

Study on the Feasibility of Modifying Fixed Islamic Penalties Within Islamic Jurisprudence

Sayyid Muhammad Hosseini¹, Muhammad Baqer Girayeli²,
Abbas Sheikholeslami³, and Morteza Norouzi⁴

1. PhD Graduate, Department of Law and Islamic Sciences, Al-Mustafa International University, Khorasan Branch, Mashhad, Iran. Email: saidmohammadhosaini@gmail.com
2. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Law, Al-Mustafa International University, Khorasan Branch, Mashhad, Iran Email: bagher_grayly@miu.ac.ir
3. Associate Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Islamic Azad University, Mashhad Branch, Mashhad, Iran. Email: abass.sheikholeslami@yahoo.com
4. Assistant Professor, Department of Law and Islamic Knowledge, Al-Mustafa International University, Khorasan Branch, Mashhad, Iran. Email: morteza_norouzi@miu.ac.ir

Article Info

ABSTRACT

Article type:

Research Article

Article history:

Received

24 March 2023

Received in revised form

23 April 2023

Accepted

08 May 2023

Available online

21 December 2024

Keywords:

islamic punishments (ta'zīrāt),
fixed shari'a punishments (hudūd),
mutability, substitution,
objectivity (mawdū'īyyat),
instrumentality (tarīqīyyat),
confirmatory rulings (ahkām
imdā'i, or to confirm previous
laws and usages)

The mutability of Islamic punishments has been a subject of serious debate among Islamic jurists (fuqahā') and legal scholars in recent decades. The prevailing view among Islamic jurists is the immutability of fixed shari'a punishments (hudūd), namely qisās (retaliation) and diyāt (blood money). However, in recent years, some authors have presented arguments and evidence supporting the mutability of these punishments. Therefore, it is necessary to research this matter. In this study, we seek to answer the following question: What jurisprudential (fiqhī) arguments can be cited to support the possibility of changing fixed shari'a punishments? The findings of this research, conducted using an analytical-descriptive method, indicate that among the fixed shari'a punishments, qisās and diyāt can be altered or waived with the consent of the victim or the victim's guardian (walī al-dam) and the agreement of the offender (jānī). However, hudūd punishments are not subject to substantive change. Thus, the arguments presented by some authors for the permanent mutability of these punishments lack sufficient precision. Nevertheless, due to the current lack of conditions for implementing hudūd punishments, there is a possibility of temporarily altering these punishments. However, in the case of qisās and diyāt, such a possibility does not exist unless the victim or their guardian consents and the offender agree.

Cite this article: Hosseini, S. M., Girayeli, M. B., Sheikholeslami, A., & Norouzi, M. (2024). Study on the Feasibility of Modifying Fixed Islamic Penalties Within Islamic Jurisprudence. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law*, 18 (2), 83-101. <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15578.1751>



© The Author(s).

Publisher: Al-Mustafa International University.

DOI: <http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15578.1751>



امکان سنجی تغییر مجازات‌های معین شرعی از منظر فقه اسلامی

سید محمد حسینی^۱، محمدباقر گرایلی^۲، عباس شیخ‌الاسلامی^۳،

و مرتضی نوروزی^۴

۱. دانش‌آموخته دکتری گروه حقوق و معارف جامعه المصطفی العالمیه خراسان، مشهد، ایران. رایانامه: saidmohammadhosaini@gmail.com

۲. نویسنده مسئول، استادیار گروه حقوق و معارف جامعه المصطفی العالمیه خراسان، مشهد، ایران. رایانامه: bagher_grayly@miu.ac.ir

۳. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد مشهد، مشهد، ایران. رایانامه: abass.sheikhholeslami@yahoo.com

۴. استادیار گروه فقه و معارف جامعه المصطفی العالمیه خراسان، مشهد، ایران. رایانامه: morteza_norouzi@miu.ac.ir

اطلاعات مقاله

چکیده

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱/۴

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۲/۲/۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۲/۱۸

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۱

کلیدواژه‌ها:

مجازات اسلامی،

مجازات معین شرعی،

تغییر، جایگزینی،

موضوعیت،

طریقت،

احکام امضایی

مسئله تغییرپذیری مجازات‌های اسلامی یکی از مسائلی است که در دهه‌های اخیر میان فقها و حقوق‌دانان مورد بحث جدی قرار گرفته است. دیدگاه رایج بین فقهای اسلامی، عدم تغییرپذیری مجازات‌های معین شرعی، یعنی حدود و قصاص و دیات، است. با این حال، در سال‌های اخیر دلایل و مستندات از سوی برخی نویسندگان بر تغییرپذیری این مجازات‌ها ارائه شده است. به همین جهت، لازم است در این مورد تحقیق صورت بگیرد. در این تحقیق در پی پاسخ به این پرسش هستیم که از نظر فقهی چه دلایل قابل استنادی بر امکان تغییر مجازات‌های معین شرعی وجود دارد. حاصل این تحقیق که به روش تحلیلی-توصیفی انجام شده، این است که از میان مجازات‌های معین شرعی، قصاص و دیات در صورت رضایت بزه‌دیده یا ولی دم و موافقت بزهکار قابل تغییر یا اسقاط است. اما مجازات‌های حدی قابل تغییر ماهوی نیست. لذا دلایل مطرح‌شده از سوی برخی نویسندگان بر امکان تغییر دائمی این مجازات‌ها از انتقاد کافی برخوردار نیست. با این حال، به دلیل عدم تحقق شرایط اجرای مجازات‌های حدی در زمان حاضر، امکان تغییر این مجازات‌ها به طور موقت وجود دارد. اما در مورد قصاص و دیات چنین امکانی وجود ندارد مگر در صورت رضایت بزه‌دیده یا ولی دم و موافقت بزهکار.

استناد: حسینی، سید محمد؛ گرایلی، محمدباقر؛ شیخ‌الاسلامی، عباس؛ و نوروزی، مرتضی. (۱۴۰۳). امکان سنجی تغییر

مجازات‌های معین شرعی از منظر فقه اسلامی. *مطالعات فقه اسلامی و مباحث حقوق*، ۱۸ (۲)، ۱-۱۸۳.

<http://doi.org/10.22034/fvh.2023.15578.1751>



مقدمه

نظام کیفری اسلام، یکی از پیشرفته‌ترین نظام‌های کیفری دنیا است. اصول اساسی این نظام در دنیا جزو اصول مدرن و مترقی حقوق کیفری تلقی می‌گردد، اصولی مانند اصل قانونی بودن جرائم و مجازات‌ها، اصل شخصی بودن مسئولیت کیفری، اصل تساوی همگان در برابر قانون و... اما چالشی که نظام کیفری اسلام با آن روبه‌رو است، تغییر و تحول نیازهای انسانی، شرایط و مقتضیات زمانی و مکانی است. این مسئله باعث ایجاد این سؤال شده است که آیا مجازات‌های اسلامی ابدی و تغییرناپذیر است یا اینکه می‌توان مجازات‌های دیگری را جایگزین آن‌ها کرد؟ به همین جهت، در دهه‌های اخیر از سوی فقها و حقوق‌دانان، نسبت به مجازات‌های اسلامی واکنش‌های متفاوتی ابراز شده است. بسیاری از فقها معتقدند: احکام شریعت اسلام، به‌شمول مجازات‌های معین شرعی، قابل تغییر نیست، مگر در صورت تغییر موضوع آن (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج. ۱، ص. ۱۵۹).^۱ اما برخی نویسندگان بر این باورند که مجازات‌های اسلامی قابل تغییر است (نوبهار، ۱۳۹۶، صص. ۳۹-۷۰).

با توجه به مباحث فوق، مسئله اصلی پژوهش حاضر این است که از نظر فقهی چه دلیل قابل استنادی بر امکان تغییر مجازات‌های معین شرعی وجود دارد؟ سؤال‌های فرعی عبارت است از: (۱) رابطه بین احکام امضایی و تغییرپذیری ماهیت مجازات‌های معین شرعی چیست؟ (۲) مجازات‌های معین شرعی موضوعیت دارد یا طریقت؟ (۳) چه رابطه‌ای بین موانع اجرایی مجازات‌های معین شرعی و تغییرپذیری این مجازات‌ها وجود دارد؟ در این پژوهش ابتدا دلایل امکان تغییر ماهیت مجازات‌های معین شرعی بررسی، سپس دلایل فقهی نسبتاً جدیدی بر امکان تغییر موقت مجازات‌های حدی بیان شده است.

