است. مجازات قتل عمدی انسان زنده ی محقون الدم با جمیع شرایط قصاص است. در این مبحث سعی داریم که به عرف در تعریف قتل عمدی، آلت قتاله، تعریف مواضع حساس، سببیت و اسباب در قتل عمدی و هم چنین عرفی بودن اقوی بودن سبب از مباشر در بعضی موارد که موجب قصاص است را بررسی کنیم.

۱- عرف در جرائم مستوجب قصاص و دیه

جرائم مستوجب قصاص و دیه جرائمی هستند که در آنها جانی عامدا مرتکب ایراد جنایت بر نفس یا عضو می شود، و هر گاه فاعل در انجام فعل قاصد باشد ولی در ایجاد نتیجه قصد نداشته باشد جنایت شبه عمد و موجب تحقق دیه است، و در صورتی که نه در ارتکاب عمل و نه در تحقق نتیجه قاصد باشد جنایت خطاء محض است. این مبحث به این موضوع می پردازد که عرف در جرائم علیه تمامیت جسمانی چیست؟

۲- عرف در تشخیص و تعریف قتل عمدی

حقوقدانان در تعریف قتل عمدی می گویند: "قتل عمدی عبارت است از سلب عمدی حیات از شخص زنده به وسیله شخص دیگر بدون مجوز قانونی." عرف در تعریف قتل عمدی اعم از عرف عام و کارشناسان در فعل مرتکب نهفته است، برای تحقق رکن مادی قتل عمد، فعل مرتکب باید عملی باشد که عرفا و در عالم خارج، از نظر فیزیکی قادر به سلب حیات باشد مانند زدن، سوزاندن، بریدن، خوراندن، و امثال اینها. اما صدمات روحی هر چند شدید باشند به عقیده ی بعضی ها نمی تواند عامل عرفی قتل عمدی باشد زیرا اثبات وجود رابطه سببیت میان عمل و نتیجه آسان نیست. و همچنین عمل مادی باید قادر به سلب حیات باشد و توسل به جادو عامل تحقق قتل عمدی عرفا و عادتاً نمی باشد.

بنابراین در انطباق قتل عمد با واقعیت باید به عرف رجوع کرد. ماده ۲۹۰ ق.م.ا در تعریف قتل عمدی نیز نظر به عرف مسلم داشته است. این ماده مقرر می دارد:

"جنایت در موارد زیر عمدی محسوب می شود: الف- هرگاه مرتکب با انجام کاری قصد ایراد جنایت بر فرد یا افرادی معین یا فرد یا افرادی غیر معین از یک جمع را داشته باشد و در عمل نیز جنایت مقصود یا نظیر آن واقع شود، خواه کار ارتكابی نوعاً موجب وقوع آن جنایت یا نظیر آن بشود، خواه نشود.

ب- هرگاه مرتکب، عمداً کاری انجام دهد که نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن می‌گردد، هر چند قصد ارتکاب آن جنایت و نظیر آن را نداشته باشد ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود (پاد، ۱۳۵۲: ۴۱).

پ هرگاه مرتکب قصد ارتکاب جنایت واقع شده یا نظیر آن را نداشته و کاری را هم که انجام داده است، نسبت به افراد متعارف نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن، نمی‌شود لکن در خصوص مجنی علیه، به علت بیماری، ضعف، پیری یا هر وضعیت دیگر و یا به علت وضعیت خاص مکانی یا زمانی نوعاً موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود مشروط بر آنکه مرتکب به وضعیت نامتعارف مجنی علیه با وضعیت خاص مکانی یا زمانی آگاه و متوجه باشد. ت- هرگاه مرتکب قصد ایراد جنایت واقع شده یا نظیر آن را داشته باشد، بدون آنکه فرد یا جمع معینی مقصود وی باشد، و در عمل نیز جنایت مقصود یا نظیر آن، واقع شود، مانند اینکه در اماکن عمومی بمب گذاری کند. " این ماده با بکار بردن عبارت "نوع موجب آن جنایت یا نظیر آن می‌شود به عرف رجوع کرده است. در رابطه با تحقق قتل عمد ناشی از ترک فعل، هر چند عنصر مادی قتل عرفاً فعل مثبت است و ترک فعل عرفاً نمی‌تواند رکن مادی جرم قتل را تشکیل دهد اما به لحاظ عرفی در جایی که بتوان بین ترک فعل و تحقق قتل عمد رابطه سببیت عرفی وجود داشته باشد، ترک فعل هم می‌تواند رکن مادی قتل عمد را تشکیل دهد. در همین زمینه ماده ۲۹۵ ق.م.ا مقرر می‌دارد: " هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون برعهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته است جنایت حاصل به او مستند می‌شود و حسب مورد عمدی، شبه عمدی، یا خطای محض است، مانند این که مادر یا دایه ای که شیر دادن را برعهده گرفته است، کودک را شیر ندهد یا پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند. "

البته این یک ماده آموزشی است و مجازاتی را برای ترک فعل تعیین نکرده است و به استناد این ماده نمی‌توان کسی را مجازات کرد.

اما در نظریه ای از اداره حقوقی به شماره ۱۰۹۸ ترک فعل، صریحاً پذیرفته شده است. طبق این نظر: " همانگونه که قتل در اثر ارتکاب فعل مانند جرح و خفه کردن و نظایر اینها تحقق می‌یابد، ممکن است در اثر ترک فعل هم تحقق یابد، مثلاً اگر مادری شیر دادن فرزندش را تعهد کرده است به قصد کشتن طفلش به او شیر ندهد تا بمیرد، قاتل محسوب است. هرگاه کسی که طبق مقررات (نظامات دولتی) مسئول نجات غریق است و برخلاف مسئولیت و وظیفه خود از نجات غریق امتناع ورزد و آن شخص در آب خفه شود، عمل وی جرم و مشمول بند ۲ ماده واحده قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی است. در این مورد رابطه

علیت بدین نحو ملحوظ است که مسئول نجات غریق منحصراً قصد ترک فعل را دارد، نه قصد نتیجه را و از این رو قتل مذکور از مصادیق شبه عمد و مسئول مذکور ضامن پرداخت دیه خواهد بود. در صورتی که مسئول نجات غریق مرتکب ترک فعل شود و قصدش حصول نتیجه (خفه شدن غریق) باشد و نتیجه حاصل شود، مسئول یاد شده قاتل محسوب و مجازات قتل عمد را خواهد داشت (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۱: ۳۸). "

از لحاظ موازین اخلاقی نیز گاه عرف مردم بین کسی که با انجام یک فعل مثبت شخصی را می کشد و کسی که با عدم انجام کاری که باید انجام می داده است موجب مرگ وی می گردد تفاوتی نگذاشته است.

احراز و ازهراق روح از بدن و در نتیجه تحقق قتل نیز از موضوعاتی است که باید به عرف رجوع شود، زیرا زمانی می توانیم دقیقاً بگوییم که کسی از دنیا رفته که با رجوع به عرف کارشناس و جلب نظر پزشکان وقوع قتل را احراز کنیم؛ در واقع استناد به عرف کارشناس است. در رابطه با اینکه مبنای شناخت قتل عمدی عرف می باشد، در کتاب تفصیل الشریعه مرحوم فاضل لنکرانی چنین آمده است: "قطعا هر کس دیگری را با آلت کشنده ای با علم و آگاهی بر کشنده بودن آن آلت بزند و کشته شود در نزد عرف، قتل عمدی محسوب می شود....." از طرفی برای تشخیص حیات غیر مستقر در حکم مرده) نیز باید به عرف رجوع کرد و عموماً حیات غیر مستقر مفهومی عرفی شناخته شده است. منظور از حیات غیر مستقر آن است که انسانی در حال از دست دادن آخرین رمق حیات خود است ولی هنوز دچار مرگ قطعی نشده است. اگر کسی صدمه ای به فردی وارد کند که او را در حکم مرده قرار دهد و دیگری با صدمه ای آخرین رمق را از او بگیرد با توجه به ماده ۳۷۱ ق.م.ا نفر اول قصاص می شود و نفر دوم به مجازات جنایت بر میت محکوم می شود. آنچه در اینجا مهم است ملاک تشخیص حیات غیر مستقر که همان صدق عرفی آن است می باشد. به نحوی که بتوان شخص مجنی علیه را عرفاً در حکم مرده قلمداد کرد.

۳- عرفی بودن مفهوم آلت قتاله

منظور از آلت قتاله وسیله ارتکاب قتل است که می تواند به کار بردن وسیله ای چون اسلحه، چوب، سم و سایر وسایل باشد. یکی از شرایط تحقق قتل عمد، وصف قتاله بودن فعل یا آلت جرم است. معمولاً قتاله بودن عمل یا آلت به چند اعتبار است:

- الف- قتاله بودن آلت به اعتبار ذاتی بودن مانند اسلحه
- ب- قتاله بودن آلت به اعتبار برخورد آن به موضع حساس
- ج- قتاله بودن آلت به جهت وضع مزاجی، جسمی مجنی علیه.

برای احراز قتاله بودن آلت ایراد جرح، معمولا محاکم قضیه را به کارشناسان متخصص در آن زمینه ارجاع می دهند که با توجه به عرف کارشناس نظریه خود را اعلام می کند. همچنین عرف قضایی یا همان رویه ی قضایی قتاله بودن آلت را در مواردی با توجه به برخورد آن به مواضع حساس می داند. در همین رابطه رای شماره ۸۱۶ شعبه بیستم دیوانعالی کشور مقرر می دارد: " با توجه به اعترافات صریح متهم که با میله گرد آهنی به سر و بدن مقتول زده است که موجب شکستگی استخوان سر و ترقوه گردیده است، ادعای اینکه قصد کشتن نداشته است قبول نمی شود(میرمحمدصادقی، ۱۳۸۱:۳۸)."

در رای شماره ۱۲۴ مورخه ۱۶/۱۲/۱۳۲۰ چنین مقرر می دارد: " منظور از آلت قتاله در ماده ۱۷۱ قانون کیفر عمومی، هر گونه وسیله ای است که در ایراد ضرب و جرح به کار رود که با خود آن آلت عادتاً کشته شده باشد و یا به اعتبار خصوصیت موضعی که ضرب و جرح بر آن وارد آمده عادتاً موجب قتل گردد. بنابراین اگر مجنی علیه در اثر ضربات شانه ی آهنی زراعتی به سر و پیشانی به قتل برسد بر فرض هم که آلت استعمال شده قتاله نباشد از لحاظ خصوصیت موضع اصابت قتاله محسوب و مشمول قسمت اخیر ماده ۱۷۱ قانون مجازات عمومی می باشد."

گاهی اوقات آلت و کار انجام شده غالباً و نوعاً نسبت به افراد کشته نیست ولی به دلیل بیماری، پیری، ناتوانی، کودکی و امثال آنها عمل ارتكابی نسبت به مقتول کشته بوده است و هر گاه قاتل به وضعیت مقتول و اوصاف او آگاهی داشته باشد و مرتکب ایراد ضرب و لو غیر کشته شده باشد قتل عمد محسوب می شود.

در رای ۱۱۴۶ شعبه ۶ دیوانعالی کشور چنین مقرر می دارد: " منظور از آلت قتاله، هر نوع عملی است که آن عمل با ملاحظه ی وضعیت مجنی علیه و متهم عادتاً سبب هلاکت گردد. مانند از بلندی به زمین زدن بچه و امثال آن." رویه ی قضایی در آرای دیگر هم با ذکر عبارات نوعاً و غالباً سعی در ارجاع تعریف آلت قتاله به عرف دارد. برای مثال شعبه ۲ دیوانعالی کشور در آرا ۵۸۸ مورخه ۱۷/۳/۱۳۱۸ ، ۶۲۵ مورخه ۲۳/۳/۱۳۱۸ ، ۱۷۴ مورخه ۲۰/۶/۱۳۲۲ و ۱۸۴ مورخه ۴/۲/۱۳۱۷ چنین مقرر می دارد:

" منظور از آلت قتاله در قسمت اخیر ماده ۱۷۱ قانون کیفر عمومی و مناط در قتاله بودن آلت استعمال این است که نوعاً و غالباً و لو به اعتبار موضع جرح دارای این اثر باشد و ایراد به وسیله چاقو به پهلو طوری که به پرده صفاق رسیده و منتهی به فوت و مجروح گردیدن شود اگر هم تنها به اعتبار آلت استعمال شده مشمول قسمت اخیر ماده مزبور نشود با ملاحظه موضع جرح و کیفیت آن مشمول قسمت مذکور خواهد بود(متین، ۱۳۸۱:۲۶۶)."

از توجه به آرا فوق و رویه ی قضایی استنباط می شود که یکی از معیارهای تشخیص قتاله بودن آلت قتل، عرف است. بنابراین مفهوم آلت قتل و قتاله بودن آن و وجود رابطه سببیت بین اثر ناشی از آن عمل همگی محمول بر عرف و عادت مسلم می باشد.

ب: عرفی بودن عمل موجب قتل

با مراجعه به ماده ۲۹۰ ق.م.ا یکی از شرایط تحقق قتل عمدی این است که فعل یا عمل نوعا موجب جنایت شود. پس اگر فعل نوعا یا عرفا یا غالبا کشنده نباشد در صورت نداشتن قصد قتل، قتل اتفاق افتاده عمد محسوب نمی شود. عملی که قاتل انجام می دهد ممکن است جنبه ی ایجابی یا سلبی داشته باشد. در جنبه ی ایجابی مرتکب کسی را کتک می زند و آنقدر به کتک زدن ادامه می دهد تا مضروب به قتل برسد. در این فرض تداوم و استمرار ضربات عاداتا کشنده بوده است و در نتیجه قتل عمد تلقی می شود و تفاوتی در این مورد نیست که آلت ضرب نوعا کشنده باشد یا نباشد و یا محل برخورد ضربات حساس باشد یا نباشد. در جنبه ی سلبی مرتکب فعلی را ترک می کند که حیات بر آن فعل مترتب است و ترک موجب مرگ می شود. مثلا مادری بچه ی خود را مدتی شیر نمی دهد و این مدت به میزانی است که معمولا بچه در آن مدت نوعا و عرفا می میرد، در این فرض هم ترک فعل نوعا کشنده محسوب می شود. اصولا احراز قتاله بودن فعل به عرف و عادت ارجاع داده شده است. در کلام و عبارات فقهی نیز در تعریف قتل عمدی آمده است که فعل یا ترک فعل باید همانند آلت قتل، قتاله باشد و در تمام مباحث احراز قتاله بودن فعل به عرف و عادت ارجاع شده است؟ عمل ارتكابی ممکن است به اعتبار قتاله بودن آلت کشنده محسوب شود که همانطور که گفته شد باز هم باید به عرف و عادت مراجعه کرد.

۱- عرفی بودن مواضع حساس

برای شناخت اینکه موضعی از بدن نسبت به اصابت آلتی حساس می باشد و این حساسیت منجر به قتل می گردد باید به عرف کارشناسی پزشکان مراجعه کرد. از نظر پزشکی موضع حساس محلی است که ایراد جراحی و از کار افتادن آن موجب از هاق نفس گردد. برای مثال مغز، قلب، کبد، ریه، قفسه سینه بعضی از مواضع حساس انسان است که هر گونه جراحی با آلتی به آن موجب خونریزی زیاد و در نتیجه قتل می گردد. برای تشخیص اینکه کدام یک از مواضع بدن انسان از مواضع حساس محسوب می شوند باید به عرف کارشناسی پزشکی مراجعه کرد. برای مثال از نظر عرف پزشکان شکستگی استخوان دست یا پا عرفا از مواضع حساس به حساب نمی آید زیرا رابطه ی سببیتی بین مرگ و شکستگی استخوان وجود ندارد (موسوی خمینی، ۱۳۹۰: ۵۵۰). در مذاکرات هیئت

عمومی دیوان عالی کشور در این رابطه چنین آمده است: " آنچه مسلم است با یک چوبدستی ضربه ای به مغز کسی وارد شده که حساس است، موضع حساسی است و منتهی شده به مرگ به طوری که در گزارش جناب آقای... هم بود در جا فوت شده و از خود متهم هم نقل می کنند که گفته چنان ضربه ای به ایشان زدیم که به قبرستان نمی رسد به نظر بنده تشخیص شعبه دیوان عالی کشور (عمدی بودن قتل) درست است. در همین رابطه پزشکی قانونی پس از معاینه جسد و کالبد شکافی اظهار نظر کرده که صدمه وارده منجر به شکستگی جمجمه و آسیب مغزی شده و در نتیجه اعضای هیئت عمومی با توجه به عرف کارشناسی پزشکان، عمل ارتكابی متهم را نوعاً قتاله تشخیص داده اند. بنابراین چنانچه شخصی به نقطه حساس و حیاتی از بدن مقتول مانند سر ضربه ای وارد کند و این امر سبب مرگ او گردد، عرف اصابت ضربه را از مصادیق حساس بودن موضع به عمل ارتكابی دانسته و آن را قتل عمدی می داند.

