

نقش پیش فرض در فقه و حقوق کیفری با رویکردی بر آرای امام خمینی (س)

رامین پور سعید^۱

مرضیه آذر نیا^۲

چکیده: پیش فرض، امری است که در بستر زمان و مکان، تحت تأثیر فرهنگ جامعه، خانواده، اقتصاد و ... در ضمیر افراد نهادینه می‌شود و در تصمیم‌گیری‌ها مؤثر است. قانون‌گذاران کیفری نیز در عرصه تقنین از این قاعده مستثنا نیستند. تحقیق حاضر در مقام احصاء و تبیین برخی از مهم‌ترین پیش فرض‌هایی است که احکام فقهی جزائی را تحت تأثیر قرار داده است. از باب نمونه پیش فرض حجیت خبر واحد در مواجهه با اخبار منتسب به معصومین علیهم‌السلام، عملاً سبب غیر قابل طرح بودن سایر ادله گردیده است. نتیجه اینکه اغلب ادله متنی مثل اخبار و احادیث، بر ادله غیر متنی نظیر دلیل عقل و بنای عقلا سلطه یافته‌اند. علاوه بر اینکه اخبار با دشواری‌های متعددی هم در سند و هم در دلالت مواجهند، درک مدلول آن‌ها، اغلب تحت تأثیر پیش فرض‌هایی صورت می‌گیرد که ما را از مقصود شارع دور می‌نماید. جلوه‌های مقاصدی فقه امام خمینی مرتبط با همین پیش فرض است.

کلیدواژه‌ها: پیش فرض، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، خبر واحد، امام خمینی، عصمت، امنیت.

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور کرج، البرز، ایران. (نویسنده مسئول)

E-mail: r.poursaeid@yahoo.com

۲. کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه پیام نور کرج، البرز، ایران.

E-mail: Lawyer.azarnia@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۱۲/۲۳ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۱/۲۸

پژوهشنامه متین/سال بیستم/شماره هشتاد/ پاییز ۱۳۹۷/صص ۵۲-۳۷

مقدمه

بخش مهمی از قانون مجازات اسلامی سال ۱۳۹۲ تکرار یا ابقای همان قوانین کیفری ماهوی سابق است. پرسش اصلی این است که چرا به تناسب تحولات جامعه، تحولی بنیادین در قانون مجازات صورت نمی‌گیرد؟

قانون‌گذاری در خلأ صورت نمی‌گیرد بلکه، به‌طور ناخودآگاه تحت تأثیر پیش‌فرض‌ها یا امور مسلم بین‌الاذهانی قرار دارد. هیچ دانشمند یا مفسری نمی‌تواند افکار و اندیشه‌های خود را از عدم به وجود آورد. اگر دربارهٔ یک موضوع هیچ اطلاع قبلی موجود نباشد، خواست و علاقه‌ای هم برای فهم یا تبیین آن به‌عنوان یک عمل ارادی به وجود نمی‌آید. با مجهول مطلق نمی‌توان هیچ نسبتی برقرار کرد. از طرف دیگر می‌دانیم که همه‌چیز را درباره آن موضوع نمی‌دانیم. این سطح از آگاهی نقطه آغاز کار ماست. واقعیت این است که فهمیدن، با سؤال کردن آغاز می‌شود و سؤال بدون پیش‌فهم ممکن نیست (مجتهد شبستری ۱۳۸۱:۱۶).

پیش‌فرض‌های فقهی در ابواب قصاص، دیات و حدود، منجر به ثابت‌انگاری در همین عناوین شده است طوری که عملاً امکان جرح و تعدیل در این مباحث و یا تغییر و تحول، غیر ممکن است. این ثابت‌انگاری‌ها محصول سلطهٔ متون شرعی‌ای است که احکام جزائی از آن‌ها استنباط می‌شود. حتی منابع استنباط فقهی دیگر همچون بنائات عقلایی و عقل، یارای مقاومت در برابر سلطه نصوص را ندارند.

به امر مسلمی که بنا به دلایل متعدد فرهنگی، دینی، قومی و... می‌تواند در شکل‌گیری ذهنیت خالق یک متن و حتی مخاطب آن متن مؤثر باشد، پیش‌فرض می‌گویند (باختین ۱۳۸۷:۵۳). پیش‌فرض می‌تواند روند تقنین را نیز تحت تأثیر قرار دهد، طوری که ارزش مفاهیم جرم، مجرم، مجازات و... را تعیین نماید. مثلاً کسی که پذیرفته حجاب از ضروریات دین است، برای او حکم به مجازات فرد بی‌حجاب یا بدحجاب امری مسلم است؛ اما در مقابل، فردی که ضروری بودن حجاب را امری مسلم نمی‌انگارد، با حکم به مجازات بی‌حجاب یا بدحجاب، مسئله خواهد داشت.

تحقیقاتی که در عرصهٔ دلالت متن و هرمنوتیک صورت گرفته نقش بی‌چون و چرای پیش‌فرض‌ها را در جای خود ثابت کرده است؛ اما اینکه کدام پیش‌فرض‌ها در عرصهٔ حقوق کیفری ایران بیشترین تأثیر را دارند تاکنون تحقیقی صورت نگرفته است.

پژوهش پیش‌رو تلاش دارد تا مهم‌ترین پیش‌فرض‌های مزبور را شناسایی نموده و معتقد است از شرایط تحول اساسی در فتوا و تدوین قوانین کیفری، تحول در همین پیش‌فرض‌هاست. حتی نظام حقوق جزای مدرن نیز بر پیش‌فرض‌هایی استوار است که ابتدا به این مطلب اشاره می‌شود.

۱. مهم‌ترین پیش فرض‌های حقوق جزای مدرن

وظیفه حقوق جزا تشخیص رفتاری است که باید مجرمانه تلقی شود و تلاش در جهت کاستن از رخ دادن چنین اقداماتی است. با این حال در راهی که قانون تلاش می‌کند تا به این هدف دست یابد محدودیت‌های شدیدی وجود دارد. اولین محدودیت آن است که در یک جامعه متمدن باید مجازات خشن غیرمجاز شناخته شود. جامعه‌ای که به خشونت واضح و کنترل شده علیه مجرمینش متوسل می‌شود خود را تا حد آنان کاهش می‌دهد. نفاق این ادعا که مثلاً قتل عمد بد است و در عین حال، کشتن (اعدام) به شکل قانونی صورت می‌گیرد؛ ادعاهای اقتدار اخلاقی را از حقوق جزا می‌رباید (کلارکسون ۱۳۷۱: ۱۲۴).