هرچند تاکنون درباره این موضوع تحقیق‌هایی انجام شده است، اما به دلیل اهمیت فوق‌العاده این مسئله هنوز هم جای بررسی و نقد وجود دارد. به‌خصوص اینکه در دهه‌های اخیر، برخی نویسندگان دلایل و مستنداتی بر امکان تغییر ماهیت این مجازات‌ها ارائه کرده‌اند. این تحقیق از چند جهت با تحقیق‌های انجام‌شده متمایز است. نخست آنکه دلایل امکان تغییر ماهیت مجازات‌های معین شرعی بررسی و نقد شده است. دوم آنکه دلایل جدیدی بر امکان تغییر موقت مجازات‌های حدی آورده شده است؛ شیوه استدلال‌ها عمدتاً جدید است.

پیشینه تحقیق

تاکنون تحقیقی با عنوان «امکان‌سنجی تغییر مجازات‌های معین شرعی» صورت نگرفته است. اما تحقیقاتی انجام شده که با مسئله فوق مرتبط بوده و هرکدام از زاویه خاصی مسئله را مورد بحث قرار داده است.

الف) پایان‌نامه‌ای تحت عنوان «امکان‌سنجی تبدیل مجازات‌های حدی» توسط حسن یعقوبی در سال ۱۳۹۳، در دانشگاه شهید باهنر کرمان، نوشته شده است. در این پایان‌نامه صرفاً مسئله اجرای حدود در

۱. به‌عنوان مثال، کاشف الغطاء گفته است: «إن من اصول مذهب الإمامية عدم تغییر الاحکام الا بتغییر الموضوعات.» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج. ۱، ص. ۱۵۹).

زمان غیبت بررسی شده است. درحالی‌که ما در این تحقیق فارغ از این مسئله، دلایل امکان تغییر مجازات‌های معین شرعی را بررسی کرده‌ایم.

ب) رسالهٔ دکترای با عنوان «ثابت و متغیر در نظام جزایی اسلام» توسط حسن رضایی با راهنمایی دکتر شبستری در دانشگاه تربیت مدرس در تابستان ۱۳۸۱ دفاع شده است. نویسندهٔ این رساله ثبات و تغییر در نظام جزایی اسلام را تابع ثبات و تغییر در پیش‌فرض‌های مفسران متون اسلامی دانسته است. شیوهٔ بحث نویسنده، در این رساله، برون‌فقهی است، درحالی‌که شیوهٔ بحث ما در این تحقیق، درون‌فقهی است.

ج) رسالهٔ دکترای با عنوان «اختیار حاکم در تعدیل، تبدیل و اسقاط مجازات‌های منصوص شرعی» توسط مصطفی مسعودیان، با راهنمایی محمد اسحاقی آستانی در دانشکدهٔ الهیات و معارف اسلامی دانشگاه تهران در شهریور ۱۳۹۵ دفاع شده است. نویسنده در این رساله امکان تغییر مجازات‌های مذکور را مقتضای حکم ثانوی دانسته است. مستند نویسنده، در این رساله، اختیارات حاکم اسلامی است، درحالی‌که ما امکان‌سنجی تغییر مجازات‌های منصوص را بدون استناد به اختیارات حاکم اسلامی بررسی کرده‌ایم.

د) کتابی با عنوان «نقش زمان و مکان در نظام کیفری اسلامی» توسط حسن رضایی در سال ۱۳۸۲ منتشر شده است. این کتاب به چهار بخش تقسیم شده است. نویسنده در فصل نخست از بخش دوم این کتاب به تأثیرگذاری مقتضیات زمان و مکان بر احکام منصوصهٔ کیفری پرداخته است.

ه) مقاله‌ای تحت عنوان «امکان‌سنجی فقهی گذار از مجازات‌های بدنی» توسط رحیم نوبهار (۱۳۹۶) نگاشته شده است. دلایل مورد استناد نویسنده بر امکان تغییر مجازات‌های بدنی، عبادی نبودن، امضایی بودن و طریقت‌داشتن این مجازات‌ها است. ما در این تحقیق عمدهٔ دلایل مورد استناد نوبهار را بررسی و نقد کرده‌ایم.

و) مقاله‌ای تحت عنوان «تبدیل و جایگزینی مجازات‌های اسلامی با مقتضیات زمان» توسط سعید هادی نجف‌آبادی و محمدرضا آیتی (۱۳۹۵) نوشته شده است. در این مقاله، امکان جایگزینی مجازات‌های اسلامی اعم از منصوص، یعنی حدود، قصاص و دیات و غیرمنصوص، یعنی تعزیرات، بررسی شده است، درحالی‌که موضوع پژوهش ما امکان‌سنجی تغییر مجازات‌های معین شرعی، یعنی حدود، قصاص و دیات است. همچنین در این مقاله مبنای اصلی، مسئلهٔ عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت است، درحالی‌که ما فارغ از این بحث، امکان‌سنجی تغییر مجازات‌های حدی، قصاص و دیات را بررسی کرده‌ایم.

مفهوم‌شناسی

مفهوم تغییر

تغییر در لغت به معنای تبدیل شدن یک چیز به چیز دیگر است (ابن‌منظور، ۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۶۳). تغییر حکم به دو صورت ممکن است: گاه ذات و ماهیت یک حکم تغییر می‌کند. مثلاً در بحث تغییر جنسیت گفته شده است: «تبدیل ماهوی هریک از زن و مرد به دیگری» (هاشمی شاهرودی و همکاران، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۵۵۲). گاه نیز صورت حکم تغییر می‌کند، بدون اینکه تغییری در ذات آن حکم پدید آید (رحیمی،

وطني و ناصري مقدم، ۱۳۹۹، ص. ۱۷۰). چنانچه ماهيت حکمي تغيير کند، مي توان گفت حکم به طور دائمي تغيير کرده است. چنانچه فقط صورت حکمي تغيير کند، مي توان گفت حکم به صورت موقت تغيير کرده است.

مفهوم و ماهيت مجازات هاي معين شرعي

«مجازات» واژه اي فارسي و در لغت به معنای پاداش دادن در نيکي و بدی، کيفر و به سزای اعمال رساندن است (دهخدا، ۱۳۷۳). معادل اين کلمه در زبان عربي، واژه «عقوبت» و «جزاء» است (ابن منظور، ۱۴۰۵ق، ج ۱، ص. ۶۱۹). فقها مجازات را تعريف نکرده اند، بلکه اقسام و مصاديق آن را بيان کرده اند.^۱ برای شناخت دقيق ماهيت مجازات هاي منصوص شرعي بايد بدانيم که مجازات ها در اسلام ابتدا به دو دسته مجازات هاي دنيوي و اخروي قابل تقسيم است (محسنی، ۱۴۲۸ق، ج. ۴، ص. ۱۱۱). از سوی ديگر، مجازات هاي دنيوي نيز به چهار دسته حدود، قصاص، ديات و تعزيرات تقسيم مي شود.

الف) حدود: جمع «حد» در لغت به معنای منع آمده است (ازهری، ۱۴۲۱ق، ج. ۱، ص. ۷۵۹) و در اصطلاح شرع عبارت است از: «مجازات خاصی که به واسطه ارتکاب معصيتی خاص توسط مکلف بر بدن او انجام می شود و مقدار آن در تمام موارد از سوی شارع معين شده است» (طباطبایي، ۱۴۱۸ق، ج. ۱۰، ص. ۷۳).
 ب) قصاص و ديات: کيفر هاي واجب برای جرائمی که تعرض عليه جان يا کمتر از آن می باشد (زيدان، ۱۳۹۴، ص. ۳۳). بايد توجه داشت که فقهای شافعی، قصاص را جزء مجازات هاي حدی دانسته اند (الجزيري، ۱۴۲۴، ج. ۵، ص. ۸). یکی از فقهای معاصر اماميه نيز چنین عقیده ای دارد (هاشمی شاهرودی، ۱۳۸۷، ص. ۱۹۵). اما واقعيت اين است که قصاص جزء مجازات هاي حدی نيست. هر چند قصاص و قسمت عمده ديات، مثل حدود، جزء مجازات هاي معين است. زیرا تفاوت ماهوی بين قصاص و حدود وجود دارد؛ حدود يا صرفاً حق الله است يا حق الله در آن غالب است. اما قصاص به عقیده بعضی از فقها صرفاً حق الناس است (الجزيري، ۱۴۲۴، ج. ۵، ص. ۹) و به عقیده بعضی ديگر حق الناس در آن غالب است (ابوزهره، ۱۹۹۹، ص. ۵۹). در مورد ماهيت ديه هم بين فقها اختلاف دیدگاه وجود دارد. به عقیده بعضی از فقهای معاصر، ماهيت ديه جبران خسارت است نه مجازات (مرعشی شوشتری، ۱۳۹۷، ج. ۱، ص. ۱۸۹). بعضی ديگر از فقها، ديه را واجد هر دو جنبه کيفری و جبران خسارت می دانند (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰، ص. ۱۴۸). مطابق دیدگاه سوم که به صواب نزدیک تر است، در قتل عمد و شبه عمد، ديه می تواند واجد هر دو جنبه جزایی و جبران خسارت باشد، اما در جنايت خطای محض صرفاً جبران خسارت است؛ زیرا در جنايت خطای محض، شخص قصد قتل يا فعل واقع شده بر مجنی عليه را نداشته است، اما از آنجاکه خون مسلمان نباید هدر برود، شارع عاقله جانی را مسئول دانسته است (ميرمدرس، ۱۳۹۲، ص. ۴۴). در واقع، هدف شارع از ملزم کردن عاقله به پرداخت ديه، تعاون مالی و مصلحت بوده است (طبرسی، ۱۴۲۷ق، ج. ۳، ص. ۹۲).