۲- عرفی بودن سببیت در قتل عمدی

یکی از موجبات تحقق قتل عمدی علاوه بر مباشرت تسبیب در قتل عمدی است و منظور از سببیت این است که فردی با ایجاد سبب، موجبات قتل را فراهم آورد به طوریکه اگر آن سبب از سوی مسبب به وجود نمی آمد قتل نیز محقق نمی شد. یکی از مباحثی که در اینجا مطرح می شود تشخیص سبب در صورت اجتماع اسباب متعدد قتل عمد است در این خصوص نظریه عرفی بودن سببیت مطرح شده است؛ بر اساس این نظریه که به نظریه ی شرط کافی نتیجه هم مشهور می باشد باید از میان تمامی اسبابی که در وقوع حادثه نقش داشته اند تنها عاملی را که عرفاً و عادتاً باعث ایجاد حادثه می شود به عنوان علت واقعی شناخت (سپهوند، ۱۳۸۹: ۶۶).

تعیین سبب قتل مبتنی بر تفاهم عرفی است، به طوری که عرف فعل جانی را سبب جنایت می شناسد. مثلاً اطعام مجنی علیه با غذای مسموم از مصادیق سبب عرفی قتل است، هر چند که این خود مقتول است که با مباشرت در خوردن غذای آلوده اقدام به قتل کرده است اما در چنین شرایطی با توجه به جهل وی بر موضوع عرفاً سبب قتل را میزبان می شناسند. ۴ برای شناخت مسئله تسبیب و اینکه کدام سبب موثر در وقوع جنایت بوده است، رجوع به عرف ملاک است که این می تواند عرف عام یا عرف کارشناسی باشد. نظریه ی سبب متعارف در مواردی از قانون مجازات اسلامی در مبحث دیات مورد توجه قرار گرفته است. به عنوان مثال در ماده ۵۰۳ آمده است: " هر گاه کسی دیگری را به روی شخص ثالثی پرت کند و شخص ثالث یا شخص پرت شده بمیرد یا مصدوم گردد در صورتی که مشمول تعریف جنایت عمدی نگردد، جنایت شبه عمدی است (فیض، ۱۳۸۹: ۳۵۷)".

در سببیت در قتل ملاک و معیار سببیت عرفی است و اگر عرف سبی را عامل قتل بشناسد، مسبب قاتل است.

۳- عرفی بودن سبب اقوی از مباشر

ماده ۵۲۶ ق.م. : " هر گاه دو یا چند عامل، برخی به مباشرت و بعضی به تسبیب در وقوع جنایتی، تأثیر داشته باشند، عاملی که جنایت مستند به اوست ضامن است و چنانچه جنایت مستند به تمام عوامل باشد به طور مساوی ضامن می باشد مگر تأثیر رفتار مرتکبان متفاوت باشد که در این صورت هر یک به میزان تأثیر رفتارشان مسؤول هستند. در صورتی که مباشر در جنایت بی اختیار، جاهل، صغیر غیر ممیز یا مجنون و مانند آنها باشد فقط سبب، ضامن است."

قسمت پایانی ماده : " در صورتی که مباشر در جنایت بی اختیار، جاهل، صغیر غیر ممیز یا مجنون و مانند آنها باشد فقط سبب، ضامن است.. " به سبب اقوی از مباشر اشاره می کند. مباشر می تواند موجود جامد باشد مثل کسی که در ملک خود آتش روشن کند و آتش عادتاً سرایت کند. یا مباشر حیوان باشد مثل حمله ی حیوان در صورتی که صاحب آن خطر حمله آن را بداند. یا از افراد فاقد مسئولیت کیفری مانند مجانین و صغیر غیر ممیز باشد و یا

جاهل به موضوع یا حکم باشد مانند کسی که چاهی حفر می کند و روی آن را می پوشاند و مباشر جرم را که از آن آگاهی ندارد همراه خود ببرد و در آن بیفتد (گلدوزیان، ۱۳۷۸: ۱۸۵).

در کلیه ی مثال های فوق تشخیص سبب اقوی از مباشر جنبه ی عرفی داشته که با عرف و عادت مسلم و یا نظر کارشناسان به دست می آید.

بنابر این هرگاه مرتکب به نحو تسبیب موجب بروز حادثه ای شود علیرغم اجتماع آن با مباشرت اگر سببیت به گونه ای باشد که عرف بدون هیچ گونه شک و تردیدی نتیجه را به سبب منتسب بداند، سبب ضامن است (قیاسی، ۱۳۷۵: ۱۰۵).

به عنوان مثال قتل مستند به فعل مقتول باشد اما سبب آن شخص دیگری باشد اگر بتوان عرفا سبب را مقصر دانست، سبب مقصر است. به عنوان مثال هرگاه فردی برای فرار از ربایش یا شخص مزاحم خود را زیر چرخهای خودروی در حال حرکت بیندازد و موجب مرگ خود گردد در این صورت چون عکس العمل قربانی از نظر عرف کاملاً نامعقول و غیر متعارف است، مرگ یا جراحت وارده را نمی توان به آن شخص مزاحم نسبت داد زیرا در چنین حالتی عرفاً سبب اقوی از مباشر نمی باشد. ارجاع اینگونه از داورها به عرف در کلام فقها نیز سابقه دارد. قانون مجازات اسلامی معیاری برای تشخیص اقوی بودن سبب از مباشر ارائه نکرده است. با مطالعه ی مباحث فقهی می توان نتیجه گرفت که فقها معیار قوی بودن سبب از مباشر را عرف و عادت قرار داده اند.

ج: عرف در جرائم مستوجب قصاص عضو و جرح

یکی از جرائم مستوجب مجازات قصاص، ایراد جرح و قطع عضو عمدی می باشد. این جرم از جرائم حق الناس بوده و به موجب نص صریح قرآن مجازات آن قصاص می باشد. خداوند متعال در آیه ۴۵ سوره مائده به صراحت مجازات قطع عضو و ایراد هر گونه جراحت عمدی را همانند قتل عمدی قصاص اعلام کرده است. جراحت گاه عبارت است از قطع و جدا کردن عضو مانند قطع دست یا پا و غیره و گاه جراحت بدون قطع و جدا کردن عضو است به طوری که عضو متصل می باشد. در این گفتار، مباحثی پیرامون عرف در تشخیص و تعریف جراحت عمدی و همچنین عرف و عادت در تشخیص حساسیت مواضع جرح یا قطع عضو مورد بررسی قرار می گیرد.

الف: عرف در تشخیص و تعریف جرح و قطع عضو عمدی

برای احراز و تشخیص اینکه صدمه ی وارده، جرح و یا قطع عضو می باشد ناچار هستیم که قضیه را به پزشک قانونی ارجاع داده تا با انجام آزمایشات تخصصی مشخص گردد که آیا علی الأصول به صدمه ی حادثه، جراحت اطلاق می شود یا خیر؟ و علی الاصول جراحت چه تفاوت و تمایزی با سایر صدمات و لطمات دارد. در هر حال

مرجع تشخیص عبارت است از عرف کارشناس پزشکان. بنابراین تاثیر و عرف کارشناسان در شناسایی جراحات و انطباق عمل با عنوان، بسیار با اهمیت است، زیرا تا زمانی که قاضی نتواند تشخیص دهد که عمل انتسابی بر عنوان مجرمانه ایراد جرح و یا قطع عضو منطبق است چگونه می تواند حکم صادر کند.

۱- عرف در جرحه بودن فعل موجب جرح

همانند قتل عمدی در این رابطه هم همان ماده ۲۹۰ ق.م.ا حاکم است. و در اینجا هم همانطور که در مبحث قتل عمد گفته شد این ماده با بکار بردن عبارت "نوعا موجب آن جنایت یا نظیر آن می شود به عرف رجوع کرده است. و در اینجا منظور از "نوعا موجب جنایت شود"، عمل ایراد جرح یا قطع عضو است. با توجه به بندهای سه گانه ماده مذکور استنباط می شود که:

فعل ارتكابی باید نوعا و عرفا منجر به قطع عضو و ایراد جرحت عمدی گردد. و اگر در ارتكاب جرم از آلات و ادوات و وسایلی استفاده شود باید استعمال آن وسایل عرفا و غالبا تولید جرحت نماید. و همینطور جرحه بودن آلات و ادوات و وسایل به کار گرفته شده در ایراد جرحت عمدی و قطع عضو ممکن است به اعتبار نوع و ذات جرحه بودن آن وسایل باشد که معمولا و غالبا استعمال آنها به هر موضعی از بدن منجر به جرح می گردد مانند تیغ و چاقو، اما بعضی آلات و وسایل ذاتا تولید جرح نمی نمایند بلکه جرحه بودن آن آلت یا فعل به اعتبار حساس بودن موضع جرح می باشد که احراز ذاتی بودن آلت جرحت و حساس بودن موضع با رجوع به عرف و عادت تعیین می گردد. برای مثال ایراد ضرب با مشت که به انگشتان ضارب انگشتی باشد که دارای نگیں سنگین یا فلز باشد به محل غیر حساسی مانند کف دست یا ران موجب جرحت نمی گردد، زیرا عرفا این مناطق و مواضع حساس نمی باشند. اما اگر با همین وضعیت مشت گره شده به پیشانی یا سری که موهای آن چیده شده یا ریخته ضربه وارد نماید منجر به پارگی پوست و ایراد جرحت میشود. و همچنین احراز جرحه بودن آلت یا فعل ممکن است نه ذاتی باشد نه به اعتبار موضع بلکه به اعتبار شخصیت مجنی علیه باشد، که معمولا در اینگونه موارد مجنی علیه به جهت ضعف مزاج، پیری، و یا صغر سن ممکن است در قبال کوچکترین ضربه تحمل و طاقت نداشته باشد و در نتیجه با ایراد یک ضربه کوچک منجر به ایراد جرحت شود (سمیعی، ۱۳۶۸: ۷۳).

۲- عرف در قتل و جراحات شبه عمد و خطای محض

بعضی از جنایات علیه تمامیت جسمانی به لحاظ فقدان سوء نیت مجازاتی در پی ندارند و از باب حفظ دماء و قاعده ی هدر، خون بهای مقتول بر عهده جانی است. این جرائم شامل کلیه قتل ها و جراحات غیر عمد مانند شبه عمد و خطای محض است.

در تعریف قتل شبه عمد گفته شده است: " شبه عمد آن است که شخصی قصد انجام فعلی را نسبت به دیگری داشته باشد که غالباً کشنده نیست و قصد کشتن هم نداشته باشد، چون زدن با تازیانه و مانند آن به قصد تادیب که اتفاقاً موجب مرگ شود (موسوی خمینی، ۱۴۰۱: ۵۵۴).

جنایت خطای محض آن است که شخص قصد انجام فعل نسبت به کسی را نداشته و همچنین قصد جنایت را هم نسبت به او ندارد. به طوریکه جانی در انجام فعل و قصد دچار خطا شده است. مانند اینکه سنگی را برای مصرف شخصی خود از بالای کوه بغلتاند و به کسی اصابت کند و او را بکشد. در این گفتار بحث بر سر این است که آیا در تعریف و تشخیص جنایات شبه عمد و خطای محض عرف تاثیر دارد یا خیر؟

با توجه به تعریف جنایات شبه عمد اینطور استنباط می شود که عنصر عرف در تشخیص و تمییز جنایات شبه عمد موثر است. زیرا حقوقدانان کیفری با توسل و تمسک به اینکه آلت مورد استفاده نوعاً و غالباً نباید باعث جنایت شود و فعل منجر به جنایت هم نباید نوعاً موجب جنایت شود، جنایات شبه عمد را تمیز می دهند. پس تشخیص اینکه فعل و یا آلت عادتاً و عرفاً موجب جنایت نمی شود با عرف است. یکی دیگر از موارد کاربرد عرف در تعریف و تجزیه جنایات شبه عمد احراز رابطه سبب عرفی بین فعل و جنایت می باشد، که بر اساس نظریه ی سبب متعارف، این سبب بایستی عرفی و متناسب با عادت اجتماع باشد. زیرا در نظریه سبب متعارف از مجموع اسباب منتهی به نتیجه ی مجرمانه آن سببی به عنوان علت شناخته می شود که متعارف باشد.

در همین رابطه رای شماره ۸۸۰۹۹۷۳۴۱۳۷۰۱۱۲۰ صادره از شعبه هفتم دادگاه تجدید نظر استان کرمان دلالت دارد بر اینکه عامل و سبب فوت متوفی در تصادف باید عرفی باشد، و بین فوت و تصادف نیز رابطه استنادی عرفی موجود باشد؛ هر چند که عوامل و اسباب بعیده ای چون بارندگی زمستانی و صابونی بودن جاده و یا ابتلای متوفی به بیماری قلبی مدخل در حادثه بوده باشند. رای مذکور چنین است: " در خصوص تجدید نظر خواهی آقایان... نسبت به دادنامه شماره ۳/۱۲/۸۷-۰۰۹۱۲ صادره از شعبه ۱۰۸ دادگاه عمومی جزائی کرمان..... با عنایت به محتویات پرونده و ملاحظه نظریات پزشکی قانونی و کارشناس رسمی و اظهارات متداعیین و نظر به اینکه سبب نزدیک به واقعه تصادف و فوت، بی مبالاتی و بی احتیاطی راننده مقصر در سرعت زیاد و عدم توان کنترل وسیله ی نقلیه بوده و بارندگی زمستانی و صابونی بودن جاده از اسباب بعیده حادثه و علی الأصول اسباب قریبه به حادثه موثر در توجه مسئولیت مدنی و احراز رابطه سببیت و علت تامه ملاک

و معیار قضیه ما نحن فیه می باشند. و ابتلاء قلبی متوفی به بیماری و ناراحتی قلبی شاید از موجبات تسریع در موت وی به واسطه تصادف باشد؛ لکن آنچه مسلم است این است که عرف عامل و سبب فوت متوفی را تصادف می داند، زیرا بین فوت و تصادف و حادثه رابطه استنادی عرفی موجود است؛ به طوری که اگر تصادفی واقع نمی شد، مرگ متوفی به واسطه ابتلاء به بیماری قلبی معلوم نبود محقق شود و چون تجدید نظر خواه دلیل دیگری بر نقض و فسخ دادنامه ابراز نداشته و از نظر رعایت تشریفات دادرسی نیز ایراد و اشکال قابل نقضی هم بر دادنامه بدوی وارد به نظر نمی رسد لهذا دادگاه مستندا به ماده ۳۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی با رد تجدید نظر خواهی عینا دادنامه بدوی را تایید و استوار می نماید. رای قطعی است."

از توجه به رای صادره چنین استنباط می کنیم که رویه ی قضایی در تعریف سبب تامه و احراز رابطه سببیت بین قتل و فعل منتهی به آن عرف و عادت را ملاک دانسته و در اثبات تاثیر هر یک از اسباب متعدده جلب نظر خبرگان و متخصصان را شرط دانسته. مسئله ی دیگر این است که در تعریف قتل یا جرح یا نقص عضو که به صورت خطای محض واقع شده است نیز عنصر عرف و عادت کاربرد دارد؛ زیرا در تعریف آنها گفته شده است که قتل یا جرح یا نقص عضو خطائی در صورتی محقق می شود که جانی قصد جنایت نسبت به مجنی علیه را نداشته باشد و همچنین قصد فعل وارد شده بر مجنی علیه را نداشته باشد، مانند اینکه فردی تیری را به قصد شکاری رها کند و به شخصی برخورد نماید هر چند نوعا و غالبا و عرفا شخص قصد قتل را نداشته است. در اینجا هم عرف در احراز رابطه ی استنادی است و اینکه به هر حال جنایات خطاء محض باید به طور عرفی به فعل جانی منتسب باشد به طوری که اگر فعل غیر قاصد نمی بود نتیجه حادث نمی شد. در جرائمی که به صورت خطای جزائی انجام می شوند نیز عرف و عادت موثر است. خطای جزائی اعم است از بی احتیاطی، بی مبالاتی، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات. معمولا برای احراز بی احتیاطی و سایر تقصیرات جزائی به عرف و عادت مربوط به آن رجوع می شود. به عنوان مثال در تصادفات منتهی به جرح یا نقص عضو بر اساس عرف کارشناس فرد مقصر شناخته میشود و با جلب نظر کارشناسان ذریبط محرز می گردد که آیا راننده نوعا یا عرفا و از دیدگاه کارشناسان مرتکب تقصیر و یا بی احتیاطی شده است یا خیر؟ و یا در صدمات غیر عمدی ناشی از بی احتیاطی و تخلفات از قانون کار و یا بی احتیاطی اطباء از مقررات مربوط به شغل طبابت، که در تمام این موارد عرف کارشناس ملاک عمل می باشد. در همین رابطه آراء متعددی از سوی محاکم قضایی صادر می شود که برای احراز تقصیر و بی احتیاطی طبیب در امر طبابت نظریه ی سازمان نظام پزشکی که در واقع همان عرف کارشناس می باشد را ملاک عمل قرار میدهد.