رویکردهای اصلی در حقوق جزای مدرن منبعث از حقوق عرفی دائماً در حال تحول است. این نظام کیفری به خاطر ابتناء بر دلایل عقلایی و عرفی، دائماً به احیا و بازنگری خود می‌پردازد و هیچ نوع مجازات محتومی وجود ندارد. در نتیجه: تلاش برای اخلاقی شدن مجازات و پرهیز از مجازات خشن، تلاش برای ارائه مجازات دربردارنده ارزش‌های جامعه، به کارگیری هر چه بیشتر تناسب بین جرم و مجازات، به کارگیری راه‌های ممنوعیت مجازات مختلف برای جرائم یکسان در دادگاه‌های مختلف، رفع تناقضات بین احکام به همراه تنظیم مدل راهنما برای صدور احکام توسط دادگاه‌های کیفری و از همه مهم‌تر تدوین قواعد کیفری بر مبنای اهداف قانون‌گذار، همگی از جمله اهم پیش فرض‌ها و مسلمات حقوق کیفری جوامع مدرن است (کلارکسون ۱۳۷۱: ۱۵-۲۱).

با پیش فرض‌های فوق‌الاشعار فارغ از تحسین یا تقبیح، امکان تحول تدریجی در قوانین ناخوانا با انتظارات جامعه در جوامع پیشرفته وجود دارد؛ اما در نظام کیفری ایران پیش فرض‌های دیگری حکومت می‌کنند که مجموعاً اسباب ثابت‌انگاری قوانین کیفری را فراهم آورده‌اند و منجر به مجازات محتوم گردیده است. این پیش فرض‌ها را در دو گروه پیش فرض‌های کلامی و پیش فرض‌های فقهی پیگیری می‌کنیم.

۲. مهم‌ترین پیش فرض‌های حقوق جزای ایران

می‌توان دودسته از پیش فرض‌های مؤثر بر نظام حقوق کیفری ایران را شناسایی کرد. آن‌ها که در مرحله استنباط فقهی رقم می‌خورند و آن‌ها که پیش فرض‌های کلامی محسوب می‌شوند و به لحاظ رتبه بر پیش فرض‌های فقهی مقدم هستند. ابتدا به پیش فرض‌های کلامی اشاره می‌شود.

۲-۱. پیش فرض‌های کلامی

درک ما از یک چیز وقتی معنی دار می‌شود که با ادراکات پیشین ما مقایسه شود (میرعمادی ۱۳۸۲: ۵۹). در تفسیر آیه «اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَأَنْزَلَ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَخْرَجَ بِهِ مِنَ الثَّمَرَاتِ رِزْقًا لَكُمْ وَسَخَّرَ لَكُمْ الْفَلَكَ لِتَجْرِيَ فِي الْبَحْرِ بِأَمْرِهِ وَسَخَّرَ لَكُمْ الْأَنْهَارَ وَسَخَّرَ لَكُمْ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ دَائِبَيْنِ وَسَخَّرَ لَكُمْ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ وَآتَاكُمْ مِنْ كُلِّ مَا سَأَلْتُمُوهُ وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَتَ اللَّهِ لَا تَحْصُوهَا إِنَّ الْإِنْسَانَ لَظَلُومٌ كَفَّارٌ» (ابراهیم: ۳۲-۳۴) متأخرین سعی کرده‌اند نشان دهند در انسان این استعداد و توانایی هست تا قوای طبیعت را زیر سلطه خود در آورد و تمدن و پیشرفت ایجاد کند.

این ذهنیت (پیش فرض) موقعی برای بشر پیش آمد که این توانایی‌ها را در خود یافته؛ اما مردمی که اصلاً تصویری از تسخیر ماه و آسمان نداشتند در معنای تسخیر می‌گفتند، خداوند ستارگان و ماه و آفتاب را چنان قرار داده است تا وسیله حیات انسان فراهم شود نظیر سعدی که فرمود:

ابر و باد و مه و خورشید و فلک در کارند تا توانی به کف آری و به غفلت نخوری (سعدی ۱۳۸۹: مقدمه).

از مهم‌ترین پیش فهم‌های معتزله؛ فهم سخن خدا در پرتو اصول عقلانی بود. آن‌ها معتقد بودند که توحید، عدل، صفات ذات خداوند هستند ابتدائاً از قرآن به دست نمی‌آیند، بلکه عقلی هستند و شرع آن‌ها را تأکید کرده است؛ اما اشاعره این‌ها را هم از وحی می‌دانستند. معتزله فقط احکامی را از وحی استخراج می‌کردند که عقل آن‌ها را درک نمی‌کرد و البته آن‌ها هم جزئیات احکام را و گرنه باز هم کلیات آن‌ها را طبق حسن و قبح عقلی می‌دانستند. در باب فهم کلام خدا پیش فرض آنان این است که باید صفات و قصد را از سخن او دریابیم، حال که خداوند با زبان انسان‌ها سخن گفته، یعنی وحی چیزی جز مفاهیم مطبوع و معقول انسان را نمی‌گوید، نتیجه اینکه وحی نباید با عقل، در محتوا مخالف شود (مجتهد شبستری ۱۳۸۱: ۱۱۰).

