



دوره ۵۱، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۴۰۰
صفحات ۱ تا ۱۹ (مقاله پژوهشی)

فقه کیفری تکلیف‌مدار و دگرگونی پارادایمی

رحیم نوبهار*

دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

علی رفیع‌زاده

دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس

محمدجعفر حبیب‌زاده

استاد دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۱۰ - تاریخ تصویب: ۱۴۰۰/۴/۱۲)

چکیده

نظریه پارادایم‌های علمی توماس کوهن، قلمرو خود را از بستر اصلی آن، که علوم طبیعی است، گسترده‌تر کرده و وارد علوم اجتماعی هم شده است. فقه کیفری را نیز می‌توان از منظر تحولات پارادایمی مطالعه کرد. این مقاله با تکیه بر روش تاریخی-تحلیلی عوامل مؤثر در شکل‌گیری پارادایم فقه رایج را واکاوی کرده است. در این مقاله به اثرگذاری عوامل مؤثر در شکل‌گیری پارادایم رایج فقهی از جمله ویژگی‌های مربوط به محیط پیدایش اسلام، انسان‌شناسی متافیزیکی، رویکرد تفسیر لفظی متن، و نگاه تکلیف‌مدار به انسان پرداخته شده است. همچنین با اشاره به چالش‌هایی که فقه رایج تحت تأثیر تحولات ناشی از نگاه حق‌مدار با آن مواجه می‌شود، با ارجاع بخشی از تغییرات پارادایمی به بنای عقلا و سیره خردمندان پیشنهاد می‌دهد که فقه جزایی می‌تواند و باید از پارادایم حق‌مدار استقبال کند. ورود نگاه حق‌مدار به فقه کیفری مایه تحولات مهمی در آن می‌شود. برعکس، بسته بودن باب تحولات پارادایمی به روی فقه و به‌ویژه پارادایم حق‌مدار با گذر زمان این بخش از فقه را از واقعیت‌ها و مقتضیات زمانه دورتر می‌سازد.

واژگان کلیدی

پارادایم، تکلیف‌مداری، حق‌مداری، مجازات‌های اسلامی.

مقدمه

فرایند پیشرفت علمی از دید کوهن شامل مراحل ماقبل علم، علم عادی^۱ بحران، انقلاب و ایجاد علم عادی جدید است که این چرخه تکرار می‌شود. یک پارادایم مانند مکانیک نیوتونی همه پیش‌فرض‌های متافیزیکی دانشمندان دربارهٔ امور مختلف در جهان را شکل می‌دهد و تمامی روش‌های پژوهشی شایسته برای مطالعهٔ آن امور را تعیین می‌کند و سنت‌های پژوهش علمی را پدید می‌آورد. مشاهدات تابع پارادایم هستند و پارادایم به‌طور ناخودآگاه دانشمندان را وادار می‌کند که جهان را به چه شکلی ببینند. به تعبیری پارادایم به‌عنوان یک صافی برای آنچه هر دانشمند می‌بیند، عمل می‌کند (ر.ک: زیباکلام، ۱۳۷۳: ۱۶۴-۱۵۴).

قطعیت روش‌شناختی فقه نیز تحت تأثیر نگاه پارادایمی به پرسش گرفته می‌شود. همان‌گونه‌که برخی فقه‌پژوهان یادآور شده‌اند، پارادایم گسترده‌تر از مفاهیمی چون قاعدهٔ فقهی، نظریهٔ فقهی و ابواب فقهی است. می‌توان پارادایم را فضای تنفسی نظریه‌ها و محیط شکل‌گیری آنها دانست (مبلغی، ۱۳۸۲: ۸). رسیدن از نگاه و فرضیه‌های فراخ و کلی در دانش فقه به گزاره‌ای حکمی و موردی در خلأ صورت نمی‌گیرد، بلکه از رهگذر بسترها و پارادایم‌هاست. تفاوت‌هایی که طی این مسیر وجود دارد، محصول تفاوت‌های بستر یا پارادایمی است که ذهنیت فقهی مبتنی بر آن شکل می‌گیرد.

در این مقاله بر مبنای اندیشهٔ کوهن، نظام کیفری اسلامی موجود را زیر عنوان «پارادایم اجتهاد تکلیف‌مدار» ارزیابی می‌کنیم. در طول پژوهش، گاه از این پارادایم با تعابیر دیگری چون پارادایم اجتهاد سنتی، فقه تکلیف‌مدار و پارادایم فقه سنتی یاد شده است. پرسش اصلی مقاله این است که فقه کیفری چگونه می‌تواند خود را با پارادایم‌ها و گفتمان‌های نوپیدا به‌ویژه گفتمان حق‌مدار منطبق سازد؟ همچنین با روش تحلیلی-تاریخی نشان می‌دهد که پارادایم اجتهاد تکلیف‌مدار، چگونه در تثبیت مجازات و عدم انعطاف و پویایی آنها نقش داشته است.

۱. فقه کیفری در مرحلهٔ پیش‌پارادایمی

همهٔ دانش‌های نظری در سیر تاریخ خود ابتدا دوره‌ای از تشتت و عدم انسجام را طی کرده و دورهٔ پیش‌پارادایمی را گذرانده‌اند. دانش‌ها پس از گذر از این دوره به استقرار و انتظام می‌رسند و پس از تمییز و تنقیح قواعد و ضوابط مستخرج از آرای منفرد و اقوال غیرمنضبط سابق و دسته‌بندی آنها، در نهایت در دو یا چند مکتب یا نظام متمایز با روش‌ها و رویکردهای متفاوت به نظم درمی‌آیند. پس از آن، فعالیت علمی در چارچوب همین اصول و مکاتب ادامه می‌یابد و آنچه در

عمل رخ می‌دهد، قبض و بسط قواعد و مبانی همین مکاتب و استنتاج نتایج نظری و عملی از آنهاست. در عمل، معیار علم بودن، حرکت بر مبنای پارادایم پذیرفته شده خواهد بود و آرا و نظریات خارج از دایره مکاتب پذیرفته شده، عملاً به عنوان آرای شاذ کنار گذاشته می‌شوند (کوهن، ۱۳۸۹: ۵۲-۳۹).

در حوزه دانش فقه نیز می‌توان مرحله پیش‌پارادایمی را شناسایی و تعریف کرد. شاید بتوان نقطه آغاز اجتهاد و نخستین سنگ بنای فقه به عنوان یک علم استنباطی را در نیمه دوم سده اول هجری جست‌وجو کرد؛ آنگاه که پایتخت امپراتوری اسلامی به دمشق انتقال و گستره فتوحات مسلمانان افزایش یافت. تا پیش از آن، اوامر پیامبر(ص) و سنت‌های پیش از اسلام که مورد تأیید ایشان قرار گرفته بود، مبنای نظام کیفری بود. ظهور عنصر اجتهاد خودبه‌خود زمینه شکل‌گیری دیدگاه‌های اجتهادی متفاوت و گاه متقابل را فراهم آورد. همان‌گونه که برخی نویسندگان یادآور شده‌اند، خلیفه دوم خود در راستای همین‌گونه توصیه‌ها در سال‌های قحطی و تنگدستی اجرای حدودی چون سرقت را متوقف می‌کرد و برخلاف رویه معمول در زمان پیامبر و خلیفه اول عمل می‌کرد. لغو نهاد عاقله در دایره همین استدلال‌های استحسانی و اجتهادات مصلحت‌آمیز تحلیل‌شدنی است (امیدی، ۱۳۸۳: ۱۷۳).

پیدایش مفاهیم حدیث و اسناد و افزایش حجم احادیث به تدریج به رقابت دو گروه اهل علم و اهل رأی یا همان سنت‌گراها و عقل‌گراها انجامید. اهل رأی برخلاف اهل علم در اجتهاد به مبانی معقول احکام و استدلال‌های مبتنی بر عقل و قیاس و استحسان توسل می‌جستند (ر.ک: شاخت، ۱۳۸۸: ۵۸).