۳- عرف در جرائم مستوجب حد

یکی از جرائم شرعی که به موجب قرآن و سنت مجرمیت آنها اعلام شده است، جرائم مستوجب حد می باشند. این جرائم معمولاً حق الله محض و یا اختلاطی از حق الله و حق الناس و یا حق الناس محض می باشند. معمولاً برای تشخیص این جرائم و انطباق اعمال ارتكابی با عناوین ممنوعه ی شرعی و حدود الهی باید به عرف رجوع کرد. به عنوان مثال برای احراز مالیت مال مسروقه در سرقت معمولاً مرجع عرف، شناخته شده است. اسباب حدود: محاربه و افساد فی الأرض، زنا و توابع آن (گفتار اول)، شرب خمر (گفتار دوم) سرقت (گفتار سوم) و قذف (گفتار چهارم) می باشد.

۴- عرف در جرائم زنا و لوازم آن

زنا دارای مفهومی عرفی است. در این رابطه آیت الله منتظری در کتاب حدود خود معتقد است که لغت زنا فاقد حقیقت شرعیه می باشد بلکه دارای مفهومی عرفی است. همچنین در مقام تشخیص جرم زنا فقها ضمن تعریف عنصر مادی آن به ادخال و ایلاج آلت تناسلی مرد در فرج زن به طوری که حشفه غائب شود و ملاک ادخال و ایلاج غیوبت عرفی است (منتظری، ۱۴۰۱: ۶).

۵- عرف بر اطلاق فرج

فقها در تعریف فرج ناچار از مراجعه به عرف شده اند و مراد از فرج را همان عورت دانسته اند که عرفاً اعم از قبل و دبر می باشد. بنابراین عرفاً فرج شامل قبل و دبر می باشد و هر گاه کسی با زنی از جلو یا عقب نزدیکی بنماید به طوری که آلت به اندازه حشفه داخل دبر هم شده باشد عرفاً مرتکب جرم زنا گردیده است زیرا عرف جامعه، فرج را شامل قبل و دبر می داند. بند دوم: عرف در تشخیص تعداد مومنین حاضر در زمان اجرای حدود یکی از مباحثی که مطرح می شود این است که یک جمع در چه زمانی محقق می شود و علی‌الاصول به چه تعداد از مردم و یا مومنین جمع تلقی می شود که با حصول به آن بتوان حکم شرعی زنا را در ملا عام اجرا کرد. شاید به هنگام اجرای حد تعداد مومنان به حد نصاب نرسد. معمولاً این حد نصاب چقدر است؟ قانونگذار در ماده ۲۱ آیین نامه نحوه اجرای احکام قصاص، رجم، قتل، صلب، اعدام و شلاق موضوع ماده ۲۹۳ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری رجم، قتل، صلب، اعدام و شلاق مقرر می دارد: "قبل از اجرا، مرجع مجری حکم در صورت تشخیص قاضی صادر کننده حکم مردم را از زمان اجرای حکم آگاه می سازد و در هر حال لازم است حد اقل سه نفر از مؤمنین در زمان اجرای حد حضور داشته باشند".

شهید ثانی معتقد است که قول نیکوتر این است که به عرف رجوع کرد، که منظور از طایفه کمتر از سه نفر نمی باشد (شهید ثانی، ۱۳۹۳: ۱۰).

۶- عرف در تشخیص علم حاکم که مثبت حد باشد

یکی از ادله اثبات حدود شرعی همچون زنا و لواط آن علم حاکم است. یعنی حاکم به وقوع زنا از جایی و یا مجاری طبیعی و مستند و متعارف و قابل کنترل علم حاصل کند در این صورت می تواند به علم خویش عمل نموده و حد را جاری کند. بدیهی است علمی برای حاکم موجب ثبوت حد الهی است که در نزد عرف مسلم و سیره عقلا، او را به وقوع واقعه راهنمایی کند و در نزد مراجع نظارتی قابل کنترل باشد. و الا استناد به رویا و تله پاتی و ارتباط با ارواح و کسب اخبار نمی توان به وقوع جرم علم حاصل کرد و به جهت عدم عرفی بودن آن ارزش اثباتی ندارد.

در این خصوص مطابق نظریه ۲۶۳۶/۷-۸/۳/۱۳۸۵ اداره حقوقی قوه قضائیه « مستند علم قاضی می بایست نشانه ها و قرینه های واضح و روشن و متعارفی باشد که به علم حسی برگردد؛ به طوری که بتواند در دادگاه دیگر برای دیگران ایجاد علم کند. ده رویه ی قضایی در آراء متعدد خود نیز به متعارف بودن و عرفی بودن علم اشاره دارد در رای اصراری شماره ۵۶-۱۱/۷/۶۸ ردیف ۱۳/۶۸ هیات عمومی اصراری دیوان عالی کشور اینچنین آمده است:

"نظر دادگاه کیفری اصفهان بر رجم حسن و بانو طاهره به اتهام ارتکاب زناى محصنه و محصن که به استناد علم حاصله از محتویات پرونده اظهار شده از این جهت که طرق متعارف حصول علم ذکر نگردیده به اکثریت قریب به اتفاق آرا تنفیذ نمی شود." بنابراین شرایط استناد به علم از سوی قاضی در صورتی امکان پذیر است که: اولاً: علم از طرق متعارف و راههای عرفی که مورد قبول بناء عقلا است حاصل شود (امین پور، ۱۳۶۰: ۲۱).
دوم: در رای صادره مستندات علم عرفی ذکر شود.
سوم: مستندات متعارف علم قابلیت کنترل در مراجع نظارتی را داشته باشد.
و چهارم اینکه: مستندات حاکم وقاضی را به یقین و علم قطعی به وقوع جرم رهنمون بنماید.

۷- عرف در تشخیص و تحقق جرم شرب خمر

یکی از جرائم مستوجب حد تازیانه شرب خمر است. رکن مادی شرب خمر نوشیدن، آشامیدن، خوردن خمر یا مسکر است و برای فهم مصداق رکن مادی باید به عرف رجوع کرد. و همچنین در احراز و اثبات عنصر معنوی نیز باید جانب احتیاط را به عمل آورد؛ کسی که اطلاعی از مسکر بودن شیء و یا مایع ندارد و یا اشتباه می نوشد مرتکب جرم شناخته نمی شود.

۸- عرف در شناخت مصادیق خمر

با توجه به پیشرفت علوم و تکنولوژی و پیدایش مواد سکر آور جدید، بحثی که مطرح می شود شناخت خمیریات و مسکرات بستگی به چه معیار و ملاکی دارد. آنچه مسلم است شناخت مواد و مایعات سکر آور باید با مراجعه به عرف و انجام آزمایشات و جلب نظر خبرگان باشد تا قدر متیقن احراز گردد که آیا سکر آوری و مستی در مواد و مایعات جدید که در صدر اسلام وجود نداشته موجود است یا خیر. و به نظر می رسد عرف کارشناس در این مقوله بتواند موضوع را حل کند.

۹- عرف در شناخت حالت مستی

مستی حالتی عارضی و موقت است که در اثر شرب مواد و مایعات سکر آور حاصل می شود. سئوالی که اینجا مطرح می شود این است که از کجا مشخص می شود که این حالت مستی است؟ معمولاً رویه ی عرف عام در زمانهای قدیم حاکم بوده که مردم تشخیص می داده اند که فلانی شراب خورده و از بوی دهان یا استفراغ مسکر

این امر احراز می شده است. بنابراین به جهت عدم وجود تجهیزات آزمایشگاهی و پیشرفت علم، روش شناخت حالت مستی عرف و عادت جاری بین مردم بوده است. اما در شرایط فعلی و با توجه به پیشرفت علوم برای احراز حالت مستی صرف نظر از ایجاد بوی نامطبوع در دهان شارب الخمر و یا آلوده بودن وسایل شرب چون لیوان و یا وجود وسیله ای که مشروبات آن بوده است، مراجع قضایی با معرفی متهم به پزشکی قانونی، نظریه کارشناس متخصص را در این زمینه اخذ می کنند و این نظریه مبتنی بر عرف کارشناس است. در حقوق کیفری ایران رکن مادی شرب خمر با نوشیدن شراب و مسکر محقق می شود هر چند که شارب دچار مستی نگردد. در ماده ۲۶۴ ق.م.ا آمده است: "مصرف مسکر از قبیل خوردن، تزریق و تدخین آن کم باشد یا زیاد، جامد باشد یا مایع، مست کند یا نکند، خالص باشد یا مخلوط به گونه ای که آن را از مسکر بودن خارج نکنند موجب حد است." و رویه ی قضایی نیز از همین شیوه تبعیت می کند.

۱۰- عرف در شناخت شبهه حکمیه و موضوعیه در شرب خمر

برای اینکه بدانیم مایعی شراب مسکر است باید آن مایع به آزمایشگاه انتقال داده شود؛ و هر گاه متهم نداند که آن مایعی که غیر ارادی در دسترس وی قرار گرفته و آن را به جای آب نوشیده است و بدین وسیله ادعای جهل به موضوع بنماید، برای احراز صحت و سقم ادعا باید به عرف رجوع کرد. به عبارتی احراز جهل موضوعی در صورت فقدان دلیل و عدم اقرار متهم عرفی است؛ که باید با توسل به قرائن و امارات این امر احراز گردد.

همچنین برای احراز جهل حکمی و اثبات شبهه حکمیه در صورت ادعای متهم باید به عرف رجوع کرد زیرا هیچ معیاری برای احراز صحت ادعا وجود ندارد و نشانه ها و علائمی چون دوری از مراکز تبلیغ و آگاهی، تازه مسلمان شدن مدعی، عدم پذیرش دین اسلام و غیره می توانند عرفاً نشانه پذیرش ادعای جهل حکمی باشند. گفتار سوم: عرف در جرم سرقت یکی از جرائمی است که اگر شرایط اجرای حد را داشته باشد، مستوجب حد است و اگر شرایط اجرای حد را نداشته باشد یک جرم تعزیری است. با توجه به ماده ۲۶۸- سرقت در صورتی که دارای تمام شرایط زیر باشد موجب حد است:

الف - شیء مسروق شرعاً مالیت داشته باشد.

ب- مال مسروق در حرز باشد.

پ- سارق هتک حرز کند. ت- سارق مال را از حرز خارج کند.

ث- هتک حرز و سرقت مخفیانه باشد.

ج- سارق پدر یا جد پدری صاحب مال نباشد.

چ- ارزش مال مسروق در زمان اخراج از حرز، معادل چهار و نیم نخود طلای مسکوک باشد.

ح- مال مسروق از اموال دولتی یا عمومی، وقف عام و یا وقف بر جهات عامه نباشد.

خ- سرقت در زمان قحطی صورت نگیرد.

د- صاحب مال از سارق نزد مرجع قضائی شکایت کند.

ذ- صاحب مال قبل از اثبات سرقت سارق را نبخشد.

ر- مال مسروق قبل از اثبات سرقت تحت ید مالک قرار نگیرد.

ز- مال مسروق قبل از اثبات جرم به ملکیت سارق در نیاید.

ژ- مال مسروق از اموال سرقت شده یا مغضوب نباشد.

۱۱- عرف در مالیت مال مسروقه

در ماده ۲۶۷ ق.م. اسرقت را اینطور تعریف کرده است: "سرقت عبارت از ربودن مال متعلق به غیر است". وجود مال، فرع بر وقوع سرقت است، اگر فردی به عنوان سارق باشد و سوء نیت هم داشته باشد ولی چیزی را نیند که سرقت کند اساساً جرمی واقع نمیشود. همچنین مالیت مال مسروقه فرع بر جرم بودن عمل ارتكابی است؛ زیرا اگر بر فرض چیزی جا به جا و سرقت شود. که در نزد عرف مالیت نداشته باشد، بردن آن جرم نیست، مثل بردن برفهای موجود در ملک دیگری در زمستان. علت عدم اطلاق مجرمانه بودن این اعمال عدم مالیت شیء مسروقه است که این امر مبتنی بر عرف ساری و جاری مردم است که آن را به عنوان مال بخرند و یا نخرند و شیء قابلیت مبادله را داشته باشد (حیب زاده، ۱۳۸۹: ۳). یا به عنوان مثال سرقت برق، از دیدگاه قانون مجازات عمومی ایران در زمان تصویب چون سرقت آب و برق قابل تصور نبوده است ماده ای در این خصوص پیش بینی نشده است ولی در بعد از انقلاب به موجب ماده ۶۶۰ ق.م.ا: "هر کس بدون پرداخت حق انشعاب و اخذ انشعاب آب و فاضلاب و برق و گاز و تلفن مبادرت به استفاده ی غیر مجاز از آب و برق و گاز و تلفن و شبکه فاضلاب نماید علاوه بر جبران خسارت وارده به جزای نقدی معادل دو برابر خسارت وارده محکوم خواهد شد". بنابراین در این ماده با توسل به عرف و اینکه اصولاً این جریانات مال و بردن غیر مجاز آنها سرقت محسوب میشود، قانونگذار از عرف رایج جامعه تبعیت و در این خصوص مبادرت به جرم انگاری نموده است.

۱۲- عرف در شناخت فعل موجب

سرقت عنصر ربایش که نخستین پایه و اساس جرم سرقت است دارای مفهومی کاملاً عرفی بوده که در عرف عام از آن به عنوان بلند کردن، کش رفتن، برداشتن، گرفتن، قاپیدن، و مانند اینها تعبیر می شود. ۵۷ در این خصوص در رویه ی قضایی ایران آراء متعددی صادر شده است. رای شماره ۱۱۹-۲۵/۷/۲۴ شعبه ۲ دیوان عالی کشور در همین رابطه آمده است: "اگر متهم وارد منزلی شده و مشغول جمع آوری اثاثیه آنجا بوده که به سرقت برد و در این اثنا به واسطه بیدار شدن صاحب خانه و هياهو نتواند منظورش را انجام دهد این اندازه از عمل انجام شده عرفاً سرقت محسوب نمی گردد بلکه شروع به سرقت است" به این ترتیب محدوده شروع به سرقت به طور عرفی مشخص می شود. ورود به منزل و سپس جمع آوری اثاثیه که بعضاً ممکن است از گاو صندوق و مانند آن خارج شده باشد مستلزم تحقق جرم تام نیست بلکه شروع به جرم است. نکته قابل توجه در این رای استناد به عرف مسلم و جاری بین توده مردم در شناخت عنوان مجرمانه است. زیرا عرف در اینجا به مدد حقوقدانان رسیده و او با توجه به مفاهیم عرفی عملارتکابی را با سرقت انطباق نداده بلکه مجموعاً منطبق با شروع به سرقت دانسته است (حبیب زاده، ۱۳۸۰: ۲۰).

همچنین در رای شماره ۱۸/۱۶۴۲ مورخه ۲۱/۱۲/۱۳۲۸ آمده است: "اگر سارق اثاثیه را به حیاط خانه ببرد ولی در اثر بیدار شدن صاحبخانه موفق به بردن آنها نشود سرقت عرفاً تمام نیست." در این رای تمام نبودن سرقت به عرف واگذار شده است (همان، ۲۶)؛ زیرا برای انطباق عمل ارتکابی بر سرقت تام شرط است که مال مسروقه از محدوده ملکیت صاحب مال خارج شود. بنابراین اگر مردی وارد منزلی شود اموال را از اتاق انباری خارج و وارد حال نماید در این موقع صاحبخانه از بیرون سر برسد و درب منزل را بگشاید و با متهم رو به رو شود، عمل ارتکابی وی سرقت تلقی نشده بلکه شروع به سرقت است.

