

ضوابط حاکم بر کاربرد مصلحت دینی در سیاست گذاری‌های جنایی

محمد میرزایی * محسن رضایی **

(تاریخ دریافت: ۹۸/۵/۱۹ تاریخ پذیرش: ۹۸/۷/۶)

چکیده

استناد به مصلحت در سیاست گذاری جنایی در مفهوم عام و در سیاست گذاری‌های کیفری در مفهوم خاص و قلمرو کاربرد آن همواره از موضوعات چالش برانگیز بوده است. با وجود تمام ایرادات مخالفان حجیت و کاربرد مصلحت در امور فقهی و حقوقی، ضرورت استناد به آن در پرتو ضوابط شرعی و عقلی و لزوم رعایت مصالح و مقتضیات زمان و مکان و نیز کاهش شبهه تصلب دینی، باعث تجدیدنظر در موضوعات مستحدثه شده است. استفاده از مصلحت سیاسی روشمند در راستای تأمین اهداف و مقاصد شریعت از یک سو و تأمین ضروریات و اقتضات حکومت دینی و نیازهای جامعه است. این موضوع در قانون گذاری کیفری دارای نمودهای فراوانی است، ولی ضرورت دارد با توجه به حساسیت‌های موجود درباره کاربرد مصلحت به خصوص در امور کیفری، که با حقوق بنیادین افراد رابطه دارد، ضوابط استناد به آن در مصلحت‌انگاری در ابعاد مختلف سیاست جنایی (تقنینی، قضایی و اجرایی) مشخص شود. یافته‌های این مقاله که با روش توصیفی و تحلیلی تهیه شده این است که قلمرو کاربرد مصلحت را نباید تنها محدود به نوعی خاص از احکام مانند تعزیرات دانست، بلکه به دلیل تبعیت تمام احکام از مصالح و مفاسد نفس‌الامری، در تمام احکام جاری خواهد بود، ولی این جریان منطبق با قواعد و ضوابط کلی عقلی و شرعی و تحت ضوابطی خواهد بود.

واژگان کلیدی: مصلحت، سیاست کیفری، ضوابط شرعی، ضوابط عقلی.

* استادیار حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم انتظامی امین، تهران، ایران (نویسنده مسئول):

md92.mirzaei@gmail.com

** مربی حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه علوم انتظامی امین، تهران، ایران.

مقدمه

غلبه مفهومی و کاربرد مصلحت در سیاست گذاری های جنایی موضوعی اجتناب ناپذیر است، ولی با وجود بهره گیری فراوان از آن، تاکنون ابعاد مختلف و حدود آن در قوانین مختلف به خصوص در مقررات کیفری به وضوح تبیین نشده و یا مبهم بوده است (سماواتی، ۱۳۸۸: ۵۱). از سوی دیگر، بهره گیری از مصلحت در فرایند استصلاح با اشکالات و مخالفت هایی همراه بوده است. مهم ترین اشکالات در موضوع حجیت و کاربرد مصلحت در عرصه های دینی عبارت بودند از «متأثر شدن تشیع از مصلحت بر اساس روش و منش اهل سنت»، که به انحراف نظام اسلامی از دایره امامت منجر شد و «ترس از اباحی گری به دلیل بهره گیری از استصلاح بی ضابطه و سکولاریزه شدن دین»، که منجر به سکوت نخبگان و عالمان در برابر نظام جائز به بهانه مصلحت سنجی شد (افتخاری، ۱۳۷۸: ۳۴).

این اشکالات در ابعاد سیاست گذاری های جنایی باعث انحراف عدالت و طرح تفسیرهای شخصی یا تأمین نفع نظام حاکم به بهانه تأمین مصالح فردی یا جمعی خواهند بود. در واقع، کاربرد بدون ضابطه مصلحت خود تهدیدی علیه مصالح بنیادین فرد و جامعه و نیز جریان عدالت در نظام جزایی است، زیرا هر فرد یا جریانی مصالح خود را در نظر گرفته و سعی در تأمین آنها با هر توجیهی دارد و به دلیل تکثر خواسته ها و یا برداشت های نفسانی، بسیاری از مصالح اساسی ممکن است نادیده گرفته شوند. از طرف دیگر، حجیت مطلق «قاعده استصلاح» می تواند ابزاری در دست حکام و قدرت مندان زمانه باشد، که با در دست داشتن آن می توانند به هر آنچه می خواهند لباس شرعی بپوشانند و کاربرد صحیح مصلحت را مصادره به مطلوب کنند.

با وجود تمام این اشکالات، مصادیق کاربرد استصلاح در فقه شیعه به نحو ضمنی و تحت عناوین دیگری مانند تقدم اهم بر مهم، ترجیح مهم بر غیر مهم، دفع افسد به فاسد، پذیرش تابعیت احکام از مصالح و مفاسد، پذیرش اعتباریات عقلانی، بدیهی شمردن و پذیرش حفظ انتظام اجتماعی، وجود قواعدی مانند لاضرر و قاعده لاجرح، وجود سنت سهله و سمحه و... تأییدی بر ضرورت فلسفه وجودی و تأثیر عنصر مصلحت در آموزه های دینی و در سیاست گذاری های

تقنینی هستند؛ شاید به همین علت برخی فقه اسلامی را با عنوان «فقه المصالح» یا «فقه المقاصد» تعبیر کرده‌اند (علوانی، ۱۴۲۱: ۵۲).

بر اساس آن تعارضات در کاربرد مصلحت در عرصه اجتهاد و تقنین، ارائه تفسیری منطقی برای تبیین ضرورت ضابطه‌مندی و روش‌مندی دقیق نهاد فقهی مصلحت و فرایند استصلاح در موضوعات مختلف از جمله در سیاست‌گذاری‌های جنایی اجتناب‌ناپذیر بوده است. تنها در این صورت است که جایگاه مصلحت و فرایند استصلاح به درستی در فقه شیعی معلوم می‌شود و از آسیب‌های کارکرد نابجا و چالش‌های کاربردی آن پیشگیری می‌شود. بر این مبنا این مقاله به دنبال احصاء و تبیین ضوابط کاربرد مصلحت در فرایند سیاست‌گذاری‌های جنایی است.

۱. ضرورت بکارگیری مصلحت (استصلاح) و اقسام آن

عدم رعایت مصالح و مقتضیات زمان و مکان باعث افزایش شبهه تحجر دینی و عدم تأمین نیازهای ضروری انسان می‌شود. از این رو، محظوری برای تجدیدنظر در موضوعات مستحده و فصل موضوعات در پرتو منابع موجود شرعی و عقلی و بهره‌گیری از روش‌های و فرایندهایی مانند مصلحت‌سنجی باقی نخواهد ماند. غزالی مصلحت را در ابتدا جلب نفع و دفع ضرر می‌داند، اما پس از چندی تعریف قبل را چنین اصلاح کرد: «مصلحت عبارت است از تأمین هدف شارع و هدف شارع عبارت است از مواظبت از دین و حیات انسان (جان) و عقل و نسل و اموال» (غزالی، ۱۳۶۱: ۲۸۶). در یک تقسیم‌بندی دیگر، مصالح به دو نوع فردی و عمومی تقسیم می‌شوند. مصالح فردی بیشتر ناظر بر جنبه‌های شخصی موضوعات مانند مصالحی است که غزالی از آنها نام برده است، در حالی که مصلحت عمومی بیشتر ناظر بر جنبه‌های عمومی روابط مردم و مصلحت همگان است. مصادیق اصلی مصلحت عمومی نیز عبارتند از امنیت و نظم عمومی، بهداشت، آموزش و رفاه عمومی و ... است، که بر اساس معیارهای مختلف مانند تبعیت یا اصالت، ثبات یا تغییر، تحقق‌پذیری و ... است (توگلی، ۱۳۸۴: ۹۲).

بر این مبنا باید توجه داشت که فرایند استصلاح به هیچ وجه تک بعدی و منحصر به مصالح مادی نیست، بلکه ابعاد اخروی و معنوی نیز دارد و این وجه اصلی تمایز مصلحت‌سنجی‌های دینی و غیردینی است که ناشی از نوع نگرش افراد به اقسام مصلحت است. این فرایند در اندیشه دینی دارای ابعادی فراتر از مصالح دنیایی دانسته شده است. برای مثال، امام علی علیه السلام در نامه ۵۳ نهج البلاغه، که به مالک‌اشتر به عنوان والی مصر نوشتند، یکی از وظایف حاکم را «استصلاح اهلها» می‌شمارند، که بسیاری از شارحان با تلقی این مفهوم به عنوان «پربارترین و با عظمت‌ترین قسمت فرمان» (جعفری، ۱۳۷۳: ۱۱۳)، منظور آن را احیای ارزش‌های دینی و بازسازی و اصلاح معنوی دانسته‌اند (فاضل، ۱۳۷۹: ۶۰).

