

مدل‌شناسی سیاست جنایی اسلام

دکتر رحیم نوبهار*

چکیده

استاد دلماس مارتی سیاست جنایی، در معنای موسّع آن، را مدل‌بندی نموده است. او سیاست جنایی اسلام یا به تعبیری، سیاست جنایی کشورهای اسلامی را با مدل دولت اقتدارگرای فراگیر (توتالیتز) هم‌نوا دانسته است. این نوشتار با تجزیه و تحلیل دیدگاه‌های اصلی مدل اقتدارگرای فراگیر، استدلال می‌کند که می‌توان قرائتی اقتدارگرایانه از اسلام داشت؛ اما با توجه به تأکید اسلام بر عنصر فرد و هویت مستقل او در برابر جامعه و دولت، لزوم طراحی سازوکارهای قضایی لازم آن‌گونه که مقتضای یک محاکمه دقیق، عادلانه و به دور از اشتباهات قضایی باشد، پذیرش تفکیک قلمرو جرم به معنای حقوقی آن از انحراف و گناه، تأکید بر رعایت اصل قانون‌مندی و لوازم آن، پذیرش جامعه مدنی و حوزه

* پژوهشگر حوزوی و استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی. این مقاله گزیده‌ای از یک طرح تحقیقاتی است که در سال ۱۳۸۹ توسط نویسنده در دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی انجام گرفت. لازم می‌دانم از جناب آقای دکتر سیدمحمد قاری سیدفاطمی مدیر وقت قطب علمی حقوق عمومی و حقوق بشر برای مساعدت در تصویب و انجام مراحل گوناگون این طرح پژوهشی سپاسگزاری کنم. همچنین از استاد ارجمند جناب آقای دکتر نجفی ابرندآبادی برای پذیرش مسئولیت داوری و مشاوره علمی طرح تشکر می‌کنم. نیز تلاش‌ها و پیگیری‌های سرکار خانم ناریس ناصری مثنی قطب علمی را ارج می‌نهم.

عمومی جدا از دولت به مثابه کانون‌های توسعه و ترویج خیر عمومی، مدل سیاست جنایی اسلام به شدت از مدل اقتدارگرا و به‌ویژه اقتدارگرای فراگیر فاصله می‌گیرد. همزمان با توجه به تأکید دیدگاه‌های اسلامی بر مفاهیمی چون خیر عمومی، مصلحت همگانی، امر به معروف و نهی از منکر، اخلاق مسئولیت، توجه به جامعه و همبستگی اجتماعی، مدل متناسب با اندیشه‌های اسلامی تا اندازه‌ای به مدل‌های جامعوی نزدیک می‌شود؛ بدین‌سان مدل سیاست جنایی اسلام در میانه مدل جامعوی و آزادی‌گرا قرار می‌گیرد.

کلید واژگان

اسلام، سیاست جنایی، اقتدارگرای، فقه جزایی اسلام.

مقدمه

درباره این که سیاست جنایی اسلام دارای چه جهت‌گیری‌های کلی است و آیا آموزه‌های موجود در فقه کیفری در بردارنده رکن‌های یک سیاست جنایی به معنای دقیق کلمه هست یا نه؛ دیدگاه‌های گوناگونی می‌توان مطرح نمود. جدا از این مسئله، استاد دلماس مارتی - صاحب‌نظر نامدار سیاست جنایی - برای نخستین بار در کتاب نظام‌های بزرگ سیاست جنایی با الهام از مدل‌های رایج در زبان‌شناسی مدرن، گونه‌های موجود سیاست جنایی را تقسیم‌بندی کرده است. او به لحاظ روش‌شناسی فصل جدیدی را در پژوهش‌های سیاست جنایی گشوده است. بی‌گمان، ابداع این شیوه به سیاست جنایی و دیگر علوم جنایی وابسته به آن غنای ویژه‌ای خواهد بخشید. او در این اثر، سیاست جنایی را با توجه به رویکردش به سه مقوله: آزادی، برابری و قدرت، به انواع گوناگونی تقسیم نموده است. مدل‌های اصلی سیاست جنایی عبارتند از: مدل دولت-جامعه لیبرال، مدل دولت اقتدارگرا، مدل اقتدارگرای فراگیر، و مدل‌های جامعوی. مدل اخیر خود در برگیرنده مدل جامعه خودگردان و مدل آنارشسیسم است.

دلماس مارتی بی‌آن که فصل مستقلی را به بررسی مدل سیاست جنایی اسلام یا کشورهای اسلامی اختصاص دهد، در موارد متعددی سیاست جنایی اسلام را از نوع اقتدارگرای فراگیر (توتالیترا) برشمرده است. این مدل به لحاظ هدف تلاش می‌کند تا همه افراد جامعه را کاملاً متجانس و یک‌پارچه سازد و مفهوم جرم و کثرت‌روی را در هم ادغام کند. سیاست جنایی اقتدارگرای فراگیر به لحاظ ساختار، ساده است. در این مدل به لحاظ روش، بر سرکوب کیفری تأکید می‌شود و این منطق به کل شبکه کیفری تعمیم می‌یابد.

این مدل با به‌کارگیری روش‌های حقوقی گونه‌گون از جمله قیاس در امور کیفری و بی‌توجهی به اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات، دامنه جرم را گسترش می‌دهد. مدل یادشده همچنین با حذف فرض بی‌گناهی، استفاده از شکنجه برای گرفتن اقرار و حتی اعدام‌های بی‌محاکمه، سرکوب را تشدید می‌کند. در این مدل، نهاد قانون‌گذاری به سه شیوه سیاسی، حقوقی و قضایی تضعیف می‌شود و قوه مجریه بر قوای دیگر برتری تام دارد. نهادهای مدنی از جمله کانون‌های وکلا یا به کلی منتفی بوده یا بسان ابزاری در کنترل دولت نقشی سرکوب‌گرانه دارند. سلطه تام از آن رهبر فرهمند است که بر همه نهادها- از جمله، نهادهای قضایی- برتری دارد و در نتیجه، اصل تفکیک قوا معنای روشنی ندارد.

دل‌ماس مارتی برای مدل دولت اقتدارگرای فراگیر، از کشورهای اسلامی، چین کنونی و شوروی سابق نمونه می‌آورد. او در مورد چین و شوروی سابق مثال‌هایی از مواد قانونی و رویه‌های عملی برای مدعای خود می‌آورد، ولی در مورد اسلام بی‌آن‌که به منابع درخور توجهی ارجاع دهد، به ذکر کلیاتی بسنده می‌کند. مهم‌ترین این‌ها، وی توضیح نمی‌دهد که آیا از اسلام همانند یک مکتب فکری سخن می‌گوید؛ یا واقعیتی که در برخی از کشورهای اسلامی کم‌ویش به احکام و مقررات کیفری آن استناد می‌شود. نیز روشن نیست در صورت اخیر، مقصود وی کدام کشور یا کشورهاست؟ او در جایی کشورهای اسلامی را در رابطه با نحوه برخورد با سنت اسلامی به چند دسته تقسیم می‌کند: ۱. ایران پس از انقلاب اسلامی و عربستان سعودی که سنت اسلامی را کاملاً وارد نظام اداره کشور کرده‌اند. ۲. کشورهایی که در آن‌ها سنت اسلامی از دولت جداست؛ آن‌گونه که در ترکیه رایج است. ۳. کشورهایی که اسلام منبع حقوق رسمی آن‌هاست و قوانین نباید مغایر

با احکام قرآن باشند؛ در واقع، کشورهایی که سنت اسلامی را به‌طور جزئی در نظام خود گنجانده‌اند؛ مانند: مراکش، مصر و سودان. ۴. کشورهایی که اسلام دین رسمی است، ولی اسلام به‌عنوان منبع حقوق مورد توجه قرار نمی‌گیرد؛ مانند تونس.^۱ او گاه برخوردار از گد کیفری یا عدم آن را سنجه تفکیک کشورهای اسلامی از یکدیگر قرار داده، گفته است: «حقوق کیفری در بسیاری از کشورهای دارای فرهنگ اسلامی تدوین و در قالب یک مجموعه (کد) گردآوری و تنظیم شده است، ولی حقوق اسلامی در کشورهای دیگر مانند عربستان سعودی، کویت، ایران یا پاکستان تنها شکل حقوق لازم‌الاجراست.»^۲

پرداختن به تمامی ویژگی‌های مدل اقتدارگرای فراگیر و ارزیابی آن‌ها با دیدگاه‌های اسلامی در یک مقاله نمی‌گنجد. این نوشتار تنها دیدگاه‌های کلی مدل همراه با رویکردهای عملی هماهنگ با این دیدگاه‌ها را از چشم‌انداز سازگاری یا ناسازگاری آن‌ها با آموزه‌های اسلامی به بحث می‌گذارد. بررسی این رویکردها سرانجام داوری درباره سازگاری یا ناسازگاری سیاست جنایی اسلام با مدل اقتدارگرا را آسان می‌سازد. در ادامه پس از تبیین مفهوم مدل، نخست ویژگی‌های مدل اقتدارگرا را مرور می‌نماییم؛ آن‌گاه به بررسی آن‌ها از چشم‌انداز سازگاری یا ناسازگاری آن‌ها با دیدگاه‌های اسلامی می‌پردازیم.

۱. دلماس مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران:

میزان، چاپ اول، ۱۳۸۱، ص ۲۴۲.

۲. همان، ص ۲۴۳.

۱. مدل و معنای آن در سیاست جنایی

مدل یا الگو در مبحث سیاست جنایی در معنایی جز معنای حقوقی آن به کار می‌رود. مدل در سیاست جنایی یعنی تکنیک (فن یا شیوه) ارائه و بازنمایی یک موضوع و یا یک فرایند؛ مدل به خودی خود تخمین و برآورد آن چیزی است که مشاهده می‌شود. بدین‌سان ضرورتاً شکاف و فاصله‌ای، مدل را از واقعیت جدا می‌کند؛ زیرا اگر مدل دقیقاً مانند واقعیت باشد، وصف «مدل‌بودن» خود را از دست می‌دهد.

ویژگی‌های مدل را می‌توان این‌گونه برشمرد: نخست: فایده‌بازنمایی اجمالی کلی دارد؛ بنابراین اجازه می‌دهد تا موضوع مورد بحث، جمع‌بندی شود و از کوچک کردن‌های بسیار یک موضوع حاشیه‌ای، اجتناب شود. دوم: مدل، بذری قابلیت رد خود را در خود دارد؛ و بدین‌سان به شناخت و علم، اجازه پیشرفت می‌دهد. سوم: مدل، انتزاعی است؛ یعنی تنوع ملموس زندگی را مورد سؤال و مطالعه قرار می‌دهد و تلاش می‌کند تا آن را از جریان غیرارادی روزانه‌اش جدا کند.^۳

اصول لازم‌المراعات برای مدل آن است که نخست: اعتبار داخلی داشته باشد؛ یعنی از انسجام منطقی برخوردار باشد. دوم این که با واقعیت‌های خارجی تطابق داشته باشد.^۴

۱.۱. تقسیم‌بندی مدل‌ها

مدل‌ها در یک تقسیم‌بندی کلی به کامل و انقباضی تقسیم می‌شوند؛ معیار اساسی این

۳. همان، ص ۹۵.

۴. همان.

تقسیم‌بندی، ادغام یا تفکیک جرم از انحراف است. مدل‌های کامل عبارت‌اند از: مدل دولت اقتدارگرا؛ مدل جامعه خودگردان؛ مدل دولت-جامعه لیبرال و مدل دولت-جامعه پزشکی-اجتماعی.

