



پایان نامه کارشناسی ارشد

واکاوی ادراک تاریخی به قواعد فقه کیفری متمایز بین زن و مرد؛ تأملی تاریخمند بر مجازات قصاص و دیه

سیده نگین حسن زاده خباز

استاد راهنما

سید محمد جواد ساداتی

استاد مشاور

عبدالرضا جوان جعفری بجنوردی

۱۳۹۹

چکیده

تغییری که در جایگاه زن پسامدرن شکل گرفته، دغدغه‌هایی را برای او ایجاد کرده است. این دغدغه‌ها در حوزه حقوق کیفری بر محوریت حمایتی برابر از زن به مثابه نیمی از جامعه قرار دارد. قرائتی که تاکنون از فقه کیفری ارائه شده است مبتنی بر نگرش جنسیتی است. این نگرش نتیجه حاکمیت نگاهی مردسالار بر ساختار اجتماعی بوده است. حقوق کیفری به عنوان بازوی حمایت‌کننده از ارزش‌ها و هنجارهای خرده‌نظام‌های اجتماعی، از نگرش جنسیتی موجود در خرده‌نظام‌ها متأثر شده است و قوانینی متفاوت بین زن و مرد را تولید کرده است. مطالبات زنان امروز این نگرش جنسیتی را برنمی‌تابد و خواهان تحول در قوانین کیفری است. در این پژوهش تلاش گردیده با تحلیلی مبتنی بر هرمنوتیک فلسفی به علل حاکمیت نگرش جنسیتی به فقه کیفری پرداخته شود و زمینه‌ای فراهم شود تا با تاریخی دانستن این قواعد و به دنبال آن، احکام کیفری جنسیتی، به ادراکی متفاوت و متناسب با خواسته‌های زنان دست یابیم.

کلید واژگان: ادراک تاریخمند، قواعد و احکام متمایز بین زنان و مردان، قصاص مادر در برابر قتل فرزند، هرمنوتیک فلسفی، نگرش جنسیتی، مقاصد شریعت.

فهرست مطالب

مقدمه:	۱
۱- مساله پژوهش:	۱
۲- ضرورت و اهمیت تحقیق:	۵
۳- اهداف تحقیق:	۵
۴- پیشینه تحقیق:	۶
۵- سوال‌های تحقیق:	۷
۶- فرضیه‌های تحقیق:	۷
۷- روش تحقیق:	۷
۸- ساختار پژوهش:	۷
فصل اول - پارادایم‌های ادراک از فقه کیفری	۹
مبحث نخست - پارادایم موضوعیت‌گرا:	۹
گفتار اول - مفهوم‌شناسی دو واژه تعبدی و توصلی در فقه:	۹
گفتار دوم - حکمت‌های غلبه رویکرد تعبدی:	۱۱
گفتار سوم - نقد پارادایم تعبدی:	۱۴
مبحث دوم - پارادایم کارکردگرا:	۱۸
گفتار اول - گفتمان مبتنی بر کارکرد اجتماعی فقه:	۱۸
گفتار دوم - گفتمان مبتنی بر رویکرد مقاصدی:	۲۳
بند اول - اهمیت رویکرد مقاصدی و دسته‌بندی مقاصد:	۲۳

بند دوم- نحوه مواجهه با رویکرد مقاصدی: ۲۶

بند سوم- مقاصد کیفری شریعت: ۲۸

گفتار سوم- گفتمان مبتنی بر رویکرد هرمنوتیک فلسفی: ۳۳

بند اول- تاریخ‌مندی انسان و فهم انسان: ۳۴

بند دوم- پیشداوری: ۳۸

بند سوم- زیانمندی: ۴۱

بند چهارم- سنت و موقعیت هرمنوتیک: ۴۴

فصل دوم- کاربست هرمنوتیک فلسفی در فرودستی زنان و فضیلت‌مندی

مردان در جامعه: ۴۸

مبحث نخست- تحلیل حیات اجتماعی زنان به مثابه ابژه‌ای در جامعه مردسالار:

..... ۴۸

گفتار اول- تبعیض نظام‌مند علیه زنان در دنیای مردانه: ۴۹

بند اول- هویت فرهنگی زنان: ۴۹

بند دوم- هویت خانوادگی زنان: ۵۱

بند سوم- هویت اجتماعی و شهروندی زنان: ۵۵

بند چهارم- هویت اقتصادی زنان: ۵۷

گفتار دوم- آراء فقهاء، انعکاسی از مصائب زن بودن: ۵۸

مبحث دوم- آغاز جنبش اجتماعی زنان و رهیافت آن به آراء فقهی: ۷۳

گفتار اول- چهره اجتماعی جدید زنان: ۷۳

بند اول- جایگاه زنان در دوره مشروطه و پهلوی اول: ۷۳

بند دوم- زنان در جامعه پهلوی دوم و انقلاب اسلامی: ۷۸

گفتار دوم- تغییر در فتاوی فقها همگام با تغییر در موقعیت اجتماعی زنان: ۸۰

بند اول- پذیرش هویت انسانی زن: ۸۱

بند دوم- تحولات فقهی در حوزه حضور اجتماعی زنان: ۸۳

بند سوم- تحولات فقهی در امور خانواده: ۸۵

فصل سوم - تحلیل هرمنوتیکال از تمایزات فقهی مجازات قصاص و دیه:

..... ۸۹

مبحث نخست- مفهوم‌شناسی قاعده فقهی و بررسی متون قرآنی و روایی: ۸۹

گفتار اول- تعریف قاعده فقهی: ۸۹

بند اول- تفاوت قاعده فقهی با قاعده اصولی: ۹۰

بند دوم- تفاوت قاعده فقهی و مسئله فقهی: ۹۰

گفتار دوم- بررسی متون ایجادکننده تمایز بین زن و مرد در مجازات قصاص: ۹۱

بند اول- متون قرآنی و روایی مرتبط با شرط انتفای ابوت در اجرای قصاص: ۹۱

بند دوم- متون قرآنی و روایی مرتبط با قصاص مرد در مقابل قتل زن: ۹۱

بند سوم- متون قرآنی و روایی مرتبط با قتل در فراس: ۹۰

گفتار سوم- بررسی متون ایجاد کننده تمایز بین زن و مرد در دیه: ۹۶

بند اول- متون قرآنی و روایی مرتبط با دیه قتل نفس: ۹۷

بند دوم- متون قرآنی و روایی مرتبط با دیه اعضا و منافع: ۹۹

مبحث دوم- رهاورد هرمنوتیک فلسفی در تمایزات فقهی مجازات قصاص و دیه:

..... ۱۰۰

گفتار اول- تاریخ‌مندی: ۱۰۱

گفتار دوم- پیشداوری، سنت و موقعیت هرمنوتیکی:..... ۱۱۰

گفتار سوم- زیانمندی:..... ۱۱۴

نتیجه‌گیری، پیشنهادات و محدودیت‌های تحقیق:..... ۱۱۹

منابع:..... ۱۳۷

سایت‌ها:..... ۱۳۸

مقدمه:

۱- مساله پژوهش

هرمنوتیک فلسفی روشی است که به آنچه در هنگام فهم و تأویل رخ می‌دهد، می‌پردازد. هایدگر و گادامر در بررسی چگونگی فهم متون و وقایع به بیان مؤلفه‌هایی نظیر تاریخمندی، پیش‌داوری و زبانمندی پرداختند. بدین معنا که در بررسی متون، احکام و قوانین باید به زمینه‌های تاریخی و فرهنگی که متن از آن منبث شده، توجه کرد. احکام در ارتباط با زمان صدور آن معنا پیدا می‌کنند. برخی از احکام گذشته، با تغییر شرایط اجتماعی، کارایی خود را از دست می‌دهند. از آنجا که انسان موجودی است تاریخمند و وجودش با تاریخمندی آمیخته است، نمی‌تواند از ظرف زمانی و مکانی خود خارج شود. به همین دلیل، هنگام مواجهه با نصوص، آنها را با امکانات زمانی، مکانی و فرهنگی که مفسر در اختیار دارد، به فهم در می‌آورد.

مفسر با پیش‌دانسته‌هایی که از شرایط اجتماعی، فرهنگی و دیگر امکانات مربوط به عصر و دوره خود در اختیار دارد، به فهم متون دست می‌یابد. فقیه نیز از آن جهت که با نصوص مواجه است و وجود او به عنوان یک بشر با تاریخمندی آمیخته است، هنگام رویارویی با متن، ذهنیت‌هایی را با خود به همراه دارد. این ذهنیت‌ها، می‌تواند تحت تأثیر زیستن در جامعه و تجربیات، خلیات، فرهنگ و روحیات فقیه و مردم هم‌عصر او، در وی ایجاد شده باشد و هنگام ادراک روایت و یا قرآن همراه ایشان است. به همین دلیل، فقیه تحت تأثیر شرایط اجتماعی خود به ادراکی می‌رسد که با همراه بودن آن فهم، به استنباط و تولید فتوا می‌پردازد.

با توجه به اینکه اسلام در امور عبادی و از لحاظ آفرینش زن و مرد را برابر دانسته، اما در حوزه مسائل اجتماعی و به طور خاص حوزه کیفری، گاه تفاوت‌هایی در بین احکام کیفری زنان و مردان دیده می‌شود، این فرض به ذهن می‌رسد که علت تفاوت احکام فقه کیفری می‌تواند شرایط تاریخی و فرهنگی حاکم بر آن جامعه بوده باشد. مقتضیات جامعه مردسالار بر تولید قواعد کیفری متفاوت، اثرگذار بوده است. هم‌چنین با استناد به این حدیث از امام علی(ع): «الناس بزمانهم أشبه منهم بآبائهم» (السید الشریف الرضی، ۱۴۰۶ق، ص ۱۱۵) می‌توان این فرض را مطرح کرد که قواعد فقه کیفری که به تفاوت‌هایی بین زنان و مردان منتج شده است، حاصل جامعه‌ای می‌باشد که فقیه در آن زیسته و متناسب با آن جامعه، به فهم از نصوص دست یافته است. لذا از جامعه‌ای که مدیریت و پیش‌برد آن با مردان بوده و زنان نقشی در آن جامعه ایفا نمی‌کنند، نمی‌توان انتظار تولید قواعد کیفری مساوی را داشت. هنگامی که نقش زنان در تولید ثروت و قدرت کمرنگ باشد، وظایف و مسؤولیت‌های اجتماعی آنها کمتر باشد، حمایت کیفری از آنان نیز به حداقل می‌رسد. بالتبع فقیه‌ی هم که در آن جامعه زیسته است، نمی‌تواند قائل به برابری زنان و مردان باشد؛ زیرا این احتمال وجود دارد که مردم آن جامعه، آن قاعده کیفری برابر را از آن فقیه نپذیرند. این ذهنیت که زن جنس دسته دوم است و در جامعه جایگاهی ندارد، فعالیت‌های مهم اجتماعی، اقتصادی، سیاسی بر عهده مرد بوده و تنها وظیفه تعیین شده برای زن مدیریت خانه، فرزندآوری و تربیت فرزند

است، هنگام استنباط همراه فقیه بوده و این پیش‌دانسته در تولید احکام و قواعد فقه کیفری متمایز بین زنان و مردان نقش داشته است.

در مقابل پارادایم تاریخی، پارادایم تعبدی وجود دارد که با عبادت‌گونه پنداشتن مجازات‌های شرعی و احکام و قواعد فقه کیفری، در مقابل ایجاد تغییر در آنها مقاومت می‌کند و خواستار این است که کاملاً منطبق با آنچه در فقه آمده است، پیش برود. واضح است که نتیجه دیدگاه تعبدی، رویکردی تقدس‌گرایانه می‌باشد که خواهان اجرای بی‌کم و کاست مندرجات فقه و شریعت می‌باشد؛ به طوری که در مقوله‌ای اجتماعی، نظیر مجازات تعبد می‌ورزد و با آن به مثابه عمل عبادی برخورد می‌کند.

نتیجه این رویکرد، در قوانینی مشاهده می‌شود که مطابق با مقتضیات جامعه امروز نبوده؛ به عنوان مثال می‌توان از تولید احکام فقهی نام برد که قصاص پدر در مقابل قتل فرزند و یا حد خوردن پدر به خاطر فرزند را مجاز نمی‌شمارد. این شکل از احکام فقهی که در قانون نیز منعکس می‌شود، موجب القای حس بی‌عدالتی و تبعیض نسبت به زنان می‌باشد. در حالی که، این ایجاد حس بی‌عدالتی حاصل از احکام متفاوت، با آیاتی از قرآن کریم که منادی عدالتخواهی و پرهیز از ظلم است «اعدلوا هو اقرب للتقوی^۱» و «ان الله لیس بظلام للعبید^۲» در تعارض می‌باشد.

تفاوت دو ادراک تاریخی و تعبدی، در نتایج حاصل از آن مشخص می‌شود. در ادراک تاریخی با قائل بودن به تاریخ‌مندی احکام و قواعد، قداستی برای آن قواعد و احکام ایجاد نمی‌شود. زیرا این نگاه، غالب است که حکم کیفری تولید شده متناسب با فهم فقیه از جامعه‌اش بوده؛ لذا هرگاه مقتضیات حاکم بر آن جامعه تغییر یابد، امکان کنار گذاشتن آن قاعده و حکم فقهی وجود دارد. در حالی که رویکرد دوم، قائل به قداست نصوص است؛ حتی اگر شرایط جامعه با آن قاعده کیفری هماهنگ نباشد. در این موارد اگر هم از آن روایت و نص چشم‌پوشی شود از باب احکام ثانویه است.

