

## مطالعه تطبیقی مصادیقی از سیاست کیفرزدایی در اندیشه فیض کاشانی با قانون

### مجازات اسلامی در دو گستره ثبوتی و اثباتی<sup>۱</sup>

محسن صفری \*

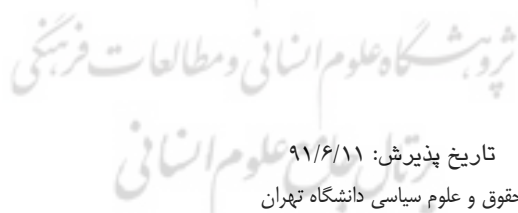
رضا زهروی \*

#### چکیده:

در عرصه سیاست جنایی نوین جرم‌زدایی و کیفرزدایی به گونه‌ای اجتناب‌ناپذیر مطرح گردیده، با توجه به تورم جمعیت کیفری بسیار حائز اهمیت شده و ابعاد مختلف خود را جهت بررسی‌های دقیق و پژوهش‌های مقارنه‌ای عرضه می‌دارد. بر این پایه نویسندگان در این مقاله کوشیده‌اند ضمن مطالعه مقارنه‌ای برخی مصادیق کیفرزدایی در اندیشه فیض کاشانی و تطبیق با قانون موضوعه زوایایی از آن را در دو گستره ثبوتی و اثباتی ترسیم نمایند؛ به گونه‌ای که در پایان علاوه بر اشاره به نظر مخالف ادعای کیفرزدایی در خصوص اندیشه این فقیه امامیه، اساساً روش ارایه چنین ادعاهایی نیز نقد و تحلیل گردد.

**کلید واژه‌ها:** کیفرزدایی، سیاست جنایی، جرم‌شناسی، فیض کاشانی، حقوق کیفری اسلامی، جرم‌زدایی،

تورم جمعیت کیفری.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
تاریخ پذیرش: ۹۱/۶/۱۱

۱- تاریخ وصول: ۸۹/۱۱/۴ تاریخ پذیرش: ۹۱/۶/۱۱  
\* استادیار حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران  
\*\* دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تهران و مدرس حوزه و دانشگاه rezazahravi@ut.ac.ir

## ۱- مقدمه

سیاست جنایی ترکیبی اضافی است نه وصفی که مفهوم مضیق معادل حقوق کیفری را پشت سر گذاشته و در مفهوم موسعی که علاوه بر مفهوم سنتی «حقوق کیفری»، حواص سوریب و عمی در قلمرو هنجار انگاری و پاسخ دهی را منعکس نموده و همچنان رو به گسترش است (حسینی، ۱۳۸۳، ۲۱ و ۲۲).

در عرصه سیاست جنایی مطالعات علمی و مبتنی بر نظریات علوم جرم‌شناسی به عنوان دانش مطالعه ماهیت، گستره، علت و کنترل رفتار کیفری (سیگل، ۱۹۹۷، ۵۵۴) دائماً نظریات تازه ارائه می‌شود؛ لذا شاهد آن هستیم که نظریه دفاع اجتماعی نوین، عدالت ترمیمی<sup>۱</sup>، برچسب‌زنی<sup>۲</sup>، مجازات‌های بینابین<sup>۳</sup> و امثال آن و کاربرد واژگانی از قبیل جرم‌زدایی<sup>۴</sup> و کیفرزدایی<sup>۵</sup> بگونه‌ای اجتناب‌ناپذیر ظهور می‌نماید که با توجه به تورم جمعیت کیفری (افزایش محکومان به مجازات خصوصاً زندانیان) که خود بسیار حائز اهمیت گردیده است و می‌تواند معلول عوامل تقنینی، قضایی یا اجرایی باشد (زهروی، ۱۳۸۶، ۱۶۲-۱۷۵) ابعاد مختلف خود را جهت بررسی‌های دقیق و پژوهش‌های مقارنه‌ای عرضه می‌دارند. در همین راستا کیفرزدایی یعنی فرایندهایی که در جهت رهایی بخشی یک یا چند شخص در معرض مجازات، از تحمل کیفر می‌باشد و شامل انواع کیفرزدایی قانون‌گذارانه، کیفرزدایی قضایی و کیفرزدایی توسط بزه- دیده و جامعه محلی می‌شود (آنسل، ۱۳۷۵، ۱۰۵).

کیفرزدایی قانون‌گذارانه، شفافترین نوع کیفرزدایی به نظر می‌رسد که گاه با اقداماتی همچون افزودن قید یا قیودی به عناصر سازنده جرم، تأکید مضاعف بر اصل برائت و آثار آن که گاه سبب خروج

## 1- restorative justice

۲- Labeling theory که در یک تعریف کوتاه جرم‌انگاری افراطی را در سطح جامع به عنوان انگ و برچسبی که خود عامل جرایم بیشتر و نتایج سوء می‌شود طرح می‌نماید؛ برای مطالعه در این زمینه می‌توانید بنگرید به نجفی ابرنآبادی دانشنامه جرم‌شناسی، ۳۴ به بعد

۳- نظریه مجازات‌های بینابین در یک تعریف مختصر به تجویز مجازات‌هایی که به لحاظ ماهیت بین کیفر و تنبیه انتظامی یا برخورد مردمی هستند اطلاق می‌گردد. برای مطالعه انواع آن بنگرید به آشوری، مجازات‌های جایگزین یا مجازات‌های بینابین، ۹۴.