به هر حال، می‌توان گفت فرایند مصلحت‌سنجی یا همان استصلاح فرایندی است که در یک سیاست روشمند بهترین مصلحت و نیکی را در راستای تأمین اهداف شریعت و مقاصد آن پس از ارزیابی گزینش می‌کند. در موضوعات دنیوی با وجود ثابت بودن برخی از مصالح بنیادین، روش‌ها و ابزار تأمین و تضمین و یا نیل به آن اهداف متغیر و منعطف ولی منطبق با روح آن اهداف هستند، یعنی موضوعیت اهداف و مقاصد و طریقت داشتن وسایل و مبادی نیل به ارزش‌ها و اهداف. برای مثال، در موضوعات کیفری می‌توان به موضوع قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» اشاره کرد که شارع مدیریت مجازات را بر عهده حاکم قرار داده است تا با ملاحظه سیاست‌های جنایی بهترین انتخاب را در جهت تأمین مصالح فرد و جامعه داشته باشد.^۱

۱. در این راستا، بازنگری در مجازات اعدام در جرایم مواد مخدر مطرح شد. همچنین، در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مصادیقی از بکارگیری استصلاح برای روزآمدی بعضی از احکام قابل توجه هستند. برای نمونه، برابر شدن دیات اقلیت‌های دینی با مسلمانان برابر ماده ۵۵۴ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲؛ برابر شدن دیه زن و مرد در اجراء با تأمین ما بالتفاوت از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی موضوع تبصره ماده ۵۵۱ ق.م.ا.؛ تبدیل رجم به اعدام به موجب ماده ۲۲۵؛ پرداخت ما بالتفاوت دیه از بیت‌المال در مواردی که اولیای دم توان پرداخت آن را نداشته و جنایت باعث اخلال در نظم و امنیت و جریحه دار شدن احساسات عمومی شده و مصلحت در اجراء قصاص باشد به موجب ماده ۴۲۸ ق.م.ا.؛ تعلیق اجراء حد بر زن باردار و یا شیرده موضوع مواد ۴۳۷ و ۴۴۳ ق.م.ا.؛ یا موارد دیگر مانند پذیرش سقط درمانی موضوع ماده واحده سقط درمانی مصوب ۱۳۸۴/۳/۱۰ و تبصره ماده ۷۱۸ ق.م.ا.

۲. منابع استصلاح

۲-۱. شرع

شرع و آموزه‌های دینی، که از آن با عنوان «شریعت مُنَزَلَه و یا قانون الهی» نیز تعبیر می‌شود، از ناحیه شاعر در مجموعه شریعت موجود بوده و به معنای آن موضوعاتی است که خداوند حکیم برای حیات مادی و معنوی بندگان خود وضع کرده است، مانند حکم الزام به اقامه حدود و تعزیرات یا وجوب اجرای قصاص. رابطه شرع و دین چنین است که دین برای تمام جهانیان عمومیت دارد و قابلیت نسخ ندارد و شرع روشی خاص را برای امت یا جامعه مشخص می‌کند که با آن اهداف شرع تأمین می‌شود و بدین جهت شریعت قابل نسخ است (طباطبایی، ۱۳۷۹: ۳۵۰). البته منظور از شرع در اینجا تنها توجه به منصوصات نیست، بلکه برداشت‌هایی از اصول کلی شرع که مبتنی بر مذاق شریعت و مقاصد آن باشند نیز مورد نظر است.

۲-۲. عقل

از قاعده ملازمه «کَلِمَا حَکْمٌ بِهَ الشَّرْعِ حَکْمٌ بِهَ الْعَقْلِ وَ کَلِمَا حَکْمٌ بِهَ الْعَقْلِ حَکْمٌ بِهَ الشَّرْعِ» آنچه حاصل می‌شود بر قرین بودن احکام شرعی با یک منبع دیگر به عنوان عقل حکایت می‌کند، که در واقع در صورت داشتن اوصافی مانند قطعیت و عدم ظن این قابلیت را دارد که هم برای مکلف و هم برای مجتهد چشم‌اندازی فراخ را مشخص کند؛ در پرتو این چشم‌انداز برای بسیاری از مسائل که در ظاهر نصی در مورد آنها موجود نیست و یا نصوصی مشکوک موجود هستند، که در ظاهر با برداشت‌های عقل قطعی در تعارض هستند، راه حل ارائه می‌شود. از سوی دیگر، از آنجا که احکام مبتنی بر مصالح و مفاسد وضع شده‌اند، عقل این ظرفیت را دارد بر اساس حسن و قبح عقلی و به صورت جزئی به تشخیص این مصالح و مفاسد برسد. چنانچه این برداشت به نحو کلی و قطعی باشد منعی در مسیر تخصیص عمومات و یا صدور احکام حکومتی و یا به نظر عده دیگر احکام ثانویه وجود ندارد، گرچه موقتاً مخالف بعضی از احکام اولیه تلقی شود. از این رو، «عقل گاهی باید عموم یا اطلاق برخی نصوص را تقیید کند یا در مفاد آنها توسعه بدهد، زیرا

احکام که زمام آنها به دست عقل و عقلاست، حدود و قیود و گستره آنها نیز به دست عقل و عقلاست» (خوانساری، ۱۳۶۵: ۲۱). چنانچه برداشت‌های عقل‌ظنی و مقارن با ظنون باشند به دلیل عدم حجیت ظنون نمی‌توان مبتنی بر آنها نسبت به صدور حکم اقدام کرد. از این رو، برخی از فقها معتقدند عقول بشر کامل نبوده و امکان فهم و تشخیص اولویت ارزش‌ها و یا مصالح برای ایشان موجود نیست و بدین سبب حق تشریح احکام و قوانین الهی را ندارد (حیدری، ۱۴۱۲: ۳۳۸).

۲-۳. عرف

از میان تعاریف بی‌شمار موجود، به نظر جامع‌ترین تعریف برای عرف عبارت است از «روش و شیوه مستمر عملی یا گفتاری که در میان همه یا بیشتر مردم یا قوم یا گروه خاصی شناخته شده و مرسوم باشد» (خمینی، ۱۴۲۰: ۲۲۷). از این رو، می‌توان از اجزاء و عناصر مهم تشکیل دهنده و از اوصاف اساسی عرف به «عمومیت و تکرار عمل یا گفتار معین، الزام آور بودن و داشتن منشأ عقلانی» اشاره کرد (محمدی، ۱۳۹۶: ۲۵۱). از آنجا که عرف وابسته به موضوعات اجتماعی است، برای درک آن باید به وضعیت موجود و شرایط مستحدث اجتماعی توجه داشت. همین انطباق با موضوعات اجتماعی است که باعث می‌شود تا عرف موجب پویایی فقه شده و از عناصر مهم و تأثیرگذار بر سیاست جنایی دینی که بسیار با تحولات اجتماعی مرتبط است تلقی شود. «مقتضیات عصر ایجاب می‌کند که بسیاری از مسائل، مجدداً مورد ارزیابی قرار گیرد و به ارزیابی‌های گذشته بسنده نشود و نظام حقوق و تکالیف خانوادگی [مسئله حجاب، بسیاری از مسائل اقتصادی و...] از جمله این سلسله مسائل است» (مطهری، ۱۳۸۱: ۵). هرچند عرف در وضع احکام شرعی مستقلاً نقشی ندارد، در موضوعاتی که واضح آن شرع نباشد و در تشخیص مفاهیم و تعیین مصادیق موضوعات کلی شرعی ارجاع به عرف بی‌اشکال است و مکلف و یا فقیه برای تشخیص و تحدید این موضوعات می‌تواند به آن رجوع کند (سبزواری، ۱۳۷۶: ۱۹). در نتیجه سیاست جنایی اسلام که دارای هسته‌ای شرعی و عقلی است از احکام جزایی اسلامی بهره

می‌گیرد، که در این منظومه منسجم و ساختارمند با عنوان شریعت ساماندهی شده و با متأثر شدن از ظرفیت عرف و منطق با اقتضائات و الزامات زمان و مکان مصادیق و مفاهیم آن مشخص می‌شوند.