فضای زمان حضرت رسول (ص) به جهت نفوذ و تأثیر فوق‌العاده ایشان، فضای استماع و تسلیم بود. پیش فرض آن دوران این بود که آیات قرآن به عنوان سخنان مقدسی که بشر را مواجه با خدا قرار می‌داد دانسته می‌شد. مؤمن در این فضا چون و چرای عقلی نمی‌کرد و فقط به فکر اجابت بود. در این دوران تفسیر قرآن در حد سؤال از معانی ظواهر قرار داشت. مبنای نخستین این بود که هر چه در قرآن گفته شده، غیب است و عقل راهی بدان ندارد. همین وضعیت در ذهن اشاعره به عنوان امور مسلم و پیش فرض‌های ثابت درآمد. اشاعره همان اهل حدیثند؛ اما

بعداً تلاش کردند معتقدات خود را توجیه عقلانی کنند. آنان معتزله را کسانی می‌دانستند که قرآن را به رأی خودشان تفسیر می‌کردند (مجتهدشبه‌ستری ۱۳۸۱: ۱۰۴). شیعه به لحاظ مبنای کلامی به معتزله نزدیک است.

۲-۲. پیش فرض های فقهی

۲-۲-۱. عدالت، متنی - برون متنی

در این نکته که عدالت، مهم ترین آرمان بشری است، اختلاف عقیده وجود ندارد. عدالت ارزش و آرمانی است که اشخاص در فطرت خویش آن را می‌یابند و درک می‌کنند و می‌کوشند تا در زندگی فردی و اجتماعی خود، آن گونه عمل کنند که مقتضای عدالت است، حتی دزدان که با دستبرد به اموال دیگران، عدالت را رعایت نکرده‌اند، خود هنگام تقسیم اموال ربوده شده می‌گویند: باید عادلانه تقسیم شود.

قانون‌گذار باید بکوشد این آرمان و ارزش را در کارش (تقنین) به کاربرد و قوانینی عادلانه وضع کند. قوانینی که عدالت را به عنوان یک امر عینی^۱ و واقعی برای افراد و جامعه محقق سازد؛ اما در فقه و از مهم ترین پیش فرض های آن می‌توان به متنی بودن عدالت اشاره کرد. به نظر اغلب فقیهان احکام مستنبط از ادله متنی (کتاب و سنت)، خود متضمن عدالت هستند؛ یعنی اگر حکم یا فتوایی شرعی است، لاجرم، عادلانه هم هست؛ زیرا فقیه عادل آن را استنباط کرده است. در نقد این رویکرد و پیش فرضی که برای مشهور به عنوان امر مسلم پذیرفته شده است به نظر می‌رسد بتوان گفت تأمین عدالت به عنوان غایت فقه و حقوق اختصاص به نظر فقیه ندارد و دیگران نیز می‌توانند در موردش نظر بدهند.^۲ این اتفاق یعنی وجود سهمی برای عرف در میزان عادلانه بودن احکام و فتاوا، زمانی محقق می‌شود که پیش فرض مقبول، غیر متنی بودن عدالت باشد.

۱. در ایالات متحده آمریکا هرگاه مرد اراده کند زنش را طلاق دهد، نصف ثروتش مال اوست. این در حالی است که ما مسلمانان حقوق غرب را قبول نداریم (حرب ۱۹۸۰: ۶۰). در واقع اعتراض علی حرب ناظر به ضرورت خارجی و عینی بودن عدالت در مقابل متنی بودن عدالت است.

۲. استاد گرجی از این دست فقیهان است، وی می‌گوید: «این فکر غلطی است که خیال کنیم دین اسلام چون ناسخ همه ادیان است، باید همه چیزش تازه باشد. مهم ترین معیار، عدالت است. بهترین معیار جهت تشخیص عدالت، نظر همین مردم است. در اسلام حکم ثابتی وجود ندارد. اگر ثابت ترین احکام با اهم خود مزاحمت نماید، اهم مقدم است» (گرجی ۱۳۷۸: ۳۲۰). قرآن کریم نیز در موارد متعدد به عدالت فرمان داده است (یوسف: ۱۹؛ فاطر: ۴۴، ۱۳۵؛ مائده: ۸؛ انعام: ۱۵۲؛ اعراف: ۲۸؛ شورا: ۱۵؛ حجرات: ۵۷؛ نساء: ۵؛ نحل: ۹۰؛ حدید: ۲۵؛ ممتحنه: ۸).

چه پاسخی نسبت به حکم دیه قطع چهار انگشت دست زن داده می‌شود که در تقابل جدی با قیاس اولویت است.^۱

این حکم، نمونه بارز سلطه نص بر عقل و عدالت است. در دانش اصول فقه، قیاس اولویت از عداد قیاسات منهی خارج است و در حجیت و اعتبار آن تردیدی نیست. گویی فقیهان بر حجیت آن اجماع دارند، اما از سوی دیگر طبق حدیث ابان بن تغلب از امام^(ع)، دیه قطع سه انگشت زن برابر سی شتر است، اما دیه قطع چهار انگشت دست زن برابر بیست شتر است که نافی قیاس اولویت عقلی است، اگر بنا باشد دلالت نص بر دلالت عقل این چنین حکومت کند، انتظار تأمین عدالت که از مهم‌ترین آرمان‌های حقوق است، انتظاری نابجا خواهد بود. در مقابل پیش فرض برخی محققان اولویت ادله عقلی بر ادله متنی است و برخی دیگر نیز تأمین عدالت را غایت فقه و حقوق برشمرده و در راستای آن از دلالت ظاهری نصوص درمی‌گذرند (کاتوزیان ۱۳۹۴: ۳۹). در نتیجه کسی که در عین پذیرفتن حجیت و اعتبار قیاس اولویت بخواهد مدلول حدیث ابان را بپذیرد دچار تناقض گویی می‌شود. ویژه اینکه قیاس اولویت حکم قطعی عقل است؛ اما مدلول حدیث ابان امری ظنی محسوب می‌شود، این چالشی است که واضعین قوانین کیفری باید به آن پاسخ بدهند.