## 4- decriminalization

## 5- depenalization

از ضوابط استناد به یک اصل عملی نیز شده و آثاری غیر واقعی برای آن فرض گردیده است (آشوری، ۱۳۸۳، ۳۴۸؛ شاملو، ۱۳۸۳، ۳۶۵) و یا مقابله با اماره مجرمیت یا گسترش آن، تبدیل عنوان یک عمل مجرمانه از جنایت به جنحه یا خلاف و گاه با قضازدایی و جایگزینی برخوردهای مدنی، ادواری، تربیتی و به‌ویژه اجتماعی با متهم به‌جای برخورد کیفری، صورت می‌پذیرد.

از سوی دیگر کیفرزدایی به طریق قضایی آن، نتیجه کوشش مقامات قضایی همچون قاضی، دادستان یا بازپرسی است که می‌تواند مثلاً با اقداماتی همچون صدور قرار تعویق تعقیب به‌گونه‌ای عمل نماید که شخص مورد اتهام اصلاً مجازات نگردد و یا لاقلاً مجازات خفیف‌تری را تحمل کند و نوعی کیفرزدایی نسبی را فراهم سازد؛ به این معنا که کیفر زایل شده صرفاً در مقایسه با کیفری که در صورت عدم اعمال کیفیات مخففه اختیاری قاضی، قابل درک باشد و بدون مقایسه با آن کیفرزدایی نشده زیرا مجازات مخفف همچنان اعمال می‌شود. اندیشمندان مغرب زمین به‌ویژه اندیشمندان لائیک غالباً کیفرزدایی، جرم‌زدایی، جرم انگاری یا کیفرانگاری جدید را که بخواهد صورت گیرد با یک محور می‌سنجند و آن محور صرفاً نظم اجتماعی است؛ نظم اجتماعی از این منظر یگانه ارزش شایسته ملاحظه است که می‌توان بر مدار آن جرم تازه‌ای را مطرح کرد و یا برعکس جرمی قدیمی را زاید شمرد و به اصطلاح جرم‌زدایی کرد مانند آنچه مارک آنسل به عنوان جرم‌زدایی از جرایم علیه مذهب یا جرایم جنسی که با رضایت طرفین انجام می‌شود، نام می‌برد (آنسل، مرجع پیشین) یا همچون آنچه رمون گسن به صراحت به عنوان جرم‌زدایی از سقط جنین مشروط در فرانسه و خروج حیات جنین از گستره حمایت کیفری در قوانین جدید آن یاد می‌نماید (ریموندگسن، ۱۹۹۹، ۳۲-۹)؛ در واقع در این نحوه نگرش ارزش دیگری جز نظم اجتماعی قابلیت چنین کاری را ندارد؛ نظم اجتماعی ارزشی که عبارت است از نظمی که به تبع نگرش و عملکرد اجتماع ترسیم می‌شود و با تحول عملکرد و برخوردهای ناشی از فعل‌ها و ترک فعل‌های اشخاص، تحول و تغییر می‌پذیرد و به همین جهت وصف «کاملاً نسبی بودن» در مورد نظم اجتماعی مکرراً بکار می‌رود (اردبیلی، ۱۳۸۲، ۲۲). نظم اجتماعی در نگاه غالب اندیشمندان

1-Reymond Gassin Le crime existe t il? 1999. Factulte dedroit et de science politique. presses Universitaires d AIX. Marseille.vol.XII. 9-32

زیرا از منظر لایسیسته متافیزیکی که در امور غیر فردی مؤثر باشد اساساً فرض نمی‌شود که بخواهیم بسنجیم نظم کنونی با آن مطابق است یا خیر

غربی مساوی است با نظم متأثر و حاصل از نحوه عملکرد اجتماع به عنوان یگانه ارزش شایسته ملاک قرارداد جهت کیفرزدایی، جرم‌زدایی، جرم‌انگاری یا کیفرانگاری تازه و چون عملکرد اجتماع ممکن است به واسطه تبعیت افراد از هوی و هوس و حرص و شهوت و شهرت‌طلبی و ... تغییر کند، نظم اجتماعی نیز پیوسته در تغییر و تحول است و تغییر تحول نظم اجتماعی مقتضی آن است که فهرست جرایم دگرگون شود؛ خواه نظم اجتماعی تازه و نوپدید مطابق ارزش‌های ثابت الهی و فطری باشد خواه نباشد.

فیض کاشانی محدث، به عنوان یک فقیه برجسته، مایه فخر و مباهات مذهب امامیه هر چند عناوینی همچون سیاست جنایی یا کیفرزدایی را صریحاً استعمال ننموده است لکن این امر هرگز مانع آن نخواهد بود که اکنون آراء این اندیشمندگرا نمایه از منظر ضوابط و معیارهای تئوری‌های نوین مورد بررسی و واکاوی قرار گیرد.

بر این اساس در این نوشتار با نگاهی مقارنه‌ای نسبت به کیفرزدایی در آراء فیض کاشانی و مقایسه آن با قانون موضوعه برخی مصادیق آراء ایشان را از منظر کیفرزدایی به ترتیب نخست با کیفرزدایی با محدود سازی ادله اثبات زنا بررسی می‌نماییم، سپس کیفرزدایی با توسعه گستره شبهه از منظر فیض و قانون موضوعه مقایسه می‌گردد؛ کیفرزدایی از طریق تخفیف در مجازات امر به قتل در آرای فیض نسبت به قانون کنونی مجازات عنوان بخش بعد می‌باشد که با بخش کیفرزدایی با تفصیل فیض در مجازات محارب تکمیل می‌گردد؛ کیفرزدایی با تحکیم برخی حقوق متهم نیز بیانگر نوعی کیفرزدایی در منظر این اندیشمند حقوق اسلام است که در ادامه مقاله تبیین می‌گردد، از سوی دیگر قبل از نتیجه‌گیری نهایی لازم است برخلاف موارد پیشین که مصادیقی از کیفرزدایی در آرای فیض کاشانی ملاحظه شد، حداقل به یک مصداق هم که به نتیجه متفاوتی در مقایسه قانون موضوعه با رأی فیض منجر می‌شود، اشاره گردد تا نتیجه‌گیری صحیح و بر پایه نگرشی جامع باشد زیرا گاه سنجش قانون موضوعه با رأی فیض کاشانی بیانگر سیاست کیفرزدایی بیشتر در نگرش فیض کاشانی است به همین دلیل کیفرزدایی با توسعه گستره محاربه نسبت به قانون موضوعه کنونی ایران مبحث نهایی مقاله را تشکیل می‌دهد؛ در پایان نتایج مباحث تبیین شده تقدیم می‌گردد.