۳. رویکردهای موجود درباره کاربرد مصلحت

۳-۱. رویکرد غیردینی

مکاتب غیردینی به دلیل عدم بهره‌گیری از منابع وحیانی، بر مبنای اصالت ذاتی انسان و منافع صرفاً مادی او و در تفکری پراگماتیستی، مصلحت را به عنوان نفع صرفاً مادی تعبیر کرده و آن را به مثابه معیار اساسی برای رفع تراحمات تلقی می‌نماید. ایشان در واقع مصلحت را سودی می‌دانند که در زندگی انسان مورد درخواست انسان‌ها است. از نظر آنها مصلحت عین حقیقت است (راسخ، ۱۳۸۷: ۲۶۷). اگرچه در تعریف مصلحت به ویژه مصالح عامه معیارها و ضوابطی گوناگون در نظر گرفته شده است، وجه مشترک تمام آنها حاکمیت تفکر سکولاریستی است. برای نمونه، مصلحت‌اندیشان سکولار معنای خیر یا مصلحت را در عالم مادی و محسوس و در فضایی عینی‌گرا به رسمیت می‌شناسند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۷۱ و التمن، ۱۳۸۶: ۲۶۵). لزوم هم‌ترازی مصلحت با حقیقت، در نگرش سکولار و غربی، حاصل عمل‌گرایی افراطی و گرایش به نیازهای عینی و زیستی انسان و فراغت از نیازهای روحانی و معنوی او است.

۳-۲. رویکرد دینی

از دیدگاه حقوق اسلامی، مصلحت تنها محدود به امور دنیایی و مادی نیست، بلکه همزمان به منافع دنیوی و اخروی تفسیر شده است (نک. نهج البلاغه، خطبه ۲۱۲). برخلاف تفکر سکولار که مبنای تعیین مصالح عقل ناقص انسانی است، در شریعت، مبنای اساس تعیین و تشخیص مصالح آموزه‌های شرعی در کنار عقل قطعی است. به بیان دیگر، در تفکر سکولار مصالح و مفسد با عقل مستقل تعیین می‌شوند و در تفکر دینی مصالح و مفسد بر مبنای عقل شرعی قابل تشخیص

هستند. مصالح عینی و مادی در استصلاح غیردینی مورد پذیرش هستند، در حالی که در استصلاح دینی ضرورتاً مصالح مادی یا عینی بر مصالح ایدئولوژیک اولویت ندارند. می توان مهم ترین وجه تمایز رویکرد دینی از غیردینی در استفاده از مصلحت در سیاست گذاری ها را چنین تبیین کرد که دیدگاه «پوزیتیویستی» بر مادیات مبتنی بوده و مصلحت گرایی و منفعت محوری در آن تنها در راستای معیارهای مادی و منافع زودگذر دنیوی تعریف می شود؛ غلبه این رویکرد باعث می شود که دین و ارزش های دینی از متن به حاشیه رانده شوند. در مقابل، از نظر شرع مصلحت در پرتو آموزه های دینی و شرعی و منطبق با غایات و اهداف دین و به عنوان ابزار عملیاتی کردن آنها شناخته می شود. این ملازمه بیانگر این موضوع است که سیاست گذاری های تقنینی مبتنی بر مصلحت در محدوده شریعت قرار داشته و مقررات خارج از محدوده شریعت فاقد حجیت هستند.

۴- احصای ضوابط استصلاح

۴-۱. ضوابط مستنبط از لغت و مفهوم

۴-۱-۱. ضوابط لغوی

برخی لغت شناسان مصلحت را در راستای واژه منفعت و به نفعی که اثرش باقی است معنا کرده اند (عسگری، ۱۴۱۲: ۲۰۶). برخی مصلحت را در برابر واژه مفسده قرار داده و برخی از آن به عنوان خیر تعبیر کرده اند. برخی آن را فراتر از نفع و خیر ظاهری دانسته و مصلحت را با مجموعه ای از مفاهیم چون خیر، نفع، سعادت و حکمت دانسته اند (مصطفوی، ۱۳۷۴: ۲۶۵). اگرچه در هر آنچه مفید مصلحت است، نفع و خیر و سعادت وجود داشته و انجام مصلحت در راستای حکمت است، مصلحت به معنای هیچ کدام از این واژه ها نیست، بلکه مصلحت دارای معنایی اخص از این واژه ها است. از این رو، مصلحت را بهتر است که نفع، خیر، سعادت و حکمت دائمی دانست که در امور دنیوی و اخروی وجود دارد.

درباره رابطه منفعت و مصلحت باید دقت کرد که نخست، هر چند عنصر مصلحت منفعت را نیز به دنبال خود دارد، هر منفعتی مستلزم مصلحت نیست. از این رو، رابطه میان مصلحت و منفعت از قبیل ترادف نبوده بلکه رابطه‌ای یک سویه و عموم و خصوص من وجه است. دوّم، «مصلحت از سنخ منفعت و مفسده از سنخ مضرت (ضرر) نیست (...) و احکام شرعی تابع مصالح و مفاسد است نه منافع و مضار، به همین دلیل در بسیاری از واجبات شرعی از قبیل زکات، خمس، حج و جهاد، ضرر مالی یا جانی وجود دارد، چنانکه در بخشی از محرّمات الهی منفعت مالی یا بدنی هست» (فیاض، ۱۴۱۹: ۴۰۴). سوّم، مصلحت و مفسده علاوه بر دربرگیری موضوعات مادی، حیثیتی ارزشی نیز دارند. در این فرض استعمال مصلحت، به جهت استفاده سود، به صورت مجاز بوده و از باب اطلاق مسبب بر سبب است. چهارم، مصلحت وقتی منطبق با منفعت می‌شود که آن منفعت قطعاً دارای نفعی واقعی، پایدار و بلندمدت باشد.

۴-۱-۲. ضوابط مفهومی مصلحت

از لحاظ مفهومی، مصلحت از منظرهای گوناگون تقسیم‌بندی شده است و شناخت و تبیین هر یک برای فهم نقش مصلحت در استنباط حکم شرعی و حکومتی ضرورت خواهد داشت، که اهم آنها عبارتند از مصالح ضروری و مصالح تحسینی. مصالح ضروری مصالحی هستند که در حیات بشری موضوعاتی با اهمیّت و ضروری تلقی شده و هدف اصلی شریعت تأمین و حفظ آنها است، که عبارت هستند از حفظ دین، نفس، نسل، عقل و مال. این مصالح از آن جهت ضروری هستند که فقدان آنها موجب اختلال در نظام زندگی انسان و انتظام اجتماعی می‌شود و بدین جهت حفظ این مصالح بر همه چیز مقدم است (زحیلی، ۱۴۱۶: ۷۵۵)؛ این مصالح حقیقی، یقینی و غیر وهمی هستند. مصالح تحسینی نیز در واقع نوعی از مصالح هستند که برخلاف مصالح ضروری وجود یا عدم وجود آنها ضرورت ندارد، ولی رعایت آنها باعث بهبود زندگی مردم می‌شود و در مقابل عدم رعایت آنها باعث دشواری زندگی مردم نمی‌شود، مانند «به دست کردن انگشتر و استعمال بوی خوش، که نه وجود آنها برای زندگی انسان‌ها ضرورت دارد و نه سبب

رفع مشقّت و حرج می گردند» (طباطبائی، ۱۴۸۰: ۳۸۴). به بیان دیگر، تحسینات به عنوان مکارم اخلاق و محاسن عادات تلقی شده و عدم جعل آنها برای مکلف سختی در پی ندارد.

۴-۲. ضابطهٔ ابتدای بر عدالت و کرامت

ابتدای تشریح و تقنین بیهوده نیست، بلکه دانشمندان اسلامی بر این باورند که احکام اسلامی بر مبنای ای استوار هستند که مهم ترین آنها عبارتند از عدالت و کرامت (حلی، ۱۴۱۲: ۱۸۵؛ شاطبی، بی تا: ۷۶). از لحاظ درون دینی نیز مهم ترین علت ارسال رُسل و انزال کُتب تعمیم عدالت و کرامت در مسیر سعادت انسانی است. تأمین مصلحت عمومی ضامن حفظ حیات اجتماعی است و از آنجا که تأمین مصالح اصل حیات جمعی را تأمین می کند، پس اقتضای عدالت خواهد بود ولی همهٔ آن نیست بلکه از پایه های اساسی آن است. تأمین حداکثری حیات جمعی منوط به تحقق حداکثری عدالت خواهد بود (رالز، ۱۳۸۷: ۵۸؛ بهشتی، ۱۳۷۹: ۷۶). در نسبت عدالت و کرامت، کرامت حوزهٔ گسترده تری از عدالت دارد، ولی مبتنی بر عدالت است. از سوی دیگر، از جهت کارکرد، عدالت و کرامت رابطه ای تعاملی و دو سویه دارند که می توان از رابطهٔ آنها با عنوان رابطهٔ عدالت کریمانه و کرامت عادلانه تعبیر کرد.