پیر واضح است که رویکرد تعبدی می‌تواند به ایجاد حس بی‌عدالتی و تضییع حقوق در بین زنان منتهی شود. در حالی که حوزه کیفر از امور عبادی نبوده است، قصد قربت و خالص بودن عمل برای خداوند شرط نمی‌باشد، و با توجه به حدیث «حَلَالٌ مُّحَمَّدٍ حَلَالٌ أَبَدًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَ حَرَامُهُ حَرَامٌ أَبَدًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ۱، ص ۵۸) تغییر در حکم فقه کیفری، هیچ حلالی را حرام و هیچ حرامی را حلال نمی‌کند. لذا با پذیرش ادراک تاریخی می‌توان زمینه برابری زنان و مردان را در وضع قوانین فراهم کرد و به این حس بی‌عدالتی پایان بخشید. بدیهی است تداوم این حس بی‌عدالتی و عدم تناسب حقوق زن و مرد نه تنها به کاهش زمینه مشارکت اجتماعی آنان منتهی می‌شود؛ بلکه سبب تردید در قرائت‌های فقهی ارائه شده از شریعت می‌گردد.

^۱سوره مائده، آیه ۸.

^۲سوره آل عمران، آیه ۱۸۲.

نکته قابل توضیح این می‌باشد که میان رویکرد تاریخی و مقوله‌ای به نام مقتضیات زمان و مکان در فقه شباهت‌هایی وجود دارد که ممکن است باعث خلط این دو مبحث شود. تفاوت این دو رویکرد به این شرح است که برخی معتقد هستند که با تغییر و تحول موضوع، حکم تغییر می‌کند و در این مورد زمان و مکان یک قرینه در فهم است. مقتضیات زمان و مکان را معطوف به دو حکم ثانویه و حکم ولایی می‌دانند. عنصر زمان و مکان می‌شود یک قرینه در فهم اما رویکرد تاریخمندی، یک اصل در فهم است که ذات و وجود انسان را عصری و زمانی می‌داند. بنابراین فقیه برای اینکه حکم خود را مطابق با شرایط روز جامعه صادر کند نیاز به توسل به احکام ثانویه و ولایی ندارد.

لازم به توضیح است که پارادایم تاریخمندی، اعتقادی به فرازمانی و فرامکانی احکام و قواعد فقه استنباط شده توسط فقیه ندارد. بنابراین، اگرچه برخی اندیشمندان، تاریخمندی را معطوف به نصوصی نظیر قرآن و روایت کردند اما اعتقاد مؤلف بر این است که تاریخمندی در حوزه عبادات قابل اجرا نیست و تنها در غیر تعبدیات و معاملات به معنای اعم دارای کارکرد است.

قبل از ورود به مباحث اصلی پژوهش نیاز است گفته شود که تاریخمندی را در دو حیطه می‌توان مطرح کرد: (۱) در حیطه آموزه‌های دین و تشریحات شارع و ائمه معصومین. به این صورت که آموزه‌های قرآنی و روایات و احادیث را منحصر به زمان و مکان و فرهنگ خاص اعراب می‌داند و به تاریخی بودن قرآن و روایات نظر دارد. نتیجه این نوع نگاه این می‌شود که احکام قرآن و ائمه فرازمانی نیست و فقط متعلق به دوره خودشان است. (۲) حیطه فتاوا و آراء فقیه. در این حیطه به فقیه به مثابه یک فهمنده نگاه می‌شود که در مقام فهم در تاریخی خاص با پیش-داوری‌هایی خاص و جهان‌بینی و عالمی منحصر به فرد، وارد فرآیند ادراک از متن می‌شود. به این صورت که تاریخ-مندی فاصله‌ای است که بین تاریخ تولید متن متعلق به گذشته و فهمنده وجود دارد. از آنجا که انسان نمی‌تواند فهم کاملی از گذشته و نیت مؤلف به دست آورد، این مسئله سبب می‌شود فهم هر یک از فقها را به مثابه فهمنده، به عنوان درکی عینی و یقینی از شریعت به شمار نیاورده، بلکه کارکردی معطوف به دوره خودشان برای آراء آنها متصور شد. در این پژوهش به حیطه دوم از تاریخ‌مندی پرداخته می‌شود.

با توجه به اینکه پارادایم تاریخمندی اعتقاد به عصری بودن انسان و فهم انسان دارد، نتیجه‌ای که از این رویکرد حاصل می‌شود، امکان تغییر در احکام است. بنابراین قبل از اینکه به شرایط اجتماعی زنان و تأثیر آن در فهم فقیه بپردازیم، نیاز است ابتدا به این مقوله پرداخته شود که آیا تبعیت از قواعد و احکام فقهی متمایز موضوعیت دارد یا خیر. پس از آن به تحلیل جامعه شناختی موقعیت زنان در جامعه و سپس به تأثیر آن در تولید فتوا و استنباط فقیه پرداخته می‌شود.

از آنجا که در گذشته مرزبندی‌های جغرافیایی که امروز وجود دارد، مفهومی نداشته بلکه بیشتر با کلماتی نظیر امت‌های اسلامی مواجه بودیم، در این پژوهش برای بررسی موقعیت اجتماعی و فقهی زنان، دو دوره صفوی و قاجار انتخاب شده است و پس از آن به تحولات فقهی-اجتماعی رخ داده در ایران پرداخته می‌شود. دلیل پرداختن

به این دو دوره، علاوه بر یکسان بودن شکل زندگی اجتماعی تا مدت‌های طولانی، این می‌باشد که دوره صفوی به عنوان یک حکومتی با گرایش‌های شیعی مذهب به خوبی زمینه فعالیت فقهای شیعه را فراهم آورد؛ لذا با پرداختن به دو دوره به طور ضمنی یکسان بودن الگوی زندگی اجتماعی هم اثبات شده است. در آخر با استفاده از قرائت‌های ارائه شده در بخش‌های قبل به تحلیل هرمونوتیکی تفاوت‌های موجود بین زن و مرد در دو مجازات قصاص و دیه پرداخته می‌شود.

اگرچه که مبنای نظری این پژوهش از غرب و به خصوص آلمان به عنوان خواستگاه هرمونوتیک فلسفی وارد حیطه دین‌پژوهی شده است، و این عامل باعث شده است چندان که باید و شاید مورد اقبال فقها قرار نگیرد، اما بنا بر گفته امام علی(ع) «حکمت گمشده مؤمن است، حکمت را فراگیر، هرچند از منافقان باشد» (نهج‌البلاغه، حکمت ۸۰). به همین دلیل، نیاز است ضمن پرداختن به این نظریات، به تبیین نقاط قوت و ضعف آنها اهتمام ورزید.