در مدل دولت اقتدارگرا پاسخ‌ها به بزه و انحراف، دولتی است، نه جامعه‌ی؛ برعکس در مدل جامعه خودگردان پاسخ‌ها به بزه و انحراف، جامعه‌ی است، نه دولتی. در مدل دولت-جامعه لیبرال پاسخ‌ها به بزه دولتی است، نه جامعه‌ی؛ اما پاسخ‌ها به انحراف، جامعه‌ی است نه دولتی. در مدل دولت-جامعه پزشکی-اجتماعی، پاسخ به بزه و انحراف جامعه‌ی است نه دولتی. دو نمونه عمده مدل‌های انقباضی عبارتند از: مدل دولت اقتدارگرای فراگیر؛ و مدل جامعه آنارشیزست؛ در مدل دولت اقتدارگرای فراگیر پاسخ به بزه و انحراف، دولتی است، نه جامعه‌ی. برعکس در مدل جامعه آنارشیزست پاسخ‌ها به بزه و انحراف جامعه‌ی است، نه دولتی.

دل‌ماس مارتی گونه‌ای از مدل با عنوان مدل‌های صفر را هم تصوّر کرده است. در مدل‌های صفر، سیاست جنایی از بین می‌رود؛ حال یا به دلیل فقدان هر گونه پاسخ اجتماعی؛ یا به دلیل فقدان هر گونه پدیده مجرمانه؛ و یا به دلیل فقدان ارزش‌هایی که مبنای قواعداند؛ زیرا وقتی ارزش از میان می‌رود یا اصلاً ارزش ظهور نکند، دیگر جرم یا انحرافی وجود ندارد تا به سیاست جنایی نیاز باشد؛ چنین مدلی را آنومی هم می‌توان

نامید.^۵ به نظر دلماس مارتی سه مدل صفر را هم می‌توان به مدل‌های پیشین افزود: مدل اتوپیای آنارشویست که پاسخ دولتی در آن به کلی صفر است. مدل اتوپیای اقتدارگرای فراگیر که بزه و انحراف در آن صفر است و در نتیجه چیزی به نام پاسخ دولتی یا جامعه‌وی وجود ندارد. و سرانجام، مدل آنومی که چون ارزش در آن صفر است، بزه و انحرافی وجود ندارد. در نتیجه، پاسخ‌های دولتی - جامعه‌وی به هر یک از بزه و انحراف نیز صفر است. پیداست که به‌ویژه سه مدل اخیر بسیار انتزاعی و ذهنی‌اند.

۱-۲. ویژگی‌های مدل اقتدارگرای فراگیر (توتالیتز)

برای داوری درباره سازگاری یا ناسازگاری دیدگاه‌های اسلامی با مدل اقتدارگرا دانستن ویژگی‌های کلی و اساسی آن ضروری است.

اهداف کلی مدل: مدل اقتدارگرا به لحاظ رویکردها و اهداف کلی بر آن است تا افراد را در پیکره‌ای کاملاً متجانس و یک‌پارچه جذب و ادغام کند. مدل به لحاظ ساختار، ساده است و از راه‌های گوناگون بر این سادگی اصرار می‌ورزد. در مدل اقتدارگرا مفهوم جرم و انحراف در یکدیگر ادغام می‌شود و پاسخ‌های دولتی مربوط به جرم به انحراف هم تعمیم می‌یابد. به دلیل غیبت جامعه و نهادهای مدنی، پاسخ‌ها به بزه و انحراف، تنها دولتی است و از پاسخ‌های جامعه‌وی خبری نیست.

۵. همان، صص ۱۰۲-۱۰۱.

مدل و جامعه مدنی: اقتدارگرایی وجود جامعه مدنی را بر نمی‌تابد یا برای آن نقشی سرکوب‌گرانه قائل است. مدل به حذف انتخاب آزاد و کیل، حذف استقلال کانون‌های وکلا، تضعیف نقش وکلا در جریان رسیدگی، تلاش برای مشارکت گروه‌های اجتماعی خاص در حرفه وکالت برای اهداف سرکوب‌گری، تبدیل گروه‌های اجتماعی به نهادهای اطلاعاتی و سرکوب‌گری اهتمام می‌ورزد.

وضعیت قوای سه‌گانه در مدل اقتدارگرا: این مدل به لحاظ ساختاری و اداری ویژگی‌های خود را دارد. در مدل، برتری آشکار از آن قوه مجریه است. قوه مجریه، رابطه‌ای قوی با شبکه‌های سرکوبی دارد. رابطه قوه مجریه با مراجع جامعوی تنها در چارچوب فعالیت‌های سرکوب‌گرانه است. چیرگی و برتری قوه مجریه در چهره تضعیف قانون‌مداری و نهاد تقنینی از طریق واگذاری اختیار قانون‌گذاری به قوه مجریه در چهره‌های گوناگون، برقراری حالت فوق‌العاده و حکومت نظامی، تعلیق فعالیت‌های پارلمان یا انحلال آن جلوه‌گر می‌شود. در رابطه با قوه قضاییه تمایل مدل به تضعیف این قوه است. تضعیف قوه قضاییه با انتصاب قضات مورد اعتماد از طریق خدشه در اصل غیرقابل عزل- بودن و غیرقابل انتقال بودن دادرسان رخ می‌دهد. مدل همچنین با معلق کردن قضات، دستکاری در معیارهای صلاحیت قضات شامل: سلب صلاحیت از دادگاه‌های عمومی، سلب صلاحیت از قوه قضاییه و کاهش صلاحیت دادگاه‌های عمومی به نفع صلاحیت دادگاه‌های اختصاصی به تضعیف قوه قضاییه ادامه می‌دهد. برعکس، قوه مجریه از راه‌های گوناگون از جمله واگذاری اختیارات دولت به ارتش یا حزب واحد حاکم، تقویت بخشی از قوه مجریه در راستای سرکوب، پیش‌بینی ساختارهای خاص، تقویت نهادهای پلیسی و

توسعه فعالیت‌های پیدا و پنهان آن تقویت می‌شود.

مدل و سرکوب کیفری: در مدل اقتدارگرا بر سرکوب کیفری تأکید می‌شود. منطق سرکوبی به کل شبکه کیفری آمیخته است و دارای خصیصه غالب پلیسی یا نظامی است. شبکه‌های سرکوبی در قالب‌های محدودتر (در مورد نمونه‌های شدید بزه کاری مانند تروریسم و جرایم مربوط به امنیت) نیز طراحی می‌شوند. تمایل مدل به سرکوب گاه به حذف فرد منحرف- بزه‌کار (حذف فیزیکی، حذف حقوقی و محروم نمودن افراد از محاکمه علنی و ترافعی) می‌انجامد.

مدل، توسعه جرم و تضعیف اصل قانون‌مندی: مدل اقتدارگرا از راه‌های گوناگون به توسعه مفهوم جرم می‌پردازد. روش‌های حقوقی مدل برای توسعه مفهوم جرم عبارتند از: به‌کارگیری استدلال مبتنی بر قیاس، به‌کارگیری وصف‌های مجرمانه مبهم و کش‌دار، توسعه مفهوم معاونت در جرم، و عطف به ماسبق کردن جرایم و مجازات‌ها. بدین سان اصل قانون‌مندی جرایم در عمل جایگاه و اهمیتی ندارد.

مدل، ادله اثبات جرم و آیین دادرسی: مدل اقتدارگرا به ادله اثبات جرم و آیین دادرسی هم رویکرد خاص خود را دارد. مدل در زمینه ادله اثبات جرم، اصل (اماره) براءت را حذف می‌کند و شکنجه برای کسب اقرار را روا می‌شمرد. در زمینه شیوه‌های مربوط به آیین دادرسی، مدل با حذف انتخاب آزاد وکیل، حذف رسیدگی ترافعی و علنی، توسعه اختیارات قضات برای زیرنظر قراردادن افراد، توسعه موارد بازداشت موقت و حذف فیزیکی متهم (اعدام بدون محاکمه) تمایل خود به سرکوب هر چه بیشتر و سریع‌تر را عملی می‌سازد.

گرایش‌های مدل: مدل اقتدارگرا دارای گرایش دومی تا اندازه‌ای نرم‌تر از گرایش اول است. در گرایش اول، شبکه‌های سرکوبی در اولویت قرار می‌گیرند؛ ولی در گرایش دوم، اولویت از آن شبکه‌های بهنجارسازی است. هدف همچنان بهنجارسازی افراد است، اما به جای تکیه بر سرکوب کیفری بر خصایص انضباطی مذهبی و پزشکی تأکید می‌ود. در این گرایش، شبکه‌های بهنجارسازی راه‌اندازی می‌شوند تا با تکیه بر قواعد نامتجانس، انحراف و بزه را در هم ادغام نماید. اصل تفکیک قوا در این گرایش هم جایگاهی ندارد و تفوق از آن قوه مجریه است. شبکه‌ها عموماً دولتی‌اند و با نهادهای مرتبط با قوه مجریه ارتباط دارند. جامعه مدنی به کلی منفی نیست، ولی ضعیف و کم‌رنگ است.

۲. ارزیابی رویکردهای کلی مدل اقتدارگرای فراگیر با دیدگاه اسلامی

۲. ۱. ادغام «فرد» در پیکره «اجتماع»

هر قدر مدل دولت-جامعه لیبرال به آزادی و فردیت اهمیت می‌دهد، مدل اقتدارگرا خصم آزادی و فردیت است. هدف مدل اقتدارگرای فراگیر، آن گونه که طبع اقتدارگرایی می‌طلبد، جذب و ادغام افراد در پیکره‌ای کاملاً متجانس و یک‌پارچه است. از جمله عناصر و مؤلفه‌هایی که یک مدل سیاست جنایی را به اقتدارگرایی (با دو گرایش نسبتاً متفاوت آن) نزدیک می‌کند، بی‌توجهی به هویت فردی انسان‌هاست. از اهدافی که به شدت در این مدل پیگیری می‌شود این است که افراد بیشتر از آن رو که دارای هویت جمعی هستند مورد توجه قرار گیرند تا به‌عنوان شخص.

این ویژگی کلی مدل اقتدارگرای فراگیر به هیچ رو با مبانی اسلامی سازگار نمی‌آید. دیدگاه‌های اسلامی هرگز با جذب و ادغام افراد در پیکره‌ای همانند و یک‌پارچه آن گونه که در مدل اقتدارگرای فراگیر مطرح است، هم‌نوا نیست. با آن که در اسلام بر عنصر جامعه و همبستگی اجتماعی تأکید می‌شود، از انحلال هویت فرد در جامعه استقبال نمی‌شود. «فرد» و «فردیت» در اسلام، عنصری محوری است. مخاطب فرمان‌های الهی در قرآن کریم در درجه نخست، افرادند. فرد جدای از جامعه، وجود مستقل دارد و شخصیت او پیش و بیش از جامعه و دولت به حساب آمده است. بنیاد ادیان و اسلام بر کنش آزاد و ارادی در ارتباط با خداوند است؛ لازمه آشکار این امر، بقای فردیت و تأکید بر آن است. اسلام تنوع در سلیق و رویکردها را برمی‌تابد. قرآن مجید خود تنوع در ساحت‌های گوناگون از جمله تنوع در عقیده و مذهب را به رسمیت شناخته است. از شرک و خرافه‌پرستی که بگذریم، اسلام تقریباً همه ادیان موجود در زمان تولد خود را به رسمیت شناخت و به پیروان آن‌ها احترام گذاشت. قرآن مجید در آیه‌ای مدنی، ایمان مسلمانان را در کنار ایمان مؤمنان یهود، مسیحیان و صابثان ستوده و به نیکوکاران این آیین‌ها وعده پاداش داده و خواسته است تا با تکیه بر فضل پرودگار بیم و هراس نداشته باشند.^۶ با آن که در اسلام بر مفهوم امت به معنای جامعه‌ای دارای مقصد و هدف تأکید شده است؛ از یک‌پارچگی و نفی هویت‌های فردی به هیچ‌رو حمایت نشده است. بی‌گمان امت به معنای

۶. بقره (۲): ۶۲.

جامعه توده‌ای و عاری از عقلانیت نیست.