نمونه دیگر از تفاوت نظر فقهی که مدلول اخبار را برای تمام زمان‌ها حجّت می‌داند؛ یعنی چنین پیش فرضی را در فقه و اصول پذیرفته است و اجرای احکام مستفاد از آن‌ها را عین عدالت می‌شمارد، با فقهی که چنین اعتقادی به اخبار ندارد و عدالت را امری خارج از مدلول ادله متنی محسوب می‌کند، اعتقاد گروه اول به حجب حرمانی طبقه دوم میراث، یعنی جد و جده، با وجود وراثت طبقه اول یعنی پدر و مادر متوفی است (شهید ثانی بی‌تاج ۱۲۵: ۸) اما فقیه گروه دوم سهمی برای اجداد و جدّات در فرض مذکور قائل است.^۲

۲-۲-۲. ترجمه لفظی - ترجمه آزاد

نمونه دیگر از پیش فرض‌های مؤثر در استنباط فقهی یا تدوین قواعد کیفری، اعتقاد به ترجمه لفظ مدارانه^۳ در مقابل ترجمه آزاد است. از باب نمونه با توجه به اینکه در ماده ۱۹ قانون مجازات

۱. برخی منکر اولویت در حدیث ابان هستند (ر. ک. به: علیدوست ۱۳۸۱: ۸۳-۸۷).

۲. ابن جنید در همین فرض برای اجداد و جدّات سهمی تحت عنوان طعمه قائل است.

۳. در بسیاری موارد خطاب دینی در احکام به دلالت حرفیه تمسک نموده بدون در نظر گرفتن زمینه اجتماعی احکام. اگر در مورد عبادات، عقل تعطیل است؛ اما در غیر عبادات نمی‌توان صرفاً به ترجمه و تفسیر لفظی پرداخت. بلکه باید زمینه‌های متفاوت و شرایط مختلف را در نظر گرفت (ابوزید ۱۹۹۸: ۱۳۵).

اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در دسته بندی مجازات تعزیری، مجازات اعدام ذکر نشده است و از طرفی جرم قاچاق مواد مخدر و جرائم مرتبط با آن نیز در زمره جرائم تعزیری قرار دارد - چون در فهرست حدود تعریف نشده است - بر این اساس بین فقها و حقوقدانان تفاوت دیدگاه زیادی ایجاد شده است:

الف) برخی از صاحب نظران چنین عقیده دارند که عبارت «التعزیر بما دون الحد» به معنی مجازات تعزیری «کمتر» از حد است؛ بنابراین تعزیر نمی تواند از حد، بیشتر باشد (مکارم شیرازی ۱۳۹۴: ۹۵)، لذا اعدام قاچاقچیان در ارتکاب جرائم تعزیری قاچاق مواد مخدر با استناد به این قاعده غیر ممکن است.

ب) گروهی دیگر از صاحب نظران عقیده دارند که عبارت «التعزیر بما دون الحد» به معنی این است که تعزیر «غیر» از حد است و به استناد به این قاعده و قاعده فقهی «التعزیر بما یراه الامام» معتقدند که تعزیر در اختیار امام یا حاکم است و از آنجا که حاکم در جامعه بسط ید و قدرت دارد، اگر او مصلحت بداند می تواند هر نوع مجازاتی حتی اعدام را در خصوص جرم تعزیری وضع نماید و این مسئله هیچ ارتباطی با حدود ندارد (محقق داماد ۱۳۸۳: ۲۲۳).

این نمونه به زیبایی نقش پیش فرض ها را در استنباط و وضع قوانین کیفری نشان می دهد. قانون گذار قانون مجازات اسلامی، با ذهنیت یا پیش فرض اجتهاد لفظی، واژه دون را در معنای کم و پایین ترجمه کرده و برداشتی نامتناسب از این واژه ارائه داده است در حالی که در لغت عرب و قرآن، واژه دون، به معنی غیر نیز آمده است. دون الله به معنی غیر الله است. وقتی که پیش فرض فقهی این گونه (در معنای ظرفی) تنظیم شد، نتیجه مفاد بند ۱ ماده ۱۹ قانون مجازات اسلامی این خواهد شد که در مجازات تعزیری، اعدام وجود نداشته باشد. در نتیجه برای اعدام مجرمین مواد مخدر، به جرائم حدی متوسل می شود و ماهیت جرم مواد مخدر را منقلب می گرداند.

۳-۲-۲. متافیزیک عصمت

از دیگر پیش فرض های فربهی که در فقه تکوّن پیدا کرده است می توان به تأثیر «متافیزیک سنگین معصومین علیهم السلام» بر روش فقیهان در مواجهه با اخبار منقول و منتسب به آنها، اشاره کرد. به گونه ای که این اخبار مورد نقد دلالتی جدی قرار نمی گیرند. یعنی اگر شخصی غیر از معصوم مصدر این اخبار بود حتماً در دلالت کلمات او بسیار نقادی صورت می گرفت؛ اما همین که اخبار مذکور منسوب به معصوم^(۴) است حتی در صورت تعارض و تناقض دلالتی، تلقی

به قبول می‌شوند (ملکیان ۱۳۷۶: ۶۴). اخبار رجم مثال خوبی بر این مدعاست. اخبار چندی از شیعه و سنی نقل گردیده که ظاهراً مستمسک مفسران در اثبات حد رجم است. در این میان می‌توان به خبر داستان معز بن مالک اشاره کرد. عبدالله بن بریده از پدرش روایت کرده که گفت: معز بن مالک السلمی نزد رسول خدا (ص) آمده عرض کرد: یا رسول الله (ص) همانا من به خود ستم نموده زنا کرده‌ام و حال می‌خواهم مرا پاکیزه گردانی. رسول خدا (ص) وی را پس فرستاد پس همین که روز بعد فرارسید نزد او آمده گفت: یا رسول الله (ص) همانا من مرتکب زنا شده‌ام. پیامبر (ص) دوباره وی را پس فرستاد. آنگاه شخصی را نزد قومش روانه نمود که بگوید: آیا در عقل او عیبی می‌دانید که رفتاری را در او زشت بیابید؟ گفتند: ما از او چیزی نمی‌دانیم جز آنکه عقلش کامل است و می‌دانیم که از صالحان ماست. پس بار سوم نزد پیامبر (ص) آمد. آنگاه در پی آنان نیز فرستاده از حال او جو یا شد. وی را خبر دادند که عیبی در او و در عقلش نیست. پس همین که نوبت چهارم فرارسید حفره‌ای کنده امر به رجم وی فرمود (موسوی غروی ۱۳۷۷: ۶۵۳).

