

## اختیار حاکم اسلامی در تبدیل مجازات رجم با نگاهی به نظرهای شورای نگهبان

محمد اسحاقی<sup>۱\*</sup>، سید محمدرضا امام<sup>۲\*\*</sup>، مصطفی مسعودیان<sup>۳\*\*\*</sup>

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده‌ی الهیات دانشگاه تهران، تهران، ایران

۲. دانشیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده‌ی الهیات دانشگاه تهران، تهران، ایران

۳. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۱۵

دریافت: ۱۳۹۴/۰۷/۲۸

### چکیده

مجازات رجم از جمله مجازات منصوص است که بر مشروعیت آن ادعای اجماع شده است. با وجود این، از جمله موضوعات بحث‌برانگیز در محافل علمی این است که آیا حاکم اسلامی می‌تواند در برهه‌ای از زمان، حکم به تبدیل این مجازات کند؟ ضرورت پاسخ به این پرسش زمانی بیشتر جلوه می‌کند که بدانیم امروزه در زمینه‌ی ذکر مجازات رجم در قانون مجازات اسلامی مناقشه‌های جدی صورت گرفته است؛ تا جایی که با آنکه این مجازات توسط قوه‌ی قضاییه در لایحه آورده شده بود، مجلس در مصوبه‌ی نخست خود آن را حذف کرد.

این مقاله که به روش توصیفی-تحلیلی نگاشته شده، بیانگر آن است که اولاً مقتضای اصل اولی در این مسئله، عدم جواز تبدیل مجازات رجم است؛ لکن در صورتی که حاکم اسلامی در برهه‌ای خاص، عدم اجرای آن را لازم بداند، می‌تواند به عنوان ثانوی، تا فراهم شدن زمینه‌ی اجرای این مجازات، مجازات دیگری را به‌طور موقت جایگزین آن کند؛ ثانیاً اگرچه مجلس با اصرار شورای نگهبان در نهایت، مجازات رجم و امکان تبدیل آن را در ماده‌ی ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی ذکر کرد، از آنجا که از نظر شرعی، تشخیص عدم امکان اجرای این مجازات منحصرماً از اختیارات حاکم است، واگذاری تشخیص این موضوع به قضات در این ماده قابل نقد است. از این نظر می‌توان عملکرد شورای نگهبان در تأیید نهایی این ماده را محل ایراد دانست.

**کلیدواژه‌ها:** حاکم، حکم اولیه، حکم حکومتی، شورای نگهبان، قانون مجازات اسلامی، مجازات رجم.

\*E-mail: M.eshaghi.a@ut.ac.ir

\*\*E-mail: Mremam@ut.ac.ir

\*\*\*E-mail: M.masoodian@ut.ac.ir

\*\*\* نویسنده‌ی مسئول

### مقدمه

در نظام حقوق کیفری اسلام، مجازات رجم در زمره‌ی مجازات منصوص (معین) قرار دارد؛ بدین معنا که نوع و میزان این مجازات و نیز موجب و کیفیت اجرای آن در شرع به‌طور دقیق مشخص شده است. از طرفی، در دسته‌بندی مجازات این مجازات جزء مجازات حدی است که شارع مقدس اهتمام زیادی بر اجرای آن‌ها داشته و از تعطیلی آن‌ها نهی کرده است. با وجود این از جمله مسائلی که در میان صاحب‌نظران محل اختلاف است و حتی محل استفتا از مراجع عظام تقلید نیز شده، آن است که با توجه به منصوص بودن این مجازات آیا حاکم اسلامی می‌تواند در برهه‌ای از زمان، حکم به تبدیل آن کند یا اینکه این مجازات باید در هر شرایطی با همان کیفیت منصوص اجرا شود؟ در صورت ثبوت چنین اختیاری، آیا اختیار حاکم در این خصوص را می‌توان ضابطه‌مند دانست یا خیر؟

سؤال مهم دیگری که در این‌جا مطرح می‌شود این است که رویکرد قانونگذار و نیز شورای نگهبان در خصوص مجازات رجم و امکان تبدیل آن چیست و این رویکرد تا چه حد با موازین فقهی و حقوقی انطباق دارد؟

ضرورت پاسخ به این پرسش‌ها زمانی بیشتر جلوه می‌کند که بدانیم امروزه نسبت به ذکر مجازات رجم در قانون مجازات اسلامی مناقشه‌های جدی صورت گرفته است؛ تا جایی که با آنکه این مجازات توسط قوه‌ی قضاییه در لایحه‌ی مجازات اسلامی آورده شده بود، مجلس آن را حذف کرد و حتی در تمام مواردی که در لایحه عنوان «رجم» آورده شده بود، عنوان «سلب حیات» را جایگزین آن کرد.

شایان ذکر است، عمده کتاب‌ها و مقالاتی که در این خصوص نگاشته شده اغلب در خصوص اصل مشروعیت مجازات رجم یا امکان یا عدم امکان اجرای آن در عصر غیبت است؛ لکن در مورد امکان تبدیل این مجازات توسط حاکم اسلامی و به‌ویژه، تنقیح و تبیین مبانی و ضوابط اختیار حاکم در این خصوص کمتر بحث شده است. ضمن آنکه با توجه به تصویب اخیر قانون مجازات اسلامی، مواد ناظر به موضوع مجازات رجم و نظرهای شورای نگهبان در این خصوص، تبیین و نقد و بررسی نشده است.

بر این اساس، این مقاله به روش توصیفی-تحلیلی، پس از بیان مقتضای حکم اولی و ثانوی در مسئله، مبانی و ضوابط اختیار حاکم در تبدیل مجازات رجم را بررسی کرده و در پایان، رویکرد مجلس و شورای نگهبان را در این خصوص تحلیل و ارزیابی کرده است.

## ۱. مقتضای عنوان اولی<sup>(۱)</sup>

مجازات رجم از جمله مجازاتی است که بر مشروعیت آن ادعای اجماع شده است. برای نمونه، شیخ طوسی در کتاب «خلاف» می‌نویسد: «حکم رجم مورد اتفاق جمیع فقهای اسلام، اعم از شیعه و سنی است و حکایت شده که تنها خوارج منکر آن شده‌اند و گفته‌اند: مجازات رجم در شریعت اسلام وجود ندارد؛ چون در قرآن نیامده است» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ۳۶۵). صاحب جواهر نیز معتقد است: «درباره مجازات رجم هیچ اختلافی نیافتیم بلکه اجماع به هر دو قسم آن (منقول و محصل) بر این حکم دلالت دارد» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱: ۳۱۹).

اجماع فقها و نیز سایر ادله‌ی شرعی در خصوص اثبات مشروعیت مجازات رجم - که بحث تفصیلی در مورد آن در این نوشتار نمی‌گنجد - بیانگر موضوعیت داشتن اجرای این مجازات با همان کیفیت منصوص است. از طرفی، این مجازات در تقسیم‌بندی مجازات شرعی، از جمله مجازات حدی است که شرع مقدس اسلام اهتمام زیادی بر اجرای آن‌ها دارد؛ به گونه‌ای که پیامبر اکرم (ص) اجرای یک حد را بهتر از بارش باران چهل روزه می‌داند (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸: ۱۲).

روایات بسیاری نیز وجود دارد که در آن اجرای حدود واجب شمرده شده و از تعطیل کردن آن نهی شده است. برای نمونه، حضرت علی (ع) در نامه‌ای به رفاعه می‌نویسد: «حدود را بر نزدیکان جاری کن تا دیگران از آن دوری گزینند و خون اشخاص را پایمال مساز و حدود را تعطیل نکن» (نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۸: ۸). در جایی دیگر حضرت هنگام اجرای حد زنا بر زنی که چهار بار اقرار به زنا خود کرده بود سر را به طرف آسمان بلند کرد و فرمود: «بار الها به رسالت فرمودی هر کس حدی از حدود مرا تعطیل کند با من دشمنی کرده و با این وسیله به مخالفت با من برخاسته است» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸: ۱۳).

از مجموع ادله‌ی مربوط به مشروعیت مجازات رجم و نیز نهی از تعطیل حدود چنین استفاده می‌شود که عنوان اولی در خصوص این مجازات آن است که تبدیل آن جایز نیست؛ بلکه این مجازات باید به همان کیفیت منصوص اجرا شود. بر این اساس، از آنجا که امر اقامه‌ی حدود و اجرای مجازات از شئون اختصاصی حاکم اسلامی است، ایشان به حکم اولی موظف به اجرای مجازات رجم هستند و از این حیث اختیاری نسبت به تبدیل این مجازات ندارند.

