

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه قم

دانشکده پرديس دانشگاهي
رساله دکتری رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان:

بررسی فقهی و حقوقی نقش عرف و مصلحت در تعیین مجازات

استاد راهنما:

دکتر علیرضا ابراهیمی

استاد مشاور:

دکتر علیرضا رستمی

نگارنده:

تورج روحانی

زمستان ۱۴۰۰

تاریخ: ۱۳۹۵/۱۰/۱۴ شماره: ۱۳۱۴ پیوست:

شماره: ۹۵۸۵۰۶۲۰۰۲ دوره: پردیس خودگردان

جمهوری اسلامی ایران وزارت علوم، تحقیقات و فناوری **دانشگاه قم**

« صورت جلسه دفاع از رساله دکتری تخصصی »

با تأییدات خداوند متعال و با استعانت از حضرت ولی عصر (عجل الله فرجه الشریف) جلسه دفاعیه رساله جناب آقای تورج روحانی به شماره دانشجویی ۹۵۸۵۰۶۲۰۰۲ دوره پردیس خودگردان رشته فقه و معانی حقوق اسلامی تحت عنوان بررسی فقهی و حقوقی نقش عرف و مصلحت در تعیین مجازات با حضور هیأت داوران در محل دانشگاه قم در تاریخ ۱۳۹۵/۱۰/۱۴ تشکیل گردید. در این جلسه رساله مذکور با موفقیت مورد دفاع قرار گرفت. قرار لغزفت و ناسیده نمره با نمره با درجه عالی خوب متوسط مردود برگزیده شد.

نام و نام خانوادگی	سمت	عریه علمی	امضاء
علیرضا ابراهیمی	استاد راهنما	استادیار	
علیرضا رستمی فلس آبادی	استاد مشاور	استادیار	
حمیده حاتم عیسیایی علی بیگ	استاد ناظر	استادیار	
حسن حبیبی لیلر	استاد ناظر خارجی	دانشیار	
عباسعلی امیدی فرد	ناظر رساله و نماینده تحصیلات تکمیلی	دانشیار	

مدیر خدمات آموزشی:

مدیران آموزشی و تحصیلات تکمیلی دانشگاه:

نام و امضاء:

نشانی: قم، جاده نیمه صنعتی، دانشگاه قم
 کد پستی: ۳۵۱۷۷۶۱۱
 تلفن: ۳۲۸۵۳۳۱۱
 فکس: ۳۲۸۵۳۳۱۲
 ایمیل: ۳۲۸۵۳۳۱۱@qom.ac.ir
 وبسایت: ۳۲۸۵۳۳۱۱.qom.ac.ir

۱۳۹۵/۱۰/۱۴

دسترسى به این مدرک بر پایه آیین‌نامه ثبت و اشاعه پیشنهادها، پایان‌نامه‌ها، و رساله‌های تحصیلات تکمیلی و صیانت از حقوق پدیدآوران در آنها (وزارت علوم، تحقیقات، فناوری به شماره ۱۹۵۹۲۹/۱۹۵۹۲۹ و تاریخ ۱۳۹۵/۹/۶) از پایگاه اطلاعات علمی ایران (گنج) در پژوهشگاه علوم و فناوری اطلاعات ایران (ایراندک) فراهم شده و استفاده از آن با رعایت کامل حقوق پدیدآوران و تنها برای هدف‌های علمی، آموزشی، و پژوهشی و بر پایه قانون حمایت از مؤلفان، مصنفان، و هنرمندان (۱۳۴۸) و الحاقات و اصلاحات بعدی آن و سایر قوانین و مقررات مربوطه شذنی است.

مدیریت تحصیلات تکمیلی
« تعهد نامه اصالت رساله دکتری »

اینجانب آقای تورج روحانی دانشجوی مقطع دکتری تخصصی (تاپیوسته) به شماره دانشجویی ۹۵۸۵۰۶۲۰۰۲ در رشته فقه و مبانی حقوق اسلامی که در تاریخ ۱۴۰۰/۱۰/۰۸ از رساله خود تحت عنوان بررسی فقهی و حقوقی نقش عرف و مصلحت در تعیین مجازات با کسب نمره یا درجه ^{۱۹} دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم :

۱) این پایان نامه/رساله حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و.....) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوط ذکر و درج کرده ام.

۲) این پایان نامه/رساله قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

۳) چنانچه بعد از فراغت تحصیل قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب، ثبت اختراع و ... از این پایان نامه/رساله داشته باشم، از حوزه معاونت پژوهشی مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم.

۴) چنانچه در هر مقطعی زعماتی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب ناشی از آن را می پذیریم و دانشگاه قم مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت.

تورج روحانی
تاریخ و امضاء

گواهی امضاء

صحت امضای دانشجو مورد تایید میباشد.

ناظر رساله / نماینده تحصیلات تکمیلی
عبدالله امیدی فرد
تاریخ و امضاء

تقدیم به:

ماحصل آموخته هایم را تقدیم می کنم به آنان که مهر آسمانی شان، آرام بخشِ آلام زمینی ام است. در ابتدا و اگر قابل باشد تقدیم به ساحت مقدس قرآن کریم، اهل بیت علیهم السلام، اصحاب منتجب پیامبر اعظم صلی الله علیه و آله و سلم و بزرگان دین مبین اسلام بویژه محضر منور و ملکوتی قطب عالم امکان حضرت امام عصر - مهدی موعود - عجل الله تعالی فرجه الشریف و نائب بر حقش ولی امر مسلمین جهان امام خامنه ای (مدظله العالی)...