۱۳- عرف در تعریف حرز و احراز تناسب آن با مال مسروقه

بر طبق ماده ۱۶۹ ق.م.ا: "حرز عبارت از مکان متناسبی است که مال عرف در آن از دستبرد محفوظ می ماند" پس مقنن برای تعریف حرز مستقیماً به عرف رجوع داده است. هر مال عرفاً باید در محل مناسب خودش قرار گرفته باشد و از دستبرد دور باشد. مثلاً حرز پول و طلا صندوق های مقفل است و در سایر موارد عرف امور دیگری را مشخص کرده است. پس می توان سرقت ویتترین های طلا فروشی را به دلیل عدم صدق عرفی مستلزم حد ندانست. پس ملاک متناسب بودن حرز با مال هم عرف است و اگر صاحب مال آن را در حرز متناسب با مال قرار نداده باشد حدی هم ثابت نیست. مثل نگهداری کتاب در کتابخانه ای که دارای در و بند و قفل محکم باشد.

با توجه به بند ب ماده ۲۶۸ سارق باید هتک حرز نماید. منظور از هتک حرز در سرقت مستوجب حد، هتک حرز مادی است یا معنوی؟

باید گفت قبل از انقلاب دو نوع هتک حرز در رویه قضایی مد نظر بود. هتک حرز مادی که عبارت از شکستن، کندن، تخریب کردن مکان مال و هتک حرز معنوی که به صورت تجاوز به حرز قابل تحقق است مثل گشودن در صندوقی که قفل نیست. ملاک تشخیص هتک حرز عرف است و عرف هتک حرز معنوی را اصلاً هتک حرز نمی داند و هتک حرز تنها همان هتک حرز مادی است (حبیب زاده، ۱۳۸۱: ۴۰).

۱۴- عرف در احراز سال قحطی

یکی از شرایط ثبوت سرقت مستوجب حد این است که سرقت در سال قحطی نباشد. اگر کسی در سال قحطی مرتکب سرقت مالی شود و همه شرایط سرقت حدی موجود باشد، حد ثابت نمی شود. در این رابطه بند خ ماده ۲۶۸ مقرر می دارد: - سرقت در زمان قحطی صورت نگیرد. نه از نظر قانونی و نه از نظر فقهی ملاکی برای قحطی بودن نیست و نحوه استناد به این مکانیسم دفاعی توسط متهم و وکیل او چگونه است؟ در هر حال منظور این است که اگر وضعیت اقتصادی جامعه به نحوی باشد که کمبود ارزاق عمومی مشهود باشد و کسی به خاطر ارتزاق خود یا خانواده اش مرتکب سرقت شود حد نمی خورد.

به دست آوردن این وضعیت اقتصادی نیز از طریق رجوع به عرف عام و یا عرف کارشناس ممکن است و معمولاً کارشناسان اقتصادی به عنوان متخصصین در این زمینه صاحب نظر می باشند.

۱۵- عرف در احراز علم و آگاهی سارق به نصاب مال مسروقه

یکی از شرایط اثبات سرقت مستوجب حد نصاب مال مسروقه است. منظور از نصاب مال این است که در زمان سرقت مال دارای ارزش و مالیت باشد که این نصاب به موجب بند چ ماده ۲۶۸ باید معادل چهار و نیم نخود طلای مسکوک باشد. بنابراین سرقت اموالی که ارزش آنها مادون مقدار مذکور باشد مستلزم تعزیر می باشد. حال باید پرسید که آیا سارق باید به نصاب مال علم داشته باشد یا خیر؟ و ملاک احراز علم وی به این نصاب چگونه است؟ علم سارق به نصاب مال مسروقه جزو عنصر معنوی جرم سرقت است، هر گاه متهم علم به این نصاب پیدا نکند و یا منکر آن شود، اصل بر عدم علم و در نتیجه عدم اثبات سرقت مستوجب حد می باشد. اما معیار علم طبق نظریه ی حقوقدانان مبتنی بر ارجاع به عرف متعارف می باشد. اگر ظن و گمان حاصل شود که سارق به ارزش مال مسروقه از حیث نصاب آگاهی نداشته است، باید به عرف متعارف رجوع کرد. به این صورت که هر گاه سارق عرفاً قیمت مال را بداند حد ثابت است، اگر مال مسروقه از نظر عرف به حد نصاب برسد و غالب افراد جامعه بر قیمت آن به حد نصاب، توافق داشته باشند معیار این است که سارق هم همان آگاهی را داشته است (حبیب زاد، ۱۳۸۰: ۶۳).

۱۶- عرف در احراز علم و آگاهی سارق به ملکیت مال به غیر

یکی از شرایط تحقق سرقت مستوجب حد و تعزیر، تحقق مال به دیگری است. یعنی مال مسروقه در ملکیت سارق نباشد. زیرا بردن مال خود ولو با تصور اینکه متعلق به دیگری است سرقت محسوب نمی شود. بنابراین سارق باید در هنگام سرقت علم داشته باشد که این مال متعلق به دیگری است. اما ملاک کشف و حصول علم و آگاهی سارق به اعتقاد عده ای از حقوقدانان عرفی است و معیار آن عرف و عادت جامعه است. اما اثبات علم سارق به تعلق مال مسروقه به صاحب مال بر عهده شاکی است (ولیدی، ۱۳۶۹: ۷۶).

۱۷- عرف در تشخیص سرقت های متعدد که در حکم واحد باشد

نکته مهم در مورد شرط حد نصاب این است که نصاب باید در هر بار سرقت محقق گردد. بنابراین اگر کسی به دفعات مکرر مرتکب سرقت شود که مجموع اموال مسروقه به حد نصاب برسد ولی ارزش هر یک به تنهایی کمتر از حد نصاب باشد، وی مرتکب چند سرقت مستوجب تعزیر شده است و نه یک سرقت مستوجب حد. ولی صرف تعدد اموال حاصله از سرقت به معنی ارتکاب چند سرقت نیست. به عنوان مثال اگر کسی در یک زمان و از یک

خانه طی عملیات واحدی مقداری لباس، وجه نقد، تعدادی وسیله ی برقی سرقت کند، مرتکب یک سرقت شده است و هرگاه مجموع ارزش کالاهای مذکور به حد نصاب برسد محکوم به تحمل حد خواهد شد. به علاوه گاهی ممکن است عرف حتی عملیات مختلف را یک سرقت محسوب کند. مثلا اگر کسی مال سنگینی را قطعه قطعه کند و بدون درنگ و در فاصله ی کمی قطعات مختلف را از حرز خارج نماید، علیرغم تعدد عملیات مرتکب سرقت واحد شده است و هرگاه مجموع اموال مسروقه از حیث ارزش و قیمت به حد نصاب برسد هر چند به طور جداگانه هر یک از اموال مسروقه به حد نصاب نرسد، سرقت مستوجب حد است. از طرفی ممکن است بین دفعات اخراج مالها فاصله بیفتد، مثلا قطعه ای را در یک شب و قطعه ی دیگر را در شبی دیگر از حرز خارج نماید؛ عرف هر یک از عملیات سرقت را ممکن است جداگانه به حساب آورد. در هر حال در اینگونه موارد باید به عرف رجوع کرد که آیا سرقت های متعدد را واحد می داند یا خیر؟ آنچه که لازم است مد نظر قرار گیرد وجود قصد واحد در سرقت های متعدد است و همچنین یکی بودن صاحب مال و واحد بودن محل و زمان وقوع سرقت که این قرائن و امارات می توانند سرقت های متعدد را واحد جلوه دهند؛ و در نتیجه با جمع ارزش مالهای مسروقه و جمع بقیه ی شرایط حد سرقت ثابت است. پس عرف و عادت در این مثال ها می تواند موجب تشخیص عنوان مجرمانه و تطبیق آنها بر سرقت مستوجب حد گردد (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۸: ۲۳).

۱۸- عرف در جرم قذف

قذف یکی از جرائم موجب حد الهی است. بر اساس ماده ۲۴۵ ق.م.ا: "قذف عبارت است از نسبت دادن زنا یا لواط به شخص دیگر هر چند مرده باشد." برای تحقق قذف باید اسباب و الفاظ به کار رفته ظاهر در مفهوم و معنای قذف باشد، یعنی نسبت زنا و لواط، ممکن است بعضی از الفاظ در بعضی از جوامع و محاورات اطلاق نسبت زنا و لواط باشد، و در بعضی جوامع نه. بستگی به عرف محل دارد و داوری عرف ملاک است. به کار گیری الفاظی تحت عنوان دیوث نسبت دادن زنا به همسر، کشخان (نسبت دادن زنا به مادر)، قرنان نسبت دادن زنا به خواهر) هر گاه در عرف اجتماعی مفید معنای قذف و نسبت زنا یا لواط به دیگری باشد بر گوینده آنها حد قذف واجب میشود. و برعکس هر گاه اهل عرف از الفاظ و عبارات فوق استفاده قذف ننمایند حد ثابت نیست و قائل به تعزیر محکوم می شود. چون در لغت برای قذف وضع نشده اند و فقط الفاظ عرفی هستند و باید دید در عرف گوینده چه معنایی دارد. همچنین به کار گیری هر کنایه و تعریضی که مخاطب را ناخوش آید و در لغت و عرف برای قذف وضع نشده باشد، گفتن آن موجب تعزیر است نه حد. مطلب دیگر اینکه گوینده الفاظ و کلمات باید به معنا و مفهوم کلمات

گفته شده عالم باشد و اگر صرفاً لفظی را در حق کسی به کار برد و نداند معنایش چیست هیچ حدی بر او واجب نیست. در این خصوص ماده ۲۴۶ ق.م.ا می گوید: "قذف باید روشن و بدون ابهام بوده، نسبت دهنده به معنای لفظ آگاه و قصد انتساب داشته باشد گرچه مقذوف یا مخاطب در حین قذف از مفاد آن آگاه نباشد." پس به طور کلی در قذف تشخیص مفاهیم مجرمانه بر اساس مفاهیم عرفی است و عرفی ملاک تشخیص الفاظ است و آنها را ظاهر در قذف می داند که از متن جامعه و توده ی مردم برخاسته باشد، نه عرف گوینده یا شنونده یا غیره. و نکته قابل توجه راجع به مفهوم عرفی واژه هاست که بعضی از حقوقدانان معتقدند که نمی توان صرفاً به منظور و عرف گوینده اکتفا کرد بلکه عرف به معنای حقوقی آن که شامل شخصیت مرتکب، شخصیت طرف، زمان، مکان و سایر شرایط است که باید مورد نظر قرار گیرد (آقائی نیا، ۱۳۹۰: ۸۵).

د: عرف در جرائم مستوجب تعزیر

جرائم مستوجب تعزیر عمدتاً ریشه در فقه اسلامی دارند ولی مجازات آنها مقدر نیست و تعیین تعزیر آنها بر عهده حاکم شرع می باشد. مجازات این دسته از جرائم شامل: جلد، حبس، جریمه نقدی و اعدام می باشد. در این مبحث به بررسی نقش و جایگاه عرف در تشخیص و شناخت اعمال مجرمانه مستوجب تعزیر می پردازیم.

۱- عرف در جرائم علیه اموال و مالکیت

الف: کلاهبرداری

برای اینکه بدانیم در تشکیل و تشخیص اعمال موجب کلاهبرداری عرف نقش دارد یا خیر، باید به تعریف جرم کلاهبرداری پرداخت. کلاهبرداری را می توان اینطور تعریف کرد: "توجیه یک دروغ با توسل به وسایل متقلبانه و بردن مال دیگری با رضایت مالک." پس کلاهبرداری را می توان یک جرم مرکب دانست، زیرا رکن مادی اش با انجام دو عمل محقق می شود.

مانور متقلبانه با تحقق رکن مادی جرم کلاهبرداری ارتباط مستقیم دارد، زیرا اگر مانور متقلبانه وجود نداشته باشد، اساساً رکن مادی تحقق نمی یابد.

جایگاه عرف در این جرم بیشتر به تشخیص اعمال متقلبانه و مانورهای تقلب آمیز است. از این نظر که وسایل مورد استفاده توسط کلاهبردار باید عرفاً متقلبانه محسوب گردد و علاوه بر این قربانی جرم باید عملاً فریب بخورد و مالش را در اخبار کلاهبردار قرار بدهد. بنابراین توسل به یک وسیله متقلبانه که نوعاً و غالباً موجب اغفال و

فریب صاحب مال می گردد از دیدگاه عرف متعارف برای تحقق جرم کفایت می کند. برای تشخیص متقلبانانه بودن وسایل دو ضابطه وجود دارد؛ یک ضابطه نوعی که به موجب آن وسایل متقلبانانه مورد استفاده کلاهبردار باید به گونه ای باشد که بر اساس قضاوت عرف متقلبانانه محسوب گردد؛ اما در ضابطه شخصی صرف نظر از عرفی بودن وسایل متقلبانانه با توجه به شخصیت صاحب مال که ممکن است عملاً در او بی اثر باشند، از این جهت در معیار دوم فریب خوردن و اغفال فرع بر متقلبانانه بودن است. در هر حال از دیدگاه حقوقی صرف حيله و تقلب که منجر به فریب و اغفال نشود و یا برعکس فریب و اغفال بدون وسایل متقلبانانه موضوع جرم کلاهبرداری را تشکیل نمی دهد (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۹: ۵۷).

کلیه ی وسایل متقلبانانه مندرج در ماده یک قانون تشدید مجازات مرتکبین ارتشاء و اختلاس و کلاهبرداری مبتنی بر قضاوت عرفی می باشند. به عبارتی باید به نحوی انجام اعمال و توسل به وسایل متقلبانانه نوعاً و عرفاً طرف مقابل را فریفته و او در نتیجه مال خود را در اختیار وی قرار دهد. ۶۶ و نقش دیگر آن در اطلاق مالیت مال موضوع این جرم است. مثلاً اگر فردی با توسل به وسایل متقلبانانه مبادرت به اغفال و فریب فردی کند و بدین وسیله عکس و نامه یادگاری واجد جنبه ی تاریخی را از او بگیرد، عرف آن عکس را مال نمی داند و در نتیجه جرم کلاهبرداری واقع نشده است.*

ب: خیانت در امانت

یکی از جرائم علیه اموال و ماکیت خیانت در امانت است که به موجب ماده ۶۷۴ ق.م.ا موجب مسئولیت کیفری مرتکب به تحمل حبس تعزیری است. ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته: "هر گاه اموال منقول یا غیر منقول یا نوشته هایی از قبل سفته و چک و قبض و نظایر آن به عنوان اجاره یا امانت یا رهن یا برای وکالت یا هر کار با اجرت یا بی اجرت به کسی داده شد و بنا بر این بوده است که اشیای مذکور مسترد شود یا به مصرف معینی برسد و شخصی که آن اشیاء نزد او بوده آنها را به ضرر مالکان یا متصرفان آنها استعمال یا تصاحب یا تلف یا مفقود کند، به حبس از ۶ ماه تا ۳ سال محکوم خواهد شد." در ماده مذکور عباراتی چون اموال، منقول یا غیر منقول بودن، سفته و چک و غیره به کار رفته است که شناخت و تشخیص مصداق آنها بر عهده ی عرف و عادت می باشد و همان طور که قبلاً هم بیان شد شناخت مال بستگی به عرف دارد که آن شیء قابلیت تقویم به پول یا مال دیگر را دارد که موضوع جرم خیانت در امانت قرار گیرد یا خیر؟ (حبیب زاده، ۱۳۸۷: ۸۷)

در خصوص کاربرد عرف و عادت در تعریف و شناخت جرم خیانت در امانت و تشخیص و انطباق عمل جزائی و موضوع آن گاهی رویه ی قضایی نیز تحت تاثیر عرف قرار گرفته است؛ برای مثال رای شماره ۲۲۸/۶/۱۳۱۶-

۳۱ صادره از شعبه دوم دیوانعالی کشور چنین مقرر می‌دارد: "در مورد ماده ۲۴۱ قانون کیفر عمومی (ماده ۶۷۴ ق.م.ق) برای صدق عنوان خیانت در امانت کافی است که مال به نحوی از انحاء در اختیار امین قرار گیرد یا تحت استیلا یا در آید بنابراین هرگاه انبار برنجی بین متهم و شاکی مشترک بوده همین قدر که کلید در دست متهم باشد مشار الیه عرفاً امین محسوب می‌شود و تصاحب کردن برنج متعلق به شاکی موجود در انبار مشترک به وسیله فروختن آن جرم مشمول ماده مزبور خواهد بود (متین، ۱۳۸۱: ۱۳۹)."