## ۲- کیفرزدایی با محدودسازی ادله اثبات زنا

سیاست جنایی نظام کیفری در دو گستره متفاوت و قابل تمایز اما در عین حال مؤثر بر یکدیگر

قابل ملاحظه است؛ یک گستره ثبوتی و یک گستره اثباتی و همانطور که مطالعه ابعاد و زوایای گستره اثباتی آموزه کیفرزدایی چنانچه بدون توجه به زوایای گستره ثبوتی آن صورت گیرد؛ نگاه ما جامع صحیح نخواهد بود؛ برعکس پژوهش و بررسی ابعاد ثبوتی نیز بدون بذل توجه و ملاحظه دقیق زوایای اثباتی نادرست است و نتایج بررسی و تحلیل را فاقد وجهت معتبر علمی می‌گرداند؛ بدین‌سان هرچند کیفرزدایی در وهله نخستین در گستره ثبوتی به منصفه ظهور و بروز می‌یابد اما چنانکه در مقدمه مقاله اشاره گردید این آموزه منحصر به حوزه ثبوتی نیست و در گستره اثباتی نیز می‌تواند دارای زوایای قابل ملاحظه‌ای تلقی گردد و نگاه ما جامع نیازمند توجه به این حوزه نیز می‌باشد.

بر این پایه چنانکه می‌دانیم بر اساس فصل دوم باب نخست کتاب حدود قانون مجازات اسلامی کنونی، شهادت دو مرد عادل به همراه چهار زن عادل سبب اثبات زنایی که موجب حد جلد می‌باشد- یعنی زناي مرد و زنی که واجد شرایط احصان نیستند- می‌گردد(ماده ۸۳ قانون مجازات اسلامی) بر این اساس هرچند این ماده سیاست جنایی حاکم بر اثبات این جرم را دارای شرایط متعدد و نسبتاً دشواری مقرر داشته است زیرا جرم موضوع شهادت از زمره جرایمی نیست که جز در موارد نادر در مقابل انتظار عموم واقع شود و برابر ماده ۱۵۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ - در مواردی که قاضی به شهادت شاهد به عنوان دلیل شرعی استناد می‌نماید لازم است رعایت هشت و گاه ده شرط موجود باشد؛ بلوغ شاهد، عقل شاهد، ایمان شاهد، طهارت مولد شاهد، عدالت شاهد، عدم وجود انتفاع شخصی برای شاهد یا رفع ضرر از وی، عدم وجود دشمنی دنیوی بین شاهد و طرفین دعوا، عدم اشتغال به تکدی یا ولگردی شاهد، عدم سابقه فسق یا اشتهار به فساد شاهد<sup>۱</sup> از جمله این شرایطند که با اضافه کردن مهمترین شرط شهادت در فقه امامیه(عن حس بودن شهادت) که متأسفانه در این ماده قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸ که به صراحت در مقام احصاء شرایط شهادت به عنوان دلیل بوده ذکر نشده است اما بنا بر اجماع همه فقهای امامیه لازم است و در مواد پراکنده دیگر قانونی نیز گاه موجود است، در نهایت سیاست جنایی تحدید سختگیرانه حاکم بر اثبات این جرم را مسلم می‌گرداند.

۱. با این وجود این موضوع از منظر فیض کاشانی به گونه‌ای دیگر است و شرط افزون‌تری را

۱- مگر با احراز تغییر در اعمال او در اثر توبه و اطمینان از صلاحیت و عدالت وی(تبصره ۳ ماده ۱۵۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۱۳۷۸/۶/۲۸)

دارد که در نتیجه می‌تواند در گستره اثباتی این جرم تضییق بیشتری را فراهم نموده و کیفرزدایی را در مرحله اثباتی فراهم آورد؛ براین پایه این فقیه بزرگ شیعه، اثبات زناى شخص محصن را با شهادت چهار مرد عادل ممکن می‌شمارد<sup>۱</sup> و اثبات زناى غیر محصن را نیز هر چند که مجازات آن صرفاً تازیانه باشد با شهادت دو مرد و چهار زن عادل قابل اثبات نمی‌داند<sup>۲</sup> و بنابراین در مقایسه با قانون مجازات کنونی ایران از جنبه کیفرزدایی افزون‌تری بهره‌مند است و به عبارت دیگر اگر اعمال چنین نظری در قالب قانون موضوعه درآید و رأی ایشان مبنای شرایط اثبات زنا قرار گیرد، قطعاً می‌تواند نتایج مؤثرتری را در سیاست کیفرزدایی به دنبال داشته باشد، سیاست جنایی که با تضییق گستره اثباتی جرم طریق اعمال کیفر را با تعامل اشاره‌شده در تعامل دو گستره اثبات و ثبوت به وضوح قابل ملاحظه است.

با این حال به نظر می‌رسد هرچند در این گستره جلوه بیشتری از کیفرزدایی در موضع فیض کاشانی قابل استنباط است اما برای تثبیت این موضع برای این فقیه در مقایسه با قانون موضوعه باید موارد دیگری از موضع‌های ایشان ملاحظه شود و الا با دلایل نقضی استدلال ارائه‌شده قابل خدشه و بی‌پایه فرض می‌گردد و نتیجه‌گیری انجام‌شده فاقد جامعیت لازم در پژوهش خواهد بود.