۱. از باب مثال محقق نراقی گفته است: «... فی العقوبات و هی اما قصاص، اوجد، او دية، والاخير داخل فی الدعوى»

ج) تعزیر: در لغت به معنای تأدیب است و در اصطلاح شرع به مجازاتی گفته می‌شود که در شریعت غالباً اندازه معینی ندارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۲۵۷). از عبارات برخی از فقها به دست می‌آید که تعزیرات به دو نوع منصوص و غیرمنصوص قابل تقسیم است. به عنوان مثال، شهید ثانی از جرائمی مثل نزدیکی با همسر در روز ماه رمضان، ازدواج با کنیز بدون اجازه از همسر، خوابیدن دو مرد به صورت برهنه زیر یک پوشش و از بین بردن بکارت دختر یاد کرده که مجازات آن‌ها تعزیر است و در روایات نوع و مقدار مجازات این جرائم به ترتیب ۲۵، ۱۲/۵، ۳۰ تا ۷۰، ۳۰ تا ۷۷ یا ۳۰ تا ۸۰ تازیانه معین شده است (جبی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج. ۱۴، ص. ۳۵).

اما برخی دیگر از فقها جرائم و مجازات‌های فوق را جزو تعزیرات نمی‌دانند. به عنوان مثال، صاحب جواهر معتقد است:

آنچه باعث شده شهید ثانی و بعضی دیگر از فقها این مجازات‌ها را تعزیر بدانند، این است که در روایات به این مجازات‌ها تعزیر اطلاق شده است. اما این سخن شهید ثانی قابل قبول نیست، چون ممکن است مراد از تعزیر در این روایات نقطه مقابل حد نباشد؛ یعنی در این روایات مراد از تعزیر، همان تعزیرات اصطلاحی نباشد. به همین جهت است که برخی از فقها این موارد را جزء حدود ذکر کرده‌اند نه تعزیرات (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج. ۴۱، ص. ۲۵۶).

به هر صورت، اکثر فقهای اسلامی معیار اصلی تمایز حد از تعزیر را معین بودن حد و معین نبودن تعزیر دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج. ۴، ص. ۹۳۲؛ جزیری، ۱۴۲۲ق، ج. ۵، ص. ۳۹۷). بیشتر فقها معتقدند در تعزیرات هر مجازاتی که متناسب و بازدارنده باشد، جایز است (جوزی، ۱۴۱۱ق، ص. ۳۹۷). بنابراین، حاکم اسلامی می‌تواند شخص مستوجب تعزیر را توبیخ، سرزنش، تأدیب، یا زندانی کند (طوسی، ۱۳۵۱، ج. ۴، ص. ۲۳۲؛ حلی، ۱۴۲۰ق، ج. ۲، ص. ۲۳۹).

با توجه به آنچه گفته شد، می‌توان به دست آورد که مجازات در نظام کیفری اسلام ماهیتی دوگانه دارد. بعضی از مجازات‌های اسلامی، یعنی حدود، قصاص، قسمت عمده دیات و تعزیرات منصوص از جانب شارع تعیین شده است و برخی دیگر، یعنی عمده تعزیرات، معین نشده است. بنابراین، حدود، قصاص، دیات و تعزیرات منصوص جزو مجازات‌های معین و قسمت عمده تعزیرات جزو مجازات‌های غیرمعین است. از سوی دیگر، ماهیت مجازات‌های حدی حق‌الله است، اما ماهیت قصاص و دیات حق‌الناس است. غالب تعزیرات هم صرفاً حق‌الناس است و فقط بعضی از تعزیرات حق‌الله محسوب می‌شود (فتحی بهنسی، ۱۴۱۲ق، ج. ۱، ص. ۳۲۳).

امکان‌سنجی تغییر ماهیت مجازات‌های معین شرعی

اکثر قریب به اتفاق فقهای امامیه معتقدند که ماهیت مجازات‌های معین شرعی قابل تغییر نیست (ابن قیم، ۲۰۱۰، ج. ۱، ص. ۳۳۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق؛ عاملی، ۱۴۲۳ق، ص. ۴۰۲؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج. ۱، ص. ۳۴). اما گاه از سوی برخی حقوق‌دانان و نویسندگان دلایلی بر امکان تغییر ماهیت مجازات‌های مذکور بیان

می‌شود (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج. ۱، ص. ۷؛ نوبهار، ۱۳۸۹، ص. ۷۴). در عبارات ذیل دلایل مورد اشاره بررسی می‌شود.

الف. امضایی بودن مجازات‌های معین شرعی

یکی از دلایل امکان تغییر ماهیت مجازات‌های معین شرعی این است که این مجازات‌ها جزو احکام امضایی می‌باشد و احکام امضایی به دلایلی که مطرح خواهد شد، قابل تغییر است. بنابراین، ماهیت مجازات‌های مذکور هم تغییرپذیر است. در عبارات ذیل دلایل این مدعا بررسی می‌شود.

قوام‌بخشی موضوع توسط عرف دوران تشریع

یکی از دلایل تغییرپذیری احکام امضایی این است که در این احکام، عرف عقلا یا به عبارتی رواج و شیوع عقلایی جزء موضوع حکم است. با از میان رفتن این رواج و شیوع عقلایی، جزء موضوع حکم از بین می‌رود و با از بین رفتن جزء موضوع، تمام موضوع منتفی می‌گردد. در نهایت با انتقای موضوع، حکم نیز منتفی می‌گردد (نوبهار، ۱۳۸۹، ص. ۷۴). به بیان دیگر، عرف دوران تشریع از عناصر قوام‌بخش به موضوع است، به‌گونه‌ای که اگر این رواج و شیوع از بین برود، موضوع از بین خواهد رفت و با از میان رفتن موضوع، حکم نیز منتفی خواهد شد. چراکه حکم از حیث وجود و عدم تابع موضوع است.

نقد و نظر: دلیل فوق از اتقان کافی برخوردار نیست. زیرا هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای وجود ندارد که ثابت کند، در احکام امضایی، عرف دوران تشریع یا به عبارتی رواج و شیوع عقلایی از عناصر قوام‌بخش به موضوع و در واقع علت تشریع حکم از جانب شارع است. در واقع این سخن نسبت به بعضی از احکام امضایی صحیح است نه تمام آن‌ها. به‌عنوان مثال، برده‌داری یکی از احکام امضایی است که پذیرش آن توسط اسلام فقط به‌خاطر محذورات اجتماعی مخالفت با آن بوده است و الا اسلام آن را تأیید نمی‌کرد (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج. ۱، ص. ۷). اما نسبت به تمام احکام امضایی نمی‌توان عرف دوران تشریع را از عناصر قوام‌بخش به موضوع دانست. ضمن اینکه رایج‌بودن تمام مجازات‌های معین شرعی در زمان جاهلیت، قابل اثبات نیست؛ در واقع، بعضی از مجازات‌های مذکور در میان برخی از قبایل رایج بوده است نه تمام آن‌ها. به‌عنوان مثال، مجازات قطع دست در میان همه اعراب رایج نبوده است، بلکه همان‌طور که جواد علی نویسنده «تاریخ العرب قبل الاسلام» گفته است، این مجازات فقط در میان «قریش» رواج داشته است (علی، ۱۳۸۰، ج. ۱۰، ص. ۲۷۷).

اعتبار احکام امضایی مشروط به تأیید سیره عقلای عصر حاضر

بر اساس یک دیدگاه، احکام امضایی در صورتی اعتبار دارد که سیره عقلای فعلی احکام امضایی را تأیید کند. در صورت تغایر احکام امضایی با سیره عقلای عصر حاضر، احکام امضایی مبتنی بر سیره عقلای پیشین نسخ خواهد شد. از سوی دیگر، مجازات‌هایی چون سنگسار، قطع دست سارق و... که قبل از اسلام وجود داشته و شارع آن را امضا کرده است، با سیره عقلای این دوران در تغایر است؛ سیره عقلای عصر حاضر چنین مجازات‌هایی را نمی‌پذیرد. در نتیجه، این مجازات‌ها بایستی حذف و مجازات‌هایی مطابق با مقتضیات زمان وضع گردد (کدیور، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۱).

نقد و نظر: در نقد این دیدگاه باید گفت حجیت سیره عقلا ذاتی نیست تا بگوییم شارع سیره عقلائی عصر حاضر را بدون قید و شرط تأیید کرده است. چون ممکن است در مواردی شارع سیره عقلا را خطا و باطل بداند. از دید فقها و اصولیون، سیره عقلا در صورتی حجت است که شارع آن را امضا و تقریر کرده باشد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵، ص. ۵۶۲) یا حداقل ردعی از جانب شارع در مورد آن سیره نیامده باشد (حائری، ۱۴۲۳ق، ج. ۱، ص. ۹۰). در صورت پذیرش دیدگاه اول، امضاء و تقریر معصوم شامل سیره عقلائی دوران حاضر می‌گردد، مشروط بر آنکه سیره‌های جدید دربردارنده آن روح و ملاک سیره عقلائی باشد که شارع تأیید و امضا کرده است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷، ص. ۲۴۷). در مورد سیره عقلائی فعلی نمی‌توان گفت صرف عدم ردع شارع کافی است، چون عدم ردع در جایی درست است که معصوم حضور داشته باشد و در زمان فعلی که معصوم حضور ندارد، صرف عدم ردع دلالت بر حجیت سیره عقلا ندارد، بلکه سیره عقلائی فعلی بایستی به امضای شارع رسیده باشد. هرچند همان‌طور که یکی از فقهای معاصر گفته است، ما می‌توانیم امضای شارع را از سکوت او در زمان تشریع یا تبلیغ به دست آوریم (آصفی، ۱۳۷۴، ص. ۴۴). به بیان دیگر، سیره عقلائی فعلی در صورتی حجت است که برخلاف اصول و ضوابط شریعت نباشد. اما اینکه از کجا بدانیم سیره عقلائی فعلی برخلاف اصول و ضوابط شریعت نیست، شارع مقدس قواعدی در اختیار فقها و عالمان دینی قرار داده که بتوانند با آن قواعد بناهای عقلایی را ارزیابی و چارچوب‌های نظام اجتماعی و فردی را معین کنند (معرفت، ۱۳۷۳، ص. ۶۳).

عدم اختصاص تغییر موضوع یا ملاک به احکام امضایی

به نظر نویسنده این تحقیق، امضایی بودن حکمی به معنای تغییرپذیری آن نیست. ملاک و معیار تغییر حکم شرعی نه امضایی بودن آن، بلکه تغییر موضوع یا ملاک آن است. بعضی از احکام شریعت اسلام به دلیل تغییر موضوع یا تغییر ملاک آن قابل تغییر است؛ هرگاه موضوع یا ملاک حکم از بین برود، حکم نیز از بین خواهد رفت.

از سوی دیگر، موضوع و ملاک بعضی از احکام در زمان ما وجود ندارد، در نتیجه حکم هم تغییر کرده است. به عنوان مثال، ضمان عاقله مربوط به نظام قبیله‌ای است. در این نظام، زندگی افراد به گونه‌ای به هم آمیخته است که در صلح و جنگ و... با هم شریک‌اند. در این نظام مسئولیت شخصی وجود ندارد. لذا وقتی شخصی مرتکب قتل می‌شد، اگر خانواده‌اش توانایی پرداخت دیه را داشت، باید می‌پرداخت و در غیر این صورت، پرداخت آن بر عهده تمام افراد قبیله بود (علی، ۱۳۸۰، ج. ۵، ص. ۴۸۸).

اما در جوامعی که نظام قبیله‌ای بر آن‌ها حاکم نیست، مسئولیت عاقله هم وجود ندارد. زیرا مسئولیت عاقله فرع بر وجود عاقله است. عاقله در جوامعی وجود دارد که نظام قبیله‌ای در آن حاکم باشد، زیرا عاقله صرفاً به معنای بستگان ذکور پدری نیست، بلکه به کسانی اطلاق می‌شود که با یکدیگر پیمان بسته‌اند که در چنین شرایطی دیه را بپردازند و در واقع پرداخت دیه را متعهد شده‌اند (مرعشی، ۱۳۹۷، ص. ۳۱۶).

همچنین ملاک تعیین صد شتر به عنوان دیه قتل، با فرهنگ دوران تشریع سازگار است، اما در عصر حاضر قابل پذیرش نیست. زیرا زندگی در سرزمین خشک و داغ عربستان، بسیار سخت و طاقت‌فرسا بوده

است، به گونه‌ای که شتر تنها حیوانی بوده که می‌توانسته برای آن‌ها مفید باشد. شتر در نزد عرب به اندازه‌ای ارزش داشته است که دارایی مردم با تعداد شتران آن‌ها مشخص می‌شده است (مرعشی، ۱۳۹۷، ص. ۲۳۹). بنابراین، در چنین جامعه‌ای تعیین شتر به عنوان دیه کاملاً طبیعی است. اما در عصر حاضر تعیین شتر به عنوان دیه قابل قبول نیست؛ یعنی فرهنگ عصر حاضر چنین چیزی را نمی‌پذیرد. به همین جهت، فقهای اسلامی معتقدند: «در این زمان باید قیمت شتر را تعیین کنیم و به عنوان دیه قرار دهیم» (مرعشی، ۱۳۹۷، ص. ۲۴۰).

اما تغییر حکم به دلیل تغییر موضوع یا ملاک حکم، اختصاص به احکام امضایی ندارد، بلکه ممکن است یک حکم تأسیسی نیز موضوع یا ملاکش تغییر کرده یا از بین رفته باشد، در این صورت حکم مزبور قابل تغییر است. به عنوان مثال، حرمت خرید و فروش خون، یک حکم تأسیسی است. علت حرمت آن در گذشته این بوده است که منفعت حلال عقلایی نداشته است (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۴، ص. ۸۳). این حکم همچنان باقی بود تا اینکه علم کشف کرد خون دارای منافع زیادی است، به گونه‌ای که نجات جان بسیاری از بیماران به خون بستگی دارد. در این شرایط حکم خرید و فروش از حرمت تبدیل به جواز و حلیت شده است (سبحانی تبریزی، ۱۳۸۴، ص. ۸۳). امام خمینی در این مورد گفته است: «خون در آن زمان غیر از خوردن کاربرد دیگری نداشت، بنابراین تحریم خون منصرف است به تحریم خوردن آن» (خمینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص. ۳۸). در نتیجه، امضایی یا تأسیسی بودن نمی‌تواند ملاک تغییر حکم باشد.

ب. طریقت داشتن مجازات‌های معین شرعی

یکی از دلایل امکان تغییر مجازات‌های معین شرعی، موضوعیت نداشتن و به عبارتی طریقت داشتن این مجازات‌ها است. اثبات طریقت داشتن این مجازات‌ها مبتنی بر دو دلیل است. در عبارات ذیل دلایل مورد اشاره بررسی می‌شود.

تبیین احکام از مصالح و مفاسد

یکی از دلایل طریقت داشتن مجازات‌های معین شرعی این است که احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد است (حلی، ۱۴۲۷، ص. ۴۸۵). از سوی دیگر، ممکن است اجرای حکمی در زمانی مصلحت داشته باشد و زمانی دیگر مصلحت نداشته باشد. به بیان دیگر، از یک سو احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد است و از سویی دیگر مصالح و مفاسد هم متغیر است. لذا احکام نیز به تبع مصالح و مفاسد متغیر است. برخی از فقهای اسلامی به این مسئله اشاره کرده‌اند. به عنوان مثال، علامه حلی (متوفی ۷۲۶ق) در این مورد گفته است:

احکام شرعی تابع مصالح است و مصالح نیز با گذشت زمان و تغییر مکلفین تغییر می‌کند، بنابراین ممکن است حکم معینی در یک زمانی برای گروهی دارای مصلحت باشد و لذا آنان موظف به انجام آن باشند. اما همان حکم در زمان‌های بعد برای کسانی دیگر دارای مفاسدی باشد و لذا شارع مردم را از آن نهی کرده باشد (حلی، ۱۴۲۷، ص. ۴۸۵).

هرچند فرمایش علامه حلی در نقد دیدگاه یهود است که شریعت حضرت موسی را دائمی می‌داند، می‌توان همان ملاک را در مورد احکام شریعت اسلام نیز بیان کرد. ابواسحاق شاطبی (متوفی ۷۹۰ق) از عالمان اهل سنت نیز معتقد است احکام شریعت اسلام تابع مصالح و مفاسد است؛ از این رو ممکن است عملی در یک زمانی مصلحت داشته و در نتیجه جایز باشد و در زمانی دیگر مصلحت نداشته و لذا ممنوع قرار داده شود (شاطبی، ۱۴۲۵، ج. ۲۱، ص. ۳۰۵).

به عقیده برخی از عالمان اهل سنت، در صورت تعارض میان مصلحت و نصوص شرعی، مصلحت مقدم خواهد بود. نجم‌الدین طوفی معتقد است در معاملات و مانند آن‌ها اصل بر رعایت مصلحت مردم است. براین اساس، هرگاه بین مصلحت و دیگر ادله شرعی اختلاف باشد و جمع میان آن‌ها ممکن نباشد، مصلحت مقدم است. چون هدف از مکلف ساختن مردم به احکام، دستیابی به مصلحت است و خود احکام مانند وسیله است و روشن است که هدف بر وسیله مقدم است (خلاف، ۱۴۱۴، ص. ۱۴۱).

نقد و نظر: دلیل مورد اشاره قابل پذیرش نیست. هرچند اصل تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی را نمی‌توان انکار کرد. اما اینکه مصالح با گذشت زمان تغییر می‌کند و در نتیجه احکام نیز تغییرپذیر است، به شکل موجه کلیه قابل پذیرش نیست، بلکه می‌توان آن را به نحو موجه جزئی پذیرفت، به این بیان که بعضی از مصالح با گذشت زمان قابل تغییر است و در نتیجه حکم نیز تغییرپذیر خواهد بود، اما برخی دیگر از مصالح با گذشت زمان قابل تغییر نیست و در نتیجه حکم آن نیز تغییر نخواهد کرد. از سوی دیگر، ما به مصالح و مفاسد واقعی تمام احکام دسترسی نداریم. اینکه احکام تابع مصالح و مفاسد است، به این معنا نیست که ما بتوانیم مصالح و مفاسد واقعی تمام احکام را به دست آوریم.

همچنین باید یادآور شد که در فقه، مصلحت به معنای منفعت مادی صرف نیست. مصلحت در لغت به معنای منفعت است و در اصطلاح فقهی به منفعتی گفته می‌شود که شارع آن را برای حفظ دین، نفس، عقل، نسل و اموال بندگان مورد توجه قرار داده است (رمضان البوطی، ۲۰۱۰، ص. ۲۷). به عبارتی دیگر، مصلحت به معنای تأمین اهداف شارع می‌باشد که عبارت است از حفظ دین، جان، عقل، نسل و اموال (غزالی، ۱۴۲۸، ج. ۲، ص. ۲۸۲). به بیان سوم، مراد از مصلحت دفع ضرر یا جلب منفعت برای دین و دنیا است (میرزای قمی، ۱۳۷۸، ج. ۲، ص. ۹۲). بنابراین، چه‌بسا امری دارای مصلحت است، اما نه تنها منفعت مادی در آن نیست، بلکه از نظر مادی ضرر هم دارد، مانند دادن زکات یا خمس که دارای مصلحت است، اما نفعی مادی در آن نیست، بلکه از نظر مادی ضرر محسوب می‌شود. برعکس ممکن است چیزی دارای منفعت مادی باشد، ولی مصلحت در ترک آن باشد، لذا شارع دستور به ترک آن داده باشد، مانند زنا که منفعت مادی آن لذت‌بردن است، اما نه تنها دارای مصلحت نیست، بلکه مفسده دارد و به همین دلیل شارع آن را ممنوع کرده است. آخوند خراسانی (۱۳۸۹) در این مورد گفته است: «مصلح و مفاسدی که ملاکات احکام می‌باشند، به منافع و ضررها بر نمی‌گردند، بلکه چه‌بسا در چیزی مصلحت وجود دارد که ضرر هم در آن است و چه‌بسا در انجام کاری که مفسده دارد، منفعت مادی باشد» (ج. ۲، ص. ۳۴۸).

اهداف متعدد شارع از تشریع مجازات‌ها

دلیل دیگری که برای اثبات طریقت داشتن مجازات‌های معین شرعی ارائه شده، این است که هدف شارع از تشریع مجازات صرفاً سزادهی و اجرای عدالت نیست، بلکه مجازات‌های مذکور برای رسیدن به اهداف دیگر تشریع شده است، به گونه‌ای که هدف اصلی تحقق آن اهداف است و این مجازات‌ها تنها به عنوان یکی از ابزارهایی که می‌تواند آن اهداف را تأمین کند، تشریع شده است. بنابراین، چنانچه مجازات‌های معین شرعی نتواند آن اهداف را تأمین کند، یا در شرایط خاصی آثار نامطلوب در پی داشته باشد یا بتوان آن اهداف را از راه دیگری جز مجازات تأمین کرد، در این صورت، مجازات فاقد مشروعیت بوده و اعمال چنین مجازاتی از دیدگاه اسلام ممنوع خواهد بود (مصدق، ۱۳۸۰، ص. ۲).

نقد و نظر: ما این را می‌پذیریم که هدف شارع از اجرای مجازات صرفاً سزادهی و اجرای عدالت نیست، بلکه شارع اهداف دیگری مانند اصلاح و تربیت مجرم، ایجاد ترس و ارعاب در مردم جهت جلوگیری از تکرار جرم و حمایت از ارزش‌های مورد احترام جامعه نیز دارد. مسلم است که یکی از اهداف شارع، سزادهی و اجرای عدالت است. در این صورت حتی اگر سایر اهداف شارع محقق نشود، سزادهی و اجرای عدالت محقق خواهد شد. به عنوان مثال، ممکن است در تشریع مجازات قطع دست سارق، شارع اهداف زیادی مثل پیشگیری، ارعاب و... داشته باشد، اما آنچه مسلم است، شارع با تشریع این مجازات می‌خواهد مجرم به سزای عملش برسد و عدالت اجرا شود.

از سوی دیگر، ممکن است مجازات‌های دیگری هم بتواند برخی اهداف شارع از تشریع این مجازات‌ها را برآورده کند. اما نمی‌تواند تمام اهداف شارع را برآورده کند. زیرا همان‌طور که گفتیم ممکن است شارع از تشریع یک مجازات اهداف متعددی داشته باشد که ما فقط نسبت به بعضی از آن اهداف آگاهی داریم. به عنوان مثال، شارع برای تشریع قطع دست یا پای سارق اهداف متعددی دارد که یکی از آن‌ها ارعاب و بازدارندگی است.^۱ ممکن است این هدف با زندان یا مجازات دیگری هم حاصل شود، اما هدف شارع تنها ارعاب و بازدارندگی نیست، بلکه شارع اهداف دیگری هم دارد که فقط با قطع دست حاصل می‌شود؛ ما نسبت به تمام اهداف شارع آگاهی نداریم و فقط بعضی از آن اهداف را دریافته‌ایم. به همین دلیل نمی‌توان گفت در زمان حاضر اهداف مورد انتظار شارع از تشریع این مجازات‌ها قابل تحقق نیست.

همچنین مسلم است که بازدارندگی مجازات‌های معین شرعی در مقایسه با زندان و سایر مجازات‌های عرفی بیشتر است. به عنوان مثال، قطع دست یا پا و تازیانه از زندان بازدارندگی بیشتری دارد. البته مجازات‌هایی مثل سنگسار، صلب و به طور کلی مجازات‌های سالب حیات، برای اصلاح و تربیت مجرم وضع نشده است، بلکه چنین مجازات‌هایی علاوه بر آنکه باعث ارعاب و بازدارندگی دیگران از تکرار جرم می‌شود، برای حمایت از ارزش‌های جامعه اسلامی وضع شده است.