## ۲. مقتضای عنوان ثانوی

بررسی متون فقهی و نیز تتبع در روایات به‌ویژه سیره‌ی حکومتی ائمه‌ی معصومین (ع) بیانگر آن است که اگرچه ایشان نسبت به اجرای مجازات شرعی اهتمام ویژه‌ای داشته‌اند، در مواردی خاص که مصلحت اقتضا داشته است، حکم به تبدیل یا حتی تعطیل موقت برخی از

مجازات منصوص داده‌اند.<sup>(۲)</sup> در واقع، حکم ایشان در این موارد از باب عروض عنوان ثانوی بر موضوع و تزاحم ادله‌ی شرعی با یکدیگر بوده است. بر همین اساس، نمی‌توان ادله‌ی ناظر بر تعطیل موقت برخی از حدود را با ادله‌ی موضوعیت داشتن اجرای مجازات رجم و نهی از تعطیل حدود متعارض دانست؛ بلکه در جمع بین دو ادله می‌توان گفت: موضوعیت داشتن اجرای مجازات رجم و نهی از تعطیلی حدود ناظر به حکم اولی در مسئله و ادله‌ی ناظر بر تعطیل موقت برخی از حدود مربوط به حکم ثانوی در این خصوص است و هر کدام از دو حکم اولی و ثانوی در جای خود شرعاً معتبر بوده و هیچ‌گونه تعارضی بین آن دو نیست. نکته‌ی حائز اهمیت آن است که از آن‌جا که تعطیل موقت برخی از حدود به‌عنوان ثانوی مبتنی بر ادله و مبانی شرعی است، می‌توان با استخراج این مبانی امکان تبدیل مجازات رجم را در شرایطی خاص برای نایب عام ایشان نیز قابل اثبات دانست.

### ۳. مبانی اختیار حاکم در تبدیل مجازات رجم

منظور از مبانی در این قسمت، مجموعه استدلال‌ها و قواعد شرعی است که اختیار حاکم در تبدیل مجازات رجم را به‌عنوان ثانوی، توجیه و اثبات می‌کند. تقبیح و تبیین مبانی اختیار حاکم در این موضوع از آن جهت حائز اهمیت است که نشان می‌دهد، تمام تغییراتی که به اقتضای اوضاع حاکم بر زمان و مکان در برخی از احکام رخ می‌دهد، همه از ناحیه‌ی خود اسلام و به حکم شریعت است نه از ناحیه‌ی شخص حاکم؛ چه آنکه حاکم اسلامی تنها آنچه را که احکام شرعی اقتضا دارد اجرا می‌کند. بر همین اساس، در ادامه مهم‌ترین مبانی فقهی که می‌تواند مستند اختیار حاکم در تبدیل مجازات رجم قرار گیرد، بیان می‌شود.

#### ۳-۱. قاعده‌ی وجوب حفظ نظام

از جمله قواعد مهم که در حوزه‌ی فقه سیاسی کاربرد زیادی دارد، قاعده‌ی وجوب حفظ نظام است. تتبع در متون فقهی بیانگر آن است که «حفظ نظام» در معانی مختلفی استعمال شده است: این واژه گاهی به معنای حفظ نظام نوع انسانی و سامان داشتن زندگی و معیشت مردم (سیفی مازندرانی، ۱۴۳۲ق، ج ۱: ۱۳)، گاهی به معنای حفظ اساس اسلام (حر عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۳۰) و در مواردی به معنای حفظ حکومت اسلامی (خمینی، ۱۳۸۶، ج ۱۹: ۱۵۳) به‌کار رفته است. دو معنای اول به‌طور متعدد در ابواب فقهی بحث شده است، لکن بحث از حفظ نظام به معنای حفظ حکومت اسلامی، در فقه شیعه کمتر مطرح شده است؛ یکی از دلایل این موضوع نیز آن است که شیعه در طول تاریخ از حکومت دور بوده و فقه شیعه کمتر از بُعد حکومتی مورد بحث قرار گرفته است. بدیهی است حفظ حکومت اسلامی به‌خودی‌خود

موضوعیت ندارد؛ بلکه از آنجا که تشکیل حکومت مقدمه‌ی اجرای احکام الهی است و در واقع، زمینه‌ی حفظ اساس اسلام را فراهم می‌کند، حفظ آن لازم است؛ از این رو می‌توان تعبیر سوم از حفظ نظام را به‌نوعی به همان معنای دوم یعنی حفظ اصل اسلام برگرداند. بنابراین، منظور از حفظ نظام در این نوشتار، معنای اخیر آن یعنی حفظ اساس اسلام است. در همین خصوص، شهید اول می‌نویسد: «جنگ در سپاه حاکم ظالم جایز نیست مگر آنکه بیضه اسلام در معرض خطر باشد و مقصود از «بیضه اسلام»، اصل اسلام و جامعه اسلامی است» (حر عاملی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۳۰).

امام خمینی (ره) از جمله فقهای معاصری است که تصویر کاملاً روشنی از این قاعده ارائه داد و حفظ نظام را یک واجب عقلی و ضرورت شرعی معرفی کرد و تردید در آن را شایسته‌ی هیچ صاحب عقلی نشمرد (خمینی، ۱۴۲۱ق [الف]، ج ۲: ۶۲۳). وی از جمله کسانی است که در برخی از بیانات خود حفظ نظام را به معنای حفظ حکومت اسلامی دانسته است. از نظر ایشان «مسأله حفظ نظام جمهوری اسلامی در این عصر و با وضعی که در دنیا مشاهده می‌شود و با این نشانه‌گیری‌هایی که از چپ و راست و دور و نزدیک نسبت به این مولود شریف می‌شود، از اهم واجبات عقلی و شرعی است که هیچ چیز به آن مزاحمت نمی‌کند و از اموری است که احتمال خلل در آن عقلاً منجز است» (خمینی، ۱۳۸۶، ج ۱۹: ۱۵۳). ایشان در جای دیگر اظهار داشته‌اند: «اگر این جمهوری اسلامی از بین برود اسلام آنچنان منزوی خواهد شد که تا آخر ابد، مگر در زمان حضور حضرت، نتواند سرش را بلند کند» (خمینی، ۱۳۸۶، ج ۱۶: ۹۳). دقت در سخنان امام (ره) بیانگر آن است که ایشان در حقیقت، تشکیل حکومت اسلامی را مقدمه واجب و یکی از ابزارهای حفظ نظام به معنای حفظ اساس اسلام برشمرده است. ایشان در همین خصوص می‌نویسد: «اجراء احکام الهی و لزوم استمرار آن تا روز قیامت دلیل اصلی تشکیل حکومت اسلامی است و نفس این امر اقتضا می‌کند که حکومت اسلامی استمرار داشته باشد و اخلال در آن امری مبعوض و ناپسند باشد» (خمینی، ۱۴۲۱ق [الف]، ج ۲: ۶۱۹).

با توجه به اهمیت حفظ نظام، محافظت از آن جزء واجبات مسلم است و از هر چیزی که سبب اختلال آن شود، باید پرهیز کرد. بی‌تردید، قاعده‌ی حفظ نظام به این معنا به‌عنوان یک اصل حاکم بر سایر ادله‌ی احکام استفاده می‌شود و براساس آن، هر حکم ثابت اسلامی که در تراحم با آن باشد، به‌طور موقت، ملغی و به حکم ثانوی تبدیل می‌شود؛ چه آنکه در صورت حفظ نظام است که فرصت لازم برای اجرای احکام اسلام و معرفی اسلام ناب به جهان فراهم می‌شود.

بنابراین، در صورتی که بنا بر تشخیص حاکم اسلامی، در برهه‌ای از زمان، اجرای مجازات رجم موجب اخلال به اصل نظام اسلامی شود و اساس آن را تحت الشعاع قرار دهد، ایشان می‌تواند تا

فراهم شدن زمینه‌ی اجرای آن مجازات، به‌طور موقت، حکم به تبدیل آن مجازات دهد.