از طرفی در پرونده ای دیگر در همان شعبه دیوانعالی کشور شبیه به موضوع همین رای با مشخصات متفاوتی صادر شده است. بنابراین در این آراء در شناخت امین، وجود رابطه و قرار داد ودیعه به عرف رجوع شده است. همچنین در رای شماره ۳۸۴-۲۶/۲/۱۳۱۶ شعبه دوم دیوانعالی کشور در تعریف خیانت در امانت و انطباق عمل ارتكابی با ماده استنادی به طور ضمنی از رویه ی جاری و عرف متعارف بهره مند شده است. این رای چنین مقرر می‌دارد: "مطابق ماده ۲۴۱ قانون کیفر عمومی به نحو کلی هر وقت به کسی مالی سپرده شود و بنا باشد که به صاحبش مسترد نماید و شخصی که مال به او سپرده شده بدون اجازه صاحب مال تصرفی به ضرر مالک در آن بنماید اعم از عاریه و ودیعه و امثال آن مجرم و قابل تعقیب و مجازات خواهد بود." مسلماً برای تشخیص نوع تصرف در مال مورد امانت، ضرر حاصله در اثر تصرف، بنا بر استرداد بودن اشیاء، مالیت مال موضوع جرم باید به عرف مسلم جامعه رجوع کرد. از نظر حقوقی رابطه امانی بودن بر سه قسم است: الف: رابطه امانی قانونی رابطه امانی قانونی موردی است که مقنن فردی را در اجرای قانون امین تلقی می‌کند، هر چند قراردادی بین آنها نباشد. مانند موضوع ماده ۱۱۸۰ ق.م.ق که ولایت قهری اطفال بر عهده پدر و جد پدری است، که بر اساس ماده ۱۱۸۳ ق.م.ق در کلیه امور مربوط به اموال و حقوق مالی آنها نماینده قانونی می‌باشند و حفظ و نگهداری اموال مولی علیه خود را به عهده دارند (حبیب زاده، ۱۳۸۰: ۱۹۸).

از نظر حقوقی ممکن است منشا رابطه حقوقی امانت آور عرف و عادت باشد. بنابراین هر چند که بین صاحب مال و امین قرار داد ودیعه نباشد ولی اگر عرفاً تحویل مال به امین در حکم امانت باشد هر گاه امین مال را به ضرر مالک متصرف شود عرفاً خائن است. برای مثال هر گاه فردی به ترمینال مراجعه کند و به تعاونی برود و بلیط بخرد و وسایل خود را تحویل انبار بدهد هر گونه تصرف انبار دار خیانت در امانت محسوب می‌شود.

در این رابطه رای شماره ۹۶-۱۱/۷/۱۳۲۲ صادره از شعبه دوم دیوانعالی کشور چنین مقرر می‌دارد: "امین بودن کسی نسبت به یک مال یا بر حسب سپرده شدن مال است به او و یا بر حسب عرف و عادت. بنابراین اگر در انبار مشترک بین دو نفر یکی مال اختصاصی داشته باشد و دیگری که کلید انبار پیش اوست مال اختصاصی شریک خود را حیف و میل کند خائن در امانت شناخته می‌شود. چون شخص مزبور عرفاً امین محسوب است اگر چه

مال به او سپرده نشده باشد ج: رابطه امانی قراردادی روابط امانی عرفی و قانونی از نوع امانات قهری هستند که بدون دخالت اراده امین و مالک، بر اساس عرف یا قانون یا دستور مقام قضائی بین آنها ایجاد می شود، اما در رابطه ی امانی قراردادی بین مالک و امین رابطه حقوقی قراردادی منعقد می شود، که این رابطه می تواند یکی از عقود امانی خواه در قالب سند عادی و یا رسمی باشد. | هر چند رویه ی قضایی از عرف و عادت در شناخت رابطه ی امانی عرفی کمک گرفته ولی از متن ماده ۶۷۴ ق.م.ا و بلاخص از عبارت هر گاه اموال منقول یا غیر منقول..... به کسی داده شده و بنا بر این بوده است که اشیاء مذکور مسترد شود. چنین استنباط می شود مبنای تحقق جرم خیانت در امانت را وجود رابطه قراردادی و بنابر استرداد یا به مصرف معین رساندن می باشد. زیرا اصل تفسیر مضیق قوانین جزائی هم همین اقتضا را دارد. و به استناد عرف نباید دامنه ی جرائم افزایش یابد و عرف و عادت جایگزین عنصر قانونی جرم و مجازات نگردد. اگر چه هیات عمومی هم در رای وحدت رویه شماره ۲۲۸ و شعبه دو دیوانعالی کشور در رای شماره ۹۶ مورخه ۳۱/۱/۱۳۱۶ امانت را به انواع مختلف اعم از قراردادی و عرفی گسترش داده است؟

ج: سرقت تعزیری

هر چند موارد کاربرد عرف در سرقت در مبحث مربوط به سرقت مستوجب حد بحث شد. اما در این قسمت صرفاً به ذکر مطالبی پیرامون عرف در سرقت تعزیری اکتفا می‌شود. یکی از سرقت‌های تعزیری مشدد سرقت مقرون به اجتماع پنج شرط است، طبق ماده ۶۵۱ ق.م.ا: هر گاه سرقت جامع شرایط حد نباشد ولی مقرون به تمام پنج شرط ذیل باشد مرتکب از پنج تا بیست سال حبس و تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم می‌گردد:

۱- سرقت در شب واقع شده باشد. ۲- سارقین دو نفر یا بیشتر باشند. ۳- یک یا چند نفر از آنها حامل سلاح ظاهر یا مخفی بوده باشند. ۴- از دیوار بالا رفته یا حرز را شکسته یا کلید ساختگی به کار برده یا اینکه عنوان یا لباس مستخدم دولت را اختیار کرده یا بر خلاف حقیقت خود را مأمور دولتی قلمداد کرده یا در جایی که محل سکنی یا مهیا برای سکنی یا توابع آن است سرقت کرده باشند. ۵- در ضمن سرقت کسی را آزار یا تهدید کرده باشند. تبصره - منظور از سلاح مذکور در این بند موارد ذیل می‌باشد: ۱- انواع اسلحه گرم از قبیل تفنگ و نارنجک. ۲- انواع اسلحه سرد از قبیل قمه، شمشیر، کارد، چاقو و پنجه بوکس. ۳- انواع اسلحه سرد جنگی مشتمل بر کاردهای سنگری متداول در نیروهای مسلح جمهوری اسلامی ایران یا مشابه آنها و سرنیزه‌های قابل نصب بر روی تفنگ. ۴- انواع اسلحه شکاری شامل تفنگهای ساچمه زنی، تفنگهای مخصوص بیهوش کردن جانداران و تفنگهای ویژه شکار حیوانات آبی. " نکاتی که در مورد این ماده وجود دارد و تعریف و شناخت آنها به عرف ارجاع می‌شود: مفهوم پدیده شب است. قانونگذار شب را تعریف نکرده است و تشخیص آن به عرف واگذار شده است. شعبه دوم دیوانعالی کشور در رای شماره ۵ مورخه ۸/۱/۱۳۲۷ در این خصوص می‌گوید: " اگر سرقت در حدود نیم ساعت پیش از طلوع آفتاب به عمل آمده باشد چون در عرف چنین موقعی روز محسوب می‌شود عمل با ماده ۲۲۷ قانون کیفر عمومی قابل تطبیق است نه ماده ۲۲۶ آن قانون ۱۳۰ بنابراین عرف متعارف با دقت بیشتری می‌تواند شب را تعریف کند زیرا ملاک سرقت در شب وجود تاریکی است، به طوری که کسی، کسی را نبیند. در حقوق کشور فرانسه با توجه به نظر دیوانعالی آن کشور شب زمانی است که تاریکی ایجاد شود، زیرا سرقت در زمان تاریکی به راحتی واقع می‌شود و خطر بیشتری در کمین بزه دیده است و شاید این تاریکی غیر از بیان غروب تا طلوع آفتاب باشد.

یکی دیگر از شرائط این است که سرقت مقرون به آزار باشد. فهم مقرون بودن سرقت به آزار عرفی است. در این رابطه دیوانعالی کشور در رای شماره ۳۲-۵/۱/۱۸ چنین اظهار نظر کرده است: " مطابق ماده ۲۲۳ قانون مجازات عمومی (۶۵۲ ق.م.) هر گاه سرقت مقرون به آزار یا تهدید باشد مرتکب به در صدق ماده مزبور لازم نیست

که آزار یا تهدید در حین سرقت واقع شود بلکه اقتران عرفی کافی است. ولو اینکه قبل از ارتکاب یا بعد از آن اتفاق افتاده باشد... (متین، ۱۳۸۱: ۱۶۴).

د: عرف در جرائم علیه تمامیت معنوی

جرائم علیه تمامیت معنوی در مقابل جرائم بر علیه تمامیت جسمانی هستند. منظور از شخصیت معنوی بعد روحانی و نفسانی انسان است که در عرف عامه از آن به عنوان آبرو، احترام، عزت، شخصیت نام برده می شود. در این مبحث به بررسی عرف در شناخت اعمالی چون افتراء، نشر اکاذیب، اهانت، فحاشی و غیره خواهیم پرداخت. بند نخست: افتراء بر طبق ماده ۶۹۷ ق.م. : " هر کس به وسیله اوراق چاپی یا خطی یا به وسیله درج در روزنامه و جرائد یا نطق در مجامع یا به هر وسیله دیگر به کسی امری را صریحا نسبت دهد یا آنها را منتشر نماید که مطابق قانون آن امر جرم محسوب می شود و نتواند صحت آن اسناد را ثابت نماید جز در مواردی که موجب حد است به یک ماه تا یک سال حبس و تا (۷۴) ضربه شلاق و یا یکی از آنها حسب مورد محکوم خواهد شد (بروجردی عبده، ۱۳۸۱: ۵۵۴). "

در ارتباط با این جرم و عرف در تشخیص مصادیق و وسایل مورد استفاده نکاتی وجود دارد:

۱- برای تشخیص و شناخت مجامع و مجمع باید به عرف رجوع کرد. قانونگذار افتراء شفاهی که از طریق خطابه و نطق در مجامع انجام می شود را با شرایط کلی جرم شناخته است. مجمع متشکل از چند نفر می تواند باشد؟ از دیدگاه عرفی تعداد حضار و شنوندگان مطالب دروغ و نوع مجلس به حد و کیفیتی باید باشد که بتوان به آنها مجمع اطلاق کرد. بنابراین جلسات شورای اداری، شورای قضایی استان، شورای معاونین که حداقل اعضایش سه نفر باشند و جنبه رسمی داشته باشد از مصادیق مجامع مندرج در این ماده می باشند، در هر حال تشخیص این موضوع به نظر خود دادگاه محول است و مرجع دادگاه نیز عرف است. ۵. در ضمن برای تحقق جرم نطق در مجامع حتما لازم نیست که مرتکب در چند مجمع مبادرت به نطق نماید. بلکه نطق در یک مجمع نیز عرفا کفایت می کند (آقائی نیا، ۱۳۹۰: ۶۳).

۲- اینکه عادات و عرفا جرم قابل انتساب به منتسب الیه باشد؛ به عنوان مثال اگر کسی جرم زنا را به بچه صغیر سن انتساب دهد، عرفا و عادات این فرد نمی تواند مرتکب این امر شود تا بتوان صحت آن را اثبات کرد.

۳- اینکه در متن ماده انتشار و اعلان از طریق اوراق چاپی یا خطی آمده برای تشخیص صورت و ظاهر و شکل ورقه و نحوه تنظیم مطالب و اوصاف آن باید به عرف رجوع کرد.

۴- در متن ماده به ذکر اوراق چاپی یا خطی اشاره شده است. هر چند در متن ماده این کلمات جمع بسته شده است ولی عرفاً تعداد اوراق مذکور شرط نیست، زیرا منظور قانونگذار نوع آن وسایل بوده نه تعداد آنها و بر حسب عرف و عادت و تبادل نیز بر یک ورقه نیز دلالت می کند (پاد، ۱۳۸۱: ۲۳).

ر: نشر اکاذیب

بر طبق ماده ماده ۶۹۸ق.م.ا - هر کس به قصد اضرار به غیر یا تشویش اذهان عمومی یا مقامات رسمی به وسیله نامه یا شکواییه یا مراسلات یا عرایض یا گزارش یا توزیع هر گونه اوراق چاپی یا خطی با امضاء یا بدون امضاء اکاذیبی را اظهار نماید یا با همان مقاصد اعمالی را بر خلاف حقیقت راست یا به عنوان نقل قول به شخص حقیقی یا حقوقی یا مقامات رسمی تصریح یا تلویح نسبت دهد اعم از اینکه از طریق مزبور به نحوی از انحاء ضرر مادی یا معنوی به غیر وارد شود یا نه علاوه بر اعاده حیثیت در صورت امکان، باید به حبس از دو ماه تا دو سال و یا شلاق تا (۷۴) ضربه محکوم شود.

در این ماده هم برای تفسیر و تشخیص مفاهیم اوراق چاپی یا خطی، امضاء بودن یا نبودن، اکاذیب و تعدد آنها ناچار از مراجعه به عرف هستیم. برای صحت موضوع به یک نمونه از رای استناد می کنیم. دیوانعالی کشور در رای شماره ۲۶۲۲-۱۰/۱۳۱۸//۱۰- دربارۀ تاثیر عرف چنین مقرر می دارد: " قسمت ب از ماده ۲۶۹ قانون کیفر همگانی نامه هایی با امضاء به مقامات را در صورتیکه مشتمل بر اکاذیب و امور خلاف حقیقت به قصد اضرار و یا سوء نیت باشد بزه شناخته اکاذیب و اعمال هر چند در ماده مزبور به کلمه جمع گفته شده ولی منظور نوع آن امور بوده و بر حسب عرف و تبادل به یک عمل هم صدق می کند و تعدد امور شرط تشکیل و تحقق بزه نیست بلکه اگر کسی یک فقره امر کذب و خلاف واقع را هم به نحو مقرر در ماده مزبور به غیر نسبت بدهد عملش مشمول آن ماده خواهد بود." بند سوم: اهانت و توهین توهین و اهانت از ریشه های وهن و اصطلاحات فحاشی، الفاظ رکیک، و دشنام از مصادیق توهین و اهانت هستند (بروجردی عبده، ۱۳۸۱: ۳۰).

بر طبق ماده ماده ۶۰۸ق.م.ا - توهین به افراد از قبیل فحاشی و استعمال الفاظ رکیک چنانچه موجب حد قذف نباشد به مجازات شلاق تا (۷۴) ضربه و یا پنجاه هزار تا یک میلیون ریال جزای نقدی خواهد بود.

بر طبق نظرات حقوقدانان معیار تشخیص توهین و اهانت قضاوت عرف است. زیرا از نظر مفهوم لغوی احراز مفهوم تحقیر بر مبنای مجموعه عواملی از قبیل کم و کیف رفتار، شخصیت طرفین، زمان، مکان، و امثال آن که ارکان تشکیل دهنده ی عرف هستند امکان پذیر است (آقائی نیا، ۱۳۹۰: ۲۱).

در اندیشه های حقوقی مفهوم توهین یک مفهوم عرفی است. مرحوم دکتر ابراهیم پاد می نویسد: " توهین که در معنای اخص عبارت است از نسبت دادن هر امر وهن آور اعم از دروغ یا راست به هر وسیله و طریقه ایی که باشد

یا انجام دادن هر فعل یا ترک فعلی که در نظر عرف و عادت جامعه موجب کسر شان یا باعث تخفیف و پست شدن طرف گردد (پاد، ۱۳۸۱: ۳۷۳).