بدون شک، در راستای اقامهٔ عدالت، اجرای حدود و تعزیرات بر روی زمین از اینکه چهل شبانه روز بر آن باران بیارد پرمفعت تر است (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۷). از سوی دیگر، کرامت انسانی که مطلق و غیرقابل تخصیص است^۱ به دلیل ظرفیت های فراوان و بالقوه می تواند با تلطیف عدالت و به شرط ابتدای بر عدالت و عدم اختلال در آن، مفهوم ترکیبی «عدالت کریمانه و کرامت عادلانه» را وارد فرایند سیاست گذاری های جنایی کند، که موجب تعالی سیاست جنایی و تکامل آن می شود. برای نمونه، در آیهٔ «و لکم فی القصاص حیاة یا اولی الالباب» (بقره/۱۷۹)، مخاطب خردمندان و عقلا هستند. عقل به عنوان ابزار تشخیص با تأمل در مشروعیت کیفر قصاص

۱. مادهٔ ۴ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ تأکید دارد که تنها اطلاقی که استثناء پذیر نبوده و قابل انصراف نیست اصل «کرامت و حیثیت انسان» است.

درمی‌یابد که عدالت بر حفظ امانت جسمی و روحی افراد جامعه به عنوان یکی از مصالح قطعی آن اقتضاء دارد و تأمین آن ضروری است.^۱ به بیان دیگر، کمک به اجرای عدالت و جلوگیری از فساد در راستای کرامت انسان است و ترحم بی‌مورد بر مجرمی که حق افراد و جامعه را نادیده گرفته است برخلاف عقل سلیم و منطقی است (انصاری، ۱۳۸۵: ۲۶۷). در واقع، این تفکر با مقتضای کرامت جمعی و عدالت و نیز لزوم تناسب جرم و مجازات و رعایت حق الناس تطابق ندارد.

۴-۳. ضابطه قطعیّت، حتمیّت و کلیّت

در یک بیان کلی، فقها متفقاً قائل به این هستند که مصلحت‌اندیشی و فرایند استصلاح در شرع اسلام باید بر اساس ضوابطی معین باشد، که منشأ عقلی، شرعی و فطری دارند. در این راستا، شاطبی این ملاک‌ها را در مصلحت‌سنجی لازم‌الرعايه دانسته است: «مطلق و کلی بودن مصالح در مقابل نسبی و ذهنی بودن آنها» (خالد، ۱۳۸۲: ۲۶۱). غزالی نیز حجّیت استصلاح را منوط به دارا بودن «ضرورت، قطعیت و کلیّت» برای مصلحت کرده است. مصلحت زمانی متّصف به وصف ضروری است که برای حفظ مصالح و مقاصد ضروری مورد استفاده باشد، که این مصالح ضروریّه همان مصالح پنجگانه (دین، جان، عقل، نسل و مال) هستند و تعدی به آنها یا تفویضشان امری حرام شمرده شده و مستلزم کیفر است. مصلحت زمانی قطعی است که خالی از ظن و شک باشد و به تعبیر دیگر دارای اوصاف یقینی و حتمیّت باشد. در این باره، بسیاری از فقهای امامیه معتقدند که هرگاه عقل لزوم حفظ یک مصلحت را قطعاً و یقیناً تأیید و آن را درک کند از چنین مصلحتی باید پیروی کرد و در مقابل زمانی که استصلاح تنها مبتنی بر ظن و احتمال باشد نباید

۱. در مورد آیات ۱۷۸ و ۱۷۹ سوره بقره، خداوند دو مرتبه به قصاص و یک مرتبه به عفو جانی اشاره کرده است. به نظر علامه طباطبائی در تفسیر المیزان، تأکید بر قصاص به این خاطر است که «عفو جانی موجب گسترش رحمت است ولی مصلحت عمومی با قصاص تأمین می‌شود، زیرا آنچه که حیات اجتماعی ادمی را تأمین می‌کند قصاص است نه عفو یا دیه و مانند آن» (المیزان، ج ۱: ۴۳۳).

از آن تبعیت کرد (مکارم، ۱۴۲۴: ۵۴۱؛ مرعشی، ۱۳۷۶: ۵۳). مصلحت زمانی کلی است که منافع آن خاص عموم مسلمین باشد نه اینکه مختص شخص یا گروه خاص باشد (غزالی، ۱۳۸۲: ۲۸).

۴-۴. ضابطه میزان ضرورت

مراد از میزان ضرورت این است که در صورت عدم تحقق آن ضرورت، چه متعلقی از آن ضرورت تفویت می‌شود، مانند تأمین آب شرب که متعلق آن ادامه حیات است. در مورد تبیین رابطه مصلحت و ضرورت، این دو مفهوم دارای رابطه عموم و خصوص مطلق هستند،^۱ هر ضرورتی مصلحت است ولی هر مصلحتی ضرورت نیست (نیکزاد، ۱۳۸۵: ۱۳۳). از این رو، با تشخیص ضرورت امری، تنها ضرورت آن تشخیص داده می‌شود و این را که این ضرورت لزوماً منجر به مصلحت شود روشن نمی‌کند. توجه شارع نسبت به این امور از نصوص شریعت استفاده می‌شود، مانند آیات شریفه «ما يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ» (مائده/۶) و «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ» (بقره/۱۸۵). «ضرورت» نیز در بسیاری موارد از جمله در موارد تقدم اهم بر مهم در عرصه سیاست جنایی، حقوقدانان را به دنیای «مصلحت‌اندیشی» می‌کشاند. بر اساس قاعده ضرورت، اصل اولی در موازین اسلامی آزادی است. البته تا جایی این آزادی مورد حمایت است که موجب ضرر به دیگری نشود. اما مواردی اتفاق می‌افتند که عدالت اقتضای عدول از این اصول را دارد. برای مثال، اگر نجات جان یک انسان متوقف یا منوط به تخریب مال دیگری باشد. در این موارد دو قاعده قابل اعمال است: نخست، قاعده «الضرورات تبيح المحذورات» موجب مباح شدن برخی ممنوعیت‌ها مانند ممنوعیت تصرف در ملک دیگری می‌شود؛ دوم، حدود آن

۱. هر امر ضروری که متضمن دفع ضرری است به دلیل دفع ضرر فایده‌مند است و به عبارت دیگر نوعی مصلحت است. اما هر امر دارای مصلحت الزاماً ضروری نیست، یعنی هر جلب منفعتی الزاماً همراه با دفع ضرر نخواهد بود. در واقع، بین مفهوم مصلحت و مفهوم ضرورت رابطه عموم و خصوص مطلق وجود دارد، یعنی هر ضرورتی مصلحت است، اما هر مصلحتی لزوماً ضرورت نیست. به تعبیر ایت الله جوادی آملی گاهی مصلحت «اولویت تعیینی» دارد و گاهی «اولویت تفضیلی». در موردی که اولویت تعیینی دارد، همان ضرورت است و در جایی که اولویت تفضیلی دارد، مصلحت بوده و ضرورت نیست (جوادی آملی، ۱۳۷۹: ۴۶۵).

قاعده با ضابطه «الضرورات تتقدر بقدرها» معین شده است، که در توضیح نوشته‌اند «انما تقدر بقدرها کما و کیفاً و زماناً و مکاناً و وجوداً و عدماً» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۵)؛ مطابق این قاعده، برای رفع حالت ضرورت، نباید از حدود عقلی و عرفی منطبق با عدالت که در واقع وضع شیء در موضع خود است عدول کرد و باید به قدر متیقن عمل کرد، که در واقع مقدارش را عدالت معلوم می‌کند. به بیان دیگر، ضرورت در ظاهر عدول از اصل و خروج از موضع به نظر می‌رسد، ولی در واقع عمل برخلاف اصل ظاهری مطابق با مقتضیات عدالت است.

۴-۵. ضابطه کمیّت و کیفیّت تأثیرگذاری

از لحاظ کمی باید معلوم شود که مصلحت چه تعداد افراد را تحت شمول نفع و یا دفع ضرر قرار می‌دهد. هر جامعه به دلیل اینکه از تجمیع افراد تشکیل می‌شود، علاوه بر حیثیت فردی که به هر فرد دارد دارای حیثیت مستقل دیگری است که از آن به حیثیت جمعی یا حیثیت اجتماعی تعبیر می‌شود، که باید در فرایند استصلاح میزان حداکثری تأمین و تضمین این ارزش‌ها در نظر گرفته شود. در مباحث اصولی از تأثیر کیفی به عمق تعبیر شده است. در واقع، اگر مصلحت‌سنجی حجم و مصادیقی فراوان از اهداف و مقاصد مورد نظر را دربرگیرد، انجام خواهد شد (صابری، ۱۳۸۴: ۲۱۰؛ فرساد، ۱۳۸۸: ۴).