### ۳- کیفرزدایی با توسعه گستره‌ی شبهه

۱. با توجه به اصل برائت به عنوانی اصلی پذیرفته‌شده در حقوق اسلام<sup>۳</sup>، ایران و بلکه در جهان حقوقی امروز<sup>۴</sup> طبیعی است که قانون مجازات اسلامی و هم فقهای امامیه<sup>۵</sup> و حقوقدانان در موارد متعددی حکم به عدم مجازات مرتکب را به وجود شبهه مستند می‌نمایند و در کنار آن قواعد متعددی را بر محور شبهه طرح می‌نمایند که در گستره کیفری و خصوصاً کیفرزدایی قاعده درء شاخص‌ترین آنها به

۱- شهید علیه اربعه شهود عیاناً. رک: فیض کاشانی، النخبه فی حکم العمليه و الاحکام الشرعيه، ۵۲.  
 ۲- به عبارت دقیق‌تر اثبات چنین زناى را با شهادت دو مرد و چهار زن قول نادر و بدون دلیل شمرده است. رک: فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ۶۵.  
 ۳- بنگرید به انصاری، فراید الاصول، ۴ الی ۱۱۰؛ فیض کاشانی، الاصول الاصلیه، ۱۸.  
 ۴- می‌توان در این خصوص به عنوان نمونه اصل برائت در اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی را مورد اشاره قرار داد بنگرید به. article 66 of Rome Statute of the International Criminal Court, Text of the Rome Statute circulated as document A/CONF  
 ۵- برای تفصیل بیشتر در این خصوص بنگرید به صدوق، من لایحضره الفقیه، ۷۴ و طوسی، المبسوط فی فقه الامامیه، ۷، ۹۷ و حلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۹۳۳، شهید ثانی، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، ۳۵۹ و نجفی، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ۴۱، ۷۴ و فیض کاشانی، النخبه فی حکم العمليه و الاحکام الشرعيه، ۵۴.

شمار می‌آید؛ بنابر پژوهش‌های اخیر اثبات گردیده قاعده درء به عنوان قاعده‌ای مستقل به گونه‌ای دقیق کیفرزدایی می‌کند، و براین پایه شبهه‌ی قاعده درء عبارت است از «یقین یا دلیل معتبر مرتکب به جازیه بودن عمل خود» و سایر تردیدها مثل تردید در اصل وقوع جرم که می‌تواند در قالب دیگر اصول و قواعد همچون اصل برائت بگنجد از گستره قاعده درء بیرون است زیرا در هنگام تردید در وقوع جرم یا انتساب آن به متهم، اصل برائت در دسترس است و این امر در کنار اصل قانونی بودن جرم و مجازات که از جمله اصول مشترک حاکم بر مجازات‌ها و اقدامات تأمینی می‌باشند (رها می، ۱۳۸۱، ۳۳). بهترین مستند حکم تبرئه متهم می‌باشند و نه قاعده درء؛ چرا که اساساً در این‌گونه موارد، با وجود اصل برائت نیازی به استناد به قاعده درء نیست و قاعده درء به عنوان قاعده‌ای مستقل هنگامی سبب سقوط مجازات تلقی می‌گردد که مقتضی مجازات که همان احراز وقوع جرم و انتساب آن به متهم است، وجود داشته باشد و بخواهیم به واسطه ناآگاهی متهم به حکم یا موضوع، مجازات را ساقط کنیم و به عبارت دیگر موضوع قاعده درء به گونه‌ای است که حقیقتاً مانع اجرای مجازات می‌شود و بنابراین شبهه قاعده درء با مفهوم گفته‌شده با هریک از اقسام متعدد شبهه در نظام حقوق ایران - که در قالب شبهه در عناصر قانونی، مادی و روانی و در فقه در شکل شبهه‌ی مصادیقی، مفهومی و حکمی مطرح است - تعامل قابل طرح و خاصی را دارا است و رابطه شبهه قاعده‌ی درء با سایر شبهه‌های حقوق موضوعه، رابطه‌ای عموم و خصوص من وجه است بگونه‌ای که جریان این قاعده در مورد هر یک منوط به احراز ضابطه شبهه‌ی آن می‌باشد؛ اما شبهه در نظر فیض کاشانی صرفنظر از موارد اشاره‌شده، شامل موارد دیگر نیز می‌گردد و یکی از مواردی که فیض کاشانی به طور منحصر به فرد و شگفت‌آوری دارنده حد بیفزاید وجود دارد که قانون مجازات اسلامی هرگز از آن سخن به میان نیاورده است؛ فیض کاشانی در مسأله زنا ذیل مسأله «آنچه به واسطه آن زنا تحقق می‌یابد» می‌گوید بنابر اصح امکان اکراه

۱- با این همه، تهافت موجود در بیان منظور از قاعده‌ی درء، در آراء، لزوم صدور رأی وحدت رویه را آشکار می‌نماید برای مطالعه تفصیلی در این خصوص و همچنین مقایسه تطبیقی جنبه‌های نظری ملاک تأثیرگذاری شبهه قاعده درء در فقه امامیه با چگونگی تأثیرگذاری اقسام متعدد اشتباه در حقوق انگلستان بنگرید به (صفری و زهروی، ۱۳۸۸، ۱۹۳ الی ۲۱۳) نتیجه این پژوهش بیانگر این است که از یکسو حقوق انگلستان تأثیرگذاری شبهه بر عدم مسؤولیت مرتکب را تحت برخی شرایط و نحوه تعلق آن نه به نحو موضوعی (آنگونه که در قاعده درء طرح گردیده) بلکه به شکل طریقی پذیرفته است و از سوی دیگر در بخش مقایسه آن با شبهه موضوعی و حکمی متعلق به اقسام جرائم در این نظام حقوقی وجه اشتراک صرفاً در اصل پذیرش تأثیرگذاری اشتباه قابل ترسیم است لیکن وجه افتراق آن که به تبع گستره وسیع‌تر آن محور اصلی این تعامل محسوب می‌شود در هریک از اقسام به دقت و منحصر به فرد است.