بنابراین برای تشخیص موهن بودن عمل مادی یا زشت و قبیح بودن فحش و ناسزا ضرورت دارد که مقامات قضایی و دادگاهها در هر مورد با در نظر گرفتن عرف و عادت و زمان و مکان و شخصیت و وضع اجتماعی طرف عمل توهین آمیز لفظ رکیک را سنجیده و ارزیابی کنند. اداره حقوقی قوه قضائیه در نظر به شماره ۷/۳۴۷۲ - ۱۳۷۷/۱۶/۸ بر مفهوم عرفی توهین تصریح دارد:

" اهانت امر عرفی و تشخیص آن با قاضی رسیدگی کننده به پرونده است. " بند چهارم: اعمال منافی عفت عمومی بر طبق ماده ۶۳۸ م.ا - هر کس علنا در انظار و اماکن عمومی و معابر تظاهر به عمل حرامی نماید، علاوه بر کیفر عمل به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم میگردد و در صورتی که مرتکب عملی شود که نفس آن عمل دارای کیفر نمی باشد ولی عفت عمومی را جریحه دار نماید فقط به حبس از ده روز تا دو ماه یا تا (۷۴) ضربه شلاق محکوم خواهد شد. اعمال منافی عفت عمومی به انجام عملی اطلاق می شود که خلاف عفت عمومی بوده و در ملا عام انجام شود. و خلاف عفت عمومی بودن در هر جامعه ای به آداب و رسوم آن جامعه مربوط می شود که ممکن است عملی در یک جامعه خلاف عفت و در یک جامعه دیگر امر عادی و بی اهمیت تلقی گردد. بنابراین جرم انگاری اعمال منافی عفت عمومی تابع باور و اعتقادات مذهبی و عرف و عادت جامعه است. به طور کلی نظر به اینکه عرف حاکم در یک جامعه در تعیین مصادیق جرم منافی عفت عمومی نقش به سزایی دارد و این عرف در طول زمان بر اثر عوامل متعددی نظیر تغییر حکومت، پیشرفت تکنولوژی، و اطلاع رسانی رسانه های جمعی دستخوش تغییر قرار می گیرد، مصادیق این جرم در طول زمان متغیر هستند. بعضی از اعمال منافی عفت عمومی شامل همان افعال حرامی هستند که قانون گذار به موجب قسمت اول ماده فوق الذکر در نظر گرفته است. اعمالی چون: همجنس گرایی، عورت نمایی، خودنمایی جنسی و.....

موضوع قابل توجه این است که فعل حرام بر مبنای مسائل شرعی حرمت خود را دارد ولی اعمال منافی عفتی که ذاتا فعل حرام نیستند ولی براساس عرف و عادت، توسط مقنن جرم شناخته می شوند. اما در جرم انگاری فعل حرام عرف و عادت هیچ نقشی ندارد. نکته دیگر اینکه جرائم منافی عفت برخاسته از سنت ها و عرف های اجتماعی است و کمتر جرمی را می توان یافت که تا این حد معیارهای عرفی، سنتی و مذهبی در ظهور آن تاثیر داشته باشد. در هر جامعه با توجه به اندیشه های عرفی، سنتی، فرهنگی، جرائم منافی عفت به وجود می آیند و با تغییر عرف و دگرگونی فرهنگی اجتماعی این اعمال نیز رنگ عوض می کنند. ^ بند پنجم: ترک انفاق ترک انفاق یکی از جرائم سلبی است که عنصر مادی آن ترک فعل می باشد. این جرم در ماده ۵۳ قانون حمایت از

خانواده پیش بینی شده است. به موجب این قانون: "هر کس با داشتن استطاعت مالی، نفقه زن خود را در صورت تمکین او ندهد یا از تأدیه نفقه سایر اشخاص واجب‌النفقه امتناع کند به حبس تعزیری درجه شش محکوم می‌شود. تعقیب کیفری منوط به شکایت شاکی خصوصی است و در صورت گذشت وی از شکایت در هر زمان تعقیب جزائی یا اجرای مجازات متوقف می‌شود" (آخوندی، ۱۳۸۸: ۴۸۳).

نکات قابل توجه در این ماده این است که: اولاً شناخت و تشخیص استطاعت بر اساس عرف و عادت جامعه است و مستطیع بودن هر کس با توجه به اوضاع و احوال و وضعیت مالی و شخصیت خانوادگی و فرهنگی طرفین می‌باشد. برای مثال پرداخت نفقه فرزندان تا پایان تحصیلات تکمیلی و حتی فرزند زنا زاده بر اساس عرف و رویه جاری جامعه بر عهده‌ی پدر می‌باشد. و احراز استطاعت زوج در الزام وی به پرداخت نفقه به زوج، بستگی به نظر دادگاه رسیدگی کننده داشته و این امر می‌تواند بر مبنای عرف و عادت باشد. مصادیق نفقه که در قانون مدنی آمده است بر اساس آنچه که در زمان تشریح حکم شرعی رایج بوده تعیین شده و تعیین آنها در هر زمانی و مکانی و فرهنگی بستگی به عرف و عادت جامعه دارد. به عنوان مثال اگر عرف و عادت جامعه به داشتن خادم تعلق بگیرد این حق برای او ثابت است که به عنوان نفقه در خواست کند.

بنابراین تحول شیوه‌ی زندگی هر روز نیازهای تازه‌ای به وجود می‌آورد که این نیازها را نمی‌توان در چارچوب معینی محصور کرد و باید داوری را به عهده‌ی عرف گذارد مثل هزینه‌های درمان و داروی زن برای عمل زایمان یا جراحی بر اساس عرف بر عهده‌ی زوج است. بنابراین معیار و ملاک تعیین استطاعت زوج برای پرداخت نفقه و مصادیق آن در طول زمان و مکان عرف و عادت می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۶۲).

نتیجه گیری و پیشنهادها

همانطور که در طی تحقیق و مخصوصاً فصل اول بیان شد، عرف یکی از منابع حقوق است که به صورت منبع فرعی و ارشادی مورد توجه قرار گرفته است.

- آنچه که به عنوان عرف در حقوق کیفری به عنوان یک منبع مد نظر است تنها عادات و رسوم محلی و قومی نیستند بلکه در معنای موسع و تحت عنوان افکار و خواست عمومی جامعه مد نظر می باشد و این اراده عمومی به عنوان عرف و عادت دارای ماهیت و عناصر تشکیل دهنده ای است که نیروی لازم را به عرف می دهد و همین نیروی معنوی موجود در عرف است که آن را به عنوان منبع موثر و اساسی در حقوق نمایان می کند. تاثیر نقش آن در حقوق کیفری در مراحل مختلف تدوین، تفسیر و اجراء قوانین قابل توجه می باشد. و مشخص شد که عرف و عادت در تدوین قوانین کیفری، شناخت موضوعات، بررسی مصادیق و تطبیق موضوعات بر مصادیق بسیار موثر است و باید مورد توجه قانون گذار، حقوقدانان و جامعه شناسان حقوقی قرار گیرد و میزان تاثیر آن در مراحل مختلف تدوین، تفسیر و اجراء قوانین کیفری به طور مفصل مورد بحث و بررسی قرار گیرد و جامعه احساس کند که قانون گذار برای نظرات و افکار عمومی موجود ارزشی خاص قایل است تا با روحیه بالاتر و درک عمیق تر و اطمینان بیشتر پایبند به قوانین موضوعه باشند.

- بررسی مقررات و قوانین مصوبه نشان از تاثیر عرف در تدوین قوانین موضوعه دارد و نه تنها در عقود و معاملات عرف نقش به سزایی دارد بلکه ایفای نقش آن در قوانین موضوعه کیفری به حدی است که به جرات می توان عبارت «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه» را موسع کرد و گفت «الفاظ حقوق محمول است بر معانی عرفیه» زیرا قانون گذار در درجه اول از افکار و عادات عمومی مردم جامعه در تدوین قوانین سود می برد و در واقع قبل از به وجود آمدن سیستم های قانون گذاری و حقوق مدرن عرف به عنوان حقوق غیر مدون وجود داشته و عبارات قانون چیزی جز انعکاس عرف و افکار عمومی در قالب کلمات و واژه ها نیست. به طوری که می توان به جرات می توان اذعان کرد قاعده کلی حمل الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه را به امور کیفری و تفسیر قوانین کیفری نیز تسری داد.

- رویه ی قضایی و عرف کارشناس هم که در محاکم دادگستری دارای ارزش و اعتبار ویژه ای است نیز با عرف ارتباط نزدیکی دارد و در واقع عرف عام زمینه ساز عرف کارشناس و رویه ی قضایی شده است. اما اکثر حقوقدانان کیفری وجود عرف را مانعی برای اعمال اصل قانونی بودن جرم و مجازات می دانند و همین امر مانع هر گونه تفکر و تحقیق پیرامون تاثیر عرف در قانون شده است؛ در حالیکه خود اصل

قانونی بودن جرم و مجازات اصلی عقلایی و عرفی بوده که از سوی سزار بکاریا بیان شده است. ولی این اصل نباید مانع از توجه به عرف گردد.

- رویه ی قضایی و دیوان عالی کشور مبادرت به تهیه ی مجموعه آراء قضایی که مبتنی بر عرف و عادت صادر شده است بنماید، تا به سادگی در دسترس دانشمندان حقوق و قضات قرار بگیرد، دادرسان می توانند با مطالعه ی دقیق عرف و عادت محل خدمت در شناخت موضوعات و تفسیر قوانین از عرف مدد بگیرند و و احکام تلطیف یافته تر و واقعی تری را صادر نمایند.

- با مطالعات صورت گرفته، جمع بندی می شود که هیچ مذهب و مکتب فقهی از صدر اسلام تا کنون با حکم سنگسار، مخالف نبوده اما باین وجود، حکم مسلم اسلامی فوق از ابتدای رحلت پیامبر (ص) و حتی در زمان آن بزرگوار مورد تشکیک، انکار برخی فرقه های عمدتاً سیاسی در بین امت اسلام قرار گرفت و برخلاف تصور برخی، مجازات رجم از قانون مجازات اسلامی سال ۹۲ حذف نشده و حتی در ماده ۲۲۵ آن، قانونگذار صراحتاً آورده است که حدزنا برای زانی محصن وزانیه محصنه رجم است. اما واضح است که در ادامه با توجه به عدم وجود زیرساخت های اجرایی حد، این ماده تغییرات جدیدی داشته است. به این صورت که: در صورتی که عدم امکان اجرای رجم با پیشنهاد دادگاه صادر کننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضاییه، اگر این جرم با بینه ثابت نشود، موجب صدضربه شلاق برای هریک می باشد. این تغییرات در حکم فوق بسیار کاربردی است، زیرا در وضعیتی که به دلیل عدم وجود یا دسترسی مرتکب به راه های مشروع، راه حل قانونی ارائه می دهد تا از مشکلات متعدد مانند ضدنظام شدن مرتکب و وهن دین اسلام جلوگیری شود و منظور قانونگذار از عبارت "عدم امکان اجرای رجم"، تلطیف این مجازات با توجه به اسناد حقوق بشر و فشارهای بین المللی می باشد که مبنای فقهی هم دارد: ۱- حکم اولیه زنا ی محصنه یعنی رجم ۲- حکم ثانویه زنا ی محصنه که تغییر در اجرای رجم به جهت تاثیر مصالح و مفاسد است.

- همچنین با توجه به گردآوری نظرات شورای نگهبان دریافتیم، که با توجه به این که مجلس با اصرار شورای نگهبان در نهایت، مجازات رجم و امکان تبدیل آن در ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی ذکر کرد، پس موید این مطلب است که به تغییر و تبدیل مجازات رجم، در شرایطی مجوز داده میشود.

به عنوان راهکارهایی پیشنهاد میشود:

- در اجرای مجازات های سنگین و غیر انسانی حدی مانند رجم، اعدام، قطع ید بازنگری و حتی الامکان حذف شوند و به جای آنها مجازات های تعزیری جایگزین شوند که با سخت تر شدن اثبات حدود و یا حتی اثبات نشدن آنها، هم با اجرای احکام شرعی منافاتی نداشته و هم مجازات به شکل متعادل تری انجام شده است.
- همچنین گاهی هم حسب لزوم و با توجه به مصلحت روز جامعه، می توان از نظرات غیر مشهور فقها در باب حدود که راه را برای برداشت های جدید و نوآوری در صدور احکام قضات هموار میکند، بهره برد، تا به مهمترین ویژگی یک جامعه مدرن و متمدن انسانی برسیم که آن حفظ کرامت انسانی است.
- بهتر است که در کلیه ی مواردی که امکان اجرای قوانین شرعی به جهت مشکلات و معضلات بین المللی و عدم انطباق شرایط فعلی با زمان وضع مقررات شرعی برای حفظ نظم و جلوگیری از از هم پاشیدگی امنیت اجتماعی مبادرت به تصویب و اجرای مقررات عرفی بنمایند و اصرار در اجرای مقرراتی که پذیرش نداشته نمایند.
- با تفسیر منعطف تر از احکام کیفری قرآن، و بانگاه تقلیل گرا چه بسا بتوان راهکارهایی برای عرفی شدن حقوق کیفری شرعی ارائه داد. چرا که احکام کیفری شرعی زمان مند و مکان مند هستند و یکی از نظرات جدی در بین فقیهان، حرمت اجرای کیفرهای شرعی حدی در زمان غیبت است که قول به تعطیل این حدود، در پرتو قاعده دراء، تقویت می شود و نظام کیفری اسلام هم با جایگزینی نهاد تعزیرات، راهی برای غلبه بر جرم و جنایت اندیشیده است و تعزیرات هم چیزی جز یک نظام عرفی بر اساس ضوابط عام حقوق کیفری شرعی مقید به اصل عدالت شده، نیست، که بر اساس شرایط زمان و مکان به راحتی تغییر و در اختیار حاکم است

الف) منابع فارسی

۱) کتب

- ۱) آخوندی، دکتر محمود، آیین دادرسی کیفری، ج ۴، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸.
- ۲) آشوری، دکتر محمد، آیین دادرسی کیفری، جلد ۲، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۶.
- ۳) آقائی جنت مکان، حسین، حقوق جزای عمومی (۱)، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰
- ۴) -----، حقوق جزای عمومی (۲)، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۰
- ۵) آقایی نیا، حسین، حقوق کیفری اختصاصی، جرایم علیه اشخاص، تهران: نشر سمت، ۱۳۹۰
- ۶) اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، ج ۲، تهران: میزان، ۱۳۸۳.
- ۷) اسعدی، میثم، اصول فقه (۲)، تهران: نشر راه، ۱۳۸۷
- ۸) امین پور، محمد تقی، قانون کیفر همگانی و آراء دیوانعالی کشور، تهران: شرکت سهامی چاپ، ۱۳۴۰
- ۹) انصاری، محمد جواد انصاری، قدرت الله؛ شمسی، ابراهیم؛ طباطبائی، علی اکبر؛ تعزیرات، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۸۵.
- ۱۰) ایزدی فرد، علی اکبر؛ نعمت زاده، رجبعلی؛ کاویار، حسین، عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی، ۱۳۸۸
- ۱۱) امام خمینی، روح اله، پویایی فقه و تاثیر زمان و مکان بر آن، ۱۳۹۷
- ۱۲) باز گیر، یدالله، علل نقض آرای کیفری در شعب دیوانعالی کشور، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۸۵.
- ۱۳) باهری، محمد، حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران: چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۴۶.
- ۱۴) بروجردی عبده، محمد، اصول قضائی جزایی دیوانعالی کشور، تهران: انتشارات آریان، ۱۳۸۱.
- ۱۵) یاد، ابراهیم، حقوق کیفری اختصاصی، تهران: چاپ و انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۶.
- ۱۶) پیمانی، ضیاء الدین، تفصیل قواعد دفاع مشروع در ایران، تهران: نشر میزان، ۱۳۷۴.
- ۱۷) جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مقدمه عمومی علم حقوق؛ تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰
- ۱۸) -----، مکتب های حقوقی در اسلام، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۰.

- ۱۹) ----- تاثیر اراده در حقوق مدنی ایران، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۴۰.
- ۲۰) -----، دانشنامه حقوقی، ج ۱، تهران: انتشارات امیر کبیر، ۱۳۵۶.
- ۲۱) ----- حقوق اسلام، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۵۸.
- ۲۲) -----، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷.
- ۲۳) حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی ایران، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶.
- ۲۴) ----- شرح قانون مجازات عمومی ایران، تهران: چاپخانه بانک ملی، ۱۳۳۲.
- ۲۵) حبیب زاده، محمد، حقوق جزای اختصاصی (جرائم علیه مالکیت)، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۰.
- ۲۶) -----، سرقت در حقوق کیفری ایران، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۹.
- ۲۷) حسنی، حسن، حقوق تجارت، تهران: نشر میزان، ۱۳۷۸.
- ۲۸) حکمت نیا، محمود؛ مسئولیت مدنی در فقه امامیه مبانی و ساختار؛ قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- ۲۹) حیدری، سید کمال، منطق فهم القرآن، مؤسسه امام جواد(ع)، ۱۳۹۰، ج ۱.
- ۳۰) داور، علی اکبر، تقریرات درس حقوق جزای عمومی، تهران: چاپخانه بانک ملی، ۱۳۰۷.
- ۳۱) دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، ج ۱ و ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
- ۳۲) دهقان، حمید، تاثیر زمان و مکان بر قوانین جزایی اسلام، ۱۳۷۶.
- ۳۳) زراعت، عباس، شرح قانون مجازات اسلامی (تعزیرات)، ج ۱، تهران: نشر فیض، ۱۳۷۷.
- ۳۴) زمانی، محمود، عرف و عادت در نظر حقوقی ایران، تهران: جاودانه جنگل، ۱۳۹۰.
- ۳۵) سعیدی، عادل، حقوق جزای عمومی اسلام، تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۰.
- ۳۶) سپهوند، امیر خان، حقوق جزای اختصاصی (۱) جرائم علیه اشخاص، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۶.
- ۳۷) سلجوقی، محمود، عرف در حقوق مدنی ایران، تهران: چاپخانه بانک ملی، ۱۳۴۷.
- ۳۸) سلطان احمدی، جلال، عرف در قرار دادها، تهران: جنگل، ۱۳۸۹.
- ۳۹) سمیعی، حسن، حقوق جزا، تهران: چاپخانه شرکت مطبوعات، ۱۳۴۸.
- ۴۰) شامیاتی، هوشنگ، حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه اشخاص)، تهران: انتشارات امیر کبیر، ۱۳۹۱.