۴-۶. ضابطه مدّت تحقّق و پایایی آثار مصلحت

اگرچه احکام مستند به استصلاح به دلیل غیردائمی بودن مصالح و مفاسد موقتی محسوب می‌شوند و بقای آنها تابع وجود و استمرار مصالح است و در صورت الغای مصلحت، حکم مستند به مصلحت نیز ملغی و از حجّیت ساقط می‌شود، مدّت تحقّق و پایایی آثار مصلحت دارای اهمیّت است. برخلاف رویکرد غیردینی که در آن مدّت و ماندگاری آثار مصلحت محدود به حال و امور عینی و ملموس است، در رویکرد دینی زمان ایجاد مصلحت موضوعیّت نداشته و تأثیری در تقدّم و تأخّر مصالح ندارد. چه بسا،

«در نظام دینی چیزی مصلحت باشد که دامنه اثر آن به قیامت باز گردد و به نحو عینی در این عالم عیان نگردد، در حالی که واقعاً نیز مصلحت باشد و یا اینکه دامنه تأثیر آن بلندمدت باشد ولی در عین حال بسیار ضروری، مانند [اینکه] شهادت در ظاهر منجر به شکست شود، در حالی که عین سعادت است. البته نباید از نظر دور داشت که در مقام تعارض دو مصلحت همسان این ملاک می تواند مورد نظر باشد» (بوطی، ۱۳۸۴، ۳۶).

از سوی دیگر، پایایی آثار مصلحت از ضوابط مهم است که می تواند در تشخیص و ترجیح ارزش ها مورد توجه باشد. مدت زمان بقای اثر در دو بعد مادی و معادی نباید با یکدیگر آمیخته شود، زیرا ممکن است آثار مادی به ظاهر ماندگار تلقی شوند، در حالی که ملاک ماندگاری آثار در بعد معادی و اخروی باید ملاک اصلی محسوب شود.

۴-۷. ضابطه انطباق استصلاح با آموزه های شریعت

انطباق استصلاح با آموزه های دینی از شروط لازم فرایند استصلاح محسوب می شود. پرسش این است که صرف عدم مخالفت با شرع کفایت می کند یا باید مصلحت سنجی ها با شرع منطبق باشند؟ در پاسخ می توان به تقدّم و ترجیح احکام حکومتی بر احکام اولیه اشاره کرد، که ضمن اینکه در چارچوب شریعت انجام می گیرد، در عین حال مخالف احکام شریعت نیز نیست (مزینانی، ۱۳۸۷: ۷). از این رو، می توان گفت عدم مخالفت استصلاح با دستورهای شارع ملازم و قرین انطباق آن با احکام اسلام است. به عبارت دیگر، در عرصه تشخیص مصالح و استصلاح دینی، فرایند لائیزاسیون^۱ به معنای تعارض مصلحت سنجی ها با آموزه های دینی از یک سو و عرفی سازی و سکولاریزاسیون از سوی دیگر راهی نخواهد داشت (افتخاری، ۱۳۹۰: ۱۶۴).

۱. سکولاریسم در فرانسه یا لائیسیته (به فرانسوی: laïcité) به دخالت نکردن دین در امور دولتی گفته می شود. واژه نامه ها معمولاً laïcité را به سکولاریته یا سکولاریسم ترجمه می کنند. اگرچه گاهی رقیبان مخالف لائیسیته آن را در ترجمه زبان انگلیسی به laicity و laicism نیز تغییر دادند

۴-۸. ضابطهٔ هماهنگی و سازواری استصلاح با غایات و احکام شریعت

ابتنای مصلحت بر دین و اهداف یا غایات شریعت خواهد بود، در غیر این صورت نیز مشروعیت مصلحت از بین رفته و قابل عرضه نخواهد بود. از این رو، شیخ طوسی در عین حال که روابط با اهل ذمه را بر عهدهٔ حاکم اسلامی نهاده است، آن را به مصلحت اسلام مقید دانسته و محتوای آن را در ذیل احکام شریعت جای داده است. در نتیجه، اگر این استصلاح با احکام شریعت در تضاد باشد، از اعتبار خارج است (طوسی، ۱۳۷۸: ۵۲). این هدف‌مندی و غایت‌مداری است که باعث تنظیم و تعدیل مصالح و به واقع موجب انسجام فرایند استصلاح و حرکت فرایند در مسیری صحیح خواهد شد. از این رو، مصالح علاوه بر تأمین اهداف شریعت، در موضوع سیاست جنایی، باید در مسیر اهداف و غایات سیاست جنایی مدون شوند. برای مثال، چنانچه تعمیم عدالت‌غایت دین و سیاست جنایی مبتنی بر آن دانسته شود، فرایند استصلاح نیز به عنوان روش و نحوهٔ دسترسی به آن هدف باید در مسیر اهداف حرکت کند و بر مبنای آن تعریف شود. دربارهٔ لزوم هماهنگی اهداف با وسائل و راه‌های وصول به آنها معمولاً چنانچه اصول حاکم بر اهداف و یا غایات مورد نظر برای یک موضوع واضح و روشن باشند، طرق یا وسایل نیل به آن اهداف اصولاً تابع خصوصیات و ویژگی‌های اهداف خواهند بود. برای مثال، نیل به اهداف دینی از طرق دینی باید حاصل شود و از طرق غیردینی نمی‌توان غایات و اهداف دینی را محقق ساخت. بنابراین، چنانچه برای نیل به یک هدف، از طرق غیرقانونی استفاده شود، نتایج و ادلهٔ حاصله از این طرق، غیرقانونی بوده و قابل استناد نیست. به بیان دیگر، در اسلام برخلاف این دیدگاه که تأمین هدف استفاده از هر نوع وسیله‌ای را توجیه می‌کند، هم غایات و اهداف اهمیت دارند و هم روش‌ها و ابزار و وسائل نیل به آن غایات و اهداف. از این رو، طریق نیل به اهداف شرعی با بهره‌گیری از تدابیر شرعی ممکن خواهد بود. این قاعده در آیین دادرسی کیفری با عنوان قاعدهٔ «بطلان و عدم اعتبار دلیل» و یا قاعدهٔ «میوهٔ درخت مسموم»^۱ که بیانگر بی‌اعتباری ادلهٔ تحصیلی به شیوهٔ غیرقانونی توسط کنشگران نظام عدالت کیفری است یاد می‌شود (نک. مؤذّن‌زادگان و

1. The fruit of the poisonous tree.

مقدم، ۱۳۹۵: ۲۶۷-۲۴۳). البته باید گفت هر چند اصول عدالت کیفری مطلق هستند، این اطلاق در شرایطی برای تأمین یا تضمین مصالحی مهم تر قابل تخصیص است و این موضوع از اقتضانات عدالت محسوب می شود.

۴-۹. ضابطهٔ ابتدای بر عقلانیت

مصلحت و استصلاح باید مبتنی بر استنباط عقل قطعی باشد و نباید این فرایند را بر پایهٔ عقل غیرقطعی بنیان نهاد. این فرایند باید به گونه‌ای باشد که وقتی آن را بر عقول سلیم عرضه می کنند آن را قبول کنند. فقیهان امامیه در پذیرش «عقل عملی» و «عقل قطعی» به عنوان یکی از اسناد معتبر کشف احکام اجماع دارند و این در حالی است که سنجش مصالح مبنای درک عقل است و به بیان دیگر وجود مصالح یا مفاسد مترتب بر افعال مبنای درک عقل از حسن و قبح فعلی تلقی خواهد شد. فقه دینی در آموزه‌های عقلی و شرعی دربر گرفته شده است و در عین آسمانی و قدسی بودن ساحت کاربردی آن زمینی است؛ این عقلانیت تأسیس‌های اصولی و فقهی و کلامی مانند مصلحت و عناوینی از این قبیل را آشکار می سازد.

۴-۱۰. ضابطهٔ هماهنگی با اقتضانات زمانی و مکانی

اصولاً مصلحت در بستر زمان یا مکان موضوعیت می یابد. در واقع، در رابطهٔ مصلحت با زمان و مکان، تحقق یا موضوعیت مصلحت می تواند به مثابهٔ حکم و موضوع یا سبب و مسبب تلقی شود. تا موضوع محقق نشود حکم ثابت نمی شود و اگر موضوعی در شرایط و مقتضیات زمانی و مکانی خاص تغییر کند، حکم نیز تغییر خواهد یافت. به بیان دیگر، از آنجا که مصلحت موضوعی ثابت و پایا نیست، بلکه تحقق آن در زمانی مشخص و شرایطی معین معنا می یابد، زمان و مکان در تغییر موضوع مصلحت نقشی مهم دارند و به همین دلیل شناخت دقیق آنها در شناخت درست مصلحت اثرگذار خواهد بود. مطابق این معنا، می توان اظهار داشت مقولهٔ مصلحت با عنصر زمان و مکان پیوندی گسترده و استوار دارد؛ زمان و مکان شناسی درست یا نادرست می تواند مقتضی مصلحت اندیشی صحیح یا ناصحیح باشد و به تصمیمات متفاوت بیانجامد.