۱. این هدف شارع را می‌توان از آیه ۳۸ سوره مائده به دست آورد. زیرا در این آیه آمده است: «دست مرد و زن دزد را قطع کنید، این جزای عمل آنان و بازدارنده‌ای از سوی خداوند است و خداوند عزت‌مند حکیم است. پس اگر کسی پس از ظمی که کرده توبه کند و خودش را اصلاح نماید، خداوند توبه او را می‌پذیرد.»

البته باید توجه داشت که اجرای بعضی مجازات‌های شرعی مثل سنگسار ممکن است باعث دین‌گریزی مردم گردد. در این صورت تا زمانی که این مشکل وجود دارد، می‌توان اجرای این مجازات‌ها را متوقف کرد. همان‌طور که امام علی (ع) در سرزمین دشمن از اجرای حد خودداری کرد و دلیل آن را ترس از دین‌گریزی مردم اعلام فرمود^۱ (جرعاملی، ۱۴۰۳ق، ج. ۱۸، ص. ۳۱۷). اما این مسئله باعث تغییر ماهیت مجازات‌های مذکور نخواهد شد؛ موانع اجرای حکمی، باعث تغییر ماهیت آن حکم نخواهد شد، زیرا این موانع ابدی نیست.

با توجه به مباحث مطرح‌شده به این نتیجه می‌رسیم که دلایل امکان تغییر ماهیت مجازات‌های منصوص شرعی از اتقان کافی برخوردار نیست.

امکان‌سنجی تغییر موقت مجازات‌های معین شرعی

همان‌طور که قبلاً بیان شد، مقصود از تغییر موقت مجازات، توقف اجرای آن و اجرای مجازات دیگری به‌جای آن است. در عبارات ذیل ابتدا امکان تغییر موقت قصاص و دیات و سپس مجازات‌های حدی بررسی می‌شود.

امکان‌سنجی تغییر موقت قصاص و دیات

تغییر قصاص و دیات فقط با رضایت بزه‌دیده یا ولی دم او و موافقت بزه‌کار ممکن است، زیرا همان‌طور که قبلاً توضیح دادیم، قصاص و دیات حق الناس است و بدون رضایت صاحبان حق، امکان تغییر این مجازات‌ها وجود ندارد. همچنین لازمه حق بودن قصاص این است که در صورت توافق بزه‌دیده یا ولی دم او با بزه‌کار یا قاتل، بتوان مجازات قاتل عمد را که قصاص نفس است به مجازات قصاص عضو تبدیل کرد، زیرا همان‌طور که تمام حق قابل عفو و اسقاط است، بخشی از آن هم قابل عفو است. بنابراین، بزه‌دیده یا ولی دم می‌تواند تمام حق خود را ببخشد و جانی را قصاص نکند و می‌تواند بخشی از اعضای بدن وی را مورد عفو قرار دهد. در این صورت، نسبت به عضوی که مورد عفو واقع نشده، حق قصاص ثابت است (جباری و امیدی، ۱۳۹۵، ص. ۱۲۱).

امکان‌سنجی تغییر موقت مجازات‌های حدی

در متون فقهی قرائن و شواهدی وجود دارد که بر اساس آن می‌توان اجرای بعضی از مجازات‌های حدی را متوقف و به‌جای آن‌ها مجازات‌های تعزیری اجرا کرد. تاکنون از سوی برخی نویسندگان دلایلی مثل استناد به قاعده مصلحت، ضرورت حفظ نظام و تراحم اجرای حدود با قواعدی چون حرمت تنفیر از دین، لاضرر و لاجرم بر امکان توقف اجرای برخی از مجازات‌های حدی بیان شده است (اسحاقی، امام و مسعودیان، ۱۳۹۲، صص. ۵۰، ۵۲؛ نوبهار، ۱۳۸۹، صص. ۳۰۵-۳۱۸؛ هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۸، ص. ۲۰۴). ما در

۱. «لا أقیم علی رجل حداً بأرض العدو حتی یخرج منها مخافة أن تحمله الحمیة فیلحق بالعدو»

این مبحث دلایل نسبتاً جدیدی بر امکان جایگزینی مجازات‌های تعزیری به جای برخی از مجازات‌های حدی ارائه خواهیم کرد.

۱- عدم وجود قضاات جامع شرایط

فقه‌های امامیه در مورد جواز یا عدم جواز اجرای حدود در زمان غیبت به دو دسته تقسیم شده‌اند. آن دسته از فقهایی که معتقدند اجرای حدود در زمان غیبت جایز است، اجرای حدود توسط هر شخصی را جایز نمی‌دانند، بلکه برای قاضی اجراکننده حدود شرایطی بیان کرده‌اند که برخی از این شرایط در حال حاضر محقق نیست.

۱-۱- ضرورت احراز فقاقت قاضی

مشهور فقه‌های امامیه معتقدند قضاوت شأن فقیه است و کسی که دارای ملکهٔ اجتهاد نیست، نمی‌تواند قضاوت نماید (عاملی، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص ۶۵؛ جعی عاملی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۶۷؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱۳، ص ۳۸؛ یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص ۴۱۸). فقها دلایل متعددی از قرآن و سنت بر مدعی خود بیان نموده‌اند. به عنوان مثال، بر اساس روایتی امام صادق علیه السلام فرمود: «از قضاوت بهره‌بیزید، چرا که قضاوت فقط شأن امامی است که عالم به قضا و عادل در میان مسلمانان باشد مانند، نبی یا وصی نبی»^۱ (محسنی، ۱۴۳۴ق، ج ۳، ص ۲۶۳). همچنین بر اساس حدیث صحیح ابی عبیده از امام باقر (ع) کسی که بدون علم برای مردم فتوا دهد، هدایت خداوند شامل حال او نمی‌شود. فرشتگان رحمت و عذاب او را لعنت می‌کنند و سنگینی عمل کسی که به فتواهای او عمل می‌کند به وی می‌رسد (حر عاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۲۷، ص ۲۰). با وجود این، برخی از فقه‌های امامیه قضاوت غیرمجتهد را جایز دانسته‌اند. البته به شرطی که قاضی مقلد از شخص مجتهد در این خصوص اذن داشته باشد، وگرنه قضاوت او جایز نخواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰، ص ۲۰).

آنچه گفته شد نسبت به مطلق جرائم بود، اما نسبت به جرائم حدی فقها حساسیت بیشتری دارند، به گونه‌ای که حتی کسانی که از یک سو قائل به جواز قضاوت شخص غیرمجتهد و از سوی دیگر قائل به جواز اجرای حدود در عصر غیبت هستند، معتقدند که اجرای حدود بایستی فقط توسط فقیه جامع شرایط فتوا انجام شود (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۳۹۹؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۴۲۰؛ خویی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۱۰۹). صاحب جواهر معتقد است: قدر متیقن از نصوص و اجماع، به هر دو قسمش، به دست می‌آید که فقط مجتهد مطلق جامع شرایط می‌تواند حدود الهی را اجرا نماید. بلکه این مسئله از ضروریات مذهب است. به نظر ایشان حتی مجتهد متجزی هم حق اجرای حدود را ندارد. زیرا مقبولهٔ عمر بن حنظله که مهم‌ترین دلیل بر جواز اقامه حدود در زمان غیبت است، شامل وی نمی‌شود. ایشان معتقد است مقبوله ابی‌خدیجه، توقیع شریف از حضرت صاحب الامر (عج)، حدیث صحیح ابی بصیر از امام صادق (ع) هم

۱. «عن سلیمان بن خالد، عن أبی عبدالله علیه السلام: «اتقوا الحکومة فان الحکومة انما هی للامام العالم بالقضاء العادل فی المسلمین کنبی او وصی نبی»

دلالت بر این دارد که فقط مجتهد مطلق جامع شرایط حق اجرای حدود دارد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۱، ص ۳۹۹).

مرحوم کاشف الغطاء نیز در این مورد گفته است: «هرگاه امر به معروف و نهی از منکر متوقف بر تعزیر باشد، اجرای آن بر هر کسی واجب است. اما اقامه حدود فقط توسط مجتهد انجام می‌شود...» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۲، ص ۴۲۰).