این روایت با اشکالات عدیده دلالی و سندی روبروست که آن‌ها را از درجه اعتبار ساقط می‌کند اما فقیهان به واسطه متافیزیک مذکور، دقت لازم را در نقد روایت صورت نداده‌اند این اشکالات عبارتند از:

در روایت نامی از زن زناکار که با معز بن مالک زنا کرده و نیز حکم وی، برده نشده است. پیامبر (ص) از معز نپرسید که حکم عملش را می‌داند یا خیر؛ پس بهتر بود پیامبر (ص) ابتدا برای وی توضیح می‌داد و می‌پرسید که آیا می‌داند عملی که وی انجام داده حکم سنگسار دارد و بعد او را چندین مرتبه پس می‌فرستاد. اگر پیامبر (ص) به آن مرد می‌فرمود که اگر توبه کند حد از وی ساقط می‌شود، آیا آن مرد باز هم اصراری بر آمدن نزد پیامبر (ص) داشت. اشاره‌ای به محصن یا غیر محصن بودن معز در این روایت نشده است و هم از وی نپرسیده که محصن است یا خیر. آگاهی از حکم شرع عاقل بودن و مجبور نبودن نیز در این روایت رعایت نشده است. در ادامه روایت، به نقل ابن ماجه آمده است؛ اما در اثر اصابت سنگ‌ها بر معز، او از گودال فرار می‌کند و فردی که استخوان فک شتری در دست داشت او را هلاک می‌سازد. پس پیامبر (ص) فرمود چرا رهایش نکردید؟ یعنی مضمون روایت‌ها نسبت به هم فرق دارد و تناقض در ذکر این روایت از جانب ناقلان پدید می‌آید و تناقض، روایت را از درجه اعتبار ساقط می‌کند. پیامبر (ص) پس از اینکه شنید او را با اصابت ضربه استخوان ساق شتر از پای در آورده‌اند، فرمود: اگر وی را رها می‌کردید بهتر بود.

در اینجا مسئله مرگ و زندگی یک انسان مطرح است. چگونه پیامبر (ص) این مهم را که از شرایط رجم است نباید تشریح می کرد تا آنکه جان یک نفر گرفته شود. همه می دانیم که پیامبر اسلام (ص) پیشوا و رهبر مهربانی و عطف هستند، حال آیا می توان قبول کرد که ایشان راضی به گرفتن جان انسان بی گناه در اثر سهل انگاری باشند؟ هرگز. پس اگر چنین مسئله ای، واقعیت خارجی داشت حضرت خاتم قطعاً پیش از هر حادثه حجت را بر مردم و اجراکنندگان حد تمام می کرد.

آنچه این روایت و سندیت آن را سست می کند، این است که محمد بن عیسی بن عبید و یونس که در سلسله سند قرار دارند، افرادی هستند که به دروغ پردازی و کذاب بودن مشهورند (موسوی غروی ۱۳۷۷: ۶۶۷).

بیشتر احادیث از لحاظ سند ضعیف هستند و از لحاظ محتوی، احادیث مختلف، در خصوص یک مجرم مانند زناکار محصن، جرائم متفاوتی را در نظر می گیرند. در حدیثی منسوب به امام علی (ع) مجازات زناکار محصن، رجم به تنهایی است و در حدیث دیگر رجم و جلد باهم. در روایتی امام صادق (ع) در پاسخ به سؤالی که آیا رجم در قرآن بوده فرمودند: بله و بر شیخ و شیخه رجم واجب است و در قرآن این امر تصریح شده؛ حال آنکه در حدیثی دیگر ایشان مجازات زناکار محصن را رجم بیان می دارند.

این امر تناقضاتی را به وجود می آورد. از جمله اینکه اگر این مجازات در قرآن بوده دیگر نیازی نیست امام حکم جدیدی را در خصوص رجم گروه دیگری از زناکاران اعلام کند. اینجاست که پیش فرض متافیزیک سنگین عصمت معصومین علیهم السلام نزد فقیه مانع نقد و تحلیل جدی اخبار منسوب به آن بزرگان می شود. چنانچه اخبار متناقض از هر فردی به شونده برسد؛ یا تمام آن اخبار را وامی گذارد و یا آنها را جرح و تعدیل می نماید. اما عصمت، مانع از چنین نقادی علمی شده است.

یکی از اندیشمندان معاصر معتقد است: اساساً روایاتی که متضمن رجم هستند، چه در زمان پیغمبر اکرم (ص) و چه در زمان خلافت امیرالمؤمنین (ع)، همه در یک امر مشترک هستند و آن این است که همه زناکاران با گریه و زاری اظهار می داشتند که طهرنی یا رسول الله (ص)، طهرنی یا امیرالمؤمنین (ع)، پیامبر (ص) و امیرالمؤمنین (ع) در تمام این روایات بر این امر توجه ننموده و این امر تا چهار مرتبه تکرار می گشت.

از مسلمات فقه ما در باب زنا، این است که، اگر «قبل از ثبوت عند الحاکم» متهم توبه کند، مسقط حد است. حال آنکه آیا برای «توبه» و پشیمانی یک فرد بزهکار، مصداقی بالاتر از این

می‌توان یافت که خطاکار با زاری و بدون آنکه وی را مجبور نمایند این چنین اظهار ندامت کند. آیا این توبه نیست. پس توبه به معنای چیست؟ معنایی جز پشیمانی نمی‌توان بر توبه متصور بود. چطور شد که این‌ها توبه کردند، ولی پیغمبر اکرم (ص) یا امیرالمؤمنین (ع) برایشان حد جاری کردند؟ درحالی که توبه قبل از ثبوت در نزد حاکم مسقط حد است، لذا این روایات همه قابل خدشه است.

اگر یقین داشته باشیم که روایت از پیغمبر (ص) یا ائمه (ع) است تشکیک ندارد، اما در باب روایت «درایت» خیلی مهم است که آیا با اصول دیگر فقه ما سازش دارد یا نه؟ وقتی روایتی با اصول فقه ما سازش ندارد مانند مسئله رجم که برخلاف قاعده قبولی توبه قبل از اقرار عندالحاکم مسقط است» می‌باشد و مشاهده می‌گردد که عملاً مقسط نشده روایت را نمی‌پذیریم (موسوی بجنوردی ۱۳۸۴: ۱۶۷ - ۱۶۶).