در حق فاعل زنا نیز همچون مفعول زنا باید پذیرفته شود.<sup>۱</sup> این نگرش فیض به گستره شبهه با لحاظ ابعاد اشاره شده بر آن در قاعده درء و اصول عملیه همچون اصل برائت مؤید کیفرزدایی مورد بحث است.

#### ۴- کیفرزدایی با تخفیف در مجازات آمر به قتل

چنان‌که مبرهن است در یک تبیین کلی عوامل رافع مسؤولیت به دو قسم تقسیم می‌شوند و در واقع رفع مجازات گاه حکمی است و گاه موضوعی؛ رفع موضوعی آن است که عمل در نتیجه یک عامل دیگر از موضوعات مجرمانه نباشد و به تعبیر دیگر عملی جایز باشد و مثال بارز آن قتلی است که در مقام دفاع مشروع واقع می‌شود، در مقابل رفع حکمی آن است که با وجود بقاء عنوان جرم اما مجرم به دلایلی همچون صغیر بودن یا مجنون بودن از حکم مجازات رهایی می‌یابد (حائری شاه‌باغ، بی‌تا، ۴۰)؛ در اینجا صرف‌نظر از بحث پیرامون اینکه اکراه را جزء کدام یک از دو قسم فوق به شمار آوریم و شرایط متعددی برای پذیرش اکراه همچون عادتاً قابل تحمل نبودن و ... را برشماریم (قبله‌ای خویی، ۱۳۸۰، ۱۴ و ۱۵) کفایت یادآور شویم با توجه به اینکه بر اساس فصل دوم باب نخست کتاب سوم قانون مجازات اسلامی حکم اکراه در قتل و یا دستور به قتل دیگری را مشخص نموده و بیان داشته که ابدأ مجوز قتل نیست و بنابر این اگر کسی دیگری را وادار به قتل کند یا دستور به قتل رساندن دیگری را بدهد مرتکب قصاص می‌شود و اکراه‌کننده و آمر، به حبس ابد محکوم می‌گردند؛ همچنین اگر اکراه‌شونده طفل غیر ممیز یا مجنون باشد فقط اکراه‌کننده محکوم به قصاص است و اگر اکراه‌شونده طفل ممیز باشد نباید قصاص شود بلکه باید عاقله او دیه را بپردازد و اکراه‌کننده نیز به حبس ابد محکوم است. واضح است که موضع قانون مجازات اسلامی کنونی و اینکه دستوردهنده به قتل دیگری محکوم به حبس ابد می‌شود. در مقایسه با نظر فیض کاشانی که بدون آنکه از صدور حکم حبس ابد برای دستوردهنده به قتل اجتناب نماید نظر محقق حلی را که در این موضوع توقف نموده به نوعی تقویت می‌نماید<sup>۲</sup> از جنبه کیفرزدایی افزون‌تری بهره‌مند است زیرا چنانکه اشاره گردید قانون مجازات اسلامی حتی غیر اکراه‌کننده

۱- این نظر در کشورهای غیر مسلمان نیز گاه پذیرفته شده است. بنگرید به Eftekhar, 2001, 77 و Martin ma., 1997 ps156,155

۲- و یظهر من المحقق التوقف فیه، و لعله لعدم العامل به. رک فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ۱۱۳



که صرفاً دستور به قتل داده مشمول حبس ابد می‌داند(آقایی‌نیا، ۱۳۸۶، ۱۳۴).

## ۵- کیفرزدایی با تفصیل در مجازات محارب

محاربه بنا بر تعریف قانون مجازات اسلامی عبارت است از دست به اسلحه بردن برای ایجاد رعب و هراس و سلب آزادی و امنیت مردم(ماده ۱۸۳ قانون مجازات اسلامی)، این موضوع به لحاظ تعریف پدیده جنایی با ابعاد و زوایایی که دارد دقیقاً با نظر فیض برابر نیست اما به لحاظ مجازات و نحوه مجازات نیز می‌توان نگرش متفاوتی را در سنجش دیدگاه فیض کاشانی با قانون مجازات کنونی ملاحظه نمود؛ زیرا قانون مجازات اسلامی در فصل سوم از باب هفتم خود که به مجازات محارب اختصاص داده است به صراحت مقرر می‌دارد که حد محاربه و افساد فی‌الارض یکی از چهار چیز است: ۱- قتل ۲- آویختن به دار ۳- اول قطع دست راست و سپس پای چپ ۴- نفی بلد و انتخاب هر یک از این امور چهارگانه به اختیار قاضی است خواه محارب کسی را کشته یا مجروح کرده یا مال او را گرفته باشد و خواه هیچ یک از این کارها را انجام نداده باشد. اما فیض کاشانی معتقد است همیشه مجازات آن قتل یا آویختن به دار و یا قطع دست راست یا نفی بلد نمی‌داند بلکه بر این باور است که باید برای مجازات نمودن محاربین میان انواع محارب قائل به تفصیل گردیم؛ بر این پایه ایشان بر آن است که چنانچه محارب مرتد نیست نباید مجازات‌های چهارگانه فوق‌الذکر به وی تحمیل شود بلکه صرفاً می‌تواند مورد تعزیر واقع شود<sup>۱</sup> امری که ابدأ در قانون مجازات اسلامی مطرح نیست و در نتیجه کیفر ردایی بیشتری را در منظر فیض کاشانی می‌توان شاهد بود.