مرحوم سید ابوالقاسم خویی، یکی دیگر از فقهای بزرگ امامیه، هم معتقد است که با توجه به آیات ۲۴ سوره نور و ۳۸ سوره مائده حدود باید اجرا شود، اما اینکه چه کسی باید حدود الهی را اجرا کند، آیات فوق نسبت به آن ساکت است. با این حال، می‌توان گفت مخاطب آیات فوق فقهای جامع شرایط است نه تمام مسلمانان، زیرا در چنین مواردی بایستی به قدر متیقن اکتفا کرد و مقصود از قدر متیقن فقیه جامع شرایط است (خویی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۱۰۹). ایشان دلایل ذیل را برای اثبات مدعای خود بیان کرده است. الف) مطابق آنچه در صحیح داوود بن فرقد از امام صادق (ع) روایت شده است، روزی بعضی از اصحاب رسول خدا (ص) از سعد بن عباده پرسیدند: اگر مردی اجنبی را در فراش همسر خود ببینی چه می‌کنی؟ سعد در جواب گفت: او را می‌کشم. وقتی پیامبر (ص) این سخن را شنید، فرمود: «ای سعد پس گواهی چهار شاهد چه می‌شود؟ سعد گفت: یا رسول الله بعد از آن که خودم با چشم خودم دیده‌ام و خدا هم می‌داند که این عمل اتفاق افتاده، آیا باز هم نیاز به شهادت شهود است؟ حضرت فرمود: بله. بعد از اینکه با چشمت دیده‌ای؛ چراکه خداوند برای هر چیزی حدی تعیین کرده است و برای هر کس از این حدود تجاوز کند، نیز حدی قرار داده است» (حر عاملی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۸، ص ۸۵).

ب) مطابق روایتی، حفص بن غیاث می‌گوید: «از امام صادق (ع) پرسیدم: اجرای حد به دست چه کسی است؟ سلطان یا قاضی؟ امام فرمود: اجرای حد در اختیار کسی است که حکم کردن در اختیار اوست.» مرحوم خویی معتقد است با ضمیمه کردن روایاتی که در زمان غیبت، قضاوت را به فقها سپرده است، نتیجه می‌گیریم که اجرای حدود به فقها واگذار شده و وظیفه آنان است (خویی، ۱۳۹۴، ج ۲، ص ۱۰۹).

یکی از فقهای معاصر در این مورد گفته است: «تتبع انجام شده نشان می‌دهد کسی از فقها فتوا به جواز نیابت و اذن در این امر صادر نکرده است.» (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۲۹۲). به همین دلیل از دیدگاه ایشان: «رای به اجرای حدود شرعیه توسط اغلب قضات زمان ما با مشکل جدی روبه‌رو است» (محقق داماد، ۱۳۹۴، ص ۳۱۰).

بنابراین زمانی می‌توان اجرای حدود را جایز دانست که فقهای جامع شرایط فتوا به تعداد کافی در جامعه وجود داشته باشند و در مورد جرائم حدی حکم صادر کرده و قضاوت نمایند. از سوی دیگر نود و نه درصد قضات در کشورهای اسلامی مجتهد نیستند تا چه رسد به اینکه جامع شرایط فتوا باشند؛ در نتیجه اجرای حدود توسط این قضات شرعاً با مشکل روبه‌رو است.

۱-۲- ضرورت احراز عدالت قاضی

یکی دیگر از شرایط اجرای حدود این است که قاضی صادرکننده حکم بایستی عادل باشد. لزوم این شرط را می‌توان از همان شرایط قبلی، یعنی لزوم قضاوت توسط فقیه جامع شرایط فتوا، به دست آورد. اما از آنجاکه عدالت مسئله بسیار مهمی است آن را جداگانه بیان کرده‌ایم. همان طور که صاحب جواهر گفته است، لازمه عدالت داشتن امانت و محافظت بر انجام واجبات است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۰، ص ۲۲۰). شیخ طوسی در این مورد معتقد است: قاضی باید از ارتکاب عمل حرام دوری کند، زاهد و با تقوا باشد، نسبت به انجام اعمال صالح و داشتن تقوای الهی حریص باشد و از هوی و هوس به شدت برحذر باشد (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۳۳۷).

در حال حاضر احراز شرایط فوق برای قضات بسیار دشوار است. بر فرض که بتوان شرایط فوق را احراز کرد، اگر ملاک‌های فوق برای انتخاب قضات مد نظر باشد، بیشتر کسانی که داوطلب این منصب هستند، رد خواهند شد.

۲- عدم ایمنی قضات و نظام اسلامی از ضرر

برخی از فقهای امامیه اجرای حدود در عصر غیبت را منوط به ایمن بودن از ضرر دانسته‌اند. محقق حلی پس از آنکه دیدگاه خود را مبنی بر عدم جواز اقامه حدود در عصر غیبت بیان می‌کند، قول به جواز اجرای حدود را به عده‌ای با عبارت «قیل» نسبت می‌دهد و می‌گوید: «گفته شده مرد می‌تواند حد را بر زن، فرزند و عبد خود جاری کند. همچنین گفته شده است: فقها می‌توانند در زمان غیبت اقامه حدود نمایند در صورتی که از ضرر ایمن باشند» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۱، ص ۳۱۳). شهید ثانی نیز جواز اجرای حدود در عصر غیبت را منوط به ایمنی از ضرر بر فقیه و سایر مؤمنین دانسته است (جبجعی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۱۰۷).

باید دانست ضرر گاهی شخصی است، یعنی شخص مجری حد ممکن است به‌خاطر اجرای حد، توسط افرادی دیگر اعم از نزدیکان و طرفداران مجرم یا شخصی دیگر آسیب ببیند. گاهی ضرر نوعی است؛ ممکن است اجرای مجازات‌های حدی باعث ایجاد ضرر برای جامعه و نظام اسلامی شود. اطلاق عبارات فقها شامل هر دو نوع ضرر می‌شود.

۳- احتیاط در دماء

در دماء، یعنی در اموری که به جان انسان‌ها مربوط می‌شود، باید نهایت احتیاط صورت گیرد و طوری حکم صادر و اجرا شود که یقین به امتثال حکم واقعی شرعی به وجود آید. بنابراین چنانچه در حکم به مرگ انسان‌ها شبهه‌ای وجود داشته باشد، این شک حکم یقین را دارد و مثل آن است که ما یقین داریم که نباید حکم مرگ را صادر کنیم (خلیل‌آباد، متولی‌زاده و گلستان‌رو، ۱۳۹۵، ص ۱۳۰).

به نظر برخی از فقهای امامیه، احتیاط در دماء اقتضا دارد که مجازات‌های سالب حیات و قطع دست سارق فقط توسط امام معصوم (ع) انجام شود. فاضل هندی (متوفی ۱۱۳۷) در این مورد معتقد است: «اگر

حد، قتل یا رجم باشد، فقط امام (ع) می‌تواند آن را اجرا کند، به‌جهت احتیاط در دماء ... همین طور است مجازات قطع دست در جرم سرقت» (فاضل هندی، ۴۰۵ ق، ج. ۱۰، ص. ۴۷۷).

نتیجه‌گیری

دلایل امکان تغییر ماهیت مجازات‌های معین شرعی یعنی حدود، قصاص و دیات از اتقان کافی برخوردار نیست. امضایی بودن مجازات‌های مذکور دلالتی بر تغییرپذیری این مجازات‌ها ندارد، زیرا رایج بودن تمام مجازات‌های معین شرعی در زمان جاهلیت قابل اثبات نیست، بلکه فقط بعضی از این مجازات‌ها آن هم در میان برخی از قبایل رایج بوده است. بر فرض که رایج بودن این مجازات‌ها در زمان جاهلیت ثابت شود، هیچ دلیل قانع‌کننده‌ای وجود ندارد که ثابت کند رواج از عناصر قوام‌بخش به موضوع است. از سوی دیگر، احکام امضایی نمی‌تواند مشروط به تأیید سیره عقلای عصر حاضر باشد، زیرا حجیت سیره عقلای ذاتی نیست. البته بعضی از احکام شرعی به‌دلیل تغییر موضوع یا ملاک قابل تغییر است، اما این مسئله اختصاصی به احکام امضایی ندارد، بلکه ممکن است یک حکم تأسیسی نیز موضوع یا ملاکش تغییر کرده یا از بین رفته باشد، در این صورت حکم مزبور قابل تغییر است.

هرچند اصل تبعیت احکام از مصالح و مفاسد واقعی را نمی‌توان انکار کرد، اینکه مصالح با گذشت زمان تغییر می‌کند و در نتیجه احکام نیز تغییرپذیر است، به‌شکل موجب کلیه قابل پذیرش نیست. از سوی دیگر ممکن است مجازات‌های دیگری هم بتواند برخی اهداف شارع از تشریع مجازات‌های معین شرعی را برآورده کند، اما نمی‌تواند تمام اهداف شارع را برآورده کند؛ زیرا ممکن است شارع از تشریع یک مجازات اهداف متعددی داشته باشد که ما فقط نسبت به بعضی از آن اهداف آگاهی داریم.

بنابراین، دیدگاه طریقت داشتن مجازات‌های معین شرعی از اتقان کافی برخوردار نیست. با این حال به‌دلیل فراهم نبودن زمینه‌ها و شرایط اجرای مجازات‌های حدی می‌توان گفت امکان تغییر موقت مجازات‌های مذکور وجود دارد؛ لزوم اجرای حدود توسط فقیه جامع شرایط فتوا، لزوم ایمنی قضات و نظام اسلامی از ضرر از جمله این شرایط است که در حال حاضر اکثر قریب به اتفاق قضات کشورهای اسلامی این شرایط را دارا نیستند.

منابع

قرآن کریم

- ابن قیّم، محمد بن ابى بكر. (۱۴۱۱ق). *اعلام الموقعين عن ربّ العالمين*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- ابن قیّم، محمد بن ابى بكر. (۲۰۱۰م). *إغاثة اللفهان من مصاید الشیطان*. ریاض: مكتبة المعارف.
- ابن منظور افریقی، محمد بن مكرم. (۱۴۰۵ق). *لسان العرب*. قم: نشر ادب الحوزه.
- غزالی، محمد بن محمد. (۱۴۲۸ق). *المستصفی*. قاهره: دارالبصائر.
- ابوزهره، محمد. (۱۹۹۸م). *الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامی*. قاهره: دارالفكر العربی.
- اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). *مجمع الفائده و البرهان فى شرح ارشاد الاذهان الى احكام الايمان*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ازهری، محمد بن احمد. (۱۴۲۱ق). *معجم تهذیب اللغة*. بيروت: داراحیاء التراث العربی.
- اسحاقی، محمد، امام، سید محمد رضا و مسعودیان، مصطفی. (۱۳۹۴). *اختیارات حاکم اسلامی در تبدیل مجازات* رجم با نگاهی به نظرهای شورای نگهبان. *دانش حقوق عمومی*، ۴(۱۲)، ۶۷۸۴۷.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۳۸۹). *کفایة الاصول*. تهران: خرسندی.
- أصفی، محمد مهدی. (۱۳۷۴). *نقش زمان و مکان در تحول فقه (مصابحه)*. در *نقش زمان و مکان در اجتهاد (تهران)*. کنگره بررسی مبانى فقهی امام خمینی.
- جبارى، مصطفى و امیدی، جلیل. (۱۳۹۵). *عدول از قصاص نفس و مصالحه بر قصاص عضو در قتل عمد*. *مطالعات حقوقی*، ۱۸(۳)، ۱۸۱۱.
- جزیری، عبدالرحمن. (۱۴۲۴ق). *الفقه على المذاهب الاربعه*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- حائری، سید کاظم. (۱۴۲۳ق). *فقه العقود*. قم: مجمع الفكر الاسلامی.
- حرعاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۳ق). *وسائل الشیعه*. تهران: کتاب فروشی اسلامیة.
- حرعاملی، محمد بن حسن. (۱۴۲۳ق). *الفوائد الطوسیه*. مكتبة المحلاتی.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۲۰ق). *تحریر الاحکام الشرعیة*. قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر. (۱۴۲۷ق). *كشف المراد فى شرح تجرید الاعتقاد*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- خلاف، عبدالوهاب. (۱۴۱۴ق). *مصادر التشريع الاسلامی فیما لانص فيه*. کویت: دارالعلم.
- خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۳). *المکاسب المجرمه*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- خویی، سید ابوالقاسم. (۱۳۹۴). *مبانى تکملة المنهاج*. تهران: نشر خرسندی.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۳). *لغت نامه*. تهران: دانشگاه تهران.
- رحیمی، هادی، وطنی، امیر و ناصری مقدم، حسین. (۱۳۹۹). *امکان سنجی تغییر احکام در فقه امامیه*. *پژوهشنامه میان رشته‌ای فقهی*، ۱۶ (۲)، ۱۶۵-۱۸۴.
- رمضان بوطی، محمد سعید. (۲۰۱۰م). *ضوابط المصلحة العامة*. دمشق: دارالفکر.
- سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۸۴). *نقش زمان و مکان در استنباط فقه اهل بیت (ع)*.
- شاطبی، ابراهیم بن موسی. (۱۴۲۵ق). *الموافقات*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- طباطبایی، سید علی. (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل*. مشهد: مؤسسه آل البيت.
- طبرسی، فضل بن حسن. (۱۴۲۷ق). *مجمع البیان فى تفسیر القرآن*. بيروت: دارالمرتضى.

- طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۵۱). *المبسوط فی فقه الامامیه*. قم: المكتبة المرتضوية.
- طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى* (چاپ دوم). بیروت: دار الكتاب العربی.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (شهیدثانی). (۱۳۸۷). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: دارالتفسیر.
- عاملی، زین‌الدین بن علی (شهیدثانی). (۱۴۱۹ق). *مسالك الافهام*. مؤسسة المعارف الاسلامیة.
- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول). (۱۴۱۷ق). *الدروس الشرعیة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- عاملی، محمد بن مکی. (۱۴۳۰ق). *القواعد و الفوائد*. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- علی، جواد. (۱۳۸۰). *المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام*. قم: انتشارات شریف رضی.
- فاضل‌هندی، محمد بن حسن. (۱۴۰۵ق). *کشف اللثام فی شرح قواعد الاحکام* (ج. ۱۰). قم: مکتبه آیت‌الله المرعشی النجفی.
- فتحی‌بهنسی، احمد. (۱۴۱۲ق). *الموسوعة الجنائیه فی الفقه الاسلامی*. بیروت: دارالنهضة العربیة.
- کاشف‌الغطا، جعفر. (۱۴۲۲ق). *کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- کدیور، محسن. (۱۳۸۷). *حقّ الناس (السلام و حقوق بشر)*. تهران: انتشارات کویر.
- کلانتری خلیل‌آباد، عباس، متولی‌زاده، نفیسه و گلستان‌رو، صدیقه. (۱۳۹۵). احتیاط در دماء و کاربرد آن در حقوق کیفری. *حقوق اسلامی*، ۱۳ (۴)، ۱۶۰-۱۲۹.
- محسنی، محمد آصف. (۱۴۲۸ق). *صراط الحق فی المعارف الاسلامیة و الاصول الاعتقادیة*. قم: ذوی القربی.
- محسنی، محمد آصف. (۱۴۳۴ق). *معجم الأحادیث المعتبرة*. قم: نشر اديان.
- محقق‌حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). *شرايع الاسلام* (چاپ دوم). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق‌حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). *شرايع الاسلام*. قم: اسماعیلیان.
- محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۸۹). *قواعد فقه ۴ (بخش جزایی)* (چاپ چهاردهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مرعشی، سیدمحمدحسن. (۱۳۹۷). *دیدگاه‌های نو در نظام کیفری اسلام*. به کوشش عباس شیرازی. تهران: میزان.
- مصدق، محمد. (۱۳۸۰). مجازات از دیدگاه اسلام موضوعیت دارد یا طریقت؟ *ماهنامه دادرسی*، (۲۹).
- معرفت، محمدهادی. (۱۳۷۳). *اقتراح درباره مبانی اجتهاد. نقد و نظر*، ۱ (۱).
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۸۰). *بحوث فقهیه مهمه*. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن. (۱۳۷۸). *قوانین الاصول*. تهران: مکتبه الاسلامیة.
- میرمدرس، سیدموسی. (۱۳۹۲). *مفهوم و ماهیت دیه از منظر فقه و حقوق اسلامی*. *فصلنامه فقه*، (۳).
- نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام* (چاپ هفتم). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). *مستند الشیعة فی احکام الشریعة*. قم: مؤسسه آل‌البيت لاحیاء التراث.
- نوبهار، رحیم. (۱۳۸۹). *اهداف مجازات‌ها در جرائم جنسی (چشم‌اندازی اسلامی)*. قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
- نوبهار، رحیم. (۱۳۹۶). امکان‌سنجی فقهی گذار از مجازات‌های بدنی. *فقه*، (۹۰)، ۷۰-۳۹.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود و همکاران. (۱۳۸۷). *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل‌البيت*. قم: مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود. (۱۳۷۸). *بایسته‌های فقه جزا*. تهران: میزان.
- یزدی، محمد کاظم. (۱۴۰۹ق). *العروه الوثقی*. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.