### ۳-۲. قاعده‌ی مصلحت

اگرچه فقهای امامیه به‌طور خاص و در بابی مستقل از قاعده‌ی مصلحت سخن نگفته‌اند، به مناسبت‌های مختلف از این قاعده به‌عنوان مبنای صدور حکم حکومتی یاد کرده‌اند. برای نمونه، شیخ طوسی در کتاب «استبصار» در خصوص جمع بین دو روایت که در یکی از آن‌ها پیامبر اکرم (ص) بر بیمار، حد زنا را به کیفیتی خاص اجرا کرد؛ بدین‌گونه که با یک خوشه درخت خرما که صد تراشه‌ی نازک بر آن بود یک ضربه بر بدن بیمار نواخت و وی را رها ساخت (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸: ۳۰ و ۳۱)، اما براساس روایتی دیگر، حضرت علی (ع) اجرای حد بر بیماران را تا بهبودی آنان به تأخیر می‌انداخت (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۸: ۲۸ و ۳۰)، چنین می‌نویسد: «میان این دو روایت با دو حدیث اول تنافی نیست؛ زیرا اقامه حد به امام واگذار شده و او با تشخیص خود حد را اجرا می‌کند؛ بدین‌سان که اگر مصلحت در اجرای آن بر بیمار در حال مرض باشد وی را به‌گونه‌ای می‌زند که از بین نرود - همان‌طورکه پیامبر خدا عمل کرد - و اگر مصلحت در تأخیر اجرای آن باشد، آن‌ها به تأخیر انداخته، حد را به‌طور کامل اجرا می‌کند» (طوسی، ۱۳۹۰ق، ج ۴: ۲۱۱).

شیخ مفید نیز در این خصوص می‌نویسد: «اگر کسی مرتکب زنا شود و توبه کند، چنانچه توبه او پیش از اقامه شهادت باشد، حد ساقط می‌شود و اگر بعد از اقامه شهادت توبه کرد، حاکم می‌تواند با رعایت مصلحت زانی و عموم مسلمانان او را عفو کند و یا حد را جاری سازد» (مفید، ۱۴۱۳ق: ۷۷۷).

در بین فقیهان معاصر، امام خمینی (ره) از جمله کسانی است که قاعده‌ی مصلحت را به‌عنوان یکی از مبانی اختیار حاکم در تعطیلی موقت احکام دانسته است و با این بیان که حکومت اسلامی شعبه‌ای از ولایت مطلقه رسول‌الله (ص) و یکی از احکام اولیه‌ی اسلام و مقدم بر تمام احکام فرعیه حتی نماز و روزه و حج است، می‌فرماید: «حاکم می‌تواند مساجد را در صورت لزوم تعطیل کند؛ حکومت می‌تواند هر امر را، چه عبادی و یا غیرعبادی که جریان آن مخالف مصالح اسلام است، از آن، مادامی که چنین است جلوگیری کند. حکومت می‌تواند از حج، که از فرایض مهم الهی است، در مواقعی که مخالف صلاح کشور اسلامی دانست موقتاً جلوگیری کند» (خمینی، ۱۳۸۶، ج ۲۰: ۴۵۱-۴۵۲). ایشان در جای دیگر با تأکید بر این نکته که اختیار حاکم در این خصوص به معنای استبداد به رأی نیست می‌نویسد: «حاکم جامعه اسلامی می‌تواند در موضوعات بنابر مصالح کلی مسلمانان یا طبق مصالح افراد حوزه حکومت

خود عمل کند؛ این اختیار هرگز استبداد به رأی نیست، بلکه در این امر، مصلحت اسلام و مسلمین منظور شده است. پس اندیشه حاکم اسلامی نیز همچون عمل او تابع مصالح اسلام و مسلمین است» (خمینی، ۴۲۱ق[الف]، ج ۲: ۴۶۱).

طبق این مبنا در صورتی که حاکم اسلامی در شرایطی خاص، اجرای مجازات رجم را بر خلاف مصلحت جامعه‌ی اسلامی بداند، می‌تواند آن مجازات را به مجازات دیگر تبدیل کند. بدیهی است حکم حاکم در این خصوص، محدود و مقید به مصلحت است و الزام ناشی از آن با پایان گرفتن شرایط مصلحت، منتفی خواهد شد. بر همین مبنا برخی مراجع عظام تقلید در پاسخ به استفتایی که در این خصوص از آنان شده است، تبدیل مجازات رجم را در شرایط کنونی جایز دانسته‌اند.<sup>(۳)</sup>

### ۳-۳. قاعده‌ی لاضرر

قاعده‌ی لاضرر برگرفته از حدیثی است که به طرق مختلف از علمای شیعه و اهل سنت، نقل شده است. این حدیث با تعابیر گوناگون اما مضمونی واحد، در کتاب‌های معتبر روایی آمده است. مشهورترین تعبیر، حدیثی است از رسول اکرم (ص) که در جریان نزاع شخصی به نام «سمره بن جندب» با مردی از انصار وارد شده است. سمره، به‌کرات بدون اجازه، به بهانه‌ی درخت نخلی که در حیاط خانه‌ی آن مرد داشته، موجبات اذیت و آزار او را فراهم کرده بود؛ تا اینکه بالاخره مرد انصاری به ستوه آمد و نزد پیامبر شکایت کرد. حضرت ابتدا خواستند مصالحه کنند، اما سمره از پذیرفتن پیشنهادهای پیامبر امتناع می‌ورزید. در این هنگام پیامبر فرمودند: «إِنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ وَ لَاضِرٌّ وَ لَاضِرٌّ فِي الْإِسْلَامِ» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ۲۹۴).

فقیهان و اصولیان، در مورد مفاد این قاعده، نظریه‌های بسیاری ابراز داشته‌اند، ولی امام خمینی (ره) در این زمینه، دیدگاهی ویژه دارند. از نظر ایشان، مفاد حدیث لاضرر، نهی از ایجاد ضرر است، اما نه نهی الهی، مانند نهی از شرب خمر که دلالت بر حرمت می‌کند، بلکه نهی در این‌جا، نهی سلطانی و حکومتی است که براساس ولایت مطلقه و ریاست عامه‌ی پیامبر (ص) بر کل جامعه‌ی اسلامی از ایشان صادر می‌شود. به عبارت دیگر، سخن پیامبر (ص) در این حدیث در زمره‌ی احکام حکومتی است (خمینی، ۴۱۴ق: ۱۰۵-۱۰۷). اگرچه تفسیر امام (ره) از این قاعده تناسب بیشتری با این نوشتار دارد، باید گفت این قاعده در همه‌ی قرائت‌های خود مبتنی بر دفع ضرر است. به عبارت دیگر، ضرری که در شرایطی خاص از حکم شرعی به‌وجود می‌آید، سبب رویگردانی از حکم اولیه به حکم ثانوی یا حکومتی می‌شود.

بر همین مبنا، برخی از فقهای معاصر معتقدند: هر گاه حاکم اسلامی تشخیص دهد که اجرای حد، ضرر و زیان‌هایی همچون روی گرداندن مردم از اصل اسلام را در پی دارد که هرگز شارع به آن راضی نیست، حاکم می‌تواند در این حالت از اجرای حد امتناع کند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۹ق: ۲۰۳). بنابراین، در صورتی که به تشخیص حاکم اسلامی، اجرای مجازات رجم در شرایط کنونی به هر دلیل سبب ایراد ضرر و زیان بر مردم و جامعه‌ی اسلامی می‌شود، حاکم می‌تواند تا فراهم شدن زمینه‌ی اجرای آن مجازات، حکم به تبدیل آن مجازات دهد.

### ۳-۴. قاعده‌ی لاجرح

بر اساس این قاعده، شارع مقدس در احکام خود نسبت به بندگان به اذیت و فشاری که عادتاً قابل تحمل نباشد راضی نیست؛ از این رو، در صورتی که امری خارجی یا حکم شرعی الزامی موجب عسر و حرج مکلفان شود و آن‌ها از این حیث در فشار و تنگنا قرار گیرند، به مقتضای این قاعده آن حکم برداشته می‌شود.

مقتضای این قاعده به گونه‌ای است که به امور فردی و شخصی محدود نشده و علاوه بر حوزه فردی، راهگشای مشکلات اجتماعی نیز محسوب می‌شود؛ بلکه قاعده‌ی لاجرح در این بخش از زندگی انسان گسترده و مؤثرتر است. بر همین اساس، برخی فقها به عسر و حرج در این بخش اهتمام ویژه‌ای داشته‌اند. برای نمونه، محقق اردبیلی در شرح این عبارت از کتاب ارشادالاذهان که «و للإمام و نائبه عزل جامع الشرائط لمصلحة لا مجاناً و ینعزل بموت الامام و المنوب» (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲: ۱۳۹) در خصوص انعزال حاکم در صورت فوت امام می‌نویسد: «اگر بگوئیم به صرف فوت و قبل از وصول خبر فوت از مقامش عزل می‌شود، همانا وی در این زمان احکام بسیاری صادر کرده و افرادی که حکم برای آن‌ها صادر شده متفرق شده و به شهرهای خویش بازگشته‌اند، درحالی که حکم صادره باطل بوده و عملاً امکان جبران آن نیز فراهم نیست؛ و به همین دلیل، حقوق مردم ضایع شده و اگر حکم به نقض حکم قبلی شده و به تحصیل حقوق از دست رفته آنان شود، این کار موجب حرج عظیم خواهد شد» (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۲: ۲۷).

مطابق با همین مبنا امام خمینی (ره) نیز قاعده‌ی عسر و حرج را در فرایند تبدیل حکم اولی به حکم ثانوی یا حکومتی مورد ملاحظه قرار داده و در حوزه‌ی قانونگذاری قوه‌ی مقننه نسبت به اموری که موجبات حرج نظام را فراهم می‌آورد، اظهار داشته‌اند: «... آنچه فعل یا ترک آن مستلزم حرج است، پس از تشخیص موضوع توسط اکثریت وکلای مجلس شورای اسلامی، با تصریح به موقت بودن آن، مادام که موضوع محقق است و پس از رفع موضوع،



خودبه‌خود لغو می‌شود، مجازند در تصویب و اجرای آن؛ و باید تصریح شود که هر یک از متصدیان اجرا که از حدود مقرر تجاوز نمود، مجرم شناخته می‌شود و تعقیب قانونی و تعزیر شرعی می‌شود» (خمینی، ۱۳۸۶، ج ۱۵: ۲۹۷).

ایشان در جای دیگر اجازه دادند در صورتی که اجرای حکمی موجب عسر و حرج است، از اجرای آن خودداری شود؛ از این رو در پاسخ به استفتای دادستان کل وقت<sup>(۴)</sup> فرمودند: «در مواردی که مدیر و مقام مسئول تشخیص حرج دادند، با تشخیص و تصویب اکثریت شورای عالی قضایی، دادستان کل کشور می‌تواند از اجرای حکم جلوگیری کند» (خمینی، ۱۳۸۶، ج ۱۸: ۵۲۳).

نکته‌ی شایان توجه در پاسخ امام (ره) آن است که اگرچه ایشان تشخیص نهایی مصداق حرج را به شورای عالی قضایی واگذار کردند، اصل امکان تعطیل اجرای حکم را به استناد قاعده‌ی لاجرح پذیرفته‌اند، و آلا ایشان می‌توانستند در پاسخ، اصل امکان تعطیل اجرای حکم را به بهانه‌ی حرجی بودن حکم نفی و رد کنند؛ در این صورت، شورای عالی قضایی یا هر شخص دیگر نمی‌توانست اجرای مجازات را به دلیل وجود حرج تعطیل کند. بنابراین، می‌توان گفت در صورتی که براساس تشخیص حاکم اسلامی، اجرای مجازات رجم در برهه‌ای خاص موجب حرج شدید بر مردم و نظام اسلامی شود، وی می‌تواند به استناد قاعده‌ی لاجرح، حکم را به تبدیل این مجازات کند.

#### ۴. ضوابط اختیار حاکم

برخی ادعا کرده‌اند با توجه به اینکه موضوع احکام حکومتی، مصالح عمومی و منافع ملی موقت است، لحاظ چنین ملاک‌هایی در صدور احکام حکومتی به سکولاریزه شدن بخش عمده‌ای از فقه اسلامی منجر می‌شود. به عبارت دیگر، پذیرش معنای «مصلحت» - به عنوان مبنای حکم حاکم - مهم‌ترین ابزاری است که فقه شیعی را به سرعت عرفی می‌کند (صالح‌پور، ۱۳۷۴: ۲۰-۲۳).

به نظر می‌رسد این ایرادها تنها در صورتی وارد است که حکم حاکم به صورت سلیقه‌ای و بدون ضابطه و معیار شرعی باشد؛ حال آنکه مصلحت‌سنجی حاکم تابع معیارها و ضوابطی است که جز در سایه‌ی آن ضوابط، حکم حاکم اعتباری نخواهد داشت. از این رو، کسانی که نتیجه‌ی مصلحت‌اندیشی حاکم را به معنای عرفی شدن دین دانسته‌اند، تصویر صحیحی از آن نداشته و برای تشخیص حاکم ضوابطی قائل نبوده و مصلحت‌سنجی‌های روزمره‌ی مردم را پایه‌ی صدور احکام حکومتی دانسته‌اند.

بنابراین، از آنجا که تبیین ضوابط برای مصلحت‌سنجی حاکم، ضمن آنکه بیانگر گستره و محدوده‌ی آن است، پاسخی مناسب بر شبهات مطرح در این خصوص به حساب می‌آید، در

این قسمت فقط به منظور تأکید بر لزوم ضابطه‌مند بودن مصلحت‌سنجی حاکم تنها به مهم‌ترین ضوابط در این خصوص اشاره خواهد شد.

#### ۴-۱. موافقت با اهداف و مقاصد شریعت

از نظر فقهای امامیه، مصالحی که تشخیص آن‌ها به حاکم اسلامی واگذار شده، مصالحی است که در مرحله‌ی اجرای حکم شرع و تعیین مصادیق احکام و قواعد کلی شرعی مطرح می‌شود (صرامی، ۱۳۷۴، ج ۷: ۳۵۶). بنابراین، مهم‌ترین ضابطه در مصلحت‌سنجی حاکم آن است که آن مصالح همسو با اهداف و مقاصد شریعت باشد؛ در غیر این صورت، آن مصلحت اعتباری ندارد. بر همین مبنا شیخ طوسی، روابط و چگونگی قرارداد با اهل ذمه را بر عهده‌ی حاکم اسلامی دانسته است و در عین حال، آن را مقید به رعایت اهداف و مقاصد شریعت کرده است؛ به گونه‌ای که مصلحت‌اندیشی در این خصوص، در صورتی که با غایات و مقاصد شریعت در تضاد باشد، از اعتبار خارج بوده و طبیعتاً قراردادی که براساس آن تنظیم شده است نیز از اعتبار خارج خواهد بود (طوسی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۵۲).

به‌طور خلاصه مقاصد شریعت به آن دسته از اصول و ارزش‌هایی اطلاق می‌شود که چشم‌پوشی از آن به هیچ عنوان روا نیست و در حقیقت، همان اهداف کلی دین محسوب می‌شوند (عمید زنجانی، ۱۳۸۴: ۳۳۹). برای مثال، حکم زنا‌ی محصنه، رجم است و اصول و ارزش‌ها در این مورد عبارت است از: تعفّف، احسان و پاکدامنی و حفظ نسل و نسب. هرچند ممکن است به دلیل مصلحت یا ضرورت، به تشخیص حاکم اسلامی، مجازات رجم به‌طور موقت اجرا نشود، اما نمی‌توان از ارزش‌ها و اصول در خصوص این جرم، چشم‌پوشی کرد؛ بدین معنا که حرمت چنین عملی باقی است و لازم است مجازات متناسب دیگری جایگزین آن شود.

#### ۴-۲. وجود ضرورت

در فقه شیعه، مصلحت‌سنجی حاکم تا زمانی که ضرورتی نباشد، نمی‌تواند مبنای حکم حکومتی قرار گیرد (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۲۰۴). برخی فقها در ضمن مباحث خود اصل ضرورت را مورد توجه قرار داده‌اند. برای نمونه، مقدس اردبیلی در مورد انتصاب افراد غیر واجد شرایط برای منصب قضا می‌نویسد: «اگر انتصاب چنین افرادی مقتضای مصلحت ضروری باشد، به گونه‌ای که جز با آن دفع مفسده نشود اشکال ندارد، لکن رجوع به چنین قضات و انفاذ حکم آنان تنها در صورت ضرورت و در حد ضرورت جایز است» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۲: ۲۳).

بنابراین، تنها در صورتی که ضرورت و شرایط اضطراری اقتضا کند که مجازات رجم به مجازات

دیگری تبدیل شود، حاکم اسلامی می‌تواند در این خصوص تصمیم‌گیری کند. البته به استناد قاعده‌ی فقهی «الضرورات تتقَدَّر بقدرها» در این موارد حکم حاکم تابع همان شرایط ضروری است؛ یعنی اولاً در شرایط اضطراری باید به قدر متیقن اکتفا شود و ثانیاً پس از رفع ضرورت، حکم اولی اجرا شود. از این رو، تبدیل مجازات رجم در این موارد به معنای نسخ مجازات زناى محصنه نیست؛ چه آنکه پس از رفع ضرورت باید حکم اولی زناى محصنه اجرا شود.

#### ۴-۳. تقدیم اهم بر مهم

یکی از اساسی‌ترین ضوابط مصلحت‌اندیشی حاکم، رعایت قاعده‌ی «اهم و مهم» است. این قاعده‌ی عقلی که مورد تأیید شریعت اسلام نیز است بدین معناست که در مواردی که دو حکم یا دو موضوع در تراحم با یکدیگر قرار می‌گیرد، به نحوی که امکان امتثال به هر دو حکم موجود نیست، عقل حکم می‌کند موضوع بااهمیت‌تر بر سایر موضوعات رجحان یابد و مطابق با آن عمل شود.

همان‌گونه که در تعریف قاعده اشاره شد، مبنا و مستند اصلی این قاعده حکم عقل است؛ از این رو، حضرت امام (ره) در این خصوص می‌نویسد: «با توجه به اینکه در موارد تراحم بین اهم و مهم، عقل حکومت دارد و به مقدم داشتن احتمال فوت اهم بر احتمال فوت مهم حکم می‌کند، لذا تشریح تقدم اهم بر مهم معنا ندارد» (خمینی، ۱۴۲۱ق [الف]، ج ۲: ۱۰۰). بنابراین کبرای کلی، تقدیم اهم بر مهم امری عقلی است و در واقع آنچه در شرع بیان شده مصادیق قاعده‌ی اهم و مهم است؛ نه اصل کبرای کلی قضیه. برای مثال در بحث تیمم، شارع «وقت» را به‌عنوان یکی از مصادیق اهم مشخص کرده که در تراحم با دیگر عذرها، وقت مقدم می‌شود (خمینی، ۱۴۲۱ق [ب]، ج ۲: ۸۷ و ۸۸). در همین زمینه، برخی از بزرگان در مقام احصای تعدادی از ملاک‌های «اهم» بودن یک دلیل نوشته‌اند: «کون أحد الواجبين أعظم خطراً أو أكثر احتراماً و أوجب حفظاً فی نظر الشارع، کالدوران بین الصلاة و بین حفظ نفس محترمه من الهلاک» (سیفی مازندرانی، ۱۴۳۲ق، ج ۴: ۵۱). بر این اساس، حاکم اسلامی نمی‌تواند به سلیقه‌ی خود دلیلی را اهم دانسته و به استناد این قاعده آن را بر دلیل دیگر مقدم کند؛ زیرا مصادیق و ملاک «اهم» بودن یک دلیل ضابطه‌مند و در شرع مشخص شده است و تقدیم یک دلیل بر دلیل دیگر باید براساس آن ملاک‌ها باشد؛ در غیر این صورت، نمی‌توان مصلحت-سنجی حاکم را مطابق با این قاعده دانست.

اگرچه فقهای امامیه به‌طور خاص و در بابی مستقل از این قاعده سخن نگفته‌اند، از عبارات برخی فقها به‌خوبی استفاده می‌شود که حاکم اسلامی باید در تصمیمات خود اهم و مهم را

به‌عنوان یک ضابطه و معیار مورد ملاحظه قرار دهد و امر اهم را بر امر مهم مقدم کند. برای نمونه، شیخ طوسی در باب «فیء و غنایم» می‌نویسد: «از زمین‌ها و عقارات، آنچه امکان انتقال آن به سرزمین‌های اسلامی وجود ندارد متعلق به مسلمین است و بر امام است که در آن‌ها نظر کند و با رعایت اهم بر مهم، درآمد آن را خرج مسلمانان کند» (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲: ۶۴).

براساس این ضابطه، زمانی مصلحت‌اندیشی حاکم در تبدیل مجازات از جمله مجازات رجم توجیه‌پذیر است که اجرای این مجازات در شرایطی خاص با یکی از قواعد شرعی مانند حفظ اصل نظام اسلامی در تزامم قرار گیرد؛ در غیر این صورت، حاکم اسلامی نسبت به تبدیل مجازات اختیاری نخواهد داشت. در واقع، مجرای قاعده‌ی تقدیم اهم بر مهم، تزامم دو حکم شرعی است نه تزامم یک حکم شرعی با اختیار حاکم؛ چه آنکه حاکم تنها آنچه را که شریعت اسلام در هر شرایطی اقتضا دارد، تشخیص می‌دهد و اجرا می‌کند.

#### ۴-۴. رعایت خبرویت

اگرچه مرجع تشخیص مصالح حکومتی، شخص حاکم اسلامی است، این امر بدین معنا نیست که ایشان در تشخیص خود از رجوع به اهل خبره بی‌نیاز است. در واقع، پیچیدگی و گستردگی مسائل در جامعه چنین اقتضا دارد که حاکم برای تشخیص موضوعات و تحولات داخلی و خارجی، نظر اهل خبره را در تصمیم‌گیری‌های خود لحاظ کند. بر همین مبنا، حضرت امام (ره) در تشخیص مصالح حکومتی، رعایت جهات کارشناسی را در هر زمینه‌ای لازم دانسته و هر جا که موضوع تشخیص مصالح مطرح می‌شود، بر رعایت خبرویت و کارشناسی تأکید دارند. برای نمونه، ایشان در فرمان تشکیل مجمع تشخیص مصلحت نظام اظهار می‌دارند: «گرچه به نظر اینجانب پس از طی این مراحل زیر نظر کارشناسان که در تشخیص این امور مرجع هستند احتیاج به این مرحله نیست، لکن غایت احتیاط آن است که در صورت لزوم از نظر کارشناسان دیگر هم دعوت به عمل آید و رأی اکثریت اعضای حاضر این مجمع مورد عمل قرار گیرد» (خمینی، ۱۳۸۶، ج ۲۰: ۴۶۴).

سؤالی که ممکن است مطرح شود این است که از چه طریق معلوم می‌شود مصلحت‌سنجی حاکم براساس ضوابط شرعی انجام گرفته است؟ به‌نظر می‌رسد نظارت در این خصوص بر عهده‌ی جمعی از خبرگان جامعه است که علاوه بر آگاهی از شرایط زمان و مکان، از فقاقت و انس با کتاب و سنت نیز برخوردار باشند. شاید بر همین مبنا، طبق اصل ۱۱۱ قانون اساسی، تشخیص این امر که رهبر از انجام وظایف قانونی خود ناتوان شده است، بر عهده‌ی خبرگان رهبری گذاشته شده است.

در جمع‌بندی مطالب می‌توان گفت: اگرچه حاکم اسلامی به حکم اولی اختیار تبدیل مجازات رجم را ندارد، مقتضای حکم ثانوی آن است که حاکم اسلامی بتواند با رعایت ضوابط و معیارهای شرعی، به‌طور موقت، حکم به تبدیل این مجازات دهد.

اگرچه امکان‌سنجی شرعی اختیار حاکم در تبدیل مجازات رجم یکی از اهداف اصلی این پژوهش به‌شمار می‌رود، از آن‌جا که طبق اصل ۴ قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات کشور باید براساس موازین شرعی باشد، بررسی وضعیت امکان تبدیل مجازات رجم در قانون مجازات اسلامی و نیز عملکرد شورای نگهبان در این خصوص ضروری به‌نظر می‌رسد. از این‌رو در این قسمت، رویکرد مجلس و شورای نگهبان نسبت به این موضوع تحلیل و ارزیابی می‌شود.

## ۵. تحلیل و ارزیابی رویکرد مجلس و شورای نگهبان

در ماده‌ی ۱۰۰ «قانون حدود و قصاص و مقررات آن» مصوب ۱۳۶۱/۷/۲۰ و پس از آن در ماده‌ی ۸۳ «قانون مجازات اسلامی» مصوب ۱۳۷۰/۹/۷، زنای محصنه مستوجب مجازات رجم دانسته شده بود. پس از پایان مهلت اجرای آزمایشی این قانون، قوه‌ی قضاییه لایحه‌ای تهیه کرد که زنای محصنه و مجازات رجم نیز در آن ذکر شده بود؛ لکن مجلس در مصوبه‌ی نخست خود (مورخ ۱۳۸۸/۵/۲۷)، با اینکه در ماده‌ی ۲۲۵<sup>(۵)</sup> مواردی از حد زنا را که موجب اعدام بود بیان کرده بود، زنای محصنه و مجازات آن‌ها حذف و هر جا در لایحه، مجازات «رجم» آمده بود، آن را به «سلب حیات» تغییر داد. در واقع مجلس، با حذف این جرم و مجازات آن و تصویب ماده‌ی ۲۲۰ که مقرر می‌داشت: «در مورد حدودی که در این قانون ذکر نشده است، طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی<sup>(۶)</sup> عمل می‌شود» قصد داشت تا در این موارد براساس اصل ۱۶۷ عمل شود. شورای نگهبان در راستای اصل ۹۴ قانون اساسی، مصوبه‌ی نخست مجلس را در جلسات متعدد بررسی کرد. با دقت در مشروح مذاکرات این شورا در زمینه‌ی مجازات رجم و امکان تبدیل آن، نکات ذیل از بیانات اعضای شورا قابل برداشت است:

اولاً با توجه به مشروعیت و قطعی بودن مجازات رجم در اسلام، حذف مجازات رجم توسط مجلس، محل مناقشه‌ی جدی اعضای شورا قرار می‌گیرد. موضع روشن شورا در این خصوص آن است که موضوع زنای محصنه و مجازات آن باید در قانون ذکر شود و نباید ایرادها و فشارهای خارجی مبنی بر خلاف حقوق بشر بودن برخی از مجازات اسلامی از جمله رجم موجب حذف آن‌ها از قانون شود (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه‌ی مورخ ۱۳۸۸/۷/۸). ثانیاً از نظر برخی از اعضای شورای نگهبان، اساساً ارجاع مواردی مانند زنای محصنه به اصل

۱۶۷ قانون اساسی توسط مجلس امری نادرست است؛ زیرا این اصل به دلیل پاره‌ای ابهامات - از جمله ابهام در مفهوم منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر - در مقام اجرا با مشکلاتی مواجه است که این مشکلات، موجب تشمت در آرای دادگاه‌ها و حتی از بین رفتن اصل مجرمیت زنا‌ی محصنه خواهد شد (مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه‌ی مورخ ۱۳۹۱/۱/۳۱).

ثالثاً اگرچه مجازات رجم از احکام مسلم شرعی است و ذکر آن در قانون لازم و ضروری است، این به معنای نادیده گرفتن اختیار حاکم اسلامی در تبدیل این مجازات نیست؛ بلکه در صورتی که حاکم تشخیص دهد که اجرای مجازات رجم در برهه‌ای از زمان بر خلاف مصالح اسلام و موجب نفرت از آن می‌شود، می‌تواند تا فراهم شدن زمینه‌ی اجرای آن مجازات، حکم به تبدیل آن مجازات دهد. در همین خصوص، یکی از فقهای شورای نگهبان، با تأکید بر اینکه مسئله‌ی رجم از احکام قطعی‌ی شرعی است، اظهار می‌دارد: «حاکم شرع (ولی‌امر) در موارد خاصی که اجرای رجم را مضر به اسلام بدانند، در آن موارد خاص می‌تواند به چیز دیگری تبدیل بکند. این معنایش این نیست که رجم را نفی کرده یا نسخ کرده یا حکم را برداشته است؛ حکم به جای خودش است، اما حاکم شرع با ولایتی که دارد به‌خاطر یک مصلحت اعلایی در خصوص آن مورد یا در زمان خاص یا در مکان خاص یا در فصل خاص می‌تواند بگوید به جای این، مثلاً قتل باشد؛ چون رجم نوعی از قتل است» (آیت‌الله یزدی، مشروح مذاکرات شورای نگهبان، جلسه‌ی مورخ ۱۳۹۱/۶/۱).

رویکردهای مذکور سبب شد تا شورای نگهبان در نظر شماره‌ی ۹۱/۳۰/۴۸۰۶۳ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ خود در مورد مصوبه‌ی نخست مجلس مقرر دارد: «در ماده ۲۲۵ لازم است حکم زنا‌ی محصنه که مجازات آن با جمع شرایط رجم است آورده شود. بدیهی است که حاکم اسلامی می‌تواند در مورد خاص و براساس مصالح اسلام مجازات جایگزین برای آن مقرر نماید». همچنین شورا در نظر خود در خصوص حذف کلمه‌ی «رجم» از لایحه و تغییر آن به «سلب حیات» مقرر داشت: «در همه مواردی که عبارت «سلب حیات» جایگزین کلمه «رجم» شده است، اصلاح گردد».

مجلس به‌منظور تأمین نظر شورای نگهبان در اصلاحیه‌ی مورخ ۱۳۹۱/۹/۱۴ خود، بند (ث) را به ذیل ماده‌ی ۲۲۵ الحاق کرد. این الحاقیه مقرر می‌داشت: «زنا‌ی محصنه در فرض عدم امکان اجرای حکم اولی شرعی، که در این صورت با پیشنهاد دادگاه صادرکننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضائیه چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هر یک می‌باشد». بدین ترتیب، مجلس با اضافه کردن موضوع زنا‌ی محصنه به ماده‌ی مذکور، زنا‌ی محصنه را در

فرض عدم امکان اجرای حکم اولی آن موجب اعدام دانست.

با این حال اگرچه مجلس در اصلاحیه‌ی خود اصل موضوع زناى محصنه را در قانون آورد، بار دیگر از ذکر مجازات رجم خودداری کرد. همین مسئله سبب شد شورای نگهبان به دلیل عدم تصریح بند الحاقی مجلس به مجازات رجم و امکان تبدیل آن با نظر حاکم اسلامی، در نظر شماره‌ی ۹۱/۳۰/۴۹۲۹۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۹ بند الحاقی مزبور را رافع ایراد قبلی خود نداند.<sup>(۷)</sup>

اصرار شورای نگهبان بر ایراد خویش سبب شد که مجلس در مصوبه‌ی اصلاحی مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۲۴ در راستای رفع این ایراد، بالأخره با تصریح به مجازات رجم، ماده‌ی ۲۲۵ را بدین شرح اصلاح کند: «حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه رجم است. در صورت عدم امکان اجرای رجم با پیشنهاد دادگاه صادرکننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضائیه چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت موجب صد ضربه شلاق برای هر یک می‌باشد». این اصلاح موجب شد که شورا در نظر شماره‌ی ۹۲/۳۰/۴۹۹۱۹ مورخ ۱۳۹۲/۱/۲۴ ایراد قبلی خود را رفع شده بداند و بدین ترتیب، این ماده به قانون تبدیل شود.

در مقام ارزیابی عملکرد مجلس در تصویب نهایی ماده‌ی ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی باید گفت: هرچند مجلس با اصرار شورای نگهبان، در ماده‌ی ۲۲۵ به موضوع زناى محصنه و مجازات رجم تصریح کرد، از آنجا که در این ماده، ابتدائاً تشخیص عدم امکان اجرای مجازات رجم به «دادگاه صادرکننده حکم قطعی» واگذار شده است، این ماده کماکان قابل نقد به نظر می‌رسد؛ زیرا این موضوع بدین معناست که اساساً تا وقتی دادگاه عدم امکان اجرای رجم را پیشنهاد نکند، نتوان مجازات رجم را تبدیل کرد؛ حال آنکه این موضوع با اشکال مواجه است، زیرا در صورتی که به تشخیص رئیس قوه قضائیه اجرای این مجازات در برهه‌ای خاص واقعاً ناممکن باشد، وی نمی‌تواند قانوناً نسبت به تبدیل آن اقدام کند، چه آنکه این موضوع براساس قانون در درجه‌ی اول منوط به پیشنهاد دادگاه شده است.