۴-۱۱. ضابطه رعایت قانون اهم و مهم

یکی از ضوابط اصولی مهم و شاید مهم‌ترین آنها در قالب قاعده اهم و مهم نمایان می‌شود. از لحاظ نقلی، پیامبر اکرم (ص) در این مورد می‌فرماید: «هرگاه دو امر واجب‌الاحترام با یکدیگر جمع شدند، امر کم‌اهمیت برای انجام امر بااهمیت تر کنار گذاشته می‌شود» (ابن اثیر، ۱۳۹۹: ۹۴۱). در فقه شیعه، در تعبیر فقهی از این قاعده از عناوین مختلف یاد شده است، مانند «دفع افسد به فاسد» و «اخف الضررین» (کرکی، ۱۴۱۴: ۳۰۶). علامه جعفری در این خصوص گفته است: «اصل در مورد تراحم، تقدیم اهم و مهم است» (جعفری، ۱۴۱۹: ۱۰۶). استاد مطهری نیز گفته است:

«ملازمه و پیوند عقل و دین انعطافی به دستورات دین داده است و به اصطلاح فقها اهم و مهم در کار می‌آید. اگر بین دو دستور دین تراحم برقرار شود باید به کمک عقل اهم را بر مهم ترجیح داد، مثل ورود به زمین غصبی برای نجات غریق، اسلام راهی برای تراحم باز کرده است» (مطهری، ۱۳۶۸: ۳۳۰).

مهم‌ترین کاربرد این قاعده در سیاست جنایی به چالش فلسفی واقعیت‌گرایی با آرمان‌گرایی یا ضرورت مصلحت‌اندیشی با لزوم اجرای بدون تأمل احکام شریعت بازگشت دارد. برای نمونه، در موضوع نخست اگر بین یک هدف واجب و یک وسیله حرام تراحم شکل بگیرد، آرمان‌گرایی بر ترک حرام و در مقابل واقعیت‌گرایی بر اجرای واجب از راه حرام با توجه به اهمیت تأکید دارند، به این معنی که اگر هدف مهم‌تر است باید انجام شود، اگرچه لازمه آن ارتکاب به وسیله حرام باشد و اگر وسیله مهم‌تر است باید هدف را ترک کرد تا وسیله محقق شود.

در این باره، تشخیص میزان اهمیت بسیار حیاتی، مهم و تنش‌زا است. برای مثال، اگر اجرای بعضی حدود مثل رجم منجر به تضعیف نظام حاکم شود، برخی اجرای حد را اهم تلقی می‌کنند و برخی دیگر جلوگیری از تضعیف نظام را. از این رو، لازم است در تعیین میزان اهمیت معیارهایی معرفی شوند، که مهم‌ترین آنها ابتدای بر معیار عقلی و شرعی است. آموزه‌های دینی

صادر شده توسط شارع حکیم است که بر مبنای قاعده ملازمه، قرین با عقل قطعی^۱ یا عقل مبرهن نیز خواهد بود. آیت الله مکارم در این باره می گوید:

«آنچه لازم است بر آن تأکید شود اینکه شناخت مصالح و مفاسد و اهم و غیر اهم باید به حسب مذاق شارع و اهتمامی که شارع مقدس به بعضی از امور بیش از سایر امور داده است باشد نه به حسب مذاق خودمان و آنچه به حسب استحسانات به ذهن ما می آید (...). [در تراحم حق الناس (حقوق شهروندان) با حق الله، می توان به این نتیجه رسید که حق الناس مقدم است و از این رو] هر حقی که متعلق به حق الناس باشد، در مقایسه با تکالیف شرعی محض اولویت دارد» (مکارم، ۱۴۲۵: ۵۰۱).

همچنانکه آیت الله خوئی معتقدند «تقدیم حق الناس بر حق الله و حق مالی انسان بر حق الهی روح فقه اسلامی را تشکیل می دهد» (خویی، ۱۴۱۰: ۹۷)، برخی ابطال حق الناس را نامعقول می دانند (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۴۵) و صاحب جواهر ترجیح حق آدمی بر حق الله را مبنای استنباط حکم شرعی قرار داده و بسیاری از دیگر فقیهان شیعه نیز بر تقدیم حق انسان بر حق الله تأکید کرده اند (نجفی، ۱۳۶۷: ۶۱). از آثار این ترجیح در محاکمات می توان به امکان انجام محاکمات غیابی برای ممانعت از تضییع حق بزه دیده اشاره کرد (نک. ماده ۳۴۵ قانون آیین دادرسی کیفری). نمونه دیگر اینکه عقل قطعی تأیید می کند که در تعارض میان حقوق اشخاص و حقوق جامعه، حقوق جامعه مقدم است و از این رو، فقها بیان می دارند:

«حفظ مصالح عامه غالباً بر مصالح افراد ترجیح دارد و ادله قصاص و ضمان گرچه مطلقاً اند ولی در تراحم با مصالح عامه، امام می تواند مصالح عامه را بر آنها مقدم دارد و حبس جانی گرچه منافات دارد با سلطنت بر خود ولی چون آزادی او امنیت عمومی را تهدید می کند، عقل حکم می کند که مصلحت عامه بر خاصه ترجیح داشته باشد» (منتظری، ۱۳۸۰: ۳۳۱).

۱. عقل قطعی یا مبرهن عبارت است از پای بندی منطقی به مبانی عقلانی و دلایل و برهان هایی که بر اساس آنها حقایق دین پذیرفته شده و التزام به فقه به عنوان روش شناسی تصمیم گیری فراهم آمده است.

۵. جلوه‌های کاربرد استصلاح ضابطه‌مند در عمل

۱-۵. حکم اجرای مجازات‌ها در فرض تراحم

در عمل، گاه میان مصلحت ناشی از اجرای مجازات و مصالح یا مفاسد دیگر تراحم حاصل می‌شود. دقت در احکام قانون‌گذار در موارد تراحم و اینکه او تا چه اندازه بر اجرای مجازات اصرار دارد و در چه مواردی از اجرای آن چشم می‌پوشد به خوبی نمایانگر نگرش قانون‌گذار به مجازات و اهداف آن است. برای مثال، در دوران ما برخی فقیهان به درستی اجرای مجازات «رجم» را جایز نمی‌دانند، بدین سبب که اجرای این مجازات موجب پیدایش نوعی تنفر و انزجار از مقررات اسلامی در افکار عمومی است (طباطبائی، ۱۳۷۷: ۷۲). از نگاه چنین فقیهانی، باید در چنین فرضی از مصلحت حاصل از اجرای مجازات رجم، هر چه باشد، چشم پوشید. این مهم نشان می‌دهد که قانون‌گذار اسلام حاضر نیست برای به دست آوردن مصلحت اجرای مجازات‌ها هر بهایی را، گرچه گران، پردازد (نک. ماده ۲۲۵ قانون مجازات اسلامی).

۲-۵. دفاع از جامعه و عفت عمومی

ارتکاب رفتارهای خلاف اخلاق در انظار عمومی، به ویژه اگر به طور مشخص با هدف نقض اخلاق و عفت عمومی باشد، نشان‌دهنده بی‌اعتنایی کامل بزه‌کار به ارزش‌های اخلاقی و گستاخی او است. در واقع، نقض آشکار هنجارهای دینی حرمت ارزش‌ها را می‌شکند و جامعه را به حالت نابهنجاری یا مرز آن نزدیک می‌سازد. از این رو، فرآیندهای کیفری در واکنش به اشاعه فحشا و فساد باید به گونه‌ای طراحی شوند که در درجه نخست از عفت عمومی به عنوان یکی از ارزش‌های عمومی به خوبی پاسداری کنند.

۳-۵. قاعده تعزیر بر اساس صلاح‌دید حاکم (التعزیر بما یراه الحاکم)

بر اساس این قاعده، اجرای تعزیر بر اساس مصلحت‌سنجی‌های حاکم است. حماد بن عثمان از امام صادق (ع) درباره مقدار تعزیر پرسید، امام در پاسخ فرمود: «حاکم باید جرم مجرم را

بسبب، قوت بدنی او را ملاحظه کند و سپس به هر مقدار که مصلحت دانست وی را تعزیر کند» (عاملی، ۱۴۱۶: ۵۸۴). شیخ طوسی معتقد است: «امر تعزیر به حاکم واگذار شده تا اگر مصلحت بداند به اجرای آن پردازد و اگر تشخیص دهد که دارای مصلحت نیست از اجرای آن خودداری ورزد» (طوسی، بی تا: ۶۹). ابن ادریس نیز می گوید: «نظر حاکم در تعزیر مؤثر است تا به هر چه مصلحت مردم و بزهکار اقتضا می کند عمل کند» (ابن ادریس، ۱۴۱۱: ۲۵۹). در واقع، در کیفرهای تعزیری، عنصر مصلحت هم در اصل جرم‌انگاری و هم در نحوه مجازات‌ها نقشی مهم دارد.