در اندیشه اسلامی آزادی‌های فردی و عدم تلاش برای ادغام فرد در جامعه از وجوهی چند با اهمیت است: از جمله این که جوهر دین، کنش آزادانه و ارتباط آگاهانه با امر مطلق به مثابه آفریننده و پروردگار جهانیان است. این امر هرگز با تحمیل و اجبار به پیروی و نفی انتخاب آزاد آن گونه که در نظام‌های اقتدارگرا رایج است، سازگار نیست. از چشم‌اندازی دیگر، برای پرورش شهروندانی اخلاقی نیز به فضای نسبتاً گسترده‌ای از منطقه آزاد رفتاری نیاز است. تحمیل همه ارزش‌ها و رفتارهای اخلاقی به شهروندان در قالب اعمال ممنوع و جرم شاید مولد رفتارهایی خوب باشد، اما هرگز نمی‌تواند انسان‌های خوبی را پرورش دهد. میان رفتار خوب و شهروندان خوب فاصله بسیار است. نظام اخلاقی اسلام هر چه باشد به رفتارها و کنش‌های آزاد و برخاسته از اراده آزاد بسیار اهمیت می‌دهد. به بیانی دیگر در نظام اخلاقی اسلام در ارزیابی اخلاقی اعمال به نیت و انگیزه درونی یا حُسن فاعلی بها داده می‌شود؛ هر چند این حُسن فاعلی آن گونه که کانت می‌گوید از اطاعت از دستورات عقل سرچشمه بگیرد، ولی در قرائتی از نظرگاه اسلامی از ارتباط درونی آن با خداوند متعال ناشی شود.^۷ اهمیت دادن به انگیزه و اراده درونی در انجام اعمال خوب، مستلزم انتخاب آزاد است؛ این به معنای آن است که وجود فضای آزاد رفتاری، پیش شرط انتخاب عمل اخلاقی است. این امر یک بار دیگر بیان‌گر اهمیت عنصر آزادی در دستگاه

۷. نک. مصباح، مجتبی، فلسفه اخلاق، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۶، ص ۱۶۷.

فکر اسلامی است. در دستگاه فکر اسلامی امر مطلق خداوند است؛ همه تلاش مؤمنان تقرب به خداوند است. هیچ چیز و هیچ کس دیگر حتی پیامبران و رهبران الهی نمی‌توانند مطلق و جایگزین خداوند شوند.^۸

۲.۲. فقدان پاسخ‌های جامعوی به جرم و انحراف در مدل

در نظام‌های اقتدارگرا در سایه حضور پررنگ دولت، حوزه عمومی جدا از دولت و جامعه مدنی غایب بزرگ امور مهم اجتماعی است. در واقع، حکومت اقتدارگرا یا توتالیتر، به نوعی جامعه را به نهاد دولت و حکومت فرو می‌کاهد. نظام توتالیتر بر آن است تا دولت را در تمام عرصه‌های حیات انسانی حاکم بلامنازع کند. این نظام قصد نابودی کامل جامعه مدنی را دارد و بر آن است تا همه چیز و همه کس را به مالکیت دولت درآورد.^۹ در چنین نظامی پاسخ‌ها به جرم و انحراف به دولت محدود می‌شود و جامعه مدنی در این باره نقشی ندارد. جامعه اگر هم محرم تلقی شود، حداکثر نظاره‌گر سرکوب و مجازات است. دلماس مارتی در رابطه با جایگاه جامعه مدنی در زمینه واکنش‌ها می‌گوید: «تفکیک دولت و جامعه مدنی در سنت غربی قویاً جا افتاده است، ولی در جوامع بدون دولت یا در دولت‌هایی که در عمل هیچ‌گونه وجود خارجی و استقلالی برای جامعه مدنی قائل نیستند

۸. آل عمران(۳): ۷۹.

۹. کولاکوفسکی، لچک، توتالیترایسم و فضیلت دروغ، در: چندگفتار در باره دروغ، داستایوسکی و دیگران، ترجمه عباس میلانی، تهران: نشر اختران، چاپ دوم، ۱۳۸۱، ص ۱۶۸.

مانند دولت‌های توتالیتر از نوع غیر مذهبی یا از نوع دینی، این تفکیک بسیار ضعیف است.^{۱۰}

بی‌شک چنان که دلماس مارتی گفته است در برخی خوانش‌ها از اسلام، جامعه مدنی و حوزه عمومی جدا از دولت جایگاه استواری ندارد. با این حال برابر قرائتی دیگر از اسلام، آموزه‌های اسلامی در چارچوب تحلیلی خود نه تنها با گونه‌ای از حوزه عمومی جدا از دولت و جامعه مدنی سازگار است، که بر آن تأکید می‌کند. این حوزه می‌تواند از وجوه گوناگون عهده‌دار پاسخ‌های جامعه‌ی به جرم و انحراف باشد. انبوهی از تعالیم اسلامی با شناسایی حوزه عمومی جدا از دولت، و جامعه مدنی سازگار است.^{۱۱} از جمله کارکردهای طبیعی و فضیلت‌مندانه جامعه مدنی، کنترل بزه‌کاری است. تأکید بر امر به معروف و نهی از منکر که ترجمان اخلاق مسئولیت است به معنای آن است که اسلام به کنترل اجتماعی از طریق افکار عمومی اهمیت می‌دهد. در واقع، نهادینه کردن فضیلت‌ها و ارزش‌های اخلاقی که در اسلام بر آن‌ها تأکید شده، جنبه پیشگیرانه دارد و باب بسیاری از

۱۰. دلماس مارتی، پیشین، ص ۸۴.

۱۱. نک. نوبهار، رحیم، «آموزه‌های اسلامی؛ حوزه عمومی، حوزه خصوصی»، در: حقوق بشر در جهان معاصر، دغدغه‌ها و دیدگاه‌های حقوق‌دانان و فقهای ایرانی تهران، کمیسیون حقوق بشر اسلامی، قم: انتشارات آیین احمد، ۱۳۸۸. نیز:

Nobahar, Rahim, "Islamic Teachings and the Relation between Public and Private Spheres", in: Karim Douglas Crow(ed.), Islam, Cultural Transformation, and the Re-emergence of Falsafah, Iranian Institute of Philosophy, Tehran, 2009=1388, pp.112-140.

بدی‌ها را بسته نگه می‌دارد. در جامعه‌ای که فراتر از امر و نهی‌های رسمی و حکومتی، نقض هنجارهای اخلاقی موجب سرافکنندگی است، آمار جرم و انحراف به‌طور طبیعی پایین است. مردم و نهادهای مدنی غیردولتی همچنین می‌توانند با مشارکت فعال در بسیاری از زمینه‌ها از جمله فرایندهای مربوط به نگهداری، آموزش و اصلاح بزه‌کاران، مدد‌رسانی به آن‌ها و خانواده‌های آنان، مشارکت در فرایندهای داوری و میانجی‌گری، درجه همبستگی اجتماعی را بالا ببرند؛ بی‌آن که هزینه‌ای به دولت تحمیل کنند. این مساله از تأکید آموزه‌های اسلامی بر اموری مانند شفاعت حسنه (پادرمیانی نیکو)، صلح‌سازی، اصلاح ذات‌البین، استحباب تشویق به کمک در هر کاری که نمونه برّ و تقوا باشد، به‌خوبی استفاده می‌شود.

با این حال، دخالت فعال مردم در پاسخ به جرم و انحراف هرگز به معنای تجویز اقدام خودسرانه افراد عادی به محاکمه و اجرای مجازات نیست. صورت‌هایی از جواز مداخله افراد عادی در واکنش کیفری آن‌گونه که در فقه کیفری رایج آمده است را نباید به مشارکت جامعه مدنی در مرحله اجرای مجازات تفسیر و تعبیر کرد. به دلایل گوناگون و استوار فقهی باید به جای دفاع از مداخله افراد در فرآیندهای اجرای کیفر، از اصل قضامندی مجازات‌ها به معنای لزوم مداخله مقام صلاحیت‌دار قضایی در حکم به مجازات و اجرای آن دفاع کرد.

باید به هوش بود که گاه ما تنها با شکل و صورت جامعه مدنی مواجهیم. برخی دولت‌ها- عمدتاً دولت‌های اقتدارگرا- مردم و در واقع گروه‌هایی از آن‌ها را در قالب شبکه‌های سرکوبی برای نیل به اهداف خود سامان می‌دهند. در واقع، دولت‌های اقتدارگرا

با حمایت‌های خود به ایجاد گروه‌های موازی سرکوبی و پاکسازی اقدام می‌کنند. تشکیل و تقویت جوخه‌های مرگ در برخی از کشورهای آمریکای لاتین توسط دولت‌ها از نمونه‌های این گونه سازمان‌دهی دولتی در چهره‌ای به ظاهر مردمی است.^{۱۲} جامعه مدنی از نوعی که با اصول و مبانی اسلامی سازگار است، از این دست نیست. جامعه مدنی در تلقی اسلامی، هویتی مستقل از دولت دارد؛ هر چند با دولت تعامل مثبت و سازنده دارد. این به دلیل آن است که دوگانگی دولت-جامعه در دیدگاه اسلامی پذیرفتنی نیست؛ اما جامعه هم، به نهاد دولت فروکاسته نمی‌شود. پس جامعه مدنی در اندیشه اسلامی نه تنها ابزار دست دولت و سیاهی لشکر بی‌اندیشه آن نیست، که مغز متفکر و خلاق و جهت‌دهنده فعالیت‌های دولت در زمینه‌های گوناگون است.

۳.۲. مدل و چیرگی قوه مجریه بر دیگر قوا

اقتدارگرایی نخست‌کلیت جامعه را به حاکمیت فرو می‌کاهد؛ آن‌گاه حاکمیت را هم به دولتی سرکوب‌گر تبدیل می‌کند. در نظام اقتدارگرا قوای دیگر تنها خدمت‌گزار یک قوه مجریه سرکوب‌گراند.

درباره برتری و اقتدار قوه مجریه و رابطه قوی شبکه‌های سرکوبی با آن، باید گفت که متون اسلامی، هم نسبت به اصل تفکیک قوا و هم چگونگی ارتباط آن‌ها با یکدیگر و

۱۲. نک. دلماس مارتی، پیشین، ص ۲۳۹.

هم میزان اقتداری که به هر یک از آن‌ها داده می‌شود، ساکت است. تفکیک قوای سه‌گانه و تنظیم رابطه میان آن‌ها از یافته‌های عقل عملی و تجربه‌های بشری است. اسلام در این باره، موضع خاصی ندارد تا سیاست جنایی اسلامی طرف‌دار برتری و اقتدار قوه مجریه قلمداد شود. برعکس، در آموزه‌های اسلامی انباشت متمرکز قدرت سخت نکوهش شده است؛ زیرا انباشت ثروت و قدرت در یک نقطه اغلب زمینه‌ساز فساد و تباهی ارزیابی شده است. چنان‌که بر اصل استقلال دادرسان، لزوم بی‌طرفی و تأثیرناپذیری آنان از صاحبان قدرت سخت تأکید شده است. تفسیر موسعی از اصل عدالت و اعتدال که در اسلام بر آن تأکید شده است، البته با برقراری توازن و تعادل میان قوا، نهادها و بخش‌های گوناگون جامعه کاملاً سازگار است. بنابراین اصولاً نمی‌توان مدل سیاست جنایی متناسب با اندیشه‌های اسلامی را طرف‌دار برتری و اقتدار قوه مجریه بر دیگر قوا به‌ویژه قوه قضاییه دانست.