- (۴۱) شریعتی، روح الله، قواعد فقه سیاسی، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، ۱۳۹۳، ۳۸-شهییدی، موسی، موازین قضایی، تهران: چاپخانه علمی، ۱۳۴۰
- (۴۲) صابری، حسین، فقه و مصالح عرفی، قم: انتشارات تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۰.
- (۴۳) صادقی، محمد هادی، حقوق جزای اختصاصی (۱) جرائم علیه اشخاص (صدمات جسمانی)، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۱
- (۴۴) صانعی، یوسف، استفتائات قضائی، ج ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۴.
- (۴۵) عشایری، محمد، بازپژوهی مجازات رجم در شرع و قرآن، ۱۳۹۱
- (۴۶) علیدوست، ابوالقاسم، فقه و عرف، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰
- (۴۷) عمید زنجانی، عباسعلی، فقه سیاسی، ج ۲، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۸.
- (۴۸) فیض، علیرضا، مبادی فقه و اصول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۰.
- (۴۹) -----، عرف اجتهاد، تهران: مجد، ۱۳۸۶.
- (۵۰) قیاسی، جلال الدین، مبانی سیاست جنایی حکومت اسلامی، تهران: انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۸۵.
- (۵۱) ----- تسیب در قوانین کیفری ایران، تهران: مدین، ۱۳۷۵.
- (۵۲) -----، دهقان، حمید؛ خسروشاهی، قدرت الله، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۸، ۴
- (۵۳) -----، جلال الدین؛ ساریخانی، عادل؛ خسروشاهی، قدرت الله، مطالعه تطبیقی حقوق جزای عمومی، ج ۲، تهران: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۸.
- (۵۴) کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، جلد ۲، تهران شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- (۵۵) -----، مقدمه عمومی علم حقوق، تهران شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
- (۵۶) -----، حقوق مدنی خانواده، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲.
- (۵۷) -----، کلیات حقوق، ج ۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۷۰.
- (۵۸) کدیور، محسن، توقف بد جواز اقامه حدود در زمان غیبت، ۱۳۸۹

- ۵۹) گلدوزیان، ایرج، حقوق جزای عمومی ۲، تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی، ۱۳۸۲.
- ۶۰) متین، احمد، احکام تفضیلی هیات های عمومی دیوانعالی کشور، تهران: آفتاب، ۱۳۳۶.
- ۶۱) ----- مجموعه رویه قضائی قسمت کیفری، تهران: رهام، ۱۳۸۱.
- ۶۲) محمدی، ابوالحسن، حدود و تعزیرات و قصاص، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- ۶۳) ----- دیات، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- ۶۴) محقق داماد، سید مصطفی، حدود در زمان ما؛ اجرا یا تعطیل؟، ۱۳۷۸
- ۶۵) مرعشی، سید محمد حسن، دیدگاههای نو در حقوق کیفری اسلام، تهران: میزان، ۱۳۷۳.
- ۶۶) موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریرالوسیله، ج ۲، قم دار العلم، ۱۴۰۱.
- ۶۷) مومنی، عابدین، گزیده حقوق جزای خصوصی اسلام، تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۰
- ۶۸) معین، محمد، فرهنگ فارسی، جلد ۱، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۳.
- ۶۹) منتظری، حسینعلی، کتاب الحدود، قم: انتشارات دار الفکر، ۱۴۰۰.
- ۷۰) مهدوی، علی اصغر، مبانی نقش زمان و مکان در استنباط احکام از دیدگاه امام خمینی و شهید صدر، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۹
- ۷۱) میر محمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه اشخاص)، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
- ۷۲) میر محمد صادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه اموال و مالکیت)، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۱.
- ۷۳) نجومیان، حسن، مبانی قانونگذاری و دادرسی، مشهد: انتشارات آستان قدس رضوی، ۱۳۶۶.
- ۷۴) نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۸.
- ۷۵) ولیدی محمد صالح، حقوق جزای اختصاصی (جرائم علیه اشخاص)، ج ۲، تهران: امیر کبیر، ۱۳۶۹.

۲) مقالات:

- ۷۶) ابوالحسینی، علی اکبر؛ عرف در تشخیص موضوع و استنباط احکام، مجله پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، تابستان ۱۳۸۵ - شماره ۴.

- ۷۷) اسحاقی، محمد؛ امام، سیدمحمدرضا؛ مسعودیان، مصطفی، اختیار حاکم اسلامی در تبدیل مجازات رجم با نگاهی به نظرهای شورای نگهبان، ۱۳۹۴.
- ۷۸) باقری صالح، مجید، جرم توهین مطبوعاتی، مجله: تعالی حقوق، سال سوم - شماره ۱۲.
- ۷۹) خدا بخشی، عبدالله، جنبه های مدنی و کیفری دفاع مشروع، مجله تخصصی الهیات و حقوق، بهار ۱۳۸۶، شماره ۲۳.
- ۸۰) سلیمانی، حسین، بازخوانی احکام کیفری قرآن در پرتو معیارهای محدود کننده، ۱۴۰۰، دوفصلنامه دین و دنیای معاصر، دوره: ۸، شماره: ۱
- ۸۱) سلیمانی، حسین، قوانین کیفری در پرتو موازین اسلامی: بازخوانی اصل چهارم قانون اساسی در پرتو قواعد حاکم، مصلحت، و حقوق بشر، ۱۴۰۰.
- ۸۲) شعبان پور، رسول؛ طلابکی، اکبر؛ عرف در قانونگذاری نظام اسلامی، مجله مطالعات حقوقی دولت اسلامی، بهار ۱۳۹۲، سال دوم - شماره ۳
- ۸۳) صابری، علی، عرف در تفسیر حقوقی، مجله و کالت، آبان ۱۳۸۶ - شماره ۳۳ و ۳۴.
- ۸۴) علوی، سید محمد تقی، تاملی بر جایگاه عرف و عادت در فقه و حقوق موضوعه ی ایران، مجله دانشکده ادبیات و علوم انسانی تبریز، بهار ۱۳۸۱ - شماره ۱۸۲.
- ۸۵) موسوی بجنوردی، سید محمد؛ بررسی فقهی و حقوقی و حدود مسئولیت مدنی و کیفری ناقلین ایدز با رویکردی بر نظریات حضرت امام خمینی (س): بخش دوم، نامه الهیات تابستان ۱۳۸۷ - شماره ۳
- ۸۶) محقق داماد، سیدمصطفی، رجم از دیدگاه قرآن و سنت، ۱۳۸۸، شماره ۵۸.
- ۸۷) واسعی، سیدمحمد، فقه و عرف، مجله: قضاوت، بهار و تابستان ۱۳۷۹ - شماره ۱۵ و ۱۶.

ب) منابع عربی

- ۸۸) ابن همام، کمال الدین، فتح القدير، ج ۵، بی جا، دارالفکر، بی تا
- ۸۹) ابوزهره، محمد، الجریمة والعقوبة فی الفقه الاسلامی، بی جا، دار الفکر العربی، بیتا
- ۹۰) احسون، علی عبدالرحمن، العقوبات الختلف علیها فی جرائم الحدود، ریاض: دار النفائس، ۱۴۲۲ ق

- (۹۱) ابوزید، بکر بن عبدالله، الحدود والتعزیرات عند ابن القیم، ریاض: دارالعاصمه، ۱۴۱۵ ق
- (۹۲) اجصاص، احمد ابوبکر رازی، الفصول فی الاصول، ج ۴، کویت: بینا، ۱۴۱۴ق،
- (۹۳) ابن امیر حاج، شمس الدین ابن الموقت، التقرير والتحییر فی علم الاصول، ج ۳، بیروت - لبنان: دار الفکر، ۱۴۲۰ ق
- (۹۴) اباجی، ابوالولید، احکام الفصول فی احکام الاصول، ج ۲، بیروت: دار الغرب الاسلامی، ۱۴۱۵ق
- (۹۵) البانی، ناصر الدین، سلسله الأحادیث الصحیحه، ج ۱، الریاض: مکتبه المعارف، ۱۴۲۲ ق، ص ۴۶۱.
- (۹۶) خویی، سیدابوالقاسم؛ مبانی تکمل المنهاج، قم: مؤسسه احیاء آثار امام خویی، ۱۴۳۰.
- (۹۷) شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۱۰، تهران: حقوق اسلامی، ۱۳۹۳
- (۹۸) نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، الطبعة السابعة، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۱.
- (۹۹) قرضاوی، محمد یوسف، مدخل لدراسة الشریعة الاسلامیة، بی جا، مکتبه و هبه، ۱۴۲۶ق، ص ۲۰۲.
- (۱۰۰) بوطی، محمد سعید رمضان، ضوابط المصحلة فی الشریعة الاسلامیة، دمشق: دار الفکر، ۱۴۲۶ ق، ص ۱۸۲.
- (۱۰۱) عینی، محمود، البناية، ج ۶، ص ۲۹۳. بابر تی، جمال الدین، العناية، ج ۵، ص ۲۴۵.
- (۱۰۲) دمیاطی، تاج الدین، الشامل فی فقه الإمام مالک، ج ۲، ص ۹۲۶.
- (۱۰۳) طحان، عبدالحمید محمود، الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، ج ۳، دمشق: دار القلم، ۱۴۲۰ق
- (۱۰۴) شاذلی، حسن علی، الجنایات فی الفقه الاسلامی، بی جا، دار الکتب الجامعی، بیتا
- (۱۰۵) رافعی، مصطفی، احکام الجرائم فی الاسلام، بیروت - لبنان: دارالافریقیه، ۱۴۱۶ق،
- (۱۰۶) دیرانی، مأمون، فلسفة الحدود والعقوبات فی الاسلام، سوریه: مجلة الدرر الشامیة، ۱۴۳۶ ق.
- (۱۰۷) جرجاوی، علی احمد، حکمت و فلسفه شریعت، مترجم، احرار، عبدالواحد، شیخ الاسلام احمد جام، ۱۳۸۰ ش
- (۱۰۸) شیرازی، ابی اسحاق ابراهیم، اللمع فی اصول الفقه، بیروت - دمشق: دار ابن کثیر، ۱۴۲۳ق، ص ۲۰۰
- (۱۰۹) زحیلی، مصطفی و هبه، اصول الفقه الاسلامی، ج ۱، تهران، نشر احسان، ۱۴۱۷ق، ص ۷۰۶.
- (۱۱۰) سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط، ج ۹، بیروت: دار المعرفة، ۱۴۱۴ق

- ۱۱۱) کاسانی، علاء‌الدین، بدائع الصنائع، ج ۷، دارالکتب العلمی، بی جا، ۱۴۰۶ق
- ۱۱۲) مرغینانی، برهان الدین علی بن ابوبکر، الهدایة شرح بدایة المبتدی، ج ۲، بیروت - لبنان: دار احیاء التراث العربی، بی‌تا
- ۱۱۳) موسوی خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۹۰ق.
- ۱۱۴) محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، بیجا، بی‌تا استقلال

سازمان ملی آرای قضایی



شماره دادنامه قطعی:
۹۳۰۹۹۷۰۹۰۷۴۰۰۶۹۰

تاریخ دادنامه قطعی:
۱۳۹۳/۰۶/۰۹

گروه رأی:
کیفری

آراء منتخب پرونده:
شعبه دیوان عالی کشور

عنوان:
**تجدیدنظر خواه
دادستان در
جرایم مشمول
حد زنا و لواط**

مشخصات

متن

نتیجه تحلیلی

کلید واژه ها

نمایه

قوانین مرتبط

گردش پرونده

خلاصه جریان پرونده

در پی شکایت اولیه آقای م.ص. متهمین ۱- خانم ف.ع. (همسر شاکی) ۲- آقای م.الف. ۳- آقای ج.م. به اتهام **زنا** **محصنه** تحت تعقیب قرار گرفته و نهایتاً شعبه دوم دادگاه کیفری استان ... رسیدگی کرده و اکثریت (سه نفر) به موجب دادنامه شماره ۰۰۰۱۹-۰۲/۰۸-۱۳۹۲ صرف نظر از گذشت شاکی م.ص. و با عنایت به دفاعیات و انکار شدید خانم ف.ع. و به لحاظ فقد ادله شرعی و قانونی مبنی بر وقوع بزه زنا، مستنداً به ماده ۱۷۷ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری رأی بر برائت متهمین موصوف از اتهام **زنا** **محصنه** صادر و در پایان رأی صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ، قابل تجدیدنظرخواهی در دیوان عالی کشور اعلام گردیده است. ملاحظه می شود پس از ابلاغ رأی دادگاه حسینی به عنوان نماینده دادستان نسبت به رأی صادره تجدیدنظرخواهی نموده و تقاضای نقض دادنامه معترض عنه را نموده است که پس از وصول پرونده به دیوان عالی کشور، رسیدگی آن به این شعبه ارجاع و به کلاس فوق ثبت و با تهیه گزارش در دستور کار قرار گرفته است. هیأت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید. پس از قرائت گزارش آقای راضی عضو ممیز و اوراق پرونده و نظریه کتبی آقای جعفر زاده دادیار دیوان عالی کشور اجمالاً مبنی بر: تقاضای اتخاذ تصمیم شایسته و قانونی دارم، مشاوره نموده، چنین رأی می دهد:

رأی شعبه دیوان

عالی کشور

برابر بند (ج) ماده ۲۳۹ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری رئیس حوزه قضائی که به استناد ماده ۱۰ آئین نامه قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب اختیارات وی به دادستان محول شده است، در خصوص جرائمی که به موجب قانون تعقیب آنها به عهده او واگذار شده است، حق تجدیدنظرخواهی خواهد داشت و چنین حقی به طور عام و کلی صحیح و قابل اعمال است، لیکن با ورود حکم خاص مقنن به عمومیت خود باقی نمانده است؛ زیرا برابر ماده ۴۳ قانون مارالذکر و تبصره ۳ (اصلاحی ۱۳۸۱/۰۷/۲۸) ماده ۳ قانون تشکیل دادگاههای عمومی و انقلاب پرونده هایی که موضوع آنها جرائم مشمول حد زنا و لواط است، مستقیماً در محاکم کیفری استان مطرح می شود و تحقیق در جرائم مذکور با استنباط از مواد یاد شده از سوی مرجع انتظامی و دادسرا ممنوع می باشد و نتیجتاً به لحاظ ممنوعیت حق ورود دادسرا به جرائم منافی عفت، مالا عدم اشراف به ماهیت پرونده، حق اعتراض به اینگونه احکام ندارد و در واقع بند (ج) ماده ۲۳۹ قانون یاد شده صرفاً ناظر به موارد غیر جرائم منافی عفت می باشد. لذا اعتراض نماینده دادستان نسبت به دادنامه شماره ۱۳۹۲/۰۲/۰۸-۰۰۰۱۹ صادره از شعبه ۲ دادگاه کیفری استان ... قابل طرح در دیوان عالی کشور نیست. مقرر است دفتر پرونده اعاده گردد.

شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور - رئیس و مستشار

محمد رضا صابر - محمد حسین راضی

عنوان: شرایط احسان

پیام: اثبات عدم تمکین زوجه، از موجبات خروج متهم

شماره دادنامه قطعی: ۹۳۰۹۹۷۰۹۰۹۲۰۰۲۳۹

تاریخ دادنامه قطعی: ۱۳۹۳/۰۷/۲۸

گروه رأی: کیفری

آراء منتخب پرونده: شعبه دیوان عالی کشور

- مشخصات
- متن
- نتیجه تحلیلی
- کلید واژه ها
- نمایه
- قوانین مرتبط
- گردش پرونده

متن تجمیعی چاپ متن جستجو ز نای محصن عین عبارت پرونده

قلم انبار فهرست

خلاصه جریان پرونده

به تاریخ ۰۴/۱۰/۹۲ خانم ش. طی شکوائیه ای اعلام نموده است که آقای م. چند بار جلوی وی را گرفته و از او

نموده است که آقای م. چند بار جلوی وی را گرفته و از او خواستگاری کرده و در تاریخ ۲۸/۰۹/۹۲ او را سوار آژانس کرده جلوی درب منزلی ایستاده و او را با خود به داخل منزل برده و پس از قفل کردن درب درحالی که وی از ترس شروع به گریه نموده حدود چهار روز او را زندانی کرده و در این مدت او را کتک کاری کرده و حدود چهار الی پنج بار با وی زنا نموده است و او را داخل کمد دیواری زندانی کرده است (صفحه ۱). پرونده به شعبه دادگاه عمومی جزایی ارجاع شده است. خانم ش. به پزشک قانونی معرفی شده در تاریخ ۰۵/۱۰/۹۲ از وی معاینه به عمل آمده نتیجه حاکی است دارای پرده بکارت غیرمدخوله می باشد طبق معاینه انجام شده از دبر مقعد آثار قرمزی و التهاب ناشی از فرسایش پوست در اثر جسم سخت اطراف مقعد دیده می شود که طی یک هفته قبل حادث گردیده است (صفحه ۳). خانم ... وکیل پایه یک دادگستری به وکالت از طرف خانم ش. خود را معرفی نموده است (صفحه ۴). در جلسه مورخ ۰۵/۱۰/۹۲ دادگاه ابتدا شاکیه شکایت خود را تکرار کرده و اظهار داشته در نمایشگاه پاییزه با متهم آشنا شدم و او به منزل ما آمد و نزد مادرم از من خواستگاری کرد ولی نگفتم که همسر دارد و جهت آشنایی بیشتر با هم از درب منزلمان تا دانشگاه محل تحصیل پیاده می رفتیم (توضیحاً مشخصات شاکیه چنین است: ش. ، ۱۹ ساله، ... وی ادامه داده است یک شب متهم به منزل ما آمد و شروع به سروصدا کرد و به من گفت بیا سوار ماشین شو برای جلوگیری از آبروریزی سوار ماشین شدم باهم به درب

منزل او رفتیم و به داخل منزل رفتیم باهم جروبحث کردیم او درب منزل را قفل کرد و شروع کرد به کتک زدن من و گلویم را فشار می داد آن قدر گریه کردم که من را رها کرد و به زور نزدیکی و دخول می کرد چون هیچ همسایه ای نداشتند سروصدایی نکردم و سه روز مرا در منزل نگه داشت و همین یک بار بازور به من تجاوز کرد. خانم وکیل شکیه نیز از سوی او شکایت نموده و گفته است خواستگاری ایشان نه از روی صداقت و هدف ازدواج بلکه از روی فریب و اخاذی بوده است (صفحه ۵). دادگاه از متهم م. ، ۳۰ ساله، تحقیق و شکایت شکیه به او تفهیم کرده گفته است: شکایت او کاملاً دروغ است از همان اول به او گفتم همسر دارم و در حال متارکه هستیم و شکیه با میل خودش به منزل من آمده و او را در خانه حبس نکرده ام حدود سه روز در منزل من بوده است بدون اطلاع خانواده اش چون او را دوست داشتم و قصد ازدواج با او داشتم و هنوز هم دارم و با تمایل شکیه هر شب با او رابطه جنسی داشتم یعنی دو شب با او رابطه جنسی داشتم و ... با رضایت کامل خود وی و اصلاً به زور نبوده است. اظهارات شکیه با اظهاراتش در دادسرا در پرونده سرقت متفاوت است و سرقت طلاهای مادر شکیه هم با همکاری خود شکیه بوده است و بردن به منزل با رضایت خودش بوده و کلید هم داشته است و قبول دارم که او را زده ام چون از یک پسر کرجی تلفنی پول خواست ناراحت شدم و او را زدم متأهل هستم. مهرماه گذشته با خانم ب. عقد کرده ایم ولی به علت اختلافات فی مابین قصد طلاق دادن او را دارم و همسرم تقاضای طلاق داده است و فعلاً

هستم (صفحه ۸). به متهم اتهامش مبنی بر **زنا** محصنه با خانم ش. تفهیم شده، اظهار داشته است: قبول دارم دو بار با تمایل شاکیه با او رابطه جنسی داشته ام و فقط یک بار دخول صورت گرفته است (صفحه ۱۱). شاکیه اظهار داشته: متهم به زور به من تجاوز کرده است. خانم وکیل شاکیه نیز توضیحاتی داده است (صفحه ۱۱). دادگاه به شایستگی رسیدگی دادگاه کیفری استان قرار عدم صلاحیت صادر کرده است (صفحه ۱۳). آقای ... نیز به وکالت از طرف خانم ش. خود را معرفی نموده است (صفحه ۱۶). م. طی شرحی تقاضای تعیین وکیل تسخیری کرده است (صفحه ۲۲). در تاریخ ۱۷/۱۱/۹۲ دادگاه کیفری استان فارس تشکیل جلسه داده. خانم ... به وکالت تسخیری از طرف متهم در دادگاه حضور یافته است. خانم ش. شکایت خود را تکرار نموده و اظهار داشته: متهم پس از بردن من به منزل و کتک کاری به من قرص سفیدرنگ کوچک داد و دو سه روز در منزل او بودم بعد بازور این کار را کرد (صفحه ۲۴). آقای ... به عنوان وکیل شاکیه نیز به دفاع از موکل خود پرداخته و گفته است که تجاوز به عنف محرز است. دادگاه به متهم شکایت شاکیه را تفهیم کرده، اظهار داشته: حدود یک سال پیش من دختری را عقد کردم و بعد از اختلافات بدون عروسی کردن باهم رابطه داشتیم و حکم عدم تمکین خانم من صادر شده پرونده در ... مطرح است حدود سه ماه قبل در پارک ... شاکیه را دیدم از دادگاه تقاضای ازدواج مجدد کردم ایشان منزل ما می آمد به اتفاق همدیگر برای خرید بیرون می رفتیم آن شب به شوخی به او اس ام اس دادم که می خواهم بروم

تهران او گفت خودم را می کشم و اس ام اس زد که داخل کوچه منتظرش هستم از سرما طاقت ندارم او را به منزل بردم و خودم رفتم منزل دوستم صبح زود آمدم ایشان لباس زیر و راحتی تنش بود مانند زن و شوهر خوابیدیم.. (صفحه ۲۸). خانم ... وکیل تسخیری متهم نیز از حقوق موکل خود دفاع کرده است. از شکایه سؤال شده: چهار روز که آنجا بودید چه می خوردید؟ جواب داده است: هیچ چیز نمی خوردیم داخل یخچال هیچ چیز نبود. متهم اظهار داشته: دروغ می گوید ایشان غذا درست می کرد (صفحه ۳۰). خانم ... وکیل پایه یک دادگستری نیز خود را به وکالت از طرف ش. معرفی کرده است (صفحه ۴۶). فتوکی دادنامه شماره ۲۰۱۰۰ مورخه ۰۸/۰۷/۹۲ صادره از شعبه اول دادگاه عمومی پیوست گردیده است که موضوع آن درخواست آقای م. به طرفیت خانم ب. و به خواسته الزام به تمکین می باشد که ضمن آن حکم به نفع خواهان صادر گردیده است (صفحه ۸۱). در جلسه مورخ ۲۸/۰۱/۹۳ دادگاه پس از انجام تحقیقات لازم از متهم آخرین دفاع (به اتهام **زنا** محسن) اخذ شده، اظهار داشته: من به هیچ وجه امکان نزدیکی با خانم خودم را نداشتم و یک دفعه هم برای سازش به منزل همسرم رفتم و برادر بزرگش چاقو برداشت و من را تهدید کرد و حکم دادگاه صادر شد و در مورد نزدیکی با خانم ش. قبول دارم و تمایل از سوی خانم ش. بود ... (صفحه ۸۸) خانم ... وکیل متهم نیز در این جلسه از وی دفاع کرده و تبرئه وی را خواستار شده است (صفحه ۸۷). دادگاه ختم رسیدگی را اعلام و طبق دادنامه شماره ۰۰۰۱۹ مورخه ۰۷/۰۲/۹۳ به طه، خلاصه حبس، ا. ا. صادر کرده است: در مورد اتهام

آقای م. دایر بر انجام عمل **زنا** محسن با خانم ش. با توجه به حکم دادگاه مبنی بر الزام تمکین که به نفع متهم صادر گردیده است در مورد عمل **زنا** محسن نامبرده تبریته می گردد و اقدامات وی در حد **زنا** ساده با خانم شکیه تشخیص داده و به استناد مواد ۱۶۰-۱۶۴-۲۲۰ و سایر مواد مذکور در رأی از قانون مجازات اسلامی نامبرده را به تحمل یک صد ضربه شلاق (حد زنا) محکوم می نماید (صفحه ۹۰). محکوم علیه با وکالت خانم ... تقاضای تجدیدنظر از حکم مزبور را نموده و توضیح داده است که طرق اثبات زنا در قانون احصاء شده و شرایط اقرار در این پرونده فراهم نبوده و استناد به اقرار وجاهت قانونی ندارد و تقاضای نقض حکم را کرده است. مشروح لایحه مربوطه هنگام شور قرائت می شود و پرونده به دیوان عالی کشور ارسال و رسیدگی به این شعبه ارجاع شده است.

رأی شعبه دیوان عالی کشور

در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای م. با وکالت خانم ... وکیل پایه یک دادگستری نسبت به دادنامه تجدیدنظرخواسته که به موجب آن مشارالیه به اتهام **زنا** ساده به تحمل یک صد ضربه شلاق (حد زنا) محکوم شده است؛ نظر به این که دادگاه در صدور حکم خود به ماده ۱۶۴ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ (اقرار متهم) استناد نموده و مستندات رأی خویش را نیز که عبارت اند از شکایت خانم ش. نظریه پزشکی قانونی و اقرار تجدیدنظرخواه به ارتکاب زنا را بیان کرده است و به موجب محتویات پرونده تجدیدنظرخواه دو بار در جلسه

مورخ ۱۷/۱۱/۹۲ (صفحه ۲۸) و دو بار در جلسه مورخ ۲۸/۰۱/۹۳ دادگاه (صفحه ۸۷-۸۸) جمعاً چهار بار اقرار به زنا نموده است، لذا ایرادی اساسی از نظر ماهوی و شکلی بر دادنامه معترض عنه وارد نمی باشد، با رد مدافعات تجدیدنظرخواه و خانم وکیل او مستنداً به بند الف ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید و ابرام می گردد. بدیهی است مورد از سوی دادگاه از مصادیق ماده ۲۲۹ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ تشخیص نگردیده است.

رئیس شعبه هفتم

دیوان عالی کشور - مستشار
انتظاری - بلادی

نقد رأی

ام: *

ایانامه: *

وضیح:



<p>شماره دادنامه قطعی : ۹۳۰۹۹۷۰۹۱۰۰۰۰۵۴۵</p> <p>تاریخ دادنامه قطعی : ۱۳۹۳/۰۷/۰۹</p> <p>گروه رأی : کیفری</p> <p>آراء منتخب پرونده: شعبه دیوان عالی کشور</p>	<p>عنوان: شرایط تحقق و اعمال کیفر</p> <p>پیام: ۱- اجتماع هتک</p>
--	--

- مشخصات
- متن
- نتیجه تحلیلی
- کلید واژه ها
- نمایه
- قوانین مرتبط
- گردش پرونده

خلاصه جریان پرونده

آقای الف.ج. به اتهام مشارکت در **سرقت حدی** به اتفاق سایر متهمین پرونده تحت تعقیب قرار گرفته شعبه ... دادگاه عمومی شیراز به موضوع رسیدگی نمود و طی دادنامه شماره - ۳۱/۰۵/۹۱ با استناد به محتویات پرونده و گزارش نیروی انتظامی و اقرار متهمین در مرحله تحقیقات و شکایت شکات و با تصریح به گذشت تعدادی از شکات تحقق شرایط ۱۶ گانه مندرج در ماده ۱۹۸ قانون مجازات اسلامی درباره جمعی از متهمین از جمله متهم مزبور رأی به قطع ید صادر نموده که طی دادنامه شماره - ۱۹/۰۱/۹۲ به تأیید شعبه ... دادگاه تجدیدنظر استان فارس رسیده است که مطابق گزارشات موجود در پرونده درخواست اعاده دادرسی نسبت به محیطی از محکوم علیهم پذیرفته شد و در مرحله تالی دادگاه نیز شرایط قانونی و شرعی اجرای حد قطع ید را محقق ندانسته و رأی به محکومیت تعزیری صادر کرده است. در این مرحله نیز وکلای محکوم علیه مزبور با ادعای گذشت از کلیه شکات و عدم تحقق شرایط حد خواستار تجویز اعاده دادرسی شدند پرونده به این شعبه دیوان عالی کشور ارجاع، با قرائت گزارش آقای ر. و ملاحظه نظریه آقای ح. نماینده دادستان کل کشور مبنی بر عدم اجتماع شرایط **سرقت** و قبول اعاده دادرسی به شرح ذیل اقدام به صدور رأی می گردد.

رأی شعبه دیوان عالی کشور

با توجه به این که دادگاه محترم علی رغم تصریح به اعلام گذشت جمعی از شکات و بدون ذکر نام آنان تنها به حصول شرایط شانزده گانه منعکس در ماده ۱۹۸ قانون مجازات اسلامی اشاره کرده است و یکی از شروط اصلی که بر اساس فتوای فقهای عظام از جمله حضرت امام ره که فرموده اند «لم یقطع حتی مطالبه المسروق منه» اشاره نکرده است ضمن آن که در خصوص اجتماع شرط هتک حرز و اخراج مال توسط محکوم علیه مزبور به طور شفاف و مستدل اظهار نظر نکرده است، لذا مستنداً به بند ۶ ماده ۲۷۲ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور کیفری در وضعیت فعلی با درخواست اعاده دادرسی آقای الف. نسبت به دادنامه شماره ... - ۱۹/۰۱/۹۲ صادره از شعبه ... دادگاه تجدیدنظر استان فارس موافقت می گردد و پرونده جهت رسیدگی مجدد به شعبه هم عرض ارجاع می گردد.

رئیس شعبه بیست و هفتم دیوان عالی کشور - مستشار
فاضل - رزاقی

نقد رأی

ام: *

ایانامه: *

Abstract

Shari'a punishments are specific, fixed and relatively severe punishments prescribed by the Shari'a, with known qualities, which have been imposed in violation of Islamic values and the good of the holy shari'a, which, despite much emphasis on their implementation, according to Islamic sources and manners, Not only are the detection and proof of crimes subject to severely limited and difficult limits, but also the emphasis on forgiveness and non-proof of them, and even in a limited number of cases proving a crime, there are obstacles that challenge the implementation of sharia punishment in practice. They are building. One of the important things for us in this research is the answer to the question whether the penal laws of Islam and the execution of Sharia punishments can be matched with the current customs and conditions of time and place and the current interest in Iranian society? To answer this question, it should be noted: It is true that the purpose of executing punishments in Islam is one of the limits of correcting criminals. But it seems that the form of punishment is irrelevant and the result is the interest of the Muslim community. Therefore, as the execution of ta'zir punishment is subject to the interest of the society, the establishment of hudud in some cases is either temporarily delayed or the hadd has not been enforced or even the hadd has become a lighter ta'zir punishment. In the continuation of this research, using the views and opinions of proponents and opponents of jurists, mujtahids and religious modernists regarding the establishment of hadd during the absence of the infallibles, we find that this is possible and in this regard, there are practical methods and mechanisms. Which are referred to during the research. Although many articles and even books have been written in the field so far, it is less common to collect opinions and speeches of contemporary jurists, mujtahids and religious intellectuals, as well as recent judicial opinions and provide solutions to punish punishment. Instead of enforcing the limits, we can pay less attention to the application of the limits, with alternative and more appropriate methods, to implement the Sharia law in the desired direction of today's Irat society and in line with human rights standards in the international arena. Let us go and stop witnessing harsh and inhuman punishments in our country that may justify the denial of my Islamic religion.

Keywords: Sharia punishments, custom, Iranian society, Al' Hadd, punishment



Shandiz Non-Governmental Non-Profit Higher Education Institute

Law Department

Field of Criminal law and Criminology

Master Thesis

Topic:

**Theoretical and practical methods and solutions for applying religious
punishments to the current custom of Iranian society**

Supervisor:

Dr. Abbas Shaykh al-Islami

By:

Hoda Yavari

January 2022