اواخر سده اول هجری، دوره آزادی اجتهاد و اظهارنظر بود و هیچ مذهب فقهی لازم‌الاتباع یا هیچ مجموعه قانونی عام که در امر قضا و اداره جامعه مستمسک قضاوت باشد، وجود نداشت؛ اما کثرت آرا، تعدد اهل افتا و اجتهاد، تقابل دیدگاه‌ها و دیگر شرایط و اوضاع سیاسی و اجتماعی، تدوین آرا و نظریات علمی به‌ویژه اجتهادات فقهی را الزامی کرد (امیدی، ۱۳۸۳: ۱۹۲-۱۹۱). برابر برخی گزارش‌های تاریخی از ربع آخر سده اول و دوران عمر ثانی با افزایش اهمیت متون دینی، به تدریج رأی از عداد منابع شرع خارج شد. وی از قضاوت منصوبش خواست تا در موارد تردید به اهل علم مراجعه کنند، نه اهل رأی (بن حلاق، ۱۳۹۵: ۵۰).

به تدریج اصول فقه نیز به عنوان سازوکار کشف احکام فقهی پدید آمد. مشهور است که *الرساله* شافعی نخستین اثر مکتوب در مباحث اصول فقه است. با وجود اختلاف‌نظرها، می‌توان گفت که نظریه فقهی یا همان پارادایم مسلط فقهی محصول این اثر است.

شافعی بنیانگذار نخستین مذهب فقهی شد. مذاهب فقهی دیگر هم به تدریج ایجاد شدند. این دگرگونی مذاهب قدیمی فقه به مذاهب شخصی در حدود نیمه سده سوم هجری به کمال خود رسید و از حدود سال ۷۰۰ هجری تنها چهار مذهب فقهی موجود در اسلام اهل سنت باقی مانده است (شاخ، ۱۳۸۸: ۸۷). فقه کیفری که تا اوایل دوران عباسیان انعطاف‌پذیر و در حال رشد بود، از آن زمان به بعد رفته‌رفته انعطاف‌ناپذیر شد و به شکل نهایی خود درآمد. کسانی چون حشویه (سنت‌گرای افراطی) و ظاهریه که حاضر به دادن امتیازاتی به مانند دیگر سنت‌گراها نشدند و روش‌شناسی واحد را نپذیرفتند، در نهایت از صحنه محو شدند (بن حلاق، ۱۳۹۵: ۷۲).

در فقه شیعه نیز با توجه به تفاوت در اصول عقاید و مبانی کلامی و اعتقاد به عصمت برای امامان (ع) افزون‌بر پیامبر (ص)، دوران تشریح در طول حیات ایشان نیز ادامه یافت. فقه روایی یا مأثور را که گردآوری آن از زمان امام باقر و امام صادق (ع) تا زمان غیبت به طول انجامید، نمی‌توان فقه استدلالی و اصطلاحی شمرد.

۲. عوامل مؤثر در شکل‌گیری پارادایم تکلیف‌مدار

در دنیای پیشامدرن که جامعه دینی هم بخشی از آن است، انسان موجودی مکلف محسوب می‌شد و به عنصر تکلیف بسیار اهمیت داده می‌شد. در فقه کیفری هم دائم به تکالیف انسان توجه شده و تخطی از آنها اغلب با واکنش کیفر روبه‌رو شده است. در شکل‌گیری پارادایم فقه کیفری تکلیف‌مدار، عوامل و زمینه‌های زیادی نقش داشتند. مجموعه این عوامل، فقه را بیشتر متکی بر تکلیف کرد تا حق.

یکی از این عوامل ویژگی‌های جامعه‌ای است که آموزه‌های فقه جزایی در دامان آن شکل گرفت. متون دینی از جمله قرآن مجید را نمی‌توان از بافت جامعه زمان نزول کاملاً جدا ساخت. اسلام در شبه‌جزیره عرب شکل گرفت که در آن روح عصر جاهلی غالب بود؛ قبیله‌گرایی، خشونت‌ورزی، دخترکشی، قتل، غارتگری، قمار، شراب، فحشا و فخرفروشی‌های طایفه‌ای و عشیره‌ای پدیده‌های رایج در این جامعه بود. در جامعه عرب، فرد خود را مدیون قبیله می‌دید و قبیله نیز با سازوکارهای مختلف از فرد حمایت می‌کرد، ننگ و مسئولیت کیفری او را به عهده می‌گرفت و دیه و قصاص او را مطالبه می‌کرد (ر.ک: حسینی بهشتی، ۱۳۸۷).

به دلیل فاصله طبقاتی شدید، سرقت و غارت از سوی فقرا پدیده شایعی بود. در متون تاریخی عرب آمده است که ولید بن مغیره پدر خالد که در آیه ۱۲ سوره مدثر به‌عنوان کسی که مال بسیار دارد وصف شده است، برای قریش کیفر قطع دست سارق را سنت‌گذاری کرد. برابر برخی

تحلیل‌ها کیفر قطع ید که توسط ولید وضع شد نوعی واکنش سلبی ثروتمندان در برابر طبقه فقیر بود (البارونی، ۱۹۸۶: ۳۱).

از منظر جامعه‌شناسی حقوقی، وجود احکامی چون عدم قصاص پدر و جد پدری در صورت قتل فرزند، نصف بودن دیه زن در برابر مرد، بی‌اعتبار بودن ولایت، قضاوت و شهادت زنان، انحصار عاقله در خویشاوندان ذکور، تخصیص اعتبار قسامه به مرد، تجویز قتل در فراش تنها برای شوهر، آشکارا بیانگر مردسالارانه بودن نظام کیفری فقهی است. این سویه‌ها از محیط پیدایش اسلام بی‌تأثیر نبوده‌اند.

جدا از جامعه‌ای که قرآن و سنت پیامبر(ص) در دامان آن شکل گرفت، در زمان شکل‌گیری آموزه‌های فقه کیفری، گفتمان غالب، گفتمان تکلیف و مسئولیت بود. طبیعی است نتوان از قرآن و سنت انتظار داشت که این گفتمان را به ناگهان متحول کنند و به‌جای تکلیف و مسئولیت از حق و حق‌مداری سخن بگویند.

در شکل‌گیری محتوا و مضمون آموزه‌های فقه کیفری نمی‌توان نقش تعالیم کیفری آیین یهود را نادیده گرفت. همان‌گونه که برخی پژوهشگران حقوق اسلامی یادآور شده‌اند، می‌توان نمونه احکام کیفری فقهی را در شریعت یهود نیز جست‌وجو کرد. متون شرعی یهودیان در امور کیفری دارای احکام تفصیلی فراوانی است. علاوه بر کتاب مقدس تورات، در تلمود نیز احکام شرعی کیفری بسیاری وجود دارد. مفاهیمی چون قصاص، رجم، سوزاندن، احصان، لواط، وطی بهایم، قذف، ارتداد، شرط مرد بودن در پذیرش شهادت و ... هر کدام در جزییات شباهت‌های زیادی با نمونه اسلامی آن دارد. البته محرمات آیین یهود به مراتب بیش از محرمات اسلام و کیفرهای آن به مراتب سنگین‌تر بوده است (ر.ک: نوبهار، ۱۳۷۸: ۲۰۴-۱۸۱؛ سلیمانی، ۱۳۸۴: ۳۵۱-۲۱۵).

یکی از نکات جالب قرآنی درباره شریعت یهود این است که خداوند به‌سبب تمرد و نافرمانی یهودیان، بسیاری چیزها را بر آنها حرام کرد. این مطلب به‌روشنی از این آیه فهمیده می‌شود: «و بر یهودیان حرام کردیم هر حیوان ناخن‌داری را ... آنها چون ستم کردند ما به آن حکم آنها را مجازات کردیم، و البته سخنان ما راست است» (انعام: ۱۴۶). این در حالی است که در پارادایم سنتی گاه با این رویکرد مواجه می‌شویم که گویی این عین رحمت الهی است که فقیه تا می‌تواند احتیاطاً هم اگر شده، برای حفظ اخلاقیات مردم، تحریم‌ها و نواهی را زیاده‌تر کند؛ از آیات متعددی از قرآن مجید می‌توان به‌روشنی دریافت که در اسلام برخلاف آیین یهود، اصل بر حلیت است و برای تقیید حلال نیاز به دلیل قطعی است، نه برعکس.

۳. پیش فرض‌های معرفتی و هستی‌شناسانه پارادایم اجتهاد تکلیف‌مدار

در پارادایم فقهی تکلیف‌مدار برخلاف دیدگاه رایج علمی امروزی در حقوق کیفری و علوم جنایی، موضوعات احکام کیفری یعنی افعال و موقعیت‌های همین انسان‌های معمولی محصور در زمان و مکان، فرازمانی و فرامکانی قلمداد می‌شود. در ادامه آنچه زیربنای این نوع نگاه را فراهم می‌سازد، توضیح داده می‌شود.