به همین ترتیب به دشواری می‌توان دیدگاه‌های اسلامی را با واگذاری اختیارات وسیع به شبکه‌های پلیسی آن‌گونه که در مدل اقتدارگرا رایج است، سازگار قلمداد کرد؛ به گفته دلماس مارتی نهادهای پلیسی در مدل دولت-جامعه لیبرال نهادهای مُعین مراجع قضایی محسوب می‌شوند، ولی در مدل اقتدارگرای فراگیر از خودمختاری تام برخوردارند. مدل اقتدارگرا که نه لیبرال است و نه اقتدارگرای فراگیر، وجود شبکه‌های پلیسی را می‌پذیرد و بنا بر این در مقابل انحرافات که جرم تلقی نمی‌شوند، ولی حاکی از فاصله‌گیری از بهنجاری (نرمالیت) است، نوعی آزادی عمل را برای پلیس به رسمیت می‌شناسد. مهم،

مشخص کردن محدوده این شبکه‌هاست، به طوری که به بهانه نظارت بر منحرفان، یک نظام پلیسی نظارت تعمیم یافته بر همه، استقرار نیابد.^{۱۳}

در متون اسلامی درباره چارچوب و دامنه اختیارات پلیس و شبکه‌های آن، توصیه‌های خاصی وجود ندارد. برابر اصول و موازین، آن‌ها می‌توانند در چارچوب وظایفشان برای تأمین نظم و امنیت و پیشگیری از جرایم مشهود اقدام کنند. اما آن‌ها نمی‌توانند به اقداماتی با ماهیت قضایی دست بزنند. انبوهی از متون اسلامی که بر جایگاه والای قاضی و لزوم برخورداری وی از شرایط خاص تأکید می‌کند به طور غیرمستقیم بیان‌گر آن است که پلیس و نیروهای مشابه باید کاملاً در چارچوب اختیارات خود صرفاً به عنوان ضابطان قضایی عمل کنند. ما می‌دانیم که اسلام عموماً درباره صلاحیت‌های قضایی دیدگاه‌های سخت‌گیرانه‌ای دارد. برای اشتغال به امور قضایی و شبه‌قضایی صفات و ویژگی‌های فراوانی لازم است. همچنین به دلیل ارتباط نیروهای پلیس با زندگی روزانه مردم، مداخله آنان در حریم خصوصی مردم در موارد مجاز و قانونی باید کاملاً زیر نظارت مقام‌های قضایی صلاحیت‌دار باشد. آنان نمی‌توانند با استناد به اموری چون امر به معروف و نهی از منکر به هر کاری دست بزنند و حریم خصوصی شهروندان را نقض کنند. به ویژه در زمینه بازرسی‌های بدنی، کنترل هویت اشخاص و احیاناً نگهداری آنان باید به کمیته‌ای که مقامات قضایی اجازه داده‌اند، بسنده شود؛ چه این امور نیز به گونه‌ای نمونه تصرف در

۱۳. نک. همان، ص ۲۱۸-۲۱۷.

آزادی دیگران است و ضرورت و مصلحت مهمی باید آن را ایجاب نموده باشد. تعیین چارچوبی معقول و متعادل برای انجام وظایف پلیس امری است موکول به تجربیات بشری و عقلانیت اجتماعی. آموزه‌های اسلامی در این باره نیز رویکرد مدل اقتدارگرای فراگیر را نمی‌پذیرد.

۴.۲. سادگی مدل

ویژگی دیگر مدل اقتدارگرا سادگی آن به لحاظ ساختاری است؛ سادگی البته اتفاقی نیست و با هدف مدل که اصولاً سرکوب کیفری است، سازگاری دارد. در واقع، سادگی ساختار از یک سو زمینه‌ساز آن است که همه رفتارها بتوانند سرکوب شوند؛ بی‌آن که محدودیت خاصی در سرکوبی وجود داشته باشد. این ویژگی مدل با تقویت قوه مجریه و تفوق آن بر قوای دیگر هم سازگار است؛ زیرا چنان که گذشت در این مدل، شبکه‌های سرکوبی در قوه مجریه متمرکز است.

درباره ساختار مدل اسلامی یا مدل سازگار با آموزه‌های اسلامی و سادگی یا پیچیدگی آن به دشواری می‌توان از منابع و متون اولی، برداشت کرد که اسلام بر مدل خاصی تأکید می‌نماید. ما می‌دانیم که متون اسلامی حاوی شماری آموزه کیفری است؛ بی‌آن که بر ساختار اداری یا اجرایی خاصی تأکید شده باشد. تا آن جا که به جنبه‌های شکلی باز می‌گردد، سادگی یا پیچیدگی مدل سازگار با مبانی اسلامی، امری عقلانی است و به شرایط زمان و مکان بستگی دارد. تصمیم‌گیری در این باره به عقلانیت مسلمانان در هر عصری واگذار شده است.

برابر موازین اسلامی تأسیس بخش‌ها و نهادهایی که مستلزم رعایت دقت هر چه بیشتر در زمینه حکم به محکومیت و اجرای مجازات باشد، نه تنها نکوهیده نیست، که بر آن تأکید شده است. این رویکرد از تأکید آموزه‌های اسلامی بر اصل احتیاط در جان، عرض و مال مردم به‌خوبی استنباط می‌شود. احتیاط در این حوزه از اصول شناخته‌شده اسلامی است. ساده‌اندیشی است اگر صرفاً با استناد به ساختارهای قضایی ساده که در صدر اسلام رایج بوده است، مدل سیاست جنایی اسلام را ساده قلمداد کنیم. متأسفانه این پندار پس از پیروزی انقلاب اسلامی گاه در گفتمان و عملکرد قضایی حاکم شد و به نظام دادرسی به‌طور کلی و نظام عدالت کیفری سخت آسیب رسانید. طرح دادگاه‌های عام و حذف دادسرا نمونه‌ای از همین رویکرد ساده‌انگارانه بود. ساختارهایی که اهداف و اصول اسلامی را محقق می‌سازند، از جامعه‌ای به جامعه دیگر و از زمانی به زمان دیگر متفاوت است. وظایف دولت یا نظام عدالت کیفری در جوامع ساده و ابتدایی گذشته با جوامع پیچیده امروزی بسیار متفاوت است. مقابله با جرم و انحراف در جامعه ساده یا پیچیده، هر یک سازوکارهای خاص خود را می‌طلبد. مسلماً اسلام به عقل جمعی و عقلانیت جامعه اسلامی آن قدر بها می‌دهد که تصمیم‌گیری درباره این گونه مسائل و حتی بالاتر و مهم‌تر را به آنان وانهد. برابر تعالیم اسلامی دقت و احتیاط در رسیدگی قضایی را نمی‌توان در پیش پای سرعت، قریانی کرد.

با توجه به تأکید آموزه‌های دینی بر مفاهیمی چون فرض برائت و حفظ حقوق و آزادی‌های فردی، در اسلام طراحی نظامی از عدالت کیفری که این اصول در آن به‌خوبی رعایت شوند نه تنها نکوهیده نیست، که بر آن تأکید شده است؛ هر چند این امر به طراحی

نظامی غیرساده و نسبتاً پیچیده بینجامد. تسریع رسیدگی‌های قضایی البته هرگز مجوزی برای بی‌اعتنایی به دقت و اتقان نیست.

با این حال مصادیقی از پیچیدگی و تشریفات اداری که مصداق اسراف و تبذیر در منابع مالی و انسانی باشد با دیدگاه‌های اسلامی هم‌خوانی ندارد. هر مدلی می‌تواند سادگی به این معنا را بپذیرد؛ بی‌آن که لزوماً اقتدارگرا باشد.

۲.۵. مدل و گرایش به سرکوب کیفری

درباره تمایل مدل به سرکوب و مجازات، باید گفت این ویژگی مدل نیز با اصول اندیشه‌های اسلامی سازگار نمی‌آید. انبوهی از دلایل و شواهد گواهی می‌دهد که اسلام بر استفاده کمینه از جرم‌انگاری و مجازات تأکید دارد. اصل برائت به معنای این که وضع اولیه هر شخص انسانی، رهایی از تکلیف است، قاعده سلطه که بر پایه آن، انسان بر جان و تن خویش مسلط است، اصل عدم ولایت که ترجمان نفی هر گونه چیرگی دیگران بر آدمی است، این که جامعه اخلاقی به سختی از طریق جرم‌انگاری و صرفاً الزام‌های قانونی دست یافتنی است، اصل اعتدال و عدالت که زیاده‌روی در تخصیص منابع محدود جامعه به جرم‌انگاری را تجویز نمی‌نماید، اصل رحمت، اصل سماحت و گذشت، این که مصالح گوناگون از جمله رعایت مصلحت خود نظام عدالت کیفری میزان معین و محدودی از جرم‌انگاری را توصیه می‌کند، همگی بر لزوم کمینه بودن جرم‌انگاری از دیدگاه اسلامی

تأکید می‌کند^{۱۴}. بنابراین آموزه‌های اسلامی اصولاً با جرم‌انگاری بیشینه سازگاری ندارد. دیدگاه اسلامی همچنین رویکردی کمینه‌گرا به کیفر دارد. برابر موازین اسلامی هرگاه بازدارندگی و تنبه بزه‌کار با اندرز و موعظه و سرزنش‌های عادی دست یافتنی باشد؛ اصولاً تعزیر و مجازات بزه‌کار روا نیست. این دیدگاه فقهی در قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ آشکارا انعکاس یافته بود. برابر ماده ۴۳ این قانون کیفر معاون در جرم می‌توانست در شرایطی صرفاً اندرز دادن به مجرم یا تهدید وی به مجازات (و نه خود مجازات) باشد. حذف چنین آموزه مترقی در قانون جدید جای دریغ و افسوس دارد. به همین ترتیب از بازداشت موقت که مصداق روشن سلب آزادی است، تنها در صورت ضرورت و به اندازه ضرور می‌توان استفاده کرد. احتیاط و وسواس فقیهان در بهره‌گیری از بازداشت موقت گاه شگفت‌انگیز است. به گواهی متون فقهی کهن هرگاه کسی علیه دیگری دعوی کند ولی گواهان او غایب باشند، قاضی او را میان دو کار مخیر می‌کند: یا صبر کند تا گواهان او حاضر شوند و سپس اقامه دعوا نماید، یا آن که منکر را سوگند دهند. بنا بر نظریه مشهور فقیهان شیعی قاضی حق ندارد کسی را مراقب منکر نماید یا از او درخواست کفیل نماید؛ هر چند به نظر شیخ طوسی و برخی دیگر از فقها برای رعایت حق مدعی و نگرانی از فرار منکر، قاضی می‌تواند مدتی را برای حضور گواهان تعیین کند و در این مدت از منکر، تقاضای کفیل نماید. هرگاه مدعی در زمان تعیین شده، بینه خویش را حاضر ننماید،

۱۴. نوبهار، رحیم، «اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱ (جدید)، بهار و تابستان ۱۳۹۰.

کفالت بی‌اثر خواهد شد.^{۱۵} در اتهام قتل که از گناهان و جرایم بزرگ است، برابر روایتی، پیامبر(ص) متهمان به قتل را تنها شش روز بازداشت می‌نمود و به اولیای دم فرصت اقامه دلیل و بینه می‌داد.^{۱۶} شماری از فقیهان حتی عمل به این روایت را نپذیرفته‌اند؛ از آن رو که زندان، مجازات است و نمی‌توان بی‌آن که موجب آن ثابت شود، کسی را زندان نمود.^{۱۷} امروزه این رویکرد حتی ممکن است در دفاع از آزادی فردی، افراطی قلمداد شود؛ زیرا در اتهام جرمی به اهمیت قتل که به لحاظ جنبه‌های فردی و عمومی با اهمیت است، چه بسا شش روز بازداشت موقت برای برآورد واقعیت کافی نباشد. شاید بتوان زمان تعیین شده در روایت را از آن نوع تحدیدها قلمداد کرد که بسته به شرایط زمان و مکان متفاوت است. بدین معنا که با توجه به بزرگی و پیچیدگی نوع جوامع امروزی چه بسا شش روز فرصت-دادن به اولیای دم کافی نباشد. این به معنای آن است که تعیین ضرب‌الاجل شش روزه اقدامی حکومتی است که بسته به صلاح‌دید قاضی می‌تواند از جامعه‌ای به جامعه دیگر و از زمانی به زمان دیگر متفاوت باشد. به هر روی تحلیل محتوای این گونه فتاوی نشان می‌دهد که نسبت به حفظ حقوق و آزادی‌های متهم دل‌مشغولی شدیدی وجود دارد. به همین

۱۵. نک. الطوسی، محمدبن الحسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دار الکتب العربی، چاپ اول، ۱۳۹۰ ق، ص ۳۳۹.