و به استوارترین تکیه گاهم، دستان پرمهر پدرم ... به سبزترین نگاه زندگی ام، چشمان مهربان مادرم ... که هرچه آموختم در مکتب عشق شما آموختم و هرچه بکوشم، قطره ای از دریای بی کران مهربانی تان را سپاس نتوانم بگویم ...

به همسر و فرزندانم که سایه مهربانی شان، سایه سار زندگی ام می باشد ... آنان که با شکیبائی مدبرانه ای خود، مشکلات معنوی و مادی مسیر را برایم تسهیل نموده اند...

تقدیم به جمیع برادران و خواهران فرهیخته، ارجمند و گرانسنگم که در لوای پرچم پرافتخار اسلام ناب محمدی صلی الله علیه و آله و سلم در اقصی نقاط دنیا، می زی اند؛ و آرزومند روزگار باشکوه اعتلای اسلام در دنیا هستند؛

نگاه همیشگی خداوند مهربان، یار و همراه همگی شان باد ... آمین یا رب العالمین

سپاسگزاری

حمد و سپاس بی‌پایان، شایسته‌ی پرودگارِ حکیم و علیمی است که توفیق کسب دانش و معرفت را به جمیع مخلوقات بویژه بندگانش عنایت فرمود ...

و اما به حقیقت و نیکی، شایسته‌ی قدردانی و ستایش هستند، مربیانی که با جان مایه‌ی صبر، آرامش و بزرگمَنشی، پویندگان علم را لبریز از عشق به دانش و معرفت الهی می‌کنند ...
به رسم شکرگزاری، بر خود لازم می‌دانم از تمامی اساتید فرهیخته، دلسوز و ارجمندم، از ابتدای دانش آموزی تاکنون به ویژه اساتید مقطع دکتری که در طول سالیان گذشته مرا در کسب علوم و دانش یاری نموده‌اند تقدیر و تشکر نمایم ...

از استاد عزیز و بزرگوارم "حجه الاسلام والمسلمین جناب آقای دکتر علیرضا ابراهیمی" که همواره، دلسوزی‌هایشان برایم عیان بوده و راهنمایی این شاگرد کوچک را در انجام تحقیق، پژوهش و نگارش پایان نامه تقبل نموده‌اند، نهایت امتنان و سپاسگزاری را دارم ...

از "حجه الاسلام والمسلمین جناب آقای دکتر علیرضا رستمی قفس آبادی" استاد فرهیخته و مدبرم که در کسوت مشاور، با ارشادات ارزشمندشان، مرا مورد لطف قرار داده‌اند، کمال تشکر را دارم ...

پروردگار سبحان، در پرتو انوار مقدس قرآن کریم و سایه سار اهل بیت علیهم السلام، یار و یاور ایشان و سایر اساتیدم باشد ... آمین یا رب العالمین ...

چکیده

نگاه اومانیستی به جهان و پدیده‌های آن پیامدهای متنوعی را پی داشته است. در عرصه دستورات ادیان این اندیشه‌ها نهایتاً دستورات دینی را به سمت عرفی گرائی سوق داده است؛ مساله ای که به هیچ عنوان مورد تایید دین اسلام نیست. از طرف دیگر وجود احکام و دستوراتی در دین که عرف در تحقق آنها نقش داشته است قابل انکار نیست. این احکام نوعاً در ارتباط با احکام اجتماعی دین اسلام و با عنوان احکام امضایی ظهور و بروز پیدا کرده اند. نوع مجازات‌ها در هر دین تاثیر مستقیمی بر نحوه برداشت سایرین از آن دین به همراه خواهد داشت. وجود مجازات‌های امضایی در دین اسلام گمانه قابل تغییر بودن این مجازات‌ها همراه با تطورات عرفی را دامن زده است. از منظر دینی صرف تطورات عرفی مجوز تغییر احکام الهی نمی شود مگر اینکه با عنصر دیگری به نام مصلحت همراه شود. در واقع عرف و مصلحت به عنوان دو لبه یک قیچی در تغییر و تحول برخی احکام موثرند؛ چراکه هیچ حکم مصلحتی بدون در نظر گرفتن عرف برگرفته از آن قابلیت تحقق را ندارد و از طرف دیگر هیچ حقیقت عرفی به تنهایی و بدون وجود مصلحت توانایی تغییر حکم را و لو به شکل موقت نخواهد داشت. بنا براین در این تحقیق جهت تعیین مجازات نگاه توأمان به دو روی سکه امری لازم شمرده شده است. در این تحقیق با تفکیک ساحت‌های احکام الهی به احکام ثابت احکام قضایی و احکام ولایی به این پرداخته ایم که با توجه به محدودیت موجود در ساحت اول تنها در صورتی برخی احکام ساحت اول قابل تغییرند که با یک عنوان ثانوی مانند وهن، اضطراب و .. همراه شوند و در تحت شمول ساحت سوم قرار گیرند. در ساحت سوم ولی امر با درک مصلحت محدثه می تواند موقتا حکم ساحت اول را با ضوابطی تعطیل نماید. در ادامه با بررسی شکل اعدام و بررسی موضوعیت و یا طریقیّت شکل سلب حیات به نقد و بررسی شکل سلب حیات در رویه موجود پرداخته. و به این نتیجه رسیده ایم که برخی اشکال سلب حیات دارای موضوعیت است و در برخی دیگر صرفاً طریق اذهاق روح است. همچنین به نظر می رسد اعدام با چوبه دار از پشتوانه کافی با ملاک اسرعیّت در قتل برخوردار نباشد. در ادامه با تاکید بر موضوعیت شکل قتل در برخی مجازات‌ها امکان تغییر آن را سنجدیده‌ایم. گردآوری داده‌ها در تحقیق پیش رو، به روش کتابخانه‌ای و نرم‌افزارهای علوم اسلامی و روش تحقیق به صورت تحلیلی و استنباطی سامان گرفته است.