۱. در هر حال چنانچه می‌دانیم اصل مجازات‌های محارب از قرآن کریم آمده است و خداوند حکیم می‌فرماید: «انما جزاء الذین یحاربون الله و رسوله و یسعون فی الارض فسادا ان یقتلوا او یصلبوا او تقطع ایدیهم و ارجلهم من خلاف او ینفو من الارض ذلک لهم خزی فی الدنیا و لهم فی الآخرة عذاب الیم»(مائده، ۳۳) و اصلی‌ترین مستند شرعی آن همین آیات محسوب می‌گردد و برای مشمول آیه شدن، کافر یا مشرک بودن محاربین ابدأ شرط نیست<sup>۲</sup>. با این حال مرحوم فیض کاشانی در تفسیر

۱- و اما اذا كان جانیاً مسلماً غیر مرتد عن الدین فانما یعاقبه الامام علی نحو جنایتہ. رک فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ۱۱۳  
 ۲- برای مطالعه شرایط و گستره آیه مذکور بنگرید به میر محمد صادقی، حقوق جزای اختصاصی (۳) جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی،

صافی خود نیز به روایاتی در ذیل آیه مربوطه اشاره کرده است که دلالت می‌کند بر اینکه انتخاب هر یک از مجازات‌های چهارگانه گفته‌شده بر حسب نوع افعال ارتكابی مرتکب جرم می‌باشد<sup>۱</sup> و اساساً در کیفر محارب میان فقها اختلاف است و گروهی آن را تخیری بین چهار کیفر مذکور دانسته‌اند که ظاهر آیه نیز به آن دلالت دارد و گروهی قائل به ترتیب و تفصیل شده‌اند و تخیر را رد نموده‌اند (فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ۳۲۵).

## ۶- کیفرزدایی با تحکیم حقوق متهم

بر خلاف بسیاری از جوامع و ملل که مدت‌ها حقوقی تنظیم شده و منضبط برای متهم لحاظ نمی‌نمودند، حقوق اسلام از قرن‌ها پیش حقوق همه اشخاص ولو متهم و مجرم بلکه حیوانات را نیز در نظر گرفته است<sup>۲</sup> و چنانکه می‌دانیم از اساسی‌ترین حقوق متهم<sup>۳</sup> در یک دادرسی عادلانه حق متهم به سکوت شمرده شده است<sup>۴</sup> همانطور که اشاره شد کیفرزدایی به طریق قضایی آن، نتیجه کوشش مقامات قضایی همچون قاضی، دادستان یا بازپرسی است که می‌تواند به‌گونه‌ای عمل نماید که شخص مورد اتهام اصلاً مجازات نگردد مثلاً با اقداماتی همچون صدور قرار تعلیق تعقیب و یا حداقل مجازات خفیف-تری را تحمل کند (کیفرزدایی نسبی)؛ در همین راستا احترام قضات به سکوت متهم ابعاد مختلفی را می‌یابد که پذیرش آن به ویژه در برخی مراحل دادرسی می‌تواند تأثیر بسزایی در سرنوشت متهم ایفا نماید و او را از مجازات‌رهای دهد و زمینه کیفرزدایی را فراهم نماید یا برعکس، زمینه آن را صعب و دشوار نماید و متهم را برای تحمل کیفر مهیا نماید؛ صرف‌نظر از اینکه متهم در کدامیک از مراحل دادرسی می‌تواند از حق سکوت خویش بهره‌مند گردد و الزام قانون‌گذار برای قاضی در خصوص وظیفه شکست سکوت وی در نظام‌های حقوقی دیگر چطور است، اما عدم الزام قضات به تلاش برای شکستن سکوت متهم آن هم در برخی مراحل حساس دادرسی، مرحله‌ای که متهم به جرم خود تا حدودی کرده

۱- برای مطالعه روایات متعدد مورد استشهاد فیض کاشانی بنگرید به فیض کاشانی، الصافی فی تفسیر القرآن، ۴۳۸

۲- البته در این موضوع در اروپای قرن اخیر نیز، حرکاتی درباره حمایت از حیوانات مشاهده می‌شود که مستند به عاطفه محض است و از انگیزه اصیل حقوقی برخوردار نمی‌باشد بنگرید به جعفری، رسائل فقهی، ۱۱۵ تا ۱۲۲

۳- برای دیدن اهمیت و آثار حقوق متهم بنگرید به محقق داماد، قواعد فقه، ۴، ۷

۴- حق سکوت هنوز در کنوانسیون‌های بین‌المللی حقوق بشر هم به صراحت نیامده است و تنها در برخی آراء دیوان، بین‌المللی مورد تأیید قرار گرفته است. بنگرید به آشوری، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، ۳۴۸

است، در کمتر نظام حقوقی می‌تواند مورد حمایت قرار گیرد و لذا ردپایی از آن در قانون مجازات اسلامی کنونی ما نیز هنوز ملاحظه نمی‌شود اما همین موضوع توسط فیض کاشانی مطرح شده و ایشان در این خصوص یعنی جایی که متهم بیاناتی را ابراز نموده است که دربرگیرنده مسائلی است که می‌تواند اقرار تلقی گردد، باز هم حق سکوت وی را محترم می‌شمارد و این حق از زمره مسایلی است که در نهایت سبب کیفرزدایی از نوع کیفرزدایی قضایی است که در واقع ناشی از این است که از موجبات تحکیم این حق اساسی متهم محسوب گردد و این دقیقاً همان چیزی است که فیض کاشانی در چند قرن پیش در آراء فقهی خویش بدان اشاره نموده است؛ فیض کاشانی در مفاتیح الشرایع ضمن ممنوع شمردن اجبار شخص اقرارکننده به اینکه نوع حد را نیز بیان کند، ترک آن را مستحب می‌شمارد<sup>۱</sup> و این عدم الزام به کشف جرم بلکه بالاتر ترغیب به ترک آن به وضوح گامی جدی و عملی در سیاست جنایی کیفرزدایی قضایی در مرحله اثباتی را مسجل می‌نماید.