۱۶. الحرالعالمی، محمدبن الحسن، وسائل الشیعه، جلد ۱۹، باب ۱۲ از ابواب دعوی القتل وما یشب به، تهران: اسلامیه، چاپ پنجم، ۱۴۰۱ ق، ص ۱۲۱.

۱۷. العالمی، زین‌الدین، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه، جلد ۱۰، قم: علمیه، چاپ دوم، ۱۳۹۶ ق، ص ۷۶.

دلیل، مبانی اسلامی با رویکردی کاملاً حداقلی به بازداشت موقت و دیگر محدودیت‌های پیش از صدور حکم موافق است.

۲.۶. مدل و ادغام «جرم» و «انحراف»

از جمله رویکردهای مدل اقتدارگرا ادغام مفهوم جرم و انحراف است. از چشم‌اندازی وسیع‌تر این به دلیل آن است که در نظام اقتدارگرا تمام لحظات انسان مشمول نظارت دولت است. ایدئولوژی توتالیتر هر گونه شکل زندگی خصوصی را نفی می‌کند.^{۱۸} دلماس مارتی نظام حقوق اسلام را با این رویکرد هم‌نوا دانسته است. او با اشاره به تفاوت کشورهای اسلامی در تعامل عملی با حقوق اسلام گفته است: «حقوق اسلام که حاوی همزمان قواعد مذهبی، سازمان و تشکیلات سیاسی، قواعد اجتماعی و اخلاقی و احکام حقوقی است، به رغم وجود مذاهب و مکاتب مختلف یک "جنبش حقوقی" است که یکی از خانواده‌های بزرگ حقوقی جهان را تشکیل می‌دهد. خصیصه آن ابتدا منابع آن است که نشان می‌دهد تفکیک جرم از انحراف غیر ممکن است».^{۱۹} او در ادامه تنها منابع حقوق اسلامی را برشمرده ولی توضیح نداده است که بر پایه کدام ویژگی منابع حقوق اسلام تفکیک جرم از انحراف ناممکن است. او در جایی دیگر آورده است: «مدل دولت

۱۸. کولاکوفسکی، پیشین، ص ۱۷۲.

۱۹. دلماس مارتی، پیشین، ص ۲۴۳-۲۴۲.

اقتدارگرا با حاکمیت سنتی منطبق است. اما "حاکمیت یا سلطه فره‌مندی"^{۲۰} مستلزم آن است که همه انسان‌ها خود را به شخص پیشوا که معتقد است رسالتی دارد و مأموریتی را باید انجام دهد، واگذارند. در این جا دولت، مشروعیت خود را تنها از اعتمادی کسب می‌کند که غالباً کورکورانه و متعصبانه است و خود به انسان‌ها القا می‌کند. هیچ معیار خارجی مداخله نمی‌کند و بنا بر این هیچ محدودیتی برای دولت تعیین نشده است. در حاکمیت (سلطه) فره‌مندی که منطبق با مدل اقتدارگرای فراگیر است، دولت طبیعتاً هم‌نوایی و موافقت مطلق با هنجارهای غالب را- از طریق پاسخ دولتی که در ادامه استمرار خود تفکیکی بین بزه و انحراف قائل نمی‌شود- به همگان تحمیل می‌کند.^{۲۱}

ادغام مفهوم جرم و انحراف با دیدگاه‌های اسلامی سازگار نمی‌آید. ادغام جرم و انحراف از جمله با تعمیم مفهوم گناه به جرم قابل تصور است. اما برابر موازین اسلامی مفهوم جرم به معنای حقوقی آن با مفهوم گناه به معنای شرعی آن همانند نیست. هر گناهی لزوماً جرم نیست؛ چنان که جرم‌انگاری لزوماً تابع گناه بودن عمل به معنای شرعی آن نیست. از دیرباز برخی فقیهان تصریح کرده‌اند که جرم‌انگاری و کیفر به‌عنوان تعزیر بیش از آن که پیرو عنوان گناه به معنای شرعی آن باشد، تابع مصلحت و مفسده است. امر به معروف و نهی از منکر در اسلام و تشویق برای زدودن جرم و انحراف هم به معنای ادغام جرم و انحراف نیست. درباره توسعه مفهوم جرم که از روش‌های حقوقی مدل اقتدارگرای

20. Domination Charismatique.

۲۱. همان، ص ۱۰۸-۱۰۷.

فراگیر است یک بار دیگر یادآور می‌شویم که از نظر مبانی اسلامی اصل در این باره استفاده کمینه از جرم‌انگاری و کیفر است.

از دیگر راه‌های ادغام مفهوم جرم و انحراف، دادن اختیارات بی‌اندازه به قاضی است. دلماس مارتی زیر عنوان تفوق قوه مجریه بر قوای دیگر آن گونه که در مدل اقتدارگرا رایج است، می‌گوید: «در حقوق اسلام نظام تعزیرات متضمن اعطای اختیار تعیین جرم و مجازات به قاضی (حاکم) است».^{۲۲} در جایی دیگر می‌گوید: «در حقوق اسلام تفوق قوه مجریه و ضعیف بودن قانون و مقام قضایی با نهاد تعزیرات ترکیب می‌شود و شامل اعطای اختیار به قاضی (حاکم) در تعیین جرم و مجازات برای طبقاتی از جرایم غیر از آن دسته جرایمی که همراه با کیفرشان از پیش تعیین شده‌اند (حدود قصاص و دیات) می‌گردد. در این جا در قالب سنت دینی که صبغه متفاوتی دارد دوباره روش وضع وصف‌های مجرمانه موسع را می‌یابیم که بدین ترتیب یکسان‌سازی بزه‌کاری و انحراف را میسر می‌سازد».^{۲۳}

این نقد به الگوی اسلامی بر این پیش‌فرض استوار است که قاضی برابر موازین اسلامی بتواند افراد را برای ارتکاب اعمال ناروایی که در قانون جرم و قابل مجازات قلمداد نشده است مجازات کند. این در حالی است که واگذاری چند و چون مجازات به نظر قاضی لزوماً به معنای اختیارت بی‌حد و مرز او در جرم‌انگاری و تعیین میزان مجازات نیست. برابر موازین اسلامی می‌توان و حتی باید چارچوبی را برای میزان مجازات تعیین

۲۲. همان، ص ۲۴۳.

۲۳. همان، ص ۲۴۹.

کرد. واگذاری اختیاراتی به قاضی در نظام تعزیرات بیشتر در راستای اصل فردی کردن کیفر قابل ارزیابی است تا توسعه بی‌حد و مرز جرم و مجازات.

جبهه دیگری از این ادغام و یک‌پارچه‌سازی به توسعه مفهوم جرم بازمی‌گردد. در مدل اقتدارگرا مفهوم جرم از راه‌های گوناگون در دو حوزه حقوق ماهوی و شکلی توسعه داده می‌شود. درباره روش‌های مربوط به حقوق ماهوی به‌ویژه از چهار شیوه استفاده می‌شود: استفاده از قیاس، به‌کارگیری عنوان‌های مجرمانه و کش‌دار، توسعه مفهوم معاونت در جرم، و عطف به ماسبق کردن جرایم و مجازات‌ها. در تلقی دلماس مارتی به‌کارگیری وصف‌های مجرمانه موسّع از جلوه‌های تضعیف قانون و تفوق قوه مجریه است که در سنت اسلامی هم وجود دارد.

می‌دانیم که همه این موارد به گونه‌ای به نقض اصل قانونی بودن جرم و مجازات بازمی‌گردد. از این رو آن‌ها را ذیل عنوان دیدگاه مدل درباره اصل قانون‌مندی مطالعه می‌کنیم.

۲.۲. مدل و اصل قانون‌مندی

گذشت که مدل اقتدارگرا به تضعیف تمام عیار نهاد قانون‌گذاری و اصل قانون‌مندی اهتمام دارد. در اسلام، قاعده قبح عقاب بدون بیان که ترجمان اصل قانونی بودن جرایم است، از دیرباز در شمار قواعد شناخته شده بوده است. برائت عقلی و نقلی نیز ترجمان همین اصل مهم در اصول فقه اسلامی است. از یک سو این قاعده کاملاً عقلی قلمداد شده است؛ بدین معنا که عقاب بدون بیان، مصداق ظلم است؛ و زشتی ظلم، آشکار و بدیهی

است. همزمان انبوهی از متون دینی از آیات قرآن مجید گرفته تا احادیث معتبر بر مضمون این امر عقلی دلالت دارند. بحث از ابعاد گوناگون این اصل، بخش مهمی از هر کتاب اصول فقه را به خود اختصاص داده است.^{۲۴} حتی مضمون این اصل بر لزوم کیفی بودن قوانین و شفافیت و صراحت آن‌ها هم دلالت دارد؛ زیرا بیانی که بازخواست و کیفر متخلفان از قانون را تجویز می‌کند، بیانی است که به دست مکلفان و تابعان قانون رسیده باشد؛ نه بیانی که تنها از سوی شارع صادر شده باشد.

می‌دانیم که امروزه دیوان اروپایی حقوق بشر فراتر از اصل قانونی بودن بر اصل کیفی بودن^{۲۵} قوانین تأکید می‌کند. این اصل مستلزم سه اصل است: یکم: در دسترس بودن قانون؛^{۲۶} دوم: صراحت و دقت قانون؛^{۲۷} و سوم: قابل پیش‌بینی بودن^{۲۸} آثار و لوازم قانون.^{۲۹} در دستگاه اصول فقه اسلامی این مضامین از لوازم بدیهی اصل برائت به شمار می‌آیند؛ از همین رو حتی اصل «جهل به قانون رافع مسئولیت نیست» را نمی‌توان در فقه رایج کنونی به طور مطلق، پذیرفت. بنیاد این اصل البته امری عقلایی است؛ نمی‌توان هرگونه

۲۴. برای نمونه نک. انصاری، شیخ مرتضی، فراند الاصول، جلد ۲، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۲۴ق، ص ۱۷؛ خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۲۰ق، ص ۳۸۵.

25. Quality.
26. Accessibility.
27. Precision.
28. Predictability.

۲۹. نک. دلماس مارتی، پیشین، ص ۶۶.

جهلی نسبت به قانون را پذیرفت؛ اما هم‌زمان نمی‌توان صرف انتشار، تصویب و انتشار قانون را هم ملاک اجرای بی‌چون و چرای آن‌ها دانست؛ اگر مردمی در گوشه‌ای از کشوری زندگی می‌کنند که عادتاً به قوانین تصویب شده و حتی انتشار یافته دسترسی ندارند، نمی‌توان آنان را به صرف انتشار قانون مسئول شناخت. البته به اصل «جهل به قانون، رافع مسئولیت نیست» اجمالاً در متون دینی توجه شده است؛ مثلاً در روایتی آمده است:

«اگر هنگامی که زن مرتکب عمل منافی با عفت می‌شود بگوید: من نمی‌دانستم و به حرمت کاری که مرتکب شدم آگاه نبودم، [و بدین عذر] حد بر او جاری نشود، حدود تعطیل می‌شود».^{۳۰}

حد یا حدود در این گونه روایات، به معنای خاص آن یعنی مجازات مقدر شرعی در برابر مجازات‌های تعزیری، نیست؛ زیرا فساد و تباهی تنها از ترک اجرای حدود مصطلح ناشی نمی‌شود. قانون جزایی نباید دارای حفره و گریزگاهی برای بزه‌کاران باشد. هرچند در این باره هم برداشتی وجود دارد که گویا آنچه بر آن تأکید شده است، خصوص حدود اصطلاحی است. حتی گاه با استناد به این گونه روایات گفته می‌شود: «تعطیل حد روا نیست». حال آن‌که شواهدی گواهی می‌دهد که مقصود از تعطیل حد، اعمال تبعیض‌های ناروا در اجرای حد است. عدم اجرای هرگونه مجازات عادلانه‌ای حد باشد یا تعزیر، موجب فساد و تباهی جامعه و گستاخی بزه‌کاران می‌شود.