ممکن است گفته شود در مواردی که دادگاه با وجود تشخیص رئیس قوه قضائیه مبنی بر عدم امکان اجرای رجم، اقدام به صدور حکم رجم می‌کند، رئیس قوه می‌تواند دستور توقف اجرای آن حکم را دهد؛ حال آنکه اصل صدور حکم رجم در این موارد تأثیر خود را بر افکار عمومی خواهد گذاشت و اساساً اینکه از یک طرف دادگاه قانوناً بتواند حکم به رجم دهد و رئیس قوه دستور توقف اجرای آن حکم را - آن هم با بخشنامه و بر خلاف نص قانون - بدهد جلوه‌ی مناسبی برای اصل نظام به‌ویژه دستگاه قضایی آن ندارد. علاوه بر این، ملاک‌هایی که در مباحث قبل به‌عنوان مبنای تبدیل مجازات رجم معرفی شد، همگی ضوابط و

ملاک‌های نوعی‌اند نه شخصی؛ بدین معنا که در برهه‌ای خاص، یا اجرای مجازات رجم در کشور بر خلاف مصالح نظام است یا نیست؛ از این رو، معنا ندارد که یک قاضی در یک جا اجرای این مجازات را مثلاً به دلیل اینکه خلاف مصالح نظام است ناممکن بداند و قاضی دیگر، اجرای آن را ممکن و بلامانع بداند. در واقع، شخصی دانستن ملاک‌های مذکور ضمن آنکه به تثبوت آرای دادگاه‌ها در این خصوص و ناکارآمدی دستگاه قضایی منجر می‌شود، خود به بی‌ثباتی و اختلال نظام خواهد انجامید؛ حال آنکه اساساً فلسفه و غایت مبانی و ملاک‌های پیش‌گفته، حفظ اساس و بیضه‌ی اسلام است و نه اختلال آن.

نوعی دانستن این ملاک‌ها مقتضی آن است که تشخیص عدم امکان اجرای مجازات رجم در برهه‌ای خاص، تنها بر عهده‌ی یک نفر باشد؛ بر همین اساس، از آن‌جا که از نظر شرعی، امر اقامه‌ی حدود از شئون اختصاصی حاکم اسلامی است، حکم به تبدیل مجازات رجم نیز منحصرأ از اختیارات ایشان است و قضات دادگاه‌ها در این خصوص اختیاری ندارند.

واگذاری تشخیص عدم امکان اجرای مجازات رجم به قضات فعلی در ماده‌ی مزبور در حالی است که شورای نگهبان در نظر شماره‌ی ۹۱/۳۰/۴۸۰۶۳ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶، بر صلاحیت حاکم اسلامی در این خصوص تصریح کرده بود. لکن مجلس در مصوبه‌ی اصلاحی خود بدون توجه به این مهم، تشخیص این موضوع را در صلاحیت دادگاه صادرکننده حکم قطعی دانست.

در ارزیابی عملکرد شورای نگهبان نیز باید گفت اگرچه عملکرد این شورا از این نظر که از یک طرف بر لزوم ذکر موضوع زنا، محصنه و مجازات رجم اصرار داشته و از طرف دیگر، به امکان تبدیل این مجازات در شرایطی خاص برای حاکم اسلامی تصریح کرده است، منطبق با موازین شرع در این خصوص است، لکن با توجه به اینکه شورای نگهبان در نظر شماره‌ی ۹۱/۳۰/۴۸۰۶۳ مورخ ۱۳۹۱/۶/۲۶ به اختیار حاکم اسلامی در تبدیل مجازات رجم تصریح کرده بود، از آن شورا انتظار می‌رفت ماده‌ی ۲۲۵ را از نظر واگذاری تشخیص عدم امکان اجرای مجازات رجم به دادگاه صادرکننده حکم قطعی، مغایر با موازین شرع اعلام می‌کرد.

در مجموع با توجه به مباحثی که در این مقاله طرح شد، حذف عبارت «با پیشنهاد دادگاه صادرکننده حکم قطعی و موافقت رئیس قوه قضاییه» از ماده‌ی ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی ضروری به نظر می‌رسد و پیشنهاد می‌شود این ماده به شرح ذیل اصلاح شود:

«حد زنا برای زانی محصن و زانیه محصنه رجم است. در صورت عدم امکان اجرای رجم با پیشنهاد رئیس قوه قضاییه و موافقت مقام معظم رهبری، چنانچه جرم با بینه ثابت شده باشد، موجب اعدام زانی محصن و زانیه محصنه است و در غیر این صورت، موجب صد ضربه شلاق برای هر یک می‌باشد».



این پیشنهاد از چند نظر حائز اهمیت است: اول آنکه از آنجا که رئیس قوه قضاییه در زمینه مسائل دستگاه تحت امر خود احاطه و اطلاع جامعی دارد، در واگذاری پیشنهاد تبدیل مجازات رجم به وی رعایت جهات کارشناسی و ضابطه‌ی خبری که از جمله ضوابط اختیار حاکم معرفی شد، لحاظ شده است؛ دوم آنکه واگذاری تصمیم‌گیری نهایی در مورد عدم امکان اجرای مجازات رجم به حاکم دقیقاً مطابق با مبانی و ادله‌ی شرعی در این خصوص است؛ ضمن آنکه سازوکار و مهمل قانونی لازم برای اختیار حاکم اسلامی نسبت به تبدیل مجازات رجم فراهم خواهد شد. بدین ترتیب، در صورت عدم امکان اجرای مجازات رجم، با پیشنهاد رئیس قوه قضاییه، مقام معظم رهبری به صدور حکم حکومتی در این خصوص اقدام خواهد کرد.

### نتیجه‌گیری

اگرچه مقتضای اصل اولی، عدم جواز تبدیل مجازات رجم است، در تزامن بین ادله‌ی اجرای این مجازات با قواعدی همچون وجوب حفظ نظام، مصلحت، لاضرر و لاجرح حاکم اسلامی می‌تواند از باب عنوان ثانوی در شرایطی خاص و به‌طور موقت، حکم به تبدیل این مجازات کند. حکم حاکم در این موارد باید مبتنی بر معیارها و ضوابطی همچون موافقت با مقاصد شریعت، تقدیم اهم بر مهم و رعایت اصل ضرورت و خیریت باشد؛ در غیر این صورت، مصلحت‌سنجی حاکم اعتبار شرعی نخواهد داشت.

هرچند مجلس با اصرار شورای نگهبان در نهایت، مجازات رجم و امکان تبدیل آن را در ماده‌ی ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ ذکر کرد، از آنجا که در این ماده، تشخیص عدم امکان اجرای این مجازات به دادگاه صادرکننده‌ی حکم قطعی واگذار شده است، این ماده با موازین شرعی سازگاری ندارد و کماکان قابل نقد به‌نظر می‌رسد.

در همین زمینه، اگرچه عملکرد شورای نگهبان از این نظر که بر لزوم ذکر موضوع زنای محصنه و مجازات رجم اصرار داشته و به امکان تبدیل این مجازات در شرایطی خاص برای حاکم اسلامی تصریح کرده است، منطبق با موازین شرع است؛ لکن از آنجا که آن شورا واگذاری تشخیص این موضوع به دادگاه صادرکننده‌ی حکم قطعی را مغایر با موازین شرع ندانسته است، عملکرد این شورا در تأیید نهایی ماده‌ی مذکور قابل نقد است. از این رو، به‌منظور رفع این ایراد شورای نگهبان باید ضمن اعلام مغایرت این ماده، نسبت به تصمیم‌گیری نهایی حاکم اسلامی در این موضوع پس از پیشنهاد رئیس قوه قضاییه تأکید کند.

## یادداشت‌ها

۱. در توضیح عنوان اولی و ثانوی آمده است: «هر حکمی نیاز به یک موضوع دارد؛ در این صورت، عنوانی که در موضوع اخذ شده گاهی اوقات عنوان ثابتی بوده و ناظر به عوارض و حالات مختلفی که بر موضوع عارض می‌شود، نمی‌باشد، چنین عنوانی را عنوان اولیه می‌نامند و گاهی عنوان مأخوذ در موضوع، ناظر به حالات عارضی آن می‌باشد؛ حالتی که بعضی اوقات عارض موضوع شده و حکم آن را تغییر می‌دهد. چنین عنوانی، عنوان ثانوی نامیده می‌شود. حکمی که براساس عنوان اولی بر یک موضوع مترتب می‌شود، حکم اولی و حکمی که براساس عنوان ثانوی بر یک موضوع مترتب می‌شود، حکم ثانوی می‌نامند» (ارسطا، ۱۳۸۹: ۳۷).
۲. در قسمت «مبانی اختیار حاکم»، به برخی از این موارد اشاره خواهد شد.
۳. متن استفتا: اگر مرد یا زنی به حکم دادگاه طبق موازین شرعی محکوم به رجم شود آیا می‌توان نحوه‌ی قتل را از سنگسار تغییر داد یا نه؛ با عنایت به اینکه دشمنان انقلاب اسلامی مترصدند بهانه‌ای به‌دست آورده و دین مقدس اسلام را در نظر جهانیان با عنوان کردن بعضی از احکام اسلام که برای غیرمسلمان‌ها تازگی دارد و شاید عجیب بنماید و با مذاق و قوانین کشوری آن‌ها تطبیق نمی‌کند مشوه جلوه دهند و در تبلیغاتشان علیه انقلاب اسلامی مطالبی نیز حول و حوش آن بیفزایند تا سجع و قافیه شعر خود را در کوبیدن انقلاب و اسلام درست کنند بدون اینکه به مزایا و نتایج حاصله از آن پردازند، لذا مسأله فوق مطرح گردید.
- پاسخ مقام معظم رهبری: ممکن است گفته شود که در مواردی که حکم شرعی آن قتل به کیفیت رجم است مثل زنای محصنه که به بینة اثبات شود، در صورت تعذر رجم، اصل قتل ثابت است ولی اگر حکم شرعی مورد رجم است نه قتل به این کیفیت، مثل مورد اقرار که اگر زانی از حفره فرار کند حد ساقط می‌شود، به تعذر رجم مشروعیت قتل ثابت نیست (ره‌توشه قضایی، ۱۳۹۰: ۳۳).
- متن استفتا: آیا در عصر ما که اجرای حد رجم در پاره‌ای از موارد، محذورات داخلی یا خارجی دارد، می‌توان به‌عنوان ثانوی آن را به نوع دیگری از اعدام تبدیل کرد؟
- آیت‌الله مکارم شیرازی: در فرض مسئله، تبدیل رجم به نوع دیگری از اعدام مانعی ندارد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۵: ۳۵۰).
- آیت‌الله نوری همدانی: در صورتی که حاکم اسلامی مصلحت بداند، مانعی ندارد (گنجینه‌ی استفتائات قضایی، سؤال ۶۸).
- آیت‌الله مظاهری: در صورت تشخیص مصلحت، حاکم اسلامی چنانکه می‌تواند مجرم را عفو یا تخفیف در جرم دهد، می‌تواند در اجرای حد تخفیف دهد، یعنی آن را تبدیل به تعزیر کند یا حد را اصلاً اجرا نکند (مظاهری، ۱۳۸۸: ۳۶۱، مسئله‌ی ۲۳۶۴).
۴. متن استفتا: در مواردی که وزیر یا عالی‌ترین مدیر و مقام مسئول در اجرای حکمی تشخیص

- خَرَجْ بدهند، آیا اجازه می‌فرمایید دادستان کل کشور با رعایت دقیق موازین شرعی مجاز بر توقیف اجرا باشد؟
۵. ماده‌ی ۲۲۵ مصوبه نخست مجلس (مورخ ۱۳۸۸/۵/۲۷): «حد زنا در موارد زیر اعدام است:  
 الف- زنا با محارم نسبی که موجب اعدام زانی و زانیه است.  
 ب- زنا با زن پدر که موجب اعدام زانی است.  
 پ- زنا ی مرد غیرمسلمان با زن مسلمان که موجب اعدام زانی است.  
 ت- زنا ی به عنف یا اکراه از سوی زانی، که موجب اعدام زانی است».
۶. «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی‌تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد».
۷. نظر شورای نگهبان مندرج در نامه‌ی شماره‌ی ۹۱/۳۰/۴۹۲۹۹ مورخ ۱۳۹۱/۱۱/۹: «در ماده ۲۲۵، علی‌رغم اصلاح به‌عمل آمده، اشکال سابق این شورا کماکان به قوت خود باقی است» (پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، ۱۳۹۲: ۸۵).

## منابع و مأخذ

- اردبیلی، احمدین محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول، ج ۱۲.
- ارسطا، محمدجواد (۱۳۸۹)، نگاهی به مبانی تحلیلی نظام جمهوری اسلامی ایران، قم: مؤسسه‌ی بوستان کتاب، چ دوم.
- پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، مشروح مذاکرات شورای نگهبان پیرامون قانون مجازات اسلامی، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، جلسات مورخ ۱۳۸۸/۷/۸ و ۱۳۹۱/۶/۱، در دست انتشار.
- پژوهشکده‌ی شورای نگهبان (۱۳۹۲)، قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در پرتو نظرات شورای نگهبان، تهران: پژوهشکده‌ی شورای نگهبان، چ اول.
- حرّ عاملی، محمدین حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع)، چ اول، ج ۲۸.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه حلی)، (۱۴۱۰ق)، إرشاد الأذهان إلی أحكام الإیمان، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول، ج ۲.
- حلی، نجم‌الدین، جعفر بن حسن (محقق حلی)، (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه‌ی اسماعیلیان، چ دوم، ج ۱.
- خمینی، سید روح‌الله (۱۳۸۶)، صحیفه‌ی امام، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار حضرت امام خمینی (ره)، ج ۱۵.
- خمینی، سید روح‌الله (۱۴۱۴ق)، بدائع الدرر فی قاعده نفی الضرر، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار حضرت امام خمینی (ره).
- خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۱ق) [الف]، کتاب البیع، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار حضرت امام خمینی، چ اول، ج ۲.
- خمینی، سید روح‌الله (۱۴۲۱ق) [ب]، کتاب الطهارة، تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار حضرت امام خمینی، چ اول، ج ۲.
- سیفی مازندرانی، علی‌اکبر (۱۴۳۲ق)، مبانی فقه الفعّال، قم: مؤسسه‌ی النشر الإسلامی، الطبعه الاولى، ج ۴.
- صالح‌پور، جهانگیر (۱۳۷۴)، «فرایند عرفی شدن فقه شیعی» مجله‌ی کیان، ش ۲۴، صص ۲۰-۲۳.
- صرامی، سیف‌الله (۱۳۷۴)، «مبانی احکام حکومتی از دیدگاه امام خمینی (ره)»، مجموعه آثار کنگره‌ی بررسی مبانی فقهی امام خمینی (ره)، تهران: عروج.

- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (شیخ طوسی) (۱۳۸۷ق)، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، تهران: المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، چ سوم، ج ۲.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (شیخ طوسی) (۱۳۹۰ق)، *الاستبصار فیما اختلف من الأخبار*، تهران: دارالکتب الإسلامیة، چ اول، ج ۴.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (شیخ طوسی) (۱۴۰۷ق)، *الخلافا*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چ اول، ج ۵.
- عاملی، محمد بن مکی (شهید اول)، (۱۴۱۷ق)، *الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیة قم، چ دوم، ج ۲.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۴)، *فقه سیاسی*، تهران: امیرکبیر، چ اول، ج ۹.
- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۶)، *قواعد فقه؛ بخش حقوق عمومی*، تهران: سمت، چ اول.
- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، *الکافی*، تهران: دارالکتب الإسلامیة، چ چهارم، ج ۵.
- مظاهری، حسین (۱۳۸۸)، *رساله‌ی توضیح المسائل*، قم: مؤسسه‌ی فرهنگی مطالعاتی الزهراء.
- مفید، محمد بن نعمان (شیخ مفید) (۱۴۱۳ق)، *المقنعه*، قم: کنگره‌ی جهانی هزاره‌ی شیخ مفید، چ اول.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۵)، *مجموعه استفتائات جدید*، قم: مدرسه‌ی امام علی (ع)، چ اول.
- مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا، *ره توشه‌ی قضایی؛ مجموعه استفتائات قضایی از محضر حضرت آیت الله خامنه‌ای رهبر انقلاب اسلامی (۱۳۹۰)*، قم: مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا، چ اول.
- مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا، *نرم افزار گنجینه‌ی استفتائات قضایی*، قم: مؤسسه‌ی آموزشی و پژوهشی قضا.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چ هفتم، ج ۴۱.
- نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸ق)، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت: مؤسسه آل‌البیت (ع)، چ اول، ج ۱۸.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۱۹ق)، *بایسته‌های فقه جزا*، تهران: میزان، چ اول.