۳.۱. انسان‌شناسی متافیزیکی

در پارادایم تکلیف‌مدار از انسان واقعی و موجود در بطن پویا، متغیر و دیالکتیکی زندگی چندان حرفی به میان نمی‌آید. مخاطب احکام کیفری شرع، انسان‌های فراتاریخی، نفس‌الامری و مجردند؛ یعنی انسان‌ها از آن حیث که انسان و دارای فطرت و ماهیتی ثابت‌اند، مورد خطاب اوامر و نواهی شرع قرار گرفته‌اند، نه انسان‌هایی که دارای فیزیک، تاریخ، جغرافیا، جامعه، زبان، فرهنگ و عادات مختلف و مشمول تحولات مستمر ذهنی و اجتماعی‌اند. شاهد این ادعا باور فقهای پارادایم رایج به ثبات زمانی و مکانی اصول و احکام کیفری است. حتی گاه استصحاب احکام شرایع پیشین مجاز شمرده می‌شود. این در حالی است که قرآن مجید از تعدد شرایع الهی سخن می‌گوید (مانده: ۴۸)؛ امری که می‌تواند همسو با ضرورت تغییر و تحول در احکام شریعت همپای تحولات عصری تفسیر و تعبیر شود.

پیش فرض انسان‌شناختی پارادایم رایج در قلمرو مجازات‌ها، گاه پیامدهای خاصی دارد. در تعریف فقها در پارادایم تکلیف‌مدار، انسان موجودی مکلف و مطیع است. از همین تعریف است که مسلمان و غیرمسلمان به سبب حقوق انسانی در یک رتبه قرار نمی‌گیرند، زیرا غیرمسلمان غیرمکلف و غیرمطیع است (ابوزید، ۲۰۰۴: ۱۶۶). درست به علت همین درک خاص است که در این پارادایم دشوار بتوان پذیرفت که موضوع حکم دیات مقدر، ضمان عاقله، قتل مرتد، رجم‌زانی، بریدن دست دزد و ...، چه بسا مناسب با جامعه عربی، قبیله‌ای، طبقاتی و مردسالار دوران گذشته باشد، نه همه جوامع متنوع انسانی در کره زمین. آن‌گونه که از نوشته‌های برخی فقیهان برمی‌آید، اگر این احکام برای بسیاری جوامع فعلی پذیرفتنی نیست، اشکال به خود آنها برمی‌گردد که از «حیات معقول»، «فطری» و «فراحسی» منحرف شده‌اند و به قواعد زندگی ساختگی خود دل خوش کرده‌اند. اگر به انحراف دچار نمی‌شدند، انسان امروز همان انسان صدها قرن پیش می‌بود! شهید مطهری در تفسیر آیات آغازین سوره توبه که فقها آن را در جهت اثبات عدم مشروعیت حق انتخاب دینداری برداشت کرده‌اند، برای دفاع از چنین انسان‌شناسی‌ای از تعبیر «انسانیت انسان»

استفاده کرده و به جواز شرعی مداخله ابزارهای کیفری در جهت حفظ و حمایت از آن، نظر داده است (مطهری، ۱۳۷۶: ۲۲۱-۲۱۵).

به هر روی از انسان‌شناسی متافیزیکی، یک نظام حقوقی، اجتماعی و سیاسی تکلیف‌مدار زاینده می‌شود. این در حالی است که پذیرش تغییر در مجازات‌های پیشین و به هم زدن ثبات احکام در نتیجه نهضت‌های الغای مجازات اعدام یا کاهش آن و همه رویکردهای اصلاحی در نظام‌های کیفری مدرن مانند کیفرزدایی، جرم‌زدایی، قضازدایی، انسانی کردن مجازات‌ها و فردی کردن مجازات‌ها از این پیش‌فرض انسان‌شناختی جدید برخاسته‌اند که انسان‌ها و نسل‌های مختلف به حقیقت متکثر و متحول و دارای حق هستند. انسانی که احکام او از منابع، استنباط و استخراج می‌شود، انسان مکلف است نه انسان مُحق و حق‌دار. این البته به معنای آن نیست که آنچنان که برخی گفته‌اند فقه و فقه‌ت با حق و حق‌مداری بیگانه بوده است؛ سخن در این است که محور مباحث، تکلیف است و نه حق. حتی گاه حق‌های مسلم هم با زبان و ادبیات تکلیف ترسیم شده‌اند.

۲.۳. اطلاق ادله شرعی و اشتراک در تکلیف

در پارادایم تکلیف‌مدار، جهان‌شمولی و ابدیت احکام به دو دلیل توجیه می‌شود؛ یکم، اطلاق ادله شرعی و دوم، این نظریه کلامی که تکالیف ذکر شده در کتاب و سنت شامل همه مسلمانان و حتی در فقه کیفری شامل غیرمسلمانان از زمان نزول تا روز قیامت است. در فقه رایج، با مدد جستن از منطق صوری این دیدگاه در قالب قضایای حقیقیه و خارجییه صورت‌بندی شده است. در این نگرش، احکام شرعییه قضایای حقیقیه‌اند نه خارجییه که با تبدیل و تغییر در موضوعات دستخوش تبدیل و تغییر شوند. پس وقتی در متون شرعی مثلاً آمده است که «زانی محصن باید رجم شود» یا «شارب خمر باید ۸۰ ضربه شلاق بخورد» یا «دیه قتل در ماه‌های حرام تغلیظ می‌شود»، منظور شارع این‌گونه تفسیر و تعبیر می‌شود که «زانی محصن از آن جهت که زانی محصن است، باید رجم شود نه از آن جهت که مثلاً یهودی است یا فرد عربی قرن اول هجری». همچنین وقتی شارع می‌گوید: «دیه در ماه‌های حرام تغلیظ می‌شود»، مرادش تنها این نیست که دیه در ماه‌های حرام در کشورهای شبه‌جزیره عرب با تقویم قمری و عادات فرهنگی خاص تشدید می‌شود، بلکه دیه قتل از آن حیث که دیه قتل است، خواه این قتل در سده اول هجری باشد و خواه در سده پانزدهم و خواه در حجاز و خواه در نیویورک، تشدید می‌شود.

به تعبیری قضایا و گزاره‌های متضمن حکم شرعی در نگاه رایج، بیشتر همچون قضایای حقیقیه و جهان‌شمول قلمداد می‌شوند؛ امری که خود سبب تعمیم‌هایی می‌شود که در درستی آنها

می‌توان تردید کرد. بی‌توجهی به قضایای شخصیه که شمار آنها کم نیست و آنها را با قضایای حقیقیه همسان قلمداد کردن به نوبه خود فقه را از اثرپذیری از تحولات پارادایمی دور نگه می‌دارد.

۳.۳. حجیت شرعی معرفت فقیه و اجتهاد تکلیف‌مدار

در فقه رایج، عدالت را می‌توان مبنای نظام حقوقی شمرد. اما این عدالت را چه کسی و به چه روشی حق دارد به صورت احکام و قواعد قانونی و به تعبیر فقهی اوامر و نواهی شرعی، شکل‌بندی کند؟ برخلاف حقوق کیفری مدرن، در فقه کیفری، عدالت جزایی مقوله‌ای انتزاعی است؛ حقوق صرفاً ناشی از اراده الهی است و جز از این طریق نمی‌توان مدعی دارا بودن حقی شد؛ متون هم اغلب با نگاه تکلیف‌مدار قرائت و تفسیر و تعبیر می‌شود.

«حجت یا دلیل شرعی» مفهوم محوری نظریه کلامی، سیاسی، اجتماعی و حقوقی رایج است. حجت شرعی هم به وسیله اصول فقه، تعریف و تحدید می‌شود. در حقیقت کارکرد اصول فقه تعیین حجت از غیر حجت است. مطابق این چارچوب، عدالت کیفری از نقل خواص که همان فقها باشند، آغاز می‌شود نه از عقل جمعی و مستقل. به نظر بسیاری، عقل جمعی یا عرف، به علت وجود مصالح نهانی در احکام شرع، موجب قطع به حکم شرعی فرعی نمی‌شود و از این رو از محدوده حجت خارج است.