۳۰. الکلینی، محمدبن یعقوب، الفروع من الکافی، جلد ۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۸۷ش، ص ۱۹۲.

به هر حال، رویکرد فقهی همچنان مایل است که در اثبات مسئولیت و استحقاق فرد برای مجازات به عنصر «جهل» اهمیت بدهد. تقسیم جهل به جهل قصوری و تقصیری یا تقسیم جاهل به قاصر و مقصر ناشی از همین رویکرد است. در مبحث عقاب به دلیل ترک واجب یا انجام عمل حرام، حتی این نظریه مطرح می‌شود که جاهل را می‌توان به دلیل ترک تعلم و فرانگرفتن بازخواست کرد؛ اما نمی‌توان وی را به دلیل فعل حرام یا ترک واجبی که بدان آگاه نبوده است، عقاب کرد. اعمال چنین نظریه‌ای در قانون و حقوق عرفی به معنای آن است که قانون‌گذار بتواند در مواردی که افراد از سر بی‌اطلاعی قانون جزایی را مراعات نکرده‌اند، آنان را برای همین بی‌اطلاعی کیفر دهد، نه این که آنان را برای فعل یا ترک فعلی که به ممنوعیت آن آگاه نبوده‌اند، مجازات نماید. هم‌سو با پایبندی به همین مبنا، قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در ماده ۲۱۷ در جرایم حدی، آگاهی به حرمت شرعی رفتار ارتكابی را از شرایط مسئولیت کیفری دانسته است. به موجب ماده ۲۱۸ ادعای فقدان علم نیز در صورتی که احتمال صدق آن داده شود، پذیرفته خواهد شد. این اقدام احتیاط‌آمیز البته فاصله نظام افتراقی حد-تعزیر را فزون‌تر می‌کند؛ ولی در هر حال اصرار منابع و مبانی فقهی به محتوای قاعده قبح عقاب بلا بیان را نشان می‌دهد.

به هر روی در رویکرد صرفاً فقهی به آسانی نمی‌توان از مساله جهل به قانون گذشت. این به معنای آن است که در دسترس بودن قانون به لحاظ فقهی بسیار مورد توجه است. درباره وضوح و شفافیت قانون هم مطلب همین گونه است. از همین روی در شبهات حکمی معمولاً میان شبهه ناشی از فقدان نص و قانون و شبهه ناشی از اجمال نص، یا تعارض نص تفاوتی نیست. در فرض اجمال نص هم مانند فرض فقدان نص، معنا و مقصود

قانون‌گذار روشن نیست؛ و همین اندازه برای قبح عقاب و مجازات کفایت می‌کند. این چیزی است که مبانی و اصول فقه اسلامی از دیرباز بر آن تأکید کرده است. حال اگر در مقررات کشورهای اسلامی، قوانینی مبهم، کش‌دار و تفسیربردار یافت شود، به موازین اسلامی در حوزه قانون‌گذاری ارتباطی ندارد؛ این می‌تواند به قصور قانون‌گذاران یا تعمد آنان برای پیگیری اغراض خاص مربوط شود. چنان‌که در قانون جزای ایران سال‌هاست که دو عنوان کلی و مبهم «تشویش اذهان عمومی» (در ماده ۶۹۸) و «تبلیغ علیه نظام» (در ماده ۵۰۰) سبب محکومیت بسیاری از منتقدان شده است؛ اتفاقی که در یک نظام سکولار و غیرمعتقد به آزادی همچون ارزش هم ممکن است رخ دهد.

جلوه دیگری از قانون‌گزینی در برخی کشورهای اسلامی به دل‌بستگی شدید و افراطی آنان به منابع فقهی بازمی‌گردد. آنان همچنان مایلند که به جای تأکید بر قانون، صرفاً منابع و متون فقهی را ملاک حل و فصل دعاوی کیفری بدانند؛ رویکردی که به‌ویژه در عربستان سعودی حال حاضر حاکم است. در ایران، اما وضع به گونه‌ای دیگر است. از ابتدای پیروزی انقلاب اسلامی پیوسته بر اهمیت قانون و نظام قانونی تأکید شده است. هرچند تمایل شدیدی هم وجود داشته و دارد که قانون را به نفع منابع فقهی تضعیف کند. انکار نمی‌توان کرد که در جهان اسلام، ایده بی‌نیازی از قانون و کفایت آموزه‌های شرعی همچنان طرف‌دارانی دارد. عالمانی که صرف وجود قوانین و مقررات در منابع اسلامی را دلیلی بر بی‌نیازی جامعه از قوانین و مقررات می‌دانند، یا حکومت‌هایی که روی آوردن به قانون و قانون‌گرایی را خار راه خود می‌دانند، کم نیستند. دسته اول به این واقعیت کم‌تر توجه می‌کنند که وقتی مبنای زندگی اجتماعی در جوامع امروزی بر قانون است، نمی‌توان

صرفاً با ارجاع به آموزه‌های فقهی، جامعه را اداره کرد؛ جدا از این که منابع شرعی از بیان بسیاری از جزئیات مربوط به شیوه زندگی‌های امروزی ساکت است، در بسیاری از زمینه‌ها اختلاف نظر و تفسیر و تعبیرهای متفاوت وجود دارد. زندگی اجتماعی را نمی‌توان با تکیه بر مفاهیم بحث‌برانگیز و مناقشه‌بردار سامان داد. هر چند اصول و مبانی دینی و بشری پیوسته راهنمای خوبی برای سامان‌دهی زندگی اجتماعی است. در واقع در جامعه‌ای که اکثریت آن‌ها مسلمان و خواهان اجرای احکام شریعت‌اند، می‌توان قوانین و مقررات را متناسب با واقعیت‌های عصری از منابع استخراج کرد و آن‌ها را مبنای زندگی اجتماعی قرار داد؛ اما این هرگز به معنای بی‌نیازی از نهاد قانون‌گذاری و قانون نیست. به علاوه در جوامع متکثر و چندمذهبی وضع به مراتب پیچیده‌تر است. در چنین جوامعی، بسیاری از تعاملات اجتماعی میان گروه‌ها بر اصل توافق و قرارداد مبتنی است که اقتضانات خاص خود را دارد. در این باره صرف ارجاع به منابع و متون دینی مشکل‌آفرین است.

به همین ترتیب انکار نمی‌توان کرد که دولت‌های اقتدارگرایی که پوشش اسلامی و عمل به شریعت را برای خود برگزیده‌اند نیز از تضعیف قانون سود می‌برند. از طرف‌های این گونه دولت‌ها، تضعیف قانون‌مداری در پوشش اهتمام ویژه به منابع شرعی است. در واقع این بار این قدرت و یا قداست منابع دینی است که علیه اصل قانون‌مداری بسیج می‌شود؛ این گونه قانون‌گریزی و قانون‌ستیزی چه بسا در دیدگان توده‌های متدین چنان که باید قبیح نباشد. همین امر زمینه‌ای است تا اقتدار و اقتدارگرایی این بار به نام دین و آموزه‌های وحیانی صورت بگیرد.

در ایران از آغاز انقلاب اسلامی یک جریان فکری در عمل آن قدر که به شرع بها

داده است، به قانون ارجح نهادده است. نحوه تعامل صاحبان این فکر با قانون و قانون‌گرایی و نهادهای مشابه نشان می‌دهد که آن‌ها هنوز به تفاوت میان «نظام فقهی» و «نظام قانونی مبتنی بر فقه» توجه نمی‌کنند، یا به رغم درک این تمایز، در عمل به نظام فقهی متمایل‌ترند تا نظام قانونی مبتنی بر فقه. این در حالی است که به نظر می‌رسد تمایل عمومی رهبران انقلاب اسلامی به‌ویژه امام خمینی به تشکیل نهادهایی مانند پارلمان بی‌درنگ پس از پیروزی انقلاب دقیقاً به معنای پذیرش نظام قانونی مبتنی بر اسلام و فقاقت بود، تا نظام فقهی صرف. تشکیل مجلس مؤسسان قانون اسلامی، مجلس شورا و دیگر اجزای نظام قانونی در همین راستا قابل ارزیابی است.

در عمل دیدگاه طرف‌دار تضعیف قانون تا آن جا غالب شد که با آن که اصل ۳۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران صریحاً مقرر می‌نماید که «حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق دادگاه صالح و به‌موجب قانون باشد» و بند چهارم اصل ۱۵۶ قانون اساسی «کشف جرم و تعقیب و مجازات و تعزیر مجرمین و اجرای حدود و مقررات مدون جزایی اسلام» را از وظایف قوه قضاییه برمی‌شمارد، رفته رفته این اندیشه مطرح شد که در امور جزایی هم می‌توان به منابع فقهی مراجعه کرد. این دیدگاه سرانجام در ماده ۲۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری هم انعکاس یافت.

جدا از این که تجویز ارجاع به منابع فقهی با توجه به صراحت لفظی حصر موجود در اصل ۳۶، از نقطه نظر تفسیر قانونی موجه به نظر نمی‌رسد، به رغم ماده یادشده به حکم قاعده قبح عقاب بدون بیان همچنان نمی‌توان به استناد منابع فقهی صرف، برای عملی که در قوانین و مقررات موضوعه، جرم نیست، کیفر تعیین کرد؛ زیرا مراجعه به منابع و فتاوی

فقهی در هر حال باید همراه با رعایت اصول و قواعد فقهی باشد. قاعده قبح عقاب بلا بیان خود از قواعد و اصول مسلم فقه و اصول فقه اسلامی است. رجوع به منابع فقهی نمی‌تواند به گونه‌ای باشد که مستلزم نادیده گرفتن این قاعده طلایی باشد. بلی برای روشن ساختن مفاهیم و امور جزایی تا آن جا که مستلزم عقاب بلا بیان یا تفسیر به ضرر متهم نباشد می‌توان با احتیاط به منابع فقهی مراجعه کرد. بر این پایه، ارجاع کلی به جرایمی در منابع فقهی آن گونه که در حال حاضر در ماده ۲۲۰ قانون مجازات اسلامی رخ داده از نمونه‌های روشن قانون‌گرایی شکلی و بی‌توجهی به محتوای اصل قانونی بودن جرم و قاعده قبح عقاب بدون بیان است. وقتی برای نمونه، دو منبع مهم فقه، یکی ارتداد را حد و دیگری آن را تعزیر می‌شمارد،^{۳۱} نمی‌توان دادرسان را به چنین اجمالی ارجاع داد. خطاست که جرمی به نام بغی را بدون تبیین عنصر معنوی و مادی آن به دقت و وضوح، به سیاهه جرایم بیفزاییم. این کار زیبنده فقهی نیست که در آن، قبح عقاب بدون بیان عقلاً و بدهتاً ظلم قلمداد شده است.

۳۱. محقق حلی صریحاً ارتداد را از جرایم مستوجب تعزیر برشمرده است (الحلی، جعفر بن الحسن، شرایع-الاسلام، جلد ۴، قم: اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق، ص ۱۳۶). شهید اول هم در پایان کتاب حدود در فصلی که آن را به عقوبات متفرقه اختصاص داده، پس از بحث از سه جرم تعزیری، از ارتداد سخن گفته است (العاملی، محمد بن جمال‌الدین، اللعه دمشقیه، قم: دارالفکر، ۱۴۱۵ق، ص ۲۴۶). این در حالی است که او در عنوان کتاب حدود اصولاً واژه تعزیرات را به کار نبرده است. به گفته شهید ثانی معروف فقیهان ارتداد را حد می‌دانند (به نقل از: النجفی، محمدحسن، جواهر الکلام، جلد ۴۱، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۳، ص ۲۵۶).