مهم‌ترین معیاری که حاکم، قاضی یا کنشگران دستگاه عدالت کیفری در تعیین یا اجرای تعزیرات باید داشته باشند برخورداری از صفت عدالت است (انصاری، ۱۳۸۵: ۳۸۹)، که با بهره‌گیری از آن مصلحت‌سنجی عادلانه صورت می‌گیرد. در عمل، می‌توان سه فرض کلی را در تعیین و اجرای مجازات تصور کرد: نخست آنکه اثبات شود مقصود شرع از اجرای کیفر دستیابی به هدف یا اهدافی خاص است، ولی در عمل، هدف یا اهداف مورد نظر محقق نشوند. دوم اینکه اجرای مجازات‌ها نه تنها اهداف مورد نظر را برآورده نسازد، بلکه مقصودی وارونه را نتیجه دهد. سوم آنکه اجرای مجازات‌ها اهداف مورد نظر را تأمین کند، اما موجب مفسده‌ای بیشتر از مصالح موجود در اجرای مجازات‌ها شود. در این فرض، قاضی یا کنشگر عدالت کیفری باید به گونه‌ای اقدام کنند که اهداف غایی شریعت و یا قانون‌گذار تأمین شوند؛ این موضوع جز از طریق استصلاح ضابطه‌مند حاصل نمی‌شود. بر این مبنا نباید پنداشت که اطلاق ادله‌ای که مجازات‌هایی را جعل کرده‌اند بر موضوعیت داشتن آنها دلالت می‌کنند؛ در واقع حکم به اجرای مجازات از آغاز مقید به تحصیل هدف است.

۴-۵. استصلاح در اعمال تأسیسات تخفیفی، تعلیقی و تعویقی

در اعمال تأسیسات تخفیفی، تعلیقی و تعویقی به نوعی مصلحت‌سنجی‌های قضایی نگریسته می‌شوند. سیاست‌گذار تقنینی اعمال این تأسیسات را در جرایم تعزیری جاری دانسته است، که

بر اساس قانون و به تشخیص مقام قضایی تعیین می‌شوند (نک. ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی)، نظیر ماده ۳۷ قانون مجازات اسلامی دربارهٔ اختیار قاضی در اعمال تخفیف؛ ماده ۳۹ همان قانون دربارهٔ اختیار قاضی در معافیت متهم از کیفر با حصول شرایطی؛ و تعلیق مجازات و تعویق صدور حکم با تأکید بر عدم امکان اعمال در جرایم مقرر در ماده ۴۷ قانون مجازات اسلامی. برخی از این جرایم مهم که از شمار جرایم قابل تعلیق و تعویق خارج شده‌اند عبارتند از جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی، خرابکاری در تأسیسات آب، برق، گاز، جرایم سازمان‌یافته و ...

۵-۵. مفسدهٔ تنفیر از دین

بحث دربارهٔ قاعدهٔ حرمت تنفیر (نک. نوبهار، ۱۳۸۴: ۱۷۲-۱۲۹) از این نقطه آغاز می‌شود که آیا بدآیند افکار عمومی از احکام شریعت می‌تواند در اجرای آنها اثرگذار باشد؟ اگر اجرای حدی خاص از حدود اسلامی باعث دین‌گریزی شود، آیا اجرای آن همچنان لازم است؟ همین موضوع وجه ممیز اصلی قاعدهٔ حرج از این قاعده است. مفاد قاعدهٔ حرمت تنفیر از دین را می‌توان چنین بیان کرد:

«انجام دادن هر عملی که موجب بیزاری و نفرت مردم از دین شود حرام است. اگر عمل به حکم الزامی و شرعی موجب گریزان شدن مردم از دین شود، باید از عمل نمودن به آن خودداری شود. آموزه‌های دینی و حیانی و قدسی‌اند، ولی این آموزه‌ها در مقام اجراء در جامعهٔ انسانی وجه اجتماعی پیدا می‌کنند، لذا لازم است که این آموزه‌ها با فضای اجتماعی موافق باشند. در این خصوص سیدمرتضی در حدیثی مرسل از پیامبر نقل فرموده است که یسروا و لاتعسروا اسکنوا ولا تنفروا، خیر دینکم الیسر، یعنی آسان بگیرید و سخت نگیرید و مردم را گریزان نسازید. بهترین تعالیم دین شما آموزه‌های آسان است» (شیخ مرتضی، بی‌تا: ۲۴۶).

بر این اساس، شارع مقدس اموری مانند رجم زناکار، قطع دست و پای سارق و ... را همچون شری ضروری برای نیل به اهدافی جعل کرده است، حال اگر ابزارها یعنی مجازات‌های مقرر قادر به تأمین اهداف نباشند، آیا همچنان مطلوبیت شرعی دارند؟ در این باره باید گفت مجعولات

شرعی در تعیین نوع و کیفیت کیفرها بیشتر از نوع قاعده‌مند و منضبط کردن مجازات‌ها بوده است. شاید اشکال شود که اجرای قاعده تنفیر ممکن است به تعطیلی حدود بینجامد، ولی تأکیدی که تعطیلی حدود یا تغییر در اعمال حدود را مذموم می‌دانند مربوط به حالتی هستند که تعطیلی حدود بر اثر هوا و هوس یا برداشت‌های غلط شخصی باشد، نه استصلاحی که بر اساس ارتکازات عقل قطعی و ملازم با آموزه‌های دینی و با لحاظ تمام شرایط انجام می‌شود. برابری دیات اقلیت‌ها در ماده ۵۵۴ ق.م.ا و یا پرداخت مابه‌التفاوت دیه زن از صندوق تأمین خسارت‌های بدنی مقرر در تبصره ماده ۵۵۱ ق.م.ا مؤید رویکرد جدید قانون‌گذار در این باره است. قلمرو این قاعده شامل آن دسته از محرّمات یا واجبات الهی است که التزام یا اجرای آنها باعث دین‌گریزی و یا حتّی دین‌ستیزی است، چنانکه بر مبنای این قاعده حکم آن عمل و رفتار از «اباحه» به «حرمت» تغییر می‌کند.

نتیجه

کیفی‌سازی سیاست‌گذاری در عرصه تدوین و اجرای قوانین کیفری، که با تأمین و تضمین مصالح مهم فردی و اجتماعی افراد مانند دین، نفس، نسل، عقل و مال رابطه مستقیم دارد، و همچنین لزوم سازواری این فرایند با اقتضائات زمانی و مکانی از یک سو و با الزامات عدالت و کرامت از سوی دیگر همواره در کانون توجه شارع و قانون‌گذار بوده‌اند. در این راستا، کاربرد صحیح و فرایندمحور مصلحت، که می‌توان از آن با عنوان فرایند استصلاح یاد کرد، می‌تواند سیاستی روشمند و راهبردی کلان در عرصه قانون‌گذاری، قضا و اجراء محسوب شود، که می‌تواند تعارضات ماهوی و تراحمات شکلی را در سیاست‌گذاری جنایی مرتفع سازد. با توجه به اهمیت و اجتناب‌ناپذیری بهره‌برداری از آن و نیز آسیب‌ها و چالش‌های متصور در کاربرد مصلحت در سیاست‌گذاری تقنینی و دینی، که از جمله مهم‌ترین آنها سکولاریزاسیون دین، ابتنای آن بر مبادی مبهم و مجمل، احتمال ورود برداشت‌های شخصی و نیز سوءاستفاده حاکمیت از این فرایند در تضمین اهداف مورد نظر خود است، ضابطه‌مند کردن کاربرد مصلحت در قالب

اصول مشخص و روشن ضروری است. بر مبنای آموزه‌های دینی، در سیاست‌گذاری‌های جنایی می‌توان مهم‌ترین ضوابط فرایند استصلاح را قطعیت، ضرورت، حتمیت، کلیت و ابتدای آن بر عدالت، کرامت، آموزه‌های شرعی، غایات و اهداف شریعت، آموزه‌های عقلی، اقتضائات زمانی و مکانی و همچنین لزوم کمیت و کیفیت تاثیرگذاری مصلحت از لحاظ مدت و پایایی و نیز رعایت قانون اهم و مهم معرفی کرد، که کلیه سیاست‌گذاران و کنشگران عرصه عدالت جنایی باید آنها را به نحوی دقیق مورد توجه قرار دهند.



منابع

الف. فارسی

- 0 آلمن، اندرو. (۱۳۸۶). *درآمدی بر فلسفه حقوق*، ترجمه بهروز جندقی، مرکز انتشارات مؤسسه امام خمینی، قم.
- 0 افتخاری، اصغر. (۱۳۷۸). «مصلحت به مثابه روش»، مجموعه مقالات کنگره امام خمینی و حکومت اسلامی (احکام حکومتی و مصلحت)، جلد ۷، موسسه تنظیم آثار امام خمینی، تهران.
- 0 (۱۳۹۰). *مصلحت*، مجموعه مفاهیم بنیادین علوم انسانی اسلامی، انتشارات دانشگاه امام صادق، تهران.
- 0 انصاری، قدرت‌الله. (۱۳۸۵). *تعزیرات از دیدگاه فقه و حقوق جزا*، چاپ ۱، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، قم.
- 0 توکلی، اسدالله. (۱۳۸۴). *مصلحت در فقه شیعه و سنی*، انتشارات مؤسسه امام خمینی، قم.
- 0 جعفری، محمد تقی. (۱۴۱۹ق). *رسائل فقهی*، چاپ ۱، مؤسسه منشورات کرامت، تهران.
- 0 (۱۳۷۳). *حکمت اصول سیاسی اسلام*، تفسیر فرمان امام علی به مالک اشتر، بنیاد نهج البلاغه، تهران.
- 0 حسینی بهشتی، علیرضا. (۱۳۷۹). *مبانی معرفت شناختی نظریه عدالت اجتماعی*، انتشارات مؤسسه تحقیقات علوم انسانی و نشر بقیه، تهران.
- 0 خالد مسعود، محمد. (۱۳۸۲). *فلسفه حقوق اسلامی*، ترجمه محمدرضا ظفری و فخرالدین اصغری آق مشهدی، انتشارات بوستان کتاب، قم.
- 0 راسخ، محمد. (۱۳۸۷). *حق و مصلحت (مقالاتی در فلسفه حقوق، فلسفه حق و فلسفه ارزش)*، انتشارات طرح نو، تهران.
- 0 رالز، جان. (۱۳۸۷). *نظریه عدالت*، ترجمه سید محمد کمال سروریان، نشر مطالعات فرهنگی و اجتماعی، تهران.

- 0 سماواتی پیروز، امیر و محمود عباسی. (۱۳۸۸). «تحقق مصلحت؛ از مبانی فقهی تا بایسته‌های کیفی»، حقوق و مصلحت، دوره تابستان، شماره ۳، صص ۵۳-۶۱
- 0 فاضل لنکرانی، محمد. (۱۳۷۹). آئین‌گذاری از دیدگاه امام علی علیه‌السلام، چاپ هفتم، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، تهران.
- 0 فرساد، فاروق. (۱۳۸۸). ضوابط تشخیص مصلحت در شریعت، مجموعه مقالات، جلد اول، نشر عابد، تهران.
- 0 کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۵). فلسفه حقوق، شرکت سهامی انتشار، تهران.
- 0 محمدی، ابوالحسن. (۱۳۹۶). مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ ۵، انتشارات دانشگاه تهران، تهران.
- 0 مرعشی، محمد حسن. (۱۳۷۶). دیدگاه‌های نو در حقوقی کیفری اسلام، نشر میزان، تهران.
- 0 مزینانی، محمد صادق. (۱۳۸۷). مصلحت نظام از نگاه امام خمینی، جلد ۲، اندیشه جوان، تهران.
- 0 مطهری، مرتضی. (۱۳۶۸). مجموعه آثار، اسلام و نیازهای زمان، جلد ۲۱، انتشارات صدرا، تهران.
- 0 (۱۳۸۱)، نظام حقوق زن در اسلام، چاپ ۳۱، انتشارات صدرا، تهران.
- 0 موذن‌زادگان، حسنعلی، سهیل مقدم، سحر. (۱۳۹۵). «قاعده بطلان دلیل در دادرسی کیفری (با تأکید بر حقوق آمریکا)»، فصلنامه حقوق کیفری و مطالعات جرم‌شناسی، دانشگاه تهران، دوره ۳، شماره ۳، صص ۲۴۳-۲۶۷.
- 0 نوبهار، رحیم. (۱۳۸۴). «بررسی قاعده فقهی حرمت تنفیر از دین»، مجله تحقیقات حقوقی، یادنامه دکتر شهیدی.
- 0 نیکزاد، عباس. (۱۳۸۵). «جایگاه مصلحت در بستر قانون‌گذاری حکومت اسلامی»، مجله کتاب زنان، شماره ۳۳، صص ۱۶۱-۱۳۰

ب. عربی

- 0 نهج البلاغه. جچنشر محل
- 0 آل کاشف الغطاء، علی. (۱۴۲۲ق). النور الساطع فی الفقه النافع، جلد ۲، مطبعة الآداب، نجف.
- 0 ابن اثیر. (۱۳۹۹ق). النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، جلد ۱، مکتبه العلمیه، بیروت.
- 0 ابن ادريس. (۱۴۱۱ق). السرائر، جلد ۳، مؤسسه نشر اسلامی، قم.
- 0 ابواسحاق شاطبی. (بی تا). الموافقات، جلد ۲، دارالترجمه، بیروت.
- 0 بوطنی، محمد رمضان. (۱۳۸۴). ضوابط المصلحه فی الشریعه الاسلامیه، ترجمه اصغرافتخاری، گام نو، تهران.
- 0 حرّ عاملی، محمد. (۱۴۱۶ق). وسایل الشیعه، جلد ۱۸، مؤسسه ال البيت، قم.
- 0 حسن بن یوسف حلّی. (۱۴۱۲ق). شرح تجرید، نشر جعفری، مشهد.
- 0 حیدری، سید علی نقی. (۱۴۱۲ق). اصول الاستنباط: نشر حوزه علمیه قم، قم.
- 0 خمینی، سیدروح الله. (۱۴۲۰ق). الرسائل، جلد ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، قم.
- 0 خوانساری، احمد. (۱۳۶۵). جامع المدارک، جلد ۳، چاپ دوم، مکتبه الصدوق، تهران.
- 0 خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). الاجتهاد و التقليد، چاپ سوم، دارالهادی، قم.
- 0 زحیلی، وهبه. (۱۴۱۶ق). الوجیز فی اصول الفقه، دارالفکر المعاصر، دمشق.
- 0 سبزواری، عبدالاعلی. (۱۳۷۶). تهذیب الاصول، جلد ۲، نشر مؤسسه المنار، قم.
- 0 شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن. (۱۳۷۸ق). المبسوط فی فقه الامامی، جلد ۲، مکتبه مرتضویه، تهران.
- 0 صابری، حسین. (۱۳۸۴). فقه و مصالح عرفی، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم.
- 0 طباطبایی، محمدحسین. (۱۳۷۹). المیزان فی تفسیر القرآن، جلد ۵، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
- 0 عسگری، ابو هلال. (۱۴۱۲ق). الفروق اللغویه، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
- 0 علوانی، طه جابر. (۱۴۲۱ق). مقاصد الشریعه، دارالهادی، بیروت.

- 0 غزالی، ابو حامد محمد. (۱۳۶۱). *المستصفی فی علم الاصول*، دار الفکر، بیروت.
- 0 فیاض، محمد اسحاق (۱۴۱۹ق)، *محاضرات فی اصول الفقه*، جلد ۱، چاپ ۴، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
- 0 کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق)، *الکافی*؛ جلد ۷، چاپ ۴، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
- 0 محقق کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد*، جلد ۳، چاپ دوم، مؤسسه آل‌البیت، قم.
- 0 محقق‌الأردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳ق). *مجمع‌الفائده و البرهان*، دفتر نشر اسلامی، قم.
- 0 مصطفوی، حسن. (۱۳۷۴ش). *التحقیق فی کلمات القرآن*، جلد ۶، وزارت فرهنگ و ارشاد، تهران.
- 0 مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۴ق). *انوار الاصول*، جلد ۲، مدرسه امام علی، قم.
- 0 (۱۴۲۵ق). *انوار القهاه؛ کتاب البیع*، مدرسه امام علی، قم.
- 0 منتظری، حسینعلی. (۱۳۸۰). *نظام الحکم فی الاسلام*، چاپ ۱، نشر سراسی، قم.
- 0 نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۷ق). *جواهر الکلام*، جلد ۴۰، دارالکتب الاسلامیه، تهران.
- 0