#### ۷- کیفرسانی با توسعه گستره محاربه

هر چند در بخش‌های قبلی مقاله به نحوه مجازات متفاوت فیض کاشانی در خصوص مبارزه با پدیده جنایی محاربه و ابعاد و زوایایی که دارد در سنجش دیدگاه وی با قانون مجازات کنونی اشاره شد و جنبه کیفرزدایی بیشتری در منظر فیض کاشانی اثبات گردید اما در خصوص اصل پدیده جنایی محاربه و گستره آن وضعیت به گونه‌ای دیگر است که قبل از نتیجه‌گیری نهایی لازم است برخلاف موارد پیشین به مصداقی هم به نتیجه متفاوتی که در مقایسه قانون موضوعه با رأی فیض کاشانی قابل استدلال است، اشاره گردد تا نتیجه‌گیری صحیح بر پایه نگاهی جامع و در نظر گرفتن جوانب مختلف آراء باشد زیرا، گاه مقایسه قانون موضوعه با رأی فیض کاشانی نیز بیانگر سیاست کیفرزدایی بیشتر در نگرش فیض کاشانی است؛ چنانکه می‌دانیم هر چند محاربه در کنار افساد فی الارض از مهمترین جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی می‌باشد، اما به هرحال دارای عناصر متعددی است که به لحاظ حقوقی احراز یا عدم احراز هر یک از آنها دارای اهمیت حیاتی است و به عبارت روشن‌تر فقدان هر یک از عناصری که لازم شمرده می‌شود می‌تواند مرتکب را از تحمل کیفر محاربه رهایی بخشد؛ در همین

۱- ادا اقر بحد و لم یبینه لم یكلف البیان، بل استحب الاعراض عنه، بنگرید به فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ۱۰۷.

راستا به روشنی این نتیجه حاصل می‌شود که هر چه عناصر بیشتر و دشوارتری برای تحقق این جرم در نظر گرفته شود با توجه به دشوارکردن تحقق جرم، گام مؤثری در راستای سیاست کیفرزدایی تقنینی تلقی می‌شود. بر این پایه می‌توان نظر فیض کاشانی را که معتقد است داشتن قوت اخافه برای شخص مرتکب محاربه در تحقق آن اهمیتی ندارد و تحقق محاربه را مشروط به وجود این عنصر نمی‌داند هر چند قصد آن را لازم شمرده است<sup>۱</sup> و به تعبیر شناخته‌شده در حقوق کیفری کنونی سوء نیت خاص را لازم دانسته است؛ این رویکرد را می‌توان بر خلاف سیاست کیفرزدایی قانون‌گذارانه کنونی ما تلقی نمود، زیرا بر طبق قانون مجازات اسلامی قوت ترسانیدن شرط تحقق محاربه می‌باشد (تبصره یک ماده ۱۸۳ قانون مجازات اسلامی) و بدون آن جرم مورد بررسی ابداع محقق نمی‌گردد.

### ۸- نتیجه‌گیری

بر اساس آنچه در مقایسه آراء فیض کاشانی با قانون موضوعه صورت گرفت، معلوم می‌گردد اگرچه بررسی اولیه سیاست‌جنایی کیفرزدایی یا کیفرگرایی فیض با تطبیق بر قانون موضوعه ایران ممکن است بیانگر امکان تحولات جدی و جالب در جهت کیفرزدایی را نوید دهد اما یک نگرش جامع به شمار بیشتری از آرای این فقیه امامیه نشان می‌دهد از منظر سیاست کیفرزدایی تهافتی قابل ملاحظه در آراء وی قابل تحصیل است و به تعبیر دیگر از یک سو فیض در برخی مصادیق به گونه‌ای فتوا داده است که نتیجه آن در مقایسه با قانون مجازات اسلامی در تحقق سیاست کیفرزدایی موثرتر جلوه می‌نماید و از سوی دیگر شاهد فتاوی‌ای فیض در خلاف جهت کیفرزدایی هستیم تا بدانجا که به تعبیر برخی نوع «کیفرگرایی» در نظریات ایشان قابل استحصال است اما رفع این تهافت در درک ظرافت نحوه نگرش فیض به مسأله نهفته است و در واقع آنچه در این فتاوی‌ی بیش و پیش از هر چیز مدنظر ایشان بوده نه پیامدهای کیفرزدایانه این آراء است بلکه دغدغه اصلی این دانشمند متأله شیعه درک و استنباط صحیح و دقیق نظر شارع از ادله معتبر آن است؛ خواه منجر به کیفرزدایی یا عدم آن گردد؛ براین پایه کوشش برخی نویسندگان برای ابتناء این گونه تحولات صرفاً بر اساس پاره‌ای از آرای گزینشی و برگزیده یک یا چند فقیه امامیه را نمی‌توان معتبر محسوب نمود؛ راه صحیح توجه به حکمت جزایی و طریق کشف قطعی و نه صرفاً براساس ظن و گمان است.