در مدل‌های اقتدارگرا اصل قانون‌مندی از راه‌های گوناگون از جمله استدلال مبتنی بر قیاس همچون روشی حقوقی تضعیف می‌شود. قیاس گاه قانونی و گاه حقوقی است؛ در قیاس قانونی با تکیه بر یک قاعده قانونی آن را به مورد مشابه سرایت می‌دهند؛ ولی قیاس حقوقی بسیار موسّع‌تر است؛ زیرا دیگر در چارچوب پیش‌بینی‌های قانون واقع نمی‌شود. قیاس حقوقی تا حدود زیادی خارج از قانون و یا حتی ضدقانون است.^{۳۳} این استدلال، دیگر جایی برای اصل قانونی‌بودن باقی نمی‌گذارد. در نظام سیاسی هیتلری در آلمان این رویکرد پذیرفته شده بود. در قانون ۱۹۳۵ آلمان ناسیونال سوسیالیست آمده بود: «هر کس مرتکب جرمی شود که قانون آن را قابل مجازات اعلام کرده است، یا این که به موجب اصول بنیادی قانون جزا و بنا بر فطرت مقدس ملت شایسته یک کیفر باشد، تنبیه خواهد شد؛ اگر هیچ متن کیفری نسبت به مورد مطروح، قابل اعمال نباشد، عمل مطابق با ماده‌ای مجازات خواهد شد که اندیشه بنیادی و مفاد آن به [ویژگی‌های] این عمل بیشتر نزدیک است».^{۳۴} قانون جزای شوروی عصر استالین هم در ماده ۱۶، قیاس قانونی را پذیرفته بود.^{۳۴}

استدلال‌های برخی اسلام‌گرایان در راستای بی‌نیازی از قانون با استناد به وجود منابع شرعی گاه یادآور پذیرش گونه‌ای از قیاس از نوع حقوقی است. البته برابر شمار زیادی از متون دینی درک خوبی‌ها و بدی‌ها امری فطری است. در انسان‌شناسی از چشم‌انداز

۳۲. دل‌ماس مارتی، پیشین، ص ۲۳۱.

۳۳. همان، ص ۸۲.

۳۴. همان، ص ۲۳۲.

اسلامی انسان با نیرویی که خداوند در وی به ودیعت نهاده است، قدرت درک خوبی و بدی‌ها را دارد. با این حال در همین متون دینی عقاب و مجازات بر ارسال پیامبران(ع) و ابلاغ دعوت از سوی آنان متوقف شده است. این نشان می‌دهد که برابر اصول و موازین اسلامی هرگز نمی‌توان با استناد به مفاهیمی چون فطرت، بداهت و شهود اخلاقی کسی را به کیفر رسانید.

درباره استفاده از استدلال‌های مبتنی بر قیاس برای توسعه مفهوم جرم، آن گونه که در مدل اقتدارگرا رایج است، باید گفت حتی آن دسته از مذاهب اسلامی که قیاس را در استنباط احکام شرعی به کار می‌گیرند از کاربرد آن در امور کیفری خودداری می‌کنند. غزالی (۴۹۶-۵۵۵) در «المستصفی» پس از بحث مفصلی در این باره، قول به عدم حجیت قیاس را پذیرفته است.^{۳۵} حتی جواز به کارگیری قیاس توسط فقیه در مقام استنباط حکم شرعی لزوماً به معنای جواز کاربرد قیاس توسط دادرس در مقام تفسیر قانون جزایی به‌ویژه در حوزه جرم‌انگاری نیست. مقام اجتهاد و استنباط حکم شرعی با موقعیت تفسیر قانون جزایی توسط دادرس کاملاً متفاوت است. هرگونه تفسیر صحیحی از قانون نمی‌تواند قاعده قبح عقاب بدون بیان را نادیده بینگارد؛ چون مجازات کسی بدون اعلام قبلی و آشکار جرم، مصداق ظلم است. تفسیرهای کمینه‌گرایانه فقیهان از حدود به معنای اصطلاحی آن، گواه روشنی است که آنان در پرهیز از توسعه مفهوم جرم به‌ویژه آن‌گاه

۳۵. الغزالی، محمدبن محمد، المستصفی من الأصول، جلد ۲، بیروت: دار صادر، ۱۳۲۴ق، ص ۳۳۴.

که دارای مجازات شدید باشد یا به مجازات‌های شدید بینجامد، محتاط بوده‌اند. بسیاری از آنان حتی اخبار واحد را برای حکم به جواز قتل، مستند مناسبی ندانسته‌اند.^{۳۶}

درباره توسعه مفهوم معاونت که از روش‌های حقوقی مدل اقتدارگرای فراگیر برای توسعه مفهوم جرم است باید گفت: برابر مبانی اسلامی معاونت در ارتکاب گناه خود گناه است؛ اما این هر گز به معنای آن نیست که هرگونه معاونتی باید جرم به معنای حقوقی باشد؛ زیرا چنان‌که گذشت جرم‌انگاری بیشتر تابع رعایت مصالح و مفاسد است، تا گناه به معنای شرعی آن. به علاوه اصل قانون‌مندی و لزوم شفافیت در قانون‌گذاری به‌ویژه قانون جزایی ایجاب می‌کند تا عناصر مادی و معنوی هرگونه معاونت مجرمانه کاملاً شفاف باشد. عدول از اصل قانون‌مندی در این زمینه مصداق آشکار ظلم است که ساحت قانون‌گذار اسلامی بسی از آن به دور باید باشد.

درباره اصل عطف به ماسبق نشدن قوانین جزایی که آن نیز از جمله روش‌های حقوقی مدل اقتدارگرا برای توسعه مفهوم جرم است باید گفت: عطف به ماسبق شدن قوانین جزایی به هیچ‌رو با اسلام سازگار نیست. عطف به ماسبق شدن قوانین جزایی مصداق عقاب بدون بیان و ظلم است. اسلام خود در وضع حرمت و ممنوعیت‌های جدید بر عطف به ماسبق نشدن آن‌ها تأکید کرده است؛ از جمله درباره ازدواج با همسر پدر،^{۳۷}

۳۶. برای نمونه نک. الحلّی، پیشین، ص ۱۱۴.

۳۷. نساء (۴): ۲۲.

ازدواج با دو خواهر در یک زمان،^{۳۸} حرمت ربا،^{۳۹} و ممنوعیت شکار در حال احرام.^{۴۰} بلکه از لحن برخی آیات قرآن مجید برمی‌آید که عطف بماسبق نشدن همچون قاعده‌ای کلی معتبر است. قرآن مجید همچون امری کلی می‌فرماید: «به کافران بگو: اگر دست بردارند گناهان گذشته آنان نادیده گرفته می‌شود».^{۴۱}

۲.۸. مدل، ادله اثبات و آیین‌های دادرسی

سادگی مدل، نظام خاصی از ادله اثبات را هم می‌طلبد. در واقع، چون مدل اقتدارگرا برای دسترسی سریع و آسان به کیفر و سزادهی طراحی شده است، تلاش می‌شود تا اصول و بنیادهایی که همچون مانع عمل می‌کنند، از سر راه برداشته شوند. از این روی در بخش ادله اثبات هم نوعی ساده‌سازی صورت می‌گیرد. در مدل ساده در زمینه روش‌های مربوط به اصول حاکم بر دلایل، دلماس مارتی حذف اصل (اماره) براءت و استفاده از شکنجه برای کسب اقرار را از روش‌های مربوط به اصول حاکم بر دلایل در مدل اقتدارگرای فراگیر قلمداد کرده است.

می‌دانیم که فرض براءت در امور مدنی و کیفری از اصول طلایی و مورد تأکید نظام

۳۸. نساء(۴): ۲۳.

۳۹. بقره(۲): ۲۷۵.

۴۰. مائده(۵): ۹۵.

۴۱. انفال(۸): ۳۹؛ مائده(۵): ۹۵؛ بقره(۲): ۲۷۵.

دادرسی اسلامی است؛ هرچند در امور کیفری بر اعتبار این اصل تأکید بیشتری شده است. در نگاه انسان‌شناسانه اسلامی انسان‌ها پاک به دنیا می‌آیند و در تعامل با آن‌ها باید اصل را بر همین پاکی و بی‌گناهی نهاد. بار اثبات پیوسته بر دوش مدعی و شاکی است. با آن که در دعوی مدنی سوگند گاه می‌تواند به انضمام دیگر ادله، دعوا را ثابت نماید؛ اما سوگند در دعوی کیفری راه ندارد؛ تا آن جا که گفته می‌شود: «لایمین فی الحد». برابر تفسیری از این قاعده فقهی، بر خلاف دعوی مدنی که گاه سوگند مدعی می‌تواند با انضمام به شهادت، دعوا را حل و فصل کند، سوگند مدعی نمی‌تواند در امور کیفری کارساز باشد. حتی در دیدگاه رایج، قسامه با شرایط بسیار محدودی پذیرفته شده است. هم از این رو قسامه را قاعده قلمداد کردن اشتباه است. بر فرض که به لحاظ فقهی، ادله استواری بر اعتبار این نهاد امضایی که پیش از اسلام تأسیس شده، یافت شود، آن را خلاف اصل و قاعده باید قلمداد کرد. آنچه از نصوص باب قسامه بیشتر استفاده می‌شود، لزوم تلاش حاکمیت برای شناسایی قاتل و طراحی نظامی از ادله اثبات برای رویارویی با ترور و قتل‌های پنهانی است.

تأکید می‌کنیم که فرض برائت به معنای اماره بی‌گناهی کاملاً از اصل برائت همچون یکی از اصول عملی که در مقام استنباط احکام در فرض شک به کار گرفته می‌شود متفاوت است. این دو برائت با آن که مشترکاتی دارند به لحاظ مبانی و آثار با یکدیگر متفاوت‌اند.

از جمله اموری که فرآیندهای رسیدگی را از سادگی دور و آن را هر چه پیچیده‌تر می‌سازد، نهاد وکالت است. از همین رو در مدل اقتدارگرای فراگیر بر حذف یا تضعیف

کانون‌های و کلای مستقل اصرار می‌شود.

در متون اسلامی به لزوم برخورداری متهم از وکیل، توصیه خاصی نشده است. اما از این کارِ مباح، مستحسن، عقلایی و مطابق با اصل احتیاط، نهی هم نشده است؛ بلکه گاه از باب احتیاط ضروری و لازم می‌شود. در متون فقهی باستانی، تجدیدنظر در احکام بااهمیت قضایی به شیوه رایج در نظام‌های قضایی پیش‌بینی نشده است. با این حال درباره دقت در صدور فتوا و حکم قضایی فراوان تأکید شده است. از مستحبات قضاوت اسلامی آن است که قاضی، گروهی از اهل علم را احضار نماید تا نظاره‌گر رأی او باشند، تا اگر قاضی به اشتباه رفت، او را به اشتباهش آگاه نمایند.^{۴۲} این توصیه مبتنی بر این اندیشه است که از میان دو رای متفاوتی که قاضی ممکن است صادر نماید، تنها یکی از آن‌ها با واقعیت هم‌خوانی دارد. از این روی قاضی در مسائل نظری پیچیده با گروهی از اهل علم رایزنی می‌کند تا به فتوا و رأی صواب نزدیک شود.^{۴۳} درباره افتا هم، چنین توصیه‌ای وجود دارد. به گفته شهید ثانی از آداب فتوا دادن این است که مجتهد نظر خویش را پیش از قطعی شدن بر گروهی از عالمان عرضه نماید تا آن را نقد و بررسی کنند.^{۴۴}

می‌بینیم که تأکید بر آن بوده است تا اشتباهات قضایی تا آن جا که ممکن است،

۴۲. الحلی، پیشین، ص ۶۶.