حجیت شرعی معرفت فقیه در پارادایم تکلیف‌مدار از جمله موارد تثبیت و تغییرناپذیری پارادایم مذکور است که اجازه ورود عقل جمعی و عرفی را که متغیر است، در استنباط از احکام نمی‌دهد و راه را بر ورود نگاه‌های حق‌مدار به پارادایم رایج می‌بندد.

۳.۴. ساختار زبان در پارادایم اجتهاد تکلیف‌مدار

عناصر پارادایم تکلیف‌مدار در عین اینکه در شکل‌گیری پارادایم نقش دارند، در برخی موارد دیگر نیز زمینه بقا و تغییرناپذیری پارادایم و استمرار آن را فراهم می‌آورند. ساختار زبان در پارادایم تکلیف‌مدار از جمله مواردی است که اجازه تغییر در نگاه پارادایم و ورود حق‌مداری به آن را نمی‌دهد. فقه کیفری بر پایه دو متن زبانی کتاب و سنت قوام و دوام یافته و از این نظر موجودی کاملاً زبانی است. این واقعیت آشکار به پژوهش‌های عمیق زبان‌شناختی در سنت فقهی و تفسیری اسلام دامن می‌زد، اما این اتفاق رخ نداده است و مباحث الفاظ در پارادایم اجتهاد تکلیف‌مدار بیشتر بر ظواهر نصوص تأکید می‌کند (واعظی، ۱۳۸۶: ۵۶).

در پارادایم سنتی، زبان نظامی تک‌ساحتی، ایستا، ساده و معطوف به اشیای خارجی یا تداعی‌کننده آنهاست. در اینجا رابطه میان لفظ و معنا به انطباق می‌انجامد و حتی این درک از زبان تا جایی پیش می‌رود که نزد برخی نحله‌های اسلامی، اسم عین مسمی شده و ارتباط لفظ و معنا ذاتی و جوهری پنداشته می‌شود (ابوزید، ۱۹۹۵: ۲۱۳). در اثر نفوذ این تفکر، امکان تفاسیر جدید از متن و گشودن افق‌های معنایی جدید و متفاوت از افق‌های گذشتگان در تفسیر متون دینی، دشوار می‌شود.

زبان جامعه قبیله‌ای - عشایری حجاز پر از مفاهیم و واژگان مربوط به خشونت صحرا، روابط و مناسبات مردانه، تبعیض‌آمیز و انتقام‌گیرانه، غارتگری و جنگجویی، اسطوره‌های تاریخی و خیالی بادیه‌نشینان، روابط عبد و مولایی، قسم و قسم‌ورزی و نظایر آن بود.^۱ به تبع این عناصر و عوارض فرهنگی، سخن شریعت دچار تنگی و محدودیت شده است. دشوار بتوان گفت که این مفاهیم و واژگان و تعبیرهای عربی عصر جاهلی، مثل دیه، قصاص، انتقام، عاقله، عبد، شتر، حله یمانی، محاربه، ولی دم، قسامه، محصن، جلد و ...، برای افاده مقاصد نهایی شارع و احکام واقعی الهی، «بهترین امکان زبانی» را در اختیار شریعت می‌گذارند. برای فهم این مسئله کافی است قالب‌های مفهومی و زبانی نظام‌های کیفری مدرن امروزی را با مفاهیم و تعبیر مذکور به صورت گذرا مقایسه کنیم تا متوجه عمق تنگناهای زبانی و فرهنگی شریعت در عصر پیامبر شویم. به تعبیر چامسکی، رابطه فرهنگ و زبان رابطه‌ای دوسویه و دیالکتیکی است. فرهنگ در قالب زبان ظهور می‌کند و زبان فرهنگ را می‌سازد و توسعه می‌دهد. زبان شالوده احساسات و تفکرات انسان‌هاست، از این رو زبان هر قوم حاصل و واجد منش و اندیشه آن قوم است (ر.ک: چامسکی، ۱۳۷۹: ۹۷-۷۸). تئوری‌های جرم‌شناختی و کیفرشناختی بخشی از کلیت فرهنگی هر قومی‌اند و این فرهنگ نیز به وسیله زبان، انتقال، انعکاس، توسعه و استمرار می‌یابد. فهم قواعد و نظریه‌ها و نهادهای کیفری در هر نظام کیفری ملی، در حقیقت فهم زبان و بیان این قواعد و نظریات و نهادهاست. در حوزه اجتماعی تنها راه دسترسی ما به واقعیت‌های نظام کیفری همچون حقوق کیفری، رفتارهای مجرمانه و قربانیان جرم و آثار مختلف فردی و اجتماعی مجازات، زبان است. محدودیت‌ها و امکانات زبان، محدودیت‌ها و امکانات نظام کیفری را مشخص می‌کند.

زبان عرب پیش از اسلام و در فضای پیدایش اسلام نیز رابطه تنگاتنگی با جامعه و فرهنگ آن زمان دارد و متأثر از روح تکلیف‌گرایی حاکم بر آن جامعه بوده است. البته تکلیف‌محور بودن خصیصه انحصاری جامعه اسلامی نبوده و ویژگی جامعه پیشامدرن است. همچنین در پارادایم

۱. در این باره همچنین ر.ک: سالم، ۱۳۸۳: ۳۴۹-۳۵۸، ۳۳۶-۳۳۸، ۳۲۰-۳۰۷؛ سبحانی تبریزی، ۱۳۸۵: ۵۶-۵۱، ۴۷-۴۴، ۳۶؛ حسینی بهشتی، ۱۳۸۷.

رایج چون تغییرات در فرهنگ به تغییر در فهم از زبان منجر نمی‌شود؛ بنابراین به راحتی تکالیف و احکام وضع شده برای مسلمانان صدر اسلام به همه مسلمانان، بلکه غیرمسلمانان در سراسر دنیا و همه زمان‌ها تعمیم داده می‌شود.

۴. واکنش‌های فقهی به چالش‌های پارادایم رایج

در آثار موجود در هر چهار مذهب اهل سنت و مذهب امامیه اغلب تأکید می‌شود که مفتی باید در عمل از نظام سلسله‌مراتبی منابع معتبر تبعیت کند و هرگونه انحراف از این منابع، روا نیست (امیدی، ۱۳۸۳: ۲۰۷-۲۰۶). از آنجا که نظام مزبور به‌طور چشمگیری خوب عمل می‌کرد، ساختار فقهی پارادایم مذکور برای بیش از دوازده سده تقریباً دست‌نخورده باقی ماند؛ لکن رویارویی با مدرنیته و دنیای حق‌مدار ادامه این روند را با دشواری مواجه ساخته است. حق‌مداری در دنیای جدید نظام حقوقی خاص خود را در پی دارد. مجازات‌های رایج در فقه کیفری مورد نقد قرار گرفتند؛ مجازات‌های شدیدی که شائبه صدق عنوان شکنجه بر آنها وجود دارد، باز بودن دست قاضی-که معمولاً به شرایط زیادی هم نیاز ندارد- در برخی مجازات‌ها با امکان صدور احکام سنگین و مشخص نبودن مجازات از یک سال تبعید تا به صلیب کشیدن و قتل می‌تواند عواقب خطرناکی داشته باشد. هرچند واگذاری اختیاراتی محدود و ضابطه‌مند می‌تواند مثبت قلمداد شود و به دادرسان کمک کند تا بتوانند اصل فردی کردن کیفر را مراعات کنند. همچنین مجازات‌های بدون رسیدگی که گاه در متون روایی و فقهی تجویز شده و به حق بر محاکمه عادلانه توجه نشده، مشکل‌آفرین است. پارادایم رایج برای رویارویی با چالش‌های ایجادشده رویکردهای مختلفی را در پیش گرفته است. در ادامه این رویکردها را مرور می‌کنیم.