آن چنانکه گذشت، مفسران نیز بدون هیچ استدلالی سنگسار را پذیرفته‌اند. می‌دانیم قرآن توسط سنت تخصیص نمی‌خورد مگر با سنت قطعی که در خصوص رجم اولاً: بنا بر استدلالات، نه تنها قطعیت روایات به اثبات نمی‌رسد، بلکه برعکس، احادیث و روایات چنان سست است که برای هر کدام چندین و چند اشکال از باب سندیت، محتوی و نیز از باب دلالت عقلی وارد است. فراموش نشود احکام حقوق جزا از قواعد عمومی حقوق است و در این باب به پیش فرض‌های عقلایی تری نیازمند است. استاد گرجی می‌گوید: اصرار بر مجازات، چنانچه باهدف مجازات که به «اجماع تمام فرق اسلامی» همان «اصلاح فرد و جامعه» است در تنافی باشد، جاهلانه و از سر تعصب است. خداوند از کسی عصبانی نیست تا بر مجازات اصرار داشته باشد (گرجی ۱۳۷۸: ۳۱۵). به نظر می‌رسد بسیار تفاوت باشد بین دیدگاهی که اصلاح مجرمان را از اغراض شارع می‌داند با دیدگاهی که بر مجازات اصرار دارد. دیدگاه دوم صرف مجازات بزه‌کار را مقصود شارع پنداشته است. طبق دیدگاه اول، اگر از راهی دیگر، هرچند این طریق، غیر منصوص باشد، بتوان مجرم را اصلاح کرد، می‌تواند به‌عنوان قواعد کیفری محسوب شود درحالی که در دیدگاه دیگر، مجازات موضوعیت دارد؛ لذا بر اجرای بی‌فایده آن هم اصرار می‌شود و جای تعجب هم نیست.

۴-۲-۲. رویکرد امنیت محور

تبصره ۲ ماده ۸۸ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می‌گوید: هرگاه نابالغ مرتکب یکی از جرائم موجب حد یا قصاص گردد، در صورتی که از دوازده تا پانزده سال قمری داشته باشد به

یکی از اقدامات مقرر در بندهای (د) و یا (ه) فوق‌محرک شده و در غیر این صورت یکی از اقدامات مقرر در بندهای (الف)، تا (ج) این ماده در مورد آن‌ها اتخاذ خواهد شد. عدم تعیین تکلیف در این ماده و مواد دیگر این فصل در خصوص نوجوانان بالای ۱۵ سال قمری را در مورد جرائمی که مستوجب قصاص یا حد است می‌توان از ضعف‌های ماده دانست. این نقطه مبهم در ذهن مخاطب باقی می‌ماند که آیا مفهوم سکوت قانون‌گذار در خصوص نوجوان بالاتر از ۱۵ سال قمری که مرتکب جرم مستوجب مجازات حدی یا قصاص شده است، اعمال مجازات افراد عادی است! اگر چنین باشد که هست، آیا این می‌تواند معنایی جز پیش‌فرض «عدم رعایت عدالت در حق این نوجوانان» و «نگاه امنیت‌گرایانه» قانون‌گذار داشته باشد..

اینکه نوجوانان در خلأ قانونی، مجرم به مجازات حدی شناخته شده و اعدام می‌گردند، ناشی از یک پیش‌فرض فرقه فقهی است و آن اینکه «اصل» اجرای مجازات است. در حالی که مبنای حقوق کیفری بر برائت و تفسیر مضیق به نفع متهم استوار است.

۵-۲-۲. اهمیت علوم

برخی فقیهان ضرورت توجه به علوم و دانش‌های بشری و تأثیر آن بر اجتهاد را مطرح می‌کنند. موسوی بجنوردی می‌گوید:

امروزه جنبه جامعه‌شناسی و روان‌شناسی برخی از احکام باید ملاحظه بشود، اگر یک فقیه روان‌شناس یا جامعه‌شناس با آگاهی تمام به روایات و ادله مراجعه بکند غیر از فقهی است که با ذهن خالی این روایات را بررسی می‌کند. الآن در مسئله حضانت مشهور بین فقها و از نظر قانون این است که مادر تا دو سال نسبت به پسر احق است و این حضانت در دختر تا هفت سال است، در حالی که از لحاظ جنبه روان‌شناسی، تعلق پسر به مادر بیش از تعلق دختر است. حال اگر فقهی با شناخت کامل از این جنبه روان‌شناسی روایات را نگاه بکند، می‌بیند بعضی از روایات می‌گویند: بین پسر و دختر فرقی نیست و هر دو تا هفت سال تحت حضانت مادر هستند (موسوی بجنوردی ۱۳۷۸: ۴۵۲).

۶-۲-۲. عقلایی بودن اغلب احکام

یکی از پیش‌فرض‌های مهم و تأثیرگذار در تنظیم احکام و فتاوا پذیرش غلبه احکام عقلایی در

شریعت اسلام است. در این صورت یکی از مدارک فقه ما بنای عقلا خواهد بود. بنای عقلایی که جهان شمول است امروزه از آن به دکترین حقوق یا اصل مسلم حقوقی یاد می‌شود. ریشه این قواعد در شریعت ماست. اسلام مسئله اعلامیه حقوق بشر را پذیرفته و بیشتر از آن را هم گفته است. اسلام علاوه بر حقوق بشر، حقوق حیوان دارد. اگر آدم خوش ذوق و خوش سلیقه‌ای با این دید وارد فقه شد معطل نمی‌ماند. نمی‌توان مرتد را به صرف ارتداد کشت. آیا همه مسلمانان از روی برهان مسلمان شده‌اند؟ معنی ارتداد یعنی برگشتن از عقیده‌ای که شخص بر اساس یک تئوری به آن اعتقاد داشته، ولی بر اساس یک تئوری جدید از آن عقیده برمی‌گردد (موسوی بجنوردی ۱۳۷۸: ۴۶۵).