۱- الاصح عدم اشتراط ... إذا علم منه قصد اخافه للعموم رک فیض کاشانی، مرجع پیشین، ۹۹

## فهرست منابع

- ۱- آشوری، محمد و دیگران، ۱۳۸۳، حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، چاپ اول.
- ۲- آشوری، محمد، ۱۳۸۲، مجازات‌های جایگزین یا مجازات‌های بینابین، نشر گرایش، تهران، چاپ اول.
- ۳- آنسل، مارک، ۱۳۷۵، دفاع اجتماعی، ترجمه محمد آشوری و علی حسین نجفی ابرند آبادی، نشر دانشگاه تهران، تهران، چاپ اول.
- ۴- آقایی‌نیا، حسین، ۱۳۸۶، حقوق کیفری اختصاصی جرائم علیه اشخاص (جنایات)، نشر میزان، تهران، چاپ سوم.
- ۵- اردبیلی، محمد علی، ۱۳۸۳، حقوق جزای عمومی، جلد اول و دوم، نشر میزان، تهران، چاپ هفتم.
- ۶- انصاری، مرتضی، ۱۴۲۴، فرائد الاصول، جلد دوم، مجمع الفکر الاسلامی، قم، چاپ چهارم.
- ۷- جعفری، محمدتقی، ۱۳۸۰، رسائل فقهی، انتشارات تهذیب، تهران، چاپ اول.
- ۸- حائری‌شاه باغ، علی، بی‌تا، شرح قانون مجازات عمومی، بی‌جا، نشر نقش جهان.
- ۹- حسینی، سید محمد، ۱۳۸۳، سیاست جنایی (در اسلام و جمهوری اسلامی ایران)، انتشارات سمت، تهران.
- ۱۰- رهامی، محسن، ۱۳۸۱، اقدامات تامینی و تربیتی، نشر میزان، تهران، چاپ اول.
- ۱۱- زهروی، رضا، ۱۳۸۶، بازوهای تورم جمعیت کیفری زندان‌ها بر پیکره سیاست جنایی قانون‌گذارانه (مجموعه مقالات همایش راهکارهای کاهش جمعیت کیفری زندان) با مقدمه محمد آشوری، نشر میزان، تهران.
- ۱۲- صفری، محسن و زهروی، رضا، ۱۳۸۸، مطالعه تطبیقی شبهه قاعده درء در نظام حقوق کیفری ایران، فقه امامیه و انگلستان، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران، تابستان ۸۸ شماره ۲.
- ۱۳- شاملو، باقر، ۱۳۸۳، اصل برائت کیفری در نظام‌های نوین دادرسی (مندرج در مجموعه مقالات علوم جنایی، انتشارات سمت، تهران، چاپ اول.
- ۱۴- شهید ثانی، زین الدین بن علی، بی‌تا، مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام، جلد دوم، مکتبه البصیرتی، قم.
- ۱۵- صدوق، ابی جعفر محمد بن علی بن الحسین بی بابویه القمی، ۱۴۰۴، من لایحضره الفقیه، منشورات جماعه المدرسین فی الحوزه العلمیه فی قم، جلد چهارم، چاپ دوم.
- ۱۶- طوسی، ابی جعفر بن الحسن، ۱۴۰۴، المبسوط فی فقه الامامیه. جلد هفتم. مکتب المرتضویه الاحیاء الآثار الجعفریه.

- ۱۷- صادقی، محمد هادی، ۱۳۸۲، حقوق جزای اختصاصی جرائم علیه اشخاص، نشر میزان، تهران، چاپ ششم.
- ۱۸- فیض کاشانی، محمد بن المرتضی المدعو بالحسن، ۲۵۳۶ شاهنشاهی، الصافی فی تفسیر القرآن، نشر کتابفروشی اسلامی، ج اول، تهران، چاپ پنجم.
- ۱۹- فیض کاشانی، محمد بن المرتضی المدعو بالحسن، ۱۳۴۹، الاصول الاصلیه، نشر سازمان چاپ دانشگاه، بی‌جا.
- ۲۰- فیض کاشانی، محمد بن المرتضی المدعو بالحسن، بی‌تا، الشهاب الثاقب، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت.
- ۲۱- فیض کاشانی، محمد بن المرتضی المدعو بالحسن، ۱۴۱۸، النخبه فی حکم العمليه و الاحکام الشرعیه، نشر الاعلام الاسلامی، چاپ سوم.
- ۲۲- فیض کاشانی، محمد بن المرتضی المدعو بالحسن، بی‌تا، مفاتیح الشرایع، نشر الخیام، قم.
- ۲۳- فیض، رضا، ۱۳۷۹، تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام، انتشارات امیرکبیر، تهران، چاپ سوم.
- ۲۴- قبله‌ای خویی، خلیل، ۱۳۸۰، قواعد فقه بخش جزا، تهران، سمت، چاپ اول.
- ۲۵- گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۸۱، حدود و قصاص و تعزیرات، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، چاپ اول.
- ۲۶- حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، ۱۴۰۳، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، دار الهدی، قم.
- ۲۷- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۱، قواعد فقه ۴ بخش جزایی. مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چاپ سوم.
- ۲۸- مرعشی، سید محمد حسن، ۱۳۷۶، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، نشر میزان، چاپ دوم.
- ۲۹- میر محمدصادقی، حسین، ۱۳۸۲، حقوق جزای اختصاصی (۳) جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، تهران، نشر میزان، تهران، چاپ سوم.
- ۳۰- نجفی ابرنآبادی، علی حسین، ۱۳۹۰، دانشنامه جرم‌شناسی انگلیسی-فرانسوی، انتشارات گنج دانش، تهران.
- ۳۱- نجفی، محمدحسن، بی‌تا، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ۴۱، دار احیاء التراث العربی، بیروت.
- 32- Garner, Bryan, 2000, Black's law Dictionary, 5<sup>th</sup> edition, new pocket edition-revised from A t Z, Free press.
- 33- Siegel, Larry, 1997, criminology, 6<sup>th</sup>, New York west/wads worth publishing company.