۴.۱. تخطئه پارادایم حق‌مدار و دفاع از پارادایم مسلط

برخی مدافعان پارادایم سنتی در واکنشی تدافعی ایراداتی به نگاه حق‌مدار وارد می‌کنند. برای مثال گفته می‌شود حقوق بشر در جهان معاصر یک حربه سیاسی است و از سوی قدرت‌های جهان به‌عنوان اهرم فشار علیه ملل مسلمان به‌کار می‌رود؛ درحالی‌که نقض حقوق بشر در کشورهای متحد خودشان نادیده گرفته می‌شود. در ایرادی دیگر می‌گویند: حق‌مداری و حقوق بشر متناسب با جوامع غربی و شیوه زندگی فرهنگی است. ما مسلمانان نیازی به لوازم دنیای کفار نداریم، مگر نقصانی در دین ماست که برای جبران آن محتاج به دستاورد کفار و دشمنان اسلام باشیم؟ گاه حتی تجدد، مدرنیته و نظام کیفری حاکم حاصل از آن کوششی برای انهدام اساس دیانت و انسان قلمداد شده و به‌نوعی به بستن درهای کشور و جامعه توصیه می‌شود (جوادی آملی، ۱۳۷۵: ۲۷۵-۲۷۱).

برخی کوشیده‌اند تا با توسل به مبانی اعتقادی و کلامی، از نظام حاکم و مجازات‌های موجود دفاع کنند. برای مثال یکی از مدافعان پارادایم رایج در مقام تبیین کمتر بودن دیه زن از مرد که به تفاوت‌هایی در احکام قصاص نیز منجر می‌شود، می‌نویسد: «ارزش انسانی به بهای بدنی نیست تا امتیاز را در دیه‌ها ارزیابی کنیم. برای ارزیابی انسان در اسلام، نباید به سراغ دیه رفت تا ما تفاوت زن و مرد را در دیه جست‌وجو کنیم؛ بلکه باید در آنجا که سخن از ارتباط با ملک، وحی و امثال آنهاست، ارزش واقعی انسان را شناخت تا در نهایت دید که در آنجا زن نیز سهمی دارد یا نه؟ مسئله دیه صرفاً یک امر اقتصادی است و ملاک ارزیابی انسان نیست و همچنان‌که در شریعت برای سگ (اگر جزء درندگان نباشد) دیه تعیین شده است، برای تن انسان نیز دیه‌ای قائل شده است. دیه، یک حساب فقهی است و ارتباطی با اصول مذهب ندارد. مهم‌ترین شخصیت‌های اسلامی با ساده‌ترین افراد از نظر دیه یکسان هستند. دیه مرجع تقلید، دیه یک انسان متخصص و دیه یک انسان مبتکر، با دیه یک کارگر ساده در اسلام یکی است. به دلیل اینکه دیه عامل تعیین ارزش نیست و تنها یک ابزار است» (جوادی آملی، ۱۳۶۹: ۲۳۱-۲۳۰).

۲.۴. پذیرش چالش‌ها و تلاش برای رفع کاستی‌ها

دیدگاهی دیگر با ملاحظه حجم ایرادات وارد بر مجازات‌های موجود در متون فقهی و به تبع آن قوانین ملی، به ناهمخوانی آن با دنیای حقوق‌مدار امروز پی برده‌اند، سعی می‌کنند تا در چارچوب قواعد پارادایم موجود، به صورت موردی اجتهادی متفاوت انجام دهند، به نحوی که نتیجه آن، کاهش ایرادات با محدود کردن یا حذف این مجازات‌ها باشد. برای مثال برخی با اجتهادی متفاوت از غالب فقها مجازات رجم برای زناکار را از دایره احکام اسلامی معتبر، خارج دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۴-۱۹). برخی دیگر دریافته‌اند ابعاد بحران پارادایم رایج بیش از آن است که با تغییرهای جزئی، اجتهاد جدید در برخی احکام و تردید در برخی روایات مثبت احکام، حل شود درصدد برآمده‌اند تا بی‌آنکه مبانی پارادایم را مخدوش کنند، برای پاسخگویی به بحران طرحی نو دراندازند. این تلاش‌ها در اقصی نقاط جهان اسلام از سوی روشنفکران رخ داده و به ارائه الگوهای منجر شده است.

۱.۲.۴. الگوی ثابت و متغیر

اولین و رایج‌ترین رویکرد در سده اخیر الگوی ثابت و متغیر است. مطابق این رویکرد احکامی که به نام احکام اسلامی شناخته می‌شوند، بر دو قسم‌اند: احکام ثابت و متغیر. احکام ثابت و دائمی، متن شریعت را تشکیل می‌دهند و احکام متغیر، مقطعی و تابع مصالح موضعی و زوال‌پذیرند.

احکام ثابت را خداوند به صورت وحی بر پیامبر نازل می‌کند، اما احکام متغیر در پرتو احکام ثابت توسط آدمیان وضع می‌شود و اگرچه در جامعه دینی لازم‌الرعایه است، اما جزء متن دین شمرده نمی‌شوند. برخی معتقدان به این الگو چون علامه طباطبایی و شاگردان او معتقدند حاکم اسلامی احکام متغیر را تقنین می‌کند (طباطبایی، ۱۳۸۲: ۴۴-۵۲). برخی مانند نایینی، نمایندگان مردم را به نیابت از «من له الولاية» واضع احکام متغیر می‌دانند (غروی نایینی، ۱۳۹۳: ۱۳۸-۱۳۳). از دیگر رویکردهای موجه، طرح اندیشه «منطقه الفراغ» از سوی سید محمدباقر صدر است. او با طرح این مفهوم، احکام متغیر را منحصر در مباحثات شرعی دانسته و تعیین احکام در این حوزه را براساس رعایت مصلحت عمومی به عهده ولی امر و دولت می‌داند (صدر، ۱۳۸۲: ۳۸۰).

واقعیت این است که الگوی ثابت-متغیر ظرفیت گسترده‌ای برای حل مشکل و هماهنگی فقه با پارادایم‌های عقلانی و عقلایی دارد؛ اما اثرپذیری گسترده فقه از برخی گفتمان‌ها ظرفیت‌های بهره‌گیری از این رویکرد را محدود ساخته است. یکی از این گفتمان‌ها، گفتمان منطق ارسطویی است. شماری از اندیشمندان فی‌الجمله بر تأثیر منطق ارسطویی در شکل‌گیری پارادایم فقه استی اذعان کرده‌اند (ر.ک: زاهر، ۱۹۸۰: ۶۱-۶۲). فلسفه و منطق ارسطویی، در کنار اثر مثبتی که بر اندیشه فقهی در قالب تبویب، تقسیم‌بندی و مفهوم‌پردازی‌های دقیق علمی گذاشت، آثار سلبی هم بر تفکر فقهی اسلامی داشته است. اصولیان با کاربرد اصطلاحات منطق ارسطویی و بهره‌گیری از مفاهیم آن به صورت‌بندی شریعت پرداختند (زاهر، ۱۹۸۰: ۶۱-۶۲). حد و تعریف‌های لفظی، قضیه کلی و جزئی، حقیقه و خارجی، ذاتی و عرضی، عام و خاص، مطلق و مقید، نص و ظاهر، امر و نهی و ... با اقتباس از مفاهیم و مقولات منطق صوری به‌عنوان مفاهیم اصول فقه اسلامی صورت‌بندی شدند. تحت تأثیر منطق صوری تلاش می‌شد تا برای توضیح و تبیین تمام حالات و جزئیات و صور محتمل ذهنی، احکامی استخراج شود. مبالغه در نحوه عبارت‌پردازی‌های فقهی تا آنجا پیش رفت که گاه تمام توان و تمرکز فقیه بیش از سلامت محتوی و صحت مضمون جملات، صرف صناعت الفاظ و ترکیبات متن می‌شد (ر.ک: زاهر، ۱۹۸۰: ۶۱-۶۲).

تحت تأثیر این الگو، فقه‌پژوهان به‌جای آنکه مرکز توجهشان به خود فقه به‌عنوان یک دانش منصرف شود، به نوع نوشتار و نحوه نگارش فقه معطوف شده بود. شکل‌گرایی سبب پیچیده‌سازی بیشتر متون فقهی و دوری فقه از صحنه «واقعی» زندگی و گرایش به دنیای مجازی موجود در اذهان منطقیون و انزوای فقها از فعالیت اجتماعی که در آن بشر امکان ابتکار، ابداع و خلق دارد، شده است. بدین‌سان تکالیف و احکامی که در جامعه اعراب پیش از اسلام و صدر اسلام بود، ثابت و برای تمام عصور فرض شد و به نوبه خود، امکان تغییرات بعدی در احکام را سلب کرد.