۲- ضرورت و اهمیت تحقیق :

اهمیت انجام این پژوهش در زاویه نگاهی که در این پژوهش وجود دارد نهفته است. تاکنون همه پژوهش‌های انجام شده با جهت‌گیری فقهی بوده است و اگر تلاشی هم در جهت نقد تفاوت‌ها صورت گرفته است، با همان امکانات موجود در فقه به نقد این تمایزها پرداختند. در حالی که اساساً صحبت از حقوقی مشابه با مردان برای زنان، بدون در نظر گرفتن جایگاه زنان در گذشته و امروز امکان‌پذیر نیست؛ زیرا اعطای حقوق باید با در نظر گرفتن مسؤولیت‌ها همراه باشد. بنابراین اهمیت این پژوهش در نوع نگاه جامعه‌شناختی و هرمنوتیکی آن نهفته است. همچنین، نباید غفلت نمود که استمرار این تمایزها می‌تواند موجب تنفیر دین در زنان که نیمی از جمعیت جامعه را تشکیل می‌دهند، بشود.

هم‌چنین ضرورت پرداختن به پژوهشی با رویکرد هرمنوتیکی در تحول نقش و وظایف و مسؤولیت‌های زنان نهفته است. امروزه با تغییرات اجتماعی، جایگاه زنان نیز تغییر کرده است و نیاز است، در نگاه غالب فقهی هم نسبت به حقوق این بخش از جامعه تغییر صورت گیرد. انجام یک پژوهش هرمنوتیکال با رویکردی جامعه‌شناختی، ما را با نگاه‌ها و ایده‌های جدیدی در وضع حقوق و تکالیف برای این قشر از جامعه آشنا می‌کند. بحث قتل‌های ناموسی و فرزندکشی‌های اخیر بیش از پیش باعث تردید در قرائت‌هایی که فقها از شریعت ارائه کرده‌اند، شده است. به همین دلیل تاریخ‌مندان اینگونه آراء و پرداختن به حقوق زنان به طور ویژه در شرایط فعلی از ضرورت‌های جامعه و مطالبات زنان است. ضرورت دارد ضمن شناخت دغدغه امروز زنان در حوزه حقوق کیفری، راه‌هایی را هم برای پاسخ به این مطالبات پیدا کنیم که رویکرد تاریخ‌مندی به خوبی می‌تواند همگام با تحولات جامعه پیش‌رفته و در شکل‌دهی حقوق زنان در عرصه حقوق کیفری مؤثر واقع شود.

۳- اهداف تحقیق:

در این پژوهش تا حد امکان تلاش گردیده که اهداف زیر دنبال شود:

۱. عدم موضوعیت قواعد و احکام فقهی متمایز میان زنان و مردان و فرازمانی نبودن آنها از منظر کارکرد اجتماعی متصور برای فقه و مقاصد شریعت.
۲. تأثیر موقعیت تاریخی و اجتماعی در شکل‌گیری فهم فقیه.
۳. عصری بودن فهم و قابلیت تغییر در جایگاه فقهی - کیفری زنان.

۴- پیشینه تحقیق:

به طور کلی پژوهش‌هایی که در حوزه تمایز حقوق کیفری زنان و مردان انجام شده است را به دو صورت می‌توان تقسیم نمود:

دسته اول پژوهش‌هایی است که به بررسی احکام فقه کیفری در حوزه حقوق زنان با تمرکز بر اجتهاد از کتاب، سنت، اجماع و عقل پرداخته‌اند. در این دسته با کثرت منابع مواجه هستیم. مانند پایان‌نامه‌ای که سکینه نظر کرده تحت عنوان منابع فقهی احکام کیفری زنان در فقه شیعه در سال ۱۳۸۸ انجام داده است و یا مینا ربانیان در سال ۱۳۹۶ در پایان‌نامه خود به بررسی مبانی فقهی حقوقی نوع و اجرای مجازات‌ها نسبت به زنان پرداخته است. هم‌چنین می‌توان از پایان‌نامه مهلا کشمیری تحت عنوان بررسی فقهی حقوقی جایگاه زن در نظام کیفری ایران با نگاهی به اسناد بین‌المللی در سال ۱۳۹۳ نام برد.

کتاب‌هایی نظیر اختلاف حقوق زن و مرد در اسلام و خانواده نوشته مریم ساوجی (۱۳۷۱)، حقوق زن در اسلام و جهان تألیف یحیی نوری (۱۳۸۳) و مقالاتی مانند بررسی مجازات سرقت از فرزند نوشته محمد اسحاقی (۱۳۹۲)، تأملی فقهی در حکم فقهی سرقت مادر از اموال فرزند نوشته فاطمه قدرتی و مجتبی عظیم پناه (۱۳۹۶) نیز در این زمینه به رشته تحریر درآمده‌اند. حسین مهرپور نیز از دیگر نویسندگانی است که به بررسی و نقد قانون ایران، فقه و قوانین بین‌المللی در حیطه حقوق زنان و نقد آن در کتاب مباحثی از حقوق زن از منظر: حقوق داخلی، مبانی فقهی و موازین بین‌المللی پرداخته است.

دسته دوم پژوهش‌هایی است که نگاهی هرمنوتیکی داشته‌اند. در این زمینه، منبع جامع و کاملی که به حقوق کیفری زنان پرداخته باشد، وجود ندارد. تنها می‌توان از نگاشته‌های نصر حامد ابوزید یاد کرد که نگاهی تاریخی به شریعت داشته است. وی در کتاب معنای متن: پژوهشی در علوم قرآن ترجمه مرتضی کریمی نیا (۱۳۸۰) نگاه تاریخمند و هرمنوتیک فلسفی خود را به قرآن معطوف داشته است و در کتاب نقد گفتمان دینی خود ترجمه حسن یوسفی اشکوری و محمد جواهر کلام (۱۳۸۳) تعریفی سکولار از دین ارائه می‌دهد و در کتاب دوائر الخوف: قراءه فی خطاب المرأة به بررسی تاریخمند حقوق زنان در حوزه‌هایی نظیر چندمسی، حجاب، تفاوت در ارث‌بری می‌پردازد. هم‌چنین غلامرضا پیوندی در مقاله خود با عنوان نقد و بررسی تاریخمندی احکام جزایی اسلام (۱۳۹۱) به بررسی رویکرد تاریخی در دو حوزه مجازات‌های ثابت و متغیر پرداخته است. طاهره مهرورزیان نیز در خصوص تفاسیر متعددی که فقها در مورد نقش اجتماعی زنان داشتند به بررسی پیش‌فرض‌های فقها پرداخته است. آمنة ودود نیز با تاثیر پذیرفتن از اندیشه‌های هرمنوتیک به تفسیر قرآن از نگاه یک زن پرداخته است و تفسیری جدید از قرآن و احکام قرآنی مرتبط با زنان ارائه کرده است. کتاب ایشان با عنوان قرآن و زن: بازخوانی متن مقدس از منظر یک زن توسط انتشارات حکمت ترجمه و چاپ شده است.