۴۳. همان.

۴۴. نک. العاملی، زین‌الدین (شهید ثانی)، منیه المرید فی أدب المفید والمستفید، تحقیق: رضا مختاری، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ دوم، ۱۳۷۲، ص ۲۹۶.

کاهش یابد. به‌ویژه با توجه به این که خزانه عمومی عهده‌دار جبران بخشی از اشتباهات قضایی است، اصل احتیاط در مصرف هزینه‌های عمومی هم ایجاب می‌کند تا از هر اقدامی که این گونه هزینه‌ها را کاهش می‌دهد استقبال کنیم. بی‌گمان وجود کانون‌های وکلای مستقل و حرفه‌ای که می‌توانند آمار اشتباهات قضایی را پایین بیاورند، باید قدر شناخت.

مهم‌تر این که تصمیم‌گیری درباره این که مردم چه کسی را برای دفاع از خود برگزینند، مصداق روشن مداخله نابه‌جا در امور شخصی دیگران است. افراد حق دارند مدافع خود را از میان همه گزینه‌های ممکن انتخاب کنند. از این رو تضعیف کانون‌های وکلای مستقل و اقدامات ناظر به تضعیف استقلال آن‌ها گاه مصداق سلب حق و البته ناسازگار با مبانی اندیشه اسلامی است. اسلام هرگز از تمایلات نابه‌جا برای بسط قدرت و تضعیف نقش مردم در اداره امورشان استقبال نمی‌کند. پس سادگی به معنای طراحی سازوکاری قضایی که در آن بتوان به سادگی و آسانی افراد را - هرچند مجرم باشند - مجازات کرد، نسبتی با دیدگاه اسلامی درباره عدالت قضایی و عدالت کیفری ندارد.

درباره استفاده از شکنجه باید یادآور بود که به استناد انبوهی از ادله عقلی و نقلی حرمت شکنجه از احکام ضروری اسلام شناخته می‌شود. حرمت شکنجه مانند حرمت می‌گساری برای هر مسلمانی بدیهی است. آنچه درباره آن گاه اختلاف نظر وجود دارد، حرمت مطلق شکنجه است. گاه با استناد به ضرورت حفظ امر اهم، شکنجه در صورت تراحم حرمت آن با امر اهم از باب ترجیح اهم بر مهم، تجویز می‌شود. این فتوا در نوع خود عجیب و فاقد دلیل استوار است. قاعده تقدیم اهم بر مهم قاعده‌ای عقلی است؛ اما این قاعده به خودی خود، نافی آن نیست که برخی امور چندان مطلق و قیدناپذیر باشند که

اصولاً دچار حالت تزامم با امر دیگری نشوند. همین گفته درباره قاعده دفع افسد به فاسد هم راست می‌آید. این قاعده نافی آن نیست که برخی امور چندان فاسدند که هیچ چیز توان تحلیل و تجویز آن‌ها را ندارد. در دستگاه فکر اسلامی شناسایی قضایایی با قبح مطلق ناممکن نیست. وقتی ظلم ذاتاً قبیح است، این قبح صرفاً به حمل اولی و ذاتی قبیح نیست. بی‌گمان مصادیق خارجی و عینی ظلم هم ذاتاً قبیح‌اند. هم از این رو با آن که نسخ احکام شریعت ممکن و واقع است، بنا بر تبعیت احکام از مصالح و مفاسد، نسخ در حکم آنچه بالذات قبیح است، راه پیدا نمی‌کند. در واقع می‌توان اموری مانند قبح و حرمت شکنجه را عقلی و مطلق دانست؛ این به معنای آن است که هیچ مصلحت یا مفسده دیگری یارای معارضه با حرمت و قبح شکنجه را ندارد. چنان که برای نمونه حکم عقل به قبح عقاب بلا بیان، مطلق و تخصیص‌ناپذیر است.

افزون بر این، می‌توان گفت تجویز شکنجه با استناد به حفظ امر اهم، خود از مفاسد بزرگ است. اگر شکنجه بدین عنوان تجویز شود، بابت گشوده خواهد شد که از آن صدها مفسده و تباهی پیدا می‌شود. از جمله مفاسد، احساس بی‌امنیتی برای شهروندان و گشودن باب مخاطره‌آمیز به روی آنان و نقض اصل طلایی «برائت» است؛ اصلی که آموزه‌های اسلامی بر آن تأکید نموده‌اند. شارع مقدس اسلام نیز همچون عقلا به لزوم بستن چنین باب مخاطره‌آمیزی حکم خواهد کرد. درست است که سد ذرایع و راه‌های منتهی به شر در همه موارد واجب و لازم نیست؛ اما لزوم بستن باب برخی از شرها و بدی‌ها حکم روشن عقل است. شارع مقدس اسلام هم خود در مواردی بر لزوم بستن باب برخی از بدی‌ها و مفاسد تأکید کرده است. پس حق آن است که نه تنها دلیلی بر تخصیص حرمت شکنجه در فرض

تواضع آن با امر مهم در اختیار نداریم، بلکه بر عدم تخصیص و حرمت مطلق آن، دلیل عقلی موجود است. گاه فتاوی فقیهان نشان می‌دهد که آنان شکنجه را مطلقاً حرام می‌دانسته‌اند. با آن که قصاص و مقابله به مثل با جانی جایز است، اگر کسی دیگری را با شکنجه یا روش‌های دردناک و زجرآور به قتل برساند، جایز نیست با جانی از باب مقابله به مثل به همان روش رفتار شود. شهید ثانی در این باره از اتفاق نظر فقیهان مگر ابن جنید خبر می‌دهد.^{۴۵}

۴۵. العاملی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة، پیشین، ص ۷۶.

نتیجه‌گیری

بی‌تردید، تفسیر اقتدارگرایانه از آموزه‌های کیفری و سیاسی اسلام امکان‌پذیر است. در عمل نیز چنین تفسیری از آن‌ها صورت گرفته است. ولی، آموزه‌های اسلامی مرتبط با طرح‌ریزی یک مدل سیاست جنایی را به گونه‌ای دیگر نیز می‌توان فهم و تفسیر کرد. مدل دولت اسلامی به مدلی که بر رهبری فره‌مند و فراقانونی مبتنی باشد، منحصر نیست. تفسیرهای گوناگونی از نظریه دولت در اسلام وجود دارد؛ برخی از آن‌ها به مدل دولت لیبرال نزدیک‌تر است تا به مدل توتالیتر. اصل عقلانی تفکیک قوا همچون تجربه‌ای بشری نه تنها با آموزه‌های اسلامی ناسازگار نیست، بلکه در متون دینی بر برخی از لوازم آن مانند استقلال دادرس و نهادهای قضایی تأکید شده است. اسلام دستاوردهای عقلانی بشر در زمینه زیست انسانی و عادلانی را در قالب بناهای عقلانی ارج می‌نهد و بر استفاده از آن‌ها تأکید می‌کند. امر به معروف و نهی از منکر- با فهم درست از آن- می‌تواند ترجمان شناسایی جامعه مدنی به منزله نهادهای واسط میان دولت و شهروندان باشد. اصل قانونی‌بودن جرم و مجازات در آموزه‌های اسلامی پذیرفته شده است. قطع‌نظر از بی‌توجهی‌های عملی به این اصل، در آثار اسلامی از دیرباز نوشته‌های پرمایه‌ای پیرامون این اصل شکل گرفته است. قواعد و مقررات مربوط به تعزیرات هرگز بی‌توجهی به اصل قانون‌مندی را تجویز نمی‌کند. نهاد تعزیرات و این که می‌توان برای ارتکاب اعمال حرام با شرایطی کیفر پیش‌بینی کرد، بر خلاف پاره‌ای از برداشت‌های نادرست، هرگز به معنای آن نیست که دامنه جرم و گناه یکی است؛ جرم‌انگاری اصول و مبانی ویژه خود را دارد. به همین ترتیب، با وجود تأکید آموزه‌های اسلامی بر ترویج فضیلت و گسترش اخلاق

مسئولیت، قلمرو جرم و گناه یکسان نیست. امر به معروف و نهی از منکر نیز به معنای تحمیل یکسان زندگی کردن بر شهروندان نیست؛ بلکه به معنای گسترش عقلانی و مؤثر خیر و اخلاق از راه‌های اقناعی کننده است.

بدین‌سان، آموزه‌های اسلامی نه تنها رویکردهای کلی سیاست جنایی از نوع مدل اقتدار‌گرای فراگیر را تأیید نمی‌کند، که آن‌ها را نفی می‌کند. در نتیجه، هم‌نوا دانستن مدل سیاست جنایی اسلام یا آموزه‌های کیفری اسلام با مدل دولت اقتدار‌گرای فراگیر فاقد دلایل علمی است. درست این است که بگوییم می‌توان از مقررات کیفری اسلام تفسیر اقتدار‌گرایانه داشت.

منابع

الف: فارسی

۱. قرآن کریم
۲. دلماس مارتی، می‌ری، نظام‌های بزرگ سیاست جنایی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران: میزان، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۳. کولاکوفسکی، لچک، «توتالیتاریسم و فضیلت دروغ»، در: چند گفتار درباره دروغ، داستایوسکی و دیگران، ترجمه عباس میلانی، تهران: نشر اختران، چاپ دوم، ۱۳۸۱.
۴. مصباح، مجتبی، فلسفه اخلاق، قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، ۱۳۸۶.
۵. نوبهار، رحیم، «آموزه‌های اسلامی؛ حوزه عمومی، حوزه خصوصی»، در: حقوق بشر در جهان معاصر، دغدغه‌ها و دیدگاه‌های حقوقدانان و فقهای ایرانی تهران، کمیسیون حقوق بشر اسلامی، قم: آیین احمد، ۱۳۸۸.
۶. نوبهار، رحیم، «اصل کاربرد کمینه حقوق کیفری»، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱ (جدید)، بهار و تابستان ۱۳۹۰.

ب: عربی

۱. انصاری، شیخ مرتضی، فرائد الاصول، جلد ۲، قم: مجمع الفکر الاسلامی، چاپ چهارم، ۱۴۲۴ق.

۲. الحر العاملی، محمد بن الحسن، وسائل الشیعه، جلد ۱۹، تهران: اسلامیه، چاپ پنجم، ۱۴۰۱ق.
۳. الحلّی، جعفر بن الحسن، شرایع الإسلام، جلد ۴، قم: اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ق.
۴. الخراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۲۰ق.
۵. الطوسی، محمد بن الحسن، النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دارالکتاب العربی، چاپ اول، ۱۳۹۰ق.
۶. العاملی، زین‌الدین، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، جلد های ۹ و ۱۰، قم: علمیه، چاپ دوم، ۱۳۹۶ق.
۷. العاملی، زین‌الدین، منیه المرید فی أدب المفید والمستفید، تحقیق: رضا مختاری، قم: مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ دوم، ۱۳۷۲ش.
۸. العاملی، محمد بن جمال‌الدین، اللمعه دمشقیه، قم: دارالفکر، چاپ چهارم، ۱۴۱۵ق.
۹. الغزالی، محمد بن محمد، المستصفی من الاصول، جلد ۲، بیروت: دار صادر، ۱۳۲۴ق.
۱۰. الکلبینی، محمد بن یعقوب، الفروع من الکافی، جلد ۷، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ ششم، ۱۳۸۷ش.
۱۱. النجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۴۱، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ

دوم، ۱۳۶۳ش.

ج: انگلیسی

1. Nobahar, Rahim, "Islamic Teachings and the Relation between Public and Private Spheres", in: Karim Douglas Crow(ed.), *Islam, Cultural Transformation, and the Re-emergence of Falsafah*, Iranian Institute of Philosophy, Tehran, 2009=1388.