با این حال، تقریرات صورت گرفته از مدل ثابت و متغیر، به طور کامل قادر به حل مشکل نیست. مشکل ناسازگاری احکام کیفری پارادایم مسلط با حق مداری، در حوزه احکامی است که ثابت و منصوص انگاشته می شوند نه حوزه تعزیرات و این مشکل در مدل یادشده لاینحل باقی مانده است. برای توجه عمیق به مباحثی مانند انواع حقوق متهم در مراحل گوناگون دادرسی، حقوق بزهکار و زندانی و حتی خانواده وی و شناسایی مسئولیت جامعه در پرورش بزهکار به جای تأکید یکسویه بر مسئولیت مجرم به تغییرات ژرفی در نگاهها و نگرشها نیاز است. هرچند نمی توان انکار کرد که بن مایه های این انگارهها در فقه کنونی غایب نیست و پررنگ کردن آنها هرگز به معنای وصله ناجور یا وارداتی نیست.

۲. ۲. ۴. الگوی مصلحت محور

الگوی مصلحت محور نیز از دیگر چاره اندیشی ها برای برون رفت از پاره ای از مشکلات است. آنچه در الگوی مصلحت محور به عنوان راه حل برون رفت از بحران منظور است، متفاوت از نحوه و میزانی است که از مصلحت در اصول فقه سنتی استفاده می شود. در واقع برای تأمین این منظور باید مفهوم مصلحت به اندازه ای توسعه یابد که بتواند به منزله یک نظریه و فلسفه حقوق مستقل، بر پای خود بایستد. بذره های مصلحت محوری در نوشته های محمد عبده روشنفکر مصری کاشته شد. شاگرد عبده، سید محمد رشیدرضا (متوفی ۱۹۳۵) به فکر بالقوه قوی عبده، شکل و محتوا بخشید. وی در نتیجه اتکای جدی بر طوفی و شاطبی اثبات می کند که اصل مصلحت بر متون وحیانی مبتنی است و آنگاه به بیان نتایج سخن خود می پردازد. فارغ از مسائل مرتبط با عبادات و اعتقادات که باید براساس متون وحیانی حل و فصل شوند، مسائل دیگر فقهی از جمله احکام کیفری باید براساس راه هایی حل و فصل شوند که در تمامی آنها مصلحت عنصری تأثیرگذار و حاکم است (بن حلاق، ۱۳۹۵: ۳۱۱-۳۱۰). پس از رضا افراد دیگری نیز در همین زمینه گام برداشتند. عالم مصری عبدالوهاب خلاف (متوفی ۱۹۵۶) از آن جمله است. او در یکی از آثار تأثیرگذارش (مصادر التشریح الاسلامی فیما لا نص فیہ) سعی می کند نشان دهد منابع شرع (به معنای درست کلمه) انعطاف پذیر، غنی و پاسخگو نسبت به مسائل انسان و شرایط تحول یابنده اوست (بن حلاق، ۱۳۹۵: ۳۱۲). پس از آن هم افراد دیگری از جمله علال فاسی متفکر مراکشی (متوفی ۱۹۷۳) و حسن ترابی متفکر و سیاستمدار سودانی این الگو را به نحوی پیگیری کردند (ر.ک: بن حلاق، ۱۳۹۵: ۳۱۷ و ۳۲۰). در تمام این دیدگاهها استصلاح و ضرورت دو مؤلفه اصلی است. استفاده از این مفاهیم بدون روش شناسی حاکم بر مقدمات و نتایج و استدلال های منطقی متناسب با آن، به طور جدی به ذهن گرایی و نسبی انگاری ختم خواهد شد (بن حلاق، ۱۳۹۵: ۳۲۶).

در ایران الگوی مصلحت‌محور با فرمی تقریباً متفاوت، از ابتکارات مرحوم امام خمینی بود. این رویکرد ره‌آورد مواجهه عملی دین با اداره جامعه و مشکلات اجتماعی در عصر مدرن است. درک کاستی‌های الگوی اول به کشف مدل دوم منجر شد. در این الگو توجه به زمان و مکان در استنباط احکام شرعی در حوزه متغیرها منحصر نمی‌ماند و تمامی احکام ثابت (بنابر الگوی اول) را نیز در می‌نوردد. ایشان در این زمینه می‌گوید: «اسلام، حکومت با تمامی شئون آن است و احکام قوانین اسلام هستند که شأنی از شئون حکومت به حساب می‌آیند. بلکه احکام مطلوبات بالعرض و امور آلی برای اجرای حکومت و گسترش عدالت هستند» (موسوی خمینی، ۱۳۸۸: ۶۳۳).

رویکرد فقه‌المصلحه از آن حیث که دایره صلاحیتش محدود به متغیرات نیست و احکام ثابت را هم شامل می‌شود، بهتر از رویکرد اول است؛ لکن ضابطه نوعی برای تشخیص مقتضیات زمان و مکان ارائه نمی‌دهد. با توجه به اینکه در نهایت تشخیص این شرایط به عهده ولی فقیه است و بقای همه احکام شرعی در گرو فهم وی است، تضمینی نیست که با تغییر وی تمامی یا بیشتر احکام تغییر نکند. دشوار است که دین یا شریعت را این‌گونه به فهم شخصی یک نفر وابسته دانست. افزون‌بر این، وقتی برای درک اقتضائات زمانی و مکانی به غیر دین استناد می‌شود، دینی بودن حاصل چنین رویکردی قابل تشخیص نیست. با توجه به محور بودن امر سیاسی و حکومت در این رویکرد، ممکن است نتیجه آن در نهایت دین دولتی باشد. انتقادهای وارد بر این رویکرد در حل بحران پارادایم، افزون‌بر ضعف‌های تئوریک مستند به تجربه عملی هم است.

۵. زمینه‌های پیدایش پارادایم جایگزین و مبانی آن

به نظر می‌رسد مشکلات نظام کیفری فعلی در چارچوب پارادایم تکلیف‌مدار بیش از آن باشد که بتوان بدون تغییری مبنایی آن را رفع کرد؛ از این‌رو تمام تلاش‌های پیش‌گفته در این مسیر توفیق چندانی نیافتند، هرچند گاه به لحاظ موردی گره‌گشا بوده‌اند. بخشی از پیامدهای تنظیم نظام کیفری اسلام بر مبنای پارادایم مسلط به‌خصوص در ایران را می‌توان این‌گونه احصا کرد: تضاد صریح با موازین جهانی حقوق بشر در سطح بین‌المللی و گمان تضييع حقوق بشر مصرح در قانون اساسی به استناد تفاسیر فقهی، ضربه به حیثیت معنوی اسلام در جهان مدرن با اجرای احکام فقهی چون رجم، شلاق و قطع عضو، تبعیض جنسی میان مرد و زن، تشدید شکاف میان پیروان آیین‌های مختلف به‌علت تبعیض میان مسلمان و غیرمسلمان در نظام کیفری، اخلال در نظم اجتماع از طریق خصوصی‌سازی جرائم سنگین و خشونت‌باری مثل قتل و ضرب و جرح عمدی و افزایش فرهنگ خشونت و انتقام در جامعه از طریق اعدام‌های وسیع، اجرای علنی احکام بدنی و مجازات‌های تزیلی مثل شلاق، ایجاد دوگانگی و ابهام شدید در نظام کیفری که تضعیف اصل حکومت قانون

در مجازات‌ها به وسیله فتاوی معتبر و نظریات فقها را به دنبال دارد و اختلاط مفهوم فقه کیفری با نهادهای مدرن در سراسر مجموعه قوانین کشور.

با این اوصاف هم‌اکنون این درک در حال گسترش است که بدون طرح پرسش‌های اساسی در خصوص سازوکارهای فهم فقهی و پیش‌فرض‌های تفسیری پارادایم حاکم، چالش مجازات‌های اسلامی و فقه کیفری با جهان مدرن، همچنان برای جامعه ایرانی حل نشده باقی خواهد ماند. از همین رو برخی در حال طرح ایده حق در کنار تکلیف و بازشناسی جایگاه حق برآمده‌اند.^۱ خود پارادایم و اقتضائات آن هم به تدریج در آستانه این است که مورد توجه قرار گیرد. اجتهاد در فروع بدون بازاندیشی در پرسش‌های اساسی درباره نظریه معنا، خواه نتیجه‌اش فتوای کاملاً لیبرال باشد، خواه بنیادگرایانه، نه تنها گرهی از کار فروبسته عدالت کیفری باز نمی‌کند، بلکه هرچه بیشتر آن را پیچیده‌تر و ناشناخته‌تر می‌گرداند.