تفاوت پژوهش حاضر با تحقیقاتی که در دسته اول ذکر شده است، رویکرد هرمنوتیکی و جامعه‌شناختی آن است. هم‌چنین تفاوت آن با پژوهش‌های دسته دوم در معطوف کردن حوزه خود به آراء فقها در حیطه حقوق کیفری زنان می‌باشد؛ لذا به طور کلی می‌توان اذعان داشت رویکرد هرمنوتیکی در حوزه حقوق جزا با کمبود منابع

مواجهه است و تاکنون پژوهشی که آراء فقهی-کیفری فقها را در خصوص زنان با مؤلفه‌های هرمنوتیکی تحلیل کرده باشد، صورت نگرفته است.

۵- سوال‌های تحقیق:

۱. آیا رویکرد تعبدی به مباحث کیفری، پارادایمی جامع است که پاسخگوی همه زمانهاست؟
۲. آیا تمایزهای کیفری موجود میان زن و مرد با مقاصد شریعت همسو است؟
۳. هرمنوتیک فلسفی قواعد فقه کیفری و سپس احکام فقه کیفری متمایز میان زنان و مردان را چگونه تحلیل می‌کند؟

۶- فرضیه‌های تحقیق:

۱. رویکرد تعبدگونه به احکام کیفری نمی‌تواند پاسخگوی همه زمانها باشد و حاکمیت این نوع نگاه بر مباحث کیفری قابل نقد است.
۲. تمایزهای کیفری که بین زن و مرد وجود دارد، منطبق با مقاصد شریعت نمی‌باشد و با رویکرد مقاصدی می‌توان نقدهایی را به این تمایزات داشت.
۳. هرمنوتیک فلسفی تمایزهای موجود در قواعد کیفری و به تبع آن احکام کیفری را متأثر از شرایط تاریخی، پیش‌داوری و جهان‌بینی فقیه می‌داند.

۷- روش پژوهش:

این پژوهش بر مبنای روش توصیفی و تحلیلی استوار است. بدین منظور، روش انجام پژوهش توصیف پارادایم‌های موجود در فقه کیفری و تحلیل جایگاه زنان بر مبنای مؤلفه‌های هرمنوتیک فلسفی خواهد بود. روش گردآوری اطلاعات، کتابخانه‌ای است. بدین ترتیب مراجعه به کتب، مقالات، پایان نامه‌ها، سایت‌های اینترنتی، قوانین و نرم‌افزارهای فقهی مورد توجه قرار گرفته است.

۸- ساختار پژوهش:

دستاورد مهم هرمنوتیک ازلی نبودن فهم و تاریخمندی آن می‌باشد، این به نوعی موضوعیت نداشتن کیفرهای شرعی، احکام فقهی کیفری و قواعد فقه کیفری را در پی دارد. لذا در فصل اول این پژوهش به تبیین پارادایم‌های ادراک از فقه کیفری و سایر پارادایم‌هایی که به غیر از هرمنوتیک می‌توان این عدم موضوعیت را

استنباط کرد، پرداخته می‌شود. غرض این است که با نگاه‌های جدیدی که در عرصه فقه کیفری می‌توانند مؤثر واقع شوند و ادراکی متفاوت با رویکرد رایج را ارائه دهند، آشنا شویم. در فصل دوم مؤلفه‌های هرمنوتیک فلسفی در شرایط اجتماعی و کتب فقهی به کار گرفته می‌شود و با هماهنگی که بین رفتارهای رایج در جامعه وجود داشته و در آراء فقها انعکاس یافته و سپس تغییری که در آراء فقها پس از جنبش‌های فمینیستی شکل می‌گیرد، بناست به اثبات تاثیر شرایط تاریخی در آراء فقهی پرداخته شود. پس از آن در فصل سوم به تحلیلی فقهی و هرمنوتیکال از تمایزهای موجود در قصاص و دیه اشاره خواهد شد و این نگاه شکل می‌گیرد که قرائت فقها از فقه کیفری زنان حاصل شرایط تاریخی و دنیای ذهنی آنهاست و هیچ فهمی بر فهم دیگر برتری ندارد؛ لذا هر فقیهی باید متناسب با جامعه و دوره تاریخی خود فقه و احکام فقهی کارآمد را استنباط و استخراج نماید.

فصل اول - پارادایم‌های ادراک از فقه کیفری

مبحث نخست - پارادایم موضوعیت‌گرا:

در قرآن کریم و سنت که از منابع اصلی استنباط فقها هستند به مباحثی از حقوق کیفری اسلام پرداخته شده است. تشریح مسائل کیفری سبب گشته این نگاه حاکم شود که باید موضوعات جزایی مانند اعمال عبادی برای همه زمانها اجرا شوند. رویکرد فرازمانی که در اعمال عبادی وجود دارد، به مسائل جزایی نیز ورود کرده است. همین نگاه سبب شده است که مجازاتهایی نظیر حدود، قصاص و دیات به قانون مجازات اسلامی وارد شوند و از این باب که این مجازاتها منصوص شرعی هستند، هیچ یک از احکام تخفیف، تعلیق و جایگزین‌های حبس در مورد اینها اعمال نمی‌شود. همین نگاه به حیطة احکام کیفری که از قواعد فقه کیفری منبعت شده‌اند نیز راه یافته است. به عنوان مثال قاعده فقهی کیفری نظیر لایقاده الوالد بقتل ولده و یا نصف بودن دیه زن اگرچه که در قرآن مقرر نشده است اما نگاه تبعیدی که نسبت به مجازات‌های قرآنی وجود دارد، نسبت به اینها هم اعمال می‌شود و پس از آن به آراء فقها هم تسری یافته است. به همین دلیل است که قانونگذار به جای در نظر گرفتن فتوا و رأی مناسب با جامعه، رأی مشهور را ملاک قرار می‌دهد.

در این بخش بناست به نگاه تبعیدی و نقدهای وارد بر آن پرداخته شود. پس از آن با استفاده از ظرفیت‌های موجود در مقاصد شریعت و رویکرد هرمنوتیک فلسفی به قابل تغییر بودن این تمایزهای فقهی بین زن و مرد پرداخته شود.