کلید واژگان: فقه، حقوق، عرف، مصلحت، تعیین مجازات

فهرست مطالب

۱	مقدمه
۲	۱. بیان مسئله
۴	۲. اهمیت و ضرورت انجام تحقیق
۶	۳. اهداف تحقیق
۶	۴. سؤالات و فرضیات تحقیق
۶	۴-۱. پرسش اصلی
۶	۴-۲. پرسش‌های فرعی
۶	۵. فرضیه‌های تحقیق
۶	۵-۱. فرضیه اصلی
۷	۵-۲. فرضیه‌های فرعی
۸	۶. نوآوری تحقیق
۷	۷. پیشینه تحقیق
۸	۸. روش‌شناسی تحقیق
۹	فصل اول: کلیات و مفاهیم
۱۰	۱. مفهوم‌شناسی واژگان
۱۰	۱-۱. فقه
۱۰	۱-۱-۱. مفهوم لغوی فقه
۱۲	۱-۱-۲. مفهوم اصطلاحی فقه
۱۳	۲-۱. حقوق
۱۳	۱-۲-۱. مفهوم لغوی حقوق
۱۴	۲-۲-۱. مفهوم اصطلاحی حقوق
۱۵	۳-۱. عرف
۱۵	۱-۳-۱. مفهوم لغوی عرف
۱۷	۲-۳-۱. مفهوم اصطلاحی عرف
۱۹	۴-۱. مصلحت
۱۹	۱-۴-۱. مفهوم لغوی مصلحت
۲۰	۲-۴-۱. مفهوم اصطلاحی مصلحت
۲۲	۵-۱. تعیین مجازات
۲۲	۱-۵-۱. مفهوم لغوی تعیین
۲۲	۲-۵-۱. مفهوم لغوی و اصطلاحی مجازات
۲۲	۱-۲-۵-۱. مفهوم لغوی مجازات
۲۳	۲-۲-۵-۱. مفهوم اصطلاحی مجازات
۲۴	۲-۱. کلیات
۲۴	۱-۲-۱. تاریخچه مجازات‌ها
۲۵	۲-۲-۱. علت مجازات
۲۶	۳-۲-۱. اقسام مجازات‌ها
۲۶	۴-۲-۱. ویژگی‌های مجازات

۲۸	فصل دوم: مبانی و اهداف مجازات
۲۹	۱-۲. بررسی حق مجازات از منظر اسلام
۲۹	۱-۱-۲. منشأ حق در اسلام
۳۳	۲-۲. مبانی مجازات از دیدگاه اسلام
۳۳	۱-۲-۲. بی‌ثمر نبودن خلقت
۳۳	۱-۱-۲-۲. باطل نبودن خلقت آسمان و زمین
۳۷	۲-۱-۲-۲. هدفدار بودن خلقت انسان
۳۸	۳-۱-۲-۲. منزّه بودن خلقت از لهو ولعب
۳۸	۴-۱-۲-۲. حق و حکیمانه بودن خلقت آسمان و زمین
۴۰	۲-۲-۲. مختار بودن آدمی
۴۲	۳-۲. اهداف مجازات‌ها در فقه و حقوق
۴۳	۱-۳-۲. تشفی و برگشت آرامش به بزه‌دیده
۴۴	۲-۳-۲. بازدارندگی برای فرد مجرم و جامعه
۴۴	۳-۳-۲. اجرای عدالت
۴۵	۴-۳-۲. به‌سازی، درمان و بازپروری مجرم
۴۶	۵-۳-۲. پیشگیری
۴۶	۶-۳-۲. زدودن تیرگی معنوی ناشی از جرائم
۴۷	۴-۲. تحلیل بررسی سیاست کیفری اسلام
۴۸	۵-۲. بررسی حدود و تعزیرات به عنوان ارکان مجازات‌های اسلامی
۴۹	۱-۵-۲. حدود
۴۹	۱-۱-۵-۲. موارد ساقط‌کننده حد به طور مطلق
۵۱	۲-۱-۵-۲. کیفیت و نحوه اثبات جرائم حدی و اجرای آن با رویکرد نفی مجازات
۵۲	۲-۵-۲. تعزیر
۵۳	۱-۲-۵-۲. دامنه و گستره تعزیرات
۵۴	۲-۲-۵-۲. شیوه مجازات‌های تعزیری
۵۵	۳-۲-۵-۲. ویژگی‌ها و تفاوت‌های مجازات‌های حدی با تعزیری
۵۹	۶-۲. بررسی دوگانه حد و تعزیر
۶۳	۷-۲. نظریات مختلف در خصوص اقامه حدود در عصر غیبت
۶۳	۱-۷-۲. نظریه جواز اجرای حدود
۶۴	۲-۷-۲. فرضیه تعطیل
۶۶	۳-۷-۲. دیدگاه توقّف
۶۶	۴-۷-۲. دیدگاه تبدیل
۶۸	۵-۷-۲. نقد و بررسی تغییر یا تعطیل حدود در عصر غیبت
۷۳	فصل سوم: تاثیر عرف در تعیین مجازات و آثار آن
۷۴	۱-۳. اقسام عرف
۷۴	۱-۱-۳. عرف با ملاک اعلام نظر شارع نسبت به آن
۷۴	۲-۱-۳. عرف با در نظر گرفتن شمول افرادی
۷۵	۳-۱-۳. عرف با ضابطه میزان شیوع و گسترش آن در محدوده مشخص
۷۵	۴-۱-۳. عرف با ملاک رفتار محقق آن

۷۵	۲-۳. اقسام سیره
۷۶	۱-۲-۳. سیره متشرّعه
۷۶	۲-۲-۳. سیره عقلا
۷۶	۳-۳. مناشی سیره
۷۶	۱-۳-۳. منشا سیره عقلا
۷۷	۲-۳-۳. منشأ سیره متشرّعه
۷۷	۴-۳. تفاوت سیره عقلا با سیره متشرّعه
۷۸	۵-۳. بررسی حجّیت عرف و سیره از منظر فقه
۸۰	۶-۳. نظر فقهاء و علمای امامیه درباره کاربرد عرف
۸۱	۷-۳. تأثیر عرف در فقه و حقوق اسلامی
۸۱	۱-۷-۳. رجوع به معانی عرفی کلمات به کار رفته در عقود و ایقاعات و... توسط مردم
۸۲	۲-۷-۳. نقش عرف در تعیین معاملات ربوی
۸۳	۳-۷-۳. صدق احکام شرعی آب چاه با صدق عرفی
۸۴	۴-۷-۳. تأثیر عرف بر نفقات
۸۴	۵-۷-۳. تغییر در احکام سبق و رمایه
۸۴	۶-۷-۳. تغییر حکم شطرنج
۸۴	۷-۷-۳. تأثیر عرف بر مالیت کالا
۸۵	۸-۷-۳. تأثیر عرف بر تغییر آلت ذبح
۸۵	۸-۳. فروض ثبوتی انواع ارتباط عرف و مجازات‌های حدّی
۸۵	۱-۸-۳. فرض عدم تأثیر مطلق
۸۶	۲-۸-۳. فرض تأثیر بالجمله و کلی
۸۸	۳-۸-۳. فرض تأثیر فی الجمله و جزئی
۸۸	۱-۳-۸-۳. دخالت عرف در مجازات‌ها با توجه به عنوان امضایی یا تأسیسی بودن مجازات‌های حدّی
۸۸	۱-۱-۳-۸-۳. معنای مصطلح حکم امضایی
۹۰	۲-۱-۳-۸-۳. معنای مصطلح حکم تأسیسی
۹۰	۳-۱-۳-۸-۳. اقسام حیثیات مؤثر در تحقّق یا عدم تحقّق احکام امضایی
۹۳	۴-۱-۳-۸-۳. امضایی یا تأسیسی بودن مجازات‌های حدّی
۹۶	۵-۱-۳-۸-۳. تحقیق در مسئله
۱۰۲	۹-۳. بررسی طریقت یا موضوعیت شکل اجرای مجازات‌های سلب حیات در اسلام
۱۰۲	۱-۹-۳. روش‌های سلب حیات در قرآن
۱۰۴	۲-۹-۳. روش‌های سلب حیات در روایات
۱۰۷	۳-۹-۳. تحلیل و بررسی
۱۱۵	۴-۹-۳. نظریات فقهاء در خصوص طریقت یا موضوعیت روش قتل‌های منصوص در روایات
۱۱۶	۱-۴-۹-۳. شهید ثانی
۱۱۶	۲-۴-۹-۳. امام خمینی
۱۱۶	۳-۴-۹-۳. آیت الله مکارم شیرازی
۱۱۷	۴-۴-۹-۳. آیت الله فاضل لنکرانی
۱۱۷	۵-۴-۹-۳. آیت الله سید صادق روحانی
۱۱۷	۶-۴-۹-۳. بیانیه هیئت الازهر

۱۱۸ تحلیل و ارزیابی ۷-۴-۹-۳
۱۱۹ آثار عرف در قانون مجازات ایران ۱۰-۳
۱۱۹ تأثیر گذاری عرف در حقوق کیفری ایران ۱-۱۰-۳
۱۱۹ در تعیین قتل عمد یا غیر آن ۲-۱۰-۳
۱۲۰ تشخیص میزان جنایت ۳-۱۰-۳
۱۲۰ در تحقق عیب وارده بر مجنی علیه ۴-۱۰-۳
۱۲۰ تشخیص عذر موجه برای متهم ۵-۱۰-۳
۱۲۱ تعیین کیفر مناسب به حال متهم ۶-۱۰-۳
۱۲۱ سقوط دبه و عنوان مجرمانه در دفاع مشروع ۷-۱۰-۳
۱۲۲ در تعیین مصادیق جایز تادیب صغار ۸-۱۰-۳
۱۲۳ تحقق عذر برای جهل به قانون ۹-۱۰-۳
۱۲۳ تحقق عناوینی چون مشارکت یا معاونت ۱۰-۱۰-۳
۱۲۴ رفع مسئولیت کیفری با تحقق اضطرار ۱۱-۱۰-۳
۱۲۴ تأثیر عرف در جعل مجازات‌های موثر ۱۲-۱۰-۳
۱۲۴ تأثیر عرف در اجرا یا عدم اجرای برخی مجازات‌های حدی ۱۳-۱۰-۳
۱۲۶ تأثیر عرف در تحقق اهداف مجازات ۱۴-۱۰-۳
۱۲۷ تأثیر عرف بر حب و بغض‌های اجتماعی ناشی از اجرای برخی مجازات ها ۱۵-۱۰-۳
۱۳۰	فصل چهارم: بررسی نقش مصلحت در تعیین مجازات و آثار آن ۱۳۰
۱۳۱ ۱-۴ ارکان مصلحت ۱۳۱
۱۳۱ ۱-۱-۴ تحصیل منفعت ۱۳۱
۱۳۲ ۲-۱-۴ دفع ضرر و مفسده ۱۳۲
۱۳۳ ۳-۱-۴ موسع بودن ۱۳۳
۱۳۴ ۲-۴ بررسی جایگاه مصلحت در فقه اسلامی ۱۳۴
۱۳۷ ۳-۴ جایگاه مصلحت در استنباط حکم شرعی ۱۳۷
۱۳۸ ۱-۳-۴ عقل و استنباط عقلی ۱۳۸
۱۳۸ ۱-۱-۳-۴ جایگاه عقل در نصوص ۱۳۸
۱۴۱ ۲-۱-۳-۴ استنباط عقلی ۱۴۱
۱۴۵ ۴-۴ حکم حکومتی راهکار درون دینی حفظ مصلحت ۱۴۵
۱۴۸ ۵-۴ کاربرد مصلحت در حکم حکومتی ۱۴۸
۱۵۱ ۶-۴ آثار مصلحت در تعیین مجازات ۱۵۱
۱۵۱ ۱-۶-۴ ضرورت توجه به شخصیت مجرم و تقدّم مصلحت عموم در تعیین مجازات ۱۵۱
۱۵۵ ۲-۶-۴ پویایی احکام اسلامی وهماهنگی با اقتضانات زمانی و مکانی ۱۵۵
۱۵۶ ۳-۶-۴ تبدیل و تحول در برخی احکام و قوانین ۱۵۶
۱۵۹ ۱-۳-۶-۴ وهن دین ۱۵۹
۱۶۴ ۴-۶-۴ تعامل با حقوق بین‌المللی ۱۶۴
۱۶۵ ۷-۴ تحقیق در مسئله ۱۶۵
۱۷۲	نتیجه‌گیری ۱۷۲
۱۸۱	فهرست منابع ۱۸۱
۱۸۱	منابع فارسی ۱۸۱

منابع عربی	۱۸۵
مقالات	۱۹۱

دین اسلام به عنوان آخرین ره آورد دعوت انبیاء شامل جامع ترین برنامه هدایت بشریت تا روز رستاخیز می باشد. پس از خلقت انسان و موجودات مهمترین مساله مستند به حکمت الهی، هدایت موجودات در مسیر کمال خود می باشد. این مهم با ارسال قوانین و دستورات دینی در حوزه اعمال اجتماعی و فردی انسان نمود می یابد. پیامبران الهی از آدم-علی نبینا واله وعلیه السلام- تا حضرت ختمی مرتبت _صلی الله علیه و آله وسلم- عهده دار رساندن پیامها و قوانین الهی به مردم بوده اند. در این میان گاهی تفاوت هایی در برخی از احکام شرایع با یکدیگر ملاحظه می گردد؛ مانند اینکه در زمان حضرت یوسف-علی نبینا واله وعلیه السلام- سارق را با به خدمت گرفتن مجازات می کردند و در دین اسلام با شرایطی با قطع دست مجازات می کنند. این تفاوت های مختصر و البته راهگشا نشانگر اهتمام شارع به عنصر مکان و زمان در دستورات خود می باشد. از طرف دیگر دین اسلام در دسته وسیعی از مجازات ها که با نام تعزیرات باز شناخته می شوند با معتبر شناختن نظر حاکم که فردی از عرف همان زمان می باشد نقش پر رنگی را برای عرف در اتخاذ مجازات برای حاکم در نظر گرفته است. این مساله با سیره معصومین (علیهم السلام) در تخفیف و تشدید مجازات ها و حتی توصیه به عدم اجرای برخی مجازات های حدی در شرایط خاص، حکایت از عنصر دومی به نام مصلحت در اجرای مجازات ها دارد. توصیه به عدم اجرای حدود در سرزمین دشمن با وجود خوف عقلایی پیوستن مجرم به دشمن از این موارد به حساب می آید. تغییرات گسترده و وسیع در سبک زندگی جوامع و تغییر در باورها و فرهنگ مردم امروز، موجد عرف های متفاوت با عرف عصر نزول شده است. از طرف دیگر تغییر در سطح و عمق باورهای معنوی و دینی چالش های فکری جدیدی را به همراه خود داشته است. این مسائل با عنایت به هدف اصلی دین اسلام برای هدایت حد اکثری انسان ها ضرورت تامل و مذاقه را در برخی دستورات دینی به ویژه مجازات های حدی بر اساس دو عنصر کلیدی عرف و مصلحت بیش از پیش روشن می سازد. محققین این عرصه می بایست با کشف نظر گاه دینی در احکام مختلف به ویژه احکام مجازات، همواره پویایی و روز آمدی این دین الهی را نمایان سازند تا رسالت این دین جاودان الهی به عنوان ابزار تحقق هدایت بشریت به سر منزل مقصود رسد.

۱. بیان مسئله

معرفی هر مکتب از طریق بیان اندیشه‌ها و جهان‌بینی آن مکتب اتفاق می‌افتد. در بیان این اندیشه‌ها گاه تفسیرها و برداشت‌های مختلفی از جانب طرفداران آن مکتب ارائه می‌شود که در مواردی با هم تعارض دارند و در نتیجه فضای تفسیر گشوده می‌شود.

اگر مسئله یا مسائلی مورد اتفاق همه طرفداران آن مکتب باشد، در نظر تحلیل‌گران جزء اصول ثابت آن محسوب می‌شود و تمامی تجزیه و تحلیل‌ها بر اساس آن اصول ثابت معقول می‌نماید. همچنین در مکاتب الهی و مادی نحوه برخورد با تخلفات پیروان آن به عنوان تجسد اندیشه آن مکتب و جزء اصول ثابت محسوب می‌گردد. در بسیاری از موارد بجای بررسی اندیشه‌های موجود در آن مکتب به بررسی کارآیی و احیاناً عوارض آن برخورد با ناهنجاری‌ها و تخلفات پرداخته می‌شود و در عمل سنگ محک ارزیابی آن مکتب قرار می‌گیرد.

دین اسلام به عنوان یک مکتب الهی با داشتن اندیشه‌های متعالی فراوان و بی‌بدیل همواره مورد تجزیه تحلیل اندیشمندان و عوام قرار داشته است. امروزه یکی از راه‌های شناخت و داوری دین اسلام، احکام این دین به ویژه نحوه برخورد این مکتب با جرم و مجرمان قلمداد شده است، مسئله‌ای که اسلام آن را به شکل حدود و یا تعزیرات در آموزه‌های خویش پیش‌بینی کرده است در عمل معیار داوری این دین الهی قرار گرفته است.

باید گفت شریعت اسلام برخی از اعمال را به منظور حفظ سلامت و نظام جامعه و همچنین برای تضمین بقای جامعه جرم و قابل کیفر دانسته است. مجازات برای منع کردن مردم از ارتکاب جرم وضع شده است؛ چرا که نهی از فعل یا امر به آن به تنهایی برای واداشتن مردم به انجام فعل یا ترک آن کفایت نمی‌کند. اگر مجازات نباشد نوعاً اوامر و نواهی اموری بی‌پشتوانه و به تعبیری لغو خواهند بود. این مسئله با حکمت خداوند و وجود فلسفه احکام در اوامر و نواهی الهی ناسازگار است. باید گفت مجازات‌ها به اوامر و نواهی، نتیجه مورد انتظار را هدیه می‌کنند و مردم را از ارتکاب جرائم و مفسد در زمین باز می‌دارند و آنان را به انجام آنچه در آن خیر و صلاح است وادار می‌کنند. هرچند مجازات به ظاهر مشقتی است که شارع و به تبع آن مقنن بر مجرم تحمیل می‌کند؛ اما مجازات در اسلام به عنوان رحمت الهی مطرح شده است، به نحوی که جرایم و مجازات‌ها بر اساس مصلحت نوع انسان و به جهت صلح و آرامش و امنیت عمومی تشریح شده است.

فلسفه مجازات در نظام کیفری اسلام به عنوان تابعی از شریعت با هدف ایجاد جامعه‌ای سالم از طریق تربیت افراد سالم پایه‌گذاری شده است. سیاست تقنینی اسلام برای تعیین مجازات در اهدافی مانند پیشگیری از جرم، اصلاح و تربیت و در نهایت اجرای عدالت نمود پیدا می‌کند.

در حقوق اسلامی مجازات‌ها به حدود، قصاص، دیات و تعزیرات تقسیم شده است که عمدتاً بحث مجازات‌ها به حدود و تعزیرات برمی‌گردد. همچنین مجازات‌ها به سه طبقه؛ مجازات‌های اصلی؛ (قانونگذار برای هر جرم چندین مجازات تعیین کرده است که اجرای آن‌ها فقط به موجب حکم قطعی دادگاه می‌باشد. در جرایمی که تعزیر به اختیار قاضی می‌باشد قاضی نمی‌تواند متهم را به بیش از یک مجازات محکوم کند. این محکومیت‌ها مجازات اصلی به حساب می‌آیند) تکمیلی (مجازات‌های تکمیلی به مجازات‌های می‌گویند که به مجازات‌های اصلی اضافه می‌شود و به تنهایی مورد حکم دادگاه قرار نمی‌گیرند) و تبعی (مجازات‌های تبعی از آثار محکومیت جزایی است و هیچگاه در حکم دادگاه قید نمی‌شود) تقسیم شده است.

اسلام در نظام کیفری رویکردی دوگانه ارائه نموده است به نحوی که برای جرایمی که مصالح و اصول ثابت و لایتغیر دارند مجازات‌های ثابت منظور نموده است؛ چراکه شالوده جامعه سالم و امنیت اجتماعی را مبتنی بر آن می‌داند و برای جرایم کم‌اهمیت‌تر و یا جرایم متأثر از شرایط زمان و مکان مجازات‌های منعطفی به لحاظ مصالح فرد و جامعه با عنوان تعزیرات منظور نموده است. تعیین میزان این دسته از مجازات‌ها از وظایف حاکم اسلامی بر اساس مصالح اسلام دانسته شده است.

باید دانست که در خصوص مصادیق حد و تعزیر، جایگزینی، تغییر و تبدیل آن‌ها با توجه به شرایط و مقتضیات زمان و مکان و مصالح جامعه و فرد، اختلاف نظر وجود دارد؛ همچنانکه نسبت به عدول از آن‌ها و اجرای احکام آن‌ها بین فقهاء و به تبع آن بین حقوقدانان اختلاف نظرها به قوت خود باقی مانده است.

اساسی‌ترین توجیه تعیین مجازات، رعایت تناسب مجازات با جرم است، به نحوی که قانون باید با در نظر گرفتن این اصل مسلّم برای مجرم و رفتار مجرمانه مجازات تعیین نماید.

تغییرات سریع و فزاینده در عرصه علوم تجربی، تغییرات کلی در نگاه بشر به معنای زندگی و ارتباطات گسترده و آسان در انگاره‌های ذهنی بشر قرن ۲۱ تأثیر به‌سزایی داشته است. این دست از تغییرات صرف‌نظر از صحیح یا غلط بودن آن در نحوه برخورد انسان قرن ۲۱ با مجازات‌های مورد نظر مکاتب مختلف تأثیر گذاشته است به نحوی که در بسیاری از کشورهایی که بر اساس مکاتب مادی اداره می‌شوند تغییر و حذف برخی از مجازات‌ها امری معمول گردیده است. همراه با تغییرات سبک زندگی فهم نسبی از خشونت با سالیان دور متفاوت گردیده است به نحوی که در قانون رفتاری که موجب صدمه روحی و هراس به‌سایرین گردد نیز جرم انگاری گردیده است. در این فضا و تغییرات برخی عامدانه با علم به اینکه هدف برخی مجازات‌های خاص در اسلام صرفاً مجازات

مجرم نبوده، بلکه مهم‌تر از آن تقویت عنصر بازدارندگی از ارتکاب جرم است؛ همچنان با ساخت فیلم‌ها و کارهای رسانه‌ای خاص، سخت در وهن این دین بی‌بدیل کوشیده‌اند. مسئله‌ای که اخیراً برخی کشورهای همسایه را به تغییر این مجازات‌ها واداشته است.

در بحبوحه سرگردانی بشر در غایت زندگی، تأثیر احکام دینی به‌ویژه در عرصه مجازات‌ها در نگرش جهانی به این دین مبین بی‌بدیل می‌نماید. این مهم تا بدانجا اهمیت می‌یابد که اگر حکمی موجب وهن دین گردد از آن صرف‌نظر می‌گردد.

از سوی دیگر تأثیرات شگرف امواج تبلیغاتی دشمن در کارزار فرهنگی و خشن نشان دادن دین اسلام تا آنجا پیش رفته است که ذهن بسیاری از جوانان و عوام را در این وادی آشفته کرده است. این مسئله از آنجا اهمیت می‌یابد که حضرت امیر از اجرای حدود در سرزمین دشمن به جهت جلوگیری از پیوستن به دشمن ممانعت می‌نمودند.

اینجاست که سؤالاتی در ذهن نقش می‌بندد مبنی بر این‌که، آیا عرف و مصلحت در تعیین نوع مجازات مدخلیتی دارند؟ آیا اهداف مجازات‌ها در اسلام صرفاً تربیت انسان است؟ آیا مجازات‌های شرعی طریقت دارند یا موضوعیت دارند؟ بر فرض تحقق هدف مجازات می‌توان از انجام مجازات صرف‌نظر کرد؟ اگر تأثیر عرف در نوع مجازات محرز گردد این مسئله با جاودانگی احکام اسلام تعارضی پیدا نخواهد کرد؟ اگر عرف و مصلحت در تعیین مجازات مؤثراند حدود ثغور آن به چه نحو است... در این راستا از عرف و مصلحت در تعیین مجازات گذری می‌کنیم:

۲. اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

دین اسلام به عنوان آخرین ره آورد دعوت انبیاء شامل جامع‌ترین برنامه هدایت بشریت تا روز رستاخیز می‌باشد. پس از خلقت انسان و موجودات مهمترین مساله مستند به حکمت الهی، هدایت موجودات در مسیر کمال خود می‌باشد. این مهم با ارسال قوانین و دستورات دینی در حوزه اعمال اجتماعی و فردی انسان نمود می‌یابد. پیامبران الهی از آدم-علی نبینا واله وعلیه السلام- تا حضرت ختمی مرتبت _صلی الله علیه و آله وسلم- عهده دار رساندن پیامها و قوانین الهی به مردم بوده اند. در این میان گاهی تفاوت هایی در برخی از احکام شرایع با یکدیگر ملاحظه می گردد؛مانند اینکه در زمان حضرت یوسف-علی نبینا واله وعلیه السلام- سارق را با به خدمت گرفتن مجازات می کردند و در دین اسلام با شرایطی با قطع دست مجازات می کنند. این تفاوت‌های مختصر و البته راهگشا نشانگر اهتمام شارع به عنصر مکان و زمان در دستورات خود می باشد. از طرف دیگر دین اسلام در دسته وسیعی از مجازات ها که با نام تعزیرات باز شناخته می شوند با معتبر شناختن نظر حاکم که فردی از عرف همان زمان می باشد نقش پر رنگی را برای عرف در

اتخاذ مجازات برای حاکم در نظر گرفته است. این مساله با سیره معصومین (علیهم السلام) در تخفیف و تشدید مجازات ها و حتی توصیه به عدم اجرای برخی مجازات‌های حدی در شرایط خاص، حکایت از عنصر دومی به نام مصلحت در اجرای مجازات ها دارد. توصیه به عدم اجرای حدود در سرزمین دشمن با وجود خوف عقلایی پیوستن مجرم به دشمن از این موارد به حساب می آید.

آنچه به نظام‌های حقوقی و نهادهای قانونگذاری اعتبار ویژه می‌بخشد، نخست قاعده‌مند بودن آن نظام و ابتنای قوانین به اصول کلی و پایه‌های بنیادین است، و دوم قابلیت انعطاف‌پذیری آن می‌باشد به نحوی که بتواند در برابر دگرگونی‌های احتمالی نسبت به تغییرات اجتماعی در زندگی بشر ایفای نقش نماید. اعتبارات مذکور حاصل نقش‌آفرینی عرف و مصلحت است که آثاری همچون، تخفیف مجازات، تبدیل مجازات و تشدید مجازات را می‌تواند به دنبال داشته باشد. لذا توجه و پرداختن به موضوع نقش عرف و مصلحت در تعیین مجازات با توجه به اختلاف نظر فقهاء و حقوقدانان نسبت به کاربرد و نقش آن‌ها در جایگزینی، تبدیل، تغییر و یا حتی بنا به مصالحی تعطیل و یا عدول از میزان مشخص شده در تعیین کیفر، اهمیت پرداختن به موضوع تحقیق را می‌رساند.

ضرورت تحقیق در بحث تعیین مجازات با استفاده از ابزارهایی چون عرف و مصلحت زمانی هویدا می‌شود که با توجه به پیشرفت علم و تکنولوژی و ظهور ارتباطات، و به تبع آن تبادلات فکری و فرهنگی در دهکده جهانی، هیچ عضوی قادر نخواهد بود بدون توجه به بازتاب‌های اجتماع جهانی و عرف غالب بر آن، به اجرای سیاست تقنینی خود بپردازد. علاوه بر آن، اقتضای مصالح بین‌المللی در کنار مصالح ملی و امضای میثاق بین‌المللی حقوق بشر (که حکومت اسلامی را در اصرار بر نصوص شرعی با چالش مواجه کرده است) اقتضای همسویی مورد تأیید شرع را طلب می‌نماید. لذا رفع موانع اجتماعی سلوک توحیدی برگرفته از کتاب و سنت با اهتمام به قواعد فقهی (درء، لاضرر، لاجرح و...) و حفظ مصالح و عزت اسلام با استفاده از عقلانیت مترقی دینی و مقتضیات زمان و مکان ضروری است؛ چرا که قانون به عنوان مهمترین ضرورت زندگی اجتماعی، علاوه بر ملاک داوری بین‌المللی، بیانگر تفکر و اندیشه خردمندانه مردم و پیشوایان آن‌ها به‌شمار می‌رود.

در این تحقیق ما برآنیم تا ضمن آشنایی با مفاهیم عرف و مصلحت و مجازات، به بررسی فقهی و حقوقی نقش عرف و مصلحت در تعیین مجازات پرداخته و ضمن بیان دیدگاه فقهاء و حقوقدانان در این خصوص، به تبیین و تحلیل آثار حاصل از نقش‌آفرینی عرف و مصلحت در تحوّل فقه و قوانین جزایی بپردازیم.

۳. اهداف تحقیق

. تغییرات گسترده و وسیع در سبک زندگی جوامع و تغییر در باورها و فرهنگ مردم امروز، موجد عرف‌های متفاوت با عرف عصر نزول شده است. از طرف دیگر تغییر در سطح و عمق باورهای معنوی و دینی چالش‌های فکری جدیدی را به همراه خود داشته است. این مسائل با عنایت به هدف اصلی دین اسلام برای هدایت حد اکثری انسان‌ها ضرورت تامل و مذاقه را در برخی دستورات دینی به ویژه مجازات‌های دینی بر اساس دو عنصر کلیدی عرف و مصلحت بیش از پیش روشن می‌سازد. محققین این عرصه می‌بایست با هدف کشف نظر گاه دینی در احکام مختلف به ویژه احکام مجازات، همواره پویایی و روز آمدی این دین الهی را نمایان سازند تا رسالت و هدف این دین جاودان الهی به عنوان ابزار تحقق هدایت بشریت به سر منزل مقصود رسد. در این راستا بسیاری از سوالات اساسی که در برخورد با دستورات دینی پیش می‌آید پاسخ قانع کننده تری خواهد یافت.

۴. سؤالات و فرضیات تحقیق

۴-۱. پرسش اصلی

۱. عرف و مصلحت در تعیین مجازات از منظر فقه و حقوق چگونه ایفای نقش می‌کنند؟

۴-۲. پرسش‌های فرعی

۱- مبانی حاکم بر تعیین مجازات از منظر فقه و حقوق کدام است؟

۲- نقش عرف و مصلحت در تعیین مجازات از منظر فقه و حقوق چیست؟

۳- نقش آفرینی عرف و مصلحت در تعیین مجازات از منظر فقه و حقوق چه آثاری به دنبال

دارد؟

۵. فرضیه‌های تحقیق

۵-۱. فرضیه اصلی

چگونگی ایفای نقش عرف در تعیین مجازات را می‌توان در مرحله فهم و تفسیر قانون، و همچنین تشخیص مجازات مساعد با قانون اخف به حال متهم در موارد سکوت قانون، و چگونگی نقش آفرینی مصلحت را می‌توان در راهکارهای درون دینی در قالب حکم حکومتی با فلسفه سازگاری قانون اسلام در پیشبرد دین با شرایط گوناگون زمان و مکان به منظور حفاظت از مقاصد شریعت دانست.