امام خمینی می‌گوید: «ولایت فقیه از امور اعتباری عقلایی است و واقعیتی جز جعل مثل تعیین قیم برای صغار ندارد و قیم ملت با قیم صغار از لحاظ وظیفه و موقعیت هیچ فرقی ندارد. مثل این است که امام علیه‌السلام کسی را برای حضانت، حکومت یا بعضی از مناسبت تعیین کند. در این صورت معقول نیست که رسول اکرم (ص) و امام با فقیه فرق داشته باشد. در ولایت فقیه صحبت از وظیفه است نه مقام و کسی فکر نکند بدین سبب مقام فقیه با امام و پیامبر یکی است. در مقابل این برداشت و تفسیر عقلایی از جایگاه ولایت فقیه آیت‌الله خویی طبق روایات هیچ‌گونه ولایتی در عصر غیبت برای فقیه قائل نیست جز قضاوت و حجیت فتوا و امور حسبیه (کدیور ۱۳۷۹: ۱۴۳).

بسیاری از فقیهان که به امور عقلایی اهتمام ندارند و مبنای اجتهاد خود را توجه صرف به ظواهر اخبار و روایات قرار می‌دهند مسئله را این‌گونه توجیه می‌کنند: «فقیه به دنبال تحصیل علم بر حکم شرعی نیست. او به دنبال حجت شرعی است. مرحوم اصفهانی در اینکه ماهیت استنباط وسطیت در اثبات باشد اشکال می‌کند. بعلاوه اینکه چنین وسطیتی در بسیاری از ادله یافت نمی‌شود. در واقع تحصیل حجت غرض فقه است (لاریجانی ۱۳۷۶: ۲۲۶)».

پرواضح است که دیدگاه فوق سخت تحت تأثیر مباحث حجت در اصول فقه و پذیرش آن‌ها به‌عنوان پیش‌فرض‌های مسلم و مؤثر در استنباط قرار دارد. از جمله این حجج، خبر واحد ثقه است. این در حالی است که شیخ انصاری تلاش بسیار نموده تا ظن حاصل از اخبار آحاد را به علم برگرداند و برای آن مبنای قطعی و یقینی تنظیم نماید؛ اما میرزای قمی می‌گوید: «و الحاصل ان العمل علی مقتضی الظن المعلوم الحجیة مجرد کلام، لایحصل منه الفقه» (میرزای قمی ۱۳۶۳: ۴۵۲). یعنی آن دلیل قطعی که شیخ انصاری بر حجیت خبر واحد ادعا دارد موجود نیست و صرفاً ادعاست.

۷-۲-۲. عدول از ظواهر و توجه به مقاصد

آنچه جزء شریعت است قطعاً هیچ‌گاه نمی‌تواند با برهان تعارض کند و اگر ظاهر شریعت با برهان مخالف باشد باید در ظاهر تأویل کرد. ابن رشد می‌گوید: خود شریعت در مورد این تأویلات رهنمودهایی دارد. او می‌گوید: مسلمین اجماع دارند که حفظ ظواهر شریعت در همه موارد واجب نیست. از نظر وی دلیل این اجماع این است که هر فرقه از مسلمین در موارد خاص از ظواهر عدول کرده‌اند؛ یعنی اختلاف اشعری و معتزلی در این نیست که یکی عدول از ظاهر را جایز دانسته و دیگری خیر! بلکه اختلاف در سعه و ضیق این تأویلات است (مجتهد شبستری ۱۳۸۱: ۱۲۱).

از نظر امام خمینی مبنای اجتهاد فهم مقاصد مهم‌ترین منبع اجتهاد؛ یعنی مقاصد قرآن کریم است. ایشان می‌گوید:

ما باید مقصود از تنزیل این کتاب را قطع نظر از جهات عقلی برهانی، که خود به ما مقصد را می‌فهماند، از خود کتاب خدا اخذ کنیم. مصنف کتاب مقصد خود را بهتر می‌داند. اکنون به فرموده‌های این مصنف راجع به شئون قرآن نظر کنیم... (امام خمینی ۱۳۸۰: ۱۹۳).

صاحب این کتاب سکاکی و شیخ نیست که مقصدش جهات بلاغت و فصاحت باشد؛ سیبویه و خلیل نیست تا منظورش جهات نحو و صرف باشد؛ مسعودی و ابن خلکان نیست تا در اطراف تاریخ عالم بحث کند؛ این کتاب چون عصای موسی و ید بیضای آن سرور، یا دم عیسی که احیاء اموات می‌کرد نیست... این کتاب خدا است و به شئون الهیه جل و علا دعوت می‌کند. مفسر باید شئون الهیه را به مردم تعلیم کند (امام خمینی ۱۳۸۰: ۱۹۴).

به طور کلی معنی «تفسیر» کتاب آن است که شرح مقاصد آن کتاب را بنماید... مفسر وقتی «مقصد» از نزول را بما فهماند مفسر است، نه «سبب» نزول به آن طور که در تفاسیر وارد است (امام خمینی ۱۳۸۰: ۱۹۲-۱۹۳).

دیگر از آداب مهمه آن، تفکر است. و مقصود از تفکر آن است که از آیات شریفه جستجوی مقصد و مقصود کند. و چون مقصد قرآن، چنانچه خود آن صحیفه نورانیّه فرماید، هدایت به سُبُل سلامت است و اخراج از همه مراتب ظلمات است به عالم نور و هدایت به طریق مستقیم است، باید انسان به تفکر در آیات شریفه مراتب سلامت را از مرتبه دانه آن، که راجع به قوای ملکیّه است، تا منتهی النّهایه آن، که حقیقت قلب سلیم است- به تفسیری که از اهل بیت وارد

شده که ملاقات کند حق را در صورتی که غیر حق در آن نباشد - به دست آورد

(امام خمینی ۱۳۸۰: ۲۰۳).

در مورد ضرورت تفکر در قرآن و منابع متنی همچنین گفته شده: اگر در نماز، روزه، سرقت و غیبت مصالح (مقاصد) و مفساد، موضوع حکم شده، بدان جهت است که مکلفان به آن مصالح و مفساد راه نداشته‌اند؛ مثلاً در نماز آنچه حقیقتاً مأوربه است ناهی از فحشا و منکر است نه خود نماز، اما چون عنوان اول قانونمند نبود و ضابطه‌ای مشخص نداشت، نماز واجب شد. عنوان نماز طریق است به واقعی که عنوان واقعی است و آنچه واقعاً موضوع حکم و واقعاً مأوربه یا منهی عنه به شمار می‌آید خود مصالح است (ر.ک. به: علیدوست ۱۳۸۱: ۱۰۵).

نتیجه‌گیری

۱. قانون‌گذاری و افتا در خلأ صورت نمی‌گیرد و یک سری پیش‌فرض‌ها و امور مسلمی وجود دارند که به‌طور ناخودآگاه در اجتهاد و قانون‌گذاری مؤثر واقع می‌شوند. نتیجه اینکه نقش و تأثیر پیش‌فرض‌ها امری محتوم است.
۲. وضعیت موجود برخی قوانین کیفری و برخی فتاوا آن‌گونه که اشاره شد، مبین سلطه اخبار بر سایر ادله نظیر دلیل عقل و بنای عقلاست.
۳. برداشت لفظ مدار از متون شرعی، با واقعیت‌ها و انتظارات جوامع در برخی موارد خوانش دقیقی ندارد.
۴. همه مطالب موردنیاز در ادله نقلی یا مطرح نشده است یا اگر مطرح شده به دست ما نرسیده است یا اگر رسیده مشمول جعل هم شده است. صحیح‌ترین روایات کیفری هم با توجه به پیش‌فرض‌های تحول‌یافته نیازمند تحول دلالتی هستند.
۵. با تنقیح پیش‌فرض‌ها، دلالت نصوص کیفری به‌جامانده از قرآن و حدیث قابلیت فهم استکمالی دارد. این نصوص در ظرف جدید و با پیش‌فهم‌های مدرن می‌توانند دلالت‌های تازه‌ای را ایفا نمایند.
۶. توجه به مبانی عقلایی و مقاصد شارع از مهم‌ترین دیدگاه‌های امام خمینی به‌عنوان پیش‌فرض‌های محتوم ایشان در باب اجتهاد و تنظیم قوانین است.

پیشنهادها

۱. قانون‌گذاری کیفری نیاز به درک مجددی از «اصول» دارد نه «فروع» چرا که تحول اساسی در

- اصول موجب تحولات جدی در عرصه تقنین می شود.
۲. جهت ارتقاء اجتهاد، لازم است در دلالت و صدور ادله متنی و اکاوی بیشتری انجام پذیرد.
 ۳. علاوه بر ادله متنی باید به ادله غیر متنی نظیر دلیل عقل و بنای عقلا هم اهتمام داشت و در کنار متخصصان امور شرعی، عقلا و خردمندان در قانون گذاری مشارکت فعال داشته باشند.
 ۴. مهم ترین پیش فرض امروزی قوانین کیفری، ضرورت عادلانه بودن آنهاست. عدالت معیار صحت احکام است.
 ۵. لازم است در قانون گذاری جانب عدالت بر امنیت ترجیح داده شود در صورتی که در برخی از مواد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ امنیت بر عدالت اولویت داده شده است.

منابع

- ابوزید، نصر حامد. (۱۹۹۸) *النص، السلطة، التحقيق*، بیروت: مرکز الثقافي العربی.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۰) *آداب الصلوة*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- باختین، تزوتان تودوروف. (۱۳۸۷) *منطق گفتگویی باختین*، تهران: نشر مرکز.
- حرب، علی. (۱۹۸۰) *حدیث النهایات*، بیروت: مرکز الثقافي العربی.
- سعدی، شیخ مصلح الدین. (۱۳۸۹) *گلستان سعدی*، مصحح عزیز الله عزیززاده، تهران: فردوس.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی جعی عاملی. (بی تا) *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشیه*، بیروت: دارالکتب الاسلامیه.
- علیدوست، ابوالقاسم. (۱۳۸۱) *فقه و عقل*، تهران: مؤسسه فرهنگی دانش و اندیشه معاصر.
- *قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲*
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴) *مقدمه علم حقوق*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کدیور، جمیله. (۱۳۷۹) *تحول گفتمان سیاسی شیعه در ایران*، تهران: نشر طرح نو.
- کلارکسون، کریستوفر. (۱۳۷۱) *تحلیل مبانی حقوق جزا*، ترجمه حسین میرمحمدصادقی، تهران: معاونت فرهنگی جهاد دانشگاهی دانشگاه شهید بهشتی.
- گرجی، ابوالقاسم. (۱۳۷۸) *امام خمینی و حکومت اسلامی (مصاحبه های علمی)*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
- لاریجانی، صادق. (۱۳۷۶) *گفتگوهای فلسفه فقه*، قم: بوستان کتاب قم.
- مجتهد شبستری، محمد. (۱۳۸۱) *هرمنوتیک کتاب و سنت*، تهران: طرح نو.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۳) *قواعد فقه بخش جزایی*، تهران: مرکز نشر علوم انسانی.

- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۴) *تعزیر و گستره آن*، تهران: مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل بیت (ع).
- ملکیان، مصطفی. (۱۳۷۶) *گفتگوهای فلسفه فقه*، قم: بوستان کتاب قم.
- موسوی بجنوردی، سید محمد. (۱۳۷۸) *امام خمینی و حکومت اسلامی (مصاحبه‌های علمی)*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
- _____ . (۱۳۸۴) *قواعد فقهیه*، تهران: پژوهشکده امام خمینی و انقلاب اسلامی.
- موسوی غروی، سید محمدجواد. (۱۳۷۷) *فقه استدلالی در مسائل اخلاقی*، تهران: نگارش.
- میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۳۶۳) *قوانین الاصول*، قم: نشر حوزه انتشارات اسلامی.
- میرعمادی، سید علی. (۱۳۸۲) *شناخت ذهن و زبان در گذر زمان*، تهران: ورجاوند.