گفتار اول - مفهوم‌شناسی دو واژه تبعیدی و توصلی در فقه:

مقصود از تبعیدی، قصد نزدیکی به خداوند است. مانند اعمال عبادی نظیر نماز که داشتن قصد تقرب شرط اساسی است. غایت و غرض در تبعیدیات اظهار عبودیت و بندگی و پرستش خداوند می‌باشد (کاظمی خراسانی، ۱۳۷۶، ۱، ص ۱۳۷؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، ص ۷۲-۷۴؛ موسوی بجنوردی، بی‌تا، ص ۱۲۷؛ خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۱۳۹). از آن جهت که مقصود خداوند در وضع عبادات، آزمودن بندگان به فرمانبرداری در برابر خداوند می‌باشد، اصل در عبادات، تبعیدی بودن آن است. قصد شارع در عبادات عمل کردن و تبعیت بی‌چون و چرا از موارد منصوص بوده است. هم‌چنین، غالباً عقلای هر جامعه آن‌گونه که در باب معاملات به علل پی می‌برند، در باب عبادات نمی‌توانند به علل تشریح آن پی ببرند (صابری، ۱۳۸۴، ص ۱۶۹).

تعبدیات اعمالی هستند که مصلحت عرفی دنیایی آن را نمی‌دانیم (موسوی بجنوردی، بی‌تا، ص ۱۲۶). هدف از انجام آن تقرب جستن و کمال نفس و بالا رفتن درجه ایمان است؛ بنابراین باید قصد اطاعت وجود داشته باشد (شمس الدین و همکاران، ۲۰۰۲، ص ۲۱). امام خمینی در تقسیم‌بندی احکام معتقد هستند «یک دسته احکامی هست که به هر شکل انجام شوند غرض حاصل می‌شود و شیوه انجام خاصی برای آن در نظر گرفته نشده است. دسته‌ای دیگر که در آن قصد قربت لازم است به دو حالت تقسیم می‌شوند: ۱. احکامی که در آن عبودیت و بندگی و پرستش خدا مطرح است مانند نماز و حج ۲. احکامی است که قصد قربت نیاز است اما در انجام آن اظهار بندگی و خشوع نسبت به خدا وجود ندارد و با انجام آن مکلف اظهار خشوع و بندگی ندارد مانند پرداخت خمس و زکات». در این راستا، احکامی که دارای قصد قربت هستند را به دو دسته تعبدی و تقریبی تقسیم می‌نمایند (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۲۰۱).

گفته شده است که در امور تعبیدی مباشرت مأمور و وجود اختیار و التفات مأمور شرط است و برای بری‌الذمه شدن نیاز است مأمور خود در انجام امر مباشرت داشته باشد (بجنوردی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۲۸؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۱۸۱؛ خوئی، ۱۳۶۸، ج ۱، ص ۹۷). در اعمال تعبیدی ذمه انسان با انجام فعل بری نمی‌شود. نیاز است که فرد با قصد قربت عمل را انجام داده باشد.

در برابر تعبیدی، توصلی قرار دارد که تفاوتی نمی‌کند قصد تقرب وجود داشته است یا خیر. در اعمال توصلی با انجام عمل توسط مکلف تکلیف از او ساقط می‌شود، حال برخوردار شدن از ثواب و پاداش بستگی به این دارد که قصد تقرب داشته است یا خیر (خوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۱۳۹؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۹ق، صص ۷۲-۷۴). توصلیات اعمالی هستند که مصلحت موجود در آنها را درک می‌کنیم. غرض از آنها تقرب نیست و نیت اطاعت پروردگار نیز در زمان انجام آن لازم نیست (شمس الدین و همکاران، ۲۰۰۱، ص ۲۱). آیت‌الله سیستانی برای تشخیص اوامر تعبیدی و توصلی شارع به این ضابطه پرداخته‌اند که اگر آنچه مورد حکم شارع قرار گرفته مصلحت فردی یا اجتماعی داشته باشد، توصلی می‌باشد و اگر تنها به جهت مصلحت اخروی باشد، آن امر تعبیدی قلمداد می‌گردد^۳ (المهری، بی‌تا، صص ۲۷-۲۸).

گفته شده است که ملاک بسیاری از احکام قابل فهم است و تنها برخی احکام نظیر عبادات را توقیفی می‌داند. افرادی نظیر شاطبی بر این باور هستند که خداوند در معاملات به دنبال سامان دادن به مصالح بندگان است. اموری که در آن مصلحتی وجود داشته است را جایز دانسته و اموری که شامل مفسده بوده است را ممنوع کرده است. باب معاملات به گونه‌ای است که انسان با قوه ادراک و تعقل خود آن را می‌پذیرد و در باب معاملات عرف زمانه و عقل آدمیان آن امور را می‌پذیرند (الهی خراسانی، ۱۳۹۹، صص ۵۲-۵۴).

^۳ این ضابطه در تقریرات درس خارج فقه ایشان مطرح و توسط سید مرتضی المهری در بحث الأذان و الأقامة نگارش شده است. جهت مطالعه آن مراجعه شود به: <http://taghdirat.net/ketab/alazan-wal-eghama-taghdirat.net.pdf>

شارع به همان چیزی حکم می‌کند که عقل آدمی نیز به آن حکم می‌کند. آنچه شارع در معاملات مطرح می‌کند تکمیل‌کننده مسیری است که آدمیان با عقل خود آنرا می‌پیمایند. در توصیفی بنده با انجام عمل در برابر پروردگار اظهار خضوع و بندگی نمی‌کند (کازمی خراسانی، ۱۳۷۶، ص ۱۳۸).

احکام اجتماعی نظیر معاملات، سیاسات و جزئیات از زمره احکام شرعی تبعی نیستند. ملاک آنها توسط عقل و فطرت قابل فهم است. برخلاف احکام عبادی که مولوی هستند این احکام اجتماعی، ارشادی به شمار می‌آیند (الهی خراسانی، ۱۳۹۹، ص ۵۴). به تبع آنها روایات بازگوکننده آن و استنباط‌های فقیه هم ارشادی می‌شود و دیگر دلیل قانع‌کننده‌ای وجود ندارد که قانونگذار تنها رأی مشهور فقها را ملاک قرار دهد و از احکام فقهی که با شرایط امروز هماهنگ هستند، چشم‌پوشی کند.

در اعمال توصیفی با انجام عمل ذمه انسان بری می‌شود و نیاز به وجود قصد قربت نیست (لطفی، ۱۳۷۵، ص ۳۳۰). حقوق کیفری از زمره مباحثی است که اگر تشریح شارع هم نبود انسان با عقل خود، راه مقابله با جرم و سامان دادن به حوزه کیفر را می‌یافت. قیاس مجازات‌ها با اعمال عبادی مانند انجام نماز و سایر اعمال عبادی شایسته به نظر نمی‌رسد. نکته آخر این است که در تقسیم‌بندی‌های صورت گرفته، مجازات در زمره احکام و سیاسات و یا معاملات در معنای اعم، قرار گرفته است نه عبادات.

گفتار دوم - حکمت‌های غلبه رویکرد تبعی:

در خصوص نگاه تبعی که بر حقوق جزا حاکم شده است، حکمت‌هایی وجود دارد که سبب ایجاد این نگاه شده است و نیاز است به آن حکمت‌ها پرداخته شود.

یکی از حکمت‌هایی که سبب ایجاد رویکرد تبعی گردیده، باوری است که قانونگذاری را بر عهده خداوند می‌داند. طبق این باور، قوانین الهی از طریق قرآن و کلام پیامبر به انسان‌ها رسیده است (غفاری، ۱۳۹۰، ص ۱۱۵). بنابراین، نیاز است همانطور که در تشریح اعمال عبادی به اراده خداوند تسلیم می‌شویم، در حوزه کیفر هم به اراده و تشریح شارع تسلیم باشیم. اعتقاد به جاودانگی دین اسلام و فرازمانی و فرامکانی بودن احکام اسلامی سبب شده است که مجازات‌های تبیین شده در قرآن کریم نیز فرازمانی و فرامکانی قلمداد شوند.

حکمت دیگری که موجب رویکرد تبعی به احکام و قواعد کیفری شده است، پارادایم شخصیت-گرایی می‌باشد. نظام برده‌داری جامعه عرب، زبان متناسب با فرهنگ خود را نیز به همراه داشته است. در این زبان استفاده از واژه‌هایی متناسب با نظام برده‌داری امری رایج است. واژگانی نظیر عبد، مولا، سید و... به فراخور فرهنگ آن جامعه پذیرفته شده است. در اصول فقه و استنباط احکام نیز این تفکر عبد و مولا غلبه یافته است. به این ترتیب احکامی که توسط شارع وضع می‌شود به گونه‌ای فرامین مولا است به عبد خود و

غفلت از انجام این فرامین بی‌احترامی است به شخصیت مولا و در این مواقع عبد مستحق مجازات خواهد بود (الهی خراسانی، ۱۳۹۵، صص ۳۲-۳۳).

این نوع نگاه حاکم بر فقه حاصل نظم اجتماعی گذشته می‌باشد. فرهنگ عمومی جامعه عرب استوار بر نظام برده‌داری بوده است که در این فرهنگ، برده باید مطیع محض اوامر مولا باشد و حتی اگر فردی برده دیگری را به قتل برساند، دیه آن برده به مالکش پرداخت می‌شود و اگر مالک برده، او را بکشد، الزامی به پرداخت دیه نداشت. این نوع نگاه به احکام وضع شده در شریعت، سرایت یافت. در انجام هر تکلیف مقرر شده گونه‌ای از احترام به اوامر شارع نهفته است که با نقض و کوتاهی در انجام تکلیف، وهن شخصیت شارع صورت می‌گیرد (همان، صص ۶۰-۶۱). این نوع تعامل فرهنگ با فقه را می‌توان به طور برجسته در مباحث کیفری دید، به این شکل که در دسته‌ای از مجازات‌ها نظیر حدود، امر، امر مولاست و هرچند سال از وضع این قانون کیفری توسط شارع بگذرد باید این فرمان مولا، توسط عبد انجام شود.

به این نوع نگاه به قوانین وضع شده، نقدهایی وارد است. مؤثر بودن شخصیت مولا در خواسته‌های شخصی مطرح است. زیرا انسان در خواسته‌های شخصی، خود را در نظر می‌گیرد. در مقام وضع قانون برای جامعه آنچه اولویت دارد، مصالح جامعه می‌باشد و دیگر شخصیت قانونگذار - حال می‌خواهد قانونگذار شارع باشد یا فقیه - مورد توجه نمی‌باشد.

شخصیت قانونگذار در مقام وضع قانون هنگامی اهمیت می‌یابد که قانونگذار مستبد بوده و شخصیت خود و احترام به شخصیت خود را مرکز قرار می‌دهد و از همگان انتظار احترام به اوامر که نمودی از شخصیت اوست را دارد. در حالی که رابطه خدا با بندگانش مانند رابطه پادشاه با رعیتش نمی‌باشد. برای خداوند تشریح در جهت سامان دادن به جامعه و جلب مصالح اهمیت دارد. هم‌چنین در وضع قانون، نقض قانون وهن شخصیت قانونگذار نمی‌باشد (همان، صص ۶۸-۶۹).

نقد دیگری که به پارادایم شخصیت‌گرایی وارد است به این شرح است که با عدم انجام فرامین و نقض قوانین وضع شده توسط شارع هتک حرمتی به خداوند نمی‌شود. خداوند تنها مسیر را نشان می‌دهد و با ترک مسیر مشخص شده ضرری به خداوند وارد نمی‌شود و چیزی از خداوند کم نمی‌شود (همان، صص ۷۰-۷۱). در مورد فقیه‌یی که فتوا صادر می‌کند و به استنباط احکام می‌پردازد، هم وضع به این منوال است. در خطابات قانونی مخاطب احکام شرعی، جامعه است و با عدم انجام قوانین تعیین شده هتک حرمتی به واضع قانون صورت نمی‌گیرد. لذا نباید با تصور وهن شخصیت قانونگذار - خواه شارع باشد خواه فقیه - به احکام اجتماعی نظیر کیفر جنبه تعبدی بخشید و عدم اجرای آن را بی‌احترامی به شارع در نظر گرفت.

شارع در جهت مصلحت بندگان قوانین را وضع می‌کند و آنچه برای قانونگذار اهمیت دارد مصلحت عامه است نه شخصیت خود. به همین دلیل نباید با در نظر گرفتن شخصیت قانونگذار به مصالح تدوین شده در قالب قانون جنبه تقدس بخشید. این امکان وجود دارد عملی که زمانی مصلحت بوده است با تغییر

شرایط اجتماعی دیگر به مصلحت نباشد. نگاه عبد و مولایی که در حوزه کیفر غالب شده است سبب گردیده این تصور ایجاد شود که با عدم انجام فرامین کیفری الهی نقض دستورات خداوند صورت می‌گیرد. درحالی- که هدف خداوند از وضع فرامین جلب اطاعت بندگان برای خود نبوده است. هدف خداوند تأمین مصلحت بندگان بوده است و اگر در زمانی شکلی از فرمان نظیر حد یا قصاص یا قواعد وضعی توسط پیامبر و ائمه توان تأمین مصلحت را نداشته باشند، عقل حکم می‌کند که بتوان از طریق دیگر مصلحت را برقرار نمود. در مورد فقیه و احکام فقهی که استنباط می‌کند نیز این وضعیت وجود دارد. آنچه سبب غور و تفکر فقیه بوده سامان دادن به جامعه بوده است و فقه به نوعی حیطه قانونگذاری شریعت است و فقیه با استنباط خود به دنبال برقراری نظم اجتماعی بوده است؛ لذا شخصیت او در برابر اهمیتی که جامعه دارد رنگ می‌بازد و اگر روزگاری استنباط او از عهده هدفی که داشته یعنی سامان جامعه برنیاید باید بتوان از آن استنباط دست کشید. به این دلیل که هدف اولیه فقیه در استنباط نقض گردیده است.

حکمت دیگری که سبب تعبد و ورزیدن در احکام جزایی گردیده، شباهت آنها به کفارات بوده است. از آن جهت که کفارات از عبادات به شمار آمده و قصد قربت شرط می‌باشد، با حقوق کیفری نیز مشابه با آن برخورد شده و مجازات در جبران تبعات گناه و جرم صورت گرفته مشابه با کفاره در نظر گرفته شده است. حال آنکه بین این دو تفاوت وجود دارد. حقوق کیفری و احکام مرتبط با آن برای حفظ نظام اجتماعی و زندگی دنیایی وضع گردیده، اما کفارات گونه‌ای عبادت است. در اصطلاح کفاره جواهر و جبران کننده بوده اما مجازات زاجر و بازدارنده به شمار می‌آید (نوبهار، ۱۳۹۷، ص ۱۷۶).

قیاس مقوله کیفر با امر به معروف و نهی از منکر و تعبدی دانستن مجازات مانند تعبدی بودن امر به معروف و نهی از منکر نیز نادرست به نظر می‌رسد. از شرایط امر به معروف و نهی از منکر وجود احتمال تأثیر است. درحالی که نمی‌توان اثرگذاری را معیاری برای اجرا یا عدم اجرای مجازات در نظر گرفت. به این صورت که اگر احتمال دادیم اجرای مجازات تأثیری در اصلاح مرتکب ندارد آنرا متوقف نماییم و اجرای مجازات را مانند امر به معروف و نهی از منکر منوط به اثرگذاری کرد. زیرا در اجرای مجازات خواست و مطالبه عمومی وجود دارد که باید به نیاز جامعه برای اجرای مجازات پاسخ داد (همان، ص ۱۷۸).

شیعه اعتقاد دارد «انّ دین الله لایصاب بالعقول» به این مفهوم که با عقل ناقص بشری نمی‌توان دین الهی را مورد قضاوت قرار داد. از راه عقل نمی‌توان معیار و فلسفه احکام را فهمید (لطفی، ۱۳۷۵، ص ۳۳۲). این امکان وجود دارد که شیعه با این فرض که عقل ناقص بشری نمی‌تواند به مصالح پنهانی که در مجازات- های ثابتی نظیر حدود وجود دارد، پی ببرد؛ لذا نیاز است که کاملاً منطبق با آن احکام پیش برود و در این احکام تعبد ورزد. در حالی که این استدلال در احکام مولوی پذیرفته شده است نه در سیاست که غالباً امضایی و ارشادی هستند.

عقل تنها در دسته احکام مولوی قادر به درک مصالح و مفسد نیست و از این رو در احکام مولوی نیاز است که از روی تعبد، احکام را پیروی کند. در سایر احکام قادر به تشخیص مصلحت و مفسده است و تعبد ورزیدن صحیح به نظر نمی‌رسد (همان، ص ۳۳۸).

دسته‌ای از فقها در شیوه اجرای مجازاتی مانند رجم تعبد ورزیده‌اند. به گونه‌ای که گویی شیوه اجرای مجازات، عملی عبادی نظیر نماز است که باید به شیوه‌ای خاص اجرا شود (همان، ص ۱۷۵). از این نظر، این نگاه تعبدی به تمامی حوزه کیفر سرایت یافته است و شامل تمایزات فقهی که بین زن و مرد هست، هم می‌شود. به این صورت که به این تمایزات با دید تعبد نگاه می‌شود و در مقام قانونگذاری هم قانونگذار ملاک را رأی مشهور فقها در نظر می‌گیرد و به احکام فقهی که موافق با شرایط جامعه هستند اما همسو با رأی مشهور نیستند، وضعی نمی‌نهد. این نحوه برخورد قبل از اینکه شامل احکام فقهی شود شامل روایاتی شده - است که به مثابه قاعده فقهی درآمده‌اند. به عنوان مثال روایاتی نظیر لایق‌الوالد بقتل ولده یا أنت و مالک لأبیک که قاعده فقهی هستند، در ابتدا نگاه تعبدی نسبت به این روایات شکل می‌گیرد و سپس به رأی مشهور فقها تسری می‌یابد. در حالی که وقتی اصل مجازاتی نظیر دیه، حد، قصاص مولوی نبوده بلکه ارشادی بوده است به تبع آن روایات بازگو کننده آن هم ارشاد به حکم عقل هستند و رأی فقها هم ارشادی می‌شوند. در نتیجه مولوی برخورد کردن با اینها صحیح به نظر نمی‌رسد.

گفتار سوم - نقد پارادایم تعبدی:

پس از تعریف تعبدی و توصیلی و حکمت‌هایی که ممکن است سبب غلبه این نگاه شود، نیاز است که به نقد این رویکرد پرداخته شود:

اولین و مهم‌ترین انتقاد وارد شده بر نگاه تعبدی حاکم بر حوزه کیفر این می‌باشد که داشتن رویکرد تعبد و توصل محدود به حیثه واجبات است و حقوق کیفری از واجبات به شمار نمی‌آید. واجب نبودن مجازات را از امضایی بودن آن می‌توان دریافت. اینکه حاصل تأسیس شارع نمی‌باشد و عرف جامعه عرب به رسمیت شناخته شده است، دلیل بر این می‌باشد که قصد شارع تشریح یک عمل واجب عبادی نبوده است. به همین دلیل برای این نوع نگاه توجیهی وجود ندارد. در واقع لحاظ حفظ نظام اجتماعی جامعه عرب سبب اصلاح پاره‌ای از مجازات‌های رایج آن زمان و تأیید آن توسط شارع گردیده است. آنچه سبب امضای مجازات‌ها شده، رواج آنها در جامعه بود. به گونه‌ای که اگر آن مجازات‌ها شایع نبودند، امضا هم نمی‌شدند. نفس اینکه کیفر، واکنش جامعه به رفتارهای ناشایست می‌باشد، شکل این واکنش می‌تواند در دوره‌های دیگر دگرگون شود اما هم‌چنان آن مجازات جدید قابلیت تأمین مقاصد کیفری شارع را داشته باشد.

جوامع گوناگون روش‌های متفاوتی را برای واکنش به ناهنجاری‌ها دارند، آنچه سبب گردید شارع به تبیین مجازات‌ها بپردازد، تقبیح عمل به وسیله نهاد کیفر بوده است. این هدف شریعت را نمی‌توان دال بر