در یک کلام، مشکل نظام عدالت کیفری تا اندازه زیادی به پارادایم حاکم بازمی‌گردد. خروج از این نظریه و روش تفسیری جز با بازنگری کلی در پیش‌فرض‌ها و اصول موضوعه فقه امکان‌پذیر نیست. آنچه را که متن درباره عدالت کیفری در شرایط و اوضاع و احوال عصر نزول نتوانسته بگوید یا به عمد سکوت اختیار کرده است، بر کسی آشکار می‌شود که با مطالعه نظام‌های کیفری مدرن با اشکال و انواع مختلف ضمانت اجرای کیفری آشنا شود و به این واقعیت پی ببرد که علاوه بر سیاست جنایی فقهاتی، مدل‌های دیگری از سیاست جنایی وجود دارد؛ سیاست‌هایی که بخش‌هایی از آنها بنا و سیره خردمندان و محصول پارادایم‌های نوپیداست و نمی‌توان به آسانی آنها را کنار نهاد.

رویکرد مقاصدی تا اندازه‌ای ظرفیت دامن زدن به حق محوری را دارد. اگر عدالت را به توزیع حقوق یعنی عدالت به مثابه ترازو تعریف کنیم نظام کیفری می‌تواند حق محور معرفی شود. در این برداشت از نظام عدالت کیفری، عدالت صرفاً معلول و معطوف به اوامر و نواهی منصوص یعنی تکالیف نیست، بلکه توجه به حقوق هم با اهمیت می‌شود. هرچند در تراحم میان حق‌ها و مواردی مانند اینکه برای مثال در تراحم حق حیات و سقط جنین یا تراحم حق حیات و حق دفاع مشروع یا تراحم حق بر حیات و اوتانازیا یا به طور عام‌تر تراحم میان آزادی فردی و نظم اجتماعی کدام یک را باید مقدم داشت، معرکه‌آراست.

از آنجا که برای تداوم حیات فرد و جامعه باید به هر حال رأی انتخاب شود، نظام کیفری حق محور اصل را بر جمع میان حق‌های مختلف تا جای امکان می‌گذارد. مبنای معرفت‌شناسانه و

۱. برای نمونه ر.ک: صرامی، ۱۳۸۵.

هستی‌شناسانه این رویکرد آن است که حق‌ها با هم خویشاوند و سازگارند و عقل جمعی بشر کنونی، روش عادلانه جمع میان حق‌های مختلف (حق خصوصی و فردی، ملی و عمومی) را توافق و رضایت صاحبان حق می‌داند. هرچند حق‌هایی هم وجود دارند که زمام آنها به دست صاحب حق نیست و صرفاً با اسقاط دارنده آن ساقط نمی‌شود.

مزیت بزرگ نظام کیفری اسلامی در پارادایم جدید این است که همزمان و به صورت مکمل از دو منبع برای تعریف و تشخیص حق‌ها برخوردار خواهد بود: ۱. منبع وحی (کتاب و سنت) یا حجت بیرونی؛ ۲. منبع عقل یا حجت درونی. هیچ‌یک از این دو منبع بدون دیگری کامل نیست. وحی، نظام کیفری را از فاصله گرفتن از معنویت و خداوند در امان نگه می‌دارد و عقل آن را از غافل ماندن از مقتضیات زمان و مکان و تحولات متناسب مصون می‌نماید.

به منظور مبناسازی برای پارادایم جدید، بی‌گمان می‌توان از عنصر بنای عقلا که حتی در پارادایم سنتی و در دستگاه اصول فقه از شأن و جایگاهی والا برخوردار است، مدد جست. بی‌شک شارع مقدس اسلام تحولات پارادایمی را تا جایی که با اوامر و نواهی خداوند متعال در تعارض نباشد، می‌پذیرد. دلیلی نداریم که شارع مقدس تنها به یک پارادایم دلپسته و وابسته باشد (نوبهار، ۱۳۹۶؛ محقق داماد، ۱۳۹۷). شارع در حوزه احکام مربوط به تنظیم امور عادی بشر، اصل را بر مشروعیت و مقبولیت سیره و بناهای ارتكازی عقلا قرار داده است. بیشتر این نوع احکام براساس بنای عقلا و امضا و تنفیذ همان احکام است. به موازات پیشرفت دانش و تحولات زندگی، سیره‌های جدیدی میان عقلا حادث و سیره‌هایی منسوخ می‌شود. به نظر نمی‌رسد تفاوتی میان این سیره‌ها و سیره‌های عصر نزول باشد. همان‌گونه که شریعت چشم بر خطاهای تأثیرگذار بشر نبسته است، نمی‌توان پذیرفت بر حاصل پیشرفت بشر چشم ببندد و انتظار داشته باشد بشر سیره‌های جدید خود را که حاصل پیشرفت دانش خویش و از لوازم و دستاوردهای آن می‌داند، نادیده بگیرد. سماحت و سهولت شریعت و بنای آن بر عقلا نیت تضمین این ادعاست (معمدی، ۱۳۹۷: ۷۵-۱۰۷).

نتیجه

نگاه تکلیف‌مدار به انسان در تار و پود پارادایم فقهی مسلط وجود دارد. نگاهی که فقیه را ملزم می‌کند تمام تلاش خود را به کار گیرد تا با استفاده از اصول فقه، احکام زندگی مسلمانان را از دل متون دینی بیرون بیاورد. پارادایم تکلیف، گفتمان مسلط دوران پیشامدرن بوده و به جامعه مسلمان و متون فقهی آنها اختصاص ندارد. توجه به محیط پیدایش اسلام و تأثیر آیین یهود که پیش از

اسلام در آن سرزمین پیروانی داشت چگونگی پدیدار شدن و تداوم فقه کیفری موجود را روشن خواهد ساخت.

حقوق بشر و نگاه حق‌مدار در نظام‌های کیفری، چالش‌هایی را متوجه پارادایم مسلط کرده که تکاپوی فقها را برای دفاع از پارادایم اجتهادی موجود برانگیخته است. تلاش‌های متعدد فقها و روشنفکران مسلمان در طول بیش از یک سده گذشته هنوز نتوانسته است تغییری جدی در نگرش عموم جامعه حقوقی به بحرانی بودن پارادایم تکلیف‌مدار و نظام کیفری ناشی از آن ایجاد کند. مشکلات حال حاضر نظام کیفری در ایران نشان می‌دهد که رفع بحران جز از مسیر تغییر در زیربناها و استقبال از پارادایم‌های نوپیدا و از جمله پارادایم حق‌مدار به‌غایت دشوار خواهد بود. با این جایگزینی تغییرات متعددی در نظام کیفری موجود رخ خواهد داد که دامنه آن حوزه‌های متعدد جرم‌نگاری، مسئولیت کیفری و وضع و اجرای مجازات‌ها را در برمی‌گیرد.

تنظیم نظام کیفری جوامع غرب براساس پارادایم حق‌مدار تأثیرات زیادی را در بخش‌های مختلف نظام کیفری گذاشته است. البته دنیای غرب نیز گاه در تأکید بر حق افراط کرده است؛ امری که بی‌توجهی قانونگذار و شهروندان را به تکالیف خود و به حاشیه رفتن مقولاتی مانند خیر عمومی و فضیلت‌های مدنی در پی داشته است. راه صحیح و بنیادین، تأکید بر حقوق آدمیان در عین توجه به مسئولیت‌های آنان است؛ لکن به‌نظر می‌رسد حقوق کیفری اسلام هنوز تا رسیدن به افراط در تأکید برحق راه زیادی در پیش دارد. باید یادآور شویم که تأکید بر گفتمان حق و حق‌مداری را نباید با دفاع همه‌جانبه از حقوق بشر موجود با همه کاستی‌های آن به‌ویژه کاستی‌های عملی آشکار و بی‌نیاز از بیانش یکی قلمداد کرد؛ سخن این است که شریعت اسلامی با حق و حق‌مداری سر ناسازواری ندارد. می‌توان به پارادایم حق‌گذر کرد و اقتضائات و لوازم آن را پذیرفت و حق و مسئولیت را کنار هم نشان داد. وقتی از دیرباز در آموزه‌های دینی بر مفهوم حق‌الناس تأکید شده و حق‌الناس بر حق‌الله مقدم دانسته شده است، نباید از دامن‌زدن به پارادایم حق و وحشت کرد. برجسته کردن حق شهروندان در نظام عدالت کیفری، نگاه حق‌مدار به متهم، بزه‌کار، بزه‌دیده و حتی خانواده‌های آنها یادآور ضرورت و اهمیت مسئولیت دولت، جامعه و شهروندان در پاسداشت حقوق و آزادی‌هاست. بدین‌سان تأکید بر حق‌ها به‌نوعی یادآوری اهمیت مسئولیت‌ها و تکالیف هم است. کافی است توجه کنیم که برابر خوانشی از نگاه حق‌مدار، رعایت کرامت بزه‌کار ایجاب می‌کند که مسئول شناخته شود و به‌طور انسانی مجازات شود؛ نه اینکه با او همچون مجانین و کودکان بی‌مسئولیت رفتار شود. بدین‌سان نگاه حق‌مدار ضرورتاً در نقطه مقابل نگاه مسئولیت‌مدار نیست.

منابع

الف) فارسی

۱. قرآن کریم.
۲. امیدی، جلیل (۱۳۸۸). «سنت نبوی و عدالت کیفری»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۴، زمستان، ص ۳۴-۲۱.
۳. امیدی، جلیل (۱۳۸۳). مقدمه‌ای بر تاریخ حقوق، چ اول، تهران: احسان.
۴. بن حلاق، وائل (۱۳۹۵). تاریخچه تئوری‌های حقوق اسلامی، ترجمه محمد راسخ، چ چهارم، تهران: نی.
۵. جوادی آملی، عبدالله (۱۳۶۹). زن در آیین جلال و جمال، چ اول، تهران: مرکز فرهنگی رجاء.
۶. ----- (۱۳۷۵). فلسفه حقوق بشر، چ اول، قم: اسراء.
۷. چامسکی، نوام (۱۳۷۹). زبان و اندیشه، ترجمه کورش صفوی، چ اول، تهران: هرمس.
۸. حسینی بهشتی، سید محمدحسین (۱۳۸۷). محیط پیدایش اسلام، چ اول، تهران: بقعه.
۹. زاهر، رفقی (۱۹۸۰). المنطق الصوری، الطبعة الاولى، قاهره: مکتبه النهضة المصریه.
۱۰. زیباکلام، سعید (۱۳۷۳). «تلقی نوین از علم»، مجله دانشگاه انقلاب، زمستان، ش ۱۰۴، ص ۱۶۴-۱۵۴.
۱۱. سالم، عبدالعزیز (۱۳۸۳). تاریخ عرب قبل از اسلام، ترجمه باقر صدری‌نیا، چ دوم، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.
۱۲. سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۵). فروغ ابدیت، چ بیست و ششم، قم: بوستان کتاب.
۱۳. سلیمانی، حسین (۱۳۸۴). عدالت کیفری در آیین یهود، چ دوم، تهران: مرکز مطالعات و تحقیقات ادیان و مذاهب.
۱۴. شاخت، ژوزف (۱۳۸۸). مقدمه‌ای بر حقوق اسلامی، ترجمه محمدعلی مرادی نبی و احمدرضا خواجه فرد، چ اول، تهران: دادگستر.
۱۵. صرامی، سیف‌الله (۱۳۸۵). حق، حکم و تکلیف، چ اول، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۱۶. کوهن، تامس (۱۳۸۹). ساختار انقلاب‌های علمی، ترجمه سعید زیباکلام، چ اول، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۷. طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۸۲). اسلام و انسان معاصر، به کوشش سید هادی خسروشاهی، در بررسی‌های اسلامی، ج ۲، مقاله «اسلام و نیازمندی‌های انسان معاصر»، چ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. طباطبایی، سید محمدحسین (۱۳۷۸). المیزان فی تفسیر القرآن، ج ۱.
۱۹. ----- (۱۳۶۹). اصول فلسفه و روش رئالیسم، ج ۲، با مقدمه و شرح مرتضی مطهری، چ ششم، تهران: حکمت.
۲۰. فیض، علیرضا (۱۳۷۲). «پویایی فقه و اجتهاد در پرتو عرف یا در بستر زمان»، خبرنامه کانون وکلا، ش ۷-۶، ص ۳۸-۴۵.
۲۱. غروی نایینی، میرزا محمدحسین (۱۳۹۳). تنبیه‌الامه و تنزیه‌المله، تصحیح و تحقیق سید جواد ورعی، چ سوم، قم: بوستان کتاب.
۲۲. مبلغی، احمد (۱۳۸۲). «پارادایم‌های فقهی»، مجله کاوشی نو در فقه، ش ۳۷ و ۳۸، صص ۳-۲۳، ۲۴. مجتهد شبستری، محمد (۱۳۸۵). هرمنوتیک، کتاب و سنت، چ ششم، تهران: طرح نو.
۲۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸). «رجم از دیدگاه قرآن و سنت»، مجله قضاوت، ش ۵۸، ص ۱۹-۲۴.

۲۵. ----- (۱۳۹۷). مکتب اجتهادی آخوند خراسانی (تحولات اجتهاد شیعی)، ج اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۶. مطهری، مرتضی (۱۳۷۶). *آشنایی با قرآن*، ج ۳، چ سیزدهم، تهران: صدرا.
۲۷. معتمدی، محمد (۱۳۹۷). *سیره عقلا و عرف در اجتهاد، تقریر و تحلیلی از آراء فقیه عالیقدر حضرت آیت الله العظمی منتظری*، چ اول، قم: سرایی.
۲۸. نوبهار، رحیم (۱۳۹۶). «اجتهاد کرامت مدار» مندرج در کتاب (مجموعه مقالات) فقه و تدبیر، چ اول، قم: مرکز تنظیم و نشر آثار آیت الله موسوی اردبیلی (ره).
۲۹. ----- (۱۳۹۴). «جستاری در تقسیم بندی باب های فقهی و پیامدهای روش شناختی آن»، *فصلنامه راهبرد*، سال ۲۴، ش ۷۶، ص ۱۰۵-۷۹.
۳۰. ----- (۱۳۷۸). *مقررات کیفری، جرائم و مجازات ها در تورات*، *فصلنامه مفید*، ش ۱۷، ص ۱۸۱-۲۰۴، ۳۱.
۳۱. واعظی، احمد (۱۳۸۶). *درآمدی بر هرمنوتیک*، چ چهارم، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

ب) عربی

۳۲. ابوزید، نصر حامد (۲۰۰۴). *دوائر الخوف، قرائه فی خطاب المرأه*، ط ۳، بیروت: مرکز الثقافی العربی.
۳۳. ابوزید، نصر حامد (۱۹۹۵). *النصر، السلطه، الحقیقه*، ط ۱، بیروت: مرکز الثقافی العربی.
۳۴. ایوب البارونی، عیسی (۱۹۸۶). *الرقابه المالیه فی عهد الرسول و الخلفاء الراشدین*، الطبعة الاولی، طرابلس: منشورات جمیعہ الدعوه الاسلامیہ العالمیہ.
۳۵. خلاف، عبد الوهاب (۱۹۹۵). *مصادر التشريع الاسلامی فیما لا نص فیہ*، الکویت: دار القلم.
۳۶. الشاطبی، ابواسحاق (۱۴۲۵ق)، *الموافقات*، ج ۲، بیروت: دارالکتب العلمیہ.
۳۷. صدر، سید محمدباقر (۱۳۸۲). *اقتصادنا، الطبعة الثانیہ*، قم: بوستان کتاب.
۳۸. مظفر، محمدرضا (بی تا). *اصول الفقه*، ج ۲، قم: اسماعیلیان.
۳۹. الملطی، یوسف بن موسی (بی تا). *المعتصر من المختصر من مشکل الآثار*، ج ۱، بیروت: عالم الکتب.
۴۰. الموسوی الخمینی، سید روح الله (۱۳۸۸). *کتاب البیع*، ج ۲، الطبعة الثالثه، قم: مؤسسۀ تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی.